

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בענין:

1. דור כימיקלים בע"מ

2. ד"ר דוד דנקנר

3. שמואל דנקנר

4. לאה דנקנר

5. יצחק דנקנר

6. אורנה בינמוביץ

7. אביגדור קלנר

8. שמואל גורן

9. שמי שאלתיאל

10. דן פלק

כולם ע"י ב"כ עוה"ד ראב"ד, מגריזו, בנקל ושות'
מ"בית אירופה", שד' שאול המלך 37, תל אביב 64928
טל': 03-6060260; פקס: 03-6060266

11. מיכאל ינובסקי

12. יוסי דיין

13. צבי מור

שלושתם ע"י ב"כ עוה"ד ברקמן, וקסלר, בלום ושות'
ממרכז עזריאלי 1, תל אביב 67021
טל': 03-6072222; פקס: 03-6072220

המבקשים

– נגד –

1. מריו גילמן

2. אשר גבאי

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד פירט, וילנסקי, מזרחי, כנעני – עורכי דין
ממרכז עזריאלי 1 (המגדל העגול, קומה 41), תל אביב
טל': 03-6070800; פקס: 03-6097797

4. אברהם דנקנר ז"ל

5. דורון עמיר ז"ל

6. יעקב אביטל

ע"י ב"כ עו"ד עודד נשר ממושרד י. וינרוט ושות'
מרחוב ויצמן 14, תל אביב 64075
טל': 03-7181111; פקס: 03-7181112

7. כלל חברה לביטוח בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד רחל לויטן ממושרד לויטן, שרון ושות'
מרחוב יגאל אלון 57, תל אביב 61093
טל': 03-6886768; פקס: 03-6886769

8. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' קרית המדע 5, הר חוצבים, ירושלים 9777605
טל': 02-6362027; פקס: 02-6467038

המשיבים

תגובה לבקשת רשות ערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (הנשיא א' גרוניס מיום 25.8.14), מוגשת בזאת תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה על בקשת רשות הערעור דנן, כדלקמן:

פתח דבר

1. המבקשים הגישו בקשת רשות ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי בתל אביב-יפו, מיום 12.5.14 (כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן), במסגרתה אושר הסדר הפשרה בתובענה, עוד בטרם אושרה התובענה כייצוגית, בכפוף להסכמת הצדדים לתיקונים שהציע ביהמ"ש לבצע בהסדר. התניה זו של ביהמ"ש קמא עומדת בבסיס בקשת רשות הערעור דנן.
2. לגישתנו, לא נפלה שגגה בהחלטת בית המשפט קמא המצדיקה את התערבותו של בית משפט נכבד זה ומחייבת מתן רשות לערער.
3. נפרט להלן בקצרה את הרקע הכללי ואת השתלשלות העניינים הדרושים לעניין, ולאחריהם, גם כן בתמצית, את עיקריו של הדיון המשפטי.

