

בעניין:

יוסף חי אלמסי, ת"ז 056492416

המבקש:

ע"י ב"כ עוה"ד פירט, וילנסקי, מזרחי, כנעני ואו דקל ברוקמן
ממרכז עזריאלי 1, המגדל העגול, קומה 41, תל אביב 67021
טל' 03-6099988 ; פקס 03-6097797

- נ ג ד -

המשיב:

בנק לאומי לישראל בע"מ, ח"צ 8-001807-52

ע"י ב"כ מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות', עורכי דין
מבית עורק, דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טל' 03-6103100 ; פקס 03-6103111

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
מרח' הנריטה סולד 1, ת"ד 33475, תל-אביב 6492401
טל' 03-6970222/296 ; פקס 03-6918541

ובעניין:

הראל-פיא קרנות נאמנות בע"מ

באמצעות ב"כ עו"ד אליעזר קינדרמן ואח'
מרח' שוהם 5, רמת גן 52521
טל' 03-7534440 ; פקס 03-7534441

ובעניין:

1. **אחריות חיתום (1993) בע"מ, ח"פ 51862591**

2. **מעין פז, ת"ז 039669221**

3. **עופר גזית, ת"ז 22604664**

4. **עופר גזית בע"מ, ח"פ 514814722**

5. **איציק בביוב, ת"ז 56815251**

6. **דוד פרץ, ת"ז 058004771**

7. **אלדד לוי, ת"ז 57750150**

באמצעות ב"כ עוה"ד ויקטור תשובה ואח'
ממשרד תשובה ויקטור וות' – עורכי דין
מרח' היצירה 3 (בית ש.א.פ), ר"ג 52521
טל' 03-6138484 ; פקס 03-6138585

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.1.2014, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו בנוגע לבקשה לאישור הסדר פשרה בין המבקש ובנק לאומי לישראל בע"מ (להלן - **המשיב**) (להלן - **הבקשה לאישור הסדר פשרה**).

בתמצית יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לבקשה לאישור הסדר פשרה (להלן גם - **הסכם הפשרה**) שכן לעמדתו הסכם הפשרה אינו ראוי, הוגן, וסביר, ועל כן אין לאשרו בנוסח כפי שהוגש לבית המשפט הנכבד, והכל מן הנימוקים שיפורטו להלן.

א. רקע תמציתי של ההליכים הקודמים להסדר

1. ביום 30.5.2010 הגיש המבקש לבית המשפט הנכבד תביעה אישית נגד המשיב ובד בבד עמה בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית (להלן - **בקשת האישור**).
2. בתמצית יצוין, כי בבקשת האישור נטען, בין היתר, כי המשיב סייע למר בועז יונה (להלן - **יונה**), במודע או על דרך התרשלות, להטעות את ציבור מחזיקי האג"ח של חפציבה חופים בע"מ (להלן - **חפציבה**) באמצעות פעולה פיננסית שחזרה על עצמה במשך שלושה רבעונים עוקבים.
3. במסגרת בקשת האישור נטען בנוסף כי הפעולה הפיננסית אפשרה את המשך המסחר באג"ח של חפציבה בשוק המשני, ואפשרה גיוס הון ראשוני נוסף לחפציבה ובכך הוטעו המבקש ובעלי האג"ח אשר השקיעו באגרות החוב של חפציבה ו/או לא מכרו את האגרות שהחזיקו בידם מבעוד מועד.
4. עוד נטען במסגרת בקשת האישור כי מעשיו ומחדליו של המשיב מקימים נגדו אחריות אזרחית בעוולת התרמית, בעוולת הרשלנות ובעוולת הפרת חובה חקוקה בשלהפרת חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 וחוק העונשין, התשל"ז-1977.
5. ביום 8.11.2010 הגיש המשיב את תשובתו לבקשת האישור (להלן - **תשובת המשיב**), ובמסגרתה חלק על טענות המבקש וביקש לדחותן על הסף או לחלופין לגופן, וזאת מן הנימוקים שפורטו בתשובת המשיב, אשר נתמכה בחוות דעתו של פרופ' ניסים ארניה.
6. בטרם הגיש המבקש את תגובתו לתשובת המשיב, פנה המבקש לבית המשפט הנכבד וביקש, בין היתר, לתקן את כתבי בי הדין בתיק (להלן - **בקשת התיקון**) כך שיכללו טענות עובדתיות חדשות שהובאו לידיעתו והנוגעות, לטענתו, למעורבותו העמוקה של המשיב באירועים בעניינה של חפציבה המתוארים בתביעה ובבקשת האישור, לרבות הוספת עילות חדשות שעובדות אלה מבססות. המשיב הגיב לבקשת התיקון.
7. אולם, בסופו של עניין בחרו המבקש והמשיב, בהתאם לשיקוליהם השונים, לנהל משא ומתן במהלכו הגיעו להסכמות שונות ובסופו גיבשו הסדר פשרה.

