

פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית

בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ

אמיר ישראל^{*}

א. מבוא

ב. ניגודי עניינים בהליכי פשרה בתובענות ייצוגיות

ג. הסדרי הנחות כמנגנון פיצוי בתובענה ייצוגית

ד. הסדרי הנחות בעניין דלק מוטורס

ה. סיכום והמלצות

א. מבוא

בשנת 2002 הוגשו שבע תובענות ייצוגיות, בשמם של רוכשי רכבים חדשים, נגד מרבית יבואני הרכב בישראל. התובענות הסתיימו בפשרה, שאותה אישר באחרונה בית המשפט המחוזי בתל-אביב.¹ בתובענות נטען כי בעת רכישת מכוניות חדשות, בין השנים 1995-2002, אולצו הרוכשים להתחייב לטפל ברכביהם אך ורק במוסכים המורשים בידי היבואן, ולרכוש בעת התיקון חלפים מקוריים בלבד. הרוכשים טענו כי מדובר בהסדר כובל אנכי² השולל את יכולתם לבחור כרצונם את המוסך אשר יטפל ברכביהם. בהסכם הפשרה, אשר נאמד "בסכום מקסימלי" של 620 מיליון ש"ח, התחייבו היבואנים להעניק לכל אחד מחברי הקבוצה (כ-410,000 איש) את האפשרות ליהנות משתי הנחות חלופיות: הנחה בסך 1500 ש"ח ברכישה עתידית של רכב מהסוג שאותו רכשו, או הנחה בשיעור של 20%-25% בטיפול תקופתי אחד במוסכים המורשים.

למראית עין, נראה כי מדובר בהסכם פשרה ראוי, המעניק פיצוי הוגן לחברי קבוצת התובעים. בפועל, נראה לי כי הסכום הנקוב בפשרה כ"סך מקסימלי" הוא סכום אשר בינו ובין הפיצוי שיינתן בפועל אין דבר וחצי דבר, וכי הפיצוי שיינתן בפועל לחברי הקבוצה יהיה נמוך לעין שיעור. יתר על כן, יישום הפשרה עשוי להביא לידי פגיעה קשה בתחרות החופשית בשני שווקים. ואם לא די בכך, הרי השפעתם האנטי-תחרותית של הסכמי הפשרה היא שווה בחלקה להשפעתם האנטי-תחרותית של ההסדרים הכובלים שנידונו בתביעה.³

הסדר הפשרה שאושר, אושר בלא שבוצע ניתוח כלכלי⁴ שלו בידי בית המשפט. ניתוח שכזה היה מלמד על קיום תלות הפוכה בין מידת התועלת שאותה יפיקו חברי קבוצת התובעים מהסדר הפשרה, ובין מידת פגיעתו של ההסדר

* עורך דין, בוגר הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחבר מבקש להודות לד"ר מיכל גל וכן לחברי מערכת "הארץ דין" על הערותיהם המועילות.

1 ת"א (מחוזי ת"א) 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ (טרם פורסם, 23.9.2004) (להלן: "עניין דלק מוטורס").

2 את ההסדרים הכובלים ניתן לחלק באופן גס לשני סוגים: הסדרים כובלים אופקיים, בין גופים המתחרים או עשויים להתחרות ביניהם באותו שוק, והסדרים כובלים אנכיים, הסדרים בין ספק ובין לקוח. לפירוט ההבחנה ראו, למשל, דיויד גילה, "האם רצוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים ואנכיים", **עיוני משפט** כז(3) 751, 753-754.

3 ראו דיון בחלק ד להלן.

4 ההלכה המקובלת במשפט האמריקני היא כי אין לאשר הסדר פשרה בלא ביצוע ניתוח כלכלי של ההסדר. במסגרת הניתוח, בית המשפט צריך לבחון את היקף הפיצוי האפשרי, טיבו ובעיקר מידת ודאות הפיצוי. בנוסף, יש לבחון את מידת המורכבות של ההתדיינות, סיכויי הצלחת התביעה, לרבות סיכויי הוכחת הנזק ושיעורו, כן את השלב במשפט שבו מצויה התביעה. לניתוח מפורט ראו גיל לוטן ואיל רז, **תובענות ייצוגיות** (כרך א, תשנ"ו-שנ"ז).

בתחרות החופשית, במובן זה שככל שחברי הקבוצה יפיקו תועלת רבה יותר מהסדרי ההנחות, תיפגע התחרות החופשית בצורה קשה יותר, ולהפך.⁵ מסיבה זו, נראה לי כי לא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה.

רשימה זו תחולק לשלושה חלקים. **בחלק הראשון** תיבחן בקצרה הסכנה הנשקפת לחברי קבוצות תובעים ולציבור בכללותו מהסדרי פשרה בתובענה ייצוגית, עקב ניגודי העניינים הקיימים בין התובע הייצוגי ובין חברי קבוצת התובעים שאותה הוא מייצג, ובין חברי קבוצת התובעים ובין הציבור בכללותו. **בחלק השני** ייבחנו גבולות השימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי בתובענות ייצוגיות, בהסתמך בין השאר על הניסיון האמריקני בתחום. **בחלק השלישי** ייבחן באופן ביקורתי הסכם הפשרה שנחתם בעניין **דלק מוטורס**, ויוצגו הסכנות הגלומות בו לתחרות החופשית מחד גיסא, והחשש כי הוא אינו מפצה באופן הולם את חברי קבוצת התובעים מאידך גיסא.

ב. ניגודי עניינים בהליכי פשרה בתובענות ייצוגיות

בחלק זה של הדיון, אעמוד בקצרה על שלושה סוגים שונים של ניגודי עניינים העשויים להתעורר במסגרת ניהול ההליך הייצוגי: הראשון, ניגוד עניינים בין התובע המייצג ובין חברי קבוצת התובעים. השני, ניגוד עניינים בין חברי קבוצת התובעים ובין הציבור בכללותו. השלישי, ניגוד עניינים בין סוגים שונים של חברים בקבוצת התובעים.

עם זאת, ובטרם ייסקרו ניגודי העניינים האמורים, מן הראוי להבהיר כי אין באמור להלן כדי להמליץ על גישה שיפוטית שלילית כלפי סיום תובענה ייצוגית בדרך של פשרה. לפשרה בתובענה הייצוגית יתרונות רבים, והעיקרי שבהם הנו חיסכון בעלויות אדמניסטרטיביות ועלויות ניהול הדיון. עלויות אלו הן בדרך כלל ניכרות במיוחד כשמדובר בניהול תובענה ייצוגית.⁶ עם זאת, לצד הגישה החיובית כלפי הסכמי פשרה, עמדנו היא כי יש להיזהר מהסכמי פשרה בלתי ראויים אשר אינם עולים בקנה אחד עם מטרות ההליך הייצוגי בכלל ועם המטרה של הרתעת נתבעים בפרט.⁷

סוג ראשון של ניגוד עניינים עלול להתגלע בין התובע הייצוגי ובין קבוצת התובעים שאותה הוא מייצג. בתביעה אזרחית רגילה, ניצבים משני צדי המתרס תובע ונתבע, כאשר האינטרס הכלכלי של כל אחד מהם הוא מטבע הדברים למקסם את רווחיו מהתביעה. לא כך הדבר בתובענה הייצוגית. בתובענה ייצוגית, ניצבים להם משני צדי המתרס הנתבע וחברי קבוצת התובעים, אולם ביניהם ניצב שחקן שלישי, הוא התובע הייצוגי, המנהל את ההליך בשמה של קבוצת התובעים. ברוב רובם של המקרים לתובע הייצוגי אינטרס אישי למקסם דווקא את רווחיו שלו.⁸ לכך יש להוסיף כי חלק גדול מהתובענות הייצוגיות מתנהלות אף בלא כל ידיעה מצד מרבית חברי הקבוצה בדבר ההליך המתנהל, הצדדים המעורבים בו והסעדים המבוקשים בשמם.⁹

1996 (1996) 318 (להלן: "לוטן ורז"). לעניין הסדרי קופונים, בית המשפט צריך לבחון את הערך הריאלי של ההסדר, כלומר את הפער שבין "ההטבה על הנייר" וההטבה הצפויה בפועל. בין השאר בית המשפט צריך לבחון אם כלל חברי הקבוצה יהיו מעוניינים בניצול ההטבה, אם ההסדר מערים קשיים טכניים על ניצול ההטבה וכן אם תיתכן עבירות של ההטבה לצדדים שלישיים. לפירוט ראו עופר לוי **פשרה בתובענות ייצוגיות** (עבודה לצורך קבלת תואר מוסמך, הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר אילן, 2004) (להלן: "עופר לוי"), עמ' 50.

⁵ ראו דיון בחלק ד להלן.

⁶ לפירוט יתרונות הפשרה "בסביבה הייצוגית" ראו עופר לוי (לעיל, הערה 6), בעמ' 27.

⁷ למטרות ההליך הייצוגי ראו עופר לוי (לעיל, הערה 6), בעמ' 16.

⁸ על "בעיית הנציג" בתובענות ייצוגיות ראו באופן כללי: Nancy Morawetz, "Bargaining, Class Representation, and Fairness", 54 Ohio St. L. J (1993) 1. אמנם ייתכנו מקרים שבהם התובע הייצוגי פועל מסיבות אידיאולוגיות או אפילו אלטרואיסטיות, וייתכנו מקרים שבהם התובע הייצוגי הוא ארגון הפועל שלא למטרת רווח, אולם במרבית המקרים מעוניין התובע הייצוגי לזכות בשכר טרחה גבוה ככל הניתן בעבור מאמציו.

⁹ סיום התובענה הייצוגית, בין בדרך של מתן פסק דין ובין בדרך של פשרה, מהווה מעשה בית דין לגבי החברים בקבוצת התובעים. חריג לכך הנו יכולתו של חבר בקבוצת התובעים להסתלק מהקבוצה – לאחר שהוגדרה בידי בית המשפט בפעולה המכונה opt-out (ראו סעיף 46ג(ב) להוראות חוק ההגבלים העסקיים). עם זאת, למותר

כאשר התובענה הייצוגית מגיעה לידי סיום במתן פסק דין, נגזרים בדרך כלל רווחיו של התובע הייצוגי מהסכום המצרפי הנפסק לחברי הקבוצה.¹⁰ במצב דברים זה, קיימת זהות אינטרסים בין התובע הייצוגי ובין חברי הקבוצה, שכן ככל שיגדל הסכום המצרפי שייפסק לקבוצה, יגדל בהתאמה גם חלקו של התובע הייצוגי באותו סכום. כאשר אלה הם פני הדברים, הרי אין למעשה כל הבדל בין דרך ניהול התובענה הייצוגית ובין דרך ניהולה של תביעה רגילה.

אולם רוב רובן של התובענות הייצוגיות כלל אינן מגיעות לידי סיום במתן פסק דין.¹¹ תובענות אשר אינן נדחות בידי בית המשפט בשלב אישורן, מסתיימות בדרך כלל בפשרה בין התובע הייצוגי ובין הנתבע.¹² סיבה אחת לכך נעוצה במשך ההליך ובתמריצו של התובע הייצוגי. הליכי התובענה הייצוגית הם ארוכים במיוחד, שכן התובענה מתנהלת בשני שלבים: שלב אישור התובענה ושלב ניהולה, ולצדדים נתונה זכות ערעור על פסיקת בית המשפט בכל אחד מהשלבים.¹³ תובעים ייצוגיים יעדיפו בדרך כלל להתפשר הואיל והאלטרנטיבה היא לבלות שנים ארוכות בין כותלי בתי המשפט. בנוסף, עלויות ניהול ההליך הייצוגי – תביעה כספית בסכום גבוה נגד נתבע בעל עצמה – הן מטבע הדברים עלויות גבוהות, בעוד עלויות ניהול הליך פשרה הן נמוכות בהרבה. זהו תמריץ נוסף לתובע הייצוגי להתפשר בסכום נמוך יחסית.¹⁴ גם הנתבע – שנגדו מוגשת תובענה ייצוגית – יעדיף בדרך כלל להתפשר. הסיבה העיקרית נעוצה בכך שהסכומים הנתבעים בתובענה הייצוגית הם בדרך כלל גבוהים מאוד.¹⁵ כאשר סכום התביעה הוא גבוה במיוחד, יהיה משתלם לנתבע שונא הסיכון להתפשר ולהסכים לשלם סכום נמוך יחסית, ולהימנע מהסיכון, אפילו הוא קטן, שהתובענה תסתיים בפסק דין שיחייבו לשלם סכום גבוה.¹⁶ אם יש ממש בעילת התביעה, וסיכוי גבוה שהסכומים הנתבעים ייפסקו בסופו של דבר לחברי הקבוצה, קל וחומר שירצה הנתבע להתפשר עם התובעים.

לציין כי מקרים שבהם חברים בקבוצת תובעים מבצעים פעולה של opt-out הם יחסית נדירים, ובפרט בתובענות ייצוגיות שבהן סכום התביעה המתבקש לכל חבר וחבר בקבוצת התובעים אינו גבוה, ולנתבע אין היכרות אישית עם החברים השונים בקבוצת התובעים. שונה במידת מה הוא המצב במשפט האמריקני. שם מותנה אישור התובענה הייצוגית במשלוח הודעה אישית לכל אחד ואחד מחברי קבוצת התובעים. ראו: Amchem Prod., Inc. V. Windsor, 521 U.S. 591, 627 (1997). יש לציין כי חובת משלוח ההודעה לא הוכרה בידי בתי המשפט של מדינת קליפורניה (ראו, למשל: Daar V. Yellow Cab. Co. 67 Cal.2d 695 (1967)), אשר נחפכה בשל כך למקום פופולרי לצורך הגשת תביעות ייצוגיות.

¹⁰ התובע הייצוגי זכאי לפיצוי מיוחד, בנפרד מחלקו בתובענה עצמה, מתוך מטרה לתגמלו על הסיכון שקיבל עליו בהגשת התובענה, ובעבור המאמצים שאותם הוא השקיע בשמם של חברי הקבוצה. ראו, למשל, יוסף גרוס, **חוק החברות החדש** (תש"ס), בעמ' 230. ברור כי בלא מתן פיצוי מיוחד לתובע הייצוגי, הגשת התובענה הייצוגית מלכתחילה לא תהיה כדאית. ראו סטיבן גולדשטיין וי' עפרון, "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", **עלי משפט** א (תש"ס) 27, 46. בפסיקה הישראלית, המגמה היא להעניק לתובע הייצוגי שכר טרחה בשיעור של 8% מהסכום שנפסק. ראו ע"א 8430/99 **אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ**, פ"ד נו(2) 247 (להלן: **ע"א אנליסט**) שם קבע הנשיא ברק כמה שיקולים לקביעת שיעור הסכום שייפסק לתובע הייצוגי, ונפסק בהתאם להם שכר טרחה בשיעור של 9% מהסכום. ראו, בנוסף, ת"א (מחוזי ת"א) 12/96 **זת חברה ליעוץ כלכלי בע"מ נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ**, דינים מחוזי לב(6) 866 (שם נפסק שכר טרחה בשיעור של 15% מהסכום).

¹¹ ראו לוטן ורו (לעיל, הערה 6), בעמ' 320. ראו, בנוסף, סיני דויטש, "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון", **מחקרי משפט** כ (תשס"ד – 2004) 299, 316-317 (להלן: "דויטש"), שם עורך המחבר מחקר אמפירי בנושא.

¹² שם, שם. המקרה היחיד הידוע למחבר שבו ניתן פסק דין בתביעה ייצוגית הנו בת"א (מחוזי ת"א) 1341/00 **מזל נ' דיסקברי סוכנות דוגמנות בינלאומית בע"מ**, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לג(1) 223. נראה עם זאת כי פסק הדין באותו עניין אינו בר מימוש הואיל והנתבע ברח מחוץ לישראל עם רכשו. ראו דויטש, בעמ' 303.

¹³ ראו ע"א 8521/03 **תאגיד לאיסוף כלי משקה בע"מ נ' קראוס**, תק-על-2004 (1) 1269.

¹⁴ ראו אלון קלמנט, "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות", **משפטים** לד (תשס"ד) 301, 328-327.

¹⁵ ראו, למשל, דויטש (לעיל, הערה 13), בעמ' 358. שם מצביע המחבר על כך שרק בשנת 2002 הוגשו כ-10 תובענות שסכום התביעה שלהן התקרב למיליארד ש"ח, או עלה על סכום זה.

¹⁶ ניקח לדוגמה תובענה ייצוגית שבה נתבע פיצוי כולל בסכום של מיליארד ש"ח, ונניח כי התובע הייצוגי מאמין כי קיים סיכוי של אחוז אחד שהסכום ייפסק במלואו. במצב דברים זה, יהיה הנתבע – בהנחה שהוא שונא סיכון – נכון להתפשר בכל סכום הנמוך מ-10 מיליון ש"ח, ולסיים בכך את ההליך. לכך יש להוסיף כי תביעות ייצוגיות תלויות ועומדות מרתיעות משקיעים בחברה, וצדדים שלישיים השוקלים להתקשר אתה. תובענות ייצוגיות מופיעות בדרך כלל גם בדו"חות הכספיים של החברה, ולעתים החברה אף נדרשת לבצע הפרשות כספיות בשל כך. יש לציין כי נכונותם של נתבעים להתפשר בתובענות ייצוגיות גורמת לעתים לתופעה שלילית של הגשת תובענות סחטניות, העשויות להניב למגישיהן רווחים גם במקרים שבהם העילה היא קלושה. ראו ע"א **אנליסט**

שלב הדיונים בהסדר פשרה חל שינוי מהותי בתמריצו של התובע הייצוגי. עד שלב הפשרה מטרתו של התובע הייצוגי היא כאמור להגדיל את הסכום שייפסק לחברי הקבוצה, ואילו מעת שמתחילים הדיונים בדבר פשרה, מטרתו של התובע הייצוגי היא במקרים רבים לזכות בשכר טרחה גבוה ככל הניתן.¹⁷ ממושג הסדר בדבר גובה שכר הטרחה, התובע הייצוגי עשוי להיוותר אדיש לשאלת הסכום שייפסק לקבוצת התובעים בכללותה, ולשאלת טיבו והיקפו של מנגנון הפיצוי. למעשה, ניתן להצביע על תהליך הפוך העשוי להתרחש בהליכי פשרה לעומת המתרחש בתובענות ייצוגיות המסתיימות במתן פסק דין: כאשר ניתן פסק דין, נגזר שכר הטרחה של התובע הייצוגי מהסכום שפוסק בית המשפט לחברי הקבוצה, ואילו בהליכי פשרה נקבע בפועל הסכום שיינתן לחברי הקבוצה בהתאם לשכר הטרחה עליו הסכימו התובע הייצוגי והנתבע.¹⁸ לאחר שמסוכם שכר הטרחה של התובע הייצוגי, עשויה קבוצת התובעים להיוותר למעשה נטולת ייצוג, והתובע הייצוגי והנתבע עשויים לשתף ביניהם פעולה ולהגיע להסדר נוח ככל הניתן לנתבע, לעתים קרובות תוך הסוואת הסכום האמיתי שאותו ישלם הנתבע והסתרתו מעיני בית המשפט.¹⁹

דוגמה קיצונית להסכם פשרה בתובענה ייצוגית, הפוגע בזכויותיהם של חברי קבוצת התובעים, ניתן למצוא בהסכם שאישר בית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין **קלאב הוטלס**. יש לציין כי בית המשפט באותו עניין חזר בו מאישורו, לאחר שנשמעה התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה להסכם.²⁰ בעניין **קלאב הוטלס**, הוגשה התובענה הייצוגית בשם של רוכשי יחידות נופש במלונות הרשת. בתביעה נטען כי רשת המלונות חייבה את בעלי יחידות הנופש – בניגוד להסכם ולדין – בתשלום החלק היחסי בהוצאות האחזקה של כלל יחידות הנופש במלון, בין שנמכרו או הושכרו ובין לאו. בעלי יחידות הנופש חויבו בתשלום דמי החזקה של כל יחידות הנופש, אף שחלקן לא נרכשו על ידם ולא הושכרו, ולא לפי חלקה היחסי של יחידתם אלא כתלות במידת התפוסה של יחידות הנופש במלון. קל לראות כי הוראה חוזית זו עשויה להביא לידי תוצאות בלתי צודקות ואף אבסורדיות. כך, למשל, במקרה קיצוני שבו מכר המלון יחידת נופש אחת בלבד, ואילו יתר היחידות נותרו בלא שימוש, יחויב בעל היחידה האחת בתשלום הוצאות האחזקה של כלל היחידות באותו מלון.

בין הנתבעת לתובע הייצוגי נחתם הסכם פשרה. בהסכם, שנוסח באופן עמום במתכוון, התחייבה הנתבעת לשאת בהוצאות פוליסות הביטוח והמסים בעבור היחידות שלא נמכרו, אך לא בהוצאות האחזקה עצמן. לעומת זאת, הסכם הפשרה התיר לנתבעת לפתוח "חשבונות ישנים" ולקזז את הסכום המגיע לחברי הקבוצה כנגד חובות משנים קודמות. יצוין כי מקריאת ההסכם אין לדעת אם בעקבות הקיזוז תיוותר יתרה כלשהי בידי חברי הקבוצה, ומבדיקה שערך היועץ המשפטי לממשלה עלה כי "החובות משנים עברו" עלו במרבית המקרים בשיעור ניכר על הסכום שאותו היו אמורים חברי הקבוצה לקבל. נמצא, כי הסכם הפשרה הטיל על חברי הקבוצה חיוב, ובסכומים גבוהים, ושלל מהם כל זכאות לפיצוי כספי של ממש. ואם לא די בכך, הרי הסכם הפשרה ניסח מחדש הוראות שונות בהסכם המקורי, וחייב את חברי הקבוצה בהוצאות אשר זכרן לא בא בהסכם המקורי, ובהן הוצאות בעבור חידוש ריהוט, מבנים וציוד, והכול במסווה של

(לעיל, הערה 12), בעמ' 256: "התובענה הייצוגית היא כלי רב-עוצמה שעלול לפגוע ביחיד שלא ידע עליו. הוא עלול לדחוק נתבעים לפשרה ללא הצדקה עניינית", וראו בדומה רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים, פ"ד נז(3) 220, 288, ע"א 3051/98 דרין נ' חברת דיסקונט השקעות בע"מ (טרם פורסם, 9.9.2004).

¹⁷ ראו עופר לוי (לעיל, הערה 6), בעמ' 30. מן הראוי להבהיר כי ייתכנו מקרים שבהם התובע הייצוגי פועל מתוך רצון אמיתי וכן לסייע לחברי קבוצת התובעים ולפעול להעשנתו של הנתבע. אך אין לכחד כי במקרים רבים המטרה העיקרית שביסוד התביעה הייצוגית היא השגת שכר טרחה גבוה לעורך הדין המייצג.

¹⁸ זאת ניתן גם ללמוד מהסכם הפשרה שהושג בעניין **דלק מוטורס**. טרם שהושג הסכם הפשרה, נערכו הליכי גישור בין הצדדים – בפיזורו של עורך הדין רם כספי - ובהם סוכם שכר הטרחה שישולם לתובעים הייצוגיים. לאחר שהושג סיכום בדבר שיעור שכר הטרחה, התפנו הצדדים לסכם את תנאי הפשרה.

¹⁹ עופר לוי (לעיל, הערה 6), שם.

²⁰ ת"א (מחוז תל אביב) 2560/01 בירנבוים נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.) בע"מ (החלטה מיום 17.3.03) (להלן: "קלאב הוטלס מחוזי"). על ההחלטה לביטול ההסכם הוגש ערעור, שאותו דחה בית המשפט העליון ברע"א 4066/03 קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם) (להלן: "קלאב הוטלס עליון").

"הבהרת" תנאי ההסכם המקורי. כחלק מתנאי ההסכם, התחייבו חברי קבוצת התובעים לוותר מראש ובאופן גורף על כל טענה שהיא בנוגע לשיטת חישוב דמי האחזקה השנתיים, דרך ניהול החשבונות בידי קבוצת ניהול, מועדי תשלום, תוצאות של אי-תשלום דמי אחזקה ועוד. בתמורה ל"טרחתם" בהגשת התביעה, זכו באי כוחו של התובע הייצוגי לשכר בסך 722,990 ש"ח, הנגזר לכאורה מהסכום הכולל שישלמו הנתבעות, אשר הוערך ב-7 מיליון ש"ח, והכול בלא פירוט של הכספים שתשלם הנתבעת בפועל, ובלא כל פירוט של השלכות ההסכם על זכויותיהם העתידיות של בעלי יחידות הנופש. הסכם הפשרה אושר בידי בית המשפט המחוזי באופן לאקוני, בפסק דין שנכתב בכתב יד ובו נקבע:

במעמד הגשת הסכם הפשרה לביהמ"ש, לווה הדבר בהסבר תמציתי לגבי עיקריו מפי ד"ר קלגסבלד ובהסכמת עו"ד גולדנברג. עיינתי בהסכם הפשרה על נספחיו, ובהיותי ערה להנחיות ביהמ"ש העליון בעניין אנליסט ומשמעות הסכמי הפשרה שבחוק נראה לי שההסכם הוא איזון נאות ומשוקלל היטב של זכויות הצדדים. אשר על כן אני נעתרת למבוקש.²¹

לאחר שנשמעה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בוטל הסכם הפשרה בעניין **קלאב הוטלס** בידי בית המשפט המחוזי בפסק דין שבו טרח למרבה הצער בית המשפט להטיל ביקורת דווקא על פעילותו של היועץ המשפטי לממשלה, על שבוחר להצטרף לתביעה הייצוגית בשלב מאוחר מדי לדעתו של בית המשפט. נראה לי כי הביקורת המתחייבת באותו עניין היא דווקא כלפי דרך פסיקתו של בית המשפט, שאישר פשרה בלתי ראויה בלא בדיקה מספקת של הוראות ההסכם,²² וכן כלפי התובע הייצוגי באותו עניין, אשר זכה לשכר טרחה נאה ובתמורה הסכים למכור את חברי הקבוצה בניזד עדשים.

ניגוד עניינים שני המאפיין תביעות ייצוגיות הנו ניגוד עניינים בין חברי קבוצת התובעים ובין הציבור בכללותו. קבוצת התובעים בתובענה ייצוגית עשויה לכלול במקרים מסוימים מאות אלפי צרכנים. אם יושג הסדר שבו יזכו חברי הקבוצה להטבות, ייתכן שמי שישא בעלויות אותן הטבות לא יהיה הנתבע כי אם לקוחותיו של הנתבע אשר אינם נכללים בקבוצת התובעים, ועליהם יגלגל הנתבע את עלויות ההסדר.²³ מקרים מסוג זה מתרחשים בדרך כלל כאשר הנתבע נהנה מכוח בשוק הרלוונטי. אניח לדוגמה כי נתבע מונופוליסט מתחייב להעניק לחברי הקבוצה הנחה עתידית במחירי מוצריו. כדי לממן את ההנחה, עשוי הנתבע להעלות את מחיר המוצר, כך שלמעשה ההנחה לחברי הקבוצה תמומן בידי שאר הלקוחות.²⁴

²¹ ראו קלאב הוטלס מחוזי.

²² וכן תוך הסתמכות שגויה על ההלכה בע"א אנליסט (הערה 12 לעיל), אשר ההנחיות בה רלוונטיות רק לעניין הדרך שבה יש לחשב את שכר הטרחה לתובע הייצוגי, ואין בה דבר וחצי דבר לעניין השיקולים שאותם יש לשקול בעת אישור הסכם פשרה בתביעה ייצוגית.

²³ רשימה זו תתמקד במקרים שבהם קיים חשש כי הסכום שנפסק לחברי הקבוצה בפשרה יגולגל במישרין על הציבור בכללותו או על חלקים ממנו. יש עם זאת לציין כי אחד הטיעונים המושמעים תדיר נגד מוסד התובענה הייצוגית הוא כי קיימת סבירות גבוהה שהסכומים שייפסקו בה יגולגלו ממילא על הציבור בכללותו בעקיפין, באמצעות מנגנוני ביטוח למיניהם. על חששות אלו עמד גם בית המשפט העליון בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו העשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 328: "פסק הדין הניתן בתביעה כזו נגד הנתבעים מחייב את הנתבעים כלפי ציבור רחב, בחיובים שגודלם והיקפם אינם ידועים כלל והם עשויים להטיל נטל כבד ביותר לא רק על הנתבעים, אלא גם על הציבור בכללו". ראו גם רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785. אכן, יש הרואים בשיקול הביטוחי שיקול המצדיק התייחסות זהירה למוסד התובענה הייצוגית, ונראה כי בגישה זו קיים היגיון מה (לגישה הפוכה ראו דליה אזוב ומשה בן-ארי סוגיות בתובענות ייצוגיות כרך א' תשנ"ב-1992 עמ' 609). נראה לי כי לצורך רשימה זו – שעניינה בסכומים הנפסקים בדרך הפשרה – ניתן להתעלם מהשיקול הביטוחי, שהינו כאמור שיקול כללי נגד פסיקת סכומים גבוהים בתובענות ייצוגיות גם שלא בדרך הפשרה.

²⁴ קביעה זו יש לסייג במקרים שבהם גובה הנתבע המונופוליסט מחירים מונופוליסטיים מלכתחילה, שכן אז העלאה במחיר המוצר תביא לידי אבדן רווחים למונופול. זאת מכיוון שהמחיר המונופוליסטי הנו רף המחיר המקנה למונופול את הרווח המקסימלי. ראו: 12 Hovenkamp, Federal Antitrust Policy (1999) (להלן: "Hovenkamp").

במקרים אחרים, ניגוד העניינים מהסוג השני ניכר בחשש לפגיעה בתחרות בשוק שבו פועל הנתבע. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית שהוגשה בארצות הברית נגד חברת מיקרוסופט, בעלת מונופולין בייצור ובשיווק מערכות הפעלה למחשבים אישיים. התביעה הוגשה בשמם של רוכשי מערכת ההפעלה Windows וכן תוכנות שונות המותקנות בה, בטענה כי מיקרוסופט ביצעה פעולות קשירה אסורות בין המוצרים. בין הצדדים הושגה פשרה, ובמסגרתה התחייבה מיקרוסופט לתרום למאות אלפי בתי ספר וגני ילדים מחשבים שבהם מותקנת חומרה מתוצרתה, בשווי מיליארד דולר.²⁵ לכאורה, הסדר נדיב וראוי. דא עקא, שהחומרה למרבית המחשבים בבתי הספר ובגני הילדים סופקה באותה תקופה בידי חברת אפל (Apple), מתחרתה של מיקרוסופט. אישור ההסדר היה מביא לידי כך שמיקרוסופט, מונופול בתחומה, הייתה מקבלת אישור "להציף" בחומרה מתוצרתה את אותו פלח שוק הנשלט בידי יריבתה, ובטווח הארוך להשתלט עליו.²⁶

סוג שלישי של ניגוד עניינים במסגרת התובענה הייצוגית עשוי להתגלע בין סוגים שונים של חברים בקבוצת התובעים.²⁷ ייתכן, למשל, ניגוד עניינים בין אותם חברי קבוצת התובעים אשר סבלו מנזק בפועל, ובין תובעים עתידיים, אשר נזקם טרם התגבש או נתגלה – במלואו או בחלקו – בעת שבה הוגשה התובענה. ניגוד העניינים מתבטא בין היתר בכך שככל שייפסק סכום גבוה יותר לחברי קבוצת התובעים הנוכחית, כך יקטנו הסיכויים (בשל חשש מכניסה לחדלות פירעון של החברה הנתבעת) כי התובעים שנוזקם טרם נתגלה יזכו לפיצוי בעתיד. החשש האמור התממש במשפט האמריקני בתביעות הייצוגיות הרבות שהוגשו נגד יצרני מוצרים מאסבסט, שנתגלו בתחילת שנות השמונים כמסרטנים, וגרמו לפגיעות קשות בעשרות אלפי בני אדם אשר נחשפו לחומר.²⁸ החברות שייצרו מוצרים המכילים אסבסט חויבו לשלם סכומי עתק לניזוקים, ורבות מהן הגיעו למצב של חדלות פירעון בין משום הסכומים הגבוהים שנפסקו ובין משום שלאחר איסור השימוש באסבסט לא הייתה לפעילותן הכלכלית הצדקה.²⁹ כל אותם תובעים אשר נזקם התגלה בשלב הראשוני, זכו לפיצוי, ולו חלקי, ואילו לתובעים שנוזקם התגלה בשלב מאוחר יותר לא נותר ממי להיפרע.

מן הראוי לציין כי תיתכן טענה שאין בחשש לחדלות פירעון של הנתבע כדי לשלול פיצוי מתובעים הזכאים לכך במועד הגשת התביעה. טענה זו הגיונה לצדה. אך קיימים גם מקרים אחרים, שבהם קיים חשש כי הסכמי פשרה בתובענה ייצוגית, שנוזקם של חלק מתובעיה טרם התגלה, ישללו את זכותם של האחרונים להיפרע בעתיד, כאשר יתגלה נזקם. בהקשר זה ניתן לציין את הסכם הפשרה שהושג בתביעה הייצוגית שהוגשה נגד חברת רמדיה, בעקבות הפרשה הידועה שבה נתגלה כי במזון לתינוקות מתוצרת החברה חסר ויטמין חיוני, והחסר גרם לפגיעות קשות בתינוקות רבים ואף למותם של כמה תינוקות.³⁰ יש לציין כי בין חברי הקבוצה לא נכללו אותם תינוקות שניזוקו, וכי אלו פוצו בידי רמדיה בנפרד. התובענה הוגשה בשמם של הורי התינוקות שבהם לא נתגלה נזק, ונטען כי להורים נגרמו נזקים בלתי ממוניים עקב החשש לפגיעה בשלום ילדיהם. בין הצדדים הושגה פשרה, ובמסגרתה התחייבה רמדיה לפצות את ההורים, בהתאם

²⁵ In re Corp. Microsoft Antitrust Litigation, 185 F. Supp. 2d 519

²⁶ למסקנה זו הגיע השופט באותו עניין לאחר ביצוע ניתוח כלכלי של ההסדר (ראו הערה 6 לעיל), ניתוח שלא נעשה בעניין דלק מוטורס.

²⁷ על החשש לקיום ניגוד עניינים בין חברים שונים בקבוצת התובעים ראו באופן כללי רע"א טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788, רע"א 378/96 ויינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 267, בש"א 106462/98 רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ ואח', תק-מח (1)2003 1469, בש"א (תל-אביב) 3006/00 דנוש נ' Chrysler Corporation, תק-מח 2003(4), 4.

²⁸ ראו: Deborah Hensler, Asbestos in the Courts: The Challenge of Mass Toxic Torts (1985).

²⁹ מחקרים מראים כי יותר מ-40 חברות שייצרו אסבסטוס הגיעו למצב של חדלות פירעון בעקבות התביעות. ראו קלמנט (לעיל, הערה 16), בעמ' 310.

³⁰ לקובץ כתבות על הפרשה שהוכנו בידי מערכת עיתון "הארץ" ראו: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/LiArtSR.jhtml?objNo=54293> (נצפה באחרונה בתאריך 20.12.2005).

לגיל ילדיהם, בפיצוי הנע בין 500 ל-1300 ש"ח.³¹ עם זאת, הסכם הפשרה נוסח באופן כזה שהוא לכאורה שולל את זכותם של ההורים להגיש תביעה נוספת אם בתינוק יתגלו נזקים בעתיד.³² מטבע הדברים, הסכם שכזה מקנה תרופה סבירה לאותם חברים בקבוצת התובעים אשר תינוקם לא סבל מנזק פיזי, אך הוא פוגע בזכות התביעה של אותם חברים אשר בתינוקם יתפתח נזק פיזי בעתיד.

הפתרון הראוי במקרים שבהם קיימים ניגודי עניינים בין סוגים שונים של תובעים המשתייכים לקבוצת התובעים הוא להורות על חלוקת קבוצת התובעים לתתי-קבוצות, ולחייב מתן ייצוג נפרד לכל קבוצה וקבוצה של תובעים.³³ מטרת הייצוג הנפרד היא לוודא כי הקבוצות השונות של התובעים יזכו לייצוג הולם, וכי קבוצה אחת לא תקופח על חשבון האחרת. עם זאת, קיימים מקרים שבהם ניגוד העניינים הוא חריף במיוחד, ולא נותרת ברירה אלא לדחות את הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית לפי הנוסח שבו הוגשה.³⁴ מן הראוי לציין עם זאת כי במקרים מסוימים עשוי להתעורר קושי לזהות את הפגיעה הפוטנציאלית בחלק מקבוצת התובעים, ובמקרים אחרים ייתכן שההתגבשות העתידית של הנזק אצל חלק מקבוצת התובעים הנה בגדר ספקולציה בלבד ואין להעניק לה משקל ממש. כך או כך, בתי המשפט צריכים להיזהר מהסדרי פשרה השוללים בצורה גורפת מדי את זכות התביעה העתידית של חברי הקבוצה.

לכאורה, יש פתרון מסוים לניגודי העניינים שצוינו לעיל, שכן לבית המשפט נתונה הסמכות שלא לאשר את הסכם הפשרה במקרים שבהם מתעורר חשש לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה או לפגיעה בתחרות בשוק.³⁵ אם יעשה בית המשפט שימוש קפדני בסמכותו זו וידרוש לבצע ניתוח כלכלי של ההסדר, סביר כי ייחשפו אותם הסדרי פשרה בלתי ראויים ויפסלו. עם זאת, בלא ייצוג אמיתי לחברי הקבוצה או לאינטרס הציבור, וכאשר הטיעונים המובאים לפני בית המשפט – משני הצדדים להסכם – תומכים בו ומשבחים את תנאיו, וכן כשעולה הרצון לסיים את ההליך הממושך, נראה כי שופטים רבים יעדיפו לאשר את ההסכם, ולהימנע מביצוע ניתוח כלכלי מורכב הנדרש כדי לחקור את מאפייניו.³⁶ בהסכמי פשרה בתובענות ייצוגיות קיימים כאמור סוגים שונים של ניגודי עניינים. בהיעדר ניתוח כלכלי, אותם ניגודי עניינים יביאו לידי כך שחלקם הגדול של הסכמי הפשרה שייחתמו לא ישיגו את המטרה של הרתעת הנתבע ופיצוי חברי קבוצת התובעים מחד גיסא, וכן תיתכן פגיעה בצדדים שלישיים ובתחרות החופשית בשוק מאידך גיסא.

ג. הסדרי הנחות כמנגנון פיצוי בתובענה ייצוגית

בתובענות ייצוגיות רבות קשה להעניק פיצוי אינדיבידואלי לחברי הקבוצה, בין בשל בעיות בזיהוי חברי הקבוצה ובהוכחת הנזק, ובין משום העלויות העצומות הכרוכות בפיצוי אינדיבידואלי, בפרט כאשר הסכום שזכאי לו כל תובע ותובע הוא נמוך במיוחד. בנסיבות אלו, קיימת אפשרות להשתמש במנגנוני פיצוי שונים אשר אינם מצריכים את איתור

³¹ הסכם פשרה בת.א. 2233/03 מטאל נ' היינץ רמדיה בע"מ (עותק של הסכם הפשרה מצוי בידי המחבר).

³² כאמור במסמך שאותו הגישה המועצה הישראלית לצרכנות בת.א. 2233/03 מנטל נ' היינץ רמדיה בע"מ, שכותרתו "הודעה דחופה מטעם המועצה הישראלית לצרכנות – ליקויים בהסדר הפשרה המוצע ודרכים לתיקונם" (ראו: www.lawdata.co.il/UpLoad/Teanot/3247.rtf, נצפה באחרונה ביום 29.11.2004)

³³ ראו בהקשר של תביעות האסבסט: Ortiz V. Fibreboard, 526 U.S. 815 (1999), Amchem Products V. Windsor, 521 U.S. 521.

³⁴ כזה היה המצב בבש"א (מחוזי י-ם) 5538/01 זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, תק-מח (1)2002, 438, 454. באותו עניין הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברה בשם עובדיה ובשם גמלאיה. נקבע כי בין העובדים – אשר הישרדות החברה בראש מעייניהם – ובין הגמלאים, מתקיים ניגוד עניינים אשר אינו מאפשר את קיבוצם יחד בתובענה ייצוגית אחת.

³⁵ סיום ההליך בהסדר פשרה מותנה באישורו של בית המשפט. סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988 קובע, למשל, כי "תובע לא יסתלק מתובענה ייצוגית, ולא יעשה הסדר או פשרה עם נתבע, אלא באישור בית המשפט".

³⁶ קלמנט (לעיל, הערה 16), בעמ' 329. ראו, בנוסף, סטיבן גולדשטיין, "ארבעים שנה לסדר הדין האזרחי", משפטים יט (תשמ"ט) 663, 671.

השתנה קוד שדה

חברי הקבוצה ואת פיצויים בנפרד. השימוש במנגנוני פיצוי במקרים שבהם קשה להעניק פיצוי אינדיבידואלי מעורר שאלות סבוכות, ביניהן שאלות חוקתיות, אשר מקומן אינו ברשימה זו.³⁷ עם זאת, כאשר אין מדובר בסיום התובענה בדרך של מתן פסק דין, והצדדים הם שמעוניינים להשתמש במנגנוני פיצוי, הרי בתי המשפט ייטו במרבית המקרים לאשר זאת.³⁸

קיימים כמה סוגים של מנגנוני פיצוי שבהם ניתן להשתמש כתחליף לפיצוי אינדיבידואלי. ניתן, למשל, להסכים כי סכום הפיצוי, כולו או חלקו, ייתרם לארגון צדקה כלשהו,³⁹ או לאחד ממוסדות המדינה.⁴⁰ מנגנון אפשרי אחר הנו לתת הנחות – כלומר להוריד את מחיר המוצר למשך פרק זמן מסוים (Price Rollback).⁴¹ הורדת המחיר יכולה להיות גלובלית (לכלל הלקוחות) או ללקוחות המשתייכים לחברי קבוצת התובעים בלבד, במקרים שבהם ניתן לזהותם (הסדרים המכוונים לעתים "הסדרי קופונים"). מנגנון פיצוי זה הוא פופולרי בקרב נתבעים, המעדיפים מטבע הדברים לפרוס את עלויות הסדר הפשרה על פני תקופה ממושכת, ולשלם פיצוי עקיף, תחת תשלום סכום כולל במועד חתימת הסכם הפשרה.⁴²

יש לציין כי קיימים מקרים שבהם רצונו של הנתבע להימנע מתשלום חד-פעמי של סכום התביעה הנו לגיטימי ואף הכרחי. תובענות ייצוגיות, שבהן סכום החבות הוא גבוה במיוחד, עשויות במקרים רבים לסכן את יציבותו הפיננסית של הנתבע.⁴³ בארצות הברית הוגשה, למשל, תביעה ייצוגית בהיקף ענק נגד חברות התעופה האמריקניות, בטענה שהן

³⁷ ההלכה הרווחת במשפט האמריקני הפדרלי היא כי שימוש במנגנוני פיצוי במקרים שבהם קשה לפצות באופן אינדיבידואלי את חברי הקבוצה הוא בלתי חוקתי. ראו: Windham V. American brands Inc., 565 F.2d 59 (certionary denied, 435 U.S. 968), In Re Hotel ,Eisen V. Carlisle & Jacuelin, 479 F.2d 1005 (1981), telephone charges, 500 F.2d 86 (1981), Simer V. Rios, 68 A.L.R. Fed. 235 (1981). במדינת קליפורניה, נעשה שימוש מוגבל במנגנוני פיצוי לציבור, בעיקר בתובענות מכוח דיני ההגבלים העסקיים, במקרים שבהם ניתן לחשב באופן מצרפי את הנוק שנגרם לציבור בהסתמך על רווחים שלא כדין שהפיק הנתבע. ראו, למשל: Daar V. Vasquez V. Superior Court, 4 cal.3d 800 (1971). שאלה זו הושארה בצריך עיון בעניין Yellow Cab. Co 67 cal.2d 695 (1967), שעליו נוטים להסתמך בהקשר זה בתי המשפט בישראל. מנגנוני פיצוי מסוגים שונים קיימים גם בחוק הישראלי. ראו, למשל, סעיף 49(ט) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988, וכן סעיף 216(ב) לחוק החברות, שבו המנגנון שונה. עם זאת, השאלה הנכבדה, באילו מקרים ראוי שיעשה שימוש במנגנונים, ובאילו תנאים, טרם נחקרה לעומק בפסיקה הישראלית.

³⁸ גם במשפט האמריקני הפדרלי, שבו כאמור הדעה הרווחת היא כי שימוש במנגנוני פיצוי הוא בלתי חוקתי, נוטים בתי המשפט לאשר את השימוש במנגנונים כאשר מדובר בהסכמי פשרה. ראו, למשל: **In re: Motorsports Merchandise antitrust litigation**, 160 F.Supp,2d 1392 (n.d Georgia, 2001), שם אושר הסדר הנחות בפשרה שהושגה בין תובעים ייצוגיים ובין יצרני מוצרים נלווים לתחרויות ספורט. ראו, בנוסף: **In re Wells Fargo securities litigation**, 991 F.Supp. 1193 (1993), במשפט הישראלי ראו, למשל, ת"א 2189/01 לו' נ' **חברת פלא-פון תקשורת בע"מ** (הפשרה אושרה ביום 18.3.02). שם נתרם חלק מהסכום שנפסק לאגודה למלחמה בסרטן.

³⁹ קיימות דעות שונות במשפט האמריקני בנוגע לחוקתיות השימוש במנגנון שכזה. נראה כי ההלכה במשפט הפדרלי היא כי אין לפסוק כספים לגורמים אחרים מלבד לחברי הקבוצה. ראו: Boeing Co. V. Van Gemert, 444 U.S. 472 (1980). עם זאת, נראה כי בתי משפט פדרליים בערכאות נמוכות סוטים מהלכה זו במקרים שבהם מדובר בהסדר פשרה. ראו, למשל: **In re: Motorsports Merchandise Antitrust Litigation**, 160 F.Supp,2d 1392 (n.d Georgia, 2001).

⁴⁰ ראו: **In re Folding Carton Antitrust Litigation**, 744 F.2d 1252 (1984).

⁴¹ על יתרונות השימוש בהנחות ככלי לפיצוי הצרכן ראו: **Bebchick v. Public Utils Comm'n**, 318 F.2d 187, 203-204 (D.C. Cir. 1963), cert. Denied, 373 U.S. 913 (1963).

⁴² ראו: Christopher R. Leslie, "A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation", 49 *UCLA L.Rev.* 991 (2002), למשל: Colson V. In re Hilton Hotels Corp., 59 F.R.D. 324 (N.D. 111. 1972), שם התחייבה רשת מלונות להוריד את מחירי הלינה במלון ללקוחותיה העתידיים. ראו, בנוסף: **In re Cuisinart Food Processor Antitrust Litig.**, 1983-2 Trade Cas. (CCH) P 65,680 (D. Conn. Oct. 24, 1983), **Massachusetts V. First Nat'l Supermarkets**, 116 F.R.D. 357 (D. Mass. 1987).

⁴³ חשש זה הוכר בפסיקה הישראלית כשיקול להחמרת תנאי הסף לאישור התביעה כייצוגית. ראו, למשל, רע"א 6567/97 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עזבון גת**, פ"ד נב(2) 713, ת"א (מחוזי ת"א) 2245/00, בש"א (מחוזי ת"א) 21634/00 **עמותת קו לחם נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, תקדין מחוזי 002 (1) 1085.

תיאמו מחירים והשיגו בדרך זו רווחים בלתי הוגנים על חשבון לקוחותיהן.⁴⁴ הסכומים שנלקחו שלא כדין במרוצת השנים נאמדו בכחצי מיליארד דולר. חברות התעופה טענו לפני בית המשפט כי בהתחשב במצבן הכלכלי באותה העת, תשלום הפיצוי בבת אחת יגרום לקריסתן הפיננסית.⁴⁵ בדומה, ומאותו רציונל, הוקפאו ההליכים בתובענה ייצוגית שהתנהלה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב נגד חברת הכבלים "תבל", שהייתה נתונה באותה העת בקשיים כלכליים, וזאת במטרה לאפשר לחברה להשתקם.⁴⁶

כניסתו של הנתבע בתובענה ייצוגית למצב של חדלות פירעון במרבית המקרים איננה מצב רצוי. יש בכך אולי כדי לשרת את אינטרס ההרתעה באופן מיטבי, אולם נראה כי במרבית המקרים זו איננה תוצאה צודקת. תוצאה זו גם עשויה למנוע מתן פיצוי מלא לחברי הקבוצה, במקרים שבהם מתן ההזדמנות לנתבע להמשיך את פעילותו העסקית – ובאופן רווחי – יאפשר לו לשאת בסופו של דבר בעלות הפיצוי. שימוש בהסדרי הנחות הנו כאמור דרך אחת לוודא כי הנתבע ימשיך להתקיים, ויישא בעלויות הפיצוי זמן ממושך ומתוך תקבולו.⁴⁷

עם זאת, בעוד רצונו של הנתבע להימנע מלהיכנס למצב של חדלות פירעון הוא רצון לגיטימי, הרי במקרים רבים מונחים ביסוד רצונו של הנתבע לסיים את ההליך בהסדר הנחות מניעים לגיטימיים פחות, והשימוש במנגנון מעורר חששות מסוגים שונים. **בעיה ראשונה** הכרוכה בשימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי, היא שחלק גדול מהחברים בקבוצת התובעים עשויים שלא לנצל ההנחה, ותיווצר הפליה בין חברי הקבוצה, אשר רק חלקם יפוצו. מנגד, נראה לי שבהחלט ניתן לטעון כי הפיצוי שבהסדר איננו ההנחה עצמה כי אם האפשרות לנצל את ההנחה, ועל כן ההסכם מפצה את חברי הקבוצה באופן זהה, בין ניצלו את ההנחה ובין לאו. **בעיה שנייה** הכרוכה בשימוש בהסדרי הנחות, נובעת מחוסר היכולת (ולמרבית הצער גם חוסר הרצון) לדעת או להעריך את כמות חברי הקבוצה שיהיו ממנה.⁴⁸ כאשר מובא הסדר הנחות לפני בית המשפט, קשה להעריך את שיעור הפיצוי שיינתן בפועל. בהסדר ההנחות בעניין **דלק מוטורס**, הובא לפני בית המשפט הסכום המקסימלי שיינתן לחברי הקבוצה, אם כולם ינצלו את ההסדר. כמובן, אין בסכום זה, כשלעצמו, כדי ללמד את בית המשפט דבר או חצי דבר על אודות הסכום שיינתן לחברי הקבוצה בפועל. מידת הפיצוי בהסדר ההנחות מותנית מטבע הדברים בשיעור ההנחה, המשפיע על מידת הניצול של ההסדר בידי חברי הקבוצה. אם שיעור ההנחה אינו גבוה מספיק, עשויים מרביתם של חברי הקבוצה להימנע מניצול ההסדר, וסכום הפיצוי בפועל יהיה בשיעור זעום לעומת הסכום המקסימלי.

נראה לי כי קיימות כמה דרכים למנוע את שתי הבעיות שצוינו לעיל. ראשית, ניתן להורות לצדדים לאמוד, בעת הבאת הסדר הפשרה לאישור בית המשפט, את הסכום שיינתן לחברי הקבוצה בפועל. בנוסף, ניתן לקבוע "מכסת מינימום" לפיצוי, ולהורות על פיצוי חברי הקבוצה בדרך אחרת אם הפיצוי באמצעות הנחות לא ימלא את המכסה. שנית, ניתן לאפשר לכל אחד מחברי הקבוצה לפדות את אפשרות השימוש בהנחה מהנתבע בסכום מסוים, או לחלופין ניתן לאפשר לחברי הקבוצה לסחור בהנחה ולמכרה לכל דורש.⁴⁹ אפשרות שלישית היא לגזור את שכר הטרחה של עורך הדין מתוך הפיצוי שיינתן לקבוצה בפועל, ובדרך זו להבטיח שלתובע המייצג יהיה אינטרס להגדיל את סכום הפיצוי.⁵⁰ בדרכים

⁴⁴ In re Domestic Air. Transp. Antitrust Litig., 148 F.R.D. 297 (N.D. Ga. 1993).

⁴⁵ בית המשפט באותו עניין קיבל את הטענה, וקבע כי חברות התעופה ישלמו בפועל סכום של 50 מיליון דולר, ואילו סכום של 408 מיליון דולר ישולם בדרך של הסדרי הנחות לנוסעים עתידיים.

⁴⁶ פשי"ר (מחוזי ת"א) 1361/02 ח'טיב סלים נ' תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (לא פורסם, 13.7.2004).

⁴⁷ ראו עופר לוי (לעיל, הערה 6), בעמ' 49. עם זאת, אין בכך כדי לומר כי הסדרי הנחות הן הדרך היחידה להימנע מתשלום מיידי של סכום התביעה. דרך אפשרית אחרת היא, למשל, להורות כי סכום התביעה ישתלם בתשלומים לשיעורין. ישנן אף דעות בכתבי מלומדים שמן הראוי להגביל את הסכומים הנפסקים בתובענות הייצוגיות לסכומים שהנתבע יוכל לשאת בהם. ראו, למשל, דויטש (לעיל, הערה 13).

⁴⁸ עופר לוי, בעמ' 50.

⁴⁹ אפשרות זו מנותחת בהרחבה במאמרו של Leslie (לעיל, הערה 29).

⁵⁰ עופר לוי, עמ' 52-53.

אלו ניתן להקטין את ההפליה בין חברי הקבוצה, ולוודא כי בידי בית המשפט, בשלב אישור הפשרה, ימצאו נתונים מספקים בדבר סכום הפיצוי בפועל.

עם זאת, הבעיה העיקרית הכרוכה בשימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי בתובענה ייצוגית הנה החשש שתיגרם פגיעה לתחרות החופשית בשוק שבו פועל הנתבע. הסיבה לכך היא ששימוש בהסדרי הנחות מביא בהכרח לידי ירידה במחיר המוצר שבהנחה, ולעליית הביקוש לו, על חשבון הביקוש למוצרי המתחרים.⁵¹ בשווקים תחרותיים, הסדר ההנחות גורם לצרכנים, אשר מראש לא התכוונו לרכוש את המוצר שבהנחה, לעשות כן, ובכך מעניק לנתבע "פרס" בדמות מאגר חדש של לקוחות.

בהקשר זה עלינו לזכור כי פירמות רבות מציעות הסדרי הנחות כאמצעי שיווקי. מטרתן היא לגרום לקהל הצרכנים לשנות את העדפותיהם הצרכניות, ולרכוש את המוצר שבהנחה על חשבון המתחרים. נמצא, שבמקרים שבהם מאושר הסדר הנחות כמנגנון פיצוי בתביעה ייצוגית בשוק תחרותי, עשוי ההליך השיפוטי לשמש כמסע פרסום לחברה, בפיקוח ובעידוד בית המשפט, והכול תוך פגיעה במתחריו של הנתבע.⁵²

השימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי בתובענות ייצוגיות זכה לדיון בפסק דינו של בית המשפט העליון בקליפורניה בעניין *Levi Strauss*.⁵³ באותו עניין, הוגשה תביעה ייצוגית נגד יצרנית מכנסי הג'ינס, בטענה כי הורתה למשווקים השונים לשמור על מחיר אחיד למכנסים ולהימנע ממתן הנחות. הצדדים ביקשו להשתמש במנגנון הנחות, ולהורות כי מכנסי הג'ינס יימכרו בהנחה במשך פרק זמן מסוים. בקשתם של הצדדים נדחתה בידי בית המשפט. בכל הנוגע לשימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי, קבע בית המשפט כי יש לעשות כן רק כאשר מדובר בשוק מונופוליסטי, שכן בשווקים תחרותיים הסדר ההנחות יגרום לעליית הביקוש למוצרי הנתבע ולירידה בביקוש למוצרי מתחריו.⁵⁴ בית המשפט ציין כי עקב השימוש במנגנון הנחות בשוק תחרותי גם המתחרים ייאלצו להוריד את מחיריהם, ויענשו, שלא בצדק, בגין מעשי הנתבע.⁵⁵ יש לציין כי לעומת ההלכה שנקבעה בעניין *Levi Strauss* בבית המשפט העליון של מדינת קליפורניה, נוהגים בתי המשפט הפדרליים לאשר מפעם לפעם הסדרי הנחות כמנגנון פיצוי, בעיקר במקרים שבהם ההנחות ניתנות רק לחברי הקבוצה, והשפעתן על התחרות בשוק היא השפעה פחותה.⁵⁶

עם זאת נראה לי כי באופן עקרוני, ולמעט חריגים, מן הראוי לאמץ במשפט הישראלי דווקא את ההלכה שנקבעה בקליפורניה. כאשר הנתבע הוא גוף מונופוליסטי, אין כל פסול, לכאורה, בשימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי. קביעה זו יש לסייג במקרים שבהם הורדת המחירים תסייע למונופול ליצור חסם מפני כניסה של מתחרים חדשים לשוק, באופן המזכיר מאוד גבייה של "מחירים טורפניים".⁵⁷ במקרים של שוק מונופוליסטי, שבהם למוצר שבו מדובר אין תחליף, הרכישות שיעשו בהנחה הן "רכישות חוזרות" של המוצר במחירים מופחתים. נראה לי כי ניתן להשתמש בהסדרי

⁵¹ כמנותח בהרחבה במאמרו של Leslie (לעיל, הערה 29). ההנחה המונחת בבסיס מסקנה זו היא כי צרכן המבקש לרכוש את המוצר שבהנחה, עשוי לרכוש את המוצר מכל אחד מהמתחרים הפועלים בשוק. לעומת זאת, בהינתן התמריץ שבהסדר ההנחות, סביר כי אותו צרכן יבחר לרכוש את המוצר מתוצרת הנתבע. התוצאה היא עלייה בביקוש למוצרים מתוצרת הנתבע, וירידה בביקוש למוצרים מתוצרת המתחרים.

⁵² עופר לוי, בעמ' 49.

⁵³ *State of California v. Levi Strauss & Co.*, 715 P.2d 564.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 571-572.

⁵⁵ Stan Karas, "The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: *ibid.*, p. 572, ראו גם: Kraus v. Trinity Management Services", 90 *Cal. L. Rev.* 959, 970-971 על חסרונות המנגנון ראו באופן כללי: Anna L. Durand, "Note, An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms", 34 *Stan. L. Rev.* 173, 186-201 (1981).

⁵⁶ לרשימה ממצה של המקרים ראו: Leslie (לעיל, הערה 44).

⁵⁷ על רמת מחירים הנמוכה ממחירי השוק, ואשר נועדה למנוע מתחרים פוטנציאליים מלחדור אליו, ראו: Hovenkamp (לעיל, הערה 26), בעמ' 335.

הנחות, אם כי בזהירות ולפרק זמן קצוב, גם במקרים שבהם הנתבעים הם כל המתחרים בשוק, אם יצרו ביניהם קרטל. לעומת זאת, בשוק תחרותי, שימוש בהסדרי הנחות יש בו בהכרח כדי להשפיע באופן בלתי הוגן על תמריציהם של יתר מתחריו של הנתבע, ולהקנות לנתבע "פרס" בדמות קהל לקוחות חדש על חשבון מתחריו.

ניתן לטעון כי במקרים מסוימים הפגיעה בתחרות הנובעת מהפשרה היא זניחה (De Minimis) ועל כן אין לכאורה מניעה לאשר את ההסכם.⁵⁸ אכן, ייתכנו מקרים שבהם פגיעתו של הסדר הנחות בשוק תהיה פגיעה זניחה. הדבר תלוי במבנה השוק, במאפייניו של ההסדר הספציפי, ובעיקר בשיעור ההנחה שבהסדר ובכמות חברי הקבוצה הזכאים לה: ככל ששיעור ההנחה גבוה יותר, תזכה הקבוצה לפיצוי רב יותר, אך הפגיעה במתחריו של הנתבע תהיה קשה יותר. לעומת זאת, ככל ששיעור ההנחה יהיה נמוך יותר, הפגיעה במתחרים תהיה ניכרת פחות, אך מרביתם של חברי הקבוצה כלל לא יזכו לפיצוי. נקל לראות כי קיימת **תלות הפוכה** בין מידת הפיצוי שבהסדר, כנובע משיעור ההנחה, ובין מידת פגיעתו בתחרות. **כנקודת מוצא, אני סבור אפוא שהגישה השיפוטית כלפי השימוש בהסדרי הנחות בשוק תחרותי צריכה להיות גישה שלילית.** עם זאת, אני מוכן להניח כי ייתכנו מקרים שבהם הפיצוי לחברי הקבוצה יהיה הוגן, והפגיעה בתחרות תהיה זניחה. אם לקבוצה משתייך מספר מצומצם של חברים, למשל, אזי גם אם כולם ינצלו את ההנחה שבהסדר, הפגיעה בתחרות לא תהא ניכרת. במקרים אלו, אין מניעה לאשר את ההסדר. עם זאת, כדי להכריע בעניין, אין מנוס מלבצע ניתוח כלכלי של ההסדר. על רקע דברים אלו אפנה לבחון את הסדר שאושר בעניין **דלק מוטורס**.

ד. הסדרי הנחות בעניין דלק מוטורס

בעניין **דלק מוטורס**, ניתנה כאמור לציבור רוכשי הרכבים מהנתבעות האפשרות ליהנות משתי הנחות חליפיות: הנחה בסך 1500 ₪ ברכישת רכב חדש, או הנחה בשיעור של 25%-20% בעבור טיפולים תקופתיים במוסכים המורשים.

יש לציין כי בעניין **דלק מוטורס** אין מדובר בהסדר הנחות מלא, כלומר בהורדה גורפת של מחיר המוצר, כי אם בהסדר הנחות חלקי, כלומר בהורדת מחיר המוצר אך ורק לחברי קבוצת התובעים אשר יזוהו את עצמם.⁵⁹ עם זאת, התביעה הוגשה נגד מרבית יבואני כלי הרכב בארץ, והיא כללה מספר רב של בעלי רכבים (410,000 חברים לפי אומדן הצדדים). כפי שאבהיר להלן, נראה לי כי ההסדר שאושר בעניין **דלק מוטורס** פוגע בתחרות, ולא היה מקום לאשרו. לחלופין, אם פגיעתו של ההסדר בתחרות היא זניחה, משמעות הדבר היא כי רוב רובם של חברי הקבוצה יימנעו מלנצל, וכי בכל מקרה לא היה מקום לאשר את ההסדר, מחמת היעדר פיצוי הולם.

⁵⁸ כלל "זוטי הדברים" אומץ בידי ההסדרים הכובלים באמצעות ההלכה הפסוקה כדי להתגבר על הנוקשות שבהוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. ראו, למשל, ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 17.2.2003), דנ"א 3113/03 א.מ. חניות בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 10.7.2003), דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1), ובהקשר הפלילי ראו ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.11.2003), ת"פ 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ ואח' (לא פורסם, 17.12.2002) בפסקה 127, אך ראו את עמדתו של השופט עדיאל בה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, 100 הגבלים עסקיים 3004577. לביקורת על הדרך שבה הלכה ההלכה הפסוקה ראו אמיר ישראלי, "תחרות בלי ערכים או תחרות בין ערכים: טענות של הסדר כובל המועלות בידי צדדים להסדר" **דין ודברים** ב (תשס"ו) 297.

⁵⁹ נראה לי כי במקרים שבהם ניתן לאתר את חברי קבוצת התובעים, ולהעניק להם פיצוי אינדיבידואלי, יש מקום להתייחס ביתר חשדנות להסדרים שבהם הצדדים מבקשים להשתמש במנגנון פיצוי. עלינו לזכור כי הסיבה העיקרית לצורך בשימוש במנגנון פיצוי, להבדיל מפיצוי אינדיבידואלי, נעוצה בקושי לאתר את חברי הקבוצה, ראו סעיף 46ט לחוק ההגבלים העסקיים וכן ראו את דבריה של השופטת נאור בע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פ"ד נו(4) 673, 686. כאשר ניתן לאתר את חברי הקבוצה, יש לדעת להעניק עדיפות לפיצוי אינדיבידואלי של חברי הקבוצה, וצדדים המבקשים לאשר פשרה שבה הם משתמשים במנגנון פיצוי צריכים לנמק את הצורך בכך.

בהתבוננות מעמיקה, ניתן לזהות כי הסדר ההנחות, על שתי חלופותיו, יוצר למעשה השפעת נעילה (Lock-in Effect) בין הנתבעות ובין רוכשי הרכבים מתוצרתן, וכי בכך הוא פוגע בתחרות בין יבואני הרכב (וכן בתחרות בין יבואני הרכב ובין בעלי רכבים משומשים) ובד בבד גם בתחרות שבין המוסכים המורשים ובין יתר המוסכים הפועלים בשוק.⁶⁰ החלופה הראשונה, של מתן הנחה במחיר רכב חדש מאותה תוצרת, יש בה כדי לכבול את רוכשי הרכבים מתוצרת מסוימת אל אותה יצרנית רכב. ואסביר את דברי: נניח כי צרכן רכש רכב מתוצרת אחת הנתבעות והוא מעוניין כעת לרכוש רכב חדש. במצב שכזה, יעדיף אותו צרכן לרכוש את הרכב החדש מתוצרת הנתבעת, ולקבל הנחה, במקום לרכוש רכב מתחרה בלא הנחה. ההסדר מעודד את חברי קבוצת התובעים להעדיף לרכוש רכבים מאותה תוצרת. הסדר שכזה פוגע פגיעה אופקית בתחרות בין יצרן הרכב ובין מתחריו. מדובר למעשה בהסדר **למתן הנחת נאמנות** (הניתנת באופן רטרופקטיבי) בין הלקוח ובין יבואן הרכב הספציפי. חלף הנאמנות, המתבטאת ברכישת רכב נוסף מתוצרת היבואן, זוכה הלקוח בהנחה. מדובר כמובן בהסדר כובל.⁶¹

נראה לי כי הנחת הנאמנות ניתנת בידי גוף הנהנה בהקשר זה מכוח כלכלי לעומת מתחריו, וזאת בהתחשב בכך שמרבית הצרכנים הם בעלי מספר מצומצם של רכבים.⁶² נניח לדוגמה כי צרכן מסוים, המשתייך לקבוצת התובעים, הנו בעלים של מכונית מסוג "סובארו". ברור כי הגוף היחיד המסוגל להציע לצרכן את אותה "הנחת נאמנות רטרופקטיבית" הנו יבואן מכוניות מסוג סובארו. יתר היבואנים, כדי להשיג את אותה השפעה, יאלצו להציע את ההנחה למרבית הצרכנים בשוק.⁶³ על הנחות נאמנות, כאשר הן ניתנות בידי גופים בעלי כוח מונופוליסטי, נאמרו בה"ע 2/96 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות**⁶⁴ הדברים האלה:

מתן הנחות הנאמנות נחשב במשפט הקהילייה האירופאית כפרקטיקה שיש בה, ככלל, משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי.

בספר של Butterworths מוסבר (שם, בסעיף 646) שהנחות נאמנות פוגעות בתחרות משום שהן מגבילות את חופש הבחירה של הלקוח בבחירת הספק וקושרות אותו לספק הדומיננטי, כאשר המחיר שהלקוח משלם איננו נקבע על בסיס אובייקטיבי בהתאם לעסקה שביצע אלא על-פי מידת נאמנותו לספק, נאמנות הנגזרת משיעור רכישותיו ממקורות אחרים.

⁶⁰ על פגיעות בתחרות שמקורן ב"השפעות נעילה" ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs., 504 U.S. 451 (1992) וכן ראו: Warren S. Grimes, "Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest", 68 *Antitrust L.J.* (1999) 243 ראה גם Warren S. Grimes, "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: A Reply to Larsson's comment", 63 *Antitrust L.J.* 267 (1994).

⁶¹ הסדרים שבהם קתייב אחד הצדדים לתת הנחה הנם הסדרים כובלים הנופלים לגדר סעיף 2(א) לחוק. ראו, למשל, **חברת ישרכארט בע"מ שירותי כרטיסי אשראי – קביעה בגין הסדר כובל בהסכם ספק**, 1993 ההגבלים העסקיים 3006076. יש אף הטוענים כי הסדרים שעניינם הנחות נופלים לגדר החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב1) לחוק בהיותם הסדרים שעניינם מחיר המוצר. ראו, למשל, ת"פ 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואח' (לא פורסם, 22.2.2002)**. המשמעות של קביעה זו היא כי הסדרים שעניינם הנחות נתפסים כהסדרים אשר פגיעתם בתחרות היא פגיעה מוכחת. ראו דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56.

⁶² על קיומו של כוח כלכלי שמקורו בחוזה, גם בלא קיומו של כוח שוק, ראו בהרחבה אמיר ישראלי, "על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של כוח חוזי יחסני" **עלי משפט ד** (תשס"ה) 279.

⁶³ כזכור, הסכם הפשרה הושג עם מרבית יבואני הרכבים בישראל. אם ירצו אותם יבואנים, אשר אינם נכללים בתביעה, למנוע את הירידה במכירת הרכבים מתוצרתם, יהיה עליהם להציע את הרכבים במחיר מופחת לכלל החברים בקבוצת התובעים.

⁶⁴ תק-מח (2)2000, 9044, עמ' 9048.

לא למותר לציין כי בקביעת הפיצוי באמצעות הנחה בעניין **דלק מוטורס**, יש משום גלגול עלויות הפיצוי אל מתחריהם של הנתבעות ופגיעה בהם, שכן הנחות הנאמנות יגרמו לעלייה בביקוש לרכבים הנמכרים בידי הנתבעות, ולירידה בביקוש לרכבים הנמכרים בידי המתחרים. יש לציין כי ההסדר משפיע על התחרות בשוק במובן נוסף, וזאת משום שהוא מעודד את חברי קבוצת התובעים לרכוש רכבים חדשים. ייתכן שאלמלא ההנחה הם היו מעדיפים לרכוש דווקא רכבים משומשים.⁶⁵ ההסדר מקשה אפוא על בעלי רכבים משומשים למכרם, ויש בו כדי לגרום להגדלת מספר הרכבים החדשים שיימכרו בישראל בתקופת ההסדר.

החלופה השנייה, הנחות במחיר טיפולים תקופתיים, פוגעת בתחרות בין המוסכים המורשים ובין יתר המוסכים. ההסדר מעודד את חברי קבוצת התובעים להשתמש בשירותיהם של המוסכים המורשים, ומעניק להם יתרון על פני מתחריהם. מדובר למעשה בהשפעה דומה – מבחינת הפגיעה בתחרות – להשפעתם של הסדרי הבלעדיות שבעטיים הוגשה התביעה: בהסכם המקורי, הלקוחות התחייבו לטפל ברכבים במוסכים המורשים, כאשר החלופה הייתה לאבד את אחריות היצרן. גם ההסדר הפשרה מעודד את הרוכשים להשתמש במוסכים המורשים, אלא שהפעם הכבילה נוצרת שלא באמצעות איום כי אם באמצעות מתן הנחה. יצוין כי עצם העובדה שהכבילה נוצרת באמצעות מתן הטבה ללקוח, אין בה כדי לשלול את השפעתה השלילית על התחרות בשוק.⁶⁶ למעשה, יבואני הרכב נקטו בעבר בפרקטיקה דומה – כלומר כבלו את הלקוח למוסכים באמצעות מתן הטבות – שכן הם נהגו להרחיב את תקופת האחריות לרכבים חדשים משנתיים (לפי תנאי היצרן) לשלוש שנים.⁶⁷ באופן כזה, הרחיבו היבואנים – לכאורה באמצעות מתן הטבה – את תלותם של רוכשי הרכבים החדשים במוסכי השירות המורשים.⁶⁸

יש לציין כי ייתכן מאוד שפגיעתם בתחרות של הסדרי ההנחות שאושרו בעניין **דלק מוטורס** היא פגיעה שולית. מידתה תלויה בחוזק התמריצים לרכוש מכוניות חדשות מאותה תוצרת או לנצל את ההנחה במוסכים המורשים. ואסביר את דברי: אם נמצא לדוגמה כי הסדרי ההנחות לרכישת רכבים – בשל שיעור ההנחות – אינם מעניקים תמריץ מספיק לרכישת רכבים חדשים מאותה תוצרת, הרי הפגיעה האמורה בתחרות בין יבואני הרכב איננה ניכרת. גם בכל הנוגע לפגיעה בתחרות בין המוסכים, אם נמצא כי מרבית חברי קבוצת התובעים ימנעו מלנצל את ההנחה במחיר הטיפול התקופתי, אזי אין מדובר בפגיעה של ממש.

אולם אליה וקוץ בה. אם אכן פגיעתו של ההסדר בתחרות איננה ניכרת, כי אז רוב רובם של חברי קבוצת התובעים יימנעו מניצול ההסדר. ואם כך יעשו, הרי ההסדר אינו מפצה באופן הולם את חברי הקבוצה, או לפחות את רובם המכריע. לשם הדגמה, אם מתוך 410,000 חברי קבוצת התובעים ינצלו 50,000 איש את זכותם לרכוש רכב בהנחה של 1,500 ש"ח, הרי הפיצוי לחברי הקבוצה יעמוד על סכום של 75,000,000 ש"ח, סכום גבוה – אך בד בבד, פגיעתו של

⁶⁵ בשווקים שבהם יש מוצרים הניתנים למכירה חוזרת כמוצרים משומשים, מידת התחרות בשוק עשויה להיות מושפעת בין השאר מהיחס בין עלות מוצר חדש ובין עלותו של מוצר משומש. במקרים מסוימים, יש לכלול את המוצרים המשומשים כחלק מהשוק הרלוונטי. ראו: Hovenkamp (הערה 26 לעיל), בעמ' 124.

⁶⁶ כך, למשל, ביקש העיתון "ידיעות אחרונות" לצרף לעיתון של יום שישי מקומון אשר יחולק לקוראים בלא תוספת תשלום. מדובר לכאורה בהטבה ללקוח. עם זאת, אין לשלול את האפשרות (אשר נבחנה באותו עניין) כי בצירוף מקומון לעיתון בעל התפוצה הגדולה במדינה יהיה כדי לפגוע באופן ניכר בתחרות בשוק המקומונים ולהביא בטווח הארוך לידי פגיעה בצרכן. ראו ה"ע 4179 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ, מעריב מקומונים בע"מ, רשת שוקן בע"מ, הממונה על ההגבלים העסקיים**, 2000 ההגבלים העסקיים 3015396.

⁶⁷ ראו בש"א (מחוזי ים) 28/04 **אוטו ליין בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ**, דינים-מחוזי לד(6) 685.

⁶⁸ יש לציין כי באותה העת עלות הרחבת האחריות גולמה במחיר הרכב, ועל כן ניתן לטעון כי כלל לא מדובר בהטבה. הממונה על ההגבלים העסקיים ויבואני הרכב הסכימו ביניהם – כדי למנוע את הפגיעה בתחרות ובצרכן – כי יבואני הרכב יתחייבו להעניק לצרכן את האפשרות לרכוש את הרכב במחיר מופחת בלא הרחבת תקופת האחריות (שם, בפסקה 7).

אמיר ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ" **הארץ דין** ב(2) (התשס"ה) 112

ההסדר בתחרות תהיה ניכרת, וזאת בהתחשב במספר הכולל של הרכבים החדשים הנמכרים בישראל מדי שנה ושנה.⁶⁹ במילים אחרות, הצרכנים חברי הקבוצה אמנם יזכו לפיצוי הולם מיבואני הרכב, אך הדבר יבוא על חשבון פגיעה בירת היבואנים הפועלים בשוק. לעומת זאת, אם רק 1000 איש ינצלו את ההטבה, הרי פגיעתו של ההסדר בתחרות תהיה זניחה, אך הפיצוי לכלל חברי קבוצת התובעים יהיה נמוך (1,500,000 ש"ח בסך הכול). במצב שכזה, התחרות בשוק אמנם אינה נפגעת במידה ניכרת, אך רוב רובם של חברי הקבוצה לא יזכו לפיצוי כלל. לסיכום, ניתן לקבוע כי מידת הפיצוי בהסדר הנדון קשורה במידת פגיעתו בתחרות ולהפך, וכי פיצוי הולם לחברי הקבוצה פירושו פגיעה של ממש בתחרות. כאמור, זוהי לדעתי סיבה מכרעת להתנגד לאישור ההסכם.

ה. סיכום והמלצות

תובענות ייצוגיות הן כלי חדש למדי במשפט הישראלי. הגישה כלפי השימוש בכלי רחוקה מלהיות עקיבה.⁷⁰ עם זאת, לאור המספר המתרבה של התובענות הייצוגיות המוגשות, ומשום עלויות ניהול ההליך הגבוהות, נראה כי אנו צפויים למקרים רבים שבהם יידרשו בתי המשפט להכריע בשאלת אישורם של הסדרי פשרה שונים, כגון ההסדר אשר נדון בעניין **דלק מוטורס**.

כדי להימנע מאישור הסדרים בלתי ראויים, עמדתי היא כי בתי המשפט צריכים לערוך ניתוח כלכלי של הסדרי פשרה, ולבחון את מידת פגיעתם של ההסדרים בתחרות החופשית בשוק.⁷¹ זהו הדין בארצות הברית, וכך נפסל לדוגמה ניסיונה של מיקרוסופט להשתמש בהסדר הפשרה לצורך דחיקתה מהשוק של מתחרתה.⁷² כדי לסייע לבית המשפט לבצע ניתוח כלכלי, ראוי לשקול לצרף להליך - בשלב אישור הפשרה - גורמים שונים האחראים להגנת הצרכן, כגון המועצה לצרכנות והיועץ המשפטי לממשלה,⁷³ וזאת בין השאר כדי לוודא שבית המשפט יקבל נתונים נוספים על השפעותיו של ההסדר מלבד אלו המסופקים לו בידי הצדדים. נראה לי כי כאשר הסכם הפשרה מעורר חשש לפגיעה בתחרות החופשית, וכך הוא הדבר בכל הנוגע להסדרי הנחות באשר הם, הדין מחייב שהוא יקבל את אישורו של הממונה על ההגבלים העסקיים בטרם יובא לפני בית המשפט.⁷⁴ ייתכן שבמקרים מסוימים, שבהם קיימים פנים לכאן ולכאן, מן הראוי למנות

⁶⁹ בשנת 2002, למשל, נמכרו במדינת ישראל, ובכלל זאת בשוק המקומי וכן בשטחי הרשות הפלסטינית, 110,930 רכבים חדשים (הנתונים לקוחים מאתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, www.cbs.gov.il/sidfile.cgi [נצפה באחרונה ביום 15.10.2004]).

⁷⁰ לצד המגמה להרחיב את השימוש בכלי התובענה הייצוגית ישנם גם פסקי דין שבהם המגמה היא הפוכה. ראו רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א. ש. ת. ניהול פרויקטיים**, פ"ד נו(3) 220, דנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק - חברה ישראלית לתקשורת**, תק-על 1)2003:847.

⁷¹ מידת פגיעתו של ההסדר בתחרות איננה שיקול יחיד בבחינתם של הסדרי פשרה לצורך אישור. במשפט האמריקני, החלכה היא שעל הפשרה להיות הוגנת וסבירה בנסיבות העניין. בין השאר, בית המשפט צריך לבחון את סיכויי הצלחת התביעה, ואת הסיכוי כי ייפסק הסכום שנתבקש בה, לעומת סכום הפיצוי שנקבע בפשרה. לסקירת השיקולים השונים שעל בית המשפט האמריקני לשקול ראו, למשל: *Gruinin V. International*, 123 F.2d 114, 123 House of Pancakes, 318 F.3d 937, 953, *Molski V. Gleich*. במקרה הנדון, ייתכן שבחינה קפדנית הייתה מגלה כי סיכויי הצלחת התביעה הם נמוכים, שכן ספק אם מדובר בהסדר בין "בני אדם המנהלים עסקים" כדרישת סעיף 2 לחוק, הואיל ואחד הצדדים להסדר הנו הצרכן הסופי אשר בהתאם להלכה המקובלת לא נהוג לראותו כמי שמנהל עסקים. ראו, למשל, דנ"א טבעול (הערה 64 לעיל) בפסקה 35 לפסק דינו של השופט שזין, ע"פ 4855/02, 4909, 4917 **מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ** (טרם פורסם, 31.3.2005), בפסקה 81 לפסק הדין.

⁷² הערה 27 לעיל.

⁷³ ראו, למשל, ת.א (מחוזי תל-אביב) 2560/01 **בירנבוים נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א. ק. ה.) בע"מ** (לא פורסם), שם נשמעו התנגדויותיהם להסכם הפשרה של היועץ המשפטי לממשלה ושל המועצה לצרכנות. ראו גם קלאב הוטלס עליון (הערה 22 לעיל).

⁷⁴ ראו ה"ע 8008/03 **ארד בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ומיליטל תקשורת בע"מ**, 2005 ההגבלים העסקיים, שם דובר בהסכם פשרה בתובענה רגילה. נראה לנו כי גם הסכמי פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעים בתחרות החופשית נופלים תחת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים האוסר עשיית הסדר כובל. סעיף 4

מומחה כלכלי מטעם בית המשפט אשר יחווה דעתו על הסדר הפשרה, בדומה לניתוח שנערך ברשימה זו.⁷⁵ אכן, ייתכנו מקרים שבהם השפעתו של ההסדר על התחרות בשוק לא תהיה ברורה מאליה, וייתכן ששופטים אשר אינם מורגלים בביצוע ניתוחים כלכליים מורכבים יתקשו להעריך את מידת הסכנה שטמונה בהסדר ואת מידת הפיצוי שאותו הוא מעניק לחברי הקבוצה. בנסיבות אלו, ראוי להיעזר במומחה כלכלי אשר יהיה מוסמך לדרוש מהצדדים נתונים בדבר ההסדר ולהעביר חוות דעת בעניין לבית המשפט.

לדעתי, שימוש בכלים המוצעים, כולם או חלקם, יקטין במידה ניכרת את החשש כי יאושרו הסכמי פשרה בלתי ראויים נוספים כגון ההסדר אשר אושר בעניין **דלק מוטורס**.⁷⁶

לחוק ההגבלים העסקיים אוסר בהקשר זה עשיית הסדר כובל בלא קבלת פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים או אישור מבית הדין.

⁷⁵ הושאר בצריך עיון בקלאב הוטלס עליון (הערה 22 לעיל).

⁷⁶ יש לציין כי לאחר אישור הפשרה בעניין **דלק מוטורס** הוגשה מטעם המועצה הישראלית לצרכנות הודעה דחופה לבית המשפט, ובה ביקשה המועצה ליידע את בית המשפט בדבר החששות השונים הנוגעים להסדר. בין השאר, ביקשה המועצה שבית המשפט יחזור בו מהחלטתו לאשר את הסכם הפשרה "היות והסכום המוצג כסכום ההטבה המירבי" על פניו סכום תיאורטי וחסר כל היתכנות ומשמעות, כשעל פניו סביר שסכום הפיצוי בפועל קטן פי עשרה ואולי אפילו פי עשרים מהסכום המוצג". בנוסף, טענה המועצה "שלאור תהליך פתיחת שוק הרכב לתחרות והמצוקה שבה נמצאים יבואני הרכב מהווה ההסדר פרס של ממש ליבואני הרכב, באשר הפשרה תכבול צרכנים שנפגעו לרכוש מהן או לקבל מהן שירותים". למותר לציין כי בחששות שמעלה המועצה יש יותר מחשש סביר, ואני מקווה כי תימצא הדרך להביא לידי ביטולה של הפשרה.