

# גם זו דרך לסיים – על הסדרי הסתלקות בתובענה ייצוגית

רונן עדיני\*

1. מבוא – מהי הסתלקות
  - 1.1 כללי
  - 1.2 האפשרויות הניצבות בפני בית המשפט
  - 1.3 סירוב לאשר הסתלקות
  - 1.4 החלפת תובע ייצוגי
2. על ההבדל בין הסתלקות ובין פשרה
  - 2.1 בחזרה ל"מי החושך"?
  - 2.2 הוראות הדין לעניין פשרה להבדיל מעניין הסתלקות
  - 2.3 לא הסתלקות כי אם פשרה
3. האינטרס הציבורי בביקורת שיפוטית על הסדרי הסתלקות
  - 3.1 כללי
  - 3.2 תביעות רשלניות
  - 3.3 הסתלקות הכוללת תיקון או הטבה לקבוצה
  - 3.4 המלצה לקביעת חובת פרסום בתביעות טובות וראויות
4. סוגים של הסדרי הסתלקות
  - 4.1 כללי
  - 4.2 הסוג הראשון – הסתלקות לאחר שהתובע השתכנע שאין בידיו עילת תביעה טובה
  - 4.3 הסוג השני – הסתלקות לאחר שהנתבע תיקן את דרכיו או פיצה את הנפגעים
  - 4.4 הסוג השלישי – הסתלקות לאחר שהתובע איבד עניין בתביעה, חושש מהוצאות, או שאינו מעוניין להמשיך בתביעה מסיבות אישיות או כספיות
5. שיקולים בפסיקת גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות
  - 5.1 כללי
  - 5.2 שיקולים בקביעת גמול ושכר טרחה בהסתלקות

---

\* עורך דין במשרד עורכי הדין רונן עדיני.

\*\* ברצוני להודות לעורך דין אפי שאשא על הסיוע הרב ועל הערותיו המועילות

- 5.3 גילוי עובדות חדשות
- 5.4 שלילה מוחלטת של גמול ושכר טרחה
- 5.5 הפחתת גמול ושכר טרחה ביחס לבקשה המוסכמת
- 5.6 תביעות "משוכפלות"
- 5.7 פסיקה בהיעדר הסכמה
- 5.8 פסיקה חריגה יחסית של גמול ושכר טרחה
- 5.9 המלצה ליצירת אמות מידה
- 5.10 המלצה לעניין חובת פרסום במקרים חריגים של גמול ושכר טרחה גבוה
- 5.11 המלצה לעניין מגבלות על הגשת תביעה חדשה הזזה לתביעה שהסתלקו ממנה
- 6. סוגיית חיוב התובע המסתלק בהוצאות משפט
- 7. חובת פרסום
- 8. עמדת היועץ המשפטי לממשלה
- 9. סיכום

## 1. מבוא – מהי הסתלקות

### 1.1 כללי

התובענה הייצוגית מתנהלת כולה בפיקוחו הצמוד של בית המשפט, ופיקוח זה חל – להבדיל מתביעה רגילה – גם על בקשתו של תובע ייצוגי לסגת מתביעתו. תובע ייצוגי המחליט להסתלק מהתובענה הייצוגית שהגיש אינו רשאי לעשות כן במעשה חד-צדדי, וזאת בשונה מתביעה רגילה. למעשה, אף אין די בכך שניתנה להסתלקות זו הסכמת התובע. אף אם הנתבע מסכים לכך, נדרש אישורו של בית המשפט לצעד זה, וזאת, בהתאם לסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "החוק").<sup>1</sup>

ההיגיון בכך ברור וכפול: ראשית, הרצון למנוע נסיגה מתובענה ייצוגית שבית המשפט סבור כי לכאורה יש בה ממש, ולאפשר בחינת האפשרות להמשיך בתביעה בכל זאת, באמצעות תובע ייצוגי חלופי. שנית, הרצון למנוע הסדרי פשרה סמויים ואסורים, שבמסגרתם יקבלו התובע הייצוגי ובא כוחו תמריץ ותגמול בלתי-סבירים, שיש בהם כדי להוות "הסדר פשרה פרטי", המיטיב רק עם התובע ועם עורך דינו, אך לא עם חברי הקבוצה, שהתובע הייצוגי התיימר לייצג.

שני הנימוקים האמורים מבוססים על כך שהתובענה הייצוגית, כשמה, היא מכשיר דיוני-משפטי שבו אמורים להיות מיוצגים האינטרסים של ציבור רחב. על

<sup>1</sup> חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

אינטרסים אלו יש להגן, ותפקיד זה שמור לבית המשפט, אשר אמור לאזן את האינטרסים, שלעתים עומדים בסתירה זה לזה: מחד גיסא רצונו של התובע הייצוגי, שיזם מלכתחילה את התביעה, לסגת ממנה, ומאידך גיסא, האינטרס הציבורי שלא תיזנח תביעה טובה.

## 1.2 האפשרויות הניצבות בפני בית המשפט

כאשר תובע ייצוגי מבקש להסתלק מתביעתו ולעתים קרובות מבקש גמול לעצמו ושכר טרחה לבא כוחו, עומדת בפני בית המשפט האפשרות לבחור באחת מדרכי הפעולה הבאות:

**אפשרות ראשונה** – בית המשפט יכפה על התובע הייצוגי להמשיך בתובענה הייצוגית, נגד רצונו הגלוי. זו אפשרות שסבירותה נמוכה בהחלט, הן תאורטית (מבחינת המשפט הרצוי) והן מעשית (מבחינת המשפט הנוהג).

**אפשרות שנייה** – בית המשפט יאשר את ההסתלקות, אך יורה לאתר תובע ייצוגי חלופי, או שיעכב את ההיעתרות לבקשת ההסתלקות, עד שתתפרסם מודעה בעיתונות על אודות ההסתלקות, וייעשה ניסיון ממשי לאתר תובע חלופי, בהתאם להוראת סעיף 16(ד)(1) לחוק. גם אפשרות זו, כפי שמלמד ניסיון החיים, נדירה למדי.

**אפשרות שלישית** – בית המשפט יאשר את בקשת ההסתלקות ויכבד את הסכמת הצדדים באשר לתשלום גמול ושכר טרחה. יודגש כי הגמול במקרה של הסתלקות, הוא גמול פרטי, אישי, לתובע הייצוגי, מבלי שניתן כל פיצוי למי מחברי הקבוצה, שהתובע התיימר וביקש לייצג.

**אפשרות רביעית** – בית המשפט יאשר את ההסתלקות, אך יתערב בהסכמה שבין התובע לנתבע ויקטין את הסכומים שנתבקשו בגין גמול או שכר טרחה, או אף ישלול אותם כליל.

מבדיקה שנערכה לצורך הכנת מאמר זה, עולה כי שני התרחישים הנפוצים ביותר הם השלישי והרביעי שצוינו לעיל, קרי אישור ההסתלקות: בין באישור מלא הן של ההסתלקות והן של הבקשות לעניין גמול ושכר טרחה, ובין באישור ההסתלקות, הכולל התערבות בהמלצת הצדדים לעניין גמול ושכר טרחה. זאת ועוד, מבדיקתנו עולה כי לא נמצא ולו מקרה אחד שבו דחה בית המשפט בקשת הסתלקות, וכפה על התובע הייצוגי להמשיך ולנהל את התובענה הייצוגית.<sup>2</sup>

## 1.3 סירוב לאשר הסתלקות

בהתאם להוראת סעיף 16 לחוק, בית המשפט מוסמך שלא לאשר לתובע הסתלקות,

<sup>2</sup> לפירוט תוצאות בדיקה ראו סעיף 5.1 למאמר.

ובכך – לכפות עליו את המשך ניהול התביעה. אך סבירותה של חלופה זו כאמור נמוכה, ובית המשפט ינקוט אותה רק במקרים חריגים ביותר. אין אינטרס ציבורי לכפות על אדם לנהל תביעה שאין לו כל עניין וחפץ בה. כפייה זו מוצדקת רק מקום שבו סבור בית המשפט שלכאורה מדובר בתביעה טובה ומבוססת, וכאשר יש חשש שהיא תיזנה אם לא יאותר תובע חלופי. או לחלופין, היא מוצדקת אם בית המשפט סבור שמניעי ההסתלקות של התובע אינם תמימים, ברורים או משכנעים.

מתי בכל זאת מוצדקת התערבות שיפוטית בהסדרי הסתלקות? בשני מקרים מובהקים: המקרה האחד הוא כאשר ההסתלקות אינה בתום לב, קרי היא כוללת פיצוי אישי בלבד לתובע הייצוגי, מבלי שניתן פיצוי לקבוצה, ואותו פיצוי הוא כה גבוה וחריג עד שיש בו סממנים של הסכם פשרה פרטי ואישי. המקרה האחר המצדיק התערבות שיפוטית הוא כאשר בית המשפט סבור כי לכאורה התביעה ראויה וטובה, וכי הסתלקות – מבלי שיעשה מאמץ אמיתי להחלפת תובע ייצוגי – תפגע בקבוצה. עצם העובדה שבית המשפט רשאי למנוע מתובע ייצוגי הסתלקות מתביעתו, יוצרת קושי ברור, שהרי התובע הייצוגי, כמו כל תובע, הוא אדון לתביעתו. נכון הדבר שבעתיים בשים לב לכך שהתובע הייצוגי נושא לבדו בסיכון כי התביעה תידחה ובסופו של דבר הוא יחויב בהוצאות משפט. לעתים הוא אף נושא בעלויות מימון של חוות דעת מקצועיות, שעלותן אלפי שקלים או עשרות אלפי שקלים. אם איש אינו נושא בסיכונים אלו יחד עם התובע הייצוגי, ובמיוחד כאשר הוא נאבק בתאגידים גדולים ועשירים, אשר יכולים לשכור את שירותיהם של טובי המומחים, הרי שהניסיון לכפות על אדם להמשיך לנהל תביעה, כנגד רצונו בעייתי ביותר. אכן, הלכה למעשה, הדבר כמעט שאינו קורה: מספר המקרים שבהם דחו בתי המשפט בישראל בקשת הסתלקות הוא קטן ביותר.<sup>3</sup> למעשה, מבדיקה שערכנו עולה כי עד כה נדחו בקשות הסתלקות אחדות בלבד, ובמקצת המקרים לא הו דחיות ממש של בקשת ההסתלקות, אלא בנסיבות שבהן מצא בית המשפט כי אין מדובר בבקשת הסתלקות, אלא בהסדר פשרה מוסווה, ואז הוא הורה לצדדים לפעול בהתאם להוראות הדין לגבי הסכם פשרה.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> ת"צ (מחוזי ת"א) 1578-08 בן ישי נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ, תק"מח (4)10 3065 (2009). זהו מקרה חריג של תביעה ייצוגית שהוגשה נגד חברת כלל בריאות, בטענה כי היא גובה תעריפים שונים ממבוטחים שונים בגין אותן בדיקות (בדיקות הנוגעות במעקב היריון). בקשת ההסתלקות הוגשה עוד בטרם הגישה הנתבעת את תשובתה לבקשת האישור, והיא נומקה בשני טעמים: האחד, הלכת בית המשפט העליון בפרשת **שטנדל** (ע"א 458/06 **שטנדל** נ' **חברת בזק בינלאומי בע"מ**, תק"על (2)09 1267 (2009), והשני, תשובת הנתבעת, שנמסרה לעיון התובעים אך לא הוגשה לבית המשפט. השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן דחתה את בקשת ההסתלקות והורתה לנתבעת להגיש את כתב תשובתה, שכן כל עוד כתב זה לא הוגש, לא יכול בית המשפט להתרשם כיצד תשובותיה של הנתבעת הביאו להסתלקות.

<sup>4</sup> ת"צ (מחוזי מרכז) 4991-02-08 **הכט טל** נ' **סלקום ישראל בע"מ**, תק-מח (2)10 2974 (2010); ת"צ (מחוזי מרכז) 21185-07-09 **סודרי** נ' **פלאפון תקשורת בע"מ**, תק-מח (4)10 2496

את הדעה המבקשת להגביל את יכולתו של התובע הייצוגי לסגת מתביעתו כאוות נפשו מבטא, לעתים, לא בית המשפט, אלא דווקא נציג היועץ המשפטי לממשלה, במקרים הנדירים שבהם הוא מתבקש להביע דעתו בנוגע לבקשת ההסתלקות.<sup>5</sup> באחד המקרים, נאמר בעמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אחד מעקרונות היסוד של החוק הוא – "למנוע שימוש בכוח הגלום בתובענה הייצוגית, בכדי ליצור רווח אישי, וזאת מבלי להיטיב עם הקבוצה אשר בשמה ביקש התובע הייצוגי או בא כוחו לפעול".<sup>6</sup>

באותו מקרה, פרשת **דלקול**, הביע נציג היועץ המשפטי לממשלה את הדעה כי כאשר משולם, בגין שכר טרחה או גמול, תשלום המוגדר על ידו כ"בלתי סביר", הדבר "עלול להוות תמריץ להגשת תובענות סרק שכל מטרתן היא שימוש לרעה בהליכי משפט, מצד אחד, וקניית שתיקתם של תובעים מצד שני".<sup>7</sup> נדמה שבעמדה זו צודק נציג היועץ המשפטי לממשלה בכך שאכן יש סכנה כי תשלום מופרז בגין תביעות סרק, יהווה תמריץ להגשת תביעות סרק נוספות. ואולם, לדעתנו, לצד הסכנה של עידוד הגשת תביעות סרק ניצבת סכנה אחרת, לא פחות חמורה, והיא: בקשות ההסתלקות המעלימות תביעות טובות וראויות, שבמסגרתן מצליח הנתבע לסלק מעל דרכו תביעות בעייתיות עברו, וכל זאת תמורת תשלום כספי מוגבל ונמוך (יחסית) לתובע המסתלק ולבא כוחו. אנו סבורים כי על בתי המשפט לאמץ מדיניות המנסה לברר אם התביעה שממנה מבקש התובע להסתלק היא תביעה טובה וראויה שיש מקום להמשיך את ניהולה, וזאת באמצעות ניסיון לאתר תובע חלופי.

#### 1.4 החלפת תובע ייצוגי

סעיף 16(ד)(1) לחוק מאפשר להחליף תובע ייצוגי בהליך מסודר והחלפה זו היא, ללא ספק, פתרון טוב לתובע ייצוגי המבקש להסתלק. זאת, כמובן, אם בית המשפט סבור כי מונחת בפניו תביעה הראויה להתברר, לפחות לכאורה. ועם זאת, הליך של החלפת תובע ייצוגי אינו הליך קל או פשוט, ולעתים הוא עלול להסתיים במחיקת התביעה כליל בשל הקושי לאתר תובע ייצוגי. הסיבה לכך נעוצה בסיכון המובנה שנוטל על עצמו התובע הייצוגי. סיכון זה מתבטא בסכנת החיוב בהוצאות משפט, בעלויות מימון חוות דעת מומחים (בתביעות מסוימות) וכן בעלויות נלוות של ניהול

(2010); ראו דיון בעניין זה בסעיף 2.3 למאמר.

<sup>5</sup> יוזכר כי אין דרישה או חובה חוקית לכך שתינתן זכות ליועץ המשפטי לממשלה להביע את עמדתו בסוגיית ההסתלקות כל עוד לא אושרה התובענה כייצוגית. ראו ס' 16 לחוק. ראו הרחבה לנושא זה בסעיף 8 למאמר.

<sup>6</sup> בש"א (מחוזי ת"א) 2524/05 **לביא נ' דלקול בע"מ**, תק-מח 3(08) 12886, פס' 5 (2008).

<sup>7</sup> שם, פס' 6.

תיק שבהן הוא עלול לשאת במהלך ניהול התביעה.<sup>8</sup>

יש לזכור כי לעתים יבקש תובע ייצוגי חדש להביא עמו עורך דין מטעמו, שיחליף את בא כוחו של התובע המסתלק, ואז יהיה צורך להסדיר את תגמולו של עורך הדין שהגיש את התביעה המקורית או לחלופין – הפרקליטים יסכימו על ייצוג משותף. בין שיביא עמו פרקליט חדש ובין שלא, יצטרך תובע חדש, השוקל כניסה לנעליו של התובע הייצוגי המסתלק, להשקיע (הוא לבדו או בצוותא עם בא כוחו) זמן ומשאבים בלימוד התביעה המקורית כפי שהוגשה, בלימוד כתבי הדין שהוגשו וההחלטות שניתנו. במקרים לא מעטים יהיו לבא כוחו של התובע החדש הסתייגויות מחלק מהטיעונים הנזכרים בבקשת האישור המקורית. אף ייתכן שיבקש לשנות את הגדרת הקבוצה או את הגדרת הנזק לקבוצה, ואולי אף את הסעדים המבוקשים. מכאן כבר לא רחוקה הדרך מהצורך לתקן את בקשת האישור או אף להגיש בקשת אישור חדשה ממש, דבר המחייב ניהול הליך ביניים נפרד רק לעניין זה ועלול להיות כרוך בתשלום הוצאות משפט לנתבעים.

פרט לכך, התובע החדש צריך לשקול אם לא נובעת הסתלקותו של התובע המקורי מגורמים נוספים, שאינם ידועים לו כגון קושי בהבאת ראיות או בהוכחת נזק ועוד. קיימים שיקולים נוספים שהתובע החדש אמור לשקול בטרם יחליט להרים את מקל התובענה הייצוגית ולהמשיך במקום שבו עצר המסתלק.

בשל כל הקשיים הללו, ואולי אחרים שלא פורטו כאן, ברור מדוע מלאכת איתורו של תובע ייצוגי חדש אינה פשוטה כלל ועיקר, וברור כי בפני התובע הייצוגי החדש ניצבים מכשולים רבים.

## 2. על ההבדל בין הסתלקות לפשרה

### 2.1 בחזרה ל"ימי החושך"?

אחד הקשיים המרכזיים בסוגיית ההסתלקות מתובענה ייצוגית הוא עצם הקושי להבחין לעתים בין הסתלקות ובין פשרה. לא אחת קיים קושי להבחין אם אמנם ההסדר הדיוני שאליו הגיעו הצדדים, שאותו הם מכתירים בשם "הסתלקות", הוא אכן כזה או שמא מדובר בהסכם פשרה, אשר נצבע בצבעי הסוואה להסתרת מהותו האמיתית.

מהם אותם "צבעי" הסכם פשרה, וכיצד ניתן להבחין בין הסתלקות לפשרה? ניתן

<sup>8</sup> יש להעיר כי על פי הדין (ס' 23 לחוק) וכן בהתאם לפרקטיקה הנוהגת בישראל, התובע הייצוגי אינו מחויב בעלות שכר טרחתו של עורך הדין המייצג אותו, אשר עובד על בסיס הצלחה (קרי, לפי תוצאות). במילים אחרות, רק אם תצלח התביעה, יזכה עורך הדין לשכר טרחה, ואם תידחה התביעה, לא ישלם לו איש בגין העבודה שהשקיע. משמע, ההוצאות שבהן נושא התובע הייצוגי אינן כוללות שכר טרחת עורך דין, ששכרו ישולם מכספי הזכייה או הפשרה, אם תושג.

להצביע על כמה מאפיינים של פשרה, שהעיקריים בהם הם: תשלום גמול לתובע; תשלום שכר טרחה לפרקליטו של התובע; פיצוי כלשהו לחברי הקבוצה; בנוסף או לחלופין, תיקון עוול או ליקוי בפעילות או בנוהג שהיה קיים אצל הנתבע, ליקוי שהוא מושא התביעה.

כאשר לפחות אחד ממרכיבי הפשרה האמורים מופיע בהסדר ההסתלקות, יש מקום לבחון אם בפנינו אכן הסתלקות או שמא פשרה בתחפושת.

ההבחנה בין הסתלקות לפשרה היא קריטית בשל העובדה שהחוק, כפי שיצוין להלן, מגביל מאוד את הליך אישור הסכם פשרה (בעיקר בשל העובדה כי הוא יוצר מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה). להבדיל, החוק ליברלי למדי בכל הנוגע לאישור הסתלקות. החשש הוא, ואין מדובר בחשש בעלמא, שהסדרי הסתלקות ינוצלו לרעה באופן שיעניקו הטבה אישית, פרטית ובלעדית רק לתובע הייצוגי ולעורך דינו אך לא לשאר חברי הקבוצה הייצוגית. הדבר אפשרי לאור עמדת המיקוח של התובע הייצוגי: הלה נקט הליך המאלץ את הנתבע להוציא הוצאות משפטיות כבדות, בתביעה שהיא מטבעה מורכבת וממושכת. משום כך יש לנתבע תמריץ לפצות את התובע גם כאשר התביעה חסרת בסיס, ובלבד שישתלק מתביעתו. שהרי עצם ההתגוננות עולה לנתבע בעלויות משפטיות גבוהות, שקרוב לוודאי שלא יוחזרו לו במלואן, אף אם יזכה בהליך של בקשת האישור וזו תידחה. בנסיבות אלו, גם כאשר התביעה חסרת שחר, יש סיבה טובה לנתבע לשלם סכום כסף כלשהו על מנת לחסוך את ההליך המייגע והסיכון המתלווה אליו.

נמחיש בדוגמה הבאה: הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית. התביעה היא על סך של 75 מיליון ש"ח. החברה הנתבעת יודעת כי יש ממש בתביעה, אם כי ברור לה שיש הפרזה רבה באומדנו של התובע הייצוגי את גודל הקבוצה, ולפיכך – מופרז גם אומדנו של התובע באשר לנזק שנגרם לחברי הקבוצה. נניח כי החברה הנתבעת מעריכה שהנזק לקבוצה מסתכם בכ-10 מיליון ש"ח.

גם אם משקללת הנתבעת את תוחלת הסיכון, את קשיי ההוכחה הניצבים בפני התובע ואת סיכויי הזכייה-הפסד שלו, ניתן לאמוד את הסיכון שלה בכ-5 מיליון ש"ח, לכל הפחות. בשים לב לכך ובניסיון לסלק את התביעה בעלות נמוכה יחסית, פונה בא כוח הנתבעת לבא כוח התובע הייצוגי ומציע לו להסתלק מהתביעה כנגד תשלום החזר ההוצאות לתובע בסך של 50,000 ש"ח ושכר טרחה לבא כוחו בסך של 200,000 ש"ח. במילים אחרות, תמורת סך של 250,000 ש"ח בלבד תוכל הנתבעת לסלק איום ממשי הנאמד בכ-5-10 מיליון ש"ח.

אם תצליח הסתלקות שכזו, הרי ברור כי לא צמחה כל תועלת לחברי הקבוצה. חמור מכך, סביר להניח שאיש לא ייכנס לנעלי התובע המסתלק, והעוול שנגרם לציבור על ידי החברה-הנתבעת ימשיך להתקיים בלא כל הפרעה. לבד מזאת, כמובן, לא רק שהחברה-הנתבעת התעשרה שלא כדין על חשבון הקבוצה בעבר בגין אותו עוול, אלא שהיא תוכל להמשיך להתעשר על חשבון ציבור לקוחותיה גם בעתיד וללא

כל הפרעה.

אם כן, הסדר הסתלקות מאפשר לנתבע לסלק מעל פניו מטרד, שלעתים הוא מטרד אמת (קרי, תביעה טובה וראויה) ולעתים מטרד שווא ממש (קרי, תביעת סרק חסרת בסיס). מאחר שהחסמים לביצוע הסדר הסתלקות הינם נמוכים יחסית<sup>9</sup> הרי שהיא פותחת "דלת אחורית" להסדרים אישיים, כפי שהיה נהוג בטרם נחקק החוק בשנת 2006. נזכיר כי באותה עת, שניתן לכנותה באופן ציורי "תקופת חושך", ניתן היה לבצע הסדרים חשאיים ופרטיים ללא כל קושי וללא כל פיקוח. הדבר נעשה הלכה למעשה פעמים רבות, בלא כל דיווח או גילוי, לא לבית המשפט ולא לחברי הקבוצה. די היה בהגשת הודעה מוסכמת על דחיית התובענה הייצוגית ללא צו להוצאות על מנת לאשר ביצועו של הסדר חשאי, שנעשה מאחורי הקלעים, בלא כל קושי, מכשול או הפרעה. מציאות בעייתית זו חדלה מלהתקיים מעת בה נכנס לתוקפו חוק התובענות הייצוגיות, ובכך מצוי ללא ספק אחד ההישגים הגדולים של חוק זה.<sup>10</sup>

החשש הוא שהסדרי הסתלקות יאפשרו "עסקאות פרטיות" מהסוג שעבר, כאמור, מן העולם, ואשר מהן ייהנו רק התובע ועורך דינו אך לא יתר חברי הקבוצה.

## 2.2 הוראות הדין לעניין פשרה להבדיל מלעניין הסתלקות

כאשר מוגשת בקשה לאישור הסכם פשרה בתובענה ייצוגית יחולו הוראות סעיפים 18–19 לחוק, הקובעות, בין היתר, כי יש חובה לפנות ליועץ המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו; כי יש למנות בודק (מנימוקים מיוחדים שיירשמו); וכן כי יש להורות על פרסום בדבר ההסכם בעיתונות.

להבדיל, כאשר מוגשת בקשת הסתלקות, בטרם אושרה התביעה כיייצוגית, הרי בהתאם לסעיף 16 לחוק לא חלות שלוש הדרישות שפורטו לעיל. קרי, לא נדרש פרסום, לא נדרש מינוי בודק ואין צורך לפנות ליועץ המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו.<sup>11</sup> עם זאת, לבית המשפט יש כמובן שיקול דעת להפעיל את שלושת

<sup>9</sup> במקרה של הסתלקות, בניגוד להסכם פשרה כאמור, אין חובת פרסום, אין חובה לפנות לקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה ואין חובה למנות בודק. ראו ס' 16 לחוק. כן ראו דיון בנושא זה בסעיף 2.2 לאמור.

<sup>10</sup> יצוין כי אמנם עוד לפני חקיקת החוק ב-2006, הייתה הוראה בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1988, ס"ח 248, בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258 ובחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"א-1988, ס"ח 1258, שחייבה קבלת אישור מבית המשפט גם להסתלקות מתביעה ייצוגית. ואולם מדובר בהוראה לקונית שלא כללה הוראות מפורטות (כפי שמפורט כיום בחוק) באשר לחובת הגילוי מצד התובע המסתלק ועורך דינו, לרבות באמצעות הגשת תצהירים כי לא ניתנה כל תמורה או הטבה סמויה לבד מהמפורט בבקשת ההסתלקות. לאור זאת, לא מנעו הוראות דינים אלו הסדרים פרטיים וסמויים.

<sup>11</sup> יודגש כי החוק אינו מחייב פרסום, אך תקנה 11 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010



המנגנונים הללו – פרסום, היועץ המשפטי לממשלה ובודק. אלא שבמרבית המקרים אין בית המשפט מוצא לנכון לעשות כן, ולא במקרה: ראשית, משום שכלל הנראה, במרבית המקרים שבהם מסתלק התובע הייצוגי, גם בית המשפט סבור כי ההסתלקות מבורכת, באשר מדובר בתביעה בעייתית וחלשה. שנית, משום שהפעלת כל אחד משלושת מנגנונים אלו לבדו, ובוודאי אם הם ננקטים במקביל, מסרבלת ומעכבת מאוד את סיום ההליך. במרבית המקרים אכן אין הצדקה לעיכוב ולהכבדה שכאלה.

בודק הוא, במידה רבה, מיותר ובלתי-נדרש, שכן מינויו, אגב הסכמי פשרה בתביעות ייצוגיות, נועד לסייע לבית המשפט בכימות ובהערכה כספית או מקצועית של הסדר הפשרה המוצע, של סכומי הפיצוי לקבוצה, וכן של הסכומים המוצעים כגמול או כשכר טרחה באופן יחסי לסכום הפשרה. כל אלה אינם נדרשים בבקשת הסתלקות, שכן במסגרת ההסתלקות לא משולם כל פיצוי לקבוצה, ובמרבית המקרים לא ניתנת אגב ההסתלקות כל הטבה ממשית לחברי הקבוצה. לאור זאת נשמט, במרבית המקרים, הרציונל למינוי בודק, אשר אמור לסייע לבית המשפט לכמת את סכומי הפשרה וכדומה. מאחר שבמסגרת ההסתלקות מתבקש, לכל היותר, תשלום שכר טרחה וגמול (או החזר הוצאות) לתובע המסתלק ולבא כוחו, הרי ברור שלצורך שקילת בקשה שכזו אין בית המשפט נדרש לבודק כדי להעריך אם הגמול ושכר הטרחה המבוקשים במסגרת ההסתלקות סבירים אם לאו.<sup>12</sup>

באשר ליועץ המשפטי לממשלה, הרי במרבית המקרים הפנייה לקבלת חוות דעתו בנוגע לבקשות הסתלקות אינה דרושה מבחינה עניינית. מה עוד שמבחינת הדין, כאמור, לא נדרשת פנייה שכזו אגב הסתלקות, אלא רק אגב בקשה לאישור הסדר פשרה.<sup>13</sup>

הנימוק לכך הוא שבבקשת ההסתלקות עומדות להכרעה בפני בית המשפט שתי סוגיות מרכזיות: האחת, האם להתיר את ההסתלקות, והשנייה, האם לאשר תשלום החזר הוצאות ושכר טרחה לתובע המסתלק ובא כוחו (אם הדבר נתבקש).

דווקא קובעת חובת פרסום. על סתירה תמוהה זו בין שני דברי החקיקה, ראו הרחבה בסעיף 7 למאמר.

<sup>12</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1373/07 גולדשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ, תק-מח 409 (4) 7390 (2009). במקרה נדיר זה עתרו הצדדים עצמם, בהסכמה, למינוי בודק אגב הסתלקות. הדבר נעשה כאשר אחד מתנאי ההסתלקות היה התחייבות הנתבע, בנק הפועלים, לשנות פרקטיקה שהייתה נהוגה אצלו עד לאותה עת. בדיקת הבודק נועדה לברר מה המשמעות הכספית של אחת מטענות התובע בתביעה הייצוגית. בסופו של דבר, מצא הבודק כי עלות החיוב, שבנוגע אליו הליון התובע הייצוגי, הסתכמה בכ- 2.9 מיליון ש"ח, ואילו הנתבע הסכים לתרום בגין עילה זו סך של 4.1 מיליון ש"ח. משכך הדבר, אישר בית המשפט את הסדר ההסתלקות.

<sup>13</sup> ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו דיון בנושא זה בסעיף 8 למאמר. במקרה מיוחד שבו נאמר כי התערבות היועץ המשפטי לממשלה דווקא סייעה להבחנה הנכונה בין פשרה להסתלקות, ראו ת"א (תא) 2302/08 אפרתי נ' דן רכב ותחבורה ד.ר.ת בע"מ, תק-מח 11 (3) 15294 (2011).

נדמה שאין מחלוקת כי בסוגיה השנייה לא נדרשת פנייה לנציג היועץ המשפטי לממשלה ואין בכך כדי להועיל. בית המשפט יכול להכריע בכך בהתאם להתרשמותו מניסוחה של בקשת האישור, מדרך ניהול ההליך ומהערכתו את טיב העבודה המשפטית שנעשתה עד למועד ההסתלקות. בהכרעות כגון אלו לא רק שיש בידי בית המשפט את כל הכלים הדרושים לצורך קבלת ההחלטה, אלא שספק אם לנציג היועץ המשפטי לממשלה יש מה להוסיף או לתרום.

באשר לסוגיה הראשונה, נדמה כי יכולה להיות תרומה ממשית לעמדת היועץ המשפטי באותם מקרים שבהם בית המשפט מתקשה להכריע אם התובענה הייצוגית, כפי שהוגשה, היא כזו שיש בה ממש, ואם יש הצדקה להמשיך ולנהל אותה גם במחיר של איתור תובע חלופי. במקרים כאלו יכול היועץ המשפטי לממשלה, בתור מייצג האינטרס הציבורי, לסייע לבית המשפט ולהאיר את נקודות החוזק של התביעה המצדיקות את המשך ניהולה. סוג נוסף של מקרים שבהם יכול היועץ המשפטי לסייע הוא מקרי גבול, שבהם לא ברור אם מדובר בהסדר הסתלקות או שמא בהסדר פשרה פרטי (עם התובע המסתלק לבדו), שדינו להיפסל.

ואולם במרבית המקרים אין בפנייה ליועץ המשפטי לממשלה כדי לסייע לבית המשפט בהכרעה בבקשות הסתלקות. ואכן, במרבית בקשות ההסתלקות, בתי המשפט כלל אינם מוצאים לנכון לפנות אליו.

אנו סבורים כי המנגנון העיקרי שיש לו ערך מובהק לעניין הסדרי הסתלקות הוא מנגנון הפרסום. כפי שיפורט בסעיף 7 להלן, הרי הפרסום נועד להביא את ההסתלקות לידיעת הציבור שמא יבקש מי מחברי הקבוצה להיכנס לנעלי התובע המסתלק ולהמשיך את ניהול התביעה. אלא ששימוש במנגנון הפרסום, במקרה של הסתלקות בטרם אושרה התביעה כייצוגית, שמור בפועל – ובצדק – למקרים חריגים יחסית. אלו המקרים שבהם בית המשפט סבור כי סילוק התביעה יפגע בקבוצה, באשר מדובר בתביעה ראויה שלא כדאי לזנוח אותה. רק אז יש הצדקה אמיתית לפרסום ההסתלקות, במטרה לאתר תובע חלופי.<sup>14</sup>

רק במקרים בודדים הורה בית המשפט בישראל על פרסום בקשת הסתלקות כדי לאתר תובע חלופי.<sup>15</sup> עובדה זו מעניינת, באשר היא מעידה כי רק במיעוט מבוטל של המקרים סבר בית המשפט שבידו תביעה טובה, אף שהתובע המסתלק עצמו כבר סבר, ככל הנראה, אחרת. הסבר אחד למיעוט המקרים האמור הוא כי, ככל הנראה, מוגשות תביעות סרק ייצוגיות רבות, אשר על סילוקן יש רק לברך. וכך אכן עושה בית המשפט באותם המקרים.

הסבר אחר לתופעה זו הוא כי יתכן שבית המשפט לא יכול היה להתרשם שבפניו ניצבת תביעה טובה וראויה, שכן חלק ניכר מבקשות ההסתלקות מוגשות בשלבים

<sup>14</sup> ראו בנושא זה גם את המלצתנו בסעיף 3.4 למאמר.

<sup>15</sup> ראו פירוט בעניין זה בסעיף 7 למאמר.

המוקדמים של ניהול הליך בקשת האישור. פעמים רבות באה ההסתלקות בסמוך לאחר הגשת תגובת הנתבע לבקשת האישור, ולעתים אף בטרם הגיש הנתבע את תגובתו לבקשת האישור. בשלב התחלתי זה, כאשר בית המשפט טרם שמע עדויות, הוא לא בהכרח יכול היה לגבש את דעתו באשר לטיב התביעה ובאשר לקיומם (או להיעדרם) של היסודות השונים הנדרשים לתובענה הייצוגית (כגון הגדרת קבוצה הומוגנית, הגדרת הנזק שנגרם לכל חברי הקבוצה, קיומו של קשר סיבתי לכאורי ועוד).

סילוק התביעה בנסיבות אלו אינו בהכרח בשורת איוב לבית המשפט העמוס ממילא.

### 2.3 לא הסתלקות כי אם פשרה

אחד המקרים הנדירים והבודדים שבהם סירב בית המשפט לאשר הסתלקות היה בפרשת **הכט**, ששם מצאה השופטת שטמר מבית המשפט המחוזי מרכז כי אין מדובר בהסתלקות, אלא למעשה בהסכם פשרה. ההנמקה לכך הייתה שהנתבעת הודתה, למעשה, בכך שגבתה כספים שלא כדין מלקוחותיה, ונאותה לפצות את הלקוחות שנפגעו. בנסיבות אלו נפסק כי אין מדובר בהסתלקות, אלא בבקשה שהנתבעת מסכימה לה ומודה בה חלקית.<sup>16</sup>

מקרה דומה, שבו מצא בית המשפט כי לא הסתלקות, כי אם הסכם פשרה מצוי בפניו, היה בפרשת **סודרי**. שם הביעה הנתבעת נכונות לצמצם את פעילותה, שגרמה כביכול עוול ללקוחותיה; היא הביעה נכונות להצהיר על קיום נוהלי אבטחה מחמירים וקפדניים וכן לתרום 4 מיליון מסרונים לעמותות שונות; ובשל כל אלה סברה השופטת שטמר כי אין מדובר בהסתלקות, כי אם בהסכם פשרה.<sup>17</sup> עקב כך הופעלו כל הוראות הדין החלות על הסכמי פשרה, להבדיל מאלו החלות על הסדרי הסתלקות, לרבות פרסום ופנייה לקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה.<sup>18</sup>

אחד המקרים הנדירים יחסית, שבהם בחר בית המשפט לפנות ליועץ המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו היה בפרשת **דלקול**. ההנמקה לכך היתה כי בקשת ההסתלקות לוותה בבקשה מוסכמת עם הנתבעים לפסוק לתובע ולבא כוחו גמול ושכר טרחה בסכום גבוה (141,000 ש"ח, מחצית הסכום בעבור גמול ומחציתו בעבור

<sup>16</sup> פרשת **הכט**, לעיל ה"ש 4. לאור זאת מצא בית המשפט להורות על מינוי בודק ועל כך שהצדדים יגישו לו בקשה לאישור הסדר פשרה, בהתאם לדרישות הדין.

<sup>17</sup> ת"צ (מחוזי מרכז) 21185-07-09 **סודרי נגד פלאפון תקשורת בע"מ**, תק-מח 10(4) 2496 (2010). העוול הנטען היה שמירת מסרונים במשך תקופה מסוימת אצל הנתבעת. בהסדר ההסתלקות לא הודתה הנתבעת בביצוע כל עוול.

<sup>18</sup> יצוין כי בסוף התהליך אישר בית המשפט את הסדר הפשרה, ואף כיבד את המלצת הצדדים ואישר גמול בסך 60,000 ש"ח ושכר טרחת עורך דין בסך של 240,000 ש"ח בצירוף מע"מ.

שכר טרחת עורך דין). השופטת ענת ברון בבית המשפט המחוזי בתל אביב סברה כי מדובר בסכום נכבד – "ובכך יש לכאורה משום סממנים של הסכם פשרה"<sup>19</sup>. גישה זו, שלפיה אם קיימת הסכמה לתשלום גמול ושכר טרחה בסכומים נכבדים, הרי שיש בכך כדי להעיד על "סממני פשרה", היא הגיונית וסבירה, שכן מקום שבו כוללת בקשת ההסתלקות עתירה לתשלום סכומים גבוהים בגין גמול ושכר טרחה (או "החזר הוצאות", כפי שהם מכונים במקומות רבים), אזי בהחלט יש מקום לחשדנות של בית המשפט ולבדיקתו. יש לבדוק שמא יש כאן תביעה טובה, שהנתבע מבקש לסלק מדרכו אגב תשלום זניח יחסית מבחינתו.

עם זאת, ועל אף כל האמור לעיל, ספק אם יש מקום לפנות ליועץ המשפטי לממשלה, באשר לא ברור במה הוא עדיף על פני שיקול דעתו של השופט הדן בתיק. אין ספק כי תשלום גמול ושכר טרחה בסכומים זניחים או נמוכים יחסית אינו מעיד על הסכם פשרה, אלא על כך שהנתבע מוכן לשלם סכום זניח מבחינתו כדי לסלק את המטרד; ואילו התובע ובעיקר בא כוחו, מוכנים להסתפק בתשלום שאמנם לא יכסה את העלויות המלאות של השקעת העבודה שביצעו עד לשלב הנסיגה מהתביעה, אך מוטב מעט מלא כלום. בהסכמה לתשלום נמוך יחסית של גמול ושכר טרחה אין "סממני הסדר פשרה", אלא לכל היותר "סממני ייאוש" מצד התובע ובא כוחו: הם מבינים כי התביעה בעייתית, כי סיכויי הצלחתה אינם גבוהים וכי צפויה השקעה רבה של זמן ואולי של עלויות שכירת מומחים וכדומה.

בנסיבות אלו (ולהבדיל ממקרים שבהם יש הסכמה על תשלום סכומים גבוהים לגמול ושכר טרחה) אין, בהכרח, כדי "להכתים" את הסדר ההסתלקות בהיותו הסדר פשרה במסווה. עם זאת, בוודאי נדרשת בדיקה של בקשת ההסתלקות, כדי לוודא שגם היא אינה מסווה להסכם פשרה פרטי של התובע הייצוגי לבדו, וכדי לוודא מהם מניעי ההסתלקות.

מנגד, כאשר סכומי הגמול ושכר הטרחה המומלצים לתשלום אגב הסתלקות הם גבוהים, אזי בהחלט מתבקשת "חשדנות בריאה", או לכל הפחות בדיקה של ההצדקה לשלם סכום גבוה רק לתובע המסתלק ולבא כוחו מבלי שהקבוצה אמורה לקבל כל פיצוי.<sup>20</sup>

גישה שונה בתכלית מגישה הביקורת הקפדנית שהציגה השופטת ברון בפרשת **לביא**, כאמור לעיל, הובעה בפרשת **פרנג'י**, אשר גם בה נתבקשו סכומים גבוהים וחריגים של גמול ושכר טרחה. בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מפי השופטת דניה קרת-מאיר, לא מצא להורות על פרסום או על מינוי בודק ואף לא לפנות ליועץ

<sup>19</sup> פרשת **דלקול**, לעיל ה"ש 6, פס' 3. יצוין כי בסופו של דבר אישרה השופטת ברון את ההסתלקות וכן את תשלום הגמול ושכר הטרחה, כפי שנתבקשו על ידי הצדדים.

<sup>20</sup> עוד על נושא זה, לרבות דיון בשאלה מהו שכר טרחה "גבוה", וכן על המלצתנו בנושא זה ראו בסעיף 5 בכלל, ובעיקר סעיפים 5.9–5.10 למאמר.

המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו בנוגע לבקשת ההסתלקות.<sup>21</sup> וזו אכן הגישה הרווחת בפסיקת בתי המשפט בישראל. משמע, בהיעדר נימוקים מיוחדים, לא ישתמש בית המשפט בשלושת המנגנונים שנזכרו לעיל – פנייה ליועץ המשפטי לממשלה, פרסום ומינוי בודק.

כפי שהומחש לעיל, המצב הרגיל והנפוץ בהקשר של ההבחנה בין פשרה להסתלקות הוא של הסכם פשרה "פרטי" במסווה של הסתלקות. אך קיימים גם מקרים הפוכים ונדירים בהחלט, שבהם בקשת פשרה הפכה את עורה לבקשת הסתלקות. ראוי להזכיר את המקרה הנדיר הבא, שאירע בפרשת אפרתי: לבית המשפט הוגשה בקשה לאישור הסכם פשרה, אך במהלך הליך האישור של אותו הסכם שינו הצדדים את טעמם והחליטו – בהסכמה – כי התובע יסתלק מתביעתו, ומשכו בחזרה את הסכם הפשרה, כך שרק בקשת הסתלקות עמדה על הפרק לאישור.<sup>22</sup>

הצדדים הגישו בקשה מוסכמת לאישור הסכם פשרה, אך זו זכתה להתנגדות נמרצת מצד נציג היועץ המשפטי לממשלה, אשר טען, בין היתר, כי כלל לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בנושא זה.<sup>23</sup> עקב כך, שינו הצדדים את עתירתם וביקשו לאשר רק הסתלקות ולא פשרה. בקשה זו אושרה לבסוף, אף שבית המשפט הפחית משמעותית את סכומי הגמול ושכר הטרחה שנתבקשו במסגרת ההסתלקות. כאמור, מדובר במקרה נדיר ומיוחד, שבו הפכה בקשה לאישור הסכם פשרה לבקשת הסתלקות.

### 3. האינטרס הציבורי בביקורת שיפוטית על הסדרי הסתלקות

#### 3.1 כללי

אין ספק כי לציבור יש אינטרס מובהק בקיומו של פיקוח שיפוטית על הסדרי ההסתלקות. אמנם, הסדר הסתלקות אינו יוצר, כידוע, כל "מעשה בית דין" כלפי קבוצת התובעים, משמע הוא אינו מונע מתובע ייצוגי אחר להגיש תביעה זהה בגין אותה עילה וכנגד אותו נתבע. ועם זאת, ברור שנדרשת ביקורת שיפוטית בעיקר על מנת לוודא את שני ההיבטים, שכבר צוינו לעיל: היבט אחד – יש לוודא כי הסדר ההסתלקות אינו, למעשה, הסכם פשרה מוסווה; והיבט השני – יש לברר אם מדובר

<sup>21</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1493-08 פרנ"ג נ' בנק הפועלים בע"מ, תק"מ 10(2) 9155 (2010).

<sup>22</sup> פרשת אפרתי, לעיל ה"ש 13. באותה פרשה הוגשה תובענה ייצוגית נגד חברת השכרת רכב בטענה כי היא גובה שלא כדין סכומי כסף בגין נזקים שנגרמו לכלי הרכב שנשכרו ממנה. על פי הטענה, הסכומים שנגבו היו גבוהים יותר מסכומי הנזקים בפועל.

<sup>23</sup> שם, פס' 9 ו-11 לפסק הדין. יצוין כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה היו נימוקים נוספים המצוינים בפסקאות אלה. להרחבה בנושא שכר הטרחה והגמול ראו סעיף 5.5 למאמר.

בתביעה ראויה וטובה, ובמקרה כזה יש לפעול לאיתור תובע ייצוגי חלופי. חשיבותו של ההיבט הראשון בכך שהוא יאפשר לוודא שלא ניתנה כאן הטבה פרטית, אישית, המוגבלת רק לתובע הייצוגי, בתביעה ראויה וטובה. שאם לא כן, הרי שהנתבע ("חוטא" לכאורה) ייצא נשכר: תמורת תשלום נמוך ומוגבל הוא פיצה אך ורק את התובע הייצוגי, תחת שיפצה – כנדרש – את כל חברי קבוצת התובעים. ברור כי אם יסתלק התובע הייצוגי, נמוכים עד מאוד הסיכויים כי יימצא תובע חלופי, אשר יקום וירם את נס המרד בשנית בגין אותה עילה וכנגד אותו נתבע. העובדה שהדבר אינו קורה בפועל במקרים רבים נעוצה בכך שבקשות ההסתלקות אכן מוגשות, במידה רבה, בתביעות החלשות יותר, הבעייתיות מההיבט הראייתי והקלושות מבחינת עילת התביעה, הגדרת הקבוצה, גיבוש הנזק ועוד. חשיבותו של ההיבט השני בכך שהוא ימנע את סילוקה ומחיקתה של תובענה ייצוגית טובה וראויה, הניצבת על אדנים מבוססים, וזאת בטרם ייעשה ניסיון ממשי לאיתור תובע ייצוגי חלופי. במקרה כזה יכול בית המשפט להורות לתובע לנסות לאתר תובע ייצוגי חלופי, אשר ייכנס לנעליו של התובע הייצוגי המעוניין לקפל את מפרשיו ולפרוש. אין ספק כי אפשרות שנייה זו, של סירוב בית המשפט להתיר הסתלקות מהירה והתעקשותו להורות על איתור תובע חלופי, אכן שמורה למקרים שבהם התרשם בית המשפט כי יש בפניו תביעה טובה.

ועם זאת, לא אחת בולטת הפסיביות של בתי המשפט הדנים בעניין. גם אם הם חושבים שהתביעה טובה וראויה, הם אינם מביעים את דעתם בבירור. אם יביע המותב את דעתו זו (במקרים שבהם הדבר מתבקש, כמובן), יהיה בכך כדי להוות "רוח גבית" לתובע הייצוגי השוקל להסתלק, והוא עשוי אף לשנות את דעתו. אולי יהיה בכך כדי לעודד תובע חלופי להיכנס לנעלי המסתלק.<sup>24</sup>

בתי המשפט אינם דורשים שייבדק אם מדובר בתביעה שראוי להמשיך את ניהולה בידי תובע חלופי. פעמים רבות הדבר נובע מכך שבקשת ההסתלקות הוגשה בשלב מוקדם של התביעה ובית המשפט לא הספיק לגבש את דעתו עליה. במקרים רבים אחרים, ככל הנראה, סבר בית המשפט כי ההסתלקות ראויה, באשר התביעה בלתי-מבוססת, הוגשה בחופזה ללא בדיקה מעמיקה וכו'.

עם זאת, ראוי כי במקרים שבהם מומחיותו של בית המשפט מרמזת כי התביעה אינה תביעת סרק, ואף אם היא טעונה תיקונים ושיפורים, תישקל האפשרות להורות על פרסום דבר ההסתלקות. הדבר יכול לסייע באיתור תובע חלופי. יתרה מזאת,

<sup>24</sup> ראו למשל ס"ע (אזורי חי) 13271-11-08 בירמן נ' רעם בטחון בינלאומי בע"מ, תק-עב 09(3) 7386 (2009). שם נקבע בהחלטת בית הדין לעבודה כי התובע הייצוגי השתכנע שתביעתו אינה חזקה דיה ונימק זאת בכמה נימוקים, בהם הנימוק שהובהר לו, לאור תקדימים שהציגה בפניו הנתבעת, כי בשל גודל תביעתו האישית ספק אם התביעה תאושר. בית הדין אישר את ההסתלקות, אך לא הביע את דעתו בנוגע לטיעונים ששכנעו את המבקש להסתלק מהתביעה, ולא הביע את דעתו, ולו לכאורה, אם אמנם התביעה הייצוגית חלשה, אם לאו.

לעתים די בכך שבית המשפט ירמוז לתובע המבקש להסתלק כי תביעתו אינה תביעת סרק, כדי לשנות את דעתו כך שישקול להמשיך ולנהל אותה. וזאת, גם אם ייאלץ לתקן ולשנות את בקשת האישור כדי שתעלה על דרך המלך.

על ההבדל במידת הפיקוח השיפוטי הנדרשת בנוגע להסתלקות לעומת זו הנדרשת בנוגע להסכמי פשרה, עמדה השופטת שטמר מבית המשפט המחוזי מרכז: "לעומת זאת, הודעת הסתלקות, שאינה יוצרת מעשה בית דין, קשורה יותר בהסכמת הצדדים הישירים לה, ואינה נבחנת בקפדנות כה רבה כהסדר פשרה"<sup>25</sup>.