הרקע העובדתי

4. התובענה הוגשה ע"י בעלי מניות מן הציבור של חברת דור כימיקלים בע"מ (להלן: החברה) כנגדה, בשל "הטעיות, איתותי שווא ומצגי שווא, אשר על פי הטענה הציגו החברה ונושאי המשרה בה לציבור" (עמ' 2 להחלטה), בשנים 2002-2003. בשנים אלה התנהלה החברה כחברה ציבורית, ומניותיה נסחרו בבורסה לניירות ערך.
5. בין שאר ההפרות שנסקרו בתובענה, הנוגעות למצבה הכלכלי ולשוויה של החברה, מונה ביהמ"ש המחוזי בהחלטתו (עמ' 3 להחלטה):
- א. דיווחים על קיומם של רווחים מלאכותיים בעת רכישת קבוצת טריאופן ע"י החברה.
- ב. אי-דיווחים אמיתיים בנוגע להפסדי החברה בשנת 2003.
- ג. הטעיית הציבור בעניין תנאי עסקת ביין קפיטל, כאשר תנאי העסקה שדווחו לציבור היו שונים בתכלית מהתנאים האמיתיים אשר עלו משטרי ההון שהונפקו לביין קפיטל בעקבות השקעתה בחברה.
- ד. הטעיית הציבור בדבר ההסכמות מול הבנקים שנתנו הלוואות לצורך רכישת קבוצת טריאופן.
- ה. אי-גילוי מלוא תנאי עסקת מילמור ובפרט התחייבות לחלוקת דיבידנד בחברה בחברה מכוחו תיהנה מילמור, כך שהשקעתה ברכישת המניות תהא פחותה מזו שדווחה לציבור.
- ו. הסתרת מצבן האמיתי הרעוע של חברות הקבוצה.
- ז. ומצגים ואיתותי שווא בהחלטת החברה על חלוקת דיבידנד בשיעור של 75 מליון ש"ח ביום 22.12.03.
6. מהסדר הפשרה אליו הגיעו המערערים והמשיבים 6-1 הושמטו העילות הנסקרות כולן, מלבד זו האחרונה. עוד יצוין כי סכום הפיצוי המקסימלי שנקבע בהסדר עומד על כשלושה מליון ש"ח, לכלל חברי הקבוצה, בעוד שהסכום המשוער שנקב בכתב התובענה הוא למעלה מ-100 מליון ש"ח.

עמדות היועץ המשפטי לממשלה בהליך דלמטה

7. בעמדות שהוגשו לבית המשפט קמא, המצ"ב, הדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי אין לו ידיעה עצמאית ביחס למהות הפרטים המטעים, מועדי היווצרותם וגילויים.

8. יחד עם זאת, צוין כי כתב התובענה מגולל מסכת מורכבת וארוכה של טענות בדבר איתותי שווא ומצגי שווא שהוצגו לציבור, בעוד שבמסגרת הסדר הפשרה צומצמה היריעה לעילה אחת בלבד, וכן צומצמה מאד תקופת ההפרה באופן שגם הקבוצה עצמה צומצמה באופן ניכר. לפיכך, התבקש ביהמ"ש קמא ליתן את דעתו לפער הזה בבואו לבחון את הסדר הפשרה, ולעשות כן רק לאחר בחינת הטעמים להשמטת מרבית ההפרות מהסדר הפשרה, באופן שמונע מחלק גדול מחברי הקבוצה המקורית ליכות לסעד כלשהו (אך יוצר כלפיהם מעשה בית דין).

9. בעמדות היועץ הודגשה העובדה כי מבנה הפשרה שנבחר על ידי הצדדים גרם לכך שהקבוצה הזכאית לפיצוי, כפי שהוגדרה בבקשת אישור התובענה כייצוגית, גדולה בהרבה מזו שהוגדרה במסגרת הסדר הפשרה. כך, בעלי מניות רבים מהציבור הוחרגו מההסדר, ולא יקבלו כל פיצוי עבור הנוקים שהסבה להם לכאורה החברה בגין ההטעיות שביצעה, אם ביצעה, אך ייווצר כלפיהם מעשה בית דין.

10. בשל כך נטען, במסגרת כתב התשובה שהוגש מטעם היועץ המשפטי לממשלה לעמדות הצדדים, כי אפיק הפעולה הראוי במצב שנוצר (במסגרתו תובע ייצוגי "משמיט" עילות תביעה באופן שגורם לצמצום הקבוצה) הוא להגיש בקשת הסתלקות לפי ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: החוק). כך, לא תיחסם דרכם של יתר חברי הקבוצה (שלא מקבלים במסגרת הפשרה דבר וחצי דבר), כמו גם תובעים עתידיים, לבירור העילות הנותרות עד תום.

11. היועץ המשפטי לממשלה לא העלה בפני בית המשפט קמא טענות כלשהן לעניין האופן הראוי לחישוב הנזק עצמו.

