

## בבית המשפט העליון

רע"א 9745/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות

המבקשת: Comverse Technology Inc

נגד

המשיבות:  
 1. אורית דויטש  
 2. רוני כתרילאל  
 3. ורינט מערכות בע"מ  
 4. Xura בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בת"צ 34335-02-10 ובת"צ 14066-03-10 [פורסם בנבו] שניתנה יום 28.08.2016 על ידי כב' השופטת צ' צפת

בשם המבקשת: עו"ד יורי נחושטן; עו"ד עדי יוגב;  
 עו"ד אמיר הלוי; עו"ד מיכאל גינסבורג;  
 עו"ד נופר שטיין

בשם המשיבות: עו"ד עמית מנור; עו"ד ענבל לייפר

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' שבתוספת הראשונה, 22, 24\(א\)](#)

[חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006: סע' ב 5, 8\(א\), 1, 5](#)

[חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968: סע' 1, 52](#)

[חוק החברות, תשנ"ט-1999](#)

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 126, 482](#)

[פקודת החברות \[נוסח חדש\], תשמ"ג-1983](#)

ספרות:

[סיליה וסרשטיין פסברג, משפט בין-לאומי פרטי \(2013\)](#)

כתבי עת:

[מנשה שאוה, "טיבו ואופן הוכחתו של", עיוני משפט, כרך ג \(תשל"ג-תשל"ד\) 725](#)

[מיכאל קרייני, "שיקולי הפורום הנאות: מסעם", מחקרי משפט, כרך יט \(תשס"ב-תשס"ג\) 67](#)

[סטיבן גולדשטיין, ערן טאוסגי, "הפחתה במעמד שאלת הסמכות", עלי משפט, כרך ג, חוברת 1 \(תשס"ג-תשס"ד\) 279](#)

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש העליון קיבל בחלקו ערעור בעניין אישור בקשות לתובענה ייצוגית כנגד המבקשת, בגין נזקים נטענים שנגרמו לקבוצה בשל הקפאת אופציות של המבקשת שניתנו לחברי הקבוצה תמורת עבודתם בחברות פרטיות ישראליות הקשורות למבקשת. הערעור התקבל בכל הנוגע לטענות שהעלתה המבקשת לעניין קבילות חוות דעתו של המומחה לדין הזר מטעם המבקשת; כ"כ נפסק בין היתר, כי הגדרת המונח "נייר ערך" בחוק החברות ובחוק ניירות ערך אינה מוציאה מתחולתה ניירות ערך של תאגידים זרים דוגמת האופציות שהנפיקה המבקשת.

\* ניירות ערך – תובענה ייצוגית – התנאים לאישורה

\* ניירות ערך – תובענה ייצוגית – עילת תביעה

\* משפט בינלאומי פרטי – סמכות בינלאומית – פורום לא נאות

\* ראיות – דין זר – הוכחתו

בקשת רשות ערעור על החלטת בימ"ש מחוזי בארבע בקשות לאישור תובענה ייצוגית שאוחדו, בה הותר למשיבות 1 ו-2 (להלן: המשיבות) לנהל נגד המבקשת – חברת אחזקות בתחום הטכנולוגיה שהתאגדה בניו יורק ונסחרת בנאסד"ק – תובענה ייצוגית בגין נזקים שלטענתן נגרמו להן בשל הקפאת אופציות של המבקשת שניתנו להן תמורת עבודתן. הבקשה נדונה כערעור.

ביהמ"ש העליון (מפי השופטת א' חיות) קיבל את הערעור בחלקו, מהטעמים הבאים:

ראשית, לא נמצא להתערב במסקנתו של ביהמ"ש קמא לפיה הפורום הישראלי הוא פורום נאות לביורר התובענה הייצוגית. עובדים המשתייכים לקבוצה קיבלו מתוקף עבודתם בחברות ישראליות אופציות שהונפקו להם על ידי המבקשת. במועדים הרלבנטיים שלטה המבקשת בעקיפין בחברות הישראליות (ורינט ישראל וקומברס ישראל) שבהן הועסקו העובדים. ביהמ"ש המחוזי קבע, אמנם, כי בקשת האישור אינה מגלה עילה נגד החברות הישראליות אך קביעה זו כשלעצמה אין בה כדי להוליך אל המסקנה כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לביורר התובענה הייצוגית המופנית כנגד המבקשת. ציפייתם של העובדים בנסיבות שתוארו כי עניין הקשור באופציות שקיבלו במסגרת עבודתם בחברות הישראליות יתברר בבימ"ש בישראל, היא ציפייה סבירה. ויתרה מכך, המבקשת, מצידה, נטלה על עצמה את הסיכון כי הליכים משפטיים הקשורים באופציות שהנפיקה לעובדים בישראל יתבררו בישראל, כפי שקבע בצדק ביהמ"ש המחוזי.

הזיקות שאותן יש לבחון לעניין נאותות הפורום הן "עובדות המעידות על הקשר של בעלי הדין ושל העניין נושא התובענה לכל אחד מהפורומים האפשריים". במקרה זה ברי כי לחברי הקבוצה ישנה זיקה ברורה לישראל בהיותם אזרחים ישראלים, בעוד שלמבקשת שהתאגדה במדינת ניו יורק ונסחרת בנסדא"ק יש מטבע הדברים קשר הדוק למדינה זו. ואולם בעוד שבעבר ניתן משקל רב לזהות הנתבע ומקום מושבו, כיום גוברת המגמה לייחס חשיבות גם לזהותו של התובע וזאת בפרט כאשר הוא "נחשב לצד חלש במיוחד, ומורגש צורך להבטיח לו גישה נוחה לערכאות". בענייננו, אין ספק כי למבקשת, כתאגיד רב משאבים אשר לו חברות נשלטות בישראל יהיה קל בהרבה לברר את התובענה בישראל גם אם לצורך כך יידרשו גורמים שונים במבקשת להגיע לישראל. זאת, בהשוואה למצב דברים שבו יהיה על חברי הקבוצה לנהל הליכים משפטיים בארה"ב. מסקנה זו אינה משתנה גם בהינתן קביעתו של ביהמ"ש המחוזי לפיה התובענה הייצוגית עתידה להתברר על פי דיני מדינת ניו יורק. כן ראוי להזכיר את התפיסה לפיה יש להיענות במשורה לטענת "פורום לא נאות", וזאת בין היתר לנוכח ההתפתחויות

הטכנולוגיות המאפשרות לנהל עסקים חובקי עולם ובשים לב למגמת הגלובליזציה והתאגידים הרב-לאומיים הרווחת בעולמנו.

כן נדחתה הטענה כי יש לדחות את בקשת האישור משום שהתובענה שאותה מבקשות המשיבות לנהל אינה באה בגדר פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי ניתן לנהל תובענה ייצוגית "בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה". בהקשר זה ביהמ"ש קובע כי הגדרת המונח "נייר ערך" בחוק החברות ובחוק ניירות ערך אינה מוציאה מתחולתה ניירות ערך של תאגידים זרים דוגמת האופציות שהנפיקה המבקשת. ההגדרה שבסעיף 1 לחוק ניירות ערך הינה הגדרה רחבה הכוללת, למעשה, את כל סוגי ניירות הערך הן אלה הנכללים בהגדרה שבסעיף 1 לחוק ניירות ערך והן אלה שאינם נכללים בה. כמו כן יש לדחות את טענת המבקשת לפיה אין לראות באופציות שהוענקו לעובדים נייר ערך משום שהן אינן סחירות. סחירות היא אמנם אחד המאפיינים המובהקים של נייר ערך, אך אין היא תנאי שבלעדיו אין לצורך תחולת חוק ניירות ערך.

מאידך, ביהמ"ש מוצא לקבל את הערעור בשאלת קיומה של עילת תביעה על פי דיני מדינת ניו יורק בכל הנוגע לטענות שהעלתה המבקשת לעניין קבילות חוות דעתו של המומחה לדין הזר מטעם המבקשת – עו"ד גרינבאום, שניהן בעת עריכת התצהיר כיועץ המשפטי בחברת בת של המבקשת (להלן: גרינבאום).

ביהמ"ש המחוזי קבע כי יש להכריע בבקשת האישור על פי דיני מדינת ניו-יורק, אלא, שהמבקשת לא הוכיחה כי על פי דין זה לא קמה למשיבות עילת תביעה, וזאת בהינתן העובדה שטענתה זו נסמכת על תצהירו של גרינבאום שאותה פסל ביהמ"ש כחוות דעת מומחה לדין הזר משלושה נימוקים מרכזיים: האחד, כי גרינבאום איננו מומחה לדין הזר הרלבנטי; השני, כי עבודתו כיועץ משפטי במבקשת מונעת ממנו, מכוח תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי "מלשמש כמומחה בפני ביהמ"ש"; והשלישי, כי תצהיר גרינבאום לא הוגש כחוות דעת מומחה ולא אושר על ידי נציג דיפלומטי או קונסולרי בהתאם להוראות סעיף 22 לפקודת הראיות. ביהמ"ש חולק על כך.

בכל הנוגע לנימוק הראשון, נקבע בפסיקה לא אחת כי עורך דין הבקיא בדין הזר במסגרת עיסוקו, יכול לשמש כמומחה להוכחתו. בענייננו, גרינבאום הצהיר כי הוא מורשה לעסוק בעריכת דין מדינת ניו יורק, כי עבד במשרד עורכי דין במדינה זו וכי מאז שנת 2008 הוא משמש כיועץ משפטי של המבקשת ושל חברות בשליטתה. לפיכך, עונה גרינבאום על הדרישות שנקבעו לגבי מומחה לדין זר, ככל שהדבר נוגע להכשרתו המקצועית.

בכל הנוגע לנימוק השני, תקנה 126 לתקסד"א מורה כי מומחה שיעץ בעבר לאחד הצדדים לא ישמש כמומחה מטעם ביהמ"ש. הוראה זו אינה חלה על מומחה מטעם מי מבעלי הדין. מכאן שהעובדה שהמומחה יעץ או חיווה דעה לבעל דין אינה פוסלת אותו, מלשמש כמומחה מטעמו בהליך משפטי המתנהל בעניינו. שאלה אחרת היא, האם מומחה אשר משמש כיועץ משפטי פנימי דוגמת גרינבאום, המועסק דרך קבע על ידי בעל הדין ובענייננו המבקשת או חברת בת שלה, פסול מלשמש כמומחה לדין הזר מטעמה. לעמדת השופטת חיות, מערכת יחסים זו שבין גרינבאום למבקשת אין בה כדי לפסול אותו מלשמש כמומחה לדין הזר מטעמה. עם זאת, נתון זה יש לו השלכה ברורה על משקלה של חוות דעתו ועל ביהמ"ש לבחון אותה על כן בזהירות המתבקשת.

בכל הנוגע לנימוק השלישי, אכן, חוות דעת מומחה לדין זר מן הראוי שתיערך במתכונת של חוות דעת ולא על דרך של תצהיר, כפי שמורה סעיף 24(א) לפקודת הראיות. אך מדובר בפגם פרוצדוראלי הניתן לתיקון בין בדרך של מתן רשות להגשת חוות דעת נגדית ובין בדרך של פסיקת הוצאות ועל כן הוא כשלעצמו אינו מצדיק את פסילת חוות הדעת. אשר לאישור דיפלומטי או קונסולרי, אישור זה נדרש

על פי סעיף 22 לפקודת הראיות מקום שבו חוות הדעת נעשית מחוץ לישראל, ואילו בענייננו נטען כי תצהירו של גרינבאום נחתם בישראל ובפני עורך דין ישראלי וטענה זו לא נסתרה.

לעומת זאת אין מקום לקבל את הטענות שהעלתה המבקשת בכל הנוגע לשאלת הנזק. קיימת אפשרות סבירה כי לחברי הקבוצה אכן נגרם נזק בעקבות הקפאת תוכניות האופציות. אמנם יש קושי ייחודי לתמחר את האופציות במקרה דנן מאחר שמחיר המניה – נכס הבסיס שממנו נגזר שווי האופציה – לא שיקף את שווייה האמיתי של החברה, וזאת בשל המניפולציות החשבונאיות שבוצעו בדו"חותיה. אך קושי זה אין בו כדי לשלול על פני הדברים את האפשרות שאכן נגרם נזק לחברי הקבוצה. כמו כן טענת המבקשת לפיה למחזיקי אופציה אין זכות קנויה לממש אותן ברווח אינה רלבנטית, ולצורך קביעת הנזק יש לבחון מה היה שווי האופציות שבידי חברי הקבוצה אילו לא הקפיאה החברה את תוכניות האופציות בשל התארוך לאחור והעיוותים בדו"חות הכספיים, לעומת שוויין לאחר ביטול ההקפאה. סוגיה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, אך היא תיבחן אם וכאשר תאושר התובענה כייצוגית.

לאור האמור נקבע כי יש לקבל את הערעור במובן זה שהדיון בשאלת קיומה של עילת תביעה על פי דיני מדינת ניו יורק יוחזר לביהמ"ש קמא על מנת שייבחן בשלב בקשת האישור ובשים לב לאמור בתצהירו של גרינבאום. למשיבות יתאפשר, ככל שרצונן בכך, להגיש חוות דעת נגדית מטעמן על פי סדרי הדין שיקבע ביהמ"ש המחוזי לעניין זה.

יתר הטענות שהעלתה המבקשת אינן מגלות על פני הדברים עילה למתן רשות ערעור, ועל כן ביהמ"ש לא נדרש להן.

## החלטה

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת צ' צפת) מיום 28.8.2016 בארבע בקשות לאישור תובענה ייצוגית שאוחדו (ת"צ 34335-02-10, ת"צ 14066-03-10, ת"צ 1334-09 ות"צ 1335-09 [פורסם בנבו] – להלן ביחד: בקשת האישור), בה הותר למשיבות 1 ו-2 (להלן: המשיבות) לנהל נגד המבקשת תובענה ייצוגית בגין נזקים שלטענתן נגרמו להן בשל הקפאת אופציות של המבקשת שניתנו להן תמורת עבודתן.

רקע

1. במועדים הרלבנטיים להליך דנן הייתה המבקשת חברת אחזקות בתחום הטכנולוגיה שהתאגדה בניו יורק ונסחרה בנאסד"ק. במשך השנים הוענקו לעובדי המבקשת ולעובדים בחברות שבשליטתה אופציות של המבקשת, וזאת במסגרת תכנית אופציות אשר בה נקבעו תנאים בנוגע לאפשרות לממש את האופציות ובנוגע למועד פקיעתן (להלן: תכנית האופציות). בנוסף לתנאים שנקבעו במסגרת תכנית האופציות, חתם כל עובד שקיבל אופציות על הסכם פרטני שהסדיר את התנאים הספציפיים הנוגעים לאופציות שהוענקו לו. ביום 14.3.2006 הודיעה המבקשת כי הקימה ועדה

מיוחדת (להלן: הוועדה) על מנת לבחון את האופציות שהעניקה במשך השנים, וזאת בעקבות פרסומים שמהם עלו חשדות לאי סדרים בדו"חותיה הכספיים וכן לביצוע תארוך לאחור של האופציות שנכתבו על ידה. ביום 17.4.2006 שלחה המבקשת דיווח לרשות האמריקנית לניירות ערך ובו מסרה כי על פי ממצאים ראשוניים של הוועדה אכן בוצע תארוך לאחור של אופציות וכי ועדת הביקורת שלה הגיעה למסקנה כי לא ניתן להסתמך על דו"חותיה הכספיים מאז שנת 2001. עוד הודיעה המבקשת כי היא עדכנה את הגורמים הרלבנטיים בנאסד"ק בנוגע לממצאים אלו וכי היא עלולה שלא לעמוד בתנאים הנדרשים להיכלל במדד זה. בעקבות כך, בפברואר 2007 הופסק המסחר של מניית המבקשת בנאסד"ק. קודם לכן, בחודש אפריל 2006, הודיעה המבקשת לעובדיה ולעובדים בחברות שבשליטתה בעבר ובהווה כי היא מקפאה את האופציות שבהן הם מחזיקים כך שלא ניתן יהיה לממש אותן וזאת עד שיאושר לה לשוב ולפרסם דו"חות כספיים כנדרש. כתוצאה מהפרשה הוקפאו, בין היתר, גם אופציות של חברת Verint Systems Inc. (להלן: ורינט ארה"ב) שהייתה חברת בת של המבקשת.

2. בארצות הברית הוגשו כתבי אישום נגד המעורבים בפרשה וכן הוגשו תובענות ייצוגיות בשם בעלי המניות של המבקשת שהסתיימו בהסדר פשרה אשר במסגרתו פוצו בעלי המניות בסכום כולל של 225 מיליון דולר. ביום 28.1.2008 פרסמה הוועדה את הדו"ח הסופי (נספח 4 לתגובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ולהלן: דו"ח הוועדה), ובו מסקנותיה לפיהן נושאי משרה בכירים במבקשת ביצעו מניפולציות בדו"חותיה הכספיים כדי להציג מצג שווא של צמיחה עקבית ברווחיותה של החברה, וזאת לכל הפחות בין השנים 1996-2003. עוד נקבע בדו"ח כי בין השנים 1991-2001 בוצע תארוך לאחור של 54 מיליון אופציות של המבקשת במעורבות ישירה של נושאי המשרה הבכירים הללו. בנוסף על כך נקבע כי ההפרש בין השווי ההוגן של אותן אופציות לשווי הכוזב שלהן, קרי, שווין לאחור התארוך לאחור, עמד על 72 מיליון דולר. לענייננו חשובה קביעתה של הוועדה כי למעט האופציות שהוענקו לארבעה נושאי משרה שהיו מעורבים בפרשת התארוך לאחור, יתר האופציות שהוענקו על ידי המבקשת יכובדו על ידה, ובלשון הוועדה:

#### **Decisions to Honor Grants To Uninvolved Grantees**

The Special Committee decided to honor grants of outstanding options previously awarded to all Company employees, directors, officers, and consultants (other than Alexander, Kreinberg, Sorin and Nissim) as valid obligations of the company, because (1) it found no evidence that these persons

were aware of the improprieties relating to their grants; and (2) most, if not all, of these persons appear to have strong legal claims either to enforce their option grant or for the economic value of those grants.  
(שם, בעמ' 52)

בחודש ספטמבר 2011 חזרה המבקשת להיסחר בנאסד"ק והודיעה למחזיקי האופציות כי אופציות שהנפיקה ושטרם עברו 10 שנים ממועד הענקתן, ניתן יהיה לממשן בתוך 30 ימים או 90 ימים (על פי המועד שבו עזב העובד את החברה), ואילו אופציות שעברו 10 שנים ממועד הענקתן פקעו ולא יינתן פיצוי בגינן.

3. על רקע זה הגישו המשיבות בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת ונגד שתי חברות פרטיות המאוגדות בישראל (משיבות 3-4) שבהן הועסקו – ורינט מערכות בע"מ (להלן: ורינט ישראל), חברת בת בבעלות מלאה של ורינט ארה"ב, וקומברס בע"מ (להלן: קומברס ישראל), חברה נכדה של המבקשת. בתמצית, טענו המשיבות כי לעובדי קומברס ישראל וורינט ישראל הוענקו אופציות של המבקשת ושל ורינט ארה"ב שהוקפאו בשנת 2006 וכי הקפאה זו גרמה לאותם עובדים נזק. לטענתן, נזק זה לא תוקן בעקבות חידוש האפשרות לממש את האופציות בשנת 2011 וזאת משום שבמועד זה מרבית האופציות כבר פקעו ומחיר המימוש שלהן היה גבוה ממחיר המניה (כלומר הן היו "מחויץ לכסף"). המשיבות הוסיפו וטענו כי הלכה למעשה המבקשת שללה מעובדי קומברס ישראל וורינט ישראל שקיבלו אופציות את האפשרות לממשן ברווח ולפיכך עליה לשלם להם פיצויים. בתשובה לבקשת האישור טענה המבקשת, בין היתר, כי המשיבות אינן יכולות לתבוע אותה בארץ ואפילו אם היה באפשרותן לעשות כן הן אינן רשאיות לנהל תובענה ייצוגית בנושא בו עוסקת בקשת האישור. עוד טענה המבקשת כי יש להכריע בבקשת האישור על פי דיני מדינת ניו יורק וכי על פי דינים אלו אין למשיבות עילת תביעה נגדה. בתמיכה לטענה זו צרפה המבקשת אל תשובתה לבקשת האישור תצהיר מאת עו"ד דיויד גריבאום שכיהן בעת עריכת התצהיר כיועץ המשפטי בחברת בת של המבקשת (להלן: גרינבאום).

החלטת בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט קמא התיר למשיבות לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשת אך דחה את בקשת האישור נגד קומברס ישראל וורינט ישראל בהיעדר עילה. בהחלטתו קבע בית המשפט קמא כי ההתרשלות הנטענת שהביאה להקפאת האופציות שעליה מלינות המשיבות אירעה במדינת ניו יורק ולפיכך בדין טוענת המבקשת כי יש להכריע בבקשת

האישור על פי דיני מדינה זו. אלא, שהמבקשת לא הוכיחה כי על פי דין זה לא קמה למשיבות עילת תביעה, וזאת בהינתן העובדה שטענתה זו נסמכת על תצהירו של גרינבאום שאותה פסל בית המשפט כחוות דעת מומחה לדין זר בקובעו כי העובדה שגרינבאום שימש כיועץ המשפטי של חברת בת של המבקשת אינה הופכת אותו למומחה לדיני מדינת ניו יורק. עוד קבע בית המשפט קמא כי גרינבאום "מנוע מלשמש מומחה בפני בית המשפט" וזאת מפני שהוא מועסק על ידי המבקשת. כמו כן ציין בית המשפט קמא כי תצהירו של גרינבאום לא הוגש כחוות דעת מומחה ולא אושר על ידי נציג דיפלומטי או קונסולרי כמתחייב [מסעיף 22 לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) ואף מטעם זה אין לייחס לו משקל. בית המשפט לא התעלם, אמנם, מן העובדה שהמשיבות אף הן לא הוכיחו את הדין הזר ולא הגישו כל חוות דעת מטעמן בנושא, אך הוא סבר כי החומר שהוצג ובראשו דו"ח הוועדה די בו בשלב זה על מנת לקבוע כי "לא ניתן לשלול קיומה של עילת תביעה לפי הדין האמריקאי" ועל כן, כך הוסיף בית המשפט וקבע כי "לעת הזו, המבקשות עמדו בדרישת [סעיף 8\(א\)\(1\) לחוק תובענות ייצוגיות](#) והראו כי קיים סיכוי סביר שהתביעה תוכרע לטובתן". זאת, הגם שאין לראות בדו"ח הוועדה הוכחה לדין הזר.

5. בית המשפט קמא דחה את טענת המבקשת לפיה היא אינה יכולה להיתבע בישראל בנימוק שהיא ניהלה עסקים בישראל באמצעות חברות בשליטתה, ומשכך היא נטלה על עצמה את הסיכון שהיא עלולה להיתבע בישראל. טעם נוסף לקביעה זו מצא בית המשפט בכך שפעולות בקשר לאופציות שהוענקו לעובדים בוריסט ובקומברס, דוגמת מימוש האופציות או ההודעה שניתנה על הקפאתן בשנת 2006, נעשה באמצעות מחלקות כוח האדם בחברות הללו ולא על ידי המבקשת בעצמה. כמו כן דחה בית המשפט קמא את טענת המבקשת לפיה לא ניתן לנהל תובענה ייצוגית בנושא שבו עוסקת בקשת האישור בקבעו כי היא עוסקת ב"תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך" כאמור [בפרט 5 לחוק תובענות ייצוגיות](#) וזאת משום שאופציות עונות להגדרה של "נייר ערך" [בחוק ניירות ערך](#), התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך). בית המשפט קמא הוסיף ודחה את טענת המבקשת לפיה המשיבות לא הוכיחו כי נגרם להן נזק. אמנם, כך קבע בית המשפט קמא, במקרה דנן ישנו קושי להתבסס על שווי המניות ביום ההקפאה כעוגן לחישוב נזקה של הקבוצה המיוצגת ו"לא מן הנמנע, כי נזקם של בעלי אופציות ייחשב נזק משני, או ככזה שאיננו בר פיצוי בשל סיווגו...". עם זאת, כך נקבע, די בראיות שהובאו עד כה כדי לבסס קיומו של נזק ברמה הלכאורית הנדרשת ולפיכך אין מקום לברר בשלב זה של ההליך את מכלול הסוגיות המתעוררות בהקשר זה.



כמו כן דחה בית המשפט קמא את הטענה כי תובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בין הצדדים. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי אף שסכומי התביעה האישיים של כל אחד מחברי הקבוצה אינם זניחים ומוערכים בעשרות אלפי דולרים, אין בכך כדי לשלול אפריורי את המסקנה כי יעיל והוגן לנהל את התובענה כהליך ייצוגי, שכן סכום התביעה האישית הוא אך שיקול אחד שעל בית המשפט להביא בחשבון בבואו להכריע בשאלה זו. עוד קבע בית המשפט קמא כי סביר להניח שרבים מחברי הקבוצה יירתעו מלהגיש תביעות אישיות. זאת, בשל העלות הגבוהה של ניהול תביעות כאלה ואף מטעם זה יש לקבל את בקשת האישור ולהתיר למשיבות לנהל תובענה ייצוגית. לבסוף, דחה בית המשפט את טענות המבקשת לפיהן קיימים הבדלים מהותיים בין חברי הקבוצה לעניין היקף הנזק אשר אינם מאפשרים לפסוק להם פיצוי במסגרת הליך ייצוגי, בקבעו כי אין בנתון זה כדי להצדיק את דחייתה של בקשת האישור.

6. בית המשפט קיבל, אפוא, את בקשת האישור לניהול תובענה ייצוגית ככל שהיא מופנית נגד המבקשת, אך ראה להדגיש כי "נוכח חשיבות שאלת הדין הזר בהליך זה, מובהר כי שאלה זו שבעובדה לא הוכרעה ועל הצדדים להוכיחה כדין באמצעות מומחה לדין זר". לעומת זאת, כך הוסיף בית המשפט קמא וקבע, המשיבות לא הוכיחו כי עומדת להן עילת תביעה בכל הנוגע לאופציות של ורינט ארה"ב ואף לא עילת תביעה נגד קומברס ישראל ולכן נדחתה הבקשה ככל שהופנתה נגד ורינט ישראל וקומברס ישראל. וביתר הרחבה - בית המשפט קמא התיר למשיבה 2 שהועסקה בקומברס ישראל לנהל נגד המבקשת תובענה ייצוגית בשם "כל מי שעבד או עובד [בקומברס ישראל], [ו]קיבל ממנה אופציות הניתנות להמרה של [המבקשת] ולא מימש את האופציות הנ"ל עובר להקפאת תוכנית האופציות" (להלן: הקבוצה). באשר למשיבה 1 שהועסקה בורינט קבע בית המשפט קמא כי היא לא קיבלה אופציות של המבקשת אלא אופציות של ורינט ארה"ב בלבד ולפיכך היא נעדרת עילת תביעה אישית ואינה מתאימה לשמש כתובעת מייצגת. עם זאת, קבע בית המשפט קמא כי יש לאפשר לעובדי ורינט שקיבלו אופציות של המבקשת לנהל נגדה תובענה ייצוגית וזאת בכפוף לכך שיימצא תובע מתאים שיוכל לייצג אותם. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי יש לחלק את חברי הקבוצה המיוצגת לחמש תת קבוצות וזאת בהתאם למאפייני האופציות שהונפקו להם וכמו כן נקבע כי מהקבוצה יוחרגו עובדים בכירים שהיו מעורבים בפרשת התארוך לאחור.



## טענות המבקשת

7. בבקשת רשות הערעור שבפניי טוענת המבקשת כי ישראל אינה הפורום הנאות לכירור התובענה הייצוגית וזאת מאחר שמירב הזיקות של ההליך הן לארה"ב. עוד טוענת המבקשת כי שגה בית המשפט קמא בקובעו כי התובענה אותה מבקשות המשיבות לנהל באה בגדרי פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי ניתן לנהל תובענה ייצוגית "בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה". לטענתה, פרט 5 הנ"ל מפנה להגדרה של "נייר ערך" הקבועה בחוק ניירות ערך ובחוק החברות, התשס"ט-1999 (להלן: חוק החברות). ואולם, כך טוענת המבקשת, חוקים אלו אינם חלים עליה שכן היא חברה זרה. על כן גם האופציות שהונפקו על ידה אינן עונות להגדרה של "נייר ערך" הקבועה בהם. כמו כן טוענת המבקשת כי תכנית האופציות שלה קובעת כי האופציות שהנפיקה אינן סחירות ואינן ניתנות להעברה ואף מטעם זה הן אינן עונות להגדרה של "נייר ערך". בנוסף על כך נטען כי תכליתו של פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות הינה להגן על מחזיקי ניירות ערך של תאגידים ישראלים או של תאגידים שמניותיהם נסחרות בבורסה בישראל ועל כן אין מקום להחילו על תאגידים זרים.

כמו כן טוענת המבקשת כי המשיבות לא הוכיחו קיומה של עילת תביעה על פי דיני מדינת ניו יורק. לטענתה, מסקנה זו עולה בבירור מתצהירו של גרינבאום ולשיטתה לא היה מקום לפסול תצהיר זה מלשמש כראיה. מכל מקום, כך טוענת המבקשת, גם אם צדק בית המשפט קמא בפוסלו את תצהירו של גרינבאום, לא היה מקום לקבל את בקשת האישור וזאת משום שהמשיבות לא הגישו חוות דעת מטעמן בנוגע לדין הזר ולפיכך לא עמדו בנטל להוכיח כי עומדת להן עילת תביעה על פי דין זה. עוד טוענת המבקשת כי המשיבות לא הציגו ראיה כלשהי לכך שהתרשלה ולשיטתה אין די ב"דו"ח הוועדה כדי לבסס מסקנה זו. כמו כן טוענת המבקשת כי המשיבות לא הוכיחו ברמה הלכאורית הנדרשת כי נגרם להן וליתר חברי הקבוצה נזק ולשיטתה לא היה מקום לדחות את בירורה של שאלה זו לשלב הדיון בתובענה הייצוגית. לבסוף טוענת המבקשת כי אין שאלה עובדתית או משפטית המשותפת לכלל חברי הקבוצה וכי לא ניתן להכריע בתובענה הייצוגית לטובתם מבלי לקיים בירור עובדתי מורכב בנוגע לזכאותו של כל אחד מהם לפיצוי. על כן, סבורה המבקשת כי שגה בית המשפט קמא בקובעו כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות בין הצדדים.

## טענות המשיבות

8. המשיבות סומכות את ידיהן על החלטת בית המשפט המחוזי וטוענות כי לא נפלה בה טעות המצדיקה את התערבותה של ערכאת הערעור. לטענתן ישראל היא הפורום הנאות לדון בתובענה, וזאת בין היתר מאחר שההסכמים בדבר הענקת האופציות נחתמו בישראל וחברי הקבוצה הינם אזרחי ישראל. המשיבות טוענות עוד כי דו"ח הוועדה מבסס עילת תביעה לכאורית נגד המבקשת וזאת, בין היתר, מאחר שנכתב בו כי יש לכבד את האופציות שהוענקו לחברי הקבוצה. בעניין תצהיר גרינבאום טוענות המשיבות כי צדק בית המשפט קמא בקובעו כי לא ניתן להסתמך עליו ומוסיפות כי המבקשת טענה לראשונה כי מדובר בחוות דעת מומחה רק בסיכומים שהגישה לבית המשפט המחוזי. עוד נטען כי תצהיר גרינבאום לא הוגש בהתאם [לסעיף 24\(א\) לפקודת הראיות](#), הקובע כי חוות דעת תוגש בהתאם לטופס [שבתוספת הראשונה](#) לפקודה, ומטעמים אלה יש להותיר את קביעת בית המשפט המחוזי על כנה. המשיבות מוסיפות וטוענות כי חוות הדעת הכלכליות אשר צורפו מטעמן לבקשת האישור ונכתבו על ידי פרופסור לבהרי (להלן ביחד: חו"ד לבהרי), הצביעו על נזק לכאורי שנגרם לחברי הקבוצה, וכי המתודולוגיה לחישוב הנזק שננקטה בחו"ד לבהרי עולה בקנה אחד עם האמור בדו"ח הוועדה.

## דיון והכרעה

9. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים החלטתי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. כמו כן הגעתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור בחלקו, והכל כפי שיפורט להלן.

נקודת המוצא לדיון בשאלת הפורום הנאות שהעלתה המבקשת היא כי בקשת האישור הומצאה לחברה כדין בהתאם [לתקנה 482 לתקנות סדר הדין האזרחי](#) התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי). זאת בהינתן החלטת בית המשפט המחוזי מיום 2.6.2009 שעליה אין המבקשת משיגה בהליך דגן. משכך, הנטל להוכיח את טענת הפורום הלא נאות (forum non conveniens), דהיינו את הטענה שאין לברר את התובענה בבית המשפט בישראל, מוטל על הנתבע, ובענייננו - על המבקשת ([ע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd](#), פ"ד נח(2) 465, 472 (2004) וההפניות שם; רע"א ארבל נ' TUI AG, בפסקה 16 (29.1.2009) (להלן: עניין ארבל); מיכאיל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם" אל תוך האלף

השני ומעבר לו" מחקרי משפט יט 67, 70 (2002); סטיבן גולדשטיין וערן טאובסיג ["הפחתה במעמד שאלת הסמכות"](#) בבתי-המשפט הכללים עלי משפט ג 279, 302 (1997)). לבית המשפט הנדרש לברר את סוגיית נאותות הפורום מסור שיקול דעת רחב (ראו: סיליה [וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי](#) 57 (2013) (להלן: פסברג)), ובבואו להכריע בסוגיה זו עליו להביא בחשבון בין היתר את ציפיותיהם הסבירות של הצדדים, את "טבעיות" הפורום שאליו מתכנסות מירב הזיקות, את זהותם של הצדדים ואת יעילות ניהול ההליך ([ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט](#) (1) 365, 377-373 (1985); [ע"א 2705/91 אבו-ג'חלה נ' חברת חשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח](#) (1) 554, 572-578 (1993); עניין ארבל, בפסקה 17; פסברג בעמ' 68-83).

10. האם עלה בידי המבקשת להראות כי ישראל היא פורום לא נאות לבירור ההליך דנן?

אינני סבורה כך.

עובדים המשתייכים לקבוצה קיבלו מתוקף עבודתם בחברות ישראליות אופציות שהונפקו להם על ידי המבקשת. במועדים הרלבנטיים שלטה המבקשת בעקיפין בחברות הישראליות (וריינט ישראל וקומברס ישראל) שבהן הועסקו העובדים. בית המשפט המחוזי קבע, אמנם, כי בקשת האישור אינה מגלה עילה נגד החברות הישראליות אך קביעה זו כשלעצמה אין בה כדי להוליך אל המסקנה כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לבירור התובענה הייצוגית המופנית כנגד המבקשת. ציפיותם של העובדים בנסיבות שתוארו כי עניין הקשור באופציות שקיבלו במסגרת עבודתם בחברות הישראליות יתברר בבית משפט בישראל, היא ציפיה סבירה. ויתירה מכך, המבקשת, מצידה, נטלה על עצמה את הסיכון כי הליכים משפטיים הקשורים באופציות שהנפיקה לעובדים בישראל יתבררו בישראל, כפי שקבע בצדק בית המשפט המחוזי (ראו והשוו: [ע"א 9725/04](#) אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd, [פורסם בנבו] בפסקה 18 (4.9.2007) להלן: עניין אשבורן).

11. הזיקות שאותן יש לבחון לעניין נאותות הפורום הן "עובדות המעידות על הקשר של בעלי הדין ושל העניין נושא התובענה לכל אחד מהפורומים האפשריים" (עניין אשבורן, שם). במקרה זה ברי כי לחברי הקבוצה ישנה זיקה ברורה לישראל בהיותם אזרחים ישראלים, בעוד שלמבקשת שהתאגדה במדינת ניו יורק ונסחרת בנסדא"ק יש מטבע הדברים קשר הדוק למדינה זו. ואולם בעוד שבעבר ניתן משקל רב

לזהות הנתבע ומקום מושבו, כיום גוברת המגמה לייחס חשיבות גם לזהותו של התובע וזאת בפרט כאשר הוא "נחשב לצד חלש במיוחד, ומורגש צורך להבטיח לו גישה נוחה לערכאות" (פסבדג, בעמ' 79-80). בעניינינו, אין ספק כי למבקשת, כתאגיד רב משאבים אשר לו חברות נשלטות בישראל יהיה קל בהרבה לברר את התובענה בישראל גם אם לצורך כך יידרשו גורמים שונים במבקשת להגיע לישראל. זאת, בהשוואה למצב דברים שבו יהיה על חברי הקבוצה לנהל הליכים משפטיים בארה"ב. מסקנה זו אינה משתנה גם בהינתן קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה התובענה הייצוגית עתידה להתברר על פי דיני מדינת ניו יורק. לבסוף ראוי להזכיר את התפיסה שאומצה במשפטנו ולפיה יש להיענות במשורה לטענת "פורום לא נאות", וזאת בין היתר לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות המאפשרות לנהל עסקים חובקי עולם ובשים לב למגמת הגלובליזציה והתאגידים הרב-לאומיים הרווחת בעולמנו (עניין אשבורן, בפסקה 18 ובחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין וההפניות שם). התוצאה היא, אם כן, כי אין להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא לפיה הפורום הישראלי הוא פורום נאות לבירור התובענה הייצוגית.

12. טענה נוספת שהעלתה המבקשת היא כי יש לדחות את בקשת האישור משום שהתובענה שאותה מבקשות המשיבות לנהל אינה באה בגדר [פרט 5](#) לתוספת השנייה ל[חוק תובענות ייצוגיות](#). וכך קובע [פרט 5](#):

5. תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה; לענין זה –

"זיקה" – בעלות, החזקה, רכישה או מכירה;

[...]

"נייר ערך" – כהגדרתו ב[חוק החברות](#) וכן ניירות ערך כהגדרתם בסעיף 52 ל[חוק ניירות ערך](#), התשכ"ח-1968.

הגדרת המונח "נייר ערך" ב[חוק תובענות ייצוגיות](#) מפנה הן להגדרה הקבועה ב[חוק החברות](#) והן להגדרה בסעיף 52 ל[חוק ניירות ערך](#) ולטענת המבקשת חוקים אלה אינם חלים עליה בהיותה תאגיד זר שמניותיו אינן נסחרות בבורסה הישראלית. על כן, לטענתה, האופציות שהנפיקה אינן עונות להגדרת המונח "נייר ערך" המופיעה באותם חוקים. עוד טוענת המבקשת כי האופציות שהוענקו לחברי קבוצה לא היו סחירות ואף מטעם זה הן אינן עונות להגדרה של "נייר ערך".

טענה זו אף היא דינה להידחות.

העובדה כי [חוק ניירות ערך](#) ו[חוק החברות](#) אינם חלים על המבקשת אינה מחייבת את המסקנה כי האופציות שכתבה אינן עונות להגדרת המונח "נייר ערך" באותם חוקים, אשר אליה מפנה [פרט 5](#) לתוספת השנייה ל[חוק תובענות ייצוגיות](#) לצורך מיון העילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית בישראל. השאלה הרלבנטית שיש לשאול בהקשר היא, אפוא, השאלה האם הגדרת המונח "נייר ערך" ב[חוק החברות](#) וב[חוק ניירות ערך](#) מוציאה מתחולתה ניירות ערך של תאגידים זרים דוגמת האופציות שהנפיקה המבקשת. על שאלה זו יש להשיב בשלילה. [סעיף 1 לחוק ניירות ערך](#) מגדיר "חברה" ו"ניירות ערך" כך:

"ניירות ערך" – תעודות המונפקות בסדרות על-ידי חברה ... ומקנות זכות חרות או השתתפות בהם או תביעה מהם, ותעודות המקנות זכות לרכוש ניירות ערך, והכל בין אם הן על שם ובין אם הן למוכ"ז, למעט ניירות ערך המונפקים בידי הממשלה או בידי בנק ישראל, שנתקיים בהם אחד מאלה:

"חברה" - לרבות חברה נכרית כמשמעותה ב[פקודת החברות](#);

עינינו הרואות - ההגדרה המצוטטת לעיל כוללת אופציות (וראו לעניין זה: [רע"א 1701/93 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' זת חברה לייצוא כלכלי בע"מ, פ"ד מז\(5\), 476, 481 \(1993\)](#)), לרבות אופציות של חברה נכרית כהגדרתה ב[פקודת החברות](#), 1929 שהייתה בתוקף במועד שבו נחקק [חוק ניירות ערך](#). [סעיף 52 לחוק ניירות ערך](#) שאליו מפנה [פרט 5 בחוק תובענות ייצוגיות](#), מרחיב הגדרה זו אף יותר וקובע: "ניירות ערך" – לרבות ניירות ערך שאינם כלולים בהגדרה שבסעיף 1". הגדרה רחבה זו כוללת, למעשה, את כל סוגי ניירות הערך הן אלה הנכללים בהגדרה [שבסעיף 1 לחוק ניירות ערך](#) והן אלה שאינם נכללים בה. כמו כן יש לדחות את טענת המבקשת לפיה אין לראות באופציות שהוענקו לעובדים נייר ערך משום שהן אינן סחירות. סחירות היא אמנם אחד המאפיינים המובהקים של נייר ערך, אך אין היא תנאי שבלעדיו אין לצורך תחולת [חוק ניירות ערך](#) (ראו בעניין זה: רונן עדיני דיני ניירות ערך 8-22 (2004)). בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, אין לקבל את טענת המבקשת כי האופציות שהנפיקה אינן באות בגדר [פרט 5](#) לתוספת השנייה של [חוק תובענות ייצוגיות](#).

13. המבקשת מוסיפה וטוענת כי לא הוכח ולו ברמה הנדרשת בשלב זה של הדיון בבקשת האישור, כי עומדת למי מהמשיבות עילת תביעה נגדה על פי דיני מדינת ניו יורק. כזכור קבע בית המשפט המחוזי כי אין לייחס משקל כלשהו בהקשר זה לתצהירו של גרינבאום שהוגש מטעם המבקשת כהוכחה לדין הזר. את קביעתו זו ביסס בית המשפט המחוזי על שלושה נימוקים מרכזיים: האחד, כי גרינבאום איננו מומחה לדין הזר הרלבנטי; השני, כי עבודתו כיועץ משפטי במבקשת מונעת ממנו, מכוח [תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי](#) "מלשמש כמומחה בפני בית המשפט"; והשלישי, כי תצהיר גרינבאום לא הוגש כחוות דעת מומחה ולא אושר על ידי נציג דיפלומטי או קונסולרי בהתאם להוראות [סעיף 22 לפקודת הראיות](#).

דעתי שונה.

14. השאלה הראשונה הטעונה בירור היא מי יכול לשמש כמומחה לעניין הוכחת דין הזר הרלבנטי. בעניין זה נקבע בפסיקה לא אחת כי עורך דין הבקיא בדין הזר במסגרת עיסוקו, יכול לשמש כמומחה להוכחתו ([ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא\(1\) 114, 120 \(1997\)](#)); מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלי-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725, 740-739 (2002)). וכך נפסק בהקשר זה באחת הפרשות:

"קשה להגדיר באופן ממצה מיהו זה שייחשב מומחה לדין זר. אך זאת לומר, כי עורך-דין או משפטן העוסקים – בין בפרקטיקה, בין באקדמיה ובין בדרך אחרת – בשיטת המשפט שאותה צריך להוכיח, הינם בעלי כישורים לשמש כעד מומחה שניתן להוכיח באמצעותו דין זר. מובן שמידת מומחיותו והמשקל שיש לייחס לה הם עניין הנתון להערכת בית המשפט (ע"א 6796/97 ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' Berg East Imports Inc., פ"ד נד(1) 697, 707 (2000)) [ההדגשות הוספו – א.ח.]."

