

## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן ואח'

תיק חיצוני:

בפני כב' השופט חאלד כבוב

תובעים הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת  
ע"י ב"כ עו"ד א' רבינוביץ', עו"ד ג' רון, עו"ד א' מן ועו"ד י'  
אביעד

נגד

נתבעים

1. דוד כהן
2. רונה ארליצקי (כהן)
3. חנה תדמור כהן
4. גדעון תדמור
- ע"י ב"כ עו"ד ד"ר ג' אוריון, עו"ד א' מלכה, עו"ד א' אופק  
ועו"ד ל' בלינסון
5. קבוצת דלק בע"מ
6. כהן פיתוח ומבני תעשייה בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד פ' רובין

כתבי עת:

אלון קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק", הפרקליט, כרך מט (תשס"ז-תשס"ח) 131  
אהרן ברק, "עקרונות כלליים של המשפט", ספר ויסמן, (תשס"ב) 1

ספרות:

א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג)

כתבי עת:

אלון קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק", הפרקליט, כרך מט (תשס"ז-תשס"ח) 131  
אהרן ברק, "עקרונות כלליים של המשפט", ספר ויסמן, (תשס"ב) 1

חקיקה שאוזכרה:

חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006: סע' 4, 4(א), 4(א)3, 8, 8(א), 8(ב)1, 8(ג)2, 8(ג)1  
חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 209(א), 328

[חוק המועצה הישראלית לצרכנות, תשס"ח-2008](#)

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984](#)

[חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994](#)

[חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט \(תשס"ג\)](#)

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש המחוזי קבע כי בהתאם לסעיף 4(א)(3) [לחוק תובענות ייצוגיות](#) גם ארגון אשר אין לו עילת תביעה אישית רשאי להגיש תובענה ייצוגית בשם הקבוצה וזאת בתנאי שהוכחו הקרטיונים הבאים: א. עילת תביעה לכאורה; ב. קושי לאתר תובע בעל עילה אישית; ג. ארגון ראוי כשלעצמו. ביהמ"ש יצוק תוכן למושג "קושי" ממקרה למקרה, כל אחד על פי נסיבותיו. אך צויין כי אין מקום לקבוע כי רק קושי מובנה מעצם הסיטואציה, כגון יחסי מרות או התיישנות, ייצור "קושי" לפי החוק. פרשנות זו הינה דווקנית יתר על המידה ואינה משרתת כראוי את תכלית החוק.

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – תובע ייצוגי

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – לפי [חוק תובענות ייצוגיות](#)

\* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – תנאים לאישורה

\* פרשנות – דין – [חוק תובענות ייצוגיות](#)

החלטה זו עניינה תנאיו וגבולותיו של סעיף 4(א)(3) [לחוק תובענות ייצוגיות](#), ובפרט, האם וכיצד יכול ארגון אשר אין לו עילת תביעה אישית להגיש תובענה ייצוגית בשם הקבוצה. שתי שאלות עומדות להכרעה: א. האם ובאלו מקרים טענות בגין אי עמידה בסעיף 4(א)(3) לחוק ראוי שיתבררו במסגרת טענות סף; ב. מהי הפרשנות הראויה שיש ליתן לסעיף 4(א)(3) לחוק. בקליפת אגוז, לפי החוק על מנת שארגון יהיה תובע מייצג עליו להוכיח "קושי" לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. סלע המחלוקת נעוץ בפרשנות למושג "קושי". מחד גיסא נטען כי יש לפרש סעיף זה פרשנות מצמצמת לפיה רק נסיבות חריגות יקיימו "קושי". מאידך גיסא נטען כי "קושי" הוא פשוטו כמשמעו, קרי, כל אימת שהארגון כשל בניסיונותיו לאתר תובע, ועשה זאת בתום לב, הוכח קושי כאמור. רקע לדיון: ארגון "הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת" הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, כנגד חברת כהן פיתוח

ומבני תעשייה בע"מ (להלן: החברה); בעלי מניות בחברה: הנתבעים 1-4, וכנגד קבוצת דלק בע"מ, בין היתר בטענה כי הם מכרו את השליטה בחברה לקבוצת דלק באופן שקיפח את בעלי המניות של החברה מקרב הציבור. המשיבים לבקשה לאישור, הגישו בקשה לסילוק בקשת האישור על הסף, בטענה שבנסיבות העניין הארגון לא נכנס בגדרו של סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות. הארגון מודה כי אין לו עילת תביעה אישית אך לטענתו, הם נכנסים לחריג, כיוון שלא הצליחו לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית.

ביהמ"ש המחוזי דחה את הבקשה לסילוק על הסף מהטעמים הבאים:

ראשית, בהתאם למתווה שמשרטט החוק, אפילו אם לא יוכחו תנאיו של סעיף 4(א)(3), במידה שיוכח כי מתקיימים תנאי סעיף 8(א), יאשר ביהמ"ש את קיומה של התובענה הייצוגית תוך נקיטת הצעדים המתחייבים (סעיף 8(ג)(2)). סילוקה של תובענה על הסף מן הטעם שלא עמדה בתנאי סעיף 4(א)(3) מרוקנת מתוכן את סעיף 8(ג)(2). במקרה דנן, לכאורה קיימת עילת תביעה ראויה. על כן, אפילו אם בסופו של יום יהיה צורך בהחלפת התובע, אין לדחות את הבקשה בעת הזו, ויש להותיר את העניין להכרעה בשלב בירור הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

בשלב בו אנו נמצאים לא הוכחו, לכאן או לכאן, אף אחד מהפרמטרים הנדרשים לשם הכרעה: ארגון ראוי או לא, קושי לאתר תובע ייצוגי או היעדרו ובייחוד – האם עילת התביעה ראויה. כך, שבענייננו, בשלב כה מוקדם בהליך, לא ניתן לסלק את התובענה על הסף בטענה שלא עמדו בתנאי סעיף 4(א)(3).

יש לזכור, תובענה ייצוגית היא אמנם אוסף של תובענות אישיות, אך באותה עת יש לה גם מעמד של תובענה ציבורית. על כן, מקום בו קיים אינטרס ציבורי בתביעה, הדבר יכול להביא להקלה מסוימת בתנאים הפרוצדוראליים להגשתה. בהתאם, קשה למצוא מקרה בו ניתן לבחון עניין מסוים בתובענה במנותק מהתביעה גופה, כנותה וסיכוייה – הם השיקולים שבמרכז ההכרעה אם תאושר אם לאו.

לפיכך, ביהמ"ש דוחה את בקשת המשיבים לסילוק על הסף של התובענה.

ומכאן לשאלה העקרונית: כיצד ובאילו נסיבות יש לאשר את כשירותו של ארגון ללא עילת תביעה אישית כתובע ייצוגי.

סעיף 4(א)(3) נועד להגן מפני ניצול לרעה של כלי התובענות הייצוגיות. אולם, נראה כי התכלית המרכזית של החוק כולו, ובפרט של סעיף זה, היא קודם כל להביא למיגורן של עוולות המוניות. בענייננו, אף קיימת במקביל התכלית להגברת האכיפה על שוק ההון ועל חברות ציבוריות. מדברי ההסבר לחוק ניתן להסיק, כי הרצון המובהק של המחוקק הינו לאפשר לארגונים להגיש תביעות ייצוגיות כאשר הן והם ראויים. על כן, בצירוף הקביעה לעיל כי בחינה זו תעשה בשלב הבקשה לאישור ולא כשלב סף, שלושה קריטריונים יש לבחון במסגרת סעיף 4(א)(3): א. עילת תביעה לכאורה; ב. קושי לאתר תובע בעל עילה אישית; ג. ארגון ראוי כשלעצמו.

א. עילת תביעה לכאורה ראוי שתתברר בשלב בירור הבקשה לאישור התובענה, אז לא נשללת זכות הטעון של המשיבים לגופו של עניין והחלטת ביהמ"ש נעשית באופן יותר מושכל. בענייננו, על אף שאנו נמצאים טרם שלב בירור הבקשה לאישור, ניתן לומר כי בעת זו הכף מוטת לטובת המבקשים. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה כי על פי כתב התביעה ונספחיו, שאליהם מצטרפת החלטת הרשות לניירות

ערך לסייע במימון התובענה – התביעה אינה חסרת בסיס. עמדת הרשות, אינה מחייבת את ביהמ"ש, אך בהיותה עמדה שננקטת בהליכים מעטים ונבחרים, יש בה כדי להצביע על כך שאכן מדובר בסוגיה משפטית או עובדתית שראויה לליבון ודיון. העובדה שגורם אובייקטיבי מצא לנכון להעריך כי אכן עניין לנו בסוגיה ראויה, מהווה מעין מערך סינון ראשוני ובסיסי (על אף שאינו מחייב) לכך.

ב. קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית: באשר לרף ה"קושי" שמציב הסעיף, ביהמ"ש אינו מוצא לנכון לקבוע כי רק קושי מובנה מעצם הסיטואציה, כגון יחסי מרות או התיישנות, ייצור "קושי" לפי החוק. פרשנות זו הינה דווקנית יתר על המידה ואינה משרתת כראוי את תכלית החוק. לעמדתו, על הארגון המבקש הנטל להוכיח כי פעל בשקידה סבירה לאתר בעל עילת תביעה. רק אם יעמוד בנטל זה יוכל להמשיך ולשמש כתובע ייצוגי. מכל מקום, ביהמ"ש סבור כי ראוי כי ביהמ"ש יצוק תוכן למושג "קושי" ממקרה למקרה, כל אחד על פי נסיבותיו. כך יתעצב המושג בצורה נכונה יותר שתואמת את המציאות, בייחוד את המציאות התאגידית המתפתחת והמשתנה. עוד הובהר כי שאלה זו צריכה להיבחן במסגרת הבקשה לאישור ולא לפניה. כך למשל, נושאים שקשורים לתביעה עצמה כגון מורכבותו של האירוע הפוגעני, ניגודי עניינים בהם מצויים חלק מהתובעים, כמו שנטען בענייננו, הם שיקולים רלוונטיים, שאינם יכולים להיבחן על רגל אחת במסגרת הבקשה לסילוק על הסף. לא נכון ולא ראוי יהיה לקבוע אפריורית אלו הם המצבים שיוצרים קושי ואלו לאו.

