

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 377/15

בפני הרכב כבוד השופטים:
י' עמית, צ' זילברטל וע' ברון

בעניין:

עמנואל כהן, ת.ז. 005063391

ע"י ב"כ עוה"ד אברהם רוקח

גבעת ברנר, 60948

המערער

טל': 08-6640661; פקס': 153-86640661

- נ ג ד -

ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ ח.פ. 514262211

ע"י ב"כ עו"ד נופר טל

מרח' אופירה 10 ראשון לציון

המשיבה

טל': 03-7357241; פקס': 03-7357238

ובעניין:

1. המועצה הישראלית לצרכנות

ע"י ב"כ עו"ד פרופ' אלון קלמנט ו/או עו"ד רוני אבישר

מהקליניקה לתובענות ייצוגיות, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801

טל': 03-6407408; פקס': 03-640422

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

רחוב קריית המדע 5, בניין 3B, קומה 5, הר חוצבים, ירושלים

טלפון: 02-6362015; פקס': 02-6467038

המשיבים הפורמאליים

עיקרי טיעון מטעם המועצה הישראלית לצרכנות

המועצה הישראלית לצרכנות (להלן: "המועצה") מתכבדת בזאת להגיש את עיקרי הטענות מטעמה. יצוין בפתחם של דברים כי המועצה לא היתה צד להליך בבית משפט קמא – עליו הוגש הערעור דנן. היא צורפה כמשיבה על ידי המערער, ככל הנראה בשל התייצבותה בת"צ 1469-02-13 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (פורסמה ביום 14.11.26). החלטתו של השופט ענבר באותו ענין (להלן: "פסק דין פסטה נונה") יושמה על ידו בפסק דינו נשוא ערעור זה. (עמדת המועצה בעניין פסטה נונה, מצורפת ומסומנת כמש/1).

יצוין גם כי המועצה מעורבת במספר רב של הליכי תובענה ייצוגית, מכוח סמכותה לפי סעיף 2(א)(4)(ג) לחוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008 מכוח מעמדה המיוחד לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק"), ראו סעיף 4(3) לחוק, ומכוח הסמכתה על ידי שר המשפטים לפי סעיף 18(ד) לחוק וסעיף 15 לחוק, מיום 25.1.15.

א. פתח דבר

1. עניינו של ערעור זה (ושל ע"א 375/15 אשר נקבע לשמיעה במאוחד עם הליך זה) בשאלה העקרונית האם יש מקום לפסוק שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה בתובענה ייצוגית, אשר נמחקה בשל בקשת הסתלקות של מייצגי הקבוצה? ככל שהתשובה לשאלה זו הינה בחיוב, מתעוררת שאלה נוספת והיא: מהם השיקולים בפסיקת שכר טרחה וגמול במקרים אלו?
 2. הכרעת בית המשפט הנכבד בשאלות אלה תשפיע על כמות הבקשות המוגשות לאישור תובענה ייצוגית, על העילות שבהן יוגשו תביעות אלה, על הסעדים שיתבקשו בהן ועל האופן שבו הן יסתיימו. בפרט, להכרעה זו תהא השלכה על השאלה מתי ובאילו תנאים יסתיימו תביעות אלו בהסדרי הסתלקות. לפיכך, להכרעת בית המשפט בשאלות אלה השלכות מרחיקות לכת על התפתחות התובענה הייצוגית בישראל.
 3. סעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי תובע מייצג לא יסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט. כמו כן נקבע בסעיף זה כי מייצגי הקבוצה לא יקבלו, במישרין או בעקיפין, כל טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותם כאמור, אלא באישור בית המשפט. בנוסף קובע סעיף 16(ד)(1) לחוק כי כאשר בית המשפט מאשר את הסתלקותם של מייצגי הקבוצה מבקשה לאישור, הוא רשאי לקבוע שניתן להגיש בקשה למינוי מייצגים אחרים לקבוצה במקומם, וכן הוא רשאי להורות על פרסום הודעה על כך, והכל אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות העניין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור (להלן "מנגנון הפרסום בהסתלקות").
 4. יש לזכור כי ההסתלקות מההליך הייצוגי אינה יוצרת מעשה בית דין כלפי כלל חברי הקבוצה. יחד עם זאת, קבע המחוקק את מנגנוני הפיקוח והפרסום על ההסתלקות, כדי לתת מענה לשתיים מהבעיות בתובענות ייצוגיות:
 - 4.1. **מחד**, מנגנון ההסתלקות נועד על מנת לאפשר לבתי המשפט למחוק תובענות שסיכוייהן להצליח נמוכים.
- ראו: ע"א 9585/11 יערי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.13, להלן: "עניין יערי"), בפסקה 3 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס; ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ (ניתן ביום 29.09.13, להלן: "עניין דיאב").
- 4.2. **מאידך**, מנגנון ההסתלקות נועד על מנת להגן על חברי הקבוצה אשר עניינם נדון בתובענה וקיים חשש שמא תביעתם המוצדקת תימחק. מנגנון הפרסום נועד לאפשר לבית המשפט לאתר מייצגי קבוצה חלופיים במצבים אלו, ולהבטיח שתובעים מייצגים ובאי כוחם, אשר יודעים שיתכן כי יוחלפו ויצאו בלא כלום, יימנעו מראש מהסתלקות בתביעות ראויות שערכן עבור חברי הקבוצה חיובי.
- ראו: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 5, 62 (2011); ראו גם ת"צ 7374-03-15 נג'ר נ' סופר האחים עדן בע"מ (פורסם בנבו, 24.09.2015); ת"צ 43283-04-14 מ.צ.ש. חי בע"מ נ' ישראלכרט בע"מ (פורסם בנבו, 01.07.2015) – בהם הורו בתי המשפט על פרסום הודעה לציבור בדבר ההסתלקות על מנת לבחון אפשרות של מייצגים חלופיים לאלו שביקשו להסתלק מהתובענה.

