

מעקב אחר פסיקה לתאריכים 5-13.8.2018

הסטודנט – זידי מרגליות

ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נגד סונול ישראל בע"מ, ע"א 375/15 אבנר יוספיאן נ' ספורט ורטהיימר ואח', ע"א 377/15 עמנואל כהן נ' ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ ואח', ע"א 2355/15 ליאוניד קפלן נ' שלמה תחבורה בע"מ (פורסם בנבו, 5.8.18). ערכאה: בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, מפי כב' השופטים: י' עמית, נ' סולברג, ע' ברון.

עניינו של פסק דין בארבעה ערעורים שאוחדו לדיון ביחס "להסדרי הסתלקות מתוגמלת", הסדרי הסתלקות מבקשת אישור תובענה כייצוגית הכוללים הסכמה של הצדדים לפסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ובאי כוחו. בכל אחד מהערעורים שהוגשו התבקשה התערבות ערכאת הערעור בפסיקת גמול ושכר טרחה למייצגים לאחר שהערכאה הדיונית סירבה לפסוק לתובע המייצג ובא כוחו גמול ושכר טרחה באישור ההסתלקות לפי ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות למרות הסכמת הצדדים או הפחיתה מהסכומים שהתבקשו.

טענות המערערים רבות וחופפות, בתיק **סונול**¹ נטען כי הפתח להתערבות מצד ערכאת הערעור בפסיקת גמול ושכר טרחה רחב יותר מהתערבות בפסיקת הוצאות בהליכים אזרחיים "רגילים" לאור תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות. לטענת המערערים **בסונול**, שגה בית המשפט המחוזי בכך שהעמיד את הגמול ביחס ישיר לתועלת מן ההליך. לטענת המערערים, בית המשפט קמא לא התחשב דיו בשיקולי זמן, טרחה והוצאות הקשורים בניהול ההליך. רק לאחר שקילת שיקולים אלה, לדעת המערערים, יש לכמת את מידת התועלת שהסבה בקשת האישור, את אופן ניהול ההליך ומידת הסיכון שנטל התובע המייצג ובאי כוחו. בתיק ספורט ורטהיימר² ותיק פרי גליל³ הלינו התובעים ובאי כוחם על מדיניות שיפוטית גורפת השוללת באופן קטגורי פסיקת גמול ושכר טרחה בהסתלקות מהליך ייצוגי. לטענתם, מדיניות זו נקבעה לראשונה בפסק הדין בעניין **פסטה נונה**⁴ וישמה תחילה בתובענות ייצוגיות שעסקו בסימון מוצרי מזון, ובהמשך הורחבה והוחלה על מגוון הליכים אחרים מבלי להתחשב בנסיבות הפרטניות של כל מקרה. המערערים סבורים כי בעניינם נקט בית המשפט באותה מדיניות המובילה "למדרון חלקלק" שיצנן את התמריץ של תובעים להגיש תובענות ייצוגיות.

בתיק **ויטה פרי גליל**⁵ הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה ועמדת המועצה הישראלית לצרכנות המיוצגת ע"י הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת ת"א. עמדת היועמ"ש גרסה כי יש לוודא כי ההסתלקות אינה באה על חשבון חברי הקבוצה, כי פסיקת גמול ושכר טרחה בהסתלקות נתון לשיקול דעת ייחודי של בית המשפט, וכאשר הסתלקות מקדמת אינטרסים של הקבוצה המיוצגת יש מקום לפסיקת גמול ושכר טרחה. היועמ"ש מתנגד לכלל קטגורי השולל הסתלקות מתוגמלת במקרים של ויתור על סעדים כספיים בהסתלקות.

המועצה הישראלית לצרכנות שללה את הגישה שעלתה בהלכת **פסטה-נונה**⁶ כי תובענה ייצוגית היא בעלת ערך רק במקום שניתן סעד כספי לקבוצה, ולגישתה גם במקום שניתנו צווי עשה וסעדים הצהרתיים עשויה

¹ ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נגד סונול ישראל בע"מ, (פורסם בנבו 5.8.18) (להלן: סונול).