8. לאחר מכן, הגישו המבקש והמשיב לבית המשפט הנכבד בקשה לאישור הסכם פשרה כאמור, וביום 9.12.2013 קבע בית המשפט הנכבד, בין היתר, כי עותק של הסדר הפשרה יישלח ליועץ המשפטי לממשלה, למפקח על הבנקים ולרשות ניירות ערך.
9. העתק החלטת בית המשפט הנכבד והסכם הפשרה הומצאו לפרקליטות מחוז ת"א אזרחי ביום 12.12.2013, ולאחר מכן גם הועבר אליה גם העתק מפרסום המודעה בנוסח שצורף להסדר הפשרה.

ב. נימוקי עמדת היועץ המשפטי לממשלה

1.1. הגדרת הקבוצה

10. בהסכם הפשרה מופיעות שתי הגדרות שונות לקבוצת התובעים לצורך הפשרה. במבוא להסדר הפשרה, הוגדרה קבוצת "התובעים המיוצגים" בזו הלשון:

"כל מי שהחזיק או מחזיק אג"ח א' של חפציבה חופים ו/או בזכויות מכוחן, למעט מי שהותר לו לפרוש מהקבוצה כאמור בסעיף 18(ו) לחוק" (ההדגשה שלי, ש"כ).

11. בהמשך, הוגדרה קבוצת "התובעים הזכאים" לפיצוי כך:

"תובעים מיוצגים, כהגדרתם לעיל, שמחזיקים אג"ח א' של חפציבה חופים במועד הזכאות" (ההדגשה שלי, המדובר במועד התשלום, ש"כ).

12. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לקבל הגדרות אלו, מהטעמים שיובאו להלן:

ההגדרות המוצעות לעיל שונות במהותן מהגדרת קבוצת התובעים כפי שהוגדרה בסעיף 144 בבקשה לאישור התובענה כייצוגית אשר היא "כל מחזיק אג"ח א' של חפציבה חופים במועד הקובע, 1.8.2007 - ערב הפסקת המסחר בנייר הערך האמור" ועל כן קביעתן מנוגדת להוראת סעיף 18(ז)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן - חוק תובענות ייצוגיות). לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לאמץ את ההגדרות המוצעות בהסכם הפשרה, כפי שיפורט להלן.

הסדר הפשרה יוצר תת קבוצה של "תובעים זכאים" אשר הם בלבד זכאים לקבל פיצוי במסגרת ההסדר, בעוד שנקבע כי יחול מעשה בית דין ביחס לכל קבוצת "התובעים המיוצגים". סעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות קובע ש"פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה". לפיכך, מקום שחברי הקבוצה לא היו מוגדרים בבקשת האישור והם אינם מקבלים פיצוי במסגרת ההסדר, הרי שלא ניתן לטעון שהתובענה נוהלה בשם ובוודאי שאין לצדדים זכות לקבוע שיחול עליהם מעשה בית דין.

כמו כן, אין לקבל הגדרות אלה גם מטעם מהותי. הגדרת "התובעים הזכאים" בהסכם הפשרה כמי שמחזיקים באג"ח א' **במועד הזכאות** (שמוגדר בהסכם הפשרה כ"מועד ביצוע כל תשלום על-ידי הנאמנים לחברי הקבוצה המיוצגת על פי הסכם זה" (ראו סעיף 1.3

