



בבית המשפט העליון

רע"א 3973/10

לפני: כבוד הנשיא (בדימ') א' גרוניס
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המבקש: דוד שטרן

נ ג ד

המשיבה: Verifone Holdings, Inc.

בקשת רשות ערעור על החלטות בית המשפט המחוזי
מרכז-לוד מיום 26.4.2010 ומיום 25.8.2011 בתיק
ת"צ 3912-01-08 שניתנו על ידי כבוד הנשיאה ה' גרסטל

בשם המבקש: עו"ד גיל רון; עו"ד אהרן רבינוביץ;
עו"ד יעקב אביעד; עו"ד נדב מיארה

בשם המשיבה: עו"ד יוסף אשכנזי; עו"ד משה יעקב;
עו"ד חנן חביב

פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' גרוניס:

1. בית משפט בארצות-הברית מאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית הנדונה בפניו. על-פי תנאי ההסדר, הוא חל הן על חברי הקבוצה המיוצגת הנמצאים בארצות-

הברית הן מחוצה לה. מה ההשלכה של אישור הסדר הפשרה על הליך ייצוגי העוסק באותו נושא והמתברר בישראל? זו השאלה העומדת לדיון בפנינו.

השתלשלות העניינים

2. בקשת רשות הערעור שלפנינו עברה תהפוכות רבות מאז הגשתה. משכך, אתאר את השתלשלות העניינים בקצרה בלבד, ואתמקד בסוגייה העומדת עתה להכרעה. המשיבה, Verifone Holdings, Inc. (להלן – המשיבה), היא חברה זרה שנתאגדה במדינת דלאוור שבארצות-הברית. המשיבה עוסקת בפיתוח פתרונות ומערכות לתשלומים אלקטרוניים מאובטחים. מניותיה של המשיבה נסחרות בבורסה לניירות ערך בניו-יורק (NYSE), ובתקופה שבין יולי 2006 ליולי 2010 הן נסחרו גם בבורסה לניירות ערך בתל-אביב. בחודש דצמבר 2007 פרסמה המשיבה דיווחים מיידיים בבורסות בארצות-הברית ובישראל, שבהם נמסר כי התגלו טעויות בדוחות הכספיים התקופתיים שלה בהתייחס לשלושת הרבעונים הראשונים של שנת הכספים שהסתיימה ביום 31.10.2007. לאחר פרסום זה חלה נפילה חדה בערך המניה של המשיבה. נסיבות אלו הובילו להגשה של 16 תובענות בארצות-הברית נגד המשיבה על-ידי בעלי מניותיה, עשר מהן בקשות לאישור תובענות ייצוגיות ושש מהן בקשות לאישור תביעות נגזרות. הדיון בתשעה מן ההליכים הייצוגיים אוחד בפני בית המשפט הפדרלי בקליפורניה (*In re Verifone Holdings, Inc. Securities Litigation, Civil Action C*) 07-6140 MHP, החלטה מיום 18.1.2008; הליך מאוחד זה יכונה להלן – ההליך הייצוגי בארצות-הברית). גורמים שונים התמודדו בבית המשפט בקליפורניה על המינוי לתפקיד התובע המייצג בהליך המאוחד ("lead plaintiff"), וביניהם מספר גופים מוסדיים ישראלים ("הפניקס", "הראל", "כלל פיננסים", "פריזמה", "בטוחה ניהול השקעות" ו"ישיר בית השקעות"). בסופו של דבר בחר בית המשפט בקליפורניה למנות לתפקיד זה גוף בשם "National Elevator Fund".

3. ביום 27.1.2008 הגיש המבקש, דוד שטרן (להלן – המבקש), לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבה (להלן – הבקשה לאישור בישראל). בהליך זה התבקש בית המשפט המחוזי לאשר נגד המשיבה תובענה ייצוגית בשם כל אדם שרכש את מניות המשיבה בבורסה לניירות ערך בתל-אביב בין יום 7.3.2007 (מועד פרסום הדוח הכספי השגוי הראשון) ליום 2.12.2007, ושהחזיק במניה ביום 3.12.2007 (יום פרסום הדוח המיידי בישראל שבו נחשפה הטעות). המבקש טען, כי בעקבות גילוי הטעויות שנפלו בדוחותיה הכספיים של המשיבה, פחת

ערך מניותיה בשיעור של כ-46%. נטען, כי המשיבה נושאת באחריות כלפי בעלי מניותיה בגין הכללת הפרטים המטעים בדוחות הכספיים (בהתאם לסעיף 38 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן – חוק ניירות ערך)). המבקש ציין כי הוא מעריך שהנזק לחברי הקבוצה (בישראל) עומד על סכום של 2.48 מיליארד ש"ח.

4. כאמור, על המשך השתלשלות העניינים אעמוד בקצרה בלבד. המשיבה הגישה בקשה למחוק על הסף את הבקשה לאישור בישראל ולחלופין לעכב את הדיון בה (יוער, כי המשיבה לא הגישה כתב תשובה במענה לבקשה לאישור בישראל, ולמעשה, תשובתה זו לא הוגשה עד היום). הטעמים העיקריים לבקשה היו ההליכים התלויים ועומדים בארצות-הברית והעוסקים באותו העניין, ושיקולי פורום בלתי-נאות. בין היתר נטען על-ידי המשיבה, כי הדין החל על הבקשה לאישור בישראל הוא הדין האמריקאי. בדיון שנערך בפני בית המשפט המחוזי ביום 25.5.2008 הגיעו בעלי הדין לכלל הסכמה דיונית, שלפיה יידרש בית המשפט קודם כל לשאלת הדין החל על הבקשה לאישור בישראל. ביום 11.9.2008 קבע בית המשפט המחוזי, כי הדין החל על הבקשה לאישור בישראל הוא הדין האמריקאי (כבוד הנשיאה ה' גרסטל). על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור (רע"א 8517/08). בהחלטה מיום 27.1.2010 הורה בית משפט זה על מחיקת בקשת רשות הערעור, ונקבע שעל בית המשפט המחוזי להידרש גם לסוגיית עיכוב הדיון בבקשה לאישור בישראל עד להכרעה בהליך הייצוגי בארצות-הברית (כבוד השופטים א' גרוניס, ע' ארבל ו-נ' הנדל). כן נקבע, כי לאחר שטיפול הכרעה בעניין, ניתן יהיה לדון בבית משפט זה הן בסוגיית עיכוב ההליכים הן בסוגיית תחולת הדין הזר. ביום 25.4.2010 הגישו בעלי הדין הודעה משותפת לבית משפט קמא, שלפיה מוסכם עליהם כי הדיון בבקשה לאישור בישראל יעוכב "על יסוד קביעת בית-המשפט הנכבד בדבר תחולת הדין הזר", ובלא לגרוע מיכולתו של המבקש לבקש לערער על הקביעה בעניין תחולת הדין הזר. בית המשפט המחוזי (כבוד הנשיאה ה' גרסטל) הורה על עיכוב המשך בירור ההליך כפי שהוסכם (החלטה מיום 26.4.2010).

5. ביום 24.5.2010 הוגשה בקשת רשות הערעור דנא, על החלטת בית משפט קמא מיום 26.4.2010 שבה הורה בית המשפט המחוזי על עיכוב ההליכים (עם זאת, נימוקי בקשת רשות הערעור מתייחסים לסוגיית תחולת הדין הזר, שהוכרעה בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 11.9.2008). ביום 1.9.2010 הגיש המבקש לבית משפט זה (לאחר נטילת רשות) אסמכתה חדשה, היא פסק-דין שניתן בבית המשפט העליון בארצות-הברית לאחר הגשת בקשת רשות הערעור, ושבו נדונה תחולתם החוץ-טריטוריאלית של דיני ניירות הערך בארצות-הברית (Morrison v. Nat'l Austl. Bank).

..(Morrison – עניין (2010) 561 U.S. 247, Ltd., פסק-דין מיום 24.6.2010 (להלן – עניין Morrison)). המבקש טען, כי בעניין Morrison נפסק שאין לדיני ניירות הערך בארצות-הברית תחולה מחוצה לה, ועל-כן, לשיטתו הדין החל על הבקשה לאישור בישראל הוא הדין בישראל ואין מקום להורות על המשך עיכוב בירור ההליך. בהחלטתי מיום 13.10.2010 הוריתי כי הטיפול בבקשת רשות הערעור יושהה, וכי בית המשפט המחוזי יכריע בהשלכת ההלכה שנקבעה בעניין Morrison על עניינו של המבקש. ביום 25.8.2011 החליט בית המשפט המחוזי כי אין בפסק-הדין בעניין Morrison כדי לשנות את עמדתו לגבי תחולת הדין הזר, ועל-כן עיכוב בירור ההליך יותר על כנו. בהתאם להחלטתי, ביום 13.11.2011 הגיש המבקש בקשת רשות מתוקנת, שבה נתקפת גם החלטת בית המשפט המחוזי מיום 25.8.2011. ביום 4.2.2013 הודיע המבקש (לאחר שמיעת הערות בית משפט זה בדיון שנערך ביום 9.1.2013), כי הוא מסכים לכך כי נוכח קיומו של ההליך הייצוגי בארצות-הברית, בירור ההליך שיזם בישראל יעוכב, תוך שתישמר לו האפשרות "לחדש את ההליכים בהתקיים נסיבות אשר מצדיקות זאת". בהתאם, הורינו בהחלטתנו מיום 10.2.2013, כי הדיון בהליכים המתנהלים בישראל בין בעלי הדין יעוכב, וכי אם יעתור המבקש לחידוש הדיון בבקשת רשות הערעור דנא, הדיון יחודש מן הנקודה שבה הופסק.

6. בינתיים חלו התפתחויות בהליכים בארצות-הברית. ביום 9.8.2013 הגישו בעלי הדין בהליך הייצוגי בארצות-הברית בקשה לאישור הסדר פשרה שגובש ביניהם (להלן – הסדר הפשרה או ההסכם). הסדר פשרה זה הוא העומד עתה במוקד הדיון שבפנינו (ההסדר הוגש לעיוננו בהודעה מטעם בעלי הדין מיום 1.5.2014). בהתאם להסדר הפשרה, יהיו זכאים בעלי מניות במשיבה בתקופה הרלוונטית לפיצוי כספי. על-פי הוראות ההסכם, הקבוצה שעליה חל ההסדר כוללת את כל מי שרכש את מניות המשיבה בין יום 31.8.2006 ליום 1.4.2008 (למעט נושאי משרה במשיבה ובני משפחותיהם), בכל בורסה מקומית, זרה או בדרך אחרת ("on any domestic or foreign exchange or otherwise"; סעיף 1.3 להסכם). ניתן לראות כבר עתה, כי הגדרה זו של הקבוצה כוללת את הקבוצה כפי שהוגדרה בבקשה לאישור בישראל, הן מבחינה גאוגרפית הן מבחינת התחולה בזמן (שכן הגדרת הקבוצה בבקשה לאישור בישראל מתייחסת למי שרכש את מניות המשיבה בבורסה לניירות ערך בתל-אביב, בין יום 7.3.2007 ליום 2.12.2007). סכום הפשרה הכולל הוא 95 מיליון דולר ארה"ב (סעיף 1.22 להסכם; סכום זה כולל את שכר הטרחה לבא-הכוח המייצג, סעיפים 1.16 ו-5.2(c) להסכם). בא-הכוח המייצג ביקש שייפסק לזכותו שכר-טרחה בשיעור של 20% מקופת ההסדר (כלומר, 20% מ-95 מיליון דולר ארה"ב; נספח A1 להסכם).