בענייננו, גרינבאום הצהיר כי הוא מורשה לעסוק בעריכת דין מדינת ניו יורק, כי עבד במשרד עורכי דין במדינה זו וכי מאז שנת 2008 הוא משמש כיועץ משפטי של המבקשת ושל חברות בשליטתה. לפיכך, עונה גרינבאום על הדרישות שנקבעו לגבי מומחה לדין זר, ככל שהדבר נוגע להכשרתו המקצועית.

קביעתו הנוספת של בית המשפט קמא ולפיה גרינבאום מנוע מלשמש כמומחה לדין הזר בפני בית המשפט משום שהוא מועסק על ידי המבקשת - בהפנותו בהקשר זה

[לתקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי](#) - אף היא שגויה לטעמי. [תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי](#) מורה כי:

126. מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם בענין שבתחום מומחיותו, לא יוזמן מטעם בית המשפט כמומחה באותו ענין כשאותו אדם צד בו.

מן האמור בתקנה זו עולה כי מומחה שיעץ בעבר לאחד הצדדים לא ישמש כמומחה מטעם בית המשפט (על הרציונלים שביסוד הוראה זו ראו: [בג"ץ 2874/93 כמאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מת\(2\) 673, 680 \(1994\)](#); [רע"א 10895/08 גולן נ' דלאל](#), [פורסם בבנו] בפסקאות ו'-י' (23.4.2009); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 499 (מהדורה שביעית, 1995, שלמה לויין עורך); משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה ומעשה 946 (מהדורה חמש עשרה, 2007) (להלן: קשת)). ואולם, ההוראה [שבתקנה 126](#) אינה חלה על מומחה מטעם מי מבעלי הדין. העובדה שהמומחה יעץ או חיווה דעה לבעל דין אינה פוסלת אותו, אפוא, מלשמש כמומחה מטעמו בהליך משפטי המתנהל בעניינו. שאלה אחרת היא השאלה האם מומחה אשר משמש כיועץ משפטי פנימי דוגמת גרינבאום, המועסק דרך קבע על ידי בעל הדין ובעניינו המבקשת או חברת בת שלה, פסול מלשמש כמומחה לדין הזר מטעמה. אני סבורה כי מערכת יחסים זו שבין גרינבאום למבקשת אין בה כדי לפסול אותו מלשמש כמומחה לדין הזר מטעמה. עם זאת, נתון זה יש לו בעיניי השלכה ברורה על משקלה של חוות דעתו (ראו והשוו: עדי אזור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית וסוגיות בנזיקין 132 (1994)) ועל בית המשפט לבחון אותה על כן בזהירות המתבקשת.

15. בית המשפט המחוזי העלה נימוק נוסף לפסילת חוות דעתו של גרינבאום והוא כי חוות הדעת הוגשה בתצהיר ולא במתכונת של חוות דעת וכן משום שלא אושרה על ידי נציג דיפלומטי או קונסולרי בהתאם להוראות [סעיף 22 לפקודת הראיות](#).

אכן, חוות דעת מומחה לדין זר מן הראוי שתיערך במתכונת של חוות דעת ולא על דרך של תצהיר, כפי שמורה [סעיף 24\(א\) לפקודת הראיות](#). אך מדובר בפגם פרוצדוראלי הניתן לתיקון בין בדרך של מתן רשות להגשת חוות דעת נגדית ובין בדרך של פסיקת הוצאות ועל כן הוא כשלעצמו אינו מצדיק את פסילת חוות הדעת (ראו והשוו: [רע"א 1200/15 יוניון מוטורס בע"מ נ' דן ברליצהיימר](#), [פורסם בבנו] בפסקה 10 (30.3.2015); השוו: [בר"מ 4303/12 תמר אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר](#), [פורסם בבנו] בפסקה 18 (22.11.2012)). אשר לאישור דיפלומטי או קונסולרי, אישור זה נדרש



על פי [סעיף 22 לפקודת הראיות](#) מקום שבו חוות הדעת נעשית מחוץ לישראל, ואילו בענייננו נטען כי תצהירו של גרינבאום נחתם בישראל ובפני עורך דין ישראלי וטענה זו לא נסתרה.

על כן הטענות שהעלתה המבקשת לעניין קבילות חוות דעתו של גרינבאום דינן להתקבל.

16. לעומת זאת לא ראיתי מקום לקבל את הטענות שהעלתה המבקשת בכל הנוגע לשאלת הנזק. לאחר שעיינתי בכתיבי הטענות ובחוות הדעת הכלכליות שהוגשו מטעם הצדדים, קיימת לטעמי אפשרות סבירה כי לחברי הקבוצה אכן נגרם נזק בעקבות הקפאת תוכניות האופציות. אמנם יש קושי ייחודי לתמחר את האופציות במקרה דנן מאחר שמחיר המניה – נכס הבסיס שממנו נגזר שווי האופציה – לא שיקף את שווי האמיתי של החברה, וזאת בשל המניפולציות החשבונאיות שבוצעו בדו"חותיה. אך קושי זה אין בו כדי לשלול על פני הדברים את האפשרות שאכן נגרם נזק לחברי הקבוצה. כמו כן טענת המבקשת לפיה למחזיקי אופציה אין זכות קנויה לממש אותן ברווח אינה רלבנטית, ולצורך קביעת הנזק יש לבחון מה היה שווי האופציות שבידי חברי הקבוצה אילו לא הקפאה החברה את תוכניות האופציות בשל התארוך לאחור והעיוותים בדו"חות הכספיים, לעומת שוויין לאחר ביטול ההקפאה. סוגיה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, אך היא תיבחן אם וכאשר תאושר התובענה כייצוגית.

17. סיכומם של דברים - מן הטעמים המפורטים להלן אני סבורה כי יש לקבל את הערעור במובן זה שהדיון בשאלת קיומה של עילת תביעה על פי דיני מדינת ניו יורק יוחזר לבית המשפט קמא על מנת שייבחן בשלב בקשת האישור ובשים לב לאמור בתצהירו של גרינבאום. למשיבות יתאפשר, ככל שרצונן בכך, להגיש חוות דעת נגדית מטעמן על פי סדרי הדין שיקבע בית המשפט המחוזי לעניין זה.

יתר הטענות שהעלתה המבקשת אינן מגלות על פני הדברים עילה למתן רשות ערעור, ועל כן לא ראיתי מקום לדון בהן.

נוכח התוצאה שאליה הגעתי אין צו להוצאות.

ניתנה היום, ט"ז באב התשע"ז (8.8.2017).

ש ו פ ט ת

---

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16097450\_V02.doc גק  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)  
א' חיות 54678313-9745/16  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)