להסכם הפשרה) יוצרת שוני מהותי בין חברי הקבוצה התובעת שהחזיקו את אגרות החוב במועד הפסקת המסחר ושהם אלה שלפי הטענה בבקשה האישור ניזוקו וסבלו בפועל מירידת הערך בעקבות מעשיו או מחדליו של המשיב לבין אלה אשר יקבלו פיצוי לפי ההסכם המחזיקים כיום באג"ח, אשר סביר להניח כי חלקם רכשו את האג"ח רק לאחר קריסת חפציבה, כשכבר היה בידם מידע מלא על אודות מצבה של חפציבה.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין זה נכון לקבוע כי קבוצת הזכאים לפיצוי תכלול את מי שרכש את האג"ח לאחר יום ה-1.8.2007 ולכן לא נגרם לו נזק (שכן הלה רכש את האג"ח בשער נמוך לאחר שהתגלו העובדות הנכונות ממחזיק אחר, שהוא זה ש"ספג" את הנזק). הפיצוי צריך להינתן לקבוצת הנפגעים שספגו את הנזק הנתען ממעשיו של המשיב שהם, מחזיקי האג"ח שסבלו מירידת הערך ביום הפסקת המסחר.

במידה ותאומץ אחת מדרכי החלוקה בפרק 3.ב להלן (שכותרתו "מנגנון חלוקת כספי הפיצוי") המבוססת על המידע אשר נמצא בידיהם של חברי הבורסה, דומה שניתן יהיה לאתר את רוב חברי הקבוצה שהחזיקו באג"ח בתקופה הרלוונטית ואשר נפגעו בפועל.

2.ב. סכום הפשרה

13. בסעיף 5 להסדר הפשרה צוין כי סכום הפיצוי אותו ישלם המשיב לתובעים הזכאים יהיה 11,500,000 ₪ (כאשר סכום זה יכלול גם את שכר טרחת ב"כ התובעים המיוצגים ואת הגמול לתובע המייצג). עם זאת, כפי שיפורט להלן, הפיצוי שיועבר בפועל לחברי הקבוצה הוא סכום נמוך באופן משמעותי מסכום זה:

א. סכום הפשרה כהגדרתו בהסדר הפשרה, כולל, כאמור, את שכר טרחת ב"כ התובעים המיוצגים¹ והגמול לתובע המייצג,² אשר לפי המלצת הצדדים מסתכמים ב- 2,375,500 ₪ (ראו בעניין זה סעיפים 5 ו-9.1 להסכם הפשרה).³

ב. הבנק שומר את זכותו להשתמש ב-3 מיליון ₪ בתוספת כל סכום שלא יחולק לחברי הקבוצה (והניסיון מלמד כי לעיתים מדובר בסכומים משמעותיים) לצורך תשלום עבור הוצאות שיקבעו לו במסגרת תובענות אחרות (ראו בעניין זה סעיפים 6.2 - 6.8 להסכם הפשרה). כפי שיוסבר בהרחבה בפרק 3.ב להלן שכותרתו "מנגנון חלוקת כספי הפיצוי". לא ניתן להקצות במסגרת תובענה ייצוגית אחת סכום, אשר נועד לשמש כפיצוי, ככל שיפסק, בתובענה אחרת.

¹ 1,725,000 ₪ בתוספת מע"מ, כשהבנק משתתף בתשלום מע"מ, כאמור, עד לתקרה של 120,000 ₪, כאשר את יתרת המע"מ גם מנכים מהפיצוי שמגיע לתובעים הזכאים, דהיינו 190,500 ₪.

² 460,000 ₪.

³ לפי החישוב הבא: 18% מע"מ מתוך 1,725,000 = 310,500 ₪ שמתוכם הבנק משלם 120,000 ₪ בלבד, קרי מהסכום הפיצוי לתובעים הזכאים ינוכה ההפרש, כלומר 190,500 ₪. כך שסך הסכום המנוכה מסכום הפיצוי לתובעים הזכאים מסתכם, בינתיים, ב- 1,725,000 + 195,000 + 460,000 = 2,375,500 ₪.

14. לאחר הפחתת סכומים אלו סכום הפיצוי יעמוד **לכל היותר** על כ- 6,124,500 ₪ בלבד (להלן- **סכום הפיצוי לאחר ההפחתות**), וככל הנראה אף למטה מכך בשיעור ניכר. אם לא די בכך, גם סכום זה אינו סכום הפיצוי אשר יועבר בפועל לחברי הקבוצה, כיוון שבסעיף 6.2.1 להסכם הפשרה נקבע שכל ההוצאות הכרוכות בהליך הפיצוי ינוכו גם הן מסכום הפיצוי, כך למשל עמלות לחברי הבורסה ומסלוקת הבורסה וכל הוצאה אחרת החלה על חשבון הנאמנות. מהאמור עולה, כי סביר שסכום הפיצוי הממשי אשר יקבלו חברי הקבוצה לידם יהיה נמוך באופן משמעותי אף מסכום הפיצוי לאחר ההפחתות. יודגש, כי מדובר על פער של כ- 50% בין הסכום המוצג כסכום הפשרה לבין סכום הפיצוי שחברי הקבוצה יקבלו בפועל.
15. תקנה 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010 (להלן- **תקנה 12**) מונה את פרטי המידע שעל הצדדים לציין במפורש בהסדר הפשרה, במטרה לקדם את שקיפות ההסדר לחברי הקבוצה, לציבור ולבית המשפט. שקיפות זו בעלת חשיבות יתרה עבור חברי הקבוצה אשר הסדר הפשרה נערך בשמם, שכן היא מאפשרת להם להעריך האם הם מקבלים פיצוי ראוי תמורת הויתור על עילת תביעתם, ולהפעיל במידת הצורך את הזכויות המוקנות להם בדין - להתנגד להסדר או לבקש להחריג עצמם מהקבוצה התובעת. שקיפות זו היא גם בעלת חשיבות רבה עבור בית המשפט על מנת לאפשר לו לקבוע אם הסדר הפשרה ראוי, הוגן וסביר.
16. תקנה 12 קובעת כי יש להציג במפורש את הסעד הניתן לחברי הקבוצה ועל כן הצגת סכום הפיצוי בדרך כאמור מטעה את חברי הקבוצה והציבור וחוטאת למטרה המצוינת לעיל. לפיכך, על הצדדים לציין במפורש מהו סכום הפיצוי בפועל שיקבלו חברי הקבוצה.

3.ב. מנגנון חלוקת כספי הפיצוי

17. מנגנון תשלום סכום הפשרה וחלוקתו כפי שעולה מהסכם הפשרה כולל שני שלבים, כפי שיתואר להלן:

שלב ראשון

בסעיף 6.2.1 להסכם הפשרה נקבע כי במסגרת שלב זה יועברו לחברי הקבוצה 8.5 מיליון ₪, שמהם ינוכו עמלות חשבון הבנק, עמלות למסלוקת הבורסה או לחברי הבורסה בגין ביצוע החלוקה וכל עמלה או הוצאה אחרת החלה על הסכומים שבנאמנות. כמו כן ינוכו גמול לתובע המייצג ושכר טרחת ב"כ התובעים המיוצגים, למעט מע"מ עד לגובה 120,000 ₪.

החלוקה תעשה על ידי נאמנים כאשר חלקו של כל חבר קבוצה, יחושב פרו ראטה, בהתאם לחלקו היחסי באחזקות במועד ביצוע התשלום (בהתאם למנגנון החלוקה במסלוקת הבורסה או בהתאם לרישומי חבר הבורסה הרלוונטי).

אולם, הסכם הפשרה אינו מפרט מהו מנגנון הידוע של חברי הקבוצה וכיצד בפועל יחולקו הכספים לחברי הקבוצה.

לדידו של היועץ המשפטי לממשלה יש לקבוע מנגנון חלוקה ברור ומפורט שיאפשר פיצוי למספר רב ככל הניתן של חברי הקבוצה. ניתן בענייננו ללמוד משני סוגי מנגנונים אשר אומצו לאחרונה בהחלטות שונות בהסדרי פשרה, זאת בשינויים המחויבים:

מנגנון א' - הוצאת צווים למסלקת הבורסה להעביר את חלוקת האחזקות בין חברי הבורסה, ולחברי הבורסה להעביר לחברי הקבוצה שעדיין לקוחותיהם את סכום הפיצוי. כשלאחר מכן חברי הבורסה יעבירו דו"ח מפורט עם פרטי הקשר של חברי הקבוצה שכבר אינם לקוחותיהם לנאמנים, ואלה ינסו לאתרם (עמ' 5-6 לפסק הדין בת"צ 4425-01-10 חפ"ץ נגד מקסאל השקעות ואח' (פורסם בנבו, 1.8.2013)).

מנגנון ב' - הוצאת צווים לחברי הבורסה אשר יידעו את חברי הקבוצה על הפשרה ומינוי נאמן מקצועי (Paying Agent) שינהל את חלוקת הכספים (סעיפים 19 - 20 לפסק הדין בת"צ 3118-09 יעקב סבו נגד חברת דיסקונט השקעות בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 4.6.2013)).