12. להשלמת התמונה יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה העלה בפני בית המשפט קמא טענות נוספות, אך אלה אינן רלבנטיות לצורך בקשת רשות ערעור זו.

החלטת בית המשפט קמא

13. בהחלטתו המפורטת והמנומקת של בית המשפט קמא, הותיר בית המשפט קמא על כנו את הסדר הפשרה בכל הנוגע להסכמה להותיר בו עילה אחת, היא העילה המרכזית.

14. יחד עם זאת קבע ביהמ"ש קמא, כי אישור ההסדר יותנה בכך שהצדדים יגישו הודעות הסתלקות ביחס ליתר העילות, כך שלא תיסגר הדלת על בירורן לאשורן. לולא הסתלקות

זו, ייווצר מעשה בית דין ביחס לעילות התובענה כולן, הנוגעות לבעלי מניות רבים מהציבור, הגם שכל ההפרות שנטענו, למעט אחת (אמנם, המרכזית שבהן) – לא נבחנו כלל ע"י ביהמ"ש ולא ניתן בגינן כל פיצוי. זאת, בשל החובה המוטלת עליו מכח ס' 19(א) לחוק, שלא לאשר הסדר פשרה אלא אם "מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה", ובפרט לאור ס' 19(ג)(2)(א) הקובע שיש להתחשב בשאלת הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה ביהמ"ש מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה.

15. שאלה מרכזית שאליה התייחס ביהמ"ש קמא, היא האופן הראוי לחישוב נזקם של חברי הקבוצה (עמ' 22-36 להחלטה). בהתאם לס' 19(ב) לחוק מינה ביהמ"ש בודק מקצועי לבחינת הסדר הפשרה מהבחינה החשבונאית-כלכלית, רו"ח אהוד רצאבי. ביהמ"ש אימץ את המלצתו של הבודק לחישוב הנזק, בשיטת חסרון הכיס המקורבת, ובמסגרתה בשיטת ה'השלכה לאחור'. משמעותה של שיטת חישוב זו היא שהנזק לא מתהווה ביום הרכישה של נייר הערך, כי אם במועד גילוי ההטעיה. מכאן שיש לאמוד אותו לפי נפילת המחירים לאחר גילוי ההטעיה, ולחשב את ההפרש שבין מחיר נייר הערך בטרם הגילוי, ביחס למי שרכש אותו לאחר מועד ההטעיה בפועל, לבין המחיר לאחר גילוי.

16. ביהמ"ש בחר אפוא, בעקבות חוות דעתו של הבודק, לחשב את הנזק לא לפי שער המניה ביום מסוים, אלא לפי השער הממוצע בחודש שלאחר פרסום המידע המתקן, הוא מועד גילוי ההטעיה (עמ' 34-36 להחלטה). שכן, הנזק לא התגבש במלואו ביום אחד, מאחר ששער המניה המשיך לרדת גם בימים הבאים. כך, לשיטת ביהמ"ש, מפוצים הנפגעים על הנזק הנובע מההטעיה בלבד, ומנוטרלים שינויי השערים הנובעים מתנודתיות שוק ההון.

דין

17. לגישתנו, דין הבקשה להידחות, כאמור, וזאת מן הטעמים שיפורטו בהמשך.

18. המבקשים טוענים כי החלטת ביהמ"ש לאשר את הסדר הפשרה, בכפוף להסתלקות מהעילות שלא נכללו בה, היא תקדימית, שגויה, ואף מערערת על מוסד הפשרה בתובענות ייצוגיות. אנו סבורים כי בטענה זו אין ממש, הן משום שאין כל מניעה להתנות את אישור הסדר הפשרה בביצוע שינויים שונים, והן משום שמהבחינה המהותית, החלטת בית המשפט קמא להורות על הסתלקות מחלק מעילות התביעה היא החלטה נכונה.

