

## מקלות בגלגלים: ערעור ברשות על החלטות ביניים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בנושא כלכלי

מאת

עידו באום\*

בחדש דצמבר 2010 נכנס לתוקפו חוק בתי משפט (תיקון מס' 59), התש"ע-2010 ("התיקון לחוק"), שכוון את המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב המכונה "בית המשפט הכלכלי". טריבונל זה נועד לחזק את ההגנה על משקיעים בשוק ההון, בין היתר באמצעות הגברת האכיפה האזרחית. התיקון לחוק מבקש לקדם את השימוש בתובענה ייצוגית בעילות מדיני חברות וניירות ערך ככלי אכיפה מרכזי באמצעות ייעול הדיון באישורן של בקשות לאישור תובענות אלה, הסובל כיום מסרבול ומאטיות עקב הליכי ערעור רבים וממושכים שמרתיעים את התובעים ומתישים אותם.

כדי לייעל את הדיון בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות כונן התיקון לחוק מנגנון השגה ייחודי בשני סוגים של "החלטה אחרת": האחד החלטה בשאלה אם תובענה מסוימת היא בנושא כלכלי, והאחר החלטה המאשרת בקשה להגשת תובענה ייצוגית. על החלטות ביניים אלה אפשר להשיג מעתה בדרך של בקשה לדיון חוזר בזכות בפני מותב מורחב של בית המשפט הכלכלי במקום בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. המנגנון החדש תואם את מגמת סדר הדין האזרחי לצמצום רשות הערעור בהחלטות ביניים. עם זאת המנגנון ממריץ בעלי דין לנצל את רשות הערעור על החלטות ביניים שלא נכללו במסגרתו כדי להערים קשיים על בעלי הדין שכנגד באופן שיכשיל את מטרת המחוקק. רשימה זו ממחישה – באמצעות החלטת בית המשפט הכלכלי בפרשת מכתשים-אגן – את החסר במנגנון הדיון החוזר החדש ומציעה דרך לתקנו.

1. מבוא.
2. צמצום רשות הערעור בתובענות ייצוגיות בעניינים כלכליים.
3. הצדקות לצמצום רשות הערעור.
4. דיסהרמוניה וחסר במנגנון הדיון החוזר.
5. השינוי המוצע: האחדה.
6. סיכום ויישום.

\* מרצה, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. אני מודה לעורך משפטים על אתר זאב גוטרייך ולמערכת משפטים על הערותיהם המצוינות.

## 1. מבוא

בדצמבר 2010 נפל דבר בתחום האכיפה האזרחית בשוק ההון הישראלי עם כניסתו לתוקף של חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59), התש"ע-2010 (שיכונה להלן – "התיקון לחוק"), שכונן את המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, הידועה בכינויה "בית המשפט הכלכלי"<sup>1</sup>. תם, אך עדיין לא נשלם.

הקמתו של בית המשפט הכלכלי הייתה אחת ההמלצות הכולטות בדוח הוועדה לבחינת קוד הממשל התאגידי בישראל בראשות פרופ' זוהר גושן ("ועדת גושן")<sup>2</sup>. הוועדה ראתה לנגד עיניה בית משפט מתמחה הדומה במידה רבה למתכונת בית המשפט לענייני משפחה, וזאת כאמצעי לחיזוק ההגנה על משקיעים בשוק ההון ובמיוחד כאמצעי לחיזוק כלי האכיפה האזרחית העומדים לרשות משקיעים בשוק ההון, דהיינו התביעה הנגזרת והתובענה הייצוגית.<sup>3</sup>

אחת המטרות המרכזיות העומדות בבסיס התיקון לחוק היא שיפור היעילות הדיונית באופן שיביא לקבלת הכרעות שיפוטיות במהירות גבוהה יותר.<sup>4</sup> מימושה של מטרה זו חיוני לשמירה על חיי המסחר התקינים ולהתנהלותו של שוק ההון שאינו סובל חוסר ודאות משפטית לפרקי זמן ממושכים.<sup>5</sup> מכשיר מרכזי באכיפה האזרחית בשוק ההון – שהיא אחד המנגנונים שמבקש התיקון לחוק לקדם – הוא התובענה הייצוגית,<sup>6</sup> ועל כן

- 1 מטעמי נוחות אתייחס להלן למחלקה הכלכלית שהוקמה על פי ס' 40 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 1123 (להלן: חוק בתי המשפט) בתואר "בית המשפט הכלכלי", אף שמדובר במחלקה בתוך בית המשפט המחוזי בתל-אביב.
- 2 רשות ניירות ערך דין וחשבון הוועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי (corporate governance) בישראל 43 (2006) (להלן: ועדת גושן); דניאל רימון וטל אמיר "בית-משפט כלכלי – מדלור לישראל" תאגידים ז' 3, 7 (2010) (להלן: רימון ואמיר).
- 3 "מכיוון שהסעד העיקרי שעומד לבעל מניות מקופח הוא פניה לבית המשפט, החשיבות של בית המשפט המתמחה כפי שראתה זאת הוועדה, הינה במתן ההגנות הראויות לציבור המשקיעים ומניעת קיפוח ועושה בעלי מניות המיעוט באמצעות היכולת להתמודד עם סוגיות כלכליות ומימוניות מורכבות המחייבות הבנה לעומק בדיסציפלינות שונות תוך התאמה מתמדת לאופיו הדינמי של עולם העסקים", שם.
- 4 שם, בעמ' 8-9. הדברים אמורים הן באשר להתמשכות ההליכים השיפוטיים בעניינים פליליים והן באשר להליכים אזרחיים.
- 5 מחקרים אמפיריים תומכים ברעה כי יעילות שיפוטית היא גורם המשפיע על בחירת מקום ההתאגדות של הפירמה. ועדת גושן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 44. ראו לעניין זה גם Marcel Kahan, *The Demand for Corporate Law: Statutory Flexibility, Judicial Quality or Takeover Protection?*, 22 J.L. ECON. & ORG. 340 (2006).
- 6 דברי ההסבר לס' 2 בהצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), ה"ח 358, 359 (להלן: התיקון לחוק). בית המשפט הכלכלי מוסמך לדון באישור תביעה נגזרת שהיא תובענה שמגיש תובע בשל עלת תביעה של החברה, ובדומה להליך של תובענה ייצוגית נדרש גם בה אישור

יש חשיבות רבה לייעול המנגנון הדיוני של תובענות אלה. כיום סובל שוק ההון בישראל מתת-אכיפה אזרחית.<sup>7</sup> אחת הסיבות לכך היא טיפול אטי ולא יעיל בתובענות ייצוגיות בעילות מדיני חברות ומדיני ניירות ערך, המונע ממכשיר אכיפה אזרחית זה להשיג את מטרתו.<sup>8</sup>

רשימה זו מתמקדת בבקשות ערעור המוגשות על החלטות ביניים שניתנו קודם להחלטה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית גופה בבית המשפט הכלכלי (אכנה החלטות אלה להלן: "החלטות ביניים מקדמיות"). אבקש לטעון כי מנגנון ההשגה הייחודי החדש שנקבע על החלטות בבקשות לאישור תובענה ייצוגית בבית המשפט הכלכלי מחייב הרחבה נוספת כדי שיוכל לקדם את יעד היעילות המבוקש. הרחבת המנגנון נחוצה כדי להתמודד עם חסר שקיומו נצפה מראש ואף-על-פי-כן לא טופל כדבעי, דהיינו היעדר ההתייחסות לבקשות הביניים המקדמיות. אטען כי החסר האמור יוצר דיסהרמוניה בתיקון לחוק; כי הוא עלול להכשיל את המטרה של השגת יעילות דיונית שאותה ביקש המחוקק לבצר; כי ללא הרחבת מנגנון ההשגה גם לבקשות ביניים מקדמיות יהיה לנתבעים בתובענות הייצוגיות תמריץ לנצל בקשות אלה כדי להערים קשיים על תובעים ייצוגיים ובאי כוחם באופן שיסכל את חיזוק האכיפה האזרחית.

מקדמי של בית המשפט להגשת התביעה. ראו ס' 197–198 לחוק החברות, התשנ"ט–1999, ס"ח 189 לענין הדרישה לאישור של בית המשפט להגשת תביעה נגזרת והתנאים לאישורה. מכאן ואילך אתייחס לתובענה ייצוגית בלבד, שכן השוני בין מנגנוני האישור בבקשה לאישור תובענה ייצוגית ותביעה נגזרת הוא זניח לצורך נושא דיוננו.

7 "התובענה הייצוגית אמורה למעשה להוות כלי פיקוחי על נושאי משרה ובעלי שליטה בחברות שחוק ניירות ערך וחוק החברות חלים עליהם על ידי צדדים מעוניינים מבחינה כלכלית, קרי – באמצעות ציבור המשקיעים, כל זאת להבדיל ממנגנון פיקוח שלטוני. אולם בפועל כלי זה שהיה אמור להוות כלי חשוב מאין כמותו בהגנה על ציבור המשקיעים בחברות ציבוריות בישראל, הכזיב". רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75–76. על מרכזיותה של התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית ראו גם ישי לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב 465, 468 (1995).