5. מחקר אמפירי שנערך על ידי פרופ' אלון קלמנט בשיתוף עם מחלקת המחקר של הרשות השופטת (להלן "המחקר האמפירי") מצא כי **הסתלקות לפני אישור התובענה כייצוגית היא סיבת הסגירה השכיחה ביותר בהליכים ייצוגיים**. מתוך 1,397 הליכים ייצוגיים שנסגרו במהלך תקופת המחקר (שכללה הליכים שנפתחו בין השנים 2006-2012) 800 הליכים – **57.3%** - נסגרו בשל הסתלקות מייצגי הקבוצה. השוואת נתונים אלו לנתונים אודות תיקים שנפתחו עד לשנת 2010 מלמדת על שיעור דומה של כמעט 50%.

6. ב- 455 הליכים מתוך אלה שבהם הסתלקו מייצגי הקבוצה כאמור - כ-60% - סיבת ההסתלקות הייתה מאחר ומייצגי הקבוצה מצאו שסיכויי התביעה נמוכים. רק ב- 158 הליכים – כ-20% מהם – סיבת ההסתלקות הייתה בנימוק כי הנתבעת התחייבה לקיים את חובותיה ועל כן לא היה עוד בתביעה צורך.

ראו: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה, "תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" יוני 2014, בעמ' 20-26 (הדו"ח פורסם באתר הרשות השופטת: <http://elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/25122014.pdf> והוא מצורף ומסומן כמס' 2).
ראו גם: אלון קלמנט וקרן וינשל-מרגל "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית", עומד להתפרסם **במשפטים** (2016), עמ' 29-33 – מצורף ומסומן כמס' 3 (להלן: "קלמנט וינשל").

7. למעשה, תוצאות המחקר האמפירי מלמדות כי **קיימות שתי קטגוריות שונות להסתלקויות מתובענות ייצוגיות**:

7.1. **הקטגוריה הראשונה** כוללת בקשות הסתלקות חד צדדיות המוגשות על ידי מייצגי הקבוצה בטענה כי הם גילו לאחר הגשת התביעה כי סיכוייה קלושים, ועל כן הם מבקשים להסתלק ממנה. קטגוריה זו כוללת כ-30% מסך הבקשות המוגשות לאישור תובענה ייצוגית (כ-60% מההסתלקויות המאושרות).

7.2. **הקטגוריה השנייה**, כוללת הסדרי הסתלקות, עליהם חתומים שני הצדדים, שבהם מסכימה המשיבה לקבל על עצמה התחייבויות כאלה ואחרות, לרוב מסוג סעדים הצהרתיים, צווי עשה או צווי מניעה, וללא סעד של פיצוי. קטגוריה זו כוללת רק 10% מסך הבקשות המוגשות לאישור תובענה ייצוגית (כ-20% מההסתלקויות המאושרות),

8. עמדתו של בית משפט קמא בפסק דין פסטה נונה, ובעקבותיה בפסק הדין מושא ערעור זה, היתה כי ככלל, אין מקום לפסוק שכר טרחה וגמול במסגרת אישור הסדרי הסתלקות (אותם כינה בית משפט קמא: "**הסדרי הסתלקות מתוגמלת**" – ראו בפסקה 2 לפסק הדין). זאת במקרים שבהם בקשת האישור כללה סעדים כספיים משמעותיים, ובהסדר ההסתלקות שהוגש בשלב מוקדם של ההליך, התחייבה הנתבעת לסעד הצהרתי או לסעד מסוג צו עשה בלבד. בית משפט קמא קבע כי מתן גמול ושכר טרחה בהסדרים אלו "**מתמרץ את הגשתן של תביעות סרק, מזה, ושל הסתלקויות מתביעות מבוססות לכאורה, מזה**" (ראו בפסקה 28 ופסקה 30 לפסק דין פסטה נונה, וראו גם פסקה 3 לפסק הדין מושא ערעור זה).

9. פסק דין פסטה נונה ניתן במסגרת דיון מאוחד בחמישה תיקים שונים שעניינם בהפרה נטענת של סימון מוצרי מזון. אולם מאז שניתן הוא יושם בתחומים נוספים, הן על ידי השופט ענבר והן על ידי מותבים נוספים. מנגד, היו מותבים שעמדתם היתה שונה.