² ע"א 375/15 אבנר יוספיאן נגד ספורט ורטהיימר (1997) שיווק ושחר בע"מ ואח', (פורסם בנבו, 5.8.18) (להלן: ספורט ורטהיימר).

³ ע"א 377/15 עמנואל כהן נגד ויטה פרי גליל ואח', (פורסם בנבו, 5.8.18) (להלן: פרי גליל).

⁴ ת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 לוי נגד פסטה-נונה בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.14) (להלן: פסטה נונה).

⁵ פרי גליל, לעיל ה"ש 4.

⁶ פסטה נונה, לעיל ה"ש 5.

להיות תועלת לקבוצה. לגישת המועצה יש להתנות גמול ושכר טרחה בהליכי הסתלקות בשלושה תנאים מצטברים: התנאי הראשון שהתובענה אינה חסרת סיכוי; התנאי השני שהתובענה השיגה תועלת לחברי הקבוצה; התנאי השלישי הוא פרסום ביחס להסדר ההסתלקות. המועצה סבורה, בדומה לעמדת היועמ"ש, כי הסכומים הראויים לשכר טרחה וגמול בהסתלקות צריכים להיות נמוכים מאלה הנפסקים בהסדרי פשרה. לעמדת המועצה יש להתייחס בקביעת הסכום לקיומם של הליכים ייצוגיים דומים המכונים "תביעות משוכפלות" שעלות ניהולם נמוכה משמעותית

השופטת ברון הדגישה כי מדובר בערעורים בשתי סוגיות עקרוניות, הראשונה היא השאלה האם יש מקום לפסוק גמול ושכר טרחה בהליכי הסתלקות; אם יוכרע שהתשובה לכך חיובית יש לקבוע אמות מידה לפסיקת סכומים אלה ומה מידת ההתערבות הראויה של ערכאת ערעור בהחלטת הערכאה הדיונית בפסיקת גמול ושכר טרחה בהליכי הסתלקות.

בית המשפט עמד על העיקרון לפיו התובענה הייצוגית מאפשרת חריגה מעקרון הייצוג הנהוג במשפט האזרחי ומאפשרת מיצוי דין עם נתבעות שגרמו לפגיעה ממשית בפרטים רבים, פגיעה שהיקפה המצטבר הוא משמעותי אך הנזק הפרטני לכל מיוצג שולי. בדרך זו מטפלת התובענה הייצוגית בכשל שוק הנוצר מכדאיות כלכלית נמוכה לתובע פרטני לנהל את התביעה כנגד הנתבעת, ומקדמת אכיפת דין פרטית והגנה על זכויות. המנוע להליכים ייצוגיים הוא האינטרס הכלכלי של התובע המייצג ובא כוחו הזוכים לגמול ושכר טרחה בעבור ניהול ההליך והסיכון שהם לוקחים.⁷ הסיכון בתמריץ הכלכלי המניע את ההליכים הייצוגיים הוא "בעיית הנציג" – החשש שהתובע המייצג ובאי כוחו יפעלו למען האינטרס הפרטי שלהם על חשבון האינטרס הקבוצתי. מנגנון ההסתלקות נועד לאפשר לבית המשפט למחוק תובענות שאין אינטרס בהמשך ההליך בעניינים, פסיקת גמול ושכר טרחה בהסתלקות עלולה ליצור תמריץ לתובע המייצג למחוק תביעה מוצדקת בשלב מוקדם של ההליך על חשבון התועלת לקבוצה.⁸ אמנם הסתלקות מהליך ייצוגי אינה מקימה "מעשה בית דין" מבחינה פורמלית, אך מבחינה פרקטית ההסתלקות מצננת בצורה משמעותית את האפשרות שתוגש תובענה ייצוגית נוספת בגין אותה עילה. יתר על כן, בעיה נוספת העלולה להיווצר כאשר מתגמלים הסתלקויות היא ריבוי של תביעות סרק, תביעות ייצוגיות המוגשות תוך ידיעה של התובע המייצג כי קיים קושי להוכיח את העילות הנטענות. התובע המייצג מעריך כי הנתבע יבחר באופציה הרציונלית ויעדיף להגיע להסכם הסתלקות ולסלק את התביעה ולא להוציא הוצאות גבוהות יותר על ניהול ההליך.⁹ עלויות אלה יתגלגלו על כלל לקוחות הנתבע וייתכן ויובילו למדיניות מתגוננות בקרב שווקים שלמים. תביעות סרק מובילות לזילות מוסד התובענות הייצוגיות, משחיתות זמן שיפוטי, מעכבות הליכים אחרים וגורמות לויתור על תביעות ראויות.¹⁰

ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות,¹¹ אינו כולל הסדר כתוב לפסיקת גמול ושכר טרחה בשונה מהסדרי הפשרה בס' 19 לחוק. השופטת מסיקה מכך כי המחוקק לא ראה צורך בפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת הליך הסתלקות כיוון והגמול מגיע עבור התועלת לקבוצה המגיעה בפסק דין או בהסדר פשרה ולא בהסתלקות. למרות זאת, הפרקטיקה היא שמרבית ההסתלקויות המובאות לאישור כוללות סכומי גמול ושכר טרחה, הערכאות הדיוניות נהגו לאשר אותם, מדיניות זו הובילה לעלייה מתמדת בהיקף הליכי סרק כפי שעלה

⁷ ע"א 8037/06 ברזילי נגד פרינר, דברי השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.9.14) (להלן: פרינר); ראה גם באסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית ציבורית" משפט ועסקים יט, 935, 938-939 (2016) (להלן: חיות).

⁸ אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא, 5, 62 (2011) (להלן: פשרה והסתלקות).

⁹ אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות עמ' 697-698 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי).

¹⁰ ענין פרינר, לעיל ה"ש 8, פסקה יג לדברי השופט רובינשטיין.

¹¹ חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

מהמחקר של פרופ' קלמנט.¹² פסק דינו של השופט ענבר במחוזי ת"א בעניין **פסטה נונה**¹³ שינה את המדיניות הנוהגת, גישתו של השופט ענבר הייתה כי כאשר מותרים בהסדרי הסתלקות על סעדים כספיים בית המשפט לא יאשר גמול ושכר טרחה למסתלקים. שינוי המדיניות החל בתובענות על סימון מוצרי מזון בלבד והורחב בהמשך לעניינים אחרים, שינוי זה לא אומץ ע"י כל הערכאות.

בשנת 2016 תוקן סעיף 16 במסגרת תיקון מס' 10 לחוק, במסגרת התיקון הונחו השיקולים לקבלת שכר טרחה וגמול בהסתלקות. ראשית בית המשפט צריך לבחון האם התובענה הראתה עילת תובענה לכאורה, קרי לוודא שאין מדובר בתובענת סרק. לאחר מכן, על בית המשפט לברר את התועלת שצמחה לחברי הקבוצה כתוצאה מההליך, על בית המשפט לבחון האם היה צורך בנקיטת הליך ייצוגי לשם השגת התוצאה.¹⁴

הקווים המנחים לדיון בבקשה לאישור הסדר הסתלקות מתוגמלת מוסדרים בס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות. לפי ס' 16 צריך בית המשפט ראשית לבחון האם הייתה עילת תביעה לכאורית, במידה וכן יבחן בית המשפט את התועלת לחברי הקבוצה. הפרמטרים לבחינת התועלת הם: הפער בין הסעדים בבקשת האישור לסעד שקיבלה הקבוצה במסגרת ההסתלקות; מידת נחיצות ההליך הייצוגי לתוצאה שהושגה. ניתן לבקש את עמדת היועמ"ש במקרים מתאימים. מול שיקולים אלה ישקול בית המשפט "שיקולי רוחב" ביחס לסכנות הגלומות בהסתלקות מתוגמלות לתובענה הייצוגית ולציבור כולו. בהסתלקות ישנו חשש רב יותר לבעיית נציג מאשר במקרה של פשרה מכיוון שחסרים במנגנון ההסתלקות הליכים המערבים גורמים כבהליך פשרה לדוגמא: מינוי בודק; קבלת עמדת יועמ"ש; קבלת התנגדות מחברי הקבוצה. השופטת מציינת שהחלטה ביחס לפסיקת גמול ושכר טרחה צריכה להיות מנומקת.

תביעות ייצוגיות צרכניות נמצאות במחלוקת בפסיקה ובספרות המשפטית, תכליתם של חוקי סימון המזון היא שמירה על בריאות הציבור ומתן מידע לצרכן לטובת השוואה בין מוצרים. **פסטה נונה**¹⁵ נקבע כי הסתלקות מתביעות אלה אינה מצדיקה פסיקת גמול ושכר טרחה. לעומת זאת, עמדת המועצה הישראלית לצרכנות גורסת שריבוי ההליכים בנושא זה מלמד על ריבוי ההפרות בתחום סימון המזון, אכיפת החוק באמצעות הליכים ייצוגיים היא בעלת ערך חברתי חיובי ורצוי. מנגד, בספרות המשפטית עלו קולות אחרים שסוברים שבפעמים רבות הפרת תקן היא טכנית ואינה מסבה נזק ממשי.¹⁶ לדעת השופטת אין מקום לקביעות קטגוריות בנוגע לסוג מסוים של הליכים ייצוגיים.

לסיכום, השופטת מציינת כי במקרה ספציפי יכולה הערכאה הדיונית לחרוג מהכלל הנקוב בס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות ולפסוק גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ובאי כוחו בהתאם לעקרונות המנחים בס' 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות. שיקול הדעת של הערכאה הדיונית יושפע ממידת התועלת שצמחה לחברי הקבוצה מההליך; ממידת החשיבות הציבורית של ההליך; ממידת הסיכון שנטל עליו התובע המייצג בהגשת התביעה. פסיקת שכר טרחה לב"כ המייצג תושפע מהיקף ההוצאות בהליך; אופן ניהול ההליך והפער בין הסעד המבוקש בבקשת האישור לסעד בבקשת ההסתלקות. לערכאת הערעור יש יסוד רחב יותר להתערבות בקביעת גמול ושכר טרחה מאשר בהליכים אזרחיים עקב השפעות הרוחב של החלטות אלו. לאחר בחינת

¹² המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 1, עמ' 21-22; ראה גם בחיות עמ' 938.

¹³ פסטה נונה, לעיל ה"ש 5.

¹⁴ ס' 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

¹⁵ פסטה נונה, לעיל ה"ש 5.

¹⁶ פלינט ווינצ'קי, לעיל ה"ש 10, עמ' 696.

השיקולים במקרים הפרטניים מקבלת השופטת באופן חלקי את הערעור בתיק סונול,¹⁷ דוחה את הערעורים בתיק ספורט ורטהיימר¹⁸ וויטה פרי גליל¹⁹ ומקבלת את הערעור בתיק שלמה תחבורה בדיון פרטני.

[תצ \(ת"א\) 52248-02-18 אילן ורדניקוב עו"ד נ' אמוץ חורב , \(פורסם בנבו, 6.8.18\), ערכאה: המחלקה הכלכלית בית המשפט המחוזי תל-אביב בפני השופט מגן אלטוביה.](#)

עניינה של ההחלטה בבקשת מחיקה שהגיש המבקש בבקשת האישור המאוחרת (ורדניקוב) על בקשת אישור לתובענה ייצוגית שהגיש חורב, מגיש בקשת האישור הראשונה. עניינים של בקשות האישור הן ביחס לפרשת "שיכון ובינוי" בה חשודים בכירים בחברת הנדל"ן שהיו מעורבים בשוחד בחו"ל לקידום עסקי הבנייה. הבקשות לאישור מסתמכות על הפרות בחובת הגילוי והדיווח החלות על החברה ביחס לחוק ניירות ערך. מגיש הבקשה המוקדמת הינו עו"ד אמוץ חורב בקשתו מכונה "הבקשה הראשונה" או "בקשת חורב", מגיש הבקשה המאוחרת הוא עו"ד אילן ורדניקוב בקשתו מכונה "הבקשה המאוחרת" או "בקשת ורדניקוב".

מיד לאחר פרסום ההליכים הפליליים כנגד בכירים בחברה הגיש המשיב ב22.2.18, עו"ד אמוץ חורב בקשה לאישור תובענה ייצוגית, לאחר פחות מחודש ב18.3.18 הגיש חורב בקשת אישור מעודכנת הכוללת תובע מייצג נוסף; הרחבת קבוצות המיוצגים כך שיכללו בה גם מחזיקי אג"ח קונצרני; הוספת משיבים נוספים; פירוט עובדות נוספות ותיקון חוות דעת המומחה וסכומי התביעה. ב1.5.18 הגיש ורדניקוב בקשה לאישור תובענה ייצוגית המבוססת על אותה מערכת אירועים, ולאחר מכן הגיש בקשה למחיקת הבקשה לאישור של חורב, בתגובה חורב הגיש בקשה למחיקת הבקשה של ורדניקוב.

ורדניקוב טוען כי בקשת חורב הוגשה עם פרסום האירוע כשחסרים בה מידע וראיות מהותיים. וזאת רק לשם הגשת הבקשה הראשונה. בנוסף, טוען ורדניקוב כי חורב לא פרסם את התיקון לבקשת האישור בפנקס התובענות הייצוגיות. ורדניקוב טוען כי בקשתו נתמכת בחוות דעת מומחה בינלאומי ובראיות נוספות.

חורב טוען כי הגשת בקשת ורדניקוב היא מאוחרת ומיותרת ומשרתת רק אינטרסים של התובע המייצג. בנוסף הוא טוען לראשוניות בהגשה ולסיבות נוספות בגינן בקשתו טובה יותר מהבקשה המאוחרת.

הגשת בקשות המעוררות שאלות דומות בעובדה ומשפט מוסדרת בס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות, במקרה שהוגשה בקשה לאישור מאוחרת כשטרם החל הדיון בבקשה המוקדמת קובע החוק כי "לענין בקשה לאישור קודמת שטרם החל הדיון בה – בית המשפט רשאי להורות על צירוף הבקשה לאישור המאוחרת לבקשה לאישור הקודמת ולדון בהן יחדיו, או על מחיקת אחת הבקשות, כולה או חלקה, ורשאי הוא להורות על צירוף או החלפה של מבקש או של בא כוח מייצג, והכל כדי שעניינה של הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הטובה והיעילה ביותר".²⁰ התכלית המונחת בבסיס ס' 7 היא מניעת כפל התדיינות בבקשות אישור או תובענות ייצוגיות המעוררות עילות תביעה דומות או זהות, וזאת הן על מנת למנוע פסיקות סותרות בין מותבים שונים

¹⁷ סונול, לעיל ה"ש 2.

¹⁸ ספורט ורטהיימר, לעיל ה"ש 3.

¹⁹ פרי גליל, לעיל ה"ש 4.

²⁰ ס' 7(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

והן מטעמי יעילות וחיסכון בזמן שיפוטי.²¹ ס' 7(ב)(1) קובע בסיפא במפורש כי העיקרון המנחה את שיקול הדעת השיפוטי הוא הייצוג ההולם לקבוצה אל מול שיקול זה עומד שיקול היעילות הדיונית.²² המחוקק הבחין בין שלבים בדיון הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, כאשר ככל שההליך נמצא בשלב מאוחר יותר הנחת המוצא היא שיש להעדיף את הבקשה שדנים בה מטעמי יעילות דיונית וחיסכון זמן שיפוטי. לעומת זאת, ככל שהבקשה או הבקשות המאוחרות מוגשות טרם הדיון שיקול הדעת מאפשר לבכר את הבקשות המאוחרות ככל שהן ייצגו בצורה טובה יותר את אינטרס חברי הקבוצה.²³

לאחר שבחן השופט את הבקשות לאישור הוא התרשם כי בקשת האישור הראשונה של חורב חסרה. הבקשה מבוססת בעיקר על הפרסום מיום 20.2.18 ביחס לחקירות בכירי החברה בהליכים פלילים. ככלל, אין בעצם המהירות בבקשת הבקשה ללמד על פגמים שנפלו בה, ברם, במקרה זה היתה המהירות לרועץ. לאחר פחות מחודש הגיש המשיב בקשה לתיקון משמעותי ומהותי של בקשת האישור, עובדה זו מעידה על כך שהגשתו הראשונית היתה לקויה ונועדה "לתפיסת תור" בלבד. השופט אינו מסכים לדרך התנהלות זו, מאחר שיש באישור בקשות כאלה פגיעה בתועלת של חברי הקבוצה. השופט מציין שיש לתת עדיפות ליסודיות על חשבון מהירות. ייתכן והתנהגות כזו עולה כדי חוסר תום לב ופעולה בדרך שאינה מקובלת.

השופט אינו רואה מקום לדון בפגמים שהעלה חורב בבקשת ורדניקוב מכיוון שבקשת האישור הראשונית שלו היתה לקויה וחסרה. העובדות מראות כי חלק ניכר מהתיקונים שנערכו בתיקון הבקשה לאישור היו יכולים להופיע בבקשה המקורית אם חורב היה בוחר ביסודיות על חשבון מהירות. השופט בוחר להעדיף את הבקשה המאוחרת על חשבון המוקדמת בשל קידום מטרות ותכלית התובענה הייצוגית.

כהערת אגב מוסיף השופט כי הוא אינו רואה פגם מהותי שבקשת האישור מוגשת ע"י תובע מייצג המחזיק במניות של החברה כשהוא מייצג גם את מחזיקי האג"ח של החברה משום שבשאלות המהותיות של עובדה ומשפט אין הבחנה במקרה זה בין הקבוצות. במקום שיהיה ניגוד אינטרסים בין הקבוצות השונות ייתכן ויש להפריד תביעות, אך בשלב זה של ההליך ניתן לייצג את הקבוצות יחדיו באותה בקשת אישור.

²¹ ראה באורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי עמ' 1387-1388 (מהדורה 12, 2015); אביאל פלינט וחגי ווינצקי תובענות ייצוגיות עמ' 263-262 (2018).

²² ע"א 5503/11 דב' נ' דימרי ואח' פורסם בנבו, 18.01.12 (להלן: עניין דבח). בפרשה זו עסק בית המשפט העליון במקרה של ס' 7(ב)(2) במקרה שהבקשה המאוחרת הוגשה לאחר שהחל הדיון בבקשת האישור המוקדמת. סוגיית צד במקרה זה היתה חוסר רישום של הבקשה המוקדמת בפנקס לפי ההגדרה בס' 6. בין השופטים רובינשטיין ומלצר התעוררה מחלוקת צד ביחס לקשר בין ס' 6 לס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות, והשפעת הרישום על ההחלטה ביחס לבקשות דומות. ראה פס' טו-יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופס' 7 לפסק דינו של השופט מלצר.

²³ בעניין דבח, שם, הכריעו השופטים כי יש למחוק את הבקשה המוקדמת מכיוון שהבקשה המאוחרת ייצגה בצורה טובה יותר את האינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת. במתח בין יסודיות למהירות הכריעו השופטים בעניין דבח בצורה גורפת על חשיבות היסודיות בהגשת בקשה לתובענה ייצוגית.