בהסכם נכתב, כי סכום הפיצוי הממוצע שיגיע לחברי הקבוצה, לפני ההפחתה של שכר-טרחת בא-כוח התובע המייצג, הוא 0.71 דולר ארה"ב למניה (ש0).

בהתאם להוראות הסדר הפשרה, ההודעה על ההסכם תישלח באמצעות הדואר לחברי הקבוצה שניתן לאתרם במאמץ סביר (סעיף 6(a) לנספח A להסכם). עוד הוסכם כי תפורסם מודעה על ההסכם בשלושה עיתונים, "Investor's Business Daily", "Globes" ו-"The Business Wire" (סעיף 6(b) לנספח A להסכם). על-פי ההסכם, על כל חבר בקבוצה להוכיח את זכאותו לקבלת הפיצוי על-ידי שליחת טופס מתאים תוך 90 ימים לאחר משלוח ההודעה על ההסכם (סעיף 5.4 להסכם) (להלן – טפסי הזכאות). לבא-הכוח המייצג שיקול דעת להתיר הגשה של טפסי הזכאות גם לאחר תקופה זו, אם נותרה בקופת ההסדר יתרה שלא חולקה (סעיף 5.5 להסכם). כן הוסכם כי יתרה שתיוותר בקופת ההסדר לאחר תקופה של ששה חודשים, תחולק במידת האפשר לחברי הקבוצה שפנו לקבלת פיצוי ושהוכיחו את זכאותם. אם תיוותר יתרה לאחר חלוקה נוספת זו, הוסכם כי היא תיתרם למטרה ציבורית (ארגון המקנה סיוע משפטי לנזקקים; סעיף 5.6 להסכם). כן נקבע בהסדר הפשרה כי כל חבר בקבוצה רשאי להשמיע את קולו בבית המשפט הדן בהליך ולהתנגד לאישור ההסכם (סעיפים 10 ו-12 לנספח A להסכם). כל חבר בקבוצה רשאי גם להודיע כי ברצונו לצאת מן הקבוצה, שאז הוא לא יהיה זכאי לפיצוי מכוח ההסכם ולא יהיה כפוף להכרעה בהליך (סעיף 11 לנספח A להסכם). עוד נקבע בהסדר, כי אישור הסדר הפשרה יהווה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה (סעיף 8 לנספח A להסכם).

7. ביום 15.10.2013 נתן בית המשפט הפדרלי בקליפורניה "אישור מקדמי" (preliminary approval) להסדר הפשרה (כבוד השופט *Edward M. Chen*). ביום 30.12.2013 הגיש המבקש לבית המשפט בקליפורניה (בהתאם למועד שנקבע לכך) התנגדות לאישור הסדר הפשרה. ההתנגדות הוגשה בשמו ובשם הקבוצה שהוא מבקש לייצג בבקשה לאישור בישראל. ביום 14.2.2014 התקיים בבית המשפט הפדרלי בקליפורניה דיון בהתנגדות שהגיש המבקש. בדיון נכח המבקש, שניים מבאי-כוחו בישראל (עו"ד גיל רון ועו"ד נדב מיארה), ועורך-דין אמריקאי שנשכר על-ידיהם. ביום 18.2.2014 דחה בית המשפט הפדרלי בקליפורניה את התנגדות המבקש להסדר הפשרה. בהחלטתו זו התייחס בית המשפט בפירוט לטענות שהעלה המבקש נגד אישור ההסכם. לקביעות בית המשפט בהקשר זה נידרש ביתר הרחבה בהמשך. בית המשפט הפדרלי בקליפורניה הוסיף ומצא כי ההסדר הוא הוגן וראוי, וכי יש לאשר את שכר-הטרחה בשיעור שהתבקש על-ידי בא-הכוח המייצג. יחד עם זאת, בית המשפט

בקליפורניה הורה לערוך פרסומים נוספים בישראל על דבר ההסכם. לגבי נפקות אישור הסדר הפשרה על חברי הקבוצה בישראל, הוסיף בית המשפט כדלקמן: " However, as the Court noted on the record and reiterates here, this order granting final approval is not intended to dictate to the Israeli courts (nor does this Court opine on) the enforceability of the releases contained in the settlement agreement or the application of *Morrison* should the Israeli investors' claims be permitted to proceed in Israel." ביום 20.2.2014 הודיעה התובעת המייצגת בהליך הייצוגי בארצות-הברית, כי תישלח הודעה בעברית בדואר לחברי קבוצה רבים בישראל, כי תפורסם מודעה בעברית בעיתון "גלובס", וכי המועד האחרון לחברי הקבוצה בישראל להגשת טפסי הזכאות יוארך. אישורו הסופי של הסדר הפשרה ניתן ביום 25.2.2014.

טענות בעלי הדין בהשלמת הטיעון

8. בהתאם להחלטתי מיום 26.6.2014, הגישו בעלי הדין השלמת טיעון שבה התייחסו לנפקות הסדר הפשרה שאושר בארצות-הברית על הבקשה לאישור בישראל. לטענת המבקש, הסדר הפשרה מקפח באופן חמור את חברי הקבוצה בישראל, ועל-כן אין להכיר בו כמונע את המשך בירור הבקשה לאישור בישראל. המבקש טוען כי נפלו פגמים באופן שבו יודעו חברי הקבוצה בישראל על ההסכם, וכי למעשה נשללה מהם הזכות לפרוש מן הקבוצה ולהתנגד לאישור הסדר הפשרה. לגרסת המבקש, ההודעה בעברית על ההסכם נמסרה לחברי הקבוצה בישראל לאחר שחלפו המועד להגשת ההתנגדות להסכם והמועד לפרוש ממנו, והמידע שנמסר בה היה חלקי בלבד והובא באופן עילג. המבקש מוסיף, כי קיימים הבדלים בין דיני ניירות הערך בישראל לבין דינים אלו בארצות-הברית. לטענתו, בארצות-הברית על המחזיק בנייר הערך להוכיח יסוד נפשי של תרמית או רשלנות חמורה על מנת לבסס עילת תביעה בשל טעות שנפלה בדוח כספי, בעוד שבישראל אין צורך בהוכחת יסוד זה. על-כן, לשיטת המבקש, היה מקום לאבחן את חברי הקבוצה בישראל מיתר הקבוצה המיוצגת בארצות-הברית, ולנכות את הישראלים בפיצוי גבוה יותר. על אף הבדלים אלו בין חברי הקבוצה השונים, טוען המבקש כי אין בהסדר הפשרה התייחסות מפורשת לקיומם של חברי הקבוצה בישראל, וכי למעשה, תשומת ליבו של בית המשפט בארצות-הברית לדבר הוסבה רק בשלב מאוחר יותר, בעקבות ההתנגדות שהגיש. כך, למשל, בהסדר הפשרה צוין כי ההסדר יפורסם בעיתון "Gloves", בלי לציין שמדובר בעיתון ישראלי. בטפסי הזכאות אף היה על חברי הקבוצה להצהיר כי לא ידוע להם על הליך משפטי שהוגש בשמם באותו הנושא, דבר שאינו נכון לגבי חברי הקבוצה בישראל. המבקש מוסיף כי

בית המשפט בארצות-הברית הביע תרעומת על שתשומת ליבו לא הוסבה לגבי קיומה וייחודה של הקבוצה בישראל. עוד גורס המבקש, כי לגופו של עניין הפיזי שניתן לחברי הקבוצה בהסדר הפשרה הוא נמוך מידי.

המבקש מוסיף ומתייחס בהשלמת הטיעון לתנאים להכרה בפסק זר בהתאם לחוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח-1958 (להלן – חוק אכיפת פסקי חוץ). לטענת המבקש, יש להכיר בהסדר פשרה ייצוגי שניתן במדינה זרה רק אם לא נפגעה זכותם להליך הוגן של חברי הקבוצה בישראל. לגישתו, הזכות להליך הוגן של חברי הקבוצה כוללת את הזכות לקבל הודעה על הסדר הפשרה, לפרוש מן ההסדר, להתנגד לו וכי ההסדר יהיה הוגן. לשיטת המבקש, הסדר הפשרה בענייננו אינו עומד בתנאים אלו. המבקש מדגיש בטיעונו את העובדה שבית המשפט בקליפורניה קבע במפורש, כי הוא אינו מכריע בשאלת נפקות ההסדר על חברי הקבוצה בישראל. לבסוף סבור המבקש, כי על סוגיית נפקות הסדר הפשרה להיות מוכרעת בבית המשפט המחוזי. עוד מעוניין המבקש כי נכריע בסוגיית תחולת הדין הזר, שכן להכרעה זו השלכה על הגינותו של ההסדר כלפי חברי הקבוצה בישראל.

