

הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית

אלון קלמנט*

מאמר זה טוען כי שוויו הכלכלי של הסדר פשרה העומד לאישורו של בית-המשפט הוא שוויו הממומש. אף אם במסגרת הסדר הפשרה ניתנת לכל חברי הקבוצה זכות הניתנת למימוש, שווייה של זכות זו הוא אפס לגבי כל חבר קבוצה שלא מימש אותה, גם אם מחירה בשוק חיובי. יתרה מזו, גם אם חבר קבוצה מימש את הזכות, ערכה לגביו אינו שווה למחירה בשוק, אלא נמוך ממחיר זה.

טענות אלה עומדות בניגוד לגישה שנקטו חלק מבתי-המשפט, שלפיה מרגע שחבר בקבוצה קיבל זכות שהוא יכול לממש על-פי רצונו, שווייה לגביו שווה למחיר השוק של אותה זכות, בין אם מימש אותה ובין אם לאו. לפי גישה זו, השאלה אם הזכות מומשה אם לאו אינה רלוונטית לצורך הערכת שוויו הכולל של הסדר הפשרה. מאמר זה מסביר מדוע גישה זו מוטעית מבחינת הערכת שוויו הכלכלי של הסדר הפשרה, ומדוע היא מובילה להעצמתה של בעיית הנציג בפשרה ולסיכול מטרותיה של התובענה הייצוגית. המאמר מציע שתי דרכים להקטנת הפער בין השוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר הפשרה – התניית שכר-הטרח של עורך-הדין בשיעור המימוש של הסדר הפשרה, והגבלת תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" לתובעים שמימשו את זכותם.

מבוא

פרק א: הפער בין שוויו הנחזה של הסדר פשרה לבין שוויו הממומש

1. סעדים כספיים

2. סעדים בעין

3. הפער בין עלות נחזית לעלות ממומשת

* פרופסור-חבר, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לרוני אבישר-שדה, לעמירם בנימיני, לשי לביא, לרות רונן ולמשתתפים בסמינר המחלקתי במרכז הבינתחומי הרצליה על הערותיהם המועילות. כמו-כן אני מודה לירדן שניאור ולמיכל פיננס על עזרתן המצוינת במחקר.

פרק ב: כיצד ראוי להעריך את שוויו של הסדר פשרה – לפי השווי הנחזה או לפי השווי הממומש?

1. שוויו של הסדר הפשרה לגבי מקבל ההטבה אינו מחיר השוק
2. זכויות ואופציות
3. הסתמכות על שוויו הנחזה של הסדר הפשרה מובילה להקטנת שיעור המימוש של ההסדר ולפגיעה במטרות הפיצוי וההרתעה של התובענה הייצוגית

פרק ג: פתרונות אפשריים לפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה

1. קביעת שכר-הטרח והגמול כאחוז משוויו הממומש של ההסדר
2. התניית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש

פרק ד: על היחס בין שווי ממומש בפשרה לשווי התביעה

סיכום

מבוא

פלוני מגיש תובענה ייצוגית נגד חברה אלמונית. לאחר החלפת כתבי הטענות ביניהם הצדדים מגיעים להסדר פשרה, ובית-המשפט נדרש לקבוע אם "ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה המיוצגת", כמצוות סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק). כיצד יעריך בית-המשפט את שוויו של ההסדר?

במאמר קודם עמדתי על הבעייתיות המובנית בפשרה בתובענה ייצוגית, ועל הפתרונות שהחוק מציע כדי להתמודד עם בעייתיות זו.¹ חלק מהנושאים שנידונו באותו מאמר יושמו והורחבו על-ידי כותבים אחרים במאמרים מאוחרים יותר,² וכן בפסקי-דין שניתנו בבית-המשפט העליון ובבית-המשפט המחוזיים.³ עם זאת, נדמה שהבעיה של הערכת שוויו של הסדר פשרה טרם מצאה מענה בספרות ובפסיקה.

- 1 אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 777 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות").
- 2 אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפטים** מג 351, 394–403 (2012); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147 (2011).
- 3 ראו, למשל, ע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט**, פס' 8 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 23.5.2012) (להלן: עניין **רייכרט**); ע"א 1834/07 **קרן נ' פקיד שומה גוש דן**, פס' 15 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.8.2012); רע"א 9167/10 **סמייל טלקום בע"מ נ' Myrna Mandap**, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 26.5.2013) (להלן: פרשת **סמייל**); בר"ם 4303/12 **אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר**, פס' 10 ו-13 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.11.2012); ע"ם 6687/11 **מדינת ישראל נ' אבוטבול**, פס' 18–19 לפסק-דינו של

כפי שהסברתי במאמרי הקודם, הבעייתיות בהערכת שווייה של הפשרה נובעת משני פערים – הפער בין שווי הפשרה לקבוצה לבין עלותה לנתבע, והפער בין שווייה הנחזה של הפשרה לשווייה הממומש. בתי-המשפט שנדרשו להכריע בבקשות לאישור הסדרי פשרה התמקדו בשווייה של הפשרה לקבוצה, וממילא לא התייחסו לפער הראשון – בין השווי לעלות. אולם גם במסגרת שאותה בחנו בתי-המשפט, הם טרם נתנו מענה ברור לשאלה מרכזית הנובעת מהפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הפשרה – מה הוא הבסיס הראוי להערכת שווי של הסדר הפשרה במסגרת החוק? המאמר הנוכחי נותן מענה לשאלה זו.⁴

הפער בין שווי הנחזה של הסדר פשרה, כפי שהצדדים מציגים אותו לביית-המשפט, לבין שווי האמיתי והממומש אינו קיים בתביעה פרטנית. הסכם פשרה בתביעה פרטנית הוא הסכם שהתובע העדיף אותו על המשך ההתדיינות המשפטית, ולכן ברור ששווי של ההסכם לגביו גבוה מן התועלת שתצמח לו מהמשך ההתדיינות בניכוי עלויותיה הצפויות.⁵ נוסף על כך, התובע בתביעה הפרטנית ידאג לממש את זכויותיו מכוח הסדר הפשרה, ואם הנתבעת לא תמלא את התחייבויותיה, יפנה התובע להוצאה לפועל על-מנת לכפות אותה לקיים התחייבויות אלה. מאפיינים אלה אינם מתקיימים בתובענה הייצוגית.

בתובענה הייצוגית הסדר הפשרה נחתם בין התובע ועורך-הדין המייצגים, מצד אחד, לבין הנתבעת, מן הצד האחר. חברי הקבוצה המיוצגת אינם יושבים אל שולחן המשא-ומתן, אף שזכויותיהם הן אלה שבהן סוחרים. על הבעיה הנובעת מכך – היא בעיית הנציג – עמדתי במאמרי הקודם.⁶ תוצאה אחת מבעיית הנציג היא שאין ערובה לכך ששווי של ההסדר לגבי חברי הקבוצה גבוה מהשווי שהם היו מקבלים בתביעה, אף לאחר שקלול הסיכויים והסיכונים הטבועים בה. שווי ההסדר עלול להיות נמוך יותר. תוצאה שנייה היא שאין ערובה לכך שהשווי הנחזה של הסדר הפשרה אכן ימומש למעשה. במקרים רבים שווי הממומש של ההסדר נמוך במידה משמעותית משווי הנחזה.

השופט שהם (פורסם בנבו, 25.12.2012); ת"צ (מחוזי מ"ר) 5731-08-07 **קיכל נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 20 לפסק-דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 31.7.2011); ת"צ (מחוזי י"ם) 9227-07 **אורן נ' קולנוע חדש בע"מ**, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ענבר (פורסם בנבו, 3.5.2010).

4 עיקר המאמר עוסק בפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש. עם זאת, תת-פרק 2א להלן בוחן את הפער הזה גם ביחס לעלות מבחינת הנתבע.

5 אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" **הגישה הכלכלית למשפט** 997, 1012 (אוריאל פרוקצ'ה עורך, 2012).

6 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 782–784. ראו גם את דברי ההסבר לס' 18 בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 ("החשש במקרים אלו הוא מפני קנוניה בין התובע המייצג לבין הנתבע, כך שהתובע המייצג יפיק תועלת אישית מן הפשרה על חשבון חברי הקבוצה").

דוגמות רבות מהסדרי פשרה שאושרו עד כה על-ידי בתי-המשפט ממחישות כי האפשרות לתוצאות אלה אינה תיאורטית, אלא ממשית. כך, למשל, בעניין **אלוני** העריכה חברת בזק כי חבילת השירותים שנתנה בהסדר הפשרה תמומש על-ידי כ-66,000 לקוחות, ולפיכך העריכה בהתאם את שווי הפשרה בסך של **5 מיליון ש"ח**. בפועל מספר המממשים היה נמוך בהרבה, ושווי ההטבות הכולל שמומש היה **580,000 ש"ח בלבד**.⁷ בעניין **ישראלי**, מתוך **164,432** חברים בקופת-החולים מכבי אשר לא הייתה להם הוראת-קבע, ולפיכך נדרשו לפנות למשרדי הקופה כדי לקבל את הפיצוי שנפסק להם בהסדר הפשרה, פנו רק **12** חברים למימוש זכותם.⁸ בעניין **סגל-לוי**, מתוך **15 מיליון ש"ח** ערך נקוב של אגרות-חוב שהוצעו לחברי הקבוצה המיוצגת התקבלו רק **53** הזמנות לרכישתן, בערך נקוב של כ-**1 מיליון ש"ח בלבד**.⁹ בעניין **קורדנוב**, מתוך הטבות שעלותן הכוללת הוערכה בהסדר הפשרה בכ-**2 מיליון ש"ח**, מומשו הנחות בסך כולל של **575,000 ש"ח בלבד**.¹⁰ בעניין **דניאל נ' פרטנר** העריכה המשיבה את שווי ההטבות שניתנו על-ידיה בהסדר הפשרה בסך של **13,435,800 ש"ח**, אולם בדיעבד התברר כי שיעור הניצול של השוברים עמד על **19.32%** מהשוברים, ששוויים היה כ-**3.1 מיליון ש"ח בלבד**.¹¹ לבסוף, בעניין **פלזנר נ' הוט** הוערכו ההטבות שניתנו על-ידי חברת הוט במסגרת הסדר הפשרה בסך של **4.75 מיליון ש"ח**, אך בדיעבד התברר כי רק **1,728** לקוחות מימשו את זכותם להטבות, בשווי כולל של כ-**12,000 ש"ח**.¹² דוגמות אלה מצביעות על פער עצום בין שוויים המוערך מראש של הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות לבין השווי שממומש למעשה, בדיעבד. אחוזי המימוש נמוכים, ויש מקרים שבהם הם **עומדים על פחות מ-1%**!

מאמר זה טוען כי שווי הכלכלי של הסדר פשרה העומד לאישורו של בית-המשפט הוא שווי הממומש. אף אם במסגרת הסדר הפשרה ניתנת לכל חברי הקבוצה זכות

7 רע"א 4467/10 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' אלוני** (פורסם בנבו, 2.3.2014) (להלן: **עניין אלוני**).

8 ת"צ (מחוזי ת"א) 2786-07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ** (פורסם בנבו, 27.12.2012) (להלן: **עניין ישראלי**).

9 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 43859-08-13 **סגל-לוי ייזום ונכסים בע"מ נ' כור תעשיות בע"מ** (פורסם בנבו, 9.1.2014) (להלן: **עניין סגל-לוי**) וכן הודעה שהעבירה חברת השקעות דיסקונט (המשיבה השנייה באותו עניין) לרשות ניירות-ערך ולבורסה, ביום 31.3.2014, בדבר תוצאות הצעה על-פי דוח הצעת מדף מיום 5.3.2014.

10 ת"צ (מחוזי ת"א) 688-10-10 **קורדנוב נ' ניר-פארם דראגסטורס בע"מ** (פורסם בנבו, 27.5.2013) (להלן: **עניין קורדנוב**).

11 ת"א (מחוזי י"ם) 2168/08 **דניאל נ' פרטנר תקשורת בע"מ** (החלטת אישור הפשרה ניתנה ביום 4.4.2013, נתוני המימוש על-פי תצהיר סמנכ"ל קמעונאות בפרטנר מיום 23.9.2014). יש לציין כי הסדר הפשרה כלל, נוסף על ההטבה ללקוחות, גם תרומה בסך של **1 מיליון ש"ח**.

12 ת"צ (מחוזי מ"ר) 5028-12-08 **פלזנר נ' מת"ב – מערכות תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 20.5.2011) (להלן: **עניין פלזנר**) וכן תצהיר שהוגש לבית-המשפט על-ידי הרצל עוזר, מנכ"ל הוט, ביום 10.9.2012, בדבר מימוש ההטבות על-פי פסק-הדין.

הנחתת למימוש, שווייה של זכות זו הוא אפס לגבי כל חבר קבוצה שלא מימש אותה, גם אם מחירה בשוק חיובי.¹³ יתרה מזו, שווייה של הזכות לגבי חבר קבוצה שמימש אותה אינו שווה למחירה בשוק, אלא נמוך ממחיר זה.

טענות אלה עומדות בניגוד לגישה שנקטו חלק מבתי-המשפט, שלפיה מרגע שחבר בקבוצה קיבל זכות שהוא יכול לממשה על-פי רצונו, שווייה לגביו שווה למחיר השוק של אותה זכות, בין אם מימש אותה ובין אם לאו.¹⁴ לפי גישה זו, השאלה אם הזכות מומשה אם לא אינה רלוונטית לצורך הערכת שוויי הכולל של הסדר הפשרה. מאמר זה מסביר מדוע גישה זו מוטעית מבחינת הערכת שוויי הכלכלי של הסדר הפשרה, ומדוע היא מובילה להעצמתה של בעיית הנציג בפשרה ולסיכול מטרותיה של התובענה הייצוגית.¹⁵

המאמר ממשיך כדלקמן: פרק א מציג את הפער בין שוויי הנחזה של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית לבין שוויי הממומש, תוך הבחנה בין הסדר המעניק סעד כספי לבין הסדר המעניק סעד בעין. פרק ב מציג את הטענה כי השווי שלפיו יש להעריך הסדר פשרה הוא השווי הממומש, ולא השווי הנחזה. פרק ג מציג גם את ההבחנה בין זכות, אשר שווייה ודאי במועד אישורו של ההסדר, לבין אופציה, ששווייה תלוי בהתרחשויות עתידיות. הטענה לגבי הערכת שוויי של הסדר הפשרה מסויגת כאשר ההסדר מקנה אופציה התלויה בהתרחשויות עתידיות, כפי שמוסבר בפרק. פרק ג מציג שני פתרונות אפשריים לפער בין שוויי הנחזה לשוויי הממומש של הסדר הפשרה – התניית שכר-הטרח של עורך-הדין במימוש, והתניית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש. הפרק בוחן כל אחד מפתרונות אלה, ומציג את יתרונותיו כמו-גם את מגבלותיו. פרק ד בוחן שאלה נוספת, והיא כיצד יש להתייחס לשוויי הממומש של פסק-דין שהיה ניתן לאחר התדיינות משפטית מלאה, כאשר בוחנים את שוויי הממומש של הסדר הפשרה. הפרק האחרון מסכם.

פרק א: הפער בין שוויי הנחזה של הסדר פשרה לבין שוויי הממומש

בפרק זה אציג את הפער בין שוויי הנחזה של הסדר פשרה לבין שוויי הממומש, ואת הגורמים השונים לפער זה. בפרק זה איני טוען עדיין כי הדרך הנכונה להערכת

13 טענה זו כפופה לסייג הנובע מההבחנה בין זכות לבין אופציה, אשר תידון בתת-פרק 22 להלן.

14 ראו דיון להלן בחלקו הכללי של פרק ב.

15 ראו דיון להלן בתת-פרק 33. ראו גם ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, המפרט את מטרות החוק, ביניהן אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, וכן ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

שווי של הסדר פשרה היא לבחון את שווי הממומש. את הטענה הזו אטען בפרק הבא.

את הסעדים הניתנים בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות¹⁶ ניתן לחלק לשלוש קבוצות: סעדים שניתנים לחברי הקבוצה באופן אוטומטי, ללא צורך בדרישה מצידם; סעדים שניתנים לחברי הקבוצה לאחר דרישה; וסעדים שניתנים לצד שלישי. בכל אחת מהקטגוריות הללו הסעד יכול להיות כספי או בעין.¹⁷ נוסף על כך ייתכן שהפשרה תקבע סעד אקוויטבילי שבמסגרתו הנתבע מתחייב לעשות פעולה מסוימת או להימנע ממנה. במסגרת מאמר זה לא אדון בסעדים מן הסוג האחרון, אשר הערכת שוויים בעייתית ללא קשר לתובענה הייצוגית ולמאפייניה.¹⁸

טבלה 1 מדגימה כל אחד מסוגי הסעדים שעשויים להינתן בפשרה בתובענה ייצוגית.

16 כל הסעדים המפורטים בפסקה עשויים להינתן גם בפסק-דין. האפשרות לתת במסגרת פסק-דין סעד שאינו כספי קבוצה בס' 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, וס' 19(ד)(1) מאפשר לבית-המשפט לקבוע הוראות מכוח ס' 20(ג) גם בפשרה. לפסק-דין שקבע סעד שאינו כספי לטובת צד שלישי ראוי, למשל, ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עובדון ראבי, פס' 60 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011), שם נפסק כי הנתבעת תעניק פיצוי בדמות חלוקת מוצרי חלב לנזקקים, משום שאיתורם של חברי הקבוצה אינו אפשרי. לדיון בבעייתיות הנובעת ממתן סעדים אלה בפסק-דין ראו להלן תת-פרק 2א.

17 במאמרי הקודם חילקתי את הסעדים הניתנים בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות באופן שונה במקצת: סעד כספי שניתן לחברי הקבוצה באופן אוטומטי, ללא צורך בדרישה שלהם; סעד כספי שניתן לחברי הקבוצה לאחר דרישה; סעד כספי שהנתבע מתחייב לשלם לצד שלישי; סעד בעין שהנתבע מתחייב לתת לחברי הקבוצה; וסעד אקוויטבילי שבמסגרתו הנתבע מתחייב לעשות פעולה מסוימת או להימנע ממנה. ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 792–795.

18 במקרים רבים אי-אפשר לאתר את חברי הקבוצה שנפגעו מפעולתו או ממחדלו של הנתבע, ולכן הסעד שניתן בהסדר הפשרה ניתן לקבוצה שחבריה אינם בהכרח חברי הקבוצה המיוצגת בתובענה. כאשר אי-אפשר לאתר את חברי הקבוצה המיוצגת, אין חפיפה מלאה בינם לבין הנהנים מהסדר הפשרה. על בית-המשפט להשתדל להגיע לחפיפה מרבית בין הקבוצות, אולם במסגרת מאמר זה איני דן באמצעים לעשות זאת. לפיכך בכל מקום שבו המאמר מתייחס לסעד שניתן לחברי הקבוצה, ההתייחסות היא לחברי הקבוצה הנהנית מהסעד. הרברים חלים בין שהחפיפה בין חברי הקבוצה המיוצגת לבין חברי הקבוצה הנהנית היא מלאה ובין שהיא חלקית. בתת-פרק 2ג, הדן בתחולתו של כלל "מעשה בית-דין" על חברי הקבוצה, אני חוזר להבחנה בין שתי הקבוצות. ראו ס' 19(ג) לחוק תובענות ייצוגיות וכן דיון במאמרי הקודם – קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 796–797. ראו גם: AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION § 3.07 (2010) (להלן: ALI).

