



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8114/14

ע"א 375/15

ע"א 377/15

ע"א 2355/15

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

לפני :

ע"א 8114/14

מרקיט מוצרי ייעול בע"מ

המערערת :

נ ג ד

סונול ישראל בע"מ

המשיבה :

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד
השופטת מ' נד"ב) מיום 29.9.2014 בת"צ 12019-08-13

עו"ד חיים פינץ ; עו"ד רועי קדם
עו"ד רן שפרינצק ; עו"ד הדס בקל ; עו"ד גיל
לבקוביץ'

בשם המערערת :

בשם המשיבה :

ע"א 375/15

אבנר יוספיאן

המערער :

נ ג ד

ספורט ורטהיימר שיווק וסחר (1997) בע"מ
ע"י עו"ד ישראל בכר – נאמן בהקפאת הליכים
וע"י עו"ד עמית לדרמן – נאמן בהקפאת הליכים

המשיבה :

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(כבוד השופט י' ענבר) מיום 4.12.2014 בת"צ 40487-04-14

עו"ד אברהם רוקח
עו"ד נופר סהר

בשם המערער :

בשם המשיבה :

ע"א 377/15

המערער :

עמנואל כהן

נ ג ד

המשיבים :

1. ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. המועצה הישראלית לצרכנות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 26.11.2014 (כבוד השופט י' ענבר) בת"צ 17923-10-13

בשם המערער :

עו"ד אברהם רוקח

בשם המשיבה 1 :

עו"ד נופר טל

בשם המשיב 2 :

עו"ד יואב שחם

בשם המשיבה 3 :

עו"ד פרופ' אלון קלמנט ; עו"ד רוני אבישר-שדה

ע"א 2355/15

המערער :

ליאוניד קפלן

נ ג ד

המשיבה :

שלמה תחבורה (2007) בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 5.3.2015 (כבוד השופטת נ' נד"ב) ב-ת"צ 4332-05-14

בשם המערער :

עו"ד סאבר נסאר

בשם המשיבה :

עו"ד רועי כהן

פסק-דיןהשופטת ע' ברון:

1. בארבעת הערעורים שלפנינו מתעוררת שאלה עקרונית שעניינה פסיקת גמול למבקש בבקשת אישור תובענה כייצוגית ושכר טרחה לבאי כוחו, וזאת כחלק מהסדר הסתלקות מן ההליך הייצוגי בהתאם לסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק). כידוע, מרבית ההליכים הייצוגיים בישראל מסתיימים בדרך של הסתלקות מבקשת אישור התובענה כייצוגית (להלן יכונה ההליך בקצרה: בקשת האישור). על פי מחקר אמפירי שנערך על ידי מחלקת המחקר של הרשות השופטת ופרופ' אלון קלמנט, ביחס להליכים ייצוגיים שהתנהלו בשנים 2006

עד 2012, יותר מ-57% מהתובענות הייצוגיות הסתיימו בהסתלקות התובעים מתביעתם טרם אישורה כייצוגית (ראו: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבלוס ורוני אבישר-שדה תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית, 21 (2014); להלן: המחקר האמפירי). רבים מהסדרי ההסתלקות המובאים לאישורו של בית משפט כוללים בחובם הסכמה מטעם הצדדים בדבר פסיקת גמול ושכר טרחה למסתלקים. הסדרים אלה זכו זה מכבר לכינוי "הסתלקות מתוגמלת"; בפסיקת הערכאות הדיוניות קיימת מחלוקת עקרונית בשאלה אם ראוי ליתן תוקף להסדרים מסוג זה ובאלה תנאים, ולמחלוקת זו נידרש בפסק הדין.

טרם דיון בסוגיה העקרונית, יובא תיאור תמציתי של כל אחד מההליכים שלפנינו.

ע"א 8114/14 – תיק סונול

1. עניינו של ערעור זה בבקשת אישור תובענה כייצוגית שהתנהלה בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד לפני כבוד השופטת מ' נד"ב, והסתיימה בפסק דין מיום 29.9.2014 שאישר את הסתלקות המערערת ובאי כוחה מבקשת האישור תוך פסיקת גמול למערערת בסך 500 ש"ח ושכר טרחה לבאי כוחה בסך 5,900 ש"ח כולל מע"מ כחוק (ת"צ 12019-08-13; להלן: תיק סונול).

בבקשת האישור בתיק סונול נטען על ידי המערערת כי סונול ישראל בע"מ (לעיל ולהלן: סונול) גובה סכומים ביתר מלקוחות שהתקשרו עימה בהסכם "דלקן-סונול", לרכישת מוצרים באמצעות התקן תדלוק אוטומטי (להלן: הסכם הדלקן); וכן מלקוחות שהתקשרו עם סונול בהסכם לדיווח וקבלת החזר בלו מרשויות המס בגין תדלוק סולר (להלן: הסכם הבלו). על פי הנטען בבקשת האישור, סונול נהגה להוסיף רכיב של מע"מ לסכומים המגיעים לה מכוח הסכם הדלקן והסכם הבלו – וזאת בניגוד להוראות הסכמים אלה, שנוסחו על ידה באופן אחיד, ואף בניגוד לדיני המס. אישור התובענה כייצוגית התבקש בשם קבוצת לקוחות סונול שהתקשרו עימה בהסכם הדלקן או בהסכם הבלו בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור; ולהערכת המערערת קבוצה זו מונה 12,000 לקוחות. הסעדים שהתבקשו עבור הקבוצה הם בראש ובראשונה השבה של גביית היתר, שהוערכה בבקשת האישור בסכום כולל של 2,608,500 ש"ח; וכן התבקש צו המורה לסונול להימנע מן הגבייה שלא כדין כמתואר בבקשת האישור. בתשובתה לבקשת האישור הכחישה סונול את הנטען נגדה, וטענה כי ברור מהסכם הדלקן ומהסכם הבלו שהיא רשאית להוסיף לסכומים המגיעים לה רכיב של מע"מ.

2. לאחר דיון מקדמי בבקשת האישור הגישו הצדדים לבית המשפט המחוזי בקשה מוסכמת להסתלקות המערערת ובאי כוחה מההליך הייצוגי (להלן: בקשת ההסתלקות). בבקשת ההסתלקות נטען כי התברר למערערת שכבר לפני מספר שנים הוספה להסכם הדלקן הבהרה מפורשת שלפיה לתשלומים הנקובים בהסכם יתווסף מע"מ כחוק, וסונול התחייבה בפני המערערת להוסיף הבהרה דומה גם להסכם הבלו; לדברי המערערת במצב דברים זה היא הגיעה לכלל מסקנה כי אין עוד תועלת בהמשך ניהול ההליך הייצוגי. הצדדים הגיעו להסכמה שלפיה בד בבד עם ההסתלקות סונול תשלם למערערת גמול בסך 10,000 ש"ח, ולבאי כוחה שכר טרחה בסך 50,000 ש"ח בתוספת מע"מ כחוק. על פי הנטען מדובר בסכומים ראויים וסבירים – וזאת בהינתן שסונול לא שעתה לפניויה של המערערת בנושא גביית מע"מ שנעשו קודם לפתיחתו של ההליך הייצוגי; בקשת האישור הוגשה על ידי המערערת בתום לב, ומבלי שידעה כי להסכם הדלקן הוספה זה מכבר הבהרה בנושא המע"מ; ההליך הייצוגי הסב תועלת בלתי מבוטלת לקבוצה, לנוכח התחייבותה של סונול להוסיף הבהרה בנושא המע"מ גם להסכם הבלו; וההליך נוהל באופן יעיל והוגן, כאשר ההסתלקות מביאה לחיסכון במשאבים שיפוטיים ובהוצאותיה של סונול.

3. בפסק הדין אישר בית המשפט המחוזי את הסתלקות המערערת ובאי כוחה מבקשת האישור בתיק סונול, והורה על מחיקת הבקשה ועל דחיית תביעתה האישית של המערערת. בית המשפט הבהיר בהקשר זה כי לא מצא מקום ליתן הוראות להחלפת המערערת או באי כוחה בבקשת האישור (כאמור בסעיף 16(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). בהתייחס לפסיקת גמול ושכר טרחה, בית המשפט קבע כי בקשת האישור אמנם הסבה תועלת מסוימת ללקוחותיה העתידיים של סונול – ואולם הסכומים המבוקשים "גבוהים מהמקובל בהקשר של הסתלקות וכן מן המתבקש לנוכח הנסיבות שתוארו לעיל" (פסקה 10 לפסק הדין). משכך, העמיד בית המשפט את הגמול למערערת על 500 ש"ח בלבד, ואת שכר הטרחה לבאי כוחה על 5,900 ש"ח כולל מע"מ כחוק.

ע"א 375/15 – תיק ספורט ורטהיימר

4. בפסק דין מיום 4.12.2014 אישר בית המשפט המחוזי (כבוד השופט י' ענבר) את הסתלקות המערער ובאי כוחו מבקשת אישור תובענה כייצוגית שהוגשה נגד ספורט ורטהיימר שיווק וסחר (1997) בע"מ (להלן: ספורט ורטהיימר), ודחה את בקשתם המוסכמת של הצדדים לפסיקת גמול ושכר טרחה (ת"צ 40487-04-14, להלן: תיק ספורט ורטהיימר); על פסק דין זה נסוב הערעור דנן.

בקשת האישור נגד ספורט ורטהיימר הושתתה על הוראת סעיף 15 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן), שלפיה "עוסק שהודיע ברבים או במקום העסק על מכירה מיוחדת, יבהיר אלו טובין או שירותים כלולים בה ואלו טובין או שירותים אינם כלולים בה, את מחירם אצלו לפני המכירה ואת שיעור ההנחה או המחיר לאחר ההנחה, וכן תנאי המכירה המיוחדת". על פי הנטען בבקשת האישור, ספורט ורטהיימר הטעתה את לקוחותיה בנוגע ל"מחירים מיוחדים" של מוצרים: ראשית, בעוד מחירים של מוצרים מסוימים הוצגו כ"מחיר מיוחד" – בפועל מדובר היה במחיר הרגיל של המוצרים, ולעיתים אף במחיר גבוה מהמחיר הרגיל; שנית, ספורט ורטהיימר נהגה לכנות "מבצע" או "מכירה מיוחדת" גם מכירות שנמשכו ברציפות למעלה מ-35 ימים – שאז על פי תקנות הגנת הצרכן (כללים שונים לפרסום מחירי נכסים ושירותים), התשנ"א-1991 הופך המחיר המיוחד למחיר רגיל ואין להציגו עוד כ"מבצע".

בבקשת האישור נטען לקיומן של עילות תביעה מרובות נגד ספורט ורטהיימר – ובהן עילות מדיני הגנת הצרכן, עוללות נזיקיות (הפרת חובה חקוקה ורשלנות), פגיעה באוטונומיה, עשיית עושר ולא במשפט, עילות חוזיות (חוסר תום לב במשא ומתן ובקיום חוזה והטעיה). אישור התובענה כייצוגית התבקש בשם לקוחות ספורט ורטהיימר שבשבע השנים שלפני הגשת בקשת האישור הוטעו ברכישת מוצרים במסגרת מכירה מיוחדת. הסעד המרכזי שהתבקש בבקשת האישור הוא פיצוי כספי לחברי הקבוצה, בגובה שווי ההנחות שהוצגו להם על ידי ספורט ורטהיימר ועל פי הנטען לא ניתנו להם בפועל; וכן התבקש פיצוי בגין נזקים בלתי ממוניים שנגרמו לחברי הקבוצה כתוצאה מפגיעה באוטונומיה. היקף הפיצוי (הממוני והבלתי-ממוני) הוערך בבקשת האישור בסכום כולל של 15,000,000 ש"ח. עוד בבקשת האישור התבקש צו הצהרתי שלפיו ספורט ורטהיימר הפרה את הוראות הדין בנוגע לסימון מוצרים הנמכרים כ"מחיר מיוחד" או כ"מחיר מבצע"; וכן צו עשה המורה לה לסמן כראוי את המחיר הרגיל של כל מוצר שנמכר על ידן במבצע, ולחדול מהצגת המחיר כ"מחיר מיוחד" במקרים שבהם מחיר זה עומד בתוקפו למעלה מ-35 ימים ברציפות. יצוין כי בקשת האישור הוגשה לכתחילה אף נגד מגה קמעונאות בע"מ – העוסקת בשיווק מוצרי מזון (להלן: מגה); ואולם לאחר הגשת הבקשה נקלעה מגה להליכי פירוק, וביום 6.9.2015 עוכבו ההליכים בבקשת האישור נגדה בהתאם לצו הקפאת הליכים שניתן לחברה בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד השופט א' שילה) (פר"ק 61098-06-15).

5. ספורט ורטהיימר לא הגישה תשובה לבקשת האישור נגדה, ותחת זאת הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשה בהסכמה להסתלקות המערער ובאי כוחו מההליך נגד

ספורט ורטהיימר (להלן: בקשת ההסתלקות). בבקשת ההסתלקות נטען כי לאחר הגשת בקשת האישור, ספורט ורטהיימר הסבה את תשומת ליבו של המערער לכך שגם אם נפלו תקלות מסוימות באופן הצגת מחירי מוצרים במסגרת מכירות מיוחדות – הרי שמדובר בתקלות נקודתיות בלבד, שבכל מקרה אינן מקימות עילת תביעה ייצוגית. עם זאת, ספורט ורטהיימר הבהירה כי "למעלה מן הצורך, היא נכונה לבצע ריענון במדיניות ובפרקטיקת הצגת מחירי מוצרים אשר נמכרים במכירה מיוחדת" (בסעיף 5 לבקשת ההסתלקות); וכן התחייבה האחרונה לפעול בהתאם להוראות הדין בעניין מכירה מיוחדת, ועל פי עמדת הגורם המאסדר בנדון (כפי שהוגשה בהליך ייצוגי אחר שנסוב על עניין דומה, ת"צ 13-06-37456). במצב דברים זה, החליט המערער לדבריו לחזור בו מטענותיו נגד ספורט ורטהיימר. עוד במסגרת בקשת ההסתלקות הסכימו הצדדים כי ספורט ורטהיימר תשלם למערער גמול בסך 11,000 ש"ח ושכר טרחה לבאי כוחו בסך 25,000 ש"ח בתוספת מע"מ כחוק, והצדדים ביקשו את אישורו של בית המשפט לביצוע תשלומים אלה. לגישתם של הצדדים מדובר בסכומים ראויים, וזאת לנוכח התועלת שצמחה לחברי הקבוצה מבקשת האישור – והכוונה היא לריענון והתאמת הנהלים אצל ספורט ורטהיימר; וכן בהינתן ההשקעה שהשקיעו המערער ובאי כוחו מזמנם ומרצם בהכנה ובניהול של ההליך הייצוגי, והחיסכון בזמן שיפוטי יקר שהשיגו במסגרת ההסתלקות.

ביום 4.12.2014 אישר בית המשפט המחוזי את הסתלקות המערער ובאי כוחו מבקשת האישור נגד ספורט ורטהיימר, ואולם דחה את בקשתם לפסיקת גמול ושכר טרחה. בהקשר זה הושם דגש בפסק הדין על העובדה שבבקשת ההסתלקות "נגזחו להן ונמוגו – בטרם יבשה הדיו על בקשת האישור – התביעות הכספיות בגין נזקיהם של חברי הקבוצה שנאמדו בסכום עתק של 15 מיליון ש"ח" (פסקה 3 לפסק הדין). בית המשפט אף הביע את הסתייגותו העקרונית מהסדרי הסתלקות מתוגמלת שבמסגרתם נזנחים לחלוטין סעדים כספיים שהתבקשו בבקשת האישור, וזאת לאחר שהוערכו בסכומים ניכרים למדי. בעניין עקרוני זה הפנה בית המשפט לדברים שנאמרו על ידו בתיק אחר, ת"צ (מחוזי ת"א) 13-02-1469 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (26.11.2014) (להלן: עניין פסטה נונה), כדלקמן:

"בחינת הנתונים לאשורם מלמדת, כי חסרונותיהם ונזקיהם של הסדרי הסתלקות מתוגמלת בתחום סימון מוצרי מזון, ובכלל אלו הסדרי ההסתלקות שלפנינו, גבוהים לאין שיעור מתועלותיהם. לא זו בלבד שהסדרי אלו אינם מייצרים הרתעה של ממש, אלא שאישורם על ידי בית המשפט מתמרץ את הגשתן של תביעות סרק, מזה, ושל הסתלקויות מתביעות מבוססות לכאורה, מזה. בהינתן האפשרות לסיים את התובענות בהסתלקויות

שרווח קל ומהיר בצדן, נחלש התמריץ להגיש תביעות ייצוגיות מבוססות בתחום סימון מוצרי מזון ולהתמיד בניהולן, ותחת זאת מוצף בית המשפט במאות תביעות ייצוגיות שמגשיהן גמרו מראש אומר להסתלק מהן. מצב העניינים הקיים – שבו הולכים הסדרי הסתלקות מתוגמלת והופכים ל'ברירת מחדל' של תובענות ייצוגיות בתחום סימון מוצרי מזון – מכרסם, אפוא, בתכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות, מכביד על הנתבעים ועל בית המשפט שלא לצורך וגורם לזילות מכשיר התובענה הייצוגית. בית המשפט מצווה לפעול לצינון תמריציהם של התובעים ובאי הכוח המייצגים לערוך הסדרי הסתלקות מסוג זה ודרך המלך לעשות כן הינה להימנע מאישור תשלום גמול ושכר טרחה למסתלקים." (פסקה 28).

הגם שהקטע המצוטט מתייחס לתביעות צרכניות שעניינן סימון מוצרי מזון, בית המשפט הבהיר כי האמור יפה ונכון אף לגבי סוגים אחרים של הליכים ייצוגיים – ובהם תיק ספורט ורטהיימר. לבסוף ציין בית המשפט בפסק דינו כי בנסיבות המקרה אין מקום לפעול לאיתור מייצגים אחרים לקבוצה חלף אלה שהסתלקו, והורה על מחיקתה של בקשת האישור. בית המשפט הוסיף וציין כי לגישתו יש לעשות שימוש בסמכות למנות תובע ובא כוח מייצג חלופיים רק במקרים חריגים ויוצאי דופן – "שבהם הנזק העלול להיגרם על ידי ההסתלקות לאינטרס הציבורי או לחברי הקבוצה הוא מידוי, מוחשי וניכר" (דברים דומים נאמרו על ידי בית המשפט גם בעניין פסטה נונה).

6. כפי שכבר צוין, סמוך לאחר שניתן פסק הדין בתיק ספורט ורטהיימר, עוכבו ההליכים בבקשת האישור נגד מגה. למען שלמות התמונה יצוין כי בסופו של יום אושרה אף הסתלקותו של המבקש בבקשת האישור נגד מגה ושל באי כוחו מההליך הייצוגי – וזאת לאחר שניתן היתר מאת בית משפט של פירוק להחרגת הליך זה מגדרו של צו הקפאת ההליכים שניתן לה. ביום 17.1.2016 אישר בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ש' אלמגור) את ההסתלקות, תוך שפסק למבקש שם גמול בסך 2,000 ש"ח ושכר טרחה לבאי כוחו בסך 7,500 ש"ח בתוספת מע"מ כחוק.

ע"א 377/15 – תיק פרי גליל

7. ערעור זה נסוב על פסק דין מיום 26.11.2014 שניתן אף הוא על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט י' ענבר), ובמסגרתו אושרה הסתלקות המערער ובא כוחו מבקשת אישור תובענה כייצוגית ונדחתה בקשה מוסכמת לפסיקת גמול ושכר טרחה (ת"צ 17923-10-13, להלן: תיק פרי גליל).

בבקשת האישור שהגיש המערער נגד ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ (להלן: פרי גליל) נטען ל"הפרה בוטה ויסודית" של תקן המחייב ציון אחוז התכולה של רכיב על גבי אריזת מוצר מזון (ת.י. 1145; להלן: התקן). לדברי המערער לאחר שרכש ממוצרי פרי גליל "רסק תפוחי עץ טבעי" ו"רסק תפוחי עץ ממותק", הוא התעניין לדעת מהו שיעור תפוחי העץ ברסק – אך חרף הוראת התקן, תכולת תפוחי העץ לא צוינה על גבי האריזות. זאת ועוד, התברר למערער כי בניגוד למשתמע משם המוצר "רסק תפוחי עץ טבעי" – מוצר זה הכיל ויטמין C שהוא תוסף מזון מלאכותי. המערער רכש לדבריו גם "שימורי אפונה וגזר" ולקט קפוא "אפונה וגזר", ולאחר שטעם ממוצרים אלה התעורר אצלו חשד כי הם אינם מכילים כמות סבירה של גזר ביחס לאפונה – שאז התברר למערער לדבריו כי גם ביחס למוצרים אלה נמנעה פרי גליל מלציין את שיעור הרכיבים במוצר. בבקשת האישור הובהר כי בהעדר מידע בדבר אחוז הרכיב במוצר, נשללת מן הצרכן האפשרות להשוות בין איכותם של מוצרים מתחרים ולקבל החלטה מושכלת בעת הרכישה.

אישור התובענה כייצוגית התבקש בשמם של "כלל הצרכנים אשר רכשו את מוצרי המשיבה (פרי גליל-ע"ב) ואשר סימונם בוצע בניגוד לדין ו/או אשר לגביהם לא קוימה החובה לסמן את אחוז הרכיב מתכולת המוצר בהתאם לחוק". עילות התביעה המפורטות בבקשת האישור הן מדיני הגנת הצרכן (ובין היתר הטעיה ועושה), עוולות נזיקיות (הפרת חובה חקוקה ורשלנות), פגיעה באוטונומיה, עשיית עושה ולא במשפט, עילות חוזיות (חוסר תום לב במשא ומתן ובקיום חוזה והטעיה). הסעד העיקרי שהתבקש בבקשת האישור הוא סעד כספי. לטענת המערער, על פרי גליל לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזק הממוני שנגרם להם; חישוב הנזק נעשה בהתאם לפער שבין שווי האמיתי של המוצר בהתאם לתכולת הרכיבים שבו, לבין המחיר שנגבה בהתאם למצג המטעה של פרי גליל – והוערך בסכום כולל של כ-22,000,000 ש"ח. כן התבקש פיצוי לחברי הקבוצה בגין פגיעה באוטונומיה, שהוערך בסכום כולל של 20,000,000 ש"ח נוספים. נוסף לזאת נדרש צו הצהרתי הקובע כי פרי גליל פעלה שלא כדין בסימון מוצריה, וכן צו עשה המורה לה למלא את חובות הדין בסימון מוצרים.

8. פרי גליל לא הגישה תשובה לבקשת האישור, וחלף זאת הגישו הצדדים בקשה מוסכמת להסתלקות המערער ובאי כוחו מבקשת האישור ולפסיקת גמול ושכר טרחה (להלן: בקשת ההסתלקות). על פי הנטען בבקשת ההסתלקות, לאחר שטענות המערער בבקשת האישור נבדקו על ידי פרי גליל, הגיעו הצדדים לכלל מסקנה כי התובענה אינה ראויה להתברר כייצוגית וכי "יהיה זה נכון וצודק ליישב המחלוקות בדרך של הידברות והסכמה לעתיד" – וזאת בעיקר על רקע הקושי להוכיח שנגרם נזק למי מחברי הקבוצה,

לא כל שכן קיומו של קשר סיבתי בין הפרת התקן לבין הנזק. נוסף לזאת, בבקשת ההסתלקות הובהר כי מוצרי רסק תפוחי העץ שאליהם מתייחסת בקשת האישור מכילים 99.7% פרי – וזאת יותר מכל מוצר מקביל שנזכר בבקשת האישור; ועוד הובהר כי השימוש בכינוי "טבעי" נעשה בהתאם להוראות תקן ספציפי לרסק תפוחי עץ (ת.י. 423) הקובע חובה להוסיף כינוי זה למוצר שלא הוספו לו פחמימות. במסגרת בקשת ההסתלקות התחייבה פרי גליל לתקן את הסימון התזונתי על גבי המוצרים נושא בקשת האישור בהתאם לדרישות התקן – כך שבמוצרי רסק תפוחי העץ יצוין שיעור התפוח ברסק, ובמוצרי האפונה וגזר יצונו שיעורם של אלה. הצדדים הסכימו אף על פסיקת גמול למערער בסך 9,500 ש"ח ושכר טרחה לבאי כוחו בסך 25,500 ש"ח בתוספת מע"מ כחוק – וזאת לנוכח החיסכון בעלויות הצפוי מן ההסתלקות, ולנוכח ההשקעה שנדרשה להם בהכנת בקשת האישור.

ביום 10.3.2014 הורה בית המשפט המחוזי על קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) בבקשת ההסתלקות בתיק פרי גליל. זאת בהמשך להחלטה שניתנה ביום 16.2.2014 בחמישה הליכים ייצוגיים אחרים שעניינם סימון מוצרי מזון – ובכולם הוגשה בקשת הסתלקות מוסכמת מיד לאחר הגשת בקשת האישור, ובמסגרת ההסתלקות התחייבה חברת המזון להקפיד על סימון מוצריה בעתיד, והתבקשה פסיקת גמול ושכר טרחה למבקש ולבאי כוחו בשל תרומתם להסרת המחדל הנטען בבקשת האישור (ת"צ 39176-07-13, 1349-11-13, 20949-12-13, 1366-11-13, 1469-02-13). עמדת היועמ"ש התבקשה ביחס לשלוש סוגיות עקרוניות: ראשית, אם יש מקום למתן צו עשה לסימון מוצרי מזון בתביעה רגילה ובהליך ייצוגי; שנית, אם תובענה ייצוגית היא "הדרך היעילה וההוגנת" להסדרת סימון מוצרי מזון, ובכלל זה אם יש להתנות את אישור התובענה כייצוגית בפנייה מוקדמת למשיבה להסרת המחדל; ולבסוף, אם יש מקום להסדרי הסתלקות מתוגמלת בהליכים מהסוג הנדון ובאיזה שיעור.

9. קצרה היריעה מלפרט כאן את העמדה שהציג היועמ"ש בכל אחת מהסוגיות האמורות. לענייננו יצוין רק שלגישת היועמ"ש יש מצד אחד לעשות שימוש במנגנון פסיקת הגמול ושכר הטרחה כדי לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, שבהן התועלת לקבוצה ולציבור היא רבה; ומצד שני יש להיזהר מפני מתן תמריץ להגשת הליכי סרק. לאחר שהוגשה עמדת היועמ"ש ניתן פסק הדין בעניין פסטה נונה המצוטט לעיל, וביום 26.11.2014 ניתן פסק הדין בתיק פרי גליל שבו עסקינן. בדומה לפסק הדין בתיק ספורט ורטהיימר, אף פסק הדין בתיק פרי גליל נשען במידה רבה על עניין פסטה נונה – תוך שבית המשפט שב והביע את הסתייגותו העקרונית מהסדרי הסתלקות

מתוגמלת המוגשים בהליכים ייצוגיים בנושא סימון מוצרי מזון. סופו של דבר, בית המשפט אישר את הסתלקות המערער ובא כוחו מבקשת האישור, ודחה את הבקשה המוסכמת לפסיקת גמול ושכר טרחה. בית המשפט הוסיף וקבע כי אין מקום בנסיבות המקרה לפעול לאיתור מייצגים חלופיים למערער ובא כוחו, ומשכך הורה על מחיקתה של בקשת האישור.

ע"א 2355/15 – תיק שלמה תחבורה

10. ערעור זה מופנה נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד השופטת מ' נד"ב) מיום 5.3.2015, שבו התקבלה בקשה מוסכמת מטעם הצדדים להסתלקות המערער ובא כוחו מבקשת אישור תובענה כייצוגית, ונדחתה בקשה מוסכמת לפסיקת גמול ושכר טרחה (ת"צ 14-05-4332, להלן: תיק שלמה תחבורה).

שלמה תחבורה היא חברה להשכרת רכב, ועניינה של בקשת האישור הוא במדיניות הביטול שמנהיגה החברה לגבי הזמנות שנעשו באתר האינטרנט שלה. על פי הנטען, במקרים שבהם לקוח מחויב בתשלום מקדמה בעת ביצוע ההזמנה, מקדמה זו אינה מוחזרת לו במקרה של ביטול העסקה – וזאת גם באותם מקרים שבהם על פי מסמך "תנאי ההזמנה" שבאתר האינטרנט, ניתן לבטל את העסקה ללא חיוב בדמי ביטול. כן נטען כי סירובה של שלמה תחבורה להשיב את המקדמה במקרים אלה מהווה הפרה של סעיפים 14ג(2) ו-14ה(ב) לחוק הגנת הצרכן, הקובעים הוראות לעניין ביטול עסקת מכר מרחוק וחיוב בדמי ביטול. עוד נטען, כי גם במקרים שבהם זכאית שלמה תחבורה לחייב לקוחות בדמי ביטול – בפועל היא עושה כן בשיעור העולה על המותר לפי הדין ולפי "תנאי ההזמנה" שאותם היא מפרסמת באתר האינטרנט.

אישור התובענה כייצוגית התבקש בשם כל לקוחותיה של שלמה תחבורה שבמהלך תקופה של 7 שנים קודם להגשת בקשת האישור חויבו על ידה בתשלום מקדמה במסגרת עסקה להשכרת רכב שנעשתה באתר האינטרנט של החברה, ולקוחות אלה לא קיבלו החזר של המקדמה שעה שהעסקה לא יצאה לפועל. עילות התביעה המפורטות בבקשת האישור הן מדיני הגנת הצרכן, עוולות נזיקיות (הפרת חובת חקוקה ורשלנות), דיני החוזים (חוסר תום לב בקיום חוזה והטעיה), עשיית עושר ולא במשפט, וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסעד העיקרי שהתבקש בבקשת האישור הוא פיצוי בגין נזק ממוני שנגרם על פי הנטען לחברי הקבוצה עקב אי השבת המקדמה ששילמו, והוא הוערך בסכום כולל של 10,500,000 ש"ח. כן התבקש בית המשפט ליתן צו הצהרתי שלפיו שלמה תחבורה אינה רשאית לחייב את חברי הקבוצה ב"דמי ביטול" בניגוד להוראות חוק הגנת הצרכן ולתנאי ההתקשרות שבאתר.

11. גם בתיק זה לא הוגשה תשובה לבקשת האישור, ותחת זאת הגישו הצדדים בקשה מוסכמת להסתלקות המערער ובא כוחו מבקשת האישור (להלן: בקשת ההסתלקות). מבקשת ההסתלקות עולה כי לאחר הגשת בקשת האישור, הציגה שלמה תחבורה בפני המערער ובא כוחו טעמים כבדי משקל לדחיית הבקשה. ראשית נטען, כי עסקת השכרת רכב באינטרנט כלל אינה מהווה "עסקת מכר מרחוק" כהגדרתה בחוק הגנת הצרכן – וזאת משום שההזמנה באינטרנט מהווה נדבך אחד בלבד של ההתקשרות, הכפופה ומותנית בחתימת הסכם בנוכחות הצדדים ובהצגת רשיון נהיגה בתוקף. שנית, נטען כי בדף הזמנת הרכב באתר האינטרנט של שלמה תחבורה מצוין באופן מפורש כי מקדמה ששולמה לא תוחזר. ולבסוף, שלמה תחבורה הבהירה כי ההיקף הכספי של המקדמות שלא הושבו על ידה במקרה של אי מימוש הזמנה היה בעת הרלוונטית מצומצם ביותר; וממילא מדובר בעיקר במקרים של "non-show", כלומר מזמינים שכלל לא הודיעו על ביטול ולא התייצבו למימוש הזמנתם, ועל כן בקשת האישור אינה רלוונטית בעניינם.

על יסוד האמור ולנוכח מכלול הסיכויים והסיכונים הכרוכים בניהול ההליך, הגיעו הצדדים לדבריהם להסכמה שלפיה המערער ובא כוחו יסתלקו מבקשת האישור, ושלמה תחבורה מצידה תשנה את מדיניותה לגבי השבת מקדמות במקרה של ביטול הזמנה. בתוך כך, במסגרת בקשת ההסתלקות התחייבה שלמה תחבורה כי תחזיר במלואה כל מקדמה שגבתה בעת ביצוע הזמנת רכב באינטרנט – וזאת בכפוף לכך שהמזמין יודיע לה בכתב על ביטול ההזמנה לפחות 5 ימי עסקים לפני המועד שנקבע לאיסוף הרכב; וכן התחייבה שלמה תחבורה להבהיר מדיניות זו באתר האינטרנט שלה ובאישורי ההזמנה שהיא שולחת ללקוחות לאחר ביצוע הזמנה באתר. עוד בבקשת ההסתלקות טענו הצדדים כי יש מקום לפסוק גמול ושכר טרחה למערער ולבא כוחו – וזאת בשל התועלת הציבורית שצמחה לגישתם מבקשת האישור, ובעיקר שיפור הפרקטיקה שבה נוקטת שלמה תחבורה בהתקשרותה עם לקוחות באינטרנט, וכן בהינתן הטרחה שהיתה כרוכה בהגשת בקשת האישור. הסכומים שעליהם הסכימו הצדדים הם גמול בסך 17,200 ש"ח ושכר טרחה בסך 25,800 ש"ח בתוספת מע"מ כחוק.

12. בפסק הדין אישר בית המשפט המחוזי את הסתלקות המערער ובא כוחו מבקשת האישור, ואולם דחה את הבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה. בעניין זה נאמר בפסק הדין כדלקמן:

"לא נחה דעתי כי ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים אכן מיטיבות עם הקבוצה בנסיבות שונות של ביטול עסקות השכרה. בנסיבות אלה לא שוכנעתי כי ההסתלקות אכן תרמה לציבור ועל כן לא ראיתי מקום לפסוק גמול ושכר טרחה למבקש ולבא כוחו. אני ערה לכך כי המשיבה יוצאת נשכרת מכך שהמבקש הסתלק מן התובענה, ושאין היא נושאת בגמול ובשכר שהסכימה לשלם. עם זאת אני סבורה כי בהעדר תרומה לכאורית לציבור אין מקום לחריגה מן הכלל בעניין הסתלקות." (פסקה 9).

עוד צוין בפסק הדין כי אין מקום לאתר תובע מייצג או עורך דין מייצג שיחליפו את המסתלקים, וזאת "מאחר שבהיעדר תגובה (לבקשת האישור-ע'ב') לא נפרשה לפני בית המשפט כל היריעה באופן שמאפשר לבחון אם אכן קמה עילה למבקש" (בפסקה 6). יצוין כי המערער הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לעיון חוזר בהחלטה שלא לפסוק גמול ושכר טרחה, ולחלופין ביקש כי בית המשפט יבהיר את קביעתו שלפיה לא נחה דעתו כי ההסתלקות אכן תרמה לציבור – ואולם הבקשה נדחתה על ידי בית המשפט, שלא מצא לשנות את פסק הדין או להבהירו מעבר לאמור בו (החלטה מיום 19.3.2015).

הטענות בערעורים

13. בכל אחד מארבעת הערעורים שלפנינו מתבקשת התערבותה של ערכאת הערעור בפסיקת גמול ושכר טרחה למערערים ולבאי כוחם במסגרת הסתלקותם מן ההליכים הייצוגיים שניהלו; וליתר דיוק מבוקש כי יינתן תוקף להסכמת הצדדים לעניין שיעור הגמול ושכר הטרחה, כפי שבאה לידי ביטוי בהסדרי ההסתלקות המתוגמלת שהוגשו לאישורן של הערכאות הדיוניות.

(1) תיק סונול

14. לעמדת המערערת, נקודת המוצא בהליך ייצוגי היא שהפתח להתערבות מצד ערכאת הערעור בפסיקת גמול ושכר טרחה הוא רחב יותר מהתערבות בפסיקת הוצאות בהליכים אזרחיים "רגילים" – וזאת לאור תכליותיו ומטרותיו הציבוריות של חוק תובענות ייצוגיות; והדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמדובר בפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת של הסתלקות מבקשת אישור, שאז אין לערכאה הדיונית כל יתרון על פני ערכאת הערעור בקביעת הסכומים. המערערת טוענת כי על פי הפסיקה הנוהגת בערכאות הדיוניות, סכומי הגמול ושכר הטרחה שהתבקשו בתיק סונול לא רק שאינם חורגים מהמקובל במקרים דומים, אלא אף מצויים ברף הנמוך; ועוד נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שהעמיד את הגמול ושכר הטרחה ביחס ישר למידת התועלת

שצמחה לדעתו מן ההליך. לגישת המערערת על הגמול ושכר הטרחה לתת ביטוי בראש ובראשונה לטרחה, לזמן ולהוצאות שהיו כרוכים בניהול ההליך; ורק לאחר מכן, ובמקרה המתאים, יש להביא בחשבון את מידת התועלת שהסבה בקשת האישור, את האופן שבו נוהל ההליך ואת מידת הסיכון שנטלו על עצמם התובע ובא הכוח המייצגים. נוסף לזאת, לדברי המערערת שומה היה על בית המשפט המחוזי לתת ביטוי במסגרת פסיקת הגמול ושכר הטרחה לכך שהמערערת פנתה לסונול מספר פעמים לפני הגשת בקשת האישור וביקשה ממנה לתקן את המחדל בגביית מע"מ – אך סונול מצידה כלל לא השיבה לחלק מהפניות, ולאחרות השיבה באופן בלתי ענייני. על פי הנטען, על בית המשפט לעודד ולתמרץ את עצם היוזמה לפנייה מוקדמת, וזאת במטרה לייעל את ההליך הייצוגי ולחסוך בזמן שיפוטי. עוד נטען כי בית המשפט המחוזי שגה בהערכת מידת תרומתה של בקשת האישור לקבוצה – ובין היתר לא ניתן בפסק הדין ביטוי ראוי לגודלה ולמעמדה המרכזי של סונול בשוק הדלק, לעובדה שלסונול לקוחות רבים, ולהיקפו המשמעותי של הנזק הפוטנציאלי על פי בקשת האישור.

במסגרת הערעור הודיעה סונול לבית המשפט כי היא עומדת מאחורי ההסכמות שאליהן הגיעה עם המערערת בבית המשפט המחוזי, כפי שבאו לידי ביטוי בבקשת ההסתלקות, וכי היא מסכימה לקבלת הערעור (בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט). עם זאת ביקשה סונול להבהיר כי לעמדתה בקשת האישור שהוגשה נגדה היתה חסרת כל בסיס עובדתי או משפטי, וכי המערערת מעולם לא פנתה אליה בפנייה מוקדמת לפני הגשת בקשת האישור ולא הלינה על חיובה במע"מ או על כל הפרה אחרת של ההסכמים בין הצדדים.

(2) תיק ספורט ורטהיימר ותיק פרי גליל

15. המערער בתיק ספורט ורטהיימר והמערער בתיק פרי גליל מיוצגים על ידי אותו עורך דין, וקיימת מידה רבה של זהות בין הטיעונים שנטענו על ידם בשני הערעורים הללו ועל כן הם יובאו להלן במאוחד.

לדברי המערערים, שני פסקי הדין שבהם עסקינן מבטאים מדיניות שיפוטית גורפת השוללת באופן קטגורי פסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת של הסתלקות מהליך ייצוגי, וזאת במקרים שבהם פסיקת הסכומים מתבקשת לפני שהוגשה תשובה לבקשת האישור. על פי הנטען מדיניות זו נקבעה לראשונה בפסק הדין בעניין פסטטה נונה, ובתחילה יושמה רק בהליכים ייצוגיים שעניינם סימון מוצרי מזון; ואולם עד מהרה מדיניות זו התרחבה והוחלה על ידי אותו מותב גם על מגוון רחב של הליכים אחרים, וזאת מבלי שניתן משקל כלשהו לנסיבות הפרטניות בכל תיק ותיק. המערערים סבורים

כי פסק הדין בתיק ספורט ורטהיימר ופסק הדין בתיק פרי גליל הם נדבך נוסף במדיניות הכללית שבה נוקט כאמור בית המשפט המחוזי שישב לדין בתיקים אלה – שהיא קיצונית וחריגה ביחס לנהוג בידי מותבים אחרים. ועוד נטען כי קיים חשש ממשי שמדיניות זו תוביל ל"מדרון חלקלק" שיצנן באופן ניכר את התמריץ של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים לנקוט בהליכים ייצוגיים.

לגישת המערערים, הכלל הוא שתובע מייצג ובא כוח מייצג זכאים לגמול ושכר טרחה גם כאשר ההליך הייצוגי מסתיים בהסתלקותם מבקשת האישור; ובעת פסיקת סכומים אלה שומה על בית משפט לתת דעתו לשיקולים המנויים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות. עוד נטען כי זניחת הסעד הכספי שהתבקש בבקשת האישור אינה מהווה טעם מספק לשלילת הגמול ושכר הטרחה; וכי אין זה ראוי שבית משפט יסטה מהסכמת הצדדים בנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה, או יתערב בסכומים המומלצים, אלא במקרים חריגים – שבהם מדובר בסכומים גבוהים או נמוכים במיוחד מן הנהוג, או כאשר נראה שהתועלת שהסב ההליך הייצוגי היא שולית וזניחה. לגישת המערערים שגה בית המשפט המחוזי כשהתייחס לגמול ולשכר הטרחה כמקשה אחת; ועוד באותו עניין, נטען כי לא נשקלו בפסקי הדין שיקולים רלוונטיים הקבועים בחוק, וכי דחיית הבקשות לפסיקת גמול ושכר טרחה נעשתה ללא עיגון בדין וחרף התועלת שהשיגו ההליכים הייצוגיים.

במסגרת הערעורים מוצע מודל שמטרתו לסייע בידי בית משפט הדין בבקשת הסתלקות מתוגמלת בהליך שעניינו סימון מוצרי מזון, להבחין בין הליכים ייצוגיים שהשיגו תועלת ציבורית כלשהי לבין כאלה שלא היתה תועלת בצידם. על פי מודל זה, יש ליצור שני מסלולים נפרדים להגשת הליכים ייצוגיים בנושא סימון מוצרי מזון: מסלול אחד המיועד לבקשות אישור שבהן מתבקשים סעדים הצהרתיים או צווי עשה בלבד, ומסלול שני המיועד לבקשות אישור שבהן הסעד העיקרי הוא סעד כספי. עוד על פי המודל המוצע, הליכים שהוגשו במסלול הראשון ניתן יהיה באופן עקרוני לסיים בהסתלקות מתוגמלת (במקרים המתאימים); ואילו הליכים שהוגשו במסלול השני ככלל לא ניתן יהיה לסיים בהסתלקות מתוגמלת תוך ויתור על הסעד הכספי שנתבקש לכתחילה. לגישת המערער מודל זה יביא להפחתה של הליכי הסרק ושל הגשת תביעות כספיות מנופחות.

סופו של דבר, נטען כי בקשת האישור בתיק ספורט ורטהיימר עוסקת בנושא בעל חשיבות ציבורית רבה, המצוי בליבת זכויות הצרכנים – והוא קבלת מידע אמין ומדויק בהצגת מבצעי מכירות; וכך גם בקשת האישור בתיק פרי גליל – שעניינה בסימון מוצרי מזון בעלי מאפיינים תזונתיים ייחודיים. לגישת המערערים, פסקי הדין

שניתנו בעניינם הם בלתי מידתיים, בהיותם מבוססים על מדיניות גורפת היוצאת כנגד הסדרי הסתלקות מתוגמלת, ונעדר מהם שיקול דעת שיפוטי המותאם לנסיבות המקרה. על פי הנטען, הותרת פסקי הדין בתיקים אלה על כנם משמעותה צמצום משמעותי של האכיפה האזרחית בתחומים צרכניים חשובים.

16. אשר למשיבות – פרי גליל הודיעה כי היא מותירה את ההכרעה בערעור נגדה לשיקול דעתו של בית משפט; ואילו ספורט ורטהיימר נקלעה לאחר הגשת הערעור להליכי פירוק, וביום 26.11.2015 ניתן לחברה צו הקפאת הליכים (פר"ק 11-48484-14). ספורט ורטהיימר לא הגישה עיקרי טיעון מטעמה, ואולם לדיון בערעור התייצבה באת כוחם של הנאמנים בהקפאת הליכים. המערער בתיק ספורט ורטהיימר אמנם הגיש בקשה לבית המשפט של פירוק להחרגת הערעור מצו הקפאת ההליכים – ואולם עיון במערכת נט המשפט מגלה כי לאחר שנקבע על ידי בית המשפט כי בקשת ההחרגה לוקה בהעדר פרטים מהותיים, היא נזנחה על ידי המערער ונסגרה (ראו החלטות כבוד השופט (כתוארו אז) א' אורנשטיין מיום 7.12.2015 ומיום 4.1.2016). עם זאת, לנוכח התוצאה שאליה הגעתי אין לכך משמעות מעשית.

עמדת היועמ"ש

17. כפי שכבר צוין, בית המשפט המחוזי (כבוד השופט י' ענבר) ביקש את עמדת היועמ"ש בנוגע לבקשת ההסתלקות שהוגשה בתיק פרי גליל, ומשכך היועמ"ש צורף כמשיב לערעור בתיק זה. עם זאת, בעיקרי הטיעון מטעמו הבהיר היועמ"ש כי הוא מותיר את ההכרעה בערעור הקונקרטי לשיקול דעתו של בית המשפט, וביקש להציג את עמדתו העקרונית לעניין אמות המידה שלאורן ראוי לבחון הסדרי הסתלקות מהליכים ייצוגיים, ובפרט הסדרי הסתלקות מתוגמלת.

כהערה מקדימה ציין היועמ"ש כי חוק תובענות ייצוגיות דורש את אישורו של בית המשפט לעצם ההסתלקות מן ההליך הייצוגי – וזאת עוד טרם הדיון בשאלה אם יש לפסוק גמול ושכר טרחה במסגרת ההסתלקות. בהקשר זה יש לוודא כי הסדר ההסתלקות אינו בא על חשבון עניינם של חברי הקבוצה, וכי התובע ובא הכוח המייצגים אינם "נוטשים" תובענה ייצוגית מבוססת רק כדי להפיק רווח קל ומהיר לכיסם הפרטי.

בכל הנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה אגב אישור הסתלקותם של המייצגים, לעמדת היועמ"ש הדבר נתון לשיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט; ועוד לעמדתו, כאשר הסדר ההסתלקות מקדם אינטרסים של הקבוצה – למשל מביא לאכיפת הדין

בעתיד, או מפצה באופן מסוים על נזקי העבר – ככלל יש מקום לפסיקת גמול ושכר טרחה. בתוך כך, היועמ"ש סבור כי יש לעשות שימוש בהסדרי הסתלקות מתוגמלת על מנת מצד אחד לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות שבצידן תועלת ממשית לקבוצה ולציבור, ומצד שני ליצור תמריץ שלילי להגשת תביעות סרק. היועמ"ש מתנגד לקביעת כלל גורף שלפיו יש לדחות באופן קטגורי כל בקשה לאישור הסתלקות מתוגמלת, הכוללת ויתור על סעדים כספיים שהתבקשו בבקשת האישור תוך התחייבות מצד המשיבה להסדרה בעתיד בלבד. לגישתו של היועמ"ש, גם במקרים מסוג זה ייתכן שבית משפט ימצא כי יש מקום לפסיקת גמול ושכר טרחה – והכל בכפוף לנסיבות המקרה, לשיקול דעתו ובהתאם למידת התועלת שהסב ההליך לקבוצה או לציבור. לעיתים רק במהלך הדיון בבקשת האישור מתברר כי סיכוייה של תביעת הפיצויים הם נמוכים – שאז אין להחמיר יתר על המידה עם המייצגים על כך שלא הגישו לכתחילה תביעה לצו עשה בלבד. עם זאת, העובדה שהסדר ההסתלקות אינו כולל פיצוי לחברי הקבוצה בוודאי יכולה וצריכה להשפיע על שיעור הגמול ושכר הטרחה שייקבעו על ידי בית המשפט.

היועמ"ש מפנה לשיקולים המנויים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות כקווים מנחים לקביעת שיעור הגמול ושכר הטרחה גם במקרה של הסתלקות. נוסף לזאת, היועמ"ש סבור כי ראוי ליצור מדרג בשיעור הגמול ושכר הטרחה, בהתאם לאופן שבו הסתיים ההליך: במקרה שבו ההליך הייצוגי הסתיים בפסק דין שקיבל את התובענה, הגמול ושכר הטרחה צריכים להיות בסכום גבוה מהסכום שייפסק במקרה של הסדר פשרה, שהוא כשלעצמו צריך להיות גבוה משיעור הגמול ושכר הטרחה במקרה של הסתלקות. על פי הנטען מדרג זה נחוץ על מנת לתמרץ את המייצגים להשיא את טובת הקבוצה ככל יכולתם. בהתייחס לסוגיה של פנייה מוקדמת למשיבה לפני הגשת בקשת אישור נגדה – היועמ"ש בדעה כי מדובר בשיקול רלוונטי בעת פסיקת גמול ושכר טרחה, ואולם אין לגישתו מקום לחסום תובענה ייצוגית ראויה רק בשל כך שלא נערכה פנייה מוקדמת.

היועמ"ש מוסיף ומבהיר כי אינו שותף לגישתו של בית המשפט המחוזי בעניין פסטה נונה, שלפיה רק במקרים חריגים יש לפעול לאיתור תובע ובא כוח מייצגים חלופיים בעת הסתלקות. לעמדתו של היועמ"ש גם עניין זה נתון לשיקול דעתו של בית משפט בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי – ואין כל הצדקה לצמצם את הפעלת הסמכות הנתונה לו למקרים יוצאי דופן בלבד. היועמ"ש מוסיף וטוען כי פרט לאיתור מייצגים חלופיים, יש תועלת בפרסום הסדר ההסתלקות גם מבחינת יידוע חברי

הקבוצה בדבר תוצאות ההליך שנוהל, ויידוע הציבור בבעיה שהעלתה התובענה; ופרסום מאפשר אף פיקוח ציבורי יעיל על יישום ההסדר בפועל.

עמדת המועצה הישראלית לצרכנות

18. המועצה הישראלית לצרכנות (להלן: המועצה לצרכנות או המועצה) צורפה לתיק פרי גליל רק בשלב הערעור, ועל אף שלא לקחה חלק בהליך בבית המשפט המחוזי. עם זאת למועצה לצרכנות מעמד מיוחד בהליכים ייצוגיים (ראו למשל סעיף 4(3) לחוק תובענות ייצוגיות), לא כל שכן כאשר עסקינן בתובענות ייצוגיות בנושאים צרכניים, ועל כן יש חשיבות לעמדתה גם בסוגיה העומדת לפתחנו.

לדברי המועצה לצרכנות, מפסק הדין בעניין פסטה נונה (ופסקי הדין שניתנו בעקבותיו) עולה לכאורה כי התובענה הייצוגית היא בעלת ערך רק מקום שבו ניתן במסגרתה פיצוי כספי לקבוצה. לגישת המועצה מדובר בהנחה שגויה, שכן אף בצווי עשה ובצווים הצהרתיים עשויה להיות תועלת ציבורית – בהיותם תורמים לאכיפה מיידית של הוראות הדין. המועצה שותפה אמנם לתפיסת היסוד שלפיה יש לצנן תמריצים לנקיטת הליכים ייצוגיים שסיכוייהם נמוכים, ולעומת זאת לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות – ואולם לגישתה שלילה מוחלטת של הסתלקות מתוגמלת אינה משיגה מטרה זו. עמדתה של המועצה לצרכנות היא שיש להתנות פסיקת גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות בשלושה תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא שהתובענה אינה חסרת סיכוי; התנאי השני הוא שהתובענה השיגה תועלת לחברי הקבוצה; והתנאי השלישי הוא פרסום הודעה לציבור בדבר הגשתה של בקשת ההסתלקות, כשמטרת הפרסום היא להבטיח שמייצגי הקבוצה לא יוותרו על תובענה טובה משיקולים אינטרסנטיים. בהתייחס לתנאי אחרון זה מבהירה המועצה כי אין היא סבורה שיש לפרסם את ההסדר בכל מקרה של הסתלקות – אלא כאשר בית המשפט מתרשם שהתובענה אינה חסרת בסיס, וכי ייתכן שנגרמו לחברי הקבוצה נזקים.

עוד במסגרת עיקרי הטיעון מטעמה עומדת המועצה לצרכנות על כך שככלל במקרה של החלפת התובע ובה הכוח המייצגים, אין מקום לפסוק גמול ושכר טרחה למסתלקים. כן היא מדגישה שלגישתה הסעד היחיד שניתן להעניק לקבוצה במסגרת של הסתלקות הוא סעד הצופה פני עתיד; בעוד סעד כספי (פיצוי או תרומה) ניתן להעניק רק במסגרת של הסדר פשרה. ועוד לדברי המועצה, במסגרת הסדר הסתלקות שומה על בית משפט לקבוע מנגנונים לפיקוח על קיום התחייבויותיה של המשיבה – למשל באמצעות חובת דיווח, או התניית שכר הטרחה בביצוע ההסדר.

בהתייחס לשיקולים לפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת של הסתלקות, בדומה ליועמ"ש גם המועצה סבורה כי ראוי שהסכומים יהיו נמוכים באופן משמעותי מאלה שנפסקים במסגרת הסדר פשרה, ועוד יותר נמוכים מגמול ושכר טרחה שנפסקים בתובענה שהסתיימה בפסק דין לטובת הקבוצה. כן נטען כי יש לתת משקל בעת קביעת הסכומים לקיומם של הליכים ייצוגיים דומים שהוגשו על ידי אותם מייצגים ("תביעות משוכפלות") – שכן העלויות הכרוכות בהגשה וניהול הליך מסוג זה הן פחותות באופן ניכר. ולבסוף, לעמדת המועצה יש מקום לפסוק גמול ושכר טרחה רק כאשר עולה מנסיבות העניין כי ההפרה הנטענת בבקשת האישור אמנם תוקנה על ידי הגוף הנתבע – ואף ראוי כי בית משפט יקיים מנגנון ביקורת ופיקוח על התיקון המובטח בבקשת ההסתלקות. במסגרת של השלמת טיעון הוסיפה המועצה לצרכנות והביעה דעתה, כי להעדר פנייה מוקדמת מצד המייצגים קודם לפתיחת ההליך הייצוגי עשויה להיות השלכה על גובה הגמול ושכר הטרחה שייפסקו לטובת המסתלקים. עם זאת, על הנתבעת להראות כי קיים אצלה מנגנון אפקטיבי לטיפול בתלונות אינדיבידואליות של לקוחות; כי מנגנון זה מאפשר טיפול בבעיות רוחביות וקולקטיביות; כי היא מעניקה תגמול ראוי למי שפונים אליה ומצביעים על הפרה; וכי במקרה הנדון ההפרה תוקנה על ידי הנתבעת מיד עם נקיטת ההליך הייצוגי נגדה.

(3) תיק שלמה תחבורה

19. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי לא הבהיר ולא נימק כדבעי את החלטתו שלא לפסוק גמול ושכר טרחה למערער ולבא כוחו. בפסק הדין צוין כי בית המשפט לא שוכנע שהתחייבות שנטלה על עצמה שלמה תחבורה אמנם מיטיבה עם לקוחותיה – ואולם לדברי המערער מדובר בהטבה העולה באופן ניכר על שווי הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור. כך, משום שבקשת האישור נסמכת על ההנחה שלפיה הזמנת הרכב באינטרנט מהווה "עסקת מכר מרחוק" כהגדרתה בחוק הגנת הצרכן; ובעסקאות מסוג זה רשאי העוסק לגבות דמי ביטול חלקיים אם הביטול נעשה עד 14 יום לאחר מועד ההתקשרות בעסקה, ודמי ביטול בשיעור 100% מסכום העסקה אם הביטול נעשה למעלה מ-14 יום לאחר ההתקשרות. ואילו על פי הסדר ההסתלקות, שלמה תחבורה התחייבה להחזיר במלואה כל מקדמה שבה חייבה את לקוחותיה בעת ביצוע הזמנת רכב באתר האינטרנט (בתנאי שההזמנה בוטלה עד חמישה ימי עסקים לפני המועד לקבלת הרכב). בנסיבות אלה, לגישת המערער לא היה מקום להטיל ספק בתועלת שהשיגה בקשת האישור ולא היה מקום לדחות את הבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה – ותוצאה זו חותרת על פי הנטען תחת קיומו, תכליתו ומטרותיו של מוסד התובענה הייצוגית. משכך מבוקש בערעור לאכוף על שלמה תחבורה את ההתחייבות שנטלה על

עצמה בבקשת ההסתלקות, ולפסוק למערער ולבא כוחו גמול ושכר טרחה בסכומים שעליהם הסכימו הצדדים.

לאחר הגשת הערעור הודיעו הצדדים על הסכמתם כי הערעור יוכרע על יסוד כתב הערעור על נספחיו ועל סמך החומר הקיים בתיק בית המשפט המחוזי, ושלמה תחבורה לא הגישה עיקרי טיעון מטעמה.

דיון והכרעה

20. הערעור בתיק ספורט ורטהיימר אוחד עם הערעור בתיק פרי גליל לבקשת בא כוחם של המערערים בשני ההליכים (החלטת כבוד הרשמת ל' בנמלך מיום 23.2.2015); והדיון בשני ערעורים אלה נערך לפנינו יחד עם הדיון בערעור בתיק סונול. בערעור בתיק שלמה תחבורה לא נערך דיון, בהתאם להסכמת הצדדים כי זה יוכרע על סמך החומר שבתיק. נוכח עניינם המשותף והעקרוני של ארבעת הערעורים, ראינו לנכון לדון בהם במסגרת פסק דין זה במאוחד.

הסוגיה המונחת לפתחנו היא תוקפם של הסדרי הסתלקות מתוגמלת. השאלה הראשונה שמתעוררת בהקשר זה, היא אם יש בכלל מקום לפסוק גמול ושכר טרחה במסגרת של הסתלקות התובע ובא הכוח המייצג מההליך הייצוגי; וככל שהתשובה לכך היא חיובית, נדרש לקבוע מהן אמות המידה לפסיקת הסכומים ומה מידת התערבותה של ערכאת הערעור בפסיקתה של הערכאה הדיונית בנדון.

21. התובענה הייצוגית היא "בת חורגת" לסדר הדין האזרחי. ההליך הייצוגי מנוהל על ידי תובע מייצג ובא כוח מייצג בשם קבוצה של אנשים – המונה לעיתים מאות, אלפים ואף עשרות אלפי תובעים – וזאת הגם שאף לא אחד מחברי הקבוצה בחר במייצגים ולא נתן להם הסמכה מפורשת לייצוגו (ואולם הייצוג כפוף לאישורו של בית המשפט). חריגה כאמור מעקרון הייצוג היא המאפשרת מיצוי הדין עם מי שגרמו לפגיעה ממשית בזכויות של פרטים רבים – שעה שהיקפה המצטבר של הפגיעה משמעותי, בעוד הנזק האינדיבידואלי לכל אחד מהפרטים הוא שולי. הכלי הייצוגי קורא תיגר על כשל השוק המונע מנפגעים למצות את תביעותיהם האישיות בשל שיקולי כדאיות כלכלית (וליתר דיוק אי-כדאיות כלכלית), ובכך מקדמת התובענה הייצוגית את אכיפת הדין ואת ההגנה על זכויות (ראו למשל: קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709, 710 (תשע"ו)).

נהוג לומר כי הקטר המניע את רכבת התובענות הייצוגיות הוא האינטרס הכלכלי של התובע המייצג ובא כוחו (כלשונו של כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ב-ע"מ 2978/13 מי הגליל-תאגיד הביוב האזורי בע"מ נ' יונס, פסקה כא (23.7.2015), להלן: עניין מי הגליל (יצוין כי אושר ניהולו של דיון נוסף בהלכה שנקבעה בפסק הדין, אך בעניין אחר)). גם בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות הובהר כי "בא הכוח המייצג נוטל אחריות לרכושם של אחרים והוא עושה זאת בשל התמריץ הכלכלי הקיים בתובענות אלו" (ה"ח 234, עמ' 269 (26.1.2006)). הנה כי כן, חוק תובענות ייצוגיות מאפשר לבית משפט לפסוק גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבאי הכוח המייצגים, ואלה מהווים תמריץ כלכלי שנועד לקדם את המטרה הציבורית שביסוד החוק:

"מתוך הבנה כי המטרה הציבורית לא תושג בלא שהעמלים במלאכה יקבלו שכר הולם בתמורה לפעלם, יצר המחוקק מערכת תמריצים כלכליים להגשת תובענות אלה ולקידום האינטרס הציבורי הגלום בהן, בדמות 'מיזם עסקי' משותף של התובע המייצג ובא כוחו (ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (2012)). אלה פועלים מתוך תקווה כי ייפסקו לטובתם סכומי גמול ושכר טרחה נדיבים: 'מנגנון ההרתעה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של עורך הדין (ושל התובע) למטרה ציבורית'" (עניין מי הגליל, פסקה כא).

לנוכח האמור, ההלכה היא שעצם קיומו של תמריץ כלכלי לתובע המייצג או לבא כוחו בהגשת הליך ייצוגי אינו מהווה חוסר תום לב או פגם אחר בייצוג; ואף נפסק זה מכבר כי ככלל אין פסול בייזום תובענה ייצוגית על ידי עורך דין – כלומר שעורך הדין הוא שמאתר תובע ייצוגי שיסייע לו בהוכחת תובענה ייצוגית בעילה שנראית לעורך הדין הולמת – וזאת כל עוד שהדבר עולה בקנה אחד עם טובת הקבוצה וחובת תום הלב החלה על בא כוח מייצג (השופט ח' מלצר (כתוארו אז) בדעת רוב ב-ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (4.9.2014), להלן: עניין פריניר; אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 939-938 (תשע"ו); להלן: חיות).

הסכנות הגלומות בהסדרי הסתלקות מתוגמלת

22. בצד האמור לעיל בדבר לגיטימיות התמריץ הכלכלי המונח ביסוד התובענה הייצוגית, שומה על הערכאה הדיונית לעשות שימוש מושכל בכלי של פסיקת גמול ושכר טרחה על מנת למנוע מצב שבו "המרוץ לגמול ולשכר הטרחה ישטוף ויטביע את המטרה הציבורית" (עניין מי הגליל, שם; וראו גם דבריי ב-ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ, פסקה 14 (7.5.2018); להלן: עניין נסאר). כאשר עסקינן בהסתלקות

מן ההליך הייצוגי החשש העיקרי הוא שהסתלקות מתוגמלת תיצור "בעיית נציג", או תעודד הגשתן של תביעות סרק.

מנגנון ההסתלקות נועד לאפשר לבית משפט למחוק תובענות שמתברר כבר על פני הדברים שסיכוייהן להצליח נמוכים, או שמטעם אחר אין עוד תועלת בהמשך ניהול ההליך. פסיקת גמול ושכר טרחה אגב הסתלקות עלולה ליתן תמריץ למייצגי הקבוצה למחוק תביעה מוצדקת – וזאת מתוך רצון של המייצגים לגרוף רווח קל ומהיר לכיסם הפרטי על חשבון טובתה של הקבוצה (אחת מבעיות הנציג האינהרנטיות לדיון בהליך הייצוגי) (ראו: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 62 (2011); להלן: קלמנט פשרה והסתלקות). הסתלקות מהליך ייצוגי אמנם אינה מקימה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה – ועם זאת יש יסוד סביר להניח כי בעולם המעשה, ההסתלקות מצננת עד מאוד את האפשרות שתוגש תובענה ייצוגית נוספת באותו עניין. אחד הטעמים לכך הוא חשש מגישה בלתי אוהדת מצד בית משפט כלפי בקשת אישור שנסובה על אותו עניין כבקשה קודמת שהסתיימה בהסתלקות. בית המשפט שידון בהליך החדש אף יידרש כפי הנראה לתת את דעתו לשאלה אם יש הצדקה לדיון מחודש, והאמור מקבל משנה תוקף כאשר ההחלטה בבקשת ההסתלקות כוללת קביעות לגופן של עילות התביעה הנטענות או שבמסגרת ההסתלקות כבר ניתן סעד כלשהו לקבוצה. נוסף לזאת, עד להגשת ההליך הנוסף עילת התביעה עלולה להתיישן (ראו: קלמנט פשרה והסתלקות, עמ' 70-71; והשוו: דברי השופט ע' פוגלמן ב-רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקה 6 (6.9.2017)).

זאת ועוד. הסתלקות מתוגמלת עלולה ליתן תמריץ להגשת תביעות סרק המכונות "Strike Suits". אלה הן תביעות ייצוגיות המוגשות תוך ידיעה מצידם של המייצגים כי קיים קושי ממשי להוכיח את העילות הנטענות בהן, מתוך כוונה להפעיל באמצעותן לחץ על הגוף הנתבע כדי להגיע להסדר הסתלקות מתוגמלת מוקדם ככל הניתן. הליך ייצוגי מסוג זה מציב את הגוף הנתבע בפני שתי חלופות בעייתיות: אפשרות אחת היא להתגונן מפני ההליך הייצוגי, שאז המשמעות היא השקעת משאבי זמן וממון; נטילת סיכון, גם אם קלוש, כי התובענה תאושר כייצוגית; ולא פעם אף פגיעה במוניטין. האפשרות השנייה היא לשאת בתשלום סכום כסף הנמוך מן העלות של ניהול ההגנה בתיק, ולסיים את ההליך בזמן קצר וללא סיכון (הסדר מסוג זה מכונה "Blackmail Settlements") (ראו: אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 698-697 (2017), להלן: פלינט וויניצקי; רועי פדל "אחריותם של שני אדונים" המשפט כג 263, 268-270 (תשע"ז), להלן: פדל). מטבע הדברים, נתבע רציונלי יבחר בחלופה השנייה.

יש להבהיר כי הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מתביעות ייצוגיות שהן תביעות סרק חורג מד' אמותיו של התאגיד הנתבע. ניתן להניח כי עלויות ההליך הייצוגי וההסתלקות (שממנה נהנים התובע ובא הכוח המייצג) יגולגלו לפתחם של חברי הקבוצה – לרוב בדרך של העלאת מחירים. תביעות מסוג זה אף עלולות לגרור מדיניות מתגוננת יתר על המידה מצד נותני שירותים וספקי מוצרים – שגם בה יש בה משום פגיעה בציבור (חשש זה דומה לחשש מפני רפואה מתגוננת הנוצרת כתוצאה מ"אכיפת יתר" בתחום הרשלנות הרפואית), ואף פגיעה בתחרות. תביעות סרק מביאות לזילות מוסד התובענה הייצוגית, והחשש העיקרי הוא מפני ויתור מראש על הגשה או ניהול של תביעות ראיות; וכן משחיתות זמן שיפוטי לריק, מעמיסות לשווא על המערכת השיפוטית ומעכבות בירורם של הליכים ייצוגיים אחרים (ראו: דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין פריניר, פסקה יג; ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ, פסקה 6 (29.9.2013), להלן: עניין דיאב; דבריי בת"צ 39068-11-12 אביטל נ' זוגלובק שיווק בע"מ, פסקה 3 (24.6.2013); פדל, עמ' 273-274). לדברי פלינט וויניצקי, תביעות הסרק הופכות את הכלי הייצוגי "ממגן רב עוצמה על זכויות הצרכן, לחרב שננעצת בלבם של התאגידים הגדולים, ומסבה נזק רב למשק כולו, ולמוסד התובענה הייצוגית עצמו" (שם, עמ' 698).

הסדרי הסתלקות בראי החקיקה והפסיקה

23. כפי שכבר נאמר, מנגנון ההסתלקות נועד לאפשר לבית משפט למחוק תובענות שמתברר כבר על פני הדברים שהסיכוי שיוכרעו לטובת הקבוצה הם נמוכים, או שמטעם אחר אין עוד תועלת בהמשך ניהול ההליך. על פי סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, בקשת הסתלקות יכול שתוגש על ידי המבקש בבקשת האישור, בא כוחו, או שניהם גם יחד; ואישור הבקשה אינו מותנה בהסכמת הצד השני (הגם שרבות הן בקשות ההסתלקות המוגשות בהסכמה) אלא כפוף לאישור בית משפט בלבד. ניתן לבקש הסתלקות מן ההליך הייצוגי בכל שלב של הדיון – הן בשלב אישור התובענה כייצוגית הן לאחר שניתן אישור כאמור; ואולם בפועל רובן ככולן של בקשות ההסתלקות מוגשות עוד בשלב האישור, וכך גם בתיקים שלפנינו, ובכך אתמקד. את בקשת ההסתלקות יש לתמוך בתצהיר מאת כל אחד ממבקשי ההסתלקות (ובכלל זה אף בא הכוח המייצג), ובו לגלות בגילוי נאות כל פרט מהותי להסתלקות. לאחר שבית משפט הגיע לכלל מסקנה כי יש להיעתר לבקשת ההסתלקות, ניתן להוסיף ולבחון אם ראוי למנות מייצגים חלופיים – שאז ההליך הייצוגי יוסיף להתנהל (כאשר מדובר בבקשת הסתלקות המוגשת לאחר אישור התובענה כייצוגית, בית משפט מחויב לפרסם הודעה לשם איתור מייצגים חלופיים) (ראו: קלמנט פשרה והסתלקות, בעמ' 62-65). השאלה

באלו מקרים יש להורות על החלפת המייצגים אגב הסתלקות חורגת מענייננו; אומר רק כי גם עניין זה נתון לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית, ונועד לאותם מקרים שבהם נראה כי יש טעם ותועלת מבחינת הקבוצה בהמשך ניהול ההליך.

מתווה ההסתלקות שנקבע בחוק אינו כולל פסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבא כוחו – וזאת בשונה מהמתווה שנקבע בחוק לאישור הסדר פשרה. סעיף 19(ו) לחוק מורה באופן פוזיטיבי לבית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבא כוחו בעת אישור הסדר פשרה: "אישור בית המשפט הסדר פשרה, יקבע גמול למבקש או לתובע המייצג, לפי הענין, בהתאם להוראות סעיף 22, ושכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם להוראות סעיף 23...". לעומת זאת, סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות שעניינו בהסתלקות מההליך הייצוגי, כלל אינו נוקט בלשון "גמול" או "שכר טרחה" – אלא במונח "טובת הנאה"; ולא רק שאין בסעיף זה הוראה בדבר תשלום גמול או שכר טרחה, אלא שנקבע כלל הפוך – שלפיו לא תינתן לתובע המייצג או לבא הכוח המייצג כל טובת הנאה בקשר עם הסתלקותו מן ההליך הייצוגי, אלא באישור בית משפט. סעיף 22(ג)(1) לחוק אף מבהיר כי במקרה של דחיית בקשת האישור או הכרעת התובענה הייצוגית שלא לטובת הקבוצה, ניתן לפסוק גמול לתובע המייצג רק "במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו". (יצוין כי הוראה דומה לא קיימת בסעיף 23 לחוק, שעניינו פסיקת שכר טרחה לבא כוח מייצג).

הנה כי כן, המחוקק לא ראה בפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת הסתלקות משום כלי שנועד במקרה הרגיל לתמרץ הגשת תובענות ייצוגיות ראויות. על פי הוראות החוק ותכליתו, מיקומו הגיאומטרי של התמריץ הכלכלי הוא במקרים שבהם ההליך הייצוגי הוכרע לטובת הקבוצה – בין אם בהסדר פשרה ובין אם בפסק דין שהורה על קבלת התובענה הייצוגית.

חרף האמור, הפרקטיקה היא שמרבית הסדרי ההסתלקות המובאים לאישור בית משפט כוללים בחובם בקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה; ובשנים הראשונות לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נהגו הערכאות הדיוניות לאשר את הסכומים שעליהם המליצו הצדדים כדבר שבשגרה. כך, כפי הנראה, מפני שבקשות אלה מצטיירות במבט ראשון כ"תמימות" ו"בלתי מסוכנות" – שהרי הסכומים נקבעים בהסכמה, ואינם גורעים לכאורה מההטבה הניתנת לקבוצה. אלא שכיום ניתן לומר בבירור כי מדיניות זו הביאה לעלייה מתמדת וניכרת בהיקפם של הליכי הסרק. המחקר האמפירי מצביע על כך שבתקופת המחקר (בשנים 2006 עד 2012) כמעט 60% מבקשות ההסתלקות הוגשו לאחר שהתובע המייצג הבין כי בקשת האישור נעדרת כל עילה לניהול תובענה ייצוגית או שסיכויי התובענה נמוכים; ורק 20% מבקשות ההסתלקות

הוגשו בשל תיקון דרכיו של הגוף הנתבע בעקבות הגשת ההליך הייצוגי (שם, עמ' 22-21; וראו גם: חיות, עמ' 938). וכאן המקום לחזור ולהזכיר את שנאמר בראשית הדברים: הסתלקות היא הדרך השכיחה ביותר לסיומו של ההליך הייצוגי.

24. והנה, לא רחק היום עד שהיקפן ההולך וגדל של תובענות הסרק החל לתת את אותותיו – תחילה בפסיקתן של הערכאות הדיוניות ובהמשך גם בחקיקה. בעניין פסטה נונה, שבו נדונו חמש בקשות להסתלקות מהליכים ייצוגיים בנושא סימון מוצרי מזון, הסביר בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט י' ענבר) את הצורך לגישתו בשינוי מדיניות כלפי הסדרי הסתלקות מתוגמלת:

”עיון במאגרי המידע המשפטיים יגלה, כי נכון לעת הזו נוהגים בתי המשפט, או למצער רובם, לאשר הסדרי הסתלקות מתוגמלת כדבר שבשגרה. למען גילוי נאות אציין, כי החלטות לא מעטות מסוג זה יצאו גם מתחת ידי. הימנעותם של בתי המשפט ליזום דיון ולהכריע בשאלות דלעיל נובעת, מן הסתם, מכך שאישור ההסדרים מפנה זמן שיפוטי יקר לטובת יתר המתדיינים הממתינים לבירור דינם, וזאת מבלי שהוא יוצר מעשה בית-דין המונע מחברי הקבוצה להגיש תביעות אישיות. בה בעת אף נושא עמו אישור ההסדרים תועלת מסוימת, שהרי הסימון המפר תוקן והדין מקוים. הפיתוי לאשר את הסדרי ההסתלקות המתוגמלת כמות שהם הנו, אפוא, רב. אלא שנוכח מגמת העלייה הניכרת במספרם של הסדרי הסתלקות אלו עד כדי הפיכתם ל'ברירת מחדל' מתעצמים סימני השאלה שהועלו לעיל ומקבלים מימד מהותי.” (שם, פסקה 6).

עוד בעניין פסטה נונה נאמר כי נזקיהם של הסדרי הסתלקות מתוגמלת עולים על התועלת שבצידם, וכי היקפם מכביד שלא לצורך על הנתבעים ועל בתי המשפט ומביא לזילות של מוסד התובענה הייצוגית. בית המשפט ציין כי תביעות ייצוגיות בתחום סימון מוצרי מזון אמנם עשויות לקדם תכליות ראויות, כדוגמת אכיפת התקנים החלים על יצרניות ומשווקות מזון, ואולם כאשר במסגרת ההסתלקות מוותרים המייצגים על הסעדים הכספיים שהתבקשו בבקשת האישור, ברי כי אין בהליכים כדי לייצר הרתעה של ממש, אישית או כללית, מפני הפרות הדין. משכך נקבע בפסק הדין כי “יש לפעול לשירושם בהינף יד אחד (של הסדרי הסתלקות מתוגמלת-ע'ב') ויפה שעה קודם” (שם, פסקה 30). מדיניות זו ננקטה על ידי השופט ענבר בשורה של הליכים נוספים, כדוגמת תיק ספורט ורטהיימר ותיק פרי גליל שלפנינו; ואומצה גם על ידי שופטים נוספים בבתי המשפט המחוזיים (ראו למשל: השופט ר' כהן בת"צ 2284-06-14 גילמן נ' סופר פארם (21.7.2015)).

ואולם שינוי המדיניות בעניין פסטה נונה לא אומץ על ידי כל הערכאות הדיוניות, ובחלק מהמקרים אף נדחה הלכה למעשה. כך, למשל, השופטת י' וילנר סברה כי תיקון הפרה של הדין על ידי הגוף הנתבע במסגרת הסדר הסתלקות עשוי להצדיק כשלעצמו פסיקת גמול ושכר טרחה, וזאת גם אם הדבר נעשה תוך זניחת הסעדים הכספיים שנתבקשו בבקשת האישור – ובעיקר באותם מקרים שבהם קיים קושי ממשי בהוכחת נזק (ת"צ 27043-06-14 חזן נ' יעד חברה לדלק בע"מ (9.12.2014)). השופטת ג' כנפי-שטייניץ הצטרפה אף היא לדעה שלפיה יש לפסוק גמול ושכר טרחה כאשר מדובר בהסתלקות מבקשת אישור שעניינה בהפרת הוראת הדין, ובעקבות ההליך תוקנה ההפרה ואולם הסעדים הכספיים נזנחו. לדבריה, "החלטה גורפת שלא לאשר תשלום גמול ושכר טרחה למסתלקים, עלולה לצנן לא רק את תמריץ התובע הייצוגי להסתלק מבקשה מבוססת וראויה, אלא גם את תמריץ התובע הייצוגי להגיש תובענות מבוססות וראויות שמטרתן אכיפת הוראות הדין המעלות קושי בהוכחת נזק בר פיצוי" (ת"צ 19549-02-14 אבו שרך נ' דנשר בע"מ, פסקה 15 (23.12.2014)).

25. היקפם ההולך וגדל של ההליכים המסתיימים בהסדרי הסתלקות מתוגמלת, והחשש מפני נזקיהן של תביעות הסרק, הביא את המחוקק לתקן בשנת 2016 את סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות. בדברי ההסבר לתיקון הסעיף צוין כי "במקרים רבים הנתבע מסכים לתת לתובע טובת הנאה כדי לחסוך מעצמו את ניהול ההליך; בקשות כאלה מטילות עומס על מערכת המשפט, כרוכות בעלויות מיותרות לנתבעים ואינן משרתות את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת ושל הציבור" (הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, הצעות חוק הכנסת 637, 116-117 (30.5.2016)). במסגרת תיקון זה (תיקון מספר 10 לחוק), שנחקק לאחר שניתנו פסקי הדין שבהם עסקינן ואף לאחר שהוגשו הערעורים שלפנינו, הוסיף המחוקק וקבע את השיקולים ששומה על בית משפט לשקול בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה למסתלקים מן ההליך הייצוגי. וזוהי לשון סעיף 16(א) לאחר התיקון, כפי שהוא בתוקף גם היום:

מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג, לא יסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט, וכן לא יקבל, במישרין או בעקיפין, טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו כאמור, אלא באישור בית המשפט; בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה כאמור, ישקול בית המשפט את אלה:
 (1) אם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה;
 (2) התועלת שהביאה הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה. (הקטע המודגש הוא שהוסף במסגרת תיקון 10 לחוק-ע'ב').

בהתאם לתיקון לחוק, בבואו להכריע בבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה אגב הסתלקות מההליך הייצוגי, שומה על בית משפט לבחון ראשית אם "התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה". קרי: על בית משפט לוודא כי אין עסקינן בתביעת סרק, אלא בתובענה שלכתחילה עמדה ביסודה עילת תביעה לכאורה ואולם לאחר הגשתה התברר כי אין עוד תוחלת בהמשך ניהול ההליך. שנית, על בית משפט לתת דעתו ל"תועלת שהביאה בקשת האישור או התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה"; ויושם לב כי המחוקק שם את הדגש על עניינם של חברי הקבוצה (להבדיל מתועלת ציבורית כללית, או השגת אחת ממטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות). אין זאת אלא ששומה על הערכאה הדיונית להתרשם כי לקבוצה צמחה תועלת קונקרטית ורלוונטית כתוצאה מההליך, ואין די מבחינה זו בתועלת כללית ועמומה (כדוגמת תיקון הפרת חוק שבפועל לא הסבה נזק של ממש לקבוצה גם קודם לתיקון). אחת השאלות שיש לבחון בהקשר זה, היא אם אמנם היה צורך בנקיטת ההליך הייצוגי לשם השגת התוצאה שהתקבלה.

תגובה חקיקתית נוספת מן העת האחרונה לתופעה ההולכת וגוברת של הליכי סרק ייצוגיים, היא הטלת אגרה על הגשת תובענות ייצוגיות (פרט לייצוגיות נגד רשות). בחלוף 12 שנים שבהם הגשת בקשת אישור תובענה כייצוגית לא היתה כרוכה בתשלום אגרה, כיום נדרש תשלום בסכום קבוע – שהוא אמנם זעום ביחס להיקפם הכספי של ההליכים הייצוגיים, ובכל זאת מהווה חסם מסוים להגשת תובענות ייצוגיות. והנה לנו דוגמא ממשית כיצד ריבוי הליכי סרק ייצוגיים עלול לפגוע בהגשה וניהול של תובענות ייצוגיות ראויות (ראו גם: פלינט וויניצקי, עמ' 706).

קווים מנחים לדיון בבקשה לאישור הסדר הסתלקות מתוגמלת

26. משהגענו עד הלום, הגיעה העת לשרטט את המתווה לדיון בבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת הסתלקות מבקשת אישור תובענה כייצוגית, תוך שאנו מציבים לנגד עינינו את הסכנות הגלומות בהסדר הסתלקות מתוגמלת. על פי נוסחו הנוכחי של סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, הכלל הוא שאין לפסוק גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבא הכוח המייצג במסגרת של הסתלקות מבקשת אישור תובענה כייצוגית. דרך המלך שבה יש לתמרץ ולעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות וראויות, היא פסיקת גמול ושכר טרחה במקרים שבהם ההליך הייצוגי הוכרע לטובת הקבוצה (הסדר פשרה, קבלת בקשת האישור או התובענה הייצוגית). עם זאת הסתלקות מתוגמלת היא אפשרית – ואולם מדובר בחריג לכלל, ומשכך יש להיעתר לבקשות בנדון רק במקרים מתאימים.

על פי סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, בבוא בית משפט להכריע בבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת של הסדר הסתלקות מבקשת אישור תובענה כייצוגית, שומה עליו לשקול שני שיקולים עיקריים: ראשית, אם עלה בידי התובע המייצג ובא כוחו להצביע על עילת תביעה לכאורה נגד הגוף הנתבע; ושנית, אם ההליך הייצוגי השיג תועלת עבור חברי הקבוצה. שיקולים אלה נועדו לסייע בידי בית משפט בבואו לוודא כי לא ייפסקו גמול ושכר טרחה לטובת מי שנקט בהליך סרק. כפי שכבר צוין לעיל, התועלת שהניב ההליך הייצוגי צריכה להיות ממשית ורלוונטית לחברי הקבוצה. אחד הפרמטרים שעשויים לשמש את בית המשפט בבואו להעריך את התועלת שצמחה מבקשת האישור, הוא הפער שבין הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור לבין הסעד שניתן לקבוצה בסופו של יום במסגרת ההסתלקות. פער זה עשוי אף להעיד על כך שבקשת האישור לכתחילה הוגשה בסכום מנופח, מבלי שקדמה לה בדיקה עובדתית או משפטית ראויה, כמנוף לחץ על הנתבע במטרה להגיע עימו להסדר מהיר (ראו: ע"מ 7741/15 מנירב נ' רשות המיסים, פסקה 58 (22.10.2017), לאחרונה אושר ניהולו של דיון נוסף בהלכה שנקבעה בפסק הדין ואולם לא בעניין זה; להלן: עניין מנירב). אמת מידה נוספת שעשויה לסייע בידי בית משפט בעניין זה, שאף עליה עמדתי לעיל, היא שאלת נחיצותו של ההליך הייצוגי לתוצאה שהושגה. במקרים מתאימים, ובהתאם לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית, ניתן אף להידרש לעמדתו של היועמ"ש ביחס להסתלקות המתוגמלת המבוקשת (ראו למשל: השופט ע' גרוסקופף בת"צ 1157-09-14 ברחד נ' מטריקס אי.טי. בע"מ (26.1.2016)).

27. בצד האמור, הכרעה בבקשת הסתלקות מתוגמלת מחייבת את בית המשפט לשקול גם "שיקולי רוחב" – ובפרט את הסכנות הגלומות בהסתלקות מתוגמלת למוסד התובענה הייצוגית ולציבור בכללותו, כפי שפורטו לעיל, על מנת ששכרו של ההליך הייצוגי לא ייצא בהפסדו. כידוע, גמול ושכר טרחה הם מהכלים החשובים והמשפיעים המסורים בידי בית משפט בעולם התובענות הייצוגיות, ויש אפוא לעשות בהם שימוש מושכל לשם התוויית מדיניות ראויה בהגשה וניהול של הליכים ייצוגיים (וראו דבריי בנדון גם בעניין נסאר, פסקה 14).

וידגש: לא כל תביעה, גם אם היא מבוססת וביסודה עילה טובה, ראויה להתברר כייצוגית. עשויות להיות מגוון סיבות לכך: עילת התביעה אינה בין העילות המנויות בתוספת השנייה לחוק; התובע המייצג אינו נמנה עם אלה שרשאים לנהל הליך ייצוגי (סעיף 4 לחוק); קיימת שונות רבה מדי בין חברי הקבוצה ("תנאי ההומוגניות" שבסעיף 8(א) לחוק); עצם ניהול ההליך צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו (סעיף 8(ב) לחוק); וכיוצא ב', כמו גם

שיקולי מדיניות אחרים שבגינם סבור בית משפט כי ניהול התובענה כייצוגית לא ישיג את מטרות החוק. כפי שלא כל תביעה ראויה להתברר כייצוגית, לא כל תועלת שצמחה אגב הסתלקות ראוי שתזכה בפסיקת גמול ושכר טרחה – ובעיקר לא באותם מקרים שלכתחילה לא התאימו להתברר בהליך ייצוגי.

יש לתת את הדעת אף לבעיית הנציג הנובעת מכך שעל פי רוב הסדרי ההסתלקות המתוגמלת מוגשים בהסכמת הצדדים, כך שאין מי שישמיע את קולם של חברי הקבוצה שההסדר אינו משרת את עניינם. בעיית נציג דומה קיימת גם בבקשות לאישור הסדרי פשרה – ואולם כאשר בית משפט נדרש לאשר הסדר הסתלקות מתוגמלת, לא עומדים לרשותו מנגנוני הבקרה שבהם נעשה שימוש לגבי הסדרי פשרה, כדוגמת קבלת עמדת היועמ"ש, התנגדויות מאת חברי הקבוצה והציבור בכללותו, או מינוי בודק. זאת ועוד: על החלטה לדחות בקשת הסתלקות מתוגמלת יכול שיוגש ערעור על ידי התובע המייצג ובא כוחו; ואולם בכל הנוגע להחלטה להיעתר לבקשת הסתלקות מתוגמלת – אין למעשה סיכוי כי יתקיים הליך של ערעור. חברי הקבוצה אינם מעורבים בהליכי הסתלקות (להבדיל מהליכי פשרה), וגם לו היו – עלות הערעור על פסיקת הגמול ושכר הטרחה עולה על התועלת שעשויה לצמוח מכך ליחיד הקבוצה. אין זאת אלא שגם כאשר מונחת לפניו בקשה מוסכמת להסתלקות מתוגמלת – בית המשפט מצווה לשקול את אינטרס הקבוצה והציבור הרחב, שקולם לא נשמע בהליך. יש לנקוט אפוא משנה זהירות באישורם של הסדרי פשרה, ועל בית משפט להשתכנע כי אין מדובר בתביעת סרק חרף העובדה שהמייצגים מעוניינים להסתלק מן ההליך הייצוגי.

אציין עוד, כי נדרש שההחלטה בבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה תהיה מנומקת – וזאת על מנת להבטיח כי החלטה זו נסמכת על שיקולים מתאימים ורלוונטיים, וכי בית משפט בחן ובדק כי אמנם מדובר במקרה המצדיק סטייה מן הכלל שלפיו אין לפסוק גמול ושכר טרחה אגב הסתלקות מבקשת אישור (ראו והשוו לעניין הנמקת החלטה בבקשה לאישור הסדר פשרה: דברי חברי השופט נ' סולברג ברע"א 3832/17 לז"ר נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פסקאות 12 ו-14 (4.7.2017)).

28. כאן המקום להקדיש מספר מילים לאותן תביעות ייצוגיות צרכניות העוסקות בסימון מוצרי מזון (או בכינוי "תביעות תקן"), ולמידת התועלת שבצידן – נושא שנוי במחלוקת בפסיקת בתי המשפט המחוזיים ובספרות המשפטית. על קצה המזלג יצוין כי נושא סימון מוצרי מזון מוסדר בשורה ארוכה של חוקים (כדוגמת פקודת בריאות הציבור (מזון) [נוסח חדש], התשמ"ג-1983) ותקנים ספציפיים (המותקנים מכוח חוק

התקנים, התשי"ג-1953); ונהוג להצביע על שתי תכליות עיקריות ביסוד חובת הסימון – האחת היא שמירה על בריאות הציבור, והשנייה היא צרכנית: חובת הסימון מאפשרת לצרכן להבחין ולהשוות בין מוצרים דומים מבחינת איכותם ומחירם.

כפי שכבר צוין, בעניין פסטה נונה הביע בית המשפט המחוזי דעתו כי הסתלקות מתביעות אלה ככלל אינה מצדיקה פסיקת גמול ושכר טרחה – וזאת גם אם הסדר ההסתלקות מבוסס על התחייבות מצד ספקית או משווקת המזון, לתיקון הפרת התקן הרלוונטי לעתיד. לגישת בית המשפט אין לייחס להסדרה עתידית של הסימון המפר חשיבות מופרזת – בהיותה במקרים רבים נקודתית ומוגבלת: "הסדרת הסימון המפר במסגרת הסדרי הסתלקות מתוגמלת אמנם הביאה לקיום הוראות הדין, אך הדבר לא נעשה אלא בזיקה למוצרים הספציפיים שלגביהם הוגשו התובענות, ונוכח ויתורם של התובעים הייצוגיים ובאי כוחם על הסעדים הכספיים שנכללו בתובענות – לא היה בהליכים כדי לייצר הרתעה של ממש, אישית או כללית, מפני הפרות דין בעתיד". (שם, פסקה 27).

לעומת זאת, עמדת המועצה לצרכנות היא שתביעות סימון מוצרי המזון הן תביעות ייצוגיות ראויות, התורמות באופן ממשי לאכיפת הרגולציה בתחום. להשקפתה של המועצה ריבוי ההליכים הייצוגיים בנושא סימון מוצרי המזון אינו מעיד על היותן תביעות סרק – כי אם על ריבוי הפרות הדין בתחום זה. נקודת המוצא לעמדת המועצה לצרכנות היא שרגולציה נושאת ערך חברתי חיובי, ועל כן אכיפתה באמצעות מוסד התובענה הייצוגית היא רצויה. ואולם בספרות המשפטית נשמעות גם דעות אחרות. פלינט וויניצקי, למשל, סבורים כי לא פעם הפרת התקן היא טכנית בלבד ואינה מסבה נזק ממשי – וככזו אינה מצדיקה ניהול הליך ייצוגי. לדבריהם: "לעיתים הוראות התקנים מביאות לאבסורד של ממש, כגון היות מדינת ישראל המדינה היחידה בעולם שבה היינץ – אחת החברות הגדולות ביותר בעולם לייצור קטשופ, ומי שהשם שלה מזוהה יותר מכל עם מוצר זה – לא יכלה לכנות את מוצריה בשם 'קטשופ', אלא 'מטבל עגבניות'; או היות מדינת ישראל המדינה היחידה שבה "האגן דאז" – אחת מהחברות המזוהות ביותר בעולם עם מוצרי גלידה, אינה יכולה לכנות את מוצריה בשם 'גלידה', אלא 'קינוח קפוא' או 'מעדן קפוא'". הטענה היא שכאשר מדובר בהפרת תקן מסוג זה, ברור למייצגים כי לא יוכלו להוכיח נזק כלשהו לחברי הקבוצה – ואין זאת אלא שבקשת האישור מוגשת מתוך כוונה תחילה להגיע להסתלקות מתוגמלת לאחר "תיקון המצב", ולהתנהלות מעין זו אין לתת יד (פלינט וויניצקי, שם, 696) (לעמדה נוספת ביחס שבין רגולציה לליטיגציה, ראו: אלעד אופיר תובענות ייצוגיות בישראל, 649-650 (2017), להלן: אופיר).

יובהר בנקודה זו כי לטעמי אין מקום לקביעות קטגוריות בנוגע לסוג זה או אחר של הליכים ייצוגיים, וכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו. לא ניתן לומר באופן גורף שכל תביעה ייצוגית מסוג תביעת תקן היא תביעת סרק; ועל אותו משקל אף אין יסוד לקבוע כי בכל מקרה שבו מודיע הגוף הנתבע על תיקון הפרת הדין לעתיד, המשמעות היא שהושגה תועלת לחברי הקבוצה המצדיקה גמול ושכר טרחה.

29. משהגיעה הערכאה הדיונית לכלל מסקנה כי יש מקום בנסיבות המקרה הקונקרטי לפסוק גמול ושכר טרחה במסגרת של הסתלקות, יש לעשות כן לאורם של העקרונות המנחים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות. למען הסר ספק אין הכוונה ל"רשימת מכולת" מחייבת, ולערכאה הדיונית נתון שיקול דעת רחב בנדון בהתאם לנסיבות המקרה. פרט לתועלת שהסב ההליך הייצוגי לחברי הקבוצה, על פי סעיפים 22 ו-23 לחוק ניתן וראוי להביא בחשבון את הטרחה שטרחה התובע המייצג ובא כוחו, הסיכון שנטלו על עצמם בהגשת ההליך וניהולו, ומידת החשיבות הציבורית הגלומה בהליך. כאשר מדובר בפסיקת שכר טרחה, ניתן להביא בחשבון אף את ההוצאות שהוציא בא הכוח המייצג, האופן שבו ניהל את ההליך, והפער שבין הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור לבין הסעדים שנפסקו בסופו של יום לטובת הקבוצה. ההלכה מקדמת דנא היא שאין עסקינן ברשימה ממצה של שיקולים, ופסיקת הגמול ושכר הטרחה נתונה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בהתאם למכלול נסיבות המקרה הקונקרטי (ראו: ע"א 471/15 נחמיה נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 3; (11.4.2016); ע"ע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקאות 25-28 (25.12.2012); ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט (23.5.2012); ע"א 9134/05 לויט נ' קו אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, פסקאות 12-13 (7.2.2008)).

כאן המקום להבהיר כי הסכומים שעליהם מסכימים הצדדים בבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה הם לעולם בגדר המלצה (ראו למשל לשון סעיף 19(ו) לחוק תובענות ייצוגיות); ובניגוד להליך אזרחי "רגיל", אין לייחס לעצם ההסכמה בעניין זה משקל מיוחד – וזאת בהינתן חוסר אחדות האינטרסים המובנה בין התובע המייצג ובא כוחו לבין חברי הקבוצה בעת ההסתלקות ("בעיית הנציג").

בעת פסיקת גמול ושכר טרחה יש משמעות אף ליצירת מדרג מבחינת שיעור הסכומים – וזאת בהתאם לשלב שבו הסתיים ההליך, וכן בהתאם למידת החשיבות הציבורית הגלומה בהליך. הכוונה היא שבמקרה של הסתלקות יש לפסוק שכר טרחה וגמול בשיעור נמוך מאשר במקרה של הסדר פשרה, לא כל שכן במקרה של הכרעת התובענה הייצוגית לטובת הקבוצה; ונוסף לזאת, ראוי כי שיעורם של הגמול ושכר

הטרחתה יגדל בהתאם למידת החשיבות הציבורית הגלומה בהליך הייצוגי. המטרה היא אפוא להשיא את התועלת לקבוצה מן ההליך הייצוגי, ולעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות בעלות ערך ציבורי.

30. במסגרת הדיון שנערך לפנינו, התעוררה שאלה אם יש להתנות את אישורה של הסתלקות מתוגמלת בפנייה מוקדמת לגוף הנתבע קודם לנקיטת ההליך הייצוגי נגדו. בעניין מי הגליל הוטלה זה מכבר חובת פנייה מוקדמת קודם לנקיטת הליך ייצוגי נגד רשות; ובאותו עניין הביע המשנה לנשיאה א' רובינשטיין דעתו שלפיה מדובר במידת התנהגות ראויה ורצויה גם בתובענות נגד נתבעים פרטיים, בכפוף לנסיבות המקרה ובמידה שאין בכך כדי לפגוע בקבוצה (שם, פסקה לח). אלא שאין להסיק מן הדברים כי יש להחיל חובת פנייה מוקדמת גם בענייננו, שכן אחת ההצדקות המרכזיות להלכה שנקבעה בעניין מי הגליל היא חובת ההגינות החלה על הפרט ביחסיו עם הרשות – ואולם משקלה של הצדקה זו פוחת באופן משמעותי כאשר עסקינן בתאגידים מן השוק הפרטי. עוד יש לומר, כי זה מכבר אושרה בקשה לדיון נוסף בהלכה שנקבעה בעניין מי הגליל בהרכב מורחב של שופטים – ועניין זה עודנו תלוי ועומד (דנ"מ 5519/15). מדובר בסוגיה נכבדה, שההכרעה בה אינה דרושה לענייננו, ודומני שמוטב להותירה בשלב זה לעת מצוא (לדעות שונות בנושא ראו: חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" עלי משפט יב 7 (תשע"ו); אופיר, עמ' 663-677). אציין רק כי על פניו היעדר פנייה מוקדמת עשוי להוות שיקול רלוונטי במכלול השיקולים לפסיקת גמול ושכר טרחה – וזאת באותם מקרים שבהם ברור כי אילו נעשתה פנייה כאמור, ניתן היה לחסוך את ההליך כולו.

31. ניתן לסכם ולומר, כי שומה על בית משפט הדן בבקשה לאישור הסתלקות מתוגמלת לעשות שימוש זהיר בכלי של פסיקת גמול ושכר טרחה; תוך מודעות לסכנות הגלומות בהסדרים מסוג זה לקבוצה, לציבור ולמוסד התובענה הייצוגית; ובמטרה מצד אחד לקדם הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, ומצד שני למנוע הליכי סרק. עמדתי באריכות על הקווים המנחים לדיון והכרעה בבקשה לאישור הסדר הסתלקות מתוגמלת – ואולם לא מדובר באריתמטיקה, ואין "נוסחאות בית ספר" לעניין זה. בסופו של יום ההכרעה בנדון מסורה לערכאה הדיונית בהתאם לשיקול דעתה בנסיבות המקרה הקונקרטי, כשבאמתחתה הניסיון המצטבר של בתי המשפט המחוזיים בטיפול בבקשות אלה זה למעלה מעשור מאז חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות.

בשים לב לשיקול הדעת הרחב הנתון כאמור לערכאה הדיונית, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בהחלטות בדבר פסיקת גמול ושכר טרחה – וזאת בדומה לכלל

"אי ההתערבות" בפסיקת הוצאות בהליכים אזרחיים "רגילים". עם זאת, דומני כי קיים יסוד להרחבה מסוימת של פתח ההתערבות כאשר מדובר בהליכים ייצוגיים – בפרט לנוכח השלכות הרוחב הנודעות לפסיקת גמול ושכר טרחה, ולעובדה שמדובר בכלי המשמש להתוויית מדיניות ראויה בתחום (ראו: עניין נסאר, פסקה 13; ע"מ 7741/15 עניין מנירב; כן ראו: ע"א 3640/13 ארגס נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ, פסקה 3 (7.1.2014); עניין דיאב, פסקה 7 (29.9.2013)). מן הראוי לשוב ולהדגיש כי בעולם התובענות הייצוגיות הסכמת הצדדים בדבר פסיקת גמול ושכר טרחה היא בגדר המלצה בלבד, ואת הסכמת הצדדים בנוגע לגובה הסכומים יש לבחון תוך שימת לב ל"בעיית הנציג".

מן הכלל אל הפרט

32. אציע לחבריי כי נדחה את הערעורים בתיק סונול, בתיק ספורט ורטהיימר ובתיק פרי גליל, ונקבל את הערעור בתיק שלמה תחבורה. ואפרט.

(1) תיק סונול

33. עניינה של בקשת האישור נגד סונול הוא בהוספת רכיב של מע"מ לסכומים המגיעים לה מכוח הסכם הדלקן והסכם הבלו שבהם התקשרה עם לקוחותיה. בתשובתה לבקשת האישור עמדה סונול על זכאותה לעשות כן; והתברר כי בכל מקרה הסכם הדלקן תוקן על ידה מספר שנים קודם לנקיטת ההליך נגדה, תוך הוספת הבהרה שלפיה לסכומים יתווסף מע"מ כחוק. במסגרת הסדר ההסתלקות הוסכם על הוספת הבהרה כאמור גם להסכם הבלו. הצדדים המליצו לבית המשפט לפסוק גמול למערערת בסך 10,000 ש"ח ושכר טרחה לבאי כוחה בסך 50,000 ש"ח בתוספת מע"מ כחוק; ואולם בית המשפט הפחית את הסכומים ופסק גמול בסך 500 ש"ח ושכר טרחה בסך 5,900 ש"ח כולל מע"מ כחוק.

לאחר עיון בחומר שבתיק סונול נראה כי קיים ספק של ממש בדבר סיכויי הצלחתה של בקשת האישור אם היתה מתבררת. יש אף יסוד סביר להניח כי בירור פשוט עם סונול קודם להגשת בקשת האישור היה מגלה את דבר תיקונו של הסכם הדלקן, ואולי אף מייתר את ההליך – ואולם המערערת טוענת כי פנתה בפנייה מוקדמת לסונול בנדון אך פניה הושבו ריקם, וסונול מצידה מכחישה את האמור, ואין זה המקום להכריע במחלוקת עובדתית זו. נקודת המוצא להסתלקות היא שלא נגרם נזק לקבוצה, ועל כן התועלת שהסבה בקשת האישור לקבוצה היא מצומצמת ביותר – ומוגבלת להבהרת זכאותה של סונול לגבות מע"מ כחוק, ואף זאת רק באחד משני ההסכמים

שעליהם נסובה בקשת האישור (הסכם הבלו). בניגוד לבית המשפט המחוזי דומני כי מקרה זה לא הצדיק פסיקת גמול ושכר טרחה, ואולם אין ערעור מצד המשיבה על חיובה בסכומים אלה. בנסיבות כאמור איני רואה להיעתר למבוקש בערעור, לא לעניין שכר הטרחה ולא לעניין הגמול. יוער אגב כך כי סכום הגמול שנפסק, כשלעצמו, משרד מסר שלפיו המערער אינו זכאי לתשלום כלל הגם שלא כך נקבע; אף לא ברור מה טעם מצא בית המשפט לחריגה כה משמעותית מן היחס שהצדדים ראו כהולם בין הגמול לשכר הטרחה. ואולם, כפי שצוין, לטעמי במקרה דנן לא היה כל מקום לפסיקת שכר וגמול, ואין לכן מקום להתערבותנו.

(2) תיק ספורט ורטהיימר

34. בבקשת האישור נגד ספורט ורטהיימר נטען כי היא חורגת מן הכללים הקבועים בחוק הגנת הצרכן בנוגע למכירות מיוחדות ופרסום מחירי מבצע, תוך פירוט עילות תביעה מרובות נגדה, ודרישת פיצוי כספי בהיקף עצום (15,000,000 ש"ח) בגין נזקים ממוניים ובלתי ממוניים מסוג פגיעה באוטונומיה. ואולם בבקשת ההסתלקות המתוגמלת נטען כי מתברר שספורט ורטהיימר דווקא פועלת בהתאם לדין, וככל שהיו הפרות כלשהן מצידה – מדובר בתקלות נקודתיות. אין זאת אלא שבקשת האישור התבררה כחסרת יסוד; וההליך הייצוגי אף לא הסב תועלת ממשית לחברי הקבוצה, שכן ההטבה התמצתה בהתחייבות מצידה של ספורט ורטהיימר "לבצע ריענון במדיניות ובפרקטיקת הצגת מחירי מוצרים אשר נמכרים במכירה מיוחדת". במצב דברים זה, איני רואה כל הצדקה להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי לדחות את הבקשה לפסיקת גמול ושכר טרחה.

(3) תיק פרי גליל

35. בקשת האישור נגד פרי גליל התמקדה בהפרת תקן מזון המחייב לציין את אחוז התכולה של רכיב על גבי אריזת המזון – וזאת ביחס לשני סוגים של מוצרים, רסק תפוחי עץ (טבעי וממותק) ואפונה וגזר (שימורים ולקט קפוא). מבקשת ההסתלקות עולה כי פרי גליל אכן הפרה את התקן כפי שנטען, וכי בקשת האישור השיגה את אכיפת הדין בעניין זה (פרי גליל התחייבה לתקן את סימון המזון לעתיד). עם זאת, בית המשפט המחוזי סבר כי בנסיבות המקרה אין מקום לפסיקת גמול ושכר טרחה – ובהתאם לכלל אי ההתערבות בהחלטות הערכאה הדיונית בעניינים מסוג זה, איני מוצאת לשנות מן התוצאה שאליה הגיע. כך, בעיקר בהינתן שמדובר בבקשת אישור "מנופחת" עד מאוד הן מבחינת עילות התביעה שנטענו הן מבחינת היקף הסעדים הכספיים שהתבקשו (פיצוי ממוני ובלתי ממוני בסכום כולל של 42,000,000 ש"ח);

והעובדה שתיקון ההפרה אמנם משרת מטרה חשובה של אכיפת הדין, אך ספק אם הסב תועלת כלשהי לקבוצה.

(4) תיק שלמה תחבורה

36. בבקשת האישור נגד שלמה תחבורה נטען כי היא מפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, בכך שאין היא משיבה ללקוחות שביצעו הזמנות רכב דרך האינטרנט סכומים המגיעים להם במקרה שהעסקה בין הצדדים לא יצאה לפועל. מדובר בבקשת אישור המגלה עילה לכאורה, ומבקשת ההסתלקות עולה כי עיקר המחלוקת בין הצדדים בקשר עם הנטען בבקשת האישור היא משפטית ולא עובדתית (וראשית דבר בשאלה אם הזמנת הרכב באינטרנט מהווה "עסקת מכר מרחוק" כהגדרתה בחוק הגנת הצרכן, אם לאו). במסגרת הסדר ההסתלקות לא רק שלמה תחבורה התחייבה לחדול מן ההתנהגות המפרה – אלא אף לקחה על עצמה לנקוט במדיניות השבת דמי ביטול שמטיבה עם הקבוצה מעבר לקבוע בחוק הגנת הצרכן. מדובר אפוא בתועלת ממשית לקבוצה – שהצדיקה לטעמי להיעתר לסכומי הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. בית המשפט המחוזי אמנם ציין בפסק דינו כי לא שוכנע שההליך אכן הצמיח תועלת לקבוצה, ואולם אמירה זו לא נומקה ולא ברור אפוא מה עומד ביסודה. משכך אציע לחבריי כי נקבל את הערעור בתיק זה, נעתר למבוקש בהסדר ההסתלקות המתוגמלת ונפסוק למערער ולבא כוחו את הסכומים שעליהם המליצו הצדדים – בהיותם סבירים ביחס לתועלת שצמחה מן ההליך (גמול בסך 17,200 ש"ח ושכר טרחה בסך 25,800 ש"ח בצירוף מע"מ).

סוף דבר

37. אם תישמע דעתי, נורה על קבלת הערעור בתיק שלמה תחבורה כמפורט בסעיף 36, ונדחה את הערעורים בתיק סונול, בתיק ספורט ורטהיימר ובתיק פרי גליל. בהעדר התנגדות לערעורים כולם, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

תמים דעים עם חברתי, השופטת ע' ברון, בעיקרו של דבר, בחוות דעתה המקיפה. בשולי דבריה, אציין אך זאת: בפסקה 29 לחוות דעתה מצינת חברתי, כי "משהגיעה הערכאה הדיונית לכלל מסקנה כי יש מקום בנסיבות המקרה הקונקרטי לפטוק גמול ושכר טרחה במסגרת של הסתלקות, יש לעשות כן לאורם של העקרונות המנחים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות". אני מסכים לדברים הללו, גם לדברי חברתי שאין זו "רשימת מכולת" מחייבת, אך זאת בתוספת אחת: סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שעניינו, כזכור, בהסתלקות מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית – מציין שני שיקולים שעל פיהם יכריע בית המשפט בבקשת תובע מייצג או בא כוח מייצג, אם לאשר קבלת טובת הנאה מנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו מבקשה לאישור, או מתובענה ייצוגית, קרי – 'הסתלקות מתוגמלת': (א) קיומה של עילת תביעה לכאורה; (ב) תועלת לחברי הקבוצה. שני השיקולים הללו יפים לא רק לצורך החלטת בית המשפט בגדרי סעיף 16 לחוק, אם לאשר הסתלקות, אלא גם לגבי החלטת בית המשפט להורות על תשלום גמול לתובע המייצג (סעיף 22 לחוק) ולקבוע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג (סעיף 23 לחוק); ואף ביתר שאת: כעקרון, ראויים שני השיקולים הללו שבסעיף 16 למשקל רב יותר בהקשר הנדון מן השיקולים שבסעיפים 22 ו-23.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לפסק-דינה של חברתי ומצטרף להערתו של חברי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן ביום, כ"ד באב התשע"ח (5.8.2018).

תוקן היום, י"א באלול התשע"ח (22.8.2018)

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט