



## בבית המשפט העליון

רע"א 5188/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: אי. די. בי. חברה לפתוח בע"מ

נגד

המשיבים: יעל כבירי שמיע ואח'

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בע"ר 11494-04-16 ובע"ר 13121-04-16 שניתן ביום 31.5.2016 על ידי כב' השופט ח' ברנר

בשם המבקשת: עו"ד שמואל גלינקא; עו"ד ענבל רוז  
בשם המשיבים: עו"ד מאור ברוש; עו"ד יצחק אבירם

### פסק דין

השופטת א' חיות:

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ח' ברנר) מיום 31.5.2016 בע"ר 13121-04-16 ובע"ר 11494-04-16 בו נדחה ערעור המבקשת והתקבל בחלקו ערעור המשיבים על החלטת רשמת בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ש' יעקובוביץ) בבקשה לשומת הוצאות שהגישה המבקשת לאחר שנדחתה בקשת המשיבים לאישור תובענה ייצוגית נגדה.

1. המשיבים הגישו בשנת 2009 בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת בה עתרו לביטול הצעת רכש עצמית מלאה שבמסגרתה רכשה מהם המבקשת את מניותיה ולחלופין להורות למבקשת לשלם להם את השווי ההוגן של המניות שנרכשו (ת"צ 1543/09). ביום 12.3.2014 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ד' פלפל) את בקשת האישור והורה למשיבים לשלם למבקשת שכר טרחת עורך דין בסך 50,000 ש"ח והוצאות בסכום שייקבע על ידי הרשם. המשיבים ערערו על פסק דינו של בית המשפט

המחוזי וביום 28.1.2016 דחה בית משפט זה את הערעור מבלי שעשה צו להוצאות וזאת נוכח פגמים אשר נפלו בגיבושה של הצעת הרכש (ע"א 3136/14). בקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין בערעור נדחתה ביום 18.8.2016 (ד"נ 1543/16).

2. בעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישה המבקשת בקשה לשומת הוצאות, וביום 2.3.2015 פסקה לה רשמת בית המשפט הוצאות בסכומים שונים, וביניהן, הוצאות בסך 1.2 מיליון ש"ח בגין השכר ששילמה למומחים שהעידו מטעמה בהליך הייצוגי. בהחלטתה דחתה הרשמת את טענת המשיבים לפיה יש לה סמכות שבשיקול דעת לפסוק למבקשת סכום נמוך מזה ששילמה בפועל למומחים מטעמה וקבעה כי הוראות תקנה 513 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) (שבוטלה ביום 23.6.2016) מחייבות אותה לזכות את המבקשת בסכום שכר המומחים המלא שהוכח על ידה. המשיבים הגישו בקשה לעיון חוזר בהחלטה ולאחר שבקשה זו נדחתה הגישו עליה ערעור לבית המשפט קמא (ע"ר 51889-03-15 – להלן: ערעור הרשם הראשון). בית המשפט קמא (כב' השופטת ע' צ'רניאק) קיבל את הערעור בקבעו כי הרשמת לא הייתה מחויבת לפסוק למבקשת את כל סכום הוצאות המומחים שהוכח על ידה והייתה מוסמכת לבחון האם מדובר בהוצאה סבירה שהייתה נחוצה לניהול ההליך. לפיכך, הורה בית המשפט קמא להחזיר את הדיון בבקשה לשומת הוצאות לרשמת על מנת שתכריע פעם נוספת בסוגית ההוצאות שיש לפסוק למבקשת בגין השכר ששילמה למומחים מטעמה. המבקשת מצידה לא ביקשה לערער על פסק הדין האמור.

3. ביום 22.3.2016 נתנה הרשמת החלטה נוספת בבקשה לשומת הוצאות בה קיבלה את טענת המשיבים לפיה אין לפסוק לטובת המבקשת את מלוא הסכום ששילמה למומחים מטעמה. בהחלטתה קבעה הרשמת כי אף שכעיקרון יש לפסוק לבעל דין שזכה בדינו את מלוא ההוצאות שנשא בהן, לבית המשפט נתון שיקול דעת להשית הוצאות בסכום נמוך יותר אם הגיע למסקנה כי הסכומים שהוציא הזוכה לצורך ניהול ההליך לא היו סבירים, מידתיים או הכרחיים לניהול ההליך. הרשמת הוסיפה וקבעה כי משהוכיח הצד הזוכה את שיעורן של ההוצאות בהן נשא, עובר הנטל לצד שכנגד להראות מדוע אין מקום לפסוק לצד הזוכה את מלוא הוצאותיו. במקרה דנן, כך קבעה הרשמת, טענת המשיבים לפיה הסכומים ששילמה המבקשת למומחים מטעמה לא היו סבירים, לא נתמכה בראיות כלשהן ומנגד הוצגו ראיות לכך שמדובר בשכר שאינו חורג מהמקובל בשוק. בנוסף על כך קבעה הרשמת כי חוות דעתם של המומחים מטעם המשיבה היוותה ראיה מרכזית במסגרת הליכי האישור והמבקשת לא הייתה יכולה לוותר על הגשתה. עם זאת, קבעה הרשמת כי בשים לב לכלל לפיו יש לנהוג במתינות