9. המשיבה, מנגד, טוענת בהשלמת הטיעון מטעמה כי ההסדר שאושר בארצות-הברית הוא ראוי והוגן, וכי הוא מקים מעשה בית דין לגבי הבקשה לאישור בישראל. המשיבה דוחה את טענות המבקש שלפיהן זכויות חברי הקבוצה בישראל קופחו. המשיבה מפרטת בטיעוניה את המאמצים הרבים שנקטו לשם איתור חברי הקבוצה בישראל ויידועם על הסדר הפשרה ותנאיו. המשיבה מציינת כי חברי קבוצה רבים מישראל הגישו את טפסי הזכאות, וחלק ניכר מה"כניסות" לאתר האינטרנט הייעודי שהוקם לצורכי יישום הסדר הפשרה היה מישראל. כך, אף שהיקף המסחר בבורסה בתל-אביב במניות המשיבה בתקופה הרלוונטית היה כ-7%-8% מכלל היקף המסחר במניותיה, נמצא כי 28% מכלל הכניסות לאתר האינטרנט הנזכר היו מישראל וכ-25% מטפסי הזכאות שהוגשו בדרך של משלוח מסמכים הגיעו מישראל (להבדיל מטפסים שהוגשו באופן מקוון, שלגביהם לא היו בידי המשיבה נתונים מלאים לפילוח זהות מגישי הטפסים לפי מקום מושבם). לדעת המשיבה, ההשתתפות הערה של חברי הקבוצה בישראל בהסדר שגובש מלמדת כי דבר ההסכם היה ידוע להם היטב, וכי רבים מהם סברו כי מדובר בהסכם הוגן וראוי. המשיבה מוסיפה כי המבקש אינו מציג ולו מקרה יחיד של חבר בקבוצה בישראל, שביקש להתנגד להסדר הפשרה או לפרוש ממנו והדבר נמנע ממנו. המשיבה מדגישה בטענותיה, כי המבקש לקח חלק פעיל בדיון באישור הסדר הפשרה בארצות-הברית, וכי טענותיו נדונו שם ונדחו. המשיבה מוסיפה

כי המבקש אף הודה בפני בית המשפט בקליפורניה כי לדעתו ההסדר הוא הוגן. לפיכך, טוענת המשיבה, יש להכיר בפסק-הדין המאשר את הסדר הפשרה בארצות-הברית על-פי חוק אכיפת פסקי חוץ, ולהורות על דחיית הבקשה לאישור בישראל מחמת קיומו של מעשה בית דין. המשיבה צירפה להשלמת הטיעון מטעמה חוות-דעת מומחה בדבר הדין הזר, שלפיה אישור הסדר הפשרה בארצות-הברית מקים מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה. יוער כי המבקש הגיש, לאחר קבלת רשות, תשובה להשלמת הטיעון של המשיבה, ובה הוסיף התייחסות לטענותיה.

דיון והכרעה

10. החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. כאמור, בקשת רשות הערעור שלפנינו עברה תהפוכות שונות מאז הוגשה. הסוגייה שעתה עומדת לפנינו לדיון היא, מהי הנפקות של הסדר הפשרה שאושר בארצות-הברית על ההליך הייצוגי שהגיש המבקש בישראל. השאלה היא, האם אישור הסדר הפשרה בארצות-הברית מקים מעשה בית דין כלפי המבקש וכלפי הקבוצה שהוא מתיימר לייצג בישראל, כך שנסתם הגולל על ההליך שיוזם.

מעשה בית דין הקם בעקבות פסק-דין שניתן במדינה זרה

11. על-מנת שתוכל המשיבה לבסס טענה לקיומו של מעשה בית דין בשל פסק-דין שניתן במדינה זרה, על הפסק לעבור הליך של "קליטה" בישראל, על-פי הדין בישראל. "כל עוד לא עבר הפסק הזר הליך קליטה, אין לו מעמד בישראל כלל, לא לצורך אכיפתו בישראל ולא לצורך ההכרה בו כמעשה-בית-דין; מתייחסים אליו כאילו לא היה" (סיליה וסרשטיין פסברג "על סופיות בפסקים זרים" משפטים יח 35, 53 (1988); וראו גם, ע"א 499/79 בן דיין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99, 103 (המשנה לנשיא מ' בן-פורת) (1984) (להלן – עניין בן דיין)). קליטתו של הפסק הזר בישראל מוסדרת בעיקרה בחוק אכיפת פסקי חוץ. חוק אכיפת פסקי חוץ כולל מספר "מסלולים" לקליטת פסק-חוץ: הכרזה על פסק-החוץ כפסק אכיף (סעיפים 3-10 לחוק), הכרזה ישירה בפסק-החוץ (סעיף 11(א) לחוק) והכרה עקיפה או "אגבית" בפסק-החוץ (סעיף 11(ב) לחוק) (ראו, הסקירה בע"א 4525/08 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' *New Hampshire Insurance Co.*, פסקאות 16-19 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (15.12.2010); ע"א 1297/11 לוין נ' זוהר, פסקאות 5-6 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (29.12.2013) (עתירה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 304/14) (להלן – עניין לוין); נינה ולצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 566-565 (1991)). נפסק, כי כאשר בעל דין טוען

בהליך בישראל לקיומו של מעשה בית דין בשל פסק זר, המסלול המתאים הוא זה של הכרה עקיפה בפסק, בהתאם לסעיף 11(ב) לחוק (ראו, עניין בן דיון, בעמ' 112 (השופט א' ברק); ע"א 490/88 בסיליוס נ' עדילה, פ"ד מד(4) 397, 404 (1990) (להלן – עניין בסיליוס); ע"א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם, פ"ד מט(1) 561, 568 (1995) (השופט א' גולדברג); ע"א 3294/08 Goldhar Corporate Finance Ltd נ' S.A Klepierre, פסקה 6 (6.9.2010) (להלן – עניין Goldhar)). בסעיף 11(ב) לחוק נקבע, כי "אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו ענין רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק חוץ, אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו, אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן".

12. בגדר השיקולים שעל בית המשפט לבחון אם "מן הדין והצדק" להכיר בפסק הזר, נפסק כי ניתן להיעזר בסעיף 6 לחוק, שבו מנויים מקרים אשר בהתקיימם לא ייאכף פסק דין זר בישראל. מקור נוסף אליו נהוג לפנות בהקשר זה הוא הדין האנגלי (ראו, עניין Goldhar, פסקה 6, והאסמכתאות שם). אחד השיקולים שנהוג לבדקם הוא האם הפסק הזר ניתן בסמכות. עם זאת, לעניין זה נקבע כי אדם ששיתף פעולה עם ניהול ההליכים בבית המשפט הזר ולא כפר שם בסמכות בית המשפט, לא יישמע בטענה כי אלו נוהלו בלא סמכות (ראו, עניין Goldhar, פסקה 7; עניין בן דיון, בעמ' 106 ליד האות ד (המשנה לנשיא מ' בן-פורת); עמוס שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ" (חלק שני), עיוני משפט ה 38, 51-52 (1976)).

13. תבחין מרכזי נוסף שיש לקחתו בחשבון הוא, האם נפגעה בבית המשפט הזר זכותו של בעל הדין שכנגד להליך הוגן או האם התנהלו ההליכים שם בניגוד לכללי הצדק הטבעי. הטענה העיקרית אשר בדרך-כלל מועלת בהקשר זה היא, כי לבעל הדין שלגביו מתבקשת ההכרה בפסק-החוץ לא ניתנה הזדמנות הוגנת להעלות את טענותיו בבית המשפט הזר (ראו, עניין ליון, פסקה 6 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל; עניין בסיליוס, בעמ' 406; ע"א 221/78 עובדיה נ' כהן, פ"ד לג(1) 293 (1979) (להלן – עניין עובדיה)). הנטל להוכחת הפרה של הזכות להליך הוגן מוטל על כתפי בעל הדין הטוען להפרה (ראו, שם, בעמ' 296 (השופטת מ' בן-פורת); ע"א 1268/07 גרינברג נ' במירה, פסקה 13 (9.3.2009) (להלן – עניין גרינברג)).

14. שיקולים שונים נוספים המוזכרים לעניין זה בפסיקה הם, האם הכרה בפסק-החוץ תפגע בתקנת הציבור (ראו, עניין בן דיון, בעמ' 107 (המשנה לנשיא מ' בן-פורת); להרחבה בדבר שיקול זה ראו גם, עמוס שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ", עיוני

משפט ד 509, 534-530 (1974)), והאם מבקש ההכרה הוא תם-לב (ראו, עניין *Goldhar*, פסקה 8). יוער, כי בהכרה עקיפה של פסק זר בהתאם לסעיף 11(ב) לחוק, אין צורך באמנה הדדית בין ישראל לבין המדינה שבה ניתן הפסק (להבדיל מהכרה ישירה בהתאם לסעיף 11(א) לחוק; ראו, עניין לוין, פסקה 6 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל). כן יודגש, כי במסגרת ההכרה בפסק הזר, אין מקום לבחון את נכונות פסק-הדין לגופו (ראו, עניין בסיליוס, בעמ' 406; עניין גרינברג, פסקה 10).

15. אם מצא בית המשפט בישראל כי יש להכיר (באופן אגבי) בפסק הזר, זו אינה סוף הדרך. עדיין יש לבחון, האם הפסק שהוכר מקים מעשה בית דין בישראל. לעניין זה הובעו בפסיקה דעות שונות, האם על הבחינה להיעשות על-פי הדין בישראל או שמא גם על-פי דיניה של המדינה הזרה (ראו, עניין בסיליוס, בעמ' 411; עניין *Goldhar*, פסקה 6). כך או אחרת, הדין הזר החל בעניין הוא עובדה הדרושה הוכחה (שם, פסקה 9). עם זאת, ניתן גם להיעזר בחזקת שוויון הדינים שלפיה קמה הנחה כי הדין הזר זהה לדין בישראל (ראו, עניין בסיליוס, בעמ' 411).

הכרה עקיפה בפסק-דין בתובענה ייצוגית שניתן במדינה זרה

16. בעידן הגלובליזציה, יותר ויותר תובענות ייצוגיות פורצות את הגבולות הבין-מדינתיים ומקיפות חברי קבוצה במדינות ואף ביבשות שונות (ראו, *Guidelines for Recognizing and Enforcing Foreign Judgments for Collective Redress*, International Bar Association 6 (2008) (להלן – *IBA Guidelines*)). דברים אלו יפים הם גם לתובענות ייצוגיות בדיני ניירות הערך, שכן בתחום זה המסחר בניירות הערך הולך ונעשה גם הוא חוצה גבולות (ראו, שם, בעמ' 17). אם כן, כיצד עלינו לבחון אם "מן הדין והצדק" (בלשון סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי-חוץ) להכיר בפסק-דין בתובענה ייצוגית הניתן במדינה זרה? במה שונה הכרה בפסק-חוץ בתובענה ייצוגית מהכרה בפסק-חוץ שאינו בתובענה ייצוגית?

17. בהליך (גברא) שאינו הליך ייצוגי, בדרך-כלל נדונות ומוכרעות זכויות וחובות של בעלי הדין הנוכחים בבית המשפט בלבד. לעומת זאת, התובענה הייצוגית היא הליך שבו נדונות בין היתר זכויותיהם וחובותיהם של שחקנים נוספים, הנעדרים מאולם בית המשפט, הם חברי הקבוצה המיוצגת. בתובענה הייצוגית מעוניין התובע המייצג לנהל הליך בשמם של חברי הקבוצה, ותוצאתה של התובענה הייצוגית עשויה לחייב אותם, לטוב או לרע (ראו, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2550).

The class action is 'an exception to the usual rule that litigation is " : (2011) quoting:) "conducted by and on behalf of the individual named parties only' Hansberry v. Lee, 311 ; (Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682, 700-701 (1979) (U.S. 32, 40-41 (1940)). משכך, לפני שתינתן הכרה בפסק-חוק בתובענה ייצוגית, יש לקחת בחשבון את זכויותיהם של חברי הקבוצה והחשש מפני פגיעה בהם (ראו, John P. Brown, *Seeking Recognition of Canadian Class Action Judgments in Foreign Jurisdictions: Perils and Pitfalls*, 4(2) THE CANADIAN CLASS ACTION (REV. 220, 222 (2008)) (להלן – *Brown*)).

18. דברים אלו יפים בייחוד כשמדובר בהסדר פשרה ייצוגי שאושר בבית משפט במדינה זרה. בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית טמון פוטנציאל רב לקיפוח זכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת. זאת, שכן התובע המייצג והנתבע עשויים לחבור זה לזה במשא-ומתן ביניהם, ולהגיע להסכמות תוך פגיעה בקבוצה המיוצגת ועל חשבונה. החשש הוא ששני אלו יסכימו על שכר-טרחה וגמול גבוהים לתובע המייצג ולבא-כוחו, בתמורה להסכם שאינו מיטבי לגבי הקבוצה המיוצגת. ההסכם יכול להיות פוגעני כלפי חברי הקבוצה בשתי דרכים עיקריות: פיצוי נמוך מהסביר לכל אחד מחברי הקבוצה, או הרחבה של היקף העילות שיווצר לגביהן מעשה בית דין בעקבות אישור ההסכם (ראו, אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות", משפטים מג(1) 351, 366-367 (2012) (להלן – ויצנבליט); *In re*; Greenberg v. Procter & Gamble Co. (Dry Max Pampers Litig.), 724 F.3d 713, 715 (6th Cir. 2013)).

19. כאשר עסקינן במספר הליכים ייצוגיים העוסקים באותו הנושא והמתנהלים בבתי משפט שונים, וכאשר באחד מהם מושג הסדר פשרה, החשש האמור לפגיעה בחברי הקבוצה אך מתעצם. ראשית, מנקודת ראותם של התובעים המייצגים ובא-כוחם בהליכים השונים, הרי שבמצב שנוצר נוצרת תחרות על הגמול ועל שכר הטרחה שיקבלו בסוף ההליך. זאת, שכן אף אם ההליכים לא יאוחדו, קשה להניח שייפסקו גמול ושכר טרחה נגד אותו נתבע או נתבעת ביותר מההליך אחד (אולם ראו, פסקה 21 להלן). על-כן, לתובעים המייצגים ולבא-כוחם קיים תמריץ לנהל משא-ומתן בחופזה, ולגבש כמה שיותר מהר הסדר עם הנתבע. ככל שיגיעו לכלל הסדר מהר יותר, וככל שההסדר יהיה מקיף יותר, כך יוכלו הם לעשות "מחטף" למתחריהם, התובעים המייצגים ופרקליטיהם בהליכים האחרים. מנגד, תובע מייצג הבוחר לנהל את ההליך עד תומו או לפתוח במשא-ומתן בשלב מאוחר יותר שלו, עשוי לצאת וידיו על ראשו. פשיטא, שלעיתים התנהלות זו נעשית על חשבון חברי הקבוצה ותוך ייצוגם באופן בלתי

הולם (ראו, John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort*, *Coffee, Class – (להלן) Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343, 1370 (1995) "The first team to settle with the defendants in effect precludes the others (who may have originated the action and litigated it with sufficient skill and zeal that the defendants were eager to settle with someone else);" Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements Under Attack*, 156 U. PA. L. REV. 1649, 1666 (2008) *(Issacharoff & Nagareda – (להלן))*.
 עמדנו במקומות אחרים על התמריץ הקיים לתובע המייצג להיות הראשון להגיש את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית (ראו, רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' נאור, פסקה 7 (19.7.2012); רע"א 4253/14 חלפון נ' שמן משאבי גז ונפט בע"מ, פסקה 10 (29.12.2014)). כאשר מדובר במספר הליכים ייצוגיים העוסקים באותן עילות והמתנהלים במקביל בכמה בתי משפט (בין באותה מדינה ובין במדינות שונות), קיים לתובעים המייצגים ולעורכי-דינם תמריץ נוסף, והוא להיות הראשונים שמביאים את ההליך לכלל סיום. שני תמריצים אלו (להגיש את ההליך ראשון ולסיימו ראשון), עשויים לפגוע באיכות הייצוג של חברי הקבוצה.

20. החשש לפגיעה בחברי הקבוצה המיוצגת קיים גם מנקודת ראותו של הנתבע. נוכח ה"תחרות" בין התובעים המייצגים השונים, קם חשש שהנתבע יבחר להתמקד בהליך שבו לדעתו התובע המייצג והפורום הם הנוחים לו ביותר, בניסיון לקדם בהליך זה משא ומתן לפשרה. בדרך פעולה זו, המכונה במשפט האמריקאי "reverse auction", מנסה הנתבע לאתר הליך ייצוגי מבין אלו שהוגשו נגדו שבו יוכל לכרות הסדר פשרה המיטיב עימו ואשר מקיף את עילות התביעה הנדונות ביתר ההליכים (ראו, *Reynolds v. Benefit Nat'l Bank*, 288 F.3d 277, 282 (7th Cir.2002); *Class Wars Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, 155 U. PA. L. REV. 103, 161-162 (2006). יוער שגם במקרים שבהם לא מושג הסדר פשרה, יכול הנתבע לפעול לזירוז בירורה של תובענה ייצוגית הנוחה לו ולעיכובן של אחרות ובאופן זה להשפיע על הפורום שבו תתבררנה הטענות כלפיו (ראו, Arthur R. Miller & David Crump, *Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions After Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 96 YALE L.J. 1, 24 (1986); וכן ראו, Henry P. Monaghan, *Antisuit Injunctions and Preclusion Against Absent Nonresident Class Members*, 98 COLUM. L. REV. 1148, 1160-1161 (1998) *(Monaghan – (להלן))*).

21. אכן, כאשר הנתבע פועל בדרך זו מסתכן הוא שבסופו של יום הסדר פשרה בלתי הוגן שכרת לא יוכר בבתי משפט אחרים, והוא עשוי להיות מחויב בתשלום נוסף כלפי חברי הקבוצה או חלקם (ראו, *Brown*, בעמ' 220; *IBA Guidelines*, בעמ' 9-10; Tanya J. Monestier, *Is Canada the New Shangri-La of Global Securities Class Actions?* 32 NW. J. INT'L L. & BUS. 305, 334 (2012)). סיכון זה עשוי להוות תמריץ לנתבע שלא לפעול לשם כריתת הסכם פשרה לא הוגן הפוגע בזכויות הקבוצה. אולם לעיתים, מדובר בסיכון מחושב שאותו לוקח הנתבע.

22. ניתן גם לראות, כי קיים הבדל בהכרה של פסק-חוק בתובענה ייצוגית לבין הכרה בפסק-חוק בהליך שאינו ייצוגי, מבחינת זהות בעל הדין שקיים חשש לפגיעה בזכויותיו. בהליך שאינו ייצוגי, ההכרה בדרך-כלל לא תעורר קושי מיוחד כלפי התובע בבית המשפט הזר, שכן הוא זה שיזם שם את ההליך. בדרך-כלל, השאלה שתידון היא האם זכויותיו של הנתבע בבית המשפט הזר הן שקופחו. לעומת זאת, בהליכים ייצוגיים ההכרה בפסק-החוק מתבקשת בדרך כלל על-ידי הנתבע, בניסיון להקים מעשה בית דין כלפי הקבוצה המיוצגת (לאחר שהנתבע הביא לידי סיום מוצלח מבחינתו של הליך ייצוגי בבית משפט זר). במקרה כזה, השאלה היא האם קופחו זכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת בבית המשפט המקומי. הסביר זאת בית המשפט בקנדה (*Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.*, 74 O.R. (3d) 321, 330 (Ont. C.A. 2005) (להלן – עניין *Currie*)):

"In a traditional non-class action suit, there is no question as to the jurisdiction of the foreign court to bind the plaintiff. As the party initiating proceedings, the plaintiff will have invoked the jurisdiction of the foreign court and thereby will have attorned to the foreign court's jurisdiction. The issue relating to recognition and enforcement that typically arises is whether the foreign judgment can be enforced against the defendant.

Here, the tables are turned. It is the defendant who is seeking to enforce the judgment against the unnamed, non-resident plaintiffs. The settling defendants, plainly bound by the judgment, seek to enforce it as widely and as broadly as possible in order to preclude further litigation against them".

השיקולים שיש לקחתם בחשבון לשם הכרה אגבית בפסק-חוץ בתובענה ייצוגית

23. נחזור עתה לחוק אכיפת פסקי-חוץ. דומה שאין מניעה להחיל את סעיף 11(ב) לחוק גם לגבי הכרה אגבית בפסק-חוץ שניתן בתובענה ייצוגית. עם זאת, נשאלת השאלה כיצד ייושמו התבחינים השונים שעל בית המשפט לשקול בהקשר זה, בשים לב למאפיינים המיוחדים של הכרה בפסק-חוץ בהליך ייצוגי שעליהם עמדנו לעיל (לצורך להתאים את הכללים הרגילים לאכיפה ולהכרה של פסק-חוץ כאשר מדובר בפסק-דין בתובענה ייצוגית, ראו, *Brown*, בעמ' 222; לסקירת קווים מנחים שנקבעו לעניין זה על-ידי ה-International Bar Association, ראו את *IBA Guidelines* שהוזכרו לעיל). יצוין, כי הדיון להלן מתאים הן לפסק זר המאשר הסדר פשרה ייצוגי, הן לפסק זר שבו הוכרעה תובענה ייצוגית לגופה.