בענייננו, עיקר פעולות המבקשת בנושא זה היה בפנייה במכתב ל-11 גופים מוסדיים שמחזיקים במניות החברה, ואלו, באופן חד משמעי, לא נענו בחיוב לפניותיה. האם האמור לעיל מספיק בנסיבות העניין על מנת להוכיח "קושי" לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית? שאלה זו מתחלקת לשתי תתי שאלות, האחת, שאלה של "כמות" – האם פנייה לגופים מוסדיים מספיקה או שמא יש לפנות גם לבעלי מניות פרטיים מהציבור. השנייה, שאלה של "איכות" – האם הפנייה של המבקשת מפורטת דיה ומספיקה כדי שתגובת הנמען תהיה כנה ומדעת.

באשר לשאלה הראשונה, נראה כי על פניו, מקום בו הגופים המוסדיים הם רבים באופן יחסי, פנייה אל אלו ואי היענותם יספיקו על מנת שיוכח קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. זאת, גם במישור הפרקטי וגם במישור המשפטי הרצוי. יחד עם זאת, מבלי לקבוע מסמרות ובהתאם לכל מקרה ונסיבותיו, ניתן לתאר סיטואציה בה מספר הגופים המוסדיים נמוך או לחילופין במקרים בהם גופים אלו מצויים בניגוד עניינים ממשי, יכול ויידרש הארגון לפנות גם אל בעלי מניות פרטיים, למשל בצורה של קול קורא בין דפי העיתונות הכלכלית. ככל שהארגון יראה מספר רב יותר של גורמים, כאשר בראשם הגורמים "חזקים יותר", שסירבו לקחת על עצמם את עול מעמד התובע המייצג, כך יטה ביהמ"ש לקבל את מעמדו של הארגון כתובע המייצג.

בענייננו, מבחינת "כמות" נראה שהמבקשת עמדה בנטל שמציב סעיף 4(א)(3). בנוסף, הגשת התביעה קיבלה כסוי תקשורת מסוים, והדברים אף פורסמו באתר הארגון. גם בכך, היה כדי לעודד ולאפשר למי מבין מחזיקי המניות מן הציבור, ליצור קשר עם המבקשים או באי כוחם, על מנת להיכנס לנעליו של מבקש האישור.

באשר לשאלה השנייה, האם המכתבים שנשלחו מספקים מבחינת תוכנם, ביהמ"ש סבור כי נוסח המכתב אינו הנוסח האופטימאלי כיוון שהוא לא מפורט דיו. ככל שהפנייה לגופים המוסדיים יותר מפורטת ומעמיקה, כך ביהמ"ש יטה לראות את הארגון כעומד בנטל ההוכחה שמוטל עליו מכוח סעיף 4(א)(3) לחוק. הכול, כמובן, בהתאם לכל מקרה ונסיבותיו הפרטניות. כמו כן על פניות אלה להיות מוגשות

לביהמ"ש כנספחים לבקשה לאישור, בצירוף תצהיר של מי שעל ידו נעשתה הפנייה. בענייננו, תעשה טוב המבקשת אם לעתיד לבוא תפיק לקחיה בעניין. אולם, בסופו של דבר המבקשת אכן כללה במכתבה את הפרטים העיקריים הרלוונטיים: עילת התביעה באופן כללי, זהותה כעמותה, פעילותה וכוונותיה להמשך. כמו כן, ישנו תצהיר על כך שהפניות נעשו עובר להגשת התובענה. כך, אין בחוסר הפירוט כדי לפגוע בכנותה של המבקשת, זאת בעיקר כאשר עד כה לא ניתנו קווים מנחים כלשהם לגבי סעיף 4(א)(3) ופעולה לפיו. על כן נראה כי המבקשת עמדה גם במבחן "איכות" הפנייה, גם אם לא באופן מושלם.

ג. ארגון ראוי: גם כאן, על הדבר להיבחן לפי נסיבות המקרה הספציפיים, כאשר הוא אינו נבחן במנותק מיתר השיקולים הרלוונטיים לתיק. כך למשל, אם ימצא ארגון אשר כשלעצמו הינו ראוי ובעל יסודות מוצקים, הדבר ייצור הקלה מסוימת במבחן "איכות" הפנייה של הארגון. זאת מתוך הנחה שתום ליבו של ארגון נבחן באופנים שונים, אך יש בהם כדי להשפיע אחד על השני. אף בעניין זה ביהמ"ש אינו קובע מסמרות, מפאת שהדבר אינו נחוץ לענייננו.

בענייננו, המבקשת הראתה כי היא אכן פועלת למטרותיה של התביעה, היינו, הגברת הרגולציה והאכיפה בשוק ההון וביהמ"ש התרשם כי מדובר בעמותה ראויה שפועלת במספר חזיתות ואף ניכסה לעצמה הישגים משמעותיים בתחום. לכל הפחות נמצא כי אין מדובר ב"ארגון" שהוקם לצורך הגשת תביעות ייצוגיות בלבד ולמטרות רווח אישיות.

ביני לביני, הודיעה המבקשת לביהמ"ש כי לאור החשיפה התקשורתית בעניין "פנו אל באי כוח המבקשת מספר גורמים, והעלו את האפשרות ליטול חלק בהליך כתובעים בעלי עילת אישית". אין בכך כדי להעלות או להוריד מענייננו. ההודעה אינה כוללת בתוכה כל מידע קונקרטי או אופרטיבי. אם ימצא בהמשך הדרך תובע מייצג בעל עילת תביעה אישית, הרי שזאת תהיה דרך המלך.

## החלטה

1. הוגשה בקשה לאישור תובענה כייצוגית (להלן: "**הבקשה לאישור**"). את הבקשה הגיש ארגון. לאותו ארגון אין עילת תביעה אישית ועל אף זאת ברצונו לשמש כתובע מייצג לקבוצה, זאת לפי [סעיף 4\(א\)\(3\) לחוק תובענות ייצוגיות](#) התשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**" או "**החוק**"). כנגד הבקשה לאישור הוגשה בקשה לסילוקה על הסף (להלן: "**בקשת הסילוק**"), זאת מן הטעם שבנסיבות העניין הארגון לא נכנס בגדרו של הסעיף האמור. החלטה זו עניינה תנאיו וגבולותיו של [סעיף 4\(א\)\(3\) לחוק](#), ובפרט, האם וכיצד יכול ארגון אשר אין לו עילת תביעה אישית להגיש תובענה ייצוגית בשם הקבוצה.

2. שתיים הן השאלות העומדות להכרעה:

- א. האם ובאילו מקרים טענות בגין אי עמידה בסעיף 4(א)(3) לחוק ראוי שיתבררו במסגרת טענות סף.
- ב. מהי הפרשנות הראויה שיש ליתן לסעיף 4(א)(3) לחוק. בקליפת אגוז, לפי החוק על מנת שארגון יהיה תובע מייצג עליו להוכיח "קושי" לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. סלע המחלוקת נעוץ בפרשנות למושג "קושי". מחד גיסא נטען כי יש לפרש סעיף זה פרשנות מצמצמת לפיה רק נסיבות חריגות יקיימו "קושי". מאידך גיסא נטען כי "קושי" הוא פשוטו כמשמעו, קרי, כל אימת שהארגון כשל בניסיונותיו לאתר תובע, ועשה זאת בתום לב, הוכח קושי כאמור.
3. ההדגשות בציטוטים להלן הוספו, אלא אם צוין במפורש אחרת.

### העובדות הצריכות לענייננו

#### הבקשה לאישור

4. המבקשת בבקשה לאישור היא "הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר)" (להלן: "המבקשת" או "הארגון"). המשיבים בבקשה לאישור, שהם גם המבקשים בבקשת הסילוק, הם: בעלי מניות בחברת "כהן פיתוח ומבני תעשיה בע"מ" (להלן: "החברה") - מר דוד כהן, גב' רונה ארליצקי (להלן: "משפחת כהן"), גב חנה תדמור ומר גדעון תדמור (להלן: "משפחת תדמור"; וביחד: "כהן ותדמור"); החברה; קבוצת דלק בע"מ" (להלן: "קבוצת דלק" או "דלק").
5. בתמצית, טוענת המבקשת כי מצב החזקות בחברה היה כך:
- א. מר כהן וגב' ארליצקי החזיקו יחד 25.96% ממניות החברה.
- ב. גב' תדמור החזיקה 18.8% ממניות החברה.
- ג. מר תדמור, בנה של גב' תדמור, החזיק 6.34% ממניות החברה.
6. במשך שנים רבות, לטענת המבקשת, ראו עצמם כהן ותדמור, וכך גם הציגו את עצמם בפני בעלי המניות מקרב הציבור ובפני הרשות לניירות ערך בדיווחי החברה, מחזיקים כל אחד את מניותיו בנפרד, ללא כל הסכם כתוב או בעל פה אשר הופך אותם למחזיקים יחד.