בעת פסיקת הוצאות בהליך ייצוגי ולהימנע מלהשית הוצאות אשר יהיה בהן כדי להרתיע תובעים פוטנציאליים אחרים, אין מקום לפסוק לטובת מבקשת את מלוא השכר ששילמה למומחים מטעמה. מטעמים אלו הורתה הרשמת למשיבים לשלם למבקשת סכום בסך 350,000 ש"ח בגין הוצאות שכר מומחים.

4. הן המבקשת והן המשיבים ערערו על החלטתה של הרשמת לבית המשפט קמא (להלן: ערעור הרשם השני). בית המשפט קמא (כב' השופט ח' ברנר) דחה את ערעור המבקשת וקיבל בחלקו את ערעור המשיבים. בניגוד לרשמת, סבר בית המשפט קמא כי הנטל להוכיח שהוצאה מסוימת היא מידתית וסבירה מוטל על הצד שמבקש לפסוק את ההוצאה לטובתו ולא על הצד שיידרש לשלם אותה. במקרה דנן, כך קבע בית המשפט קמא, לא זו בלבד שהמבקשת כלל לא ניסתה להוכיח שהשכר ששילמה למומחים מטעמה הוא סביר ומידתי אלא ש"ניתן לקבוע באופן פוזיטיבי כי מדובר בהוצאה שאינה מידתית או סבירה". בית המשפט קמא עמד על כך שמהמסמכים שהוצגו עולה כי שכרם השעתי של המומחים מטעם המבקשת עמד על 800 ש"ח לשעת עבודה, וכי הושקעו על ידם למעלה מ- 1,200 שעות עבודה לצורך הכנת חוות הדעת מטעמם והגנה עליה בבית המשפט. בית המשפט הוסיף וקבע כי:

אין זה סביר או מידתי לשלם במסגרת הליכי משפט שכר כה גבוה בגין שכירת שרותם של מומחים לצורך חוות דעת בענין שווי הוגן של מניות, שכל תכליתה היא להדוף בקשה לאישור תובענה ייצוגית (והרי באותו שלב, עמדה על הפרק רק שאלת אישורה של התובענה כייצוגית, ולא הכרעה בתובענה עצמה), וזאת גם אם מדובר במיטב המומחים.

עוד קבע בית המשפט קמא כי גם אין צורך לקבוע מה הוא השכר הסביר שיש לשלם במקרה דנן בעבור העבודה שביצעו המומחים מטעם המבקשת, סוגיה שממילא לא הובאו לגביה ראיות, וזאת לאור ההלכה לפיה יש לנהוג במתינות בעת פסיקת הוצאות לחובתם של תובעים ייצוגיים שלא זכו בדינם. אמנם, כך קבע בית המשפט קמא, הכלל האמור אינו חל במקרים שבהם מדובר בתביעות סרק או בתביעות שהוגשו בחוסר תום לב. ברם, כך נקבע, המקרה דנן אינו נמנה עם אותם מקרים ולראיה, במסגרת ההחלטה הדוחה את בקשת האישור נפסק לטובת המבקשת שכר טרחת עורך דין בסך 50,000 ש"ח בלבד ואילו בערעור לא נפסקו לטובתה הוצאות כלל. מטעמים אלו הפחית בית המשפט קמא את סכום ההוצאות שפסקה הרשמת למבקשת בגין שכר מומחים והעמיד אותו על 120,000 ש"ח.

5. המבקשת אינה משלימה עם פסק דינו של בית המשפט קמא בערעור הרשם השני והגישה עליו בקשת רשות ערעור לבית משפט זה.

לטענת המבקשת שגה בית המשפט קמא משדחה את הערעור שהגישה על החלטת הרשמת וקיבל את ערעור המשיבים. לשיטתה, לא היה מקום לקבוע כי הנטל להוכיח את סבירות שכרם של המומחים מטעמה מוטל עליה שכן בנדון זה לא חל הכלל לפיו המוציא מחברו עליו הראיה. בנוסף על כך טוענת המבקשת כי שגה בית המשפט קמא משקבע כי השכר ששילמה למומחים מטעמה אינו סביר מבלי שהוצגו בפניו ראיות התומכות במסקנה זו ובהתעלם מראיות המצביעות על כך שמדובר בשכר מקובל בשוק. בנוסף טוענת המבקשת כי הן הרשמת והן בית המשפט קמא לא היו רשאים להפחית מההוצאות שפסקו לטובתה על יסוד ההלכה לפיה יש לנהוג במתינות בעת פסיקת הוצאות בתובענות ייצוגיות, שכן רק המותב שדן בתובענה הייצוגית רשאי לנהוג כך. מכל מקום, כך טוענת המבקשת, נוכח העובדה שבמקרה דנן הגישו המשיבים ובאי כוחם בקשת אישור משוללת יסוד ונהגו בחוסר תום לב, כלל המתנינות ממילא אינו חל בענייננו.

המבקשת מוסיפה וטוענת כי אין להחיל בענייננו את ההלכה לפיה רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תינתן רק במקרים חריגים המעוררים שאלה עקרונית, שכן כוחה של הלכה זו אינו יפה כאשר מדובר בבקשה לערער על פסק דין בערעור רשם. מכל מקום, כך סבורה המבקשת, במקרה דנן מתעוררות שלוש שאלות עקרוניות בעלות חשיבות אשר חורגות מעניינם הפרטי של הצדדים: הראשונה, מי נושא בנטל להוכיח את סבירותה של הוצאה מסוימת בהליך שיפוטי, האם הצד שמבקש שיפסקו את ההוצאה לטובתו או הצד שיידרש לשלם אותה; השנייה, מה ייחשב כשכר "סביר" למומחים שנשכרו על מנת שיגנו על עמדה מסוימת בבית המשפט; והשלישית, כיצד על בית המשפט להפעיל את הכלל לפיו יש לנהוג במתינות בעת פסיקת הוצאות בהליך ייצוגי.

6. המשיבים טוענים מנגד כי לא מתקיימים במקרה דנן התנאים למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" וזאת בפרט נוכח העובדה שמדובר בהחלטה בנושא של הטלת הוצאות אשר ההתערבות בה שמורה למקרים נדירים בלבד. עוד נטען כי טענתה של המבקשת לפיה כלל המתנינות אינו חל כאשר גובה ההוצאות נקבע על ידי מותב אחר מזה שדן בתובענה הייצוגית משוללת יסוד ונעדרת היגיון. בנוסף נטען כי יש לדחות את טענת המבקשת לפיה כלל המתנינות אינו חל במקרה דנן מן הטעם שבקשת האישור הוגשה בחוסר תום לב וללא ביסוס מתאים. לעניין זה מדגישים המשיבים כי ההליך הייצוגי חשף פגמים של ממש בהתנהלות המבקשת ועל כן גם לא נפסקו לחובתם

הוצאות בערעור. כמו כן טוענים המשיבים כי יש לדחות את טענת המבקשת לפיה מוטל עליהם להוכיח כי השכר ששילמה למומחים מטעמה אינו סביר ומכל מקום, כך נטען, ברור לכל כי המבקשת הוציאה סכומים בלתי סבירים על מומחים וכך קבע גם בית המשפט המחוזי.

7. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור, לדון בה כבערעור ולקבל את הערעור. בעת שניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי היו אמות המידה לחישוב גובה ההוצאות בהליך אזרחי קבועות בתקנה 513 לתקנות סדר הדין האזרחי. כאמור, תקנה זו בוטלה ביום 23.6.2016 במסגרת תיקון מספר 3 לתקנות סדר הדין האזרחי (ראו: ק"ת 7661 בעמ' 1154-1155) ואת מקומה תפסה תקנה 512(ד) אשר הגבילה את האפשרות להטיל את מלאכת פסיקת ההוצאות בהליך אזרחי על רשם בית המשפט (ראו הערותיו של בית משפט זה בנושא בע"א 1593/11 ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים עבריים בישראל בע"מ נ' דירות נ. שקד בע"מ, בפסקה 9 (7.8.2013)). תקנה 512(ד) מורה כדלקמן:

#### קביעת סכום ההוצאות

512. (א) ...

[...]

(ד) סכום הוצאות המשפט ייקבע בידי השופט או הרשם שנתן את ההחלטה בדבר הטלת הוצאות (להלן – ההחלטה); לא התאפשר הדבר, ייקבע סכום הוצאות המשפט בידי רשם ויהיה צירופם של אלה, זולת אם קבע אחרת בית המשפט או הרשם שנתן את ההחלטה:

(1) אגרות בית המשפט, הוצאות רישום של פרוטוקול בית המשפט, העתקתו או צילומו, דמי המצאת כתב בי-דין לפי תקנה 475א, שכר בטלה של עדים, שכר רופאים ומומחים אחרים, דמי לינה ודמי נסיעה של אלה בישראל וכל הוצאה אחרת הרשומה כדין בתיק התובענה לפי החומר שבתיק, בלי צורך בבקשה ושלא בפני בעלי הדין;

(2) הוצאות משפט אחרות, אם היו, ייקבעו לפי בקשה בכתב או בעל פה ולאחר שמי שדן בבקשה נתן לבעלי הדין הזדמנות להשמיע את טענותיהם וראה כי ההוצאות האמורות היו סבירות ודרושות לניהול המשפט.

השאלה איזו מבין שתי התקנות האמורות (תקנה 513 הישנה או תקנה 512(ד) החדשה) חלה במקרה דנן אינה צריכה לענייננו (לדיון בסוגיה זו ראו: ע"א 1130/90 חברת מצות ישראל בע"מ נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד מו(4) 778, 782 (1992); ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581, 618-634 (1993); מרים בן פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח א 5 (התשמ"ח-

התשמ"ט); יששכר רוזן צבי ההליך האזרחי, בעמ' 202-215 (2015), שכן כל פועלה של תקנה 512(ד) הוא בצמצום האפשרות להטיל את מלאכת פסיקת ההוצאות על רשם בית המשפט ואילו אמות המידה שיש להפעיל בפסיקת הוצאות לא השתנו.

8. תקנה 513 וכמוה תקנה 512(ד) מבחינות בין שני סוגים של הוצאות: הוצאות המנויות בתקנת משנה (1) אשר בהיעדר הוראה אחרת של בית המשפט או הרשם יפסקו לבעל הדין הזוכה במלואן; והוצאות אחרות שאליהן מתייחסת תקנת משנה (2) אשר בית המשפט או הרשם רשאי לפוסקן או שלא לפוסקן וכן להפחית מהן לפי שיקול דעתו אם מצא כי הן אינן סבירות או כי לא היו הכרחיות לניהול ההליך (ראו: רע"א 2993/04 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' לונדנר, פ"ד נח(5) 49 (4.4.2004); ע"א 4630/06 שפר נ' תרבות לעם (1995) בע"מ, בפסקה 4 (11.6.2013) (להלן: עניין שפר)). במקרה דנן, נפסק בערעור הרשם הראשון כי השכר ששילמה המבקשת למומחים מטעמה הוא הוצאה המנויה בתקנת משנה 513(2) ועל כן היה בסמכותה של הרשמת לפסוק למבקשת סכום נמוך מזה שהוציאה בפועל. כאמור, המבקשת לא הגישה בקשת רשות ערעור על פסק הדין בערעור הרשם הראשון והקביעות בו אינן עומדות על כן לבחינה בענייננו. לצורך הכרעה בבקשת רשות הערעור אצא, אפוא, מן ההנחה כי השכר ששילמה המבקשת למומחים מטעמה אכן בא בגדר ההוצאות המנויות בתקנות 513(2).

9. באשר להוצאות אלה מתעוררת השאלה על מי מוטל הנטל להוכיח את סבירותן ונחיצותן – האם על הצד שמבקש לפסוק הוצאות לטובתו או על הצד שכנגד. בסוגיה זו טרם נקבעה הלכה והדעות בפסיקה חלוקות. מחד גיסא, היו מקרים שבהם נקבע כי על הצד הזוכה להוכיח רק את שיעור ההוצאות שבהן נשא ומעת שעשה כן עובר הנטל לצד שכנגד להראות כי אין לפסוק לטובת הצד הזוכה את מלוא הסכום המבוקש על ידו בשל היותם של הסכומים שהוציא לצורך ניהול ההליך בלתי סבירים (ראו: ע"א 2617/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, נצרת עילית, פ"ד ס(1) 600, 619 (2005) (להלן: עניין מחצבות כנרת). מאידך גיסא, היו מקרים שבהם נפסק כי על הצד הזוכה להוכיח הן את שיעורן והן את סבירותן ונחיצותן של ההוצאות שבהן נשא לצורך ניהול ההליך (ראו: עניין שפר, בפסקה 4; ת"א (ב"ש) 1069/07 לדני נ' רמת חובב, מועצה אזורית תעשייתית, בפסקה 9 (1.5.2014)).