8 לפי נתוני רשות ניירות ערך מוגשות מדי שנה בממוצע רק חמש עד שש תובענות ייצוגיות בניירות ערך לעומת כ-260 תובענות ייצוגיות מסוגים שונים הנרשמות בממוצע שנתי בפנקס התובענות הייצוגיות (רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 83, ה"ש 213). רק תובענה ייצוגית אחת בניירות ערך התבררה עד תומה עד היום, ובמקרה זה נמשך הדיון בהליך כולו כשש-עשרה שנים. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1134/95 יורשי שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 24.1.2010). קודם לפסק הדין בבית המשפט המחוזי התגלגל תיק זה פעמיים לבית המשפט העליון במסגרת בקשות רשות ערעור שונות. לאחר מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי בחלוף 15 שנים ממועד הגשת התובענה הוגש ערעור בזכות על פסק הדין בבית המשפט העליון. רוב הסוגיות בערעור זה באו על פתרונן במסגרת פשרה שקיבלה תוקף של פסק דין. ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 29.3.2011). בבית המשפט העליון עדיין תלוי ועומד ערעור של עורכי הדין של התובע המייצג בתיק זה על שכר הטרחה שנפסק להם בבית המשפט המחוזי.

בפרק הבא אניח את התשתית לדיון ואתאר כיצד האפשרות לבקש רשות ערעור על החלטות ביניים בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות בבית המשפט הכלכלי צומצמה חלקית בלבד. בפרק השלישי אעמוד על ההצדקות למהלך חקיקה זה, ובפרק הרביעי אדון בבעייתיות הנובעת מחלקיותו של הסדר הדיון החוזר שאומץ חלף ביטול הערעור ברשות. אמחיש את הקשיים שמעורר המצב שנוצר באופן אנקדוטלי באמצעות דיון בהחלטה המשמעותית הראשונה שנידונה בבית המשפט הכלכלי במסגרת תובענה ייצוגית בעילה הנובעת מדיני חברות. בפרק החמישי אעלה הצעה צנועה לתיקון המצב אשר עולה בקנה אחד עם הכוונה הראשונית של הרשות לניירות ערך. לעת סיכום אצביע על דרך ליישום ההצעה.

## 2. צמצום רשות הערעור בתובענות ייצוגיות בעניינים כלכליים

סמכויות בית המשפט הכלכלי מוסדרות בסעיף 42 לחוק בתי המשפט ולפיו מוסמך בית המשפט הכלכלי לדון בעניינים כלכליים כמשמעותם בסעיף 42ב לחוק בתי המשפט. בין היתר מוסמך בית המשפט הכלכלי לדון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שעילתה בחוק החברות או בחוק ניירות ערך.<sup>9</sup> ככלל, העניינים הנדונים בבית המשפט הכלכלי יידונו בפני דן יחיד.<sup>10</sup>

תובענה ייצוגית היא תובענה המוגשת בשם קבוצת בני אדם שלא ייפו את כוחו של התובע הייצוגי לייצגם ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.<sup>11</sup> תובענה ייצוגית טעונה אישור בית משפט לפי סעיף 3(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006. בית המשפט בוחן את התקיימותם של התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 4 לחוק התובענות הייצוגיות כתנאי לאישור התובענה הייצוגית.

החלטה לאשר תובענה ייצוגית היא "החלטה אחרת" ואינה פסק דין,<sup>12</sup> בניגוד להחלטה הדוחה בקשה להגשת תובענה ייצוגית הסותמת את הגולל על ההליך ולפיכך

9 פרט 5 בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, ס"ח 264, כולל בקשות לאישור תובענות ייצוגיות ותובענות ייצוגיות בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה בקרן נאמנות.

10 מסקנה זו עולה מקריאת ס' 37 לחוק בתי המשפט החל על העניין. העניינים שבסמכותו של בית המשפט הכלכלי אינם מנויים בס' 37(א) ובס' 37(ב) לחוק בתי המשפט, ועל כן – לאור ס' 37(ג) – ידון בהם שופט אחד של בית המשפט המחוזי.

11 ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות. לדיון כללי בחוק התובענות הייצוגיות ופרשנותו ראו: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט' 131 (2007).

12 לרוב, "החלטה אחרת" היא החלטה הניתנת בשלב שבו טרם הסתיים הדיון בעניין שבפני בית המשפט במלואו, אולם בעל דין מבקש להשיג על החלטה וטוען כי יש צידוק להשיג על החלטה

היא בבחינת פסק דין שהערעור עליו הוא בזכות.<sup>13</sup> לכן הדרך לערער על החלטה לאשר תובענה ייצוגית היא הגשת בקשה לרשות ערעור.<sup>14</sup>

מכאן אנו מגיעים לשינוי שבמוקד דיוננו. התיקון לחוק צמצם את הזכות לבקש רשות ערעור על שני סוגים של החלטות אחרות של בית המשפט הכלכלי:<sup>15</sup> האחד החלטה המאשרת הגשת תובענה ייצוגית בניירות ערך;<sup>16</sup> האחר החלטה בשאלה אם הליך מסוים הוא עניין כלכלי או עניין כלכלי-מנהלי המצוי בסמכותו העניינית של בית המשפט הכלכלי.<sup>17</sup> דא עקא, שהתיקון לחוק שותק בכל הנוגע לדרך הערעור על החלטות ביניים מקדמיות, דהיינו החלטות ביניים שניתנו טרם ההחלטה בבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. לנוכח שתיקת המחוקק דרך המלך להשיג על החלטות ביניים מקדמיות נותרה הגשת בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, כבעבר.

חלף ביטול האפשרות לערעור ברשות בשני העניינים דלעיל נקבע מנגנון דיון חוזר בזכות (ולא ברשות) שיתקיים בהרכב של שלושה שופטים. דהיינו, לעת עתה וכל עוד לא מונו שופטים נוספים לבית המשפט הכלכלי בתל-אביב, יתקיים הדיון בהרכב מלא של בית המשפט הכלכלי, המונה שלושה שופטים, ובהם השופט או השופטת שקיבלו את ההחלטה מושא הדיון החוזר.<sup>18</sup> בדומה להסדר הקבוע בסעיף 6 לחוק בתי משפט

כבר בשלב מקדמי זה. שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 208 (מהדורה שנייה, 2008).

- 13 ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 607 (2001).
- 14 לפי ס' 41 לחוק בתי המשפט, רשות ערעור על "החלטה אחרת" של בית המשפט המחוזי יכולה להינתן רק על ידי נשיא בית המשפט העליון או שופט של בית המשפט העליון שהנשיא הסמיכו לכך.
- 15 דוק: צמצום זכות הערעור מוגבל להליך אישור התובענה הייצוגית. לא נשללה האפשרות לערער על ההחלטה בסיומו של הדיון בתובענה וכן לא חל שינוי בדבר דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהיא פסק דין שעליו אפשר לערער בזכות לבית המשפט העליון.
- 16 ס' 41(ה) לחוק בתי המשפט.
- 17 להרחבה בהיבט זה, החורג בתחום הדיון ברשימה זו, ראו רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69 ואילך.
- 18 ס' 41(ה)2 לחוק בתי המשפט. התיקון לחוק קבע כי בנושאים כלכליים תהיה הסמכות העניינית לבית המשפט המחוזי, ואילו הסמכות המקומית תיקבע על פי כללי הסמכות המקומית הרגילים שבתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685 (להלן: תקנות סד"א). לפיכך במקום שבו התובענה הייצוגית מוגשת לבית המשפט המחוזי שלא במחוז תל-אביב, יתקיים הדיון בפני שופט של אותו בית משפט מחוזי, ואף דיון חוזר יתקיים בפני שלושה שופטים של בית המשפט המחוזי באותו מחוז. לכן אין מניעה כי בדיון חוזר בבית משפט מחוזי שאינו מחוז תל-אביב לא ייכלל השופט שעל החלטתו התבקש דיון חוזר במושב השופטים הדין בעניין. זאת בניגוד לבית המשפט הכלכלי, המונה לעת עתה שלושה שופטים בלבד שרק להם הסמכות לדון בעניינים כלכליים, ולכן אין מנוס ממצב שבו יהיה השופט שעל החלטתו מתבקש הדיון החוזר חבר במושב הדין בבקשה. רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 84, טוענות כי קיים יתרון מסוים בהשתתפותו של מקבל ההחלטה הראשונה במושב אשר דן בהשגה על החלטה כי השופט יכול להביא במקרה זה את ניסיונו והיכרותו עם העניין באופן שיאפשר קבלת החלטה מהירה בדיון החוזר. בניגוד לעמדת רימון ואמיר, אין להתעלם מהקושי

לעניינים מינהליים, התש"ס–2000 נקבע כי אם מצא ההרכב האמור של בית המשפט הכלכלי כי עלתה לפניו שאלה שיש בה חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים, הוא רשאי להעביר את הדיון לבית המשפט העליון שידון בו כאילו היה ערעור על החלטה.<sup>19</sup>

### 3. הצדקות לצמצום רשות הערעור

צמצום זכות הערעור, להבדיל מרשות ערעור, מכרסם בזכות הגישה לערכאות, הנתפסת כזכות בעלת מעמד מיוחד, ועל-כן נדרשת הצדקה חזקה לפגיעה בה.<sup>20</sup> אולם רשות ערעור אינה זכות מוקנית שכן למעט במקרים חריגים אין לאדם זכות לערער על החלטה שיפוטית יותר מפעם אחת.<sup>21</sup> אף-על-פי-כן משהחליט המחוקק לשנות סדרי עולם

המתעורר שעה שהמותב הבוחן את הערעור הוא מותב הכולל בתוכו את השופט שעל החלטתו הוגשה הבקשה לדיון חוזר. במקרה כזה על המבקש לשכנע שני שופטים "חדשים" בטיעוניו, ולעומת זאת הסיכוי להביא לשינוי עמדתו של השופט שכבר החליט בסוגיה קטן מטבע הדברים. ראייה לקושי זה היא החלטתו של השופט אדמונד לוי לפסול עצמו מהרכב מורחב (גם אם בדיון נוסף פלילי) באמרו: "לאחר שעיינתי בעתירה לקיומו של דיון נוסף, ובהחלטתו של השופט ריבלין, נתחזקתי בדעתי כי אין לשנות מתוצאת פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור. בנסיבות אלה הגעתי למסקנה כי לא אוכל ליטול חלק בדיון הנוסף, מאחר שאני סבור כי יש לתת לפרי סיכוי הוגן לשכנע בצדק טענותיו את מי שלא נתגבשה אצלו דעה מוקדמת". דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.1.2010). בבית המשפט הכלכלי אין קיימת אפשרות זו שכן לעת עתה מונה בית המשפט רק שלושה שופטים, ועל כן אף אם יצהירו מקבל או מקבלת ההחלטה כי אי אפשר יהיה לשנות את דעתם, לא יהיה למבקש מנוס אלא לקוות כי יוכל לשכנע את שני השופטים הנותרים במותב.