7. יוער כי החברה עוסקת בניהול חיפושי נפט וגז, והפקתם, באמצעות חברת בת - אבנר נפט וגז בע"מ (להלן: "חברת אבנר"), אשר משמשת כשותף כללי בשותפות המוגבלת אבנר חיפושי נפט (להלן: "שותפות אבנר").
8. ביום 29.8.2011 הודיעה החברה בדיווח מיידי, כי לצורך עריכת הדוחות הכספיים לשנת 2010 היא "החליטה לבחון את סוגית זהות בעל השליטה בתאגיד, לאחר שבעבר הניחה החברה בדיווחיה כי אין לראות במי מבעלי מניותיה בעל שליטה בה". ממצאי הבחינה היו "כי יש לראות בבעלי המניות המרכזיים כ'מחזיקים יחד'... בכ-51.09% מזכויות ההצבעה בחברה ומתוקף כך גם כבעלי 'שליטה' בחברה מקדמת דנא" (נספח 6 לבקשה לאישור).
9. ביום 7.11.2011 הודיעו כהן ותדמור לחברה כי הם בוחנים אפשרות למכור את מלוא החזקותיהם בחברה, הדבר דווה לציבור ביום 8.11.2011. ביום 30.11.2011 נחתם הסכם למכירת מניותיהם של כהן ותדמור בחברה לקבוצת דלק. לטענת המבקשת, כהן ותדמור מכרו את השליטה בחברה בתמורה ל-84.57 ש"ח למניה, שעה ששער המניה בבורסה עמד על 54.87 ש"ח למניה.
10. המבקשת טוענת כי "הכרזת השליטה" של כהן ותדמור הייתה מלאכותית ונועדה למנוע את קיומה של הצעת רכש לכלל בעלי המניות בחברה (סעיף 328 לחוק החברות התשנ"ט-1999):
- 328. (א) בחברה ציבורית, לא תבוצע רכישה שכתוצאה ממנה ייהפך אדם להיות בעל דבוקת שליטה אם אין בחברה בעל דבוקת שליטה, וכן לא תבוצע רכישה שכתוצאה ממנה יעלה שיעור החזקותיו של הרוכש מעל ארבעים וחמישה אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה, אם אין אדם אחר המחזיק למעלה מארבעים וחמישה אחוזים מזכויות ההצבעה בחברה, אלא בדרך של הצעת רכש לפי הוראות פרק זה (להלן - הצעת רכש מיוחדת).**
11. כך, לטענת המבקשת, גרפו כהן ותדמור לכיסם פרמיית שליטה שמנה. עוד לטענת המבקשת, קבוצת דלק העדיפה שלא ליצור תחרות על העסקה או התנגדות לה מצד בעלי מניות המיעוט בחברה, וכך, במהלך המתואר, הסירה מכשולים אלו. כמו כן, כתוצאה מהשגת השליטה בחברה הושגה גם שליטה בשותפות אבנר, בה לדלק היו החזקות עובר לרכישת השליטה. שערן מחדש של החזקות אלו יצר רווח של 3.7 מיליארד ש"ח בדוחותיה של קבוצת דלק.
12. טיעונה החלופי של המבקשת הוא, כי אם כהן ותדמור הם בעלי שליטה בחברה, הרי שבמשך זמן רב החברה דיווחה דיווחים מטעים, דבר שמהווה עבירה פלילית, ויצר נזקים לבעלי מניות שרכשו את מניותיהם בידיעה שאין בעל שליטה לחברה.

בקשת הסילוק

13. המשיבים טוענים כי יש לסלק את הבקשה לאישור על הסף מחמת שלתובע המייצג, קרי, למבקשת, אין עילת תביעה אישית, כנדרש בחוק, והיא אינה נכנסת בגדרי החריג שמעוגן [בסעיף 4\(א\)3 לחוק תובענות ייצוגיות](#):

**"ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון - בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו עניין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)."**

14. המשיבים טוענים כי על מנת שארגון יוכל לתבוע בשם קבוצה, ללא שיש לארגון עצמו עילת תביעה, עליו להראות קושי למצוא תובע בעל עילת תביעה אישית. "קושי", לשיטת המשיבים הוא "קושי אינהרנטי" ולא "קושי סתם". כלומר, לפי המשיבים היה על המבקשת להראות שישנו קושי מובנה למצוא תובע ולא מספיק שתראה כי חברי הקבוצה אינם מעוניינים לקחת חלק בתביעה. המשיבים מביאים מספר דוגמאות להמחיש את טענתם. כך למשל, לפי המשיבים, בתובענה בה חברי הקבוצה הם עובדים והנתבע הוא מעבידיהם, יחששו חברי הקבוצה ממעמד התובע המייצג נוכח יחסי המרות ביניהם לבין הנתבע. דוגמה נוספת היא במקרה של התיישנות - זמן רב שעבר מקרות האירוע מושא התובענה יכול להציב קשיים אמיתיים בניסיון לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. לטענת המשיבים, אלו וכמותם הם המקרים בהם מתקיים "קושי" לפי [סעיף 4\(א\)3](#), בהבחנה מענייננו.

15. המבקשת מאידך, אינה טוענת כי קיימת לה עילת תביעה אישית אך גורסת כי היא אכן נכנסת בגדרי החריג שבחוק וכי החוק בנסיבות העניין מתיר לה לייצג את הקבוצה. המבקשת טוענת כי עשתה מאמצים ניכרים על מנת למצוא תובע בעל עילת תביעה אך אלו עלו בתוהו. המבקשת מייחסת את הקשיים בהם נתקלה לניגוד העניינים של הגופים המוסדיים, אליהם פנתה. המבקשת מביאה כדוגמה את הפניקס חברה לביטוח בע"מ ואת ואקסלנס השקעות בע"מ, בהם בעל השליטה הוא מר יצחק תשובה, שהוא גם בעל השליטה בקבוצת דלק. לטענת המשיבים, האופי הריכוזי של השוק בישראל יצר בפניה קושי אמיתי למצוא תובע בעל עילת תביעה אישית, ועל כן לפי החוק היא רשאית לייצג את בעלי מניות המיעוט בחברה.

### דיון והכרעה

16. שתי שאלות מרכזיות עומדות לפניי להכרעה, האחת, האם אי עמידתו של מבקש בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בתנאי [סעיף 4\(א\)3 לחוק](#) מהווה עילה לסילוק הבקשה על הסף. השנייה, מהי הפרשנות הראויה [לסעיף 4\(א\)3 לחוק](#). אתייחס לשאלות כסדרן.



17. [סעיף 4\(א\)](#) לחוק מורה כך:

"(א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;

(2) רשות ציבורית בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסקת הרשות הציבורית – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין, מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה;

(3) ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1) ואולם, המועצה הישראלית לצרכנות, [התשס"ח-2008](#), תהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)."

סילוק על הסף בתובענה ייצוגית

18. לתובענות ייצוגיות ונגזרות יש מכנה משותף מובהק: בשתיהן הדיון מחולק לשני חלקים עיקריים. הראשון, שלב הבקשה לאישור התביעה כייצוגית או כנגזרת, ובמידה שהבקשה לא נדחית בשלב זה, היא עוברת למשוכה הבאה והגבוהה יותר - הדיון בתביעה גופה. בעקבות הסדר ייחודי זה, הכולל ממילא שלב דיוני מקדמי, נקבעה הלכה לפיה טענות סף בתובענות אלו ישמעו בטרם שלב הבקשה לאישור רק במקרים חריגים וקיצוניים. לענין זה יפים וממציים דבריה של השופטת רונן ([תנ"ג 35114-03-12](#) [אשש נ' עטיה](#) [פורסם בנבו] (29.5.2012) (להלן: "עניין אשש")):

"בהתייחס למוסד של התביעה הייצוגית, קבע בית המשפט בעבר, עוד לפני חקיקתו של [חוק תובענות ייצוגיות](#) תשס"ו - 2006, כי ככלל אין מקום לסלק על הסף בקשה לאישור תביעה ייצוגית, שכן שאלת קיומה של עילת תביעה נבחנת ממילא במסגרת התנאים לאישורה של התובענה הייצוגית (ר' למשל [רע"א 8332/96 שמש נ. רייכרט פ"ד נ"ה](#) (5) 276, בעמ' 294-293).

יחד עם זאת, נפסק כי במקרים חריגים וקיצוניים, כאשר מדובר בשאלות שבית המשפט יכול להכריע בהן על אתר, ללא דיון לגופה של הבקשה לאישור התביעה כייצוגית, בית המשפט נוהג מטעמי יעילות לדון בשאלות אלה, עוד בטרם הדיון בבקשת האישור (ר' למשל [ת.א. 1476/02](#) שועלי נ. פניקס הישראלי בע"מ – חברת ביטוח, [פורסם בנבו], כב' השופטת חיות).

10. לאחר חקיקת [חוק תובענות ייצוגיות](#) קבע בית המשפט העליון (כב' השופט כתוארו דאז, גרוניס), כי:

'אמנם, שאלת קיומה או העדרה של עילת תביעה אישית הינה שאלה שראוי לה להתברר בשלב מקדמי של הדיון, אך דומה כי הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כשעצמה מהווה שלב מקדמי דיו לצורך בירור זה. ודוק, אין בדברים אלה כדי לומר כי לעולם לא ניתן יהיה לבקש את סילוקה על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. ניתן להעלות על הדעת טענות שבדין או שבעובדה הדורשות בירור פשוט יחסית, ושיש בהן כדי להשמיט את הקרקע תחת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כולה. כך למשל, עשויה להיות טענת התיישנות הרלוונטית לכל הקבוצה התובעת (להבדיל מהתיישנות עילתו האישית של התובע המייצג בלבד) (ר' [רע"א 2022/07](#) הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ. אר און השקעות בע"מ [פורסם בנבו] מיום 13.8.2007).

סיכומה של נקודה זו, בדרך כלל אין מקום לסלק על הסף בקשה לאישור תביעה כתביעה ייצוגית או בקשה לאישור תביעה כתביעה נגזרת, מהטעם של העדר עילה. שאלת קיומה של עילת התביעה מתבררת בשלב בקשת האישור, שהוא כשלעצמו שלב מקדמי של הדיון, שנועד לצורך זה בדיוק. ייתכנו מקרים חריגים בהקשר זה, בהם ניתן לסלק את הבקשה על הסף עוד בטרם דיון בבקשת האישור לגופה."

19. על כן, ככלל, דחייה או סילוק של הבקשה לאישור על הסף, כמעין שלב "טרום מקדמי", תעשה רק במקרים בהם באופן ברור העניין אינו מתאים להתברר כתובענה ייצוגית. השאלה היא מה הם אותם מקרים הלכה למעשה - ובענייננו, האם יש לדון בזהותו של מבקש האישור וקיומה של עילה אישית כבר בשלב טרום מקדמי זה.

20. כך למשל, נפסק כי מחזיק של מניות בנאמנות אינו "בעל מניות" כפי שדורש [חוק החברות](#) מתובע בתביעה נגזרת ([תנ"ג 20087-11-11](#) בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זקן חמו [פורסם בנבו] (14.6.2012) עמ' 9, מפי כב' השופטת רונן, מחוזי ת"א – המחלקה הכלכלית):

"אני סבורה כי במקרה דנן, ניתן לדון בבקשת הסילוק על הסף ככול שהיא מתייחסת להיותו של המבקש בעל מניות בבזק, שכן הדיון בבקשה זו הוא פשוט, אינו מחייב בירור עובדתי, וניתן להכריע בה על אתר... למבקש אין זכות להגיש את הבקשה הנוכחית, שכן הוא אינו בעל מניות בבזק – היעילות מחייבת לקבוע זאת כבר בשלב זה של הדיון. אלמלא כן, משמעות הדבר תהיה כי בית המשפט יקבע קביעה זהה בתום הדיון בבקשת האישור, בקשה שהדיון בה יהיה אם כן למעשה מיותר."

