

מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי

מאת

גיל אוריון*, זיו שורץ**

א. מבוא. ב. על ההליך הייצוגי. ג. ההליך הייצוגי ובעיית הנציג. ד. בעיית הנציג בהסדרי פשרה. ה. בעיית הנציג בשלב מימוש הפשרה. ו. מגנונים מוצעים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי; 1. הטלת חובות פיקוח על התובע הייצוגי או בא כוחו בקשר למימוש הסדר הפשרה; 2. הטלת חובות דיווח לבית המשפט לגבי מימוש הסדר הפשרה; 3. הטלת חובות דיווח לגופים חיצוניים לגבי מימוש הסדר הפשרה; 4. מינוי נאמן, ממונה או בודק לפיקוח על מימוש הסדר הפשרה. ז. סיכום.

א. מבוא

בעיית הנציג בהליך הייצוגי באה לידי ביטוי בכך שנציגיהם של הקבוצה המיוצגת, קרי המבקש הייצוגי או התובע הייצוגי (להלן: "התובע הייצוגי") ובא כוחו, עלולים להימצא בניגוד עניינים ולהעדיף משיקולים רציונליים את האינטרסים שלהם על פני האינטרסים של הקבוצה המיוצגת.

בעיית הנציג, המלווה את ההליך הייצוגי על כל שלביו, באה לידי ביטוי ביתר שאת בהליכי פשרה. סכומי הכסף הגבוהים הכלולים בהסדר הפשרה עלולים לחזק את ניגוד העניינים הפוטנציאלי בין התובע הייצוגי ובא כוחו לבין הקבוצה המיוצגת. כך, האינטרס של התובע הייצוגי ובא כוחו עלול להיות זכיה מהירה בגמול ובשכר טרחה באמצעות סיום ההליך הייצוגי במהירות על דרך של עריכת הסדר פשרה, אשר יצריך השקעה פחותה של זמן ומשאבים מצדם בניהול ההליך גופו ויזכה אותם בגמול ובשכר טרחה בשיעור גבוה, כל זאת על חשבון הסעד או ההטבה לקבוצה המיוצגת בגדר הסדר הפשרה, אשר עלולים להיות נמוכים יחסית בנסיבות העניין.

* עורך דין, שותף בכיר, פישר בכר חן וול אוריון ושות'.

** עורך דין, פישר בכר חן וול אוריון ושות'.

לצד המניעים האפשריים של התובע הייצוגי ובא כוחו לערוך הסדרי פשרה כאמור, קיימת גם זהות אינטרסים בין הצדדים שמגישים את הסדר הפשרה לאישור בית המשפט, קרי התובע הייצוגי ובא כוחו מחד גיסא, והמשיב או הנתבע בהליך (להלן: "הנתבע") מאידך גיסא (להלן יחד: "הצדדים"). לצדדים, שגיבשו את הסדר הפשרה יחדיו, אינטרס מובהק שבית המשפט יאשר את הסדר הפשרה שהם הניחו בפניו כמות שהוא. עניין זה של זהות אינטרסים בין הצדדים יכול לעורר חשש לפגיעה באינטרסים של הקבוצה המיוצגת, בפרט לאור העובדה שחברי הקבוצה נפקדים מההליך על פי רוב וקולם לא נשמע, וכן לאור קיומם של פערי מידע בקשר לניהול ההליך.

לאור ניגודי עניינים פוטנציאליים אלה, סוגיית הסדר הפשרה בהליך הייצוגי מפקחת בקפדנות במסגרת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק"), בשונה מפשרות המתגבשות בהליכים אזרחיים רגילים – לא ייצוגיים. חוק תובענות ייצוגיות מכיר בכך שהסדר פשרה בהליך ייצוגי אינו דומה להסדר פשרה המתגבש בהליך אדוורסרי טהור, ולכן מעניק לבית המשפט בשלב בחינת הסדר הפשרה כלים רבים, מעין-אינקוויזיטוריים, שיסייעו לו לאתר ולמפות את הנתונים והמידע הנדרשים לו כדי לבחון אם הסדר הפשרה ראוי, סביר והוגן.

אלא שעל אף שבעיית הנציג בהליך הייצוגי ממשיכה לרחף מעל לקבוצה המיוצגת גם לאחר נעילת הדיון וגם לאחר שניתן פסק דין המאשר את הסדר הפשרה, בשלב שבו יש לממש את הסעד או ההטבה שנפסקו לקבוצה, חוק תובענות ייצוגיות אינו קובע מנגנון סדור ומפורט לעניין הפיקוח על מימוש הסדר הפשרה בדומה למנגנון הקבוע בחוק בקשר לשלב אישור הפשרה. תחת זאת, החוק מעניק לבית המשפט שיקול דעת כללי אם לקבוע מנגנונים לפיקוח כאמור אם לאו, וכן מעניק לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את סוג המנגנון שבו יעשה שימוש לצורך הפיקוח על מימוש הסדר הפשרה.

בפועל בתי המשפט אינם מרבים כיום לקבוע מנגנונים לפיקוח על מימוש הסדר הפשרה על אף שחברי הקבוצה אינם מעורבים בהליך גיבוש הסדר הפשרה, ועל אף שחברי הקבוצה אינם פועלים, על פי רוב, באופן אקטיבי למימוש הסדר הפשרה, לאור כך שהסעד האינדיווידואלי שנפסק על פי רוב במסגרת הסדר פשרה הוא נמוך ולאור פערי מידע בדבר קיומו של ההליך הייצוגי ותוצאותיו. גם לתובע הייצוגי ולבא כוחו אין בהכרח תמריץ לפקח על כך שהסעד שנפסק לטובת הקבוצה המיוצגת ימומש ויגיע ליעדו, בפרט לאחר שקיבלו את הגמול ושכר הטרחה שנפסקו להם במסגרת הסדר הפשרה.

להלן נציע מנגנונים שונים ומגוונים שבהם בתי המשפט יכולים לעשות שימוש, במקרים המתאימים לכך, על מנת להקטין את החשש שפערי מידע ואינטרסים זרים ימנעו מהקבוצה לממש את הסעד או את ההטבה שנפסקו לה. חלק מהמנגנונים כאמור יכולים להיות פרי החלטתו של בית המשפט וחלקם מוסדרים בחוק. כפי שיפורט, לא כל מנגנון מתאים לכל הסדר פשרה, וטיב המנגנון צריך להיגזר מאופי ההסדר (לרבות גודל הקבוצה וגובה הנזק) וכן מטיב הסעד או ההטבה שנפסקים במסגרת הסדר הפשרה לקבוצה. באמצעות שימוש

במנגנונים אלה, בתי המשפט יכולים למזער את החשש הפוטנציאלי הטמון בבעיית הנציג בשלב מימוש הסדר הפשרה.

ב. על ההליך הייצוגי

מכשיר התובענה הייצוגית נועד לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, שהנזק של כל אחד מהם על פי רוב קטן יחסית¹, לתבוע בשם נפגעים אנונימיים רבים שסכום תביעתם המצרפי גבוה. בכך מגן מכשיר התובענה הייצוגית על אינטרס היחיד שנפגע ואינו מגיש תביעה בשל הטרחה, הזמן וההוצאות הכרוכות בניהול הליך תביעה אישית, ומאפשר לנפגעים לתבוע ביתר קלות סעד לנזקיהם².

לצד תכלית זו של מניעת התעשרות שלא כדין על חשבון פרטים שספגו נזק בשיעור נמוך, מכשיר התובענה הייצוגית מגשים תכליות נוספות:

מכשיר התובענה הייצוגית הוא גם אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי במקום שבו הסנקציות הפליליות או הסנקציות של הרשויות המפקחות אינן מספיקות. הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נועדה להרתיע גופים שונים מלהפר את החוק, וכן להפנים את העלויות הנלוות להפרת החוק³.

מכשיר התובענה הייצוגית אף שואף להשיג שוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים. הוא משרת אינטרס ציבורי של יעילות וחיסכון במשאבים – הן של בעלי הדין הן של בית המשפט, ומונע חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות⁴.

לצד היתרונות הרבים הגלומים במכשיר התובענה הייצוגית, מכשיר זה טומן בחובו גם חששות לא מעטים⁵. כך ניתן למנות את החשש כי בקשה לאישור תובענה ייצוגית תוגש

1 לתפיסה שעל פיה תובע רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית גם אם הסעד הכספי האישי הנתבע על ידו הינו משמעותי ראו: ת"צ (מחוזי מרכז) 14144-05-09 איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל נהול קרנות בע"מ (פורסם בנבו, 2010) והאסמכתאות המובאות שם.

2 ס' 1(1) לחוק; סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (1979); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 237 (2003).

3 ס' 1(2) ו-1(3) לחוק; סטיבן גולדשטיין "על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט 7, 14 (2007) (להלן: "גולדשטיין 'הערות'"); אירית חביב-סגל דיני חברות – לאחר חוק החברות החדש כרך א 554, 557-562 (1999); הלל סומר "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים א 347, 355-357 (2005).

4 ס' 1(4) לחוק; נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 427 (1991); סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות, היבטים בסדרי דין" משפטים לד 21, 21-23 (2004); סומר, שם, בעמ' 357-358.

ממניעים פסולים (סחיטה, קנוניה, מניעת תחרות בלתי הוגנת, השתלטות עוינת ועוד); החשש כי בקשה לאישור תובענה ייצוגית – אף אם אין בה ממש – תאלץ נתבעים בהליך הייצוגי להתפשר שלא מטעמים ענייניים, ובלבד שיוכלו להימנע מהתדיינות ארוכה ויקרה; והחשש שלפיו הליכי סרק יביאו לגלגולן של עלויות ניהול התביעות שבהן יצטרכו לשאת הגופים הנתבעים, לפתחם של הצרכנים עצמם.

ג. ההליך הייצוגי ובעיית הנציג

אחד המאפיינים המיוחדים של מכשיר התובענה הייצוגית הוא שהתובע הייצוגי אינו נדרש לקבל את הסכמתו של כל אחד מחברי הקבוצה לשם הגשת ההליך, אלא רק את אישורו של בית המשפט. על אף זאת פסק הדין המתקבל בהליך הייצוגי, במקום שבו בית המשפט אישר את התובענה ופסק סעד או הטבה לקבוצה או במקום שבו נפסק סעד או הטבה לקבוצה על דרך של הסדר פשרה, מהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה המיוצגת.⁶

הפקעת זכותם של חברי הקבוצה ליומם בבית המשפט לטובתו של התובע הייצוגי יכולה לעורר קשיים לא מועטים, בפרט כאשר האינטרסים של התובע הייצוגי אינם מתיישבים עם האינטרסים של חברי הקבוצה. זהו ביטוי לבעיית הנציג הקיימת בהליך הייצוגי.

כאמור, הקבוצה המיוצגת אינה פעילה בניהול ההליך, ולרוב כלל אינה מודעת להליך המתקיים בעניינה או לסיכויי ההצלחה של ההליך. עניין זה מותיר כוח רב בידי התובע

5 לתכליתו של מכשיר התובענה הייצוגית, על יתרונותיו וחסרונותיו, ראו: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783-785 (1996); ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 322-323 (1997); רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577, 586-587 (2000); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 288-289 (2001); ע"א 1509/04 דנוש נ' chrysler corporation (פורסם בנבו, 2007). ראו גם: סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א 27, 32 (2000); מיכאיל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א 449, 454-457 (2005); סומר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 358-359.