24. כאמור, אחד השיקולים הנלקחים בחשבון לשם הכרה אגבית בפסק-חוץ הוא כי פסק-הדין ניתן בסמכות. מן הסתם, על שיקול זה להילקח בחשבון גם כשמדובר בפסק-חוץ שניתן בתובענה ייצוגית. עם זאת, לטעמי כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית שהתנהלה בחוץ-לארץ, הרי שנוכח האינטרסים השונים העומדים על הפרק שעליהם עמדנו לעיל, יש מקום לדרוש כי לבית המשפט הזר יהיה גם קשר ממשי לסכסוך הנדון בתובענה הייצוגית. כך, יקטן החשש כי ייעשה "מחטף" על-ידי תובע מייצג זר ועל-ידי הנתבע בבית משפט שנוח להם ושאינו קשור לסכסוך, תוך פגיעה בזכויות הקבוצה המיוצגת. דומה שזו הגישה בקנדה (ראו, עניין *Currie*, בעמ' 328-329, שם מכונה המבחן "real and substantial connection" לפורום שבו ניתן הפסק; וכן ראו במשפט האנגלי: Mark Stiggelbout, *The Recognition in England and Wales of United States Judgments in Class Actions*, 52 HARV. INT'L L.J. 433, 464 (2011) (להלן – *Stiggelbout*)). ואכן, בהקשרים שונים נקבע שכדי להכיר באורח אגבי בפסק-חוץ, יש צורך בזיקה מספקת של בית המשפט הזר לנושא ההליך בהתאם לכללי הסמכות של המשפט הבינלאומי הפרטי הנוהגים בישראל (ראו, למשל, באשר להכרה בצו פשיטת רגל הניתן במדינה זרה, בש"א 10359/01 זוסמן נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(3) 157, 160 (2002); שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל 415 (מהדורה שלישית, 2010)). בגדר זאת יש לשאול, למשל, האם במדינה הזרה נמצא חלק מהותי מחברי הקבוצה המיוצגת. שאלה נוספת הרלוונטית לעניין היא האם חברי הקבוצה יכלו לצפות באורח סביר בעת ההתקשרות עם הנתבע, כי מחלוקות עתידיות ביניהם יוכרעו בבית המשפט הזר (ראו, עניין *Currie*, בעמ' 332; והשוו, רע"א 10250/08 קציב נ' Zao Raiffeisenbank, פסקה 7 (18.3.2010)). כמוכן, שגם כאשר עסקינן בהליך ייצוגי,

הרי מקום שבו בעל הדין שיתף פעולה עם ההליך המתנהל בבית המשפט הזר ולא כפר שם בסמכות בית המשפט, עשוי הוא להיחשב כמי שנתן הסכמתו לקיומה של סמכות לבית המשפט הזר (ראו, פסקה 12 לעיל).

25. כאמור, שיקול נוסף עליו עמדנו בהכרה בפסק זר, הוא האם הופרה זכותו להליך הוגן של בעל הדין שנגדו מתבקשת ההכרה. כפי שראינו, כשדנים אנו בהכרה בפסק-דין בתובענה ייצוגית, השאלה שבדרך-כלל תתעורר היא בדבר השמירה על זכויותיהם של חברי הקבוצה. כיצד יש לבחון האם הופרה זכותם של חברי הקבוצה להליך הוגן? בפסיקת בתי המשפט בארצות-הברית מקובל לכלול בזכות חברי הקבוצה להליך הוגן (due process) שלושה אלמנטים, כדלקמן (Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 811-812 (1985) – עניין *Phillips Petroleum*): ראשית, קבלת הודעה נאותה על קיומו של ההליך ומתן הזדמנות להשתתף בו; שנית, מתן הזדמנות לפרוש מן ההליך; ושלישית, ייצוג הולם על-ידי התובע המייצג (ובא-כוחו) לכל אורך ניהול ההליך (יש שכינו את האלמנטים האמורים בשמות "voice", "exit" ו-"loyalty", בהיקש מן הדיון בזכויות בעלי מניות בדיני התאגידים; ראו, John C. Coffee, Jr., *Class Action*; בעמ' 1701, *Issacharoff & Nagareda Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370, 376-377 (2000)). שלוש אלמנטים אלו, בהתאם לפסיקה ענפה בארצות-הברית, הם הנדרשים להבטחת ניהולו של "הליך הוגן" כלפי חברי הקבוצה המיוצגת. אלמנטים אלו הוכרו כשיקולים הנבחנים לשם הכרה בתובענה ייצוגית שהוכרעה בבית משפט אחד, ככובלת חברי קבוצה בגדרה של תובענה ייצוגית הנדונה בבית משפט אחר (ראו, למשל, *In re Diet Drugs Prods.*; Liab. Litig., 431 F.3d 141, 145 (3d Cir. 2005) – עניין *Diet Drugs*); Gotthelf v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc., 525 Fed. Appx. 94 (3d Cir. 2013) – עניין *Gotthelf*); Debra Lyn Bassett, *U.S. Class Actions Go Global: Transnational Class Actions and Personal Jurisdiction*, 72 FORDHAM L. REV. 41 (2003); זו הגישה הנוהגת גם בקנדה, ראו הסקירה ב-*Brown*, בעמ' 231-234; כן ראו, *IBA Guidelines*, בעמ' 14 ו-26-27, *Stiggelbout*, בעמ' 470 ו-499-500).

26. אעמוד בקצרה על כל אחד משלושת הרכיבים האמורים. אשר למתן הודעה נאותה על ההליך, דומה שאין צורך בענייננו לקבוע מסמרות בשאלה מה תיחשב הודעה מספקת. בקנדה נפסק, שאין צורך שההודעה תישלח באופן אישי לכל אחד מחברי הקבוצה (ראו, *Canada Post Corp. v. Lépine*, [2009] 1 S.C.R. 549, par. 43 (להלן

– עניין *Lépine*). מנגד, קיימת דעה שלפיה יש להעדיף משלוח של הודעה אישית לכל חבר בקבוצה מקום שהדבר ניתן (ראו, *IBA Guidelines*, בעמ' 27). פשיטא, שניתן להתחשב בעלויות הכרוכות בפרסום או במשלוח ההודעה, בהתאם לנסיבות העניין. אשר לתוכן ההודעה, הרי שעליה לכלול תיאור של ההליכים המשפטיים ושל הסדר הפשרה (אם קיים), ועדכון של חברי הקבוצה על זכויותיהם ועל ההשלכה הצפויה של ההליך עליהם. כן יש לעדכןם על זכותם להופיע בפני בית המשפט הזר ועל זכותם להתנגד להסדר פשרה שגובש שם (ראו, עניין *Lépine*, בפסקה 45; עניין *Phillips Petroleum*, בעמ' 812).

אשר לזכותו של חבר הקבוצה לפרוש ממנה, הרי שגם זו הוכרה כפן מרכזי של הזכות להליך הוגן (ראו, *Currie*, בעמ' 333-334). על ההודעה הנמסרת לחברי הקבוצה להעמידם גם על אפשרות זו (ראו, *IBA Guidelines*, בעמ' 27).

אשר לתנאי שלפיו על חברי הקבוצה להיות מיוצגים באופן הולם, הרי שבספרות המשפטית הובעה העמדה כי ראוי להתמקד בטענות לאי-ייצוג הולם הנובע מניגודי אינטרסים בין התובע המייצג (ובא-כוחו) לבין חברי הקבוצה, כולם או חלקם, או ניגודי אינטרסים בין חברי הקבוצה לבין עצמם. זאת, להבדיל מטענות כי הייצוג לא היה הולם בשל כך ששיעור הפיצוי שנפסק בבית המשפט הזר לגופו אינו מספק, בין בפסק-דין בין בפשרה (ראו, מאמרם של *Issacharoff & Nagareda*; וראו גם, *IBA Guidelines*, בעמ' 26; *Stiggelbout*, בעמ' 474-475; עניין *Gotthelf* בעמ' 102-103; כן השוו, *Restatement of the Law, Second, Judgments, § 42(d)-(e)*). ניגוד אינטרסים אפשרי עשוי לנבוע משוני בדינים החלים בכל אחת מן המדינות. אם בישראל קיים דין המיטיב עם חברי הקבוצה יחסית לדין החל במדינה הזרה, הסדר פשרה בחו"ל שבו מוסכם על מתן פיצוי אחיד לכלל חברי הקבוצה עשוי להקים חשש לייצוג בלתי הולם של חברי הקבוצה בישראל. זאת, שכן משמעות הפיצוי האחיד היא העברת עושר מחברי הקבוצה בישראל לחברי הקבוצה במדינה הזרה. במקרה כזה, ייתכן שלא יהיה זה נכון לנהל משא-ומתן בשם חברי הקבוצה כולם (בארץ ובמדינה הזרה) כמקשה אחת (ראו, *Issacharoff & Nagareda*, בעמ' 1681-1683; עניין *Lépine*, בפסקה 56; *Wolfert v. Transamerica HomeFirst, Inc.*, 439 F.3d 165, 173 (2d Cir. 2006) (להלן – עניין *Wolfert*)). מובן, כי גם הבדלים נוספים בין חברי הקבוצה בכל אחת מהמדינות השונות עשויים להקים ניגודי אינטרסים ביניהם. באופן דומה, גם הסדר פשרה שבו ניתנת התייחסות שונה לחלק מחברי הקבוצה, כאשר הקבוצה כולה יוצגה

כמקשה אחת על-ידי תובע מייצג יחיד, מקים חשש לייצוג של חלק זה בקבוצה באופן שאינו הולם (ראו, ויצנבליט, בעמ' 386-387).

27. יחד עם זאת, דומה שאין לפסול בחינה לגופם של שיעור הפיצוי ויתר תנאיו של הסדר פשרה ייצוגי שאושר בחוץ-לארץ, במקרה שבו מדובר בפיצוי ובתנאים החורגים באופן ברור וכולט מן הסביר (ראו, *IBA Guidelines*, בעמ' 14, שם הומלץ כי בחינה כזו תעשה כאשר מדובר בפיצוי שהוא "patently inadequate"; וכן השוו, סיליה ורסשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי – הדין והגיונו 76-77 (1996)). במקרים קיצוניים, נראה שניתן גם שלא להכיר בפסק-חוץ בהליך ייצוגי מן הטעם שההכרה נוגדת את תקנת הציבור (ראו, *Stiggelbout*, בעמ' 471-472).

28. שאלה נוספת שהתעוררה בפסיקה בארצות-הברית היא לגבי הסוגייה, באילו נסיבות יותר לבעל דין להעלות טענה שלפיה בהליך ייצוגי שנדון בבית משפט אחר, לא נשמרה באופן ראוי זכות חברי הקבוצה להליך הוגן. בסוגייה זו הובעו דעות שונות. על-פי גישה אחת, יש מקום להתיר את אותה "תקיפה עקיפה" של ההליך בבית המשפט האחר, רק מקום שבו בהליך הנתקף לא ניתנה הזדמנות הוגנת להעלות את אותן הטענות. במילים אחרות, לפי גישה זו די בכך שבהליך הנתקף ניתנה הזדמנות כזו, גם אם היא לא נוצלה, כדי לחסום טענה ל"תקיפה עקיפה" של תוצאת ההליך (ראו, דעת הרוב ב-*Epstein v. MCA, Inc.*, 179 F.3d 641, 648-649 (9th Cir. 1999)). מנגד, הובעה בפסיקה בארצות-הברית גם עמדה שונה, שלפיה יש להתיר תקיפה עקיפה של הליכים ייצוגיים בקשת מקרים רחבה יותר. על-פי עמדה זו, האפשרות לטעון כי נפל פגם בתובענה ייצוגית שהוכרעה תיחסם רק כלפי בעל דין שהתייצב בהליך הנתקף, ובקשר לטענות שהעלה שם ושהוכרעו במפורש (ראו, דעת המיעוט של השופט *Thomas* בעניין *Epstein* הנזכר, בעמ' 655). על-פי דעה שלישית (שאותה ניתן לכנות גישה ביניים), אם נדונו והוכרעו בבית המשפט שדן בהליך הנתקף טענות שונות בקשר לזכות חברי הקבוצה להליך הוגן, כל בעל דין, לרבות בעל דין שלא התייצב בעצמו בבית המשפט האחר, יהיה חסום מהעלותן בשנית במסגרת תקיפה עקיפה. כך, אם חבר בקבוצה מתנגד להסדר פשרה ייצוגי בבית משפט זר, ובית המשפט הזר מתייחס במפורש לטענותיו ודוחה אותן, כל חבר אחר בקבוצה יהיה חסום גם הוא מהעלות אותן טענות בבית משפט ישראלי (ראו, דעת היחיד של השופט *Wiggins* בעניין *Epstein* הנזכר, בעמ' 651; עניין *Diet Drugs*, בעמ' 146; כן ראו עניין *Wolfert*, בעמ' 172, שם הובעה העמדה כי חבר הקבוצה יהיה חסום להעלות בתקיפה עקיפה טענה שנדונה ושהוכרעה בהליך הנתקף, גם אם הטענה הועלתה שם על-ידי הנתבע; וראו

סקירת העמדות השונות ב- *Issacharoff & Nagareda*, בעמ' 1652-1653 וכן בעמ' Patrick Wooley, *Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Suits for Money Damages*, 58 U. KAN. L., 917 (2010); כן ראו, *IBA Guidelines*, בעמ' 25).

בענייננו, אין צורך שנכריע בין הגישות השונות. די שנאמר כי ודאי שיש ליתן משקל להכרעה בבית המשפט הזר בקשר לטענות העוסקות בזכות חברי הקבוצה להליך הוגן, אם טענות אלו מועלות בשנית בבית משפט בישראל. מכל מקום, דומה שעל-פי כל הגישות שתוארו לעיל, כאשר אותו בעל דין המעלה בבית משפט בישראל טענות בקשר לזכותם של חברי הקבוצה להליך הוגן, הוא גם זה שהעלה את אותן הטענות בבית המשפט הזר (כפי שארע בענייננו), יש ליתן לעובדה שטענותיו נדחו בבית המשפט הזר משקל מכריע. במקרה כזה, ניתן לראות את הקביעות שנעשו בבית המשפט הזר כמקימות מעין "השתק פלוגתה" כלפי בעל הדין שטענותיו נדחו, המונע ממנו לנסות בשנית את מזלו בהעלאת אותן הטענות. במקרה כזה ניתן גם להשקיף על מבקש אישור התובענה הייצוגית בישראל, החסום מלטעון נגד פגמים שנפלו בפסק הזר, כמי שנעדר עילה אישית לייצג את חברי הקבוצה בישראל. עמדו על-כך המלומדים *Issacharoff & Nagareda* (בעמ' 1715-1716):

"At the very least, adaptation of preclusion principles for collateral attacks should guard against the situation of a literal 'do-over.' It would be intolerable to allow a collateral-attack plaintiff to escape the binding effect of a class settlement by raising the same structural defects in the class representation that she previously had raised on direct review in the original court and where she had lost on that precise point... Clearly, there must be finality where the very same class member made the same structural claims in the form of an original objection in the rendering court. No plausible conception of adequate representation can countenance a literal re-representation of the same structural claim collaterally".

29. עניין נוסף שיש להדגישו, נוגע למעורבות בית המשפט בהכריעו האם להכיר בפסק-חוז בתובענה ייצוגית. בהתייחס להכרה של פסק-חוז שאינו בתובענה ייצוגית, נפסק כי "הליך ההכרה בפסק הדין הזר אינו חייב שיעשה, בכל מקרה ומקרה, תוך בדיקת כל תנאי ההכרה, ובדיקה אשר כזאת לקיומו של תנאי, או לקיומה של הגנה כנגד

ההכרה – תיעשה על-פי טענות הצד המתנגד להכרה" (עניין בסיליוס, בעמ' 404, ההדגשה המקור – א' ג'). זאת, כביטוי לשיטת המשפט האדוורסרית הנוהגת בישראל. אולם ספק רב אם קביעה זו מתאימה כאשר עסקינן בהליכים ייצוגיים. יש לזכור, כי בדרך-כלל לחברי הקבוצה לא יהיה אינטרס להתייצב בפני בית המשפט ולהעלות טענות בקשר לנפקות הפסק הזר, בשל שוויה הנמוך של עילת התביעה האישית לכל אחד מהם. זאת ועוד, גם אין בטחון שהטענות לפגיעה אפשרית בחברי הקבוצה יוצגו כראוי על-ידי מבקש אישור התובענה הייצוגית, שכן לא אחת שאלת ההכרה בפסק הזר תתעורר טרם אישור התובענה הייצוגית וטרם קביעה כי המבקש מייצג את חברי הקבוצה באופן הולם וכשיר לשמש תובע מייצג. על-כן, ונוכח העובדה שעוסקים אנו בזכויותיהם של גורמים הנעדרים מאולם בית המשפט, נדרשים פיקוח ומעורבות רבים של בית המשפט (ראו, עניין *Raynolds*, בעמ' 279-280).

30. הערה נוספת היא, כי כאשר עסקינן בהליך העוסק בניירות ערך, יש ליתן את הדעת לסעיף 35 לחוק ניירות ערך, שלפיו, "הוגשה לבית משפט בישראל תובענה על פי כל דין, בעילה הנובעת מזיקה לניירות ערך של תאגיד חוץ, רשאי בית המשפט, לבקשת בעל דין, לעכב את ההליכים בתובענה, אם נוכח כי הוגשה בבית משפט מחוץ לישראל תביעה בשל אותה עילה או עילה דומה וזאת עד למתן פסק דין שאינו ניתן עוד לערעור, באותה תביעה". בהוראה זו משתקפת נטיית המחוקק לכבד ושלא לסכל הליכים המתנהלים בבית משפט זר בקשר לחברות שניירות הערך שלהן נסחרות ב"רישום כפול" (ראו, עמיר ליכט "רישום כפול של ניירות ערך", משפטים לב(3) 561, 617 (2002)). עם זאת, אם הסתיים ההליך במדינה הזרה בפסק-דין, הרי שעל ההכרה בו ועל אכיפתו להיעשות על-פי הוראות חוק אכיפת פסקי-חוץ. בגדר ההליך דנא אין צורך להכריע, אם נוכח סעיף 35 הנזכר יש מקום להקל על התנאים להכרה או לאכיפה של פסק-חוץ שניתן בקשר לחברה שניירות הערך שלה נסחרות ב"רישום כפול".

31. לשלמות התמונה אציין, כי שאלת ההכרה בפסק-דין בתובענה ייצוגית עשויה להתעורר גם בבית המשפט שבו נדונה התובענה הייצוגית חוצת-הגבולות. בארצות-הברית נפסק כי כאשר עומד על הפרק אישור תובענה ייצוגית שבה חלק מחברי הקבוצה נמצאים מחוץ למדינה, יש לשקול בשלב אישור התובענה הייצוגית את הסיכוי העתידי שבתי משפט במדינות הזרות יכירו בתוצאת ההליך. אם הסיכוי שפסק-הדין בתובענה הייצוגית יוכר במדינה הזרה אינו גבוה, אזי הדבר מהווה שיקול שלא לאשר את התובענה הייצוגית לגבי חברי קבוצה הנמצאים באותה מדינה. זאת, במסגרת

הדרישה כי לשם אישורה של תובענה ייצוגית, יש לבחון האם היא הדרך היעילה ביותר להכרעה במחלוקת (ראו, *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, 242 F.R.D. (2007) 76, 95; *In re Alstom SA Sec. Litig.*, 253 F.R.D. 266, 281-282 (2008)). כך, במקרה אחד שהתעורר בארצות-הברית, מצא בית המשפט כי אין מקום לאשר תובענה ייצוגית נגד חברים בקבוצה הנמצאים במדינות שונות, וכיניהן ישראל (Anwar v. Fairfield Greenwich, 289 F.R.D. 105, 121 (2013)).

32. אם הוכר (באופן עקיף) פסק-חוץ בתובענה ייצוגית, יש להוסיף ולשאול מהי הנפקות שלו על ההליך המתברר בישראל. מלבד השאלה מהי נפקותו של פסק-החוץ על-פי הדין החל בבית המשפט שבו ניתן (דבר שיש להוכיחו כעובדה או במידת הצורך להיעזר בחזקת שוויון הדינים), הנפקות של פסק-החוץ תוכרע גם על-פי הדין בישראל (ראו, פסקה 15 לעיל). יש לזכור, כי אם מצוי ההליך בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, דחיית הבקשה לאישור אינה מקימה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה (וראו, *Smith v. Bayer Corp.*, 131 S. Ct. 2368, 2379-2382 (2011) (להלן – *עניין Smith*)). ההשלכה של ההכרה בפסק-החוץ היא כלפי מגיש הבקשה לאישור בלבד. ניתן כמובן לתהות, מה יהיה הטעם המעשי בהגשת הליך ייצוגי זהה נוסף על-ידי חבר קבוצה אחר, אולם זו היא התוצאה כל אימת שנדחת בקשה לאישור תובענה ייצוגית (עם זאת נפסק, כי גם לדחייה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית עשויה להיות השלכה מסוימת על בקשה לאישור מאוחרת העוסקת באותו הנושא והמוגשת על-ידי תובע ייצוגי אחר; ראו, ת"א (מחוזי ת"א) 1043/00 רחנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי (24.10.2002) (השופטת א' חיות), הערעור נדחה בע"א 10688/02 (פסק-דין מיום 27.03.2003); ע"א 2505/06 בקר נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקאות 17-16 (9.12.2008)).

בנוסף, אם מדובר במקרה שבו מבקש אישור התובענה הייצוגית (או התובע המייצג, אם מדובר בתובענה ייצוגית שאושרה) השמיע את טענותיו בבית המשפט הזר וטענותיו שם נדחו, הרי שכפי שראינו לעיל, הוא עצמו יהיה חסום מהעלאת טענות אלו בשנית בבית המשפט בישראל (ראו, הדיון בפסקה 28). גם במקרה כזה, הנפקות של ההכרה בפסק-החוץ היא כלפיו בלבד, וייתכן שאם יוגש הליך חדש על-ידי חבר אחר בקבוצה באותו הנושא, יהא על בית המשפט להידרש לגופן לטענות באשר לפגיעה בזכות חברי הקבוצה להליך הוגן.

