

עבודה סמינריונית בנושא:

בעיית הנציג בהסדר פשרה בהליך תובענה ייצוגית

תוכן

2	מבוא
4	סקירה ספרותית
4	המסגרת העיונית של התובענה הייצוגית
6	התובע בתובענה ייצוגית
7	התובע המייצג
9	הסדר הפשרה בתובענות ייצוגיות
14	בעיית הנציג
18	בעיית תביעות הסרק
20	סיכום
23	ביבליוגרפיה

## בעיית הנציג בהסדר הפשרה בהליך תובענה ייצוגית

### מבוא

תובענה ייצוגית היא תביעה אזרחית המנוהלת בשמם של קבוצת בני אדם שלא ייפו פיזית את כוחו של אדם לעשות זאת (התובע המייצג) והמעוררת שאלה משפטית ו/או עובדתית המשותפת לכלל התובעים. חוק תובענות ייצוגיות<sup>1</sup> התקבל בכנסת בשנת 2006 וחוקיקתו באה בעקבות קריאתו של בית המשפט העליון ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נגד א.ש.ת. ניהול פרוייקטים<sup>2</sup>. בפסק דין זה בית המשפט הדגיש את החשיבות בהסדרת נושא התובענות הייצוגיות בחקיקה מסודרת ואחידה. לפני החוק מנגנון הגשת התובענות הייצוגיות היה קבוע בסעיפים מיוחדים בחוקים שונים אשר קבעו את ההסדר להגשת תובענות ייצוגיות ודרך ניהולן של תובענות אלה<sup>3</sup>.

מטרת החוק המרכזית היא לקבוע את הכללים להגשת תביעה ייצוגית, דרך הגשתה וניהולה לשם שיפור ההגנה על זכויות. מטרת אחרות הן מתן היתר לקידום ושיפור זכות הגישה לערכאות במיוחד לאוכלוסייה המתקשה בכך, וכך גם לתת סעד הולם לנפגעים מהפרת דין

<sup>1</sup> חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 (ייקרא מעתה "החוק").

<sup>2</sup> רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003).

<sup>3</sup> למשל תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

והרתעת הרבים. בנוסף, החוק קובע כללי ניהול של תובעה ייצוגית על מנת לייעל את ניהול ההליך בצורה הוגנת וממצה של תביעות. החוק בעצם קובע מנגנון מפורט להגשת תובענה ייצוגית וניהולה, נוסף על מערכת איזונים וזאת דרך קביעת כללים אחידים להגשת תובענה ייצוגית וניהולה בצורה שמשפרת את ההגנה על זכויות הצדדים.

החוק אף הרחיב את מסגרת העילות שבעטיין ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית<sup>4</sup>, וקבע מסגרת פרוצדוראלית מפורטת שמסדירה את שלבי ההליך של התובענה הייצוגית. חלק מן הקטגוריות לא היו קיימות לפני חקיקת החוק כמו למשל תביעות להשבה בגין גבייה לא חוקית על ידי רשויות אשר הייתה אפשרית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי<sup>5</sup> ובוטלה בפסק דין א.ש.ת. החוק אף מסדיר את הזכויות של חברי הקבוצה המיוצגת במסגרת ההליך וכתוצאה ממנו את הסמכויות והתפקידים והחובות של התובע המייצג ועורך דינו, את ההשתתפות של גורמים נוספים להליך וכן גם את הפיקוח של בית המשפט על כל המעורבים בהליך במהלך התובענה הייצוגית<sup>6</sup>.

בנוסף, נקבעו בחוק עילות שונות מתחום יחסי העבודה, תביעות צרכניות, תביעות בנושאי ביטוח ובנקאות ותביעות בנושאים הקשורים למפגעים סביבתיים. גם לאחר חקיקת החוק, ובאמצעות תיקונים שנעשו בחוקים ספציפיים הוספו לתוספת השנייה של החוק מספר עילות נוספות בגינן ניתן לתבוע בתביעות ייצוגיות.

החוק קבע הסדר אחיד לכל העילות שבהן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית בהשוואה להסדרים השונים שהיו קבועים לפני חוקים שונים. בנוסף, החוק קבע הסדרים מפורטים שנוגעים להליך האישור של תביעה כתביעה ייצוגית<sup>7</sup>, הליך ההסתלקות והפשרה בתובענות ייצוגיות<sup>8</sup>. ועוד, החוק קובע הוראות בעניין הזכאות לסעד ולתשלום פיצוי כספי לחברי הקבוצה ולמתן גמול לתובע המייצג<sup>9</sup>, ומייצר מנגנון שיגדיר את שכר הטרחה לבא כוח המייצג<sup>10</sup>.

בעבודה זו בחרתי לעמוד על המסגרת העיונית של התובענות הייצוגיות לאחר חקיקת החוק בשנת 2006 ולבחון את השינויים שהביא החוק לסוגיית התובענות הייצוגיות. העבודה תתמקד בנושא הפשרה בכלל והסדר פשרה בתובענות ייצוגיות בפרט, המתווה הנורמטיבי מגיבוש הסדר ועד לאישורו בדין. במסגרת זה, אדון בהיבטים השונים החולשים על פשרה בכלל ועל פשרה ייצוגית בפרט.

במסגרת העבודה אני מעוניין לבחון את חוק התובענות הייצוגיות ובייחוד להיכנס לעובי הקורה בהסדרי הפשרה. בין היתר אני מתכוון להתייחס לבעיות שעולות, בעיית הנציג ובעיית תביעת הסרק, להגדיר מהי המסגרת העיונית בנושא ולהבהיר מהם הכלים הייצוגיים שניתן לאכוף איתם את הסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות. זאת בנוסף, לשיקולים להגנת הקולקטיב

<sup>4</sup> סעיף 3 לחוק.

<sup>5</sup> תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

<sup>6</sup> קלמנט, א., "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים - בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387 (2004).

<sup>7</sup> סעיפים 3,4 ו-8 לחוק.

<sup>8</sup> סעיפים 16 ו-19 לחוק.

<sup>9</sup> סעיף 20 לחוק, התובע המייצג הוא האדם אשר מייצג את הקבוצה כאשר הוא מלווה בא כוח מייצג (עורך דין).

<sup>10</sup> סעיפים 22, 23 לחוק.

בהסדר פשרה במיוחד בקבוצה המיוצגת. העבודה תדון גם במערך השיקולים שבית המשפט שוקל וגם אלו שמן הראוי שישקול עת הוא ניגש להכריע בדיון שנושאו קבלה או דחיה של הסדר פשרה.

מדובר בסמינריון עיוני בעל חשיבות רבה לטעמי היות והוא מציג את כל הנושא של התובענות הייצוגיות כיום לאחר חקיקת החוק. חשוב במיוחד הוא נושא הסדר הפשרה שיכול להיחתם בין הצדדים, כאשר לא מדובר בתביעה בין יחידים או בין יחיד ורשות אלא בין קבוצה מיוצגת לבין רשות או תאגיד.

### סקירה ספרותית

#### **המסגרת העיונית של התובענה הייצוגית**

כאמור, חוק התובענות הייצוגיות הוא חוק טרי אשר נחקק לאחר שמוסד התובענה הייצוגית פעל במדינה בהקשרים אחדים. מטרתו של החוק היא ציבורית בעיקרה היות והיא באה כדי להגן על האינטרס הציבורי. בתי המשפט אמורים לבחון את התובענה בבדיקה של כמה היא יכולה לשרת את האינטרס הציבורי ולא לאשר תובענה כזו משום שהיא מגנה על האינטרסים האינדיבידואליים של התובעים היחידים או של עורכי הדין.

לשון החוק מלמדת כי המחוקק שיווה לנגד עיניו מטרות ציבוריות מובהקות, זאת למרות שהן כוללות גם מתן סעד הולם לתובע הפרטי. מוסד תובענה ייצוגית מהווה מכשיר חברתי כלכלי עיקרי ורב עוצמה שמטרתו להגשים את זכות הגישה לערכאות. הוא מאפשר יצירת מסגרת דיונית המאפשרת לניזוקים הפרטיים לנקוט בהליכים נגד המזיק כשנזקם האישי והפרטי לא מצדיק כלכלית את הגישה לערכאות.

מטרתו העיקרית של הליך של התובענה הייצוגית היא למעשה להגשים את זכות הגישה לערכאות. אנשים שאין ביכולתם לעשות זאת בשל חוסר הכדאיות הכלכלית או המוגבלות שלהם באמצעים יכולים לעשות זאת במסגרת התובענה הייצוגית שנותנת להם מסגרת דיונית שמסגרתה יוכלו לתבוע את מי שגרם להם נזק על ידי הפרת הדין. מעבר לזאת, גם אלו שלא חשבו שלא כדאי להם כלכלית לתבוע, או שלא מודעים לזכותם הם חלק מהתהליך ומיוצגים בצורה כלשהי.

התובענה הייצוגית היא מכשיר חברתי וכלכלי שמביא לאכיפת הדין והרתעת הרבים מפני הפרת הדין וזאת תוך כדי יעילות דיונית וחסכון בזמן שיפוטי עת בית המשפט משיב על אותה שאלה שיכלה להיות מוצגת באינספור תביעות, דבר שעלול להביא גם להכרעות סותרות באותה שאלה משפטית. בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת<sup>11</sup>, עמדה כבוד הנשיאה ביניש על חשיבות ויעילות מוסד התובענות הייצוגיות וקבעה כי:

**"התובענה הייצוגית הינה מכשיר משפטי-דיוני המאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, אשר נזקם האישי קטן יחסית, לתבוע את המזיק בשם כל מי שנפגע כמותם, כך שסך התביעה הכולל יהיה גבוה. באפשרה כן, מקדמת התובענה הייצוגית שורה של יעדים חברתיים וכלכליים חשובים: היא מעניקה הגנה לפרטים השונים אשר מטעמים של אי-כדאיות כלכלית, או אחרת, נמנעים מלהגיש את תביעתם האישית; היא מגבירה את אכיפת הוראות הדין העומדות ביסודה ומרתיעה מפני הפרתן בעתיד; יש בה כדי להשוות את פערי הכוחות בין הפרט הבודד לבין תאגידים וגופים עתירי ממון וכוח משפטי, המבקשים להחצין את סיכוניהם כלפי הציבור; היא מקטינה את החשש מפני הכרעות סותרות; ולבסוף, שימוש מושכל בה יכול להביא לחיסכון במשאבים שיפוטיים."**

חוק התובענות הייצוגיות נחקק במטרה לקדם ולעודד תובענות ייצוגיות הראויות להיות מוגשות ולהסיר מחסומים דיוניים מדרכן של תובענות אלה. הוא מאפשר אכיפת הדין ושמירה על זכויות הציבור, הן בקבוצה המיוצגת והן הציבור כולו כאשר ניהול תובענה פרטית לא משתלם או שלא מתאפשר<sup>12</sup>. בנוסף, החוק מבקש להתמודד עם ניצולו של מכשיר זה לעשיית רווח מבלי להשיג תועלת לציבור הרי הרציונל מאחוריו הוא לקדם אינטרסים ציבוריים<sup>13</sup>.

בהצעת החוק עצמה<sup>14</sup> נאמר כי התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות, שלגביהן תביעה פרטנית לא יכולה להיות הליך יעיל ומעשי במיוחד כאשר תביעות פרטניות אמורות להיות בסכומים זעומים<sup>15</sup>. גם כאשר בתביעות הפרטניות הסכומים אינם זניחים עדיין יש יעילות רבה בניהול התביעות על דרך התובענה הייצוגית, זאת היות ומוסד התובענה הייצוגית יכול למלא תפקיד חיוני של אכיפה פרטית וקידום שלטון החוק בתחומים המתאפיינים בתת אכיפה כמו דיני הצרכנות ודיני העבודה<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> בג"ץ 2171/06 שני כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו 29.08.11).

<sup>12</sup> רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (2012) פסקה 18.

<sup>13</sup> דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו, ה"ח הממשלה 256,257.

<sup>14</sup> הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

<sup>15</sup> דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו, ה"ח הממשלה 256,257.

<sup>16</sup> גולדשטיין, ס., "הערות על חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006", עלי משפט ו' 7, 23 (2007).

החוק לא רק מקדם את הזכות לפנייה לערכאות או מגן על קבוצות גדולות של אזרחים וצרכנים, אלא הוא גם מעניק חשיבות לטובתו של כל פרט בקבוצת התובעים. כך שלצד הרכיבים הציבוריים החשובים שנועדה התובענה הייצוגית להגשים, ישנם גם האינטרסים הפרטיים של חברי הקבוצה לקבלת סעד הולם ושמירה על טובתם של חברי הקבוצה כמו למשל סעיף 8 לחוק שעניינו התנאים לאישור התובענה הייצוגית וגם סעיף 17 לחוק שמפרט את חובותיו של בא כוח התובע המייצג כלפי הקבוצה בכללותה.

יש לציין כי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בפס"ד האבטחה והשמירה<sup>17</sup> קבע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית בדיני עבודה גם כאשר קיים הסכם קיבוצי החל על העובדים שמהווים קבוצת תובעים, וזאת כאשר ההסכם אינו נאכף וארגון העובדים מזניח את חובתו לייצג את העובדים בתביעות בגין הפרת זכויותיהם. בבג"ץ זה הוגשו עתירות שמתייחסות לפרשנותו של סעיף 10(3) לתוספת השנייה של חוק התובענות הייצוגיות אשר מגביל את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בדיני עבודה, כאשר מדובר בתביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו והמעסיק של אותו עובד, או ארגון מעבידים שהוא חבר בו שמהווה צד להסכם הקיבוצי. השאלה המרכזית בעתירות בבג"ץ הייתה האם החריג הנ"ל חל בכל מקרה שבו חל על העובד הסכם קיבוצי, גם כאשר לא ננקטו צעדים ארגוניים או משפטיים לאכיפת זכויות העובדים?

בג"ץ השיב כי במקום שבו העובדים מתקבצים ומגישים בקשה לאישור תובענה ייצוגית כאשר הם כפופים להסכם קיבוצי שאינו כולל מנגנון פיקוח ואכיפה של זכויותיהם, וארגון העובדים אינו מתפקד הלכה למעשה לאכיפת זכויותיהם, החריג הקבוע בחוק אינו חוסם את דרכם מפני הגשת תובענה ייצוגית והיא תאושר אם היא תעמוד בתנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק.

בבג"ץ הצלחה התנועה הצרכנית<sup>18</sup> גם הוכרה האפשרות כי תוגש תובענה ייצוגית בידי ארגון עת קיים קושי להגיש אותה בידי בני אדם ובית המשפט בפסק דין הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת קבע את המבחנים לקיומו של קושי להגיש את התובענה בידי בני אדם ומהו ארגון ראוי שיכול להגיש את התובענה הייצוגית במקומם. למעשה, הדין הסטוטורי החדש שבא לידי ביטוי בחוק תובענות ייצוגיות מתאפיין בהגמשת התנאים שתובעים ייצוגים נדרשים לעמוד בהם לצורך הגשמת תכליתה של התובענה הייצוגית כפי שהיא מוגדרת בסעיף 1 לחוק<sup>19</sup>.

החוק הישראלי בעצם מאמץ את המודל האמריקאי של התובענה הייצוגית יחד עם עיקרון ייחוד העילה שאיננו כלול במודל האמריקאי, אלא דווקא נדון בהקשר הנזיקי<sup>20</sup>. על פי המודל האמריקאי שאומץ בישראל מי שמבקש לתבוע בתובענה ייצוגית חייב לבקש תחילה את אישורו של בית המשפט לכך. רק לאחר שהגשת התובענה הייצוגית מאושרת על ידי בית המשפט, תוגש התביעה בהתאם לתנאים הקבועים בחוק. מבחינת הסעדים האפשריים בתובענה ייצוגית לכל אחד מחברי הקבוצה שהוגדרה בהחלטת האישור, מדובר בסעדים כספיים או אחרים שירפאו

<sup>17</sup> בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה. (פורסם בנבו 30.8.15).

<sup>18</sup> ת"צ 4242-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן ואח'.

<sup>19</sup> חיות, א., התובענה הייצוגית כחלופה לאכיפה אזרחית-ציבורית, **משפט ועסקים** יט, תשע"ו.

<sup>20</sup> קלמנט, א., וינשל-מרגל, ק., טרבולוס, י., ואבישר-שדה, ר., "תובענות ייצוגיות בישראל- פרספקטיבה אמפירית" **מחלקת המחקר של הרשות השופטת**, המרכז הבינתחומי הרצליה, יוני 2014.

את הפגיעה. שכר הטרחה של עורך הדין שמייצג את הקבוצה מותנה בזכייה בתובענה או בפשרה והוא נגזר משווי הסעד שניתן על ידי בית המשפט בפסק הדין או בפשרה לקבוצה המיוצגת או לציבור.

### התובע בתובענה ייצוגית

התובענה הייצוגית מתנהלת בשני שלבים כאשר בשלב הראשון בית המשפט אמור לאשר את הגשת התובענה כתובענה ייצוגית ובשלב השני עליו לדון ולהכריע בתובענה לגופה. בשלב האישור של התובענה כתובענה ייצוגית בית המשפט אמור להשתכנע כי מתעוררות בתביעה שאלות משפטיות או עובדתיות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי יש אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובת קבוצת התובעים בשלב הדיון בתובענה עצמה<sup>21</sup>. בית המשפט חייב להחליט כבר בשלב הראשון אם הליך זה הוא הדרך היעילה ביותר להכרעה בעניין הנדון בפניו וקיים יסוד להניח שעניינם של חברי הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

בשלב הראשון בית המשפט אמור גם להגדיר את קבוצת הנפגעים. סעיף 10(א) לחוק קובע כי בהחלטתו אמור לאשר תובענה כתובענה ייצוגית בית המשפט אמור להגדיר את הקבוצה בשמה תנוהל התובענה ונדרש גם כן להגדיר את הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה וכי קיים קשר סיבתי לכאורה בין הנזק לבין השאלות המועלות בפניו.

לדוגמא, בפסק דין שטנדל<sup>22</sup> בית המשפט קבע כי בכדי שתקום לצרכן עילת תביעה נגד הנתבע בגין הפרת הדין של איסור הטעיה למשל, יש צורך להראות כי הנתבע הפר את האיסור להטעיה, כי התובע נפגע מאותה הפרה וכי קיים קשר סיבתי בין הפרת האיסור לבין הפגיעה.

בפסק דין זה בית המשפט מציין כי על מנת לעמוד בתנאים הקבועים בחוק לאישור תובענה כתובענה ייצוגית התובע המייצג חייב להניח תשתית ראייתית מספקת שיש בה הכוח להעיד על יכולתו העתידית להוכיח את הקשר הסיבתי וההסתמכות של חברי הקבוצה המיוצגת. הוא צריך לעשות זאת על ידי הצגת נתונים המצביעים על גובה הנזק שנגרם לצרכנים בשל הפרה של הנתבע לאחת מהוראות הדין (במקרה שם היה מדובר בהפרת סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן-איסור הטעיה). פסק דין זה מראה את החשיבות בהגדרת קבוצת התובעים המיוצגת ואת העובדה שיש לכך השלכה על ההחלטה באם התובענה תאושר כתובענה ייצוגית ובאם לא. לבית המשפט יש סמכות לתקן את הגדרת הקבוצה בין אם על ידי צמצומה או הרחבתה וזאת על מנת להבטיח ניהול יעיל והוגן של התובענה, מקום בו הגדרת הקבוצה על ידי התובע המייצג לא הייתה מספקת או מתאימה<sup>23</sup>.

התערבות בית המשפט בדרך של הרחבת הקבוצה או צמצומה אמורה להיעשות בזהירות תוך בחינת אופי הפגיעה וטיב הפגיעה וחומריתה, ופוטנציאל של הנזק הגלום בה. בית המשפט אמור לבחון מה מהות הקבוצה החדשה ומה החשיבות ביצירתה. לדוגמא, אם מדובר באוכלוסייה חלשה או מקופחת שאלמלא התערבות בית המשפט היא לא תעמוד על קיום זכויותיה. בית

<sup>21</sup> סעיף 8 לחוק.

<sup>22</sup> ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו 6.5.2009).

<sup>23</sup> ת"צ 56140-01-14 שי אבגי נ' סיטי תוספי מזון לספורטאים בע"מ (פורסם בנבו 28.7.16).

המשפט צריך לשאול שאלות כמו מה גודלה של הקבוצה לאחר ההתערבות והאם קיימים טעמים דיוניים כמו למשל התיישנות וכד'?

בית המשפט ישקול את כל השיקולים בצורה המתאימה עם תכליתה של התובענה הייצוגית והאינטרסים העומדים ביסודה. בין היתר שיקולים אלו כוללים היסכון במשאבים שיפוטיים, הפחתה במספר התביעות וצמצום החשש מפסיקות סותרות תוך איזון שיקולים אלה בפגיעה בזכויות הנתבע. עקרון ייחוד העילה כאמור הוא עיקרון שאומץ בישראל להבדיל מהמודל האמריקאי, לפיו התובענה הייצוגית מיוחדת לעילות מסוימות שקבע המחוקק על מנת למנוע ניצול של מכשיר התובענות הייצוגיות<sup>24</sup>. בהקשר של תובענה ייצוגית, עיקרון ייחוד העילה אומר שהתובענות הייצוגיות יכולות להיתבע בגין עילות מסוימות ולא בגין כל העילות.

פסק הדין שהתמקד בנושא המבחנים לבחינת העילה שיש ליישם בשלב בקשת אישור התובענה כתובענה ייצוגית היה פסק דין הפיניקס<sup>25</sup> שם נקבע כי על בית המשפט להקפיד בבירור התנאים המוגדרים בחוק ואת התקיימותם ולא מעבר לכך. בית המשפט לא אמר לבחון את עיקרי התובענה בשלב מקדמי זה אלא רק לברר אם קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה. באותו פסק דין נקבע גם כי מספיקה הקביעה כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת העילות החילופיות שעליהם מתבסס הסעד גם אם הוא מבוסס על כמה עילות חילופיות. משמעות הדבר כי אם קבוצת התובעים מבקשת סעד זהה בהתבסס על עילות חילופיות בית המשפט אינו חייב לבחון את כל העילות והוא יכול להכריע אם לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית רק אם מצא כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת מן העילות עליהן התבססו.

### התובע המייצג

התובע המייצג שיכול להגיש תובענה ייצוגית הוא כל מי שעונה על התנאים האמורים בסעיף 4 לחוק וזהותו וכשירותו להגיש את התובענה נבחנת כחלק מבחינת עילת התביעה עצמה וסיכווייה. בשלב בירור הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית בית המשפט יבחן את שאלת עילתו האישית של התובע המייצג וכי קיימת עילת תביעה לכאורה. בפסק דין הבנק הלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ<sup>26</sup> נקבע כי על פי החוק בית המשפט יאשר תובענה ייצוגית אף אם לא הוכח על ידי התובע המייצג קיומה של עילת תביעה אישית, או קיומן של אחת מהחלופות הקבועות בסעיף 4 לחוק, וזאת בתנאי שהוא הראה כי התובענה שהוגשה על ידו עומדת בתנאי סעיף 8(א) לחוק. זאת אומרת שגם אם לא הוכח כי לתובע המייצג יש עילת תביעה אישית זה לא ימנע מבית המשפט לאשר את הבקשה להגשת התובענה כתובענה ייצוגית.

החוק מעודד עורכי דין ותובעים פוטנציאליים להגיש תביעות ראויות וניהולן של תובענות אלה בצורה מיטבית בצורה שתאפשר סיום בפסק דין או בפשרה מתוכם יוכלו לגזור גמול ושכר טרחה. על מנת לתמרץ עורכי דין להשיג את המטרות הציבוריות המנויות בסעיף 1 לחוק הליך התובענה

<sup>24</sup> גולדשטיין, ס., ועפרון, י., "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א 27, 34-35 (2000).

<sup>25</sup> רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נגד רחמים עמוסי (פורסם בנבו 5.7.2012).

<sup>26</sup> תא (ת"א) 1464/05 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ (פורסם בנבו 30.01.07).



הייצוגית קובע חריג לעיקרון לפיו השליחות מוקנית בהרשאה בכתב או בעל פה מאת השולח לשלוח שלו.<sup>27</sup>

על פי החוק והמודל הישראלי בתובענות ייצוגיות עורכי הדין ממנים את עצמם כשלוחם של התובעים חברי הקבוצה המיוצגת מבלי שהם חייבים לקבל יפוי כוח לשם כך.<sup>28</sup> פסק הדין שמתקבל או הפשרה שתאושר על ידי בית המשפט מהווים מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נוהלה התובענה הייצוגית גם אם לא השתתפו בה ויש כאלה שאפילו לא ידעו על קיומה (סעיף 24 לחוק).

כל האמור לעיל מצביע על רצונו של המחוקק לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ומגשר על הקושי באיתורם וצירופם של תובעים רבים להליך אחד ובניהולו של ההליך במיוחד בתובענות ששוויון של כל חבר בקבוצה הוא נמוך. למרות שהחוק מאפשר זאת על מנת לעודד תובענות ייצוגיות שעונות על המטרות הציבוריות שמונה החוק, עדיין קיימת בעייתיות במודל הקיים בישראל היות והמנגנון שנקבע לצורך עידוד היוזמה לתובענות ייצוגיות גורם לשתי בעיות עיקריות שיש להתייחס אליהן והן: בעיית הנציג, ובעיית תביעת הסרק אליהן נתייחס בהמשך.

בסופו של תת פרק זה יש לציין כי עצם העובדה כי החוק נוקט בגישה לפיה הוא מעודד תובענות ייצוגיות כמו למשל הקביעה בסעיפים 27 ו-31 לחוק לפיה מוקמת קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות וכן גם תקנות שמסדירות את סדרי עבודה של הנהלת הקרן למימון התובענות הייצוגיות.<sup>29</sup> כל זה מצביע על החשיבות של המכשיר של התביעות הייצוגיות.<sup>30</sup>

על החשיבות של התובענה הייצוגית נכתב המון, ובין היתר הנושא נסקר בהרחבה על ידי המלומד קלמנט. במאמרו משנת 2004<sup>31</sup> נאמר כי התובענה הייצוגית באה כדי להחליף מספר רב של תביעות פרטיות, מאחדת אותן לתביעה אחת בה מיוצגת קבוצה של תובעים. במקומם של הרבה הליכים אינדיבידואליים ישירים מתקיים הליך קולקטיבי ייצוגי שמגביל את האפשרות של ההשתתפות של כל תובע והוא מהווה מעשה בית דין<sup>32</sup> החוסם מפני התובעים את הדרך לתביעה מאוחרת. הייצוג, על פי קלמנט, נעשה ללא כל הסכמה מפורשת והוא מגביל את זכותו של כל תובע למנות ולקבוע את השלוח שייצגו בבית המשפט. כל זאת במטרה לייעל את ההליך ולחסוך בהוצאות ועלויות ניהוליות.

## הסדר הפשרה בתובענות ייצוגיות

הסדר הפשרה בתובענות ייצוגיות הוא אינו הסדר רגיל בין שני צדדים כמו בתביעות אזרחיות אחרות, במקרה של תובענה ייצוגית קיים מאבק בין שלושה אינטרסים:

1. **התובע המייצג** - הוא מייצג את הקבוצה (הנעלמת) בהליך המשא והמתן בינו לבין הנתבע. האינטרס של התובע המייצג הוא לקבל את הפיצוי שלו כחבר בקבוצה, אך בנוסף לכך יש לו אינטרס נוסף והוא הזכאות שלו יחד עם בא כוחו לגמול נפרד ומיוחד מן הנתבע.

<sup>27</sup> סעיפים 1 ו-3 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

<sup>28</sup> סעיפים 11, 12 לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>29</sup> תקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור תובענות ייצוגיות), תש"ע-2010.

<sup>30</sup> טאוסיג, ע., "הערעור בתובענות ייצוגיות", [בתוך: בן נון, ח., וחבקין, ט., **הערעור האזרחי** 634-635] (תשע"ב-2012).

<sup>31</sup> קלמנט, א., "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות". **משפטים** לד, 2-1 עמ' 383-301 תשס"ד (2004).

<sup>32</sup> מעשה בית דין משמע החלטה של בית המשפט אשר חוסמת מפני נקיטת הליכים משפטיים באותו העניין.

הרווח של התובע המייצג הוא בגמול שייקבע גם הוא בהסדר הפשרה. הזהות בינו לבין חברי הקבוצה המיוצגת הוא בגובה הפיצוי או ההטבה שהוא יקבל בתמורה לויתור שלו על זכותו לתביעה פרטנית וייצוגית.

2. **הנתבע-** כאשר מתנהל משא ומתן לקראת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית האינטרס של הנתבע הוא לסיים את הסכסוך במינימום הוצאות ובסכום הנמוך ביותר. לנתבע עצמו אין זה משנה איך הסכום שהוא ישלם יחולק בין חברי הקבוצה, חשוב לו שהוא יסיים את הסכסוך בפחות נזק והחלוקה בין חברי הקבוצה והתובע המייצג ובא כוחו זה עניין פנימי ביניהם. בנוסף, הנתבע מבין כי להסדר הפשרה ישנן השלכות עתידיות והוא מעוניין כי היקף מעשה בית הדין שיווצר בעקבות הסדר הפשרה יהיה גדול ככל האפשר. הוא בעצם קונה את הסיכון לתביעות פוטנציאליות בעתיד ויש לו אינטרס כי מרגע שיושג הסדר פשרה ונקבעת עלותו הוא יקיף קבוצה גדולה ככל האפשר של מיוצגים ויכלול ויתור רחב יותר מצד חבריה על כמה שיותר עילות תביעה<sup>33</sup>.

3. **הקבוצה המיוצגת-** לקבוצה המיוצגת יש אינטרס כי ההטבה לה תהיה זכאית על פי הסדר הפשרה תהיה גבוהה ככל האפשר וזאת בתמורה לויתור של כל אחד מהם על עילת התביעה האישית שלו. חברי הקבוצה מעוניינים כי המחיר שהם ישלמו יהיה נמוך ככל האפשר והויתור שלהם יהיה מצומצם ככל שניתן. במקרה ואחד מהאנשים הנמצאים בקבוצה המיוצגת ירצה לצאת ממנה, עליו לבחור במנגנון של ה-opt out ובמקרה שבו אדם אחר ירצה להיכנס לקבוצה זו הוא יצטרך לבחור במנגנון של ה-opt in.

מבט באינטרסים של כלל הצדדים להסדר פשרה בתובענה ייצוגית מעלה חיש מהר את החשש לניגוד עניינים בין התובע המייצג והנתבע ללא כל זיקה לאינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת.

הסדר פשרה בתובענות ייצוגיות שונה בתכלית ובמהות מהסדרי פשרה בתביעות רגילות. סעיף 18(א) לחוק קובע את התפיסה לפיה מתבצע הליך האישור של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. לפיו, לא ייעשה הסכם ליישוב הסכסוך שבעניינו הוגשה בקשה לאישור או שבעניינו אושרה תובענה ייצוגית אלא באישור בית המשפט. החוק קובע הסדר מיוחד<sup>34</sup> לפשרות בתובענה ייצוגית וזאת בשל העובדה כי מרבית התובענות הייצוגיות המוגשות מסתיימות בהסדרי פשרה או הסתלקות. המשיב לתובענה או לבקשה לאישור התובענה לרוב עומד בפני החלטה אם קיים סיכון שהוא יחויב בתובענה או שלא קיים סיכון כזה. אם קיים סיכון אזי עשוי הוא לקנות את הסיכון בסכום נמוך כמו למשל על ידי מתן הטבה לציבור הכול על מנת להימנע מקבלת הכרעה לחובתו אשר יכולה לפגוע בו ולסכן את קיומו.

בתובענה ייצוגית יש לבית המשפט תפקיד מאוד חשוב הרי הוא מחויב לבדוק אם מדובר בפשרה המועילה לקבוצת התובעים או שמדובר בפשרה שנתפרה על ידי התובע הייצוגי לבין הנתבע מבלי שלקחו בחשבון את זכויות הציבור. התובע כאמור מעוניין בגמול מיוחד והנתבעים מבחינתם מעדיפים לסיים את המחלוקת כמה שיותר מהר ולסלק את התביעה במינימום הוצאות ונזקים, ולעומתם קבוצת התובעים או אלה שבשםם הוגשה התובענה הייצוגית יכולים למצוא את עצמם מקופחים וכי הפשרה נעשית על חשבון האינטרסים שלהם.

<sup>33</sup> ויצנבליט, א., "ייצוג הולם בהסדרי פשרה", משפטים מג (נובמבר 2012), 351.  
<sup>34</sup> סעיפים 18 ו-19 לחוק.

מצד אחד, הסכמי פשרה בתובענות ייצוגיות מאפשרים פיצוי אמיתי לטובת הקבוצה בפרק זמן סביר, במקום להמתין שנים להכרעה שיפוטית ולכן הסדר הפשרה הוא כלי יעיל ואפקטיבי שאמור לפעול לטובת כל הצדדים. אך מצד שני, בעיית הנציג מופיעה בשיא חומריתה כאשר ישנו הסדר פשרה שנרקם היות וקיים החשש כי התובע הייצוגי ובא כוחו יעשו קנוניה עם הנתבע ויזניחו את טובת הקבוצה. חברי הקבוצה יכולים למצוא את עצמם מושקקים לאחר הסכם הפשרה היות והוא מהווה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה והם לא יוכלו לתבוע את הנתבעים בתביעות פרטיות בעתיד. אומנם הקבוצה זוכה בפיצוי עת חתימת הסדר פשרה אבל התובע זוכה לגמול המיוחד והנתבעים מתגברים על הסיכון שריחף מעליהם.

מצד ראשון, סעיפים 18 ו-19 מדברים על מנגנון תביעה המהווה מעשה בית דין, אך מצד שני, קיימים הסדרי פשרה מסוג הסתלקות שאינן מהוות מעשה בית דין ואישורן בבית המשפט בכפוף לתנאים הקבועים בסעיף 16 לחוק. סעיפי חוק אלו כוללים בין היתר לדרך הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה וכמה פעמים לפרסם אותה, מינוי בודק שיבדוק את ההסדר, פרטים ששומה על בית המשפט לבחון ולכלול בהחלטתו לאשר את ההסדר ואת השיקולים שהוא חייב לשקול. המחוקק באמצעות הוראות מנומקות אלה מראה לנו כי קיים חשש באישור הסדר הפשרה הייצוגי היות והסדר כזה עלול לכבול את חברי הקבוצה המיוצגת להסכם על אף שהם לא לקחו חלק בהליך המשפטי ונעדרו משולחן המשא ומתן.

כאמור, פשרה בין צדדים בתביעות אזרחיות רגילות אינה מצריכה את אישורו של בית המשפט היות והעניין תלוי בהסכמות של שני הצדדים. בתובענות ייצוגיות המצב שונה, פשרה מכריעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת בהיעדרם ועל כן היא דורשת את התערבותו של בית המשפט<sup>35</sup>.

היות וחברי הקבוצה המיוצגת לא בהכרח נוכחים בבית המשפט במהלך התובענה הייצוגית ואינם נוטלים חלק במשא ומתן או בעיצובו של הסדר הפשרה, בית המשפט חייב להתערב. זאת על מנת להבטיח שמירה זכויותיהם היות וכאמור קבלת הסדר הפשרה מהווה מעשה בית דין אשר ימנע מהם בעתיד להגיש תביעות משלהם בעתיד (הן באופן אינדיבידואלי בתביעות רגילות והן זכות הגישה הקולקטיבית שלהם בתובענה ייצוגית בעתיד).

על פי החוק ובתקנות בבקשה לאישור הסדר פשרה על המגיש לפרט בין היתר מדוע ההסדר המוצג הוא הוגן, ראוי וסביר והכל בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. הבקשה תוגש לבית המשפט מלווה בתצהירים של באי כוח הצדדים בהם הם נדרשים לפרט בגילוי נאות את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר. הדרישה הזו באה כדי להבטיח שקיפות מלאה מצד באי כוח הצדדים לצד התנאים הנוגעים לתוכן ההסדר כפי שקבע אותם המחוקק. לדוגמא יש את התנאי שההסדר לא יכלול בעלי דין או עילות תביעה שלא נכללו בבקשה לאישור התובענה אלא אם כן תוגש בקשה לתיקונה.

רובן של התביעות הייצוגיות מסתיימות בפשרה ולכן יש להסדר הפשרה השפעה על מידת האכיפה וההרתעה שהתובענה הייצוגית משיגה. בתי המשפט חייבים להתערב משום שבנוסף להיותו מעשה בית דין, אם בתי המשפט יאשרו פשרות בתובענות לא ראויות זה יעודד תביעות

<sup>35</sup> קלמנט, א., "פשרה והסתלקות בתוכנה הייצוגית", משפטים מא תשע"א-2011, עמ' 6 למאמר.

סרק. בכך גדלות העלויות הכרוכות בפעילותו של הנתבע ללא צורך ופוחתת היעילות של אכיפה החוק. מצד שני ככל שעלותן של פשרות בתובענות ייצוגיות מוצדקות גבוהה יותר כך ההרתעה המושגת יעילה יותר<sup>36</sup>.

על פי סעיף 1 לחוק, כאמור, המטרות של התובענה הייצוגית הינן לממש את זכות הגישה, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרה של הדין ומתן הסעד המתאים וההולם לנפגעים מפעולת הפרת הדין. בנוסף, אחת ממטרות החוק היא לנהל את התביעות באופן יעיל, הוגן וממצה שזה כשלעצמו מושפע מהפשרה באם תתקיים. על בית המשפט לבחון את הסדר הפשרה ולקבוע אם הוא הסדר ראוי הוגן וסביר וזאת על ידי השוואת ההסדר לתוצאות הצפויות של ההליך אם הוא היה ממשיך עד הסוף.

לא מעט קורה שהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות מוגשים לבית המשפט עוד בטרם אושרה התובענה כתובענה ייצוגית. בנוסף, הדבר קורה עוד לפני שהתחיל כבר שלב ההוכחות בתובענה ועל כן בתי המשפט מתקשים להעריך את סיכויי התביעה ואת יתרונותיה. לפני שמיעתה הם אינם יכולים להעריך בצורה אופטימלית את התוצאות והסעדים שהיו נפסקים לקבוצת התובעים אילו הייתה זוכה בתובענה. האופי המיוחד של הליך האישור והיות חברי הקבוצה המיוצגת לא שותפים למשא ומתן, מחייבים את בית המשפט להגן עליהם ועל האינטרס הציבורי בבואו להכריע אם ההסדר המוצע הוא הסדר ראוי הוגן וסביר.

על מנת שבית המשפט יוכל לעשות זאת, הוא צריך להבטיח כי קוימו הפרוצדורות הקבועות בחוק במלואן וכן לאפשר לחברי הקבוצה המיוצגת או גורמים אחרים המעוניינים בכך להביא את התנגדותם לפשרה לפני בית המשפט, אם הפשרה אושרה ראוי כי לבית המשפט יהיו כלים לפיקוח על קיום הפשרה. מצד שני, על בית המשפט ליצור תמריצים עבור התובע המייצג ועורך הדין שלו ולנתבע שכדאי להם להגיע להסדר פשרה ראוי.

כאן המקום לציין כי המנגנון של התובענה הייצוגית כפי שהוא נהוג היום ולאחר חקיקת החוק מביא לתועלת רבה לבעל עילת התביעה. מכל היתרונות של התובענה הייצוגית ניתן להצביע על שני יתרונות עיקריים: העדר עלויות עורך דין ואגרות בית משפט, והגמול שנקבע ונפסק לתובע הייצוגי.

כאשר התובענה מסתיימת בפסק דין לטובת התובעים, בהסדר פשרה או במסגרת הליכי הסתלקות וכו', התובע הייצוגי זוכה בגמול שבו מהווים את הסיכון שלקח על עצמו בהבאת המקרה לבית המשפט. כמו כן, הוא מפוצה כתמריץ על כך שהוא סייע לציבור הנפגע מאותה עוולה משום שהתובענה הייצוגית שהוא יזם עזרה לתקנה. לרוב, הגמול שנקבע עולה בהרבה מהנזק הממשי של התובע הייצוגי.

בעניין העלויות, התובעים, כנ"ל גם התובע המייצג, בתובענה הייצוגית לא משלמים אגרת פתיחה בבית המשפט. שכר הטרחה של עורכי הדין שייצגו אותם בתובענה נקבע על ידי בית המשפט מתוך הסכום שנקבע לפיצוי או לפשרה. כפי שראינו לעיל הסיכון בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות נובע משתי בעיות עיקריות אשר יש למצוא להן פתרון על מנת לא לפגוע ביעילות והגינות הליכי תובענות ייצוגיות:

<sup>36</sup> ראה הערה 24 לעיל.

• **בעיית הנציג** - האם חברי הקבוצה יוצגו באופן הולם על ידי התובע המייצג ובא כוחו? (שזה בעצם אחד מהתנאים המנויים בסעיף 8 לחוק ומהווה תנאי חשוב ביותר לאישור התובענה הייצוגית). הייצוג ההולם של חברי הקבוצה אינו נמצא בין התנאים שקובע החוק לעניין אישור הסדר פשרה למרות החשיבות שלו. הרי חברי הקבוצה יכולים למצוא את עצמם מושקקים מלטעון או לתבוע את הנתבע לאחר שאושר הסדר פשרה שהם לא נטלו חלק בו או בהליכים של ההידברות לקראתו.

• **בעיית תביעות הסרק** - התובענות בייצוגיות עלולות להוות כלי להפקת רווחים בידי התובעים המייצגים ובאי כוחם. הם עלולים להגיש תובענות סרק בתואנה כי הם מנסים לסייע למי שאין ביכולתו להגיש תובענות אלו למרות שהם עצמם אינם נכללים ברשימה, או שהפגיעה שספגו נמוכה מאחרים. מלבד זאת, בגלל שהכלי של התובענה הייצוגית כל כך מאיים, הם למשל יגישו תובענה שסיכוייה אינה גבוהים אך הצד השני ירצה לסיימה במהירות מתוך הנחה כי הנתבע ירוץ להשיג הסדר פשרה על מנת להימנע ככל האפשר מפגיעה בשמו או להיות חשוף לנזק רב יותר באם התובענה תתקבל.

ברגע שמוגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה על בית המשפט לבחון את הסדר הפשרה. אם בית המשפט לא רואה מקום לדחיית הבקשה על הסף הוא אמור להורות על פרסום הודעה על ההסדר בעיתון יומי בהתאם למה שהחוק אומר. כאן המקום לציין שאין בית המשפט מנוע מלדחות את הבקשה על הסף בשלב מאוחר יותר.<sup>37</sup>

יחד עם פרסום המודעה בעיתון יומי, בית המשפט אמור להורות על שליחת הודעה לגבי ההסדר המוצע, יחד עם העתק מהבקשה לאישור הסדר פשרה, עותק מההסדר ועותק מהתובענה ליועץ המשפטי לממשלה ולמנהל בתי המשפט. החוק מגדיר כי בית המשפט יכול להחליט כי הפרסום יהיה במקומות נוספים בהם הוא מוצא לנכון. ניתן לקחת לדוגמה את פסק דין פלד נגד עיריית רחובות שמה בית המשפט הורה לשלוח הודעה גם לשר הפנים.<sup>38</sup>

המחוקק ראה לנכון לערב גורמים נוספים לפני אישורו של הסדר פשרה היות ולהסדר כזה ישנה משמעות וחשיבות רבה ותוכנו צריך לעבור פיקוח וביקורת של כמה וכמה גורמים לפני שיקבל תוקף שיהיה בעל השלכות על הצדדים. לאחר שההסדר מפורסם בעיתונות כל מי שאינו נכלל בהסדר ולא נמנה עם הקבוצה המיוצגת יכול להגיש התנגדות להסדר הפשרה תוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה, ובית המשפט אמור להתייחס להתנגדותו עת הוא נותן את החלטה בדבר אישור ההסדר או דחייתו.

גם היועץ המשפטי לממשלה וכל ארגון שאושר ופועל לקידום מטרה ציבורית רשאים להגיש לבית המשפט התנגדות מנומקת להסדר הפשרה. בנוסף, כל חבר בקבוצה שאינו רוצה כי ההסדר יחול עליו יכול לבקש מבית המשפט להתיר לו לצאת מהקבוצה עליה יחול ההסדר (סעיף 18(ו) לחוק). עניין זה נקרא מנגנון ה-opt out שכן אותו חבר קבוצה מצביע כי אינו רוצה לקחת חלק בתובענה הייצוגית. למעשה, לאחר שהוא יוצא מהתובענה, עדיין קיימת לו עילתו הפרטית לתביעה אך זאת רק בהנחה שביצע את היציאה בפועל ולא נכלל ברשימה הסופית שזכתה. כמו כן,

<sup>37</sup> ת"א (ת"א) 1729/06 שר נ' עלית ממתקים בע"מ (פורסם בנבו, 24.5.2009).  
<sup>38</sup> ת"מ (ת"א) 148/07 פלד נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 8.3.2011).

מי שלפתע נודע לו על התובענה ורואה שאינו נכלל, יכול לבחור במנגנון של ה-opt שאומר שמרגע השתייכותו לקבוצה הוא ייחנה מהזכויות, פיצויים והטבות כלל שאר חברי הקבוצה.

לאחר שבוצעו הוראות אלו, ההסדר פורסם בעיתונות וניתנה הזדמנות להגשת התנגדויות בית המשפט נדרש לבחון את ההסדר לגופו, השאלה שבית המשפט נדרש לענות עליה היא אם ההסדר הוא הסדר הוגן וראוי וסביר בנסיבות העניין ומתחשב בעניינם של כלל חברי הקבוצה. האם קיימות שאלות משפטיות או עובדתיות מהותיות המשותפות לכל חברי הקבוצה, והאם סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה והוגנת להכרעה במחלוקת המונחת בפני בית המשפט (סעיף 19(א) לחוק). אישור הסדר הפשרה עוד לפני שהתקבלה הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית מצריך בחינה מעמיקה יותר משום שמשמעות קבלת ההסדר היא אישור הבקשה כי התובענה היא תובענה ייצוגית. יצוין כי על פי תקנה 12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, אם הבקשה לאישור ההסדר מוגשת לפני שאושרה התובענה כתובענה ייצוגית הצדדים נדרשים לפרט בבקשה לאישור הסדר הפשרה כי קיימות שאלות עובדתיות או משפטיות מהותיות לכאורה, המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך על דרך של הסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

על פי סעיף 19(ב) לחוק, בשלב הזה בית המשפט אמור למנות בודק בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת בקשת האישור או התובענה הייצוגית, על מנת לקבל ממנו חוות דעת בטרם יאשר את ההסדר. גם זה הוא מנגנון שנועד להבטיח כי ההסדר מגלם בתוכו את האינטרסים של כלל חברי הקבוצה וכי הוא מהווה סיום הוגן ויעיל למחלוקת בנסיבות העניין. אם בית המשפט נמנע מלעשות זאת עליו לנמק בהחלטתו ולהציג טעמים מיוחדים שיירשמו בהחלטתו. לדוגמא, כאשר ההסדר לא כולל חישובים מורכבים או מסובכים שדרשים חוות דעת של מומחה<sup>39</sup> או כאשר הסדר הפשרה לא כולל בתוכו רכיבים כספיים או שווי כסף<sup>40</sup>.

הבודק צריך להתייחס בחוות דעתו ליתרונות וחסרונות ההסדר מבחינת כלל חברי הקבוצה, במרבית המקרים הצדדים להליך מגישים לבית המשפט בקשה להימנע ממינוי בודק להסכם וכי יאמץ את המלצות הבודק מטעמים ובמקרים רבים בית המשפט נמנע ממינוי בודק מטעמים שונים הנוגעים לטיב ההסדר והאופי שלו<sup>41</sup>.

לאחר שבית המשפט בחן את כל האמור לעיל הוא אמור להחליט בהחלטה מנומקת אם לאשר את ההסדר או לדחותו. בית המשפט אמור להתייחס בהחלטתו לעומק ההסדר, עילות התובענה, השאלות המשפטיות או העובדתיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה ולסעדים הנתבעים על ידם. הוא אמור לבחון את הפער בין הסעדים המוצעים בהסדר אל מול אלה שחברי הקבוצה היו מקבלים אילו בית המשפט היה מכריע לטובתם בתובענה עצמה. בית המשפט יתייחס כאמור להתנגדויות שהוגשו אם הוגשו כאלה, לשלב בו נמצא ההליך ולחוות דעת הבודק אם מונה כזה. בין היתר בית המשפט יתייחס לסיכונים ולסיכויים שבהמשך ניהול ההליך אל מול היתרונות והחסרונות של הסדר הפשרה המוצע, ולעילות ולסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את ההסדר מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה עליהם חל ההסדר (סעיף 19(ג) לחוק).

<sup>39</sup> ת"א (מחוזי חיפה) 797/08 קרן נ' די. בי.אס. שירותי לווין (1998) בע"מ (23.7.2009).  
<sup>40</sup> ת"צ (מחוזי מרכז) 1925-08-09 רוזנברג נ' אי.פי.אי. (תנועה וחניה) (ישראל) (פורסם בנבו, 05.07.2010).  
<sup>41</sup> אוריון ג., ושוורץ, ז. מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי, **עלי משפט** ט תשע"א.

בית המשפט אמור לבחון אם הבקשה לאישור הסדר הפשרה שהוגשה לפני אישורה של התובענה הייצוגית, תחת בחינה זו הוא בוחן את כל התנאים לאישור התובענה הייצוגית. לפני סגירת פרק זה יש להתייחס לחשיבות כי הקבוצה המיוצגת בהסדר הפשרה לא תהיה שונה מהקבוצה המיוצגת כפי שהיא מופיעה בבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית.

יש לוודא כי קיימת התאמה בין הגדרת הקבוצה בהסכם הפשרה לבין הגדרת הקבוצה בתובענה. סעיף 18(ז) קובע כי הסדר פשרה לא יכול עילות תביעה או בעלי דין או חברי קבוצה שלא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטת בית המשפט על אישור התובענה הייצוגית, אך אין בכך כדי לגרוע מזכותו של בעל דין לבקש מבית המשפט רשות לתקן את הבקשה לאישור או את התובענה הייצוגית<sup>42</sup>. רק במקרים בהם יש טעם משכנע שלא לפצות חלק מחברי הקבוצה וכאשר לא יהיה מעשה בית דין ביחס למי שלא מקבל פיצוי אז ניתן יהיה להתייחס לקבוצה יותר קטנה בהסדר הפשרה מאשר הקבוצה המופיעה בבקשה לאישור או בהחלטת האישור.

### בעיית הנציג

תובענות ייצוגיות מנוהלות על ידי התובע המייצג ועורך דינו. דבר שמאפשר את התובענה הייצוגית אך גם כולל בחובו גם בעיות וחסרונות, במיוחד כאשר מדובר בתובענה ייצוגית שנגמרת בהסדר פשרה. התובענה הייצוגית היא בעצם חריג לכלל לפיו לא ניתן לחייב את הפרט בתוצאות הליך משפטי מבלי שניתן לו יומו בבית המשפט. כלל זה אומר שלכל אדם זכות להשמיע את טענותיו בפני בית המשפט, אך בהליך של תובענה ייצוגית "מסכימים" חברי הקבוצה כי התובע הייצוגי ובא כוחו ייצגו אותו ואת האינטרסים האישיים שלו בתובענה. הם מקבלים על עצמם את ההחלטה הסופית וכפופים לתוצאות ההליך גם כאשר הוא מסתיים בהסדר פשרה שלא היו צד למשא ומתן לקראתו.

השימוש בעילת התביעה של הפרט ושל חברי הקבוצה נתפסה כמוצדקת מלכתחילה היות והדבר נעשה לשם השגת תכלית חברתית ראויה, והגברת מידת האכיפה של הדין, והרתעת מזיקים פוטנציאליים יחד עם פיצוי הניזוקים וניהול יעיל ואפקטיבי של הליכים משפטיים. קריטריונים אלו הם מרגיעים באשר לכך שהליך הייצוגי אמור להשליך על כלל חברי הקבוצה ולחייב אותם בתוצאות של ההליך עקב ייצוגם בבית המשפט על ידי אחר, וזאת בלא הרשאה מפורשת מצדם. על מנת שהתוצאה של ההליך תחייב את הפרט מבלי שהוא יקופח יש לדאוג לכך שהוא מיוצג באופן הולם ובית המשפט העליון עמד על החשיבות של הייצוג ההולם ונתן לו מעמד מרכזי בהליך אישור תובענות ייצוגיות.

עיון בפסיקת בית המשפט העליון בכל מה שקשור לאישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות מעלה כי בית המשפט העליון לא מתייחס לשאלת הייצוג ההולם של חברי הקבוצה בהליכי גיבוש ואישור הסדר פשרה ייצוגי. בית המשפט העליון מעוניין בסיום יעיל של ההליך תוך כדי הבטחת סעד הוגן כלפי כל חברי הקבוצה מבלי שהוא בוחן את העקרונות הקבועים בחוק. יש לציין כי בפסק דין סבו<sup>43</sup> נקבע כי ניתן לאשר הסדר פשרה מבלי להיזקק לפרוצדורה שנקבעה בחוק כאשר המתווה של ההסכם הושג בעקבות הצעה של בית המשפט ובפיקוחו.

<sup>42</sup> ת"צ 1039-05-08 (מרכז) יפית סילורה נ' בנק לאומי (פורסם בנבו 23.07.14), פסקה 34.  
<sup>43</sup> רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו 15.12.2008).

בעניין סבו, בית המשפט העליון קבע כי אין להפעיל את מנגנוני החוק לגבי הליך בחינת אישור הסדר פשרה, במקום שבו ההסדר הוא פרי הצעתו של בית המשפט לצדדים היות ולא קיים חשש כי מדובר בהסדר שאינו ראוי או שאינו הוגן וסביר ולכן לא צריך להפעיל את הפרוצדורה שהחוק קובע<sup>44</sup>, בית המשפט אף חזר על אותה קביעה בפסק דין תדיראן.

בפסק דין וינבלט נ' בורנשטיין<sup>45</sup> נקבע על ידי בית המשפט העליון כי לעקרון הייצוג ההולם בהליך אישורן של תובענות ייצוגיות יש מעמד מרכזי וכי הוא מהווה את ההצדקה לחיוב אדם בתוצאות ההליך שהוא לא לקח בו חלק. בפסק דין א.ש.ת.<sup>46</sup> קבעה השופטת שטרסברג כהן באשר לתובענות הייצוגיות:

**"במרכזה עומד סכסוך כלכלי, נטול צביון אישי, כאשר במקומו של העיקרון המבטיח לכל בעל דין את יומו בבית המשפט, בא עקרון הייצוג, שנועד להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה שלא נטלו חלק פעיל בהליך בפני בית המשפט, ייוצג באופן הולם" והמשיכה באומרה כי: "לב לבן של תובענות אלה הוא ייצוג הרבים על ידי האחד, כשהנציג פועל למענם".**

נראה כי המחוקק היה ער לבעיית הנציג ואת האינטרס של הכלל בייצוג הולם כאשר הוא קבע כי התובע הייצוגי חייב להיות בעל עילת תביעה אישית בתובענה אותה הוא אמור לנהל בשם הקבוצה. אחת הדרישות שנמצאות בחוק התובענות הייצוגיות היא הדרישה כי התובע המייצג יחזיק בעילה אישית משלו בתובענה. כך גדל הסיכוי כי הקבוצה תיוצג באופן הולם על ידי יצירת זהות אינטרסים בין התובע המייצג לבין חברי הקבוצה. זאת משום שכאשר אין עילה אישית, גובר החשש כי התובע המייצג יפעל למען טובתו האישית ולא למען טובת הקבוצה כפי שהיה פועל אילו היה חלק ממנה וזוכה כמו כל אחד ואחד מחברי הקבוצה.

בעיית הנציג נובעת מן הפער שבין האינטרסים של התובע המייצג ועורך הדין לבין חברי הקבוצה המיוצגים. המחוקק גם קבע כאמור כי התובענה תעלה שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, כך שלא ייווצרו ניגודי אינטרסים בין התובע המייצג לבין חלק מחברי הקבוצה אם אין זהות בין השאלות הנוגעות להם. השקעתם של הנציגים בניהול התובענה הייצוגית יכולה להיות נמוכה מזו האופטימאלית מבחינתם של חברי הקבוצה ולכן הם ייטו יותר להסכים לפשרה אשר שוויה נמוך מזו שהיו חברי הקבוצה המיוצגים מסכימים לה<sup>47</sup>.

בתובענות ייצוגיות לתובע המייצג ולעורך הדין שלו יש אינטרס שונה מזה של חברי קבוצת המיוצגים אותם הם מייצגים. הם אלו שנושאים בעלויות התביעה והם עומדים בנטל הסיכון, לכן הם גם ייטו להסכים לפשרות שתמזער את הנזק הכלכלי שלהם. גם אם לא מדובר בהסדר פשרה הוגן וראוי עבור חברי הקבוצה המיוצגים, יכול להיות שהתובע ובא כוחו יסכימו לקבל את הפיצוי המגיע להם מבלי שהם לוקחים בחשבון את הפיצוי הראוי לחברי הקבוצה הניזוקה. החוק נותן פתרון לבעיית הנציג באמצעות בדיקה שאמורה להיעשות על ידי היועץ המשפטי לממשלה שאמור לבדוק בקפידה כל הסדר פשרה בתביעה ייצוגית ולאשר אותו בטרם בית המשפט יינתן לו תוקף של פסק דין ואם הוא לא מתנגד לו אפשר יהיה להמשיך בהליך של ההסדר.

<sup>44</sup> ראה הערה מספר 43 לעיל.

<sup>45</sup> רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 266 (2000).

<sup>46</sup> ראה הערה מס' 1 לעיל, עמ' 253 ועמ' 249 לפסק הדין.

<sup>47</sup> ראה הערה מס' 20 לעיל.



קלמנט במאמרו משנת 2011<sup>48</sup> מדגיש כי בשל היותם של התובע ועורך דינו הצד שמשלם את העלויות והחשופ באופן ישיר לסיכון שבניהול התובענה הייצוגית, לצד זה שהם זכאים רק בחלק מפירותיה אם תוכתר בהצלחה, הם עלולים להסכים לפשרות שמקפחות את הקבוצה המיוצגת. הם עושים זאת משום שהם עומדים בפני החשש שיתבקשו להשקיע מזמנם וממשאביהם בתביעה שעלולה להסתיים בהפסד הם יעדיפו להסכים להסכם פשרה שישאיר להם ביד סכום גבוה ככל האפשר.

הבעיה מתחילה בכך שלרוב קיים פער בין האינטרסים האישיים של הנציג ובא כוחו לבין האינטרס הציבורי של הרתעה ופיצוי שעמד בלב המטרות של כלי התובענות הייצוגיות. בנוסף, יש מצבים בהם הנציג ועורך דינו לא ממש מצליחים להעריך את סיכויי התביעה והסכומים שיתקבלו בה מספרית אלא רק באופן כללי. לכן, כאשר האינטרס האישי שלהם והסיכון להוצאת עלויות ומשאבים נוספים עומדים לנגד עיניהם ייתכן והם יעדיפו את האינטרס האישי שלהם על פני האינטרס של הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי בהרתעה.

כמו שראינו לעיל, ישנן שתי מטרות עיקריות של חוק תובענות ייצוגיות: פיצוי והרתעה ושתי מטרות אלה עלולות להיפגע בשל בעיית הנציג. פשרות נמוכות שהנציג ובא כוחו מסכימים להם משמעותן פיצוי קטן עבור כל חבר בקבוצה המיוצגת מבלי שהם היו בכלל מעורבים במשא ומתן. מצד שני גם עיקרון ההרתעה נפגע; ההרתעה נקבעת על פי גובה הסנקציה המוטלת על הנתבע, כך שכאשר הנציג ובא כוחו מסכימים לפשרות נמוכות הנתבע משלם חלק קטן מהנזקים. ככל שהסנקציה שהוא ישלם על ההפרה של חובותיו החוקתיות קטנה, זה מדלדל את התמריצים שלו לקיים את חובותיו על פי דין.

הסכנה באישור הסדר הפשרה טמונה למעשה בעיקר בכך שגם התובע וגם הנתבע באים ממקום כלכלי ומעוניינים בשווי ההסדר, התובע רוצה שהסכום יהיה כמה שיותר לטובתו והנתבע כמה שפחות לרעתו. לשני הצדדים יש תמריך שלילי לשתף פעולה ולהגיע להסדר בו הנתבע יעניק גמול לתובע שבעבורו יהיה גבוה, אך תהיה הפחתה בפיצוי לתובעי הקבוצה<sup>49</sup>.

יש לציין כי החשש נולד לעיתים מתוצאה טבעית לתמריצים המניעים את הצדדים ולא בהכרח תוצאה של קנוניה בין הנתבע לבין התובע המייצג. למרות שהתפקיד של התובע המייצג היא לקדם את טובת הקבוצה ולהגן על האינטרס של כלל חבריה, הוא זה שמחזיק בידיו את עילת התביעה של כל אחד מחברי הקבוצה נגד הנתבע והוא זה שדחף ופעל לכך שהתובענה תקרה. ויצנבליט טוען במאמרו כי האינטרס האישי של התובע המייצג מובנה וטבוע בתוך תפקידו היות והוא מלכתחילה מונע מתוך אינטרס אישי שבלעדיו הוא לא היה טורח ומגיש את התובענה הייצוגית. הוא גם נוטל סיכון מאוד גדול עת הוא מניע את ההליך של התובענה הייצוגית, שהרי הוא חשופ להוצאות שעלולות ליפול עליו באם התובענה לא תאושר, וחשופ לכך שהשקעתו בהליך תרד לטמיון מבלי שתביא לתוצאות חיוביות מבחינתו ומבחינת חברי הקבוצה.

נדמה כי על אף חובת הייצוג ההולם הטבועה בכל מי שאמון על האינטרסים של אחרים כאן המצב הוא מורכב יותר ובעייתי. זאת משום שמלכתחילה תפקידו של התובע המייצג כולל אינטרסים אישיים משלו המהווים תמריץ כלכלי חשוב. תמריץ זה מניע את התובע המייצג

<sup>48</sup> ראה הערה מס' 35 לעיל  
<sup>49</sup> ראה הערה מס' 24 לעיל.

לשימוש במוסד התובענות הייצוגיות והוא הולך בד בבד עם האינטרסים של חברי הקבוצה לקבל את מה שיחלו לו.

לסיכום, התובע/המבקש הייצוגי ובא כוחו עלולים להיות בניגוד אינטרסים ולהעדיף מתוך שיקולים רציונליים את האינטרסים שלהם על פני האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת. הבעיה של הנציג מופיעה בכל שלבי ההליך הייצוגי ובאה לידי ביטוי הכי הרבה בהסדר הפשרה. הסכומים הגבוהים שיהיו כלולים בהסדר הפשרה עלולים לחזק את ניגוד העניינים בין התובע המייצג לבין הקבוצה המיוצגת והוא עלול להעדיף זכייה מהירה בגמול ובשכר הטרחה באמצעות סיום ההליך של התובענה הייצוגית במהירות על ידי הסדר פשרה דבר שמצריך פחות השקעה של זמן ומשאבים מבחינתו ומבחינת בא כוחו. הזכייה בגמול ובשכר טרחה גבוהים במיוחד על חשבון הסעד או ההטבה בהם תזכה הקבוצה המייצגת בגדר אותו הסדר פשרה מעוררת.

מה שהופך את הסדר הפשרה בתובענות ייצוגיות לשדה מוקשים מבחינת הנציג הוא שחברי הקבוצה, שהם בעלי האינטרסים בפשרה ראויה הוגנת וסבירה והציבור שמעוניין בהרתעה מפני הפרת הדין ומעוניין באכיפת החוק אינם נמצאים בפני בית המשפט ואינם לוקחים חלק במשא ומתן להסדר. לא מדובר בציבור אשר מתעדכן כל יום ביומו במהדורת התובענות הייצוגיות או בפרסומים שצפים אל מול העיניים של הקהל הרחב, ולרוב הם אינם מודעים כלל לתהליך.

קלמנט התייחס לכך שהתובענה הייצוגית אינה מתקיימת בהליך אדוורסרי רגיל ומאזכר את עניין א.ש.ת שם בית המשפט העליון עמד על הבעייתיות של התובענה הייצוגית בשל העדר ההליך האדוורסרי שם בית המשפט קבע כי:

**”התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדוורסרית. במרכזה עומד סכסוך כלכלי, נטול צביון אישי, כאשר במקומו של העיקרון המבטיח לכל בעל דין את יומו בבית המשפט, בא עקרון הייצוג, שנועד להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה שלא נטלו חלק פעיל בהליך בפני בית-המשפט, ייוצג באופן הולם.”**

### **בעיית תביעות הסרק**

בעיית תביעות הסרק נובעת מיכולתו של התובע המייצג ועורך הדין להעמיד את הנתבע תובענה ייצוגית בפני סיכונים ועלויות כבדים אפילו אם סיכויי התובענה נמוכים<sup>50</sup>. האפשרות לסיים את ההליך בפשרות מהווה תמריץ להגשת תביעות סרק. כך כאשר התובעים הייצוגיים ובאי כוחם רואים שניתן להגיע לפשרות בקלות ולפיצוי כספי מספק, הם נוטים להגיש תובענות ייצוגיות רבות שאינן מבוססות ואין להן עילה טובה ומספקת ויכול להיות שהיה דינן להידחות אם היו מגיעות להכרעה בפני בית המשפט. יש לציין כי כאשר העילה לתובענה הייצוגית נדחית, הדבר חוסם את יכולת ההגשה של התובענה כייצוגית וממילא אין טעם להגיש תובענות פרטיות (שכן מלכתחילה חוסר הכדאיות הכלכלית יצרה את המצע לתובענה הייצוגית).

הנתבע לעיתים קרובות נוטה להגיע להסדרי פשרה עוד לפני אישורה של התובענה הייצוגית בכדי להימנע מפרסום מידע שיכול לפגוע בשמו הטוב ובכך התובענות מסתיימות לשביעות רצונם של התובע המייצג ועורך דינו. המצב שנוצר אינו תורם ליעילות והוגנות שהחוק

<sup>50</sup> ראה הערה מס' 20 לעיל.

מורה עליהם שהרי שוב נוצר מצב של עומס על בתי המשפט, ניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית ושימוש לא נכון במכשיר זה כשמדובר בתביעות סרק לא מועילות.

מלכתחילה החוק קבע את הכלי של התובענה הייצוגית על מנת לאפשר ליחידים שלא היו תובעים באופן אינדיבידואלי כי הסעד שהיו מבקשים אמור להיות נמוך מאוד. אזי לא כל תובענה ייצוגית שסיכויי הצלחתה נמוכים היא תביעת סרק, אך סעיף 8(א) לחוק קובע קריטריון לפיו התנאי לאישורה של תובענה ייצוגית הוא שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לקבוצה יוכרעו לטובה<sup>51</sup>.

סעיף 8(א) לחוק התובענות הייצוגיות קובע כי תנאי לאישורה של תובענה ייצוגית הוא שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לקבוצה המיוצגים יוכרעו לטובה. כאשר תובענה אינה מקיימת את התנאי הזה אז היא אינה יכולה להיות מאושרת כתובענה ייצוגית. הפשרה בתביעה הייצוגית לא אמורה לאפשר תביעה שהחוק קובע שאינה ראויה להיות מאושרת ככזו, מתי שהיא לא עומדת בתנאים של הסעיף, אפשר להתייחס לכל תביעה כזו כתביעת סרק הרי שקילת סיכויי התובענה הינם חלק משיקול הדעת המופעל לצורך אישור התובענה כתובענה ייצוגית<sup>52</sup>.

עצם האפשרות של פשרה עוד בטרם אישורה של התובענה כתובענה ייצוגית מצדיק את הגשת התובענה על ידי התובע הנציג ובא כוחו, הרי הציפייה שלהם לפשרה לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית מצדיקה את העלויות הכרוכות בהגשת הבקשה. משתמע כי המכשיר של התובענה הייצוגית כולל בתוכו את הבעיות שעולות מעצם המבנה שלו, זה שאפשר להגיע להסדר פשרה עוד לפני שבית המשפט בחן את התובענה הייצוגית ואישר אותה מאפשר לתובעים מייצגים ובאי כוחם לרוץ ולהגיש תובענות סרק שרק הם יודעים אם יש אמת בשאלות המשפטיות או העובדתיות שנטענו בגוף התובענה.

כמו בעיית הנציג שהצבענו עליה לעיל, גם כאן עצם המבנה המוגדר למכשיר התובענות הייצוגיות מאפשר הגשת תובענות חסרות בסיס בתקווה שניתן יהיה להגיע להסדר פשרה ולהפיק- התובע המייצג ובא כוחו- רווחים מבלי שהם באמת נחשפים לבחינת התובענה לגופה.

שוב אציין, כי עצם הגשת תובענה ייצוגית לאישור ופרסומה כולל פגיעה בשמו הטוב של הנתבע, פגיעה במוניטין שלו. לדוגמה ניקח נתבע שהוא חברה בע"מ שנסחרת בבורסה, מיד עלולות להיות ירידות ערך במניות החברה והנזק מתחיל להיגרם ולהתבסס בעצם הגשת התביעה. זה מאפשר לתובעים ועורכי הדין שלהם להטיל על הנתבעים עלויות גבוהות בהשקעה נמוכה, והנתבעים על מנת ל למזער נזקין נאלצים לנהל את המשא ומתן לצורך הגעה לפשרה ולא בהכרח יעמדו באמת על סיכויי התובענה ועל האפשרות שהיא בכלל תאושר.

במילים אחרות, עצם הגשת הבקשה נגד הנתבע יכולה להטיל על הנתבעים עלויות גבוהות אפילו אם סיכוייה אינם גבוהים. הנתבע צריך לשכור את שירותיהם של עורכי דין לצורך התנגדות לבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, לאחר מכן להגיש כתב הגנה, ולפעמים יש צורך בחוות דעת מומחה לתמיכה בטענות ההגנה דבר שכרוך גם הוא בהוצאות. כל אלו לצד הסיכון בפרסומה

<sup>51</sup> רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 246, 297-298 (2001).

<sup>52</sup> רע"א 6567/97 בזק- החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 719 (1998).

של התובענה הייצוגית ומידת הפגיעה בשמו ובמוניטין של הנתבע. אלה הם למעשה שיקולי הנתבע עת הוא מחליט להתפשר עם התובע המייצג עוד לפני אישורה של התובענה כתובענה ייצוגית.

העלויות של התובעים הן זניחות ביחס לעלויות של הנתבעים וזה יכול להוות תמריץ בפני תובעים פוטנציאליים ובאי כוחם להגיש תובענות שיכולות להיות מוגדרות כתובענות סרק. אם במטרה של לנסות את "שיטת המצליח" (לראות אם התביעה בכל זאת תוכרע לטובתם כאשר אין סיכוי ממשי) ואז יפיקו רווחים או מתוך כוונה לפגוע בנתבעים ולגרום להם נזקים. הציפיות של התובע המייצג ובא כוחו לפשרה לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית הן אלה שמדרבנות אותם להגיש את התובענה ולהצדיק את העלויות הכרוכות בהגשתה.

הנתבע, הנמצא תחת איום כי התובע ינהל את התביעה עד הסוף מסכים לקנות לעצמו את סיום ההליך אפילו אם התובענה עדיין לא אושרה כתובענה ייצוגית ובלבד שהמחיר שידרש לשלם כך לא יהיה גבוה מדי. אם למשל הסדר פשרה לא היה אפשרות ישימה וקיימת, התובע ובא כוחו היו יודעים כי אולי יישאו במלוא ההוצאות של התביעה אם ינהלו אותה עד הסוף. הם אולי היו זהירים יותר בהגשת התובענות והסיכוי שיהיה מדובר בתובענות סרק היה נמוך יותר.

אם החוק לא יציב בפני התובעים והנתבעים מנגנון אמין שיעזור לנתבע באיום עליו ימשיכו הנתבעים להתפשר בתביעות סרק ובכך יעודדו תובעים ועורכי דין להמשיך ולהגיש תביעות כאלה בעתיד<sup>53</sup>. השאלה היא אם בית המשפט יכול לכפות על הנתבעים לא להתפשר בתביעות סרק ומה המנגנון הנכון שיכול להוות פתרון לבעיה זו?

לסיכום פרק זה אציין כי לצד היעילות והחיסכון במשאבים שמייחד את ההליך הייצוגי ולמרות שמדובר במכשיר ששואף להשיג שוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים, קיים החשש כי הוא ינוצל לרעה. משמע הוא שהבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוגש ממניעים פסולים כמו סחיטה או קנוניה נגד הנתבע או מניעת תחרות בלתי הוגנת או השתלטות עוינת וכד', וכי אין בה ממש והיא תביא את הנתבע להתפשר שלא מטעמים ענייניים ובלבד על מנת להימנע מהליכי התדיינות ארוכים ויקרים. החשש גם כן הוא כי הליכי סרק כאלה יביאו לגלגול העלויות של ניהול התביעות אותן יישאו הגופים הנתבעים לצרכנים עצמם.

## סיכום

התובענה הייצוגית היא מכשיר דיוני המאפשר לתובע אחד לתבוע בשם של קבוצה של יחידים בגין פגיעה או כמה פגיעות בעלות אופי דומה בהן נפגע כל אחד מבני הקבוצה.

שני השיקולים המרכזיים העומדים בבסיס מכשיר התובענה הייצוגית הם:

- א. הגנה על הציבור ושמירה על האינטרסים שלו.
- ב. הגנה על האינטרס של הפרט על ידי מתן תרופה ליחיד שנפגע.

במקרים רבים אנשים נפגעים והנזק שנגרם להם הוא קטן יחסית, כך שלמרות שקמה להם עילת תביעה בגין אותו נזק אין כדאיות כלכלית לעשות זאת מצד אחד. מצד שני, הנזק

<sup>53</sup> ראה הערה 35 לעיל, עמ' 15.

שנגרם לקבוצה בגין אותה עילה הוא גדול מאוד ולכן ריכוזן של תביעות של יחידים לתובענה ייצוגית אחת הופך את התביעה לכדאית.

הצבעתי גם על היעילות של מכשיר התובענות הייצוגיות עת הוא מאפשר חיסכון במשאבים של הצדדים ושל בתי המשפט. בנוסף, לתובענה הייצוגית יש ערך מרתיע והיא פועלת להרתעה מפני הפרת דינים ופיצוי לנפגעים במקרה והתקיימה הפרה כזו. מדובר במכשיר בעל אוריינטציה ציבורית חברתית ועיון בסעיפי החוק מעלה כי המחוקק ער לחשיבותו של מנגנון זה ועל כן קבע בחוק את הכללים וההוראות לניהולה של תובענה ייצוגית.

חוק התובענות הייצוגיות קובע בסעיף 1 לחוק את המנגנון להגשת התובענה וניהולה בבתי המשפט ובאותו סעיף מגדיר המחוקק את מטרותיו של חוק זה והן:

1. מימוש זכות הגישה לבית המשפט לרבות סוגי אוכלוסיות המתקשות לפנות לבתי המשפט באופן אישי כיחידים.
2. אכיפת הדין והרתעת הרבים מפני הפרתו.
3. מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין.
4. ניהול יעיל וממצח של תביעה בצורה הוגנת.

החוק החליף את הפרוצדורה שהייתה קבועה בחוקים שונים, הרחיב את מסגרת העילות שבעטיין ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית, קבע מסגרת פרוצדוראלית מפורטת שמסדירה את שלבי ההליך של התובענה הייצוגית. בנוסף, החוק הסדיר את הזכויות של חברי הקבוצה המיוצגת במסגרת ההליך וכתוצאה ממנו, את הסמכויות, התפקידים והחובות של התובע המייצג ועורך דינו, את ההשתתפות של גורמים נוספים להליך וכן גם את הפיקוח של בית המשפט על כל המעורבים בהליך במהלך התובענה הייצוגית.<sup>54</sup>

לצד דמויות ואינטרסים חשובים אלו מנסה חוק תובענות ייצוגיות לקדם את האינטרסים של חברי הקבוצה. בבסיסה של כל תובענה ייצוגית יכול שתהיה התנהלות כמעט עוולתית שתיטען על ידם באשר להתנהלות הדמויות המרכזיות. התנהלות זו יש לה השלכות כספיות במישור הנזק האישי של כל חבר בקבוצה בנפרד. למרות שתכלית המוסד תובענה ייצוגית הוא אכיפה של דינים והרתעה מפני הפרתם עדיין קיים רכיב הפיצוי שגם הוא מושג באמצעות ההליך וזכותו של התובע הייצוגי ובא כוחו לקבלת גמול כספי. המחוקק באמצעות קביעה זו נותן תמריצים כלכליים להגשת תובענות ייצוגיות וקידום האינטרס הציבורי הגלום בהן על ידי קביעת השכר והגמול לתובע הייצוגי ובא כוחו על כך שעמלו להשגת המטרה הציבורית ומגיע להם שכר הולם בתמורה למלאכתם.<sup>55</sup>

כאשר התובע המייצג ובא כוחו מודעים לכך כי באם תאושר התובענה הם יזכו לגמול הולם הם בעצם קושרים את האינטרס האישי שלהם לאינטרס הציבורי.<sup>56</sup> הגמול שמקבל בא כוח

<sup>54</sup> ראה הערה מספר 6 לעיל.

<sup>55</sup> ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן 2012.

<sup>56</sup> ע"א 8037/06 שי ברזילי נ' פריינר (הדס 1987) בע"מ

התובע המייצג מהווה מניע כלכלי לגיטימי להגשת תובענות ייצוגיות ומספק תמריץ לתובע ובר כוחו להגשים את זכות היחיד ואת האינטרס הציבורי בו זמנית.<sup>57</sup>

החוק ובתי המשפט בפסיקותיהם הבהירו כי המנגנון של הסדר פשרה אמור לשקף את מכלול הסיכונים והסיכויים הטמונים בניהול ההליך ולגבש הסדר שבמסגרתו כל אחד מהצדדים קונה את הסיכון הכרוך בהמשך ניהול ההליך עליו הוא משלם כאשר הוא מוותר על חלק מהסעד או ההטבה שהוא תבע מלכתחילה.

סעיף 19 לחוק נתן הנחיות ברורות לבית המשפט על מנת שהוא יגן על עניינם של חברי הקבוצה היות והם אינם נמצאים בפניו ולא יטרחו לרוב להתנגד להסדר וזאת גם אם ההסדר אינו משאף את האינטרסים שלהם באופן הוגן ראוי וסביר.

על כן, בית המשפט אמור להבטיח כי הפשרה מממשת את מטרות התובענה הייצוגית בנוסף לפיצוי שנקבע לחברי הקבוצה המיוצגת. אם התובענה הייצוגית נגמרה בהסדר פשרה שאינו תורם לאכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו פוגע בתכלית ובמהות של מכשיר התובענה הייצוגית וגם מבזבזת לשווא את זמנו של בית המשפט. על בית המשפט להיות ביקורתי בבחינת הפשרה המוצעת לו ולהגן על זכויותיהם של חברי הקבוצה ועל האינטרס הציבורי.<sup>58</sup>

היות והסדר הפשרה לא נערך עם כל חברי הקבוצה והם לא שותפים להליך המשא ומתן לקראת הסדר הפשרה החוק קבע מנגנון קשיח ומובנה שמצריך כי בית המשפט יבחן בצורה מעמיקה הסדר פשרה שמוצג בפניו ולערב גופים חיצוניים ככל שהדבר נדרש, ומתפקידו לפקח על ההסדר נוכח העובדה כי הקבוצה נפקדת מההליך וגם בשל בעיית הנציג שהעלינו לעיל.<sup>59</sup>

יצוין כי על פי הספרות בנושא בעיית הנציג לא תהיה רק בעניין הגעה להסדר פשרה אלא שהיא מופיעה גם בשלבים יותר מתקדמים, למשל בשלב מימוש הפשרה. המנגנון לפיקוח שניתן לפתור את בעיית הנציג בשלב מתקדם זה הוא לתת הוראות מפורטות בגוף ההחלטה בה בית המשפט מאשר את ההסדר. במקום בו בית המשפט רואה כי התובע תם לב, אינו פועל מתוך אינטרסים זרים וכי יש בכוחם לפקח על מימוש הסדר הפשרה הוא יטיל עליהם את המשימה הזו ויבטיח בזאת כי הסדר הפשרה ימומש כלפי כל חברי הקבוצה.<sup>60</sup>

יצוין כי החוק אינו קובע מנגנון להבטחת מימוש הסדר הפשרה ועל כן נאלץ בית המשפט לקבוע מנגנון כזה על מנת להתגבר על החשש שבעיית הנציג תופיע וייווצר מצב שגם אחרי שבית המשפט אישר את ההסדר הוא לא נאכף כלפי כל חברי הקבוצה. מה שיוצא מעבודה זו היא שהמכשיר החברתי של התובענה הייצוגית שיכול להיות יעיל מאוד ואפקטיבי באכיפת החוק, והטלת סנקציות על מי שמפר אותו. עדיין מדובר במכשיר שבתוכו קיים חשש כבד למשוא פנים בין התובע הייצוגי לבין חברי הקבוצה, וגם כן החשש כי ירבו המקרים בהם יוגשו תובענות סרק שאין להן בסיס עובדתי ו/או משפטי.

<sup>57</sup> ע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד. פ"ד נו(2) 247, 259.

<sup>58</sup> ראה הערה מס' 35 לעיל, עמ' 28.

<sup>59</sup> קלמנט, א. הייצוגיות הולמת, הפשרה לא תמיד "עורך הדין" 6, 69 (2010).

<sup>60</sup> ב"ש/א (מחוזי תל אביב) 16883/01 רוזנבוך נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

החשש גובר ככל שמדובר בהסדרי פשרה בהליכי תובענות ייצוגיות ובמיוחד כאלה שנעשים לפני שאושרה התובענה כתובענה ייצוגית ולפני שבית המשפט בחן לעומק אם אכן קיימות שאלות מהותיות משותפות לכלל חברי הקבוצה. על מנת להתגבר על חלק מהחששות החוק מונה את ההוראות לפיהן בית המשפט יאשר את ההסדר בין התובע המייצג לנתבע ומנסה על ידי אותן הוראות לנטרל את החשש לניגוד אינטרסים ושמירה והגנה על זכויותיהם של התובעים המיוצגים.

כדי להתגבר על החשש אני מאמין שיש לבנות מנגנון פיקוח שיפקח על התנהלותם של התובעים המייצגים ובאי כוחם כך שלא יוכלו לקבל החלטות הרות גורל עבור חברי הקבוצה אלא לאחר שקיבלו את הסכמתם של חברי הקבוצה. אני מאמין כי מנגנון כזה יצמצם את מרחב הפעולה של התובע המייצג ולא יאפשר לו לפעול או לסגור הסדר פשרה כלשהו מבלי שקיבל את הסכמתם של כלל חברי הקבוצה. אותו מנגנון מיושם באופן חלקי כמו שהראיתי לעיל במימוש הסדר הפשרה כלפי כלל חברי הקבוצה אם בית המשפט נותן הוראה כזו. כאן במקרה ומדובר רק בעניין ההסכמה להסדר סביר להניח כי הוראה דומה הייתה יכולה לגבור על החשש כי יהיה משוא פנים וניגוד עניינים בין התובע המייצג לבין כלל חברי קבוצת התובעים.