6 ס' 24 לחוק קובע כי "פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשםם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה". וראו לעניין זה גם את החרג הקבוע בס' 21 לחוק, שענייננו היקף מעשה בית דין לגבי קבוצה שהגישה תובענה נגד רשות. יוער כי חריג לכך הינו ס' 18(1) לחוק, המעגן את יכולתם של חברי הקבוצה להסתלק מהקבוצה (Opt-Out), ראו גם גולדשטיין "הערות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 22-23.

הייצוגי ובא כוחו להשפיע על ההליך ולנווט אותו באופן שלא בהכרח ייטיב עם האינטרסים של הקבוצה המיוצגת.⁷

אמנם יש מקרים שבהם התובע הייצוגי פועל מסיבות אידיאולוגיות או אלטרואיסטיות, ויש מקרים שבהם המבקש או התובע הייצוגי הוא ארגון או רשות שלא פועלים למטרות רווח, אולם לא ניתן להתעלם מכך שהתובע הייצוגי מעוניין לזכות בגמול גבוה ככל הניתן עבור מאמציו, וכך גם בא כוחו.⁸

לנוכח כך, המחוקק קבע כי לצורך ניהול הליך חריג זה נדרש אישור מביית המשפט טרם כניסתו למסלול של הוכחות התביעה עצמה. בהתאם, על פי החוק על בית המשפט לסנן ולברור את התביעות הראויות לשמש כתביעות ייצוגיות.

על מנת שתובענה תאושר כייצוגית היא צריכה לעבור משוכות שונות הקבועות בחוק. בשלב הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית (להלן: "בקשת האישור") על בית המשפט לבחון אם מתקיימים תנאים מהותיים שבהתקיימם ניתן לאשר את הגשת התובענה כייצוגית. בכלל זה, על בית המשפט לבחון אם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ואם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.⁹ נוסף על כך, על בית המשפט לבחון אם בירור התובענה באופן ייצוגי היא הדרך היעילה וההוגנת לבירור המחלוקת בנסיבות העניין.¹⁰ לבסוף, על מנת למנוע פגיעה בקבוצה עקב ניהול התובענה באופן לא נאות, על בית המשפט לוודא כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב על ידי המבקש הייצוגי ובא כוחו.¹¹

בהקשר זה יש לציין כי בית המשפט רשאי לאשר את התובענה כייצוגית אף אם לא מתקיימים התנאים שעניינם ייצוג וניהול בדרך הולמת ובתום לב, אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע ייצוגי או בא כוח מייצג או החלפתם, או

7 לדין נוסף בבעיית הנציג בהליך הייצוגי ראו: אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 317-332 (2004) (להלן: "קלמנט גבולות התביעה"); Nancy Morawetz, *Bargaining, Class Representation and Fairness*, 54 OHIO ST. L.J. 1 (1993); סומר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 360-361.

8 ראו גם: אמיר ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ" הארת דין ב(2) 112, 113 (2005); קלמנט "גבולות התביעה", לעיל ה"ש 7, בעמ' 237-238; משה בר-ניב (בורונובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט 251, 255-256 (1994).

9 ס' 8(א)(1) לחוק.

10 ס' 8(א)(2) לחוק.

11 ס' 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק.

בדרך אחרת¹². כמו כן, במקום שבו התקיימו כל התנאים שעל בית המשפט לבחון לצורך אישור התובענה כייצוגית אך נמצא כי התובע הייצוגי נעדר עילת תביעה אישית כנדרש בחוק, על בית המשפט לאשר את התובענה ולהורות בהחלטתו על החלפת תובע ייצוגי¹³. ועוד, בהחלטתו לאשר את הגשת התובענה כייצוגית מגדיר בית המשפט את הקבוצה שבשמה תנוהל התביעה¹⁴. בית המשפט אף רשאי לאשר תובענה ייצוגית בכל שינוי שיחליט עליו ביחס לבקשת האישור, והכל כפי שייראה לו ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של ההליך¹⁵.

כללים מפורטים אלה הקבועים בחוק, מטרתם לקבוע מנגנונים שונים שיעזרו לבית המשפט לברור אם מדובר בבקשת אישור הראויה להתברר באופן ייצוגי אם לאו, וכן לנסות למנוע ניצול ושימוש לרעה של המכשיר הייצוגי כאמור לעיל.

ד. בעיית הנציג בהסדרי פשרה

בעיית הנציג, המאפיינת את ההליך הייצוגי באופן כללי, באה לידי ביטוי ביתר שאת בהליכי פשרה¹⁶. סכומי הכסף הגבוהים הטמונים בהליך הייצוגי עלולים לחזק את ניגוד העניינים בין התובע הייצוגי ובא כוחו לבין הקבוצה המיוצגת באופן שהאינטרס של התובע הייצוגי ובא כוחו עלול להיות זכיה מהירה בגמול ובשכר טרחה באמצעות סיום ההליך הייצוגי במהירות על דרך של עריכת הסדר פשרה, המצריך השקעה פחותה של זמן

12 ס' 8(ג1) לחוק. למקרה שבו נעשה שימוש בסעיף זה ראו: בש"א (מחוזי ת"א) 1895/05 שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ (פורסם בנבו, 2008) (ניתנה הוראה על צירוף בא כוח נוסף שהוא ותיק ומנוסה כדי שיוכל לסייע ולהוביל את ניהול התובענה הייצוגית).

13 ס' 8(ג2) לחוק. למקרים שבהם נעשה שימוש בסעיף זה ראו: בש"א (מחוזי ת"א) 19230/06 שרנוע מכוונות ממוחשבות תל-אביב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 2008) (ניתנה הוראה על צירוף תובע ייצוגי נוסף לאחר שנמצא שהתובע המייצג נעדר עילה כלפי אחת מהנתבעות); בש"א (מחוזי ת"א) 10060/07 פרידמן נ' דקלה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (ניתנה הוראה על החלפת התובע המייצג לאחר שנמצא כי האחרון אינו כשיר לנהל את ההליך בשל מצבו הבריאותי); בש"א (מחוזי ת"א) 27125/05 עיזבון טרפק נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2007) (ניתנה הוראה על מציאת תובע מייצג חלופי בשל כך שהתובע המייצג הלך לעולמו לאחר הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית); ת"צ (מחוזי מרכז) 5286-08-07 רוזנברג נ' בולוס גד תירות בע"מ (בפירוק) (ניתנה הוראה על מציאת תובע מייצג חלופי בשל כך שנקבע שהתובע המייצג אינו ראוי לייצג את הקבוצה מאחר שהתביעה הוגשה על ידיו שלא בתום לב).

14 ס' 10 לחוק.

15 ס' 13 לחוק.

16 ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256 (להלן: "הצעת החוק"); גולדשטיין "הערות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 20.

ומשאבים בניהול ההליך גופו, אף אם הסעד או ההטבה לקבוצה המיוצגת בגדרי הסדר הפשרה לא יהיו ההולמים ביותר בנסיבות העניין. אם עד שלב הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה מותרתם של התובע הייצוגי ובא כוחו הינה להגדיל את הסעד או ההטבה שייפסקו לחברי הקבוצה, הרי שמהשלב שבו מוגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה מותרתם של התובע הייצוגי ובא כוחו לפעול לאישורו תוך הבטחת הגמול ושכר הטרחה שעתיד להיות משולם להם¹⁷.

קיימת אפוא זהות אינטרסים בין הצדדים שמגישים את הסדר הפשרה לאישור בית המשפט (התובע הייצוגי ובא כוחו והנתבע בהליך)¹⁸. כל הצדדים הנזכרים, שגיבשו את ההסדר, מעוניינים שבית המשפט יאשר את הפשרה שהם הניחו בפניו. עניין זה של זהות אינטרסים בין הצדדים יכול לעורר חשש לפגיעה באינטרסים של הקבוצה המיוצגת, בפרט כאשר חברי הקבוצה נפקדים מההליך על פי רוב וקולם לא נשמע, וכאשר קיימים פערי מידע בקשר לניהול ההליך¹⁹.

לאור אינטרסים מנוגדים אלה, סוגיית הפשרה בהליך הייצוגי בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות שונה מפשרות המתגבשות בהליכים אזרחיים רגילים – לא ייצוגיים. חוק התובענות הייצוגיות מכיר בכך שפשרה בהליך ייצוגי אינה פשרה המתנהלת באופן אדוורסרי טהור, ולכן החוק מעניק לבית המשפט, לצורך בחינת הפשרה, כלים מעין-אינקוויזיטוריים שיסייעו לו לאתר ולמפות את הנתונים והמידע הנדרשים לצורך בחינה אם הסדר הפשרה ראוי, סביר והוגן. היטיבה לתאר את הדברים כבוד השופטת ר' רונן בעניין גלניק²⁰:

”[ב]מסגרת תביעה ייצוגית, קיים ניגוד אינטרסים מובנה בין התובע הייצוגי ובא כוחו, לבין יתר חברי הקבוצה בשמה מבוקש להגיש את התביעה ייצוגית. קיים חשש כי התובע הייצוגי יגיע להסכמה עם הנתבע – מכוחה הוא יקבל תגמול בדרך כזו או אחרת, ואז 'יזנח' את עניינם של יתר חברי הקבוצה. מאחר שפסק הדין במסגרת הפשרה עשוי לחסום את יתר חברי

17 אמיר ישראלי “פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית (בעקבות ת.א. 1012/02 בועז יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ ואח") הארת דין ב(2) 112, 115 (2005).

18 יש הטוענים כי גם לבתי המשפט, אשר נתונים תחת עומס רב, יש אינטרס לכאורה בכך שהליך ייצוגי יסתיים על דרך פשרה. לגבי תמריץ זה של בתי המשפט נטען כי הוא מהווה גורם נוסף לכרסום במנגנונים שיצר חוק תובענות ייצוגיות ולכך שלעתים בתי המשפט מאשרים הסדרי פשרה, שעל פני הדברים לא היה ראוי לאשרם. השוו: אלון קלמנט “הייצוגית הולמת, הפשרה לא תמיד” עורך הדין 6, 69 (2010) (להלן: “קלמנט הייצוגית הולמת”).

19 ישראלי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 113.

20 ת"א (מחוזי ת"א) 1697/06 גלניק נ' הראל בע"מ – חברה לבטוח, בפס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2007) (להלן: “עניין גלניק”).

בית המשפט²⁴. לצורך אישור הפשרה נקבעו בחוק תנאים פרטניים שעל בית המשפט ליישם ולבחון, תנאים שמטרתם לנטרל את החששות הנזכרים.

על פי הקבוע בחוק ובתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, בבקשה לאישור הסדר פשרה (להלן גם: "ההסדר" או "הסדר הפשרה") יש לפרט, בין היתר, מדוע הסדר הפשרה ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה²⁵ ויש להגיש אותה לבית המשפט בצירוף תצהירים של באי הכוח הצדדים²⁶, כאשר אלה נדרשים לפרט בגילוי נאות במסגרת תצהירם את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה²⁷. יש לציין כי הדרישה להגשת תצהירים על ידי באי כוח הצדדים הינה דרישה חריגה, שכן בהליכים אזרחיים רגילים, קרי – הליכים שאינם ייצוגיים, באי כוח הצדדים אינם נדרשים, ככלל, לתת תצהיר או להעיד בקשר לעניינים הקשורים בייצוג שלהם את בעלי הדין, לבטח לא בהליכי פשרה. לעומת זאת בהליכים ייצוגיים, לאור הדומיננטיות של באי כוח הצדדים, המחוקק בחר ליצור שקיפות מלאה גם בחוליה זו ולחייב את באי הכוח ליתן תצהיר כאמור.

נוסף על כך, כדי לתחום את גבולות הפשרה באופן סביר וכדי להפקיע מהצדדים את היכולת לעצב הסדרי פשרה לא סימטריים המיטיבים עם התובע הייצוגי או עם הנתבע, ולא בהכרח עם הקבוצה, המחוקק קבע בחוק כמה תנאים קשיחים הנוגעים לתוכן הסדר הפשרה המוצע. ככלל זה נקבע כי הסדר פשרה לא יכלול עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה אשר לא נכללו בבקשת האישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית, כדי למנוע מצב שבו מתגבש מעשה בית דין נגד תביעות שלא נכללו בתובענה הייצוגית או בבקשת האישור (בהקשר זה יוער כי ניתן לקבוע במסגרת הסדר הפשרה כי תוגש בקשה לתיקון בקשת האישור, שבה יכללו עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה אשר לא נכללו בבקשת

24 ס' 18(א) לחוק קובע כי "לא ייעשה הסכם ליישוב הסכסוך שבעניינו הוגשה בקשה לאישור או שבעניינו אושרה תובענה ייצוגית (בחוק זה – הסדר פשרה), אלא באישור בית המשפט".

25 לפירוט המידע המלא שיש לכלול בבקשה לאישור הסדר פשרה ראו גם תק' 12(א) לתקנות תובענות ייצוגיות. מידע זה כולל בין היתר את הגדרת הקבוצה שעליה חל ההסדר ותתי-קבוצות, אם ישנן; עיקרי ההסדר; הפער בין סכום הפיצוי או הסעד המוצע בהסדר לבין סכום הפיצוי או הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לזכות בו; הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה אל מול היתרונות והחסרונות שבהסדר; פרטים בנוגע לביצוע ההסדר, לרבות האופן שבו יאותרו חברי הקבוצה והאופן שבו יינתן להם הסעד על פי ההסדר; העילות והסעדים שלגביהם תהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר.

26 ס' 18(ב) לחוק.

27 לפירוט המידע שיש לכלול בתצהירים ראו גם תק' 12(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות. מידע זה כולל בין היתר את הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה, הצהרה שלא נתקבל בקשר להסדר כל טובת הנאה, במישרין או בעקיפין, או פירוט כל טובת הנאה שקיבל התובע או בא כוחו מן הנתבע, במישרין או בעקיפין, בקשר לכל עניין.

האישור המקורי²⁸. כמו כן נקבע בחוק שהסדר פשרה מוצע לא יכלול הוראה בדבר תשלום גמול לתובע מייצג או שכר טרחה לבא כוח מייצג, אלא רק המלצה מוסכמת לעניין תשלום גמול ושכר טרחה כאמור, לרבות שיעורו ותנאיו, כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים בין התובע הייצוגי ובא כוחו לבין הקבוצה המיוצגת²⁹. ואכן לא אחת בתי משפט מוצאים לנכון להפחית מהסכום המומלץ על ידי הצדדים במסגרת הסדר הפשרה³⁰.

בשלב הראשון, לאחר הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה על בית המשפט לבחון את ההסדר המוצע, וככל שבית המשפט לא רואה לנכון לדחות את הבקשה על הסף^{31,32}, עליו להורות על פרסום הודעה על ההסדר המוצע בעיתון יומי, בהתאם לתנאי החוק³³. בד בבד, על בית המשפט להורות על משלוח הודעה לגבי ההסדר המוצע, בצירוף העתק מהבקשה לאישור הסדר פשרה, מההסדר ומהתובענה, ליועץ המשפטי לממשלה ולמנהל בתי המשפט. בית המשפט אף רשאי להורות על משלוח הודעה גם לאדם אחר, אם ימצא זאת לנכון³⁴.

28 ס' 18(ז1) לחוק. להתייחסות לסעיף זה על ידי בתי המשפט ראו: בש"א (מחוזי נצ') 1715/09 ישראל נ' קייזר (פורסם בנבו, 2010); בש"א (מחוזי י-ם) 5725/04 דיסקין נ' ישפאר הו"מ-טק בע"מ (פורסם בנבו, 2008) (להלן: "עניין ישפאר").

29 ס' 18(ז2) לחוק.

30 ראו לדוגמה: בש"א (מחוזי ת"א) 1877/06 טל נ' מרכז רפואי רבין (קמפוס בילינסון) (פורסם בנבו, 2010); ת"א (מחוזי ת"א) 2389/08 זילברפלד נ' בנק דיסקונט סניף פרדס כץ (פורסם בנבו, 2010); ת"צ (מחוזי מרכז) 993-11-08 שפירא נ' י. את. א. ברמן בע"מ (פורסם בנבו, 2009).

31 ככל שבית המשפט דוחה את ההסדר המוצע. ס' 19(ז) לחוק קובע כי "התקיימו הליכים לאישור הסדר פשרה, ולא אושר ההסדר על ידי בית המשפט או שבוטל אישור שניתן על ידי בית המשפט להסדר פשרה, לא ישמשו דברים שנאמרו או שנקבעו במסגרת ההליכים כאמור ראיה בהליך משפטי אחר".

32 ס' 18(ג) לחוק. למקרה שבו בקשה לאישור הסדר פשרה נדחתה על הסף כבר בשלב הראשון ראו: עניין גלניק, לעיל ה"ש 20; ת"א (מחוזי ת"א) 2319/03 פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (להלן: "עניין פופיק").

33 יוער כי העובדה שבית המשפט מצא לנכון שלא לדחות בקשה לאישור הסדר פשרה על הסף בשלב הראשון, אינה מונעת ממנו לדחות את הבקשה בשלב השני, השוו: עניין ישפאר, לעיל ה"ש 28; ת"א (מחוזי ת"א) 1729/06 שר נ' עלית ממתקים בע"מ (פורסם בנבו, 2009); ת"צ (מחוזי ת"א) 1883/08 קליינר נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

34 ראו גולדשטיין "הערות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; למקרים שבהם בתי המשפט שלחו העתק לגורמים נוספים ראו לדוגמה: ת"מ (מחוזי ת"א) 148/07 פלד נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 2010) (נשלח העתק גם לשר הפנים); בש"א (מחוזי ת"א) 12570/06 הירש נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2008) (להלן: "עניין הירש") (נשלח העתק גם לרשות להגנת הצרכן); בש"א (מחוזי י-ם) 6121/07 מן נ' פוקצ'טה בע"מ פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2008) (להלן: "עניין פוקצ'טה") (נשלח העתק גם למועצה הישראלית לצרכנות ולממונה על הגנת הצרכן); ת"צ (מחוזי ת"א) 1740/09 כהן נ' נירלט בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (נשלח העתק גם לממונה על הגנת הצרכן).

מנגנון זה, אשר מערב כבר בשלב המקדמי גורמים נוספים בהליך הסדר הפשרה המוצע, מדגיש את החשיבות שהמחוקק ראה לנגד עיניו בבחינה מדוקדקת של ההסדר באמצעות גורמים נוספים חיצוניים היכולים לשפוך אור על תוכן ההסדר המוצע ותוצאותיו ועל האינטרסים של חברי הקבוצה בו.

לאחר פרסום ההסדר המוצע בעיתונות יכול כל אדם אשר נכלל במסגרת הקבוצה נשוא ההסדר להגיש התנגדות להסדר הפשרה המוצע בתוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה או במועד מאוחר יותר אם נקבע אחרת על ידי בית המשפט³⁵, ובית המשפט יידרש להתייחס להתנגדותו במתן ההחלטה על אישור הסדר הפשרה או על דחייתו. גם רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו עוסקת בקשת האישור או התובענה הייצוגית, ארגון שאושר הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש לבית המשפט התנגדות מנומקת להסדר הפשרה³⁶. כמו כן, חבר קבוצה אשר אינו מעוניין שיחול עליו הסדר הפשרה רשאי לבקש מבית המשפט להתיר לו לצאת מן הקבוצה שעליה יחול ההסדר³⁷.

בשלב השני, לאחר הפרסומים וההודעות כאמור, בית המשפט נדרש לבחון אם מדובר בהסכם פשרה ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. יש לציין, שאם הבקשה להסדר פשרה הוגשה בשלב בקשת האישור, על בית המשפט לבחון גם אם קיימות לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ואם סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין³⁸. כלומר על פי החוק, בהסדר פשרה המוגש לאישור בית המשפט לפני אישור התובענה כייצוגית, בית המשפט נדרש לבחון את ההסדר המוצע באופן מעמיק יותר מאשר הסדר פשרה המוגש לאישור בית המשפט לאחר שאושרה התובענה כייצוגית. הסיבה לדרישות הנוספות היא שאישור של הסדר הפשרה מהווה גם אישור של התובענה כייצוגית³⁹.

35 ס' 18(ד) לחוק.

36 ס' 18(ג) לחוק.

37 ס' 18(ו) לחוק. יוער כי ס' 19(ד) לחוק מאפשר לבית המשפט להתנות את אישורו להסדר הפשרה בתנאי, שיאפשר לחבר קבוצה שאינו מעוניין שיחול עליו הסדר הפשרה המאושר להודיע לבית המשפט על רצונו לצאת מהקבוצה. למקרים שבהם ניתנה הודעה על רצון לצאת מהקבוצה ראו: עניין קרן, לעיל ה"ש 23; עניין פופיק, לעיל ה"ש 32.

38 ס' 19(א) לחוק. למקרים שבהם בית המשפט סבר שתנאים אלה אינם מתקיימים ראו ההפניות בה"ש 33 לעיל.

39 אף תק' 12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת, שאם הוגשה הבקשה לאישור הסדר פשרה לפני שאושרה התובענה כתובענה ייצוגית, הצדדים נדרשים לפרט בבקשה לאישור הסדר פשרה כי קיימות לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

נוסף על כך, על פי החוק, בשלב זה על בית המשפט למנות בודק. בחוק נקבע שבית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא רק לאחר שקיבל חוות דעת מאדם שמינה לשם כך, שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת בקשת האישור או התובענה הייצוגית ("בודק", כלשון החוק). יצוין כי בית המשפט רשאי להימנע ממינוי בודק כאמור אך ורק מטעמים מיוחדים שיירשמו על ידיו בהחלטה⁴⁰. בהקשר זה, החוק קובע שלא ימונה כבודק אדם שעליו המליץ אחד הצדדים, אדם שהגיש התנגדות להסדר הפשרה, או אדם שיעץ עצה או חיווה את דעתו לאחד הצדדים בקשר לסכסוך שבעניינו הוגש ההליך⁴¹.

על פי החוק, במסגרת עבודתו נדרש הבודק, בין היתר, להתייחס ליתרונות ולחסרונות של הסדר הפשרה המוצע מבחינת כלל חברי הקבוצה, בשים לב למכלול הנסיבות ולהוראות בית המשפט שניתנו לו⁴². בהקשר זה יש לציין כי אף שעל פני הדברים נדמה שלבודק יתרון על בית המשפט לאור מומחיותו ומשאביו לבחון את ההסדר המוצע באופן מקצועי, הלכה למעשה נשמעת ביקורת רבה על החיוב בחוק למנות בודק כברירת מחדל; עוד נשמעה ביקורת על כך שמשך עבודת הבודק, בהתאם לזמנים הקצובים לו בחוק, מעכבת את הבחינה של הסדר הפשרה ומערימה עלויות נוספות על הצדדים. בפועל, על פי רוב הצדדים להליך מגישים לבית המשפט בקשות להימנע ממינוי בודק להסכם, ולחלופין לאמץ את מסקנות הבודק מטעמם, ובמקרים לא מועטים בתי המשפט אף נמנעו מלמנות בודק מטעמים שונים הנוגעים לטיב ההסדר ואופיו⁴³.

40 ס' 19(ב)(1) לחוק.

41 ס' 19(ב)(2) לחוק.

42 ס' 19(ב)(4) לחוק.

43 למקרים שבהם בית המשפט לא מינה בודק ראו לדוגמה: ת"צ (מחוזי מרכז) 1925-08-09 רוזנברג נ' אי.פי.אי. (תנועה וחניה) (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (לא מונה בודק מהטעם שהסדר הפשרה לא כלל רכיבים כספיים או שוויי כסף) (להלן: "עניין רוזנברג"); עניין קרן, לעיל ה"ש 23 (לא מונה בודק מהטעם שהסדר הפשרה לא דרש מבית המשפט לבצע חישובים סבוכים, שלגביהם נדרש על פי רוב בית המשפט לסיועו של מומחה); ת"צ (מחוזי מרכז) 2793-12-09 כהן נ' עדין – קואופרטיב לייצור שוקולד, ממתקים ופלים בהוד השרון בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (לא מונה בודק לאור היקפם המוגבל של התובענה והסדר הפשרה); ת"צ (מחוזי מרכז) 1532-06-08 מצליח נ' סולגאר ישראל, אמברוזיה בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (להלן: "עניין סולגאר") (נקבע, בין היתר, שאין צורך בבדיקת חשבונות או בכימות המוצרים שנמכרו ולפיכך אין צורך בהסתייעות במומחה חיצוני); ת"א (מחוזי ת"א) 1424/07 אלג'ים נ' דוד לובינסקי בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (נקבע שהשאלה אם יש מקום להסתפק רק בסעדים שבהסדר הפשרה היא שאלה משפטית ואין לבודק בעניין זה יתרון על פני בית המשפט).

יוער כי גם מנגנון כופה זה, המחייב את בית המשפט למנות בודק לצורך בחינת הסדר הפשרה המוצע אלא אם יש טעמים מיוחדים השוללים את הצורך בכך, יש בו כדי ללמד על החשיבות שראה המחוקק לנגד עיניו בנטרול בעיית הנציג הטמונה בגיבוש הסדרי הפשרה. בסיום הבחינה של הסדר הפשרה על בית המשפט לתת החלטה מנומקת ומפורטת אם לאשר את הסדר פשרה או לדחותו. במסגרת ההחלטה על בית המשפט לבחון את הסדר הפשרה לעומקו, ובין היתר להתייחס בהחלטתו להגדרת הקבוצה שעליה יחול הסדר הפשרה; לעילות התובענה; לשאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה והסעדים הנתבעים; לפער בין הסעד או ההטבה המוצעים בהסדר הפשרה לבין אלה שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה; להתנגדויות שהוגשו להסדר הפשרה; לשלב שבו נמצא ההליך; לחוות דעת הבודק; לסיכונים ולסיכויים שבהמשך ניהול ההליך אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה; לעילות ולסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר, ועוד⁴⁴.

הנה כי כן, הפשרה בהליך הייצוגי היא כלי משפטי מורכב לסיום ההליך, הכולל, בין היתר, פרסומים בעיתונות, מינוי של בודק חיצוני, שמיעת עמדתם של גופים ציבוריים (רשויות או ארגונים, לפי העניין) והיועץ המשפטי לממשלה, ולעתים גופים נוספים. לפיכך, על המבקשים לאשר הסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים לעבור משוכות לא מעטות, שמטרתן לוודא כי הסדר הפשרה הינו לטובת הקבוצה שבשמה מוגשת הבקשה ושאינו בהסדר הפשרה כדי להוות פגיעה בזכויות חברי הקבוצה המיוצגת.

בשולי הדברים יש לציין כי בתי המשפט הבהירו לא אחת כי המנגנון של הסדר פשרה, כשמו כן הוא, אמור לשקף את מכלול הסיכונים והסיכויים הטמונים בניהול ההליך ולגבש הסדר שבמסגרתו כל אחד מהצדדים נותר כאשר רק חלק מתאוותו בידיו: הסדר הפשרה מאפשר לצדדים "לקנות" את הסיכון הכרוך בהמשך ניהול ההליך, "ומטבע הדברים ברור כי אין למי מהצדדים כל תועלת בהסדר פשרה שבמסגרתו הוא מקבל עליו באופן חד צדדי את מלוא הסיכון שבניהול ההליך"⁴⁵.

כן יש לציין כי בפסיקת בית המשפט העליון נקבע שלא תמיד יהיה צורך להפעיל את המנגנונים הקבועים בחוק לצורך אישור הסדר פשרה. בעניין סבו⁴⁶ בית המשפט העליון קבע, בדעת רוב, שאין להפעיל את מנגנוני החוק לגבי הליך בחינת אישור הסדר פשרה במקום שההסדר המוצע הוא פרי הצעתו של בית המשפט לצדדים להליך והם מאמצים את

44 ס' 19 (ג) לחוק.

45 ת"א (מחוזי ת"א) 1429/06 ברוט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, בפס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2010).

46 רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 2008).

ההצעה. בית המשפט העליון הבהיר כי במקום שבו בית המשפט הוא שמעלה בפני הצדדים את הצעת ההסדר, בין שהיא מפורטת לפרטי פרטים ובין שהיא מהווה מתווה עקרוני הכולל רק את עיקרי ההסדר, לא קיים חשש כי מדובר בהסדר שאינו ראוי, הוגן וסביר, ומכאן שאין להפעיל את הפרוצדורה הקבועה בחוק. נציין כי מאז ניתנה ההחלטה בעניין סבו נפסקו החלטות רבות על בסיס מתווה זה בהליכים ייצוגיים, כאשר בחלק מההחלטות עשו רק שימוש חלקי במנגנון הקבוע בחוק לבחינת הסדר פשרה⁴⁷, ובחלק אחר נמנעו בתי המשפט מלהפעיל את המנגנון הקבוע בחוק באופן מוחלט⁴⁸. יש לציין כי יש הסוברים שדברי בית המשפט בעניין סבו מוגבלים להצעת פשרה שניתנה על ידי בית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור בלבד, להבדיל מהצעה שניתנה על ידי הערכאה הדיונית, ואף קיימת סברה שלפיה החלטת בית המשפט בעניין סבו נוגעת למעשה להסתלקות מהליך ייצוגי ולא לפשרה בהליך ייצוגי⁴⁹. על אף האמור, נציין כי בית המשפט העליון אימץ לאחרונה את פסק הדין בעניין סבו בשנית, במסגרת פרשת תדיראן⁵⁰.

סיכומם של דברים, החוק קובע מנגנון מוקפד וקשיח לצורך אישור בקשה להסדר פשרה בהליך ייצוגי. מנגנון זה מצריך את בית המשפט להיכנס לקרביו של הסדר ולבחון אותו לעומקו, לרבות עירוב של גופים חיצוניים שונים לעניין זה. לעומת תביעות אחרות, שבהן קיים אינטרס ציבורי בעידוד הסדרי פשרה בין הצדדים, שבהם בית המשפט מתערב רק לעתים נדירות, בתובענה ייצוגית הסדר הפשרה לא נערך עם כל חברי הקבוצה, הם אינם

47 ת"צ (מחוזי ת"א) 1650/09 מהרט נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (בית המשפט הורה רק על פרסום ההסדר); ת"א (מחוזי ת"א) 1409/08 מסיקה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2010) (בית המשפט הורה רק על פרסום ההסדר); ת"א (מחוזי ת"א) 2245/08 בוכניק נ' ישראלכרט בע"מ – ת"א (פורסם בנבו, 2009) (בית המשפט הורה רק על פרסום ההסדר); ת"צ (מחוזי חי') 1179/07 גורן נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (בית המשפט הורה רק על פרסום ההסדר והבאתו לידיעת הרשויות הרלוונטיות).
48 בש"א (מחוזי ת"א) 23972/08 זילברפלד נ' בנק דיסקונט סניף פרדס כץ (פורסם בנבו, 2010); ת"א (מחוזי ת"א) 1464/08 גרניט נ' פליי רקורדס שיווק והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 2009); ת"א (מחוזי ת"א) 2144/08 גיא נ' לובלין (פורסם בנבו, 2009).
49 ת"צ (מחוזי י-ם) 2168/08 דניאל נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2010); ת"צ (מחוזי י-ם) 9227/07 אורן נ' קולנוע חדש בע"מ (פורסם בנבו, 2010); ראו גם: קלמנט "הייצוגית הולמת", לעיל ה"ש 18; אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" עתיד להתפרסם במשפטים מא (2011), www.faculty.idc.ac.il/klement/HebArt/SettlementClass1.pdf, (להלן: "קלמנט 'פשרה והסתלקות'").

50 רע"א 2362/08 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 2010).

יכולים לבחון אותו, ותפקיד הפיקוח על עצם ההסדר מוטל על בית המשפט נוכח בעיית הנציג ונוכח העובדה שהקבוצה נפקדת מההליך⁵¹.

ה. בעיית הנציג בשלב מימוש הפשרה

בעיית הנציג בהליך הייצוגי, אשר עשויה כאמור להתעורר בשלב הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית או בשלב גיבוש הסדר הפשרה, יכולה להתעורר גם בשלב מימוש הסעד או ההטבה שנפסקו בפשרה, כלומר בשלב הוצאת הסדר הפשרה אל הפועל. חשוב להדגיש שלהבדיל מהסדר פשרה המתגבש בהליך אזרחי רגיל, שבו הצדדים מעורבים לעומקם של דברים בגיבוש ההסדר ועל פי רוב ההסדר כולל סעדים משמעותיים לצדדים – וכפועל יוצא הצדדים עומדים על מימוש זכויותיהם על פי ההסדר ומקפידים על הוצאות ההסדר אל הפועל – הרי שבהליך ייצוגי הקבוצה אינה מעורבת כמעט בהליך גיבוש הפשרה. כמו כן, הסעד האינדיווידואלי שנפסק על פי רוב בהסדר פשרה לכל אחד מחברי הקבוצה הוא נמוך, ולאור פערי מידע בדבר קיומו של ההליך הייצוגי ותוצאותיו חברי הקבוצה אינם פועלים, על פי רוב, באופן אקטיבי למימוש הסדר הפשרה. נוסף על כך, גם לתובע הייצוגי ולבא כוחו אין בהכרח תמריץ לפקח על כך שהסעד או ההטבה שנפסקו לטובת הקבוצה המיוצגת ימומשו ויגיעו ליעדם, כך בפרט לאחר שהאחרונים קיבלו את הגמול ושכר הטרחה שנפסקו להם במסגרת הסדר הפשרה. למעשה בשלב מימוש הפשרה האינטרס המובנה של התובע ובא כוחו הוא להוציא כמה שפחות משאבים בקשר לפיקוח על מימוש הסדר הפשרה והוצאתו אל הפועל. אמנם, ניתן לשער כי התובע הייצוגי ובא כוחו מעוניינים בכך שהנתבע יקיים את הסדר הפשרה בהתאם למתכונת שאישר בית המשפט, אך עם זאת אין להם תמריץ ממשי להשקיע משאבים בקשר לכך. ואמנם, במספר מקרים, לאחר שהסתיים ההליך הייצוגי בהסדר פשרה שאושר, התעוררו בעיות במימוש הסדר הפשרה והוצאתו אל הפועל. מקרה ראשון הוא עניין מת"ב. במקרה זה הועלו טענות במסגרת הליך ייצוגי נגד חברות הכבלים וחברת הלוויין בדבר העברת תכנים מערוץ חמש (ערוץ המשודר בחבילת הבסיס של הנתבעות) לערוץ חמש פלוס (ערוץ בתשלום המשודר על ידי הנתבעות), בניגוד להסכמים ובניגוד לתנאי הרישיון שמכוחו פעלו הנתבעות. ההליך הסתיים בהסדר פשרה אשר זכה לאישור בית המשפט. בפסק הדין שאישר את הפשרה נפסק לתובעים הייצוגים גמול בסך של 400,000 ש"ח ולבאי כוחם נפסק שכר

51 עוד לעניין זה ראו: קלמנט "הייצוגית הולמת", לעיל ה"ש 18; ת"צ (מחוזי מרכז) 4991-02-08 הכט טל נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנוב, 2008).

טרחה בסך 2,514,000 ש"ח והנתבעות התחייבו להחזיר תכנים מערוץ חמש פלוס לערוץ חמש, וכן לשדר בערוץ חמש תכנים משמעותיים לחובכי ספורט⁵². כשנה לאחר שניתן פסק הדין הוגשה בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט⁵³ לבית המשפט שדן בהליך הייצוגי ואישר את הסדר הפשרה. הבקשה הוגשה על ידי אחד מחברי הקבוצה, ובה נטען שלמרות הוראות פסק הדין נמנעו הנתבעות מלשדר את מלוא התכנים להם הן התחייבו בהסדר הפשרה וכן באופן שבו התחייבו לשדרם, ובכך פגעו בצופים והפרו את הוראות בית המשפט. עוד נטען שהתובעים הייצוגיים ובאי כוחם לא פעלו לאכיפתו של פסק הדין, והקבוצה נותרה ללא ייצוג נאות. לבסוף נטען שבא כוחם של התובעים הייצוגיים הופיע כפרשן בערוץ חמש, ולכן הוא אינו יכול לספק ייצוג נאות לקבוצה. לאור זאת עתר המבקש להטיל סנקציה כספית על הנתבעות, הצופה פני עתיד, כדי שהן יפקחו על ביצוע הסכם הפשרה.

בית המשפט שדן בבקשה קבע שחוק התובענות הייצוגיות לא צפה סיטואציה מעין זו – שבה לא קיים הסדר פשרה שאושר על פי החוק – ולכן יש לבחון את המנגנונים הקבועים בפקודת בזיון בית משפט. בית המשפט בחן אם ניתן להגיש בקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט בגין אי-קיום הסדר פשרה בהליך ייצוגי, וקבע שאף שהמבקש אינו צד פורמלי להליך (שכן הוא לא שימש כתובע הייצוגי), לאור המטריה המיוחדת של דיני תובענות ייצוגיות⁵⁴ חבר קבוצה יכול להגיש בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט בהתקיים שני תנאים: אם חבר הקבוצה סבור שהדבר נעשה לשם הגנה על עניינו, וכן לאחר שניסה לפנות לתובע הייצוגי או בא כוחו והדבר לא הסתייע בידיו. עם זאת נקבע שעל בתי המשפט לעשות שימוש בסמכות מכוח פקודת בזיון בית המשפט בהליכים ייצוגיים במשורה, שאחרת תיפתח דלת לעותרים רבים המעוניינים להביא את דברם בפני בית המשפט לאור איך שהם מבינים את הסכם הפשרה ויישומו.

ככלל יש להדגיש בהקשר זה כי אדם המנוי על הקבוצה הכלולה בהסדר הפשרה רשאי בשלב שלאחר אישור הסדר הפשרה לתקוף את אופן יישומו של ההסדר, אולם אין הוא רשאי לצאת כנגד הוראותיו. אדם המנוי על הקבוצה רשאי לתקוף את הוראות ההסדר גופו

52 לפסק הדין במסגרתו אושר הסדר הפשרה ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 2474/02 רותם נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ (פורסם בנבו, 2007).

53 בש"א (מחוזי ת"א) 22194/07 זייק נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ (פורסם בנבו, 2008).

54 בהקשר למטריה המיוחדת של דיני תובענות ייצוגיות, בית המשפט התייחס לכך שפסק דין שניתן בתובענה ייצוגית מתייחס לכלל חברי הקבוצה וגם כובל אותם מבחינת מעשה בית דין (ס' 24 לחוק), וכן שלפי ס' 15 לחוק בית המשפט רשאי להתיר לחבר קבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית להשתתף בדיונים, אם מצא שהדבר דרוש לשם הגנה על עניינו של אותו חבר קבוצה. עוד על שימוש בפקודת בזיון בית משפט לצורך אכיפת הסדר פשרה בהליך ייצוגי ראו גם עניין פוקצ'טה, לעיל ה"ש 34.

על ידי הגשת התנגדות מנומקת בתוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה על ההסדר או במועד מאוחר יותר אם נקבע אחרת על ידי בית המשפט⁵⁵.

במקרה הנדון בעניין מת"ב בית המשפט קבע שהמבקש הצביע על כשל בשמירה על האינטרסים של הקבוצה שעליה הוא נמנה, ולכן יש לדון בבקשתו. בדיון בבקשה גופה נקבע שהיה כשל, שאירע בתום לב, בקביעת מנגנון פיקוח על יישום הסדר הפשרה על ידי הנתבעות, וכי ההסדר בוצע באופן חלקי בלבד. עם זאת לנוכח הצהרת הנתבעות כי יפקחו על ביצוע ההסדר מכאן ואילך, וכי הן פועלות להשלמת השידורים, נדחתה הבקשה. מקרה זה הוא דוגמה לכך שהסדר הפשרה לא קיים במלואו, התובע הייצוגי ובא כוחו לא פעלו לפקח על הוצאת הסדר הפשרה אל הפועל, ורק בשל פנייתם של חברי הקבוצה אל בית המשפט הוסדר העניין עד תומו.

מקרה רלוונטי אחר הוא עניין יוסי אבטחה. במקרה זה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית הדין האזורי לעבודה על ידי עובד נגד חברת אבטחה שעל ידיה הועסק, בגין ניכויים שלא כדין, אי-תשלום תוספת ותק, פנסיה ותגמולים, צבירת הפיצויים והפסד זיכוי ממס. ההליך הסתיים בפסק דין שאישר את הסדר הפשרה שגובש בין חברת האבטחה לבין התובע הייצוגי ובא כוחו⁵⁶.

כעשרה חודשים לאחר מתן פסק הדין שאישר את הסדר הפשרה הוגשה בקשה נוספת לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת האבטחה על ידי עובדים אחרים של החברה. עקב כך הגישה חברת האבטחה בקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור בטענה של מעשה בית דין בהליך הקודם, שנסתיים בהסדר פשרה עבור כל חברי הקבוצה. מתגובת העובדים לבקשת הסילוק, כפי שמוכחת בהחלטה בבקשת הסילוק⁵⁷, עולה שבסמוך לאחר פסק הדין שאישר את הפשרה חברת האבטחה הנתבעת הפסיקה את פעילותה, והעבירה את הפעילות לחברה אחרת באופן שהחברה הנתבעת – שהיא צד להסדר הפשרה – אינה פעילה יותר⁵⁸;

55 ס' 18 (ד) לחוק. השוו: עניין פופיק, לעיל ה"ש 32.

56 בש"א (אזורי י-ם) 1103/08 אקזיסרוב נ' ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 2008).

57 בש"א (אזורי י-ם) 1498/09 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' צ'רטקובסקי (פורסם בנבו, 2009). ערעור שהוגש על ההחלטה – נדחה: בר"ע (ארצי) 643/09 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' צ'רטקובסקי (פורסם בנבו, 2010). יוער כי היה מקרה נוסף שבו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה של הפרת הסדר פשרה, ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1918/08 הרוש נ' בנק הפועלים בע"מ (ניתן לעיין בבקשה בפנקס התובענות הייצוגיות באתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט: elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/269c.tif). על פי פרסומים, הבקשה נמחקה לאחר שהבנק הבהיר שסכום הפיצוי שולם לקבוצה, ראו: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000382208.

58 יוער כי בהחלטה קיימת מחלוקת אם הסדר הפשרה הוחל גם על החברה החדשה.

עוד נטען על ידי העובדים שהפשרה לא נעשתה על פי המנגנונים הקבועים בחוק (לא הוגשו תצהירים והצדדים לא הביאו את ההסכם לידיעת היועץ המשפטי לממשלה ומנהל בתי המשפט). בין היתר לפיכך דחה בית הדין האזורי לעבודה את הבקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור והורה על בירור הבקשה. מקרה זה הוא דוגמה לכך שהצדדים לא פעלו לקיום מלוא הוראות החוק בגיבוש הפשרה, והתובע הייצוגי ובא כוחו לא טרחו לפרסם את הפשרה כך שהדבר יובא לידיעת הקבוצה. יתר על כן, מההחלטה בבקשת הסילוק משתמע לכאורה כי החברה לא פעלה להוציא אל הפועל את הסדר הפשרה עד למועד הגשת הבקשה הנוספת לאישור תובענה ייצוגית, ומכאן גם הסיבה שהוגש הליך ייצוגי נוסף בעניינה. אם כן נחזה שבמקרה זה לא היה פיקוח ראוי ואפקטיבי על מימוש הסדר הפשרה.

מקרה נוסף שיכול להוות דוגמה לבעיית פיקוח פוטנציאלית בשלב מימוש הפשרה הוא עניין קודקוד⁵⁹. במקרה זה מאבטח במוסדות חינוך הגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת האבטחה שבה עבד בטענה שלא הפרישה כספים לקרן פנסיה לעובדים המועסקים על ידיה בתפקידי שמירה ואבטחה, כפי שמתחייב מצו ההרחבה בענף השמירה. בית הדין האזורי לעבודה דחה את בקשת האישור⁶⁰, אך במסגרת הערעור שהוגש לבית הדין הארצי לעבודה הצדדים הגיעו להסדר פשרה. בית הדין הארצי לעבודה אישר את הסדר הפשרה, ללא מינוי בודק, כאשר בהסדר הפשרה נקבע מנגנון לחלוקת פיצוי לקבוצה שלפיו כ-85% מהסכום הנותן לאחר חלוקת הפיצוי ייוסף לשכר טרחת בא כוח התובע המייצג וכ-15% הנותרים מהסכום יושבו לנתבעת⁶¹. מנגנון זה, מעבר לכך שהוא אינו עולה בקנה אחד עם לשונו של החוק⁶², יוצר לכאורה ניגוד עניינים אצל בא כוחו של התובע המייצג, שהרי ככל שהסעד שלא יחולק לקבוצה יהיה גדול יותר, כך יגדל שכר הטרחה שלו. מקרה זה הוא אפוא דוגמה לבעיית נציג פוטנציאלית שעלולה להתעורר בשלב מימוש הפשרה – בשל המנגנון שנקבע לפסיקת הגמול ושכר הטרחה בהסדר הפשרה, שבגיניו עלול להיות תמריץ שלילי לתובע הייצוגי ולבא כוחו לפעול למימוש הסעד שנפסק לקבוצה בהסדר הפשרה.

59 ע"ע (עבודה ארצי) 238/07 שמואלביץ נ' קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו, 2009); וראו גם בהרחבה על מקרה זה במאמר קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 49.

60 בש"א (אזורי ת"א) 8436/06 שמואלביץ נ' קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו, 2007).

61 לעיון בנוסח הסכם הפשרה ראו פנקס התובענות הייצוגיות באתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט: elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/385%20bhp.tif.

62 ס' 20(א)(3) לחוק קובע שבמקום שבו נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה, בית המשפט יורה על העברת היתרה לאוצר המדינה. אף שלא תמיד נעשה כך בפועל השוו: ת"א (מחוזי ת"א) 1646/04 זומר נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ (פורסם בנבו, החלטה מיום 29.4.2008) (יתרת הכספים הועברה לאגודה למלחמה בסרטן).

הבאנו לעיל שלוש דוגמאות מהדין הישראלי, אשר מייצגות את הצורך בפיקוח על הסדרי פשרה בשלב המימוש שלהם. בהקשר זה חשוב לציין כי מכשיר התובענה הייצוגית וחוק תובענות ייצוגיות, במתכונתם המוכרת כיום, הם צעירים יחסית בשיטת המשפט הישראלית. על כן בשלב זה קיים מספר קטן יחסית של דוגמאות מייצגות ולא ניתן לבחון עדיין את מלוא ההשלכות ארוכות הטווח של הסדרי פשרה שאושרו בבתי המשפט בישראל בקשר להיבט הפיקוח, ואת חוסנם של המנגנונים הקבועים בחוק, לרבות הקשיים הטמונים בהסדרים אלה. אך חשוב לציין כי מבט אל עבר שיטות משפט משוות שבהן מוסד התובענה הייצוגית הוא מוסד מבוסס מעלה שתופעה זו של אי-מימוש הסדרי פשרה היא תופעה מוכרת שאינה נפקדת אף מהן, כמו גם הצורך בפיקוח על מימוש ההסדרים⁶³.

מכל מקום, אין מחלוקת שבעיית הנציג מתעוררת גם בשלב מימוש הפשרה, כמודגם לעיל. עם זאת חוק תובענות ייצוגיות אינו קובע מנגנונים מפורשים וקשיחים להתמודדות עם בעיה זו, דוגמת המנגנונים הקבועים בשלב אישור הסדר הפשרה. תחת זאת, החוק מעניק לבית המשפט סמכות לקבוע מנגנונים כלליים שבשיקול דעת לפיקוח על מימוש הפשרה. כך לדוגמה בית המשפט רשאי לקבוע מנגנונים הדרושים לשם הגנה על עניינם של חברי הקבוצה שעליה חל ההסדר, לשם הבטחת אכיפת הדין או לשם פיקוח על ביצוע ההסדר (לרבות תנאים בדבר יציאה מההסדר של חברי הקבוצה המעוניינים בכך)⁶⁴, כאשר על הצדדים להסכים לתנאים אלה⁶⁵. כמו כן לבית המשפט סמכות כללית לתת הוראות בדבר הפיקוח על ביצוע פסק דינו⁶⁶.

אלא שהמציאות מלמדת שעל פי רוב לא נקבעים מנגנונים לפיקוח על מימוש הפשרה בהסדרי הפשרה המאושרים על ידי בתי המשפט כיום. עיון במקרים שבהם כן נקבעו

63 ראו והשוו לדוגמה: Huttenstine v. Mast, 334 Fed. Appx. 536 (4th Cir. N.C. 2009); Rolland v. Cellucci, 198 F. Supp. 2d 25 (D. Mass. 2002); Kirkland v. Legion Ins. Co., 343 F.3d 1135 (9th Cir. Or. 2003); Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp., 995 F. Supp. 534 (E.D. Pa. 1998).

64 יש לציין שנוסף על האמור, לבית המשפט סמכויות נוספות לקביעת מנגנונים בקשר ליישום הפשרה. כך לדוגמה קביעת הזכאות של כל חבר בקבוצה לסעד או להטבה; אופן חלוקת הסעד או ההטבה לקבוצת הנהנים; פעולות ביתרת הסכום שנותר לאחר חלוקתו לקבוצה ועוד (ראו ס' 20(א), 20(ב) ו-20(ג) לחוק). לשימוש במנגנונים אלה ראו לדוגמה עניין פוקצ'טה, לעיל ה"ש 34. יש לשים לב שעל פי הוראות החוק, על בית המשפט לקבוע חלק ממנגנונים אלה באופן שלא יהיה בהם כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין.

65 ס' 19(ד) לחוק.

66 ס' 20(ו) לחוק.

מנגנונים כאמור, כמפורט להלן, מעלה שעל פי רוב מנגנונים אלה לא נקבעו ביוזמת בית המשפט אלא ביוזמת היועץ המשפטי לממשלה או ביוזמת הצדדים להליך עצמם⁶⁷. בהקשר זה יש לציין שלא כל הסדר פשרה כולל סעד או הטבה כספית לקבוצה⁶⁸, וישנם הסדרים שבהם הסעד או ההטבה המצרפיים שנפסקו לכלל הקבוצה הינם בשיעור נמוך מאוד⁶⁹ או שהסדר הפשרה מתייחס לקבוצה מצומצמת של חברים⁷⁰. בהסדרים מהסוג הנזכר קיים ספק אם יש לקבוע מנגנונים לפיקוח, שעל פי רוב מצריכים השקעת משאבים, כאשר כאמור מדובר בהסדרי פשרה צנועים בהיקפם, באופן יחסי. אולם לאור העובדה שהסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים אינם כוללים על פי רוב סעד או הטבה בשיעור גבוה לכל אחד מחברי קבוצה (להבדיל מהשיעור המצרפי שלהם לכלל הקבוצה), ולאור העובדה שמימושו של הסדר הפשרה תלוי לעתים בפעולה אקטיבית של חברי הקבוצה, ומאחר שלנתבע אין אינטרס ביישום הסדר הפשרה, וגם לתובע המייצג ולבא כוחו עלול להיות אינטרס שלא ליישם את הסדר הפשרה, כאמור לעיל, יש מקום לסבור שבית המשפט הוא זה שצריך לדאוג לקביעת תנאים לפיקוח על הסדר הפשרה באופן אקטיבי, ולהלן נציע מנגנוני פיקוח.

ו. מנגנונים מוצעים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי

ניתן לשקול מנגנונים שונים שבהם בית המשפט יכול לעשות שימוש, במקרים המתאימים לכך, על מנת להקטין את החשש לכך שפערי מידע ואינטרסים זרים ימנעו מהקבוצה לממש את הסעד או ההטבה שנפסקו לה בהסדר הפשרה. חלק מהמנגנונים שנציג להלן יכולים להיות פרי החלטתו של בית המשפט, במסגרת שיקול הדעת שהחוק מעניק לו, וחלקם מוסדרים בחוק באופן מפורש.

- 67 ראו לדוגמה עניין בריוטי, לעיל ה"ש 23; ת"צ (מחוזי מרכז) 164-12-07 שרייר נ' מהדרין בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (להלן: "עניין שרייר").
- 68 ראו לדוגמה עניין רוזנברג, לעיל ה"ש 43 (הנתבעת התחייבה להפסיק לבצע גבייה מהציבור); בש"א (מחוזי ת"א) 3423/07 (ת"א 1151/07) סלומון נ' מחלבות גד בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (שינוי כיתוב על אריזות); בש"א (מחוזי ת"א) 8288/06 פלד נ' שטראוס-עלית אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 2008) (הנתבעת תערוך מבצע שבמסגרתו תייצר מוצרים עבור ציבור חולי הצליאק); עניין הירש, לעיל ה"ש 34 (הנתבעת התחייבה לסימון מוצרים).
- 69 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי ת"א) 2172/08 ריינהולד נ' דפי זהב בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (סכום ההשבה בפשרה עמד על כ-30,000 ש"ח).
- 70 ראו לדוגמה בש"א (מחוזי ת"א) 25786/06 אפשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 2009) (הקבוצה שבגינה הוגש הסדר הפשרה כללה מספר קטן של חברים).

1. הטלת חובות פיקוח על התובע הייצוגי או בא כוחו בקשר למימוש הסדר הפשרה

מנגנון אפשרי להבטחת מימוש הסדר הפשרה הוא מתן הוראות לתובע הייצוגי או לבא כוחו לפקח על מימוש הסדר הפשרה באופן שהורה בית המשפט בהחלטתו. שימוש בנציג הקבוצה בהליך הייצוגי או בבא כוחו, אשר הגישו וניהלו עבור הקבוצה את ההליך, גם בקשר לחובת הפיקוח, יכול להיות יעיל ומיטבי מקום שבית המשפט סבור שהתובע תם לב ואינו פועל מכוח אינטרסים זרים, וכן מקום שיש באמתחתם של אלה הכלים והאמצעים לפקח על מימוש הסדר הפשרה, כתלות במורכבות ההסדר שאושר.

נציין כי ישנם מקרים שבהם בתי המשפט הטילו על באי כוח התובעים הייצוגיים לפקח כאמור על יישום הסדר הפשרה, עם או בלי ליתן להם גמול או שכר טרחה נוסף בגין פעולות הפיקוח. כך לדוגמה בעניין רוזנבוך⁷¹ בית המשפט העניק לבא כוח התובע הייצוגי סמכויות פיקוח על יישום הסדר הפשרה. נקבע כי בא כוח התובע הייצוגי יהיה רשאי אחת לחודש לפקח על פעולות האיתור והחזרות הכספים, בעצמו או באמצעות מומחה מטעמו. עם זאת נקבע שעבודות הפיקוח לא יזכו את התובע הייצוגי או את בא כוחו בגמול או שכר טרחה נוסף מעבר לזה שנפסק להם. בעניין טורבתיאן⁷² בית המשפט קבע שהנתבעת תדווח לבא כוח התובעת המייצגת על ביצוע הסדר הפשרה ותציג בפניו דוחות בצירוף מדגם חשבוניות ותעודות משלוח. בעניין לזר⁷³ נפסק שבא כוח התובעות יפקח על ביצוע הסדר הפשרה שאושר על ידי בית המשפט.

יוער כי בהחלטות שונות נקבע הסדר מיוחד לגבי אופן הפיקוח על הסדר הפשרה מצד התובע הייצוגי או בא כוחו. המדובר במנגנון שבמסגרתו פוצל הגמול ושכר הטרחה של התובע הייצוגי ובא כוחו, באופן שבמעמד פסק הדין המאשר את הסדר הפשרה התובע הייצוגי ובא כוחו קיבלו רק חלק מהגמול ומשכר הטרחה שנפסקו להם, ונקבע שלאחר שיגישו לבית המשפט תצהיר או חוות דעת על כך שהסדר הפשרה מומש ושהסעד או ההטבה הוענקו לקבוצה – יקבלו את יתרת הגמול ושכר הטרחה. כך נעשה לדוגמה בעניין גבע⁷⁴. במקרה זה נפסק שהמחצית הראשונה של הגמול ושכר הטרחה ישולמו מיידית לתובע הייצוגי ולבא כוחו, עם מתן פסק הדין המאשר את הסדר הפשרה, וכי המחצית

71 בש"א (מחוזי ת"א) 16883/01 רוזנבוך נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2001) (להלן: "עניין רוזנבוך המוקדם").

72 לעיל ה"ש 23.

73 ת"צ (מחוזי ת"א) 2335/07 לזר נ' שטראוס מחלבות בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

74 ת"א (מחוזי ת"א) 2383/06 גבע נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

השנייה של הסכומים האמורים תשולם לאחרונים שנתיים מיום פסק הדין, לאחר שהצדדים יציגו לבית המשפט עדכון של יישום הסדר הפשרה עד אותו מועד. ישנם מקרים שבהם בתי המשפט קבעו שהגמול לתובע המיוצג ישולם במלואו במעמד פסק הדין המאשר את הסדר הפשרה, ורק שכר הטרחה לבא כוח המייצג יפוצל כאמור. כך לדוגמה בעניין סולגאר⁷⁵ בית המשפט קבע שלצורך פיקוח על ביצוע הסדר הפשרה יש לפצל את התשלום לבא כוח המייצג באופן ש-60% משכר הטרחה ישולם לבא הכוח לפי הסכמת הצדדים, ואילו 40% הנותרים, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, ישולמו לפי החלטה שתיתן לאחר שתתקבל עמדת הצדדים אודות סיום יישום הסדר הפשרה. בעניין הירש⁷⁶ בית המשפט קבע שבא כוח התובעים יבחן את ביצוע הסדר הפשרה, כאשר שכר הטרחה המאושר ישולם לבא כוח התובעים בשני שיעורים: 70% לפי הסכמת הצדדים ו-30% נוספים תוך 30 יום מיום שיתנו חוות דעתם בקשר לביצוע הסכם הפשרה. כן נפסק שלתשלום זה ייוספו הפרשי הצמדה וריבית החל מיום פסק הדין. בעניין סטארקיסט⁷⁷ נפסק כי הגמול ושכר הטרחה ישולמו למבקש ולבא כוחו רק לאחר שבא כוח התובע יודא כי הנתבעת העבירה את התשלום מושא הפשרה (תרומה) לעמותה המיועדת, ורק על פי החלטה נוספת של בית המשפט.

יועד כי אף שמנגנון זה – של פיקוח מצד התובע הייצוגי ובא כוחו – הוא על פי רוב פשוט ליישום ולא כרוך בעלות כספית גבוהה, עדיין קיים ספק אם הטלת הפיקוח על התובע המייצג ובא כוחו יש בה כדי לנטרל באופן מוחלט את בעיית הנציג בשלב מימוש הפשרה, שכן כאמור לא תמיד קיימת זהות אינטרסים בין התובע המייצג ובא כוחו לבין הקבוצה. בהיבט זה ראוי לציין לדוגמה כי בעניין רוזנבוך, לאחר שבית המשפט הטיל את סמכויות הפיקוח על כתפי בא כוח המייצג, התברר כעבור שנים אחדות, בעקבות פנייה לבית המשפט, כי בא כוח התובע המייצג פיקח על מימוש הסדר הפשרה באופן שזכה לביקורת מצד בית המשפט בהחלטתו⁷⁸:

"עתה כ-6 שנים לאחר מועד הפשרה שקיבלה תוקף של פס"ד; כשלפי עמדת ב"כ המבקש (סעיף 14 ו-15 לבקשה), במחצית השנה שבין 7.6.2006 ו-27.12.2006 הוחזרה עמלה רק ללקוח אחד; וכשבמהלך השנתיים וחצי שבין 20.1.2004 (סעיף 14 לבקשה) לבין 7.6.2006, הוחזר סכום של 21,500 ש"ח בלבד, המכונה ע"י ב"כ המבקש 'סכום פעוט'; וללא כל

75 עניין סולגאר, לעיל ה"ש 43.

76 עניין הירש נ' מנורה, לעיל ה"ש 23.

77 ת"צ (מחוזי מרכז) 2853-11-08 שפירא נ' סטארקיסט פודור בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

78 ת"א (מחוזי ת"א) 2240/00 רוזנבוך נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, בפס"ד להחלטה (פורסם בנבו, 2007) (להלן: "עניין רוזנבוך המאוחר").

בדיקה פרטנית, מעלה ב"כ המבקש שאלות ותהיות 'מספריות', לגבי יתרת הסכום, ולגבי מכתבי הבנק, שאלות ותהיות אלה, שמחובתו הוא כמפקח וכבודק, למען הקבוצה ולטובתה, היתה לבדוק אותן לעומק...".

יודגש לעניין זה כי בעניין רוזנבוך, בית המשפט הבהיר במסגרת ההחלטה שאישרה את הסדר הפשרה כי עבודות הפיקוח של בא כוח התובע לא יזכו את המבקש או את בא כוחו בשכר טרחה או גמול נוסף מעבר לאלה שנפסקו להם בהחלטה; כמו כן בית המשפט לא הורה על פיצול תשלום הגמול או שכר הטרחה כפי שנעשה בהחלטות אחרות שהובאו לעיל. עם זאת בית המשפט עיגן בהחלטה תמריץ לבא כוח התובע לפקח על מימוש הסדר הפשרה, בדמות קביעה שלפיה אם לאחר בירורים שיבצע בא כוח התובע יתברר כי שיעור ההחזר לחברי הקבוצה חצה סכום כספי מסוים, או אז הנתבע יפצה את המבקש ובא כוחו בגמול ובשכר טרחה נוספים, מעבר לזה שנפסק להם בהחלטה על אישור הסדר הפשרה. עם זאת עולה מההחלטה לכאורה כי מנגנון זה לא תמרץ את התובע ובא כוחו לפקח לאורך כל הדרך על מימוש הסדר הפשרה באופן הדוק.

מעניין רוזנבוך ניתן ללמוד אפוא שלא במסגרת כל הסדר פשרה ניתן להורות לתובע הייצוגי ולבא כוחו לפקח על מימוש הסדר הפשרה. ייתכן שיש עוד מקרים שבהם אין להטיל את עבודת הפיקוח על התובע או בא כוחו (כך לדוגמה במקרים שבהם נדמה כי התובע אינו תם לב ופועל מכוח אינטרסים זרים; וכן במקום שמדובר בהסדר מורכב ואין באמתחתם של הצדדים הכלים והאמצעים לפקח על מימוש הסדר הפשרה). משכך לעתים יהיה צורך במנגנונים נוספים כדי למזער את החששות הכרוכים בעניין (ובכללם חיוב בהגשת תצהירים, דיווח שוטף לבית המשפט, פיצול התשלום ועוד).

על אף האמור נדמה כי הטלת חובות פיקוח על התובע הייצוגי או בא כוחו הוא המנגנון המיטבי ביותר מבחינת עלות-תועלת, שכן הוא מתמרץ את בא הכוח המייצג לפועל לטובת הקבוצה, כאשר עלות עבודת הפיקוח אינה מגולגלת על צדדים שלישיים, ולרוב יהיה זה אף אמצעי הפיקוח הזול ביותר. בהקשר זה יש לתת את הדעת על כך שהחובות האתיות החלות על בא הכוח המייצג לפעול למען התובע – ובכלל זה גם עבור הקבוצה שאותה הוא מבקש לייצג – משמשות כמגן נוסף למימוש הסדר הפשרה. כך מחדל בלתי סביר, המנוגד להוראות בית המשפט, עשוי לעלות לעתים כדי הפרה של חובה אתית של בא הכוח המייצג, על כל המשתמע מכך⁷⁹.

79 לדיון בחובות האתיות המוטלות על עורך דין המבקש לייצג קבוצה במסגרת הליך ייצוגי השוו: אסף יעקב "רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי" עיוני משפט כו 5, 75 (2002).

2. הטלת חובות דיווח לבית המשפט לגבי מימוש הסדר הפשרה

מנגנון אחר שניתן לעשות בו שימוש לצורך הבטחת מימוש הסדר הפשרה הוא הטלת חובת דיווח לבית המשפט על הצדדים בקשר לאופן מימוש הסדרה הפשרה וההתקדמות בביצוע ההסדר. כך ניתן למצוא מקרים שבהם חובת הדיווח לבית המשפט לגבי מימוש הסדר הפשרה הוטלה על הנתבע או על בא כוחו. לדוגמה בעניין סלקום⁸⁰, בית המשפט קבע כי מבקר הפנים של סלקום – היא הנתבעת בהליך – יגיש לבית המשפט דוח המאשר את ביצוע הסדר הפשרה ויישומו. בעניין מהדריץ⁸¹ נקבע שבתום ביצוע הסדר הפשרה על הנתבעת יהיה להגיש לבית המשפט תצהיר על קיום כל התחייבויותיה, ושנתיים לאחר המועד הקובע יוגשו לבית המשפט אסמכתאות המאשרות כי הנתבעת קיימה את התחייבויותיה. בעניין גוטליב⁸² נקבע שהנתבעת תמציא לבית המשפט בתום המבצע מושא הסדר הפשרה, אישור בתצהיר מאת נושא תפקיד מתאים בנתבעת, בדבר ביצוע ההסדר. בעניין סולגאר⁸³ נקבע שבאי כוח הנתבעות יודיעו לבאי כוח התובעים, לבודק ולבית המשפט על דבר משלוח הסעד לקבוצה לאחר מתן פסק הדין ובתקופות קצובות נוספות, בדו"ח מאומת בתצהיר. בעניין שפירא⁸⁴ נקבע שהנתבעת תדווח לבית המשפט כמה מחברי קבוצה פנו אליה לקבלת החזר, ומהו הסכום הכולל שהוחזר לחברי הקבוצה על פי הסכם הפשרה.

לכאורה הטלת חובת דיווח על הצדדים להליך כלפי בית המשפט, במועדים קצובים, יכולה להיות פתרון יעיל, שכן בית המשפט נשאר מעורב באופן ובקצב מימוש הסדר הפשרה.

עם זאת גם כאן יכולים להתעורר חששות שעה שהדיווח על מימוש הסדר הפשרה מקורו בצדדים עצמם ולא בדיווחים חיצוניים-אובייקטיביים. ואמנם, במידה ומתעורר חשש שהצדדים להליך לא יפקחו באופן מיטבי על מימוש הסדר הפשרה, ניתן לעשות שימוש במנגנון שבו הגורמים הנהנים מהסדר הפשרה יפקחו וידווחו לבית המשפט על מימוש הפשרה. כך לדוגמה בעניין יקירביץ⁸⁵ נקבע בהסדר הפשרה כי הנתבעות ישלמו כספים כתרומה לגופים שונים. במסגרת פסק הדין שאישר את הפשרה, בית המשפט קבע שהגופים ימסרו הודעה המאשרת כי אמנם קיבלו לידיהם את התרומות נושא הסכם הפשרה, וכי שכר

80 ת"א (מחוזי ת"א) 1162/04 לידרמן נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

81 עניין שרייר, לעיל ה"ש 67.

82 ת"צ (מחוזי מרכז) 10504-11-08 גוטליב נ' מחלבות יטבתה ע"ש אורי חורזו ז"ל בע"מ (פורסם בנבו, 2009).

83 לעיל ה"ש 75.

84 ת"א (מחוזי ת"א) 1757/06 שפירא נ' דרך ארץ הייוויז (1997) בע"מ (פורסם בנבו, 2008).

85 בש"א (מחוזי ת"א) 27715/05 יקירביץ נ' תרימה מוצרי רפואה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 2009).

הטרחה לבא כוח המייצג והגמול לתובעת המייצגת ישולמו רק לאחר קבלת אישור זה. בעניין מהדריין⁸⁶ חלק מהסעד מושא הסדר הפשרה היה תרומה לאגודה למלחמה בסרטן. בית המשפט הורה שתוכן ההסדר יובא לידיעתה של האגודה למלחמה בסרטן, והורה שהאגודה תעמוד על קיומו. בעניין לוי⁸⁷ בית המשפט אמנם לא קבע מנגנון לפיקוח על ביצועו של הסדר הפשרה, אך קבע שניתן להניח כי אותם ארגונים לקידום זכויות בעלי לקות שמיעה שהיו מעורבים בגיבושו של הסדר הפשרה, יפקחו מצדם על ביצועו. על אף היתרונות הגלומים במסלול זה של דיווח לבית המשפט, חשוב לזכור שיש בדבר כדי להעמיס על בתי המשפט ולגזול משאבים שיפוטיים יקרים. יתר על כן, המשך הדיווח לבית המשפט עלול לפגוע באטרקטיביות של הסדר הפשרה בעיני הצדדים, לאור התמשכות והתארכות ההליך ולאור חוסר הוודאות בהחלטות בית המשפט בקשר עם הפיקוח. עם זאת זה מכבר הובעה בפסיקה הדעה כי בהליכים ייצוגיים הסדרי פשרה ומימושם עשויים לארוך זמן רב, וכי לבית המשפט סמכות טבועה לדון בכל עניין ודבר הקשור ליישום הפשרה גם לאחר מתן פסק הדין המאשר את הפשרה⁸⁸.

3. הטלת חובת דיווח לגופים חיצוניים לגבי מימוש הסדר הפשרה

מנגנון פיקוח אפשרי הוא זה שבו תוטל על הצדדים להליך חובת דיווח בקשר להסדר הפשרה, אך לא דווקא חובת דיווח לבית המשפט, אלא לגורמים חיצוניים כגון משרדי ממשלה, רגולטורים, רשויות או ארגונים האמונים על הסוגיות מושא הפשרה. כך לדוגמה בפשרה בהליך שבו נתבע בנק ניתן להטיל חובת דיווח לגבי הסדר הפשרה למפקח על הבנקים (וראו את הערתו של בית המשפט בעניין רוזנבוך המאוחר לעיל), או לחלופין בהסדר פשרה העוסק בסוגיות סביבתיות תוטל חובת דיווח למשרד להגנת הסביבה. ואמנם כך נעשה לדוגמה בעניין בריוטי⁸⁹. המדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד מפעל לייצור תרכובות, שנטען כלפיו שגרם למפגעי ריח הפוגעים באיכות החיים של תושבי הסביבה. במסגרת הפשרה, המפעל התחייב לתכנית השקעות רב-שלבית לטיפול בנושא מקורות הריח באתר המפעל. במסגרת פסק הדין שאישר את הסדר הפשרה, בית המשפט קבע שהמפעל ידווח בכתב מדי שישה חודשים למשרד להגנת הסביבה בדבר ביצוע התחייבויותיו על פי הסדר הפשרה.

יוצר כי אף שמנגנון זה, בדבר דיווח לגבי מימוש הסדר הפשרה לגופים חיצוניים, נחזה להיות מנגנון מיטבי, אין ערובה לכך שרגולטורים או רשויות שונות יהיו מוכנים לקחת חלק

86 לעיל ה"ש 68.

87 ת"א (מחוזי ת"א) 2719/06 לוי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

88 עניין רוזנבוך המאוחר, לעיל ה"ש 79.

89 עניין בריוטי, לעיל ה"ש 23.

פעיל בהסדרי פשרה ולשמש כשומרי הסף של הקבוצה המיוצגת. כמו כן לא בהכרח לכל הרשויות יש משאבים וכלים לפקח על הסדרי פשרה.

4. מינוי נאמן, ממונה או בודק לפיקוח על מימוש הסדר הפשרה

כאמור לעיל, החוק מאפשר לבית המשפט למנות ממונה אשר יסייע במימוש הסדר הפשרה. החוק קובע שהממונה יסייע בקביעת הזכאות לסעד לחברי הקבוצה ודרך חלוקתו⁹⁰. אולם אין מגיעה, כך נחזה, שבית המשפט יסייע בממונה גם לצורך פיקוח על יישומן של הוראות אחרות בהסדר הפשרה⁹¹.

ניתן למנות נאמן, ממונה או בודק, לדוגמה במקום שבו מתעורר חשש כי התובע המייצג אינו תם לב והוא פועל מכוח אינטרסים זרים, או במקום שבו בית המשפט סובר שאין באמתחתו של בא כוח התובע היכולת המקצועית לפקח על מימוש הסדר הפשרה, בשל מורכבות ההסדר שאושר או הולמות הייצוג של בא כוח התובע.

יש לציין כי על אף שמנגנון זה נקבע במפורש בחוק, כמעט ולא נעשה בו שימוש על ידי בתי המשפט בהחלטות המאשרות הסדרי פשרה. ניתן לציין כחריג את עניין פוקצ'טה⁹² שבו בית המשפט עשה שימוש בממונה. במקרה הנדון בית המשפט מינה ממונה (עורך דין) וציין כי על כל חבר קבוצה המעוניין בפיצוי, לחתום על תצהיר בפני ממונה, אשר שכר טרחתו ישולם על ידי הנתבעים. בהקשר זה יוער כי כאשר ממונה בתיק בודק, אולי ניתן להרחיב את סמכויותיו באופן שיפקח גם על הסדר הפשרה, ככל שאין לו התנגדות לכך, שהרי על פי רוב הבודק בקיא בנתונים ובמתווה הסדר הפשרה.

יש לציין עוד כי גם עובר לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נעשה שימוש בצדדים שלישיים על מנת לפקח על מימוש הסדר הפשרה. בעניין גדיש⁹³ בית המשפט מינה נאמן עבור חברי הקבוצה על מנת שידאג לאינטרסים שלה, ואף הורה לו לדווח לבית המשפט על ביצוע הסכם הפשרה ועל התקדמותו אחת לחצי שנה. עוד נקבע שהנאמן יהיה כפוף להוראות בית המשפט.

מנגנון שבו נאמן, ממונה או בודק ימונו לפקח על מימוש הסדר הפשרה יש בו, כך נדמה, כדי להקטין את החשש בדבר ניגוד העניינים בשלב אישור הסדר הפשרה. עם זאת מינוי של נאמן, ממונה או בודק עלול לייקר את מנגנון הפשרה ולהערים עלויות כבדות על הצדדים, באופן שנתבעים יירתעו מלהגיע להסדרי פשרה.

90 ראו גם תק' 14 ו-15 לתקנות תובענות ייצוגיות המוסיפות ומפרטות את דרך עבודתו של הממונה ואופן הגשת ערר על החלטתו.

91 ראו לדוגמה עמדתו של פרופ' קלמנט במאמרו "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 33.

92 לעיל ה"ש 34.

93 ת"א (מחוזי ת"א) 1646/04 זומר נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ (פורסם בנבו, פסק דין מיום 20.11.2006).

בכל אחד מהמנגנונים שהוצגו לעיל טמונים יתרונות וחסרונות, כפי שהובהר. כאמור, לא כל מנגנון מתאים לכל הסדר פשרה, וטיב המנגנון צריך להיגזר מאופי ההסדר (לרבות גודל הקבוצה וגובה הנזק) וכן מטיב הסעד או ההטבה שניתנים במסגרת ההסדר לקבוצה. על אף האמור, טוב יעשו בתי המשפט אם יפעלו ליצור מנגנונים מבקרים על הליך הסדר הפשרה עד תומו.

ז. סיכום

על אף שבעיית הנציג מתעוררת במלוא עוזה גם לאחר שלב אישור הסדר הפשרה, בשלב שבו יש לממש את הסעד או ההטבה שנפסקו לקבוצה, חוק תובענות ייצוגיות אינו קובע מנגנון סדור ומפורט לעניין מימוש הפשרה בדומה למנגנון הקבוע בחוק בקשר לשלב אישור הפשרה. תחת זאת, החוק מעניק לבית המשפט שיקול דעת אם לקבוע מנגנונים לפיקוח כאמור אם לאו, וכן מעניק לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את סוג המנגנון שבו יעשה שימוש לצורך האמור.

בפועל, בתי המשפט אינם מרבים לקבוע מנגנונים לפיקוח על מימוש הסדר הפשרה אף שבהליך ייצוגי, להבדיל מהליכים אזרחיים רגילים, נדרש בית המשפט להגן על הקבוצה שאינה נוכחת בהליך. הצגנו מנגנונים שונים ומגוונים שבהם בית המשפט יכול לעשות שימוש, במקרים המתאימים לכך, על מנת להקטין את החשש שפערי מידע ואינטרסים זרים ימנעו מהקבוצה לממש את הסעד או את ההטבה שנפסקו לה. חלק מהמנגנונים כאמור יכולים להיות פרי החלטתו של בית המשפט וחלקם מוסדרים בחוק. כמובן שיש לזכור שלא כל הסדר פשרה מחויב במנגנון פיקוח כאמור, שכן החלטה על קביעת מנגנון פיקוח במסגרת הסדר פשרה צריכה להיגזר מאופי ההסדר וכן מטיב הסעד או ההטבה שניתנים במסגרת ההסדר לקבוצה.

כך או כך, חשוב להציף את העובדה שבעיית הנציג בהליך הייצוגי ממשיכה לרחף מעל לקבוצה המיוצגת גם לאחר נעילת הדיון וגם לאחר שניתן פסק דין המאשר את הסדר הפשרה, וטוב יעשו בתי המשפט אם יפעלו ליצור מנגנונים מבקרים על הליך הסדר הפשרה עד תומו.