

29 ביוני 2023

י' בתמוז התשפ"ג

לכבוד,

הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות  
משרד המשפטים

**הנדון: עמדת לובי 99 ומכון ברנדייס לדוח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006**

אנו מתכבדים להגיש את תגובתנו לדוח שבנידון, בשם לובי 99 (חל"צ), ארגון ללא מטרת רווח המוכר, בין היתר, כארגון צרכנים לפי חוק הגנת הצרכן תשמ"א-1981, והפועל במגוון דרכים לשמירה על האינטרסים של הציבור הרחב בהליכי חקיקה וקביעת מדיניות; ובשם מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה במכללה למינהל, הפועל לקדם בישראל מחקר עצמאי ובלתי תלוי באיכות גבוהה וברמה בינלאומית בתחומי החברה, המשפט, הכלכלה, המימון, הרגולציה, ועוד.

בקליפת האגוז: הדוח עומד, ובצדק, על בעיית הנציג הקיימת באופן אינהרנטי בהליך הייצוגי, וביתר שאת בהליכי הפשרה הייצוגיים, ואולם הפתרונות המוצעים בו הינם חלקיים ואינם נוגעים לשורש הבעיה: הפיכתם של הסדרי פשרה לדרך לחמוק מהגשמת תכליות חוק תובענות ייצוגיות, ובפרט התכליות הציבוריות של חוק זה – אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו. לפיכך, יש להבטיח כי הליך הפשרה הייצוגי יזכה להסדרה ייחודית המשקפת את היבטיו הציבוריים והיייצוגיים, תוך הבטחת הגשמתן של התכליות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות ובראשן, כאמור, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.

והכל כמפורט להלן:

**א. יש להבטיח כי הליכי פשרה בתובענות ייצוגיות יגשימו את תכליות הדין – ולא יהפכו למיקור חוץ פסול של מלאכת השיפוט**

1. סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות מונה את המטרות שעל החוק לקדם, בבסיסן של מטרות אלו שני אינטרסים מרכזיים: אינטרס הפרט, שמקודם בעיקרו באמצעות הרחבת זכות הגישה לערכאות וסעדים כספיים, והאינטרס הציבורי, שמקודם באמצעות כוחה של התובענה לאכוף את הדין, להרתיע מפני הפרתו, ולגרום למפרי דין לשנות דרכיהם.<sup>1</sup> תכליות אלו בוודאי רלוונטיות כאשר בית המשפט בוחן תובענה שבפניו ולבסוף מכריעה בעניינה, ואולם הן רלוונטיות, ולעיתים ביתר שאת, כאשר בית המשפט נדרש לבחון הסדר פשרה המוגש לאישורו.
2. לפיכך, יש להבטיח כי הסדרי פשרה, שאליהם פעמים רבות מגיעים הצדדים במסגרת ההליך הייצוגי, לא יהפכו, כפי שאכן קורה היום, למיקור חוץ פסול של ההליך השיפוטי, שיש בו כדי לעקוף את תכליות החוק (והדינים המהותיים שהוא נועד לקדם). על הסדרי הפשרה לתת ביטוי לאינטרסים הייחודיים העומדים בבסיס החוק, ובפרט לאינטרס הציבורי שהוכר, הן בהלכה הפסוקה והן בספרות, כ"תכלית ראשונה במעלה" של החוק.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> אביאל פלינט, חגי ויניצקי, תובענות ייצוגיות (2017) ("תובענות ייצוגיות"), עמ' 65.  
<sup>2</sup> תובענות ייצוגיות, עמ' 71; ע"א 345-03 דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל פ"ד סב(2) 437 (7.6.2007), ס' 9-11. תכלית שנשקפת גם מהקניית מעמד לפי חוק לגורמים ציבוריים (סטיב גולדשטיין, הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, עלי משפט ו 7, 13-14 (2007): "השכלול החשוב ביותר בחוק הוא ההכרה שהתכלית העיקרית של התובענה הייצוגית אינה מתן פיצויים מזעריים לניזוקים אלא אכיפת המשפט המהותי. הכרה זו באה לידי ביטוי בין השאר, במתן מעמד ותפקיד בהליך לגורמים ציבוריים, הן ממלכתיים והן אזרחיים".

3. לכן, ולא בכדי, קבע המחוקק מנגנון ייחודי המחייב את הצדדים לקבל את אישור בית המשפט להסדר הפרשה אלו הגיעו, והמקנה לבית המשפט את הסמכות והכלים לוודא כי האינטרסים האלו אכן נשמרים. כך למשל, קובע סעיף 19(א) לחוק: "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה [...] וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".
4. מנגנונים אלו למעשה מכוונים את בית המשפט לוודא כי הסדר הפרשה נותן ביטוי לשתי המטרות שאותם צריכה הפרשה להשיג (א) לקדם את עניינם של חברי הקבוצה, כאשר על בית המשפט מוטלת האחריות "לנהוג כפי שחברי הקבוצה היו נוהגים אילו היה האינטרס בתביעה גדול דיו"<sup>3</sup> (ב) לקדם את האינטרס הציבורי שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות, מעבר לפיצוי הניתן לחברי הקבוצה, שכן: "תובענה שהסתיימה בפשרה שאינה תורמת ל"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" פוגעת לא רק במטרה זו אלא גם מבזבזת לשווא את זמנו של בית המשפט, ולכן אינה יכולה אף להיות בגדר "ניהול יעיל, הוגן וממצה" של התביעה"<sup>4</sup>.
5. דרישות אלו לא נותרו בעלמא, המחוקק קבע שורה של שיקולים, בסעיף 19(ג) (2), שעל בית המשפט לשקול בבואו לבחון אם ההסדר עומד בקריטריונים הקבועים בסעיף 19(א), כך למשל הוא הורה לבית המשפט לבחון את הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפרשה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה וכן הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפרשה.
6. הן הקריטריונים הקבועים בסעיף 19(א) והן השיקולים המפורטי בסעיף 19(ג) (2) מחייבים את בית המשפט להכיר את המקרה הקונקרטי שבפניו ואת נסיבותיו הייחודיות, זאת כדי שתהיה לו היכולת לבחון האם אותו הסדר, אשר בשמו מבקשים הצדדים להיחלץ מההליך המשפטי, אכן ראוי הוגן ויעיל בעניינם של חברי הקבוצה ואף הינו הדרך היעילה לסיום המחלוקת. בהיעדר היכרות כאמור לא יכול בית המשפט לעמוד נכוחה על סיכוני וסיכויי ההליך, על האופן בו ההסדר משקף סיכונים וסיכויים אלו, ועל היותו של ההסדר הדרך היעילה לסיים את ההליך.
7. ואולם, הלכה למעשה, פעמים רבות מהווה הסדר הפרשה דרך מילוט עבור התובע הייצוגי, בא כוחו, והנתבע – זאת כאשר, ובניגוד לקבוצה המיוצגת ולציבור, לצדדים להליך יש אינטרס משמעותי לסיים את ההליך במהירות ו"לפגוש את הכסף". לכן, ובאופן לא מפתיע, רובם המוחלט של הליכי הפרשה נפתחים עוד טרם אושרה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.<sup>5</sup>
8. משמעות הדבר היא שהצדדים יוצאים מכותלי בית המשפט ולמעשה מתחילים הליך פרטי המתקיים "בדלתיים סגורות" שאליו לחברי הקבוצה המיוצגים ואף לבית המשפט, אין כל גישה, לא בזמן ההליך ולא אחריו.<sup>6</sup> כך, נקודת הזמן היחידה שבה יש גישה להליך הפרשה היא נקודת הסיום – כאשר ההסדר המגובש מגיע לאישור בית המשפט, אז אמורה להינתן הדעת לעניינם של חברי הקבוצה המיוצגים ולאיינטרס הציבורי. אלא שבחינת ההסדר בשלב זה, כאשר כל מה שעומד בפני בית המשפט פעמים רבות הוא בקשת האישור והסדר הפרשה, מבלי שהובאה בפניו כל תשתית ראייתית ומבלי שהתקיים הליך אדוורסרי בין הצדדים, איננה עומדת בדרישות הפיקוח. במצב זה כלל לא ברור כיצד יכול בית המשפט להעריך נכוחה את הסיכונים והסיכויים של ההליך המשפטי אם הוא אינו חשוף לנסיבות המקרה הרלוונטיות, כאשר למעשה

<sup>3</sup> אלון קלמנט, פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית, משפטים מ'תשע"א ("פשרה והסתלקות בתובענות ייצוגיות"), עמ' 788.

<sup>4</sup> פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית, עמ' 800.

<sup>5</sup> פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית, עמ' 807.

<sup>6</sup> שם.

לא עומד בפניו שום מסמך בעל ערך ראיתי, ממנו הוא יכול ללמוד על ניהול הסיכונים בהליך.<sup>7</sup> דברים אלה מקבלים משנה תוקף ככל שהתובענה הייצוגית היא בעלת נופך ציבורי משמעותי יותר.

9. ואולם, למרות קשיים אלו אנו רואים כי בית המשפט מאשר את רובם המוחלט של הסדרי הפשרה המגיעים

לפתחו,<sup>8</sup> וזאת למרות שבמקרים רבים לא נערך בירור מספיק בנוגע ליכולותו של ההסדר להשיג את האינטרסים שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות. ברי כי גם לבית המשפט ישנו אינטרס לסיים את ההליך בדרך של פשרה, ולו בשל חסכון המשאבים והפחתת העומס שבכך – ואולם שיקולים אלו לא יכולים לגבור על האינטרס הציבורי שבהגשמת הדין המהותי והבטחת קיומן של התכליות שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות.

10. בהיעדר פיקוח של בית המשפט על הליך הפשרה ועל ההסדר שמגובש בסופו, נוצר מצב בו למעשה, ובכסות

של הסדרה יעילה, הולכות ונשחקות התכליות והמטרות שקבע המחוקק בחוק תובענות ייצוגיות, ובמציאות בה כמעט כל התובענות הייצוגיות שאינן מסולקות נגמרות בהסדרי פשרה אלו הם למעשה פני החוק – כשלו הסדרי הפשרה מהשגת מטרות החוק, כשל החוק מלהשיג את מטרותיו:<sup>9</sup>

”הפשרה משפיעה גם על מידת האכיפה וההרתעה שהתובענה הייצוגית משיגה. הרוב המוחלט של תובענות ייצוגיות מסתיים בהליך פשרה. לכן אכיפת החוק וההרתעה מפני הפרתו מושגים באמצעות הסנקציות והסעדים שמוטלים על הנתבע בפשרה ולא בפסק דין”.

11. מכל האמור לעיל מתחייבת מסקנה אחת – דרושה הסדרה ייחודית של הליכי הפשרה הייצוגיים, וזאת לא

רק בנוגע להליכים המלווים על ידי מגשר אלא בנוגע לכלל המקרים בהם בוחרים התובע הייצוגי, בא כוחו, והנתבע, לצאת מכותלי בית המשפט ולסיים את ההליך הייצוגי באמצעות פשרה. הדוח אמנם עומד על סוגיות מסוימות בהקשר זה ואולם הדבר נעשה באופן חלקי ובלתי ממצה. להלן נציג את המלצותינו לעניין הסדרה ייחודית של הסדרי פשרה ייצוגיים.

### 1.א דרישה לאישור מנומק ולהנחיות של בית המשפט טרם פנייה להליך הפשרה

12. כאמור, הסדרי פשרה ייצוגיים אינם הסדרי פשרה “קלאסיים” בהם הצדדים פועלים בשם עצמם, אלא הליכים בהם הפשרה מנוהלת בשם קבוצה גדולה של תובעים מיוצגים וכן בשם אינטרסים ציבוריים רחבים; כאשר גם בתוך ההסדרים הללו ניתן להבחין בין הליכים בעלי חשיבות ציבורית יתרה לבין כאלה שחשיבותם פחותה. לכן יש צורך להבטיח – כבר בשלב ראשוני זה של פנייה להליך פשרה – כי כל הצדדים להליך, ובפרט המגשר אם ישנו כזה – מבינים את גדרי המחלוקת ואת הסוגיות הדרושות בירור.

13. לפיכך, מוצע כי בשלב בו הצדדים רוצים לצאת להליך פשרה הם יפנו לבית המשפט וזה, בהחלטתו ותוך כל בירור שיידרש לצורך כך, יתן אישור מנומק הכולל עמידה על מידת חשיבותו הציבורית של ההליך וכן הנחיות לעניין ההיבטים אשר צריכים לקבל ביטוי במסגרת הליך הפשרה, לרבות: העילות שבגינן הוגשה התובענה; הסוגיות המרכזיות עליהן צריך הליך הפשרה לתת מענה והתשתית הראייתית שנדרשת לשם כך; הסעדים הרלוונטיים; ועוד.

2.א קביעת מועדים לדיווח לבית המשפט על התקדמות הליך הפשרה והסדרת הביקורת השיפוטית בתום הליך

### הפשרה

14. בהמשך למעורבותו של בית המשפט טרם היציאה להליך הפשרה, ומתוך הבנה כי קבלת הסדר הפשרה רק בנקודת הסיום אינה מספיקה, מוצע לקבוע בתקנות תובענות ייצוגיות כי הצדדים, והמגשר ככל שישנו כזה, יצטרכו לדווח לבית המשפט על התקדמות הסדר הפשרה במועדים קבועים תוך התייחסות להנחיות שניתנו להם במסגרת האישור המנומק לקיים את הליך הפשרה, ואף לצרף לדיווח זה תצהירים.

<sup>7</sup> פשרה והסתלקות, 790-791.

<sup>8</sup> פשרה והסתלקות, עמ' 807.

<sup>9</sup> פשרה והסתלקות, עמ' 778.

15. בנוסף, בסיום הליך הפשרה ובד בבד עם הגשת הסדר הפשרה לבית המשפט, יש לקבוע בתקנות הוראות במסגרתן יחויבו הצדדים להגיש לבית המשפט פירוט המסכם את הליך הפשרה ותוצאותיו. למעשה מדובר בהרחבה של החובה הקיימת ממילא בתקנות תבוענות ייצוגיות,<sup>10</sup> במסגרתה יש לכלול בפירוט המוגש לבית המשפט הסבר אודות ההליך, לרבות התייחסות להיבטים הבאים: מי ניהל את הליך הפשרה; כמה ישיבות התקיימו; באילו נושאים דנו; מה התשתית הראייתית עליה מתבסס ההסדר; האם התקיימו חקירות; כיצד באו לידי ביטוי הסוגיות המרכזיות שנקבעו על ידי בית המשפט באישור היציאה לפשרה; אילו סעדים קובע ההסדר וכיצד הם עונים על עלילות התביעה ועל הדין המהותי; ועוד. לפירוט זה על הצדדים לצרף תצהיר חתום של המגשר, או של מי שניהול את הליך הפשרה.

### א.3 חובות גילוי ייחודיות במסגרת הליכי פשרה ייצוגיים

16. כידוע, עקרון פומביות הדיון הוא עקרון מרכזי בשיטות משפט רבות ובישראל בפרט, ושמירה עליו היא הערובה העיקרית לתקינות ההליך המשפטי – לא רק לשם עשיית צדק אלא גם לשמירה על מראית פני הצדק.<sup>11</sup>

17. חשיבותו של עקרון פומביות הדיון מתחדדת ביתר שאת במסגרת ההליך הייצוגי, שכן בניגוד להליכים פרטיים, חשיפת ההליך אינה רק לצורך הבטחת קיומה של ביקורת ציבורית או חיזוק אמון הציבור בהחלטות בית המשפט, אלא היא הופכת לתנאי של ממש ביכולתו של ההליך לממש את ייעודו הייצוגי. כך, כאשר עיקר הקבוצה המיוצגת למעשה אינה לוקחת חלק פעיל בהליך המשפטי, פומביות הדיון היא שמאפשרת לקבוצה – שלעיתים מונה את הציבור בכללותו – להכיר את הנעשה בשמה ובעניינה ובמידת הצורך להשמיע את התנגדותה. ולכן, בכל הנוגע להליכים ייצוגיים פומביות הדיון היא תנאי בלעדיו אין.

18. אלא שעקרון זה כמו נזנח לחלוטין עת פונים הצדדים לסיום ההליך בפשרה, וזאת על אף שהצדקות העומדות בבסיסו לא רק שאינן נעלמות אלא מקבלות משנה תוקף בשל בעיית הנציג המוגברת המאפיינת הסדרי פשרה ייצוגיים. השאיפה לייעול ההליך ולחסכון במשאבים לא יכולה לבוא על חשבון עקרון מהותי זה של פומביות הדיון, אם רוצים הצדדים להגיע לפשרה, שתהווה מעשה בית דין גם עבור הקבוצה המיוצגת (בניגוד למשל להסתלקות), על הליך הפשרה להיות נגיש באופן מלא לאותה קבוצה.

19. המסקנות המוצגות בדוח בהקשר זה אינן מספיקות לצורך מימוש מספק של עקרון פומביות הדיון. אמנם, הדוח מציע לקבוע בחוק חובות פירוט וגילוי שיחולו על המגשר, ואולם דרישה זו אינה מספיקה מכמה סיבות: ראשית מניסוח הדוח עולה כי היא תחול רק במקרים בהם הצדדים בוחרים בהליך פשרה המנוהל על ידי מגשר. אמנם חלה עלייה במספר הליכי הפשרה המושגים באמצעות גישור, ואולם עדיין מדובר בכשליש מהליכי הפשרה בלבד,<sup>12</sup> כך שכשני שליש מהסדרי הפשרה אינם מושגים על ידי הליך גישור והמלצות הדוח בנוסחן הקיים למעשה לא יחולו עליהם.

20. שנית, הדוח מתייחס לחובת גילוי שתחול רק במקרים שבהם המגשר עורך בירורים עובדתיים ונחשף "לנתונים הגלויים לצדדים להליך, הנחוצים לשם חישוב סכום הפשרה, אשר שימשו בסיס להסדר הפשרה"<sup>13</sup>. לבסוף, ההמלצה אף מצטמצמת עוד יותר לנוכח הקביעה כי במקרים מתאימים יוכלו הנתונים להיות מוגשים במעטפה סגורה לבית המשפט.

<sup>10</sup> סעיף 12(א), תקנות תבוענות ייצוגיות, תש"ע-2010.

<sup>11</sup> ולא בכדי קובע סעיף 38 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 כי הכלל הוא שהדיון המשפטי יהיה פומבי ורק במספר מקרים חריגים ניתן לסטות מכלל זה. וראו גם את דברי השופט מצא בע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 444, 450 והאסמכתאות שם (1991).

<sup>12</sup> פרופ' אלון קלמנט "חובות מגשר בתובענה ייצוגית והשפעתן על אישור הסדר הפשרה", 21.3.2021: "מתוך 174 החלטות שניתנו בשנת 2020, שאותרו בנט המשפט ובנבו ודנו בהסדר פשרה שהוגש לאישור בית המשפט, 54 (כשליש) התייחסו בית המשפט להליך גישור שקדם להגשת ההסדר לאישור" לקריאת המאמר: [חובות מגשר בתובענה ייצוגית והשפעתן על אישור הסדר הפשרה \(tau.ac.il\)](http://tau.ac.il).

<sup>13</sup> עמ' 83 לדוח.

21. **מנקודת מוצא זו נובעת המסקנה כי יש להרחיב בצורה משמעותית את הנגישות למידע הנאסף במסגרת הליך הפשרה והמהווה חלק מגיבוש ההסדר הסופי, לבית המשפט, לקבוצה המיוצגת ולעיתים אף לציבור בכללותו:**

22. **הרחבת חובות הגילוי לכלל הליכי הפשרה:** כאמור, המשמעות של ההמלצות המוצגות בדוח היא שחובות הגילוי והפירוט המוצעות לא יחולו בכשני שליש מהסדרי הפשרה המוגשים לבית המשפט, וזאת כאשר אותם הטעמים התומכים בהחלת החובות הנ"ל בנוגע להליך הגישור חלים – וביתר שאת – בנוגע להליכי פשרה שאינם מלווים על ידי מגשר ושעל כל המתרחש במהלכם יש צורך עוד יותר גדול בפיקוח ובשמירה על האינטרס של הקבוצה המיוצגת.

23. **הרחבת חובת הגילוי לכל מידע מהותי שעל בסיסו גובש ההסדר:** כאמור, המלצת הדוח מצמצמת את חובות הפירוט והדיווח ל"בירורים עובדתיים" הנוגעים לקביעת סכום הפיצוי. ואולם לא ברור מדוע יש להתייחס במסגרת חובות אלו רק לסוגיית "סכום הפיצוי" ולא להסדר בכללותו, ובתוך כך גם לסעדים נוספים שמחויבים להיקבע במסגרתו בכל הנוגע להסדרה עתידית שתבטיח חדילה מהפרות דין. בהקשר זה חשוב לציין, ואף נרחיב על כך בהמשך, מעבר לקביעת פיצוי כספי – על הסדר הפשרה להבטיח הרתעה אפקטיבית ואכיפת הדין – לפיכך הליך הפשרה, שקדם לגיבוש ההסדר, חייב לכלול התייחסות גם למטרות אלו ולאופן בו הן מושגות בהסדר. ככל שכך אין סיבה, והדבר אף בעייתי מאוד, להבחין בין המידע הנדרש לחישוב סכום הפיצוי לבין המידע הנדרש להבטחת אכיפת הדין וליצירת הרתעה. **לכן, יש לקבוע כי חובות הגילוי והפירוט יחולו בנוגע לכל מידע מהותי אשר על בסיסו גובש הסדר הפשרה.**

24. **הפיכת חובת הגילוי, לכל המעוניין בהשגת המידע, לכלל והסתרת המידע לחריג:** כפי שפירטנו בהרחבה עקרון פומביות הדיון רלוונטי ביתר שאת להליכים הייצוגיים, וחשיבותו אף גוברת כאשר פונים הצדדים להליך פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט. לפיכך יש לקבוע כי כל המידע הרלוונטי להליך הפשרה יונגש באופן ציבורי, כך שהציבור, חברי הקבוצה המיוצגת, ואף ארגונים וגורמים רלוונטיים אחרים, יוכלו בכל זמן נתון לגשת למידע זה ולבחון את התקדמות הפשרה ולבסוף לעמוד על טיב ההסדר ועל האופן בו הוא משקף, או לא משקף, את האינטרסים של הקבוצה המיוצגת ושל הציבור בכללותו. כמובן שבמקרים המתאימים תעמוד לצדדים להליך האפשרות לבקש מבית המשפט כי מידע מסוים יוגדר כ"מידע חסוי", בקשה זו תבחן ותאושר לאור קריטריונים ברורים שייקבעו בתקנות, וכן תוך נתינת הדעת להיבטיו הציבוריים של ההליך שבנידון.

#### **4.א. חיזוק מעמד המתנגד ויצירת תמריצים להגשת התנגדויות יעילות**

25. מוסד ההתנגדות, המוסדר בחוק תובענות ייצוגיות במסגרת סעיף 18(ד), נועד להתמודד עם החרפת בעיית הנציג במסגרת הליכי פשרה בתובענות ייצוגיות, ומטרתו להוות כלי בידי בית המשפט לבחינה ביקורתית של ההסדר תוך עמידה על האינטרסים של הקבוצה המיוצגת:<sup>14</sup>

**"למוסד המתנגדים להסדר הפשרה ישנה חשיבות רבה, מאחר שמתנגדים להסדר הפשרה יכולים להוסיף את המימד האדוורסרי החסר בהסדר הפשרה, שבו האינטרסים של התובע והנתבע מתמזגים, ולהצביע על נקודות חשובות שלא גולו על ידי הצדדים, כגון ניגודי עניינים פוטנציאליים. המתנגדים גם יכולים להצביע על פגמים שנפלו בהליך המשא ומתן ועל הערכות שגויות – עובדתיות או משפטיות – של הצדדים בכל הנוגע לסיכויי התביעה או סכום הנזק הפוטנציאלי..."**

26. על אף חשיבותם של המתנגדים לצמצום בעיית הנציג, מוסד זה אינו מספיק מפותח וסובל במקרים רבים מאתגרים – הן טרם הגשת ההליך, בשל היעדר תמריצים כלכליים להגיש התנגדות, והן בשלב ביסוס ההתנגדות, בשל פערי מידע הנובעים מהיעדר גישה למידע הנוגע להליך הפשרה. נדמה כי הדוח לא עומד

<sup>14</sup> תובענות ייצוגיות, עמ' 630.

בצורה מספקת על חשיבותו של כלי זה ולפיכך גם אינו נותן מענה לקשיים העומדים בפני מתנגדים ולאפשרות לקדם שינויים מבניים שיהפכו את מוסד ההתנגדות לכלי יעיל אף יותר.

27. חיזוק מעמד המתנגד יוביל, עם הזמן, לכך שגם איכות הסדרי הפשרה המוגשים לאישור בית המשפט תעלה, זאת בשל הידיעה של הצדדים להליך כי הגשת הסדר פשרה שאינו מיטיב בצורה משמעותית עם הקבוצה המיוצגת או החוטא לתכליות חוק תובענות ייצוגיות, יגרור ככל הנראה הגשת התנגדות אשר תיקר ותאריך את ההליך. כך, יעדיפו הצדדים מלכתחילה להגיע להסדר פשרה הכולל היבטים אלו ובכך יתייתר הצורך בהגשת התנגדויות. **לפיכך ועל מנת למצות את הפוטנציאל האדיר הטמון בכלי ההתנגדות אנו ממליצים על השינויים הבאים:**

28. **קביעת מנגנון המאפשר למתנגד להליך לעיין במידע שהועבר לבית המשפט במסגרת חובות הגילוי והפירוט שהוזכרו לעיל:** אמנם הצגנו לעיל את הצורך בהנגשת המידע שמתקבל במסגרת הליך הפשרה לכלל הציבור, ובתוך כך גם לקבוצה המיוצגת, ואולם חשוב לנו לחדד – גם אם מסיבה כלשהי לא תתקבל עמדתנו לעניין הנגשת המידע לציבור בכללותו – **יש לאפשר לקבוצה המיוצגת, ולארגונים הרלוונטיים להגשת התנגדות, לגשת למידע בכל שלב של ההליך המשפטי – לרבות בשלב היציאה להליך פשרה ובמהלך ניהול הפשרה.**

29. ועוד, יש לאפשר למתנגד להליך, עוד טרם הגשת ההתנגדות, להציג בפני הצדדים להליך שאלות שמטרותן להקטין את פערי המידע בינו לבין התובע הייצוגי ובא כוחו, וכך לאפשר הגשת התנגדות יעילה ומיודעת. נזכיר כי ההליך מנוהל גם בשם המתנגד, או בשם הקבוצה שאת האינטרסים שלה הוא מייצג, ועובדה זו צריכה לקבל ביטוי מובהק גם בסדרי הדין שמכוחם מתנהל הליך הפשרה הייצוגי.

30. **יצירת תמריצים כלכליים להגשת התנגדות יעילה:** נקודת המוצא שבבסיס תובענות ייצוגיות היא כי הפגיעה הכלכלית בכל פרט השייך לקבוצה המיוצגת היא קטנה, לפיכך מלכתחילה אין לפרטים תמריץ להגיש תביעה פרטית. אותו הגיון קיים גם בשלב ההתנגדות, התובע הייצוגי ובא כוחו, אשר מנהלים את ההליך ומתוגמלים בהתאם לא תמיד ישיגו הסדר המיטיב עם כלל חברי הקבוצה, ואולם **לכל חבר באופן אישי אין תמריץ להשקיע בהגשת התנגדות להסדר הפשרה, גם אם ההסדר רחוק מלשרת את האינטרסים שלו.** כך למעשה, נוצר מצב בו גם במקרים בהם ראוי היה שחברי הקבוצה יתנגדו להסדר הם לא עושים זאת.

31. לא בכדי המחוקק פתח את אפשרות ההתנגדות לכמה קבוצות,<sup>15</sup> הוא עשה זאת על מנת להזמין גורמים אלו, שלהם נקודת מבט ייחודית, בין אם בשל מומחיותם ובין אם בשל היכרותם האישית עם פרטי המקרה, לתת את דעתם על ההסדר שהגיע לפיתחו ולהצביע על הנקודות בהם הסכם זה אינו מקדם את עניינה של הקבוצה או חוטא למטרות החוק.

32. ואולם, בין היתר בשל הבעיה התמריצית שהוזכרה לעיל, המשתמש העיקרי בכלי ההתנגדות הוא היועץ המשפטי לממשלה, וגם הוא מתנהל בהתאם למשאביו המוגבלים ובמקרים רבים נמנע מהגשת התנגדות. כך למעשה הופך כלי חשוב זה כמעט ל"אות מתה" אשר רחוקה מלשקף את כוונת המחוקק. **לפיכך יש לקדם כלים שיתמרוזו הגשת התנגדויות:**

33. **הכנסת מנגנון של קביעת הוצאות, שכר טרחה וגמול למתנגדים ובאי כוחם:** דרך המלך לפתרון בעיית התמריצים ולעידוד הגשת התנגדויות היא באמצעות הרחבת השימוש במנגנונים הקיימים כבר כיום בחוק תובענות ייצוגיות וקביעה כי בית המשפט יפסוק הוצאות, שכר טרחה וגמול למתנגדים ובאי כוחם. קביעה כאמור תעודד מתנגדים הסבורים כי להם טעם טוב להתנגדות, להשקיע משאבים בהגשת ההתנגדות ובכך להביא לשיפור הסדרי הפשרה.

<sup>15</sup> בין הגורמים המפורטים בסעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות: אדם הנמנה עם הקבוצה המיוצגת; אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה; רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית; ארגון הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה.

## ב. סעדים במסגרת הסדרי פשרה – אכיפה והרתעה אפקטיבית או הפרה יעילה?

34. אכיפת הדין והרתעה אפקטיבית, הן בהליכים מול בית משפט והן בהליכי פשרה, מושגות בראש ובראשונה באמצעות הסעדים המוטלים על הנתבע. כך, יש לבחון האם האכיפה וההרתעה מושגות או נעדרות על ידי בחינת האפקט של סעדים אלו על הנתבע עצמו, וכן על נתבעים פוטנציאליים בעתיד, וזאת בניגוד לבחינת ההשפעה של הסעדים על הקבוצה המיוצגת. לפיכך, חלק זה יתמקד בשאלה האם הסעדים המושגים בהסדרי פשרה מצליחים להוביל להרתעת הנתבע ולאכיפת הדין בעניינו.
35. ניתן לחלק את הסעדים לשלושה סוגים עיקריים – סעד כספי, במסגרתו מוטלת על הנתבע חובה לשלם סכום כסף מסוים בגין ההפרות שביצע; סעד התנהגותי, במסגרתו מוטלת על הנתבע חובה להתנהג בדרך מסוימת או להמנע מהתנהגות מסוימת בשל ההפרות שביצע; ולבסוף סעד הצהרתי, במסגרתו בית המשפט נותן ביטוי לנורמות הרצויות באמצעות התייחסות הצהרתית להתנהגותו העוללתית של הנתבע, באופן אשר מאותת גם למפרים פוטנציאליים כיצד בית המשפט מפרש את החובות המוטלות עליהם.
36. לכל אחד מהסעדים הללו ישנה חשיבות בפני עצמו והוא מהווה דרך מסוימת להשגת התכליות והמטרות של הדין המהותי. וויתור על אחד או יותר מהסעדים במסגרת הסדר הפשרה ייצוגי, צריך להיעשות בשים לב לתכליות הסעדים ולשאלה האם ההסדר, בהיעדרם, עדיין מקדם את התכליות והמטרות של חוק תובענות ייצוגיות – ובראשן את התכלית של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.

### 1.1 סעדים כספיים המושגים על החברה בלבד "Cost of doing business"

37. אמנם הדוח עוסק בשאלת הסעדים, ואף עומד, ובצדק, על כך שיש לבחון את הסעד הקבוע בהסדר לא רק מנקודת המבט של חברי הקבוצה אלא גם מנקודת המבט של הנתבעות בהליך "שכן תכלית נוספת שהתובענה הייצוגית נועדה לשרת היא אכיפת הדין הקיים והרתעה מפני הפרות חוק עתידיות"<sup>16</sup>. ואולם הדגש המושם בדוח הוא רק על סעדים בעין ותרומות מוצרים, וזאת למרות שבעיה זו של סעדים אשר על פניו נראים משמעותיים אך הלכה למעשה אינם משיגים מטרות של הרתעה ואכיפת הדין רלוונטית, ולעיתים ביתר שאת, גם כאשר מדובר בסעדים כספיים.
38. ועוד, הדוח מציג הנחה מובלעת לפיה פיצוי כספי הינו הסעד האופטימלי ולמצער האפקטיבי ביותר במסגרת הסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים, ואולם לדעתנו מדובר בהנחה שיישומה, לבדה, עלול לחתור תחת התכליות של חוק תובענות ייצוגיות. כפי שנפרט להלן סעד כספי, כאשר מושת על החברה הנתבעת ועומד לבדו, ברוב המקרים אינו משיג את המטרות המרכזיות של יצירת הרתעה אפקטיבית, אכיפת הדין, ואף פיצוי הולם בגין הנזקים שנגרמו.
39. זאת בעיקר משום שהסכום המוצג לבית המשפט כמעט אף פעם אינו הסכום אשר בו באמת נושאת החברה, אשר במרבית המקרים מגלגלת את הסכום לצדדים שלישיים, עד כדי כך שלעיתים ההפרה, מצידה של החברה, הינה "הפרה יעילה" העולה פחות מעמידה בדין לכתחילה ולמעשה מתמרצת הפרות חוק נוספות.
40. במקרים רבים, אם לא בכל המקרים, החברה הנתבעת תגלגל את סכום הפיצוי הלאה ממנה באופן שלא דווקא יפגע בשורת הרווח שלה. כך למשל, פעמים רבות, סכום הפיצוי הקבוע בהסדר פשרה ייגזר מהסכום שאותו יכולה לכסות חברת הביטוח של הנתבעת בהליך הייצוגי, כך שלמעשה החברה עצמה כלל לא תישא בעלויות הפיצוי.
41. ועוד, גם את הסכום שהחברה שילמה מכיסה, ולא באמצעות חברת הביטוח, יש לקחת בערבון מוגבל. זאת בשל האפשרות הסבירה מאוד כי חלק משמעותי מסכום זה יוגדר על ידי החברה כ"הוצאות בייצור הכנסה", כך, תוכל החברה הנתבעת לקזז את חבות המס שלה, בגין הכנסותיה, אל מול הסכום שהוציאה על הסעד בפשרה ולגלגל חלק ניכר מעלות הפיצוי חזרה לציבור.

42. אם כן הבעיה עליה מצביע הדוח, לפיה "הסכום המוצג כפיצוי במסגרת ההסדר הוא אינו הסכום הממשי שהנתבעת צפויה לשאת בו"<sup>17</sup> ומתוך כך גם האפקט המרתיע שלכאורה אמור להתלוות לסעד אינו מושג, עדיין קיימת, ולעיתים ביתר שאת, בהקשר של סעד כספי – כאשר הפער בין הסכום שרואה בית המשפט לסכום שבפועל יורד משורת הרווח של החברה עלול להגיע למליוני שקלים.
43. לפיכך, **הסתפקות בסעדים כספיים, המוטלים על החברה לבדה עלולה להוביל להרתעת חסר, במובן זה שככל שהרווחים שהחברה גורפת ממעשי ההפרה גבוהים יותר, כך משתלם לה יותר לנהוג ב"שיטת מצליח" ולהפר את הדין. לכן יש לקבוע בחוק או בתקנות את הדברים הבאים:**
44. **במסגרת הסדר הפשרה על הצדדים להליך לכתוב במפורש באיזה סכום נושאת החברה הנתבעת בפועל, ואיזה סכום מתוך סך הפיצוי משולם על ידי חברות ביטוח או צדדים שלישיים:** כאמור, לצורך הבטחת הרתעה אפקטיבית יש לבחון איזה סכום בפועל משלמת החברה הנתבעת. בחינה זו יכולה להיעשות מאוד בפשטות באמצעות חיוב הצדדים לציין במפורש במסגרת ההסדר מהו הסכום הסופי בו החברה נושאת בפועל, בעצמה, ומה הוא הסכום המגולגל הלאה לחברת הביטוח או לצדדים שלישיים.
45. **סכומים אשר שולמו במסגרת הסדרי פשרה לא יוכלו להיות "מקוזזים" מחבות המס של החברה הנתבעת:** ככלל, במסגרת הסדרי פשרה בהם נקבעים סכומי פיצוי כספיים כסעד עיקרי, מתנער הנתבע כליל מכל נשיאה באחריות אודות ההפרה, ופעמים רבות מגדיל לעשות ומגדיר את סכום הפיצוי כסכום הניתן "לפנים משורת הדין". מגמה זו אינה מפתיעה וזאת בין היתר בשל מנגנון המיסוי שהזכרנו לעיל המאפשר לחברות לקזז הוצאות מסוימות, אשר אינן מוגדרות כהוצאות "עונשיות" כנגד ההכנסות החייבות במס, ולגלגל לציבור חלק לא מבוטל מעלות הסדר הפשרה.
46. לפיכך יש לקבוע כי הסדרי פשרה בהם הסעד המרכזי הינו סעד כספי – יכללו גם אמירות נורמטיביות הנותנות ביטוי לכך שסכום הפיצוי הינו בעל אופי "עונשי"; או לציין במפורש כי הנתבע לא יוכל לקבל כל הטבת מס, או קיזוז מס בגין הסכומים אשר הוציא במסגרת הסדר הפשרה.

## 2.ב סעדים התנהגותיים – דרך המלך להבטחת "אכיפת הדין"

47. נזכיר, תכלית מרכזית, ואף "התכלית הראשונה במעלה", של חוק תובענות ייצוגיות היא התכלית הציבורית של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו. **במסגרת הסדרי פשרה מושגת תכלית זו של אכיפת הדין בראש ובראשונה באמצעות סעדים התנהגותיים המהווים "הסדרה עתידית"<sup>18</sup> וכוללים בין היתר: התחייבויות הנתבע לעמוד בהוראות הדין שחלות עליו, לחדול מהפעילות שבגינה הוגשה התובענה ולנקוט פעולות להיטיב עם הקבוצה המיוצגת אף מעבר לנדרש לפי דין.<sup>19</sup>**
48. אם כן, מדובר בסעד מרכזי וחשוב במסגרת הסדרי פשרה, ואולם נראה כי הדוח אינו עומד כלל על חשיבותה של ההסדרה העתידית, ואף במספר מקומות מניח כי מדובר בסעד משני בחשיבותו – כך למשל מקום בו מומלץ בדוח לגזור את שכר הטרחה והגמול של התובע הייצוגי ובא כוחו ממידת ההטבה לקבוצה המיוצגת, מצוין כי יש לקחת בחשבון רק את סכום הפיצוי הכספי הקבוע בהסדר כאינדקציה למידת ההטבה.<sup>20</sup>
49. גישה זו, ובפרט החרגת ההסדרה העתידית מהרכיבים המשפיעים על קביעת שכר הטרחה והגמול, חוטאת הן לתכליות חוק תובענות ייצוגיות, הן לתכליות הדין המהותי, והן לאופן בו התפתחה הפסיקה בכל הנוגע להיבטים של הסדרה עתידית.
50. הסדרה עתידית איננה רק דרך לקיים את האינטרס הציבורי באמצעות אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו אלא יש בה גם כדי לקדם את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת. כך, הסדרי פשרה טובים יכולים להשיג

<sup>17</sup> שם.

<sup>18</sup> תובענות ייצוגיות, עמ' 622.

<sup>19</sup> הכוונה היא לכל סעד שאינו סעד כספי או סעד בעין, שבמסגרתו מתחייבת החברה לשנות מהתנהגותה בעקבות התובענה ובכך לעמוד בדין החל עליה ואף להיטיב עם הקבוצה המיוצגת מעבר לכך.

<sup>20</sup> עמ' 79 לדוח.



עבור הקבוצה המיוצגת הסדרה עתידית המיטיבה עמה אף מעבר לנדרש לפי דין, ושלעתיים מהווה "פיצוי משמעותי הרבה יותר" מהסעד הכספי כשלעצמו.<sup>21</sup> זאת בשל יכולתה של ההסדרה העתידית להביא תועלת מתמשכת על פני זמן, שתיטיב גם עם הקבוצה המיוצגת אך לעיתים רבות גם עם ציבור נוסף.

51. אכן, בחינת הסדרי פשרה שאושרו על ידי ערכאות השיפוט מלמדת כי ההיבט של הסדרה עתידית מקבל משקל משמעותי עת נדרש בית המשפט לבחון האם ההסדר "ראוי הוגן וסביר".<sup>22</sup> ועוד, רכיב זה מקבל משקל, ולפעמים אף את עיקר המשקל, במסגרת קביעת שכר הטרחה והגמול של התובע הייצוגי ובא כוחו.<sup>23</sup> "מבלי לקבוע מסמרות בשאלה מתי יש להתחשב בהסדרה עתידית לעניין הגמול ושכר הטרחה, ובאיזה אופן ושיעור תבוא לידי ביטוי התחשבות זו, אני סבור כי בהסדר פשרה זה בו מרכיב ההסדרה העתידית חשוב ומשמעותי יותר מן הפיצוי שישולם, מן ההכרח להתחשב בהסדרה העתידית לעניין הגמול ושכר הטרחה, באופן שיביא לפסיקת גמול ושכר טרחה העולים באופן משמעותי על הגמול ושכר הטרחה "הרגילים" הנפסקים תוך כדי גזירת אחוזים מהפיצוי".

52. בהקשר זה נדגיש כי ישנן הפרות הגורמות לנזק שאינו כלכלי גרידא, ושבעניין אין הפיצוי הכספי יכול "להשיב את המצב לקדמותו" או לפצות באופן מלא את הקבוצה הניזוקה. בעניין של הפרות מסוג זה יש בוודאי חשיבות יתרה לכך שהסדר הפשרה לא רק ייקבע פיצוי כספי, אלא גם יבטיח כי ההפרה לא תחזור על עצמה בשנית.

53. דוגמא מובהקת לסוג ההפרות המתואר לעיל היא ההפרה הגורמת לנזקים סביבתיים אשר על פי רוב הינם, לפחות בחלקם, נזקים בלתי הפיכים, לכן הסעד העיקרי בעניין הפרות אלו צריך להיות סעד המביא למניעת הנזק לעתיד ולהפנמת האחריות הסביבתית על הנתבע, בין היתר על ידי חיובו לנקוט פעולות שמטרתן הקטנת הסיכון הסביבתי.

54. **לפיכך ולאור החשיבות הרבה של מנגנון ההסדרה העתידית יש לקבוע את הדברים הבאים:**

55. **בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה בו לא הובהר כי הנתבע הפסיק את ההתנהגות אשר הביאה לכתחילה לגיבוש עילת התביעה ואף נוקט, או מתייב לנקוט, פעולות סבירות לצורך הבטחה כי לי תישנה בעתיד:** כאמור, אחת התכליות המרכזיות של ההליך הייצוגי היא אכיפת הדין על הנתבע, לכן מדובר בלא פחות מאבסורד כאשר בית המשפט מאשר הסדר אשר במסגרתו החברה הנתבעת אינה מתחייבת להפסיק לאלתר, ואף להבטיח כי לא תחזור בשנית, על ההתנהגות העוולתית. כמובן שעמידה בדרישה כאמור מחייבת את הצדדים, כפי שהדגשנו מוקדם יותר, לעמוד בצורה ברורה על טיב ההתנהגות אשר הקימה לכתחילה את העילה להגשת התובענה – וטוב שכך. על הסדר הפשרה לשקף את הפנמת האחריות של החברה הנתבעת לכל הפחות באמצעות קידום מהלכים אשר יבטיחו כי היא תשנה את אופן פעילותה כדי לעמוד בדרישות הדין, ואף מעבר לכך.

<sup>21</sup> (תובענות ייצוגיות, עמ' 622; ת"צ (מחוזי מרכז) 35913-06-17 מנחם פינקלשטיין נ' חברת דואר ישראל בע"מ (07.06.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 39560-12-16 אלי חור נ' חברת גני יהושע בע"מ (01.03.2020), פס' 10). וראו גם: (ראו להשוואה גם: ת"צ (מחוזי ת"א) 11593-10-13 איילה מלכה מימון נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (26.05.2021); ת"צ (מחוזי מרכז) 6116-02-14 צמח עובדיה נ' פזגז בע"מ (13.01.2019); ת"צ (מחוזי ת"א) 60961-06-16 אברהם משאל נ' ה.א.ס. שעונים ותכשיטים בע"מ (23.01.2019); ת"צ (מחוזי ת"א) 12448-07-19 אביב חיים נ' מימדיון בע"מ (19.07.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 39560-12-16 אלי חור נ' חברת גני יהושע בע"מ (01.03.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 15731-09-19; ת"צ (מחוזי מרכז) 23621-04-18 יוני בן סימון נ' Microsoft Corporation (25.11.2021)).

<sup>22</sup> כך, לשם דוגמה, (בתצ (מרכז) 22141-03-15 פנחס יוסף גרינברג נ' חברת סלקום ישראל בע"מ, ס' 68) בית המשפט ביקש מהצדדים לתקן הסדר פשרה נעדר הסדרה עתידית בשל "חשש ממשי שתוצאת אישור הסדר הפשרה ללא הסדרה עתידית, תביא להמשך פעולת המשיבה שלא כדין", ואישר את ההסדר בכפוף להסדרה עתידית כזו, תוך הבהרה כי המשיבה לא פועלת עוד באופן שהקים את עילת התביעה לכתחילה. כך, גם הדגיש בית המשפט את התפקיד המרכזי של הסדרה עתידית בהגנה על אינטרסים של חברי הקבוצה במסגרת הדיון "ד"ר דוד ביטון נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (25.07.2021): "שעה שעיקר תכלית הפשרה היא שמירה על אינטרס חברי הקבוצה, על כן מקום בו תובטח ההגנה על כך, בדמות מימוש ההסדר, מתן פיצוי מספק, הסדרה עתידית, וסיום ההליך במהירות ובעלות נמוכה יחסית ועוד, מצאתי לנכון לאשר ההסדר". וראו גם: (ת"צ (מחוזי מרכז) 52647-07-15 דותן כהן נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ (נבו) 04.01.2017, פס' ב-ג).

<sup>23</sup> בת"צ (מחוזי מרכז) 6116-02-14 עובדיה נ' פזגז (13.1.19).

56. מעבר לכך שדרישה זו היא לא פחות מבסיסית בכל הנוגע לקידום מטרות חוק תובענות ייצוגיות, היא גם מקדמת יעילות ומונעת עומס על בתי המשפט וזאת בראש ובראשונה משום ש"מונעת הנזק הזולה" היא החברה הנתבעת אשר יודעת כיצד למנוע התנהגות עוולתית בצורה האפקטיבית ביותר. כך, לא רק שהתובעים הייצוגיים ישיגו את מטרותם, הם אף ימנעו מאותה עוולה להתרחש שוב ולפגוע באנשים נוספים.

57. **יש לקבוע סוגי מקרים מסוימים אשר בהם הסדר הפשרה יהיה חייב לכלול רכיב של הסדרה עתידית:** כפי שפירטנו לעיל, ישנם נזקים אשר אינם כלכליים גרידא, ואשר לעיתים הם אף בלתי הפיכים (כדוגמת הנזקים הסביבתיים שהובאה לעיל) במקרים אלו יש לקבוע כי הסדר הפשרה חייב לכלול סעדים שאינם רק כלכליים אלא כאלו המבטיחים צמצום משמעותי ואף איון הסיכויים שהנזק יקרה בשנית.

### **3.3 אחריות אישית של נושאי משרה במסגרת הסדרי פשרה ייצוגיים**

58. כאמור, אחד העקרונות המרכזיים הקבועים, בין היתר, בחוק תובענות ייצוגיות הוא כי על הפשרה לשקף את הסיכונים והסיכויים של הצדדים בהמשך ניהול ההליך.<sup>24</sup> כדי לעשות כן על הסדר הפשרה, ובפרט על סכום הפיצוי הקבוע בו, להוות "קניית סיכונים" ההולמת את נסיבות המקרה הקונקרטי.

59. כך, במקרים בהם צורפו לתביעה הייצוגית גם נושאי המשרה בחברה הנתבעת, מן הראוי כי במסגרת הליך הפשרה תיבחן גם שאלת אחריותם להפרה שבבסיס התביעה ויקבע, בהתאם למסקנות בחינה כאמור, האם וכיצד על הסדר הפשרה לשקלל את סיכוניהם האישיים.

60. ואולם נראה כי בפועל ישנם רק מקרים בודדים, אם בכלל, בהם הוטל על נושאי המשרה לשאת בחלק מסכום הפיצוי באופן אישי. כך, ברובם המוחלט של המקרים גם כאשר נושאי המשרה נתבעים באופן אישי הם אינם נדרשים לשלם ולו שקל אחד מכיסם האישי.

61. **מעבר לכך שהויתור על חיוב נושאי המשרה באופן אישי הינו בעייתי מבחינת "קניית הסיכונים" של נושאי המשרה בהמשך קיום ההליך – היעדר זה יוצר עיוות של ממש במערך התמריצים שאליו מגיבות החברות הנתבעות.**

62. הטלת אחריות אישית כאמור מבטאת את ההבנה, המושרשת היטב בדין ובהלכה הפסוקה, לפיה את דרכו של התאגיד מתווים בני אדם, בשר ודם, והם אלה שאמורים להגיב לתמריצים, קרי, לעמוד בדרישות הדין כדי להגשים את תכליות החקיקה, לפיכך:<sup>25</sup> "יש להמריץ אותם לנקוט אמצעים נאותים ולהבטיח כי יקוימו אמצעי זהירות על-מנת למנוע ביצוע עבירות במסגרת התאגיד".

63. מסקנה זו מתחדדת ביתר שאת נוכח ההבנה כי פעמים רבות נושאי המשרה מפיקים תועלת כלכלית מאי-עמידה בדין, בין אם באופן ישיר – מקום בו הם מתוגמלים בהתאם לרווחי החברה, בין אם באופן עקיף – כך שחסכון לחברה בתקופת כהונתם יזקף לזכותם. במקרים כאלו לנושא המשרה אין תמריצים משמעותיים למנוע את הפרות דין, המיטיבות כלכלית עם החברה, משום שהוא יודע כי לא ישא בכל מחיר אישי בעקבות כך.<sup>26</sup>

64. בהשאלה, בכל הנוגע להפרות סביבתיות הכיר המחוקק, וחזרה על כך הפסיקה, כי מקום בו נושאי המשרה אינם מפנימים, באמצעות אחריות אישית, את הנזק, ברי כי החברות, שאותן הם מנהלים ועליהן אתראים, תמשכנה להעדיף שיקולי רווח צרים על פני שיקולים של מניעת מפגעים סביבתיים:<sup>27</sup> "באופן מהותי, גישת

<sup>24</sup> סעיף 19(ב)2, לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>25</sup> 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מדינת-ישראל (8.8.91), עמ' 383; ע"פ 4946/07 עלי מקלדה נ' מדינת ישראל (19.2.2009).  
<sup>26</sup> בהשאלה ניתן לראות כי בית המשפט העליון עמד על הצורך ביצירת תמריצים כלכליים, באמצעות הטלת קנסות כספיים, מקום בו מניעי ההפרה מלכתחילה היו כלכליים: "כאשר בעבירות כלכליות מעין אלו עסקינן – לקבלת היתרים ורישיונות עסק כנדרש, וכן לעמידה בדרישות החוק השונות, כמו להכנת תשתיות נאותות וצידוד מתאים – יש משמעות כלכלית ברורה... הדרך הראויה להתמודד עם מעשיהם של המבקשים אכן היתה בהטלת קנסות משמעותיים עליהם, שישקפו בין היתר את "החיסכון הכלכלי", או היתרונות הכספיים שהשיגו באמצעות העבירות שבביצוען הודו". (רע"פ 1851/15 י.א. גזיאל בע"מ נגד מדינת ישראל (19.5.2016)).  
<sup>27</sup> (רע"פ 8487/11 חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה (23.10.2012)).

המחוקק נובעת מן הרצון כי נושאי איכות הסביבה [...] אכן יאכפו. **אילולא הטלת האחריות האישית, היה היחס לנושאים אלה שונה בתכלית, מטבע האנוש ויצר לב האדם [...]**”.

65. בניגוד לקשיים שהזכרנו בכל הנוגע להטלת סכום הפיצוי על החברה הנתבעת, הטלת חלק מסכום הפיצוי על נושאי המשרה, עשויה לחולל הרתעה אפקטיבית גם אם שיעור השתתפותם בפיצוי יהיה יחסית נמוך, זאת משום שסכום הפיצוי שיוציאו מכיסם יפגע בהם הן תדמיתית והן כלכלית. מסקנה זו נכונה ביתר שאת מקום בו החברה הינה חברה ציבורית, כך הטלת הפיצוי על החברה בלבד למעשה פוגעת בבעלי המניות של החברה, שהם הציבור הרחב, בעוד שנושאי המשרה ששלו יוצאים בלא פגע, וכפועל יוצא מכך ירשו לעצמם, גם בעתיד, להמשיך באותה דרך של התנהלות.<sup>28</sup>

66. הטלת אחריות אישית על נושאי אף משרתת היטב את התכליות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות: "מטרות של צדק, הגינות ויעילות כלכלית... תכליות אלה אינן נעצרות על מפתנה של התובענה הייצוגית. אדרבא, סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות מלמדנו, כי מטרותיו של החוק הן, בין היתר, לקדם את אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, לקדם מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, ולקדם ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. רואים אנו, כי תכליותיה של הטלת אחריות אישית מתיישבות יפה עם תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות".<sup>29</sup>

67. בהקשר זה נציין כי טיעון, שנשמע לעיתים, לפיו קיים קושי להטיל אחריות אישית על נושא משרה, במסגרת הליכי פשרה ייצוגיים, בשל העובדה כי טרם הוכחו לגביהם יסודות ההפרה, הוא טיעון שניתן לטעון גם לגבי החברה ולכן הוא איננו טיעון משכנע, ממילא אינו רלוונטי לשלב של הסדר פשרה שבו צדדים קונים סיכונים (ולא קביעות חלוטות), ובכל מקרה, לא גובר על חשיבותה של הרתעה אפקטיבית. **לאור כל האמור לעיל, יש לקבוע כך:**

68. **כאשר מוגשת לבית המשפט תובענה הכוללת נושאי משרה עליו להבטיח כי הסדר הפשרה יכלול בירור אחריותם בגין העוולה שבבסיס התובענה, וקניית הסיכונים בהתאם לבירור זה:** כפי ששבנו והדגשנו – הסדר הפשרה לא יכול להוות דרך עבור הצדדים להתחמק מתכליות החוק, כך גם בכל הנוגע לאחריות נושאי המשרה, ואולם כיום מהווה הסדר הפשרה דרך נוחה ופשוטה עבור נושאי המשרה לחמוק מאחריות. לפיכך, יש לקבוע כי במסגרת האישור שיעניק בית המשפט לצדדים לפנות להליך פשרה, הוא יקבע באופן מפורש כי על ההליך לכלול דיון בסוגיית אחריותם של נושאי המשרה לעוולות שנגרמו.

69. ברי כי אין הדבר אומר שתוכרע סוגיית האחריות של נושאי המשרה באופן חלוט, ואולם, על מנת שהסדר הפשרה יוכל להיחשב "ראוי הוגן וסביר" עליו לשקף גם את "קניית" הסיכונים של נושאי המשרה – וזו יכולה להיעשות רק אחרי שנידונה אחריותם להפרה שבבסיס התובענה. אם רוצים נושאי המשרה להמנע מנשיאה בחלק מסכום הפיצוי, או מדיון בשאלת אחריותם, יהיה עליהם לשכנע את בית המשפט כי לצירופם להליך אין תשתית ראייתית מספקת.

## ג. הערה אחרונה וסיכום

70. טרם נסכם בקצרה את הערותינו לדוח ברצוננו לעמוד על סוגיה נקודתית אך חשובה אליה מתייחס הדוח:

71. **סכומי תביעה מופרזים במסגרת תובענות ייצוגיות:** הפירוט המוצג בדוח עומד על בעיה הנובעת מפערים גדולים בין הסכומים הנתבעים על ידי תובעים ייצוגיים לבין הסכומים אשר בסופו של דבר מושגים כפיצוי לקבוצה המיוצגת. הדוח אף עומד על כך שלעיתים בעיה זו נובעת מפערי מידע בין התובעים הייצוגיים לבין הנתבעים. ואולם הדוח מנתח פער זה כאינדיקציה לנטייתם של תובעים ייצוגיים להפריז בסכום הפיצוי, וזאת בין היתר בשל היעדר גורמים המרתיעים מפני תביעת סכום מופרז (כדוגמת אגרה המשולמת כשיעור

<sup>28</sup> (עפ (ח"י) 17-09-1003 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' דור כימיקלים בע"מ (29.1.18), עמ' 13).

<sup>29</sup> (בשא (י-ם) 7933/07 עו"ד שלמה גן צבי נ' מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ (23.7.2008), עמ' 6) החלטה, שעליה הוגשה בקשת רשות רעור שנדחתה על ידי בית המשפט העליון (רע"א 7955-08 יואב בכבוד נ' עו"ד שלמה גן צבי (19.4.2009)).

מסכום התביעה) – מסקנה זו אינה הכרחית. פער כאמור בין סכום הפיצוי הנתבע על ידי תובעים ייצוגיים לבין סכום הפיצוי המושג בסוף, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בפיצוי במסגרת הליך פשרה, יכול לנבוע גם מקיומם של פערי הכוחות בין הצדדים המאפשרים לנתבעים לחמוק מתשלום בגין מלוא הנזק אשר הפרת הדין גרמה. לפיכך, אין להניח מראש כי הסיבה לפערים היא דווקא הפרזה בסכום התובענה ויש לבחון האם חלק מהסיבה לפער הינה תשלום בחסר על ידי הנתבע.

72. לבסוף, ובסיכומם של דברים, אנו מברכים את הצוות שעסק בגיבוש הדוח על זיהוי בעיות מבניות בתחום התובענות הייצוגיות ועל הצעת הפתרונות להתמודדות עם בעיות אלו. ואולם רואים חשיבות רבה בשימת דגש על הסדרי הפשרה הייצוגיים ועל הבעיות המבניות הקיימות בהם – ובראשן הפגיעה בעקרונות הייצוגיות ובתכליות הציבוריות של חוק תובענות ייצוגיות. בעיות אלו, כפי שפירטנו לעיל בהרחבה, דורשות שינוי של ממש בדין הקיים כיום ויצירת הסדרה ייחודית של הסדרי הפשרה הייצוגיים שתבטיח כי אלו אינם הופכים למיקור חוץ פסול של ההליך המשפטי.

73. נשמח כמובן לקיים פגישה בה נוכל להרחיב עוד בנוגע לעמדתנו.

בברכה,

ד"ר עינת סולניק,	עו"ד שקד הרן,	ד"ר עידו באום,
יועצת משפטית לובי 99	אחראית תחום סביבה ומשאבי טבע,	ראש מכון לואיס ברנדייס לחברה
	לובי 99	לכלכלה ולדמוקרטיה, הפקולטה
		למשפטים במכללה למינהל