טבלה 1: סוגי הסעדים האפשריים בפשרה בתובענה ייצוגית

סעד אוטומטי	סעד על-פי דרישה	סעד לצד שלישי
סעד כספי	ביטול החיוב והתשלום על פיגורים בגינו; ¹⁹ השבה של גביית-יתר; ²⁰ זיכוי חד-פעמי אוטומטי לחשבון הבנק ²¹	העברת פיצוי כספי לצד ג' ²³
סעד בעין	מתן שירות ללא תשלום ²⁴	תרומה של מוצרי צריכה לצד ג' ²⁸
	חלוקת כרטיסי חיוג; ²⁵ מתן חבילת שירותים; ²⁶ הנחה ברכישה או בהתקנה ²⁷	

19 ת"צ (מחוזי מ"ר) 47395-11-10 מינוף ויזמות בע"מ נ' דרך ארץ הייוויז (1997) בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.2013) (להלן: פרשת מינוף ויזמות בע"מ).

20 ת"צ (מחוזי מ"ר) 7298-07-11 הלמן נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2014); ת"א (מחוזי ת"א) 1793/07 מורבר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.2013); ת"צ (מחוזי מ"ר) 5270-07-08 סוסתיאל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 19.1.2011) (להלן: עניין סוסתיאל); ת"צ (מחוזי ת"א) 30284-01-10 דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.2013) (להלן: עניין דבוש); ת"צ (מחוזי י"ם) 3118-09 סבו נ' חברת דיסקונט השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.2013) (להלן: עניין סבו); ת"צ (מחוזי מ"ר) 33359-06-12 זבידה נ' בית החולים בילינסון (פורסם בנבו, 7.11.2013);

21 ת"צ (מחוזי ת"א) 21549-05-11 שטרסר נ' עיריית נס ציונה (פורסם בנבו, 16.1.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 19092-12-10 אלכסנדר נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 44211-05-10 כהן נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2014) (להלן: עניין כהן).

22 ת"צ (מחוזי ת"א) 38109-01-10 פלד נ' עיריית חוד השרון (פורסם בנבו, 23.6.2013); ת"צ (מחוזי חי') 13514-09-09 כהן נ' סאן הצפון יזום ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 10.4.2013); ת"צ (מחוזי חי') 11010-04-12 רנד בלוק נ' צמנטל ניהול נכסים בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2014).

23 ת"צ (מחוזי מ"ר) 39086-10-11 בשן נ' סנו – מפעלי ברונוס בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.2014) (להלן: פרשת בשן); פרשת מינוף ויזמות בע"מ, לעיל ה"ש 19; ת"צ (מחוזי ת"א) 1475-08 גולדשטיין נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.2014) (להלן: פרשת גולדשטיין); ת"צ (מחוזי מ"ר) 1062-10-07 מ' א' נ' Ely Lilly & Co. (פורסם בפדאור, 22.5.2012); ת"צ (מחוזי מ"ר) 45864-06-13 סוקולובסקי נ' איזובר בתי קפה בע"מ (פורסם בנבו, 4.12.2013); ת"צ (מחוזי מ"ר) 3725-04-12 מגן נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 2223-07 בכרך נ' Glaxo Smith Puerto Rinc Inc (פורסם בנבו, 10.6.2013); ת"צ (מחוזי מ"ר) 59842-06-13 קנטור נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2014); ת"צ (מחוזי מ"ר) 21626-10-11 גולן נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 10.7.2013) (להלן: עניין גולן); ת"א (מחוזי ת"א) 2084-07 ורון נ' חב' HERBAMED (פורסם בנבו, 30.11.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 11841-02-10 סבח נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 10.10.2012); ת"א (מחוזי ת"א) 2242-08 פרלמן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 25.4.2013); ת"צ (מחוזי י"ם) 8869-03-12 אהרון נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 10.2.2014).

24 פרשת גולדשטיין, שם; ת"צ (מחוזי מ"ר) 17466-12-09 גינר נ' מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2013); ת"צ (מחוזי י"ם) 24764-09-12 וקסלר נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.2014).

25 פרשת סמייל, לעיל ה"ש 3.

המקור לפער בין שוויי הנחזה לשוויי הממומש של סעדים כספיים נעוץ בכך שהנתבע אינו נדרש להוציא מכיסו את מלוא הסכום שהוא התחייב לכאורה לשלם בהסדר הפשרה. ניתוחו של פער זה הוא פשוט, ולכן אתחיל בו. לאחר-מכן אעבור לדון בפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של סעדים בעין הניתנים בהסדר פשרה – פער שניתוחו מורכב יותר.

1. סעדים כספיים

מדוע אין פער בין שוויי הנחזה לשוויי הממומש של סעד כספי שניתן בפשרה בתביעה פרטנית? התשובה ברורה – התובע, אשר זכאי לסעד, מוודא שפסק-הדין המאשר את הפשרה יוצא מן הכוח אל הפועל. אם הנתבע התחייב בהסדר הפשרה לשלם לתובע סך של 100 ש"ח, לא ישקוט התובע עד שיקבל לידי את הסכום הזה.²⁶ בתובענה הייצוגית, לעומת זאת, לא תמיד יש מי שידאג להוצאתו לפועל של פסק-הדין. הדברים נכונים בעיקר אם עורך-הדין והתובע המייצגים קיבלו את שכר-טרחתם מייד עם אישורו של ההסדר על-ידי בית-המשפט, ואין להם שום אינטרס נוסף בהוצאתו לפועל. אולם גם אם הם מעוניינים בהוצאתו לפועל של פסק-הדין, חברי הקבוצה אשר אמורים לקבל את הסעד לא תמיד ידעו כי הסעד מגיע להם, וגם אם ידעו על כך, הם לא תמיד יממשו אותו. הבעיה קלה ביותר כאשר מדובר בסעד כספי שמשולם לחברי הקבוצה ללא צורך בדרישה. זה המצב, למשל, אם הנתבע הוא בנק אשר התחייב לזפות את חשבוננו של כל אחד מלקוחותיו בסכום מסוים באופן אוטומטי. בהנחה שהבנק קיים את התחייבותו, שוויי הממומש של הסדר הפשרה שווה לשוויי הנחזה, ושניהם שווים לסך הסכומים שבהם זיכה הבנק את חשבונותיהם של לקוחותיו. המימוש האוטומטי בא במקום הליך ההוצאה לפועל בהליך הפרטני, והוא מצמצם את הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש באופן מרבי. למרות זאת, פער זה יכול עדיין להתקיים, משום שייתכן שחלק מחברי הקבוצה כבר אינם לקוחות של הבנק. באופן כללי יותר, ייתכן שזיכויים

26 רע"א 4467/10 בנק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' אלוני (פורסם בנבו, 17.4.2013); ת"צ (מחוזי מר') 24865-05-11 פרמינגר נ' חברת סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2013).

27 רע"א 2362/08 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 14.12.2011); פרשת בשן, לעיל ה"ש 23; ת"צ (מחוזי מר') 1988-06-10 קובובסקי נ' שירביט חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.2013); ת"צ (מחוזי מר') 42344-12-10 קרשובר נ' מאיר חב למכונות ומשאיות בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2013); ת"צ (מחוזי מר') 12353-02-11 נתיב נ' פרוגרס תורס נסיעות ותיירות (1984) בע"מ (פורסם בנבו, 18.3.2013).

28 ע"א 7615/11 גלבע נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו, 16.12.2012); ת"צ (מחוזי מר') 28848-02-12 גולדברג נ' גליקסמן שיווק ביצים (1994) בע"מ (פורסם בנבו, 3.10.2013); ת"צ (מחוזי חי') 27133-07-13 סמל נ' מילקו תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 10.4.2014); ת"צ (מחוזי מר') 30112-07-11 בקר נ' מאפיית רומן בע"מ (פורסם בנבו, 4.11.2013); ת"צ (מחוזי מר') 24033-02-13 ארגס נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 7.4.2014).

29 בכפוף, כמובן, ליכולת לגבות את הסכום מן הנתבע.

האוטומטי של חלק מחברי הקבוצה בסעד הכספי אינו אפשרי, ואז ייווצר פער בין השווי הנחזה לשווי הממומש.

כאשר מדובר בסעד כספי אשר משולם לחברי הקבוצה על-פי דרישתם, החשש מפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש גדול יותר. הסיבה פשוטה – קיימים מחסומים רבים שעלולים למנוע חבר קבוצה מלממש את זכותו. ראשית, חבר הקבוצה עלול לא לדעת על זכותו, ואז הוא ממילא לא יממשה. שנית, אף אם חבר הקבוצה יודע על זכותו, דרישתו עלולה להיות כרוכה בעלות. כך הדבר, למשל, אם חבר הקבוצה צריך למלא טפסים, לחתום על תצהיר, לגבות את דרישתו במסמכים או להעביר את דרישתו באופן, במקום ובזמן שאינם נוחים לו. מובן שלנתבע יש אינטרס להגדיל עלויות אלה, וכך להקטין את אחוז חברי הקבוצה שיממשו את זכותם. לכן החשש מקיומם של מחסומים כאלה ומקשיים משמעותיים במימוש הוא חשש אמיתי ומעשי, ולא תיאורטי בלבד.³⁰

כתוצאה מהמחסומים הללו נוצר פער בין השווי הנחזה של הסדר הפשרה לבין שווי הממומש. במועד הבקשה לאישור הסדר הפשרה הצדדים מציגים לבית-המשפט את שווי ה"מרב" של הסדר הפשרה. זהו שווי הסעד הכספי הניתן לכל חבר קבוצה מוכפל במספר חברי הקבוצה הזכאים לו. למעשה, רק חלק מחברי הקבוצה מממשים את זכותם, ולכן שווי הממומש של הסדר הפשרה נמוך יותר.³¹

לבסוף, גם כאשר הסדר הפשרה קובע סעד כספי שהנתבע מתחייב לשלם לצד שלישי, עלול להיות פער בין השווי הנחזה לבין השווי הממומש. ראשית, ייתכן שהנתבע לא יעביר כלל את הסעד למרות התחייבותו. אפשרות כזו קיימת, למשל, כאשר הצד השלישי אינו מיוודע בדבר הזכות שנקבעה לו בהסדר הפשרה.³² אף אם הוא מיוודע בדבר זכותו זו, ייתכן שהוא ימנע מלדרוש את מימושה – במלואה או בחלקה – מפאת רצונו לקבל סכומים נוספים בעתיד או כתוצאה מכך שהוא אינו משכיל לעקוב אחר העברת הסכומים אליו. הפער נעשה גדול יותר כאשר הסדר הפשרה אינו נוקב את שמו של מי

30 ראו, לדוגמה, עניין **ישראלי**, לעיל ה"ש 8. הסדר הפשרה שהושג באותו עניין קבע כי קופת-החולים מכבי תשיב לחבריה סכומים שגבתה ביתר. לגבי חברים שיש להם הוראת-קבע הוחלט כי הפיצוי ייעשה אוטומטית, ואילו לגבי חברים שאין להם הוראת-קבע נקבע מנגנון השבה שהצריך פנייה יוזמה של חברי הקבוצה המיוצגת לקופה. מחוות-דעת של בודק, שהוגשה לאחר שלב הביצוע של התחייבויות הנתבעת לפי ההסדר, עלה כי מתוך 164,432 חברי הנתבעת אשר לא הייתה להם הוראת-קבע, ועל-כן לא היה אפשר לזכותם באופן אוטומטי, פנו לקופה רק 12 חברים (!) לשם השבת הסכומים שנגבו מהם ביתר ואשר הנתבעת הסכימה להשיבם. ראו גם את הדוגמות המובאות להלן ליד ה"ש 7–12.

31 ראו: BARBARA J. ROTHSTEIN & THOMAS E. WILLGING, *MANAGING CLASS ACTION LITIGATION: A POCKET GUIDE FOR JUDGES* 31–33 (Federal Judicial Center, 3rd ed. (2010).

32 Gail Hillebrand & Daniel Torrence, *Claims Procedures in Large Consumer Class Actions and Equitable Distribution of Benefits*, 28 SANTA CLARA L. REV. 747, 761 (1988) וההפניות המובאות שם.

שאמור לקבל את סכום הפשרה, ומותיר את זהותו לקביעה על-ידי הצדדים במועד מאוחר.³³

שנית, אף אם הסכום מועבר ליעדו, ייתכן פער בין השווי הנחזה לשווי הממומש, הנובע מכך שהנתבע כבר התחייב בעבר להעביר אותו סכום, כולו או חלקו, לאותו יעד, ללא קשר לתובענה הייצוגית.³⁴ המקור להתחייבות כזו עשוי להיות רצוני, במסגרת תרומה קודמת של הנתבע לאותו יעד,³⁵ או בלתי-רצוני, במסגרת תובענה ייצוגית קודמת.³⁶ בשני המקרים שוויו הממומש של הסדר הפשרה נמוך משוויו הנחזה, המוצג

33 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מ"ר) 6788-03-09 **ניסן נ' סלקום ישראל בע"מ**, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת גרסטל (פורסם בנבו, 21.4.2010) (להלן: **עניין ניסן**) (שם אושרה הסתלקות על בסיס ההסכמה שהמשיבות יעבירו סך של 600,000 ש"ח ללא ציון הגוף שיזכה בהעברה); ת"צ (מחוזי מ"ר) 24840-05-10 **לוי נ' סלקום ישראל בע"מ**, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 22.5.2012) (שם אישר בית-המשפט הסכם פשרה שלפיו המשיבה תעביר פיצוי בסך 450,000 ש"ח לגוף שזהותו תוסכם בין הצדדים ותובא לאישור בית-המשפט); ת"צ (מחוזי מ"ר) 2853-11-08 **סטארקיסט פודור בע"מ נ' שפירא**, פס' 3 ו-10 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם בפדאור, 14.9.2012) (שם נפסק כי הנתבעת תעביר את הפיצוי לעמותות לפי בחירתה, ובלבד שהן עוסקות בהענקת סעד ותרומות מזון לנזקקים ומצוידות באישור ניהול תקין).

34 לדין בבעייתיות הנוצרת בהעברת הכספים לצד שלישי ראו גם ת"צ (מחוזי מ"ר) 22236-07-11 **שרירי נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ**, פס' 10 להחלטתו של השופט ענבר (פורסם בנבו, 16.9.2014) (להלן: **עניין שרירי**); פרשת **מינוף ויזמות בע"מ**, לעיל ה"ש 19, פס' 26–29 לפסק-דינה של השופטת שטמר.

35 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מ"ר) 2335-07 **לזר נ' שטראוס מחלבות בע"מ**, פס' 11 לפסק-דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 18.2.2010) (בהסכם הפשרה לא נקבעו עמותות ספציפיות שאלהן יועבר הפיצוי, ובהודעה מאוחרת הודיעו הצדדים על העברת הפיצוי לידי עמותת "לתת", שבה שטראוס תומכת באופן שוטף); **עניין ניסן**, לעיל ה"ש 33, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת גרסטל (נפסקה תרומה מבלי שפורטו הגופים ומבלי שנקבע מנגנון פיקוח, ובהודעה מוסכמת בדבר תוכנית הפיצוי בהתאם לבקשת ההסתלקות הודיעו הצדדים כי מחצית התרומה תועבר לעמותת "עזר מציון", שבה סלקום תומכת באופן שוטף); **עניין סוסתאל**, לעיל ה"ש 20, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת שטמר (נפסק כי יתרת הכספים שלא נפדו יועברו על-ידי הסתדרות העובדים הכללית החדשה כתרומה לתנועת הנוער העובד והלומד, שבה הסתדרות העובדים תומכת ממילא למן הקמתה).

36 הן בת"צ (מחוזי מ"ר) 34556-04-10 **גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 11.7.2013), והן בעניין **גולן**, לעיל ה"ש 23, פס' 4 ו-9 לפסק-דינה של השופטת שטמר, ניתן הסעד לעמותות "צימאון" ו"פעמונים". כמו-כן, בת"צ (מחוזי מ"ר) 4066/10 **אביעם נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 23.4.2013) הודיעה חברת פלאפון לבית-המשפט המחוזי בירושלים כי ביצעה הסדר פשרה שלפיו העבירה סעד, בין היתר, לעמותת "צימאון". נוסף על כך, בת"צ (מחוזי מ"ר) 30752-03-11 **אינוגריטי נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, פס' 54 לפסק-דינה של השופטת נד"ב (פורסם בנבו, 2.6.2013), אישר בית-המשפט המחוזי כי תינתן תרומה לעמותות "צעדים קטנים", שהיא אחת מהעמותות אשר להן תרומה פלאפון בעניין **אביעם**, לעיל. ראו גם ת"צ (מחוזי מ"ר) 34557-11-09 **אלדובי נ' פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 8.5.2011), שבו אושר הסדר פשרה שלפיו תתרום הנתבעת מלגות בסך 800,000 ש"ח לקרנות המצוינות בהסדר, וכן ת"צ (שלום פ"ת) 1173-06-10 **אי.אר.אמ. טכנולוגיות בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 7 ו-11

לבית-המשפט כשווי הסכום שיועבר. לבסוף, ייתכן שהסכום אכן מועבר ליעדו, ללא התחייבות קודמת של הנתבע, אולם הנתבע זוכה כתוצאה מכך בטובת-הנאה המפחיתות את עלותו האמיתית של ההסדר מבחינתו.³⁷ כך קורה, למשל, כאשר הנתבע מתחייב להעביר את הסכום הכספי כתרומה למוסד אשר בעקבות זאת צורך שירותים ונכסים הניתנים על-ידי אותו נתבע.³⁸ כך עלולה להיווצר דלת מסתובבת, שבה הנתבע מוציא מכיסו בצד אחד ומכניס לכיסו בצד האחר. עלותו הנחזית של ההסדר נמוכה מעלותו הממומשת, ולעיתים גם שוויו למקבל נמוך יותר, בגין התחייבותו (המשתמעת) לקבל שירותים ונכסים דווקא מהנתבע, במחיר שעלול להיות גבוה ממחירם בשוק.³⁹ לסיכום חלק זה, כאשר הסדר הפשרה קובע סעד כספי, עלול להיווצר פער בין שוויו הנחזה לבין שוויו האמיתי והממומש. החשש מפער זה גדול בעיקר כאשר הסעד הכספי ניתן לחברי הקבוצה על-פי דרישתם או כאשר הוא ניתן לגורם שלישי.

2. סעדים בעין

הסדר הפשרה עשוי לנקוט דרך של סעדים בעין במקום סעדים כספיים. סעדים בעין, כמו סעדים כספיים, עשויים להיות מועברים לחברי הקבוצה ללא דרישה, לחברי הקבוצה לפי דרישה או לחלופין לצד שלישי. לפיכך כל הגורמים שצוינו לעיל לפער בין שוויו הנחזה של הסדר הפשרה הכספי לשוויו האמיתי הממומש חלים גם ביחס להסדר פשרה

לפסק-דינו של השופט שוורץ (פורסם בנבו, 31.1.2013), שבו אושר סכום זהה למלגות לאותן קרנות. יש להדגיש כי ייתכן שבכל אחד מהמקרים הללו הסכומים שהועברו בכל תביעה היתוספו על הסכומים שכבר הועברו במסגרת התביעה הקודמת. עם זאת, הזהות ביעדי ההעברות ובסכומיהן מעוררת חשש שמא מדובר באותן העברות.

37 ראו עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 34, פס' 10 להחלטתו של השופט ענבר (במסגרת דיון בבעייתיות שבהעברת הפיצוי כתרומה לציבור נאמר, בין היתר: "הצדדים ובאי כוחם עשויים להשתמש במתן התרומה כפלטפורמה לקידום אג'נדות פרטיות שלהם ולהאדרת שמם, תוך הצנעת העובדה שאין מדובר כלל בתרומה פילנתרופית שלהם, כי אם בפיצוי לטובת הציבור השייך, למעשה, לחברי הקבוצה המיוצגת. בנוסף, כאשר מדובר בתרומת מוצרים, אף מפיקים הנתבע או הנתבעת... תועלת פרסומית ושיווקית").

38 ת"צ (מחוזי ת"א) 11207-03-11 **גילמן נ' Johnson & Johnson** (פורסם בנבו, 5.12.2013) (שם נפסק כי ככל שתיוותר יתרה לאחר שבע שנים מיום אישורו של הסדר הפשרה, יועבר הסכום כתרומה למחלקות שיקום בבתי-חולים בפריפריה, שחלקם עשויים להיות לקוחותיה של ג'ונסון אנד ג'ונסון).

39 לאחרונה הוגשה הצעת חוק פרטית על-ידי חברת-הכנסת עדי קול, בשיתוף עם הקליניקה לתובענות ייצוגיות, שלפיה יורה בית-המשפט כי יתרת הכספים שנפסקו כסעד לטובת הקבוצה ולא חולקו יועברו לקרן שתקום מכוח החוק. ראו ס' 4(1) להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ד-2014, פ/2409/19. הצעה זו מיועדת לפתור את הבעיות השונות שפורטו לעיל, בעיקר בדרך של הפרדה בין הצדדים (ובעיקר הנתבע) לבין הקרן המקבלת את הכספים. אולם עד למועד שבו יעבור החוק, אם יעבור, על בית-המשפט לתת פתרונות לבעיות שתוארו לעיל.

הקובע סעדים בעין. אולם ביחס לסעדים בעין יש גורמים נוספים המגדילים את הפער.⁴⁰

לפני שאדון בסעדים בעין, אציין כי תיתכן גישה שלפיה יש לצמצם את השימוש בסעדים כאלה בהסדרי פשרה, כדי לצמצם את הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר הפשרה, כמו־גם את הפער בין עלות ההסדר לנתבע לבין תועלתו לקבוצה המיוצגת. אומנם, סעיף 20(ג) לחוק מאפשר מתן סעדים בעין במקום סעד כספי כאשר מתן הסעד הכספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין. אולם ניתן לנסות לצמצם את השימוש בסעדים בעין ככל האפשר. כנגד גישה זו יש לציין כי קיימים נימוקים המצדיקים שימוש בסעדים בעין כאשר אלה מובילים לתוצאה יעילה, הנובעת מהפער בין עלות הסעדים הללו לנתבע לבין תועלתם לקבוצה המיוצגת.⁴¹ מכל מקום, במאמר זה אניח שהשימוש בסעדים בעין במקום בפיצוי כספי אכן נעשה במקרים מסוימים, ואבחן את ההשלכות שיש לכך על הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר הפשרה. כאמור, ככל שבית־המשפט מעוניין בהקטנתו של פער זה, כמו־גם בהקטנת הפער בין שווי ההסדר לבין עלותו לנתבע, שימוש בסעדים כספיים יסייע ככלל בהשגת מטרות אלה. עם זאת, בפרק ד אדון בקצרה במקרים שבהם דווקא שימוש בסעדים בעין עשוי להוביל להרתעה מדויקת ויעילה יותר מאשר סעדים כספיים.

כדי להבין את הגורמים לפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של סעדים בעין, אתייחס למקרה שבו הסעד ניתן לחברי הקבוצה באופן אוטומטי ללא צורך בדרישה. כאמור לעיל, כאשר הסעד הוא כספי ומועבר לחברי הקבוצה ללא צורך בדרישה, החשש מפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש הוא הקטן ביותר. נניח, אם כן, שבמקום תשלום כספי הנתבע מתחייב להעביר לכל אחד מחברי הקבוצה שובר הנחה למוצריו. נניח גם ששובר ההנחה אכן נשלח לכל חבר בקבוצה. על־פי האמור בהסדר הפשרה, השובר מקנה לכל חבר בקבוצה זכות לרכוש מוצר שמחירו בשוק 100 ש"ח במחיר 75 ש"ח בלבד.

לכאורה, שווי של הסדר הפשרה שווה למספר חברי הקבוצה שקיבלו את שובר ההנחה מוכפל בהנחה בסך 25 ש"ח שניתנה להם. אם נניח, למשל, שיש 100,000 חברים

40 למיטב ידיעתי, הניתוח היחיד של שאלה זו בישראל נעשה בחוות־דעת בודק שהגיש ד"ר עדי אייל בעניין פלונר, לעיל ה"ש 12, פס' 21 לפסק־דינה של השופטת שטמר. ד"ר אייל נוגע בחוות־דעתו בחלק מהנקודות העולות כאן, ובפרט ביחס בין השווי הממומש לשווי הנחזה לגבי חברי קבוצה שמימשו את הזכות שניתנה להם. מעניין שבית־המשפט דחה את טענתו המרכזית של ד"ר אייל, ופסק כי אין דרך ראויה להעמיד את הנזק על סכום מסוים אלא באמצעות הערכה. בית־המשפט קבע כי מקום שניתן פיצוי ממשי ואמיתי לקבוצה גדולה של תובעים, מקום שאין הם נדרשים לשום פעולה מיוחדת לשם מימוש הפיצוי והוא ניתן בקלות רבה, ומקום שהעלות לנתבע משמעותית – נדמה שאין מקום להידרש להשוואה מדויקת יותר, שעלולה להביא לידי כך שלא יהיה אפשר להגיע לכלל הסדרים בתחום זה.

41 Geoffrey P. Miller & Lori S. Singer, *Nonpecuniary Class Action Settlements*, 60(4) LAW & 41 CONTEMP. PROB. 97, 112–118 (1997).

בקבוצה, שוויו הנחזה של הסדר הפשרה הוא 2.5 מיליון ש"ח. אולם למעשה, השווי הממומש עלול להיות נמוך בהרבה.⁴²

הסיבה הראשונה לכך ששווי הממומש של הסדר הפשרה עלול להיות נמוך מ-2.5 מיליון ש"ח היא שלא כל 100,000 חברי הקבוצה יעשו שימוש בשובר שקיבלו. חלקם אינם זקוקים למוצר, וחלקם אינם מעוניינים להוציא 75 ש"ח ברכישתו. שוויו הממומש של הסדר הפשרה שווה לכל-היותר לשווי השוק של ההטבה מוכפל במספר החברים שמימשו אותה. נניח, אם כן, שרק 20,000 חברי קבוצה עשו שימוש בשובר. האם שוויו הממומש של הסדר הפשרה הוא ½ מיליון ש"ח? גם כאן התשובה שלילית.

מהו שווייה של ההטבה לגבי חבר קבוצה שמימש אותה? חבר הקבוצה קיבל מוצר שאותו היה יכול לרכוש במחיר שוק של 100 ש"ח, ושילם בעבורו 75 ש"ח. לכן הערך שקיבל שווה 25 ש"ח לכל-היותר. אולם זהו הערך המרבי שקיבל, בתנאי שהיה רוכש ממילא את המוצר. זה אכן המצב אם שוויו של המוצר לגבי אותו חבר קבוצה גבוה מ-100 ש"ח. אולם מה אם שוויו של המוצר לגביו נמוך מ-100 ש"ח? מה אם שוויו לגביו הוא 80 ש"ח, למשל? במקרה כזה השווי שקיבל הוא 80 ש"ח בניכוי המחיר ששילם (75 ש"ח), כלומר, 5 ש"ח בלבד! לפיכך שווייה של ההטבה לגבי חבר קבוצה שמימש אותה עומד על 25 ש"ח לכל-היותר אולם עשוי בהחלט להיות נמוך יותר. יוצא ששווי הכולל של הסדר הפשרה נמוך מ-½ מיליון ש"ח.⁴³

לבסוף, ההנחה עד כה הייתה שמחירו של המוצר בשוק הוא אכן 100 ש"ח. במקרים רבים הצדדים מסתמכים על מחיר המחירון של המוצר כאשר הם מציגים את הסדר הפשרה לבית-המשפט. אולם מוצרים רבים אינם נמכרים במחיר המחירון שלהם. הנחות ומבצעים, הן ברכישה רגילה והן ברכישה מקוונת, הינם חלק מהמציאות הצרכנית בימינו. לפיכך סיבה נוספת לפער בין שוויו הנחזה לבין שוויו הממומש של הסדר הפשרה היא הפער בין מחירו המוצג של המוצר לבין מחירו האמיתי בשוק. למשל, אם מחירו האמיתי של המוצר בשוק הוא 90 ש"ח, אזי שווייה הממומש של ההטבה, המקנה זכות לקנות את המוצר במחיר 75 ש"ח, הוא 15 ש"ח לכל-היותר.

לסיכום חלק זה, הפער בין שוויו הנחזה של הסדר פשרה לבין שוויו הממומש גדול

42 לדוגמה ראו עניין **אלוני**, לעיל ה"ש 7. חברת בזק העריכה את שוויו של הסדר הפשרה בכ-5 מיליון ש"ח. בכתבי הטענות שהגישה במהלך הדיונים לאישור הסדר הפשרה, ציינה בזק כי היא מעריכה (באופן שמרני) שכ-5% ממנוייה הפרטיים יפנו אליה לצורך מימוש ההטבה (כ-66,000 מנויים מתוך 1.32 מיליון). בדיעבד רק כמה מאות מנויים מימשו את זכאותם ופנו בבקשה לקבלת ההטבה. על-פי הודעת בזק, שווייה הכולל של השירותים שהוענקו לקבוצת הזכאים, על-פי הסדר הפשרה, עמד על כ-580,000 ש"ח. ראו גם עניין **קורדנוב**, לעיל ה"ש 10, פס' 9 להחלטתו של השופט ענבר, שם היה על המשיבה, לפי הסדר הפשרה שאושר, להעניק לצרכנים במהלך שנים-עשר חודשים הטבות צרכניות שעלותן הכוללת לא תפחת מ-2 מיליון ש"ח. בפועל הוענקו הטבות שעלותן הממשית למשיבה עמדה על כ-57,000 ש"ח, במסגרת "מבצע" שנערך על-ידי המשיבה במשך שלושה ימים בלבד.

43 Miller & Singer, לעיל ה"ש 41, בעמ' 108. ראו גם את המלצת הבודק בעניין **פלזור**, לעיל ה"ש 12, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת שטמר.

יותר כאשר הסעד שניתן הוא סעד בעין, בהשוואה להסדר פשרה שהסעד שניתן בו הוא סעד כספי. הסיבות הנוספות לפער כאשר הסעדים הם בעין נובעות מכך שסעדים אלה אינם ממומשים תמיד, מכך שגם כאשר הם ממומשים יש פער בין מחיר השוק שלהם לבין שוויים לגבי חברי הקבוצה (או לגבי צדדים שלישיים שקיבלו אותם), ומכך שמחירים האמיתי בשוק נמוך במקרים רבים מהמחיר שמוצג במסגרת הסדר הפשרה. הדיון בחלק זה התמקד בפשרות שבהן ההטבה מועברת באופן אוטומטי לחברי הקבוצה. מובן שכאשר ההטבה ניתנת על-פי דרישה, או כאשר היא מועברת לצד שלישי, הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר הפשרה גדל, מהסיבות הנוספות שנידונו בחלק הקודם.⁴⁴

3. הפער בין עלות נחזית לעלות ממומשת

כאמור, נוסף על הפער בין השווי הנחזה לבין השווי הממומש, קיים פער נוסף בהסדר הפשרה – בין עלותו לנתבע לבין שווי לקבוצה. פער זה מובנה בכל פשרה שאינה כספית. אם המטרה שלנגד עינינו היא המטרה ההרתעתית, אזי ערכו של הסדר הפשרה צריך להימדד על-פי עלותו לנתבע, כאשר היא זו שמשפיעה על תמריציו למלא את חובותיו על-פי חוק.

ברור שעלותה של הטבה שלא מומשה היא אפס. הנתבע לא נזקק לשלם תשלום שלא נדרש, לייצר מוצר שלא נמכר או לתת שירות שלא התבקש, ולכן לא נגרמה לו שום עלות. לפיכך הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הטבה שלא מומשה קיים, באופן ברור מאליו, גם כאשר ערך ההטבה מוערך על-פי עלותה לנתבע.

אולם מה עלותה של הטבה שמומשה? נחזור לדוגמה לעיל, שבה ניתנת הטבה המאפשרת לכל חבר קבוצה לרכוש מוצר שמחירו בשוק 100 ש"ח במחיר 75 ש"ח. כדי לדעת מה עלותה של ההטבה שמומשה, צריך לדעת אם חבר הקבוצה שמימש אותה היה רוכש את המוצר ממילא בשוק.⁴⁵ אם חבר הקבוצה היה רוכש את המוצר ממילא, אזי עלותה של ההטבה לנתבע שווה להפרש בין מחיר השוק – שאותו היה מקבל אלמלא ההטבה – לבין המחיר שקיבל למעשה. לפיכך במקרה זה אין פער בין השווי

44 לדוגמה ראו עניין סגל-לוי, לעיל ה"ש 9, שבו ניתנה לחברי הקבוצה האפשרות לקבל זכות/איגרת-חוב ששווייה תלוי בשווייה של חברת מכתשים-אגן, תמורת תשלום בסך 14.64 ש"ח לכל איגרת-חוב. על-פי הודעתה של חברת השקעות דיסקונט לבורסה ולרשות ניירות-ערך, מיום 31.3.2014, מתוך סך אגרות-החוב שאותן יכלו חברי הקבוצה לרכוש, שערכן הנקוב הכולל היה 14,938,167 ש"ח, נרכשו אגרות-חוב בערך נקוב כולל של 1,045,567 ש"ח בלבד, דהיינו, כ-7% מימוש בלבד!

45 ראו: Christopher R. Leslie, *A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation*, 49 U.C.L.A. L. REV. 991, 1005–1011 (2002) המבחין בין ארבע אפשרויות לתוצאותיו של הסדר פשרה המעניק קופונים: הימנעות ממימוש ההנחה; מימוש ההנחה על-ידי חברי קבוצה שלא היו רוכשים את המוצר אלמלא ההנחה; מימוש ההנחה על-ידי חברי קבוצה שהיו בוחרים לרכוש את המוצר גם אלמלא ההנחה; והעברת הזכות להנחה מחבר קבוצה לאחרים.

למקבל לבין העלות לנתבע, וכן אין פער בין השווי הנחזה לבין השווי הממומש. בדוגמה לעיל, העלות במקרה זה שווה ל-25 ש"ח. לעומת זאת, במקרה שבו חבר הקבוצה לא היה רוכש את המוצר אלמלא ההטבה, עלותה מבחינת הנתבע שווה להפרש בין עלות הייצור לבין המחיר ששולם. בדוגמה לעיל, העלות שווה להפרש בין עלות הייצור של המוצר ל-75 ש"ח. אם עלות הייצור גבוהה מ-75 ש"ח (למשל, 80 ש"ח), אזי עלותה של ההטבה מבחינת הנתבע שווה להפרש (5 ש"ח). אולם אם עלות הייצור נמוכה מ-75 ש"ח, הנתבע מרוויח ממתן ההטבה (העלות היא "שלילית"). לדוגמה, אם עלות הייצור היא 65, הנתבע הרוויח כתוצאה ממתן ההטבה לאותו חבר קבוצה. לפיכך עלותה של הטבה שמומשה לנתבע עשויה להיות כל ערך הנמוך מ-25 ש"ח, לרבות ערך שלילי (דהיינו, רווח לנתבע).⁴⁶

לסיכום, אף שעלותו של הסדר פשרה לנתבע אינה שווה לשווי לגבי חברי הקבוצה המקבלת, המסקנות לעיל ביחס לפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש חלות, באופן עקרוני, גם ביחס לעלות. עלותה של הטבה בלתי-ממומשת היא אפס, ועלותה של הטבה ממומשת יכולה להיות שווה להפרש בין מחיר השוק של המוצר שנרכש לבין המחיר ששולם במסגרת ההטבה או לכל ערך שנמוך מהפרש זה (ובכלל זה ערך שלילי).

פרק ב: כיצד ראוי להעריך את שווי של הסדר פשרה – לפי השווי הנחזה או לפי השווי הממומש?

התשובה לשאלה שבכותרת הפרק עשויה להיראות ברורה כאשר הסעד שנבקע אינו מועבר לחברי הקבוצה או לצד השלישי, כאשר מדובר בהתחייבויות חופפות של הנתבע או כאשר פרטים הנוגעים בשווי ההסדר – כגון מספר חברי הקבוצה או מחיר השוק של הסעד בעין – אינם מוצגים נכונה. בכל המקרים הללו ברור שהשווי הנחזה אינו שוויו האמיתי של הסדר הפשרה.

אולם מה באשר למקרה שבו הנתבע אכן מחלק הטבות לחברי הקבוצה, אשר יש להן שווי שוק, וכאשר הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש נובע מכך שלא כל חברי הקבוצה מימשו את ההטבות שקיבלו? האם אי-אפשר לומר כי כל אחד מחברי הקבוצה אכן קיבל הטבה בערך השווה לשווי השוק שהוצג, וכי השאלה אם הוא מימש אותה אם לאו היא עניינו שלו, ואינה משליכה על שווי הכולל של הסדר הפשרה? הזכות שניתנה מעניקה לכאורה הטבה למקבלה, שכן היא מיתוספת על זכויותיו הקיימות. לכן, כך נראה, מצבו בהכרח הוטב,⁴⁷ וערך ההטבה שווה לשווי השוק שלה.

46 יש להניח, עם זאת, שבסך-הכל מתן ההטבה יוצר עלות "נטו" לנתבע, שאם לא כן הוא היה נותן אותה מרצונו, במהלך העסקים הרגיל שלו, ללא קשר לתביעה.

47 פרשת סמייל, לעיל ה"ש 3, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (המציין כי בהסדר הנידון אין קושי ממשי בהערכת שווייה האמיתי של ההטבה, וכי ההסדר היטיב אף את מצבם של אלה שישתמשו

אולם גישה זו מוטעית משום שהיא מבלבלת בין האינדיקציה שמחיר השוק נותן בנוגע לשוויו של המוצר לגבי מי שבחר לרכוש אותו לבין שוויו של המוצר לגבי מי שהמוצר ניתן לו לא לפי בחירתו. הבחירה במוצר (בהינתן מחירו) היא מרכיב הכרחי שבלעדיו אי-אפשר להסיק דבר לגבי שוויו. המחיר, כשלעצמו, אינו נותן שום אינדיקציה לשוויו של המוצר לגבי פלוני, אלא אם כן ניתנה לו האפשרות לבחור במוצר. זו הסיבה העיקרית שבגינה שוויו של הסדר הפשרה הוא השווי הממומש, ולא השווי הנחזה, ובה אדון בתת-פרק ב1 להלן. בתת-פרק ב2 אדון בהבחנה בין זכויות לבין אופציות – הבחנה שאחזור אליה בפרק הבא; ובתת-פרק ב3 אסביר מדוע גישה הבוחנת את השווי הנחזה מקטינה את שיעור המימוש של הסעד שניתן, ולכן פוגעת בהשגת מטרותיה של התובענה הייצוגית בהסדר הפשרה, ובפרט בהשגת מטרותיה המרכזיות – הרתעה ופיצוי.

1. שוויו של הסדר הפשרה לגבי מקבל ההטבה אינו מחיר השוק

מדוע יש הבדל בין מחיר השוק של מוצר לבין שוויו למקבל ההטבה? ניתן להסביר זאת באמצעות דוגמה פשוטה: נניח שמחירו של כדור-רגל בשוק הוא 100 ש"ח. המשמעות היא שבהינתן הביקוש וההיצע בשוק, מחיר שוויו-המשקל (בין אם מדובר בשוק תחרותי ובין אם לאו) הוא 100 ש"ח. כל מי ששוויו של הכדור לגביה גבוה מ-100 ש"ח תרכוש אותו, וכל מי ששוויו של הכדור לגביה נמוך מ-100 ש"ח לא תרכוש אותו.⁴⁸

יוצא, אם כן, שמחיר השוק מהווה אינדיקציה לשוויו של הכדור לגבי הרוכשת כאשר ניתנה לה בחירה אם לרכוש אותו אם לאו. כאשר זה המצב, השווי גבוה מהמחיר לגבי כל מי שבחרה לרכוש אותו, ונמוך מהמחיר לגבי כל מי שבחרה לא לרכוש אותו. המחיר,

בעתיד בכרטיסי החיוג של המבקשות); בש"א (מחוזי ת"א) 3058/07 ארגס נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 13.9.2009) (שם נפסק כי אם כתוצאה מן המבצע שנקבע בהסדר הפשרה תנובה מוכרת מארז של 6 יחידות של המוצר במחיר של 16.76 ש"ח במקום במחיר של 25.14 ש"ח, אזי ציבור הצרכנים של המוצר נהנה מהטבה משמעותית); בש"א (מחוזי ת"א) 5770/07 עמור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 10 לפסק-דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 23.7.2008) (להלן: עניין עמור) (שם נפסק כי ההטבה המוצעת לצרכנים בהסדר הפשרה, בשווי של 5,040,000 ש"ח, נראית סבירה לעומת הרווח שתנובה מפיקה ממכירתם של מוצרים אלה); בש"א (מחוזי ת"א) 25786/06 אפשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 23.2.2009) (שם נפסק כי בכל מקרה ההטבה המוצעת במסגרת ההסדר עולה על הנזק שגרמה מעריב על-פי התובענה ובקשת האישור).

48 יש לשים לב שהשווי נובע לא רק מהעדפותיה של כל רוכשת פוטנציאלית, אלא גם מהחלופות שיש לה. כך, למשל, אם מישהי היא שחקנית כדור-רגל אולם כבר יש לה כדור, שוויו של כדור נוסף לגביה עשוי להיות נמוך מ-100 ש"ח, ועל-כן היא לא תרכוש אותו במחיר זה.

כשלעצמו, אינו מייצג את שווי ה"אמיתי" של הכדור.⁴⁹ אין לדעת מה שווי של הכדור לגבי מי שלא ניתנה לה בחירה אם לרכוש את הכדור אם לאו. השווי עשוי להיות נמוך מ-100 ש"ח או גבוה יותר.

לפיכך, אם חברות הקבוצה המיוצגות בתובענה ייצוגית מקבלות הטבה המקנה לכל אחת מהן זכות לרכוש כדור-רגל במחיר 75 ש"ח, שווי ההטבה אינו 25 ש"ח לגבי כל אחת מהן. ההטבה "נכפתה" עליהן. לפיכך במועד שבו היא ניתנה, לפני שכל אחת מחברות הקבוצה בחרה אם לממש אותה, אי-אפשר לדעת דבר על שווי ההטבה לגביה.

מחיר השוק, כשלעצמו, אינו מעיד על שווי ההטבה.

כדי ללמוד מהו שווי ההטבה שניתנה לכל חברה בקבוצה, יש לבחון את החלטתה אם לממש את ההטבה. החלטתה של חברת קבוצה שבחרה לממש את ההטבה ולרכוש את הכדור תמורת 75 ש"ח מעידה כי שווי של הכדור לגביה עולה על 75 ש"ח. מאחר שהיא יכולה לרכוש את הכדור בשוק תמורת 100 ש"ח, יוצא ששווי ההטבה לגביה יכול להיות כל ערך בין 0 ל-25 ש"ח. לעומת זאת, החלטתה של חברת קבוצה לא לממש את ההטבה – כלומר, לא לרכוש את הכדור תמורת 75 ש"ח – מעידה כי שווי הכדור לגביה נמוך מ-75 ש"ח, וממילא שווי ההטבה לגביה הוא 0!⁵⁰ שווייה ה"אמיתי" של הפשרה שווה לפיכך, לכל-היותר, למספר חברות הקבוצה שמימשו אותה מוכפל ב-25.

אכן, אילו דובר בתביעה פרטנית שבה הסכימה התובעת לקבל הטבה המקנה לה זכות לרכוש את הכדור במחיר 75 ש"ח תמורת ויתור על זכות התביעה שלה, היה אפשר להסיק כי שווי ההטבה שקיבלה גבוה משווייה של התביעה לגביה, על סיכוייה וסיכוייה מבחינתה. המימוש כשלעצמו במקרה זה הוא חסר משמעות, שכן הבחירה נעשתה על-ידי התובעת בשלב מוקדם יותר, כאשר הסכימה לפשרה. **בחירתה** של התובעת לוותר על תביעתה תמורת ההטבה בפשרה היא שמעידה על שווייה של ההטבה לגביה. מאחר שהבחירה נעשתה על-ידי התובעת, אין צורך לבחון את מימוש ההטבה (אשר יתקיים, מן הסתם). מאחר שהתובעת בחרה לוותר על זכות התביעה שלה תמורת ההטבה שמקנה לה זכות לרכוש את הכדור במחיר 75 ש"ח, ומאחר שהיא הייתה יכולה לרכוש את הכדור בשוק במחיר 100 ש"ח, ניתן להסיק כי שווי ההטבה לגביה עומד על סכום כלשהו בין 0 ל-25 ש"ח.

אולם התובעות המיוצגות בתובענה הייצוגית לא בחרו לקבל את ההטבה בהסדר הפשרה תמורת ויתור על זכות התביעה שלהן. הבחירה נעשתה בשבילן על-ידי התובע ועורך-הדין המייצגים. אומנם, בדרך-כלל ניתנת לחברות הקבוצה האפשרות לצאת מן ההסדר.⁵¹ אולם ברוב המקרים הן אינן מודעות לתובענה או להסדר, ואף אם הן מודעות, היציאה מההסדר אינה כדאית להן גם אם ההסדר אינו שווה מבחינתן דבר. הסיבה לכך

49 למעשה, לגבי רוב-רובן של מי שניתנה להן בחירה אם לרכוש את הכדור אם לאו, שווי נמוך או גבוה ממחירו.

50 אלא אם כן קיימים חסמים אחרים המונעים את המימוש, שאז ניתן ללמוד רק שהמימוש אינו כדאי בהינתן התועלת בהטבה אל מול הקשיים במימושה.

51 ס' 19(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.

היא אותה סיבה שבגינה ניתנה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מלכתחילה. חברת קבוצה המוציאה את עצמה מההסדר תצטרך לתבוע את הנתבע באופן פרטני. מאחר שקשיי התביעה הפרטנית הם שהובילו מלכתחילה לצורך בתובענה ייצוגית, מובן שחלופה זו היא חסרת ערך לגבי חברת הקבוצה. משכך, אין כל טעם מבחינתה להודיע על יציאה מההסדר – פעולה אשר כרוכה בעלות. אין פלא, לפיכך, שהממצאים האמפיריים מעלים כי אחוז הפורשים מתובענות ייצוגיות ומהסדרי פשרה הוא זניח.⁵² לכן המועד הראשון שבו ניתנת לחברת הקבוצה המיוצגת בתובענה ייצוגית בחירה ביחס להטבה שניתנה לקבוצה בהסדר הפשרה הוא המועד שבו היא יכולה לממש את ההטבה. רק במועד זה ניתן ללמוד על שווייה של ההטבה לגבי אותה חברת קבוצה. אם מימשה את ההטבה, שווייה לגביה הוא בין אפס לבין ההפרש בין המחיר שנדרשה לשלם בעבור המוצר לבין מחירו בשוק. אם לא מימשה את ההטבה, שווייה לגביה הוא אפס.

יש לשים לב לכך שמעצם זמינותו של המוצר בשוק, במחיר השוק, נובע ששווייה של ההטבה אינו יכול להיות גבוה מההפרש בין מחיר המוצר לפי ההטבה לבין מחירו בשוק. אף אם ערכו של הכדור לגבי פלונית הוא 1,000 ש"ח, שווי ההטבה שקיבלה הוא 25 ש"ח בלבד. פלונית הייתה יכולה לרכוש את המוצר בשוק במחיר 100 ש"ח, ואז הערך המוסף שהייתה מקבלת היה 900 ש"ח (ההפרש בין ערכו של הכדור מבחינתה לבין מחירו בשוק). מאחר שההטבה מקנה לה את הזכות לרכוש את המוצר במחיר 75 ש"ח, הערך המוסף שהיא מקבלת – 925 ש"ח – גבוה ב-25 ש"ח מהערך שהיא הייתה מקבלת אלמלא ההטבה.

כאמור, אף ששווי ההטבה המרבי למי שמימשה אותה שווה להנחה שהיא נותנת בהשוואה למחיר השוק, שווייה האמיתי יכול להיות נמוך יותר. יתרה מזו, השווי לגבי מי שלא מימשה את ההטבה הוא אפס.

לכך יש חריג אחד בלבד, המתקיים כאשר ניתן לסחור בהטבה עצמה בשוק. למשל, אם נוצר שוק לשוברי ההנחה שניתנו במסגרת הסדר הפשרה, אזי בשוק זה ייקבע מחיר שוק לשובר. מחיר זה יהיה מחיר שיווי-המשקל בין הביקוש לשוברי הנחה אלה (הנובע מהביקוש למוצר עצמו) לבין ההיצע הקיים שלהם (הנובע מחברי קבוצה שקיבלו את השובר אולם אינם מעוניינים לממשו). בדוגמה לעיל, אם יהיה שוק לשוברים המקנים הנחה של 25 ש"ח ברכישת המוצר, ייקבע בשוק מחיר לשוברים. המחיר לא יהיה שווה ל-25 ש"ח, אלא נמוך ממנו. זאת, משום שאיש לא יהיה מוכן לשלם 25 ש"ח בעבור הזכות לחסוך לעצמו 25 ש"ח ברכישת מוצר. נניח, אם כן, שמחיר השובר בשוק הוא 15 ש"ח. בהנחה שכל מי שקיבל את השובר יכול למוכרו במחיר זה בכל עת, לשובר שבידו יש שווי כלכלי של 15 ש"ח לפחות, ואין צורך להמתין למימושו בקניית המוצר.

52 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 807; Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1529, 1549 (2004).

אולם התנאי לכך הוא שאכן יהיה שוק אמיתי שבו שוברי ההנחה נסחרים (להבדיל מהשוק למוצר עצמו). לשם כך צריך שכל חברי הקבוצה שקיבלו את שובר ההנחה אכן ידעו שהם קיבלו אותו, וכן שהם יוכלו למכור אותו בנקל באותו שוק. תנאים שמגבילים את סחירותם של השוברים, שקובעים להם מועדי תפוגה קצרים, שמגבילים את האפשרות לצרף או להחזיק כמה שוברי הנחה יחד, או שמייעדים את השוברים רק למוצרים שהביקוש להם נמוך – כל אלה גורמים לסחירות נמוכה של השוברים ולכן שלא יתקיים שוק לשוברים.⁵³ אם יתקיים שוק כזה, הוא עשוי לפתור את הבעיות המובנות בהערכת שוויים של שוברי ההנחה, ולכן ראוי לעשות בו שימוש בכל מקרה שבו הדבר אפשרי. בארצות-הברית היו כמה תביעות שבהן נוצר שוק כזה לשוברי הנחה.⁵⁴ אולם גם בשוק האמריקאי, הגדול עשרות מונים מהשוק הישראלי, נראה כי הבעיות ביישומם של שווקים לשוברי הנחה מנעו את הפיכתם לפתרון יעיל ונפוץ בתובענות ייצוגיות.⁵⁵

53 לדין ביתרונותיו של שוק שוברים משני ראו Leslie, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1071–1075 (הגורס כי קיומו של שוק כזה מקנה לחברי הקבוצה את האפשרות לבחור אם לממש את ההטבה או לסחור בה, ובכך מצמצם את הפער בין השווי הנחה לבין השווי הממומש של הסדר הפשרה).

54 לפסקי-דין שבהם התייחס בית-המשפט לאפשרות היווצרותו של שוק שוברים משני באופן ספונטני ראו, למשל: Wolf v. Toyota Motor Sales, USA, 1997 U.S. Dist. LEXIS 16457 (N.D. Cal. Sept. 17, 1997) (שם דרש בית-המשפט כי על הקופון שישלח לחברי הקבוצה יצוינו חברות שמעוניינות לרכוש את הקופונים מחברי קבוצה שאינם מעוניינים במימושם, על-מנת ליצור בדרך זו שוק משני); In re Lloyd's Am. Trust Fund Litig., 2002 U.S. Dist. LEXIS 22663 (S.D.N.Y. Nov. 26, 2002) (הואיל והשוברים ניתנים להעברה, חברי קבוצה שאינם מעוניינים במימוש השוברים יוכלו לסחור בהם בשוק שוברים משני); In re Auction Houses Antitrust Litig., 138 F. Supp. 2d 548 (S.D.N.Y. 2001) (חברי קבוצה שאינם מעוניינים לממש את הקופונים יוכלו לפנות לאיש קשר, שפרטיו יופיעו על-גבי הקופון, והלה יפנה אותם לעושי שוק המעוניינים לרכוש את הקופונים); In re Mexico Money Transfer Litig., 164 F. Supp. 2d 1002 (N.D. Ill. 2000) (הסדר הפשרה יאפשר הקמה של שוק משני בזכות כמה מאפיינים: השוברים ניתנים להעברה ללא מגבלה, ומימושם יכול להיעשות על-ידי כל אחד; הם מקנים הנחה בשיעור משמעותי של כ-50%; והם יכולים להיפדות יחד עם שוברי הנחה נוספים); Shaw v. Toshiba Am. Info. Sys., 91 F. Supp. 2d 942, 983 (E.D. Tex. 2000) (הקופון מקנה הנחה ברכישת מוצרי מחשב של Toshiba, אולם זו המגבלה היחידה בו, ולכן קיימת סבירות גבוהה שיוקם שוק שוברים משני); Livingston v. Toyota Motor Sales USA, Inc., No. C-94-1377, No. C-94-1359, No. C-94-1960, 1995 U.S. Dist. LEXIS 21757, at 32 (N.D. Cal., 1995) (שוק שוברים משני יוקם, מכיוון שהקופונים ניתנים להעברה בקלות, ומימושם אפשרי במשך חמש שנים); Weiss v. Mercedes-Benz of N. Am., 899 F. Supp. 1297 (D.N.J. 1995) (השוברים ניתנים להעברה, וחברי קבוצה שאינם מעוניינים במימושם יכולים לסחור בהם בשוק שוברים משני).

55 לביקורת על שוק השוברים שפותח בארצות-הברית ראו: Steven B. Hantler & Robert E. Norton, *Coupon Settlements: The Emperor's Clothes of Class Actions*, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 1343, 1349–1350 (2005) (המעלים כמה בעיות בשוק המשני לקופונים: עלויות העסקה הכרוכות במסחר בשוק כזה עלולות להיות גבוהות, ולכן נדרש, לדעתם, ששווי הקופון יהיה 250 דולר לפחות על-מנת שנייב רווח לחברי הקבוצה; מספר הפשרות המבוססות על קופונים גבוה ביחס למספר

2. זכויות ואופציות

בדוגמה שהצגתי בסעיפים הקודמים נתן הסדר הפשרה לכל חבר בקבוצה זכות לרכוש במחיר 75 ש"ח מוצר שמחירו בשוק 100 ש"ח. ההנחה בדיון הייתה שמחיר השוק, כמו גם העדפותיהם של חברי הקבוצה, אינם משתנים לאורך זמן, ולפיכך התועלת ממימוש הזכות אינה משתנה לאורך התקופה שבה ניתן לממש (להלן: תקופת המימוש). במילים אחרות, ההנחה הייתה שבמועד אישורו של הסדר הפשרה אין אי-ודאות ביחס למחיר השוק או ביחס להעדפותיהם של חברי הקבוצה בעתיד.

אולם ייתכנו מצבים שבהם שינויים במחיר המוצר או בהעדפותיהם של חברי הקבוצה עשויים להתרחש לאחר מועד אישורו של הסדר הפשרה. דוגמה אופיינית לשינויים עתידיים במחיר היא בשוק ניירות-ערך, כאשר ניתנת לחברי הקבוצה זכות – אופציה – לרכוש במשך תקופת המימוש מניה במחיר 75 ש"ח, ללא תלות במחירה של המניה בשוק (לצורך הדיון בחלק זה אניח שהאופציה עצמה אינה סחירה בשוק, ולפיכך אין לה עצמה מחיר בשוק; אם מדובר באופציה סחירה, אזי מחירה בשוק הוא שווי האופציה לגבי כל מי שמחזיק בה).⁵⁶ אם מחיר המניה יהיה גבוה מ-75 ש"ח, יהיה כדאי לממש את האופציה, ואילו אם המחיר יהיה נמוך מ-75 ש"ח, הדבר לא יהיה כדאי.

דוגמות למקרים שבהם צפויים שינויים עתידיים בהעדפותיהם של חברי הקבוצה ניתן למצוא כאשר הצורך של חבר הקבוצה במוצר עשוי להשתנות בעתיד. כך הדבר, למשל, כאשר כל חבר בקבוצה מקבל זכות לרכוש במחיר 75 ש"ח תרופה שמחירה בשוק הוא 100 ש"ח, ואשר מיועדת לטיפול במחלה שעשויה להתגלות אצל מי מחברי הקבוצה במהלך תקופת המימוש.⁵⁷

בשתי הדוגמות לעיל חברי הקבוצה מקבלים אופציה הניתנת למימוש במשך תקופת המימוש. כפי שהספרות הכלכלית מסבירה, לאופציה כזו יש ערך לגבי מקבלה במועד שבו קיבל אותה, עוד לפני מימושה.⁵⁸ חישובו של ערך זה עשוי להיות מסובך. אדגים אותו באמצעות דוגמה פשוטה.

נניח שניתנת אופציה לרכוש מניה במחיר 75 ש"ח במועד עתידי, וכי מחיר המניה באותו מועד יכול להיות 100 ש"ח או 50 ש"ח, בסיכויים שווים. אם מחיר המניה יהיה

השווקים המשניים שקיימים; קיימת סבירות גבוהה שחלק מחברי הקבוצה אינם מודעים כלל לקיומם של שווקים משניים כאלה, ולכן לא יעשו בהם שימוש; אם השוק המשני ייכשל ותוקפם של הקופונים העודפים יפוג, יהיה קשה לפתוח דיון מחודש להארכת תוקפם).

56 ליישום העיקרון המוצג בטקסט בתחום דיני המס ראו ע"א 7034/99 **פקיד שומה כפר סבא נ' דר**, פ"ד נח(4) 913, פס' 13–15 לפסק-דינה של השופטת חיות (2004).

57 חשוב להבחין בין אי-ודאות לגבי העדפותיהם של חברי הקבוצה במועד אישורו של הסדר הפשרה – למשל, בנוגע לשאלה מי מהם חולה וזקוק לתרופה באותו מועד – לבין אי-ודאות הנוגעת בהעדפותיהם בעתיד. בדוגמות שנותחו בחלקים הקודמים הייתה אי-ודאות מהסוג הראשון. החלק הנוכחי דן באי-ודאות מהסוג השני – לגבי העדפותיהם של חברי הקבוצה בעתיד.

58 לאופן קביעת מחירן של אופציות בשוק ראו: RICHARD A. BREALEY, STEWART C. MYERS & FRANKLIN ALLEN, CORPORATE FINANCE §§ 538–620 (8th ed. 2006).

100 ש"ח, יהיה כדאי לממש את האופציה, והרווח כתוצאה מכך יהיה 25 ש"ח. אם מחיר המניה יהיה 50 ש"ח, לא יהיה כדאי לממש את האופציה, ולכן הרווח יהיה 0 ש"ח. לפיכך שווי האופציה במועד שבו ניתנה הוא 12.5 ש"ח (רווח 25 ש"ח בסיכוי 0.5). יש לשים לב ששווי זה נמוך מהשווי הממומש כאשר מחיר המניה 100 ש"ח (25 ש"ח) וגבוה מהשווי כאשר המחיר הוא 50 ש"ח והאופציה אינה ממומשת (0 ש"ח).

לפיכך, כאשר קיימת אי־ודאות לגבי מחיר המוצר או לגבי העדפותיהם של חברי הקבוצה בעתיד, יש לקבוע את שווי האופציה במועד שבו היא ניתנה, ללא תלות בשאלה אם האופציה מומשה בתקופת המימוש אם לאו. החלטתו של חבר בקבוצה אם לממש את האופציה תלויה לא רק בהעדפותיו ביחס להטבה הגלומה באופציה, אלא גם בהתרחשויות עתידיות שאינן ודאיות במועד אישורו של הסדר הפשרה. גם אם ההתרחשות העתידית הפכה את מימוש האופציה לבלתי־כדאי, אין זה אומר שבמועד שבו ניתנה האופציה היא הייתה חסרת ערך. זאת, משום שההתרחשות שהתממשה הייתה רק אחת מבין התרחשויות רבות שהיו עשויות להתממש, אשר בחלקן היה כדאי לממש את האופציה, ובחלקן – לא.

במילים אחרות, כאשר יש אי־ודאות לגבי מחיר המוצר או לגבי העדפותיהם של חברי הקבוצה בעתיד, שוויו של הסדר הפשרה לגבי חבר בקבוצה אינו שווה לשוויו הממומש, כפי שזה התברר בתום תקופת המימוש. יש להדגיש, עם זאת, ששווי ההסדר גם אינו שווה לשווי הנחזה על־סמך מחיר המוצר שלגביו ניתנה האופציה. למשל, אם מחירה של תרופה בשוק הוא 100 ש"ח, והסדר הפשרה מקנה לכל חבר בקבוצה אופציה לרכוש את התרופה תמורת 75 ש"ח, אזי שווייה של האופציה אינו 25 ש"ח, אלא נמוך יותר, כפי שהוסבר לעיל.

הענקת אופציות מסבכת אם כן עוד יותר את חישוב שוויין לחברי הקבוצה. על בית־המשפט לנסות להעריך את שווייה של האופציה לגבי כל חבר בקבוצה במועד אישורו של הסדר הפשרה. לשם כך יש להעריך לגבי כל חבר בקבוצה מהן ההתרחשויות העתידיות הרלוונטיות, מה הסיכויים להתממשותן, ואם הוא יממש בכל אחת מהן את האופציה שניתנה לו. כאשר המוצר הוא נייר־ערך הנסחר בשוק, ערכו לגבי כל חבר בקבוצה זהה, וכל שעל בית־המשפט לעשות הוא לנסות להעריך מה היה שווייה של האופציה אילו נסחרה בשוק. כאשר המוצר אינו נייר־ערך, ולכן שוויו לגבי כל חבר בקבוצה הוא שונה, הערכת שווייה של האופציה מסובכת הרבה יותר. הערכה זו נעשית בלתי־אפשרית כמעט כאשר אי־הוודאות נוגעת בהעדפותיו של כל אחד מחברי הקבוצה, ולא במחירו העתידי של המוצר.

למרות האמור לעיל, כדאי לשים לב לקשר בין שווי האופציה במועד שבו היא ניתנה לבין שווייה הממומש בתום תקופת המימוש. שווי האופציה שווה לתוחלת של השווי הממומש, דהיינו, לשווי הממומש בכל התרחשות עתידית מוכפל בסיכויים לאותה התרחשות. כך חושב ערך האופציה גם בדוגמה לעיל. מכך נובע שאף־על־פי שאי־אפשר להסיק מהשווי הממומש של האופציה בתום תקופת המימוש מה היה שווייה במועד שבו היא ניתנה, כל סכום שייגזר כאחוז מהשווי הממומש יהיה שווה, בתוחלת, לאותו

אחוז שהיה נגזר משווי האופציה במועד שבו היא ניתנה. לכך יש חשיבות רבה לצורך קביעת שכר-הטרחה של עורך-הדין המייצג את הקבוצה, כפי שיוסבר להלן.

3. הסתמכות על שוויו הנחזה של הסדר הפשרה מובילה להקטנת שיעור המימוש של ההסדר ולפגיעה במטרות הפיצוי וההרתעה של התובענה הייצוגית

עד כאן הנחתי ששיעור חברי הקבוצה המממשים את זכותם על-פי ההסדר אינו תלוי בצדדים. אולם הנחה זו אינה נכונה. למעשה, הצדדים להסדר – התובע ועורך-הדין המייצג, מצד אחד, והנתבע, מהצד האחר – יכולים להשפיע על שיעור המימוש. כפי שאסביר כעת, ככל שבית-המשפט מסתמך יותר על שוויו הנחזה של ההסדר כן יקטן שיעור המימוש.

עלותו של הסדר הפשרה לנתבע תלויה בשיעור המימוש שלו. ככל שחברי קבוצה רבים יותר יממשו את זכותם כן תגדל עלותו של ההסדר מבחינת הנתבע. לפיכך לנתבע יש אינטרס להקטין את שיעור המימוש ככל שביכולתו. התובע המייצג ועורך-דינו, לעומתו, אדישים לשיעור המימוש, אלא אם כן שכר-הטרחה והגמול שיקבלו או הסיכוי שהפשרה תאושר תלויים בשיעור זה.⁵⁹ לכן, אם בית-המשפט נסמך על שווייה הנחזה של הפשרה בהחלטה אם לאשר את הסדר הפשרה ובקביעת שכר-הטרחה והגמול, אזי לתובע המייצג ולעורך-דינו אין אינטרס להגדיל את שיעור המימוש. הצדדים ירצו להציג לבית-המשפט פשרה ששווייה הנחזה גבוה ככל שיוכלו, כדי להצדיק גמול ושכר-טרחה גבוהים לתובע המייצג ולעורך-הדין, בעוד ששווייה הממומש נמוך ככל האפשר, כדי שעלותה לנתבע תהיה מינימלית.

הקטנת שיעור המימוש של הסדר הפשרה פוגעת בשתי מטרות עיקריות של התובענה הייצוגית – פיצוי והרתעה. כפי שהוסבר לעיל, שוויו של הפיצוי הכולל לגבי חברי הקבוצה תלוי בשיעור המימוש. ככל ששיעור המימוש נמוך יותר כן הפיצוי נמוך יותר. אולם לא רק מטרת הפיצוי נפגעת אם בית-המשפט מסתמך על שוויו הנחזה של הסדר הפשרה, אלא גם מטרת ההרתעה. ככל ששיעור המימוש קטן יותר כן הנתבע משלם פחות. פשיטא שככל שהנתבע משלם פחות, הרתעתו מפני ביצוע מעשים או מחדלים דומים נפגעת.

⁵⁹ ראו דיון להלן בתת-פרק 11, העוסק בקביעת שכר-הטרחה והגמול כאחוז משוויו הממומש של ההסדר.

פרק ג: פתרונות אפשריים לפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה

בית-משפט הבוחן בקשה לאישור הסדר פשרה יתקשה לקבוע את שווי הממומש של ההסדר. נתון הכרחי לצורך הערכת שווי הממומש של ההסדר הוא כמובן שיעור המימוש. אולם נתון זה לא יהיה ידוע אלא לאחר שההסדר יאושר ויבוצע. בית-המשפט ניצב לפיכך בפני מלכוד 22 – מימושו של ההסדר תלוי באישורו, אולם כדי לאשר את ההסדר, על בית-המשפט לדעת לכאורה את שווי הממומש. מה, אם כן, בתי-המשפט צריכים לעשות?

התשובה, באופן מפתיע, היא שעליהם לעשות מה שעשו עד כה – לבחון את שווי הנחזה של ההסדר ולקבוע אם הוא ראוי, סביר והוגן בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה המיוצגת.⁶⁰ אולם זהו רק חלקה הראשון של התשובה. חלקה השני הוא שעל בית-המשפט לנקוט אמצעים שיובילו לצמצום הפער בין השווי הממומש לשווי הנחזה של הסדר הפשרה. במצב המיטבי לא יתקיים פער כזה, כך שבחינתו של הסדר הפשרה על יסוד שווי הנחזה תהיה לבחינתו – הרצויה – על יסוד שווי הממומש של ההסדר. מצב מיטבי זה ניתן להשגה אם בית-המשפט יעמוד על כך שהסעד שיינתן יהיה סעד כספי, ושהנתבע יוציא מכיסו את מלוא השווי שהוערך בבקשה לאישור הסדר הפשרה, גם אם נותרה יתרה בלתי-מחולקת. אולם גם כאשר בית-המשפט מאפשר סעדים שאינם כספיים בפשרה, עליו לנסות לפעול לצמצום הפער. יתרה מזו, כאשר בית-המשפט סבור כי שיעור המימוש לא יהיה משמעותי, עליו לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה.

במאמרי הקודם הצעתי דרכים אחדות לצמצום הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר הפשרה. הצעה אחת הייתה לקבוע מנגנונים לפיקוח על יישום ההסדר, בדיעבד.⁶¹ הצעה אחרת הייתה לקבוע סכום כולל שהנתבע יתחייב להוציא,

60 באשר להסדר פשרה המאושר לפני שהתובענה הייצוגית אושרה, ס' 19 (א) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית-המשפט לא יאשר הסדר פשרה כזה אלא אם כן מצא כי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

61 ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 856–859. לפסקי-דין שיישמו מנגנוני פיקוח בדיעבד ראו עניין **דבוש**, לעיל ה"ש 20, פס' 48 לפסק-דינה של השופטת רות רונן (בא-כוח התובע מונה לממונה לצורך ביצוע פסק-הדין); עניין **סבו**, לעיל ה"ש 20, פס' 19 לפסק-דינו של השופט וינוגרד (בא-כוח המבקש מונה לנאמן לצורך חלוקת סכום הפיצוי לחברי הקבוצה); ת"צ (מחוזי מר') 7340-07-11 **פליישמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פס' 23 לפסק-דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 24.7.2014) (בא-כוח המבקש מונה לממונה לצורך ביצוע הסדר הפשרה); ת"צ (מחוזי ת"א) 19337-03-12 **אמבר נ' פי. אי. סחר ויזום בע"מ** (פורסם בנבו, 3.4.2014) (המשיבה נדרשה להגיש דיווח לבית-המשפט, בחתימת רואה-החשבון שלה, על ביצועו המלא של פסק-הדין); ת"צ (מחוזי חי') 31869-04-12 **גוטרמן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פס' כג לפסק-דינו של השופט גריל (פורסם בנבו, 26.6.2014) (כל אחת מן המשיבות נדרשה להמציא לבית-המשפט

מראש, תוך חיובו להוציא מכיסו כל יתרה שתיוותר בלתי-מחולקת או בלתי-ממומשת.⁶² להצעה זו יש עיגון בסעיף 20(א)(3) לחוק, אשר קובע מנגנון המאפשר חלוקה של סך חבותו של הנתבע בין חברי הקבוצה שמימשו את זכותם, עד לשווי מלוא הפיצוי או הסעד המגיע להם, או לחלופין העברה של כל יתרה בלתי-מחולקת לאוצר המדינה. הבעיה במנגנון זה היא שהוא תלוי באופן שבו הצדדים עיצבו את הסדר הפשרה. אם הצדדים אינם מסכימים על האופן שבו ינהגו ביתרה בלתי-מחולקת, יתרה כזו אמורה להישאר בידיו של הנתבע. בית-המשפט אינו יכול לכפות על הצדדים הסדר פשרה אחר, אם כי הוא יכול להימנע מאישורו של הסדר כזה. נוסף על כך, דרישה כזו היא בעייתית אם ההטבה בהסדר ניתנת לחברי הקבוצה כאשר אי-אפשר לדעת את מניינם.

לבסוף, הצעתי לעשות שימוש במנגנון מרכזי להערכת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית – הוא מנגנון הבודק הממונה מכוח סעיף 19(ב)(1) לחוק. הבודק אמור, בין היתר, לבחון את שוויו של הסדר הפשרה.⁶³ הוא יכול לסייע בהקטנת הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש, ולעיתים אף להעריך מראש אם שיעור המימוש של ההסדר יהיה משמעותי. ראשית, הבודק יכול לבחון את התנאים למימוש, ולחוות את דעתו על המידה שבה תנאים אלה מכבידים את המימוש. שנית, כאשר מדובר בסעד בעין בדמות הטבה או קופון, הבודק יכול לבחון מהו מחירו האמיתי של המוצר או השירות שניתן בשוק (להבדיל ממחיר המחירון שלו), תוך התחשבות בהטבות ובמבצעים הניתנים ממילא על המוצר. שלישית, הבודק יכול להעריך לעיתים את שווייה הממוצע של ההטבה שניתנת לגבי חברי קבוצה שיממשו אותה. רביעית, הבודק יכול לעיתים להעריך את שיעור המימוש הצפוי בהתחשב במאפיינים של המוצר ושל השוק שלו, ובפרט בביקושים ובהיצעים הקיימים למוצר ולתחליפו. לבסוף, כאשר מדובר באופציה אשר במועד נתינתה קיימת אי-ודאות לגבי מחירו העתידי של המוצר או לגבי העדפותיו של כל אחד מחברי הקבוצה בעתיד, הבודק יכול לסייע בהערכת שווייה של האופציה במועד אישורו של הסדר הפשרה. למרות כל זאת, במצב הרגיל, ייוותר שיעור המימוש בגדר נעלם גם לאחר בחינתו של הבודק, שכן הלה, כמו בית-המשפט, מעריך את שווי הפשרה על-סמך שווייה הנחזה, לפני המימוש.

הסעיפים הבאים בוחנים באופן מפורט שתי דרכים נוספות – התניה של שכר-הטרחת ותנאית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש הסעדים בהסדר הפשרה. יתרון אחד של המנגנונים המוצעים הוא שהפעלתם אינה תלויה ברצון הצדדים. מרגע שהסכימו להסדר פשרה, ניתן לאשר את ההסדר ולהפעיל את המנגנונים המוצעים לגביו.

תצהיר של נציג מוסמך, שיכלול דיווח על-אודות השלמת ביצוען של ההתחייבויות על-פי הסדר הפשרה; עניין אי.אר.אמ., לעיל ה"ש 36, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת שטמר (המשיבה נדרשה למסור דיווח, בלוויית תצהיר, בדבר היקף התרומה שניתנה).

62 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 821–822. למנגנונים דומים ראו ALI, לעיל ה"ש 18, ס' 3.07(b). כן ראו את הצעתו של ד"ר שי לביא במאמרו: Shay Lavie, *Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-Claims Class Actions*, 79 GEO. WASH. L. REV. 1065 (2011).

63 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 816–821.

יתרון נוסף של המנגנונים המוצעים הוא שהם משפיעים לא רק על ביצוע ההסכם, בדיעבד, אלא גם – ובעיקר – על האופן שבו הצדדים מעצבים מראש, במהלך המשא-ומתן ביניהם, את הסדר הפשרה ואת אפשרויות המימוש במסגרתו.⁶⁴

1. קביעת שכר-הטרחה והגמול כאחוז משווי הממומש של ההסדר

כפי שהוסבר לעיל, כאשר שכר-הטרחה לעורך-הדין המייצג נקבע על-סמך שווי הנחזה של ההסדר, הוא אדיש למימוש.⁶⁵ הפתרון, לפיכך, הוא פשוט – לקבוע את שכר-הטרחה כאחוז משווי הממומש של ההסדר. עורך-דין שכר-הטרחה שלו נגזר מהשווי הממומש של הסדר הפשרה מעוניין, באופן טבעי, במימוש מרבי של ההסדר.⁶⁶ לפני שאעמוד על הסיבות השונות שבגינן קביעת שכר-הטרחה כאחוז משווי הממומש של ההסדר מקטינה את הפער בין השווי הנחזה לשווי הממומש, ראוי לציין כי דרך זו לקביעת שכר-הטרחה עומדת בקנה אחד עם הוראת סעיף 23(ב)(1) לחוק, אשר

64 במאמרי הקודם – שם, בעמ' 829 – הצעתי שבית-המשפט יפסוק הוצאות ריאליות למתנגדים שהתנגדותם התקבלה, במטרה לתמרץ הגשתן של התנגדויות ראיות, שיהפכו לתחליף להליך האדוורסרי בהגנה על זכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת ועל האינטרס הציבורי. עמדה זו זכתה בתמיכה בע"א 7809/12 חזאן נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס (א ק ה), פס' 15–17 לפסק-דין של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 31.12.2013). לפסק-דין נוספים שבהם נפסקו הוצאות למתנגדים שהתנגדותם התקבלה ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2537-06 פרחן נ' מולטילוק בע"מ, פס' 11 לפסק-דין של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 20.11.2013) (הנתבעת חויבה לשלם למועצה הישראלית לצרכנות הוצאות משפט בסך 50,000 ש"ח, בשל תרומתה של האחרונה, בהתנגדותיה, לעיצוב הסדר הפשרה הסופי בין הצדדים); עניין כהן, לעיל ה"ש 21, פס' 28 לפסק-דין של השופט ענבר (הנתבעת חויבה לשלם למועצה הישראלית לצרכנות ולמתנגד נוסף הוצאות ושכר-טרחה של עורכי-דין בסך 50,000 ש"ח ו-10,000 ש"ח); ת"צ (מחוזי ת"א) 24499-12-10 ברזילי נ' הוט טלקום בע"מ, פס' 18 לפסק-דין של השופט ענבר (פורסם בנבו, 20.11.2012) (הנתבעת חויבה לשלם למתנגדת הוצאות בסך 18,000 ש"ח, בשל תרומתה המשמעותית של האחרונה לחברי הקבוצה).

65 בסעיף זה אדון בשכר-הטרחה לעורך-הדין, אולם הדברים חלים במידה שווה על הגמול לתובע המייצג.

66 זה הפתרון שאומץ ב-Class Action Fairness Act of 2005, 28 U.S.C. §§ 1712(b)–(c), אם כי החוק אפשר לעורך-הדין לקבל את שכרו בדרך של שכר לשעה, לפי שיטת ה-lodestar, באופן בלתי-מותנה. ראו 28 U.S.C. §§ 1712(b)(1)–(2). במאמרו של Leslie, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1087–1098, הוא מציג כי עורך-הדין יקבל את שכרו בקופונים. התנגדותו לחישוב שכר-הטרחה על יסוד הערך הממומש מסתמכת על חששו מפני העלאת מחירים שתקדם לחלוקת שוברי ההנחה. ראו שם, בעמ' 1030–1033. לחשש זה יש בסיס בעיקר במקרים שבהם הנתבעת נותנת הנחה בלתי-מוגבלת לכל לקוחותיה. אולם כל עוד שוברי ההנחה אינם ניתנים לכל לקוחותיה של הנתבעת, יש לה אינטרס ברור לא להעלות את מחיר המוצר, שכן הדבר ישפיע על הביקוש על-ידי כל אותם לקוחות שאינם מחזיקים בשובר ההנחה. לפיכך, באופן העומד אולי בניגוד לאינטואיציה, הסדר המגביל את מתן שוברי ההנחה למספר קבוע מראש עדיף על הסדר אשר קובע הנחה כללית למוצר או נותן מספר שוברי הנחה העולה על הביקוש למוצר בשוק.

מנחה את בית-המשפט, בקובעו את שיעור שכר-הטרחה, להתחשב בתועלת שהניבה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה. מאחר שהתועלת נגזרת משוויו הממומש של ההסדר, ולא משוויו הנחזה, יש לגזור את שכר-הטרחה מהשווי הממומש. יתר על כן, זו הדרך שנקבעה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין **רייכרט**.⁶⁷ בית-המשפט העליון קבע בהלכה זו כי הדרך לחישוב שכר-הטרחה של עורך-הדין המייצג בתובענה ייצוגית היא כשיעור מסוים מן הסעד שבו זכו חברי הקבוצה המיוצגת. בית-המשפט העליון הסביר קביעה זו במילים הבאות:

"לפי שיטת האחוזים, שכר הטרחה של עורך הדין נקבע כאחוז מסוים מתוך הסעד שניתן לקבוצה, בין אם בפסק דין ובין אם בהסכם פשרה. היינו, קיים קשר ישיר בין התגמול המגיע לחברי הקבוצה לבין שכרו של עורך הדין. קשר זה מתמרץ את עורך הדין לפעול להשאת טובת הקבוצה, תוך שהוא פועל אף להשאת שכרו שלו..."⁶⁸

בית-המשפט העליון הוסיף וקבע כי –

"שכר טרחתו של עורך הדין ייגזר מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה ולא מהסכום שנפסק. זאת, שכן לעיתים ייתכן פער, ואפילו משמעותי, בין הסכום אותו קובע בית המשפט בפסק דין, או הסכום אליו מגיעים הצדדים בפשרה, לבין הסכום אשר בסופו של דבר מגיע אל חברי הקבוצה. גזירת שכר הטרחה של עורך הדין מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה תיצור לו תמריץ להוסיף ולפעול להוצאתו של פסק הדין או הסכם הפשרה אל הפועל עד סופו, תוך הבטחת האינטרסים של חברי הקבוצה..."⁶⁹

להלן אסביר מדוע קביעת שכר-הטרחה באופן שנקבע בהלכת **רייכרט** מקטינה את הפער בין שוויו הנחזה של הסדר פשרה לשוויו הממומש.⁷⁰ **הסיבה הראשונה** לכך שקביעת שכר-הטרחה כאחוז משוויו הממומש של הסדר הפשרה מקטינה את הפער האמור היא שבאופן זה ניתן לעורך-הדין תמריץ לפקח על

67 עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 3, פס' 8.

68 שם, פס' 7.

69 שם, פס' 8.

70 Class Action Fairness Act, 28 U.S.C § 1712 (2005) (אם השכר נקבע לפי אחוז מסוים משווי הקופונים, אזי הוא מותנה במימוש הקופונים; עם זאת, אין חובה לקבוע את השכר כחלק משווי הקופונים). לדיון בסיבה לחקיקת הכלל האמור ראו: Emery G. Lee III & Thomas E. Willging, *The Impact of the Class Action Fairness Act on the Federal Courts: An Empirical Analysis of Filings and Removals*, 156 U. PA. L. REV. 1723, 1739 (2008); FEDERAL JUDICIAL CENTER, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH § 14.11 (2004).

מימושו של הסדר הפשרה לאחר שאושר. הן בית-המשפט העליון בעניין **רייכרט**,⁷¹ הן בתי-המשפט המחוזיים שהתנו את שכר-הטרחה במימוש⁷² והן מאמרים קודמים⁷³ עמדו על יתרון זה של התניית שכר-הטרחה במימוש.⁷⁴

יודגש כי אף אם לשני הצדדים יהיה אינטרס להציג שווי נחזה גבוה – כדי לשכנע את בית-המשפט שההסדר ראוי, סביר והוגן בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה המיוצגת⁷⁵ – הנתבע עלול לחשוש מכך שעורך-הדין המייצג, אשר יהיה מעוניין בשיעור מימוש גבוה, ינסה לשכנע את בית-המשפט להתערב בהסדר הפשרה בדיעבד, לאחר שאושר והוחל ביישומו, ולשנות את תנאיו. מאחר שיש תקדימים להתערבות מאוחרת כזו,⁷⁶ יש בכך כדי להקטין את התמריץ של הנתבע להציג שווי נחזה גבוה.

הסיבה השנייה, והעיקרית, לכך שקביעת שכר-הטרחה כאחוז משווי הממומש של הסדר הפשרה מקטינה את הפער בין שווי זה לבין השווי הנחזה היא שרק כך ניתן להניע את עורך-הדין לנסות מראש, במסגרת המשא-ומתן שהוא מנהל עם הנתבע, להגדיל את שווי הממומש של הסדר הפשרה. למיטב ידיעתי, הכתיבה והפסיקה בישראל התעלמו מיתרון זה, למרות חשיבותו.⁷⁷

אדגים יתרון זה באמצעות דוגמה פשוטה. נניח מצב שבו אילו הייתה התביעה מתנהלת עד סופה, הסיכוי לזכייה של התובעים היה 0.5, ושכמקרה כזה הסעד הצפוי היה 10 מיליון ש"ח. נניח גם שבמקרה כזה עורך-הדין המייצג את הקבוצה צופה ששכר-הטרחה שיקבל הוא 20% מהסעד שיינתן. לפיכך עלותה הצפויה של התביעה לנתבע היא לפחות 5 מיליון ש"ח (בתוספת הוצאותיו בניהול התביעה), ואילו התועלת לעורך-

71 עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 3, פס' 8.

72 ת"צ (מחוזי מ"ר) 44052-07-12 **ברון נ' קונקס תחבורה ישראל בע"מ**, פס' 24 לפסק-דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 9.6.2013); ת"צ (מחוזי מ"ר) 49582-07-11 **יהי שלום נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 2.12.2013).

73 ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 860–863; אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 167–169; ויצנבליט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 394–403.

74 יש לשים לב שניתן לקבוע מנגנוני פיקוח אחרים על ביצועו של הסדר הפשרה, אשר יעילותם אינה נופלת בהכרח מפיקוח על-ידי עורכי-הדין, כפי שיוסבר להלן בתת-פרק ג.

75 ס' 19 לחוק קובע את התנאים לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית על-ידי בית-המשפט. בפרט, ס' 19(א) לחוק קובע כי "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה".

76 ראו עניין **אלוני**, לעיל ה"ש 7 (עקב הפער בין שווי ההטבה שניתנה בפועל לבין שווייה הצפוי, הורה בית-המשפט כי המבקשת תגיש הצעה שתביא לידי הקטנת הפער באופן משמעותי. בהודעתה הציעה המבקשת להעניק למנוייה הטבה חדשה).

77 לדיון בארצות-הברית ראו: MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH, לעיל ה"ש 70, ס' T. James Power, *Tearing Down a House of Coupons: CAFA's Effect on Class Action Settlements*, 9 U. ST. THOMAS L.J. 906, 917–918 (2011); Martin H. Redish, Peter Julian & Samantha Zyontz, *Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis*, 62 FLA. L. REV. 617, 650–651 (2010).

הדין היא לכל-היותר מיליון ש"ח (בניכוי הוצאותיו בניהול התביעה, לרבות עלויות הזמן שישקיע).⁷⁸

אם שכר-הטרחה של עורך-הדין אינו נפסק כאחוז משווי הממומש של ההסדר, אזי לעורך-הדין ולנתבע יש אינטרס משותף להגיע להסדר ששווי הממומש יהיה נמוך ככל האפשר וששווי הנחזה גבוה ככל האפשר. הקטנת השווי הממומש מגדילה את החיסכון של הנתבע מן ההסדר ביחס לתוצאה הצפויה בהתדיינות משפטית. בחיסכון הזה יתחלקו עורך-הדין והנתבע, בהתאם למשא-ומתן ביניהם. הגדלת השווי הנחזה מגדילה את הסיכוי לאישור ההסדר.

למשל, אם שווי הממומש של ההסדר יהיה 2 מיליון ש"ח, החיסכון לנתבע יהיה 3 מיליון ש"ח לפחות. הנתבע ועורך-הדין יכולים להתחלק בחיסכון זה, אם הנתבע יתחייב במסגרת הפרשה לשלם לעורך-הדין חלק מן הסכום – למשל, 2 מיליון ש"ח. כדי להצדיק את שכר-הטרחה הגבוה, יציגו הצדדים לבית-המשפט הסדר פשרה ששווי הנחזה הוא 10 מיליון ש"ח. יתרה מזו, הם יקבעו כי שכר-הטרחה ישולם לעורך-הדין על-ידי הנתבע, ולא יבוא על-חשבון הסעד לקבוצה.

בתי-משפט שאישור הסדרים דומים לזה שהוצג בדוגמה לעיל נתלו בכך ששכר-הטרחה משולם על-ידי הנתבע, בסוברם כי התוצאה מכך היא ששכר-הטרחה אינו בא על-חשבון הקבוצה המיוצגת.⁷⁹ אולם הדוגמה לעיל מבהירה מדוע קביעת שכר-הטרחה

78 אם שכר-הטרחה של עורך-הדין משולם נוסף על סכום הפיצוי לקבוצה, אזי העלות הצפויה לנתבע היא לפחות 6 מיליון ש"ח (זאת, בהנחה שהוא ממילא לא יקבל את מלוא הוצאותיו גם אם יזכה בתביעה).

79 לדיון בשאלה אם שכר-הטרחה צריך להיפסק מתוך הסכום שנפסק לקבוצה או שמא נוסף על סכום זה, ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט' 131, 162–166 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"). לפסיקה שבה אישר בית-המשפט הסדר פשרה מכיוון ששכר-הטרחה שולם על-ידי הנתבעת ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1757/06 **שפירא נ' דרך ארץ הייוויז (1997) בע"מ**, פס' 7 לפסק-דין של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 15.5.2008) (בית-המשפט סבר כי התגמול לתובע הייצוגי ולבא-כוחו משולם על-ידי הנתבעת, ולכן אינו בא על-חשבון הקבוצה); ת"א (מחוזי ת"א) 1084/06 **אמסלם נ' טיב רשתות בע"מ**, עמ' 4 לפסק-דין של השופטת אגמון-רוזן (פורסם בנבו, 15.1.2009) (בית-המשפט הדגיש כי הסכום המשולם כשכר-טרחה מיתוסף על הפיצוי לחברי הקבוצה ואינו גורע ממנו); ת"א (מחוזי מ"ר) 4745-08-07 **גלבע נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ**, פס' טו לפסק-דין של השופטת דודקביץ (פורסם בנבו, 12.11.2007) (בית-המשפט סבר כי הגמול לתובעים המייצגים הוא סביר מכיוון שהוא ישולם בנפרד מהפיצוי לחברי הקבוצה ונוסף עליו); ת"צ (מחוזי מ"ר) 6493-01-10 **גינר נ' השטיח המעופף בע"מ**, פס' 35 לפסק-דין של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 12.1.2012) (בית-המשפט הדגיש כי שכר-הטרחה והגמול נוספים על הפיצוי לחברי הקבוצה, ואינם נגזרים מהם על-חשבונם); ת"א (מחוזי ת"א) 2033-00 **שגיב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 32 לפסק-דין של השופט יפרח (פורסם בנבו, 30.11.2009) (בית-המשפט ציין כי שכר-הטרחה מיתוסף על סכום הפיצוי שבהסדר הפרשה הכולל); עניין **עמור**, לעיל ה"ש 47, פס' 11 לפסק-דין של השופט בנימיני (בית-המשפט סבר כי לכאורה, הואיל והגמול לתובע הייצוגי ושכר-הטרחה לעורך-דין משולמים על-ידי הנתבעות ומוסכמים על-

באופן זה באה על-חשבון חברי הקבוצה ופוגעת בהם. שכר-הטרחה של עורך-הדין בדוגמה לעיל נקבע לסך של 2 מיליון ש"ח משום שהנתבע ועורך-הדין יכלו להתחלק בחיסכון הנובע משיעור המימוש הנמוך של ההסדר. חיסכון זה בא, כמובן, על-חשבון הפיצוי לחברי הקבוצה.

למעשה, בדרך זו הצדדים מוליכים את בית-המשפט שולל. בית-המשפט מאשר הסדר שהוא סבור כי הוא ראוי, סביר והוגן, לנוכח שוויו הנחזה ביחס לערכה הצפוי של התביעה לקבוצה (בהתחשב בסיכויי הצלחתה), אך למעשה, שוויו הממומש של ההסדר נמוך בהרבה מערכה הצפוי של התביעה. פער זה בא על-חשבון חברי הקבוצה המיוצגת, ופוגע במטרות הפיצוי וההרתעה של התובענה הייצוגית.⁸⁰

לעומת זאת, אם שכר-הטרחה של עורך-הדין נקבע כאחוז משוויו הממומש של הסדר הפשרה, כל פער בין השווי הנחזה לשווי הממומש בא לא רק על-חשבון הקבוצה המיוצגת, אלא גם על-חשבון עורך-הדין. עורך-הדין ירצה לפיכך להשיא את ערכה הממומש של הפשרה, ועל-כן יקבע בהסדר תנאים אשר יקלו את המימוש ויגדילו את שיעור המימוש. בפרט, בדוגמה שלעיל, בהנחה שעורך-הדין יקבל 20% משוויו הממומש של הסדר הפשרה, הוא לא יסכים להסדר ששווי הממומש יהיה נמוך משווייה הצפוי של התביעה – חמישה מיליון ש"ח.⁸¹

אכן, כפי שהסברתי לעיל, שווייה של הטבה לגבי מי שמימש אותה אינו שווה בהכרח להנחת המחיר שהיא נותנת בהשוואה למחיר המוצר בשוק, ובדרך-כלל יהיה

ידי התובעות ובא-כוחן, והואיל וסכומים אלה אינם באים על-חשבון ההטבה הניתנת לקבוצה, אין סיבה להתערב בעניין זה).

80 סוגיית שכר-הטרחה של עורך-הדין המייצג בתובענות ייצוגיות בכלל, ובתחום הסדרי הפשרה בפרט, מעוררת שאלות הנוגעות באתיקה של עורכי-הדין. כללי האתיקה הינם מנגנון נוסף להשפעה על עורכי-הדין לפעול לטובת הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי. לדיון בניגוד האינטרסים שבין עורך-הדין המייצג לבין הקבוצה המיוצגת בהסדרי פשרה ראו: Richard H. Underwood, *Legal Ethics and Class Actions: Problems, Tactics and Judicial Responses*, 71 KY. L.J. 787, 823–827 (1983) (סקירת הדילמות שעורך-הדין המייצג ניצב בפניהן בעת עיצוב הסדר פשרה בתובענה ייצוגית); Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 3, 8 (1991) (דיון בניגוד האינטרסים שבין עורך-הדין הייצוגי לבין חברי הקבוצה); Leslie, לעיל ה"ש 45, בעמ' 995 (במקרים רבים עורך-הדין הייצוגי "מוכר" את האינטרסים של חברי הקבוצה בחמורה לשכר-טרחה גבוה); Kenneth W. Dam, *Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest*, 4 J. LEGAL STUD. 47, 56–61 (1975).

81 למעשה, אמירה זו אינה מדויקת. מאחר שהתדיינות משפטית דורשת מעורר-הדין השקעה גדולה יותר של זמן ומשאבים בהשוואה לפשרה, אם שכר-הטרחה שלו בשניהם יהיה שווה ל-20% מהשווי של פסק-הדין או הפשרה, יסכים עורך-הדין לפשרה נמוכה יותר. זו הסיבה שאחוז שכר-הטרחה בפשרה צריך להיות נמוך יותר מאחוז שכר-הטרחה בפסק-דין. ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 79, בעמ' 157–178; עניין **ריכרט**, לעיל ה"ש 3, פס' 10.

נמוך ממנה.⁸² אולם אין מניעה ששכר-הטרח נגזר כאחוז מההטבות שמומשו בלבד, לעורך-הדין יש אינטרס בהגדלת שיעור המימוש, הן מראש והן בדיעבד. אף שלגובה שכר-הטרח יש השפעה על מאמציו של עורך-הדין להגדיל את שיעור המימוש, השיקולים בקביעתו חורגים ממסגרת זו ומשליכים גם (ואולי בעיקר) על האופן שבו הוא ינהל את התובענה הייצוגית ועל החלטותיו אם להתפשר.⁸³ בין כך ובין אחרת, שכר-הטרח שיקבל עורך-הדין יהיה שווה לאחוז שכר-הטרח מוכפל בשווי המימוש שייקבע. גם אם שווי המימוש ייקבע, לצורך זה בלבד, כהפרש המחיר (מוכפל בשיעור המימוש), בית-המשפט חופשי לקבוע את אחוז שכר-הטרח לפי מיטב שיקול-דעתו.

לבסוף, יש להבהיר כי גם כאשר הזכות הניתנת בהסדר הפשרה היא אופציה שכדאיות מימושה תלויה באירועים עתידיים שאינם ודאיים במועד אישורו של ההסדר, ראוי לקבוע את שכר-הטרח של עורך-הדין כאחוז משווי הממומש של הסדר הפשרה. אומנם, כפי שהוסבר לעיל, במקרים כאלה שווי הממומש של הסדר הפשרה בתום תקופת המימוש אינו זהה לשווי במועד אישורו של הסדר הפשרה, משום שבמהלך תקופה זו מתממשת רק אפשרות אחת מני רבות שיכלו להתממש. אולם, כפי שהוסבר לעיל, תוחלת השווי הממומש של ההסדר זהה לשווי במועד שבו אושר. לפיכך התוחלת של שכר-הטרח הנגזר כאחוז מהשווי הממומש של ההסדר תהיה שווה לשכר-הטרח שהיה נגזר כאחוז משווי של הסדר הפשרה במועד שבו אושר, אילו היה אפשר להעריך שווי זה.

בדוגמה שהצגתי לעיל הקנה הסדר הפשרה אופציה לרכוש מניה במחיר 75 ש"ח, ומחיר המניה היה צפוי לעלות ל-100 ש"ח או לרדת ל-50 ש"ח, בסיכויים שווים, במהלך תקופת המימוש. ייתכן שהאפשרות שהתממשה היא שמחיר המניה ירד, ואז מימוש האופציה אינו כדאי. למרות זאת, במועד שבו ניתנה האופציה היה לה ערך חיובי, בהתבסס על האפשרות האחרת – אשר לא התממשה בדיעבד – שבה מחיר המניה היה עולה מעל 75 ש"ח. כפי שהסברתי לעיל, שווייה של האופציה הוא 12.5 ש"ח. אם שכר-הטרח של עורך-הדין שווה ל-20% משווי הממומש של ההסדר, אזי בסיכוי של 0.5 עורך-הדין מקבל 20% מתוך שווי של 25 ש"ח, בגין כל אופציה שמומשה, ואילו בסיכוי 0.5 הוא אינו מקבל דבר. לפיכך תוחלת שכר-הטרח לעורך-הדין שווה ל- $2.5 = 0.5 * 0.2 * 25$ ש"ח. זהו בדיוק שכר-הטרח שהיה נפסק לזכותו אם בית-המשפט היה פוסק 20% מתוך שווי האופציה – 12.5 ש"ח.

82 ראו דיון לעיל בפרק ב.

83 שיקולים אלה פורטו על-ידי במאמרי הקודם (קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1) ויושמו בפסיקת בית-המשפט העליון – בעניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 3, פס' 8, ובעניין **ישראלי**, לעיל ה"ש 8, פס' 13 לפסק-דינו של השופט שהם – וכן בבתי-המשפט המחוזיים: עניין **סבו**, לעיל ה"ש 20, פס' 24 לפסק-דינו של השופט וינוגרד; ת"צ (מחוזי י"ם) 1523-03-11 **ביטון נ' חברת דלק פי גלילות שותפות מוגבלת**, פס' 12 לפסק-דינו של השופט וינוגרד (פורסם בנבו, 8.8.2012); פרשת **גולדשטיין**, לעיל ה"ש 23, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת אגמון-גונן.

אם כן, פסיקת שכר-הטרחה של עורך-הדין מתוך שוויו הממומש של הסדר הפשרה מובילה לקביעה נכונה (בתוחלת) של שכר-הטרחה בהתבסס על שוויו האמיתי והנכון (בתוחלת) של ההסדר, גם כאשר ההסדר מקנה אופציה שמימושה תלוי בהתרחשות שאינה ודאית. פסיקת שכר-הטרחה בדרך זו אומנם מטילה על עורך-הדין סיכון, שכן גובהו של שכר-הטרחה תלוי בהתממשותו של אירוע עתידי לא-ודאי. אולם זה הסיכון שבו הועמדו כל חברי הקבוצה בהסדר הפשרה, ולכן תוצאה זו, המקרבת את האינטרס של עורך-הדין לאינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת, היא ראויה.⁸⁴

לסיכום חלק זה, קביעת שכר-הטרחה כאחוז משוויו הממומש של הסדר הפשרה, ולא משוויו הנחזה בשלב אישור ההסדר, מביאה לידי הגדלתו של השווי הממומש. זאת, הן משום האינטרס שהיא נותנת לעורך-הדין לפקח, בדיעבד, על מימוש ההסדר, והן משום האינטרס שהיא נותנת לו להגיע, מראש, להסדר ששיעור המימוש שלו יהיה מרבי.

2. התניית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש

סעיף 24 לחוק קובע כי פסק-דין בתובענה ייצוגית יהווה "מעשה בית-דין" לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נהלה התובענה הייצוגית. סעיף זה חל גם על פסק-דין המאשר הסדר פשרה. לכאורה, שלילת זכות תביעה בעתיד מחבר בקבוצה אינה מותנית בכך שקיבל סעד כלשהו. הדבר ברור, שהרי ייתכן שפסק-הדין, במקרה שלא הוסדר בפשרה, יכריע לטובת הנתבע. יתרה מזו, סעיף 20(ג) לחוק מאפשר לבית-המשפט לתת סעד לטובת הקבוצה כמכלול, כולה או חלקה, או לטובת הציבור בכללותו כתחליף למתן סעד לחברי הקבוצה המיוצגת, וזאת כאשר **פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי** בנסיבות העניין. לפיכך במקרים אלה יש חברים בקבוצה שאינם מקבלים סעד כלשהו ואף-על-פי-כן הסדר הפשרה מקים "מעשה בית-דין" כלפיהם.

לגישתי, במקרים שבהם פסק-הדין מאשר הסדר פשרה אשר **מתיימר** לתת סעד לחברי הקבוצה, ראוי שחבר קבוצה שאינו מקבל דבר במסגרת ההסדר לא יהיה מנוע מלתבוע שוב. יתרה מזו, אם מספרם של חברי הקבוצה שלא קיבלו דבר במסגרת ההסדר מצדיק זאת, יהיה אפשר להגיש תובענה ייצוגית נוספת בשםם נגד אותו נתבע ובאותה עילה.⁸⁵

84 יש מקרים שבהם האופציה מפחיתה סיכון מחברי הקבוצה. כך הדבר, למשל, בדוגמה לעיל שבה ניתנת זכות לרכישת תרופה שמחירה בשוק 100 במחיר 75, אשר מימושה תלוי בכך שחבר קבוצה יחלה ויזקק לתרופה. במקרה כזה האופציה מפחיתה את הסיכון הכלכלי הנובע מהמחלה, שכן היא מקטינה את מחיר התרופה שהחולה צריך לרכוש. במקרה כזה אין התאמה בין הגדלת הסיכון לעורך-הדין להקטנת הסיכון לחברי הקבוצה. זהו נימוק להגדלת אחוז שכר-הטרחה של עורך-הדין במקרים מסוג זה.

85 יש להבחין בין הצעתי כאן לתת זכות תביעה בדיעבד לחבר קבוצה שאינו מקבל דבר במסגרת הסדר הפשרה לבין הצעתי במאמרי הקודם לאפשר תקיפה עקיפה של הסדר פשרה שלא אושר בפרוצדורה הראויה, באמצעות תובענה ייצוגית מאוחרת שתוגש באותו עניין. ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 863–866.

מאחר ששווי של הסעד שניתן לחבר בקבוצה בהסדר פשרה שווה לשווי הממומש, נובע מגישתי זו כי חבר קבוצה שלא מימש את הסעד שניתן לו בהסדר הפשרה אינו מנוע מלתבוע שוב את הנתבע באותה עילה. אם חבר בקבוצה לא מימש את הסעד שניתן לו, יהא זה סעד כספי או סעד בעין, אזי שווי לגביו הוא אפס. לפיכך במקרים אלה אין זה ראוי שיחול עליו כלל "מעשה בית-דין". זאת, אף אם מחיר השוק של הסעד שקיבל הוא חיובי.

לעומת זאת, כאשר במסגרת פסק-הדין המאשר הסדר פשרה בית-המשפט מוצא כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין ולכן יש לתת סעד לטובת הציבור (לפי סעיף 20(ג) לחוק), או לחלופין כאשר הסדר הפשרה קובע מה ייעשה בכל יתרה שלא חולקה לחברי הקבוצה, באופן שמונע את חזרתה של יתרה זו לנתבע (לפי סעיף 20(א)(3) לחוק), יחול כלל "מעשה בית-דין" על כל חברי הקבוצה. הצדקה אחת להתניית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש, באותם מקרים שבהם לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק, היא שבהעדר התניה כזו תיפגע זכות הגישה של חברי הקבוצה לבית-המשפט,⁸⁶ וזאת אף שלא התקיימו החריגים הקבועים בסעיפים האמורים. במקרים אלה גם אי-אפשר לקבוע כי התקיים התנאי הקבוע בסעיף 19(א) לחוק, שלפיו הסדר הפשרה הוא "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה".

אולם להתניית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש יש הצדקה נוספת, תכליתית. התניה זו תוביל לכך שהנתבע ירצה להגדיל את שיעור המימוש של ההסדר, והדבר יבוא לידי ביטוי הן באופן שבו הוא יעצב את ההסדר מראש והן באופן שבו הוא יישם אותו בדיעבד. נתבע שלא יעשה כן ייוותר חשוף לתביעות פרטניות, וחמור מכך – לתובענה ייצוגית באותה עילה בעתיד. במילים אחרות, התניה כזו תביא לידי הגדלת שיעור המימוש של ההסדר, משום האינטרס שיהיה לנתבע בכך. לחלופין, בידי הנתבע הבררה להתחייב לסעד כספי כולל שישלם אף אם תיוותר יתרה בלתי-מחולקת. כך או כך, התניית תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" במימוש תוביל להשגה מיטבית של מטרות ההרתעה והפיצוי של התובענה הייצוגית.⁸⁷

86 על חשיבותה של זכות הגישה לערכאות ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31, 34 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) והאסמכתות המובאות שם (להלן: ספר שלמה לוי); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כוזות חוקתיות 46–60 (1998).

87 לכאורה אפשר לטעון כי הכלל המוצע עלול לתמרץ התנהגות אסטרטגית של תובעים, אשר יימנעו ממימוש רק כדי לשמור על זכות התביעה שלהם, שאותה הם ינצלו מאוחר יותר. אולם חשש זה אינו בעייתי מכמה סיבות. ראשית, תביעה עתידית לא תוכל להסתמך על הסדר הפשרה לעניין השתק פלוגתא. לפיכך תובע בתביעה כזו לא יזכה ביתרון משמעותי בהשוואה למצבו לפני התביעה המקורית. שנית, מאחר שהתובעים בתובענה הייצוגית הם מפוזרים, קשה להניח שהם יקבלו החלטה אסטרטגית משותפת לא לממש את זכותם על-פי הסדר הפשרה. לבסוף, ככל שהסדר הפשרה יהיה ראוי, הוגן וסביר מבחינת חברי הקבוצה, לא יהיה להם אינטרס לנקוט התנהגות אסטרטגית כזו.

חשוב להדגיש כי ייתכנו מקרים שבהם חוסר האפשרות לתת בידי חלק מחברי הקבוצה את אפשרות הבחירה בסעד המוצע בפשרה יתברר רק בדיעבד, לאחר שהסדר יאושר וייושם. במקרים אלה יהיה על בית-המשפט לבחון אם התקיימו התנאים בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק לגבי אותם חברי קבוצה. כלל "מעשה בית-דין" יחול על חברי קבוצה שלגביהם התקיימו התנאים האמורים, בתנאי, כמובן, שהוראותיהם של הסעיפים הללו יקוימו והיתרה הבלתי-מחולקת תחולק בין חברי הקבוצה שאותרו או תועבר לאוצר המדינה, או יינתן סעד אחר לטובת הציבור. הבררה העדיפה היא לקבוע **מראש** בהסדר הפשרה מה יהיה הסעד במקרה כזה. אולם במקרים שבהם הדבר לא נקבע מראש יש לקבועו בדיעבד. בהעדר קביעה כזו אין להחיל את כלל "מעשה בית-דין" על חברי קבוצה שלא מימשו את זכויותיהם מכוח הסדר הפשרה.

כדי להמחיש את האמור לעיל, אחזור לדוגמה שבה הסדר הפשרה קובע כי כל חבר בקבוצה יקבל שובר המקנה זכות לרכוש מוצר שמחירו בשוק 100 ש"ח במחיר 75 ש"ח בלבד. נניח שיש 100,000 חברי קבוצה, שמתוכם 60,000 אותרו וקיבלו את השובר. נניח עוד כי 50,000 ממקבלי השובר מימשו אותו. במקרה כזה, 10,000 חברי הקבוצה שקיבלו את השובר ולא מימשו אותו אינם כפופים לכלל "מעשה בית-דין", ויכולים לתבוע את הנתבע שוב באותה עילה. באשר ל-40,000 חברי הקבוצה שלא היה אפשר לאתרם, על הנתבע לתת סעד ששוויו שווה לשווי השוברים שהיו אותם חברי קבוצה מקבלים, בהנחה שהם היו מממשים אותם. כך, למשל, הנתבע יכול לחלק שוברי הנחה דומים לציבור, ולאפשר את מימושם של 40,000 שוברים כאלה לפחות. באשר לשכר-הטרח של עורך-הדין המייצג, זה צריך להיפסק כאמור כאחוז משוויים של השוברים שמומשו – הן אלה שמומשו על-ידי חברי הקבוצה והן אלה שמומשו במקום אלה שהיו צריכים להינתן לחברים בקבוצה שלא אותרו.

הכלל המוצע עלול להיות בעייתי כאשר הסדר הפשרה מקנה אופציה שמיושמה מותנה באירוע עתידי שאינו ודאי. כפי שהוסבר לעיל,⁸⁸ לאופציה כזו עשוי להיות ערך חיובי במועד אישורו של הסדר הפשרה לגבי חבר קבוצה שקיבל אותה, גם אם לא יממש אותה בדיעבד. הסיבה לכך היא ששווייה של האופציה נגזר מאפשרויות שונות העשויות להתרחש בתקופת המימוש, שרק אחת מהן מתרחשת למעשה. גם אם האפשרות שהתרחשה היא כזו שבה שווי המימוש של האופציה הוא אפס, אין בכך כדי להעיד בהכרח על שווייה באפשרויות אחרות אשר לא התממשו. שווייה של אופציה כזו שווה לתוחלת שווייה הממומש, כפי שהוא צפוי במועד אישורו של הסדר הפשרה. לפיכך במקרים אלה על בית-המשפט לנסות להעריך את שווי האופציה במועד שבו היא ניתנת, ואם מסקנתו היא ששווי האופציה חיובי לגבי כל חברי הקבוצה באותו מועד, אזי הסדר הפשרה יקים "מעשה בית-דין" כלפי כולם, בין אם מימשו את האופציה ובין אם לאו. לסיכום, הסדר פשרה אשר קובע סעד כספי או סעד בעין לחברי הקבוצה המיוצגת יקים "מעשה בית-דין" כלפי חבר בקבוצה רק אם הלה מימש את הזכות שניתנה לו בהסדר, בהנחה שהמימוש אינו תלוי באירוע עתידי שאינו ודאי במועד אישורו של

88 ראו לעיל תת-פרק 2.

החסדר. אם הצדדים יוכיחו כי יש חברי קבוצה שלא היה מעשי בנסיבות העניין לתת בידם את הזכות לבחור אם לממש את הסעד, יהיה עליהם להבטיח סעד אחר, שווה-ערך, בגינם, בהתאם להוראות סעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק, באופן שלא תיוותר בידי הנתבע יתרה בלתי-מחולקת.⁸⁹

פרק ד: על היחס בין שווי ממומש בפשרה לשווי התביעה

המאמר התייחס עד כה לפער בין השווי הנחזה לבין השווי הממומש בפשרה בתובענה ייצוגית. פרק א הציג את הפער והסיבות לו; פרק ב הסביר מדוע פער זה עלול להיות בעייתי; ופרק ג הציג דרכים לצמצם את הפער. שאלה אשר לא נידונה בפרקים אלה היא אם הסדר פשרה ששיעור המימוש של הזכויות הניתנות בו – בין בכסף ובין בעין – הוא נמוך יכול להיות הסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה", כדרישת סעיף 19(א) לחוק. תנאי זה לאישורו של הסדר הפשרה, כמו-גם רשימת השיקולים המנויים בסעיף 19(ג) לחוק, מכוונים את בית-המשפט לבחון את שוויו של הסדר הפשרה לגבי חברי הקבוצה ולהשוות בינו לבין שווייה של התדיינות בבית-המשפט, המשוקללת בהתחשב בסיכונים ובסיכויים הכרוכים בה. הפשרה ראויה רק אם שווייה אינו נמוך יותר. עד כאן הסברתי מדוע שווייה של הפשרה הוא השווי הממומש, ולא הנחזה, אולם מה אם גם שווייה הממומש של זכות התביעה של חברי הקבוצה הינו נמוך?

הבעייתיות בזיהוי חברי הקבוצה ובמימוש זכויותיהם אינה מאפיינת רק את הפשרה. למעשה, הוראות החוק אשר מאפשרות פיצוי כספי בסכום כולל (סעיף 20(א)(3) לחוק) או מתן סעד אחר לטובת הקבוצה כמכלול או לטובת הציבור (סעיף 20(ג) לחוק) הן הוראות המתייחסות לפסק-דין בתובענה ייצוגית. החלתן על הסדרי פשרה נובעת מכוח סעיף 19(ד)(1) לחוק. הייתכן שהסדר פשרה ששיעור המימוש שלו נמוך הוא הסדר ראוי, הוגן וסביר מכיוון שגם בהתדיינות משפטית היה שיעור המימוש דומה? התשובה לשאלה זו נגזרת מגובהו של הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה ואשר קשור באופן סיבתי להפרת החובה על-ידי הנתבעת. יש להבחין בין שני מקרים: באחד סך הנזק הכולל שנגרם הנתבע – ולפיכך גם הפיצוי הכולל שעליו לשלם – ניתן להערכה לפני חלוקתו בין חברי הקבוצה; ובאחר אי-אפשר להעריך את הנזק הכולל משום שהוא נגזר ממספר חברי הקבוצה שנגרם להם נזק ומהנזק שנגרם לכל אחד מהם – נתונים שבית-המשפט אינו יכול להעריכם לפני חלוקת הפיצוי בין חברי הקבוצה. כאשר ניתן פסק-דין נגד הנתבעת לאחר התדיינות מלאה, על בית-המשפט לקבוע מהו הנזק שנגרם לחברי הקבוצה עקב הפרת החובה של הנתבעת. כדי לקיים את מטרת

⁸⁹ לבחינה בדיעבד של הסדר הפשרה ולשינויו בהתאם עקב אחוזי מימוש נמוכים ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 7.

ההרתעה, הקבוצה בסעיף 1(2) לחוק, על הנתבעת לשאת במלוא הנזק שגרמה.⁹⁰ כאשר ניתן לקבוע את הנזק הזה ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה ולפצותו בהתאם, על בית-המשפט לעשות זאת, ובכך לקיים באופן מלא גם את מטרת הפיצוי, הקבוצה בסעיף 1(3) לחוק. כאשר עלויות הבירור הפרטני הן גבוהות, ניתן לנקוט את הדרכים הקבוצות בסעיפים 20(א)(3) ו-20(ג) לחוק, בכפוף לתנאיהם. אולם הפיצוי הכולל שבו תישא הנתבעת חייב להיות שווה לנזק הכולל שגרמה. לפיכך, ככל שבית-המשפט יכול לקבוע בפסק-הדין מהו הנזק הכולל שנגרם, עליו לעשות כן, וככל שפסק-הדין לא מומש במלואו, על הנתבעת להעביר את היתרה לקופת המדינה (לפי סעיף 20(א)(3) לחוק) או לכל יעד אחר שיקבע בית-המשפט (לפי סעיף 20(ג) לחוק), ובלבד שיתרה זו לא תיוותר בידה. בעוד בהסדר פשרה בית-המשפט אינו יכול לחייב את הצדדים להעביר את היתרה כאמור, בפסק-דין שניתן לאחר התדיינות משפטית יש לו הסמכות לעשות כן, ועליו להשתמש בסמכות זו.

באופן דומה, כאשר מוגש לאישורו של בית-המשפט הסדר פשרה המעניק זכויות התלויות במימוש, על בית-המשפט לבחון אם הוא יכול להעריך את מלוא הנזק שנגרם לחברי הקבוצה על-ידי המעשה או המחדל המיוחסים לנתבעת, בהנחה שהתביעה הייתה מוכרעת לטובת חברי הקבוצה.⁹¹ מאחר שבפסק-דין היה על בית-המשפט לקבוע סכום זה, וכן להורות כי הנתבעת תישא בו במלואו, לרבות בדרך של העברת יתרה בלתי-ממומשת ליעד שייקבע, יש לשאוף לכך ששיעור המימוש בהסדר הפשרה יהיה מרבי. שיעור מימוש נמוך משמעותו שהסדר הפשרה עלול להיות כזה שאינו ראוי, הוגן וסביר (בהתחשב, כמובן, בסיכויי התביעה ובסיכונים). במקרה כזה ההסדר שהצעת לעיל, שלפיו כלל "מעשה בית-דין" לא יחול על תובע שלא מימש את זכותו מכוח הסדר הפשרה, הוא הסדר ראוי.

שונה המצב כאשר שיעור המימוש עשוי להעיד על גובה הנזק שנגרם למעשה לחברי הקבוצה. חבר קבוצה שלא נפגע לא יממש את "זכותו" הלכאורית מכוח פסק-הדין או הסדר הפשרה, והנתבעת אינה צריכה לשאת בפיצוי של חבר קבוצה כזה. אם לבית-המשפט אין דרך להעריך את גובה הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה, משום שגובה זה תלוי בנתונים הנוגעים בנזק שנגרם לכל חבר וחבר בקבוצה, ונתונים אלה אינם מצויים בידי בית-המשפט ואי-אפשר לבררם באמצעות הנתבעת, אזי אין זה ראוי לקבוע בפסק-דין כי הנתבעת תישא בסכום כולל, אשר עלול להיות גבוה מהנזק שגרמה למעשה. במקרים אלה אין זה ראוי לקבוע, גם בפסק-דין לאחר התדיינות משפטית, כי הנתבעת תעביר יתרה בלתי-ממומשת ליעד שייקבע. ממילא, במקרים כאלה שבהם הסתיים ההליך בפשרה, שיעור מימוש נמוך אינו מעיד כי ההסדר אינו ראוי, הוגן וסביר, ויש להחיל את כלל "מעשה בית-דין" גם על מי שלא "מימש" את "זכותו".

90 ראו, למשל, אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים 331, 301, 332-331 (2004); אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח 445, 464 (2008); קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 784.

91 ראו ס' 19(ג)(2)(א) לחוק.

אדגים הבחנה זו באמצעות עובדותיו של מקרה שנידון בבית-המשפט המחוזי מרכז והסתיים בהסתלקות – עניין **המועצה הישראלית לצרכנות נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**.⁹² באותו עניין טענה המבקשת כי המשיבה לא עמדה בחובותיה לפרסם וליידע את לקוחותיה הזכאים לתעריפים מופחתים בדבר זכאותם זו.⁹³ בהנחה שטענת המבקשת נכונה, נגרם נזק לכל אותם זכאים אשר אילו יודעו כחוק, היו נוקטים את הפעולות הנדרשות כדי לממש את זכאותם. לעומת זאת, לא נגרם נזק לכל אותם זכאים אשר לא היו נוקטים פעולות אלה גם אילו יודעו בדבר זכויותיהם. זאת, משום שהמשיבה, אף לפי גרסתה של המבקשת, לא הייתה חייבת לזכותם באופן אוטומטי, אלא רק ליידע אותם בדבר זכאותם. לפיכך, במקרה זה, בהנחה שהמשיבה נדרשת לעשות את פעולות היידוע שבהן היא מחויבת מכוח הדין, בין בפשרה ובין בפסק-דין, ובהנחה שהיא הייתה נדרשת לזכות כל מי שיפנה אליה, הן בזיכוי עתידי והן בסכומי הזכאות שבהם לא זכתה אותו בעבר, שיעור מימושה של הזכות מעיד על גובה הנזק שנגרם לחברי הקבוצה. מי שלא יממש את זכותו לפנות למשיבה, ממילא לא היה עושה זאת (ככל הנראה) גם אילו יודע מראש בדבר זכאותו, ולפיכך לא נגרם לו נזק עקב מחדלה של המשיבה. לפיכך שיעור מימוש נמוך במקרה זה אינו מעיד כי הסדר הפשרה⁹⁴ אינו ראוי, הוגן וסביר. הסדר הפשרה היה צריך להקים אם כן "מעשה בית-דין" גם כלפי מי שלא מימש את זכותו לתעריפים מופחתים לאחר שיוודע בדבר זכותו.

כעת אשנה מעט את עובדות המקרה, ואניח שהמשיבה הייתה חייבת להחיל באופן אוטומטי את התעריפים המופחתים לגבי הזכאים להם. במקרה זה, אילו ניתן פסק-דין נגד המשיבה, הוא היה מטיל על חברת החשמל חובה להשיב לזכאים את הפרשי התעריפים שנגבו, והמשיבה הייתה צריכה לשאת בהפרשים אלה במלואם. במצב זה, אילו התברר כי יש זכאים שאי-אפשר להשיב להם את הכסף, הייתה המשיבה צריכה להעביר את הסכומים הרלוונטיים (יתרה בלתי-ממומשת) לאוצר המדינה, לפי סעיף 20(א)(3) לחוק. לכן, אילו הסתיימה תביעה זו בהסדר פשרה, שיעור מימוש נמוך של הזכאות להשבה או של כל זכות אחרת בעין המוענקת במסגרת הסדר הפשרה היה עלול להעיד כי ההסדר אינו ראוי, הוגן וסביר. כלל "מעשה בית-דין" לא היה צריך לחול במצב זה על מי שלא מימש את זכותו, כשם שהוא לא היה צריך לחול עליו אילו דובר בתוצאה של פסק-דין בתובענה הייצוגית, אלא אם כן היה נקבע מנגנון שהיה מסדיר מה ייעשה ביתרה שלא חולקה לאחר מועד שהיה נקבע לכך בפסק-הדין.

92 ת"צ (מחוזי מר') 33492-09-11 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 20.5.2013).

93 ראו תק' 3(ב) לתקנות משק החשמל (דרכים להוכחת זכאות לתשלום מופחת), התשס"ז-2007, ק"ת 1000; תק' 4(ב) לתקנות משק החשמל (תשלום מופחת לזכאים מקרב נכי הרדיפות והמלחמה בנאצים), התשע"א-2010, ק"ת 34; ותק' 4(ב) לתקנות משק החשמל (תשלום מופחת לזכאים שונים), התשע"א-2011, ק"ת 1183. תקנות אלה קובעות את חובתה של חברת החשמל לפרסם מזמן לזמן מידע כללי בדבר הזכאות לתשלום מופחת על-פי חוק.

94 במקרה זה דובר בהסדר הסתלקות אשר הטיל חיובים על הנתבעת. ממילא לא עלתה השאלה בדבר תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" על חברי הקבוצה המיוצגת.

הבסיס להבחנה נעוץ, אם כן, בשאלה אם בחירתו של חבר בקבוצה המיוצגת בדבר מימוש הסעד שנקבע בהסדר הפשרה מעידה על ערכה של זכות התביעה שלו. באופן טבעי, תובענות ייצוגיות רבות מוגשות בגין זכויות ששוויין לכל אחד מחברי הקבוצה הוא נמוך, וממילא ייתכן שהוא לא יממש אותה גם בדיעבד, לאחר פסק-דין או פשרה. ההנחה העומדת ביסוד התובענה הייצוגית היא שהעדר הכדאיות במימוש הזכות הפרטנית אינו צריך לפטור את הנתבעת מחבותה בגין הנזק הכולל שגרמה. הנחה זו צריכה להישמר גם כאשר בית-המשפט עומד לקבוע את חבותה של הנתבעת בפסק-דין או בפשרה. בה-בעת, אי-היכולת לקבוע מי נפגע מהפרת החובה על-ידי הנתבעת ומה הנזק שנגרם לו אינה צריכה להביא לידי כך שהנתבעת תישא בחבות כוללת גבוהה מהנזק שגרמה.

יש להדגיש כי האמור בפרק זה אינו גורע ממסקנות הדיון עד כה. בפרט, שוויו של פסק-דין או של הסדר פשרה הוא שוויו הממומש, ולא שוויו הנחזה. השאלה היחידה שפרק זה עונה עליה היא אם פער בין שווי ממומש לשווי נחזה מעיד כי הסדר הפשרה אינו ראוי, הוגן וסביר. התשובה, כאמור, תלויה בקשר שבין מימוש הזכות על-ידי חבר קבוצה לבין קיומה. כאשר יש קשר בין מימוש הזכות לבין קיומה, השווי הממומש שווה לחבות המדויקת שיש להטיל על הנתבעת. כאשר אין קשר כזה, השווי הממומש נמוך מהחבות שעל הנתבעת לשאת בה, וממילא כאשר שיעור המימוש נמוך מאוד, הסדר הפשרה אינו ראוי, הוגן וסביר.

באופן מפתיע אולי, מסקנה נוספת מהדיון לעיל היא שלעיתים קביעת סעד בעין, אף בדרך של שוכרי הנחה וקופונים, תביא לידי הטלת אחריות **מדויקת** יותר על הנתבעת מאשר קביעת סעד כספי. לשם הדוגמה, נניח שהתובענה הייצוגית הוגשה בגין מצג מטעה של הנתבעת שלפיו מוצר שמכרה הוא כשר אף שלמעשה הוא אינו כזה. הקבוצה המיוצגת בדוגמה זו תכלול את כל מי שרכש את המוצר, בין שהיה מעוניין בכשרותו ובין שהיה אדיש לכך.⁹⁵ אם ניתנת הטבה ברכישת מוצר כשר, שווייה לגבי כל חבר בקבוצה שמעוניין בכשרות המוצר גבוה משווייה לגבי מי שאדיש לכשרותו של המוצר.

95 אדישותם של חלק מחברי הקבוצה לשאלת הכשרות עשויה להשפיע על השאלה אם הם הסתמכו על ההטעה. ראו ע"א 1977/97 **ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נה(4) 584, 617–618 (2001). פסק-דין זה אושר בדנ"א 5712/01 **ברזני נ' בוק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נו(6) 385 (2003). עם זאת, ככל שהמצג המטעה הוביל לעלייה במחירו של המוצר, הפרש המחירים הינו נזק שנגרם לכל חברי הקבוצה, בין אם הסתמכו על המצג המטעה ובין אם לאו. ראו יובל פרוקציה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעה צרכנית" **עיוני משפט** לו 7, 32–33 (2014). ראו גם ע"א 5378/11 **פרנק נ' אולסייל**, פס' 70 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014); ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר (הדס) (1987 בע"מ)** (פורסם בנבו, 4.9.2014); ע"א 4333/11 **סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ**, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.3.2014); ת"צ (מחוזי מר') 15361-12-12 **גרוס נ' ג. ויליפור אינטרנשיונל בע"מ**, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 5.5.2014); ת"א (מחוזי ת"א) 2692-05 **יקיריבין נ' תרימה מוצרי רפואה ישראליים בע"מ**, פס' 127 לפסק-דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 18.12.2013).

במקרה כזה שוויו הממומש של הסדר הפשרה עשוי להעיד על שווייה האמיתי של התביעה – שווי שקשה להעריכו משום שקשה להעריך מה שיעורם של חברי הקבוצה שהיו מעוניינים בכשרות המוצר. במקרים כאלה שיעור המימוש הנמוך אינו פוגע בהכרח בהרתעה יעילה ומדויקת, ולמעשה הוא עשוי לקדם מטרה זו של החוק, כמו-גם את המטרה של פיצוי מדויק לנפגעים.

לעומת זאת, יש לשים לב למקרים שבהם הסדר הפשרה הוא כזה ששוויו לגבי חבר בקבוצה המיוצגת עומד ביחס הפוך לשווי התביעה לגביו. כך, אם בדוגמה לעיל ההטבה שתיתן תהיה ברכישת מוצר שאינו כשר, אזי שווייה יהיה נמוך ביותר לגבי חברי הקבוצה שפגיעתם מהמצג המטעה הייתה החמורה ביותר. הסדר כזה עלול לפגוע הן בהרתעה והן במתן הפיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת, ולפיכך אינו ראוי.

לסיכום, שווי התביעה, אילו הוכרעה לטובת הקבוצה התובעת, הוא ערך שעל בית-המשפט להביאו בחשבון כאשר הוא בוחן אם הסדר הפשרה המוגש לאישורו הוא ראוי, הוגן וסביר. שווי זה הוא השווי הממומש. עם זאת, גם כאשר התביעה מסתיימת בפסק-דין, ייתכנו קשיים במימוש זכותו של כל חבר בקבוצה. כאשר אי-המימוש על-ידי חבר קבוצה מעיד כי אותו חבר קבוצה לא ניזוק, פסק-הדין בתביעה, ובעקבותיו גם הסדר הפשרה, אינם צריכים לדרוש מימוש מלא, וכלל "מעשה בית-דין" צריך לחול על כל חברי הקבוצה. לעומת זאת, כאשר חבר בקבוצה עלול לא לממש את זכותו אף שנגרם לו נזק הקשור באופן סיבתי להפרת החובה על-ידי הנתבעת, אין להפחית את הפיצוי הבלתי-ממומש מחבותה הכוללת של הנתבעת. במקרה כזה, אם מדובר בפסק-דין, על בית-המשפט לקבוע את חבותה הכוללת של הנתבעת ולהורות כי יתרה בלתי-מחולקת תועבר לאוצר המדינה או ליעד אחר שייקבע; ואם מדובר בפשרה, על בית-המשפט להשתמש במנגנונים שהוצעו לעיל כדי להגדיל את שיעור המימוש ולהקטין את הפער בין שוויו הנחזה של הסדר הפשרה לשוויו הממומש. במקרים אלה, הסדר פשרה ששיעור המימוש שלו נמוך מאוד, ואשר כל יתרה בלתי-מחולקת ממנו נותרת בידי הנתבע, עלול להיות הסדר שאינו "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה".

סיכום

מאמר זה התמקד בניתוח הפער בין שוויו הנחזה של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית לבין שוויו הממומש. המאמר הצביע על הגורמים השונים לפער זה, והציע גישה שלפיה השווי הממומש הוא שוויו האמיתי של ההסדר. לפי גישה זו, אם חבר בקבוצה המיוצגת מקבל זכות להטבה, כספית או בעין, ואינו מממשה, אזי הוא לא קיבל דבר בהסדר הפשרה. זהו עקרון המימוש. כיוצא מעיקרון זה, הן שכר-הטרחת לעורך-הדין והגמול לתובע המייצג והן תחולתו של כלל "מעשה בית-דין" על חברי הקבוצה צריכים להיות תלויים במימוש ההטבה על-ידי מקבליה. המאמר עמד על ההבדל בין זכות ששווייה

ודאי במועד אישורו של הסדר הפשרה לבין אופציה ששווייה אינו ודאי, וניתח את השלכותיה של הבחנה זו לעניין ההמלצות הנוגעות בשכר־הטרחת ובתחולתו של כלל "מעשה בית־דין".

עקרון המימוש עלול להיתפס כבעייתי על־ידי משפטנים אשר שיחם הוא שיח הזכויות והחובות. כיצד ייתכן שזכות הניתנת לאדם היא חסרת ערך מבחינתו? נראה, לכאורה, כי בעצם מתן הזכות הוענק לאותו אדם ערך, שכן אותה זכות לא עמדה לו לפני כן. אכן, השאלה אם זכות שניתנה אולם לא מומשה הינה זכות בעלת ערך במובן של תורת המשפט היא שאלה נכבדה, אולם מאמר זה לא נדרש אליה. הטענה במאמר הייתה מצומצמת יותר, ולפיה ערכה הכלכלי של זכות אשר ניתנה בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית אולם לא מומשה, כמו־גם עלותה הכלכלית לנתבע, הם אפס. ערכים כלכליים אלה הם הערכים שבית־המשפט צריך לבחון, אם ברצונו לממש את מטרות ההרתעה והפיצוי של התובענה הייצוגית.