ברם, השאלה על מי מוטל להוכיח את מידת סבירותה של הוצאה מסוימת אינה מתעוררת בענייננו. הטעם לכך הוא שבית המשפט קמא לא הכריע בערעורים על החלטת הרשמת בהתבסס על נטלי הראיה אלא קבע פוזיטיבית כי הסכום ששילמה

המבקשת למומחים מטעמה אינו עומד ביחס סביר לסיכונים שנשקפו לה במסגרת הליכי האישור ולכן הפחיתו.

10. אכן, כבר נפסק כי "הוצאות צריכות להיות פרופורציונליות להליך עצמו ולמהותו, שכן בכך יש כדי למנוע הטלת עלות יתר על המפסיד להליך כמו גם עידוד ניהול הליך ראוי על ידי הזוכה" (עניין מחצבות כנרת, בעמ' 615). עוד נפסק כי ככל שהדבר נוגע להליכי תובענה ייצוגית יש להטיל הוצאות מתונות על המבקשים לאשר ניהול תובענה כייצוגית שבקשתם נדחתה, למעט באותם המקרים שבהם ההליך הייצוגי שננקט היה הליך סרק שהוגש בחוסר תום לב (ראו: ע"א 7928/12 א.י. אר. אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, בפסקה 32 (22.1.2015)); ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, בפסקה 7 לחוות דעתך (22.9.2014)). עם זאת, אין לקבוע מראש מסמרות בשאלה עד כמה יש להפחית מן ההוצאות שהוצאו על ידי הנתבע-המשיב. התשובה לשאלה זו תלויה בנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, ובדומה לסוגית שיעור ההוצאות בכללותה היא נתונה לשיקול הדעת הרחב של הערכאה הדנה בהטלתן (השוו: עניין מחצבות כנרת, בעמ' 618; רע"א 6793/08 לואר בע"מ נ' משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ, בפסקאות 15-20 (28.6.2009)).

בנסיבות המקרה דנן נראה כי הסכום המופחת שפסק בית המשפט קמא למבקשת בגין שכר מומחים נמוך במידה חריגה מן הראוי והסביר בנסיבות המקרה, וזאת גם אם מביאים בחשבון את ההלכה הנזכרת לעיל לפיה יש לנהוג במתינות בעת פסיקת הוצאות לחובתו של מבקש האישור שבקשתו נדחתה. כזכור, העמיד בית המשפט קמא בערעור הרשם השני את סכום ההוצאות שעל המשיבים לשלם למבקשת בגין שכר מומחים, על סך של 120,000 ש"ח המהווה 10% בלבד מן הסכום שאותו הוציאה המבקשת בפועל עבור המומחים מטעמה. זוהי לגישתי הפחתה משמעותית ביותר של סכום ההוצאות המנותקת לחלוטין, וללא הצדקה, מהסכום שהוציאה המבקשת בפועל לצורך הדיפת בקשת האישור והיא אינה מאזנת כראוי בין הסיכון שבו עמדה המבקשת בהליך דנן (בהתחשב בכך שסכום התובענה הייצוגית עמד על 660 מיליון ש"ח), ובין המדיניות הכללית המורה על מתינות בפסיקת הוצאות לחובת המבקשים לאשר תובענה ייצוגית. מטעם זה אני סבורה כי המקרה דנן נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים התערבות, הגם שמדובר בערעור ב"גלגול שלישי".

11. אציע, אפוא, לחברי לקבל את הערעור ולהורות כי פסק דינו של בית המשפט קמא בערעור הרשם השני יבוטל וכן להורות כי על המשיבים לשלם למבקשת סך של 350,000 ש"ח הוצאות בגין שכר מומחים, כהחלטת כב' הרשמת מיום 22.3.2016.

לבסוף אציע לחברי לחייב את המשיבים בהוצאות הבקשה והערעור זה ושכר  
טרחת עורך דין בסך 25,000 ש"ח.

ניתן היום, י"א בתשרי התשע"ז (13.10.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16051880\_V03.doc גק  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)