19. למעשה, דרישת ביהמ"ש מהצדדים לערוך שינויים בהסדר הפשרה, אינה חריגה ואינה תקדימית כפי שמנסים המבקשים לטעון. משמעותה המעשית של ההחלטה היא שבת המשפט, מתוך בקיאות בפרטי העניין, מבהיר לצדדים כיצד עליהם לפעול על מנת שהסדר הפשרה יהיה "ראוי, הוגן וסביר", כדרישת ס' 19(א) לחוק, לאחר שהגיע למסקנה שההסדר הנוכחי אינו כזה. לא אחת מתנים שופטים את אישור הסדרי פשרה בין הצדדים בתובענות ייצוגיות, בעריכת שינויים שונים בהסדר, ואין נפקא מינה אם הדברים נאמרים באולם הדיונים או נכתבים בהחלטה היוצאת תחת ידי ביהמ"ש. בשני המקרים הצדדים עשויים ליישם את המלצות ביהמ"ש ולהביא לאישור הפשרה, או לנהל את התובענה עד תום. ר' למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 2109/09 **חממי נ' בנק הפועלים בע"מ** מיום 18.1.2012 (פורסם בתקדין).

20. חובתו של בית המשפט היא להפעיל את שיקול דעתו באישור הסדרי פשרה, כנובע מס' 19 לחוק. בנוסף לדרישה לעשות כן רק כאשר "ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה" (ס' 19(א)), מקים ס' 19(ד) לחוק דרישה מבית המשפט לשיקול "לקבוע בהסדר הפשרה תנאים מסוימים, אשר נראים לו דרושים לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה".

21. בנוסף לכך, רבות ההתבטאויות בפסיקה המעלות על נס את הצורך בשיקול דעת ביהמ"ש בבואו לאשר הסדרי פשרה, לפי ס' 19 לחוק, ואת חשיבות הביקורת השיפוטית בהקשר זה. אכן, לא בכדי הקים המחוקק מנגנונים שיסייעו לביהמ"ש לקבל החלטה מושכלת בעניין זה, כגון החובה למנות בודק מקצועי (ס' 19(ב) לחוק), ומתן זכות לגופים שונים, בהם היועץ המשפטי לממשלה, להתנגד להסדר (ס' 18(ד)). כך למשל, ביהמ"ש המחוזי בת"א (כב' השופטת ענת ברון) בעניין בשא (מחוזי ת"א) 27068/06 **לוי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ** (פורסם בנבו, 2.2.2010):

"סעיף 19 מחייב פיקוח הדוק מצידו של בית המשפט על הסדר פשרה שהוצע על

ידי צדדים לתובענה ייצוגית – שמטרתו העיקרית היא לוודא כי ההסדר משרת

את האינטרסים של הקבוצה בכללותה, וכי התובע המייצג או בא כוחו אינם

מפיקים תועלת אישית מן הפשרה על חשבון חברי הקבוצה" (ההדגשה הוספה,

ל.פ.).

כן ר' את פסק דינה של כב' השופטת ענת ברון בעניין בשא (מחוזי ת"א) 25786/06 **אפשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ** והאסמכתאות שם (פורסם בנבו, 23.2.09) (פס' 1).

11); ת"א (מחוזי ת"א) 1697/06 **גלניק נ' הראל** (פורסם בנבו, 8.11.07); ת"א (מחוזי ת"א) 2446/06 **רוטשילד נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 14.4.11) והאסמכתאות שם.

22. זאת ועוד, בתי המשפט אינם מהססים להתנות את אישור הסדרי הפשרה בכך שהצדדים יערכו בהם שינויים שונים. בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 47768-07-12 **דודיין נ' החברה לניהול קרן השתלמות להנדסאים וטכנאים** (26.8.14) פסק סגן הנשיאה יצחק ענבר כי אחת הנתבעות תוחרג מהסדר הפשרה, משום שלא נתנה פיצוי לחברי הקבוצה במסגרת ההסדר ועל מנת שלא ליצור מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה. במקרה אחר, בית המשפט (כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף) אישר פשרה בכפוף לכך שהצדדים יכללו בה רק את העילות שאושר לנהל את התובענה כייצוגית לגביהן, הואיל ו"ההסדרים בנוגע למעשה בית דין הם נושא לגביו אין הצדדים יכולים להתנות, אלא לטובת חברי הקבוצה... אני נוטה לדעה כי שינוי הסדר הפשרה בעניינים אלו הוא עניין המצוי בסמכותו הטבועה של בית המשפט". ת"צ (מרכז) 1039-05-08 **סילורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 15.2.2015) (פס' 34).

23. כלומר, הפעלת ביקורת שיפוטית על הסדרי פשרה, כמו גם הסתלקויות, בתובענות ייצוגיות, לא רק שאין בה פסול, אלא שהיא חיונית להבטחת האינטרס הציבורי הגלום בהוראות חוק התובענות הייצוגיות. למעלה מכך, המדובר בשאלה המצויה בלב שיקול דעתו של ביהמ"ש הדיוני, הנגזרת ישירות מהנתונים וההליכים העובדתיים הנפרסים מולו.

24. לצד המחוקק והפסיקה, הוסיפו מלומדים והעמיקו בבעייתיות העלולה לעלות בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, בעיקר בשל בעיית הנציג, ובצורך בביקורת שיפוטית על מנת להתמודד איתה. כך למשל, פרופ' אלון קלמנט מהמרכז הבינתחומי בהרצליה במאמרו "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" (**משפטים** מא, תשע"א), מציין כי העובדה שמרבית הפשרות מוגשות לאישור לפני שאושרה התובענה הייצוגית מצביעה על "הצורך בדרישות מוגברות שיש להציב לצורך אישורן על ידי בית המשפט" (עמ' 58), וזאת על מנת למנוע את בעיית הנציג, שהיא חשש מרכזי בתובענות ייצוגיות: "בית המשפט צריך לדחות בקשות לאישור של הסדרי פשרה שבהם יש חשש... שעניינם של חברי הקבוצה או חלקם אינו מיוצג בהם באופן הולם או בתום לב" (עמ' 62).

25. בנוסף יש לזכור כי למוסד הפרשה במסגרת התובענה הייצוגית מאפיינים המבדילים אותו מפשרות הנערכות בהליכים משפטיים אחרים, בפרט כאלה שעניינם אינו חורג מגדרי חוק החוזים, בשל האופי הייחודי של התובענה הייצוגית. יפים לענייננו דבריו של כב' הנשיא ברק ברע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 789 :

"מכשיר זה נועד למספר מטרות חשובות וחיוניות כל אחת כשלעצמה. מטרה אחת הינה הטבת נזקו של ציבור המשקיעים והגנה על האינטרסים של בעלי ניירות ערך מן הציבור שאינם בעלי השליטה בחברה. מטרה שנייה שאינה נופלת בחשיבותה מהראשונה היא להוות מנגנון הרתעה כנגד החברה ובעלי השליטה מפני ניצול כוחם נגד האינטרסים של מחזיקי ניירות ערך מן הציבור. בכך בנוסף להגנה על משקיעים ספציפיים והטבת נזקם כאמור, יש די להשיג תכלית רחבה יותר והיא, הגברת אמון הציבור בשוק ההון ובכך יש כדי לתרום ליציבותו" (ההדגשה הוספה, ל.פ.).

26. משמע, וכפי שמצא המחוקק לנכון לציין בס' 1 לחוק, למכשיר התובענה הייצוגית מספר מטרות השלובות זו בזו. עיקרן בהבאת עניין הציבור בחשבון, מעבר לצדדים הניצבים בפני בית המשפט. מכאן שבבואו לאשר הסדרי פשרה, עליו לבחון את תכליות החוק כולן, בהן זכות הגישה לערכאות, מתן סעד הולם לנפגעים, והרתעה. נוסף כי לתכליות אלה חשיבות ייחודית בתובענות שעניינן שוק ההון בפרט.

27. במאמר מוסגר, נציין כי פרופ' וינס מורביטו מאוניברסיטת מונאש באוסטרליה סוקר במאמרו "Judicial Responses to Class Action Settlements that Provide no Benefits to some Class Members" (32 MONASH UNIVERSITY LAW REVIEW 75 (2006)) את ההבדלים החוקיים בין פשרות בתביעות רגילות לבין תובענות ייצוגיות, במדינות המשפט המקובל. הוא מוצא (עמ' 77) שבכולן בחר המחוקק להחריג את הליך אישור הפרשה בתובענה הייצוגית מהכלל שמקדש את האוטונומיה של הצדדים, לטובת מתן שיקול דעת רחב לביהמ"ש. הטעם העיקרי לכך הוא החשש שהפשרה אינה מיטיבה עם רבים מהניזוקים שהיא עשויה לחול עליהם. בהקשר זה, ביהמ"ש בתובענה ייצוגית נדרש (עמ' 86),

"to adopt a very active, managerial role and are under a responsibility (a) to act as 'protector of the absent class members'; and (b) 'to

supervise the conduct of the parties so as to preserve the integrity of the class action'."

28. העולה מן הדברים הללו הוא שביקורת שיפוטית ובחינה חיצונית של הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות חיונית, לשם הבטחת המטרות המרכזיות, והייחודיות, של כלי התובענה הייצוגית: לא רק בשל הצורך הבטיח את האינטרסים של חברי הציבור שאינם מיוצגים, אלא גם על מנת להרתיע חברות מהפרת חובותיהן לציבור. אכן, החלטת ביהמ"ש קמא מקדמת את שתי המטרות הללו גם יחד, בדומה להחלטות קודמות שנתנו בתי משפט קמא במצבים דומים.

29. לגופה של החלטת בית המשפט קמא להורות על הסתלקות מכל עילות התביעה שאינן נוגעות להכרזת החברה על ההחלטה לחלק דיבידנד מיום 22.12.2003, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מדובר בהחלטה נכונה ומוצדקת.

30. הצדדים החליטו כי העילות האלה יהיו "מחוץ למשחק"; על כך אין מחלוקת. בס' 35 ליתגובת המבקשים לעמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, נכתב כי "נכון הוא, כי לאחר מו"מ ארוך בין הצדדים, הוסכם במסגרת הסדר הפשרה, כי הפיצוי יינתן 'רק' בגין עילה אחת (שהיא העילה המרכזית) אך זאת לאחר שהמשיבים הציגו בפני המבקשת נייר עמדה המפרט את טענותיהם (בגיבוי מסמכים) ביחס לכלל העילות שפורטו בכתב התביעה" (ההדגשה הוספה, ל.פ.).

31. למעשה, אף אם הסדר הפשרה, וההסכמה לייחדו לעילה אחת בלבד, הינם תולדה של מו"מ ארוך, כפי שטענו המבקשות, הרי שבפועל לא הושגה כל פשרה בנוגע לכל אותן עילות שלא שולם פיצוי בגינן. המבקשים בבקשת האישור ויתרו עליהן ללא תנאי, תוך קבלה של כלל מעשה בית דין בגין הסכמה זו לגבי כל אותן עילות. כאשר בקשת אישור מסתיימת בהסכמה מבלי שחברי הקבוצה מקבלים דבר, מדובר בהסתלקות – במסגרתה, לא נוצר מעשה בית דין, ונפסק גמול ושכר טרחה נמוך, אם בכלל (ר' ס' 16(א) לחוק).

32. התוצאה שקבע החוק לזניחת עילת תביעה במסגרת הסדר, ללא תמורה לקבוצה, היא – כפי שקבע בית המשפט קמא – שלא ייווצר מעשה בית דין ביחס לעילה זו. שהרי המשמעות של הסתלקות מהליך ייצוגי, או מעילת תביעה הנכללת בו, היא שעילה זו נותרת "פתוחה" ו"מותרת" לאחרים, להגיש בגינה הליך ייצוגי אחר/נוסף כקבוע בס' 16(ג) לחוק: "הסתלק מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג מבקשה לאישור או מתובענה

ייצוגית או שבית המשפט מצא שנבצר מאחד מאלה להמשיך בתפקידו בבקשה או בתובענה, לא יהיה בכך כדי להשפיע על המשך ניהול הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית בידי מבקש אחר, תובע מייצג אחר או בא כוח מייצג אחר, לפי העניין".

33. בית המשפט העליון עמד על ההבדלים בין פשרה להסתלקות בתובענות ייצוגיות בפרשת ע"א 9585/11 יערי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.13), שם הדגיש כי הנפקות העיקרית של אפשרות ההסתלקות, להבדיל מפשרה, היא בכך שהיא לא יוצרת מעשה בית דין כלפי כלל חברי הקבוצה: "מכאן שבעיית הנציג, המתעוררת בהיעדר זהות אינטרסים מלאה בין התובע הייצוגי לבין הקבוצה המיוצגת, אינה מתעוררת במלוא עוזיה כאשר מדובר בהסתלקות מתובענה ייצוגית" (פסי 3).

ר' גם ת"א (מחוזי ת"א) 1373/07 גולדשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.09); ת"צ (מחוזי מרכז) 13801-02-09 עזורי נ' 013 נטוויז'ן בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 29850-05-11 עזורי נ' חברת מי אביבים 2010 בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.14).

34. לאור זאת, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בצדק קבע בית המשפט קמא כי על מנת שההסדר (בהקשר זה) יהיה ראוי, הוגן וסביר, יש להורות למבקשים בבקשת האישור להסתלק מכל אותן עילות תביעה באופן שלא ייווצר מעשה בית דין בנוגע אליהן.

35. לא למותר לשוב ולהזכיר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעניין ת"א (מחוזי מרכז) 18433-05-09 עזבון כהן נ' דניה סיבוס בע"מ (וצורפה כנספח לתשובת היועמ"ש לתגובות הצדדים לעמדתו בהליך דלמטה, המצ"ב), שכללה המלצה דומה להסתלקות מעילות שנזנחו במסגרת המגעים לפשרה. במקרה זה הצדדים אימצו את העמדה, והסכימו לפרסם הודעת הסתלקות נפרדת, לצד הסדר הפשרה שיוסכם ביניהם.

36. יצוין גם כי לעמדתנו אין ממש בטענת המבקשים, כי חלון הזמן שנקבע בהסכם הפשרה משקף את פרק הזמן האופטימלי, מבחינת היקף הקבוצה והפיצוי (ס' 54 לבקשת רשות הערעור). נזכיר כי לקביעת מועד גילוי ההטעיה חשיבות רבה לקביעת מספר המניות המוחזקות על ידי חברי הקבוצה. לכן, קביעת תאריך שרירותי (2.3.2004) כמועד גילוי ההטעיה – כפי שהצדדים עשו במסגרת הסדר הפשרה – באופן שנדמה כי מקצר את תקופת ההפרה, מקטין את מספר המניות המוחזקות על ידי חברי הקבוצה ואת הנזק הכולל לקבוצה. אחד מתפקידי בית המשפט בבואו לבחון אם הסדר פשרה הוא ראוי, הוגן

וסביר, הוא לקבוע עם אכן יש הצדקה משפטית-עניינית לתחימת מועד ההפרה במסגרת הסדר פשרה, שכן, כאמור, הדבר משפיע הן על היקף הקבוצה והן על גובה הפיצוי.

37. לגישתנו, שגויה טענת המבקשים לפיה אם תקופת ההפרה תסתיים לאחר יום 2.3.2004, הקבוצה תקטן (ס' 51 לבקשת רשות הערעור). זאת, מפני שאם גילוי המידע הנכון נעשה באופן מדורג, כך שתקופת ההפרה הסתיימה לחלוטין רק לאחר יום 2.3.2004, אזי יכללו בחברי הקבוצה גם מי שמכרו את מניותיהם לאחר יום 2.3.2004, אך לפני תום מועד הגילוי, וגם מי שרכשו אותן. לכן – בהכרח – הקבוצה תגדל.

38. יצוין כי בחירת הצדדים לתחום את תקופת ההפרה לתקופה שבין 22.12.2003 ל-2.3.2004, מחזקת עוד יותר את הצורך בהסתלקות בנוגע ליתר עילות התביעה. שכן, לדוגמא, אחת מעילות התביעה שהושמטו במסגרת הפשרה מתייחסת לטענה בנוגע ל"הטעיות הקשורות להצגת רווחים בדו"חות הכספיים של החברה לשנת 2002..." (ר' ס' 17.5 לבקשת רשות הערעור). הקבוצה שטענה זו רלבנטית אליה (ככל שמדובר בטענה נכונה) היא כל מי שרכש את מניות החברה החל ממועד פרסום דו"חות אלה, בראשית שנת 2003, חודשים רבים לפני תחילת תקופת ההפרה עליה הוסכם במסגרת הפשרה. חברי קבוצה אלה לא מקבלים במסגרת הפשרה כל פיצוי, אך נוצר כלפיהם מעשה בית דין. לפיכך, הנתבי הראוי הוא – כפי שקבע בית המשפט קמא – להסתלק מכל אותן עילות תביעה שהפשרה אינה מתייחסת אליהן.

39. טענתם המרכזית השנייה של המבקשים היא כי אופן חישוב הנזק בו נקט ביהמ"ש, ביישום שיטת ה'השלכה לאחורי' לפי המלצת הבודק שמינה ביהמ"ש, שגוי. איננו מבקשים להביע עמדה ביחס לשאלת האופן הראוי לחישוב הנזק לקבוצת הנפגעים, או בשאלת ההתערבות בהחלטת ביהמ"ש המחוזי בעניין זה.

40. יחד עם זאת נציין כי אנו סבורים שככלל יש טעם רב – עיוני ופרקטי – לשקול לאמץ, בנוגע לשיטת חישוב הנזק בתובענות ייצוגיות בגין פרט מטעה, שיטה המתבססת על בחינת התנהגות נייר הערך במועד שלאחר גילוי המידע המטעה (ר' שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות-ערך", עיוני משפט לה, 639).

41. בנוסף, אנו סבורים כי אין ממש בטענה כי לצורך בחינת הסדר פשרה אין להתמקד בחישובי הנזק (פס' 72 לבקשת רשות הערעור). בבואו לבחון הסדר פשרה על בית המשפט לבחון אם הוא עומד בתנאי ס' 19(א) לחוק. הדרך לברר זאת היא, בין היתר, לברר מה "הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו

אילו היה בית המשפט מכריע לטובת הקבוצה" (ס' 19(ג)(2)(א) לחוק). על מנת לעשות כן, על בית המשפט לברר מה הנזק שנגרם לקבוצה, ולצד זאת לשקול שיקולים נוספים, כגון סיכויי התביעה, אפשרויות הגבייה, והיוון הפיצוי, וכן שאלות של מדיניות משפטית.

42. לבסוף, אנו סבורים כי אין מקום להעניק במקרה דנן רשות לערער. שכן, אין מדובר בשאלה בעלת חשיבות ציבורית החורגת מעניינם של הצדדים.

אשר על כן ולנוכח כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבר"ע ולחייב את המבקשים בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד כדין.

לימור פלד, עו"ד
ממונה (עניינים אזרחיים)
פרקליטות המדינה