33. נסכם את דיוננו עד כה: ניתן להכיר באופן אגבי בפסק-חוק שניתן בתובענה ייצוגית. הכרה זו נעשית בהתאם לסעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוק, שלפיו ניתן להכיר בפסק הזר אם "מן הדין והצדק לעשות כן". שיקול ראשון שיש לקחתו בחשבון הוא האם פסק-הדין במדינה הזרה ניתן בבית משפט שלו נתונה סמכות לדון בהליך. בכלל זאת, יש לבחון גם אם לבית המשפט הזר קשר ממשי לנושא הנדון בתובענה הייצוגית. השתתפות התובע המייצג או מבקש אישור התובענה הייצוגית בהליך שהתנהל בבית המשפט הזר עשויה להיחשב כהסכמה לסמכותו של בית המשפט הזר. שיקול נוסף הוא האם נפגעה זכותם להליך הוגן של חברי הקבוצה המיוצגת. בגדר שיקול זה, יש ליתן את הדעת לשלושה אלמנטים מרכזיים: מתן הודעה נאותה לחברי הקבוצה על דבר קיומו של ההליך הייצוגי בבית המשפט הזר ומתן הזדמנות לחברי הקבוצה להשתתף בו; מתן הזדמנות לחברי הקבוצה לפרוש מן ההליך; וכן ייצוג הולם של חברי הקבוצה על-ידי התובע המייצג (ובא-כוחו) בבית המשפט הזר לכל אורך ניהול ההליך. בחינת תוצאת התובענה הייצוגית בבית המשפט הזר לגופה (או בחינת הסדר פשרה שאושר במדינה זרה לגופו) תעשה רק במקרים שבהם התוצאה חורגת באופן ברור ובולט מהסביר. באופן דומה, גם אי-הכרה של פסק-החוק מן הטעם שהדבר נוגד את תקנת הציבור תעשה במקרים חריגים בלבד. כן יש ליתן משקל לכך שטענות המועלות נגד הכרה בפסק-החוק כבר נדונו והוכרעו בבית המשפט הזר. בנוסף, יש ליתן משקל מכריע לכך שבעל הדין המעלה בישראל את הטענות נגד ההכרה בפסק-החוק העלה את טענותיו אלו בעצמו בבית המשפט הזר, וטענותיו שם נדחו.

אם מצא בית המשפט שיש להכיר בפסק הזר, עולה ונשאלת השאלה מהי נפקותו על ההליך המתנהל בישראל. נפקות פסק-החוק על-פי הדין הזר היא עובדה הדרושה הוכחה, ובמקרה הצורך ניתן להיעזר בחזקת שוויון הדינים. על-פי הדין בישראל, אם ההליך בישראל הוא הליך ייצוגי המצוי בשלב אישור התובענה הייצוגית, דחיית הבקשה לאישור אינה מקימה מעשה בית דין כלפי הקבוצה. במקרה כזה, הנפקות של ההכרה בפסק-החוק היא כלפי מגיש הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בלבד. גם במקרה שבו מוכר הפסק הזר בלא לדון לגופן בטענות בקשר לזכות הקבוצה להליך הוגן, מן הטעם שמבקש אישור התובענה הייצוגית (או התובע המייצג) חסומים מהעלותן, הנפקות של ההכרה בפסק הזר היא כלפי מבקש האישור (או התובע המייצג) בלבד.

34. אין ספק, כי האופן שבו התבררה בקשת רשות הערעור בפנינו הוא חריג. ההליך עבר תהפוכות רבות בעת שהיה תלוי ועומד בבית משפט זה. במסגרת זו הוגשו על-ידי בעלי הדין ראיות בדבר ההתפתחויות שחלו במהלך הזמן, באופן שאינו תואם את בירורו הרגיל של הליך בערכאת הערעור (אך יוטעם, שבעלי הדין לא התנגדו להגשת ראיות אלו). בין בעלי הדין נטושה מחלוקת בדבר נאותות ההודעה שניתנה בישראל על ההליך הייצוגי בארצות-הברית, בדבר ההזדמנות שניתנה לחברי הקבוצה בישראל לפרוש מהסדר הפשרה ובדבר ייצוגם ההולם של חברי הקבוצה בישראל בפני בית המשפט הזר. משכך, נשאלת השאלה כלום נכון היה להשיב את התיק לבית משפט קמא, על מנת שזה ישמע את אותן ראיות חדשות ויכריע במחלוקת אלו בין בעלי הדין.

35. עם זאת, בסופו של יום הגעתי למסקנה שאין טעם להשיב את התיק לבית משפט קמא. על בסיס החומר שלפנינו, דומה שניתן בבירור לקבוע שיש להכיר בפסק-החוק שניתן בהליך הייצוגי בארצות-הברית, וכי הכרה זו מביאה לדחיית הבקשה לאישור בישראל. ראשית, ובאשר לשאלת הסמכות, הרי שהמבקש התייצב בבית המשפט בארצות-הברית והעלה שם טענות לגופו של עניין בהתנגדותו לאישור הסדר הפשרה. המבקש לא הפנה אותנו למקום בכתבי טענותיו שהוגשו בארצות-הברית שבו כפר בסמכותו של בית המשפט שם (אוסף כי עיון בטענות המבקש בהשלמת הטיעון מלמד שהוא אכן לא כפר בסמכות בית המשפט בארצות-הברית לדון בהליך; פיסקאות 50-52 להשלמת הטיעון מטעם המבקש ופיסקה 12 לתגובת המבקש להשלמת הטיעון מטעם המשיבה). המשיבה הפנתה אותנו לכתב טענות שהוגש על-ידי המבקש לבית המשפט הפדרלי בקליפורניה שבו טען הוא במפורש, כי על טענותיו נגד הסדר הפשרה להתברר בארצות-הברית ולא בישראל (פיסקה 32 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה, המפנה לפרק III לנספח 27 להשלמת הטיעון מטעם המבקש). בהתנהלותו זו, ובהיעדר טענה מצד המבקש בסוגיית הסמכות הראויה לבירור עובדתי בבית משפט קמא, יש לראותו כמי שהסכים לסמכותו של בית המשפט בארצות-הברית. דומה גם שלא תיתכן מחלוקת אמיתית כי להליך הייצוגי קשר מהותי לארצות-הברית, נוכח העובדה שמדובר במסחר בניירות ערך של חברה אמריקאית, שעיקרו נעשה בארצות-הברית.

36. אשר לטענות המבקש לפגיעה בזכות חברי הקבוצה בישראל להליך הוגן, הרי שכפי שפורט לעיל, יש ליתן משקל מכריע לכך שהמבקש עצמו העלה כבר את טענותיו אלו בבית המשפט בקליפורניה, וכי הן נדונו שם ונדחו. אעמוד בקצרה על קביעות בית

המשפט בקליפורניה שנעשו בעניין (החלטה מיום 18.2.2014, נספח 29 להשלמת הטיעון מטעם המבקש). לאחר ששמע את טענות המבקש בדיון שנערך בפניו, מצא בית המשפט בקליפורניה שההסדר הוא סביר והוגן כלפי משקיעים מישראל. בית המשפט הוסיף כי טענות המבקש בעניין ייצוג חברי הקבוצה באופן בלתי הולם לא הוכחו. בתוך כך נקבע, כי המבקש לא הוכיח שהיה על חברי הקבוצה מישראל לקבל פיצוי גבוה יותר בשל שוני בין דיני ניירות הערך בישראל לבין דינים אלו בארצות-הברית. בית המשפט בקליפורניה הפנה לקביעתו של בית המשפט המחוזי בישראל, שלפיה הדין החל על הבקשה לאישור בישראל הוא הדין האמריקאי. עוד הוסיף בית המשפט בקליפורניה, כי ההליך הייצוגי בישראל עדיין נמצא בראשיתו. בנסיבות אלו, קבע בית המשפט הפדרלי בקליפורניה כי בפני המבקש ישנה "a long road ahead" על מנת להצליח בהליך שיזם בישראל. מסקנתו זו של בית המשפט בקליפורניה נראית הגיונית למדיי בנסיבות העניין. כן הפנה בית המשפט בקליפורניה בהחלטתו לשיעור ההשתתפות הגדול יחסית של משקיעים מישראל בהסדר הפשרה. מהנתונים המובאים באותה החלטה עולה כי שיעור ההשתתפות של משקיעים ישראלים בהסדר היה גדול באופן ניכר משיעורם מכלל הקבוצה המיוצגת בהליך הייצוגי בארצות-הברית. נתונים אלו, נקבע, מלמדים שחברי הקבוצה בישראל מודעים להסדר, וכי הם גם שומטים את הקרקע תחת טענות המבקש בקשר לאופן ייצוגם של חברי קבוצה אלו. בית המשפט גם דחה את טענת המבקש בקשר להשלכה של פסק-הדין בעניין *Morrison*. לבסוף, בית המשפט בארצות-הברית הורה לפרסם מודעה נוספת על דבר ההסדר בקרב חברי הקבוצה בישראל, ולהאריך את המועד להגשת טפסי הזכאות על-ידיהם.

37. עינינו הרואות, טענות המבקש נדונו בפירוט בבית המשפט בקליפורניה ונדחו. בנסיבות אלו, אין מקום להתיר למבקש להעלות את טענותיו בשנית בבית משפט בישראל, וזאת גם על-פי הגישה הרחבה ביותר ל"תקיפה עקיפה" של הליך ייצוגי (ראו, הדיון בפסקה 28 לעיל). ואכן, אין בפנינו כל טענה שהיא מצד חבר בקבוצה בישראל, מלבד המבקש, הטוען כי לא קיבל הודעה נאותה על ההליך הייצוגי בארצות-הברית או כי זכויותיו נפגעו בדרך כלשהי. כל הנמצא בפנינו הוא המבקש, אשר טענותיו כבר הועלו ונדחו בבית המשפט הזר. משכך, אין מקום לקבל את טענות המבקש בדבר פגיעה בזכות הקבוצה להליך הוגן, וגם אין טעם להשיב את התיק לבית משפט קמא לשם בירור טענותיו. אוסיף, כי אין בפי המבקש טענה רצינית הראויה לבירור באשר לגוף תנאי ההסכם, טענה שכאמור, ההידרשות אליה תעשה במקרים חריגים בלבד. המסקנה היא, כי אין מניעה להכיר בפסק הזר בהתאם לסעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוץ.

38. על אף מסקנתי האמורה, לא אכחד כי אינני שבע רצון מהאופן שבו התנהלה המשיבה. בהסדר הפשרה עצמו אין התייחסות מפורשת לכך שחלק בלתי מבוטל מחברי הקבוצה הם כאלו שנמצאים בישראל ושרכשו את מניות המשיבה בבורסה בתל-אביב. עניין זה הובלע באופן שבו הוגדרה הקבוצה המיוצגת (סעיף 1.3 להסדר הפשרה, שלפיו חברי הקבוצה הם כל מי שרכש את מניית המשיבה בתקופה הרלוונטית " on any domestic or foreign exchange or otherwise once in *Investor's Business Daily*, " (סעיף 6(b) לנספח A להסכם), מבלי לציין שהעיתון השני מבין השלושה הוא עיתון ישראלי. בנוסף, בטופס הזכאות היה על חברי הקבוצה להצהיר שהם לא יזמו הליך בקשר לנושא שבו עוסק הסדר הפשרה, וכי הם אינם מודעים להליך כזה שהוגש בשמם (סעיף IV לנספח A2 להסדר הפשרה). מובן שהצהרה זו אינה נכונה לגבי חברי הקבוצה בישראל נוכח הגשתה של הבקשה לאישור בישראל. זאת ועוד, באחד מכתבי הטענות שהוגשו בגדר הדיון באישור הסדר הפשרה (מטעם התובעת המייצגת בארצות-הברית), נעשה ניסיון לשכנע את בית המשפט כי הקבוצה היא הומוגנית, וגם הפעם, בלא לומר דבר על הקושי הטמון בכך שחלק שאינו מבוטל מחברי הקבוצה נמצא במדינה אחרת, ושבעניינם קיים הליך ייצוגי נוסף (נספח 7 להשלמת הטיעון מטעם המבקש).

יתרה מכך, מהמסמכים שצירפה המשיבה להשלמת הטיעון מטעמה עולה, כי היא הגישה לבית המשפט בקליפורניה מספר תצהירים בדבר האופן שבו פורסם ההסדר ובדבר קצב יישומו (נספח 2 להשלמת הטיעון מטעמה). בתצהיר הראשון מבין אלו שצורפו, מיום 16.12.2013, לא אוזכר במפורש דבר קיומם של חברי הקבוצה בישראל. גם הפעם, הפרסום בעיתון "גלובס" תואר לצד הפרסומים האחרים שנעשו בארצות-הברית, בלא לציין כי מדובר בפרסום שנערך בישראל. ביום 30.12.2013 הגיש המבקש את התנגדותו להסדר הפשרה (נספח 20 להשלמת הטיעון מטעם המבקש). לאחר מכן, ביום 16.1.2014, הוגש על-ידי המשיבה תצהיר נוסף והפעם הופיע בו פירוט רב על דבר קיומם של חברי הקבוצה בישראל, ההודעות שנשלחו אליהם ושיעור ההיענות מצידם על-פי ההסדר. בתצהיר זה כבר נכתב, כי עיתון "גלובס" הוא עיתון המופץ בישראל, וכי מדובר בפרסום של ההסדר שנערך בישראל. התנהלות זו מקימה חשד שטרם הגשת ההתנגדות על-ידי המבקש, המשיבה, יחד עם התובעת המייצגת בארצות-הברית, ניסו להצניע את דבר קיומם של חברי הקבוצה בישראל.

ואכן, בעת הדיון שנערך בבית המשפט בקליפורניה בהתנגדותו של המבקש לאישור הסדר הפשרה, התרעם בית המשפט על שהוא לא היה מודע לבעייתיות זו בהסכם (עמ' 56, 62 ו-68-69 לפרוטוקול הדיון מיום 14.2.2014, נספח 28 להשלמת הטיעון מטעם המבקש). בית המשפט שם גם היה מוטרד מנאותות ההודעה שניתנה לחברי הקבוצה בישראל, ואף העמיד את המשיבה על החשש מפני תקיפה עקיפה עתידית של אישור הסדר הפשרה (שס, בעמ' 24, שורה 22 ואילך, וכן בעמ' 63). לאור הערותיו של בית המשפט בדיון, ערכה המשיבה פרסום נוסף של ההסדר בישראל, הפעם בעברית, וגם הוארך המועד להגשת טפסי הזכאות על-ידי חברי הקבוצה בישראל.

39. אין ספק בעיני, כי ראוי היה שהמשיבה תעמיד באופן ברור את בית המשפט בקליפורניה על הבעייתיות הטמונה בקיומם של חברי הקבוצה בישראל, ביוזמתה ובשלב הגשת הסדר הפשרה לאישור בית המשפט. ראוי היה שלסוגיות העוסקות בקיומם של חברי קבוצה לא מעטים מחוץ לארצות-הברית ייוחד דיון נפרד ומעמיק בהסדר הפשרה ובבקשה לאשרו. אולם על אף שהדבר לא נעשה, בסופו של דבר הועמד בית המשפט בקליפורניה על הקושי שבדבר, נדרש אליו במפורש והכריע בסוגייה. הדבר נעשה בעקבות ההתנגדות שהגיש המבקש להסדר הפשרה, ולזכותו ייאמר כי ההתנגדות הובילה לפרסום נוסף של ההסדר בישראל ולהארכת המועד להגשת טפסי הזכאות. מכל מקום, משנדרש בית המשפט בקליפורניה לעניין, והכריע כפי שהכריע, אין מקום להתיר למבקש לנסות את מזלו בהעלאת אותן הטענות בשנית בישראל.

40. משהגענו למסקנה שיש להכיר בפסק-הדין המאשר את הסדר הפשרה בהליך הייצוגי בארצות-הברית, נשאלת השאלה מהי ההשלכה בכך על הבקשה לאישור בישראל. המשיבה הגישה חוות-דעת מומחה לגבי נפקות הפסק בארצות-הברית, אולם דומה שגם בעניין זה אין טעם להשיב את התיק לבית משפט קמא לשם בירור עובדתי של הסוגייה. העובדה שפסק-החוק מקים מעשה בית דין על-פי הדין בארצות-הברית היא ברורה למדי, לאור הוראות הסדר הפשרה ולאור הגדרת הקבוצה המיוצגת על-פי ההסדר. אין בפני המבקש טענה טובה בקשר לכך. יוער, כי פסק-הדין שניתן בארצות-הברית הוא סופי (יצוין כי חבר קבוצה אחר הגיש ערעור על פסק-הדין לבית המשפט הפדרלי לערעורים והערעור נדחה בהסכמה: נספח 1 להשלמת הטיעון מטעם המשיבה). אומנם, בית המשפט בקליפורניה קבע, כי הוא אינו מכריע בדבר נפקות אישור ההסדר לגבי ההליך המתקיים בישראל, אולם אין בכך כדי לשנות. הותרת הנפקות של פסק-דין על הליך במדינה אחרת כסוגייה פתוחה שתוכרע על-ידי בית

המשפט במדינה האחרת היא טכניקה שבה נוקטים בתי משפט מעת לעת (ראו, הסקירה במאמרו של *Brown*, בעמ' 224-226; וכן ראו, עניין *Smith*, בעמ' 2375). השאלה מה הנפקות של הפסק הזר בישראל נקבעת על-ידי בית המשפט בישראל, וזאת אנו קובעים עתה.

אשר להשלכת פסק-החוץ בישראל על-פי הדין בישראל, הרי שההליך מצוי בשלב אישור התובענה הייצוגית. אשר על כן, ההשלכה של ההכרה בפסק הזר היא כלפי המבקש בלבד, ולא כלפי הקבוצה בישראל. בייחוד כך הוא הדבר שעה שהטענות באשר לפגיעה בזכות חברי הקבוצה להליך הוגן לא נדונו על-ידינו לגופן, שכן המבקש עצמו חסום מהעלותן.

41. נמצא, כי בנסיבות שנוצרו אין טעם להשיב את התיק לבית משפט קמא לבירור עובדתי בטענות בעלי הדין. לבעלי הדין ניתנה הזדמנות מלאה לשטוח לפנינו את טענותיהם בעניין. יוזכר, כי לבית המשפט שלערעור סמכות רחבה להכריע במחלוקות בין בעלי הדין, ובכלל זאת נתונה לערכאת הערעור סמכות ליתן כל החלטה שניתן לתיתה בערכאה הדיונית, וכן ליתן החלטה לטובת המשיב גם בלא הגשת ערעור או ערעור שכנגד מצידו (ראו, תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

42. עם זאת אשוב ואדגיש כי כאמור, בפסק-דיני לא נערכה בחינה של גוף הטענות בקשר לזכותם של חברי הקבוצה בישראל להליך הוגן. זאת, שכן המבקש עצמו חסום מהעלאת טענות אלו לאחר שהוא העלה אותן בארצות-הברית והן נדחו שם. על-כן, אם בעתיד יועלו טענות אלו על-ידי חבר אחר בקבוצה בישראל, ייתכן שיהא על בית המשפט המוסמך להידרש אליהן לגופן. מן הסתם, גם בבחינה זו יינתן משקל לקביעות שנעשו בבית המשפט בקליפורניה (וכן ראו פסקה 32 לעיל). כמובן שבאשר לגורלו של הליך כזה אינני מביע כל עמדה.

הערת סיום

43. בע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 1, 23 (2004) ציין הנשיא א' ברק (שלא בקשר לתובענות ייצוגיות):

"במציאות של ימינו אזרחים ישראלים רבים מקיימים התדיינות משפטית מחוץ לגבולות המדינה. אנו אכן חיים בעולם ההופך ל'כפר אחד גדול' (רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' *The Lockformer Co.*

בעמ' 114). במציאות זו בקשות להכרה בפסקי חוץ על כל המגוון והסוגים שלהם הופכות להיות מחזה נפוץ. יש להסדיר בחקיקה את הדילמות השונות המתעוררת בנושא. הדילמות סביב הליך זה יוכיחו עד כמה מדובר בסוגיות מורכבות שרצוי כי יגיעו לפתרון חקוק מפורט ומובנה".

לדברים אלו אני מצטרף. ראוי שהאופן שבו יוכרו פסקי-חוץ בתובענות ייצוגיות יוסדר בחקיקה. כך, תגדל הוודאות באשר לתנאים הנדרשים להכרה בפסק-חוץ בתובענה ייצוגית, ובעלי הדין ידעו לכלכל את צעדיהם בהתאם.

44. סוף דבר, אציע לחבריי לקבוע כי יש להכיר בישראל בהסדר הפשרה שאושר בהליך הייצוגי בארצות-הברית לעניין ההליך הייצוגי בארץ. מכאן שיש לדחות את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית שהוגשה בישראל, וכך אנו מורים. נוכח התנהלות המשיבה עליה עמדתי לעיל, אציע שלא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א (בדימ')

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא (בדימ') א' גרונניס.

ניתן היום, י"ג בניסן התשע"ה (2.4.2015).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

הַנְּשִׂיא (בד"מ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 10039730_S27.doc דז
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il