19 ס' 41 (ה) (2) לחוק בתי המשפט. רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, עומדות על הדמיון בין הסמכות של בית המשפט הכלכלי להעביר עניין חשוב, רגיש או חדשני לבית המשפט העליון לסמכות המוקנית לבית המשפט לעניינים מינהליים לנקוט הליך דומה. בהקשר המנהלי נפסק כי יש להשתמש בסמכות זו במשורה, בעניינים מהותיים ומשמעותיים. ראו גם דנ"א 406/04 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה – ירושלים נ' עמותת תלמוד תורה הכללי (פורסם בנבו, 28.11.2004).

20 הדיון במעמדה הייחודי של זכות הערעור חורג מהיקפה של רשימה זו. זכות הערעור קשורה בטבורה לזכות הגישה לערכאות, שזכתה למעמד חוקתי. ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997), וכן לדיון כללי בסוגיה ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" המשפט ה 217 (2000), ובמיוחד מעמ' 221 ואילך. ואולם, קיימת מחלוקת בשאלה אם זכות הערעור היא זכות בעלת מעמד חוקתי. לדעה שלפיה זכות ערעור אינה זכות חוקתית ראו לוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 38–43; אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 639 (מהדורה עשירית, 2009).

21 לסקירה כללית בנושא בקשות רשות ערעור ראו חמי בן נון הערעור האזרחי 315–343 (מהדורה שנייה, 2004).

ולפגוע באפשרות לתקוף החלטה לאשר תובענה ייצוגית, נדרשת הצדקה למעשה. ככלל, כרסום באפשרות להשיג על החלטה שיפוטית מונע על ידי הרצון להביא ליעול הדין.<sup>22</sup> אפשר להצביע על הצדקות לכרסום ברשות הערעור על אישור התובענה הייצוגית בעניינים כלכליים הן במישור דיוני עקרוני והן במישור שיקולי היעילות הייצוגיים לתובענות ייצוגיות בעניינים כלכליים. השאלות שיש להשיב עליהן במישור העקרוני הן אם הכרסום פוגע בזכויות בעלי הדין, ואם כן – אם יש הצדקה לפגיעה. במישור יעילות הדין יש לבחון אם הפגיעה בבעלי הדין, ככל שיש כזו, אינה עולה על היתרונות הדיניים.

במישור הראשון, העקרוני, אי אפשר לומר כי זכויות של בעלי הדין נפגעות. במוקד הדיון עומדות החלטות ביניים אשר אין מניעה לערער עליהן בסוף ההליך. בהקשר זה כבר נשמעה הדעה כי אין לבעל דין זכות קנויה לערעור על החלטות ביניים. לדעת המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס שלמה לוי, "מבחינה משפטית, אין זכותו של המבקש נפגעת אם ימתין בכל מקרה של החלטה אחרת עד למתן פסק הדין, שכן לפי עקרון מיצוי ההליכים תיבלענה כל החלטות הביניים בגדר פסק הדין ואפשר יהיה לערער עליו בגדר הערעור על פסק הדין".<sup>23</sup> עמדה זו אינה תאורטית גרידא וניתן לה ביטוי בצמצום בפועל של האפשרות להגיש בקשות רשות ערעור בסוגיות פרוצדורליות שונות עוד קודם להקמת בית המשפט הכלכלי.<sup>24</sup> עם זאת לוי עצמו מסייג ומבהיר כי יש הצדקה לאפשר השגה על החלטה אחרת של בית המשפט במהלך הדיון כאשר נגד עיני המבקש עומד "אינטרס קצר ימים" או אם הדיון בתיק העיקרי לא יהיה מעשי לאחר זמן רב.<sup>25</sup> שלילתה המוחלטת של האפשרות לבקש רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה

22 שם, בעמ' 135.

23 לוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 208–209. לפי תק' 411 לתקנות סדר הדין האזרחי, עצם החלטתו של בעל דין שלא לערער על החלטת ביניים אינה שוללת את זכותו לערער על קביעותיו של בית המשפט במסגרת הערעור על פסק הדין.

24 ראו במיוחד את צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט–2009, ק"ת 1116. בצו זה הוגבלה רשות הערעור על החלטות טכניות ביותר במהותן כגון קביעת מועדי דיון ומועדים להגשת כתבי טענות, הזמנת עדים וכיוצא באלה.

25 לוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 208–209. ברע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל (פורסם בנבו, 6.5.2010) (להלן: עניין סלקום) מציין השופט גרוניס בפס' 3 לפסק דינו כי יהא זה מצב לא יעיל מבחינה דיונית אם ערכאת ערעור תידרש פעמיים לאותו תיק, הן בשלב אישור הבקשה לתובענה ייצוגית והן בשלב הערעור הסופי. בפס' 5 לפסק דינו מפרט השופט גרוניס רשימה לא ממצה של תבחינים אשר עשויים בכל זאת להטות את הכף לטובת נתבע המבקש רשות ערעור לבית המשפט העליון על החלטה לאשר תובענה ייצוגית. התבחין הראשון הוא משמעותה של קבלת התובענה הייצוגית מבחינת הנתבע ובמיוחד ככל שיש לכך משמעות מבחינת איתנותו הפיננסית של הנתבע. התבחין השני הוא פשטות השאלות הנתונות במחלוקת ומורכבותן של השאלות הנתונות להתדיינות בהמשך הדרך. ככל שהשאלות בבקשת רשות הערעור פשוטות, וככל שהכרעה בהן עשויה לייתר

ייצוגית נשקלה במהלך גיבוש התיקון לחוק אך נתפסה כפוגעת יתר על המידה בזכויות הנתבעים, שתביעות אלה חושפות אותם לסיכון כלכלי רב.<sup>26</sup> במאמר נרחב הפורס את הרקע לגיבוש התיקון לחוק שוטחות המחברות דניאל רימון וטל אמיר, שהיו שותפות לגיבוש יוזמת התיקון לחוק ולניסוחו, את הנימוקים לצמצום הערעור ברשות בשני העניינים דלעיל. המחברות מציינות כי צמצום רשות הערעור עולה בקנה אחד עם המגמה הקיימת ממילא לצמצם את רשות הערעור בהחלטות ביניים.<sup>27</sup> לחיזוק טענתן בהקשר זה מפנות המחברות בין היתר להמלצות הוועדה לבדיקת מבנה מערכת בתי המשפט הרגילים במדינת ישראל (1997) ("ועדת אור"),<sup>28</sup> אף כי הן מודות שוועדת אור סברה שלא יהיה נכון להגביל את הערעור ברשות על אישורה של בקשה להגשת תובענה ייצוגית.<sup>29</sup> המחברות מביאות ראיה נוספת לחיזוק עמדתן בציין כי

התדיינות בשאלות מורכבות בהמשך הדרך, כך ייטה בית המשפט העליון לדון בבקשת רשות הערעור. התבחין השלישי הוא סיכויי בקשת הרשות הערעור להתקבל, אולם לתבחין זה יינתן משקל רק אם סיכויי בקשת רשות הערעור להתקבל ברורים ובוולטים על פני הדברים. הגדיל לעשות השופט רובינשטיין בהתייחסו לתבחינים האמורים כאשר קבע לאחרונה בפס"ח לפסק דינו ברע"א 2598/08 בנק יחב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא (פורסם בנבו, 23.11.2010) כי "בכל הנוגע לבקשות רשות ערעור שעניינן אי דחייתה על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית – כנבדון דידן – צריכה היד להיות קפוצה יותר. ככלל, יש לשקול בקשת רשות ערעור (בהתאם לתבחינים שנקבעו בעניין סלקום) רק אחרי שבית המשפט המחוזי הכריע בבקשה לאישור התובענה כייצוגית – ולא בהליכי ביניים, במסגרת הליך אישור הבקשה". חרף האמור החליט בית המשפט לדון בבקשות רשות הערעור לגופן משום שחלפו כשלוש שנים מיום שהוגשו וכן, כלשון השופט רובינשטיין, "מאחר שהצדדים האריכו לטעון בכתב ובעל פה – סבורני, כי שיקולי יעילות תומכים (ואולי מחייבים) במקרה דנא לדון ולהכריע בבקשות לגופן" (שם).

26 בעניין זה אמר יו"ר רשות ניירות ערך לשעבר, פרופ' זוהר גושן, כי "תובענה ייצוגית בתחום ניירות ערך מייצרת חשיפה מאד משמעותית לחברות שנתבעות, לכן אני לא חושב שנכון להכניס את הסוגיה הזו לתוך הצו של שר המשפטים ולהגיד שבכלל אין בקשת רשות ערעור, כי התובענות האלה יוצרות חשיפה משמעותית. אבל חשבנו שיהיה נכון לקבוע הסדר שבו אחרי שהשופט המקצועי החליט בעניין, אם החברה רוצה לערער, אנחנו נרחיב את ההרכב לשלושת השופטים שידונו יחד בסוגיה הזו". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 216 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 24 (23.6.2010) (להלן: פרוטוקול ועדת החוקה). ראו גם רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 79: "האיזון ערב התיקון מוטה דרמטית לטובת הנתבעים; מה שביקש התיקון לעשות הוא להחזיר את המצב לנקודת איזון נכונה יותר הן לצדדים עצמם והן למערכת בכללותה".

27 רע"א 4405/10 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' אלחאפד (פורסם בנבו, 2.8.2010); רע"א 4108/10 אוזן נ' עו"ד לביא בתפקידו כמנהל מיוחד (פורסם בנבו, 16.6.2010).

28 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68. כמו כן נסמכות המחברות על צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט–2009, ק"ת 6794.

29 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68, ה"ש 171. אולם יש לציין כי בהמלצותיה ראתה ועדת אור לנגד עיניה ערכאת ערעור נפרדת מבית המשפט העליון, שאליה ירוכזו הערעורים בעניינים אזרחיים ביעילות ובמהירות רבה מקצב הטיפול בהם בבית המשפט העליון העמוס שהאידנא.



בהליך הפלילי אין ניתנת רשות לערער על החלטות ביניים אף-על-פי שמשמעותן עלולה להיות חמורה יותר מבהחלטות ביניים בהליך אזרחי.<sup>30</sup> לגישת המחברות, אפשר ללמוד על מגמת הצמצום עוד מסעיף 12(ב) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, שבו נקבעה רשימה סגורה של עניינים המנויים באותו סעיף ואשר רק בהם ניתנת זכות ערעור.

במישור השני, מישור יעילות הדיון, התובענה הייצוגית בכלל והתובענה הייצוגית בעניינים כלכליים בפרט מצדיקות יחס שונה בכל הנוגע ליכולתו של הנתבע להשיג על החלטות מקדמיות. ההכרעה בשאלה כמה ערכאות ידונו בעניין מסוים המובא לפתחו של בית המשפט היא עניין המחייב איזון בין כמה אינטרסים, ובהם "סופיות הדיון ויעילותו ומנגד החתירה לצדק ולהליכים הוגנים, הרצון ליעיל את הדיון, למנוע ריבוי התדיינויות והטרדת בעלי הדין והבאת הדיון אל סופו".<sup>31</sup> במכלול האינטרסים הללו ביקש בית המשפט העליון עצמו להדגיש את אינטרס הדיון היעיל והמהיר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. בעניין טצת הבהיר בית המשפט כי הבקשה לאישור היא "הפרוזדור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו. אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל".<sup>32</sup>

ואולם, הניסיון מלמד כי היעילות שביקש בית המשפט העליון להכתיב לא צלחה בכל הקשור לתובענות ייצוגיות בעניינים כלכליים. רימון ואמיר מדגישות כי "הרקע לתיקון בשני העניינים הללו הוא הניסיון הנלמד בפרקטיקה ממנו עולה כי האפשרות להגיש בקשות רשות לערער על החלטות אלה והדיונים בהן מעכבים בצורה ניכרת ההליכים בערכאות השונות ומשמשים למעשה כלי שרת בידי הצד המעוניין בכך לעכב את ההליך ולדחות את ההכרעה בתיק".<sup>33</sup> לטענתן, תובענות ייצוגיות מסתיימות לרוב בפשרה משום שהנתבעים הם חזקים ובעלי ממון אשר לרוב אין להם תמריץ לסיים את ההליך במהירות ויש להם יכולת להשקיע משאבים רבים בעיכובו של ההליך, בין היתר בדרך של הגשת בקשות רשות ערעור על החלטות ביניים.<sup>34</sup> על כך יש להוסיף שקיומו

30 ש.ם.

31 בן נון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 316-317.

32 רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 778 (1996); קלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 142.

33 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 67-68. אפשר להצדיק את ההסדר הפרוצדורלי הייחודי לתובענות ייצוגיות בעניינים כלכליים גם על רקע ההיסטוריה החקיקתית של מוסד התובענה הייצוגית בדין הישראלי. ההגנה על משקיעים בשוק ההון נתפסה בעיני המחוקק כסוגיה חיונית שהסדרתה הצדיקה את כינונו של מכשיר התובענה הייצוגית במסגרת חוק ניירות ערך כהסדר ייחודי שנועד לחזק את האכיפה האזרחית בשוק ההון, עוד בטרם גובש חוק התובענות הייצוגיות. ראו לעניין זה לויט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 467.

34 מבדיקת רשות ניירות ערך עולה כי משך הזמן הממוצע עד לקבלת החלטה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא שבע שנים. מתוך פרק זמן זה מיוחס פרק זמן של שלוש שנים לעיכוב עקב הגשת בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון. רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 76, ה"ש 194.

של הליך מקדמי טרם אישור התובענה הייצוגית יש בו כשלעצמו כדי להעמיס קושי נוסף על תובעים.

על אף הכרסום באפשרות לבקש רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית, שהצדקותיו פורטו לעיל, אטען כי הפתרון שיושם במסגרת התיקון לחוק אינו מספק מענה מלא וראוי לבעיית יעילות הדיון.

#### 4. דיסהרמוניה וחסר במנגנון הדיון החוזר

האפשרות לבקש רשות ערעור על החלטות ביניים מקדמיות לא זכתה לטיפול במסגרת התיקון לחוק ולמעשה לא נכללה בשום שלב משלבי החקיקה, אף כי הייתה חלק מהיוזמה המקורית של רשות ניירות ערך.<sup>35</sup> רימון ואמיר סברו כי היה מוטב לאמץ מנגנון דיון חוזר רחב יותר, אך לטעמן גם ההסדר המצומצם שנקבע בחוק בסופו של דבר מספק בשל גישת הפסיקה בבית המשפט העליון שלפיה המקום הראוי לדיון בטענות סף הוא במסגרת ההחלטה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית עצמה.<sup>36</sup> לטעמי, הן במישור ההרמוניה החקיקתית והן במישור היעילות המבוקשת, זוהי עמדה צנועה מדי.

בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא מטבעה בקשת ביניים ואישורה הוא בגדר "החלטה אחרת".<sup>37</sup> לא ברור אפוא מדוע החלטות ביניים מקדמיות, שאף הן בבחינת "החלטה אחרת", אינן זוכות ליחס זהה לבקשה זו, שיהיה הרמוני מבחינה דיונית.

35 שם. בעת גיבוש היוזמה המקורית להקמת בית המשפט הכלכלי סברה רשות ניירות ערך כי יש לצמצם את רשות הערעור גם בהחלטות ביניים מקדמיות. ראו שם, בעמ' 86 ובמיוחד ה"ש 222. עם זאת יוזמה זו לא מצאה את ביטויה בשלבי החקיקה והיא נעדרת אף מגרסתו המוקדמת של התיקון לחוק שהופץ כתזכיר חוק להערות הציבור על ידי משרד המשפטים ביום 17 בספטמבר 2009. אפשר לשער כי הבחירה להתמקד במנגנון דיון חוזר מצומצם נבעה מההתנגדות העזה שעורר מנגנון זה. למשל, בנייר עמדה שהגישה לשכת עורכי הדין בנוגע לתיקון לחוק הביעה הלשכה התנגדות נחרצת אף למנגנון הדיון החוזר המצומצם וטענה כי "החלטה לאשר תביעה ייצוגית, או תביעה נגזרת, היא החלטה מאד מהותית וחשובה. לא יעלה על הדעת שלא ניתן יהיה להשיג עליה באופן מידי לערכאה גבוהה יותר". לשכת עורכי הדין בישראל, נייר עמדה – הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) סמכות בעניינים כלכליים, התש"ע-2010 (20.5.2010) (להלן: נייר עמדה – תיקון מס' 59).

36 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 76, ה"ש 195. הכותבות נסמכות בעניין זה על ע"א 6887/03 רוניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים (פורסם בנבו, 20.7.2010), שבו נקבע בפס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס כי "למעט במקרים חריגים, אשר המקרה דנא אינו נמנה עליהם, אין לדון בטענות סף נגד אישור התובענה הייצוגית בגדר הליך של בקשה לסילוק על הסף, אלא בגדר הבקשה לאישור עצמה". ראו גם לעיל ה"ש 25.

37 לויט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 481.

רימון ואמיר טוענות כי החלטות ביניים ככלל אינן אמורות להיות כר להלכות חשובות מאוד, ועל כן אין מניעה להותיר את העיון בהן לסופו של ההליך.<sup>38</sup> אולם טיעון זה דווקא מחזק את הדעה שאין הצדקה להותיר את האפשרות לבקש רשות ערעור על החלטות ביניים מקדמיות על כנה.<sup>39</sup>

יתר על כן, הותרת מנגנון רשות הערעור הקיים על כנו באשר להחלטות ביניים מקדמיות מסכלת את מטרת החקיקה. בדברי ההסבר לתיקון לחוק נאמר במפורש כי התיקון בא "במטרה לייעל ולשכלל את האכיפה הפלילית המינהלית והאזרחית בעניינים כלכליים" (ההדגשה שלי – ע"ב).<sup>40</sup> רימון ואמיר מציינות כי "המציאיות ערב התיקון מלמדת כי נתבעים מיצו את הכלים שהעניקה להם המערכת עד דק, מה שהביא להימשכות בלתי סבירה של ההליכים".<sup>41</sup> התמשכות ההליכים פוגעת בתמריץ להגיש תובענות ייצוגיות, בין היתר משום שמיעוט התובענות משמעו פגיעה בהכנסתו של עורך הדין המייצג. בניגוד לעורך הדין בתובענות ייצוגיות רגילות שבהן יש למייצג בדרך כלל מלאי תובענות המבטיח הכנסה שוטפת גם אם ההליך הדיוני מתמשך זמן רב, הרי לנוכח מיעוטן של תובענות ייצוגיות בניירות ערך דחייה של ההכרעה בהליך מהווה תמריץ שלילי להגשת תובענות כאלה.<sup>42</sup>

אם כך, מי ערב כי הנתבעים לא ימצו גם את האפשרות להגיש בקשות רשות ערעור בהחלטות ביניים מקדמיות כאשר יהיה בכך כדי להערים קשיים על התובע הייצוגי ובא כוחו?

אפשר להעלות על הדעת דוגמאות רבות לבקשות ביניים שהנתבע יכול לנצלן כדי להערים קשיים על התובע המייצג בבקשה לאשר תובענה ייצוגית. למשל, לעתים דרוש למבקש גילוי מסמכים ועיון בהם כדי לבסס את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. לדוגמה, נתונים בדבר כמות ניירות הערך המצויים בידי מחזיקים מסוימים עשויים להיות חשובים לצורך הערכת גודלה של הקבוצה המיוצגת בתובענה המושתתת על מצג מטעה או בתובענה שעיקרה טענת קיפוח של קבוצה מביין מחזיקי ניירות הערך של התאגיד.<sup>43</sup>

38 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 81. לשכת עורכי הדין חולקת על דעה זו בנייר עמדה שהגישה כנגד אימוץ מנגנון הדיון החוזר, ראו לעיל ה"ש 35.

39 נהפוך הוא, ייתכן שהכרעה מקדמית בסוגיות פשוטות יחסית תחסוך לבית המשפט את הצורך לדון לגופו של עניין בסוגיות מורכבות שיתעוררו בהמשך הדרך. זהו כזכור אחד התבחינים שקבע השופט גרוניס בעניין סלקום, לעיל ה"ש 25.

40 דברי ההסבר להצעת התיקון לחוק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 358.

41 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 80.

42 שם, בעמ' 83.

43 רע"א 6715/05 מחסני ערובה נעמן בע"מ נ' אייזנברג (פורסם בנבו, 1.11.2005). לחשיבות מתן האפשרות לגילוי מסמכים ועיון בהם כמו גם האפשרות להגשת שאלונים בשלב הבקשה לאישור התובענה הייצוגית ראו קלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 143–144. פתרון חלופי המוצע על ידי קלמנט לבעיית המידע הנחוץ לתובע הייצוגי לצורך הוכחת הסיכוי הסביר לזכייה בתביעה הוא העברת נטל

גודלה של הקבוצה והאינטרס המשותף לחבריה הם שיקול באישורה של התובענה כתובענה ייצוגית.<sup>44</sup> אם תידחה התנגדות של הנתבע בבקשת גילוי מסמכים, יוכל זה להגיש בקשת רשות ערעור על החלטה זו, שהיא החלטת ביניים, ולכן תידון בבית המשפט העליון העמוס, ובכך תסוכל מטרת ההכרעה המהירה בבקשה. קיימות דוגמאות למכביר לבקשות שיכולים בעלי הדין לבקש בשלב המקדמי ואשר נדרשת בהן הכרעה במהלך הדיון המקדמי בבקשה ואי אפשר להמתין בעניינן עד להחלטה על אישורה או דחייתה של הבקשה לאישור התובענה גופה.<sup>45</sup> למשל: בקשה לתיקון כתב טענות,<sup>46</sup> בקשה להורות לבעל דין להשיב על שאלון,<sup>47</sup> בקשה להוספת פרטים,<sup>48</sup> בקשה לפיצול סעדים,<sup>49</sup> השגות על כשרות המצאת כתבי בידין או על היתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט<sup>50</sup> וכיוצא באלה.<sup>51</sup> הנתבע בבקשה לאישור תובענה ייצוגית גם עשוי להתנגד לבקשה לסעד זמני של התובע,<sup>52</sup> ואם תידחה התנגדותו יוכל אף במקרה זה להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.

- 44 ההוכחה במקרה שבו המידע מצוי בידי הנתבע. אף במקרה כזה החלטה של בית המשפט להסיט את נטל ההוכחה אל הנתבע עשויה להיות החלטת ביניים שאפשר לבקש עליה רשות ערעור ובכך לעכב את הדיון בשלב מקדמי. לעניין גילוי מסמכים ועיון בהם ראו גם לויט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 473.
- 44 קלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 145; לויט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 474.
- 45 ודוק: אין מדובר רק בבקשות מקדמיות לסילוק התובענה על הסף, שלגביהן אימץ בית המשפט העליון גישת יד קפוצה ולפיה יש לדון בהן במסגרת הבקשה לאישור התובענה, כאמור לעיל, בה"ש 25.
- 46 תק' 91 לתקנות סד"א.
- 47 תק' 110 לתקנות סד"א.
- 48 תק' 65 לתקנות סד"א.
- 49 במצב שקדם לחוק תובענות ייצוגיות לא נדרשה בקשה מיוחדת לצורך פיצול סעדים בתובענה ייצוגית בניירות ערך. עם ביטולו של ס' 54 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 541 במסגרת חוק התובענות הייצוגיות נראה כי גם בתובענה ייצוגית שעניינה עילה לפי חוק ניירות ערך על התובע לבקש במיוחד פיצול סעדים. ראו גם לויט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 478-479.
- 50 תק' 500 לתקנות סד"א.
- 51 הבעיה שעליה מצביעה רשימה זו עשויה לכאורה להיפתר אם ימונה רשם לבית המשפט הכלכלי אשר יהא מוסמך לפי סעיפים 90 ו-91 לחוק בתי המשפט לדון בחלק מהעניינים המקדמיים דנן. סעיף 96(א) לחוק בתי המשפט מעניק ערעור בזכות על החלטה אחרת של רשם בפני אותה ערכאה שבה הוא משמש רשם. ערעור כזה יידון בפני דן יחיד. לכאורה זהו פתרון יעיל שאף אינו מעמיס על בית המשפט דיונים חוזרים בהרכבים של מותב תלתא – אך לא היא. ראשית כל, זהו פתרון חלקי בלבד שכן לא בכל העניינים המקדמיים מוסמך הרשם להכריע. שנית, על החלטה של שופט בערעור על החלטה אחרת של רשם ניתן לבקש רשות ערעור לבית המשפט העליון מכוח ס' 96(ד) לחוק בתי המשפט. לכן אין בפתרון זה כדי לייעל את הליכי ההשגה בבקשות ביניים מקדמיות.
- 52 אין מניעה לבקש סעד זמני עוד בטרם התקבלה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. ראו גורן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 895.

למעשה, הותרת המצב הקיים על כנו מחמירה את החשש מניצול לרעה של הליכים אלה על ידי נתבעים. לאחרונים יש תמריץ להערים עוד ועוד סוגיות דיוניות ומהותיות שיהיו חסמים בפני ייעול הדיון ויעמיסו עבודה על בא כוחו של התובע הייצוגי. למשל, נתבע עלול לבקש במסגרת בקשה מקדמית את החלפת התובע הייצוגי בנימוק שהתובע הוא מתחרה עסקי או מצוי בניגוד עניינים אחר, ועל כן נגוע בחוסר תום לב, ואין לאפשר לו לנהל את התובענה הייצוגית בשם הקבוצה המיוצגת. במקרה כזה עשוי בית המשפט לקבוע אם יש להחליף את התובע הייצוגי עוד בטרם נקבע אם מוצדק לאשר את התובענה עצמה, החלטה שתעלה השגות מצד בעלי הדין.<sup>53</sup>

זאת ועוד, קביעתן של רימון ואמיר כי החלטות ביניים אינן עוסקות בדרך כלל בעניינים מהותיים וחשובים, אלא בשאלות פרוצדורליות אינה מחויבת המציאות. בשלבים מקדמיים עלולות להתעורר שאלות משפטיות כבדות משקל.<sup>54</sup>

פרשת מכתשים-אגן, הבקשה הראשונה לאישור תובענה ייצוגית שהגיעה לסיום בבית המשפט הכלכלי, ממחישה את הקושי הצפוי לבעלי דין בשל ההסדר הקיים לערעור ברשות על החלטות ביניים מקדמיות, במיוחד על רקע האפשרות שהחלטת ביניים כזו תעסוק בעניין מהותי והרה גורל. בפרשה זו הגיש בעל מניות מן הציבור בחברת מכתשים-אגן בקשה להסרת קיפוח לפי סעיף 191 בחוק החברות על דרך בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית המשפט הכלכלי.<sup>55</sup> המבקש העלה בבקשה טענות נגד עסקה שיזמה חברת כור, בעלת השליטה בחברת מכתשים-אגן, למכירת השליטה במכתשים-אגן לידי חברה סינית. לטענת המבקש, הייתה התמורה ששילמה החברה הרוכשת בגדר תמורה הוגנת, אך בחלוקת התמורה בין בעלי המניות ניתנה "תמורה

53 לשון ס' 8(ג)2 לחוק תובענות ייצוגיות קובעת כי אם התקיימו כל התנאים לאישור התובענה הייצוגית אך לא נתקיימו במבקש התנאים הקבועים בס' 4(א)1 לחוק, על בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית, אך הוא מצווה להורות על החלפת התובע המייצג. הסעיפים האמורים אינם עוסקים בתום לבו של התובע המייצג, אולם אין מניעה כי בית המשפט יידרש לסוגיה זו לנוכח השתרשותם של שיקולי הגינות דיונית ותום לב בסדר הדין האזרחי. קלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 146 וכן בעמ' 149, ה"ש 71.

54 אם אמנם מתעוררת שאלה משפטית חשובה בהחלטת ביניים יכול בית המשפט הכלכלי להעביר הכרעה זו ישירות לבית המשפט העליון על פי הסמכות המיוחדת המוקנית לו במסגרת מנגנון הדיון החוזר. לחלופין ייתכן שהגבלת האפשרות לערער על החלטות ביניים כמוצע כאן תרתיע בעלי דין מהאפשרות הקיימת כיום להסכים ביניהם לאפשר לבית המשפט להכריע כבר בשלב המקדמי בשאלות המשפטיות המרכזיות השנויות במחלוקת. אין לחשוש שהסתייגות כזו תפגע ביעילות הדיונית, שכן פועל יוצא ממנה הוא שהדיון בשלב המקדמי יהיה מהיר יותר ובית המשפט יוכל להתייחס לשאלות המשפטיות דנן במסגרת ההחלטה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית גופה.

55 ת"צ (מחוזי ת"א) 26809-01-11 כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 15.5.2011) (להלן: פרשת מכתשים). מניעת קיפוח המיעוט היא מתפקידו המרכזיים של בית משפט המתמחה בחברות. ועדת גושן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 44.

עודפת" לבעלת השליטה כור באופן שמקפח את יתר בעלי המניות מהציבור. המבקש הגיש את בקשתו עוד בטרם הובאה העסקה המקפחת לטענתו להצבעה באספת בעלי המניות של מכתשים-אגן, כפי שנדרש בנסיבות המקרה.

אפשר להיווכח כי קצב הדיון בבקשה בבית המשפט הכלכלי תאם את דחיפות העניין. הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הוגשה ביום 16 בינואר 2011. תגובת המשיבות הוגשה ביום 2 במרס 2011 וכללה דרישה גורפת לדחיית הבקשה על הסף.<sup>56</sup> המבקש השיב על תשובת המשיבה ביום 21 במרס 2011 וצירף לתשובתו חוות דעת של מומחי משפט וכלכלה. על תשובת המבקש הגיבה המשיבה ביום 28 במרס 2011 בכמה בקשות מקדמיות, ובהן בין היתר בקשה למחיקת סעיפים מתשובת המשיב, בקשה להוצאת חוות הדעת מתיק בית המשפט ובקשה למתן זכות להשיב לתשובה.

בדיון שהתקיים ביום 30 במרס 2011 בפני שופטת בית המשפט הכלכלי דניה קרת-מאיר הסכימו בעלי הדין כי בטרם יכריע בית המשפט בבקשה לאישור התובענה הייצוגית גופה, תינתן החלטה בשאלה המשפטית העקרונית אם זכאית כור ל"תמורה עודפת" בעסקת מכירת השליטה דנן וכן בשאלות המקדמיות שהועלו בכתבי הטענות.<sup>57</sup> השופטת קרת-מאיר קיבלה בהחלטתה את טענת המבקש כי כור אינה זכאית לתמורה עודפת בעסקה, וכי העסקה במתכונתה הנוכחית מקפחת את בעלי המניות מהציבור.<sup>58</sup> השופטת לא נדרשה לשאר השאלות המקדמיות בהחלטה זו.

היות שהחלטה האמורה הייתה החלטת ביניים מקדמית, דהיינו "החלטה אחרת", נאלצה המשיבה כור להגיש עליה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.<sup>59</sup> בקשת רשות הערעור הוגשה ביום 5 ביוני 2011 שעה שתנאי העסקה מושא המחלוקת קבעו כי תוקף העסקה יפקע אם לא יושגו כל האישורים הדרושים להשלמתה עד סוף חודש

56 עותק מכתבי הטענות הרלוונטיים שמור בידי המחבר. היקף כתבי הטענות ממחיש את פערי הכוחות בין בעלי הדין. הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מחזיקה 19 עמודים. תגובת המשיבה העיקרית, כור, מחזיקה למעלה מ-70 עמודים. תגובת המשיבה כללה טענות מגוונות, משפטיות ופרוצדורליות. בין היתר נטען כי הבקשה מוקדמת, שכן אי אפשר לטעון לקיפוח בטרם התקיימה ההצבעה באספה הכללית, וכי התובע הבהיר כי אינו מתנגד לעסקה אלא רק לחלוקת התמורה ועל כן אין לו עילת תביעה אישית שכן רק למתנגדי העסקה קיימת זכות לטעון לקיפוח.

57 ת"צ (מחוזי ת"א) 11-11-01-26809 כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 30.3.2011).

58 פרשת מכתשים, לעיל ה"ש 55. להחלטה זו משמעות עקרונית לעניין יכולתו של בעל שליטה בחברה לקבל תמורה עודפת ביחס לשאר בעלי המניות בעת מכירת השליטה בחברה ציבורית בדרך של מיזוג לפי ס' 314-327 לחוק החברות. לרקע כללי ראו שרון חנס ועמרי ידלין "על מיזוג, מיזוג הופכי ורכישה בחוק החברות" הפרקליט מז 104 (2003).

59 רע"א 4248/11 כור תעשיות בע"מ נ' כהנא (פורסם בנבו, 23.6.2011). בבקשת רשות ערעור זו לא התקיים כל דיון והיא בוטלה בסופו של דבר בעקבות הסכם פשרה שהושג בין בעלי הדין בבית המשפט המחוזי, ראו רע"א 4248/11 כור תעשיות בע"מ נ' כהנא (פורסם בנבו, 14.8.2011).

אוגוסט 2011.<sup>60</sup> במקרה זה, הן למבקש והן למשיבה היה אינטרס למנוע מהעסקה לחמוק עקב התמשכות ההליכים הצפויה בבית המשפט העליון. בהיעדר מנגנון להכרעה מהירה בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט הכלכלי ולנוכח החשש מהתארכות ההליכים בבית המשפט העליון, נאלצו בעלי הדין – שכולם היו מעוניינים במימוש העסקה – להגיע להסדר פשרה, שהוגש לבית המשפט ב-21 ביוני 2011, ושכבמסגרתו שולם סכום הפשרה הגבוה ביותר בתובענה ייצוגית בישראל.<sup>61</sup>

תוצאת הפשרה, המוטה לטובת התובע הייצוגי, משקפת מצב חריג יחסית שבו לנתבעת שביקשה את רשות הערעור היה אינטרס כלכלי כבד משקל בסיומו המהיר של ההליך המשפטי. המשיבה, הנמנית עם החברות הגדולות במשק, נאלצה אפוא להתפשר עקב היעדר היכולת להביא החלטת ביניים בעלת משמעויות תקדימיות לבחינה חוזרת מהירה ובאופן שלא יעמיד בסיון את קיום העסקה.<sup>62</sup> לעומת זאת אילו הייתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מוגשת לאחר אישור העסקה באספת בעלי המניות (כפי שהיה צריך להיעשות, לטענת המשיבה) ולאחר

60 ת"צ (מחוזי ת"א) 26809-01-11 כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ, פרוטוקול דיון מיום 21.6.2011.

61 במסגרת ההסדר הסכימה המשיבה כור לשלם לבעלי המניות מהציבור 45 מיליון דולר. ראו הודעת כור לבורסה לניירות ערך בעניין הסכם הפשרה (21.6.2011). הסדר הפשרה אושר על ידי בית המשפט בפסק דינו מיום 3 באוגוסט 2011, ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 26809-01-11 כהנא נ' מכתשים-אגן בע"מ (פורסם בנבו, 3.8.2011).

62 לדוגמה, בעל מניות מטעם הציבור בתאגיד א' מתנגד לעסקה המובאת לאישור באספת בעלי המניות של התאגיד ומחויבת באישור של רוב מקרב בעלי המניות שאין להם "עניין אישי" בעסקה. בעל המניות מהציבור וכמוהו בעלי מניות אחרים מהציבור מחזיקים גם במניות בתאגיד ב', המתחרה בתאגיד א'. בנסיבות אלה עשוי תאגיד א' להכריז כי קבוצת בעלי המניות מהציבור שיש להם מניות בתאגיד ב' היא קבוצה של בעלי "עניין אישי שלילי", כלומר בעלי עניין בדחיית העסקה שתובא להצבעה באספת בעלי המניות, ולכן יש לסווגם כבעלי "עניין אישי" שאינם נמנים עם בעלי המניות שאין להם עניין אישי בעסקה, כאמור בסעיף 275 לחוק החברות. סיווג כזה עשוי להקל על בעלי השליטה בחברה להעביר באספת בעלי המניות את העסקה המבוקשת. בעל המניות מהציבור מבקש לאשר הגשת תובענה ייצוגית בגין קיפוח ובה בעת יבקש צו מניעה נגד כינוס אספת בעלי המניות וידרוש סעד צהרתי הקובע כי קבוצת בעלי המניות מהציבור המחזיקה מניות בשני התאגידים אינה בעלת "עניין אישי שלילי". סוגיית הגדרתו וסיווגו של בעל מניות כבעל "עניין אישי שלילי" לצורך מניית הקולות באישור עסקת בעלי עניין טרם הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון, ולהכרעה בה יש חשיבות רבה. במקרה המתואר לעיל לא מן הנמנע כי הכרעה כזו תידרש בשלב מקדמי כהחלטת ביניים עוד בטרם אישור התובענה ייצוגית, ועל כן הערעור עליה לבית המשפט העליון יהיה ברשות. בנסיבות כאלה עלולה ההצבעה באספת בעלי המניות להידחות למשך זמן רב ולהפוך לבלתי רלוונטית. עובדות המקרה המתואר דומות לנסיבות המחלוקת בחברה הקבלנית ב. יאיר, שנדונה בהמרת פתיחה ולא בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. ראו: ה"פ (מחוזי י-ם) 7236-05-11 גולדפון בע"מ נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בנייה 1988 בע"מ (פורסם בנבו, 23.6.2011).

שהמחסומים לקיום העסקה עצמה היו מוסריים והסיכון להשלמת העסקה היה חולף, אין ספק שהמשיבה הייתה נוקטת את כל האמצעים שברשותה כדי להתיש את המבקש בתובענה הייצוגית כדי לגרום לו להתפשר בנוזד עדשים. בכלל זה יש להניח כי המשיבה הייתה מגישה בקשת דיון חוזר על החלטה של בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית, ואולי אף מנצלת עוד קודם לכן את הבקשות המקדמיות שהעלתה בתשובה שהגישה לתשובת המבקש כדי להגיש בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון. פרשת מכתשים-אגן אף ממחישה כי בשל מיעוט הפסיקה בבית המשפט העליון בתחום התאגידים וניירות הערך עשויות להתעורר סוגיות משפטיות תקדימיות ומהותיות רבות בשלבים מוקדמים יחסית של הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. אם כן, נדרש תיקון בסדרי ההשגה על בקשות ביניים מקדמיות.

## 5. השינוי המוצע: האחדה

הגשמת המטרות שמחוקק התיקון לחוק בתי המשפט ראה לנגד עיניו בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות בנושאים כלכליים, מחייבת הרחבה של מנגנון ההשגה על החלטות ביניים כך שיחול על הליך הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כולו.

נדרשת האחדה פשוטה:<sup>63</sup> על כל "החלטה אחרת" בשלב המקדמי בטרם ההכרעה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית יש לאפשר דיון חוזר בזכות בפני מותב של שלושה שופטים של בית המשפט הכלכלי,<sup>64</sup> כפי שאפשר לעשות כעת באשר להחלטה לקבל את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.<sup>65</sup>

השוני העיקרי הנובע מההאחדה המוצעת הוא כי ייתכנו מצבים שבהם תידחה בקשת ביניים של המבקש בתביעה הייצוגית והוא יהיה בעל הדין שיבקש דיון חוזר בזכות. במצב הקיים הזכות לדיון חוזר קיימת לנתבע בלבד לאחר שהבקשה לאישור התובענה התקבלה. לכאורה התובע הייצוגי יכול להערים קשיים על הנתבע באמצעות בקשות חוזרות ונשנות לדיון חוזר בבקשות שנדחו, אך זהו חשש שווא. אמנם במצב הקיים לו ביקש התובע להשיג על החלטות ביניים היה עליו להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון ובכך היה הוא עצמו מביא להתמשכות ההליכים, ולכן ההסדר המוצע טומן בחובו ייעול דיוני והוזלה של עלויות מנקודת מבטו של התובע המבקש להשיג על החלטת ביניים. עם זאת לרוב התובע הוא דל אמצעים ביחס לנתבע ואין לו תמריץ להגיש

63 ברוח היוזמה המקורית של הרשות לניירות ערך. ראו נייר עמדה – תיקון מס' 59, לעיל ה"ש 35.

64 או בפני שלושה שופטים של בית המשפט המחוזי, כאשר הבקשה אינה מתנהלת בבית המשפט המחוזי בתל-אביב.

65 לא יחול שינוי בהסדר בתיקון לחוק שלפיו מותב בדיון חוזר יהיה רשאי להעביר החלטות שמצא כי יש בהן סוגיות בעלות חשיבות רבה לדיון בבית המשפט העליון שידון בהן כבערעור.



בקשות רבות ולהאריך את ההתדיינות ולייקר את עלותה.<sup>66</sup> נוסף על כך אפשר להרתיע בקלות יחסית בקשות סרק לדיון חוזר באמצעות הטלת הוצאות משפט על בעלי הדין. ההאחדה המוצעת מרחיבה את המנגנון שגובש בתיקון לחוק ואשר בו נבחנת החלטה מחדש בידי אותה הערכאה שנתנה את ההחלטה שעליה מבקש הפונה לערער. קיים קושי בהסדר מסוג זה, אולם אין מדובר במנגנון חסר תקדים.<sup>67</sup> אפשר להקשות ולטעון כי פתרון עדיף יהא שלילתה המוחלטת של רשות הערעור על החלטות ביניים מקדמיות, בדומה לגישה שננקטה מטעמי יעילות דיונית בבית המשפט לתביעות קטנות.<sup>68</sup> זהו פתרון קשה ולא רצוי, שכן הוא שולל לחלוטין את האפשרות להשיג על החלטות ביניים אף במקרים שבהם החלטות אלו משמעותיות ביותר מבחינת בעלי הדין, אם מפאת הצורך העסקי להגיע להכרעה בזמן קצר ואם מפאת המשמעות הכלכלית הכבדות שיש להתדיינות בעניינים אלה, להבדיל מההתדיינות בבית המשפט לתביעות קטנות.<sup>69</sup> פתרון אחר שהועלה הוא צמצום הנכונות של בית המשפט העליון להיעתר לבקשות רשות ערעור.<sup>70</sup> דא עקא, שאף-על-פי שבפועל מצהיר בית המשפט העליון על מדיניות

66 נהפוך הוא, החשש העיקרי בתובענות ייצוגיות הוא מפני מצב שבו העלויות המוטלות על התובע הייצוגי ימריצו אותו להתפשר בתובענה בשלב מוקדם ובהסדר פשרה שאינו משקף את אינטרס הקבוצה המיוצגת. מטעם זה כולל סעיף 19 לחוק תובענות ייצוגיות מנגנון ייחודי לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. לדיון בבעיית הנציג בפשרה בתובענות ייצוגיות ראו אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 5, 10-12 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות"). ייתכן כמובן מצב שבו התובע יתעקש על הארכת ההתדיינות במטרה "לסחוט" פשרה כאשר תביעתו היא תביעת סרק. למצב כזה אתייחס בהמשך פרק זה.

67 עומדות על כך רימון ואמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 84. דוגמה לכך הוא ס' 96 לחוק בתי המשפט שלפיו תידון תקיפת החלטת רשם בדרך של ערעור בזכות בפני אותו בית משפט. רימון ואמיר גם מציינות כי מודל הדיון החוזר אומץ ממודל הדיון הנוסף הקיים בבית המשפט העליון ואשר אף בו נתקפת החלטתה של הערכאה העליונה בפני שופטי אותה ערכאה, בהרכב מורחב. ואולם, ההשוואה למנגנון הדיון הנוסף בעייתית, ובמיוחד בהתחשב בכך שמנגנון הדיון החוזר מוקנה לבעלי הדין בזכות. דיון נוסף בבית המשפט העליון אינו ערעור נוסף, ונדרשים נימוקים כבדי משקל כדי להיעתר לבקשה בגדרו. במרכז הדיון הנוסף אין עומד הצורך לבחון בדחיפות טעות של בית המשפט, אלא דרישה לבחון את השלכותיה הכלליות של הלכה קשה, חשובה או כוזב הסותרת הלכה קודמת. ראו בן נון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 42-43. למעט העובדה ששני ההליכים מתקיימים בפני הרכב מורחב של אותה ערכאה שבה ניתנה ההחלטה המקורית, אין דמיון בין השניים.

68 רע"א 292/93 סרבוז נ' ע. אופק בע"מ, פ"ד מח(3) 177 (1994). כך גם בהחלטות ביניים של בית המשפט העליון. ראו בן נון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 83-85.

69 ראו לעיל ה"ש 25.

70 גישה זו הוצעה למשל במאמרו של נעם סולברג "בקשת רשות ערעור – הלכה ואין מורין כן" משפטים יח 447, 456 (1988).

זו,<sup>71</sup> אין בה די כדי לבלום את שטף בקשות רשות הערעור, ודאי שאין בה די כדי להרתיע בעלי דין חזקים דוגמת הנתבעים האופייניים בתובענות ייצוגיות. זאת, משום שהגשת בקשות רשות ערעור על ידי הנתבעים בתובענות ייצוגיות נועדה לא אחת להטיל עלויות התדיינות על התובע הייצוגי ובא כוחו ללא קשר לשאלה אם יש הצדקה מהותית לטענות הנטענות בגדרה של אותה בקשה.

במערכת המשפט קיים חשש מתמיד מפני תובענות סרק. אפשר לטעון כי הצמצום לכאורה של אפשרות ההשגה על החלטות ביניים מקדמיות מגדיל את התמריץ להגשת תביעות סרק, שכן הוא מחזק את התובעים הייצוגיים ומחליש את כוחם של הנתבעים.<sup>72</sup> טענה זו יש לדחות משני נימוקים: הטעם הראשון הוא כי לנוכח מספרן הזעום של התובענות הייצוגיות בניירות ערך שהוגשו עד עתה נראה כי קיימים חסמים משמעותיים המרתיעים תובענות ייצוגיות מוצדקות בתחום זה, ועל כן החשש כי הסתת המוטלת לטובת התובעים תוביל לריבוי תביעות סרק אינו מבוסס לעת הזאת.<sup>73</sup> הטעם השני הוא שמנגנון הדיון החוזר בזכות דווקא מרחיב את היכולת להשיג על החלטות ביניים מקדמיות בהשוואה לנטיית בית המשפט העליון לצמצם את היענותו לבקשות רשות ערעור, ובכך מגביר המנגנון המוצע את היכולת של נתבעים להביא לבחינה חוזרת החלטות מקדמיות המיטיבות עם התובע הייצוגי באופן שהיכולת של נתבעים להדוף תביעות סרק אינה פוחתת ואולי אף גדלה.

הנימוק האחרון מעורר תהייה בכיוון ההפוך: האם אין חשש כי ההסדר המורחב המוצע כאן יוביל לסתימת בית המשפט הכלכלי בבקשות לדיון חוזר מצד בעלי הדין

71 ראו עניין סלקום, לעיל ה"ש 25. מוכרת גם הלכת בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982) אשר הקשיחה את אפשרות הדיון בגלגול שלישי בבית המשפט העליון. באשר לבקשות רשות ערעור בעניינים דיוניים העיר השופט עוזי פוגלמן כי "בפסיקת בית משפט זה נדחו לא אחת בקשות רשות לערער על החלטות הנוגעות לסדרי הדיון ולניהול המשפט, אשר התערבותה של ערכאת הערעור בהן היא מצומצמת", ע"א 3977/07 מדינת ישראל נ' גרנות, אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ, פס' 12 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (פורסם בנבו, 18.5.2008).

72 תביעות סרק מעמיסות עלויות על הנתבעים ועל מערכת המשפט ומכרסמות ברווחה החברתית המצרפית. התמריץ להגשתן של תביעות סרק מושתת על שיקול כלכלי שלפיו עלות הגשת התביעה קטנה יחסית אך היא מסבה לנתבע עלויות משפטיות ישירות ועלויות עסקיות עקיפות אשר לנתבע יש נכונות להסיר אותן באמצעות תשלום סכום פשרה נמוך אף אם אין לתביעה סיכוי הצלחה משמעותי כלשהו. לדיון נרחב ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 66, בעמ' 12–16.

73 לגישת רשות ניירות ערך, מספרן הזעום של התובענות הייצוגיות בניירות ערך נובע מהעלויות הגבוהות של הכנת תובענה ייצוגית בניירות ערך וניהולה ומהיעדר תמריץ כלכלי לעורכי דין להגיש תובענות כאלה בשל הזמן הרב הנדרש עד לבירור התובענה, ראו לעיל ה"ש 8. כן ראו דברי טענת פרופ' זוהר גושן, יו"ר רשות ניירות ערך, כי האיזון הדיוני בתובענות הייצוגיות בניירות ערך "מוטה דרמטית לטובת הנתבעים". פרוטוקול ועדת החוקה, לעיל ה"ש 26, בעמ' 24.

והדיונים בהן, בהרכב של שלושה שופטים, יפגעו אפוא ביעילות ובמהירות המצופה ממוסד זה?<sup>74</sup>

לטעמי, חשש זה, אף אם הוא מבוסס, מקדים את המאוחר. מספרן הזעום של התובענות הייצוגיות בניירות ערך עדיין אין בו כדי לייצר עומס בהיקף העלול לשבש את יעילותו של בית המשפט הכלכלי. במבט צופה פני עתיד יש לקוות כי מותב בית המשפט הכלכלי ינצל את ההחלטות שייתן במסגרת הליכי דיון חוזר ליצירת גוף פסיקה שעל פיו יוכלו בעלי הדין לשקול אם הגשת בקשה לדיון חוזר היא מוצדקת ובעלת סיכויי הצלחה, או שאינה כזו. אם יתממש החשש מפני עומס הליכי דיון חוזר בבית המשפט הכלכלי בשל שימוש שיעשו בעלי דין במנגנון זה כדי להטיל עלויות התדיינות בלתי מוצדקות על בעלי הדין שכנגד, יהיה אפשר לשקול את צמצום ההסדר והפיכתו למשל למנגנון של דיון חוזר ברשות.

## 6. סיכום ויישום

כברת דרך ניכרת לחיזוק האכיפה האזורית בשוק ההון נעשתה עם תיקונו של חוק בתי המשפט והקמתו של בית המשפט הכלכלי. התובענה הייצוגית היא הכלי העיקרי שבאמצעותו יכולים בעלי דין להביא בפני בית המשפט הכלכלי את קובלנתם כדי שזה יעניק להם סעד כנגד בעלי שליטה, המושחת על עילה מדיני חברות או מדיני ניירות ערך. התיקון לחוק צמצם את האפשרות של הנתבעים בתובענות ייצוגיות לבקש רשות ערעור על החלטה המאשרת תובענה ייצוגית בשל השימוש הרב שעושים נתבעים בעלי אמצעים בפרוצדורה זו כדי להערים קשיים על תובעים בתובענות ייצוגיות. במקום רשות הערעור אומץ מודל דיון חוזר יעיל ומהיר יותר, בזכות.

לא מצאנו נימוק משכנע לבחירתו של המחוקק שלא לשנות את סדרי הדין גם באשר לאפשרות לבקש רשות ערעור על החלטות ביניים בשלבים המוקדמים, בטרם ההחלטה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית גופה. הותרת המצב הקיים על כנו משרתת אף היא את הנתבעים בעלי האמצעים, יוצרת חשש לפגיעה ביעילות הדיון ומכרסמת במטרתו העיקרית של התיקון לחוק – הגברת האכיפה האזורית בשוק ההון.

עם זאת החלטות ביניים מקדמיות בעניינים כלכליים עשויות להיות בעלות חשיבות משפטית או בעלות נפקות כלכלית רבה, ועל כן אין לסכור לחלוטין את האפשרות להשיג עליהן בזמן אמת. יש לאפשר להשיג על החלטות כאלה בדרך של דיון חוזר בזכות

74 דעה זו השמיע בין היתר עו"ד הלל איש שלום, נציג לשכת עורכי הדין, שם, בעמ' 25. לדבריו, "לעשות הליך נוסף של שלושה שופטים – אני מנטרל שלושה שופטים שעוסקים שוב בסוגיה שדן בה אחד, שלא לדבר על זה שזה בזבוז זמן שיפוטי, אבל זה נוגד את העיקרון שערכאת ערעור צריכה להיות בערכאה גבוהה יותר".

בהרכב מורחב של אותה ערכאה. הצעה ברוח זו הייתה כלולה ביוזמת הקמתו של בית המשפט הכלכלי אך נזנחה בטרם קרם תזכיר החוק עור וגידים, ולטעמי ראוי להשיבה. כיצד אפשר ליישם הסדר זה? ספק אם השינוי הנדרש יתרחש בדרך של חקיקה שיפוטית בבית המשפט העליון.<sup>75</sup> לעומת זאת אפשר להשיג את התוצאה המבוקשת בחקיקת משנה המסורה בידי שר המשפטים.

סעיף 41(ג) לחוק בתי המשפט מסמיך את שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בצו סוגי החלטות שבהן לא תינתן רשות ערעור. אולם סעיף זה אינו מסמיך את השר לקבוע מנגנון השגה חלופי לאותן החלטות אשר הצו שולל את רשות הערעור לגביהן, ועל כן לא ממנו תבוא הישועה.<sup>76</sup>

לעומת זאת סעיף 108(א) לחוק בתי המשפט מסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות את "סדרי הדין והנהוג בפני בתי משפט, רשמים ולשכות הוצאה לפועל, במידה שלא נקבעו בחוק". מלשון הסעיף עולה כי רשימת הנושאים המופיעה בו אינה רשימה ממצה, ועל כן אפשר להסיק כי האפשרות לקבוע מנגנון דיון חוזר בבקשות ביניים מקדמיות באמצעות תקנות שיתקין שר המשפטים מכוח סעיף זה אינה נשללת מניה וביה. מכאן פתוחה הדרך ליישום המלצת רשימה זו באמצעות התקנת תקנות סדרי דין לדיון חוזר בזכות ב"החלטה אחרת" שניתנה טרם ההחלטה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין כלכלי.

75 בע"א 183/75 אלון נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 124, 126 (1975) ציין בית המשפט כי "החוק הוא שגם לטרדנים שמורה זכות הגישה אל בתי המשפט, ולא על דעת עצמנו ננעל בפניהם את השערים". לנוכח גישה זו שקדמה לפסיקה שהעניקה מעמד חוקתי לזכות הגישה לערכאות, ספק אם ייטה בית המשפט להגביל על דעת עצמו את רשות הערעור בהחלטות הביניים שהן נושא רשימה זו. ראו בעניין זה גם את גישתו המסתייגת של בית המשפט העליון מחקיקה שיפוטית בעניינים פרוצדורליים בפס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.2010).

76 רשות ניירות ערך סברה כי שלילתה המוחלטת של בקשת רשות הערעור תהיה פגיעה קשה מדי בנתבעים. ראו פרוטוקול ועדת החוקה, לעיל ה"ש 26.