

הייצוגית הולמת, הפשרה לא תמיד

הצלחתו של חוק תובענות ייצוגיות להגדיל את מספר התובענות הצרכניות המוגשות גררה תופעה נוספת, והיא סיום מהיר של רבות מתובענות אלה בפשרה. היעדר פיקוח אפקטיבי על פשרות אלה עלול להביא לכשלונה של התובענה הייצוגית בהשגת מטרת החוק

אלון קלמנט

שרה. יתרה מכך, רבות מן הפשרות בתביעות הייצור גיות הצרכניות אשר אושרו על ידי בתי המשפט היו פשרות שבהן לא ניתן פיצוי ישיר לחברי הקבוצה המיוצגת. פשרות מסוג זה כוללות בין היתר פשרות קופונים, שבהן הפיצוי ניתן בדרך של שוברי הנחה או מבצעים ללקוחות, פשרות המעניקות תרומה לגופים ציבוריים, או פשרות שעיקרן התחייבות עתידית של הנתבעת להימנע מהפעולה נשואת התובענה בעתיד. מתוך 14 פשרות שאושרו בתובענות ייצוגיות צרכניות בין אוקטובר 2008 לאוקטובר 2009, רק פשרה אחת נתנה פיצוי ישיר לחברי הקבוצה המיוצגת.

פשרות אלה מעוררות קושי מיוחד הנובע מהחשש שהנהגים העיקריים מהן הם עורך הדין והתובע המייצג, אשר זוכים לשכר טרחה ולתגמול כספי בעין יפה. לעומת זאת, מטרתיה של התובענה הייצורית – אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות – אינן מושגות בפשרות אלה. נושא הפשרה לא היה מוסדר בדין שקדם לחקיקת חוק תוב-

מאז כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוריות במארכ 2006 גבר השימוש במכשיר התובענה הייצוגית, ואיתו התפתחה הפסיקה שפירשה ויישמה את החוק. החוק החדש אמנם לא חולל מהפכה ביחס לדין שקדם לו, אולם הוא הביא למספר שינויים חשובים בהיקף העילות שבהן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית, בתנאים לאישור התובענה הייצוגית, ובהסדרים הדיוניים לאישור התובענה הייצוגית וניהולה. אחד מן השינויים המשמעותיים בחוק החדש הוא הרחבת עילות התביעה בתחומים הצרכניים. מנתוני פנקס התובענות הייצוגיות עולה כי אכן הרחבה זו

השיגה את מטרתה, ככל שזו נמדדת במספר התובענות הצרכניות שהוגשו. כך, למשל, מתוך 295 בקשות לאישור תובענה ייצוגית אשר הוגשו בין אוקטובר 2008 לאוקטובר 2009, 195 (כשני שלישים) היו בתחומים צרכניים (לפי פרטים 3¹ לתוספת השנייה לחוק). אולם הצלחתו של החוק להגדיל את מספר התובענות הצרכניות המוגשות גררה תופעה נוספת, והיא סיום מהיר של רבות מתובענות אלה בפ-



פרופ' אלון קלמנט, עוסק בתובענות ייצוגיות, המרכז הבינתחומי, הרצליה

**פשרות בתובענות ייצוגיות
מעוררות חשש שהנהגים
העיקריים מהן הם
עורך הדין והתובע המייצג,
אשר זוכים לשכר טרחה
ולתגמול כספי בעין יפה.
לעומת זאת, מטרתיה
של התובענה הייצוגית אינן
מושגות בפשרות אלה**



ברשימה זו אבקש לעמוד על הבעייתיות הייחודית הקיימת בהסדרי הפשרה בתובענה הייצוגית הצרכנית, ועל הבעייתיות באישורם של הסדרי פשרה ללא קיומם של מנגנוני הפיקוח וההגנה שקבועים בחוק. **החשיבות בהסדרה מפורטת של פשרות בתובענה הייצוגית.** הסדרתן של פשרות בתובענה הייצוגית היא חשובה בגלל מספר סיבות. ראשית, מרבית התובענות הייצוגיות מסתיימות בפשרה, ולכן מטרתה של התובענה הייצוגית מושגת בעיקר באמצעות הסנקציות והסעדים שמוטלים על הנתבע

ענות ייצוגיות. המחוקק, אשר היה מודע לבעייתיות המובנית בפשרות בתובענות הייצוגיות, הסדיר נושא זה באופן מפורט בחוק החדש. החוק קבע מנגנונים רבים שמטרתם לסייע בידי בתי המשפט לפקח על הסדרי הפשרה בתובענה הייצוגית. אולם בחינה של הסדרי הפשרה שאושרו עד כה מעלה כי קיימת נטייה של בתי המשפט לוותר על השימוש במנגנוני הפיקוח וההגנה שקבע החוק. מגמה זו בפסיקת בתי המשפט מהווה איום ממשי על יכולתה של התובענה הייצוגית להשיג את מטרתה.