להחלטות אשר יישמו את פסק דין פסטה נונה ראו למשל: תצ 5816-10-14 אליהו טירן כהן נ' ילו רשת חנויות נוחות בע"מ (פורסם בנבו, 21.09.2015); ת"צ 1272-10-13 כץ נ' פלקו בעמ (פורסם בנבו, 03.05.2015); ת"צ 9820-09-14 מוחמד מואסי נ' לירם אקסלוסיב 86 בע"מ (פורסם בנבו, 03.12.2014); ת"צ 6103-10-12 דוד אנגור נ' הוט מובייל בע"מ (פורסם בנבו, 01.12.2014).
 לעמדות שונות ראו: ת"צ 27043-06-14 חזן נ' יעד חברה לדלק בע"מ (פורסם בנבו, 9.12.2014); ת"צ 19549-02-14 אבו שרף נ' דנשר (1963) בע"מ (פורסם בנבו, 23.12.2014); ת"צ 41128-05-15 שירה גולדמן נ' יבוא ושיווק רוסמן 2004 בע"מ (פורסם בנבו, 30.08.2015); ת"צ 2284-06-14 סמיון גילמן נ' סופר-פארם (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 21.07.2015).
 לעמדה לפיה יש להפחית את שכר הטרחה המבוקש במצבים אלו ראו: ת"צ 29346-06-14 מושקוביץ שטיבל נ' סדש בע"מ (פורסם בנבו, 22.1.2014); וגם: ת"צ 12019-08-13 מרקיס מוצרי יעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.09.2014) – עליו הוגש, ביום 30.11.14 ע"א 8114/14 (הקבוע גם הוא לדיון בפני הרכב שופטים נכבד זה ביום 10.12.15).
 לסקירה אודות העמדות השונות ראו: ת"צ 59092-07-14 אמיר זיו נ' בבילון בע"מ (פורסם בנבו, 04.03.2015), בפסקאות 2-4.

10. העדר האחידות בפסיקות בתי המשפט המחוזיים בישראל כאמור לעיל, מביא לבעיה של "Forum Shopping" על ידי עורכי הדין והתובעים המגישים תובענות ייצוגיות. מאחר שבתביעות רבות נתונה סמכות מקומית ליותר מביית משפט מחוזי אחד, בוחרים התובעים בבית המשפט שגישתו לפסיקת שכר טרחה וגמול היא הנוחה ביותר עבורם. מכאן הצורך בהכרעתו של בית המשפט הנכבד בסוגיות העקרוניות המונחות לפניו.

11. לעמדת המועצה, בכל הכבוד המתבקש, פסק דין פסטה נונה אינו מבחין כראוי בין שתי הקטגוריות להסתלקויות שפורטו לעיל. בשל העדר הבחנה זו, סבורה המועצה כי פסק דין פסטה נונה מצנן באופן שאינו רצוי את התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות המשתייכות לקטגוריה השנייה, ואשר תועלתן העיקרית היא באכיפה פרטית של הוראות רגולטוריות אשר אינן נאכפות על ידי הגורם המאסדר הציבורי (להלן גם: "תובענות אכיפה").

לעמדה לפיה אין די בעצם סמכות האכיפה של הגורם המאסדר בכדי לשמוט את הקרקע מחשיבותה של התובענה הייצוגית, ראו: ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 9 (11.12.2008); רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ (פורסם בנבו, 05.07.2006) בפסקה (4) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין. ולעניין מטרת האכיפה בתובענות ייצוגיות ראו: סעיף 21(2) לחוק. להעדר אכיפה מנהלית בתחום הגנת הצרכן, ראו: מבקר המדינה, דו"ח שנתי 64 לשנת 2013 (2014) בעמ' 433-434. וגם: סיני דויטש "האכיפה הפלילית של עבירת ההטעיה הצרכנית" מאזני משפט ז' 27, בעמ' 38 (2000).

12. המועצה אינה שותפה לעמדת בית משפט קמא, לפיה ערכה היחיד של התובענה הייצוגית הינו במקום בו נתבע (והתקבל) סעד מסוג פיצויים לקבוצה. לעמדת המועצה, תתכן תועלת מתובענות אכיפה, שבהן התבקשו (והתקבלו) סעדים מסוג צווי עשה, צווי מניעה או סעדים הצהרתיים. יתרה מכך, יתכנו מקרים שבהם יש חשיבות רבה לאכיפת מיידית של הוראות הדין, אשר מושגת באמצעות צווים אלה, מבלי להיזקק להליך משפטי ארוך.

13. תשובותיה של המועצה לשאלות העומדות לדיון בערעור זה, מפורטות להלן. המועצה שותפה לתפיסת היסוד של בית המשפט קמא לפיה יש לצנן את התמריצים להגשת תובענות שסיכוייהן נמוכים, מחד, ולתת תמריצים להגשת תובענות ראויות ולניהולן בדרך הולמת ולטובת הקבוצה המיוצגת, מאידך. יחד עם זאת, המועצה סבורה, בכל הכבוד הראוי, שהשגתן של מטרות אלה בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, מחייבות תשובות שונות מאלה שנתן בית המשפט קמא לשאלות שבנדון.

ב. האם ובאילו תנאים יש לפסוק שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה במסגרת הסתלקות?

14. **עמדת המועצה הינה כי אין מקום לשלול באופן מוחלט פסיקת שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה בעת אישור הסתלקותם מהתובענה.** לעמדת המועצה, גישה זו עלולה לצנן הגשתן של תובענות ייצוגיות, וזאת ללא הבחנה בין תובענות שהיה ראוי להגישן ובין אלו שלא. יחד עם זאת, המועצה סבורה כי יש להתלות פסיקת גמול זו בשלושת התנאים הבאים: 1. קיומה של תובענה שאינה חסרת סיכוי; 2. קיומה של תועלת לקבוצה במסגרת הסדר ההסתלקות; 3. פרסום ההסדר בהתאם לסעיף 16(ד) לחוק באותם המקרים שבהם בית המשפט סבור שייתכן ונגרמו לקבוצה נזקים בשל ההפרה הנטענת בתובענה.

15. **התנאי הראשון: התובענה אינה חסרת סיכוי:** על תנאי זה להיבחן במועד החלטה בבקשת ההסתלקות. מטרתו של תנאי זה הינה למנוע מצב בו בית המשפט יפסוק שכר טרחה וגמול למייצגי קבוצה, אשר הגישו תובענה שמראש ניתן היה לגלות שהיא חסרת סיכוי.

16. אלמלא תנאי זה עלול להיווצר מצב שבו נתבעות מסכימות לשינוי התנהגותן על אף שטענות התובעים חסרות בסיס בדין ובעובדות. הסכמתן של הנתבעות לשינוי התנהגותן במקרים אלה נובעת מרצון לסלק תביעות המהוות 'מטרד' רק משום העלויות הכרוכות בניהולן (ראו עניין דיאב בפסקה 6), אולם היא מעודדת תובעים להגיש תביעות נוספות חסרות בסיס. **בהקשר זה מבקשת המועצה להבהיר מספר הבהרות:**

16.1. **ראשית,** בדיקה זו נדרשת רק כאשר בקשת ההסתלקות הוגשה לפני שניתנה החלטה בבקשת האישור, שהרי במידה ובקשת האישור אושרה, ממילא נתן בית המשפט את עמדתו ביחס לשאלה זו (ראו לעניין זה סעיף 8(א)(1) לחוק).

16.2. **שנית,** יודגש כי בית המשפט אינו נדרש בשלב זה לבחון את התקיימות התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק כפי שעליו לעשות במסגרת החלטה בבקשת האישור. ברי, כי הבדיקה בשלב זה של ההליך הינה מקלה יותר. למעשה, בשלב זה, על בית המשפט לבחון האם על פניו, מבחינה משפטית ועובדתית – וכפי שעולה מכתבי הטענות שהוגשו בתיק, נראה כי התובענה אינה חסרת סיכוי.

ראו לעניין זה: ע"א 1193/12 **נדב להט נ' יזמות בע"מ** (פורסם בנבו, 29.12.2013) בפסקה 3 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') א' גרוניס: "[...] אין במחלוקת זו בין בעלי הדין כדי לשנות מן המסקנה כי בקשת האישור לא הייתה משוללת יסוד. על כן, איננו סבורים כי אישור בקשת ההסתלקות עשוי להוות תמריץ להגשת בקשות סרק לאישור תובענה ייצוגית, במקרים דומים שיתעוררו בעתיד."

17. **התנאי השני: הגשת התובענה הביאה תועלת לחברי הקבוצה:** מטרתו של תנאי זה הינה לקשור את השכר והגמול שייפסקו למייצגי הקבוצה, עם התועלת שצמחה לקבוצה המיוצגת מהגשתה. זאת על מנת לצמצם את בעיית הנציג שפורטה לעיל ועל מנת למנוע מצב בו מייצגי הקבוצה יזכו בתשלום גם במצבים שבהם התובענה לא הובילה לדבר.

זאת, בדומה לפסיקת גמול ושכר טרחה למייצגי הקבוצה בתובענות ייצוגיות לפי פריט 11 לתוספת השניה לחוק, שבהן הגישה הרשות הודעת חדילה, לפי סעיף 9 לחוק.

ראו: ע"מ 2395/07 **אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס והבולים** (פורסם בנבו 27.12.10) בפסקה 38.

בהקשר זה מבקשת המועצה להבהיר מספר הבהרות:

17.1. **ראשית**, לעמדת המועצה **הסעד היחיד אשר ניתן להעניק במסגרת הסדר הסתלקות הינו סעד הצופה פני עתיד** (מסוג של צו או סעד הצהרתי). לא ניתן להעניק סעד של פיצויים במסגרת הסדר הסתלקות (ובכלל זה גם לא סעד כספי על דרך של תרומה לציבור - ראו לעניין זה סעיף 20(ג) לחוק). לעמדת המועצה סעדים מסוג זה, מן הראוי שייפסקו רק במסגרת הסדרי פשרה או במסגרת פסקי דין בתובענה הייצוגית. זאת, לאור החשש שמא, על אף הוראת סעיף 16(ג) לחוק, הסדר הסתלקות הכולל בחובו גם סעד של פיצוי הקבוצה, יכביד, ולעתים אף ימנע, ניהולה של תובענה ייצוגית עתידית בכל הנוגע לנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה בגין ההפרה הנטענת.

ראו: ת"צ (מרכז) 7660-10-08 **ציון מזור נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ** (פורסם בנבו, 05.07.2010): "אמנם ההסתלקות אינה יוצרת מעשה בית דין, אך היא עלולה לצנן את כוונת התובע הנוסף, העתידי, שבנוסף לשאר השאלות שיהיה עליו להתמודד עמן, יאלץ לבחון אם הפיצוי שהתקבל בהסדר הקודם ממצה, ובכל מקרה - יוכל לדרוש רק את היתרה. אם כך יהיה, יפחת התמריץ לבחון שוב אותה סוגיה, וימצא הצבור חסר, ומטרת החוק להרתיע מפני הפרות תהיה רחוקה יותר מהשגה."
ראו לשם השוואה גם: ת"א 1043/00 **רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי** (פורסם בנבו, 24.10.02) בפסקה 9, שם נקבע כי על אף שדחיית בקשת אישור אינה מקימה מעשה בית דין המונע הגשת תובענה נוספת באותו העניין, יש מקום לשקול האם חל שינוי נסיבות כזה המצדיק דיון מחודש בסוגיה. בקשת האישור בעניין זה נדחתה על הסף וערעור שהוגש על החלטה זו נדחה על ידי בית משפט נכבד זה (ע"א 10688/02 **רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על הביטחון הסוציאלי** (פורסם בנבו, 27.3.03). וראו גם: ע"א 2505/06 **ענת בקר נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 09.12.2008) בפסקה 17: "כיוון שסילוקה של בקשת ייצוג על הסף אינה יוצרת מעשה בית-דין החוסם בקשות ייצוג מאוחרות, הוצב תנאי מקדמי שנועד לסנן בקשות המושתתות על טענות שנדונו והוכרעו וכך למנוע התדיינות חוזרת." יצוין כי בעניין זה הותרה השאלה דנן לעיון. לתוצאה דומה ראו: רע"א 6340/07 **עיריית תל אביב נ' חגי טיומקין** (פורסם בנבו, 13.02.2011) בפסקה 28.

17.2. על כן, לעמדת המועצה, **כאשר הנתבעת מתחייבת להעניק סעד כספי לקבוצה, יש צורך להכפיף את ההסדר למנגנוני הפיקוח הקיימים בסעיפים 18-19 לחוק ולוודא כי אכן הסעד הניתן לקבוצה הינו "ראוי, הוגן וסביר"**. בין מנגנוני הפיקוח והביקורת ניתן למנות את זכותם של חברי הקבוצה לבקש לצאת מתחולת ההסדר, את זכותם להגיש התנגדות לאישורו, ואת סמכות בית המשפט למנות בודק לצורך הערכת ערכו של ההסדר עבור חברי הקבוצה. הליך אישור קפדני זה אינו קיים כיום ביחס להסדרי הסתלקות וממילא לא לשם כך נועד מנגנון זה.

ראו לעניין זה: ת"צ 4991-02-08 **יפית הכט טל נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2008) בפסקה 7; ת"צ 45692-07-11 **נפתלי צוריאל נ' מגה קמעונאות בע"מ** (פורסם בנבו, 03.01.2013) בפסקה 8. באותם מקרים סירב בית המשפט לדון בהסדר ההסתלקות שכלל גם רכיב של פיצוי וזאת מן הטעם שסבר כי מדובר, למעשה, בהסדר פשרה שיש להגישו לפי סעיף 18 לחוק.

17.3. **שנית**, לעמדת המועצה על בית המשפט הדין בהליך **לוודא כי אכן הנתבעת ביצעה את שהתחייבה לבצע**, במסגרת הסדר ההסתלקות. כך למשל יכול בית המשפט לקבוע מנגנוני פיקוח באמצעות דיווחים ובאמצעות התניית שכר טרחתו של עורך הדין המייצג בדיווחים אלו ובהחלטת בית המשפט.

ראו למשל: ת"צ (מרכז) 33492-09-11 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, (פורסם בנבו 20.5.13) בפסקה 28; ת"צ 45323-04-15 **רוזן נ' טמפו משקאות בע"מ** (פורסם בנבו, 2.8.15) בפסקה 7.

18. **התנאי השלישי: פרסום הודעה לציבור**: במצבים שבהם סבור בית המשפט שייתכן ונגרמו נזקים לחברי הקבוצה, על בית המשפט לפרסם הודעה לציבור כקבוע בסעיף 16(ד)(1) לחוק. **במידה שאף אחד מחברי הקבוצה לא ביקש לבוא בנעלי התובע המייצג או בא כוחו יתקיים התנאי למתן שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה.**

19. עמדת בית המשפט בפסק דין פסטה נונה היתה שאין מקום להורות על פרסום כאמור, אלא "במקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם הנזק העלול להיגרם על ידי ההסתלקות לאינטרס הציבורי או לחברי הקבוצה הוא מיידי, מוחשי וניכר" (בפסקה 35).

20. לעמדת המועצה, פרסום ההסתלקות הינו הכלי היחיד אשר יכול להבטיח שמייצגי הקבוצה לא יוותרו על סעד הפיצויים במקרים שבהם אין זה ראוי לעשות כן. כך, מייצגי הקבוצה ידעו **מראש**, ולפני הגשת הסדר ההסתלקות, כי ככל שתביעתם מבוססת דיה ומאפשרת גם תביעת פיצויים, יהיו מי שביקשו להיכנס לנעליהם ולקחת מידיהם את ניהול התובענה, וכל זאת מבלי שייפסק להם שכר או גמול.

ראו לעניין זה: ת"צ 43283-04-14 **מ.צ.ש. חי בע"מ ואח' נ' ישראלכרט בעמ ואח'** (פורסם בנבו, 1.7.15) שם פרסם בית המשפט המחוזי הודעה על הגשתה של בקשת ההסתלקות, אשר בעקבותיה הוגשו מספר בקשות מטעם תובעים מייצגים ובאי כוחם "לבוא בנעלי" מייצגי הקבוצה שביקשו להסתלק.

גם בהקשר זה, מבקשת המועצה להבהיר כי:

20.1. **ראשית**, המועצה אינה סבורה כי פרסום זה חייב להתבצע בכל הסדר הסתלקות. אולם, לעמדת המועצה יש מקום להורות על פרסום זה בכל מקום שבו בית המשפט סבור כי התביעה אינה חסרת בסיס וכי ייתכן שנגרמו לחברי הקבוצה נזקים בשל ההפרה.

20.2. **שנית**, ככל שבית המשפט פרסם את ההודעה על בקשת ההסתלקות, והיו מי שביקשו להחליף את מייצגי הקבוצה, על בית המשפט לדון בבקשת החלפה זו. ככל שהוא מאשרה, אין מקום לפסוק שכר טרחה או גמול למייצגי הקבוצה שהסתלקו, אלא אם כן נראה שישנם טעמים מיוחדים המצדיקים זאת. טעמים מסוג אלה יכולים למשל להיות השקעה ניכרת שהושקעה בבדיקות המקדמיות להגשת התובענה ובסיכון שלקחו המייצגים בהגשת התובענה.

20.3. **שלישית**, יש להדגיש בהקשר זה כי כאשר הסדר ההסתלקות מוגש לאישור בית המשפט **לאחר** אישור התובענה הייצוגית (שלא כמו במקרים דנן), לבית המשפט אין שיקול דעת ועליו להורות על פרסום ההסדר. זאת כאמור בהוראת סעיף 16(ד)(2) לחוק.

21. **לסיכום**, הגבלת פסיקת שכר טרחה וגמול למצבים בהם בית המשפט סבור שעל פני הדברים יש לקבוצה עילת תביעה, הבקשה הביאה תועלת לקבוצה, והסעד הניתן בהסתלקות אינו סעד כספי, תיצור תמריץ חיובי להגשתן של תובענות ראויות בלבד. תובענות אלה עשויות להיות תביעות אכיפה בעיקרן – דהיינו, תובענות שעיקרן אכיפה פרטית של הוראות רגולטוריות אשר אינן נאכפות על ידי הגורם המאסדר הציבורי. כאשר בית המשפט סבור שיש סיכוי להוכחתו של נזק שנגרם לחברי הקבוצה המיוצגת, לא תאושר הסתלקות, והדרך לסיומן הוא בפסק דין או בפשרה, שהסעד בהם יכול גם סעד כספי לחברי הקבוצה.

ג. השיקולים לפסיקת שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה שהסתלקו מהתובענה

22. הגישה שאומצה בסעיפים 22 ו-23(א) לחוק מציגה כמה שיקולים כלליים בקביעת שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית, ומותירה את הקביעה המדויקת לבית המשפט הדין בתובענה. את השיקולים המנויים בסעיפים אלו לחוק ניתן לחלק "לשיקולי תשומה" "שיקולי תפוקה" ושיקולי "חשיבות ציבורית". לעמדת המועצה, אלו הם השיקולים בהם ראוי להתחשב בעת פסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת הסדרי הסתלקות בתובענות ייצוגיות:

23. **ראשית**, שכר הטרחה והגמול הנפסקים למייצגי הקבוצה בהליכים שהסתיימו בהסדרי הסתלקות חייבים להיות **נמוכים** משמעותית מהסכומים שנפסקים למייצגי הקבוצה **בעקבות הסדרי פשרה** ובוודאי נמוכים מאלה שיש לפסוק בתובענה שהסתיימה בפסק דין. זאת הן משיקולי תשומה" שכן השקעתם של מייצגי הקבוצה בהליך היתה נמוכה, והן משיקולי תפוקה" – שמטרתם להעניק תמריץ למייצגי הקבוצה לנהל את התובענה הייצוגית באופן ראוי ולטובת הקבוצה, ולהימנע מהסתלקות מוקדמת במקום ניהולה של התובענה עד לפסק דין או פשרה.

ראו לעניין זה: ע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט** (פורסם בנבו, 23.5.12) בפסקה 8. וגם סעיף 22(ב)(1) לחוק וכן סעיף 23(ב)(2) לפיהם, במסגרת פסיקת גמול ושכר טרחת מייצגי הקבוצה יש לקחת בחשבון את מידת ההשקעה של אלו בהגשת התובענה ובניהולה.

זהו לא בהכרח המצב כיום. ראו: קלמנט ווינשל בעמ' 40-41. וראו גם: Alon Klement and Keren Weinshall-Margel, *Cost-Benefit Analysis of Class Actions: An Israeli Perspective*, forthcoming Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) טיוטת המאמר מצורפת ומסומנת כמ/ש/4.

24. **שנית**, משיקולי תשומה" יש לתת משקל לקיומן של תביעות מקבילות, בנושאים דומים, אשר הוגשו על ידי אותם באי הכוח. שכר הטרחה בכל תובענה צריך לשקף את עלותה האמיתית, בהינתן היותה אחת מיני רבות שהוגשו. במילים אחרות, פיזור עלויות הגשת ההליכים חייב לקבל ביטוי בהקטנת שכר הטרחה והגמול שייפסקו בהליכים אלו.

לעניין החובה לעדכן את בית המשפט בקיומן של בקשות העוסקות באותו העניין ראו: ת"צ 36086-07-11 **חריט**

נ' ידיעות אינטרנט (פורסם בנבו, 19.9.2012) בפסקאות 11-23.

25. **שלישית**, יש מקום לפסוק שכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות רק כאשר עולה מנסיבות העניין שהנתבעת תיקנה **בפועל** את ההפרה הנטענת בבקשת האישור, בעקבות הגשת התובענה. זאת, הן מ"שיקולי תפוקה" והן מ"שיקולי חשיבות ציבורית". כמו כן ראוי, במקרים המצדיקים זאת, לקיים מנגנון ביקורת חוזר ופיקוח על התיקון המובטח בבקשה להסתלקות.

26. לעמדת המועצה, העובדה שבבקשה לאישור נתבקש סעד כספי, לעתים בסכומים גבוהים, אינה צריכה להשפיע על שכר הטרחה שייפסק. כפי שעולה מהמחקר האמפירי, ברוב התובענות ייצוגיות הסכומים שנפסקים נמוכים באופן משמעותי מהסכומים שמתבקשים בבקשה לאישור. הן בתי המשפט והן הנתבעים מודעים לכך. התניית שכר הטרחה בכך שלא התבקש סעד כספי לא תשנה את הרכב התובענות שיוגשו או את האופן שבו יסתיימו.

ראו לעניין זה: קלמנט ווינשל בעמ' 36, הערת שוליים 116, משם עולה כי ב- 14% מהתיקים סכום התביעה גבוה פי 10 עד פי 20 מסכום הפיצוי שנפסק לקבוצה; ב- 13% מהתיקים הסכום שנתבע עבור הקבוצה היה גבוה פי 20 עד פי 40 מהסכום שנפסק ובכ- 15% נוספים מהתיקים סכום התביעה היה גבוה פי 100 עד פי 42,000 מהסכום שנפסק בסופו של יום לקבוצה.

27. יישום שיקולים אלו יביא בוודאי לפסיקת שכר טרחה נמוך יחסית במסגרת הסדרי הסתלקות. זאת הן מכיוון שהתשומות שהושקעו בהליך זה הינן נמוכות, והן מכיוון שהתפוקות מהליך זה הינן נמוכות.

ד. מן הכלל אל הפרט

28. בהתאם לעקרונות והשיקולים שפורטו לעיל, סבורה המועצה כי יש מקום להשיב את הדיון בתיק זה לבית המשפט המחוזי לצורך פרסום הודעה על הסתלקות מייצגי הקבוצה. להשקפת המועצה, על פניו, ייתכן שחברי הקבוצה הוטעו עקב ההפרות הנטענות בבקשת האישור ועל כן לכאורה נגרמו להם נזקים, המצדיקים את פרסום ההודעה על בקשת ההסתלקות. זאת הן לעניין ציון המונח "טבעי" ברסק התפוחים, והן לעניין אי ציון שיעור הרכיבים הטבעיים במוצרים המנויים בבקשת האישור. זאת בוודאי אם יסתבר כי לקטי הירקות הקפואים אינם מכילים שיעור שווה של רכיבים טבעיים.

לעניין הקשר שבין הפרת הוראות תקן והטעיה צרכנית ראו: סעיף 2(א)(11) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 המקים חזקה לפיה אי "התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם" מהווה הטעיה. ראו גם: ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל** (פורסם בנבו, 04.12.2011) בפסקה 26 לפסק דינה של כבוד השופטת א' חיות; ת"א (חי') 1169/07 **לאה הראל נ' שטראוס מחלבות בע"מ** (פורסם בנבו, 20.10.2010) בפסקה 7 – שם אושרה בקשת אישור בגין הטעיה, וזאת בשל הפרת תקן שעניינו אופן הצגת תכולת המוצר; ראו גם: בש"א (ת"א) 1895/05 **אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ** (פורסם בנבו, 14.02.2008) פסקאות 38-40, שם אושרה בקשת אישור בגין הטעיה וזאת בשל הצגת המוצר כמוצר העומד בתקן הישראלי. וראו גם סיני דויטש, **דיני הגנת הצרכן**, כרך ב' עמ' 296-299 (2012)

29. לעמדת המועצה כאמור, ככל שאיש מחברי הקבוצה לא יבקש לנהל את התובענה, יש מקום לפסוק שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה וזאת מן הטעמים הבאים:

29.1. **ראשית**, לא מדובר בתובענה שסיכוייה קלושים. עיון בבקשת האישור מלמד כי המשיבה אכן הפרה לכאורה את הוראות תקן (ת"י) 1145 (סימון מזון ארוז מראש), שכן שיעור הרכיבים הטבעיים במוצרים לא צוין על גבי אריזת המוצרים, כנדרש מהוראת סעיף 8.3.1.1 לתקן זה.

29.2. בנוסף, נראה כי לא ניתן היה לכנות את רסק התפוחים שבמוקד התובענה "טבעי", וזאת לאור הוראת נספח ג' לתקן 1145 כאמור. יצוין בהקשר זה, כי במסגרת הסדר ההסתלקות שהוגש לבית משפט קמא, הצדדים הפנו לת"י 423 (תקן רסק תפוחי עץ) וסברו כי לאור הוראת סעיף 103.2 לתקן זה ניתן לכנות את רסק התפוחים של המשיבה "טבעי" ומכאן כי רכיב זה בתביעה נעדר סיכוי. אולם מבדיקה שערכה המועצה עולה כי סעיף זה בוטל בהודעת הממונה על התקינה, בהודעה מיום 26.10.98.
ראו: ילקוט הפרסומים 4694 י"ד בחשוון התשנ"ט 3.11.98, 334, בעמ' 338. הודעת הממונה על התקינה מצורפת בזאת כמש/5.


29.3. **שנית**, בהסדר ההסתלקות שהוגש לבית משפט קמא, התחייבה המשיבה לתקן את אריזות מוצריה כך שהם יתאימו להוראת התקן הנזכר. מכאן, כי על פני הדברים התובענה הביאה תועלת לחברי הקבוצה.

ה. סיכום

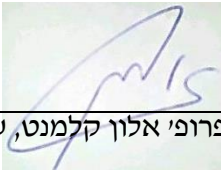
30. חוק תובענות ייצוגיות התקבל בכנסת לפני כעשר שנים. מאז קבלתו, גדל בעקביות מספר הבקשות לאישור תובענה ייצוגית המוגשות לבתי המשפט. ריבוי תובענות זה אינו בעייתי כשלעצמו. הוא מבטיח סיכוי משמעותי לחיזוק ההרתעה ושלטון החוק בתחומים שונים של המשפט.

31. אולם, יעילותו של מנגנון התובענה הייצוגית מחייבת הבחנה בין תובענות אשר מניבות תועלת ציבורית ומשרתות את המטרות הקבועות בסעיף 1 לחוק, לבין תובענות שאינן משרתות שום מטרה. כפי שהראנו לעיל, מתוצאות המחקר האמפירי עולה שאחוז ניכר מהבקשות לאישור תובענה ייצוגית מסתיים בהסתלקות לאחר שהתובע מצא שסיכויי התביעה שלו הם נמוכים. בקשות אלה גורמות לבזבוז משאבים פרטיים וציבוריים. מנגד, חלק מהבקשות מסתיימות בהסתלקות לאחר שהשיגו את מטרתן – שינוי התנהגותו של הנתבע וקיום חובותיו החוקיות. ביטול **גורף** של האפשרות לפסוק שכר טרחה וגמול במקרים שבהם ביקשו מייצגי הקבוצה להסתלק ממנה – כפי שעשה בית משפט קמא – יצנן את התמריץ להגשת תובענות ייצוגיות **ראויות**.

32. הצבת התנאים שנמנו לעיל לפסיקת שכר טרחה וגמול למייצגי הקבוצה באותם המקרים שבהם ביקשו להסתלק מהתובענה, תוביל לאיזון הראוי בין סינון תובענות חסרות סיכוי, מחד, לבין עידוד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, מאידך. הנוסחה שהוצעה בעמדה תבטיח כי תובענות האכיפה – אשר המועצה רואה בהן כלי חשוב באכיפת הדין – יוגשו ויממשו את מטרותיהן בעלויות מינימליות.


רוני אבישר-שדה, עו"ד

באי כוח המועצה הישראלית לצרכנות


פרופ' אלון קלמנט, עו"ד