אחד הדברים העיקריים המצדיקים פיקוח שיפוטי הדוק על הסדרי הסתלקות הוא העובדה שבתובענה ייצוגית הקבוצה עצמה אינה נוכחת בדיון, אלא היא מיוצגת על ידי המבקש, הוא התובע הייצוגי ובא כוחו. במצב דברים זה, אם לתובע הייצוגי יש אינטרס אישי, הנפרד מזה של הקבוצה (שהוא מתיימר לייצג), ולעתים אף סותר אותו, אזי בעיית ייצוג הקבוצה מחמירה שבעתיים. במצב דברים זה, שבו מוצע לתובע הייצוגי, ולו לבדו, פיצוי כספי, בין בדמות גמול ובין בדמות אחרת (למשל של "החזר הוצאות"), נוצר ניגוד אינטרסים מובהק בינו ובין חברי הקבוצה, שאינם אמורים לזכות בפיצוי או בתשלום כלשהו בעקבות ההסתלקות.<sup>26</sup>

לבית המשפט קשה לפקח על הסדר ההסתלקות ולבקרו משום שההסתלקות מתרחשת פעמים רבות בשלבים מוקדמים יחסית של בירור בקשת האישור.<sup>27</sup> לעתים באה ההסתלקות אף בטרם הוגשה תשובת הנתבע לבקשת האישור, ובמרבית המקרים – בטרם שמע בית המשפט עדויות. במקרים כאלו, ספק אם יש בידי בית המשפט כלים להעריך באופן מעמיק את טיב התביעה הייצוגית, איכות הראיות שהוצגו על ידי התובע, את הקבוצה, מידת הנזק, קיומו של קשר סיבתי לכאורי ועוד. בפסיקת בתי המשפט ניתן להבחין בשתי גישות שונות בכל הנוגע למידת הפיקוח השיפוטי: מחד גיסא, הגישה המקלה על הדק הפיקוח של הסדרי הסתלקות, ומאידך גיסא, הגישה המצדדת בפיקוח הדוק גם בהסדרי הסתלקות ומפגינה מידה של חשדנות כלפי הסדרים אלו. ביטוי לגישה הראשונה, המקלה, ניתן למצוא למעשה במרבית המקרים שבהם נידונו בישראל בקשות הסתלקות.<sup>28</sup>

הרציונל לגישה זו הוא, ככל הנראה, כי בית המשפט מתרשם שמדובר בתביעת סרק או למצער תביעה שהוגשה בחופזה, מבלי שעורך הדין שהגיש אותה בחן לעומק

<sup>25</sup> פרשת הכט, לעיל ה"ש 4, סעיף 6 להחלטה. ראו באופן דומה – עמדת השופטת רות רונן – פרשת גולדשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7391.

<sup>26</sup> עוד על ניגוד העניינים האמור ראו גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147 (2011).

<sup>27</sup> ת"צ (מחוזי ת"א) 2845-12-10 **גבלי נ' סלקום ישראל בע"מ**, תק-מח 11(1) 29931 (2011); ת"צ (מחוזי מרכז) 25778-01-10 **פלג נ' אשכול בע"מ**, תק-מח 10(2) 20191 (2010); ת"צ (מרכז) 26094-05-10 **לנדאו נ' שידורי קשת בע"מ** (טרם פורסם, 25.11.2010).

<sup>28</sup> בש"א (י-ם) 3461/09 **שרשבסקי נ' סקילייף בע"מ** (טרם פורסם, 03.01.2010).

את כל היבטי הנושא, העובדתיים והמשפטיים. במקרים כאלו, סילוקה של התביעה הוא רצוי, בייחוד בשל העומס המוטל ממילא על מערכת בתי המשפט בישראל. ברור כי מתביעה רשלנית לא תצמח כל טובה ותועלת לקבוצה, שהתובע הייצוגי מתיימר לייצג.

בנסיבות אלו אין מקום לחקור חקירה מעמיקה בשיקולי התובע להסתלק, ואף לא לפעול לאיתורו של תובע חלופי שייכנס למיטת סדום שכזו.

ביטוי לגישה השנייה, המצדדת בביקורת קפדנית על הסדרי ההסתלקות, ניתן למצוא במקרים חריגים בלבד. אחד המקרים הבולטים בקטגוריה זו היה בפסק הדין שניתן על ידי השופטת ד"ר דרורה פלפל מבית המשפט המחוזי בת"א בפרשת **יעקבי**.<sup>29</sup> לגישתה, תפקידו של בית המשפט לעניין חוק התובענות הייצוגיות מחייב פיקוח הדוק על הסדרי ההסתלקות: "אין זה מתפקידו רק לאשר את הסכמות הצדדים. תפקידו לשמור על אינטרס הציבור שיושפע מהליך פשרה או הסתלקות, ולאורו לבחון את ההסדר המוצע ע"י הצדדים [...] במקרה של הסתלקות, עליו לבחון אם יש מקום להמשיך בתובענה, האם היא הוגשה רק כדי 'לגזור קופון' ע"י מאן דהוא, מידת הרציונליזציה שבהסתלקות, והמסר שהסתלקות מעין זו על תנאיה משדרת לציבור. במילים אחרות: על בית המשפט לעצב את המדיניות המשפטית הנאותה לענין ההסתלקות, שתתאים גם לרוח החוק".<sup>30</sup>

ביטוי נוסף לגישה זו ניתן על ידי השופטת ענת ברון בבית המשפט המחוזי בתל אביב בפרשת **גורן**: "חשוב להבהיר בהקשר זה כי כריכת הסתלקות מבקשת מאישור תובענה כייצוגית שנתברר כי לא היה לה מקום, בתשלום סכומים מופרכים ומוגזמים למבקש ולבאי כוחו – עלולה לעודד הגשתן של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות כשהן בלתי ראויות. משכך, על מנת למנוע תמריץ שלילי כזה, שומה על בית המשפט להעביר את התשלום שעליו מסכימים הצדדים תחת שבט ביקורתו – ולבחון אם מדובר בתשלום סביר, אם לאו, בנסיבות כל מקרה ומקרה לגופו".<sup>31</sup>

גישה זו זכתה לגיבוי בפרשת **שלומי** מפי השופטת דניה קרת-מאיר מאותו בית משפט. לדבריה, שומה על בית המשפט לגלות גישה ביקורתית כלפי הסדרי ההסתלקות, ועליו לבחון אם ההסכמות לעניין תשלום גמול ושכר טרחה סבירות.<sup>32</sup> הרציונל לגישה השנייה דלעיל, הוא שהסדרי ההסתלקות הם בבחינת הסדר חשוד

<sup>29</sup> ת"צ (ת"א) 2445/07 **יעקבי נ' ש. שסטוביץ בע"מ** (טרם פורסם, 15.12.2009).

<sup>30</sup> שם, בעמ' 6. ראו גם את המקרים שבהם התערב בית המשפט בהסכמות הצדדים, למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2311-08 **מקסימוב נ' קסם תעודות סל**, תק-מח 11(2) 16941 (2011) וגם ת"צ (מרכז) 4337-09-09 **גולדנברג נ' טורנדו מוצרי צריכה בע"מ** (טרם פורסם, 8.1.2010). למקרים נוספים ראו סעיפים 5.4-5.5 למאמר.

<sup>31</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1120/08 **גורן נ' סופר פארם (ישראל) בע"מ**, דינים מחוזי 09(141) 867, 866 (2009). באותו מקרה אכן הופחתו הסכומים המבוקשים באופן משמעותי.

<sup>32</sup> בש"א (ת"א) 1095-09 **שלומי ישראל נ' סמיקום לקסיס בע"מ** (טרם פורסם, 25.04.2010).



שיש לבדקו בקפידה. לא במקרה מיושמת גישה זו בדרך כלל במקרי קיצון, שבהם נדרשים סכומים גבוהים יחסית של שכר טרחה או החזר הוצאות. במקרים כאלו נדרש בית המשפט לבחון אם אמנם ניצב בפניו הסדר הסתלקות תמים או שמא יש כאן הסדר סמוי, שמטרתו לסלק תביעה טובה בפיצוי מוגבל לתובע ובא כוחו בלבד מבלי שהנתבע מפצה כלל את הקבוצה עצמה. במקרה כזה, אף אם לכאורה נדמה הסכום המבוקש לשכר טרחה או החזר הוצאות כגבוה יחסית (בהתחשב בכך שמדובר בהסתלקות) הרי עבור הנתבע, המסלק מעל פניו תביעה טובה לכאורה, מדובר בסכום נמוך בהחלט.

אנו סבורים כי במקרים שבהם מוצא בית המשפט לנכון לדחות את העתירה המשותפת של הצדדים ולפסוק סכום נכבד עבור התובע המסתלק ופרקליטו, ראוי שיבחן גם את השאלה אם מדובר בתביעה טובה הראויה להתברר גם באמצעות תובע ייצוגי חלופי.

במילים אחרות, יש מקום שחשדנותו של בית המשפט לא תופנה רק לתובע הייצוגי ולפרקליטו (בקשר לדרישתם הכספית), אלא גם אל הנתבע: ראוי שבית המשפט יתהו ויבחן לעומק מה הניע את נתבע להסכים לשלם סכומים גבוהים יחסית (למשל של 100,000 ש"ח ומעלה) בגין הסתלקות. ראוי לבחון היטב אם הסכמה זו אינה מעידה, ולו במעט, על כך שיש ממש באותה תובענה ייצוגית.

שופט בית המשפט המחוזי בת"א, יהודה פרגו, מתח ביקורת חריפה על הסדר הסתלקות, שלווח בהמלצה לסכומים גבוהים יחסית של גמול ושכר טרחה, בפרשת ז'טלני.<sup>33</sup> בבקשת ההסתלקות, שהוגשה לאחר שנשמעו חוות דעת מומחים מטעם הבנק-הנתבע אך מבלי שהמבקש הגיש חוות דעת מטעמו, נדרש שכר טרחה של 365,000 ש"ח לבאי כוח התובע הייצוגי. בית המשפט אישר את ההסתלקות ואף בירך עליה, אך ביקר במילים חריפות את עצם הגשת הבקשה לתשלום שכר טרחה ודחה אותה מכול וכול. את עמדתו נימק בית המשפט בתופעה הפסולה של תשלום סכומים גבוהים על ידי נתבעים בגין סילוקן של תביעות חסרות בסיס.<sup>34</sup>

יצוין כי אחת ההנמקות שהועלו בפסיקה לכך שנדרש פיקוח שיפוטי על הסדרי הסתלקות היא שאמנם אין ההסתלקות יוצרת מעשה בית דין, אך היא בכל זאת עלולה להקשות על תובע חלופי, בכך שתחייב אותו להתגבר על משוכה חדשה. המשוכה היא העובדה שהוגשה תביעה קודמת והשאלה בגין מה ניתן הפיצוי. כלשון

<sup>33</sup> ת"צ (ת"א) 14064-12-09 ז'טלני נ' בנק הפועלים בע"מ (טרם פורסם, 16.1.2011). באותו מקרה הוגשה תביעה ייצוגית נגד בנק הפועלים בטענה כי הניע את המבקשים, לקוחותיו, להשקיע בקרנות הגידור של ברנרד מאיידוף.

<sup>34</sup> יצוין כי השופט פרגו סבר כי זו הייתה תביעה ייצוגית לא מבוססת, כיוון שהמבקש כלל לא צירף לה חוות דעת מומחה, אף שהנתבעים עצמם טרחו והגישו שתי חוות דעת של מומחים מחו"ל שאף טרחו והגיעו להעיד בישראל. לפיכך בעיניו הוא לא היה זכאי לשכר טרחה כלשהו. על כן הורה בית המשפט כי לא ישולם לבאי כוח התובע הייצוגי כל שכר טרחה.

השופטת שטמר בבית המשפט המחוזי מרכז – "לכל אלו אפקט מצנן להגשת תביעה בעתיד"<sup>35</sup>.

הנמקה זו נכונה לדעתנו רק מבחינה פסיכולוגית, על שום הקושי של תובע חדש להיכנס לנעליו של תובע ייצוגי שנסוג מתביעתו. ואולם לגופו של עניין, עצם העובדה שהייתה הסתלקות, כאמור, אינה חוסמת תובע חדש, לא במישור המשפטי (היעדרו של מעשה בית דין) ולא במישור המעשי (שכן לא ניתן כל פיצוי לחברי הקבוצה).

### 3.2 תביעות רשלניות

אין חולק על כך שאין להגיש תובענה ייצוגית כלאחר יד, בשליפת קולמוס, אלא רק לאחר לימוד מעמיק של התחום הרלוונטי, איסוף מידע ונתונים, עריכת בדיקות עובדתיות ומשפטיות שונות ובדיקת קיומה של תשתית ראויה, ולו לכאורה. פרקליט שאינו מתכוון כראוי, כאמור, מזיק לא רק ללקוחו, התובע הייצוגי, אלא גם לקבוצה שהלה מתיימר לייצג. נוכח זאת, אין ספק שיש מקום ליד קשה ומכבידה, יחסית, מצד בתי המשפט בנוגע להסתלקות מבקשות אישור, שלכאורה הוכנו, נוסחו והוגשו לבית המשפט מבלי שנערך מחקר מקדים או לימוד מעמיק של החומר העובדתי והמשפטי הרלוונטי. בקשת אישור המעידה, לכאורה, על מלאכה שטחית, מהירה ולא מעמיקה של הכנת החומר המשפטי והעובדתי אינה ראויה לסימפטיה שיפוטית מיוחדת. ואמנם, במקרים שבהם סבר בית המשפט כי בקשת ההסתלקות הוגשה במסגרת תובענה ייצוגית, שהוגשה בהינף קולמוס וללא בדיקה רצינית של הנושא, הוא לא היסס לשלול תשלום גמול לתובע הייצוגי המסתלק ושכר טרחה לבא כוחו.<sup>36</sup> במקרים חריגים חויב התובע המסתלק בהוצאות, גם כאשר הנתבע עצמו לא ביקש זאת כלל.<sup>37</sup> אנו סבורים כי הדרך למגר את תופעת תביעות הסרק הייצוגיות היא לחייב בהוצאות משפט את התובע המסתלק, ובמקרים קיצוניים, שבהם ברור שהאשם המרכזי בהגשת תביעת סרק או אף כזו שהוגשה בחוסר תום לב רובץ לפתחו של פרקליטו של התובע הייצוגי, יש לשקול הטלת הוצאות אישיות על פרקליטו.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> ת"צ (מרכז) 13801-02-09 עוזרי נ' 013 נטוויז'ן בע"מ, פס' 8 לפסק-הדין (טרם פורסם, 7.1.2010).

<sup>36</sup> פרשת יעקבי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 12. שם שלל לחלוטין בית המשפט את שכר הטרחה והגמול שנתבקשו במסגרת ההסתלקות. כן ראו פרשת ז'טלני, לעיל ה"ש 33. לדיון רחב בסוגיה זו ראו סעיפים 5.4–5.5 למאמר.

<sup>37</sup> ראו הרחבה בנושא זה בסעיף 6 למאמר.

<sup>38</sup> ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1868-09 שמיר נ' מעיינות עדן בע"מ, תק-מח 11(4) 7224 (2011), שם ציין בית המשפט כי בשל העובדה שהנתבעות ויתרו על הוצאות הוא אינו פוסק אותן, אף שהיה מקום לעשות כן. לדעה דומה, המבקרת הגשת תביעות סרק ומביעה את הדעה

### 3.3 הסתלקות הכוללת תיקון או הטבה לקבוצה

הסבירות שתוגש תובענה ייצוגית חדשה נגד אותו נתבע ובאותה עילה, תחת התביעה שממנה הסתלק התובע הייצוגי הראשון, נמוכה מאוד. סבירות זו קטנה עוד יותר מקום שבו הסדר ההסתלקות כולל תיקון של דרכי פעולת הנתבע או כאשר הוא כולל הטבה מסוימת, אפילו זניחה, לחברי הקבוצה. למשל, כאשר הנתבע מסכים במסגרת הסדר ההסתלקות לחדול ממעשה שעשה עד לאותה עת, באופן שעשוי היה להצמיח לחברי הקבוצה זכות תביעה.<sup>39</sup>

שאלה היא, אם עצם קיומו של רכיב תיקון העוולה או תיקון דרכי הנתבע מעיד על כך שמדובר בהסכם פשרה ולא בהסדר הסתלקות. למיטב ידיעתנו שאלה זו טרם הוכרעה באופן ברור בפסיקה.

יש בהחלט מקום לדעה שעצם העובדה שהנתבע מתקן את דרכיו בצורה מהותית, בעניין הנוגע לעילת התובענה הייצוגית שהוגשה נגדו, מעידה על "סממני פשרה", ולו באופן חלקי. הוא הדין כאשר הנתבע מפצה את חברי הקבוצה או את כלל לקוחותיו במסגרת הסדר ההסתלקות, בפיצוי שאינו זניח.

קשה לקבוע מסמרות בסוגיה זו, אך כאשר מוצעת הטבה משמעותית לקבוצה או לחלופין – שיפור משמעותי של נוהלי או נוהגי הנתבע, אזי יש בכך כדי להעיד על היות ההסדר בעל מאפייני פשרה ולא הסתלקות.

אמנם לא כל הסדר הסתלקות הכולל תיקון דרכי הנתבע מעתה ואילך מעיד, בהכרח, על היותו הסדר פשרה. ואולם ככל שרכיבי השיפור והתיקון משמעותיים יותר, ואזי – יש להם ערך כספי בלתי-מבוטל, הרי ייתכן שמדובר בהסכם פשרה ולא בהסתלקות. במקרה כזה מחייב הדבר, על פי דין, את קבלת התייחסותו של היועץ המשפטי לממשלה להסדר וכן פרסום, ואולי אף מינוי בודק. להבדיל, אם התיקון הצופה פני עתיד מצד הנתבע הוא מזערי או כזה שאינו מחייב את הנתבע להשקעה כספית משמעותית, אזי סביר בהחלט כי מדובר בהסתלקות ולא בפשרה.

### 3.4 המלצה לקביעת חובת פרסום בתביעות טובות וראויות

בית המשפט המתבקש לאשר הסתלקות אמור להביא בחשבון, במסגרת שיקוליו אם

כי יש מקום לחייב בהוצאות לטובת אוצר המדינה בשל שימוש לרעה בכלי של תובענות ייצוגיות, ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 41418-05-10 אורי נ' שלמה א. אנגיל בע"מ, תק-מח 411(4) 10508 (2011). ראוי לציין בהקשר זה גם את פסיקתו של בית המשפט העליון ברע"א 2074/11 בנק הפועלים בע"מ נגד פינקלשטיין, תק-על 11(3) 156, פס' 4 (2011). שם נקבע כי במקרים חריגים יש לשקול לא רק לחייב בהוצאות משפט את התובע הייצוגי, אלא אף את עורך דינו. לתיקון דרכים מסוג זה ראו פרשת גולדשטיין, לעיל ה"ש 12.

לאשר את ההסתלקות ובאילו תנאים, כי למעשה משתחרר בכך הנתבע מאותה תביעה לעולמי עד. במילים אחרות, מאחר שמעשית, הסבירות להגשת תביעה זהה חדשה היא כה נמוכה, כפי שמלמד אותנו ניסיון החיים, הרי ששומה על בית המשפט לשקול אם ההסתלקות אכן נעשית בתביעה שאין בה סיכויי הצלחה של ממש. אם בית המשפט סבור אחרת, קרי כי מדובר בתביעה טובה וראויה, בעלת סיכויי הצלחה סבירים לכל הפחות, ראוי שלא יתיר הסתלקות, אלא בתנאי מקדים שיעשה פרסום במטרה לאתר תובע ייצוגי חלופי. לחלופין, יש מקום כי ינסה לשכנע את התובע שלא להסתלק, לאחר שיברר מהם מניעי ההסתלקות לאשורם. ייתכן בהחלט שתובע השוקל הסתלקות ישנה את דעתו אם יקבל עידוד לכך מבית המשפט.

למעשה, בדיקת בתי המשפט בהסדרי ההסתלקות המוגשים להם מתמקדת במידת הגינותו של הסדר ההסתלקות כלפי יתר חברי הקבוצה. המטרה העיקרית העומדת לנגד בית המשפט היא לוודא שזכויות הקבוצה נשמרו וכי לא ניתנה, אגב ההסתלקות, תמורה החורגת ממתחם הסבירות ומקו הגבול המבדיל בין פיצוי צנוע בגין ההסתלקות ובין גמול נדיב בגין הסדר פשרה פרטי, המכוון רק לטובת התובע המסתלק.<sup>40</sup>

אנו ממליצים לשנות במקצת את הבדיקה, כך שתתמקד גם בשאלת טיבה של התובענה הייצוגית כפי שהוגשה: אם מדובר בתביעה טובה וראויה, יש מקום שבית המשפט ינקוט את האמצעים העומדים לרשותו על מנת שיעשה ניסיון לאתר תובע חלופי בטרם יורה על הסתלקות. זאת, בעיקר באמצעות פרסום מודעה בעיתונות בדבר ההסתלקות והזמנה לתובע חלופי לבוא ולתפוס את מקום המסתלק. שאם לא כן, ימצאו חברי הקבוצה נפסדים, שכן הסבירות שיימצא תובע חלופי, אשר יבוא ביזמתו להחליף את התובע המסתלק מבלי שנעשה פרסום בדבר ההסתלקות, היא אפסית. הדרך הטובה ביותר לאתר תובע חלופי היא, אכן, פרסום דבר ההסתלקות בעיתונות היומית ובאינטרנט והזמנת תובע חלופי להיכנס לנעלי התובע המסתלק.<sup>41</sup>

## 4. סוגים של הסדרי הסתלקות

### 4.1 כללי

- ניתן לאפיין את הסדרי ההסתלקות הנפוצים בשלושה סוגים עיקריים –
1. הסתלקות לאחר שהתובע השתכנע שאין בידיו עילת תביעה טובה
  2. הסתלקות לאחר שהנתבע תיקן את העוולה, מושא התובענה

<sup>40</sup> שם, בעמ' 7394.

<sup>41</sup> בהקשר זה ראוי להעיר שטוב היה עושה המחוקק אילו היה מוסיף חובת פרסום לא רק בעיתונות המודפסת היומית אלא גם באתרי אינטרנט נפוצים.

3. הסתלקות לאחר שהתובע איבד עניין בתביעה, חשש מהוצאות או שלא היה מעוניין להמשיך בתביעה מסיבות אישיות או כספיות

#### 4.2 הסוג הראשון: הסתלקות לאחר שהתובע השתכנע שאין בידיו עילת תביעה טובה

במרבית המקרים באה ההסתלקות לאחר שהתובע הייצוגי הפנים כי אין בידיו עילת תביעה טובה דיה.<sup>42</sup> לעתים הדבר נובע מכך שהבין כי חשדותיו שהנתבע ביצע את העוולה היו בלתי-מבוססים. לעתים הפנים, באיחור, שאף אם יש צדק בחשדותיו ובטענותיו, אין בידיו די ראיות על מנת להצליח בתביעתו. בנוסף, לא אחת מגיע התובע למסקנה זו לאור הערות בית המשפט או אף בהמלצתו.<sup>43</sup> במקרים אחרים נעוצה ההסתלקות בסיבות פרוזאיות יותר, כגון ההבנה כי הנזק לקבוצה הוא קטן למדי או שקבוצת הניזוקים עצמה קטנה למדי, באופן שלא יבטיח לתובע ולבא כוחו את "ליטרת הברז" המצדיקה את המאבק המשפטי הממושך והמייגע.

יצוין כי לעתים מתגלות מחלוקות בין התובע לפרקליטו באשר לסיכויי ההצלחה של התביעה, ומתגלים פערים בין רצונו של אחד מהם להמשיך בניהול ובין רצונו של האחר לפרוש.<sup>44</sup>

פעמים רבות נובע השינוי בתפיסת התובע ובא כוחו את התביעה שהגישו, מנתונים שחושף בפניהם הנתבע עצמו, לרבות במסגרת תשובתו לבקשת האישור.<sup>45</sup> עם זאת, לא אחת מוגשות בקשות הסתלקות עוד בטרם נדרשו הנתבעים להגיש תגובה לבקשת האישור.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> ראו למשל ת"צ (מרכז) 12275-09-08 לנואל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (טרם פורסם, 26.01.2009); ת"צ (ת"א) 26197-08-10 ליפשיץ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (טרם פורסם, 14.04.2011); ת"צ (ת"א) 16342-04-10 מסורי נגד בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (טרם פורסם, 9.11.2011); פרשת שמיר, לעיל ה"ש 38; ת"צ (ת"א) 28303-05-11 לוכסנבורג נ' קרל ברג רשתות בע"מ (טרם פורסם, 29.11.2011); ת"צ (ת"א) קושמרו נ' סלטי שמיר 2006 בע"מ (טרם פורסם, 30.11.2009); ת"צ (מחוזי ת"א) 55607-05-11 ספיר נגד קרל ברג רשתות בע"מ, תק-מח 41(4) 8550 (2011); פרשת אדרי, לעיל ה"ש 38, שם מתח בית המשפט ביקורת חריפה על הגשתה של התביעה הבלתי-מבוססת.

<sup>43</sup> ת"מ (חי') 52485-07-10 אביאור נ' עיריית חיפה (טרם פורסם, 19.7.2011).

<sup>44</sup> ת"צ (שלום ת"א) 21918-11-09 ששון נ' החברה המרכזית לשירותי בורסה (נ.ע.) בע"מ, תק-מח 11(1) 126613 (טרם פורסם, 23.2.2011).

<sup>45</sup> ראו למשל ת"צ (מרכז) 12632-11-09 עבד אל סלאם נ' ישראלכרט בע"מ (טרם פורסם, 8.2.2010); בש"א (מחוזי יר') 6909/09 ויסברג נ' הלמן-אלדובי קופות גמל בע"מ, תק-מח 09(4) 10533 (2009).

<sup>46</sup> ראו למשל ת"צ (חי') 14005-04-11 נסאר נ' החשמל הסיטונאי (מקבוצת אבי סופר) בע"מ (טרם פורסם, 30.08.2011).

בעניין זה ראוי להבחין בין שני מקרים טיפוסיים: הסוג האחד, מקרה שבו התובע יכול היה להשיג בעצמו את הנתונים החדשים, אילו טרח ולמד כהלכה את הנושא בטרם הגיש את התביעה, או לחלופין אם היה פונה לנתבע בטרם ההגשה על מנת לקבל את התייחסותו.

הסוג האחר הוא זה שבו התובע הייצוגי לא יכול היה לגלות בעצמו, בשקידה סבירה, נתונים שהתגלו לו מאוחר יותר על ידי הנתבע, ואשר שמטו כליל את עילת התביעה או הקטינו משמעותית את הנזק שנגרם לקבוצה או הקטינו את הקבוצה עצמה.

באשר לסוג הראשון ייאמר כי פנייה מקדימה היא לעתים מחכימה בהחלט ויכולה לעתים לייתר את הגשת התובענה הייצוגית.<sup>47</sup> סוג דומה, אך שונה במקצת, של נסיגה, מתרחש כאשר מתגלים לתובע הייצוגי, על ידי הנתבע, נתונים המלמדים אותו על אודות עובדות ונתונים שלא היו ידועים לו קודם לכן, ואולי אף לא יכול היה לגלות בשקידה סבירה, למשל, כי קבוצת התובעים הפוטנציאלית היא קטנה מהערכתו המקורית של התובע או קטנה מדי באופן שאינו מצדיק את ניהול התובענה כייצוגית.<sup>48</sup>

סוגיית גילוי עובדות חדשות ביזמת הנתבע, אשר התובע יכול היה להשיג בעצמו קודם הגשת התובענה הייצוגית, היא רלוונטית בוודאי בהקשר של פסיקת שכר הטרחה והגמול שלהם יהיו זכאים התובע המסתלק ובא כוחו. לדוגמה, בפרשת בן **בשט** נטען כי הנתבעת סימנה את מוצריה בסימון מסוים המעיד על תנאי ייצור נאותים, אף שבתקופה מסוימת כבר לא היה לה היתר לעשות שימוש בסימן זה. אלא שלאחר הגשת התביעה התחוויר לתובע, מתשובת הנתבעת לבקשת האישור, כי היה לה אישור במשך כשנתיים עד אשר פקע ההיתר. לאחר עיכוב מסוים אכן ניתן מחדש ההיתר לשימוש באותו סימן מיוחד. הובהר כי העיכוב נבע מסיבות טכניות בלבד, וממילא לא נגרם כל נזק לאיש.<sup>49</sup> במקרה זה קיבלה השופטת רות רונו, בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, את בקשת ההסתלקות מאחר שהשתכנעה כי סיכויי התביעה נמוכים. אף שלא ראתה בתובענה הייצוגית תביעת סרק, היא ביקרה את העובדה שהתובע לא פנה לנתבעת בטרם הגשת התביעה, שאז הייתה מתיירת הגשתה.<sup>50</sup> גם בפרשת דהן החליט התובע להסתלק לאחר שהתברר לו שתביעתו חלשה, וכך

<sup>47</sup> חשוב להדגיש כי אין חובה על פי הדין לפנות לנתבע טרם הגשת התובענה הייצוגית. ועם זאת, לעתים פנייה מקדימה כזו הייתה יכולה לייתר את התביעה. ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 2140-08 **טילמן נ' בזק בינלאומי בע"מ**, תק-מח 310 (3) 1176 (2010); וכן ת"צ (ת"א) 29143-05-10 **בן בשט נ' גילרו בע"מ** (טרם פורסם, 17.02.2011). לדיון בנושא זה ראו גם סעיף 5.3 למאמר.

<sup>48</sup> פרשת **פלג**, לעיל ה"ש 27.

<sup>49</sup> פרשת **בן בשט**, לעיל ה"ש 47.

<sup>50</sup> שם, בעמ' 4.

גם סבר בית המשפט עצמו.<sup>51</sup>

מנגד, בפרשת פרנג'י כיבד בית המשפט את בקשת ההסתלקות אף שקבע כי מדובר בתביעה ייצוגית ראויה ובעלת חשיבות ציבורית, שהוגשה בתום לב והושקעה בה עבודה רבה. עם זאת, בירכה השופטת קרת-מאיר על החלטת התובע הייצוגי להסתלק מתביעתו, לאחר שהוא השתכנע כי סיכוייו להצליח בתביעה קלושים.<sup>52</sup> במקרה דומה, שבו נסוג התובע הייצוגי מתביעתו בשלב מוקדם ולאחר שמצא שתביעתו אינה מבוססת כדבעי, ביקר בית המשפט את הפער הגדול והבלתי-מוסבר בין הסכומים שנטענו בבקשת האישור לבין אלו שצוינו בבקשת ההסתלקות.<sup>53</sup> מקרה אחר שבו ביקר בית המשפט תובענה ייצוגית בלתי-מבוססת, שהוגשה מבלי שהתובע טרח לבדוק היטב את העובדות, היה בפרשת טילמן. באותו מקרה אישר אמנם בית המשפט את בקשת ההסתלקות, אך דחה את בקשת המסתלק ובאי כוחו לתשלום גמול ושכר טרחה.<sup>54</sup> ראוי להעיר כי השופט ד"ר עמירם בנימיני, מבית המשפט המחוזי בת"א, ציין שם כי אף שברגיל אין הכרח לפנות לנתבע לפני הגשת תובענה ייצוגית ואין הדבר מהווה תנאי להגשה, הרי שכאשר פנייה מקדימה כזו הייתה מייתרת את התביעה וכאשר התובע לא ביצע את מלאכת הבדיקה העובדתית הנדרשת, אזי יש מקום לשלול מהתובע גמול ושכר טרחה מבא כוחו. יש לציין כי באותו מקרה ציין השופט כי גם לאחר שהתגלו לתובע ולבאי כוחו העובדות הנכונות, במסגרת תשובת הנתבעת, הם סירבו לסגת מהתביעה אלא בכפוף לתשלום שכר טרחה וגמול. גישה דומה הוצגה בפרשת ספיר. שם נפסק על ידי בית המשפט המחוזי בתל-

<sup>51</sup> בש"א (ת"א) 1207-08 דהן נ' הראל חברה לבטוח בע"מ, פס" 17 לפסק-הדין (טרם פורסם, 18.7.2010). השופט אליהו בכר, בבית המשפט המחוזי בת"א, ציין בהחלטתו, שבה אישר את בקשת ההסתלקות, כי אינו סבור שהתביעה הייצוגית הייתה מתקבלת בסופו של דבר. ראו באופן דומה: ת"א (מחוזי ת"א) 1161-09 דיין לוי סינייה נ' רכבת ישראל בע"מ, תק-מח 11(2) 935 (2011); ת"צ (מרכז) 155-08-08 שברצטוף נ' חברת דואר ישראל בע"מ, (טרם פורסם, 15.11.2009); ת"צ (מחוזי מר') 9232-09-09 קידר נ' פסגות קופות גמל בע"מ, תק-מח 10(2) 6923 (2010); ת"צ (מרכז) 2359-12-09 ביטון נ' משק משפחת ג'השאן בע"מ (טרם פורסם, 17.4.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 19853-10-10 ארמוזה נ' שמן תעשיות בע"מ, תק-מח 11(2) 14774 (2011); ת"צ (מרכז) 13707-03-11 קידן נ' מאפיית שלמה א. אנג'ל בע"מ (טרם פורסם, 19.6.2011); פרשת גורן, לעיל ה"ש 31; ת"צ (מחוזי מר') 8048-10-08 פלד נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 1(10) 7677 (2010); ת"א (מחוזי ת"א) 1089-09 שרעבי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, תק-מח 10(2) 1413 (2010); ת"צ (מחוזי מר') 13511-07-10 מור מוסלי נ' טלקום בע"מ, תק-מח 11(4) 1909 (2011).

<sup>52</sup> פרשת פרנג'י, לעיל ה"ש 21. ראו באופן דומה ת"צ (מחוזי מר') 5722-08-07 שאול הזנפלד נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 08(4) 16289 (2008). כן ראו ת"צ (מרכז) 1075-06-08 מילר נ' ברק אי.טי.סי (1995) – החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (2008); פרשת לנדאו, לעיל ה"ש 27.

<sup>53</sup> פרשת גולדנברג, לעיל ה"ש 30.

<sup>54</sup> פרשת טילמן, לעיל ה"ש 47.

אביב כי אין כל חובה לפנות בפנייה מקדימה לנתבע, וכי היעדר פנייה לא תיחשב כחוסר תום לב.<sup>55</sup>

גישה שונה בתכלית הביע בית הדין הארצי לעבודה, אשר קבע כי דווקא חלה חובה על התובע הייצוגי להקדים ולפנות לנתבע טרם הגשת התביעה. ואולם, כאמור, מדובר בפסיקה נדירה יחסית שבה הובעה דעה זו.<sup>56</sup>

לעתים גילוי (מאוחר) של העובדה הבסיסית שלא רק שאין לתובע עילת תביעה אישית נגד הנתבע, אלא יותר מכך – הוא אינו יכול להגיש תביעה ייצוגית כלל, עלול להוביל לכך שתובע שביקש לאשר הסכם פשרה, ייאלץ לסגת מהתביעה ולעתור רק לאישור הסתלקות. זה המקרה שאירע בפרשת אפרתי, ששם רק לאחר שנתקבלה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהתנגד בתקיפות להסכם הפשרה, התחוור לתובע הייצוגי כי לא רק שאין לו עילת תביעה, אלא יתרה מכך – מושא התביעה כלל אינו נכלל במסגרת המקרים המנויים בתוספת השנייה לחוק. משמע, כלל לא ניתן להגיש תביעה ייצוגית באותו עניין.<sup>57</sup>

לא אחת נובעת ההסתלקות מהתפתחות משפטית כגון תיקוני חקיקה או פסיקה רלוונטית, אשר מציבים ספק ממשי באשר ליכולת התביעה להצליח.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> ת"צ (מחוזי ת"א) 10-07-38194 ספיר נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 11(3) 13380 (טרם פורסם, 15.9.2011).

<sup>56</sup> ע"ע (ארצי) 10-07-12842 אייל נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ, תק-אר 11(2) 167 (2011). כפי שצוין לעיל, הדעה הרווחת בפסיקה היא כי לא נדרשת פנייה מוקדמת, והדעה שהובעה על ידי בית הדין לעבודה חריגה. ראו למשל: ת"צ (ת"א) 11-04-34513 בן צבי דניאל נ' עיריית רמת גן, פס' 34 (טרם פורסם, 13.12.2011), שם קבעה השופטת סוקולוב כי "הלכה פסוקה היא כי כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות 'פניה מוקדמת' לרשות איננה תנאי מתלה להגשת התובענה". ראו גם ת"א (ת"א) 115/09 גבאי נ' עיריית ראשון לציון, פס' 2(ד) (טרם פורסם, 28.12.2009). בנוסף, יצוין כי בת"צ (תא) 1065/05 שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פס' 69 (טרם פורסם, 14.02.2008) פסק השופט בנימיני "אכן, בתי המשפט פסקו לא אחת כי העדר פניה לנתבע טרם הגשת התביעה עלולה להשליך על שאלת תום הלב. עם זאת, הודגש באותם פסקי דין כי אין כל חובה למצות את ההליך טרם הגשת התובענה הייצוגית". באופן דומה ראו ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, תק-על 08(4) 2450, פס' 9 (2008), שם נקבע כי "אשר לתום-הלב, לא מצאנו כי העובדה שהמערערים לא הקדימו פנייה רצינית לבנק עובר להגשת בקשתם מצדיקה את הקביעה שלא נהגו בתום-לב. לנוכח תכליתיה של התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספו־שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה".

<sup>57</sup> פרשת אפרתי, לעיל ה"ש 13.

<sup>58</sup> ת"א (מחוזי יר') 07-9413 עמדי נגד בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, תק-מח 11(4) 4854 (2011).



### 4.3 הסוג השני: הסתלקות לאחר שהנתבע תיקן את דרכיו או פיצה את הנפגעים

במקרים מסוימים, חריגים למדי, נובעת ההסתלקות מתיקון העוולה על ידי הנתבע, באופן שלאחר התיקון מתיירת התובענה הייצוגית. כך, למשל, בפרשת הר-עוז באה בקשת ההסתלקות לאחר שהנתבעת הודתה בטעויות בחישוב הפרשי הצמדה בנוגע לפוליסות ביטוח בריאות ותיקנה את דרכיה.<sup>59</sup> באופן דומה, בפרשת סלים נסאר הודתה הנתבעת כי אכן נפלה טעות בכיתוב על אחד ממוצריה, כפי שנטען בתובענה הייצוגית. הנתבעת תיקנה את דרכיה ובנסיבות אלו סברו הצדדים כי אין מקום להמשיך ולנהל את התובענה הייצוגית, באשר לא הוכח שנגרם כלל נזק והיה קושי לדעתם להגדיר את הקבוצה.<sup>60</sup>

מקרה נוסף שבו תיקנה הנתבעת, במידה מסוימת, את דרכיה בעקבות התובענה הייצוגית הוא פרשת יוסביץ, ובשל כך הסתלק התובע מתביעתו. בנוסף, ככל הנראה התרשם התובע שתביעתו אינה טובה דיה לאור העובדה שהנתבעת פעלה בהתאם להסכם שנחתם עם לקוחותיה.<sup>61</sup> אף על פי כן נאותה הנתבעת, חברת yes, לפרסם הודעה ללקוחותיה המעדכנת אותם בנושא. השופטת מיכל נד"ב בבית המשפט המחוזי מרכז סברה שההודעות שמסרה הנתבעת הן פעולות שיש בהן להיטיב עם כלל חברי הקבוצה בדרך ראויה וחשובה.<sup>62</sup>

מקרה אחר שבו הודתה הנתבעת כי פעלה שלא כדין ואף פיצתה את הלקוחות שנפגעו, הוא בתובענה הייצוגית שהוגשה נגד חברה המפעילה שירותי תשלום עבור חניה בערים שונות.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> ת"צ (מחוזי מר') 24356-04-10 הר-עוז נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 10(4) 23029 (2010).

<sup>60</sup> ת"צ (מחוזי חי') 27400-12-09 נסאר נ' שטראוס גרופ בע"מ, תק-מח 10(2) 22928 (2010). יצוין כי הטעות נגעה לכיתוב בערבית על מוצר אקטימל, מתוצרת שטראוס, בתקופת זמן מוגבלת בלבד. בנסיבות אלו מקרה לוותה ההסתלקות בפסיקה גבוהה יחסית של גמול ושכר טרחה. ראו הרחבה בסעיף 5.8 למאמר. במקרים נוספים של תיקון מסוים בדרכי פעילות הנתבעת ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 1045-08-10 ציוני נגד פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 11(4) 1478 (2011); ת"צ (תא) 44254-05-10 שרייר נ' בנק אוצר החייל בע"מ (טרם פורסם, 28.11.2011).

<sup>61</sup> ת"צ (מרכז) 25204-02-10 יוסביץ נ' די.בי.אס שרותי לוויין בע"מ (טרם פורסם, 1.12.2010). בתביעה נטען כי הנתבעת אינה מעדכנת את לקוחותיה בעלי הממיר yes max כי לא יוכלו לצפות בתכנית שהוקלטה אם הערוץ שממנו הוקלטה התכנית אינו כלול בלוח הערוצים של אותו מנוי. הנתבעת הראתה כי פעולותיה תואמות את המסמכים שנמסרו ללקוחות, ועם זאת היא הסכימה לפרסם הודעת הבהרה למנוייה בנושא זה.

<sup>62</sup> שם, פס' 6. ראו באופן דומה פרשת גולדשטיין, לעיל ה"ש 12.

<sup>63</sup> ת"צ (מחוזי מר') 11905-07-10 ינאי נ' סלופארק טכנולוגיות בע"מ, תק-מח 11(1) 10192 (2011). באותו מקרה הודתה הנתבעת כי בתקופה מסוימת היא לא יכלה לספק שירותי חנייה בבני ברק, והודיעה לבית המשפט כי פיצתה 56 מנויים שפנו אליה בדרישה להחזר כספים לאור

מקרה נוסף שבו תוקנו דרכי הנתבעת באופן מסוים היה במבצע לשיחות חיוג לחו"ל, אשר בנוגע אליו נטען כי שמו מטעה.<sup>64</sup>

#### 4.4 הסוג השלישי: הסתלקות לאחר שהתובע איבד עניין בתביעה, חשש מהוצאות, או שלא היה מעוניין להמשיך בתביעה מסיבות אישיות או כספיות

אחד הגורמים המרכזיים המביאים תובע ייצוגי להסתלק מתובענה ייצוגית שהגיש הוא סיבות אישיות או כספיות, שלא תמיד מובאות במלואן לידיעת בית המשפט. פעמים רבות, במהלך החודשים והשנים של ניהול התביעה הייצוגית התובע הייצוגי מאבד את העניין בה. התביעה מתכננת, מנוהלת ומבוצעת רובה ככולה על ידי עורך הדין, והתובע הייצוגי נותר שותף זוטר ופסיבי. הוא לא נדרש להשקיע זמן, ולרוב אף לא כסף רב, לשם ניהול התביעה. אך מנגד, במרבית המקרים אין הוא שותף מלא לקבלת ההחלטות בתיק, אין הוא מיודע תמיד למהלכים הטקטיים בניהול התביעה ומידת מעורבותו תלויה במידה מכרעת בו בעצמו: ירצה יהיה מעורב, לא ירצה לא יהיה מעורב. עם זאת, הדבר תלוי כמובן גם בטיב ההיכרות והקשר בינו לבין עורך דינו.

בנסיבות אלו קורה לא אחת שהתובע הייצוגי מאבד במרוצת הזמן את ההתלהבות שחש בתחילת הדרך.

זאת ועוד, ידיעות בדבר הוצאות משפט שבהן חויבו תובעים ייצוגיים שהפסידו, המתפרסמות מעת לעת בעיתונות, אף הן אינן תורמות למוטיבציה הפוחתת. לעתים מתווספים גם לחצים משפחתיים להימנע מהסיכון הכרוך בהמשך ניהול התביעה. במיוחד נכון הדבר בתביעות צרכניות, שבהן הנזק האישי שממנו סבל התובע הייצוגי

העובדה שנקנסו על ידי עיריית בני ברק. יצוין כי נוסף על פיצוי אותם 56 לקוחות שפנו אליה, תרמה הנתבעת סך של 3,600 ש"ח לעמותה בתחום הזהירות בדרכים. תיקון מסוים וחלקי מצד נתבעת נעשה גם בפרשת **שרשבסקי**, לעיל ה"ש 28, שם פרסמה הנתבעת הודעה בכתב לכלל מנוייה המבהירה להם את עלות דמי המנוי ואת השירותים שלהם הם זכאים.

<sup>64</sup> פרשת **עזורי**, לעיל ה"ש 35. הטענה בתובענה הייצוגית הייתה כי מבצע "28 מדינות ב" 17 אגורות" שיזמה חברת 013 נטויז'ן, הטעה את ציבור הלקוחות, שכן לאחר שנה חייבה החברה את לקוחותיה בתעריף גבוה יותר מ"17 אג' (25 אג')", אף ששם המבצע לא השתנה. החברה טענה להגנתה כי התעריף המעודכן והגבוה צוין בחשבוניות שנשלחו ללקוחות, ועל כן לא הייתה הטעיה. אף על פי כן היא הסכימה לשנות את שם המבצע. למקרה נוסף של תיקון מצב נוהג על ידי הנתבעת לאחר שהוגשה תובענה ייצוגית, ראו: בש"א (י"ם) 4303/07 **קורינאלדי נ' בזק** – החברה הישראלית לתקשורת (טרם פורסם, 5.3.2008). למקרה נוסף של פיצוי ללקוחות בסך של 200,000 ש"ח, ללא הודאה בטעות, מצד חברת פרטנר, ראו בש"א (מחוזי יר') 7001/07 **אטיאס נ' חברת פרטנר בע"מ**, תק"מ (3) 709 (2008). ראו גם בש"א (י"ם) 1507/08 **פריד נ' חברת מגדניות נאמן (1987) בע"מ** (טרם פורסם, 7.10.2008); פרשת **קושמרו**, לעיל ה"ש 42.

קטן יחסית, באופן שאינו מצדיק את נטילת הסיכון של חיוב בהוצאות משפט אם תירחה בקשת האישור.<sup>65</sup>

במקרים רבים אין התובע הייצוגי מעוניין לחשוף לעיני כול את איבוד העניין או את החשש הטבעי שלו מהסיכון הגלום בתובענה הייצוגית, ומעדיף לעטוף את בקשת ההסתלקות באמירות סתמיות ובלתי-מחייבות על אודות הבנתו כי "סיכויי התביעה חלשים" או ביטויים ברוח דומה. אחד המקרים שבהם דווקא בחר התובע הייצוגי לחשוף את נימוקיו היה בפרשת **מקסימוב**. התובע נימק את בקשת ההסתלקות בשינוי נסיבותיו האישיות, באופן שהקשה עליו להמשיך ולנהל את התביעה ולממנה, וגם בכך שפנייתו לרשות ניירות הערך לקבלת סיוע במימון התביעה (לשם הגשת חוות דעת מומחה שנדרשה בתיק) סורבה.<sup>66</sup>

ואולם, כאמור, במקרים רבים הסיבות האמיתיות לא מובאות לידיעת בית המשפט, והוא מצדו לא תמיד מתאמץ לברר את הסיבות האמיתיות לנסיגה. אנו סבורים כי במקרים מסוימים ראוי שבית המשפט ינסה לברר היטב את הסיבות האמיתיות להסתלקות, שכן אז יתברר לו כי, לא אחת, לא חולשת התביעה היא שהביאה לבקשת ההסתלקות, אלא דווקא טעמים אישיים או כספיים. עובדה זו רלוונטית כמובן לשאלה אם יש לנסות לפעול לאיתור תובע ייצוגי חלופי.

## 5. שיקולים בפסיקת גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות

### 5.1 כללי

פסיקת גמול ושכר טרחה לתובע הייצוגי, המבקש להסתלק, ולבא כוחו היא ללא ספק הנושא מעורר המחלוקת ביותר בכל סוגיית ההסתלקות. במרבית המקרים מאושרת בקשת ההסתלקות עצמה ללא קושי, והנושא שלו מוקדש חלק ניכר מההכרעות השיפוטיות בנושא זה הוא: האם יש לפסוק גמול ושכר טרחה במסגרת ההסתלקות, ואם כן – כמה.<sup>67</sup> נובע מכך דיון נפוץ בשאלה אם יש לכבד את הסכמות הצדדים,

<sup>65</sup> בש"א (ת"א) 6060/09 יחזקאל נ' ביטחון שירותים אבידר בע"מ (טרם פורסם, 22.10.2009), שם הודיע התובע הייצוגי כי הוא מסתלק מהתביעה הייצוגית, לאחר שמעסיקו, שאותו תבע באותה תביעה, הודיע לו במכתב ששלח אליו כי הוא יעמוד על כך שהתובע יחויב בהוצאות משפט בסך "עשרות אלפי ש"ח, או אף יותר". התובע התלונן בפני בית הדין לעבודה כי מדובר במכתב איום, אך בית הדין לעבודה דחה טענה זו ואישר את ההסתלקות, מבלי שלכאורה (למקרא ההחלטה) התקיים דיון בשאלה אם יש בידי התובע הייצוגי תביעה ייצוגית טובה וראויה.

<sup>66</sup> פרשת **מקסימוב**, לעיל ה"ש 30, פס' 6 לפסק הדין. יצוין כי בפרשה זו יוצג התובע הייצוגי על ידי המחבר.

<sup>67</sup> יצוין כי לעתים קרובות המינוחים בנושא זה מעורבים ואינם מדויקים. כך, למשל, בפסקי דין רבים בנושא נוקטים בתי המשפט לשון "החזר הוצאות" בהקשר של תשלום גמול או שכר טרחה או שניהם כאחד, ולא ברור אם הסכום כולו אמור להיות משולם לתובע המסתלק או שמא חלקו

במקרים שבהם הן מוגשות לבית המשפט, בנושא הגמול ושכר הטרחה, או שמא יש מקום להתערבות בית המשפט באופן שיגרע מהסכומים המומלצים והמוסכמים. בהתאם להוראות סעיף 16 לחוק, אין המסתלק ובא כוחו רשאים להתנות את ההסתלקות בתשלום גמול או שכר טרחה, בסכום כלשהו. שיקול הדעת בעניין זה מסור במלואו לבית המשפט, אשר רשאי לאשר את ההסתלקות ועם זאת לשלול כליל (או לאשר חלקית בלבד) את הסכום המבוקש בגין גמול ושכר טרחה. השופטת רות רונן בבית המשפט המחוזי בתל אביב דנה בנושא הביקורת השיפוטית על הסדרי הסתלקות –

"אולם, לטעמי, כאשר מבקש תובע מייצג להסתלק מהתביעה, בטרם החל הדיון בה, לאור הערכתו כי לתביעה אין סיכוי גדול להתקבל, או כי הסיכון בניהול ההליך הוא גדול מדי, וכאשר ההסתלקות היא ללא תמורה, אני סבורה כי ככלל על בית המשפט לאשר את ההסתלקות, ואין מקום במקרה כזה כי בית המשפט יורה על מינוי תובע ובא כוח חלופיים.

הדברים מורכבים יותר כאשר התובע ובא כוחו מקבלים תשלום מהנתבע במסגרת ההסכמה על ההסתלקות, וכן במקרה בו מסודרים בין הצדדים עניינים נוספים ביחס לתביעה וביחס לפיצוי הקבוצה. במקרה כזה על בית המשפט לבחון את הבקשה, ולברר מספר עניינים. על בית המשפט לבחון את סיכויי התביעה, ואת הסיכוי כי חברים אחרים בקבוצה יגישו תביעות אישיות או בקשות נוספות לאישור התביעה כייצוגית".<sup>68</sup>

מבדיקה שנערכה במסגרת הכנת מאמר זה עולה כי בכ-50% מהמקרים שבהם הוגשו בקשות הסתלקות, כלל לא נתבקש גמול או שכר טרחה (ואף לא "החזר הוצאות"). ב-45% מהמקרים נתבקש בית המשפט לאשר סכומים מוסכמים בגין גמול ושכר טרחה, ואילו ב-5% מהמקרים לא נקבו הצדדים בסכומי הגמול ושכר הטרחה, והותירו את הנושא לשיקול דעת בית המשפט.<sup>69</sup> בכ-67% מהמקרים שבהם נדרשו גמול ושכר טרחה, אכן אישר בית המשפט את הסכמות הצדדים באשר לסכומי הגמול ושכר

---

אמור להיות משולם כשכר טרחה לבא כוחו (ככל הנראה משום שגם בקשת ההסתלקות נקטה לשון דומה). יובהר כי למען הנוחות, בכל המקרים שבהם מדובר במאמר זה, ב"גמול ושכר טרחה" הכוונה גם ל"החזר הוצאות".

<sup>68</sup> פרשת **גולדשטיין**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7393.

<sup>69</sup> יצוין כי נכון לכתיבת שורות אלו, בחודש מרץ 2012, נבדקו 177 פסקי דין שבהם נדונו בקשות הסתלקות.

הטרחה שישולמו;

ואילו ב-33% מהמקרים שבהם נתבקש גמול או שכר טרחה, מצא בית המשפט לנכון להתערב בהסכמות ולהפחית את הסכומים שנתבקשו בגין גמול או שכר טרחה. ראוי להעיר כי הפסיקה בנושא גמול ושכר טרחה בהסתלקות מתאפיינת בחוסר אחידות בולט ובעייתי. ייתכן שהדבר נובע מכך שרק בשלוש השנים האחרונות (שנים 2009–2011) החלו להיות מוגשות בקשות רבות להסתלקות מתביעות ייצוגיות. עובדה הנובעת, ככל הנראה, מכך שהחוק נחקק רק בשנת 2006. ייתכן בהחלט שהזמן יעשה את שלו בהקשר זה, וכי ייווצרו אמות מידה ברורות שטרם הותוו בפסיקה. כיום עדיין קשה למצוא הדרכה אחידה וברורה בפסיקת בתי המשפט מתי ייפסקו גמול ושכר טרחה במסגרת הסתלקות, ויותר מכך – אין אמות מידה ברורות באשר לסכומים הנפסקים.

במרבית המקרים מקבל בית המשפט את המלצת הצדדים באשר לפסיקת גמול ושכר טרחה אגב הסתלקות, ולרוב מדובר במקרים שבהם מבוקשים סכומים נמוכים, יחסית, הנאמדים בכ-20,000–50,000 ש"ח (גמול ושכר טרחה).<sup>70</sup>

עם זאת, מעניין לציין כי לא אחת מאשרים בתי המשפט את הסכומים המבוקשים לגמול ושכר טרחה, אף שמלשון פסק הדין ניכר שדעת המותב אינה נוחה מעצם העתירה לפסוק גמול ושכר טרחה או מהסכום המבוקש, ואף על פי כן לעתים הם מאשרים את ההמלצה כלשונה.<sup>71</sup>

במקרים אחרים התקבלו עתירות לסכומים גבוהים, העולים על 150,000 ש"ח, בגין גמול ושכר טרחה בלא כל הנמקה מיוחדת.<sup>72</sup> מנגד, בקשות הסתלקות רבות מוגשות מבלי שיש בצדן עתירה לפסיקת סכום

<sup>70</sup> ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 31994-01-11 מריאנצ'יק נ' מכשירי תנועה ומכוניות (2004) בע"מ, תק-מח (311) 281 (2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 12380-11-10 טונק נ' אלון החזקות ברבע הכחול ישראל בע"מ, תק-מח (211) 28747 (2011); ת"צ (י"ם) 30728-11-10 שרשבסקי נ' סלקום ישראל בע"מ (טרם פורסם, 22.6.2011); ת"צ (שלום ר"ל) 20283-01-11 שפירא נ' כל בו חצי חינוך בע"מ, תק-של (211) 166538 (2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 14480-02-11 בן-בסט נ' קנדיס – ייבוא ושיווק ממתקים (2008) בע"מ, תק-מח (411) 11898 (2011); ת"צ (ת"א) 8645-08-10 איתי בר-נוי נ' סופר-פארם (ישראל) בע"מ (טרם פורסם, 12.12.2011).

<sup>71</sup> פרשת נסאר, לעיל ה"ש 60; ת"צ (חי') 1064-07 אלעד נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (טרם פורסם, 23.2.2009), שם אושר שכר טרחה בסך 80,000 ש"ח בצירוף מע"מ; בש"א (מחוזי ת"א) 20302/07 ברוט י. מאיר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-מח (108) 11215 (2008), שם נפסקו 140,000 ש"ח לכיסוי הוצאות התובע.

<sup>72</sup> פרשת ברוט, לעיל ה"ש 71; פרשת פרנג'י, לעיל ה"ש 21; ראו גם ת"א (תא) 1881/07 לביא נ' טמפו משקאות בע"מ (טרם פורסם, 18.02.2009) שם נתבקש שכר טרחה בסך 300,000 ₪. יצוין כי מפסק הדין לא ברור אם שכר הטרחה אושר כמבוקש או שנפסקו רק 100,000 ש"ח. להרחבה בנושא שכר טרחה חריג ראו סעיף 5.8 למאמר.

כלשהו, לא בגין גמול, לא בגין שכר טרחה ולא בגין החזר הוצאות.<sup>73</sup>

## 5.2 שיקולים בקביעת גמול ושכר טרחה בהסתלקות

סעיף 22(ב) לחוק קובע שיקולים אשר ישמשו את בית המשפט בקביעת הגמול לתובע הייצוגי, והם: (1) הטרחה שטרחה התובע; (2) מידת הסיכון שנטל על עצמו; (3) התועלת שהביאה התביעה הייצוגית לחברי הקבוצה; (4) מידת החשיבות הציבורית של התביעה הייצוגית.

סעיף 22(ג) לחוק מקנה לבית המשפט סמכות לפסוק גמול לתובע הייצוגי, אף אם לא אושרה התביעה כייצוגית או לא התקבלה התובענה הייצוגית (לאחר שאושרה), ובעניין זה ישקול את השיקולים האמורים בסעיף 22(ב), שנזכרו לעיל.

הסמכה חוקית זו חשובה באשר היא מאפשרת פסיקת גמול ולא רק החזר הוצאות לתובע הייצוגי, וניתן להניח כי גמול הוא סכום העולה על החזר ההוצאות גרידא.

במקביל להוראת סעיף 22, הדנה בנושא הגמול, מציב סעיף 23 לחוק שיקולים אשר ישמשו את בית המשפט בקביעת שכר טרחה לבא כוח התובע הייצוגי, והם: (1) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה; (2) מורכבות ההליך והטרחה; (3) החשיבות הציבורית של התביעה; (4) אופן ניהול ההליך; (5) הפער בין הסעדים שנתבעו לבין אלו שנפסקו בסופו של דבר.

יצוין כי השיקולים המופיעים בסעיף 22 ובסעיף 23 לחוק אינם מיוחדים להסדרי הסתלקות דווקא, אלא מדובר בשיקולים עקרוניים בסוגיה של גמול ושכר טרחה. הם רלוונטיים, כמובן, גם למקרה של פסק דין (המאשר תובענה ייצוגית) וגם למקרה של

<sup>73</sup> ת"מ (מנהליים חי') 20703-04-11 רהב נ' עיריית חיפה, תק"מ 11(3) 12151 (2011); ת"צ (חי') 55861-01-11 שטרית נ' שופרסל בע"מ (טרם פורסם, 25.09.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 46629-08-10 אברהם נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, תק"מ 11(4) 77 (2011); ת"צ (ת"א) 1928/08 מורדות הכרמל (נכסים) בע"מ נ' ביטוח ישיר, אי.די.אי. חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 26.10.2011); ת"צ (מחוזי מר') 36593-09-11 חייבי נ' מי רעננה בע"מ, תק"מ 11(4) 8128 (2011); ת"צ (ת"א) 15491-05-10 אזולאי נ' גלובל נטוורקס אי.סי.איי. בע"מ (טרם פורסם, 23.1.2011); ת"צ (מחוזי חי') 26012-12-09 סקורובוט נ' ויש טלקנל בע"מ, תק"מ 10(4) 25205 (2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 567-01-11 לדאני נ' ניו קופל החזקות בע"מ, תק"מ 11(2) 26268 (2011); ת"צ (מחוזי חי') 52440-11-10 וקנין נ' מגדל שוקי הון (1965) בע"מ, תק"מ 11(2) 14558 (2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 1537-10-10 לב הארי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק"מ 11(2) 11725 (2011); ת"צ (ת"א) 54310-10-10 מיה אשכולות אבטחה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (טרם פורסם, 1.5.2011); ת"צ (ת"א) 2036-09 לאובר נ' מגדל שוקי הון (טרם פורסם, 10.8.2011); ת"צ (ת"א) 37509-05-11 גחם נ' סופר פארם (ישראל) בע"מ (טרם פורסם, 13.12.2011); ת"צ (ת"א) 33066-05-10 שימל נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 7.4.2011); ס"ע (אזורי חי') 50842-01-11 ניסימוב נ' דקסל בע"מ, תק"ע 11(4) 7166 (2011).

הסדר פשרה. עם זאת, ברור כי שיקולים אלו בוודאי יכולים לסייע גם בפסיקת גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות.

השופט אליהו בכר, בבית המשפט המחוזי בתל אביב, קבע בהקשר זה כי הוא רואה חשיבות רבה בשיקול שלא נמנה עם אלו המנויים בסעיף 22(ב), והוא – מועד ההסתלקות: "מכאן, שמעבר להיות המקרה מיוחד וקיומם של מטעמים (צ"ל – טעמים) מיוחדים שירשמו, יגדל הסיכוי לתשלום תגמול לתובע המייצג במקרי הסתלקות מהתובענה ככל שדאג לסיים ההליך מוקדם ככל האפשר ותוך מניעת עיוות דין מיותר לנתבעת/משיבה כמו גם הביא לחסכון בהוצאות הכספיות ובזמן שיפוטי יקר לטובת כלל הצדדים".<sup>74</sup>

במקרה אחר דן השופט בכר בשיקול אחר במשוואה, והוא – מידת התועלת לחברי הקבוצה בעקבות ההליך או ההסתלקות, והאם חל שינוי כלשהו בהתנהלות הנתבעת לעתיד לבוא. נפסק כי כאשר לא חל כל שינוי ולא צמחה כל תועלת, יש בכך כדי להצדיק את הפחתת שכר הטרחה והגמול המבוקשים אגב ההסתלקות.<sup>75</sup>

אין ספק כי שני שיקולים אלו – אופן ניהול ההליך והתועלת לקבוצה – הם שיקולים חשובים. אך קיים שיקול חשוב לא פחות, ואולי יותר: האם התביעה היתה מבוססת, או שמא זו הייתה תביעת סרק. כדברי השופטת רות רונן, בבית המשפט המחוזי בתל אביב, בפרשת **בן בשט**: "כאשר מוגשת בקשה שעל פניה, במועד הגשתה, היה בה ממש, והיא לא היתה תביעת סרק, יש מקום להורות על פסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבאי כוחו".<sup>76</sup> באותו מקרה סבר בית המשפט כי אמנם התביעה לא היתה תביעת סרק, אבל אילו היה פונה התובע הייצוגי לנתבעת לפני הגשת התביעה ייתכן שיכול היה לייתר את התביעה. בנסיבות אלו מצאה השופטת רונן לנכון להפחית את סכומי הגמול ושכר הטרחה בכ-30%.<sup>77</sup> יצוין כי בנסיבות דומות, שבהן סבר בית המשפט כי לא היה כל ממש בתובענה הייצוגית וכי התובע עצמו יכול היה לייתר את התביעה אילו פנה אל הנתבעת לפני הגשת התביעה, בהתאם להנחיות שהנתבעת פרסמה, לא נפסק כל שכר טרחה וגמול.<sup>78</sup>

בפרשת **מזור** דנה השופטת שטמר, מבית המשפט המחוזי מרכז, בהיבט חשוב של

<sup>74</sup> בש"א (ת"א) 1204-09 **דבורה נ' סלקום ישראל בע"מ**, פס' 8 (טרם פורסם, 11.2.2010). יצוין כי באותו מקרה הותירו הצדדים לבית המשפט לקבוע את סכומי הגמול ושכר הטרחה, מבלי שהמליצו בפניו כלל, ובית המשפט פסק גמול בסך של 5,000 ש"ח לתובע הייצוגי ושכר טרחה בסך של 25,000 ש"ח בצירוף מע"מ לבא כוחו.

<sup>75</sup> פרשת **סיניה**, לעיל ה"ש 51. באותו מקרה הפחית בית המשפט את הגמול מ-5,000 ש"ח ל-2,500 ש"ח ואת שכר הטרחה מ-25,000 ש"ח שנתבקשו ל-17,400 ש"ח.

<sup>76</sup> פרשת **בן בשט**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 4.

<sup>77</sup> הגמול הופחת מ-3,000 ש"ח ל-2,000 ש"ח ושכר הטרחה הופחת מ-27,000 ש"ח ל-18,000 ש"ח.

<sup>78</sup> פרשת **ינאי**, לעיל ה"ש 63. חרף ביטול תשלום גמול ושכר טרחה, נפסק שם כי הנתבעת תתרום 3,600 ש"ח לעמותת "אור ירוק".

פסיקת גמול: מידת הסיכון שבו נשא התובע באותה תביעה. כאשר התובענה הייצוגית היא "טפילה" להליך פלילי, כפי שהיה באותו המקרה, עוככה התובענה הייצוגית עד לאחר שיסתיימו הליכים פליליים נגד שלוש חברות הדלק (הנתבעות באותה תביעה). במקרה כזה, וכאשר ברור כי דין התובענה הייצוגית ייגזר על פי תוצאות ההליך הפלילי, ברור שהסיכון המוטל על התובע הייצוגי הוא קטן ומוגבל. במקרה כזה, הגמול ושכר הטרחה אכן צריכים לשקף סיכון נמוך זה. הנמקה זו מסתמכת על לשונם של סעיפים 22 ו-23 לחוק, שבהם נקבע כי אחד השיקולים בקביעת הגמול ושכר הטרחה יהיה מידת הסיכון שבו נשא התובע הייצוגי.<sup>79</sup> באותו המקרה אכן החליטה השופטת שטמר להפחית במחצית את סכום שכר הטרחה, ביחס להמלצת הצדדים, אם כי לא מצאה להתערב בהמלצה בנוגע לסכום הגמול.<sup>80</sup>

בהקשר של פסיקת שכר טרחה וגמול במקרה של הסתלקות, יש מקום לציין כי פרופ' אלון קלמנט סובר כי אין מקום לאשר כל תשלום של גמול או שכר טרחה במקרה של הסתלקות מתביעת סרק.<sup>81</sup> אנו בהחלט שותפים לדעה זו, אך הקושי נותר, כמובן, בהבחנת אותן תביעות שניתן להגדירן "תביעות סרק" מאותן תביעות ראויות שמהן מבקש התובע הייצוגי לסגת, והנסיגה, כשלעצמה, אינה מכתימה את התובענה, בהכרח, כ"תביעת סרק".

לדעתנו, במקרה של נסיגה מתובענה ייצוגית ראויה, אם התרשם בית המשפט כי הושקעה בהכנתה עבודה משפטית טובה וכי נבחנו והועלו במסגרתה הסוגיות המרכזיות הנוגעות לעניין, הרי שאין כל פסול בפסיקת החזר הוצאות ושכר טרחה בסכומים סבירים אגב ההסתלקות.

### 5.3 גילוי עובדות חדשות

בסוגיית שכר הטרחה והגמול שלהם זכאים התובע המסתלק ובה כוחו, ראוי להביא בחשבון אם התגלו עובדות חדשות, שלא היו ידועות להם במועד הגשת התביעה הייצוגית והם לא יכלו להשיגם בכוחות עצמם בשקידה סבירה.

<sup>79</sup> ת"צ (מרכז) 8-10-7660 מזור נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ, פס' 77 (טרם פורסם, 5.7.2010).

<sup>80</sup> שם, פס' 8. הצדדים המליצו על גמול של 10,000 ש"ח ושכר טרחה של 40,000 ש"ח בכל אחד משלושת התיקים (קרי, 120,000 ש"ח). בהחלטה נקבע כי הגמול יוותר 10,000 ש"ח בכל תיק, אך שכר הטרחה יהיה 20,000 ש"ח בכל אחד משלושת התיקים (קרי, 60,000 ש"ח).

<sup>81</sup> אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 5, 67 (2011). קלמנט מנמק את עמדתו בצורך להרתיע מפני הגשת תביעות סרק ייצוגיות. דעה דומה אכן כבר הובעה, ולא אחת, בפסיקה. ראו למשל פרשת **ז'טלני**, לעיל ה"ש 33; ת"צ (ת"א) 1600-09 **שוקרון נ' גת גבעת חיים אחזקות בע"מ** (טרם פורסם, 20.12.2009); ת"צ (ת"א) 2464/07 **בן הרוש נ' חברת דואר ישראל בע"מ**, 4 (טרם פורסם, 17.12.2009).



אם בעקבות תשובת הנתבע נתגלו עובדות ונתונים או שהוגשו מסמכים (שהתובע לא יכול היה להשיגם בעצמו, בשקידה סבירה, טרם הגשת התביעה), אשר מעמידים את התביעה באור שונה וחלש יותר, יש הצדקה לתשלום גמול ושכר טרחה בסכומים גבוהים יחסית, אף במידה המתקרבת לזו המקובלת בהסדרי פשרה. כך גם כאשר במסגרת ההסתלקות צמחה תועלת כלשהי לציבור המיוצג. במקרים אלו, בוודאי יש מקום לתגמל את התובע ובא כוחו, על אף ההסתלקות, בתשלום ראוי. שונה המצב כאשר התובע ובא כוחו ידעו עובדות שלאורן, מלכתחילה, לא היה מקום להגיש את התביעה, או כאשר הוצגו בפניהם נתונים והם התעלמו מהם, או כאשר הם יכלו לגלות כוונות עצמם עובדות מסוימות עוד טרם הגשת התביעה אילו פעלו בשקידה סבירה. בכל המקרים הללו, ספק אם יש הצדקה לפסוק גמול או שכר טרחה בסכומים משמעותיים. כדברי השופט פרגו בפרשת **בן הרוש** – "לצער, נפוצה לאחרונה התופעה של הגשת תובענות ייצוגיות שאין מאחוריהן בסיס עובדתי ומשפטי מוצק. הפטור מתשלום אגרה, מביא לידי כך שתובענות ייצוגיות מוגשות בסכומים של מיליונים ומיליארדים כיד הדמיון ורצונו של היוצר. לא לכך התכוון המחוקק כאשר בסעיף 45(ד)(1) לחוק, פטר את התובע מתשלום אגרה בתביעות ייצוגיות. הגשת תובענות ייצוגיות ללא בסיס עובדתי המצדיק את הגשתן, רק פוגעת בעיקר ובמטרתן של חוק תובענות ייצוגיות. יש לעשות הכל כדי למנוע תופעה זו".<sup>82</sup>

שאלה נוספת בהקשר זה היא מה גובה סכומי הגמול ושכר הטרחה שלהם זכאים התובע ופרקליטו, אם יכול היה התובע לפנות לנתבע טרם הגשת התביעה. פנייה כזו יכולה, אולי, לייתר את התביעה כליל. אמנם כידוע אין חובה בדין לבצע פנייה מקדימה כזו,<sup>83</sup> ואולם אם פנייה כזו הייתה מאפשרת לנתבע להביא נתונים לידיעת התובע טרם הגשת התביעה (מה שנעשה – בהיעדר פנייה – רק לאחר הגשת התביעה), שאלה היא אם התובע ופרקליטו זכאים לגמול ולשכר טרחה בסכומים נכבדים. נראה כי בנסיבות כאלו אין הצדקה לפסיקת גמול או לשכר טרחה בסכומים גבוהים.<sup>84</sup>

#### 5.4 שלילה מוחלטת של גמול ושכר טרחה

רק במקרים חריגים יחליט בית המשפט לשלול כליל שכר טרחה וגמול מהתובע המסתלק ומבא כוחו, אף שבקשת ההסתלקות לוותה בהמלצה מוסכמת (גם על דעת הנתבע) לתשלום כאמור.

<sup>82</sup> פרשת **בן הרוש**, לעיל ה"ש 81.

<sup>83</sup> יצוין כי לא רק שאין זו חובה שבדין, אלא שגם נפסק כבר כי היעדר פנייה מקדימה לא ייחשב כחוסר תום לב מצד התובע הייצוגי. ראו פרשת **ספיר**, לעיל ה"ש 55.

<sup>84</sup> ראו דיון בנושא זה בסעיף 4.2 למאמר.

מקרה חריג כזה היה בפרשת ז'טלני, שם נדונה במלוא עוזה סוגיית פסיקת שכר טרחה בהסתלקות. בבקשת ההסתלקות, שהוגשה לאחר שנשמעו חוות דעת מומחים מטעם הבנק אך מבלי שהמבקש הגיש חוות דעת מטעמו, נדרש שכר טרחה של 365,000 ש"ח לבאי כוח התובע הייצוגי.<sup>85</sup> בית המשפט אישר את ההסתלקות ואף בירך עליה, אך ביקר במילים חריפות את עצם הגשת הבקשה לתשלום שכר טרחה ודחה אותה מכול וכול. בית המשפט הוסיף וביקר את התופעה הפסולה של תשלום סכומים גבוהים על ידי נתבעים בגין סילוקן של תביעות חסרות בסיס. השופט פרגו, בבית המשפט המחוזי בתל אביב, מביא מדבריו בפרשה אחרת שנדונה בפניו (פרשת **בן הרוש**) – "תופעה נוספת, שלאחרונה הולכת ומתרבה, היא נכונות המשיב/הנתבע לשלם הוצאות למבקש/התובע – לעיתים בסכומים לא מבוטלים – על מנת להסיר במהרה את התביעה, למרות היותה חסרת בסיס מוצק. זאת, כדי לחסוך בהוצאות. זהו למעשה בסיס ההסכמה של המשיבה/ הנתבעת בענייננו. אני מוכן לכך. פסיקת הוצאות על ידי בית המשפט במקרים אלו, רק תעודד הגשת תובענות ייצוגיות ללא בדיקה מעמיקה – בטרם הגשתן, בבחינת אין כמעט מה להפסיד ואולי אף להרוויח, נוכח הנוהג ההולך ומשתרש של הגשת בקשת הסתלקות המלווה בתשלום למבקש עבור הוצאותיו, למרות שלכאורה מי שזכאי להוצאות הוא המשיב/ נתבע ולא התובע. המשיבה/הנתבעת מוכנה לעשות כן, אם כדי לחסוך בהוצאותיה ואם כדי להסיר במהירות האפשרית תובענה טורדנית ומזיקה".<sup>86</sup>

גישה דומה הביע אותו מותב במקרה שבו סבר בית המשפט כי מדובר בתביעת סרק, המהווה שימוש לרעה בכלי של תביעות ייצוגיות. השופט פרגו, מבית המשפט המחוזי בתל-אביב, פסק לא רק כי אין לשלם גמול ושכר טרחה (על אף הסכמת הנתבעות), אלא אף הביע דעתו כי יש לשקול לחייב את התובע המסתלק בהוצאות משפט.<sup>87</sup>

במקרה אחר, בעת שסבר בית המשפט כי מצויה בפניו תביעה ייצוגית בלתי-מבוססת, הן מבחינת עילת התביעה והן מבחינת הראיות, הוא לא היסס לאשר הסתלקות מבלי לפסוק גמול או שכר טרחה. ההטבה היחידה כלפי התובע הייצוגי

<sup>85</sup> פרשת ז'טלני, לעיל ה"ש 33. באותו מקרה הוגשה תביעה ייצוגית נגד בנק הפועלים בטענה כי הניע את המבקשים, לקוחותיו, להשקיע בקרנות הגידור של ברנרד מאיידוף. השופט פרגו סבר כי כאשר מוגשת תביעה ייצוגית בלתי מבוססת, שהמבקש כלל לא תמך אותה בחוות דעת מומחה, אף שהנתבעים טרחו והגישו שתי חוות דעת של מומחים מחו"ל שאף טרחו והגיעו להעיד בישראל, הרי שאין הוא זכאי לשכר טרחה כלשהו. על כן נפסק כי לא ישולם לבאי כוח התובע הייצוגי כל שכר טרחה.

<sup>86</sup> שם, בעמ' 15; פרשת **בן הרוש**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 4 להחלטה; פרשת **שוקרון**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 5-6 להחלטה.

<sup>87</sup> פרשת **אדרי**, לעיל ה"ש 38. יצוין כי גם היועץ המשפטי לממשלה התנגד לתשלום גמול או שכר טרחה באותו מקרה.

הייתה הווייתור המוסכם של הנתבע על הוצאות משפט בהליך ביניים.<sup>88</sup> גישה ביקורתית ונוקבת בנוגע לפרקטיקה המקובלת, שבה מאשרים בתי המשפט הסדרי הסתלקות שבצדם פיצוי לתובע הייצוגי ולבא כוחו, הובעה גם על ידי השופט ד"ר דרורה פלפל בבית המשפט המחוזי בת"א. השופטת פלפל ביקרה את הגישה הרווחת בפסיקה, שלפיה השאלה, בהקשר לבקשות הסתלקות, איננה אם לשלם לתובע ולבא כוחו, אלא כמה.<sup>89</sup> השופטת פלפל סבורה כי הכלל, אשר נכון בתביעות רגילות, שלפיו יכבד בית המשפט את הסכמות הצדדים, אינו חל בתובענה ייצוגית בשל אופייה, טיבה וחשיבותה.<sup>90</sup>

באופן דומה סבר השופט יצחק כהן, בבית המשפט המחוזי בחיפה, בפרשת **כהן** כי אין מקום לפסוק כלל גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות, פן זו "עשויה להיחשב כהסתלקות שיש בצדה טובת הנאה".<sup>91</sup>

### 5.5 הפחתת גמול ושכר טרחה בנוגע לבקשה המוסכמת

לא אחת מוצא בית המשפט לנכון להתערב בהסכמת הצדדים, וזאת כחריג לכלל הנוהג באשר להסכמות הצדדים לעניין הוצאות. בתביעות ייצוגיות, בשל אופיו המיוחד של ההליך והצורך לשמור הן על האינטרס הציבורי והן על כך שלא תהיה תמורה מוסווית או פרטית רק לתובע המייצג ולבא כוחו, בתי המשפט לא מהססים להתערב בהסכמות, ולהפחית במידה ניכרת מהסכומים המומלצים.

כך, למשל, בפרשת **פרנג'י** נדרשו סכומי גמול ושכר טרחה גבוהים ביותר, כמעט חסרי תקדים בישראל – 50,000 ש"ח כגמול ו-400,000 ש"ח כשכר טרחה. אף שבית המשפט שיבח את התביעה הייצוגית כראויה וכבעלת חשיבות ציבורית, ואף שקבע כי היא הוגשה בתום לב והושקעה בה עבודה ניכרת, הוא מצא לנכון להפחית משמעותית את הסכומים המוסכמים, ופסק גמול בסך של 40,000 ש"ח ושכר טרחת עו"ד בסך של 150,000 ש"ח בצירוף מע"מ.<sup>92</sup>

בפרשה אחרת, **שלומי**, הפחית בית המשפט את הגמול ושכר הטרחה שנתבקש בכ-30% ובכך אימץ את גישת השופטת ענת ברון בפרשת **גורן**, שלפיה בית המשפט צריך לגלות גישה ביקורתית כלפי הסדרי הסתלקות ועליו לבחון אם ההסכמות לעניין תשלום גמול ושכר טרחה סבירות. השופטת דניה קרת-מאיר קבעה שם – "בקביעת שכר הטרחה וההוצאות יש לקחת בחשבון, בין היתר, את השלב שבו הוגשה הבקשה

<sup>88</sup> ת"צ (מחוזי יר') 41272-05-10 **טנוס נ' מאפיית אנג'ל**, תק-מח 11(2) 26903 (2011).

<sup>89</sup> פרשת **יעקבי**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 5.

<sup>90</sup> שם, בעמ' 6.

<sup>91</sup> ת"צ (מחוזי חי') 725-05 **כהן נ' מטקאש סחר בע"מ**, תק-מח 09(2) 18511, פס' 5 (2009). יצוין כי באותו מקרה דובר בהסתלקות בנוגע לנתבע אחד בלבד, מבין שמונה נתבעים.

<sup>92</sup> פרשת **פרנג'י**, לעיל ה"ש 21, פס' 3.

ולא לקבוע תשלום סכומים מופרכים ומוגזמים, אשר עלול לעודד הגשת בקשות בלתי ראויות".<sup>93</sup> גם בפרשת גורן מצא בית המשפט להפחית במידה רבה את הסכומים המוסכמים והמומלצים לעניין גמול ושכר טרחה.<sup>94</sup>

בפרשת מקסימוב מצא בית המשפט לנכון לפסוק גמול ושכר טרחה בשל ההשקעה הרבה שהושקעה בתיק, אך לא בסכומים שנתבקשו בהסכמה בין הצדדים.<sup>95</sup> היו גם מקרים שבהם הפחית בית המשפט רק את סכומי שכר הטרחה שנתבקשו, אך לא גרע מסכום הגמול שנתבקש בהסכמה.<sup>96</sup>

ראוי להעיר כי כאשר יש פער גדול מאוד בין סכום התובענה הייצוגית ובין הסכומים הסופיים שנזכרו בבקשת ההסתלקות, עלול הדבר לשמש לרעת התובע הייצוגי ובא כוחו בעת שיידרש בית המשפט לשאלת הגמול ושכר הטרחה שלהם הם זכאים במסגרת ההסתלקות.<sup>97</sup> היטיבה לתאר זאת בלשון חדה השופטת ד"ר דרורה

<sup>93</sup> פרשת שלומי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 3.

<sup>94</sup> פרשת גורן, לעיל ה"ש 31. באותו מקרה הופחת סכום הגמול שנתבקש במחצית – מ-20,000 ש"ח ל-10,000 ש"ח, ואילו שכר הטרחה קוצץ ביותר משליש – מ-80,000 ש"ח בצירוף מע"מ ל-25,000 ש"ח בצירוף מע"מ. ראו באופן דומה ת"צ (ת"א) 2255-08 צלניקר נ' ישראל 10 שידורי הערוץ החדש בע"מ (טרם פורסם, 9.5.2010), שם נדרש גמול בסך 7,000 ש"ח ושכר טרחה בסך 14,000 ש"ח. ואולם השופטת ד"ר דרורה פלפל מצאה להפחית משמעותית ולפסוק רק 2,000 ש"ח בצירוף מע"מ כשכר טרחת עורך דין, וזאת לאור הביקורת החריפה שהביעה בנוגע לטיב התובענה הייצוגית שהוגשה. ראו גם ת"צ (תא) 1440-07 ארזי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 18.03.2007).

<sup>95</sup> פרשת מקסימוב, לעיל ה"ש 30. סכומי הגמול ושכר הטרחה המוסכמים היו 17,500 ש"ח ו-90,000 ש"ח, בהתאמה. השופט בכר בבית המשפט המחוזי אישר גמול בסך של 10,000 ש"ח ושכר טרחה בסך של 75,000 ש"ח. יצוין כי המחבר ייצג באותו מקרה את התובע הייצוגי.

<sup>96</sup> דמ"ר (ת"א) 8717-09 איל נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ (טרם פורסם, 26.5.2010), שם כיבדה השופטת יהלום מבית הדין האזורי לעבודה בת"א את הסכמת הצדדים לשלם גמול לתובע הייצוגי בסך של 19,250 ש"ח (למעשה נתבקש 19,750 ש"ח ולא ברור למקרא פסק הדין אם הסכום 19,250 ש"ח הוא טעות קולמוס אם לא). מנגד, הפחית בית הדין את ההמלצה המוסכמת לשכר טרחה מסך של 35,250 ש"ח ל-10,000 ש"ח. פסק הדין לא נימק הפחתה בררנית זו אך ייתכן שהדבר קשור לכך שלדעת בית הדין בקשת האישור, כהגדרתו: "לוקה בפגמים שאינם מאפשרים את קבלתה במתכונת הנוכחית". יש להעיר כי אחד השיקולים היה שהתובע, עורך דין במקצועו, ייצג את עצמו. יצוין כי ערעור שהוגש על החלטה זו, בגין הפחתת שכר הטרחה שנתבקש, התקבל חלקית: בית הדין הארצי לעבודה הגדיל את שכר הטרחה ל-20,000 ש"ח, ראו פרשת עו"ד אייל, לעיל ה"ש 56. ראוי להעיר שבאותו מקרה הגיש התובע הייצוגי עתירה לבג"ץ נגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה אך העתירה נדחתה, ראו בג"ץ 5183/11 איל נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 411 (4) 3723 (2011).

<sup>97</sup> פרשת גולדנברג, לעיל ה"ש 30, שם ביקר בית המשפט את העובדה שבקשת האישור נקבה בסכומי עתק, ואילו בקשת ההסתלקות נקבה בסכומים צנועים בהרבה. עקב כך גם הופחת משמעותית הן סכום הגמול והן סכום שכר הטרחה: נתבקש החזר הוצאות בסך 25,000 ש"ח ושכר טרחה בסכום זהה, ונפסק עשירית (!) מכך – 2,500 ש"ח להחזר הוצאות למבקש ו-2,500 ש"ח לשכר טרחה. עם זאת, יצוין כי המבקש הוא עורך דין, ואילו בא כוחו בתביעה הייצוגית היה

פלפל – "בענייננו, הבקשה לאישור כללה הערכה מצד המבקש לסעד של 18,000,000 ש"ח, מתוכם 10 ש"ח תמימים גילמו את נזקו של המבקש. וראה איזה פלא, בתוך מספר חודשים התפוגגו להם כל ח"י המיליונים, אך עשרת השקלים צמחו לבקשתו להשיג 7,000 ש"ח עבור עצמו, וכן הוצאות לא מעטות לבא-כוחו".<sup>98</sup>

באופן דומה, כאשר סבר בית המשפט כי מדובר בתובענה ייצוגית חלשה, הוא הפחית את סכומי הגמול ושכר הטרחה שנדרשו. באותו מקרה אף מתח השופט אליהו בכר, מבית המשפט המחוזי בתל אביב, ביקורת על עצם העובדה שהצדדים עתרו בבקשה מוסכמת לשלם גמול ושכר טרחה. לדבריו מוטב שהצדדים כלל לא ימליצו דבר – "שמא יימצאו חלילה הצדדים חוטאים בסיבות האמיתיות שהביאו לבקשת ההסתלקות".<sup>99</sup>

במקרה נדיר שבו הפכה בקשה לאישור הסכם פשרה להסדר הסתלקות, עקב גילוי (מאוחר) של היעדר אפשרות לתבוע בתובענה ייצוגית, לא היסס בית המשפט להפחית במידה ניכרת את סכומי הגמול ושכר הטרחה שנתבקשו בהסכמה.<sup>100</sup>

## 5.6 תביעות "משוכפלות"

תופעה שזכתה לביקורת שיפוטית היא תופעת "התביעות המשוכפלות", כלשונה של השופטת אסתר שטמר בבית המשפט המחוזי מרכז. בפרשת **מזור** ביקרה השופטת שטמר את הנוהג של הגשת תביעה "משוכפלת", קרי תביעה זהה המוגשת נגד כמה חברות. התביעה, כדבריה, היא אותה תביעה, ואילו שכר הטרחה יוכפל במספר החברות. במקרה של תביעות משוכפלות כאלו, הסתלקות שבצדה תשלומי גמול ושכר טרחה גבוהים, בגין כל אחת מהתביעות שהוגשו באותו תיק, עלולה כדברי השופטת – "להמריץ תובעים להגיש תביעות משוכפלות, שהסכון בהן אחד, ולהמריץ הסדרי הסתלקות במחיר שבו כדאי יהיה לתובעים שלא להמשיך בתביעתם".<sup>101</sup>

עם זאת, מעניין לציין כי במקרים לא מעטים אחרים, שבהם הייתה תובענה ייצוגית "משוכפלת", לא ראו בכך בתי המשפט כל פגם, ואף אישרו את הבקשה

שותפו למשרד, וייתכן שגם לעובדה זו, שצוינה בהחלטה, היה משקל בפסיקה זו.

<sup>98</sup> פרשת **צלניקר**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 3.

<sup>99</sup> פרשת **סיניה**, לעיל ה"ש 51, בפס' 9 לפסק הדין. באותו מקרה הקטין בית המשפט את סכום הגמול מ-5,000 ש"ח ל-2,500 ש"ח, ואת שכר הטרחה מ-25,000 ש"ח ל-17,400 ש"ח. ראו גם ת"צ (ת"א) 28664-12-09 **רוזנפלד נ' סקורפיו נדל"ן בע"מ** (טרם פורסם, 28.4.2011).

<sup>100</sup> פרשת **אפרתי**, לעיל ה"ש 13. להרחבה על פרטי מקרה חריג זה ראו סעיף 4.2 למאמר. יצוין כי בבקשת ההסתלקות, שנולדה לאחר שנסוגו הצדדים מהסכם הפשרה, נתבקש סך כולל של 360,000 ש"ח בגין גמול ושכר טרחה, ואולם השופט אליהו בכר, בבית המשפט המחוזי בת"א, אישר פחות משליש מהסכום – 20,000 ש"ח כגמול ו-92,800 ש"ח כשכר טרחה.

<sup>101</sup> פרשת **מזור**, לעיל ה"ש 79, פס' 27.

לתשלום החזר הוצאות "משוכפלות" לתובע המסתלק.<sup>102</sup>

## 5.7 פסיקה בהיעדר הסכמה

בקשת הסתלקות מלווה במרבית המקרים בהמלצה מוסכמת ומשותפת של שני הצדדים לעניין תשלום גמול ושכר טרחה (או "החזר הוצאות"). רק במקרים נדירים מוגשת בקשת הסתלקות אגב מחלוקת בין הצדדים בסוגיית הגמול ושכר הטרחה. מקרה נדיר יחסית כזה היה בפרשת דהן, שבה לא הייתה לצדדים המלצה מוסכמת בדבר גמול ושכר טרחה, אלא רק באופן חלקי, כאשר לגבולות המרביים של גמול ושכר טרחה. בית המשפט מצא לנכון לקבל את עמדת הנתבעים, ופסק סכומים נמוכים יחסית לאלו שנתבקשו על ידי התובע הייצוגי ובא כוחו.<sup>103</sup>

מקרה חריג אחר, שבו לא לוותה ההסתלקות בהסכמה בין הצדדים, היה בפרשת טילמן. שם מחד גיסא עתרו המבקש ובאי כוחו לפסוק להם גמול ושכר טרחה, ומאידך גיסא דרשה הנתבעת לא רק שלא לפסוק גמול ושכר טרחה, אלא גם לחייב את המבקש המסתלק בהוצאות משפט. השופט ד"ר עמירם בנימיני אישר אמנם את ההסתלקות, אך דחה את הבקשות ההדדיות: הן את זו של המבקש ובאי כוחו והן את

<sup>102</sup> פרשת **טמפו**, לעיל ה"ש 72, שם השופט ד"ר מיכל אגמון-גונן אישרה 100,000 ש"ח שכר טרחה שתשלם כל אחת משלוש הנתבעות, בסך הכול 300,000 ש"ח; פרשת **קורינאלדי**, לעיל ה"ש 64, שם נקבע כי כל אחד מחמשת המשיבים (חמש חברות התקשורת הגדולות בארץ) ישלם 30,000 ש"ח לתובע הייצוגי; פרשת **דלקול**, לעיל ה"ש 6, שם נתבעו שלוש חברות הדלק הגדולות – פז, דלק וסונול; ת"צ (מחוזי מר') 2949-08-08 **בובליל נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ**, תק-מח 3207 (3)09 (2009), שם אושר תשלום שכר טרחה וגמול בסכום של 60,000 ש"ח בצירוף מע"מ על ידי כל אחת מארבע הנתבעות (ארבע חברות הדלק הגדולות בישראל), ובסך הכול – 120,000 ש"ח גמול ו-120,000 ש"ח בצירוף מע"מ בגין שכר טרחה. יצוין כי בפרשת בובליל נטען כי חברות הדלק, הנתבעות, עושות שימוש בנייר מתכלה עבור החשבוניות שהן מפיקות בעבור הלקוחות. ואולם לא ניתן היה להשתמש בחשבוניות אלו לאחר זמן בשל הנייר המתכלה. במסגרת ההסתלקות הוסכם כי כל הנתבעות יבצעו תיקון מסוים ושולי, בכך שכולן התחייבו להציב בתחנות הדלק שלטים אשר יפנו לאתר האינטרנט שלהן או למוקד טלפוני שבו יימסרו נתונים באשר ליצרן הנייר של החשבוניות, אם לקוח יבקש לשחזר חשבונית; ת"צ (ת"א) 1433/09 **סולומון נ' שלמה א אנגל בע"מ** (טרם פורסם, 11.10.2011), שם אישר השופט ד"ר בנימיני, מבית המשפט המחוזי בתל אביב, הסתלקות שבמסגרתה נתבקש, ואושר, גמול בסך של 15,000 ש"ח לכל אחד משני המבקשים ושכר טרחה בסך של 45,000 ש"ח בגין כל אחת משתי התביעות שאוחדו (כנגד שתי נתבעות) ובסך הכול – 90,000 ₪; פרשת **שרייר**, לעיל ה"ש 60.

<sup>103</sup> פרשת **דהן**, לעיל ה"ש 51. הבקשה המוסכמת הייתה לפסוק גמול בסכום שלא יעלה על 5,000 ש"ח לכל אחד משלושת המבקשים, ושכר טרחת עורך דין בסך שלא יעלה על 80,000 ש"ח. בית המשפט פסק גמול בסך של 3,000 ש"ח לכל אחד משלושת המבקשים, ושכר טרחת עורך דין בסך של 30,000 ש"ח.

זו של הנתבעת.<sup>104</sup>

## 5.8 פסיקה חריגה יחסית של גמול ושכר טרחה

מספר המקרים שבהם אישרו בתי המשפט את המלצות הצדדים לתשלום סכומים גבוהים בגין גמול ושכ"ט, הוא קטן יחסית: רק בכ-5% מהסדרי ההסתלקות, שבדקנו, אישר בית המשפט סכומים העולים על 120,000 ש"ח עבור התובע המסתלק ובא כוחו.<sup>105</sup>

אחת הפרשות הבולטות שבהן נפסק שכר טרחה גבוה יחסית היא פרשת **טמפו**, ששם אישר בית המשפט את הבקשה המוסכמת של הצדדים לתשלום 300,000 ש"ח בגין ההוצאות המשפטיות של המבקש ובא כוחו.<sup>106</sup>

גם בפרשת **ברוט** כיבדה השופטת ציפורה ברון, מבית המשפט המחוזי בתל אביב, את הבקשה המוסכמת של הצדדים ופסקה למבקש ולבא כוחו סך כולל של 140,000 ש"ח בגין גמול ושכר טרחה. זאת, בנימוק כי אין מדובר בתביעת סרק והתובע הייצוגי לא נהג בחוסר תום לב בהגישו את בקשת ההסתלקות.<sup>107</sup>

בפרשת **בובליל** אישר בית המשפט את הסכמת הצדדים לתשלום שכר טרחה וגמול בסכום כולל של 240,000 ש"ח בצירוף מע"מ על ידי ארבע הנתבעות (ארבע חברות הדלק הגדולות בישראל), מחצית בגין גמול ומחצית בגין שכר טרחה. יצוין כי

<sup>104</sup> פרשת **טילמן**, לעיל ה"ש 47. יצוין כי מפסק הדין עולה שבית המשפט סבר כי מדובר בתביעה ייצוגית בלתי-מבוססת, שהוגשה מבלי שהתובע טרח לבדוק היטב את העובדות, וגם כאשר התגלו לו העובדות הנכונות במסגרת תשובת הנתבעת, הוא סירב לסגת אלא אם כן ישולם לו גמול ושכר טרחה. מנגד, נדחתה עתירת הנתבעת לחייב את התובע בהוצאות, לאור העובדה כי הנתבעת אמנם תיקנה את הטעות וזיכתה את לקוחותיה שחויבו בטעות, אך לא מצאה לנכון להודיע להם על כך, והזיכוי לא נעשה בצורה שקופה. למקרה נוסף של הסתלקות בהיעדר הסכמה לגבי תשלום גמול או שכר טרחה לתובע הייצוגי ולבא כוחו, ראו – ת"צ (י"ט) 3433-09 **טיחונוב נ' המשביר לצרכן החדש בע"מ**, פדאור (2)12 482 (2012). שם ביקש התובע להסתלק, אך ביקש כי ייפסקו לטובתו הוצאות שכן הנתבעת התחייבה לתקן דרכיה בעתיד. עם זאת, הנתבעת התנגדה לפסיקת הוצאות לתובע המסתלק, אך בית המשפט אישר 40,000 ש"ח עבור גמול ושכר טרחה לתובע ולבא כוחו.

<sup>105</sup> מנתונים שבדקנו נמצא כי ב-8 מקרים בלבד, מתוך 177 בקשות הסתלקות שנבדקו, נפסקו סכומים העולים על 120,000 ש"ח (גמול ושכר טרחה). עם זאת, יובהר כי גם מספר המקרים שבהם נתבקשו, מלכתחילה, סכומים גבוהים שכאלו אך סורבו על ידי בית המשפט, היה אף הוא קטן מאוד.

<sup>106</sup> פרשת **טמפו**, לעיל ה"ש 72. יצוין כי הבקשה המוסכמת באותו מקרה הייתה לתשלום 100,000 ש"ח על ידי כל אחת משלוש הנתבעות, קרי 300,000 ש"ח בסך הכול.

<sup>107</sup> פרשת **ברוט**, לעיל ה"ש 71; ראו גם בש"א (מחוזי יר') 2291/06 **ברומברג נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ**, תק-מח (2)08 1938 (2008). שם נפסקו 60,000 ש"ח החוזר הוצאות לתובע הייצוגי ו-40,000 ש"ח שכר טרחה לבאי כוחו, בהתאם להסכמת הצדדים.

באותה פרשה הסכימו הנתבעות לבצע, אגב ההסתלקות, תיקון מסוים ושולי יחסית של דרכיהן.<sup>108</sup>

בית המשפט המחוזי בחיפה, מפי השופט קיסרי, אישר תשלום של 200,000 ש"ח לתובע המסתלק, אף שציין כי אין בידו די נתונים להעריך אם הסכום האמור, שהוסכם בין הצדדים, אכן סביר. עם זאת, הסכמת הצדדים כובדה בנימוק כי ההסתלקות אינה יוצרת מעשה בית דין.<sup>109</sup>

גם בפרשת **פרנגי** נפסקו סכומים גבוהים למסתלק ולפרקליטו – גמול בסך 40,000 ש"ח ושכר טרחת עורך דין בסך 150,000 ש"ח בצירוף מע"מ.<sup>110</sup>

בפרשת **דלקול** אישר בית המשפט המחוזי, מפי השופטת ענת ברוך, תשלום בסך 47,000 ש"ח שישולם על ידי כל אחת משלוש הנתבעות, ובסך הכול – 141,000 ש"ח.<sup>111</sup> יצוין כי על אף התנגדות חריפה של נציג היועץ המשפטי לממשלה להסדר ולסכומים שנתבקשו, אישר בית המשפט הן את ההסתלקות והן את ההמלצה המוסכמת.

גם בפרשת **שרייר** נפסקו סכומים גבוהים בגין שכר טרחה וגמול בהסתלקות: 130,000 ש"ח שכר טרחה (מכמה נתבעים) וגמול בסך של 12,000 ש"ח לכל אחד מששת התובעים הייצוגיים המסתלקים.<sup>112</sup>

בפרשת **סלים נסאר** אישר בית המשפט את המלצת הצדדים לתשלום גבוה יחסית של שכר טרחה בסך 80,000 ש"ח בצירוף מע"מ, ו-7,500 ש"ח כגמול לתובע הייצוגי. וזאת, בנסיבות שבהן תיקנה הנתבעת טעות בכיתוב על אחד ממוצריה, טעות שהתגלתה בעקבות התובענה הייצוגית.<sup>113</sup> סכום דומה נפסק גם בפרשת **אלעד נ' אל על**.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> פרשת **בובליל**, לעיל ה"ש 102.

<sup>109</sup> ת"צ (מחוזי חי') 554-07 ורצקי נ' "דלק" – חברת הדלק הישראלית בע"מ, תק-מח 09(2) 14390 (2009).

<sup>110</sup> פרשת **פרנגי**, לעיל ה"ש 21, פס' 3. יצוין כי הצדדים ביקשו, בהסכמה, לפסוק גמול ושכר טרחה בסכומים גבוהים ביותר, כמעט חסרי תקדים בישראל – 50,000 ש"ח כגמול, ו-400,000 ש"ח כשכר טרחה, אך בית המשפט מצא לנכון להפחיתם. ראו גם – ת"צ (ים) 29679-08-10 **בבצ'נקו נ' הראל חברה לביטוח בע"מ**, פדאור 1(6) 591 (2010), שם נפסקו גמול בסך של 75,000 ש"ח ושכר טרחה בסך של 125,000 ש"ח.

<sup>111</sup> פרשת **דלקול**, לעיל ה"ש 6. הוסכם כי מחצית תשלום לתובע הייצוגי ומחצית כשכר טרחה לעורך דינו, וכך גם אושר.

<sup>112</sup> פרשת **שרייר**, לעיל ה"ש 60. ראו באופן דומה ת"צ (תא) 1403-08 **לבון נ' סלקום ישראל בע"מ** (טרם פורסם, 20.01.2012), שם נפסק "החזר הוצאות" לתובע הייצוגי בסך של 139,200 ש"ח.

<sup>113</sup> פרשת **נסאר**, לעיל ה"ש 60; למקרה נוסף שבו שולם סכום גבוה יחסית של גמול ושכר טרחה (בסך כולל של 75,000 ש"ח), ראו ת"א (מחוזי מר') 5803-08-07 **מלמד נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, תק-מח 08(4) 15760 (2008); מקרה דומה (שכר טרחה בסך של 90,000 ש"ח והחזר הוצאות של 15,000 ש"ח לכל אחד משלושת המבקשים) ראו בפרשת **אטיאס**, לעיל ה"ש 64.

<sup>114</sup> פרשת **אל על**, לעיל ה"ש 71, שם נפסקו 80,000 ש"ח בגין ההוצאות המשפטיות של התובע;



גם בפרשת **שרשבסקי** נתבקשו סכומים גבוהים של גמול ושכר טרחה (75,000 ש"ח כל אחד), ובית והם אושרו על ידי בית המשפט.<sup>115</sup> יצוין כי במקרים רבים אין בקשת ההסתלקות כוללת כל עתירה לתשלום גמול או שכר טרחה לתובע ולבא כוחו. למעשה, התובע הייצוגי זוכה לכך שהנתבע מוותר על הוצאות משפט, שלהם הוא זכאי, בדרך כלל, כאשר נסוג התובע מתביעתו.<sup>116</sup>

## 5.9 המלצה ליצירת אמות מידה

לדעתנו, ההבחנה בין סוגי הסדרי הסתלקות צריכה לעמוד על השאלה אם הסדר ההסתלקות כולל הסכמה בין הצדדים בדבר תשלום גמול ושכר טרחה (או "החזר הוצאות") לתובע ולבא כוחו. במילים אחרות, אם הסדר ההסתלקות כולל תמורה לתובע או לבא כוחו, אין ספק כי גדל החשש לניגוד עניינים בין התובע ובין חברי הקבוצה, שהוא התיימר לייצג. ככל שהסכום המומלץ לתשלום גדול יותר, כך גם מתעצם החשש לקיומו של ניגוד העניינים. הסדר הסתלקות שבמסגרתו הוסכם על סכום גבוה בעבור גמול ושכר טרחה,

---

לסכום דומה של שכר טרחה (90,000 ש"ח) ששולם אגב ההסתלקות ראו פרשת **סולומון**, לעיל ה"ש 71; ת"צ (ת"א) 27699-07-10 **אגרט נ' דלק מוטורס בע"מ** (טרם פורסם, 17.11.2011); ת"צ (מרכז) 39769-01-10 **אריאב מג'יק גרופ בע"מ נ' נטוויז'ן 013 ברק בע"מ** (טרם פורסם, 26.5.2011).

<sup>115</sup> פרשת **שרשבסקי**, לעיל ה"ש 28. יצוין כי באותו מקרה אושרו הסכומים הגבוהים יחסית אף שכלל לא הוגשה תגובה מטעם הנתבעת לבקשת האישור וממילא כלל לא החל הדיון, ואף שההסתלקות נומקה בהבנת התובעת הייצוגית כי אין לה עילת תביעה. עם זאת, יוער שהנתבעת, שלא הודתה בחבותה, הסכימה לפרסם הודעה בכתב לכלל מנוייה, אשר תבהיר באופן פרטני את עלות דמי המנוי ואת השירותים שלהם הם זכאים; לפסיקת 36,000 ש"ח גמול מצרפי לשלושה תובעים ושכר טרחה מצרפי של 40,000 ש"ח לבאי כוחם, ראו ת"צ (מרכז) 15517-02-09 **אורגניק דד סי בע"מ נ' איילון חברה לביטוח בע"מ** (טרם פורסם, 15.3.2011).

<sup>116</sup> ת"צ (מחוזי מר') 14579-11-08 **גוטליב נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, תק-מח 10(1) 8006 (2010); ת"צ (מחוזי מר') 20929-06-11 **גולדנברג נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, תק-מח 11(3) 1781 (2011); פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 51; פרשת **ארמוזה**, לעיל ה"ש 51; בש"א (י"ם) 4392/08 **מרקעי תקשורת בע"מ נ' גילת רשתות לוויין בע"מ ואח'** (טרם פורסם, 12.7.2009); ת"צ (מחוזי מר') 20923-12-09 **אלרבה נ' סמייל תקשורת בע"מ**, תק-מח 11(2) 2718 (2011); ת"צ (ת"א) 52237-11-10 **בן-בסט נ' מזרח ומערב מזון בע"מ** (טרם פורסם, 22.3.2011); פרשת **גבלי**, לעיל ה"ש 27; פרשת **אזולאי**, לעיל ה"ש 73; ת"צ (מחוזי מר') 10876-07-09 **יחליה בקר נ' שטראוס גרופ בע"מ**, תק-מח 10(2) 4664 (2010); ת"צ (מחוזי מר') 21140-08-09 **ליבוניץ-בוסני נ' שטראוס – עלית בע"מ**, תק-מח 10(2) 4265 (2010); פרשת **פלג**, לעיל ה"ש 27; פרשת **לנדאו**, לעיל ה"ש 27; פרשת **לנואל**, לעיל ה"ש 42; בש"א (י"ם) 5573/07 **שרז נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ** (טרם פורסם, 14.4.2008); בש"א (מחוזי יר') 5663/07 **בלאו נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, תק-מח 08(4) 2765 (2008).

מחייב פיקוח שיפוטי ממשי על מנת לוודא כי אין כאן תמורה סמויה, המהווה קנייה מוזלת של הסיכון מבחינת הנתבע. ומנגד, אם הסדר ההסתלקות אינו כולל כל עתירה לתשלום לתובע או לבא כוחו, אין כל סיכון של ניגוד עניינים, והביקורת השיפוטית יכולה להיות מצומצמת.<sup>117</sup>

זאת, כיוון שכאשר התובע המסתלק ובא כוחו זוכים לתשלום של סכומים משמעותיים, אין זה מופרך להניח כי הנתבעים הסכימו לשלם סכומים אלו מאחר שהם עצמם יודעים שמדובר בתובענה ייצוגית טובה ובעלת סיכויי הצלחה בלתי-מבוטלים. במקרה כזה, תמורת תשלום נמוך יחסית, לתובע ולבא כוחו בלבד, מסלקים הנתבעים את התביעה הבעייתית. בנסיבות אלו, יש מקום לביקורת שיפוטית לא רק של הסכומים המוסכמים, אלא חשוב מכך – של השאלה אם יש מקום לאשר את בקשת ההסתלקות או שמא יש לפעול באמצעות מתן הוראות לפרסום מודעה בעיתונות לשם איתור תובע ייצוגי חלופי, שייכנס לנעלי המסתלק.

לכן אנו סבורים כי ראוי לקבוע בפסיקה רף מסוים. הסדר ההסתלקות הכולל תשלום של סכומים הנמוכים מאותו רף יאושר ללא קושי, למעט במקרים חריגים. מוצע כי רק אם יחרוג הסדר ההסתלקות מהרף האמור, יצטרכו הצדדים לנמק ולשכנע את בית המשפט כי יש תועלת מסיימת בהסדר ההסתלקות עבור הקבוצה, או כי הנתבע תיקן את דרכיו בדרך כלשהי במסגרת הסדר ההסתלקות.

הרף צריך להיות מבוסס הן על השלב שאליו הגיע הדיון והן על מידת ההשקעה שהושקעה בתיק. עליו אף לבטא כמובן גם את הערכת בית המשפט לטיב העבודה שהושקעה בתביעה, קרי – אם מדובר בתביעה מבוססת וראויה, שהושקעה בה עבודת מחקר בתביעה שהוגשה כלאחר יד מבלי שנבדקו קיומה של עילת תביעה ויתר היסודות הנדרשים לאישור תביעה כייצוגית.

ההמלצה היא כי במקרה הרגיל, כאשר באה ההסתלקות מבלי שנוהלו עדיין חקירות עדים, הרף המרבי לשכר טרחה יהיה סך מצרפי של כ-120,000 ש"ח בעבור גמול (או "החזר הוצאות") לתובע ושכר טרחה לעורך דינו.<sup>118</sup>

עוד נמליץ כי אם הוגשה בתיק חוות דעת של מומחה מטעמו, יהיה בכך כדי להצדיק לשקול החזר גדול יותר עבור התובע אישית. גם אם נערכו חקירות עדים או נוהלו הליכים מקדמיים (גילוי מסמכים ובקשות ביניים אחרות), יהיה בכך כדי להצדיק את הגבהת הרף האמור.

הרף המוצע לעיל סביר, לדעתנו, לאור ההשקעה הרבה הכרוכה בהכנת בקשת אישור ועבודת לימוד התחום המתלווה לכך. עבור הפרקליט העוסק בתביעות ייצוגיות, כל תובענה ייצוגית מוליכה אותו ללימוד (ולו חלקי) של תחום עיסוק חדש שבו לא היה לו, עד לאותה עת, כל ידע מוקדם. כך, למשל, אין דומה הגשת תובענה

<sup>117</sup> פרשת גולדשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7393–7394. ראו דיון בנושא זה גם בסעיף 2.1 למאמר.

<sup>118</sup> מוצע כי סכום זה לא יכלול את סכום המע"מ על החלק היחסי של שכר טרחה עורך הדין.

ייצוגית נגד חיובי יתר של חברה סלולרית, לתובענה ייצוגית בגין עמלות בנק או בגין חיובי ארנונה או מים שגויים של רשות מקומית. כל תביעה כזו מחייבת את עורך הדין של התובע הייצוגי, אם ברצונו להתמודד כראוי עם הנתבעים בבית המשפט, למלאכת לימוד של תחום זר לו, וזאת בלוח זמנים קצר. והכול, מבלי שהלקוח (התובע הייצוגי) שילם לו דבר בגין טרחתו הרבה.

במצב דברים זה, חלק שגרתי בפרקטיקה של הפרקליט המייצג תובעים ייצוגיים הוא קבלת החלטה, לאחר שהשקיע כמה עשרות שעות עבודה, אם לקדם את הטיפול בתביעות פוטנציאליות שהובאו לשולחנו, אם לאו. עורך הדין יגיש רק את התביעות שבהן זיהה גם עילת תביעה אישית, גם נזק אישי, גם קיומה של קבוצה הומוגנית יחסית ועוד כהנה וכהנה תנאי יסוד.

בנסיבות אלו ברור כי גם בתביעות שמעולם לא הגיש, משקיע פרקליטו של התובע הייצוגי שעות עבודה לא מעטות. למותר לציין, כי ודאי שגם בתביעה שממנה הסתלקו הלקוח ועורך דינו הושקעה עבודה ניכרת. גם עובדה זו צריכה להילקח בחשבון בשקילת הסכום הראוי לשכר טרחה אגב הסתלקות.

חשוב להבחין בין תביעות טובות, שהושקעה בהן – לכאורה – עבודה ניכרת, ובין תביעות לא ראויות, לא מבוססות, שלא הושקעה בהן עבודה נאותה של לימוד החומר, עובדתי או משפטי. זוהי הבחנה חשובה שלא תמיד מקבלת את המקום הראוי לה.

קטגוריית התביעות הראויות אינה צריכה להימדד באותו סרגל שבו נמדדות התביעות הלא מבוססות. נסיגה מתביעות מהסוג הראשון אינה מעידה, בהכרח, על כישלון, אלא (גם) על קשיים אובייקטיביים בניהול התביעה או בהוכחתה ברמה הדרושה. אין דין נסיגה מתביעה טובה וראויה לכאורה, כדין נסיגה מתביעת סרק, למשל כזו שהוכנה בחופזה, בחוסר מקצועיות ובלא שום עבודת הכנה ראויה. הסתלקות מתביעת סרק בוודאי אינה מצדיקה מתן הטבה לתובע ולפרקליטו, לא כגמול, לא כשכר טרחה, ולא כ"החזר הוצאות".

המלצה נוספת נוגעת למקרים שבהם משולמים סכומים גבוהים כגמול ושכר טרחה. במקרים שבהם מבוקש סכום מצרפי (גמול ושכר טרחה) העולה על כ- 120,000 ש"ח לערך, מוצע כי בית המשפט ידרוש מפרקליט התובע הייצוגי פירוט שעות שהושקעו בתיק מטעמו.<sup>119</sup> מסירת דוח שעות מפורט שכזה, המציג גם את התעריפים שגובה המשרד בגין כל עובד, יאפשרו לקבל קנה מידה מסוים בגין ההשקעה בתיק עד לנקודת ההסתלקות. נתון חשוב זה יקנה לבית המשפט כלי עזר

<sup>119</sup> חלק ניכר ממשרדי עורכי הדין נעזרים כיום בתכנות של ניהול משרד, לרבות של חיובי שעות הלקוח. תכנות אלו מאפשרות לבדוק, בקלות רבה, כמה שעות הושקעו, על ידי מי מעובדי המשרד ובגין מה הן הושקעו.

חשוב מאין כמוהו להערכת הבקשה המוסכמת באשר לשכר הטרחה.

### 5.10 המלצה לעניין חובת פרסום במקרים חריגים של גמול ושכר טרחה גבוה

מוצע לקבוע כי אם מתבקשים גמול או שכר טרחה (או "החזר הוצאות") בסכום גבוה יחסית (העולה, כאמור, על סכום מצרפי של כ-120,000 ש"ח) אזי, כדרך של שגרה, יורה בית המשפט על פרסום מודעות בעיתונות בדבר כוונת ההסתלקות. הפרסום בנסיבות אלו ישיג מטרה חשובה של ניסיון לאתר תובע חלופי, שייכנס לנעלי התובע המסתלק. מדוע דרוש הדבר? למעשה, עצם נכונותו של הנתבע לשלם לתובע ולפרקליטו סכום נכבד של כסף "מדברת בעד עצמה", ומעידה כי גם הנתבע סבור שהתביעה טומנת בחובה סיכונים בלתי-מבוטלים עבורו. ואם כך הדבר, משמע שככל הנראה אין מדובר בתביעת סרק, אלא בתביעה הנשענת על מסד איתן, יחסית. גם אם מדובר בתביעה מורכבת או קשה להוכחה, גם אז ייתכן שיש בה ממש. ומי כנתבע, יודע להעריך היכן מצויות נקודותיו הרגישות?

על כן הסכמת הנתבע לשלם סכום נכבד על מנת לסלק ממנו מטרד זה, גם ללא מעשה בית דין ביחס לכל יתר חברי הקבוצה, חייבת להדליק "נורה אדומה" לפחות לעיני בית המשפט. הדרך הנכונה להתמודד עם נורה אדומה זו אינה הפחתת הסכומים המוסכמים והמבוקשים. לפחות זו אינה הדרך היחידה. הדרך הנכונה לטפל באותם מצבים היא להורות על פרסום, שכן אם מדובר בתביעה שאיננה תביעת סרק, אלא כזו המהווה מטרד אמיתי עבור הנתבע, ראוי לפחות לנסות לאתר תובע חלופי. הדרך הטובה ביותר לעשות כן היא באמצעות פרסום מודעה בעיתונות. מובן שבמקרה כזה הנתבע, הנושא לרוב בעלות הפרסום, צריך לקבל מבית המשפט הוראות מפורטות: כיצד והיכן לפרסם, ולא פחות חשוב מכך – מה גודל המודעה. שכן, כלל ידוע בקרב קהילת עורכי הדין היא כי מודעה "חיובית" מפרסמים בעיתון כלכלי נפוץ ובגודל מושך עין. להבדיל, מודעות שאין בהן תועלת למפרסם נוטות למצוא את דרכן (פרי יד המקרה, כמובן) אל עיתונים יומיים הידועים כבעלי תפוצה נמוכה במיוחד, וגם בהם – הן יידחקו אל העמודים הנקראים פחות. לדעתנו, יש מקום לחייב כיום פרסום לא רק בעיתונות כתובה, אלא גם באתרי אינטרנט פופולריים רלוונטיים, כגון אתרים כלכליים (בתביעות בנושאי ניירות ערך והשקעות) או פורטלים פופולריים אחרים (בתביעות צרכניות).

### 5.11 המלצה לעניין מגבלות על הגשת תביעה חדשה הזזה לתביעה שהסתלקו

#### ממנה

לא תהיה זו הגזמה לומר כי עורך הדין של התובע הייצוגי הוא גם האדריכל, גם המהנדס וגם הבנאי של התביעה הייצוגית. הוא זה שאחראי להחלטה העקרונית

והבסיסית אם יש לתובע הייצוגי שהוא מייצג עילת תביעה אישית, ואם ניתן להגיש את התובענה הייצוגית. עורך הדין הוא גם זה שאמור לאפיין את עילת התביעה המשפטית, להגדיר כהלכה את העוול שנגרם לתובע, את הקבוצה שהתובע יכול לייצג ואשר סבלה מאותו נזק, וכן את הנזק שנגרם, הקשר הסיבתי בין העוולה לבין הנזק ועוד.

על כן, כאשר מסולקת תובענה ייצוגית ביזמת התובע הייצוגי, משמע שמלאכת האדריכלות, ההנדסה והבנייה לא הייתה מיטבית. לעתים הדבר נובע מכשלי שוק, מהיעדר מידע ומקשיים אובייקטיביים שהקשו על מלאכת עורך דין, אך לעתים הוא נובע מחיפזון ומעבודה לא מקצועית או רשלנית ממש.

אנו סבורים כי תהא הסיבה לכישלון אשר תהא, יש מקום לכלול במסגרת הסדר ההסתלקות התחייבות של עורך הדין, שהגיש את התביעה הייצוגית, להימנע מלהגיש תביעה זהה חדשה נגד אותו נתבע. אם תאמר אחרת, הרי שעורך דין שהטריח נתבע אחד או יותר בתביעה שנמצא שאין לה יסוד, יוכל להגיש תביעה זהה חדשה (עם תובע חדש) ובכך להטריד בשנית את הנתבע. יתרה מזאת, מאחר שהסדרי הסתלקות רבים כוללים תשלום שכר טרחה לעורך הדין של המסתלק, הרי שהגשת תביעה מחודשת, זהה לזו ממנה הסתלק עורך הדין, נראית לנו לא ראויה, בייחוד בהתחשב בכך שלקבוצה הייצוגית, שהתיימרו לייצג, לא צמחה כל טובה מהתביעה המסולקת.<sup>120</sup>

## 6. סוגיית חיוב התובע המסתלק בהוצאות משפט

אחת השאלות הבעייתיות בכל הנוגע להסתלקות מתביעה ייצוגית היא אם יש מקום לחייב את המסתלק בהוצאות משפט. לכאורה התשובה לכך הייתה צריכה להיות חיובית, שכן הוא גרם לנתבע (ולעתים לשורה של נתבעים בצוותא) להוצאות נכבדות. לעתים קרובות ההוצאות המשפטיות של כל נתבע יסתכמו ב-100 אלף ש"ח, אם לא למעלה מכך. בתביעות מורכבות, כגון בתחומי ניירות ערך, השקעות, ביטוח ובנקאות, הסכום מכפיל ומשלש את עצמו ואף יותר, בייחוד אם נדרשו חוות דעת של מומחים.

בנסיבות אלו היה מקום לצפות כי הנתבעים יעמדו על כך שהתובע המסתלק יחויב בהוצאות משפט, שיכסו, ולו באופן חלקי, על הוצאותיהם. ואולם בפועל אין הדבר מתרחש, ובמרבית המקרים מוגשת בקשת ההסתלקות בהסכמת שני

<sup>120</sup> בכמה מקרים כבר נקבע כי התובע הייצוגי וב"כ לא יהיו מעורבים בתביעה דומה נגד אותו נתבע: ראו – פרשת **מקסימוב**, לעיל ה"ש 95. כן ראו ת"צ (ים) 6786-05-10 **שרון ביאלקוביץ נ' עיריית ירושלים**, (טרם פורסם, 05.01.2012); ת"צ (תא) 1403-08 **לבון נ' סלקום ישראל בע"מ** (טרם פורסם, 20.01.2012).

הצדדים.<sup>121</sup> הסכמה זו מלווה לא רק בויתור הנתבע על הוצאותיו, אלא לעתים קרובות כוללת גם המלצה מוסכמת לתשלום דווקא לתובע ולבא כוחו. ההסבר למצב דברים זה הוא העלות הגבוהה של המשך ניהול ההליך מבחינת הנתבע. עלות הייצוג המשפטי, העדת מומחים וכיוצא בזה, צפויים לחייב את הנתבע בהוצאות נכבדות אם תמשיך להתנהל התובענה הייצוגית. מאחר שבמקרים רבים, גם כאשר תידחה בקשת האישור לא יחויב התובע הייצוגי בהוצאות משפט ראליות, שיחזירו לנתבע את מלוא הוצאותיו האמיתיות, הרי ברורה הסכמתו לוותר על הדרישה לחיוב התובע המסתלק בהוצאות משפט.

יש היגיון בפרקטיקה האמורה, שכן הנתבע יודע טוב יותר מכל אדם אחר אם כדאי לו לוותר על הוצאות המשפט, אם לאו. ראוי להעיר כי במקרים רבים התובע הייצוגי פועל בנחיתות אינפורמטיבית כה גדולה, ופערי העצמה וההון בין התובע לנתבע הם כה גדולים, עד שברור שלעתים אין התובע יודע עד כמה טובה תביעתו. בין בשל פערי מידע ובין בשל היעדר ראיות, ברור כי הנתבע יודע זאת היטב, בוודאי טוב יותר מהתובע הייצוגי. על כן לא יהיה זה מופרך להניח כי במקרים לא מעטים שבהם נזנחה תובענה ייצוגית, מדובר בתביעות הראויות להתברר. אלא שהתובע לא ידע זאת, ואף אם ידע – אולי לא יכול היה להוכיח את טענותיו ברמה הדרושה לשם זכייה בהליך המשפטי. בנסיבות אלו, ויתורו של הנתבע אינו ויתור של קרבן עשוק. נהפוך הוא.

במרבית המקרים, כאמור, מוגשת בקשת ההסתלקות בהסכמת הנתבע ומוגשת המלצה משותפת על תשלום גמול ושכר טרחה. אך לא תמיד: מקרה חריג שבו לא לוותה ההסתלקות בהסכמה כזו היה בפרשת **טילמן**, שם מחד גיסא עתרו המבקש ובאי כוחו לפסוק להם גמול ושכר טרחה, ומנגד דרשה הנתבעת לחייב את המבקש המסתלק בהוצאות משפט. כאמור, אמנם אישר בית המשפט המחוזי, מפי השופט ד"ר עמירם בנימיני, את ההסתלקות, אך דחה את הבקשות ההדדיות: הן את זו של המבקש ובאי כוחו והן את זו של הנתבעת. ניכר מפסק הדין במקרה חריג זה כי החלטת בית המשפט נבעה מהתרשמותו כי מדובר בתובענה ייצוגית בלתי-מבוססת, שהוגשה מבלי שהתובע טרח לבדוק היטב את העובדות, וגם כאשר התגלו לו העובדות הנכונות במסגרת תשובת הנתבעת, הוא סירב לסגת, אלא אם כן ישולם לו גמול ושכר טרחה. ומנגד, נדחתה הבקשה לחייב את התובע בהוצאות מאחר שהנתבעת אמנם תיקנה את הטעות וזיכתה את לקוחותיה שחויבו בטעות, אך לא

<sup>121</sup> למקרה חריג שבו ביקשה הנתבעת לחייב את התובע המסתלק בהוצאות משפט, ראו פרשת **מסורי**, לעיל ה"ש 42. יצוין כי השופט פרגו בבית המשפט המחוזי בת"א דחה עתירה זו ואישר את ההסתלקות בלא חיוב בהוצאות; למקרה נוסף שבו עתירה דומה של נתבע דווקא התקבלה, ראו פרשת **מוסלי**, לעיל ה"ש 51, שם הייבה השופטת מיכל נד"ב (בית המשפט המחוזי מרכז) את התובע המסתלק ב-7,500 ש"ח הוצאות משפט (אף שהנתבעת עתרה לחיוב בהוצאות ראליות).

מצאה לנכון להודיע להם על כך, והזיכוי לא נעשה בצורה שקופה.<sup>122</sup> חיוב תובע ייצוגי מסתלק בהוצאות משפט בסכום של 50,000 ש"ח הוא נדיר בהחלט. בפרשת **מוחיילוב** מצאה השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן לחייב את התובע המסתלק בסכום גבוה זה, מאחר שהתביעה הייצוגית לא הראתה כל עילת תביעה אישית של התובע הייצוגי, וכן מאחר שלא טרחה לפנות לחברה הנתבעת בטרם הגשת התביעה על מנת לוודא אם יש לו עילת תביעה, אם לאו. השופטת אגמון-גונן ביקרה בהזדמנות זו את המגמה המתרחבת של הגשת תביעות סרק ייצוגיות. הדבר פוגע, לדבריה, לא רק במערכת בתי המשפט ביצירת עומס כבד, אלא גם במוסד התביעה הייצוגית:

"בנסיבות אלה, אישור ההסתלקות ללא הוצאות יביא לכל התקלות עליהן עמדתי לעיל. הדבר יעודד הגשת תביעות סרק כאשר תובעים פוטנציאליים יגידו לעצמם גם אם אין ממש ראיות או עילה, ניתן לנסות כשבמקרה הגרוע בית המשפט ימליץ על דחיית התובענה ללא צו להוצאות. על כן תביעות כאלה יש להורות על פסיקת הוצאות על אף ההסכמה להסתלקות בשלב הראשוני."<sup>123</sup>

במקרה אחר חייבה השופטת אגמון-גונן תובע מסתלק בהוצאות משפט בסך של 46,565 ש"ח לטובת נתבע אחד, מתוך לא פחות מ-23 שנתבעו באותה תביעה. זאת, לאחר שאותה נתבעת עמדה על פסיקת הוצאות לטובתה.<sup>124</sup> מקרה דומה היה בפרשת **ענבר אחזקות**, ששם בהיעדר עילה אישית של התובע הייצוגי, מצאה השופטת מיכל נד"ב מבית המשפט המחוזי מרכז, לחייב את התובע המסתלק בהוצאות משפט נכבדות של 25,000 ש"ח בצירוף מע"מ.<sup>125</sup> מקרה חריג נוסף, שבו מצא בית המשפט לחייב תובע ייצוגי שהסתלק בהוצאות משפט בסך 15,000 ש"ח, היה בפרשת **ליפשיץ**. שם ציין השופט ענבר, מבית המשפט המחוזי בירושלים, כי כבר למקרא בקשת האישור היה ברור כי אין לתובעת עילת תביעה אישית נגד הנתבעת.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> פרשת **טילמן**, לעיל ה"ש 47.

<sup>123</sup> ת"צ (ת"א) 33648-09-10 **מוחיילוב נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, 3 (טרם פורסם, 19.9.2011). למקרה נוסף שבו חויב התובע המסתלק בהוצאות ראו ת"צ (מרכז) 50272-07-10 **אבו פריח נ' טמפו משקאות בע"מ** (טרם פורסם, 10.1.2011).

<sup>124</sup> ת"צ (ת"א) 23132-11-10 **סופר מרדכי נ' מט"ח 24 בע"מ** (טרם פורסם, 16.12.2011). יצוין כי הנתבעת דרשה כי יפסקו לה הוצאות ריאליות, אך בית המשפט הסתפק בחיוב בסך של כ-46,565 ש"ח, כאמור.

<sup>125</sup> ת"צ (מרכז) 4354-03-08 **ענבר אחזקות בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (טרם פורסם, 11.1.2011).

<sup>126</sup> פרשת **ליפשיץ**, לעיל ה"ש 42. הצדדים לא עתרו לפסיקת גמול או שכר טרחה, אך מנגד לא

בפרשת **שדה** דווקא עמדו הנתבעים על חיוב המסתלקים בהוצאות משפט, והתנו את הוויתור על ההוצאות בהצהרה מצד התובעים המסתלקים כי לא יגישו תביעה אחרת. השופטת מיכל נד"ב, מבית המשפט המחוזי מרכז, מצאה לנכון לחייב את התובעים הייצוגיים בהוצאות בסך של 3,500 ש"ח, מאחר שלא הצהירו זאת.<sup>127</sup> אנו סבורים כי הדרך למגר את תופעת תביעות הסרק הייצוגיות היא לחייב בהוצאות משפט את התובע המסתלק, ובמקרים קיצוניים, שבהם ברור שהאשם המרכזי בהגשת תביעת סרק או אף כזו שהוגשה בחוסר תום לב, רובץ לפתחו של פרקליטו של התובע הייצוגי – אף יש לשקול הטלת הוצאות אישיות על פרקליטו.<sup>128</sup>

## 7. חובת פרסום

סעיף 16(ד)(1) לחוק קובע כי במקרה של הסתלקות רשאי בית המשפט להורות על פרסום הודעה בדבר ההסתלקות, והכול – "אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור".<sup>129</sup> באופן מעורר תמיהה מצא מחוקק המשנה להתקין בסוגיה זו תקנה הסותרת במפורש את לשון החוק. תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות<sup>130</sup> (להלן: "התקנות") קובעת כדלקמן – "ב) הוגשה בקשת הסתלקות, יורה בית המשפט על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לפי הוראות סעיף 25 לחוק וכן על משלוח ההודעה כאמור, ליועץ המשפטי לממשלה, בצירוף העתק מן הבקשה ומן התובענה, למנהל בתי המשפט [...] ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיוורה". להבדיל, סעיף 16(ד)(1) לחוק קובע כדלקמן: "אישר בית המשפט את הסתלקותם של כל המבקשים או כל באי הכוח המייצגים מבקשה לאישור [...] רשאי בית המשפט להורות על פרסום הודעה על כך, והכל אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור". במילים אחרות, החוק קובע במפורש כי לא נדרש פרסום בדבר הסתלקות כל עוד לא אושרה התביעה כייצוגית, אם כי בית המשפט רשאי להורות על פרסום – "אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין". לעומת זאת, התקנות קובעות חובת פרסום על

ביקשה הנתבעת לחייב את התובעת המסתלקת בהוצאות משפט. אף על פי כן מצא השופט ענבר לחייב את התובעת בהוצאות משפט בסך של 15,000 ש"ח.

<sup>127</sup> ת"צ (מחוזי מר') 742-11-09 **שדה נ' מינהל מקרקעי ישראל**, תק-מח 10(2) 23559 (2010).  
<sup>128</sup> פרשת **שמיר**, לעיל ה"ש 38. שם ציין בית המשפט כי בשל העובדה שהנתבעות ויתרו על הוצאות, הוא אינו פוסק אותן, אף שהיה מקום לעשות כן; לדעה דומה, המבקרת הגשת תביעות סרק ומביעה את הדעה כי יש מקום לחייב בהוצאות לטובת אוצר המדינה בשל שימוש לרעה בכלי של תביעות ייצוגיות, ראו פרשת **אדרי**, לעיל ה"ש 38.

<sup>129</sup> הסיפה לס' 16(ד)(1) קובעת כי במקרה של פרסום כאמור, יחולו ההוראות לעניין פרסום ההודעה כמפורט בס' 16(ד)(4) לחוק.

<sup>130</sup> ת' 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.



אודות בקשות ההסתלקות בלא הבחנה בין בקשת אישור שאושרה ובין כזו שטרם אושרה. כלומר, לפי התקנות חלה, לכאורה, חובת פרסום בדבר הודעת הסתלקות גם בטרם אושרה התביעה כייצוגית. וזאת, בניגוד ברור ללשון סעיף 16 לחוק, כאמור. במרבית המקרים אימצה הפסיקה, מטבע הדברים, את הוראות סעיף 16 לחוק והעדיפה אותה על פני חקיקת המשנה.

בפרשת הר-עוז אכן הבחין השופט פרויף עופר גרוסקופף, מבית המשפט המחוזי מרכז, בין הסתלקות לפני אישור התביעה כייצוגית ובין לאחריה, וקבע כי כאשר ההסתלקות מבוקשת לפני האישור, שמור לבית המשפט שיקול דעת אם להורות על איתור מבקש או בא כח חלופיים, וכנגזר מכך – אם יש מקום להורות על פרסום בקשת ההסתלקות. נפסק כי תקנה 11(ב) לתקנות אמנם מורה על פרסום בקשת הסתלקות, אך יש ליישב הוראה זו עם הוראת סעיף 16(ד) לחוק, אשר אינו מחייב פרסום במקרה של הסתלקות, אלא מותיר שיקול דעת לבית המשפט. להבדיל, אם ההסתלקות באה לאחר אישור התביעה כייצוגית, קובע סעיף 16(ד)(2) לחוק כי על בית המשפט להורות על פרסום מבלי שניתן לו שיקול דעת בנושא. משמע, במקרה כזה חייב בית המשפט לפעול לאיתור תובע ייצוגי או בא כוח חלופיים, ולשם כך בא הפרסום.

את עמדתו, שלפיה אין חובת פרסום בטרם אישור התביעה כייצוגית, מבסס השופט גרוסקופף על שלושה טעמים: ראשית, יש להעדיף הוראת חקיקה ראשית (חוק) על פני חקיקת משנה (תקנה); שנית, תקנה 11 הותקנה מכוח סעיף 25 לחוק וסעיף זה לא הקנה לשר שהתקין את התקנות סמכות לסטות מהוראת החוק לעניין חובת הפרסום, אלא רק הסמיך אותו לקבוע כי כאשר נמסרת הודעת הסתלקות היא תימסר במקביל לגופים או בעלי תפקידים נוספים שהשר יפרט בתקנות. שלישית, תכלית הפרסום היא לאפשר איתורו של תובע חלופי. ואולם בית המשפט הוא אשר אמור לשקול אם יש טעם באיתור כזה ובהשקעת משאבים נוספת, שעלולה רק לעכב ולסרבל את ההליך.<sup>131</sup>

ומסכם השופט גרוסקופף – "אין לקרוא את הוראת תקנה 11(ב) כבאה לחדש לעניין המצבים בהם יש למסור הודעה על הסתלקות (הודעה אינה צריכה להינתן בכל מקרה, אלא רק אם ההסתלקות היא אחרי אישור התובענה כייצוגית או אם בית המשפט הורה על כך, כמתחייב מסעיף 16(ד) לחוק), וגם לא לעניין מועד מתן ההודעה (ההודעה אינה צריכה להינתן בעת הגשת הבקשה, אלא, לאחר אישור בקשת ההסתלקות, כפי שנקבע בסעיף 16(ד) ו-25(א)(2) לחוק".<sup>132</sup>

גם בפרשת בן בשט סבר בית המשפט כי אין מקום להורות על פרסום בקשת ההסתלקות, בנימוק כי יש לתת לתקנה 11(ב) לתקנות פרשנות המתיישבת עם

<sup>131</sup> פרשת הר-עוז, לעיל ה"ש 59, בפס' 28 לפסק-הדין.

<sup>132</sup> שם, בפס' 29 לפסק-הדין.

הוראת סעיף 16(ד) לחוק.<sup>133</sup> באופן דומה קבעה השופטת אלמגור, בבית המשפט המחוזי בת"א, כי אין מקום לפרסום בקשת ההסתלקות כל עוד לא אושרה התביעה כייצוגית, ונימקה זאת לא רק בלשון החוק, אלא גם ברציונל החקיקה, שהוא לא להכביד שלא לצורך על ניהול תביעות חסרות סיכוי שלציבור לא תצמח כל תועלת מניהולן.<sup>134</sup>

בפרשת **יוסביץ** מצא בית המשפט לבטל החלטה קודמת שניתנה על ידו בעניין פרסום בקשת ההסתלקות, תוך שהוא קובע כי "לכאורה [...] קיימת בעייתיות" בתקנה 11(ב) לתקנות.<sup>135</sup>

עם זאת, במרבית המקרים, כגון למשל בפרשת **סיניה**, לא מצא בית המשפט להורות על פרסום, וזאת ללא כל הנמקה.<sup>136</sup>

מנגד, בפרשת **ינאי** מצא בית המשפט להורות על פרסום ההסתלקות בלא הנמקה מיוחדת, למעט הוראת תקנה 11(ב) האמורה לעיל.<sup>137</sup>

בפרשת **מזור** ביקרה השופטת שטמר בקשת הסתלקות שהותנתה בכך שלא יהיה פרסום. היא סברה שיש להבחין בין הסתלקות לפני שאושרה התביעה כייצוגית, שאז הפרסום נתון לשיקול דעת בית המשפט, ובין הסתלקות לאחר שאושרה התובענה כייצוגית. במקרה האחרון כלל אין שיקול דעת וקיימת חובת פרסום.<sup>138</sup> ואף שבפניה הובאה בקשת הסתלקות לפני שאושרה התביעה כייצוגית, מצאה השופטת שטמר להורות על פרסום דבר ההסתלקות, ונימקה זאת בחשיבות הציבורית של מידע שכזה ובאינטרס השקיפות. וכדבריה – "כגודל החשיבות הציבורית בנושא הנדון, כך הצורך לפרסם את דבר ההסתלקות".<sup>139</sup>

ראוי להזכיר בהקשר זה את פרשת **דלקול**, שם סבר נציג היועץ המשפטי

<sup>133</sup> פרשת **בן בשט**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 5; דעה דומה הביעה השופטת ענת ברון בת"צ (מחוזי ת"א) 13675-03-09 **מישורי נ' דקלה חברה לבטוח בע"מ**, תק-מח 10(4) 22370 (2010); ראו גם ת"צ (ת"א) 39037-07-10 **ציגלר נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (טרם פורסם, 13.4.2011); וראו גם פרשת **מריאנצ'יק**, לעיל ה"ש 70.

<sup>134</sup> ת"צ (ת"א) 518-01-11 **אוהיון נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ** (טרם פורסם, 21.6.2011); ראו גם פרשת **גבלי**, לעיל ה"ש 27; וכן פרשת **מזרח ומערב**, לעיל ה"ש 116.

<sup>135</sup> פרשת **יוסביץ**, לעיל ה"ש 61, בפס' 7 לפסק הדין.

<sup>136</sup> פרשת **סיניה**, לעיל ה"ש 51; פרשת **גוטליב**, לעיל ה"ש 116; ת"צ (מחוזי מר') 2918-12-09 **כהן נ' רבוע כחול – ישראל בע"מ**, תק-מח 10(2) 6894 (2010); ת"צ (מחוזי יד') 3259-09 **בן נון נ' אסם תעשיות מזון בע"מ**, תק-מח 10(2) 4478 (2010); פרשת **קירד**, לעיל ה"ש 51; ת"צ (מנהליים מר') 32440-01-10 **סגל פרידמן נ' מדינת ישראל – משרד הפנים**, תק-מח 10(2) 4527 (2010).

<sup>137</sup> פרשת **ינאי**, לעיל ה"ש 63 באותו מקרה גם הורתה השופטת על העברת הבקשה ליועץ המשפטי לממשלה, לקבלת עמדתו. במקרה נוסף שבו הורה בית המשפט על פרסום ההסתלקות, ראו ת"צ (תא) 13038-02-11 **רובין נ' גלוברנדס בע"מ** (טרם פורסם, 20.11.2011).

<sup>138</sup> פרשת **מזור**, לעיל ה"ש 79, בפס' 7א.

<sup>139</sup> שם.

לממשלה כי יש לפרסם את בקשת ההסתלקות, בין היתר, על מנת שבאמצעות הפרסום ניתן אולי יהיה לאתר תובע חלופי. הוא נימק עמדתו זו גם בכך שמדובר בהסדר הסתלקות, שבצדו המלצה לתשלום גמול ושכר טרחה. ואולם השופטת ברוך בבית המשפט המחוזי בת"א סברה אחרת, וקבעה כי לא בכל מקרה שבו כוללת ההסתלקות תשלום גמול ושכר טרחה, שומה על בית המשפט להורות על פרסום מודעת הסתלקות בעיתונות, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שדרישת הפרסום אינה קבועה בחוק בנוגע להסתלקות שבאה בטרם אושרה התביעה כייצוגית, אלא רק בנוגע להסכמי פשרה או בנוגע להסתלקות מתביעה שכבר אושרה כייצוגית; ושנית, מאחר שאישור הסתלקות אינו מחייב איש מחברי הקבוצה ואינו יוצר מעשה בית דין, אין מקום לסרב לאתחיל את הליך ההסתלקות.<sup>140</sup> השופטת ברוך אף הוסיפה וקבעה כי בית המשפט לא יורה על פרסום אם סיבת ההסתלקות נעוצה בהיעדר סיכויים לתביעה, להבדיל מנימוק של היעדר עילת תביעה אישית, שאז יש מקום לנסות לאתר תובע חלופי.<sup>141</sup>

באשר לנימוק כי הפרסום יאפשר איתור תובע חלופי, הרי טיעון זה של היועץ המשפטי לממשלה נכון בחלקו, ורק באותם המקרים שבהם מדובר בתביעה טובה המגלה עילה לכאורה.

במקרים רבים באה ההסתלקות לאחר שהתובע ובאי כוחו אכן מבינים שהתביעה אינה טובה ומבוססת דיה, או שיש בה קשיים ראייתיים ממשיים אשר בעטיים סיכויי הצלחת התביעה נמוכים מאוד.<sup>142</sup> בנסיבות כאלו, ספק אם ימצא בנקל תובע חלופי שיהיה מוכן ללבוש את החליפה הבעייתית. ראו בעניין זה, למשל, דברי השופטת ענת ברוך במקרה שכזה –

”רובן של בקשות ההסתלקות מוגשות בשלב זה של הדיון דווקא משום שלנוכח התגובה לבקשת האישור מתברר כי אין בהן ממש, או שאין בהן תועלת לקבוצה או לציבור; או בהיותן בקשות סרק שלא היה מן הראוי להגישן מלכתחילה. כאשר מתברר כי זה המצב – ממילא אין כל רבותא בהחלפת תובע מייצג או בא כוח מייצג, ואף לא בפרסום דבר ההסתלקות.”<sup>143</sup>

ואכן, כאשר סבר בית המשפט כי התביעה הייצוגית שהוגשה אינה ראויה, הוא מצא שדרישת הפרסום מיותרת, באשר אין בה כל תועלת.<sup>144</sup>

140 פרשת **דלקול**, לעיל ה"ש 6, פס' 11 לפסק הדין.

141 שם.

142 ראו דיון בנושא זה בסעיף 4.2 לעיל.

143 פרשת **מישורי**, לעיל ה"ש 133, פס' 3 לפסק הדין.

144 פרשת **טנוס**, לעיל ה"ש 88, פס' 11 לפסק הדין.

לדעתנו, כאמור, וכפי שהוצגה בהרחבה בסעיף 5.10 לעיל, את ההחלטה בעניין פרסום דבר ההסתלקות יש לקבל בעיקר בהתאם להערכת בית המשפט באשר לטיבה של התובענה הייצוגית. במילים אחרות, יש לשמור את הפרסום למקרים המצדיקים את החלפת התובע המסתלק, בשל היותה של התביעה ראויה וטובה, לכל הפחות – לכאורה (ובהתחשב בשלב המקדמי של בירורה). מנגד, בבקשת הסתלקות הנוגעת לתביעה שאינה מוצקה ואינה נשענת על אדנים איתנים, משפטיים או עובדתיים, אין טעם ואין תכלית בפרסום. שכן, פרסום בהקשר של בקשת הסתלקות נועד בראש ובראשונה, כאמור, לאפשר איתור של תובע ייצוגי חלופי. וברור לכל בר דעת כי אין כל תכלית בזימונו של תובע חלופי בתביעת סרק שמוטב לה שתיזנח.

בנוסף, ייאמר כי חובת הפרסום אף אינה צריכה להיות כרוכה בסוגיית גובה סכום הגמול ושכר הטרחה המבוקשים אגב ההסתלקות. סוגיה זו היא עניין נפרד, הצריך להיבחן לפי שיקולים שכבר נדונו לעיל,<sup>145</sup> ואין הם אמורים להשליך על נושא הפרסום של בקשת ההסתלקות.<sup>146</sup>

כפי שכבר הצענו לעיל, יש מקום לדעתנו לחייב כיום פרסום לא רק בעיתונות כתובה, אלא גם באתרי אינטרנט פופולריים ולוונטיים, כגון אתרים כלכליים (בתביעות בנושאי ניירות ערך והשקעות) או פורטלים פופולריים אחרים (בתביעות צרכניות).

## 8. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

כפי שכבר צוין לעיל, על הסתלקות תובע ייצוגי חל סעיף 16 לחוק, ולפיו – להבדיל ממקרה של פשרה – אין צורך בפנייה ליועץ המשפטי לממשלה על מנת לשמוע את עמדתו בנושא. אכן, במרבית המקרים, הפנייה לקבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי בנוגע לבקשות הסתלקות אינה דרושה מבחינה עניינית. מה עוד שמבחינת הדיון, כאמור, לא נדרשת פנייה כזו אגב הסתלקות, אלא רק אגב בקשה לאישור הסדר פשרה.

אף על פי כן מוצא לעתים בית המשפט לנכון לפנות בכל זאת ליועץ המשפטי לממשלה, בהיותו זה אשר מופקד על "האינטרס הציבורי".<sup>147</sup> בבקשת הסתלקות עומדות להכרעה בפני בית המשפט, למעשה, שתי סוגיות מרכזיות: האחת – האם להתיר את ההסתלקות, והשנייה – האם לאשר תשלום החזר

<sup>145</sup> ראו סעיף 5 למאמר. יובהר כי אמנם, כפי שצוין כבר לעיל, כאשר נדרשים סכומים גבוהים בגין גמול ושכר טרחה יש בכך כדי להצדיק בדיקה קפדנית של בית המשפט. אך הדבר אינו קשור במישרין לסוגיית הפרסום. לדעתנו, הפרסום אינו נגזר מגובה הסכומים הנדרשים, אלא מהערכת בית המשפט אם התביעה ראויה, ואם יש מקום לנסות לאתר תובע חלופי.

<sup>146</sup> לדעה דומה ראו אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 81, בעמ' 63.

<sup>147</sup> פרשת אגרט, לעיל ה"ש 114.

הוצאות ושכר טרחה לתובע המסתלק ובא כוחו (אם הדבר נתבקש). לעמדת היועץ המשפטי יכולה להיות תרומה ממשית (בנוגע לסוגיה הראשונה) במקרים שבהם מתקשה בית המשפט להכריע אם התובענה הייצוגית, כפי שהוגשה, היא כזו שיש בה ממש, ואם יש הצדקה להמשיך ולנהל אותה גם במחיר של איתור תובע חלופי. במקרים כאלו יכול היועץ המשפטי לממשלה, בתור מייצג האינטרס הציבורי, לסייע לבית המשפט ולהאיר בפניו את נקודות החזקה של התביעה ואת האינטרס הציבורי, המצדיקים את המשך ניהולה. סוג נוסף של מקרים שבהם יכול היועץ המשפטי לסייע הוא המקרים שבהם לא ברור אם מדובר בהסדר בדבר הסתלקות או שמא בהסדר פשרה פרטי (עם התובע המסתלק לבדו), שדינו להיפסל. ואולם במרבית המקרים אין בפנייה ליועץ המשפטי לממשלה כדי לסייע לבית המשפט בהכרעה בבקשת ההסתלקות. ואכן, במרבית בקשות ההסתלקות, בתי המשפט כלל אינם מוצאים לנכון לפנות ליועץ המשפטי לממשלה.

באשר לסוגיה השנייה (ההחלטה אם לאשר תשלום לתובע ולפרקליטו), ספק אם יש צורך בפנייה לנציג היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט יכול להכריע בכך בהתאם להתרשמותו מדרך ניהול ההליך על ידי התובע ובא כוחו. בהכרעות כגון אלו יש בידי בית המשפט כל הכלים הדרושים לצורך קבלת ההחלטה, ופנייה לקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה רק תעכב את סיום ההליך, שלא לצורך.

מקרה חריג שבו מצא בית המשפט לנכון לפנות ליועץ המשפטי לממשלה גם בבקשת הסתלקות, מבלי שהדבר דרוש או הכרחי על פי לשון החוק, היה בפרשת **דלקול**. שם החליטה השופטת ברון להפנות את בקשת ההסתלקות ליועץ המשפטי לממשלה, על מנת לקבל את עמדתו בנוגע אליה. ההנמקה לכך הייתה כי בקשת ההסתלקות לוותה בבקשה מוסכמת עם הנתבעים לפסוק לתובע ולבא כוחו גמול ושכר טרחה בסך כולל של 141,000 ש"ח (מחצית הסכום בעבור גמול ומחציתו בעבור שכר טרחת עורך דין). השופטת ברון סברה כי מדובר בסכום נכבד – "ובכך יש לכאורה משום סממנים של הסכם פשרה"<sup>148</sup>.

גם בפרשת **ינאי** מצא בית המשפט להורות על העברת בקשת ההסתלקות לקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם לממונה על הגנת הצרכן.<sup>149</sup> ואולם, כאמור, מדובר במקרים נדירים וחריגים, והכלל הוא כי בקשות הסתלקות כלל אינן מועברות ליועץ המשפטי לממשלה לקבלת עמדתו.

ראוי להזכיר בהקשר זה מקרה חריג שבו הפכה בקשה לאישור הסכם פשרה

<sup>148</sup> פרשת **דלקול**, לעיל ה"ש 6, פס' 3; ראו גם פרשת **אדרי**, לעיל ה"ש 38.  
<sup>149</sup> פרשת **ינאי**, לעיל ה"ש 63. יצוין כי באותו מקרה לא התנגד היועץ המשפטי לממשלה להסדר, ובית המשפט לא פסק כל גמול או שכר טרחה, אלא רק התיר לנתבעת לתרום סכום נמוך יחסית. זאת, לאור קביעתו כי ניתן היה לייתר את התביעה; באופן דומה ראו גם ת"צ (מרכז) 1342-08-10 **מסיקה נ' סלופארק טכנולוגיות בע"מ** (טרם פורסם, 15.11.2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 1539-09 **מופקדי נ' סלקום ישראל בע"מ**, תק-מח 11(4) 957 (2011).

לבקשת הסתלקות, וזאת במידה מכרעת עקב עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהתנגד נחרצות להסכם הפשרה.<sup>150</sup>

## 9. סיכום

במאמרנו זה ניסינו להציג את מגוון הסוגיות הנוגעות לבקשת תובע ייצוגי להסתלק מתובענה ייצוגית שהגיש. פסיקת בתי המשפט בנושא זה אינה אחידה כלל, לא בגישה העקרונית של מידת הפיקוח השיפוטי על הסכמי הסתלקות ולא בסוגיות פרטניות יותר, כגון פסיקת גמול ושכר טרחה או חיוב בהוצאות. קשה למצוא בפסיקה קווים מנחים אחידים ברורים, אשר יכולים להדריך את התובעים הייצוגיים, כמו את פרקליטיהם, באשר לאמות המידה המקובלות לעניין פסיקת הוצאות בבקשות הסתלקות מחד גיסא, או פסיקת גמול ושכר טרחה בבקשות הסתלקות, מאידך גיסא. אף קשה לאפיין שיקולים מוסכמים, שיש לשקול, הן לעניין חיוב תובע מסתלק בהוצאות והן לעניין סכומים שיש לפסוק כגמול, החזר הוצאות או שכר טרחה לפרקליטו של התובע המסתלק. הועלו במאמר זה הצעות לקביעת אמות מידה בנושאים אלו, שיסייעו הן להרתעה מפני הגשת תביעות סרק והן להסדרת הנושא.

<sup>150</sup> פרשת **אפרתי**, לעיל ה"ש 13. לפרטי המקרה ראו סעיפים 2.3 ו-4.2 למאמר. בקצרה ייאמר כי רק לאחר שנתקבלה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהצביע על כך שבאותו מקרה כלל לא ניתן להגיש תביעה ייצוגית (ועל פגמים נוספים בתביעה), הבינו הצדדים כי אין כלל מקום להסכם פשרה כי אם להסתלקות, וכך אכן נעשה.