21. כך, טענות סף בתביעה נגזרת יהיו טענות שההכרעה בהן יכולה לעשות בנקל ומתאפיינות בהיעדר מורכבות. טענות סף ידונו בנפרד ולפני הדיון בבקשה לאישור מקום בו לא ניתן להתעלם מאי היעילות שבבירור בסדר שונה.

22. בעניין **אשש** נטען כי יש לדחות את התביעה הנגזרת על הסף מן הטעם שהיא אינה מציגה תשתית ראייתית מינימאלית. בית המשפט לא קיבל טענה זו ופסק (עניין **אשש** לעיל):

"אינני בוחנת לכן בשלב זה לגופן את טענות הצדדים ביחס לחומר הראיות שהוצג על ידי המבקשים, והאם די בו לצורך אישור הבקשה להגשת תביעה נגזרת. אינני בוחנת את קבילות הראיות ואף לא את משקלן – עניינים אלה יתבררו בשלב הדיון בבקשת האישור לגופה. מטעם דומה, אין גם מקום להכריע בשלב זה בשאלת נטלי ההוכחה, והאם עבר נטל ההוכחה למשיבים בשאלות מסוימות."

23. בנוגע לתובענות ייצוגיות נפסק באופן דומה (רע"א 7096/11 קומס נ' רוזובסקי [פורסם בנבו] (28.8.2012)):

"בכל הנוגע לתובענה ייצוגית, אין לדון בנפרד בסילוק על הסף של התובענה לפי תקנות סדר הדין האזרחי, מפני שבחינת השאלה האם קיימת עילת תביעה נערכת בכל מקרה במסגרת הדיון באישור התובענה כייצוגית (ראו למשל: רע"א 8268/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, 291 (2001); רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ, פס' 4 [פורסם בנבו], 13.8.2007). לפיכך, אין מקום לדון כעת בשאלה האם יש לסלק על הסף את כתב התביעה בשל ש"אין הכתב מראה עילת תביעה" (תק' 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי). אם אכן צודקים המבקשים בכך שלא הונחה כל תשתית עובדתית ממשית המבססת את הטענות נגדם, לא יתקשו לטעון כי אין "אפשרות סבירה" (כאמור בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות) שהתביעה נגדם תתקבל. אם טענה זו תתקבל, הבקשה לאישור תובענה הנגדם כייצוגית, תידחה."

24. לעומת זאת, בהחלטה שניתנה על ידי לאחרונה בעניין סקילקס, נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית על הסף. זאת מפאת שאותו עניין אכן היה מהחריגים שמאפשרים זאת, הן לאור עמדת הצדדים בעניין, הן לנוכח נסיבות אובייקטיביות וחיצוניות לתיק שחייבו התייחסות מקדמית ומהירה, והן מכיוון שהשאלה ה"טרום מקדמית" הייתה שאלה של סמכות (ת"צ 30614-12-12 זומר נ סקילקס קורפוריישן בע"מ [פורסם בנבו] (10.2.2013)):

"ביום 26.12.2012 הגישו סקילקס וטלקום (להלן ביחד: 'מבקשות הסילוק') בקשה משותפת לסילוק על הסף של הבקשה לאישור. הבקשה לסילוק הוגשה ימים ספורים לאחר שזומר הגיש 'בקשה לקביעת מועד דיון דחוף' בה עתר כי בית המשפט יקדים וידון בתובענה עוד בטרם יגיע מועד אישור העסקה (שהיה קבוע ליום 7.2.2013). יצוין כי זומר לא הגיש בקשה לסעדים זמניים ולא חתם על התחייבות כלשהי, אולם ביקש כי בית המשפט יורה למשיבות בבקשה לאישור להגיש את תגובותיהן בתוך שבוע בלבד.

לאור בקשת זומר לקביעת דיון בדחיפות, ולאור העובדה שמצאתי שטענות מבקשות הסילוק הינן טענות הראויות על פניהן, מצאתי לנכון לחרוג מסדר הדברים הרגיל ולקיים דיון מקדמי בבקשה לסילוק הבקשה לאישור על הסף. בדרך כלל, בקשות לסילוק על הסף נידונות במסגרת הדיון בבקשה לאישור גופה, אולם במקרה זה קיומו של דיון מקדמי התבקש נוכח עמדת שני הצדדים, אשר כל אחד מטעמיו, ביקש לזרז את הדיון בתיק.

...

החלטתו של המבקש שלא לפנות לבית המשפט של הפירוק אינה סמנטית. סעיף 350 לחוק החברות עוסק בהרחבה במקרים בהם עומדים

על הפרק פשרה או הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי מניותיה, ובכלל זה הסדר חוב. בית המשפט הדן בבקשה מכוחו של סעיף 350, נדרש להתייחס לזכויות, לטענות ולאינטרסים של כל ה"שחקנים" הרלוונטיים לפשרה או הסדר כאמור - החברה, נושיה השונים, ובעלי מניותיה. הוא גם בעל הסמכות לתת את הסעדים הרלוונטיים והנכונים בנסיבות בהן הוא נדרש לכך. תובענה ייצוגית אינה המקום לנהל הליכים של חדלות פרעון."

25. פסקי הדין שפורטו לעיל, מתארים יפה את תמונת המצב הפסיקתית באשר לסילוק על הסף של תובענות בהן מובנה שלב מקדמי - ייצוגיות ונגזרות.

26. השאלה בענייננו היא כאמור, האם תנאיו של [סעיף 4\(א\)\(3\)](#) לחוק צריכים להתברר במסגרת טענות סף. היינו, בטרם הוגשה תגובה לבקשה לאישור ובמנותק מעילת התביעה גופה. החוק עצמו עונה על שאלה זו והתשובה על כך שלילית.

27. הסעיף עצמו מצייין כי אחד השלבים לבחינת כשירותו של ארגון היא האם התביעה "מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה". זהו נוסח זהה לזה [שבסעיף 8](#) לחוק, הוא הסעיף המרכזי בחוק שכותרתו "אישור תובענה ייצוגית בידי בית המשפט". כלומר, בד בבד עם הבחינה של קיומה של עילה אישית, או בענייננו - זהותו של ה"ארגון" וקיומו של "קושי", יש לבחון האם העניין מעורר שאלות מהותיות ומשותפות, בחינה שבדרך כלל נעשית בגדרי [סעיף 8\(א\)](#), קרי, בשלב בירור הבקשה לאישור, שלב בו כל טענות הצדדים לגופו של עניין פרושות לפני בית המשפט.

28. בנוסף, [סעיף 8](#) קובע בין היתר כך:

- "(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:
- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
  - (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;
  - (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
  - (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

...

(ג)1) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)3 או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר בית המשפט תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול ענינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב כאמור באותו סעיף קטן.

(2) מצא בית המשפט כי התקיימו כל התנאים האמורים בסעיף קטן (א), ואולם לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)(1) עד (3), לפי הענין, יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג.

29. החוק משרטט בפנינו מפה בדרך לאישור התובענה כייצוגית. בסעיף 4 הוא קובע מי רשאי להגיש תובענה ייצוגית ובסעיף 8 הוא קובע מהם התנאים לפיהם יאשר בית המשפט תובענה כאמור.

30. בסעיף 8(ג)(1) החוק קובע כי בבחינה של תנאי סעיף 8(א), אף אם לא התקיימו התנאים שעניינם התובע עצמו, להבדיל מהתביעה עצמה, עדיין יש לבית המשפט שיקול דעת אם לאשר התובענה על אף זאת. כבר בהוראת סעיף זו יש כדי ללמד שהעניין לגופו שמובא לבית המשפט, במידה שהוא אכן עניין "מעורר שאלות מהותיות ומשותפות", הוא במרכז השיקולים הנבחנים, הוא העניין לו מייחס המחוקק חשיבות מכרעת.

31. סעיף 8(ג)(2) לחוק קובע כי במידה שהמבקש לא עומד באחד מתתי סעיף 4(א) לחוק, ביניהם סעיף קטן (3) שרלוונטי לענייננו, אך תנאי סעיף 8(א) לחוק התקיימו, יאשר בית המשפט את התובענה כייצוגית. הסעיף מוסיף כי במקרה כזה בית המשפט יורה על החלפת התובע בכזה שעונה על תנאי סעיף 4(א).

32. עניינו הרואות, אפילו אם לא יוכחו תנאיו של סעיף 4(א)(3), במידה שיוכח כי מתקיימים תנאי סעיף 8(א), יאשר בית המשפט את קיומה של התובענה הייצוגית תוך נקיטת הצעדים המתחייבים. והנה, נמצאנו ממילא בוחנים את עילת התביעה גופה. על כן, סילוקה של תובענה על הסף מן הטעם שלא עמדה בתנאי סעיף 4(א)(3) מרוקנת מתוכן את סעיף 8(ג)(2).



❖ בענייננו, בשלב בו אנו נמצאים לא הוכחו, לכאן או לכאן, אף אחד מהפרמטרים הנדרשים לשם הכרעה כמתואר לעיל: ארגון ראוי או לא, קושי לאתר תובע ייצוגי או היעדרו ובייחוד - האם עילת התביעה ראויה. כך, שבענייננו, בשלב כה מוקדם בהליך, לא ניתן לסלק את התובענה על הסף בטענה שלא עמדו בתנאי סעיף 4(א)(3).