כמו כן, בהסדר הפשרה סוכם, בין היתר, שהיתרה שתיוותר עקב אי איתורם של מי מחברי הקבוצה, תישמר בחשבון הנאמנות ותשמש את בנק לאומי, ככל שיהיה צורך בכך, למתן פיצוי בתביעות נוספות ככל שיהיו בעניין זה. בעניין זה ידגיש היועץ המשפטי לממשלה כי הזכות לקבלת כספי הפיצוי היא בראש ובראשונה של חברי הקבוצה, ועל כן מקום שלא חולקו כל כספי הפיצוי, מן הראוי לחלק את הכספים הנותרים בין חברי הקבוצה שאותרו, וזאת בלבד שלא יעלה סכום הפיצוי על 100% נזק.

ניתן ללמוד על כוונת המחוקק לעניין זה מסעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות ולפיו:

"הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו".

שלב שני

עוד הוסכם במסגרת הסכם הפשרה כי יתרת סכום הפשרה (3 מיליון ₪ לפחות) תופקד על-ידי הנאמנים בפקדונות סולידיים ו"תמתין" במשך תקופה בת 18 חודשים שתחל ביום הגשת הסכם הפשרה לאישור בית המשפט הנכבד.

בהמשך לכך הוסכם כי ככל שתוגש תובענה נוספת כנגד המשיב, במהלך התקופה הנ"ל - בהתבסס על ההלוואות⁴ וכל הכרוך בהן, שהתבקש בה סעד כספי שממנו צפוי ליהנות מי שהינו חבר בקבוצת התובעים המיוצגים ו/או מי שיחזיק באג"ח לאחר המועד הקובע⁵ - יעוכב סכום הכסף עד למתן פסק דין חלוט בתובענה. במידה וייפסק על ידי בית המשפט סעד כספי כנגד בנק לאומי ואף אם הצדדים יבחרו לערוך הסדר פשרה, יהיה רשאי המשיב לבקש מהנאמנים את יתרת סכום הפשרה, לשם מימון הוצאותיו בתובענה הנוספת, זאת לרבות שכר טרחת עורכי הדין.

⁴ כהגדרתן בסעיף 1.3 להסכם הפשרה.

⁵ גם אם הנ"ל אינו נקוב באופן פורמאלי כתובע בתובענה הנוספת כהגדרה בהסכם הפשרה.

18. יודגש, כי בימים אלו מתנהלת תובענה של חפציבה כנגד המשיב⁶ והצדדים הסכימו להכיר בה כתובענה נוספת לעניין הסדר הפשרה, זאת חרף העובדה שחברי הקבוצה אינם צד להליך.⁷

19. היועץ המשפטי לממשלה מתנגד למנגנון המתואר לעיל כשלב השני לביצוע ההסדר, כפי שיפורט להלן:

הצדדים ביקשו לייצר זיקה בין הסכם הפשרה בתובענה זו לתביעות נוספות נגד המשיב. יובהר כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לא יעלה על הדעת ליצור זיקה כלשהי בין תובענה ייצוגית זו לתובענות אחרות נגד הנתבע. ככל שהנתבע ימצא חייב במסגרת תובענה אחרת פרטנית או ייצוגית, יהיה עליו לפצות את הזכאים בתובענה זו, בהתאם לפסיקת בית המשפט או הסדר הפשרה לפי העניין. אין כל הצדקה לקבוע כי חברי הקבוצה בתובענה זו יישאו בנטל הפיצוי המוטל על המשיב בתביעות אחרות. יודגש כי הקצאת סכום לפיצוי תובעים בתובענות אחרות, מיטיבה למעשה אך ורק עם המשיב, אשר מבטיח כי סכום, מתוך הפיצוי לו זכאים חברי הקבוצה התובעת בתובענה זו, ישמש אותו עבור פיצוי עתידי שיידרש לשלם בתביעות אחרות שאינן קשורות לתובענה הייצוגית הנידונה.

לאור האמור לעיל, הצגת קרן הפיצויים של הבנק, כחלק מהפיצוי לחברי הקבוצה, יוצרת מצג מטעה לפיו סכום הפשרה (₪ 11,500,000) יגיע לחברי הקבוצה בעוד שלפי כל מה שפורט לעיל, קיימים סיכויים משמעותיים שדה-פקטו חברי הקבוצה לא יקבלו סכום זה ויחלקו ביניהם סכום נמוך ממנו בהרבה לאחר שינוכו ממנו הפיצויים לטובת תובענות אחרות כלפי המשיב (ובפרט לאור ההסכמה של הצדדים על ההכרה בתובענה של חפציבה לצורך מנגנון התשלום).

4.ב הערות נוספות בנוגע לבקשה ולהסדר הפשרה המוצע

20. בלי לגרוע מהאמור לעיל, מבקש היועץ המשפטי לממשלה להעיר מספר הערות נוספות בנוגע להסדר המוצע, למקרה שבית המשפט הנכבד יסבור כי מדובר בהסדר שיש מקום לאשרו.

4.ב.א ההסכם מבקש ליצור מעשה בית דין וכולל ויתור על טענות באופן המנוגד לדין

21. בלי לגרוע מנימוקי ההתנגדות שצינו לעיל, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי הסכם הפשרה מבקש ליצור מעשה בית דין בנוגע לעילות אשר לא נטענו בבקשת אישור התובענה כייצוגית וכולל ויתור על עילות הנובעות מהעובדות המתוארות בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, לרבות בכל הנוגע להלוואות הכספיות, כל זאת בניגוד לסעיף 18(ז)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

22. לפי סעיף 18(ז)(1) לחוק תובענות ייצוגיות **הסדר פשרה לא יכלול**:

⁶ ת"א (מחוזי ירושלים) 58273-02-13 חפציבה חופים בע"מ (בפירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח'.

⁷ ראו סעיף 6.3 להסכם הפשרה (הגדרת המונח "תובענה נוספת") וסעיף 6.5.3 להסכם הפשרה.

”עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה, אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית...”

23. תכלית ההוראה היא למנוע מתובע ייצוגי, שפועל בשם קבוצה אנונימית שלעיתים כלל אינה מודעת להליך המשפטי וממילא אינה מסכימה לו באופן פעיל, להגביל את חברי הקבוצה בעניינים שלא נכללו בבקשת האישור. התובע הייצוגי רשאי (בהתקיים התנאים הקבועים בדין) להסכים בשם חברי הקבוצה להתפשר בתביעה שהגיש, אולם לא ניתן להרחיב את סמכותו אל מחוץ לגבולות בקשת האישור - בנוגע לעילות שלא הופיעו בבקשת האישור או בנוגע לנתבעים שלא נכללו בה.

24. רוצה לומר, מעשה בית דין יחול רק על עילות התביעה ואינו יחול על העובדות המובאות בתביעה, או על עילות אשר קמות על בסיס עובדות אלו ולא נכללו בבקשת האישור (ראו בהרחבה הנטען בפרק ב.3. לעיל (שכותרתו "מנגנון חלוקת כספי הפיצוי", והוראת החוק והפסיקה שיישמו את הכלל בעניין (ודוק, ת"צ (מרכז) 44751-03-10 בן סימון נ' הוט (פורסם בנבו, 8.7.2012)).

25. מקום שיבקש חבר קבוצה לתבוע בגין עילה אחרת העולה מהעובדות המפורטות הרי שאין מקום לחסום את דרכו, ועל כן יש לצמצם את מעשה בית הדין רק ביחס לעילות הנטענות בבקשת אישור התובענה כייצוגית.

ב.4.ב מינוי בודק

26. סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות הינו כהאי לישנא :

”בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינים של חברי הקבוצה, ואם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית - גם כי קיימות, לכאורה, שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין”.

27. הסדר פשרה אמור לשקף איזון בין הסיכויים לבין הסיכונים שבהליך המשפטי. גם כאשר בבסיס בקשת אישור עומדת עילת תביעה טובה, הצלחת התביעה אינה מובטחת, שכן עשויים להתעורר קשיים במישור המשפטי, במישור הראייתי, במישור העובדתי, במישור הזמן, במישור סיכויי הגבייה, ועוד. הפשרה אמורה לשקף איזון בין חוזק העילה לבין הסיכונים שבהשלמת ההליך המשפטי לטובת חברי הקבוצה.

28. השיקולים אם לאשר הסדר פשרה מפורטים בסעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות :

”(2) בהחלטתו לפי פסקה (1) יתייחס בית המשפט, בין השאר, לשיקולים אלה:

(א) הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;

(ב) התנגדויות שהוגשו לפי סעיף 18(ד), וההכרעה בהן;

(ג) השלב שבו נמצא ההליך;

(ד) חוות דעת של הבודק שניתנה לפי סעיף קטן (ב)5;

(ה) הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה;

(ו) העילות והסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר".

29. לכן, על מנת לברר אם מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה, ובהתאם להוראות סעיף 19(ג)2(א) לחוק תובענות ייצוגיות, על בית המשפט הנכבד לברר את "הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".

30. בירור זה יכול להיעשות רק לאחר בדיקת הפרטים המהותיים בהסכם וביניהם סכום הפיצוי בפועל לחברי הקבוצה ומנגנון חלוקת כספי הפיצוי לחברי הקבוצה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, נדרשת מומחיות כלכלית-חשבונאית על מנת להעריך מה הפער בין הסכום שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אם ההליך היה מסתיים בהכרעה לטובתם, ובין הסכום לו הם זכאים במסגרת הסדר הפשרה. ועל כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה יש למנות בודק לעניין זה.

ב.4.ג שכר טרחת עורך הדין והגמול לתובע המייצג

31. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ככל שהסדר הפשרה יאושר ולאור הלכת בית המשפט העליון בע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.05.2012) (להלן - עניין רייכרט) יש לפסוק את שכר הטרחה והגמול המיוחד ביחס לתועלת בפועל שהסכם הפשרה נתן לחברי הקבוצה. הדבר מוצדק במיוחד בנסיבות המיוחדות של מקרה זה בו יש קושי אמיתי להעריך מהו ה"ערך" שניתן לקבוצה במסגרת הסכם הפשרה, אם בכלל.

32. בעניין רייכרט נקבע העיקרון כי שכר הטרחה והגמול המיוחד אשר יפסקו לתובע הייצוגי ולבא כוחו ייגזרו מהתועלת בפועל אשר אלה הביאו לקבוצה:

"יודגש כי שכר טרחתו של עורך הדין ייגזר מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה ולא מהסכום שנפסק. זאת, שכן לעיתים ייתכן פער, ואפילו משמעותי, בין הסכום אותו קובע בית המשפט בפסק הדין, או הסכום אליו מגיעים הצדדים בפשרה, לבין הסכום אשר בסופו של דבר מגיע אל חברי הקבוצה" (ראו סעיף 8 להחלטה בעניין רייכרט).

33. במסגרת הסכם הפשרה הוסכם כי שכר טרחת ב"כ התובעים המיוצגים (להלן - שכר הטרחה) והגמול לתובע המייצג (להלן - הגמול) יהיו מחושבים ביחס לסכום הפשרה שהינו

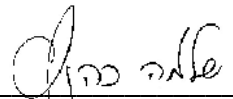
11,500,000 ₪. לאור האמור בפרק ב.2. לעיל (שכותרתו "סכום הפשרה") כאמור, סכום זה אינו משקף נאמנה את הפיצוי בפועל אשר יינתן לחברי הקבוצה ועל כן אין לגזור ממנו תשלומים אלו. שכר הטרחה והגמול צריכים להיגזר מסכום הפיצוי בפועל אשר יינתן לחברי הקבוצה, זאת בהתאם לנימוקים במסגרת פרק ב.2. לעיל.

34. למצער, יש לקבוע כי חלק משמעותי מסכום שכר הטרחה ישולם רק בסיום חלוקת הפיצוי וזאת על מנת לתמרץ את הנאמנים לסיים את חלוקת הפיצוי מהר ככל שניתן.

ג. סוף דבר

35. לאור כל האמור, הרי שהסדר הפשרה כיום אינו הסדר ראוי והוגן, כנדרש בסעיף 19(ג) לחוק, ולכן אין לאשרו בנוסחו במסגרת הבקשה.

36. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית הבקשה לאישור הסדר הפשרה, או לחילופין בלבד, על תיקון ההסדר כאמור לעיל, לאחר מינוי בודק.



שלמה כהן, עו"ד
עוזר לפרקליטת מחוז ת"א – אזרחי
ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

תל-אביב, ט' באדר ב תשע"ד (11 במרץ 2014).
פמת"א תצ/8621/13, ש.כ. 1092892.