בפשרה, ולא בפסק דין.

שנית, בניגוד לפשרה בתובענה רגילה, שהיא עניינים של הצדדים להליך ולפיכך אינה דורשת את התערבותו של בית המשפט, פשרה בתובענה ייצור גית מכריעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת בהיעדרם. אישורו של הסדר הפשרה מקים כלפיהם מעשה בית דין ומשפיע על זכות הגישה שלהם לבית המשפט, למרות שלא נטלו חלק פעיל בתביעה או בעיצוב הסדר הפשרה.

שלישית, וכתוצאה מן המאפיינים הקודמים, סיומה של התובענה הייצוגית בדרך של פשרה יוצר שתי בעיות עיקריות וייחודיות – בעיית הנציג וב- עיית התביעות הסחטניות. בעיית הנציג נובעת מקיומו של ניגוד עניינים בין התובע המייצג ובא כוחו לבין קבוצת הצרכנים המיוצגת. בתביעה רגילה התר- בע והנתבע הם בעלי האינטרס היחידים בתוצאותיה. כל אחד מהם יכול להעריך את סיכוייו וסיכויניו בתביעה ולקבוע מהי הפשרה שתהיה מוסכמת עליו. המצב שונה בתובענה הייצור גית. חברי הקבוצה המיוצגת אינם שותפים לניהול הת- ביעה או למשא ומתן לפש- רה. היעדרם עלול לגרום לכך שזכויותיהם יקופחו בהסכמת נציגיהם – התובע ועורך הדין המייצגים, שעלולים להיות

מונחים על ידי האינטרס האישי שלהם ולהסכים לפשרה אשר שכרם ממנה גבוה.

מן הצד האחר של מטבע הפשרה מצויה בעיית התביעות הסחטניות. הבעיה נוצרת כאשר הפשרה משמשת כלי בידי תובעים ועורכי דין להפקת רווח מאיומים בתביעות סרק שהגישו. נתבע שחושש מפגיעה במוניטין שלו כתוצאה מהגשת תובענה ייצוגית נגדו, ואשר רוצה לחסוך את עלויות שכר הטרחה והמומחים, יהיה מוכן לשלם על כך בפשרה, גם אם סיכויי התביעה להצליח נמוכים. מאחר שה- תביעה מסתיימת בפשרה, עלויותיה עבור עורך הדין והתובע המייצג אינן גבוהות. כך, הפשרה בתובענה הייצוגית מייצרת מנוף להגשת תביעות סחטניות

בידי תובעים ועורכי דין שבאמצעותו הם יכולים להטיל על נתבעים עלויות גבוהות בהשקעה נמוכה. **סוגי הפשרות לפי החוק.** כדי להתמודד עם בעיות אלה, החוק החדש מבחין בין ארבעה סוגי פשרה וקובע הסדרים שונים לאישורו של כל אחד מהם: החוק מבחין בין פשרה שהוגשה לאישור בית המש- פט לפני שאישר את התובענה הייצוגית, לבין פשרה שהוגשה לאישורו לאחר מכן. הבחנה נוספת שעושה החוק היא בין פשרה המיועדת לחייב ולזכות את כלל חברי הקבוצה המיוצגת בדרך של מעשה בית דין הקרויה "הסדר פשרה", לבין פשרה שחלה על התובע המייצג בלבד וקרויה "הסתלקות".

שילוב של שתי ההבחנות יוצר ארבעה סוגי פשרה – הסדר פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית, הסדר פשרה לאחר אישור התובענה הייצוגית, הסתלקות לפני אישור התובענה הייצור גית והסתלקות לאחר האישור. ההסדרים הקבועים בחוק מת- חשבים בסיווגה של הפשרה, בבעיות העלולות להתממש בגינה, ובהשלכותיה על קיום מטרות התובענה הייצוגית. כך, למשל, החוק דורש דרישות משמעותיות ורבות יותר בה- ליך אישורם של הסדרי פשרה שיוצרים מעשה בית דין, ומר- באים לאישור לפני שבית המ- שפט הספיק לבדוק האם ראוי

לאשר את התביעה כיייצוגית. פשרות אלה דורשות יותר פיקוח, שכן בשלב שלפני האישור גבוהים יותר החששות מפני תביעת סרק ומפני קיפוח חברי הק- בוצה. בפועל, רוב הפשרות מוגשות לאישור דווקא בשלב זה. כך, מתוך 97 פשרות שהוגשו לאישור או שנתקבלה בהן החלטה מאז כניסת החוק החדש לתוקף, 89 הוגשו לאישור טרם ההכרעה בבקשה לאישור התובענה כיייצוגית. במקרים רבים בתי המ- שפט אינם מבצעים את הבדיקות הנדרשות לפני שהם מאשרים את הפשרות הללו. לעיתים הצדדים אף מבקשים לעשות שימוש בפרוצדורה המקוצרת לאישור הסתלקות, על אף שהפשרה שהם מגיעים אליה אמורה לחייב במעשה בית דין את חברי הק-

**בתי משפט רבים מתנגדים
למינוי בודק, למרות הוראתו
המפורשת של החוק.
מבדיקה של 41 הסדרי
פשרה שהתקבלה לגביהם
החלטה של אישור או דחייה
מאז קבלת החוק עולה
שבית המשפט מינה בודק
ב־12 תובענות בלבד**

בוצה. מציאות זו מאיינת במידה רבה את החשיבות שהעניק החוק בסיווג כל אחד מסוגי הפשרה ובהסדרים המיוחדים שקבע לכל אחד מהם.

מנגנוני ההגנה והפיקוח על הסדרי הפשרה. כדי לסייע בהשגת מטרות התובענה הייצוגית גם בהליך הפשרה, החוק נותן בידי בית המשפט כלים רבים להתגברות על בעיית הנציג ובעיית התביעות הסטטוטוריות. מנגנונים אלה הכרחיים לשם קיום דרישת החוק שהסדר הפשרה יהיה "ראוי, הוגן וסביר".

כך, החוק מטיל הגבלות על הסדר הפשרה ותוכנו. במסגרת זו, בין היתר, החוק דורש מבאי כוח הצדדים לצרף תצהירים אשר בהם יגלו ב"גילוי נאות את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה". עוד קובע החוק כי הסדר הפשרה לא יותנה בגמול תובע המייצג או בשכר הטרחה לעורך הדין. החוק מאפשר לחברי הקבוצה לבקש שההסדר לא יחול עליהם או להגיש התנגדות להסדר, וכן מאפשר לגורמים אחרים להגיש התנגדותם להסדר. כך, למשל, החוק מחייב פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לאישור הסדר הפשרה, וכן מחייב משלוח ההודעה ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט ולכל אדם אחר שימצא לנכון. החוק גם מאפשר לבית המשפט לקבוע בהסדר הפשרה תנאים מסוימים, אשר נראים לו דרושים לשם הגנה על עניינם של חברי הקבוצה שעליה חל ההסדר, לשם אכיפת הדין או לשם פיקוח על ביצוע ההסדר.

לבסוף, החוק אף נותן בידי בית המשפט כלים שמאפשרים הערכה מדויקת יותר של הפרמטרים הרלוונטיים לצורך ההחלטה אם לאשר את הפשרה. לשם כך החוק מתנה את אישור הסדר הפשרה על ידי בית המשפט במינוי של בודק שייתן חוות דעת לגבי הסדר הפשרה המוצע. החוק קובע בלשון ברורה שמינוי הבודק הוא הכללי, וכי אי מינוי של בודק הינו חריג המותנה בכך שבית המשפט סבור "שחווות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו".

המטרה של מנגנונים אלה היא להתגבר על חסרונן של היסוד האדברסרי בעת אישור הסדר הפשרה. יסוד זה אינו קיים בעת הדיון באישור הפשרה, שכן בשלב זה שני הצדדים – התובע המייצג והנתבע – עומדים מאותו צד של המתרס, ושניהם מעוניינים לשכנע את בית המשפט לאשר את הפשרה. למרות זאת, בתי המשפט נוטים במקרים רבים שלא לקיים את

הוראות החוק ולוותר על חלק מההסדרים הקבועים בו. כך, למשל, בתי משפט רבים מתנגדים למינוי בודק, למרות הוראתו המפורשת של החוק. מבדיקה של 41 הסדרי פשרה שהתקבלה לגביהם החלטה של אישור או דחייה מאז קבלת החוק עולה שבית המשפט מינה בודק ב-12 תובענות בלבד. נטיית בתי המשפט שלא להשתמש במנגנון הגנה זה או אחר פוגעת בקיום מטרות החוק ובהליך התובענה הייצוגית כולו.

הרחבת שיקול הדעת של בתי המשפט – עניין סבו נ' רשות התעופה. עידוד לגישה השלטת בבתי המשפט שלפיה יש להקל בדרישות לאישור הסדר פשרה בתובענה הייצוגית ניתן לאחרונה ברע"א 8479/02 סבו נ' רשות התעופה. בית המשפט העליון ישב בערעור על אישורה החלקי של תובענה ייצוגית להשבת כספים שנגבו בגין אגרת נוסעים היוצאים מנמלי התעופה בישראל ("אגרת נמל"). התובעת טענה שחויבה ביתר ב-7.60 שקלים כאשר רכשה חמישה כרטיסי טיסה ביום 23.2.1999. לטענתה, שער הדולר לצורך תשלום האגרה חושב על פי שער החליפין הגבוה, מכירת דולרים ("שער מכירה"), ולא על פי השער היציג של דולר ארה"ב ("שער יציג"), בניגוד להוראת תקנות רשות שדות התעופה (אגרת), תשנ"א-1991, כנוסחן ביום הגשת התביעה. במקרה זה, הסדר הפשרה התקבל ואושר כתוצאה מיוזמתו של בית המשפט העליון. בית המשפט קבע, בדעת רוב, שהחשש מפני קנוניה "אינו קיים במקום שהפשרה הינה פרי הצעתו של בית המשפט, הניתנת על בסיס היכרות מעמיקה של נתוני העניין". דעת הרוב סברה שבית המשפט אינו צריך להפעיל את המנגנונים הקבועים בחוק לאישור הסדר פשרה שהוא פרי הצעתו. לפיכך, בית המשפט לא הורה על פרסום הודעה על הסדר פשרה או על הודעה לגורמים הרלוונטיים, וממילא לא איפשר הגשת התנגדות או בקשות של חברי הקבוצה המיוצגת לצאת מן הקבוצה. ההחלטה אף לא הגדירה את הקבוצה המיוצגת, את עיקרי הסדר הפשרה, את עילות התובענה, את השאלות המשותפות לחברי הקבוצה ואת הסדדים שנתבעו.

בחינה של הסדר הפשרה שאושר מגלה שהוא כלל תובעים שכלל לא נכללו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה לבית המשפט המחוזי. יתרה מכך,

לבית המשפט של חברי הקבוצה המיוצגת באמצעות מימוש זכותם לצאת מהקבוצה; והיא מתעלמת מב- עיית תביעות הסרק בפשרה בתובענות ייצוגיות.

סיכום. שלוש וחצי שנים לאחר כניסתו לתוקף, חוק תובענות ייצוגיות הביא לשינוי בשימוש בתוב- ענה הייצוגית בישראל. הרחבת העילות, בעיקר בת- חומים הצרכניים, הביאה להגשתן של תביעות רבות יותר מבעבר. החוק החדש הביא לכך שבתי המשפט מתמודדים באופן תדיר יותר עם השאלות הפרש- ניות הרבות שמעלה החוק, ובמקרים רבים מוצאים להן פתרונות ראויים, התומכים בבסיסה של התו- בענה הייצוגית כמכשיר יעיל וראוי לאכיפה ולפיצוי. יחד עם זאת, בתי המשפט גם מקדמים את המגמה לסיים באופן מהיר את רובן המכריע של התובע- נות הייצוגיות שהוגשו בפשרה או בהסתלקות לפני אישור.

ברור כי נוכח הבעייתיות המובנית בהליך הפשרה בתובענה הייצוגית נדרשת הקפדה של בתי המשפט על ההליכים והקריטריונים הנדרשים לאישור הסדר פשרה. היעדרו של פיקוח אפקטיבי על פשרות אלה עלול להביא לכשלונה של התובענה הייצוגית בה- שגת מטרות החוק. למרבה הצער, המגמה המסת- מנת בפסיקת בתי המשפט היא הפוכה, ואלה נוטים לוותר על השימוש במנגנוני ההגנה הקבועים בחוק התניית השימוש במנגנוני ההגנה הקבועים בחוק בשיקול דעתו של בית המשפט, גישה אשר קיבלה חיזוק גם מפסיקת בית המשפט העליון, עלולה לה- ביא, וכבר הביאה, לאישורן של פשרות אשר פוגעות במטרות ההליך הייצוגי.

מן הראוי שכאשר בית המשפט העליון יידרש שוב לנושא הפשרה, יבהיר את עמדתו באופן שיגן על זכויות הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי ויגשים את מטרות התובענה הייצוגית. עד אז, מוטב שבתי המשפט המחוזיים יקפידו לקיים את המנגנונים הק- בועים בחוק בבואם לקבוע האם לאשר או לדחות הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. שאם לא כן, התובע- נה הייצוגית תהפוך למנגנון להפקת רווח קל לעורכי דין ולתובעים מייצגים, ותו לא.

ההסדר, שאושר על ידי בית המשפט העליון ביום 15.12.08, החיל מעשה בית דין על רוכשים עתידיים של כרטיסי טיסה עד תום שנת 2009, שעילת הת- ביעה שלהם טרם באה לעולם במועד אישור הסדר הפשרה.

אין ספק שהחשש מקנוניה קטן כאשר הסדר הפ- שרה מוצע על ידי בית המשפט. אולם מנגנוני ההגנה הקבועים בחוק מיועדים גם למטרות נוספות: הם מאפשרים לחברי הקבוצה לבקש שהסדר הפשרה לא יחול עליהם, הם מידעים את הגורמים הרלוונטיים לתובענה על הסדר הפשרה ומאפשרים להם להגיש התנגדויות להסדר, והם דורשים שבית המשפט יבחן את ההסדר לאור קריטריונים שקבע החוק. ויתור על כל אלה בהסדר פשרה המקים מעשה בית דין וחוסם תביעות עתידיות של חברי הקבוצה המיוצגת פוגע בזכות הגישה שלהם לבית המשפט באופן שאינו מידתי.

בעניין **סבו** הלכה דעת הרוב צעד נוסף והעי- רה בהערת אגב כי "הפרשנות המשפטית הראויה להוראות החוק בעניין התנאים לאישורו של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אמורה להביא לתוצאה כי הפעלתן כפופה לשיקול דעת שיפוטי, ומכוונת למ- קרה שבו נדרש כלי-עזר בידי בית המשפט לצורך בדיקת הצעת פשרה, כאשר עולה חשש של ממש כי אישורה עלול להיות כרוך בפגיעה ממשית בגורם בעל ענין לגיטימי בהליך הייצוגי".

אימוץ אמת המידה הקבועה בהערת אגב זו עלול לשמוט את הבסיס לפיקוח בית המשפט על הפשרה, ואיתו את התועלת הציבורית בתובענה הייצוגית. כפי שברור מההסדר שאושר בעניין **סבו**, הבעייתיות הזו עלולה להתממש על אף כוונותיהם הטובות וכי- שוריהם המעולים של שופטי בית המשפט.

גישתו של בית המשפט העליון, בכל הכבוד הראוי, אינה עומדת בקנה אחד עם לשונו ותכליתו של חוק תובענות ייצוגיות, והיא מתעלמת מהבעייתיות המובנית בהסדר הפשרה בתובענה הייצוגית. גישה זו מניחה שבית המשפט יכול לבצע את תפקידו באישור הסדר הפשרה - הגנה על חברי הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי - ללא הליך אדברסרי; היא ממעיטה מערכה של חשיפת הסדר הפשרה לה- תנגדויות וביקורת; היא מתעלמת ממטרה עיקרית של ההסדר הקבוע בחוק, שהיא הגנה על זכות הגישה

**הכותב מודה לנטע רילוב ולדניאל עינב על סיועו
בכתיבת מאמר זה.**