

מעקב פסיקה

ע"א 7100/19 קימברלי - קלארק ישראל שיווק בע"מ נ' מיה גד - מסטיי (פורסם בנבו, 02.12.2019):

ערכאה: בית המשפט העליון, מפי כבוד השופטת דפנה ברק-ארז:

ביהמ"ש העליון, בדן יחיד מפי השופטת דפנה ברק-ארז, קיבל את בקשת המבקשת לעיכוב ביצוע פסק דין כספי שניתן ע"י השופטת מיכל נד"ב מביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד עם אישור התובענה כייצוגית, שהורה על תשלום פיצוי בסך 15,855,262 ש"ח בגין שווי חבילות חיתולים תקולים ששווקו.

ביום 07.04.2014 אושרה תובענה ייצוגית שהוגשה נגד חברת קימברלי-קלארק על כך ששיווקה חיתולים פגומים לשוק, למרות גילוייה המוקדם של התקלה. ביהמ"ש המחוזי קבע שהחברה המשיכה בשיווק המוצר הפגום, למרות הגילוי המוקדם, וכן שדבר התקלה פורסם רק לאחר מספר חודשים, שלא בתום לב, מתוך תקווה שלא לחולל רעש ציבורי. כמו כן, נקבע שאין בנוהל הפיצוי אותו הנהיגה מיוזמתה חברת קימברלי קלארק כדי להצדיק את דחייתה של בקשת האישור.¹

על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור. השופט דנציגר מביהמ"ש העליון, דן בבקשה כבערעור ודחה אותה.² משהוחזרה התובענה להמשך בירורה בביהמ"ש המחוזי,³ נדרש האחרון להכריע מהו מועד שיווק החיתולים התקולים, היקפם, וכמה מהם בפועל שווקו עד פרסום התקלה לצרכנים. כאמור, סכום הפיצוי שנפסק היה למעלה מ-15 מיליון ש"ח, ושכר הטרחה והגמול לתובע עמדו בהתאמה על 15% ו-5% מסכום הפיצוי. נקבע שככל שסכום הפיצוי לא ימומש במלואו, ההפרש יועבר לקרן שהוקמה מכוח ס' 27א לחוק תובענות ייצוגיות.

ביום 22.02.2019 הורה ביהמ"ש המחוזי על עיכוב ביצוע זמני של פסק הדין עד הגשת ערעור לביהמ"ש העליון יחד עם בקשת עיכוב הביצוע והכרעתו בעניין. ביהמ"ש העליון, מפי השופטת ברק-ארז, קיבל חלקית את בקשת המבקשת לעיכוב ביצוע פסק דין בתובענה ייצוגית ופסק בהתאם גמול ושכר טרחה יחסיים למשיבה ולבא כוחה.⁴

ההלכה הנוהגת בתביעות שאינן ייצוגיות נוטה שלא לעכב ביצוע פסק דין שעוסק בחיוב כספי, דוגמת פסק הדין שבענייננו, אם ניתן להשיב את הכסף במקרה של זכייה בערעור.⁵ להלן תוצג המסגרת הנורמטיבית הנוהגת לבחינת השיקולים בדבר עיכוב ביצוע. כמו כן, אדגים כיצד בענייני תובענות ייצוגיות מאזן הנוחות הוא השיקול המכריע מטעמים אינהרנטיים להליך הייצוגי, ואדון במספר קשיים שעולים מכך.

בבסיס המסגרת הנורמטיבית של הדיון, עומדת תקנה 466 לתקסד"א,⁶ לפיה הגשת ערעור או בקשת רשות לערעור איננה מעכבת את ביצוע ההחלטה עליה מערערים. תקנה זו חלה גם בעניין תובענות ייצוגיות מכוח

¹ ת"צ (מחוזי מרכז) 18451-04-11 גד נ' חוגלה-קימברלי שיווק בע"מ (פורסם בנבו: 07.04.2014).
² רעא 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי (פורסם בנבו: 06.07.2015): ביהמ"ש נדרש לטענת המשיבות בנוגע לאי התקיימות התנאי המנוי בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, ולאי ביסוס מספק של עילות ההטעיה והפרת חובת הגילוי מתוך חוק הגנת הצרכן (שאושרו בבימ"ש קמא) ודחה אותן. בנוסף, קיבל את החלטת בימ"ש קמא בעניין "זוטי דברים", באומרו שהתקלה בחיתולים יורדת לשורש הפונקציה אותה חיתול נועד למלא. ביהמ"ש זקף לזכות המבקשת את מתן הפיצוי הוולונטרי, ככזה שבא בהלימה עם תכלית הכלי הייצוגי במתן תמריץ ליצרנים לפעול בהתאם לאינטרס הצרכני מבעוד מועד. עם זאת, פסק שהמבקשת לא נקטה בכל צעדים להקטנת הנזק זאת לאור טיב הפגם, גילוייה המוקדם והיקף הצרכנים שניזוקו עד מועד היידוע במסע הפרסום. הענקת פיצוי מצידה, אפוא, אינה שוללת את הצורך בבירור התובענה לגופה.
³ תצ (מרכז) 18451-04-11 מיה גד נ' חוגלה-קימברלי שיווק בע"מ (פורסם בנבו: 12.08.2019).
⁴ ע"א 7100/19 קימברלי - קלארק ישראל שיווק בע"מ נ' מיה גד - מסטיי, פס" 14-15 (פורסם בנבו, 02.12.2019) (להלן: עניין קימברלי): נפסק שתשלום הגמול למשיבה יעמוד בשלב זה על 150,000 שקלים, ואילו שכר הטרחה יעמוד על 500,000 שקלים.
⁵ אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 1156, (מהדורה 12, 2015).
⁶ תקנות סדר הדין האזרחי, השתמ"ד-1984.

תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות.⁷ חריגה מהכלל אפשרית, רק אם בעל הדין המעוניין בעיכוב מבקש זאת מבית המשפט.⁸

עיכוב ביצוע החלטה נועד לשמר את הלך הדברים הקיימים, מקום שעולה החשש שלא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו, באם יתקבל הערעור. לכן, על המבקש לעמוד בשני תנאים מצטברים: שסיכויי קבלת הערעור אינם זניחים, וכן, שכף מאזן הנוחות נוטה לטובתו – דהיינו, שיהיה קשה להשיב את המצב לקדמותו לו יתקבל הערעור לאחר שכבר בוצע פסק הדין, ולפיכך ייגרם לו נזק בלתי הפיך.⁹ יש לציין כי בין התנאים חלה "מקבילית כוח" (ככל שניתן להעריך את סיכויי הערעור בצורה טובה, תוקל דרישת מאזן הנוחות, ולהפך), כאשר שיקול מאזן הנוחות נתפס כאבן הבוחן המרכזית להכרעה.¹⁰

בענייננו, השופטת ברק-ארז ציינה כי המסגרת הנורמטיבית הכללית הנדרשת לשם בחינת עיכוב ביצוע כוללת בחינת שני תנאים מצטברים, סיכויי הערעור ומאזן הנוחות. אולם בנסיבות העניין, לא דנה בסיכויי הערעור לאור המשקל המכריע של מאזן הנוחות.¹¹ המדובר בקבוצה גדולה של ניזוקים שסכום הפיצוי עבור כל אחד מהם הוא נמוך, כאשר ההשבה הפרטנית צפויה להשית עלויות גבוהות על המבקשת נוכח סכום הפיצוי הכבד שהוטל עליה (למעלה מ-15 מיליון ש"ח). לשון אחר, מאחר שתנאי אחד לעיכוב ביצוע התקיים, לא עלה כלל צורך לדון בשני.

הדבר עולה בקנה אחד עם המתואר בספרות ובפסיקה, שמדגיש את הצורך בבחינת שני התנאים; ובדבר היות שיקול מאזן הנוחות אבן הבוחן המרכזית להכרעה.¹²

בעניין משה מזרחי,¹³ הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בירושלים בגין חוב שהוטל על המבקש לשלם למשיב, לאחר שנתגלע ביניהם סכסוך עסקי. השופטת ברק-ארז דחתה את בקשת עיכוב הביצוע, מאחר שהמבקש לא הרים את נטל ההוכחה בדבר היעדר כושר פירעון מצד המשיב. אמנם מדובר בשני תנאים מצטברים, אך אם אחד מהם לא מתקיים כלל (מאזן הנוחות), אין עוד טעם לבחון את השני.

⁷ תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

⁸ חמי-בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 368 (מהדורה 3, 2012) (להלן: בן-נון וחבקין): הרציונל בבסיס הכלל הוא להעניק לתובע את ההנאה מפרי זכייטו בתביעה. משכך, אחד מהצדדים שמעוניין לחרוג מהכלל ולעכב את ההחלטה, נדרש לבקש זאת מבימ"ש. שם, בעמ' 369-370.

⁹ שם, בעמ' 370-371: קיימים מספר טעמים לכך שמאזן הנוחות הוא המרכזי מבין שני התנאים. ראשית, בקשה לעיכוב ביצוע מוכרעת בדרך יחיד, וזאת בניגוד לערעור שבדרך כלל מוכרע במועב של שלושה. מאחר שסיכויי הערעור יתבררו לאימתם רק בפני ההרכב הדין בערעור, מוענק משקל מוגבל לעמדת השופט בדין יחיד. שנית, הבקשה לעיכוב ביצוע מוכרעת לרוב על סמך תשתית חסרה, מאחר שטרם עלה בידי המשיב להשיב לטענות המבקש בערעור כראוי. שלישית, לא ניתן להקדיש זמן רב לדיון בבקשה לעיכוב ההחלטה ובכלל זה גם בהערכת סיכויי הערעור, כי הדבר מהווה ניצול לא יעיל של זמן שיפוטי.

¹¹ עניין קימברלי, לעיל ה"ש 4, בפס' 13.

¹² עא 4674/19 כן פייט ביופרמה בע"מ נ' קפיטל פוינט בע"מ, פס' 6-8 (פורסם בנבו, 29.07.2019): הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בתל אביב, בו הוחלט שהמבקשת תכנס אסיפה מיוחדת של בעלי מניותיה כדי לדון, בין היתר, בסיום כהונת כל חברי הדיקטטוריון של המבקשת ומינוי אחרים במקומם. הבקשה הוגשה בטענה שפסק הדין ניתן מבלי שלצדדים הייתה הזדמנות לסכם בהמרצת הפתיחה. לאחר בחינת שני התנאים לעיל, השופטת וילנר קבעה כי דין הבקשה להתקבל מאחר שסיכויי הערעור אינם מבוטלים, ומאזן הנוחות נוטה לטובת המבקשת, פן החלפת הדיקטטורים תביא לשינוי בלתי הפיך במצב הדברים הנוכחי עד כדי איון הערעור שהוגש.

עא 4674/19 כיכר השבת בע"מ נ' פלונית, פס' 5 (פורסם בנבו, 25.08.2019): הוגשה בקשה לעיכוב פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בתל אביב-יפו בגין חיוב המבקשת בפיצוי על כך שפרסמה באתר כתבות לשון הרע על המשיבה. השופט קרא החליט לעכב את פסק הדין באופן חלקי ע"י בחינת שני התנאים האמורים והענקת משקל מכריע לשיקול מאזן הנוחות. לדבריו, מצבה הכלכלי הרעוע של המשיבה מטה את כף מאזן הכוחות לרעתה, מכיוון שתקשה להשיב סכומים משמעותיים שנפסקו לטובתה. לצד זאת, נקבע שעומדת למבקשת זכות ערעור גם על החלטת בימ"ש קמא בשאלת החבות; ומשכך, סיכויי הערעור אינם קלושים.

עא 6290/17 פלוגי נ' פלוגי, פס' 2 (פורסם בנבו, 05.09.2017): הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בנצרת שהורה על רכישה כפויה של חברה, במסגרתה נקבע שיש להעביר את מניות המבקשת במשיבה 2 לידי משיבה 1. השופט הנדל החליט לעכב את פסק הדין. לדבריו, השגות המבקשים נשאו אופי עובדתי ומשפטי, ודרשו בירור לגופו של עניין. משכך, קבע שהחלטת בימ"ש קמא בעניין הרכישה הכפויה אינה אלא החלטת ביניים ש"נבלעה" בפסק הדין הסופי, וניתן לערער עליה בזכות. עא 7453/18 זאב עמאר נ' משה מזרחי, פס' 11-13 (פורסם בנבו, 06.11.2018).

לצד זאת, מפסק דינה בתובענה הייצוגית בעניין קימברלי עולה **שמאזן הנוחות** הוא השיקול המנחה בהחלטה לעיכוב ביצוע פסק דין; ולכן אין צורך להידרש לסיכויי הערעור.

סיבה אפשרית לשוני בין פסיקתה בעניין מזרחי לבין קימברלי טמונה בטיבו וטבעו של ההליך הייצוגי. מעצם היותו כלי שרת בידי קבוצה, ולא רק בידי פרט בודד, התובענה הייצוגית מאפשרת הטלת סכומי פיצוי נכבדים על המבקשת, כאשר דה-פקטו, הפיצוי שמקבל כל אחד מחברי הקבוצה הוא נמוך, ולכן תשומות עיכוב הביצוע האינדיבידואליות זניחות הן. ערעור המבטל פסק דין בעל חיוב כספי גורר אחריו השבה פרטנית מכל אחד מחברי הקבוצה, ובהתאם גורם לנזק בלתי הפיך למבקש בקשת העיכוב. לכן, עולה הנטייה שלא לבחון את סיכויי הערעור מלכתחילה, **ולעכב את פסק הדין על סמך מאזן הנוחות בלבד**. להלן מספר פסקי דין הנוגעים לתובענות ייצוגיות התומכים בטענה זו:

בעניין **אקסלנס**¹⁴ הגישה המבקשת בקשה לעיכוב ביצוע החלטת ביהמ"ש המחוזי על השבת החזרי העמלות שגבתה מלקוחותיה שלא כדין. השופטת ברק-ארז קבעה שיש לעכב את ביצוע פסק הדין לאור משקלו המכריע של מאזן הנוחות, נוכח הנזק הבלתי הפיך שתספוג המבקשת לו תנקוט באיתור והשבה פרטניים לכל חברי הקבוצה. משניתן משקל מכריע למאזן הנוחות, לא נדרשה עוד בבחינת סיכויי הערעור.

בעניין **חברת דואר ישראל**¹⁵ הגישה המבקשת בקשה לעיכוב ביצוע החלטת ביהמ"ש המחוזי בתל אביב-יפו לפצות את הציבור בעבור המחיר הלא סביר שנגבה ממנו תמורת שירות ממוחשב בסניפיה. בעניין זה, השיקול העיקרי לעיכוב הביצוע היה מאזן הנוחות, למרות שסיכויי הערעור היו לא מבוטלים.

עוד בנושא, מעניינת פסיקת השופט הנדל בעניין **שמואל רחמים**¹⁶. המבקשת הגישה בקשה לעיכוב ביצוע החלטת ביהמ"ש המחוזי בלוד להשבת הסכומים שגבתה שלא כדין. הנדל קיבל את בקשת העיכוב באופן חלקי ונקט בדרך ביניים. נקבע שאין בסיכויי ההליך כשלעצמם כדי להצדיק את עיכוב הביצוע; אך מחמת שיקולי מאזן הנוחות, העירייה המבקשת פטורה מביצוע מדידה כללית הכרוכה בהשקעה כספית בלתי מבוטלת, אך בו בעת חייבת בהשבה קונקרטיית לכל תושב שיפנה אליה באופן פרטי.

אם כן, מהסקירה האמורה נראה שבעניין קימברלי, ביהמ"ש העליון פעל בהתאם לגישה הדומיננטית בפסיקה בנוגע לעיכוב ביצוע חיוב כספי בתובענות ייצוגיות. גישה זו מזמנת דיון בשיקול מאזן הנוחות כקו מנחה לעיכוב הביצוע מאותם טעמים שהם אינטרינזיים להליך הייצוגי; וזאת מבלי להידרש לרוב לשאלת סיכויי הערעור. לפיכך, נראה שהגישה הנוהגת בתובענות ייצוגיות סוטה מהכלל שלא לעכב פסקי דין בעלי חיובם כספיים. עם זאת, לטעמי המגמה המתוארת מוקשית מכמה טעמים.

ראשית, עיכוב ביצוע החלטה בעניין חיוב כספי עפ"י מאזן הנוחות בלבד, **עשוי להפחית את ערך הנטו הצפוי של התביעה**,¹⁷ ולאוורז זמן עשוי לייצר תמריץ שלילי בהגשת תובענות ייצוגיות. שאלת הגשת תביעה תלויה בתוצאות הערכת כדאיותה. על התובע המייצג ובא כוחו לשקלל בסל שיקוליהם גם את הסיכוי/הסיכון לעיכוב ביצוע החיוב הכספי. ככל שגובה הגמול ושכר הטרחה שנפסקים להם **משתנים כתלות בעיכוב הביצוע**, ערך הנטו האפרורי של התביעה נשמר. מקום שגובה הגמול ושכר הטרחה אינם גדלים באופן פרופורציונאלי להימשכות התביעה, ערך הנטו פוחת, עד כדי פגיעה פוטנציאלית בתמריצי הגשת תובענות ייצוגיות.

¹⁴ ע"א 939/14 אקסלנס נשואה השקעות בע"מ נ' פירט, פס" 11-15 (פורסם בנבו, 23.3.2014).
¹⁵ עא 2090/19 חברת דואר ישראל בע"מ נ' ליאורה לבנשטיין, פס" 8-10 (פורסם בנבו, 08.04.2019).

¹⁶ עעמ 7004/19 עיריית רעננה נ' שמואל רחמים, פס" 2-3 (פורסם בנבו, 05.12.2019).

¹⁷ אלון קלמנט, "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 פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387, 393-396 (2004): ערך הנטו הצפוי הוא תוצאת שיקול של שלושה גורמים שמביאים להערכת הכדאיות בהגשת התביעה וניהולה - גובה הנזק הפרטני של התובע, בחינת סיכויי הצלחתה והעלויות הכרוכות בניהולה.

שנית, עיכוב ביצוע החלטה בעניין חיוב כספי לפי מאזן הנוחות בלבד עלול להחריף את בעיית הנציג¹⁸ ולגרום לפשרות לא ראויות. כידוע, תובענה ייצוגית מנוהלת בידי נציגיה בלבד ולא בידי כלל הקבוצה. מאחר שהראשונים הם שנושאים בכל העלויות הכרוכות בניהול התובענה, ברי שעשוי להיווצר פער בין האינטרסים שלהם לבין טובת הקבוצה. לכן, הם עשויים לחתור להסדר פשרה "גרוע" כלפי יתר חברי הקבוצה המיוצגים, מקום שצופים שבתום ההליך הייצוגי בית המשפט עשוי לעכב את החיוב הכספי ואת גמולם בהתאם.¹⁹

¹⁸ אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", משפטים מא 5, 10-11 (2011) (להלן: פשרה והסתלקות).
¹⁹ אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 325-327 (2004) (להלן: עולות המוניות).