33. שאלת התובע וכשירותו להגיש את התובענה, לפי סעיף 4(א), לא יכולה, להיבחן במנותק מעילת התביעה עצמה וסיכוייה. לפיכך, שאלת עילתו האישית של התובע המייצג ראוי שתיבחן בשלב בירור הבקשה לאישור ולא כטענת סף. זאת בייחוד כאשר בית המשפט משתכנע בדבר קיומה של עילת תביעה לכאורה, שמציגה סוגיה משפטית או עובדתית ראויה. לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס (רע"א 2022/07 הבנק הלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ [פורסם בנבו] (13.8.2007)):

5" נראה, כי חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן - חוק תובענות ייצוגיות) מחייבת לשקול מחדש את השאלה מהם אותם מקרים חריגים וקיצוניים המצדיקים סילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לפי הדין שקדם לחוק תובענות ייצוגיות, העדרה של עילת תביעה אישית היה מביא, מיניה וביה, לדחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לכן, ניתן היה אף לסלק על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית מקום בו היה ברור על פני הדברים כי לא קיימת לתובע המייצג עילת תביעה אישית. חוק תובענות ייצוגיות שינה את דיני התובענות הייצוגיות בישראל מבחינות שונות. ההוראה החשובה לענייננו היא זו הקבועה בסעיף 8(ג)(2) לחוק. לפי סעיף זה, על בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא הוכיח התובע המייצג קיומה של עילת תביעה אישית (או קיומן של אחת החלופות האחרות שבסעיפים 4(א)(1)-(3)), וזאת בתנאי שהראה כי התובענה שהגיש עומדת בתנאי סעיף 8(א) ובכפוף להחלפת התובע המייצג. כלומר, קיימת מבחינה עקרונית אפשרות כי אף אם יתברר שלא עומדת לתובע המייצג עילת תביעה אישית, תאושר התובענה הייצוגית (ראו והשוו, ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 10.7.2007)). לפיכך, טעם הנוגע לעילתו האישית של התובע המייצג ולה בלבד לא יוביל בהכרח, לאור הוראת סעיף 8(ג)(2), לסילוק על הסף של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

6. למסקנה זו יש השפעה גם על השלב בו יש לדון בטענות נגד עילתו האישית של התובע המייצג. לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות היה הגיון במקרים מסוימים בדיון מוקדם בטענות הנוגעות לעילת התביעה האישית של התובע המייצג, וזאת במסגרת בקשה לסילוק על הסף, והכל מתוך מגמה לחסוך במשאבים. נראה, כי כיום קיים משקל מופחת, אם

**בכלל, לטיעון כי ראוי לדון בטענות המכוונות נגד העילה האישית עוד טרם הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית.**

לעניין גריעה במשקלה של עילת התביעה האישית אל מול עליית משקלה של עילת התביעה הקבוצתית ראו: בר"ע 2458/10 פופיק נ' פזגז בע"מ [פורסם בנבו] (5.2.2012) עמ' 4; ת"א 26685/05 סולומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ [פורסם בנבו] (5.5.2011) עמ' 20; ת"א 1986/06 אופיר נ' נתנאל נ' רדיוס שידורים בע"מ [פורסם בנבו] (21.5.2009) עמ' 10; ת"א 1986/06 אופיר נ' שליט [פורסם בנבו] (1.5.2008) עמ' 4; רז לבנת "תובענה ייצוגית בלי תובע" (פורסם בנבו); אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק" התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006 הפרקליט מט 131 (2007), 151.

34. יש לזכור, תובענה ייצוגית היא אמנם אוסף של תובענות אישיות, אך באותה עת יש לה גם מעמד של תובענה ציבורית. על כן, מקום בו קיים אינטרס ציבורי בתביעה, הדבר יכול להביא להקלה מסוימת בתנאים הפרוצדוראליים להגשתה. בהתאם, קשה למצוא מקרה בו ניתן לבחון עניין מסוים בתובענה במנותק מהתביעה גופה, כנותה וסיכוייה - הם השיקולים שבמרכז ההכרעה אם תאושר אם לאו.

35. פרשנות זו עולה יפה עם הכלל לפיו מפאת סדרי הדין המיוחדים בתובענות ייצוגיות אין להפריד בין דיון בטענות סף לבין דיון בבקשה לאישור. הוכחת תנאיו של [סעיף 4\(א\)\(3\)](#) היא מלאכה שדורשת בירור עובדתי מסוים ויש בה כדי להעלות שאלות לא פשוטות לפני בית המשפט. כך למשל, המחוקק לא הגדיר במדויק מיהו ארגון שיכול להגיש תביעה ייצוגית, אלא נקט בלשון לא חד משמעית על מנת שלא לחסום אפריורית את גישתם של ארגונים מסוימים.

**סיוע במימון התובענה על ידי הרשות לניירות ערך**

36. בענייננו, על פני הדברים, יש משקל מסוים להחלטת הרשות לניירות ערך לסייע במימון התובענה. החלטה כזו שניתנת על ידי הרשות, גוף אובייקטיבי ובקיא, יש בה כדי להצביע על כך שהתביעה אינה מופרכת לחלוטין. החלטת הרשות תומכת, לכאורה ועל פניו, בתזה שמציגים המבקשת לפיה על פניו מדובר בסוגיה משפטית או עובדתית ראויה.

37. לרשות לניירות ערך נתונה הסמכות לסייע במימון תובענות ייצוגיות ונגזרות. הסמכות לסייע בתובענות ייצוגיות מעוגנת [בסעיף 209\(א\) לחוק התברות](#):

209. (א) מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית לפי הוראות [חוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו-2006, בעילה ייצוגית הנובעת מזיקה לנייר ערך המונפק בידי הממשלה, לאופציה או לחוזה עתידי כהגדרתם בסעיף 64(ב) [לחוק השקעות משותפות בנאמנות](#), התשנ"ד-1994, או לנייר ערך של חברה ציבורית, וכן תובע מייצג בתובענה ייצוגית כאמור, רשאים

לבקש מרשות ניירות ערך לשאת בהוצאותיו. בסעיף זה 'חברה ציבורית' – חברה שניירות הערך שלה רשומים למסחר בבורסה בישראל או שהוצעו לציבור בישראל על פי תשקיף כמשמעותו בחוק ניירות ערך.  
**(ב) שוכנעה רשות ניירות ערך כי יש בתובענה ענין לציבור וכי יש סיכוי סביר שבית המשפט יאשר אותה כתובענה ייצוגית, רשאית היא לשאת בהוצאות התובע, בסכום ובתנאים שתקבע.**"

38. יש לציין כי עד כה הפעילה הרשות את הסמכות הנתונה לה במשורה. משנת 2002 ועד היום סיימה הרשות במימון 18 תובענות ייצוגיות ושתי תובענות נגזרות. נתונים אלו מצביעים על זהירות וקפדנות מצד הרשות ומדאים כי היא אינה ממחרת להכניס את עצמה לתביעות, שלעמדתה אין להן יסוד כלשהו בדיון.

39. חשוב להדגיש את המובן מאליו - בית המשפט אינו מחויב כלל ועיקר לעמדת הרשות. לא כאשר זו מגישה את חוות דעתה (הפ (ת"א) 44660-12-11 איי אי אל ישראל אקוויטי בע"מ נ' תדביק בע"מ [פורסם בנבו] (10.1.2012) עמ' 12), ומקל וחומר לא כאשר היא מחליטה לסייע במימון תובענה. החלטת הרשות היא עניינה שלה, והדבר אף אינו הופך אותה לצד רשמי בהליך.

40. יחד עם זאת, כפי שציינתי, אף לא יהיה נכון לטעמי להתעלם מ"ציודדה" של הרשות בטענות המבקשת, במיוחד בשלב בו מתבקש בית המשפט לנקוט צעד חריג וקיצוני ולסלק את התובענה הייצוגית על הסף, במנותק לחלוטין מהתביעה לגופה.

זאת בייחוד על רקע בחינת טענות המבקשת בנוגע לפערי הזמנים בין מועד ההודעה בדיווח המייד למועד בו הודיעו המשיבים על בחינת האפשרות של מכירת החזקותיהם והעובדה שעד לדיווח המייד לא נכלל כל רכיב של החזקה משותפת ושליטה. הרי סמיכות התאריכים בין מועד הדיווח המייד למועד אפשרות מכירת החזקות (כחודשיים וחצי) מדליקה נורות אזהרה רבות, לכאורה ועל פניו, שייתכן וקיים קשר בין שני תאריכים אלה. קיומו של קשר כזה, מבסס לכאורה עילת תביעה ראויה. כדי לשלול קשר, על בית המשפט לשמוע בהמשך הסברים או ראיות שיובאו רובן ככולן דווקא על ידי המשיבים.

על כן, אפילו אם בסופו של יום יהיה צורך בהחלפת התובע, אין לדחות את הבקשה בעת הזו, ויש להותיר את העניין להכרעה בשלב בירור הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

41. לפיכך, אני דוחה את בקשת המשיבים לסילוק על הסף של התובענה.

42. מפאת השאלה הפרשנית העקרונית שלפניי, ראיתי לנכון להוסיף ולדון בשאלה כיצד ובאילו נסיבות יש לאשר את כשירותו של ארגון ללא עילת תביעה אישית כתובע ייצוגי.

43. הקטע הרלוונטי מסעיף 4(א)3 לחוק הוא זה :



**"ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון - בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו עניין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)"**

44. לפי האמור, השאלה שלפניי היא שאלה של פרשנות משפטית לסעיף החוק, או ליתר דיוק, כיצד לפרש את המושג "קושי" המופיע בו. בפרט, האם יש לתת למושג פרשנות מרחיבה או שמא מצמצמת.

פרשנות ראויה למונח "קושי" בהקשר של דרישות החוק מארגון המבקש לשמש תובע ייצוגי

45. מן המפורסמות כי פרשנות לדבר חקיקה נעשית על פי תכליתו, במסגרת לשונו:

**"הקונסטרוקציה המשפטית בה עושה שימוש המשפט הישראלי, היא תורת הפרשנות התכליתית. גישתנו היא, כי כל טקסט משפטי מתפרש על פי תכליתו. מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות שהטקסט סובל בלשונו שולף הפרשן אותו מובן שיותר מכל מובן אחר מגשים את התכלית המונחת ביסוד הטקסט." (אהרן ברק "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט" ספר ויסמן 1-14 (שרון לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002), 2.**

46. על כן, על מנת לפרש את המושג "קושי" וליתן לו פרשנות ראויה, עלינו לפנות אל תכלית החקיקה ולהתחקות אחריה. על תכלית החקיקה ניתן ללמוד ממקורות שונים, חלקם נוגעים ישירות לסעיף החוק וחלקם סובבים אותו. כפי שהיטיב לתאר זאת השופט זוסמן (בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים פ"ד כג (2) 477 (1969)):

**"דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו."**

47. כאמור, המחלוקת העיקרית היא בין פרשנות לפיה "קושי" הוא קושי אינהרנטי, מובנה בסיטואציה, כדוגמת יחסי מרות בין הנתבע לבין הקבוצה, לבין פרשנות לפיה "קושי" הוא פשוטו כמשמעו, היינו, ניסיונות כנים לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית שלא צלחו.

48. החוק בחר שלא להגדיר קריטריונים מדויקים אלא הסתפק באמירה לפיה נדרש "קושי". מלשון החוק עצמו קשה ללמוד על תכליתו למעט העובדה שביקש לאפשר חריג לכלל לפיו תובע מייצג יהיה כזה בעל עילת תביעה אישית.

49. חוק תובענות ייצוגיות, כפי שנראה לעיל, משתמש רבות בדיבור "מעורר שאלות מהותיות", ובמספר מקומות לאורך החוק הוא מוריד מחסומים שעומדים בפני תביעה שעונה על הגדרה זו. החוק אמנם מגדיר את דרך המלך, אך ברור מקריאת החוק כי התכלית המרכזית

שביסודו היא תכלית האכיפה וההתמודדות עם קבוצה מפוזרת של נפגעים שאין להם תמריץ לעמוד על זכויותיהם (הצעת [חוק תובענות ייצוגיות](#) התשס"ה-2005, 232):

**"מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק.**

...

ההצעה כוללת גם חידושים מעבר להסדרים הקיימים כיום בחוקים מיוחדים, וביניהם: חיזוק מעמדם של ארגונים ציבוריים וגופים ציבוריים (בעיקר רשויות פיקוח) להגיש תובענות ייצוגיות ולהיות מעורבים בניהולן. המטרה לעודד הגשת יותר תובענות ייצוגיות בנושאים חברתיים-ציבוריים ולא דווקא על ידי גורמים המונעים על ידי כוונת רווח."

50. בהצעת החוק המקורית אף הופיע הסעיף הבא:

**"2(א) כל אחד מאלה רשאי להגיש תובענה בשם קבוצת בני אדם אשר לא ייפו את כוחם לכך (בחוק זה - תובענה ייצוגית) -**

...

**רשות ציבורית או ארגון - בעניין שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן הם עוסקים."**

51. כלומר, לפי הצעת החוק המקורית לא היה קיים תנאי הדורש קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית ויכולתו של ארגון לשמש כתובע ייצוגי הייתה רחבה. בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר כך (עמ' 234 להצעת החוק):

**"מתוך הכרה בתפקיד הציבורי של מכשיר התובענה הייצוגית לאכיפת הדין ומתוך רצון לעודד הגשת תובענות ייצוגיות בעלות חשיבות ציבורית, ארגון הפועל למטרות ציבוריות בתחום מסוים או רשות ציבורית האמונה על שמירת אינטרס הציבור ופיקוח על ענף מסוים, חשופים מתוקף תפקידם למידע בדבר הפרות דין הפוגעות בציבור רחב. ארגון או רשות כאמור יהיו במקרים רבים בעלי עניין, ידע ויכולת מתאימים לניהול תובענה ייצוגית בתחום עיסוקם, יותר מתובע מייצג בעל עילת תביעה אישית."**

52. על אף שהחוק בתוצרתו הסופית אינו כולל את סעיף חוק זה, כפרשן, לא ניתן להתעלם מדברי ההסבר לחוק, הן לחוק כולו והן לסעיף הספציפי.

53. מתוך כך שהתווספה "דרישת הקושי" אין ספק שהמחוקק ראה בעיה בפתיחת שער רחב מדי שמתוכו עלולים להשתחל להם כאלה שאינם ראויים למעמד ואף ליצור זילות בכלי התובענה הייצוגית. אלה הם חששות אמיתיים ואף ממשיים, אולם, קשה לדאות כיצד המחוקק עושה את הדרך הארוכה מתכלית שכולה ממוקדת בחשיבות הציבורית שבתובענה ובפרט בידע וביכולת של ארגונים מסוימים שתורמים למוסד התובענה הייצוגית; לגישה לפיה ארגונים אינם רשאים להגיש תובענות בשם קבוצה

פרט לסיטואציות מסוימות ונקודתיות. פרשנות זו אינה תואמת את תכלית החוק כפי שהיא עולה בגלגוליו השונים.

54. יתר על כן, הדברים שנאמרו בדברי ההסבר נכונים ביתר שאת כאשר אנו עוסקים בתובענות ייצוגיות הנוגעות לענייני ניירות ערך. המדובר בנושאים שלעיתים קרובות מורכבים וסבוכים יותר מהעניינים שבבסיס תובענות ייצוגיות צרכניות "רגילות". תובע בעל עילת תביעה אישית משמע בדרך כלל בעל מניות מקרב הציבור. בעל מניות שכזה אמנם משקיע בשוק ההון אך ברוב המקרים הוא אינו בקיא מספיק בפרטיו, לבטח לא בקיא מספיק בשביל לנהל תובענה ייצוגית בשם קבוצה. לא רק הידע המשפטי חסר לו לניהול הליך, אלא גם הידע הכלכלי שבבסיס עילת התביעה. על כן, פעמים רבות בעלי מניות מקרב הציבור לא רק שאינם תובעים ייצוגיים מוצלחים במיוחד, אלא כלל אינם מבינים אם וכיצד נפגעו זכויותיהם.

האמור לעיל אינו אמור להפגיע איש - אחד מתפקידיו העיקריים של שוק ההון הוא לאפשר לציבור לגוון את השקעותיו מבלי להיות אחראי לפעולות התאגידים בהם הוא משקיע או מעורה בהם. כל זאת, תוך ידיעה שתאגידים המציעים לציבור להשתתף בזכויות הניהול והרווחים בהם, נוטלים על עצמם כללי התנהגות מחמירים ואת הפיקוח של גופים רגולטורים שאינם עוסקים, בהגדרה, בחברות פרטיות.

55. כך, אין זה מפתיע עוד שהאדישות הרציונאלית של בעלי מניות מקרב הציבור (ראו: זוהר גושן "בעיית הנציג' כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגאולטיארו פרוקציה 238, 249 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקציה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996)), מביאה את מחזיקי המניות מקרבו להימנע מלהיגרר להליך משפטי סבוך ועתיר סיכונים, ביחס לאחוזי אחזקות קטן שהסיכון בהחזקתו מגודר. גם ברור לחלוטין מדוע משקיעים מן היישוב לא ירצו למצוא עצמם על דוכן העדים, מעמד שאינו נעים בלשון המעטה, כאשר הנזק שנגרם להם, באופן אישי, אינו כה משמעותי.

56. נושא האכיפה על שוק ההון מקבל בשנים האחרונות תשומת לב רבה, הן במישור החקיקתי והן בבתי המשפט. מחקרים מראים כי כלי התובענה הציבורית, ייצוגית או נגזרת, הוא כלי אקוטי במאבק להוגנות שוק ההון ומשם גם להתפתחותו (ראו למשל: Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, *The Law and Economics of Self-Dealing*, 88 Journal of Financial Economics 430 (2008)).

57. כך נאמר בדברי ההסבר להצעת [חוק החברות](#) (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010 (עמ' 566):

**"בשנים האחרונות נודעת חשיבות רבה בשוקי ההון בעולם, לעקרונות ממשל תאגידי (corporate governance), שעניינם יצירת מנגנוני בקרה ופיקוח על אופן ניהולן של חברות."**

58. כך, רוב הסעיפים שתוקנו במסגרת תיקון זה תכליתם להעצים את כוחם של בעלי מניות מקרב הציבור מול בעל השליטה בחברה:

**"כדי להבטיח את עצמאותה של ועדת הביקורת מוצע להגדיל את משקלם היחסי של דירקטורים שאינם תלויים בבעל השליטה ולקבוע כי רוב חברה ובהם יושב ראש הועדה יהיו דירקטורים בלתי תלויים. (עמ' 571-570 להצעת החוק, דברי ההסבר לסעיפים 10, 11 ו-44(ב))**

**... לאור מעמדו וחשיבותו של הדירקטור החיצוני כדירקטור שאינו קשור לבעל השליטה, מוצע להגביר את כוחם של שאר בעלי המניות בחברה בבחירת דירקטורים חיצוניים. (עמ' 575 להצעת החוק, דברי ההסבר לסעיפים 23 ו-43)**

**... נוכח המלצות ועדת גושן וועדת חמדני שביקשו לחזק את יכולת בעלי מניות המיעוט, ובכלל זה הגופים המוסדיים, למנוע עסקאות שאינן לטובת החברה, ונוכח הכלל 'אחרי רבים להטות', המגלם את העיקרון ולפיו החלטה היא ראויה אם הרוב תמך בה, מוצע לקבוע כי לעניין אישור עסקאות עם בעל שליטה מהסוגים המנויים בסעיף 270(4) לחוק, יעלה הרוב הנדרש לאישור העסקאות משליש לרוב בעלי המניות, שאין להם עניין אישי בעסקה. (עמ' 579 להצעת החוק, דברי ההסבר לסעיפים 30 ו-44(ה))"**

כך, גם באשר להגשת תובענה נגזרת, התיקון לחוק נועד להגברת השימוש בכלי זה כחלק ממערך הממשל התאגידי (עמ' 574 להצעת החוק, דברי ההסבר לסעיף 17):

**"לתביעה נגזרת תפקיד מרכזי באכיפת זכויותיה של החברה ובכלל זה באכיפת חובת הזהירות וחובת האמונים של נושאי משרה בחברה, וזאת על ידי מתן זכות תביעה בשם החברה בידי בעלי מניות, דירקטורים, או נושים במקרה של חלוקה אסורה"**

59. תוצר נוסף של מגמה זו של ממשל תאגידי אפקטיבי הוא הקמתה של המחלקה כלכלית. המחלקה הוקמה אף היא בעקבות המלצותיה של ועדת גושן (דוח הועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי (corporate governance) בישראל תשס"ו-2006, עמ' 45):

**"קיומו של בית משפט מתמחה שיש בכוחו למנוע עושק וקיפוח המיעוט מהווה גורם מרכזי בשיפור איכות ניהולן של חברות ציבוריות, בהתפתחות שוק ההון ובשיפור הכלכלה. מחקרים אמפיריים מראים קשר ברור בין איכות ההגנות הניתנות לציבור המשקיעים לבין צמיחה כלכלית ושוקי הון מפותחים."**

60. מגמות אלו: התיקונים לחוק החברות, עליית קרנה של התביעה הציבורית ככלי יעיל לשיפור הממשל התאגידי, הקמת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי תל אביב - יפו וכיוצא ב, הן חלק ממדיניות ברורה שפועלת להגברת הרגולציה והאכיפה בשוק ההון. זאת בעיקר על ידי העלאת כוחם של בעלי מניות מקרב הציבור. על כן, פרשנות המושג "קושי" היא רחבה מכפי שמעניקים לה המשיבים.

61. יצוין כי המגמה המתוארת לעיל החלה בעיקרה לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' ברק (אהרון ברק פרשנות תכליתית במשפט 412 (2003)):

**"האם נבחנת התכלית האובייקטיבית של החוק על פי מצבה בעת חקיקת החוק או העת פירושו?... התכלית האובייקטיבית צריכה לשקף את המחוקק הסביר, את מהותו של המוסד המשפטי המוסדר ואת ערכי היסוד של השיטה - כל אלה כפי מצבם בעת הפירוש. ברמות הפשטה אלה הפרשנות היא דינמית. החוק מדבר תמיד, והוא חכם מהמחוקק."**

62. דוגמה טובה לפרשנות דינמית שתואמת את התפתחותו של הממשל התאגידי בארץ היא בעניין אלסינט. שם ציינה הנשיאה (בדימוס) ביניש את הדברים הבאים (ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ [פורסם בנבו] (28.5.2012) עמ' 31):

**"קיימים טעמים כבדי משקל לתמוך בזכותו של בעל מניות מיעוט שרכש את מניותיו לאחר קרות אירוע מקפח גם כאשר מדובר בקיפוח בעל אופי חד-פעמי, וביניהם הצורך באכיפה אפקטיבית ומניעת התעשרות שלא כדין (ראו, חביב-סגל, בעמ' 603-605)."**

63. השאלה בעניין שם אמנם שונה מהשאלה בענייננו, אך נראה כי נקודת האיזון היא דומה. גם הטענה כי בעל המניות רכש את מניות לאחר האירוע המקפח היא טענה לפיה אין לתובע עילת תביעה אישית כפי שטוענים המשיבים בבקשתם.

64. יודגש כי כפי שאין בידי לקבל את טענת המשיבים, הרי שגם איני קובע כי יש להתעלם מהכלל לפיו תובע ייצוגי יהיה בעל עילת תביעה אישית. לעניות דעתי, בתביעות כגון אלו, על הארגון המבקש הנטל להוכיח כי פעל בשקידה סבירה לאתר בעל עילת תביעה. רק אם יעמוד בנטל זה יוכל להמשיך ולשמש כתובע ייצוגי.

65. לסיכום נקודה זו, סעיף 4(א)(3) נועד להגן מפני ניצול לרעה של כלי התובענות הייצוגיות. חשש שמלווה את החוק לכל אורכו ואף את בית המשפט בכל עת שהוא פוסק בעניין עקרוני הקשור בסוג זה של תובענות. נקודת האיזון בין הרצון של החוק לאפשר ולתמרץ הגשת תובענות מסוג זה, לבין החשש מניצול ההליך לרעה, היא עניין רגיש וחמקמק. אולם, נראה כי התכלית המרכזית של החוק כולו, ובפרט של סעיף זה, היא קודם כל להביא

למיגורן של עוולות המוניות. בענייננו, אף קיימת במקביל התכלית להגברת האכיפה על שוק ההון ועל חברות ציבוריות.

66. אכן, החשש מניצול לרעה קיים, שימוש ציני בכלי התובענה הייצוגית יש בו כדי לסכל את תכלית החוק המקורית ואף לרוקנה מתוכן. אך בענייננו, נראה ששיקול זה מאבד מכוחו. בידי בית המשפט הכוח והיכולת למנוע את הגשתן של תביעות סרק ואף להדיר את רגליהם של "טרמפיסטים לא רצויים" למיניהם. עם זאת, אם ננקוט בגישה מחמירה, כדרכם של המבקשים, נסכל באופן מוחלט את כוונת המחוקק בסעיף 4(א)(3) – אל לו לבית המשפט לקבוע מבחנים דווקניים וטכניים שיעקרו את תוכנו של הסעיף ואת מטרת קיומו.

67. כך ניתן להסיק, כי הרצון המובהק של המחוקק הינו לאפשר לארגונים להגיש תביעות ייצוגיות כאשר הן והם ראויים. על כן, בצירוף הקביעה כי בחינה זו תעשה בשלב הבקשה לאישור ולא כשלב סף, יש, מעבר לבחינה ה"קושי" עצמו, לבחון גם את מהותו של הארגון ולתהות על קנקנו.

68. כך, בהתאם לכל האמור לעיל, לא מצאתי לנכון לקבוע כי רק קושי מובנה מעצם הסיטואציה, כגון יחסי מרות או התיישנות, ייצור "קושי" לפי החוק. פרשנות זו הינה דווקנית יתר על המידה ואינה משרתת כראוי את תכלית החוק. היכולת למצוא תובע בעל עילת תביעה אישית נבחנת בהתאם לכל עניין ונסיבותיו. אציין פעם נוספת כי שאלה זו צריכה להיבחן במסגרת הבקשה לאישור ולא לפניה. כך למשל, נושאים שקשורים לתביעה עצמה כגון מורכבותו של האירוע הפוגעני, ניגודי עניינים בהם מצויים חלק מהתובעים, כמו שנטען בענייננו, הם שיקולים רלוונטיים, שאינם יכולים להיבחן על רגל אחת במסגרת הבקשה לסילוק על הסף. לא נכון ולא ראוי יהיה לקבוע אפריורית אלו הם המצבים שיוצרים קושי ואלו לאו.

69. יחד עם זאת, כפי שצינתי לעיל, "קושי" הוא אינו הקריטריון היחידי שבית המשפט בוחן לפי סעיף 4(א)(3). בלעדיות של בחינה זו תפגע בתכלית החוק ולא תגשים בצורה האופטימאלית את האיזון שתואר לעיל בין הרצון לאכיפה מוגברת לבין החשש מאופורטוניזם ותביעות סרק. לטעמי יש להכניס למשוואה נתונים נוספים, עליהם אף עמדו חברי הכנסת והמשתתפים בדיונים בהצעת החוק:

היו"ר רשף חן:

"אין ויכוח על כך שהיכן שמדובר בארגון אמיתי שפועל באופן סדיר, שבאמת פועל באופן ממשי. עמותת 'אדם', טבע ודין' תוכל להגיש תביעות ייצוגיות גם בלי לחפש תובע מייצג. אין ויכוח על כך. השאלה היא איך אנחנו מתגברים על החשש, איך אנחנו מאזנים את הרצון הזה כנגד החשש שכל עו"ד שרוצה להתמחות בתביעות ייצוגיות ילך ויפתח לו עמותה או שתי עמותות. אם אתם מתעקשים לא להכניס את הנושא של

**הרשימה אני מוכן לקבל את זה, ובלבד שנבהיר קצת יותר למה אנחנו מתכוונים כשאנחנו אומרים ארגון אמיתי. אני מציע שהגדרת ארגון תהיה: תאגיד הקיים ופועל באופן סדיר וממשי לפחות שנה לקידום מטרה ציבורית, למעט מפלגה. אנחנו נפריד בין ארגון לרשות ציבורית. יהיה ארגון שעיקר פעילותו בקידום נושא התובענה הייצוגית.**

70. פרשנות זו ראויה בעיניי, ומשרתת נאמנה את תכלית החוק. יש לבחון אם הארגון, כשלעצמו, ראוי שיגיש את התובענה בשם הקבוצה.

71. כך, לא הרי ארגון שפועל מזה שנים כהרי ארגון שנוצר חודשים ספורים לפני הגשת התובענה. לא הרי ארגון שפעילותו בתחום ענפה כהרי ארגון שפעילותו מסתכמת בתביעות שלא צלחו. לא הרי ארגון שמונה מספר רב של חברים כהרי ארגון שהוא רק כסות משפטית לעורך הדין המייצג אותו. והיד נטויה להבחנות נוספות בין ארגון ראוי לבין ארגון שכל מטרתו וייעודו ניצול הוראות החוק לשם השאת רווח רגעי שנועד להעשיר את כיסו של הארגון או יחידיו.

#### מן הכלל אל הפרט

72. אם כן, שלושה קריטריונים יש לבחון במסגרת [סעיף 4\(א\)\(3\)](#) - (א) עילת תביעה לכאורה (ב) קושי לאתר תובע בעל עילה אישית (ג) ארגון ראוי כשלעצמו.

73. כפי שציננתי עילת תביעה לכאורה ראוי שתתברר בשלב בירור הבקשה לאישור התובענה, אז לא נשללת זכות הטיעון של המשיבים לגופו של עניין והחלטת בית המשפט נעשית באופן יותר מושכל. בענייננו, על אף שאנו נמצאים טרם שלב בירור הבקשה לאישור, ניתן לומר כי בעת זו הכף מוטת לטובת המבקשים. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, נראה כי על פי כתב התביעה ונספחיו, שאליהם מצטרפת החלטת הרשות לסייע במימון התובענה - התביעה אינה חסרת בסיס. יש לציין כי בדיון בבקשת הסילוק ניתנה למשיבים הזדמנות להגיב לתביעה גופה. הזדמנות זו לא מוצתה על ידי המשיבים אשר לא סיפקו טענת הגנה מבוססת כלשהי, ולו ברמה הלכאורית (למעט הצהרה של עו"ד ד"ר אוריון, בא כוח המשיבים 1-4, שבעלי המניות מהציבור ידעו על ההחזקה המשותפת).

74. עמדת הרשות, כפי שהבהרתי, אינה מחייבת את בית המשפט, אך בהיותה עמדה שנקטת בהליכים מעטים ונבחרים, יש בה כדי להצביע על כך שאכן מדובר בסוגיה משפטית או עובדתית שראויה לליבון ודיון. העובדה שגורם אובייקטיבי מצא לנכון להעריך כי אכן עניין לנו בסוגיה ראויה, מהווה מעין מערך סינון ראשוני ובסיסי (על אף שאינו מחייב) לכך.

קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית

75. באשר לרף ה"קושי" שמציב הסעיף, לעניות דעתי ראוי כי בית המשפט יצוק תוכן למושג זה ממקרה למקרה, כל אחד על פי נסיבותיו. כך יתעצב המושג בצורה נכונה יותר שתואמת את המציאות, בייחוד את המציאות התאגידית המתפתחת והמשתנה.

76. נסיבות ענייננו הן כדלקמן:

א. עיקר פעולות המבקשת בנושא זה היה בפנייה לגופים המוסדיים שמחזיקים במניות החברה. המבקשת פנתה ל-11 גופים מוסדיים שונים, במכתב שתמצית נוסחו היא כך:

**"הנדון: פנייה דחופה לאיתור תובע ייצוגי לשם הגשת בקשה לאישור תביעה ייצוגית"**

לאחרונה נודע לעמותה (המבקשת - ח' כ') על מקרה משמעותי של רכישת מניות שליטה באופן שאינו תואם לכאורה את הוראות הדין, המחייבות קיום הצעת רכש מיוחדת. העמותה מנסה לאתר תובע ייצוגי על מנת לקדם הליך של בקשה לאישור תביעה ייצוגית, למען הגנה על הזכויות של בעלי מניות מן הציבור ולשם קיום הוראות החוק הרלוונטיות. בסמוך למשלוח מכתב זה ניצור עמכם קשר על מנת לבחון את האפשרות שתעמדו בראש הקבוצה או תסייעו לאתר גורם מתאים לכך. אנו מבקשים לקדם עניין זה במהירות. לכן נשמח לפרט בשיחת טלפון או בפגישה קרובה את מכלול העובדות המקימות לדעתנו את עילת התביעה באופן ממצה וההולם את נסיבות העניין."

ב. מעבר למכתב זה טענה המבקשת כי מפאת האופי הריכוזי של שוק ההון בישראל, אך טבעי כי הגופים המוסדיים לא ינקטו הליכים כנגד קבוצת דלק, שבראשה עומד יצחק תשובה. המבקשת ציינה ששניים מגופים מוסדיים אליהם פנתה נשלטים על ידי מר תשובה.

77. השאלה אם כן היא, האם האמור לעיל מספיק בנסיבות העניין על מנת להוכיח "קושי" לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. שאלה זו מתחלקת לשתי תתי שאלות, האחת, שאלה של "כמות" - האם פנייה לגופים מוסדיים מספיקה או שמא יש לפנות גם לבעלי מניות פרטיים מהציבור. השנייה, שאלה של "איכות" - האם הפנייה המתוארת לעיל מפורטת דיה ומספיקה כדי שתגובת הנמען תהיה כנה ומדעת.

78. באשר לשאלה הראשונה, נראה כי על פניו, מקום בו הגופים המוסדיים הם רבים באופן יחסי, פנייה אל אלו ואי היענותם יספיקו על מנת שיוכח קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. זאת, גם במישור הפרקטי וגם במישור המשפטי הרצוי. שכן, לו הייתי מקבל את



עמדת המבקשים בעניין זה, היה על המשיבה לעמוד בצמתים ולחלק הזמנות להשתתף בתביעה.

79. מעורבותם של הגופים המוסדיים בכל המתרחש בחברות ציבוריות, הן באופן מניעתי ( ex ante) והן באופן שלאחר מעשה (ex post), היא אחד מגורמי המפתח לממשל תאגידי מוצלח ויעיל (ראו: דוח הועדה לבחינת הצעדים הדרושים להגברת מעורבות הגופים המוסדיים בשוק ההון הישראלי תשס"ח-2008, עמ' 26). מפאת כוחם והתמצאותם בשוק ההון, יש סיבה טובה לחשוב שניהול ההליך של תביעה ייצוגית על ידי אחד מאותם גופים היא זו שתגן על בעלי מניות המיעוט ותגשים את תכלית החוק בצורה המרבית.

80. יחד עם זאת, מבלי לקבוע מסמרות ובהתאם לכל מקרה ונסיבותיו, ניתן לתאר סיטואציה בה מספר הגופים המוסדיים נמוך או לחילופין במקרים בהם גופים אלו מצויים בניגוד עניינים ממשי, יכול ויידרש הארגון לפנות גם אל בעלי מניות פרטיים, למשל בצורה של קול קורא בין דפי העיתונות הכלכלית.

יצוין כי בענייננו, הגשת התביעה קיבלה כיסוי תקשורתי מסוים, והדברים אף פורסמו באתר הארגון. גם בכך, היה כדי לעודד ולאפשר למי מבין מחזיקי המניות מן הציבור, ליצור קשר עם המבקשים או באי כוחם, על מנת להיכנס לנעליו של מבקש האישור.

81. ככל שהארגון יראה מספר רב יותר של גורמים, כאשר בראשם הגורמים ה"חזקים יותר", שסירבו לקחת על עצמם את עול מעמד התובע המייצג, כך יטה בית המשפט לקבל את מעמדו של הארגון כתובע המייצג.

82. בענייננו, כמתואר, המבקשת פנתה אל תשעה גופים מוסדיים, ואלו, באופן חד משמעי, לא נענו בחיוב לפנייתיה. כך שמבחינת "כמות" נראה שהמבקשת עמדה בנטל שמציב [סעיף 4\(א\)\(3\)](#).

83. באשר לשאלה השנייה, האם המכתבים שנשלחו מספקים מבחינת תוכנם, מצאתי כי נוסח זה הוא אינו הנוסח האופטימאלי. אחת המשימות של בית המשפט כאשר הוא פועל לפי [סעיף 4\(א\)\(3\)](#) היא, כפי שציינתי לעיל, לסגור את הדלת בפני אלה שבאים לנצל לרעה. כך, חשוב שבית המשפט יבחן האם הפנייה לגופים המוסדיים היא פנייה כנה ולא על מנת לצאת ידי חובה, או חלילה, להעלים פרטים מהותיים מעיניהם של הנמענים.

84. נוסח המכתב בענייננו לא מפורט דיו לטעמי. בקווים כלליים, נוסח ראוי היה כולל בתוכו פרטים יותר ספציפיים הנוגעים לעילת התביעה. כך למשל, פרטים אודות פרמיית השליטה שקיבלו לכאורה כהן ותדמור, צירוף דיווחי החברה עובר לעסקת הרכישה ואחריה, ועוד.

בנוסף, אין תיעוד מספיק של הליך הפנייה השלם, היינו, תיעוד מדויק של התגובות שהתקבלו. על גבי הפניות לא מצוין התאריך בהן נשלחו, דבר שרצוי שיהיה על מנת שיוכל בית המשפט לדעת שהפניות אכן הוגשו עובר להגשת התובענה. ככל שהפנייה לגופים המוסדיים יותר מפורטת ומעמיקה, כך בית המשפט יטה לראות את הארגון כעומד בנטל ההוכחה שמוטל עליו מכוח [סעיף 4\(א\)\(3\)](#) לחוק. הכול, כמובן, בהתאם לכל מקרה ונסיבותיו הפרטניות.

85. כמו כן על פניות אלה להיות מוגשות לבית המשפט כנספחים לבקשה לאישור, בצירוף תצהיר של מי שעל ידו נעשתה הפנייה.

86. בענייננו, תעשה טוב המבקשת אם לעתיד לבוא תפיק לקחיה בעניין. אולם, מצאתי כי המבקשת אכן כללה במכתבה את הפרטים העיקריים הרלוונטיים: עילת התביעה באופן כללי, זהותה כעמותה, פעילותה וכוונותיה להמשך. כמו כן, ישנו תצהיר על כך שהפניות נעשו עובר להגשת התובענה. כך, אין בחוסר הפירוט כדי לפגוע בכנותה של המבקשת, זאת בעיקר כאשר עד כה לא ניתנו קווים מנחים כלשהם לגבי [סעיף 4\(א\)\(3\)](#) ופעולה לפיו. על כן נראה כי המבקשת עמדה גם במבחן "איכות" הפנייה, גם אם לא באופן מושלם.

87. באשר לטענה כי הגופים המוסדיים נמצאים בניגוד עניינים, בחרתי שלא להתייחס לטענה זו. ראשית כי היא נטענה למעשה רק בהקשר שני גופים מוסדיים, הפניקס ואקסלנס שהם חברת אם וחברת בת. וגם באשר אליהם הדבר לא הוכח ברמה מספקת. על כן, אין לטענה זו כל השלכה על הממצאים לעיל. יובהר כי "טענות אווירה" שיש בהן כדי להטיל רפש בגופים המוסדיים, אולם אינן מגובות בראיות כלשהן, מוטב שייטענו, אם בכלל, בזהירות ובצניעות המתחייבת.

#### ארגון ראוי

88. נותרה הסוגיה הנוגעת למהות הארגון. גם כאן, על הדבר להיבחן לפי נסיבות המקרה הספציפיים, כאשר הוא אינו נבחן במנותק מיתר השיקולים הרלוונטיים לתיק. כך למשל, אם יימצא ארגון אשר כשלעצמו הינו ראוי ובעל יסודות מוצקים, הדבר ייצור הקלה מסוימת במבחן "איכות" הפנייה של הארגון. זאת מתוך הנחה שתום ליבו של ארגון נבחן באופנים שונים, אך יש בהם כדי להשפיע אחד על השני. אף בעניין זה איני קובע מסמרות, מפאת שהדבר אינו נחוץ לענייננו.

89. בענייננו, המבקשת הראתה כי היא אכן פועלת למטרותיה של התביעה, היינו, הגברת הרגולציה והאכיפה בשוק ההון. כמו כן התרשמתי כי מדובר בעמותה ראויה שפועלת

במספר חזיתות ואף ניכסה לעצמה הישגים משמעותיים בתחום. לכל הפחות מצאתי כי אין מדובר ב"ארגון" שהוקם לצורך הגשת תביעות ייצוגיות בלבד ולמטרות רווח אישיות.

90. ביני לביני, הודיעה המבקשת לבית המשפט כי לאור החשיפה התקשורתית לה זכתה התובענה ובפרט העניין מושא החלטה זו, היעדר תובע בעל עילת תביעה אישית, "פנו אל באי כוח המבקשת מספר גורמים, והעלו את האפשרות ליטול חלק בהליך כתובעים בעלי עילת אישית".

91. אין בכך כדי להעלות או להוריד מענייננו. ההודעה אינה כוללת בתוכה כל מידע קונקרטי או אופרטיבי. אם ימצא בהמשך הדרך תובע מייצג בעל עילת תביעה אישית, הרי שזאת תהיה דרך המלך.

92. לסיכום, הבקשה לסילוק התובענה על הסף נדחית, המשיבים יגישו את תגובתם עד ליום 14.4.2013. המבקשת תגיש את תשובתה לתגובת המשיבים, אם תבחר לעשות כן, עד ליום 12.5.2013. אני קובע את התיק לדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית ליום 13.6.2013 בשעה 9:00.

93. בנסיבות העניין כל צד יישא בהוצאותיו בגין בקשה זו.

ניתנה היום, ח' אדר תשע"ג, 18 פברואר 2013, בהעדר הצדדים.

חאלד כבוב 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן