

מעקב פסיקה

תצ (ת"א) 44431-06-15 אברהם זך נ' מסד (אחזקות) בע"מ (פורסם בנבו, 9.11.2020):

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי השופט חאלד כבוב, פסק גמול ושכר טרחה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שלא נדונה והוכרעה לגופה, אך שהושג בעניינה מתווה הסדרה מצד המשיבות בהמלצת ביהמ"ש, שהיה מקובל על מייצגי הקבוצה.¹ זאת, מבלי שכלל הסוגיות הנוגעות לסיום ההליך הוסכמו על ידי הצדדים,² מבלי שביהמ"ש נקט בהליך המוסדר בחוק לאישור הסדר פשרה³ תוך הקמת מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה.⁴

ענייננו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברת מסד (אחזקות) בע"מ (להלן: "החברה"), בעלת המניות העיקרית בחברה וכנגד הנאמנים שהחזיקו את מניותיהם של חברי הקבוצה והיו אמונים על איתור חברי האגודה השיתופית מסד ורישומם כבעלי מניות בחברה.⁵ בקשת האישור הוגשה בטענה כי החברה והנאמנים מטעמה אשר החזיקו את מניותיהם של חברי האגודה עד לאיתורם, עיכבו את הליך האיתור והרישום ללא הצדקה במשך שנים רבות תוך פגיעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה.⁶

ההליך כלל התדיינות רבות והחל עם הגשת הבקשה לאישור בשנת 2015.⁷ הניסיון לפתור את המחלוקת בין הצדדים כלל מאמצים רבים, ביניהם גישור שלא צלח⁸ וניסיון נוסף להגעה לפשרה.⁹ לאחר שמיעת טענות הצדדים, ביהמ"ש המליץ לצדדים על מתווה לפשרה שעיקרו התחייבות החברה לרישום זכויות בעלי המניות שלא אותרו. מתווה זה אושר ע"י המשיבות בכפוף לכך שבקשת האישור תדחה והנאמנים יוחלפו. לאחר החלפת הנאמנים הוגשה על ידי המשיבות תכנית עובדה לביהמ"ש.¹⁰ במסגרתה, הסעד העיקרי שעמד בבסיס בקשת האישור, רישום בעלי המניות הזכאים תוך זמן סביר, קיבל מענה.¹¹

משהושג הסעד העיקרי אשר נעתר בבקשת האישור, רישום בעלי המניות הזכאים בתוך פרק זמן סביר (על אף שהרישום עצמו טרם הושלם במועד ההחלטה), ביהמ"ש לא דן בבקשה לגופה אך נתן פס"ד במסגרתו ניתן גמול ושכר טרחה והוקם מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה.

רשימה זו תעסוק בשאלה כיצד על ביהמ"ש לפעול ביחס לעמידה במנגנוני אישור הפשרה בתובענות שבסיסן מוצדק אך המשך הדיון בהן התייתר? על פניו, דחיית בקשת האישור בעניין זך נראית רצויה - מדוע להמשיך לנהל תובענה שמיצתה את עצמה והסעד העיקרי בה ניתן? מאידך, קביעה כי הסעד ניתן ומשכך ניתן להקים מעשה בית דין על חברי הקבוצה משמעה כי אין צורך לעמוד במנגנונים שנקבעו בחוק ביחס להסדרי פשרה. לכך עשויות להיות השלכות שליליות שונות עליהן אעמוד בהמשך. כמו כן, השלכות אלו עשויות להיות חמורות במיוחד כאשר הסעד המבוקש מומש באופן חלקי, למשל מקום בו המשיבה מתחייבת להסדרה עתידית כפי שאירע בעניין זך.

¹ תצ (ת"א) 44431-06-15 אברהם זך נ' מסד (אחזקות) בע"מ (פורסם בנבו, 9.11.2020) (להלן: "זך").

² שם, בפס' 14.

³ ס' 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

⁴ זך, לעיל ה"ש 1, בפס' 79, פסק הדין מהווה מעשה בית דין כנגד המשיבות 1 ו-3 (ולא כלפי הנאמנים המקוריים שהוחלפו).

⁵ שם, בפס' 1.

⁶ שם, בפס' 5-6.

⁷ שם, בפס' 4-14.

⁸ שם, בפס' 8.

⁹ שם, בפס' 9.

¹⁰ שם, בפס' 12-13.

¹¹ שם, בפס' 2, 14.

מטרותיה של התובענה הייצוגית¹² מימוש זכות הגישה, אכיפת הדין והרתעה מהפרתו, מתן סעד הולם מהפרת הדין, וניהל יעיל, הוגן וממצה של תביעות- מושפעות כולן מכלי הפרה.¹³ אישור פשרה בתובענה ייצוגית מכריע בזכויות חברי הקבוצה בהיעדרם ומקים מעשה בית דין כלפיהם, באופן שפוגע בזכות גישתם לערכאות.¹⁴ כמו כן, הפשרה משפיעה על מידת האכיפה וההרתעה שמשיגה התובענה הייצוגית.¹⁵ על מנת לצמצם השפעות אלו, החוק מעניק כלים לפיקוח על צדדים להסדר פשרה. קלמנט במאמרו מציע דרכים לפרשנותם ויישומם באופן שמביא לניצולם המלא.¹⁶ על מנת לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, על בית המשפט לקבוע אם ההסדר "ראוי, הוגן וסביר בנסיבות העניין".¹⁷ כאשר הפרה כוללת **התחייבויות עתידיות**, הדבר מקשה על בית המשפט בהערכתו את שווי הפרה ומכאן את ביצוע השוואת שוויה לבין התוצאות שהיו צפויות מהליך מלא.¹⁸

במאמרו, קלמנט מציע שני ערוצי התמודדות לקשיים שמעלה הפרה¹⁹- האחד, קיום דווקני של הפרוצדורות הקבועות בחוק לאישור הפרה, המיועדות **להערכה נכונה** שלה, **אפשרות התנגדות** כפתרון **לבעיית הנציג והיעדר ההליך האדוורסרי ופיקוח** על יישומה.²⁰ השני, ייצור תמריצים לצדדים להגעה לפשרה ראויה. זאת בעזרת מתן גמול, שכר טרחה ופסיקת הוצאות.²¹ אשר לפיקוח הנדרש באשר לפשרות לפני אישור התובענה- קלמנט מסווג את אלו כדורשות את הפיקוח המרבי- הן על מנת למנוע תביעות סרק והן בכדי להתמודד עם בעיות הנציג.²² היות ורובן המוחלט של הפרשות מגיעות לאישור לפני אישורה של התובענה²³, הסיפא לסעיף 19(א) לחוק דורשת מבית המשפט לוודא כי פשרה היא אכן הדרך היעילה וההוגנת לסיום ההליך.

למרות חשיבותם של מנגנוני האישור הקבועים בחוק, קיימים מצבים בהם בתי המשפט לא מיישמים אותם באופן דווקני. דוגמא לכך ניתן לראות בפסקי דין העוסקים בתובענות בעלות בסיס מוצדק אשר המשך הדיון בהן התייתר היות והושג בעניין הסעד המבוקש. מהן ההשלכות הפוטנציאליות של ויתור על המנגנונים המנויים בחוק לאישור הסדרי פשרה במקרים אלו? האם הם אכן מתייתרים במקרים מסוימים? אבחן זאת דרך דיון בעניין חוגלה ובעניין לפינר.

עניין חוגלה²⁴ עוסק בשאלה כיצד יש לנהוג בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, כאשר רובם של המחדלים בגינם הוגשה תוקנו, אך הצדדים טרם הגיעו להבנות אשר יסיימו את ההליך? פסק הדין בחן את סמכויות בית המשפט, בהעדר הסכמה בין הצדדים, להביא לסיום הליך ייצוגי שמיצה את עצמו. צוין, כי דרך התנהלותם הקלוקלת של הצדדים הביאה לכך שבית המשפט נאלץ להכריע בסוגיה בעוד שהיה מוטב לסיים

¹² ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 3.

¹³ [אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 7 \(2011\)](#) (להלן: קלמנט, "פשרה והסתלקות").

¹⁴ שם בעמ' 6.

¹⁵ שם, בעמ' 6.

¹⁶ שם, בעמ' 7.

¹⁷ ס' 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 3.

¹⁸ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 7.

¹⁹ שם, בעמ' 8.

²⁰ דוגמת הגבלת התוכן על ההסדר, איסור על שינוי עילות והוספת צדדים לפי סעיף 18(ז)(1), איסור התניה בשכר טרחה וגמול לפי סעיף 18(ז)(2), צירוף תצהירים לפי סעיף 18(ב), החובה למנות בודק לפי סעיף 19(ב)(1), קביעת תנאים ליישום הסדר הפרה ופיקוח עליו, לפי סעיף 19(ד) 20(א)-(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 3.

²¹ קלמנט פשרה והסתלקות, לעיל ה"ש 13, בעמ' 8.

²² שם, בעמ' 32.

²³ שם, בעמ' 58.

²⁴ [ת"צ \(מחוזי מרכז\) 51048-11-14 רונית בירמכר לב-ארי נ' חוגלה-קימברלי שיוק בע"מ \(פורסם בנבו, 9.4.2017\)](#) (להלן: חוגלה). המשיבה, הגישה תובענה שעיקרה אי-סימון מוצר כראוי, זאת מבלי שפנתה מקדמית למשיבה, בשולי תשובת המשיבה נטען כי היא החלה בתיקון הסימון.

את העניין תוך תיקון מחדל הסימון, תרומה בהיקף סביר לטובת מטרה ראויה, והסתלקות מהתובענה מאחר שמיצתה את עצמה, תוך תשלום שכר טרחה וגמול צנועים למבקש.²⁵

בעניין **חוגלה**, בית המשפט הכריע כי היות שמחדלי העבר תוקנו, אין תועלת בניהול תובענה כאשר לא נגרם נזק ממשי לצרכן,²⁶ או לחילופין, מקום בו הנזק מוגבל בהיקפו ואינו בר פיצוי.²⁷ במקרה זה, קבע בית המשפט כי העלות של ניהול תובענה ייצוגית לצדדים ולבית המשפט, נוכח אי הסכמתם של הצדדים על אופן סיומה, עלולה להיות גבוהה מהתועלת שתצמח ממנה.²⁸ לפיכך, בפני בית המשפט עמדו שתי אופציות, כל אחת בבחינת "הרע במיעוטו": האחת, לקבל את בקשת האישור, ולנהל הליך שתועלתו נמוכה מעלותו; השנייה, לדחות את בקשת האישור, למרות מחדליה של המשיבה, אשר הפרה את חובותיה בחוק וגם נמנעה מלתקן את דרכיה במהירות הראויה.²⁹

בית המשפט ציין כי דילמה זו הייתה נמנעת לו היה באפשרותו להימנע מאישור התובענה כייצוגית תוך הוראה על מתן סעד לטובת הציבור או הקבוצה.³⁰ כך היה מגיע לתוצאה היעילה מבלי לוותר על הרתעת התובעת ופיצוי הקבוצה. בית המשפט בחר לדחות את בקשת האישור על בסיס סעיף 8(א)(2) לחוק היות והתובענה אינה "הדרך ההוגנת והיעילה להכרעה", זאת היות וניתנה תשובה למחדלי העבר והנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה נמוכים. עוד הוסיף ביהמ"ש כי ראוי להגיע למסקנה דומה גם מקום שתיקון הליקוי אינו מלא אך העלות הכרוכה בדיון עולה על התועלת של הקבוצה והציבור מהמשך ההליך.³¹ בית המשפט סייג את דבריו באומרו כי כאשר נגרם נזק ממשי, אין להסתפק בתיקון המחדל בדרך של הסדרה עתידית אלא לאפשר את ניהול התובענה.³² בית המשפט הדגיש שאי-אישור התובענה משמעו אינו שההליך היה הליך סרק,³³ ולפיכך פסק תגמול למבקש ושכר טרחה לבא הכוח המייצג מכוח סעיפים 23 ו-22(ג)(1), זאת על מנת לייצר הרתעה כלפי המשיבה.³⁴

בעניין **חוגלה**, ניכר כי אכן חסרונותיה של ה"פשרה" מועטים למול עלויות ניהול התובענה מהסיבות שציין בית המשפט. אך האם ניתן להשליך מעניין **חוגלה** לעניין **זך**? ראשית, עניין **זך** עסק בסעד עתידי מה גם שהמחדל טרם תוקן במלואו. מעבר לכך, עסקינן בפגיעה ממשית בחברי הקבוצה שעל פניו יש הצדקה לפצות בגינה וחברי הקבוצה ברי איתור. ייתכן והמנגנונים המפצים על היעדר ההליך האדוורסרי ובעיית הנציג כגון פרסום הפשרה, מינוי בודק, אפשרות ההתנגדות, היכולת לצאת מהקבוצה, היו מביאים לתוצאה שונה. בנוסף, בעניין **חוגלה** לא הוקם מעשה בית דין על חברי הקבוצה היות שהבקשה נדחתה³⁵ בעוד בעניין **זך** הוא הוקם³⁶ מה שמעלה חששות נוספים להיעדר פיקוח שלא התעוררו בעניין **חוגלה**. אם כך, נראה כי מגונו הפיקוח נדרשים יותר במקרה **זך** מאשר בעניין **חוגלה** בין היתר היות שמדובר בסעד עתידי ומורכב ועקב מעשה בית הדין שהוקם בעניין זה.

²⁵ שם, בפס' 9.

²⁶ שם, בפס' 10.

²⁷ שם, בפס' 11.

²⁸ שם, בפס' 11.

²⁹ **חוגלה**, לעיל ה"ש 24, בפס' 12.

³⁰ שם, בפס' 13.

³¹ שם, בפס' 15.

³² שם, בפס' 19.

³³ שם, בפס' 16.

³⁴ שם, בפס' 17.

³⁵ שם, בפס' 20. יש לציין כי דחיית בקשה אישור לא מעידה בהכרח על אי-הקמת מעשה בית דין בעניינה, ראו למשל את הדיון בשאלת קיומו של מעשה בית דין מכוח החלטה הדוחה בקשה לאישור תובענה, ראה: [עמ"מ 2152/19 אנטי טפיו נ' רשות המיסים \(פורסם בנבו 4.10.2020\)](#) בפס' 22, הרשמת מפנה לדיון בפסקי דין נוספים.

³⁶ זך, לעיל ה"ש 1, בפס' 79.

דוגמא מורכבת יותר, אשר אמנם לא עומדת בתנאים המנויים בחוק לאישור הסדר פשרה אך משלבת מנגנונים דומים להם, ניתן לראות בעניין **לפינר**,³⁷ בו ניתן פסק דין בהסכמה (בשונה מעניין חוגלה בו לא הייתה הסכמה) בתובענה ייצוגית אשר עסקה בחיובים שלא כדין של בנק את לקוחותיו. הצדדים הגישו בקשה משותפת לאשר את התובענה כייצוגית ולתת בעניינה פסק דין.³⁸ פסק הדין קיבל את בקשת הצדדים-אשר את התובענה כייצוגית ואת ההסכם בין הצדדים, אך זאת מבלי לעמוד במנגנוני אישור הסדר הפשרה הקבועים בחוק. הבנק הודה בחיובים, חדל מהגבייה העודפת ופעל לאיתור הנפגעים³⁹ לטובת השבת הסכומים במלואם. הצדדים הסכימו בין היתר על אופן השבת החיובים, וכן על העברת יתר החיובים לקרן ככל שלא יאותרו חברי קבוצה.⁴⁰ כמו כן, מונה ממונה על ביצוע פסק הדין,⁴¹ הוא פורסם⁴² ונקבע כי בכל עניין של מחלוקת בנוגע לביצוע פסק הדין רשאים הצדדים לפנות לביהמ"ש.⁴³

למרות התנאים ההסכמיים הללו, עדיין מתעורר חשש מפגיעה מסוימת בחברי הקבוצה. בהסכם לא מצוינת האפשרות לצאת מן הקבוצה,⁴⁴ ואילו פסק הדין מהווה מעשה בית דין ביחס לקבוצה כולה.⁴⁵ באשר לפרסום פסק הדין, פרסום זה לא בעל אותן השלכות של פרסום פשרה⁴⁶ היות והוא לא מאפשר התנגדות, בהיותו פרסום בדיעבד. כמו כן, על אף שבמקרה זה ייתכן והאינטרסים של חברי הקבוצה לא נפגעו משמעותית, זהו תקדים בעייתי שייתכן וייושם גם מקום באו תיתכן פגיעה חמורה יותר בחברי הקבוצה.

התייחסות נוספת למחויבותו של ביהמ"ש לתנאים המנויים בחוק לאישור פשרה ניתן למצוא בעניין **סבו**.⁴⁷ בעניין זה, שעסק בהשבת כספים שנגבו בגין אגרת נוסעים היוצאים מנמלי התעופה, פסק בית המשפט העליון, בדעת רוב, כי הסדרת התנאים המוקדמים לאישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות המופיעים בסעיפים 18-19 לחוק אינם מחייבים את ביהמ"ש.⁴⁸ זאת היות ותכליתם של התנאים היא "למנוע קנונייה" בין התובע המייצג לבין הנתבע ומקום בו הפשרה הינה פרי הצעתו של ביהמ"ש, בהתבסס על היכרות עמוקה עם הנתונים, חשש זה אינו מתקיים.⁴⁹ לעומת דעת הרוב, כבוד השופט רובינשטיין סבר כי אין מנוס מפעולה לפי הפרוצדורה הנתונה בחוק. עיון במתווה שהוצע בעניין **זך** על ידי בית המשפט מעלה את הבעייתיות שבוויתור על הפרוצדורה המנויה בחוק גם מקום בו הפשרה הינה פרי הצעתו של ביהמ"ש. כמו כן, ניתן לבקר את התבססותה של דעת הרוב בעניין סבו על הנחת ההיכרות העמוקה עם הנתונים היות ואלו מתווכים לביהמ"ש על ידי הצדדים ועל כן מושפעים מסוגיות של חוסר בדיון אדוורסרי ובעיות נציג. ביקורת מסוג זה ניתן למצוא במאמרו של קלמנט תחת הפרק הבוחן את שיקול דעתו של בית המשפט ביישום הפרוצדורות לאישור הסדר פשרה.⁵⁰ קלמנט בוחן נימוקים אפשריים לאישור הסדר פשרה מבלי לעמוד בתנאים שבסעיפים 18 ו-19 לחוק- ביניהם נימוק ה"יעילות" (בו נעשה שימוש בעניין **חוגלה** למשל) והנימוק עליו התבססה הכרעת הרוב בעניין סבו- יכולת להעריך נכונה את הפרמטרים לקביעה כי ההסדר "ראוי הוגן וסביר".⁵¹ קלמנט מציינ כי מטרת המנגנונים בחוק אינה להתמודד עם בעיות הערכה בלבד אלא עם היעדרו

³⁷ ת"צ (מחוזי מרכז) 17784-03-18 יובל לפינר משרד עורכי דין נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 3.10.2019) (להלן: "לפינר").

³⁸ שם, בפס' 1.

³⁹ שם, בפס' 2.

⁴⁰ שם, בפס' 11.

⁴¹ שם, בפס' 13.

⁴² שם בפס' 11(ג), 18.

⁴³ שם, בפס' 12.

⁴⁴ ס' 18(ו) לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 3.

⁴⁵ לפינר, לעיל ה"ש 37, בפס' 17.

⁴⁶ ס' 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 3.

⁴⁷ רע"א 8479/02 ד"ר תמר סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו 15.12.2008).

⁴⁸ שם, בעמ' 3, פסק דינה של כבוד השופטת פרוקציה.

⁴⁹ שם.

⁵⁰ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 72.

⁵¹ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 74, סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 3.

של מנגנון אדוורסרי. לשם כך, הזכות לצאת מן הקבוצה והאפשרות להתנגד להסדר צריכות להישמר על מנת להבטיח שההסדר יהיה ראוי ושזכות הגישה לערכאות לא תיפגע.⁵² קלמנט מבקר את עמדת ביהמ"ש שהניחה שתוצאה הוגנת ראויה וסבירה מייצרת את ההליך שיבטיח אותה.⁵³

הבעיות השונות המתעוררות באישור הסכמי פשרה, מתעוררות ביתר שאת במקרים בהם ה"פשרה" על פניו הושגה, קרי הסעד המרכזי ניתן אך לא באמצעות הסדר פשרה רשמי. האם חשיבות הכלים הפרוצדוראליים עומדת גם מקום בו הפשרה היא תוצאה של המלצת ביהמ"ש כמו בעניין זך או סבו? לאי עמידה בתנאים אלו השלכות משמעותיות על חברי הקבוצה. על אחת כמה וכמה שעה שהסעד במסגרת ה"פשרה" לא ניתן במלואו- כאשר ניתן רק חלק מהפיצוי, או כאשר הנתבע מתחייב למעין הסדרה עתידית כמו בעניינינו.

בבואו לשקול האם ראוי לאשר תובענה מקום בו המחדל בגינה הוגשה תוקן, או מקום בו הסעד המרכזי המבוקש הושג, על בית המשפט לקחת בחשבון, לצד שיקולי יעילות, את השלכות שאובדן המנגנונים הפרוצדוראליים שבאישור פשרה כמתחייב בחוק, לצד יכולתו לתמרץ את התובע המייצג ובא כוחו על מנת לייצר הרתעה חלקית ולעודד הגשת תביעות טובות. מקום בו הסעד המדובר הינו עתידי, והפגיעה הינה משמעותית, בייחוד בקבוצה בת איתור, יש לתת את הדעת על המשמעויות הכרוכות בויתור על המנגנונים הפרוצדוראליים- שחשיבותם גם בפשרות "כשרות" טרם אושרה התובענה, הינה ראשונה במעלה.

⁵² קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 75.

⁵³ שם.