

פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית

מאת

אלון קלמנט*

מאמר זה דן בהליכי פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית. המאמר מציג את הבעייתיות המובנית בהליכים אלה ומסביר כיצד חוק תובענות ייצוגיות מתמודד עם בעייתיות זו. המאמר בוחן את ההסדרים הקבועים בחוק לאישור הפשרה וההסתלקות ועונה על השאלות הפרשניות הרבות שעולות בקשר עם הסדרים אלה לאור מטרותיה של התובענה הייצוגית: מימוש זכות הגישה לבית המשפט, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת החוק, וניהול הוגן, יעיל וממזה של תביעות. המאמר מציע לפתור את הבעיות הרבות בפשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית באמצעות יישום דווקני של הפרוצדורות שקבועות בחוק לאישור ובאמצעות מתן תמריצים לצדדים להסדר הפשרה, שיביאו אותם לקיים את הפרוצדורות הללו ולהגיע לפשרות ראויות. המאמר בוחן את יישומן של הוראות החוק בבתי המשפט עד כה וממליץ לאמץ מגמה מחמירה יותר מזו הנוהגת כיום בשלב האישור.

מבוא. א. הבעיות המיוחדות לפשרה בתובענה הייצוגית. 1. בעיית הנציג; 2. תביעות סרק; 3. קשיי הערכה; 4. היעדר דיון אדוורסרי; 5. סוגי הפשרות האפשריים בתובענה ייצוגית. ג. מגמות ביישום החוק בהסדרי פשרה והסתלקות. ד. פתרונות פרוצדורליים לבעיות הפשרה. 1. תנאים לאישור הסדר פשרה; 2. אישור הסדר פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית; 3. הסדר פשרה מול הסתלקות; ה. שיקול דעתו של בית המשפט ביישום הפרוצדורות לאישור. 1. בית המשפט סבור שאין צורך בפרוצדורות לאישור כדי לקבוע שהסדר הפשרה ראוי, הוגן וסביר; 2. השפעת העלויות הכרוכות באישור הסדר הפשרה על התמריצים לתבוע ולהתפשר; ו. תמרוץ הצדדים להגיע להסדרים ראויים של פשרה והסתלקות. 1. גמול לתובע ושכר טרחה לעורך-הדין; 2. החלפת התובע ועורך-הדין; 3. תקיפה עקיפה בתובענה ייצוגית מאוחרת; סיכום.

* פרופסור למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. אני מודה לדפנה ברק-ארוז, להלל סומר, לאריאל פורת, ליורם שחר, למשתתפים בסדנת משפט וכלכלה באוניברסיטת תל-אביב ולחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם והמלצותיהם המצוינות. אני מודה גם לשני מנחם על עזרתה המעולה באיסוף ובעיבוד של החומר הנוגע לפסיקת בתי המשפט מאז קבלת חוק תובענות ייצוגיות, ולמאיה לבקוביץ, לכרמל סחף, לדניאל עינב ולנטע רילוב על סיוען המצויין במחקר.

מבוא

מאמר זה דן בהליכי פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית. המאמר מציג את הבעייתיות המובנית בהליכים אלה ומסביר כיצד חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006¹ (להלן: "החוק" או "חוק תובענות ייצוגיות") מתמודד עם בעייתיות זו. המאמר בוחן את ההסדרים הקבועים בחוק לאישור הפשרה וההסתלקות ועונה על השאלות הפרשניות הרבות העולות בקשר עם הסדרים אלה.

בניגוד לפשרה בתובענה רגילה, שהיא עניינם של הצדדים להליך ולפיכך אינה דורשת את התערבותו של בית המשפט, פשרה בתובענה הייצוגית מכריעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת בהיעדרם. הם אינם משתתפים בהליך המשפטי ואינם נוטלים חלק במשא ומתן או בעיצוב הסדר הפשרה. למרות זאת, אישורו של הסדר פשרה מקים כלפיהם מעשה בית דין אשר חוסם הגשה של תביעות בעתיד. הוא משפיע השפעה ישירה ומיידית על זכות הגישה של חברי הקבוצה המיוצגת לבית המשפט, כלומר: משפיע על זכות הגישה האינדיווידואלית שלהם בתביעות רגילות ועל זכות הגישה ה"קולקטיבית" שלהם בתובענה ייצוגית בעתיד.

הפשרה משפיעה גם על מידת האכיפה וההרתעה שהתובענה הייצוגית משיגה. הרוב המוחלט של תובענות ייצוגיות מסתיים בפשרה.² לכן, אכיפת החוק וההרתעה מפני הפרתו מושגים באמצעות הסנקציות והסעדים שמוטלים על הנתבע בפשרה ולא בפסק דין.³ ככל שעלותן של פשרות בתובענות מוצדקות גבוהה יותר כך ההרתעה שמושגת יעילה יותר – ולהפך: ככל שיש יותר פשרות בתביעות סרק כך גדלות העלויות הכרוכות בפעילותו של הנתבע ללא צורך ופוחתת יעילותה של אכיפת החוק.

יתרה מזו: בעוד שבהליך רגיל הפשרה חוסכת במשאבי המערכת המשפטית, בתובענה הייצוגית הפשרה עלולה להביא לעומס נוסף על בתי המשפט. פשרות שאינן נתונות לביקורת מספקת של בית המשפט עלולות לעודד הגשה של תביעות סרק. תביעות כאלה לא רק חושפות נתבעים פוטנציאליים להוצאות שאינן מוצדקות ומשפיעות באופן שאינו ראוי על תמריציהם לפעול על פי דין אלא גם מגדילות את העומס על בתי המשפט.

1 ס"ח 2054.

2 במחקר אמפירי שערך Federal Judicial Center בארבעה מחוזות בארצות-הברית נמצא ששיעורי הפשרות בתובענות שאושרו כייצוגיות נעים בין 62% ל-100%, ואילו בתובענות שלא אושרו כייצוגיות שיעורי הפשרה נעים בין 20% ל-30%. Thomas E. Willging et al., *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, 71 N.Y.U. L. REV. 74, 143 (1996).

3 כמו בכל תביעה רגילה, גם בתובענה הייצוגית הפשרה מושפעת מפסק הדין הצפוי. לפיכך, פסק הדין משפיע על אכיפת החוק וההרתעה מפני הפרתו דרך השפעתו על הפשרה. מאמר זה מנתח את כל הגורמים שמשפיעים על הפשרה בתובענה הייצוגית שחשיבותם בפשרה בתביעה רגילה מועטה או אינה קיימת כלל.

לפיכך, מטרתה של התובענה הייצוגית⁴ – מימוש זכות הגישה, אכיפת הדין והרתעה מהפרתו, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות – מושפעות כולן מהפשרה. מאמר זה מציע דרכים ליישום ההוראות שבחוק תובענות ייצוגיות באופן שיממש את מטרות התובענה הייצוגית בצורה מיטבית. המאמר מציג את הבעיות העיקריות בפשרה בתובענה הייצוגית – בעיית הנציג, הגוררת פשרות שעלותן לנתבע נמוכה בתביעות ראויות, ובעיית תביעות הסרק, המביאה נתבעים להסכים להתפשר בתביעות אלה למרות סיכוייהן המעטים. כמו כן המאמר בוחן את הקשיים המיוחדים הכרוכים בהליך אישור הפשרה בתובענה הייצוגית – קשיי הערכה של שווי הפשרה וקשיים הנובעים מהיעדרו של הליך אדוורסרי – ומסביר כיצד קשיים אלה מעצימים את בעיות הנציג ותביעות הסרק. המאמר בוחן את הכלים שהחוק נותן כדי להתמודד עם בעיות אלה, ומציע דרכים לפרשנותן ויישומן של הוראות החוק באופן שיאפשר ניצול מלא של הכלים הללו. המאמר בוחן גם באופן אמפירי את יישומו של החוק בפשרות שהוגשו לאישור בתי המשפט עד כה. בהקשר זה, המאמר מצביע על מגמה לאשר בבתי המשפט דווקא הסדרי פשרה בעייתיים מאוד, בלי שיקוימו לגביהם דרישות החוק במלואן. מגמה זו, כך מוצע, ראוי שתשתנה.

בית משפט המתבקש לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית צריך לקבוע האם ההסדר הוא "ראוי, הוגן וסביר".⁵ לשם כך על בית המשפט להשוות בין שוויו של הסדר הפשרה המוצע לבין התוצאות שהיו צפויות בהליך משפטי מלא. מאחר שרוב הסדרי הפשרה מוגשים לאישור בית המשפט לפני אישור התובענה הייצוגית והיתר מוגשים לאישור לפני שלב ההוכחות, בתי המשפט מתקשים להעריך את סיכויי התביעה, את יתרונותיה, את מגבלותיה ואת הסעדים שהיו נפסקים לקבוצת התובעים אילו הייתה זוכה בתביעה. נוסף על כך, במקרים רבים בתי המשפט מתקשים להעריך את שווייה האמיתי של הפשרה המוגשת לאישור. קושי זה מתגבר כאשר הפשרה כוללת סעדים שאינם כספיים כגון שוברי הנחה (קופונים) ושינויים עתידיים במוצר או בשירות שהנתבע נותן, או התחייבויות עתידיות אחרות המובטחות על ידיו.

יתרה מזו: הקושי לקבוע אם ההסדר הוא ראוי, הוגן וסביר נובע לא רק מקשיי ההערכה האמורים כי אם גם מאופיו המיוחד של הליך האישור. בעוד שבכל הליך אזרחי, מעצם מהותו כהליך אדוורסרי, מתייצבים בפני בית המשפט שני צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים, בהליך אישור הפשרה יש זהות אינטרסים מלאה בין הצדדים שמגישים את הפשרה לאישור בית המשפט – התובע המייצג והנתבע – ושניהם מעוניינים שהפשרה תאושר. בעלי האינטרס האמיתיים, חברי הקבוצה המיוצגת, אינם שותפים למשא ומתן ואינם משפיעים על הסדר הפשרה המוצע. זו הסיבה שבגללה בית המשפט צריך להגן עליהם ועל האינטרס הציבורי ולהכריע אם ההסדר הוא ראוי, הוגן וסביר. זהו גם

4 ס' 1 לחוק.

5 ס' 19(א) לחוק.

המכשול העיקרי המקשה על בית המשפט לקבל הכרעה נכונה בשאלה זו. הטענה העיקרית במאמר היא שכדי להתמודד עם קשיים אלה בתי המשפט צריכים לפעול בשני ערוצים בו־זמנית. הערוץ האחד – קיום מלא ודווקני של הפרוצדורות הקבועות בחוק לאישור הפשרה. כפי שמוסבר, פרוצדורות אלה מיועדות לסייע לבית המשפט להעריך נכון את שווי הפשרה, לאפשר לחברי הקבוצה המיוצגת או גורמים מעוניינים אחרים להביא את התנגדותם לפשרה לפני בית המשפט ולתת בידי בית המשפט כלים לפיקוח על קיום הפשרה, אם אושרה. הערוץ האחר הוא יצירת תמריצים לתובע המייצג, לעורך־דינו ובעיקר לנתבע להגיע להסדר פשרה ראוי. כדי ליצור תמריצים אלה עבור התובע המייצג ועורך־הדין יש לקבוע את שכר הטרחה והגמול שיקבלו באופן מתאים, להתנות אותם במימוש הסדר הפשרה ולהטיל עליהם איום שיוחלפו ויחויבו בהוצאות אם הסדר הפשרה לא יימצא ראוי. אשר לנתבע, יש לאפשר תקיפה עקיפה של הסדר פשרה לא ראוי בתובענה ייצוגית מאוחרת שתוגש באותו עניין. נתבע שיחשוש מכך שייאלץ לעמוד לפני תובענה ייצוגית נוספת על אף הסדר הפשרה שאליו הגיע, ירצה שהפשרה תהיה ראויה כדי שאי־אפשר יהיה לתקוף אותה מאוחר יותר. המאמר קושר בין הפרוצדורות לאישור לבין האפשרות לתקיפה עקיפה של הסדר הפשרה, ומציע שתקיפה כזו תהיה אפשרית רק אם הפרוצדורות לא קוימו באופן ראוי.

המאמר מפרט את דרכי הפעולה בערוצים הללו ומסביר את יישומם לאור הוראות החוק. לשם כך המאמר מציע להבחין בין ארבעה סוגים של פשרה. סוגי הפשרה הללו מתקבלים במשולב מהמענה לשתי שאלות: שאלה אחת היא אם הפשרה מחייבת את חברי הקבוצה המיוצגת כמעשה בית דין או לא. פשרות שיוצרות מעשה בית דין מוגדרות בחוק כ"הסדרי פשרה" ואישורן כפוף לתנאים הקבועים בסעיפים 18 ו-19 לחוק. פשרות שאינן יוצרות מעשה בית דין מוגדרות כ"הסתלקות" ואישורן כפוף לתנאים הקבועים בסעיף 16 לחוק. השאלה האחרת נוגעת למועד שבו מוגשת הפשרה לאישור – לפני שהתובענה אושרה כייצוגית או לאחר מכן. ההסדרים שקובע החוק, הן לעניין פשרה והן לעניין הסתלקות, תלויים במועד שבו הוגשו לאישור.

שני התנאים הללו מחלקים את הפשרות להסדרי פשרה המוגשים לאישור לפני אישור התובענה הייצוגית, להסדרי פשרה המוגשים לאישור לאחר אישור התובענה הייצוגית, להסתלקות לפני אישור התובענה הייצוגית ולהסתלקות לאחר אישורה. כל אחד מארבעת סוגי הפשרה הללו חשוף בדרך משלו לבעיות הנציג ולתביעות הסרק, ולכן ההסדר שחל על אישורו שונה מההסדרים החלים על סוגי הפשרה האחרים, וכך גם ההשלכות על הצדדים אם הסדר הפשרה אינו מאושר. המאמר מציע כיצד על בית המשפט לפעול בשני הערוצים דלעיל, תוך התחשבות בסוג הפשרה שהוגשה לאישור.⁶

6 יש לציין שחלק מהבעייתיות המתוארת במאמר זה באשר לפשרה מתקיימת גם בפסק דין, כשבית המשפט צריך לקבוע לפי ס' 20 לחוק מהו הסעד שיינתן וכיצד יחולק בין חברי הקבוצה, ולחלופין שיינתן סעד אחר לטובת הקבוצה או לטובת הציבור, ואז הוא נעזר במקרים רבים בצדדים באופן

חלקו הראשון של המאמר פורש את הבסיס התאורטי והאמפירי להבנת נושא הפשרה בתובענה הייצוגית: פרק א' מנתח את הבעיות המיוחדות לפשרה בתובענה ייצוגית; פרק ב' מסווג את הפשרות האפשרויות בתובענה הייצוגית; פרק ג' מציג כמה ממצאים אמפיריים לגבי פשרות שאושרו עד כה בתובענות ייצוגיות בישראל. חלקו השני של המאמר מסביר כיצד יש ליישם את התוכנות התאורטיות ביישום החוק: פרק ד' סוקר את הפתרונות הפרוצדורליים של החוק לבעיות הפשרה; פרק ה' בוחן את שיקול הדעת שיש לאפשר לבית המשפט בהחלטתו אם וכיצד יש להחיל פרוצדורות אלה; פרק ו' מציג אפשרויות שהחוק נותן כדי לתת תמריצים לתובע, לעורך-דינו ולנתבע להגיע לפשרות ראויות.

א. הבעיות המיוחדות לפשרה בתובענה הייצוגית

התובענה הייצוגית מנוהלת על-ידי נציגים – התובע המייצג ועורך-דינו. הנציגות הזו, על מאפייניה המיוחדים, מאפשרת את התובענה הייצוגית אולם בה בעת גוררת את בעיותיה. פרק זה סוקר תחילה את שתי הבעיות העיקריות בתובענה ייצוגית – בעיית הנציג והבעיה של תביעות סרק.⁷ בעיות אלה הוסברו ונותחו על-ידי במאמרים קודמים.⁸ לכן, הדיון המוקדש להם במאמר זה הוא קצר ותמציתי ומתמקד באופן שבו הן מתבטאות בפשרה. בעיות אלה הן שגורמות לכך שפשרות בתובענות ייצוגיות יהיו נמוכות מהראוי (בעיות נציג) או גבוהות מהראוי (פשרות תביעות סרק). לאחר מכן הפרק פונה לדון בשני הגורמים שמקשים על בית המשפט להתמודד עם בעיית הנציג ובעיית תביעות סרק – האחד, קושי בהערכה של שווי התביעה ושל שווי הפשרה, והאחר, הקושי הנובע מהיעדרו של הליך אדוורסרי.

1. בעיית הנציג

דומה לזה שבו הם מציעים הסדר פשרה. לדוגמה שבה בית המשפט אכן אישר את הצעת הצדדים לאחר פסיקה כנגד הנתבע ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 עזבון ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.6.2009).

7 לדיון בבעיות המיוחדות לפשרה בתובענה הייצוגית ראו, למשל, Bruce Hay & David Rosenberg, *"Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377 (2000) (להלן: Hay & Rosenberg).

8 לדיון רחב ביתרונותיה ובחסרונותיה של התובענה הייצוגית, לרבות בבעיות הנציג ותביעות הסרק, ראו אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 317–332 (2004) (להלן: קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית"); כן ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387, 390–392 (2004).

הצדדים בתביעה רגילה, התובע והנתבע, הם בעלי האינטרס היחידים בתוצאותיה. כל אחד מהם יכול להעריך את סיכוייו וסיכוניו בתביעה ולקבוע איזו פשרה תהיה מוסכמת עליו. אם יתפשרו, הפשרה שיסכימו לה תהיה בהכרח טובה יותר עבור כל אחד מהם מאשר התדיינות בבית המשפט, אחרת לא היה מסכים לה.

המצב שונה בתובענה הייצוגית. בעלי האינטרס בתוצאות התביעה – חברי הקבוצה המיוצגת – אינם שותפים לניהול התביעה או למשא ומתן לפשרה. היעדרם משולחן המשא ומתן עלול לגרום לכך שזכויותיהם יקופחו בהסכמתם של נציגיהם – התובע ועורך-הדין המייצגים.

התובע ועורך-הדין המייצגים נושאים בכל העלויות והסיכון הכרוכים בניהול התובענה הייצוגית, אולם זוכים רק בחלק מפירותיה. פער זה עלול להביא לכך שיסכימו לפשרות שמקפחות את הקבוצה המיוצגת. כאשר הם עומדים בפני החשש שיידרשו להשקיע מזמנם וממשאביהם בתביעה שתסתיים בהפסד, התובע ועורך-הדין עלולים להסכים לפשרה שתותיר בידם, בוודאות, סכום גבוה ככל האפשר.

איני מתכוון לטעון שעורך-הדין והתובע המייצג אינם שוקלים את טובת הקבוצה המיוצגת ואת האינטרס הציבורי או שבהכרח התנהגותם אינה אתית; אולם ככל שהמשקל שהם נותנים לטובתם האישית גדול יותר, כך גדלה נטייתם להסכים לפשרה שעלותה עבור הנתבע נמוכה ואילו שכרם ממנה גבוה. מאחר שהליך התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של התובע ועורך-הדין לטובת המטרות הציבוריות של הרתעה ופיצוי, אין להתפלא שהאינטרס האישי מנחה אותם, בין היתר, גם במשא ומתן לפשרה. זו בעיית הנציג בפשרה בתובענה הייצוגית.

אפשר להדגים את בעיית הנציג בפשרה בעזרת דוגמה מספרית פשוטה. נניח שבתובענה ייצוגית הסעד שנתבע עבור כל אחד מ-10,000 התובעים הוא 1,000 ש"ח ושהסיכויים לזכות בתביעה הם 0.5. נניח גם שאם התובעים יזכו בתביעה יפסוק בית המשפט לעורך-הדין שכר טרחה בשיעור 15% מהסעד שייפסק ולתובע המייצג הוא יפסוק גמול בסך 5% מאותו סעד.⁹

ערכה הצפוי של התביעה הזו עבור כל 10,000 התובעים, לאחר ניכוי שכר הטרחה והגמול, הוא ארבעה מיליון ש"ח. ערך זה מתקבל מהכפלת הסעד שהייתה הקבוצה מקבלת אילו הייתה זוכה בתביעה בניכוי שכר הטרחה לעורך-הדין והגמול לתובע המייצג, בסיכויים שאכן תזכה בתביעה.¹⁰ לפיכך, שווייה עבור כל אחד מהתובעים המיוצגים הוא 400 ש"ח.

9 הדוגמה מתייחסת לעורך-הדין, אולם הבעיה חלה גם על התובע המייצג באופן דומה, אם הוא שותף פעיל בניהול התביעה. בדרך כלל התובע המייצג אינו משתתף באופן פעיל בניהול התביעה ובקבלת ההחלטות, ולכן ההחלטות מתקבלות על ידי עורך-הדין בדרך שתוארה לעיל.

10 בחישוב אלגברי, שווי התביעה לפני ניכוי שכר טרחה וגמול הוא $10,000,000 * 0.5 = 5,000,000$. מסכום זה יש לנכות 15% שכר טרחת עורך-דין ו-5% גמול לתובע המייצג. לפיכך, הסכום שנותר

שווייה הצפוי של התביעה עבור עורך-הדין הוא 750 אלף ש"ח,¹¹ אולם מסכום זה עליו לנכות את הוצאותיו – שווי הזמן שישקיע בניהול התביעה. נניח שסך כל הזמן שישקיע בניהול התביעה יהיה 1,000 שעות, ששוויין הכולל לפי שכר טרחה של כ-500 ש"ח לשעה הוא 500 אלף ש"ח. לפיכך, אם ימשיך בתביעה יקבל עורך-הדין ערך נטו ששווי הצפוי 250 אלף ש"ח.¹²

הנתבע יכול להציע לעורך-הדין כל פשרה ששווייה גבוה מ-2.5 מיליון ש"ח ועורך-הדין יסכים לה.¹³ גם אם יקבל עורך-הדין רק 10% מסכום זה, הפשרה המוצעת עדיפה עבורו מניהול התביעה, שכן ערך הנטו שהוא צופה בתביעה הוא רק 250 אלף ש"ח.

פשרה כזו היא פשרה גרועה עבור הקבוצה המיוצגת, הזוכה לכל היותר ב-2.25 מיליון ש"ח (מסכום זה יש לנכות גם את הגמול לתובע המייצג), דהיינו: כל תובע מיוצג יזכה בפשרה ב-225 ש"ח לכל היותר, בעוד שערכה הצפוי של התביעה עבורו (לאחר ניכוי שכר הטרחה והגמול) היה 400 ש"ח.

בעיית הנציג אינה ייחודית לדוגמה המספרית הזו. היא מופיעה גם בדוגמאות מספריות אחרות ואף כשהצדדים ועורכי-הדין אינם יודעים את סיכויי התביעה והסכומים שיתקבלו בה באופן מספרי מדויק, אלא יכולים רק להעריכם באופן כללי. הבעיה אינה נובעת מהיכולת לחשב את הנתונים הללו כי אם מפער עקרוני ומהותי בין האינטרסים של עורך-הדין והתובע המייצג לבין הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי בהרתעה. היא מתקיימת בכל מצב שבו עורך-הדין והתובע המייצג חשופים לסיכון ולעלויות בניהול התביעה ונושאים בהם במלואם.

למעשה, הבעיה חמורה אף יותר. עורך-הדין והתובע המייצג הם בדרך כלל שונאי סיכון.¹⁴ המשמעות היא שהסיכון להפסד בתביעה גורם להם להסכים לפשרות נמוכות

לקבוצה הוא $5,000,000 * 0.8 = 4,000,000$. יש לשים לב לכך שהסכום שאותו משווים לפשרה אינו הסכום שהיה נפסק על ידי בית משפט אלא סכום זה כאשר הוא מוכפל בסיכויי הזכייה.

11 עורך-הדין מצפה לקבל 15% מתוך עשרה מיליון ש"ח, בסיכויים של 0.5: $750,000 = 0.5 * 10,000,000 * 0.15$.

12 ההנחה היא שעורך-הדין אדיש לסיכון. אם הוא שונא סיכון, ערך הנטו של התביעה עבורו הוא נמוך יותר. ראו להלן ה"ש 14.

13 כל פשרה כזו תשאיר בידי עורך-הדין לפחות 250 אלף ש"ח. לעומתו, הנתבע עומד לפני הפסד צפוי בסך חמישה מיליון ש"ח בתוספת שכר הטרחה שיצטרך לשלם לעורכי-דינו. נניח ששכר הטרחה הוא 500 אלף ש"ח. במצב כזה הנתבע היה מוכן להתפשר עבור כל סכום שנמוך מ-5.5 מיליון ש"ח. עם זאת, הנתבע יעדיף כמובן לשלם סכום נמוך ככל האפשר בפשרה. הטקסט מציג אפשרות שבה הנתבע יציע סכום נמוך מזה שהקבוצה הייתה מקבלת בתביעה ועורך-הדין יסכים להצעה הזו.

14 להסבר המונח "שנאת סיכון" ראו STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT ראו LAW 186-192 (1987). ראו גם קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 8, בעמ' 330; כן

ובלבד שיזכו בשכר טרחה ודאי, גם כששכר הטרחה הזה נמוך מהערך הצפוי בתביעה. בדוגמה לעיל, עורך-דין שונא סיכון יסכים לקבל בפשרה סכום נמוך מ-250 אלף ש"ח, שהוא שווייה הצפוי של התביעה עבורו. מאחר שברוב התובענות הייצוגיות הסכום שחברי הקבוצה המיוצגת זכאים לו הוא נמוך, הם יהיו אדישים לסיכון ולכן יעריכו את שווייה הצפוי של התביעה בדיוק בערך התביעה כשהוא מוכפל בסיכוייה להצלחה. לכן, גם זה מקור לפער בין האינטרסים של עורך-הדין והתובע המייצג לבין חברי הקבוצה המיוצגת.

בעיית הנציג עלולה להביא לכך שהתובע המייצג ועורך-הדין יסכימו לפשרות נמוכות מדי. בעיה זו משפיעה על שתי מטרות של התובענה הייצוגית – פיצוי והרתעה. ההשפעה על פיצוים של חברי הקבוצה המיוצגת היא ישירה וברורה – פשרות נמוכות משמעותן פיצוי קטן יותר לכל אחד מחברי הקבוצה. אשר להרתעה, היא נגזרת מגובה הסנקציה שהנתבע נדרש לשלם. כדי להרתיע את הנתבע באופן ראוי עליו לשאת בנוזקים שגרם כשהפר את חובותיו החוקיות. פשרה שבה הנתבע משלם רק חלק קטן מהנוזקים שגרם מדללת את תמריציו לקיים את חובותיו על פי דין.

2. תביעות סרק

בעיית הנציג היא צד אחד של מטבע הפשרה. מן הצד האחר הפשרה עלולה לשמש כלי בידי תובעים ועורכי-דין להפקת רווח מאיומים בתביעות סרק שהגישו. קשה להגדיר מהי תביעת סרק. ברור ששווי נמוך של הסעד המבוקש על-ידי כל תובע אינו הופך כשלעצמו את התובענה לתביעת סרק;¹⁵ התובענה הייצוגית הרי מיועדת לסייע לתובעים שהסעד שהם מבקשים הוא נמוך ולכן לא היו מגישים תביעות אינדיווידואליות.¹⁶ גם סיכויי הצלחה מעטים אינם הופכים בהכרח את התובענה לתביעת

ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט(1) 131, בעמ' 176 וה"ש 110 (2006) (להלן: "קלמנט, קווים מנחים").

15 שאלה פתוחה היא כיצד מתיישב עקרון de-minimis "מעשה של מה בכך" בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266, עם התובענה הייצוגית. בניסוח אחר, השאלה היא אם ריכוזן של תביעות שכל אחת מהן הייתה נחשבת ל"מעשה של מה בכך" בתובענה ייצוגית אחת מונע מהנתבע את הגנתו של סעיף 4 לפקודת הנזיקין.

16 לדיון בתנאי זה ראו, למשל, רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 278 (2003) ("התובענות הייצוגיות הקלאסיות נועדו להתגבר על מצבים שבהם כל פרט בקבוצה סבל נזק קטן ביותר, שאלמלא התאגדות הקבוצה כולה בדרך של תובענה ייצוגית לא היו לו עניין ויכולת כספית לתבוע בגין נזקו"); ע"א 8430/99 אנליסט אי.אם.סי ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נז(2) 258, 247 (2001) (אלמלא פיצוי מיוחד לתובע הייצוגי לא הייתה מוגשת התביעה מלכתחילה בשל הנוק הספציפי הקטן שנגרם לכל ניזוק); ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 801, 787 (2002) ("הליך

סרק, בעיקר במקרים שבהם השאלה המשפטית המועלת בה היא חדשנית או כשהעובדות כהווייתן נתונות בידיעתו הבלעדית של הנתבע ורק הוא יודע אם יש בכתב התביעה גרעין אמת.¹⁷ עם זאת, מובן שתביעות מופרכות, שהתובע יודע שאין להן בסיס עובדתי או משפטי ראוי, צריכות להיחשב כתביעות סרק.¹⁸

מאמר זה צר מלאפשר דיון מלא וממצה בהגדרתה של תביעת סרק. לצורך הדיון אפשר להסתפק בקריטריון הקבוע בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיו תנאי לאישורה של תובענה ייצוגית הוא שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לקבוצה יוכרעו לטובתה. תובענה שאינה מקיימת תנאי זה אינה יכולה להיות מאושרת כתובענה ייצוגית. מאחר שהפשרה בתובענה הייצוגית אינה אמורה לאפשר תביעה שהחוק קובע שאינה ראויה להיות מאושרת כתובענה ייצוגית, אפשר להתייחס לכל תביעה כזו כתביעת סרק.¹⁹

כמו בעיית הנציג, גם הבעיה של תביעות הסרק היא בראש ובראשונה בעיה המובנית בתוך מכשיר התובענה הייצוגית. הגשתה של תובענה ייצוגית גוררת סיכונים ועלויות לנתבע, אף אם סיכוייה להצליח מעטים. הנתבע צריך לשלם שכר טרחה לעורכי-דינו כדי שיתנגדו לבקשה לאישור התובענה הייצוגית ולאחר מכן יגישו כתב הגנה ולשכור

התובענה הייצוגית משמש לעידוד הגשת תביעות במקרים שבהם שיעור הנזק שנגרם לכל ניזוק בנפרד הוא כה מזערי, עד כדי חוסר כדאיות אישית בהגשת תביעה, ואילו שיעור הנזק לקבוצה כולה הוא גדול"; ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 608-609 (2001) (להלן: עניין ברזני) ("התובענה הצרכנית הייצוגית נועדה לשרת את האינטרס של כלל הצרכנים [...] כנגד גוף כלכלי חזק המנצל את חוסר הכדאיות שבהגשת תביעה נגדו בגין נזקים קטנים יחסית").

17 הדיון התאורטי בשאלה זו הוא מורכב. ייתכנו תביעות שסיכויי הצלחתן קטנים משום שהראיות נמצאות בידי הנתבע ולא בידי התובע או משום שהדין הנוהג מעמיד בספק את עילת התביעה של התובע. למרות זאת, בירורן המלא של תביעות כאלה יכול להסתיים בזכייה של התובעים: ראיות לטובת התובעים עשויות להתגלות במהלך הליכי הגילוי המוקדמים או בשלב ההוכחות, ובית המשפט יכול לפרש את הדין ולהתאימו באופן שיתמוך בעילת התביעה. גם ההפך יכול להיות נכון – תביעות שסיכוייהן ההתחלתיים גדולים עלולות להסתבר כחסרות סיכוי לאחר בירור ראיתי מלא.

18 לדיון בהבחנה בין תביעות סרק לתביעות שערכן שלילי עקב אינפורמציה א-סימטרית, הנמצאת בידי הנתבע, ראו Daphna Kapeliuk & Alon Klement, *Contracting Around Twombly*, 60 DEPAUL L. REV. 101 (2011).

19 ראו רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 297-298 (2001) (על השאלות העיקריות העומדות בבסיס הדיון להיות משותפות לחברי הקבוצה ויש להוכיח כי יש אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה); רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ פ"ד(5) 774, 787-788 (1996) (על היסוד המשותף לשאלות המתעוררות ביחס לקבוצה להיות מרכיב מהותי בהדינות ויש להוכיח שיש אפשרות סבירה ששאלות אלו יוכרעו לטובת הקבוצה); רע"א 6567/97 בוק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 719 (1998) ("שקילת סיכויי התובענה כחלק משיקול-הדעת המופעל לצורך אישור התובענה כתובענה ייצוגית").

מומחה שייגיש חוות דעת לתמיכה בטענות ההגנה. נוסף על כך, פרסומה של התובענה הייצוגית עלול להשפיע לרעה על המוניטין של הנתבע בלי שהוא זוכה להגנה הרגילה נגד פרסום מטעה.²⁰ לבסוף, נתבע שהוא חברה ציבורית חייב לבצע בדוחותיו הפרשות לצורך תשלום עתידי אם יפסיד בתביעה או לנמק מדוע אינו מבצע הפרשות כאלה. נתבע שמעוניין לחסוך מעצמו את הסיכונים והעלויות יהיה מוכן לשלם על כך בפשרה.²¹ הערך שישלם הוא "ערך ההטרדה" (nuisance value) של התביעה.

תובעים ועורכי-דין יכולים להגיש בקשה לאישור תביעת סרק כתובענה ייצוגית משום שהעלויות שנדרשות לשם כך אינן גבוהות. כך, התובענה הייצוגית מייצרת מגוון בידי התובעים ועורכי-הדין שבאמצעותו הם יכולים להטיל על נתבעים עלויות גבוהות בהשקעה נמוכה.²² אולם, היכולת למנף תובענות סרק ייצוגיות כנגד נתבעים מותנית באפשרות להתפשר. ללא הפשרה היו התובע המייצג ועורך-הדין נאלצים לנהל את התביעה עד סופה או למחוק אותה ללא תמורה. מאחר שסיכוייהם להפסיד בתביעה רבים, ערכה הצפוי היה במקרים רבים נמוך מהעלויות הנדרשות לניהול התביעה בתוספת הסיכון שיחויבו בהוצאות אם יפסידו. אילו היו יודעים שזו הברירה היחידה שתעמוד לרשותם, היו נמנעים מלתבוע.

רק ציפיותם של התובע ועורך-הדין לפשרה לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מצדיקה את העלויות הכרוכות בהגשת הבקשה. השאלה מדוע נאות הנתבע

20 ס' 13(5) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"א-1965, ס"ח 464, קובע: "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי – (5) פרסום ע"י שופט, חבר של בית דין דתי, בורר, או אדם אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית על-פי דין, שנעשה תוך כדי דיון בפניהם או בהחלטתם, או פרסום על ידי בעל דין, בא-כוחו של בעל דין או עד, שנעשה תוך כדי דיון כאמור". אף על פי שנוסח הסעיף צומצם לחסינות "תוך כדי דיון" פורשה המילה "דיון" בפסיקה במובן רחב והוחלה על כל שלבי הדיון המשפטי. לעניין זה ראו ר"ע 176/86 פלונית נ' פלוני, פ"ד מ(2) 497, 500 (1986) ("דיון" ראשיתו למן פתיחת ההליך, והוא חולש על כל המתרחש במסגרת אותו הליך, כולל כתבי הטענות, הבקשות למיניהן וכולי וללא קשר לצורת הטענות, אם בכתב המה או בעל-פה"). כן ראו רע"א 1104/07 עו"ד חיר נ' עו"ד גיל (פורסם בנבו, 19.8.2009) (החסינות המוענקת לפרסומי לשון הרע תוך כדי דיון שיפוטי לפי סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע היא מוחלטת); רע"א 3614/97 יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 91 (1998) (יש לפרש את החסינות של כתבי בית-הדין כמתפרשת גם על פירסומם באמצעי התקשורת של אותם כתבי טענות המוגשים לבית המשפט); דג"א 6077/02 חטר ישי נ' ארבבל (פורסם בנבו, 7.4.2003) (ההגנות בסעיף 13 לחוק איסור לשון הרע הן מוחלטות).

21 ראו David Rosenberg & Steven Shavell, *A Model in which Suits are Brought for their Nuisance Value*, 5 INT. REV. L. & ECON. 3 (1985).

22 ראו, למשל, John C. Coffee, *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. CHI. L. REV. 877, 891-894 (1987).

להתפשר במקרים כאלה זכתה לדיון רב בספרות, שהרי לכאורה איומו של התובע שיהל את התביעה עד סופה אינו אמין.²³ בלי להיכנס לפרטים הטכניים של המודלים הרבים ששימשו להסבר, התוצאה בכלם היא שבמקרים רבים הנתבע מסכים לקנות לעצמו שקט, אף לפני אישור התובענה כייצוגית, ובלבד שהמחיר שידרש לשלם לשם כך לא יהיה גבוה מדי.

אילו הנתבע היה יכול להתחייב שלא יתפשר, התובע ועורך-דינו היו יודעים שיצטרכו לשאת במלוא הוצאות התביעה עד סופה. תובע שצופה שהנתבע לא יתפשר עמו יימנע מלהגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית שסיכוייה מעטים משום שהוצאותיו בתובענה כזו גדולות מתוחלת הזכייה שצפויה לו. רק הפשרה המוקדמת הופכת את הגשת התביעה לכדאית עבורו. בלעדי הפשרה אין טעם לתבוע. בדיעבד, לאחר שהבקשה לאישור הוגשה, הנתבע רוצה לסלקה בדרך של פשרה מהירה. באופן פרדוקסלי, במקרים כאלה הנתבע צריך שיגנו עליו מפני עצמו. הנתבע צריך מנגנון שיעזור לאיום שלו – שלא יתפשר – להיות אמין.²⁴ ללא מנגנון כזה יתפשרו נתבעים בתביעות סרק ובכך יעודדו תובעים ועורכי-דין להגיש תביעות כאלה גם בעתיד. לכן בית המשפט צריך "לכפות" על הנתבעים שלא להתפשר בתביעות סרק.

העלויות שמטילות תביעות סרק על הנתבעים מייקרות את עלויות התנהלותם העסקית ועלולות לגרום להם להימנע מפעילויות מסוימות, למרות חוקיותן ותועלתן.²⁵ כך, לדוגמה, מנהלי חברות ציבוריות עלולים לא לבחור בדרכי פעולה שעלולות לחשוף את החברה לתביעות סרק, גם אם דרכי הפעולה הללו רצויות מנקודת מבטה של החברה. נוסף על כך, תמריציו של הנתבע לפעול כדין, לנקוט אמצעי זהירות ולקיים את חובותיו מדוללים על-ידי תובענות הסרק. הסיבה היא שהנתבע יודע שגם אם ינהג כדין ייאלץ בסופו של דבר לשאת בתשלום הפשרה בתובענה ייצוגית שתוגש כנגדו. הרווח של

23 Lucian A. Bebchuk & Alon Klement, *Negative Expected Value Suits*, FORTHCOMING ELGAR ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (2nd ed.) available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534703. לגישה ביקורתית שלפיה הבעיה של תביעות הסרק אינה כה חמורה בתובענות ייצוגיות כפי שהיא מוצגת בספרות ראו Charles Silver, "We're Scared to Death": *Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357, 1402-1403 (2003), לעיל ה"ש 7.

24 בספרות הכלכלית מנגנונים כאלה קרויים commitment devices. לדיון ביתרונות שאפשר להשיג באמצעות מחויבות אמינה, גם אם זו נראית כאילו היא פוגעת באינטרסים של המתחייב בזמן הקצר ראו, למשל, THOMAS C. SCHELLING, *THE STRATEGY OF CONFLICT* 158-161 (1980 ed.); THOMAS C. SCHELLING, *STRATEGIES OF COMMITMENT* 1-24 (2006).

25 יש להבחין בין השפעות על רמת הפעילות (level of activity) לבין השפעות על רמת הזהירות (level of care) או ההשקעה בציות לחוק. לניתוח ההבחנה הזו ראו STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 178-206 (2004).

הנתבע מהתנהגות כדין קטן בהשוואה לעלויות שבהן יישא אם לא יתנהג כדין.²⁶ תביעות הסרק פוגעות הן בנתבעים והן באינטרס הציבורי באכיפת החוק והן מטילות עומס מיותר על המערכת המשפטית. לכן הרתעה מפני הגשתן היא חיונית.

3. קשיי הערכה

אמת-המידה לאישור של הסדר פשרה קבועה בסעיף 19 לחוק. סעיף 19(א) לחוק קובע שכאשר הסדר הפשרה מוגש לאישור בית המשפט עליו לאשר אותו רק אם מצא כי ההסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה".²⁷ אמת-המידה הזו היא עמומה ועל בתי המשפט לצקת בה תוכן. לשם כך באה רשימת השיקולים המפורטים בסעיף 19(ג) לחוק, הקובע שבהחלטתו יתחשב בית המשפט, בין היתר, בפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה; בשלב שבו נמצא ההליך; בסיכונים ובסיכויים שבהמשך הניהול של התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה; ובעילות והסעדים שלגביהם תהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר.²⁸ רשימה זו מכוננת את בית המשפט לנהוג כפי שחברי הקבוצה היו נוהגים אילו היה האינטרס שלהם בתביעה גדול דיו: הם היו משווים בין הסדר הפשרה המוצע לבין המשך התדיינות בבית המשפט, על הסיכונים והסיכויים שבה.²⁹

26 לניתוח ההשפעה של רמת הדיוק בהטלת אחריות על רמת הפעילות ועל רמת הזהירות של הנתבע ראו Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Determination of Liability*, 37 J. L. & ECON. 1 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, 39 J. L. & ECON. 191 (1996).

27 אמת-המידה זהה לזו שנדרשת לפי 23(e)(2) FED. R. CIV. P אשר קובע: "If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate". לניתוח אמת-המידה בדין האמריקני ראו Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Judicial Review of Class Action Settlements*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 166, 169-177 (2009) (להלן: Macey & Miller).

28 כאשר ההסדר מוגש לאישור בית המשפט לפני שהתובענה אושרה כייצוגית יש דרישות נוספות, שינותחו להלן בפרק ד. 2. "אישור הסדר פשרה: לפני אישור התובענה הייצוגית ואחריו".

29 ראו, לדוגמה, בש"א (מחוזי ת"א) 8767/07 חובה נ' מילקו תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010) (בית המשפט שוכנע כי הגם ששווייה של ההטבה המוצעת על פי הסדר הפשרה נופל במידה ניכרת מסכום התובענה, מדובר בהטבה שמגלמת יחס נכון בין סיכוייה של בקשת האישור להתקבל לבין הסיכונים הכרוכים בניהול ההליך הייצוגי); בש"א (מחוזי ת"א) 12570/06 פינצ'וק נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.8.2008) (להלן: עניין פינצ'וק) (לאחר בחינת הסיכונים של הקבוצה התובעת בהמשך ניהול התובענה קבע בית המשפט כי הסדר

כמו כל תובע בתביעה רגילה, התובעים חברי הקבוצה היו בוחנים מהם סיכויי התביעה ביחס לכל אחת מהעילות והסעדים שתבעו, ומנסים להעריך מהו ערכם הצפוי בפסק הדין. כמו כן, הם היו מנסים להעריך מהן העלויות הנוספות שיצטרכו לשאת בהן כדי לנהל את התביעה עד סופה. את ערכם הצפוי של הסעדים שיקבלו, בניכוי העלויות הנוספות שיצטרכו לשאת בהן, היו התובעים משווים לערך הפשרה המוצעת להם.³⁰ זו ההשוואה שבית המשפט צריך לערוך.

במקרים רבים ההערכה של עלויות המשפט שנותרו לצדדים היא פשוטה.³¹ לעומת זאת, שני הפרמטרים האחרים – ערכם הצפוי של עילות התביעה והסעדים שיינתנו – התלויים בסיכויי התביעה ובנוק שנגרם לקבוצת התובעים מחד גיסא ושווי הפשרה מאידך גיסא, קשים בהרבה להערכה. להלן תוסבר הבעייתיות בהערכתם.

(א) קשיים להעריך את סיכויי התביעה ואת הנזק שנגרם לקבוצת התובעים

הפשרה, שלא קבע פיצוי כספי של חברי הקבוצה כי אם שינוי מדיניות בעניין סימון המוצרים, הוא ראוי, הוגן וסביר; ת"א (מחוזי ת"א) 2383-06 גבע נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010) (בית המשפט סבר כי השוואה של שווי התביעה, לו הייתה מתקבלת במלואה, לסכומים המשקפים את שווי ההטבה לקבוצה, לאור סיכויי התביעה, ולאור העובדה כי אין חולק כי לחברי הקבוצה לא נגרם כל נזק או חסרון כס, מביא למסקנה כי יש לאשר את הסכם הפשרה); ב"ש"א (ת"א) 8374/06 ברוט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2010) (בית המשפט קיבל הסדר פשרה שלא זיכה כל חבר בקבוצה בפיצוי בשיעור נזקו המדויק, בנימוק שבהסכם פשרה קונים הן התובע והן הנתבע את הסיכון שבהמשך הדיונים. בהתחשב במורכבות האירוע המדובר וההשקעה הנדרשת בבירור נזקו המדויק של כל תובע מיוצג, בית המשפט קבע שההסדר ראוי, הוגן וסביר); ב"ש"א (מחוזי ת"א) 10897/07 היבנר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2010) (להלן: עניין היבנר) (בית המשפט אישר הסדר פשרה שלא הבטיח לכל חבר בקבוצה המיוצגת סעד השבה השווה לערכה המוחלט של ההשבה המגיעה לו, וזאת עקב מורכבות הנושא ולאור קיומו של "יחס ראוי" בין שיעור הנזק לשווי ההטבה בעניינו של כל אחד מהחברים).

30 בניסוח פורמלי, אם הסעד הנתבע הוא J , הסיכויים לזכות בו הם P , העלויות הנתרות הן C והפשרה המוצעת היא S , אזי התובעים היו מסכימים לפשרה אם ורק אם $PJ - C < S$. ההנחה היא שהתובעים נושאים בעלויות הנתרות משום ששכר טרחת עורך-דין וגמול לתובע המייצג מופחתים מהסעד שייפסק להם. כמו כן ההנחה היא שבמקרה שהנתבע יזכה בתביעה, התובעים המיוצגים לא יידרשו לשפות אותו בגין הוצאותיו. הנחה זו נכונה בתובענות ייצוגיות אם כי ראו סעיף 12(ג) לחוק לעניין תובענה ייצוגית בדרך של הצטרפות.

31 אם כי גם היא תלויה בשלב שבו נמצא ההליך: ככל שהשלב מוקדם יותר כך הערכת העלויות מסובכת יותר. לדרך שבה יש לחשב את הערך הצפוי של העלויות, בתלות באפשרות שהתביעה תסתיים לפני מתן פסק דין, ראו Peter H. Huang, *A New Options Theory for Risk Multipliers of Attorney's Fees in Federal Civil Rights Litigation*, 73 N.Y.U. L. REV. 1943, 1952-1958 (1998).

נתבעים שיודעים שפעלו שלא כדין יעדיפו, באופן שעשוי להראות פרדוקסלי, שתובענה ייצוגית תוגש כנגדם מהר ככל האפשר לאחר שהתפרסם מידע פומבי שמעלה חשד לחבותם; הם אף יעדיפו להתפשר בה מהר ככל שיוכלו.³² ככל שיעבור יותר זמן כך יצטברו מידע וראיות נוספים שמעידים על חבותם ועל הנזק שגרמו. סיכוייהם להפסיד בתביעה יגדלו ועמם יגדל הפיצוי שיצטרכו לשלם. לפיכך, נתבעים אלה ירצו להגיע לפשרה מהירה בתובענה ייצוגית שתחסום תביעות עתידיות, אינדיווידואליות ויייצוגיות. הערכת הסיכויים וגובה הנזק בתביעות מוקדמות אלה היא בעייתית.

נוסף על כך, לאחר שמוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, הבעיה להעריך את ערכם הצפוי של סיכויי ההצלחה של התביעה והנזק שנגרם לקבוצת התובעים היא קשה יותר ככל שהסדר הפשרה מוגש לאישור של בית המשפט מוקדם יותר. במקרה שבו הסדר הפשרה מוגש לאישורו של בית המשפט לפני שהכריע בבקשה לאישור התובענה כיייצוגית, המידע שיש בידו הוא זעום.³³ לפני בית המשפט יש את כתב התביעה והבקשה לאישור,³⁴ שעל-פי טבעם חסרים כל ערך ראייתי; בית המשפט יכול לעיין בתצהירים שהוגשו לתמיכה בבקשה לאישור התובענה כיייצוגית ולעתים אף בחקירתם הנגדית של המצהירים, אם נחקרו; במקרים נדירים יהיו לפני בית המשפט תצהירי גילוי מסמכים חלקיים, אם אלה הוחלפו בין הצדדים לפני הגשת הסדר הפשרה לאישור;³⁵ נוסף על כך

32 המקור למידע מחשיד יכול להיות פרסום בתקשורת, חקירה של הרשות הממונה או הליך פלילי נגד החברה. בהקשרים מסוימים יהיו סימנים פומביים אחרים. כך, למשל, ירידה פתאומית במחירו של נייר ערך או אוסף לא מוסבר של נזקים כתוצאה ממוצר מסוים עלולים להעלות חשד להתנהגות שלא כדין של הנתבע הרלוונטי.

33 הדברים אמורים בעיקר בסוגיות העובדתיות, אם כי גם שאלות משפטיות דורשות בירור שאותו טרם הספיק בית המשפט לעשות בשלב מוקדם זה.

34 הפרקטיקה הנהגת בבתי המשפט המחוזיים היא לדרוש מהנתבע להגיש כתב הגנה רק לאחר שהתובענה אושרה כיייצוגית. עם זאת, אפשר למצוא אמירות המבטאות עמדה אחרת בבית המשפט העליון. ראו רע"א 4285/08 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' עו"ד אורן (פורסם בנבו, 30.4.2009) (בית המשפט סירב לדחות הגשה של כתב ההגנה לשלב שלאחר אישור התובענה הייצוגית, מן הטעם שנדרשת הצגה של מכלול הטענות בתשובה לבקשת האישור); ראו גם רע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ פס"מ 8 (פורסם בנבו, 26.6.2007) (בית המשפט דן בשורת הליכים, בהם בקשות לאישור תובענה ייצוגית ותביעה נגזרת, הנשענים על אותה תשתית עובדתית, ותחת נסיבות אלו מחייב בית המשפט את בעלי הדין בהגשת כתב ההגנה טרם ההכרעה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית כדי ליצור תמונה ברורה של כלל המחלוקות והשאלות המשותפות להן).

35 בית המשפט העליון הטיל על בעלי הדין חובה מוגבלת לגילוי מסמכים רלוונטיים בשלב הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. להיקפה של חובת הגילוי ראו רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513 (2003) (בית המשפט נעתר לבקשת התובעים הייצוגיים להוצאת צו גילוי ועיון במסמכי הנתבעים בשלב האישור של התביעה הייצוגית); רע"א 7956/08 מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ נ' עו"ד גן צבי (פורסם בנבו, 21.4.2009) (בית המשפט הבחין בין מסמכים רלוונטיים

יש לפני בית המשפט את הסדר הפשרה – גם הוא ללא כל ערך ראייתי – ואת תצהיריהם של בעלי הדין ועורכי-הדין שאמורים לגלות את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה.³⁶ מסמכים אלה אינם יכולים להחליף את בירור התובענה לגופה ואינם מספיקים כדי שבית המשפט יוכל להעריך באופן מדויק את סיכוייה ואת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה המיוצגת כתוצאה מהתנהגותו או ממחדליו של הנתבע.

בשלבים מתקדמים יותר של ההליך חלק ניכר יותר מהליכי הגילוי המוקדם וההזכחות כבר התנהלו. לכן, יכולתו של בית המשפט להעריך נכונה את נקודות הכוח והחולשה בטיעוניהם של הצדדים גדלה, והערכותיו לגבי פסק הדין הצפוי נהפכות מדויקות יותר. אולם, דווקא משום כך הצדדים יבחרו בדרך כלל להגיש את הסדר הפשרה לאישור בית המשפט לפני אישור התובענה כייצוגית.³⁷ נטייה זו לפשרות מוקדמות מתקיימת הן בתביעות ראיות והן בתביעות סרק. בתביעות ראיות יהיה זה הנתבע שירצה להתפשר מוקדם ככל האפשר, לפני שראיות המעידות על חבותו יתגלו לבית המשפט; בתביעות סרק יהיה זה התובע שירצה להתפשר לפני שיאלץ למשוך את התביעה חסרת השחר ולסלקה. בשני סוגי התביעות ירצו הצדדים לנצל את קשייו של בית המשפט להעריך נכונה את סיכויי התביעה כדי להשיג את אישורו להסדר הפשרה.

(ב) קשיים להעריך את שווי הפשרה ואת עלותה לנתבע

כאשר בית המשפט בוחן את הסדר הפשרה עליו להעריך את שווייה עבור הקבוצה המיוצגת ואת עלותה עבור הנתבע. מחד גיסא, כדי שהפשרה תמלא את המטרה הקבועה בסעיף 1(3) לחוק – "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" – בית המשפט צריך לאשר אותה רק כששווי הסעד שניתן לחברי הקבוצה גדול מהערך הצפוי בהתדיינות משפטית. מאידך גיסא, כדי שהתובענה הייצוגית תקיים את המטרה הקבועה בסעיף 1(2) לחוק – "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" – צריך שהנתבע ישלם עבור כל נזק שגרם, ולכן הערך הרלוונטי שבית המשפט צריך לבדוק הוא העלות של הסדר הפשרה עבור הנתבע. הן שווי הסעד שניתן והן עלותו לנתבע עלולים להיות קשים להערכה במועד הדיון בבקשה לאישור של הסדר הפשרה. קשיי הערכה הללו נובעים משני גורמים עיקריים: הראשון הוא הפער בין שווי הפשרה שמוצג לפני בית המשפט במועד האישור לבין שווי הפשרה שממומשת למעשה, והשני הוא הפער בין שווי הפשרה לקבוצה המיוצגת לבין עלותה לנתבע. ההכרעה אם הסדר הפשרה הוא ראוי, הוגן וסביר נעשית לפני אישור

המצדיקים מתן צו גילוי לבין מסמכים שאין להוציא צו לגביהם); רע"א 1233/09 פרנני נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 1.9.2009) (בית המשפט הבחין בין מסמכים רלוונטיים למסמכים שאין לדרוש בגינם גילוי).

36 ס' 18(ב) לחוק וכן ראו הדיון להלן בפרק 1.1(ב)(1) "דרישה לצירוף תצהירים של הצדדים ושל באי-כוחם".

37 ראו להלן, פרק ג.

הפשרה, ואילו מימושה של הפשרה נעשה רק לאחר שאושרה. לכן, במקרים רבים יהיה פער בין שווי הפשרה שהוערך לצורך אישורה לבין השווי שיושם וחולק לחברי הקבוצה המיוצגת למעשה. נוסף על כך, יש קושי להעריך סעדים לא כספיים שניתנים בפשרה וקושי זה גורם במקרים רבים לפער בין שוויים לקבוצה המיוצגת לבין עלותם לנתבע. המידה שבה קשיי ההערכה הללו משמעותיים תלויה בסעדים שניתנים בפשרה המוגשת לאישור. אפשר לחלק את הפשרות האפשריות בתובענה ייצוגית לפי הסעדים הניתנים בהם לחמישה סוגים:³⁸

1. פשרות שבהן ניתן תשלום כספי לכל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת, ללא צורך בפעולה נוספת מצדו.³⁹
2. פשרות שבהן הנחבע מתחייב לשלם סכום כסף לגורם שלישי, למדינה או למטרה ציבורית אחרת.⁴⁰

38 לחלוקה של פשרות שאינן כספיות לחמישה סוגים ראו Geoffrey P. Miller & Lori S. Singer, *Nonpecuniary Class Action Settlements*, 60 L. & CONTEMP. PROBS. 97, 101-107 (1997).
 39 ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי ת"א) 1792-07 פליטי נ' הראל בע"מ – הברה לבטוח בעמ' 6-9 (פורסם בנבו, 20.12.2009) http://elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/188bhp.tif (הראל תשיב לכל תובע מיוצג שפוליסת הביטוח שלו תקפה סכומי פרמיות עודפים שנגבו. לצורך כך תזין הראל במחשביה, לגבי כל אחד מחברי הקבוצה, את זכותו לקבלת ההשבה); ת"צ (מחוזי מרכז) 4944-08-07 הירש נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 5.1.2010) (להלן: עניין הירש) (מנורה תשלם לכל מי שנמנה עם הקבוצה המיוצגת סכום של 42.5 ש"ח בגין כל פוליסה; התשלום יבוצע במשלוח שיק לכתובתו של כל אחד מחברי הקבוצה או על ידי קיוזו הסכום מחוב של חבר הקבוצה אצל מנורה במועד ביצוע התשלום, בכפוף למתן הודעה); ת"א (מחוזי ת"א) 1953/04 שכטר נ' כרמל אגוד למשכנתאות והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 15.7.2007) (להלן: עניין שכטר) (ההחזר הכספי שתבצע המשיבה יבוצע ישירות לחשבונם של הלווים שהלוואתם העומדת עדיין תלויה. אשר ללוים שהלוואתם העומדת הסתיימה, אלו יקבלו הודעה בדואר רשום להגיע לסניף הבנק, ולאחר שיוזדהו יקבלו שיק על סכום ההחזר); עניין היבנר, לעיל ה"ש 29 (הפניקס תשיב לכל תובע מיוצג שהפוליסה שלו תקפה במועד הקובע, ולכל מי שיתקשר עם הפניקס החל במועד הקובע ועד למועד עדכון מערכות המחשוב, את סכומי הפרמיות שנגבו בגין מרכיב הריסק); ת"א (מחוזי ת"א) 2113/08 פרג נ' הראל חברה לביטוח (פורסם בנבו, 13.7.2010) (הראל תשיב לבעלי הפוליסות התקפות את דמי הביטוח שגבתה עבור הפוליסות המבוטלות, וכן תשיב לחברי הקבוצה שיבחרו לבטל את חברותם בפוליסה את דמי הביטוח ששילמו בגינה משך ששת החודשים שקדמו למועד הביטול).

40 ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי ת"א) 2245/08 בוכניק נ' ישראל כרמל בע"מ ת"א (פורסם בנבו, 3.12.2009) (המשיבות יקימו קרן מלגות בסך 1,440,000 ש"ח, שתחלק במשך שנתיים מלגות לסטודנטים תושבי הפריפריה הלומדים במוסדות מוכרים להשכלה גבוהה); הסכם הפשרה מיום 1.10.2009, שהוגש לאישור בית המשפט בבש"א (מחוזי ב"ש) 3256/08 פרי נ' אלוניאל בע"מ בעמ' 3 להסכם הפשרה (פורסם בנבו, 29.11.2009) http://elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/188bhp.tif (אלוניאל תרים תרומה כספית בסכום כולל של 450 אלף ש"ח לטובת מחקר בדבר הרגלי אכילה

3. פשרות שבהן ניתן תשלום כספי לכל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת בתנאי שהגיש דרישת תשלום באופן שנקבע בהסדר הפשרה.⁴¹ הפשרה יכולה לקבוע הגבלה על חבותו הכוללת של הנתבע⁴² או שתהיה ללא הגבלה כזו. כאשר החבות הכוללת מוגבלת וסכום דרישות התשלום שהוגשו עולה עליה, יקבל כל תובע שהגיש דרישת תשלום חלק בחבות הכוללת על-פי חלקו מתוך סך דרישות התשלום שהוגשו. כאשר סכום דרישות התשלום שהוגשו נמוך מהגבלת החבות הכוללת עולה השאלה מה ייעשה בסכום שנוותר. אפשרות אחת היא שיתרה זו תחזור לנתבע;⁴³ אפשרות אחרת

נכונים לילדים בגילאים 0-18 חודשים, בבית חולים רמב"ם (בחיפה); ת"צ (מחוזי מרכז) 12-07-164 שרייר נ' מהדריין בע"מ (פורסם בנבו, 24.2.2009) (המשיבה תקצה סכום של 100 אלף ש"ח לקיום אירועים ו/או פעילויות ו/או תרומת מוצרים לחולי סרטן ו/או למחלקות אונקולוגיות בבתי חולים בישראל, בשיתוף ו/או בתיאום עם האגודה למלחמה בסרטן. אם לא יתקיימו אירועים משותפים במשך שנתיים לאחר המועד הקובע, או שהתקיימו אירועים משותפים אך נותרה יתרה מן הסכום שהוקצה להם, תתרום המשיבה את הסכום שנוותר לאגודה למלחמה בסרטן ו/או למחלקות אונקולוגיות בבתי חולים בישראל); בש"א (מחוזי ת"א) 23972/08 זילברפלד נ' בנק דיסקונט סניף פרדס כץ (פורסם בנבו, 10.5.2010) (להלן: עניין זילברפלד) (אף על פי שלכל אחד מחברי הקבוצה נגרם נזק ממוני, אושר בהסדר פשרה כי הסעד יהיה בדמות תרומה כספית של 250 אלף ש"ח לעמותת "עזר מציון", בנימוק שהסדר זה משקלל את סיכויי הצדדים וסיכויניהם לתובענה ומשרת את תכלית חוק התובענות הייצוגיות).

41 ראו, לדוגמה, ת"צ (מחוזי מרכז) 06-1532-08 מצליח נ' סולגאר ישראל, אמברוויה בע"מ (פורסם בנבו, 6.1.2010) (המשיבות ישלמו פיצוי בסכום של 1,000 ש"ח למי שיצהיר כי רכש את תוסף המזון בתקופה הרלוונטית, ויצגי תוצאות בדיקה שנעשתה במהלך שנה שקדמה לרכישת המוצר המלמדת שהוא אלרגי לקזאין); ת"א (מחוזי ת"א) 1601/01 קונסט נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (לא פורסם, 30.3.2008) (תשלום חד-פעמי בסך 1,000 ש"ח לכל אדם שבתקופה הקובעת רכש והשתמש בפועל באמפולות הידועות בשם המסחרי כוריגון IU 5000, שהטיפול באמצעותן נכשל, ויזיח רכישה ושימוש כאמור כמו גם את כישלון הטיפול).

42 ראו לדוגמה ד"מ 1622/08 (בש"א 390/08) רייכמן נ' אלגד פיצה בע"מ (לא פורסם, 2.11.2008) (המשיבה תקצה סכום חד-פעמי גלובלי, בסך 200 אלף ש"ח ברוטו, לשם תשלום פיצוי בגין אי-תשלום מלוא החזר הוצאות הנסיעה לחברי הקבוצה); ע"ע (ארצי) 238/07 שמואלביץ נ' קודקוד אבטחה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו, 19.4.2009) http://elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/385%20bhp.tif (המשיבה תקצה סכום של 250 אלף ש"ח לתשלום פיצוי בגין אי-הפרשת חלקו של המעביד לקרן הפנסיה).

43 ראו, לדוגמה, הסכם הפשרה מיום 24.5.2009 שהוגש לאישור בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו בד"מ 7738/08 (בש"א 5474/08) מייזרוביץ נ' קו האופק שירותי אחזקה מקיפים (1999) בע"מ (לא פורסם, ההסדר אושר ביום 6.5.2009) http://elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/462bhp.tif (המשיבה תקצה סכום חד-פעמי בסך 200 אלף ש"ח ברוטו. היה ולאחר אישור רשימת הזכאים לתשלום יתברר כי הסכום המגיע לעובדים הזכאים נמוך מסכום התקרה, ייוותר הסכום העודף בידי החברה); עניין שמואלביץ, לעיל ה"ש 42 (היה והסכום המגיע

- היא שהיתרה תחולק בין חברי הקבוצה שהגישו דרישות תשלום; 44 אפשרות שלישית היא להעביר את היתרה לגורם שלישי, למדינה או למטרה ציבורית אחרת. 45
4. פשרות לסעדים אקוויטביליים, שבהן הנתבע מתחייב לבצע פעולה מסוימת או להימנע ממנה. 46
5. פשרות קופונים והנחות, שבהן הנתבע מעניק הטבות שמימושן מותנה ברכישת שירות או מוצר נוסף. ההטבות יכולות להיות מחולקות בין חברי הקבוצה המיוצגת, לפי דרישתם או ללא צורך בדרישה. לחלופין, ההטבות יכולות להינתן ללקוחות או

- לעובדים הזכאים נמוך מסכום התקרה, יועברו 85% מהסכום העודף כהשלמת שכר טרחה לבא-כוח המעורר. יתרת הסכום העודף בשיעור 15% תישאר בידי המשיבה לצמיתות).
- 44 ראו לדוגמה את עניין הירש, לעיל ה"ש 39 (היה ובתום 185 יום מהמועד הקבוע לתשלום לא יפרע מי מחברי הקבוצה את ההמחאה שנשלחה לביתו מאת המשיבה, מכל סיבה שהיא, יחולק הסכום באופן שוויוני בין התובעים המיוצגים שפרעו את ההמחאות או שקיבלו התשלום על דרך קיוזו); עניין שכטר, לעיל ה"ש 39 (בית המשפט הורה לצדדים "לחלק את הסכומים שלא הוחזרו לחברי הקבוצה התובעת, אשר לא אותרו או לא דרשו את חלקם בהסדר בתוך שנתיים ימים מן המועד האחרון לביצוע ההחזר, בין חברי הקבוצה אשר אותרו ו/או דרשו את ההחזר"). זו גם הגישה המוצעת בארצות-הברית על ידי ה-American Law Institute. ראו American Law Institute's PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION § 3.07(b).
- 45 ראו לדוגמה את ת"צ (מחוזי ת"א) 2172/08 ריינהולד נ' דפי זהב בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2010) (המשיבה תשיב את מלוא הסכומים שנגבו ביתר ללקוחות שעמם היא בקשרים עסקיים. לשאר הלקוחות ינתן פרק זמן שבו יוכלו לפנות בדרישה. את הסכום שיוותר תתרום המשיבה לעמותת "בית הגלגלים"); ת"צ (מרכז) 6010-08-07 פין נ' הבנק לפתוח התעשייה בישראל (לא פורסם, 4.11.2007) (סכום הפשרה יחולק בין חברי הקבוצה באופן יחסי על פי סכום התביעה המוכר של כל אחד מחברי הקבוצה כפי שנקבע לצורך הסכם זה. אם לאחר חלוקת כל הסכומים ייוותר סכום כסף מתוך סכום הפשרה שלא חולק, יועבר מתוך העודפים סכום של 100 אלף ש"ח למטרה או למטרות ציבוריות שעליה יחליט התובע, בכפוף לאישור הבנק). עניין רייכמן, לעיל ה"ש 42 (היה ולאחר חלוקת סכום התקרה בין כל העובדים הזכאים ייוותר סכום כסף עודף, תתרום הנתבעת את הסכום העודף לארגון או לגוף הדואג לחלוקת מזון לנוקדים באמצעות שוברי מזון שיימסרו על ידי הארגון או הגוף לנוקדים).
- 46 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 1151/07 סלומון נ' מחלבות גד בע"מ (פורסם בנבו, 3.9.2009) (המשיבה תשנה את הכיתוב שעל אריות המוצרים); בש"א (ת"א) 8288/06 פלד נ' שטראוס-עלית אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 4.8.2008) (להלן: עניין פלד) (עלית תערוך מבצע צרכני במשך כשנתיים, שבמסגרתו תייצר מוצרים ייעודיים עבור ציבור חולי הצליאק בישראל); עניין פינצ'וק, לעיל ה"ש 29 (תנובה תסמן על גבי מוצריה שבכשרות "רגילה" הכוללים רכיבים המופקים מ"חלב נוכרי" סימון הנותן ביטוי לעובדה זו באופן ברור, בהתאם להנחיות הרבנות הראשית); ת"צ (מחוזי מרכז) 18039-12-09 בן דרוור נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.2010) (פריניר תוסיף סימון של סימן מסחרי רשום ליד המותג "טבע טרי" 100% טבעי" במוצרי העגבניות); ת"צ (מחוזי חי') 27400-12-09 נסאר נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 24.6.2010) (שטראוס תתקן את הטעות שנפלה בתרגום הערכים התזונתיים המופיעים בתווית המוצר).

פרטים שיזקקו לשירותי הנתבעת או למוצריה בעתיד, גם אם לא הייתה להם עילת תביעה כנגדה ולפיכך אינם חברים בקבוצה המיוצגת.⁴⁷

ככל שמתקדמים ברשימת סוגי הפשרות כך מתגברות בעיות ההערכה של שוויין לקבוצה המיוצגת ושל עלותן לנתבע.⁴⁸ מאחר שפשרות מהסוגים 1-3 הן פשרות כספיות, אין פער ניכר בין עלותן לנתבע לבין שוויין למי שמקבל אותן; אולם בפשרה מסוג 3 ייתכן פער בין השווי המוערך לצורך אישור לבין השווי הממומש. פער זה נובע בעיקר מכך שהנתבע עלול להערים קשיים על מימוש זכויותיהם של התובעים.

פשרות מסוג 4 – לסעדים אקוויטביליים – הן קשות להערכה ודורשות פיקוח על מימושו. לפיכך עלול להיות פער בין הערכתן במועד האישור לבין מימושו והן בין

47 ראו לדוגמה בש"א (ת"א) 16332/07 ברמי נ' תעשיות "פילטונה" בע"מ, חברה פרטית (פורסם בנוב, 17.1.2008) (המשיבה תייצר לצרכן מיליון אריזות טונה בתוספת של 10 גרם למשקל האריזות באותו מחיר שבו היא משווקת את המוצר כיום); ת"א (מחוזי ת"א) 2286/03 טורבתיאן נ' הנקל סוד בע"מ (פורסם בנוב, 28.5.2008) (המשיבה תשווק ותפיץ במהלך תקופה של 12 חודשים 51,360 אריזות של אבקת כביסה סוד עם תוספת משקל של 0.25 ק"ג באותו מחיר שבו היא משווקת כיום); ת"צ (מחוזי מרכז) 8589-07-09 בן דהן נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (לא פורסם, 19.10.2010) (להלן: עניין בן דהן) (תנובה תעניק לכל הצרכנים הנחה של 20% על הגבינה למשך שלושה חודשים); ת"א (מחוזי חי') 797-08 קרן נ' די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (פורסם בנוב, 24.6.2010) (חברת הכבלים "יס" תפתח עבור כל מנוייה ערוץ חדש כל יום במשך שלוש שעות, למשך חמישה חודשים, וכן תפיק תכנית בנושא איכות הסביבה שתשודר חינם עבור כל מנוייה).

48 יש לציין כי הסמכות לאשר פשרה שאינה נותנת פיצוי כספי או סעד ישיר לכל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת מוקנית בסעיף 20(ג) וכפופה לתנאיו. הסעיף קובע שכאשר בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית, הרי אם מצא "כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין". הסמכות בסעיף היא רחבה ומאפשרת לבית המשפט לפסוק כל סעד, גם אם ניתן לטובת הציבור ולא לטובת הקבוצה. התנאי להפעלת הסעיף הוא שביית המשפט מצא שפיצוי כספי או סעד ישיר לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין. תנאי זה חל גם על הסדר הפשרה. התנאי נועד להגן על חברי הקבוצה ולהבטיח שיזכו בפיצוי או בסעד ישיר כשהדבר אפשרי. הערכת שוויו ועלויותיו של סעד שאינו סעד ישיר לכל אחד מחברי הקבוצה היא מסובכת. בית משפט שלא דן בתביעה ולא הכריע בה יתקשה לבצע הערכה כזו. לפיכך, יש חשש שיינתן סעד שאינו נותן פיצוי הולם לחברי הקבוצה או שאינו מקיים את המטרה של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, בהתחשב בסיכויי התביעה. לכן, הבחירה בסעד כזה מותנית בכך שפיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות הענין. ביטוי נוסף לשמירה על יחס סביר בין הסעד לחבר הקבוצה האינדיווידואלי לבין הערכת שווייה של עלות הסעד נמצא בתק' 13 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010. על פי התקנה, גם כשמאפשר לחבר הקבוצה להוכיח את זכאותו לפיצוי על פי ס' 20(ב)(1) לחוק, על בית המשפט להתחשב בסעד הצפוי לחבר הקבוצה אל מול העלות הצפויה של דרך ההוכחה.

תועלתן לקבוצה המיוצגת ולציבור לבין עלותן לנתבע. בעיה מיוחדת מתעוררת כשהמעשה או המחדל שבגיננו מוגשת התובענה הייצוגית הם נמשכים או חוזרים ולכן יש אינטרס ציבורי לא רק בפיצוי ובהטלת סנקציה בגין העבר, אלא גם בהפסקת המעשה או המחדל בעתיד. הפיצוי והסנקציה משמשים להרתעה של נתבעים מפני הפרת הדין. הפסקת המעשה או המחדל משמשים לאכיפת הדין ולמניעה של הפרת הדין. שתי המטרות – הרתעה ומניעה – נכללות בסעיף 1(2) לחוק. עם זאת, אלה מטרות נפרדות. אכיפת הדין על הנתבע לאחר שהוגשה תביעה נגדו אינה משמשת להרתעה מהפרת הדין בעתיד. אם נתבעים יצפו שבכל מקרה שבו יתבעו יצטרכו רק להפסיק להמשיך להפר את החוק ולא ישלמו בגין הפרות שקדמו להגשת התביעה, לא יהיה להם שום תמריץ לקיים את החוק. לכן, הרתעה מפני הפרת החוק דורשת הטלת סנקציה בגין הפרות שנעשו בעבר.

במקרים רבים אין חפיפה בין קבוצת הנפגעים מהפרות העבר לבין מי שעתידיים להיפגע אם ההפרות לא ייפסקו, וגם אם יש חפיפה בין הקבוצות אין בהכרח חפיפה בין נזקי העבר שנגרמו לנזקי העתיד שיימנעו.⁴⁹ לפיכך, פשרות שבהן הנתבע מתחייב רק לסעדים אקוויטביליים – להפסקת המעשה או המחדל בעתיד – אינן מפצות את הנפגעים מהפרות העבר, אולם למרות זאת הן מונעות מהם את זכות התביעה בעתיד. למעשה, נפגעי העבר – חברי הקבוצה המיוצגת – משלמים בוותור על זכותם לסעד בגין הפרות העבר תמורת אכיפת הדין לטובת נפגעים פוטנציאליים בעתיד. אילו היו נשאלים לדעתם, לא היו חברי הקבוצה המיוצגת מסכימים לוותור כזה אלא אם יש להם טובת הנאה

49 יש לשים לב לכך שפשרות המבטיחות שינוי במוצר או בשירות אינן בהכרח פשרות שבהן הנתבע מתחייב להפסקת המעשה או המחדל. במקרים רבים השינוי במוצר או בשירות הולך מעבר להפסקת המעשה או המחדל ומשמש פיצוי על נזקי העבר. ההנחה היא שיש חפיפה רבה בין הצרכנים שנפגעו בעבר לצרכנים שיהנו מהשינוי בעתיד, או לפחות ששווי של השינוי המובטח (ואולי אף עלותו לנתבע) שווים לנזקים שנגרמו בעבר. כאשר בדק בית משפט ומצא שההנחות הללו נכונות, ייתכן שהסעד שנפסק משיג הרתעה ומניעה גם יחד. ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1398/06 גרינבאום נ' סונוול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.3.2009) (חברות הדלק התחייבו בהסדר לחדול מגביית תוספת בעד שירותי מתדלק במסלולי שירות עצמי מרכבי נכים. בית המשפט פסק בהחלטת ביניים כי אין לדחות את ההסדר על הסף מאחר שקבוצת הנהנים העתידיים כוללת ממילא את נפגעי העבר, ומאחר שההסדר מטיל עלויות המייצרות חסרון כיס עבור המשיבות); בדומה לכך ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 1925-08-09 רוזנברג נ' אי.פי.אי (תנועה וחניה) (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.2010) (מפעילת החניון תחדל מגביית דמי חניה מנכים ותציב שלט המודיע לקבוצת התובעים על זכותם לחנות ללא תשלום. אף על פי שהסעד לא כלל השבה, ראה בית המשפט את ההסדר כסביר שכן יש מחלוקת בעניין הגורם האחראי על הגבייה שלא כדין, וכן משום שהסעד משית עלות על הנתבעת); בש"א (מחוזי ת"א) 11936/06 בנק נ' ליימן שליסל בע"מ (פורסם בנבו, 5.2.2008) (סביר להניח כי אלה שנפגעו והיו ערים לבעיית המשקל יהיו גם ערים יותר לכך שהמוצר מוצע להם בתקופה מסוימת במשקל גבוה ובאותו מחיר, וירכשו אותו).

בצדו. טובת הנאה כזו יכולה להתקיים רק במקרים שבהם יש חפיפה בין נפגעי העבר לנפגעי העתיד או במקרים שבהם ממילא אי-אפשר לזהות את נפגעי העבר, אולם אפשר להגדיר את הקבוצה שאליה הם משתייכים (דוגמת צרכני המוצר המסוים).⁵⁰ בשני סוגי המקרים קבוצת התובעים הייתה מסכימה לפשרה הכוללת רק הפסקת המעשה או המחדל אילו הייתה סבורה שסיכוייה לזכות בתביעה, הן לגבי העבר והן לגבי העתיד, אינם ודאיים. הבדיקה של כל הנתונים שנדרשים להערכה, אם ראוי לוותר על פיצוי תמורת מניעת הפרות בעתיד, היא מסובכת.⁵¹

לבסוף, פשרות מסוג 5 – לקופונים ולהנחות – הן הבעייתיות ביותר להערכה, הן משום הפער בין שוויין במועד האישור לבין שוויין במועד המימוש והן משום הפער בין שוויין לקבוצה לבין עלותן לנתבע. הסבר מפורט יותר יועיל להבין את הבעייתיות המיוחדת בפשרות אלה.

נניח לדוגמה שבתביעה שהוגשה בגין הטעיית צרכנים באמצעות הקטנת התכולה של אריזת המוצר הצדדים מסכימים על חלוקת שוברי הנחה למוצר.⁵² במועד אישור הפשרה

50 כאשר אי-אפשר לזהות את חברי הקבוצה – הנפגעים בעבר והנהנים בעתיד – אבל אפשר להגדיר את הקבוצה, אפשר לחשוב על בחירתם של חברי הקבוצה בפשרה כאילו היא נעשית מאחורי מסך כשאננם יודעים אם הם שייכים לקבוצת הנפגעים או לקבוצת הנהנים. כל שהם יודעים הוא שהם שייכים לקבוצה המוגדרת, למשל כצרכנים או כמקבלי שירות מהנתבע. בחירה מאחורי מסך בערות כזה תיעשה כאילו יש חפיפה בין הנפגעים בעבר לבין הנהנים בעתיד. המניעה, שבה זוכים הנהנים בעתיד, הייתה נשקלת אז אל מול היעדר ההרתעה לגבי הנפגעים בעבר.

51 הבעייתיות הזו גדולה מאוד בתביעות הנוגעות לעולות חשיפה המונית. אחד המאפיינים של עולות כאלה הוא שהנוק שנגרם כתוצאה מהן עלול להתממש רק לאחר זמן רב מהמועד שבו התגלתה החשיפה המסוכנת. במקרים אלה ייתכן שהתובענה תוגש מוקדם מדי והפשרה תחסום תביעות עתידיות של נפגעים, שנוקיהם יתממשו רק בעתיד. כאשר הנתבע יודע שפעל שלא כדין וחושש שהדברים יתבררו מאוחר יותר, התמריץ שלו להתפשר מוקדם הוא גדול. לדיון נרחב בנושא עולות חשיפה המונית וההשלכות לעניין היות משך ה"דגירה" של הנוק ארוך ומשתנה בין התובעים, ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש" 8, בעמ' 340-365. דוגמה להסדר פשרה בתביעה כזו ראו בהסדר מיום 17.8.2009 שהוגש בת"א (ב"ש) 5118/08 (בש"א 4956/00) דהן נ' כיתן תעשיות טקסטיל בע"מ (פורסם בנבו, 14.4.2010); ת"צ (מחוזי מרכז) 9237-02-10 שלום נ' יפאורה – תבורי בע"מ (פורסם בנבו, 2.8.2010) (לא יינתנו פיצויים; הנתבעת תשנה את הכיתוב על אריזת המוצר כך שיכיל את הדיבור "בתוספת מלח". בעקבות עמדת היועץ המשפטי לממשלה הסכימו הצדדים כי ההסדר לא יהווה מעשה בית דין בתביעה אישית בין נזקי גוף בעתיד, אך בפועל ההסדר חוסם את האפשרות להגשת תובענה ייצוגית על נזקים אלה, אם יתממשו.

52 ברוב המקרים הללו הסכמי הפשרה קבעו שהמוצר ישווק בכמות גדולה יותר באותו מחיר, לתקופה מוגבלת. הבעייתיות בהסכמים אלה דומה לזו המתוארת בטקסט. ראו, למשל, את הסדרי הפשרה בעניין בנק, לעיל ה"ש" 49 (הנתבעת התחייבה לשווק צנצנות בתוספת משקל ללא תוספת מחיר בשני סבבי מכירה שמשך כל אחד מהם חודשיים); עניין ברמי, לעיל ה"ש" 47 (הנתבעת התחייבה לייצר מיליון אריזות בתוספת משקל ללא תוספת מחיר); ת"א (מחוזי ת"א) 1837/06 בכר נ' הנקל סוד

הצדדים עשויים להעריך את שווי הפשרה לפי הערך המתקבל מהכפלת כמות השוברים בהנחה שניתנת עבור כל שובר.⁵³ חישוב כזה הוא מוטעה. ראשית, לא כל שוברי ההנחה נפדים ולכן יש להפחית את השווי הכולל בשיעור השוברים שאינם נפדים. הנתבע עלול להשפיע על שיעור השוברים שנפדים באמצעות קביעת תנאים לקבלתם או למימושם, קביעת מועד פקיעה מוקדם או התניה של מימוש השוברים ברכישה בסכום גבוה. גם ללא התערבות מצד הנתבע ייתכן שהביקוש למוצר נמוך מכמות השוברים שאפשר לכאורה לממש. שנית, חלק מהרוכשים שיממשו את ההנחה לא היו רוכשים את המוצר אילו היה נמכר במחירו המקורי ולכן שווי ההנחה עבורם נמוך מערכה. נניח, לדוגמה, שערכו של המוצר עבור פלוני הוא 80, מחירו הרגיל של המוצר הוא 100 ושובר ההנחה הוא על סך 30. פלוני לא היה רוכש את המוצר במחירו הרגיל, אולם ירכוש אותו לאחר שימוש בשובר ההנחה. שווייה של ההנחה עבורו הוא ההפרש בין ערך המוצר (80) למחיר שישלם לאחר הנחה (70). שווי זה נמוך

בע"מ (פורסם בנבו, 19.09.2007) (הנתבעת התחייבה להפיץ במשך שנה 150 אלף אריוות בתוספת משקל ללא תוספת מחיר, ראו יצחק הנון "בעקבות תביעה ייצוגית: הנקל סוד תשווק אריוות פרסיל בתוספת משקל ללא שינוי מחיר" גלובס (20.9.2007) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000256145; בש"א (מחוזי ת"א) 1709/07 בגהיימר נ' גלקסוסמיתקליין (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 1.12.2008) (הנתבעת התחייבה לשווק במשך שנה שפופרת משחה בתוספת 25% ללא תוספת מחיר); ת"א (מחוזי ת"א) 2574/06 שוורץ נ' ג. ויליפור אינטרנשיונל בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2008) (הנתבעת התחייבה לשווק 148 אלף יחידות בתוספת שמונה גרם ללא תוספת מחיר); עניין טורבתיאן, לעיל ה"ש 47 (הנתבעת התחייבה לשווק במהלך תקופה של 12 חודשים 51,360 אריוות של אבקת כביסה עם תוספת משקל של 0.25 ק"ג ללא תוספת מחיר); ת"א (מחוזי ת"א) 1953/06 עמר נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 25.1.2010) (הנתבעת התחייבה לשווק לכלל צרכני ה"ביסלי" שקיות במשקל 67 גרם, 70 גרם, 190 גרם או 200 גרם במשקל מוגדל של 20 גרם ללא תוספת מחיר).

53 עניין חובה, לעיל ה"ש 29 (על פי הסכם הפשרה שהוגש לאישורו של בית המשפט, המשיבה מתחייבת להוזיל את מחירו של המוצר בבקבוק 250 מ"ל ב-0.3 ש"ח ואת מחירו של המוצר בבקבוק של 750 מ"ל ב-0.9 ש"ח. ההנחה תינתן במשך 45 ימים. על פי הערכת הצדדים, המשיבה צפויה למכור כ-308,333 בקבוקים של 250 מ"ל וכן כ-120,100 בקבוקים של 750 מ"ל. כאשר מכפילים כמויות אלה בסכומי ההנחה (עבור כל סוג של בקבוק בהתאמה) יוצא כי השווי הכולל של ההנחה הוא 200,590 ש"ח); ת"א (מחוזי ת"א) 1057/07 שחר נ' נוגם תמרוקים בע"מ (פורסם בנבו, 22.10.2009) (על פי הסכם הפשרה שהוגש לאישורו של בית המשפט, המשיבה 2 תמכור ללקוחותיה משחות שיניים במחיר זול בחמישה ש"ח ממחיר המחירון שלה, לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים, שבמהלכה תמכור המשיבה 2 ללקוחותיה 65,434 משחות שיניים במחיר מוזל כאמור. בהתאם לזאת העריכו הצדדים את סכום הפיצוי לקבוצה התובעת בשיעור כולל של 327,170 ש"ח); עניין בן דהן, לעיל ה"ש 47 (תנובה תערוך הסדר מכירה מיוחד במשך שלושה חודשים עוקבים שבהם יימכר המוצר ב-20% הנחה. שווי ההטבה הוערך על ידי הצדדים בסכום מינימלי של 110 אלף ש"ח).

משווי שובר ההנחה. שלישית, לעתים יש הנחות שהנתבע נותן במסגרת פעילותו הרגילה בשוק. אם שוברי ההנחה אינם מאפשרים כפל הנחה, ערכם נמוך מאשר זה שנקוב בהם. לבסוף, אם הנתבע סבור שאחוז ניכר מלקוחותיו יעשה שימוש בתלושי ההנחה, הוא עלול להעלות את המחירים כצעד מקדים. לחלופין, הנתבע עלול להימנע מהענקת הנחות שהיה נותן אלמלא הסדר הפשרה, בידיעה שההנחה שניתנת באמצעות הקופונים משמשת את רוב לקוחותיו.

הערכת עלותם של שוברי ההנחה לנתבע קשה אף יותר. גם אם כל הקשיים שפורטו לעיל אינם מתקיימים – דהיינו: אם כל שוברי ההנחה נפדים, אם הם אינם באים על חשבון הנחות אחרות ואם הנתבע אינו מעלה את המחיר מראש – הוזלת מחיר המוצר בגין שוברי ההנחה עשויה להביא לעלייה בביקוש למוצר. התוצאה היא שהנתבע מוכר אמנם במחיר נמוך יותר, אולם כמות המוצרים שהוא מוכר גדלה.⁵⁴ ההנחה הכפויה אכן גורמת לנתבע הפסד – אחרת היה יוזם הנחה דומה ללא קשר להליך המשפטי – אבל ההפסד לנתבע נמוך יותר משוויים הכולל של שוברי ההנחה משום שחלקו של ההפסד מקוזז בהגדלת הכמות הנמכרת.⁵⁵

לסיכום: בניגוד לסיכויי ההצלחה של התביעה, שהערכתם אינה מותנית באופן שבו עוצב הסדר הפשרה, שווי הפשרה ועלותה לנתבע תלויים בפרטי ההסדר ובסעדים שנקבעו בו. קשיי ההערכה נובעים הן מהפער בין השווי שמוערך במועד האישור לבין השווי הממומש והן מהפער בין שווי הסעד שניתן לבין עלותו לנתבע. קשיי ההערכה

54 בכלכלה מקובל לדבר על "גמישות המחיר" של הביקוש. משמעותה של גמישות המחיר היא היחס בין אחוז העלייה בכמות המבוקשת עקב הפחתת מחיר מסוימת לבין אחוז ההפחתה במחיר. גמישות גדולה מ-1 תביא לכך שהפחתת המחיר תביא לעלייה בסך הפדיון ממכירת המוצר. להגדרת הגמישות ראו גדעון ניב מבוא לכלכלה – מיקרו יחידות 4/5 20 (האוניברסיטה הפתוחה, 1982); וכן ראו דני באומן מיקרו כלכלה בגובה העיניים 131-132 (2001); לפסק דין שהתייחס במישרין לנושא ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 2296-09-08 לוי נ' פיצה האט ישראל 2002 שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 9.11.2010) (להלן: עניין פיצה האט) (הסדר הפשרה קבע כי הנתבעת תערוך מבצע שיימשך עד שתמוצה ההטבה בסכום של שני מיליון. בית המשפט התייחס לאפשרות שהנתבעת תיהנה ממכירת מוצרים מוגברת בתקופה זו ובכך תיפגם מטרת ההרתעה. עם זאת נקבע על ידי בית המשפט כי בהתחשב באי-הוודאות העולה מטענות התובעים, ובכך שעצם ההתדיינות היא הרתעה מספקת עבור הנתבעת, מדובר בהסדר שיקדם את מטרות החוק).

55 כתוצאה מהגדלת הביקוש למוצרי הנתבע עלול לרדת הביקוש למוצרים מתחרים. השפעה חיצונית זו הובילה כמה כותבים להתנגד לפשרות קופונים. ראו, למשל, Christopher R. Leslie, A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation, 49 UCLA L. REV. 991, 1004-1007 (2002); כן ראו אמיר ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ" הארת דין ב(2) 112 (2005) (הבעיה העיקרית הכרוכה בשימוש בהסדרי הנחות כמנגנון פיצוי בתובענה ייצוגית היא הפגיעה האפשרית בתחרות בשוק שבו פועל הנתבע).

הללו גדולים ביותר כשהסעד שהצדדים קובעים בפשרה אינו סעד כספי, ובפרט כשהוא ניתן בצורת קופון או הנחה.

4. היעדר דיון אדוורסרי

סעיף 19 לחוק מדריך את בית המשפט להגן על עניינם של חברי הקבוצה משום שהם אינם נמצאים בפני בית המשפט ולא יטרחו בדרך כלל להתנגד להסדר, גם אם הפשרה אינה משרתת את האינטרסים שלהם באופן ראוי, הוגן וסביר.⁵⁶ יתרה מזו: בית המשפט צריך גם לוודא שהפשרה מממשת את מטרותיה של התובענה הייצוגית נוסף על הפיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת. תובענה שהסתיימה בפשרה שאינה תורמת ל"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"⁵⁷ פוגעת לא רק במטרה זו אלא גם מבזבזת לשווא את זמנו של בית המשפט, ולכן אינה יכולה אף להיות בגדר "ניהול יעיל, הוגן וממצה"⁵⁸ של התביעה. תובענה כזו לא עמדה למעשה באף אחת מהמטרות הקבועות בסעיף 1 לחוק. לכן מוטל על בית המשפט לבחון את הפשרה המוצעת באופן ביקורתי ולהגן על זכויותיהם של חברי הקבוצה ועל האינטרס הציבורי.

דא עקא, הליך האישור של הפשרה אינו הליך אדוורסרי בין שני צדדים שהאינטרסים שלהם מנוגדים, אלא הליך שבו שני הצדדים לפשרה – התובע המייצג והנתבע – שותפים למטרה אחת שהיא שכנועו של בית המשפט לאשר את הפשרה. בעלי האינטרס בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה – חברי הקבוצה המיוצגת והציבור המעוניין בהרתעה ואכיפת החוק – אינם עומדים בפני בית המשפט.⁵⁹ מאחר שבית המשפט בישראל מסתמך בדרך כלל על ההליך האדוורסרי בדרכו להכרעה צודקת וראויה, הוא אינו רגיל לבצע את בירור הראיות בעצמו ואין לו הכלים הפרוצדורליים והראייתיים הנתונים לבית משפט במערכת אינקוויזיטורית לחקירת האמת.⁶⁰

56 ראו דיון להלן בפרק ד.1(ג) (2) "הגשת התנגדויות להסדר הפשרה".

57 ס' 1(2) לחוק.

58 ס' 1(3) לחוק.

59 לניתוח של הבעייתיות הזו ראו Geoffrey C. Hazard, Jr., Lecture, *The Settlement Black Box*, 75 B.U. L. REV. 1257, 1270 (1995); William W. Schwarzer, *Settlement of Mass Tort Class Actions: Order Out of Chaos*, 80 CORNELL L. REV. 837, 842 (1995); Sanford I. Weisburst, *Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis*, 28 J. LEGAL STUD. 55 (1999); Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 REV. OF LITIG. 25, 44–51 (2002) (להלן: Klement, *Who Should Guard the Guardians?*); Macey & Miller, לעיל ה"ש 27, בעמ' 177–187.

60 בדין הישראלי יש מעט דוגמאות להליכי פשרה המשפיעים ישירות על מצבם של צדדים שלישיים. שלוש דוגמאות כאלה הן הליכי גירושין, הסדרי נושים והסדרי טיעון. במסגרת הליכי גירושין הורים רשאים להגיע להסכם בעניין הסדרי המשמורת על ילדיהם. הילדים עצמם אינם בעלי השפעה ישירה

בית המשפט העליון כבר עמד על הבעייתיות המיוחדת לתובענה הייצוגית כתוצאה מהיעדרו של הליך אדוורסרי. בר"ע 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוה אדם בע"מ⁶¹ קבעה השופטת שטרסברג-כהן:

התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדוורסרית. במרכזה עומד סכסוך כלכלי, נטול צביון אישי, כאשר במקומו של העיקרון המבטיח לכל בעל-דין את יומו בבית-המשפט, בא עקרון הייצוג, שנועד להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה שלא נטלו חלק פעיל בהליך בפני בית-המשפט, ייוצג באופן הולם.⁶²

בעייתיות זו נהפכת חמורה בהרבה בהליך אישור הפשרה. לשם השוואה, בהליך אישור התובענה כייצוגית, האינטרסים של הנתבע והתובע מנוגדים. תוצאה אחת היא שהנתבע שומר על האינטרסים שלו ופועל לשכנע את בית המשפט שהתובענה היא תביעת סרק ושסיכוייה להצליח מעטים. תוצאה נוספת היא שהאינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת מוגנים – לא רק על-ידי התובע שמנסה לשכנע את בית המשפט לאשר את התובענה כייצוגית אלא גם על-ידי הנתבע המעוניין שהבקשה לאישור תידחה, ולשם כך מנסה להוכיח שהייצוג שנותנים התובע המייצג ועורך-הדין אינו ייצוג הולם ובתום לב.⁶³ ההליך האדוורסרי גורם לכך שהנתבע מגן על חברי הקבוצה המיוצגת מפני ייצוג לא הולם רק משום שהוא מעוניין למנוע את אישור התובענה הייצוגית. הליך אדוורסרי כזה חסר בשלב אישור הסדר הפשרה.

על ההסדר המתקבל חרף העובדה שיש להסדר זה השפעה שאין עליה עוררין על עיצוב שגרת חייהם העתידית; הסדרים בין חברה לנושיה מתנהלים לפי סעיף 350(ט) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, המאפשר את אישורו של ההסדר ברוב המשתתפים בהצבעה המייצגים שלושה רבעים מסכום החוב של המשתתפים בהצבעה. הסדר הפשרה מחייב את כלל הנושים ולכן יש יסוד של כפייה במקרה של מיעוט שאינו תומך בהסדר. הגם שחלק מהנושים לא שותפים לקביעת ההסדר ואף מתנגדים לו, יש השפעה ישירה של ההסדר על מצבם של אותם נושים; לבסוף, בהסדרי טיעון נערך הסכם בין התביעה לנאשם שבמסגרתו הנאשם מודה בעובדות הנטענות בכתב האישום ובתמורה מסירה התביעה האשמות חמורות יותר או מפחיתה בדרישות העונש. מטבע הדברים, בהליך זה נפגע האינטרס הציבורי בדבר עקרון השוויון לפני החוק, מיצוי הדין עם הנאשם תוך הטלת ענישה הולמת וכן השלטת צדק מרבי. מובן כי "הציבור" אינו צד להסדרים המתקבלים, הגם שלהסדרים אלו השפעה על המציאות המשפטית של הציבור בכללותו. יש להדגיש כי כל הדוגמאות שתוארו לעיל אינן נעדרות מנגנוני פיקוח ובקרה של בית המשפט. ראו להלן ה"ש 64.

61 פ"ד נז(3) 220 (2003).

62 שם, בעמ' 236.

63 ראו ס' 8(א)(3) ו-4(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

אילו היה מתקיים הליך אדוורסרי בדיון בבקשה לאישור הפשרה, כל אחת משלוש הבעיות האחרות הייתה משמעותית פחות. אם בכל שאלה שעולה בדיון היו שני צדדים שכל אחד מהם מעוניין בפתרון הפוך לאותה שאלה, היה בכך כדי להוות ערובה לכך שהמידע בדבר חולשותיו של כל פתרון היה מוצג בפני בית המשפט. מידע כזה היה מסייע לבית המשפט להימנע מאישורן של פשרות שפוגעות בזכויות הקבוצה המיוצגת (בעיית הנציג) או בזכויות הנתבע (בעיית תביעות הסרק), ומאפשר לו לעמוד על ערכה האמיתי של הפשרה המוצגת לפניו בהשוואה לסיכויי התביעה (בעיות הערכה). חוק תובענות ייצוגיות נותן בידי בית המשפט מנגנונים חלופיים להליך האדוורסרי כדי לסייע לו לפתור את שלוש הבעיות הללו.⁶⁴ מנגנונים אלה מתוארים בהמשך המאמר.

ב. סוגי הפשרות האפשריים בתובענה הייצוגית

64 במקרים האחרים שבהם מאושרת פשרה בהליך שאינו אדוורסרי החוק קובע מנגנונים חלופיים של הצבעה, חוות דעת חיצונית או אפשרות לבית המשפט לדחות את ההסדר המוצע על ידי הצדדים ולקבוע אחר במקומו. כך, סעיף 350(ט) לחוק החברות מאפשר הסדר בין חברה לנושיה אם ההסדר מתקבל ברוב המשתתפים בהצבעה המייצגים שלושה רבעים מסכום החוב של המשתתפים בהצבעה. מעבר לכך נדרש אישור של בית המשפט להסדר שמתקבל, אולם יש להדגיש כי בפועל, מרגע שנתקבל ההסדר, בית המשפט לא נוטה להתערב אלא במקרים חריגים ביותר. ראו לדוגמה ע"א 303/66 כונס הנכסים הרשמי (כמפרק החברה סגטקס) נ' סגיב בפשיטת רגל, פ"ד כ"ד (4) 368 (1996) (בית המשפט סירב ליתן תוקף להסדר שהתקבל. בית המשפט מצא שהחברה המתפרקת חדלה מלפעול ומפעלה נמכר ואין כל תועלת לנושים בסיטואציה מעין זו שכן מצבם לא ישתפר על ידי ההסדר); בהליכי משפחה המשליכים על ילדיהם של בעלי הדין אפשר להצביע על מגמה הולכת וגוברת של פנייה למומחים בענייני משפחה לצורך בחינה מקצועית של ההיבטים הנוגעים לטובת הילד, אף על פי שאין חובה סטטוטורית לעשות כן. למרות זאת, ברוב המכריע של המקרים בית המשפט מאמץ את האמור בחוות הדעת. ראו לדוגמה את דבריו של השופט חשין בבג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, 463 (1998): "רק לעיתים נדירות ובנסיבות יוצאות-דופן נמצא בית-משפט פוסק – בעניינים של בריאותו הנפשית והגופנית של ילד – בניגוד לחוות דעת מומחים; לא-כל-שכן במקום שלפני בית-המשפט הונחו חוות דעת אחדות ומסקנת כולן אחת היא. יתר-על-כן, באותם מקרים נדירים וחריגים, נצפה לשמוע מן השופט שהכריע בניגוד לחוות-הדעת – ובאורח מפורט ומדוקדק – מה טעם הכריע כפי שהכריע, ומדוע ראה לדחות את המלצת המומחים. חובה זו חובה כבדה היא"; בדוגמת הסדר הטיעון – ההסדר חייב לקבל את אישורו של בית המשפט כדי להיכנס לתוקף. ברובם המכריע של המקרים מקבל בית המשפט את הסדר הטיעון אך הוא רשאי לחרוג ממנו, לקולא או לחומרא. בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 557 (2002) הוכרע כי מבין הגישות בפסיקה, הגישה הראויה היא "גישת האיוון", שלפיה בבחינה של הסדר טיעון על בית המשפט לאזן בין טובת ההנאה שהנאשם מקבל במסגרת הסדר הטיעון לבין אינטרס הציבור.

בניגוד לתובענה רגילה, החיה ונושמת עם הגשתה, אין חיים לתובענה הייצוגית לפני אישורה על-ידי בית המשפט. למרות זאת, הצדדים יכולים להגיע לפשרה בתובענה הייצוגית אף לפני שזו אושרה. החוק מבחין בין פשרה שהוגשה לאישור בית המשפט לפני שאישר את התובענה הייצוגית לבין פשרה שהוגשה לאישורו לאחר מכן.⁶⁵ הבחנה נוספת שהחוק עושה היא בין פשרה המיועדת לחייב ולזכות את כלל חברי הקבוצה המיוצגת בדרך של מעשה בית דין, הקרויה "הסדר פשרה", לבין פשרה שחלה על התובע המייצג בלבד, הקרויה "הסתלקות".⁶⁶

65 ראו ס' 19 (א) לחוק וכן דיון להלן בפרק ד.2 "אישור הסדר פשרה: לפני אישור התובענה הייצוגית ואחריו". לדיון בהבחנה בין פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית לפשרה אחריה ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2319/03 פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ (פורסם בנבו, 31.1.2010) (מתן תוקף להסדר פשרה המיועד לחול על קבוצה מיוצגת, שנערך קודם שקיבל בית המשפט החלטה להכיר בתביעה כתובענה ייצוגית, מחייב אגב מתן התוקף בחינה של התקיימות כל התנאים הכרוכים בכך. במקרה הנדון קבע בית המשפט כי לא נמצאה שאלה מהותית המשותפת לכלל חברי הקבוצה שייצוגה מבוקש ועל כן מן הנמנע לאשר את הבקשה לפשרה); ת"א (מחוזי ת"א) 1729/06 שר נ' עליית ממתקים בע"מ (פורסם בנבו, 24.5.2009) (בית המשפט עומד על הדרישות הנוספות לאישור כשעסקינן בהסדר פשרה שהוצע כבר בשלב המקדמי של הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית. בית המשפט אינו רשאי לאשר את ההסדר אלא אם כן מצא כי יש לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכן כי סיום ההליך בדרך של פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. במקרה זה קבע בית המשפט שלא היו לכאורה שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, אם כי דחה את הסדר הפשרה משום שלא היה ראוי, הוגן וסביר). ההבחנה בין אישור הסדרי הפשרה לפני אישור התובענה כייצוגית ולאחר אישורה ככזו, והבעייתיות הנובעת ממנה, נדונה גם בהקשר של הדין בארצות-הברית. ראו, למשל, Hay & Rosenberg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1390-1391.

66 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי מרכז) 13801-02-09 עזרי נ' 013 נטוויז'ן בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2010) (בית המשפט בחן את בקשת ההסתלקות שעמדה בפניו תוך בחינת השאלה האם אכן מדובר בהסתלקות או שמא בפשרה). ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1373/07 גולדשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.2009) (בית המשפט אישר את בקשת ההסתלקות בקובעו כי יש לבחון הסדר הסתלקות באופן מחמיר פחות מהסדר פשרה משום שחברי הקבוצה לא יהיו חסומים מהגשת תביעות נוספות לאחר ההסדר); ת"צ (מחוזי מרכז) 4991-02-08 הכט נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2008) (הצדדים הגישו בקשה מוסכמת להסתלקות מבקשה לאישור תובענה ייצוגית. בבוחנו את בקשת ההסתלקות קבע בית המשפט כי אין מדובר בהסתלקות נטולת פיצוי; להפך: סלקום התחייבה לפצות את כל חברי הקבוצה ואף התחייבה לשאת בשכרם של התובעים ובשכר הטרחה של באי-כוחם. אין מדובר בהסתלקות מן התביעה ממש כי אם בקבלתה באופן חלקי. בנסיבות אלו קבע בית המשפט כי הבקשה דומה הרבה יותר להסדר פשרה מאשר להסתלקות); ת"צ (מחוזי מרכז) 2949-08-08 בובליל נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.2009) (בית המשפט ציין כי "מקום שהצדדים הגיעו להסכמה שאינה כוללת תשלום לקבוצה, אלא הצהרה על מצב עובדתי קיים, ואולי הודעה לקבוצה על דבר קיומו [...] יש לאשר את ההסתלקות ככזו, ואין לראות בה משום הסדר פשרה); ת"צ (מחוזי מרכז) 21185-07-09 סודרי נ' פלאפון תקשורת בע"מ

שילוב של שתי ההבחנות יוצר ארבעה סוגי פשרה: הסדר פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית, הסדר פשרה לאחר אישור התובענה הייצוגית, הסתלקות לפני אישור התובענה הייצוגית והסתלקות לאחר האישור. אפשר לדרג את ארבעת סוגי הפשרה על פי מידת המעורבות והפיקוח הנדרשים מבית המשפט כדי להתמודד עם תובענות הסרק ובעיות הנציג, תוך התחשבות בקשיי ההערכה ובהיעדרו של הליך אדוורסרי, באופן המתואר להלן:

תרשים מס' 1



אסביר את המתואר בתרשים. ראשית, פשרה – בניגוד להסתלקות – מחייבת את חברי הקבוצה המיוצגת כמעשה בית דין. לכן היא משפיעה על האינטרסים שלהם הרבה יותר מהסתלקות. כתוצאה מכך, הפיקוח הנדרש על פשרה כדי למנוע קנוניות ובעיות נציג צריך להיות הדוק יותר מהפיקוח על הסתלקות, ולכן פשרה נמצאת מעל הסתלקות בתרשים לעיל.

שנית, תובענה שאושרה כייצוגית נבחנה כבר על-ידי בית המשפט בהליך אדוורסרי, בניגוד לתובענה שטרם אושרה. בית המשפט שאישר את התובענה כייצוגית מצא שהיא עומדת בתנאים שקבועים בסעיף 8 לחוק. תנאים אלה כוללים, בין היתר, את הדרישה לאפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

(פורסם בנוב, 11.10.2010) (בהסדר ההסתלקות הוסכם כי פלאפון תתרום מסרונים לעמותות. בית המשפט סירב לאשר את ההסדר כהסתלקות וראה בו משום בקשה לאישור הסדר פשרה).

יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה,⁶⁷ ולכך שהתובענה היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.⁶⁸ לפיכך, החשש מכך שהתובענה היא תובענת סרק שסיכוייה מעטים קטן במידה ניכרת לאחר אישור התובענה הייצוגית ולכן בתרשים לעיל פשרה והסתלקות לאחר אישור התובענה הייצוגית נמצאות משמאל לפשרה והסתלקות לאחר האישור, בהתאמה.

שלישית, אישורה של התובענה הייצוגית דורש שבית המשפט ימצא, נוסף על התנאים האמורים לעיל, גם שעניינם של חברי הקבוצה ינוהל בדרך ראויה והולמת וכי עניינם של חברי הקבוצה ינוהל בתום לב. נוסף על כך, מרגע אישורה של התובענה כייצוגית, האיום על הנתבע נהפך כבד ומשמעותי יותר. הסיכון שעומד לפניו לאחר אישורה של התובענה כייצוגית גדול מזה שעמד לפניו לפני אישורה. מנגד, מצבם של התובע המייצג ועורך-דינו משתפר לאין ערוך לאחר אישור התובענה כייצוגית. הסיכון שהתובענה לא תאושר – ולחלופין הסיכון שבית המשפט ימצא שהם אינם ראויים לייצג את הקבוצה על אף שיש לאשר את התובענה כייצוגית – נעלם. התוצאה היא שהשתנה מאזן הכוחות בין הנתבע מצד אחד לבין התובע המייצג ועורך-הדין המייצג מן הצד האחר. כוח המיקוח של הנתבע נחלש בהרבה לאחר אישורה של התובענה כייצוגית ולכן הסיכויים שיסכים לפשרה שתשקף את ערך התביעה – מתרבים. כתוצאה מכל אלה, הפיקוח הנדרש כדי למנוע בעיות נציג פוחת כשמדובר בפשרה לאחר אישור התובענה הייצוגית, בהשוואה לפשרה לפני אישור התובענה הייצוגית. לכן, בתרשים לעיל פשרה לאחר אישור התובענה הייצוגית נמצאת מתחת לפשרה לפני האישור.

לבסוף, דווקא משום שאישור התובענה הייצוגית מעיד על סיכוייה להצליח ועל ייצוג הקבוצה שנמצא ראוי ובתום לב, הסתלקות מהתובענה בשלב זה מעוררת צורך רב יותר – בהשוואה להסתלקות לפני האישור – בפיקוח שיאפשר להתמודד עם בעיות נציג. נתבע שחושש מתוצאות התובענה הייצוגית, בין היתר משום שהייצוג שניתן לקבוצה על-ידי התובע המייצג ועורך-הדין הוא ייצוג הולם וראוי, עלול לנסות לשכנע אותם להסתלק מהתביעה תמורת תשלום או טובת הנאה, בתקווה שאם תוגש תובענה ייצוגית

67 ס' 8(א)(1) לחוק.

68 ס' 8(א)(2) לחוק.

אחרת היא תוגש על-ידי נציגים פחות הולמים.⁶⁹ לכן בתרשים לעיל נמצאת ההסתלקות לאחר אישור התובענה הייצוגית מעל ההסתלקות לפני האישור.⁷⁰

ג. מגמות ביישום החוק בהסדרי פשרה והסתלקות

חוק תובענות ייצוגיות התקבל בכנסת ביום 1.3.2006.⁷¹ סקירה של הבקשות לאישור של הסדרי פשרה והסתלקות שהוגשו מאז קבלת החוק, ושל תוצאותיהן, יכולה ללמד על הדרך שבה יושם החוק עד כה. פרק זה כולל סקירה של ההליכים לאישור פשרה והסתלקות בבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בשלוש השנים 2007-2009 (להלן: "תקופת הבדיקה").⁷² הנתונים מסתמכים על מאגר הפסיקה נבו ועל פנקס התובענות הייצוגיות (להלן: "הפנקס").⁷³

69 בארצות-הברית אף אובחנה תופעה של Reverse Auctions שבהן הנתבע מחפש אחר התובע ועורך-הדין הגרועים ביותר לקבוצה ומציע להם לתבוע אותו כדי להגיע עמם לפשרה שתיטיב עמו. ראו John C. Coffee, *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1354, 1370-1373 (1995).

70 החצים ליד כל נקודה מסמנים את העובדה שאי-אפשר לקבוע באופן חד-משמעי איך ממוקמת הפשרה ביחס להסתלקות (לפי המועד שבו התקבלו, בהתאמה) על ציר הפיקוח הנדרש כדי למנוע תביעות סרק.

71 החוק פורסם בס"ח התשס"ו 2054 מיום 12.3.2006 בעמ' 264 (ה"ח הכנסת התשס"ה 93, עמ' 232).

72 החובה לנהל את הפנקס קמה שנה לאחר פרסום החוק ברשומות. הודעתו של מנהל בתי המשפט על תחילת ניהול הפנקס פורסמה ברשומות, אולם לפי האמור בה הוחל בניהולו מיום 12.3.2007.

73 יש להדגיש שהפנקס הוא חסר וכולל רק חלק מהבקשות לאישור שהוגשו מאז קבלת החוק, או חלק ההליכים שהוגשו במסגרתן. לפיכך, הנתונים המובאים בפרק זה יכולים ללמד על מגמות ביישום החוק אך אינם נותנים תמונה מלאה לגביו. על פי סעיף 28 לחוק מנוהל פנקס התובענות הייצוגיות, האמור לשקף הודעות ומסמכים בנוגע להליכים המתנהלים ממועד הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית ועד לסגירת התיק. סעיף 28 לחוק קובע חובת רישום ופרסום בפנקס בנושאים אלה: הגשה של תובענה ייצוגית (ס' 6(א) לחוק), הודעה על צירוף אדם לקבוצה המיוצגת (ס' 10(ב) לחוק), אישור או דחייה של בקשה לאישור התובענה כיייצוגית (ס' 14(ב) לחוק), הסתלקות מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית (ס' 16(ד) לחוק), הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה (ס' 18(ג) לחוק) בדבר אישור או דחייה של הסדר פשרה (ס' 19(ה) לחוק) וכל הודעה אחרת המפורסמת לפי סעיף 25 לחוק. מאז שהוחל בניהול הפנקס לא נקט מנהל בתי המשפט שום אמצעי להבטיח שההודעות האמורות אכן יירשמו בפנקס. אמנם, החוק אינו כולל הוראה אחידה באשר לאופן המסירה של הודעות בנושאים אלה להנהלת בתי המשפט: חלק מהסעיפים קובעים חובה על הצדדים (המבקש לאשר את התובענה כיייצוגית, לפי סעיף 6(א)), או מי שהוטלה עליו חובת פרסום הודעה לפי סעיף 25), חלקם קובע חובה על בית המשפט להורות על משלוח הודעה למנהל בתי המשפט (סעיף 18(ג)) והיתר קובעים כי הודעה כאמור תימסר או תישלח בלי שיקבע מי יעשה כן. עם זאת, ברי כי ביצוען המלא

בתקופת הבדיקה נרשמו בפנקס התובענות הייצוגיות 613 בקשות לאישור תובענה ייצוגית. בתקופה זו הוגשו 108 בקשות לאישור פשרה או הסתלקות בתיקים שנפתחו באותה תקופה. התפלגותן של הבקשות הללו בין ארבעת סוגי הפשרה שהוגדרו בפרק הקודם מפורטת בטבלה מס' 1 להלן:

טבלה מס' 1

סה"כ	לאחר אישור התובענה הייצוגית	לפני אישור התובענה הייצוגית	
47	0	47	הסתלקות
61	3	58	פשרה
108	3	105	סה"כ

כפי שעולה מנתונים אלה, רובן המוחלט של הבקשות לאישור הסדרי פשרה או הסתלקות הוגשו לפני אישור התובענה הייצוגית. כמו כן, מתוך כל הבקשות, כ-56% היו בקשות לאישור של הסדר פשרה.

מתוך כל הבקשות הללו ניתנה החלטה בתקופת הבדיקה ב-70 בקשות, מתוכן 31 בקשות לאישור הסדר פשרה ו-39 בקשות לאישור הסתלקות.⁷⁴ בתי המשפט קיבלו 67 מהבקשות ודחו רק שתי בקשות לאישור הסדר פשרה⁷⁵ ובקשה אחת לאישור

של הוראות אלה דורש התערבותה של הנהלת בתי המשפט וקביעת מנגנון שיביטיח פרסומם של כל הנושאים האמורים לעיל, כפי שמורה החוק. תקנות בנושא טרם הותקנו, למרות הוראת סעיף 28(ב) לחוק. במענה מיום 7.7.2009 לפנייתו של כותב המאמר הודיעה הנהלת בתי המשפט כי "אחריות המצאת המסמכים לעניין הגשת תובענות ובקשה לאישורן כייצוגיות מוטלת על הצדדים [...] כאשר נמנעים הצדדים מלמלא את חיוביהם כאמור, יתכן כי יחסרו מסמכים הנדרשים לעדכון בפנקס והוא לא יהיה שלם במובן זה".

74 מתוך הבקשות להסתלקות, ארבע היו בקשות להסתלקות חלקית, נגד חלק מהנתבעים בלבד.
75 ראו תב"ע (אזורי חי') 2549/07 אלשיץ נ' גל ביטחון ש. שרותי רפואה ואבטחה בע"מ (לא פורסם, 25.6.2009) (היות שהסתבר לבית המשפט כי התובעת קיבלה כספים במסגרת הסכם פשרה פרטני שלה עם אחד הנתבעים, סבור היה בית המשפט כי בעצם קבלת הכספים יש חשש לפגיעה בהמשך ניהול התובענה הייצוגית על ידי התובעת שכן קשה לראות כיצד בנסיבות אלה יכולה היא להמשיך ולייצג את האינטרס של חברי הקבוצה. אי לכך קבע בית המשפט כי אין מקום לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ודחה את הסדר הפשרה שהוגש על ידי הצדדים ככל שהוא מתייחס לתובענה הייצוגית); ת"א (מחוזי ת"א) 1251/07 קידן נ' דקלה חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 17.4.2008) (הסדר הפשרה המתוקן לא נראה סביר לבית המשפט ולכן על פי סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות דחה בית המשפט את ההסדר על הסף). יש לציין שנוסף על שתי ההחלטות הללו יש ארבע החלטות הדוחות הסדרי פשרה בבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו לפני תקופת הבדיקה, ולכן לא נכללו בנתוני הטבלה. ההחלטות הללו הן עניין פופיק, לעיל ה"ש 65 (בית המשפט קבע כי לא

הסתלקות;⁷⁶ דהיינו: בתי המשפט כמעט לא דחו בקשות לאישור הסדרי פשרה או הסתלקות שהוגשו לאישורם.
טבלה מס' 2 מתארת את התפלגות הסעדים, לפי הסיווג שהוצג בפרק א(3), שניתנו בבקשות הסתלקות ופשרה שאושרו בתקופת הבדיקה.⁷⁷

טבלה מס' 2

הסתלקות	פשרה	סוגי סעדים
1	11	תשלום כספי ללא צורך בדרישה
1	10	תשלום כולל למטרות ציבוריות
1	6	תשלום כספי מותנה בדרישה
9	21	סעד אקוויטבילי
3	24	חלוקת קופונים והנחות

נמצאה שאלה מהותית המשותפת לכלל חברי הקבוצה שייצוגה מבוקש וכי הסכם הפשרה המוצע אינו משרת את עניינם של כלל חברי הקבוצה, ועל כן מן הנמנע לאשר את הבקשה לפשרה); בש"א (מחוזי י-ם) 5725/04 דיסקין, עו"ד נ' ישפאר הוסי"טק בע"מ (פורסם בנבו, 10.1.2008) (בית המשפט דחה את הבקשה לאישור הסדר פשרה מן הטעם כי הסדר הפשרה המוצע אינו ראוי, הוגן וסביר); ת"א (מחוזי ת"א) 1697/06 גלניק נ' הראל בע"מ – חברה לבטוח (לא פורסם, 8.11.2007) (בית המשפט דחה את הבקשה לאישור הסדר פשרה מן הטעם שהסדר הפשרה המוצע, המונע תביעות עתידיות של חברי הקבוצה בלא שהם מקבלים כל פיצוי שהוא ורק התובע הייצוגי ובא-כוחו נהנים מהסדר הפשרה, אינו סביר). בהחלטה מיום 17.3.2010 אישר בית המשפט הסכם פשרה בין הצדדים, אולם החלטה זו לא ניתנה בתוך תקופת הבדיקה; עניין שר, לעיל ה"ש 65 (בית המשפט דחה את הבקשה לאישור הסדר פשרה בקובעו כי בשלב זה נראה כי התובענה אינה ראויה כלל להתברר כייצוגית מאחר שלכאורה אינה מגלה עילה נגד עלית. בנסיבות אלה ממילא אין לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה והסדר הפשרה המוצע אינו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת נשוא התובענה ובקשת האישור).

76 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 1578/08 בן ישי נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.12.2009) (הצדדים הגישו בקשה מוסכמת להסתלקות מהבקשה לאישור התובענה כייצוגית, ואחד הנימוקים לבקשה זו היה סיכויי התביעה המעטים כפי שעלו מטיעוני ההגנה של המשיבה שנמסרו לבא-כוח המבקשים. מאחר שהמשיבה טרם הגישה את תגובתה לבית המשפט, בית המשפט אינו יכול לבחון אם מדובר בטענות טובות וכיצד הן משפיעות על עילת התובענה. לאור זאת קבע בית המשפט כי אין מקום לאשר את ההסתלקות בלי לבחון את טענות ההגנה של המשיבה והורה למשיבה להגיש תגובתה לבקשה לאישור התובענה כייצוגית. לאחר שיעיין בית המשפט בטענות ההגנה, תינתן החלטה בבקשת ההסתלקות).

77 מאחר שבחלק מהבקשות אושרו כמה סעדים, הנתונים בטבלה זו מסתכמים ליותר ממספרן הכולל של הפשרות וההסתלקויות שאושרו.

התמונה העולה מנתונים אלה היא שבתי המשפט נדרשו לאשר בקשות שהבעייתיות בהן גדולה ביותר – בקשות שהוגשו לפני שהתובענה הייצוגית אושרה, ושהסעדים שהוצעו בהן לקבוצה המיוצגת היו במקרים רבים סעדים ששוויים קשה להערכה. למרות זאת, רובם המוחלט של הסדרי הפשרה אושרו על-ידי בתי המשפט. יתרה מזו: ברוב הסדרי הפשרה שאושרו זכו עורך-הדין והמבקש לתשלום כספי.

ד. פתרונות פרוצדורליים לבעיות הפשרה

החוק נותן בידי בית המשפט כלים שמסייעים לו להתמודד עם הבעיות שהוצגו בפרקים הקודמים. הוא קובע פרוצדורות לאישור שמטרתן למנוע בעיות נציג, להתמודד עם לחצים של נתבעים להתפשר בתביעות סרק, לאפשר לבית המשפט להעריך אם הפשרה היא ראויה והוגנת, ולייצר מנגנונים חלופיים להליך האדוורסרי.⁷⁸ הפרוצדורות שהחוק קובע מותנות הן בשאלה אם מדובר בפשרה או בהסתלקות והן בשאלה אם התובענה אושרה כבר כייצוגית או לא.

פרק זה בוחן את הפרוצדורות שהחוק קובע לאישור פשרות לאור ההבחנות שנעשו בפרקים הקודמים. הפרק מתייחס גם לדרך שבה מיושמות הוראות החוק על-ידי תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: "תקנות תובענות ייצוגיות"). חלקו הראשון סוקר את הפתרונות הפרוצדורליים שהחוק נותן לבעיות שבהסדר פשרה – בעיית הנציג, קשיי ההערכה והיעדרו של הליך אדוורסרי.⁷⁹ חלק זה בוחן באופן ביקורתי את הדרך שבה ישמו בתי המשפט את הוראות החוק ומציע דרכים לשינוי וליישום אפקטיבי יותר שלהן. החלק השני מציג את האופן שבו החוק מבדיל בין הסדרי פשרה המוגשים לאישור לפני שהתובענה הייצוגית אושרה לבין הסדרי פשרה המוגשים לאישור לאחר מכן. חלק זה מסביר את הדרישות הנוספות שהחוק מציב לאישור הסדר הפשרה לפני אישור התובענה הייצוגית. החלק השלישי דן בהסדרים שהחוק קובע לאישור הסתלקות ומציע כי בתי המשפט לא יאשרו התחייבויות של נתבעים במסגרת בקשות מוסכמות להסתלקות, זאת כדי למנוע החמרה של בעיות נציג ותביעות סרק.

1. תנאים לאישור הסדר פשרה

(א) פתרונות לבעיית הנציג

78 למאמר המסכם הצעות נוספות שיסייעו לבית המשפט להתמודד עם היעדרו של הליך אדוורסרי ראו William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 53 UCLA L. REV. 1435 (2006).

79 כפי שהוסבר לעיל בפרק ב', החשש מתביעות סרק לאחר אישור התובענה הייצוגית הוא קטן מאוד.

החוק מתמודד באופן ישיר עם בעיית הנציג באמצעות הטלת הגבלות על התוכן של הסדר הפשרה. הוא אוסר על הרחבת ההסדר לתובעים, לנתבעים ולעילות שלא נכללו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית או בתובענה שאושרה, והוא אוסר על התנייתו של ההסדר בתנאים הקובעים את שכר הטרחה והגמול של עורך-הדין והתובע המייצג. אדון בהסדרים אלה להלן.

(1) איסור על שינוי עילות והוספת צדדים בהסדר הפשרה
 על-פי סעיף 18(ז)(1) לחוק לא יכלול הסדר הפשרה "עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה, אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית". כוונת ההגבלה הזו היא למנוע מהצדדים, ובעיקר מהנתבע, להשיג באמצעות הסדר הפשרה השתק נגד תביעות עתידיות שלא נכללו בתובענה הייצוגית שאושרה. החשש הוא שהתובע והנתבע ישתמשו בתובענה הייצוגית באופן שיפגע בזכויותיהם של תובעים – בין אלה שהתובענה הייצוגית אושרה רק לגבי חלק מעילות התביעה שעומדות להם ובין אלה שכלל לא נכללו בבקשת האישור. כפי שהוסבר לעיל,⁸⁰ כוח המיקוח של התובע המייצג נשען על האיום המרחף על ראשו של הנתבע לאחר אישור התובענה כיייצוגית. כוח מיקוח זה מתקיים רק לגבי עילות תביעה, בעלי דין (לרבות נתבעים) וחברי קבוצה שנכללו בהחלטת האישור. לגבי אחרים אין איום וממילא גם אין כוח מיקוח. יתרה מזו: כאשר אישר בית המשפט את התובענה כיייצוגית, הוא עשה זאת לגבי העילות, הנתבעים וחברי הקבוצה שנכללו בהחלטת האישור; הוא לא התכוון שהחלטתו תחייב או תזכה גם נתבעים ותובעים אחרים או שתכלול עילות תביעה נוספות. לפיכך, הסדר הפשרה אינו יכול לכלול תנאי שמשנה את היקף התובענה הייצוגית.⁸¹ אם הצדדים מעוניינים להחיל שינוי כזה, עליהם לעשות זאת באמצעות הגשה של בקשה נפרדת לתיקון של החלטת האישור של התובענה הייצוגית, ועל בית המשפט לשקול בקשה זו לפני שהוא דן בבקשה לאישור הסדר הפשרה.⁸²

80 ראו דיון בפרק ב' לעיל.

81 למרות זאת, פסק דינו של בית המשפט העליון רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008) (להלן: עניין סבו) אישר פשרה שבה נכללו תובעים שלא נכללו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. העתק מהסדר הפשרה נמצא בידי הכותב. ראו דיון בפרק ה.1(ב) "הבעייתיות בהסדר הפשרה שאושר בעניין סבו" להלן. לעומת זאת, ראו בש"א (מחוז ת"א) 3058/07 ארגס נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (פורסם בנבו, 13.9.2009) (הצדדים ביקשו להרחיב את קבוצת התובעים בהסדר הפשרה כך שתכלול אף תובעים שלא נכללו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אולם בית המשפט סירב להרחיב זו והורה על שינוי בהגדרת הקבוצה שבהסדר הפשרה).

82 ס' 18(ז)(1) סיפא לחוק. הצדדים אינם יכולים להתנות את שתי הבקשות זו בזו; בפרט הם אינם יכולים להתנות את תיקון התובענה הייצוגית בקבלת הסדר הפשרה. המשמעות היא שהנתבע צריך לקחת את הסיכון שבקשת התיקון תתקבל והסדר הפשרה ידחה. במקרה כזה יתפוס התיקון לצורך

עם זאת, יש לשים לב שהסעיף אינו אוסר על צמצום העילות בהסדר הפשרה.⁸³ אכן, בתי המשפט קבעו בכמה פסקי דין תחולה מצומצמת של השתק העילה הנובע מהסדר הפשרה. צמצום מסוג אחד היה לסעדים ועילות שהוגדרו בהסדר,⁸⁴ וצמצום מסוג אחר היה להשתק הפועל רק נגד הגשת תובענה ייצוגית אולם אינו משפיע על הזכות להגיש תביעות אינדיווידואליות.⁸⁵ בתי המשפט לא נתנו דעתם על כך שבשני המקרים יש חשש לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת, אף אם הפגיעה הזו אינה ברורה או ודאית כמו זו שמתקיימת כשהסדר מרחיב את מסגרת העילות שהוא חל עליהן.

הבעיה בצמצום של הסדר הפשרה לעילות תביעה וסעדים נובעת מהגדרתו של מעשה בית דין ומהאיסור על פיצול סעדים. הגדרתה של עילת התביעה לצורך השתק עילה היא הגדרה רחבה.⁸⁶ דיון והכרעה בתביעה משתיקים את התובע מהגשת תביעה נוספת שעילתה נכללת בעילת התביעה המקורית והתובע מנוע מלתבוע סעדים הנובעים מאותה עילה, גם אם לא תבע אותם בתביעתו הראשונה.⁸⁷ כתוצאה מכך, חברי הקבוצה

- ניהול התובענה הייצוגית. רק בדרך זו יכול בית המשפט לוודא שאכן בחן את השינויים בהיקף התובענה הייצוגית כראוי. חשוב מכך: רק באופן זה עשוי כוח המיקוח של התובע המייצג לגבי התובעים, הנתבעים והעילות הנוספים להיות בעל משמעות.
- 83 יש לציין שההסדר בסעיפים 18 ו-19 לחוק חל גם כשהסדר הפשרה נעשה רק עם חלק מהנתבעים. לפיכך, צמצום הסדר הפשרה לחלק מהנתבעים אינו יוצר בעייתיות מסוג זה שבו עוסק הכתוב, ובלבד שהתובענה או הבקשה ממשיכות להתנהל נגד יתר הנתבעים.
- 84 צמצום כזה נעשה לעתים בעקבות הצעת היועץ המשפטי לממשלה. ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2692/05 יקיריבין נ' תרימה מוצרי רפואה ישראלים בע"מ (פורסם בנבו, 27.4.2009) (בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה תוקן הסדר הפשרה כך שלא ייצור מעשה בית דין בתביעות שעניינן נזקי גוף); וכן עניין שלום, לעיל ה"ש 51 (שינוי הסדר הפשרה בעקבות עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כך שלא יהווה מעשה בית דין כלפי תביעות אישיות עתידיות בנוזקי גוף).
- 85 ע"ב (אזורי ת"א) 5718/09 גלם נ' צוות 3 ניקיון ושירותים כלליים 1992 בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2009) (בית הדין האזורי לעבודה אישר הסדר פשרה המציין כי אין בו כדי לחסום הגשת תביעות אישיות כנגד הנתבעת); עניין הירש, לעיל ה"ש 39 (בהתאם להצעת המפקח על הביטוח הסכימו הצדדים לתקן את הסדר הפשרה באופן שיושמט ממנו התנאי שלפיו תובע מיוצג יותר על הזכות לתבוע תגמולי ביטוח בגין הפוליסות, והובהר שאין בווייתור הכללי על תביעות משום ויתור על תביעות לתגמולי ביטוח, ככל שמגיעים כאלו למי מן התובעים המיוצגים).
- 86 המבחן שאומץ בפסיקה הוא מבחן הזכות המהותית שלפיו יש לשאול אם יכול וצריך היה התובע לקבץ את כל טענותיו הנוגעות למעשה שבגינה הוא תובע לתובענה אחת. ראו ע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח, פ"ד יז 2617, 2625, 1624 (1963); ראו ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 593-592 (1968); נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזורי 61-73 (1991) (להלן: זלצמן).
- 87 הרציונלים להגדרה הרחבה להשתק העילה – מניעת התדיינות נוספות והכרעות סותרות, הגנה על הצדדים, וסופיות הדין – חלים כולם גם בתובענה ייצוגית. לכן, צמצום של עילות התביעה והסעדים המוגדרים בהסדר הפשרה אינו מצמצם בהכרח את תחולתו של השתק העילה לאותם עילות וסעדים. בתביעה רגילה בעלי הדין רשאים להתנות על תחולת מעשה בית דין ויש בידם להסכים

המיוצגת מנועים מלחבוע בגין עילות וסעדים אלה אף על פי שאינם מקבלים בהסדר הפשרה שום תמורה בגינם.

הבעיה בחסימתן של תובענות ייצוגיות עתידיות והותרת האפשרות לתבוע בתביעה אינדיווידואלית עלולה להיות בכך שהיא יוצרת אשליה כאילו זכות הגישה לבית המשפט של כל אחד מהתובעים המיוצגים נשמרת בעוד שלמעשה זכות זו אינה ניתנת למימוש מעשי. ברוב התובענות הייצוגיות ערכו של הסעד האינדיווידואלי לכל תובע הוא נמוך. תובענות אינדיווידואליות אינן מוגשות וזוהי הסיבה שבגללה התובענה הייצוגית נחוצה. לפיכך, צמצום השתק העילה לחסימתן של תובענות ייצוגיות בלבד אינו מועיל לחברי הקבוצה שכן גם בעתיד לא יהיה כדאי להם לתבוע בתביעות אינדיווידואליות.⁸⁸ עקב הבעייתיות באישור של הסדרי פשרה, יש חשש שבתי המשפט יאשרו הסדרי פשרה שתחולתם מוגבלת לתובענות ייצוגיות בלבד, מתוך הנחה שהגבלה כזו מצדיקה תמורה נמוכה מצד הנתבע בהסדר הפשרה.

לפיכך, כדי למנוע פגיעה באינטרסים של תובעים חברי הקבוצה, בית המשפט צריך להגביל לא רק את הרחבת מסגרת העילות והתובעים כי גם את צמצום העילות והסעדים. הגבלה של שינויים אלה תגביל את יכולתם של הצדדים לאשר פשרות שיפגעו בקבוצת התובעים בלי שבית המשפט או חברי הקבוצה המיוצגת יתנו על כך את הדעת.

(2) איסור התניה בשכר טרחה וגמול

על-פי סעיף 18(ז)(2) לחוק נאסר על הצדדים לכלול בהסדר הפשרה "הוראה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבא כוח מייצג", אם כי הם "רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לענין תשלום גמול ושכר טרחה כאמור, לרבות שיעורו ותנאיו". כוונת הסעיף אינה רק להורות שההמלצה לענין תשלום גמול ושכר טרחה יוגשו בנפרד מהסדרי הפשרה; הכוונה היא לאסור על הצדדים להתנות את תוקפו של הסדר הפשרה בכך שבית המשפט יאשר את הגמול לתובע המייצג או את שכר

מראש שקביעת בית המשפט בהתדיינות מסוימת לא תחייב אותם מעבר לתחומיה של אותה התדיינות. ראו זלצמן, לעיל ה"ש 86, בעמ' 611; ע"א 5/88 אוריאל נ' פרנקל, פ"ד מג(4) 89 (1989) (דין כללי בהתניה על תחולת מעשה בית דין); השאלה אם כלל דומה צריך לחול גם בתובענה ייצוגית אינה נקיייה מספק. חברי הקבוצה המיוצגת צריכים להיות מודעים לבעייתיות הזו כשהם מחליטים אם לבקש לצאת מהסדר הפשרה. ראו זלצמן, שם.

88 הגבלת מעשה בית דין לתובענות ייצוגיות בלבד גם אינה מתיישבת עם לשונו של סעיף 24 לחוק שקובע כי "פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה". הוראה מפורשת כזו נקבעה בסעיף 21 לגבי תביעות השבה נגד רשות, אולם לא נקבעה לגבי תביעות אחרות.

הטרחה לעורך-הדין. הצדדים מחויבים להסדר הפשרה אם בית המשפט יאשר אותו, גם אם יקבע גמול ושכר טרחה שונים מאלה שהומלצו.⁸⁹

המחוקק רצה להפריד בין המשא ומתן על תנאי הפשרה הנוגעים לחבות הנתבע ולזכויות חברי הקבוצה לבין המשא ומתן על הגמול ושכר הטרחה, כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים בין התובע ועורך-הדין לבין הקבוצה המיוצגת.⁹⁰ הכוונה הייתה שהתובע ועורך-הדין ינסו להגדיל את ערך הפשרה כדי ששכר הטרחה והגמול שייפסקו להם על-ידי בית המשפט יהיו גבוהים ככל האפשר.

יש לציין שהתקווה שהצדדים ינהלו משא ומתן נפרד לגבי התובענה ולגבי הגמול ושכר הטרחה אינה מעשית. התובע המייצג ועורך-הדין מעוניינים בפיצוי עבור השקעתם ולכן הפיצוי הזה מנחה אותם במהלך המשא ומתן, גם אם באופן פורמלי הם נדרשים להפריד בינו לבין גוף הסדר הפשרה. לפיכך, המחוקק היה מיטיב לעשות אילו היה אוסר עליהם אף להגיש המלצה מוסכמת לעניין גמול ושכר טרחה.

יחד עם זאת, גם במצב החוקי הקיים, האפשרות שבית המשפט יחליט להקטין את הגמול ושכר הטרחה עשויה למתן את רצונם של התובע ועורך-הדין להתפשר – רצון שעלול להיות חזק מדי מנקודת מבטם של חברי הקבוצה המיוצגת, כפי שהוסבר לעיל. כמו כן, האיסור על הצדדים להתנות את הסדר הפשרה בגמול ובשכר הטרחה מפחית מהלחץ שמופעל על בית המשפט לאשר אותם, גם כשהוא מאשר את הסדר הפשרה. לפיכך, יש תועלת בהפרדה בין השניים ויש טעם בעמידה דווקנית על כך שהפרדה כזו אכן תקוים.

(ב) פתרונות לקשיי ההערכה

89 בתי המשפט אינם מקפידים על הוראה זו של החוק. לדוגמה, בת"א (מחוזי חי') 1200/06 ברודט נ' סופרגז (לא פורסם, 22.5.2008) קבעו הצדדים בסעיף 7 להסדר הפשרה "אישור בלתי מותנה של ההסכם על ידי בית המשפט בפסק דין חלוט – ככתבו וכלשונו, על כל מרכיביו, יהווה תנאי מתלה לתוקף ההסכם". סעיף 5 להסדר כלל המלצה מוסכמת לשכר טרחה וגמול. מנוסח זה עלול לעלות כאילו תוקף ההסדר מותנה באישור של שכר הטרחה והגמול המומלצים. להסדרים דומים שהוגשו לאישור בתי המשפט ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1084/06 אמסלם נ' טיב רשתות בע"מ (פורסם בנבו, 15.1.2009); בש"א (מחוזי ת"א) 8374/06 ברודט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2010); ת"א (מחוזי ת"א) 1426/06 פלד נ' שטראוס עלית אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 4.8.2008) (להלן: ת"א פלד); ת"א (מחוזי ת"א) 2383/06 גבע נ' החברה האמריקאית-ישראלית לגז בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010); ת"א (מחוזי חי') 1200-06 רשף נ' חד-אסף תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 17.9.2009); עניין פיין, לעיל ה"ש 45; עניין שר, לעיל ה"ש 65. עם זאת, ת"צ (מרכז) 2853-11-08 שפירא נ' סטארקיסט פודור בע"מ (פורסם בנבו, 14.9.2010) (הצדדים המליצו בהסדר הפשרה על שכר טרחה וגמול מינימליים. בית המשפט ראה בכך ניסיון לא ראוי להגביל את שיקול הדעת שניתן לו בחוק).

90 ס' 18(ז) להצעת החוק.

התמודדותם של החוק והתקנות עם קשיי ההערכה נעשית בשלוש דרכים: הראשונה, קבלת מידע מהצדדים באמצעות דרישה לצירוף תצהירים שלהם ושל באי-כוחם לבקשה לאישור הסדר הפשרה; השנייה, סיוע לבית המשפט להעריך את הפרמטרים שבהסדר הפשרה באמצעות מינוי בודק; השלישית, קביעת תנאים בהסדר הפשרה ופיקוח על יישומו, כדי לצמצם את הפער בין שווי הפשרה בשלב האישור לשווייה הממומש. להלן אסקור כל אחת מהדרכים הללו.

(1) דרישה לצירוף תצהירים של הצדדים ושל באי-כוחם על-פי סעיף 18(ב) לחוק, לבקשה לאישור הסדר פשרה צריכים להיות מצורפים תצהירים של באי-כוח הצדדים, "אשר בהם יגלו, בגילוי נאות, את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה".⁹¹ הדרישה הזו היא מיוחדת ואינה מקובלת במשפט הישראלי.⁹² מטרתה להטיל על עורכי הדין אחריות ישירה לגילוי נאות באשר לפרטים המהותיים בתוכן הסדר הפשרה וזאת משום שחברי הקבוצה המיוצגת, שכולם למעשה צדדים להסדר הפשרה, אינם נמצאים בפני בית המשפט.

הפרטים המהותיים שעל באי-הכוח לגלות כוללים לא רק את תוכן הסדר הפשרה, הגילוי ממילא על פני ההסדר; חובת הגילוי היא רחבה יותר וכוללת את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה. על באי-הכוח לגלות פרטים הנוגעים לסיבות שבגללן הוסכם להגיע לפשרה, לרבות הערכותיהם לגבי סיכויי ההצלחה של התביעה. עליהם לגלות גם כל הסדר או הסכם נוסף בין הצדדים, לרבות טובות הנאה שהוסכמו ביניהם בקשר עם התובענה הייצוגית או עם הסדר הפשרה.⁹³

נוסף על כך, תקנה 12(ב)(1) לתקנות תובענות ייצוגיות דורשת כי לבקשה לאישור הסדר פשרה יצורפו גם תצהיריהם של כל אחד מבעלי הדין לשם אימות העובדות

91 כך קובעת גם הרישא לתקנה 12(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות.

92 לעומת זאת ראו את כלל 11, Fed. R. Civ. P., הדורש מעורך-הדין לאשר, לגבי כל כתב בית דין שהוא מגיש, שלמיטב ידיעתו אין הוא מוגש למטרה לא ראויה, שהטענות המשפטיות בו אינן טענות סרק ושהטענות העובדתיות נתמכות או סביר שייתמכו בראיות. עורך-דין שהפר את החובות הללו חשוף לסנקציות כספיות מטעם בית המשפט.

93 כך קובעת גם תקנה 12(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, הקובעת באופן רחב שהצהרה של באי-הכוח תכלול גם "הצהרה שלא קיבל בקשר להסדר כל טובת הנאה, במישרין או בעקיפין, או פירוט כל טובת הנאה שקיבל התובע או בא כוחו מן הנתבע, במישרין או בעקיפין, בקשר לכל עניין". דוגמאות לעניינים שלגביהם יש חובת גילוי כוללות התחייבות של התובע המייצג או של עורך-הדין שלא להגיש תביעות נוספות (יייצוגיות או אינדיוידואליות) נגד הנתבע, טובת הנאה או תשלום שניתנו על ידי הנתבע לתובע המייצג או לעורך-הדין וטובות הנאה שניתנו לצד שלישי, בין שהוא חבר בקבוצה ובין שלא.

המשמעות יסוד לבקשה, וכי תצהירים אלה יכללו גילוי נאות באשר לכל הפרטים המהותיים הנוגעים לסדר הפשרה.⁹⁴

יחד, התצהירים של בעלי הדין ושל באי-כוחם צריכים לתת יסוד לכל הטענות העובדתיות בבקשה לאישור של הסדר פשרה, לרבות הטעמים שהביאו את הצדדים להסכים להסדר. מאחר שנטל השכנוע לאישור הסדר הפשרה מוטל על הצדדים להסדר, גם נטל הבאת הראיות מוטל עליהם.⁹⁵ אם התצהירים אינם כוללים את מלוא הפרטים התומכים בבקשה לאישור הסדר הפשרה, אזי לא עמדו הצדדים בנטלים אלה ובית המשפט צריך לדחות את הבקשה על הסף.⁹⁶

בחינה של הסדרי הפשרה שהוגשו לאישור בבתי המשפט עד כה⁹⁷ מגלה שהתצהירים שהגישו עורכי הדין היו קצרים ולקוניים ולא עמדו בדרישות הגילוי דלעיל.⁹⁸ כתוצאה מכך התצהירים לא קיימו את המטרה שלשמה נועדו. ראוי שבתי המשפט ינקטו גישה מחמירה יותר בדרישות שיציבו לתצהירים אלה, כמו גם לתצהירים של בעלי הדין שאותם יש להגיש כיום לפי התקנות. עמידה דווקנית על דרישות הגילוי תסייע לבית המשפט להתמודד טוב יותר עם קשיי ההערכה, הן של סיכויי התביעה והן של שווי הפשרה ושל עלותה לנתבע.⁹⁹

94 גם בעלי הדין נדרשים לכלול "הצהרה שלא קיבל בקשר להסדר כל טובת הנאה, במישורין או בעקיפין, או פירוט כל טובת הנאה שקיבל התובע או בא כוחו מן הנתבע, במישורין או בעקיפין, בקשר לכל עניין".

95 להרחבה בנושא ההבחנה בין "נטל השכנוע" ל"חובת הראיה" ראו יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009).

96 ראו ס' 18(ג) רישא, המאפשר לבית המשפט לדחות את הבקשה על הסף.

97 יש לציין שכל ההסדרים שנבדקו הוגשו לאישור בתי המשפט לפני כניסתן של תקנות תובענות ייצוגיות לתוקף.

98 עם זאת, יש בתי משפט שדרשו שהתצהירים יתוקנו. ראו, למשל, עניין בנק, לעיל ה"ש 49 (בית המשפט אישר את הסדר הפשרה אך דרש מן הצדדים להגיש תצהירים נוספים שבהם יירשם אם נכון הדבר שכל אחד מן המצהירים לא קיבל תמורה נוספת, ולא ידוע לו על מאן שהוא שקיבל תמורה נוספת); בשי"א (ת"א) 19039/07 פונדמינסקי נ' בנק דיסקונט לישראל (לא פורסם, 11.6.2009) (באי-הכוח של שני הצדדים יגישו תוספת לתצהירים שנמסרו, שממנה יהיה ברור שנוסף על הסכומים המומלצים לא יועברו ולא יתקבלו סכומים נוספים).

99 עם זאת, יש לשים לב לכך שלעורכי הדין יש בעיה לגלות את מלוא הפרטים הנדרשים בגילוי מלא ונאות, בעיקר לאור האפשרות שהסדר הפשרה יידחה והם יצטרכו לנהל את התביעה לפני אותו שופט שקרא את תצהיריהם. מטבע הדברים, עורכי הדין לא יוכלו להציג הערכות אופטימיות מדי, שאחרת מדוע הסכימו להסדר הפשרה; לעומת זאת, אם יציגו הערכות שאינן אופטימיות, הן עלולות לחבל במאמצייהם לשכנע את בית המשפט בטענותיהם במקרה שיצטרכו לנהל את המשפט עד סופו. פתרון אפשרי לבעיה זו הוא להעביר את התצהירים של עורכי הדין לבורק החיצוני, שיעביר את מסקנותיו לבית המשפט. ראו להלן פרק ד.1(ב)(2). לחלופין אפשר להעביר את הדיון בבקשה לאישור של הסדר פשרה לשופט אחר מזה שדן בבקשה לאישור התובענה הייצוגית או בתובענה גופה.

(2) החובה למנות בודק

חוק תובענות ייצוגיות התנה את אישור הסדר הפשרה על-ידי בית המשפט במינויו של בודק שייתן חוות דעת לגבי הסדר הפשרה המוצע. סעיף 19(ב)(1) לחוק קובע בלשון ברורה שהכלל הוא ש"בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא לאחר שקיבל חוות דעת" של הבודק, וכי אי-מינויו של בודק הוא חריג המותנה בכך שבית המשפט סבור "שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו".¹⁰⁰

אולם, מאז קבלת החוק נמתחו על מנגנון הבודק ביקורות נוקבות מצד עורכי דין ושופטים.¹⁰¹ הטענה העיקרית שהועלתה הייתה שהדרישה למינוי הבודק עולה כדי

100 בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685 ישנן תקנות רבות שבהן מופיע הביטוי 'טעמים מיוחדים'. התקנות לא מגדירות מהו אותו 'טעם מיוחד' ועניין זה אף לא הוגדר בפסיקה, אלא נבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו. כך, למשל, בהתייחס לתקנה 528, הדורשת טעמים מיוחדים להארכת מועד הקבוע בחיקוק, נאמר בע"א 6842/00 ידידיה נ' קסט, פ"ד (נה) 904 (2) 908-910: "אך 'טעם מיוחד' כמוהו כשקית – היא אינה עומדת עד שלא יוכנס לתוכה משהו. מהו אותו 'משהו' [...] הניסיון לקבוע הגדרה אחת כללית הטובה מראש לתפיסת כל המצבים, כמוה כניסיון ללכוד לטאה באמצעות זנבה. כלטאה היא משאירה את זנבה בין אצבעותיך ובורחת לה בידיעה ברורה כי היא עתידה לצמח כהרף עין זנב חדש. עם זאת היעדר כלל מוצק אין משמעו כי מדובר במונח נזיל, המשתנה מפעם לפעם. העיקרון שלפיו נקבע תוכנו של המונח טעם מיוחד אינו יכול להתמצות בעריכת רשימת מלאי של החלטות. ההסבר לטעם המיוחד חייב לכלול לא רק את המקרה היחיד שהוליד הכרה בטעם כזה, אלא לתת מרשם ביחס למקרים העתידיים להתרחש. זהו פשר הנגיעה במהות של הגדרה משפטית".

כן ראו בש"א 5636/06 נשר נ' גפן (פורסם בנבו, 23.8.2006) (טעמים מיוחדים ייבחנו לפי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ושאלת קיומם של טעמים מיוחדים להארכת מועד תיבחן תמיד על פי מכלול נסיבות העניין); רע"א 10035/06 גאון נ' כונס נכסים (פורסם בנבו, 10.5.2007) (טעם מיוחד נבחן בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה); בש"א 8492/07 לוקי בניה ופיתוח בע"מ נ' הוא (פורסם בנבו, 2.12.2007) (טעמים מיוחדים נבחנים בכל מקרה לפי נסיבותיו, על פי מכלול של שיקולים).

101 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2474/02 רותם נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, פס' ב.1 לפסק דינה של סגנית הנשיאה פלפל (פורסם בנבו, 20.3.2007) (בית המשפט הביע ספקנות בנוגע לתפקידו ותורמתו של הבודק וציין כי לא ברורה נחיצותו ברמה העקרונית ולרוב גם לא ברמות הפרטניות); בש"א (מחוזי ת"א) 5590/08 קריטנשטיין נ' מסעדת טורקזו בע"מ (פורסם בנבו, 30.3.2009), פס' 15-16 לפסק דינה של השופטת רונן (בית המשפט הדגיש את העלות הכלכלית של מינוי הבודק וציין כי חיוב במינויו במסגרת פשרות שסכומיהן נמוכים עלול להכשיל את האפשרות להשיג פשרות יעילות). לעתים קרובות נרתע בית המשפט ממינוי הבודק משיקולי יעילות וחשש מפני התארכות יתרה וסרבול של ההליך; עניין פיצה האט, לעיל ה"ש 54 (בית המשפט נמנע ממינוי בודק וציין כמה מן הטעמים המיוחדים שבשלם אין למנות בודק: כאשר השאלה היא משפטית בעיקרה; כאשר ההסדר מיטיב עם הצרכנים אל מול סיכון משמעותי בדחיית הדין; כאשר מדובר בהסדר ראוי שמקדם אכיפה יעילה; כאשר סכום הפשרה נמוך ומינוי בודק יכביד על הוצאות הצדדים וכאשר לבית המשפט הכלים לאמוד את שווי הפגיעה והפיצוי הוא לקהל הרחב, ללא בחינה מדוקדקת של שווי הפגיעה). בפועל, בתי המשפט נמנעים ממינוי בודק אף בניגוד מוחלט לעמדתו

הבעת אי-אמון בבית המשפט ובשיקול הדעת שלו.¹⁰² טענה נוספת שמצאה ביטוי בכמה פסקי דין שבהם לא מונה בודק היא שמינוי הבודק מביא לעלויות מיותרות והוא יכול אף לטרפד הסדרי פשרה יעילים.¹⁰³

מתוך 31 הסדרי פשרה שהתקבלה לגביהם החלטה של אישור או דחייה בתקופת הבדיקה¹⁰⁴ מינה בית המשפט בודק בתיק אחד בלבד;¹⁰⁵ מתוך 44 הבקשות לאישור הסדר פשרה שהוגשו בתקופת הבדיקה ושאפשר לעיין בהן בפנקס, ב-29 בקשות המליצו הצדדים שלא ימונה בודק.¹⁰⁶ נדירים ההסדרים הרשומים בספר החוקים שעוררו ביקורת והתנגדות כה חריפות מצד בתי המשפט ועורכי-הדין כאחד.¹⁰⁷

המפורשת של היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו על הסדר הפשרה, ראו עניין קרן, לעיל ה"ש 47, וכן עניין שלום, לעיל ה"ש 51 (במקרים אלה בית המשפט סירב למנות בודק, חרף עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה נחוץ בודק כדי להעריך את שווי הפשרה – ולו רק משום שמדובר בחובה חוקית המוטלת על בית המשפט טרם אישור הסכם פשרה, והימנעות זו ממינוי בודק אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק). ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2326/06 וולף נ' בוק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פס"מ 5' לפסק דינו של השופט ישעיה (פורסם בנבו, 11.2.2009), וראו גם עניין פינצ'וק, לעיל ה"ש 29, בעמ' 6.

102 ראו נועם שרביט "השופטת פלפל: חוק תובענות ייצוגיות החדש מקשה על בתי המשפט להגיע להסדר" גלובס חדשות 4.6.2007 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000217466.

103 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1126/07 ארגס נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס"מ 18 ו-20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.9.2009); בש"א (מחוזי ת"א) 5590/08 קריטנשטיין נ' מסעדת טורקיו בע"מ, פס"מ 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.3.2009).

104 נבחנו רק בקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בתקופת הבדיקה. לפיכך, מספר זה אינו כולל בקשות שבהן מונה בודק אם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוגשה לפני תקופת הבדיקה.

105 ראו עניין פליטי, לעיל ה"ש 39. נוסף על כך, בעניין גולדשטיין, לעיל ה"ש 66, מינה בית המשפט בודק כדי לבחון את המשמעות הכספית של אחת מטענות התובע (טענת "היום הנוסף") – אף על פי שהיה מדובר בבקשה להסתלקות – בציינו כי יש בבחינה כזו כדי להקל על בית המשפט בבדיקתו של הסדר הסתלקות מבחינה מהותית, שכן בית המשפט אינו יכול להעריך את הנתון בדבר המשמעות הכספית בעצמו. יש שבעה תיקים נוספים בבקשות שהוגשו בתקופת הבדיקה שבהם טרם ניתנה החלטה בבקשה לאישור הסדר פשרה, אולם בית המשפט החליט על מינוי בודק. ראו ת"א (ב"ש) 5004/08 כהן נ' סולבר הצור בע"מ (לא פורסם, 2.11.2009); עניין הירש, לעיל ה"ש 39; בש"א (מחוזי ת"א) 13451/09 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 15.7.2009); בש"א (מחוזי ת"א) 17343/07 לזר נ' שטראוס מחלבות בע"מ (פורסם בנבו, 22.9.2009); ת"צ (מחוזי מרכז) 588-08-01 ליגי נ' מ.ע.י.א. חברה למסחר (1987) בע"מ (פורסם בנבו, 24.8.2009); ת"צ (ת"א) 2172/08 ריינהולד נ' דפי זהב בע"מ (פורסם בנבו, 24.5.2009); ת"צ (מחוזי מרכז) 5270-07-08 סוסתיאל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 30.11.2009).

106 מתוך 15 הבקשות האחרות שבהן אפשר לעיין בפנקס המליצו הצדדים על מינוי בודק בשש בקשות. ביתר הבקשות אין התייחסות של הצדדים למינוי בודק.

107 יש לציין שההסדר אינו ייחודי למשפט הישראלי. המחוקק האמריקני אימץ הסדר דומה המאפשר לבית המשפט למנות מומחה לצורך הערכת שווי של הסדר הפשרה הנתן שוברי הנחה (קופונים)

בניגוד לטענות שהושמעו נגד מנגנון הבורדק, מנגנון זה אינו גורע משיקול הדעת של בית המשפט אלא מסייע לבית המשפט לבצע את תפקידו.¹⁰⁸ הבורדק נותן בידי בית המשפט כלים לבחינה ביקורתית של הסדר הפשרה ולהערכתו אך בית המשפט אינו חייב לקבל את המלצתו. ההחלטה אם לאשר את הסדר הפשרה נותרת בידי בית המשפט בלבד. אכן, בכמה מקרים בחר בית המשפט לדחות את המלצת הבורדק או להעביר את הסדר הפשרה לבדיקה נוספת על ידיו.¹⁰⁹

מינויו של הבורדק, שצריך להיות "בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית",¹¹⁰ מיועד בראש ובראשונה לסייע בהערכת השווי של הסדר הפשרה ושל הנזק שנגרם לקבוצת התובעים. בית משפט המעוניין בכך יכול להסתייע בבורדק גם בהערכת סיכויי התביעה.¹¹¹ אף על פי שסיכויי התביעה נמצאים במומחיותו המלאה של בית המשפט, האפשרות שיעריך סיכויים אלה ולאחר מכן יצטרך לדון בתביעה גופה (אם דחה את הסדר הפשרה) עלולה להיות בעייתית. הבורדק יכול לסייע בפתרון בעייתיות זו.

שווי הפשרה ועלותה הם ערכים כלכליים.¹¹² כך גם הנזק שנגרם לקבוצת התובעים. כדי לאמוד ערכים אלה נדרשות קודם כל מומחיות בתחום הכלכלה והחשבונאות

לחברי הקבוצה, לפי שיקול דעתו ועל פי פניית אחד הצדדים. ראו 28 U.S.C § 1712(d) (2005). כמו כן, בית המשפט האמריקני יכול למנות guardian ad-litem להגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת. לניתוח של האפשרויות הגלומות במוסד זה אף מעבר לשלב אישור הסדר הפשרה ראו Klement, *Who Should Guard the Guardians?*, לעיל ה"ש 59, בעמ' 61-80.

108 יש לציין כי יש מקרים שבהם בית המשפט נמנע ממינוי בודק אם מונה מומחה מטעמו לעצם גיבוש הסכם הפשרה וכדי לעמוד על יתרונותיו וחסרונותיו של ההסדר. לעניין זה ראו ב"ש"א (מחוזי ת"א) 8374/06 ברוט נ' מנורה חברה לביטוח (פורסם בנבו, 4.7.2010) וכן עניין היבנר, לעיל ה"ש 29.

109 ראו לדוגמה עניין דיסקין, לעיל ה"ש 75 (חרף חוות דעת הבורדק, שלפיה בהתחשב במכלול הקשיים המשפטיים הניצבים לפני המבקש ולפני חברי הקבוצה, ובכפוף לכמה תיקונים והבהרות שיש לערוך בהסכם הפשרה, יהיה זה ראוי, הוגן וסביר לאשר את הבקשה להכיר בתובענה כייצוגית ובהמשך לכך לאשר את הסדר הפשרה במסגרתה, דחה בית המשפט את הבקשה לאישור הסדר פשרה מן הטעם שהסדר הפשרה המוצע אינו ראוי, הוגן וסביר).

110 ס' 19(ב)(1) לחוק.

111 הבורדק יכול לסייע בידי בית המשפט גם בקביעה של שכר הטרחה לעורך-הדין ושל הגמול לתובע המייצג. אף על פי שבית המשפט יכול לבחון את הנתונים בעניין שכר הטרחה בעצמו, אין מניעה שיעזור גם לשם כך בבורדק. הבורדק, שמומחיותו ממילא בתחום הכלכלה או החשבונאות (לצורך בחינת שווי הפשרה) או בתחום המשפטי (לצורך בחינת סיכויי התביעה) יכול לבצע את הבחינה האמורה ולהגיש את המלצותיו המנומקות לבית המשפט. בדרך זו ייחסך זמן שיפוטי יקר בלי שייגרע שיקול דעתו של בית המשפט בקביעה של שכר הטרחה והגמול.

112 בתי המשפט המחוזיים בלבלו לעתים בין ערכים שהערכתם דורשת מומחיות כלכלית לערכים שאינם ניתנים להערכה. ראו, למשל, עניין רותם, לעיל ה"ש 101 (הסדר הפשרה קבע סעד של הטבות שידורי ספורט. בית המשפט ציין שאי-אפשר לאמוד את שוויין של הטבות הללו בבחינה כלכלית

ובקאות בדרכים להערכת שווי כלכלי שאינו נתון בדרך כלל לשמאות רגילה.¹¹³ היכרות עם מנגנון התובענה הייצוגית ובעיות התמריצים שהוא יוצר גם היא רצויה. לבסוף, לעתים נדרשת מומחיות בתחום הרלוונטי לתביעה, היכולה לסייע בהבנת הפרמטרים הכלכליים הרלוונטיים.

כפי שהוסבר לעיל, הבעייתיות בהערכה של שווי הפשרה היא גדולה מאוד בפשרות שאינן כספיות, בפרט כאלה המבטיחות סעד אקוויטבילי או נותנות קופונים והנחות לקבוצת התובעים או לצרכנים בכלל.¹¹⁴ בודק שמומחיותו בתחומי הכלכלה והחשבונאות – ובייחוד כזה שעוסק בתחומים הקרובים לזה שבו הושג הסדר הפשרה – יכול לבחון ולהעריך את הגורמים המשפיעים על הערך של שוברי ההנחה או של הסעד

של בודק לאור הערך הסובייקטיבי שהן מגלמות עבור הצופים. למעשה, ערך זה הוא בדיוק הערך הכלכלי של השידורים שאותו אפשר לאמוד על סמך בחינות שוק והערכות סטטיסטיות מתאימות; עניין קרן, לעיל ה"ש 47 (הסדר הפשרה קבע הטבות בדמות שידורי ערוץ מיוחד לתקופה מוגבלת. בית המשפט נמנע ממינוי בודק, חרף עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בנימוק העיקרי העולה מפסק הדין בעניין רותם שלפיו אין מדובר בעניין הדורש חישובים סבוכים וממילא ייהנה ציבור גדול מן ההטבה).

113 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 2033/00 שגיב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.11.2009) (בית המשפט מינה את רואה החשבון יניב בוכניק ממשרד רואי החשבון בר לב ושות' לשמש בודק לפי סעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות. הבודק התבקש לבדוק את הסדר הפשרה בהיבט העובדתי ובהתאם לסעיף 19(ב)(4) לחוק התובענות הייצוגיות); ת"א (מחוזי ת"א) 2020/02 מורד את גולדברג בע"מ נ' תשלובת ח. אלוני בע"מ (פורסם בנבו, 6.2.2008) (להלן: עניין מורד את גולדברג בע"מ) (בית המשפט מינה את הכלכלן מנחם פרלמן כבודק לפי סעיף 19(ב)(1) לחוק התובענות הייצוגיות. הבודק מצא כי הסדר הפשרה משרת את טובת הציבור אולם הציע כמה תיקונים ו/או הסתייגויות כפי שפורטו בחוות דעתו); עניין טורבתיאן, לעיל ה"ש 47 (בית המשפט מינה את הכלכלן מר רוזנטל כבודק כדי שיחווה דעתו על אישור ההסדר שאליו הגיעו הצדדים. לאחר בחינה מדוקדקת וניתוחים כלכליים שערך, הגיע הבודק למסקנה שההסכם שנקבע מהווה פיצוי הולם לנוק שנגרם לציבור).

114 בכמה מקרים נקטו בתי המשפט גישה הפוכה, שלפיה הסדר שאינו כולל סעד של פיצוי כספי לחברי הקבוצה, אלא סעד על דרך שינוי התנהגות או תרומה לקהילה, אינו מתבסס על עניינים חשבונאיים מורכבים או כאלה הדורשים מומחיות מיוחדת. במקרים אלה נקבע שבחינה של סבירות ההסדר והערכתו הן שאלות למומחיות משפטית ולכן נכון להימנע ממינוי בודק שכן הוא אינו יכול לסייע בידי בית המשפט, ומינויו רק היה מביא לסרבול הדיון ולעלויות מיותרות. ראו, למשל, עניין פלד, לעיל ה"ש 46, פס' 9-10 לפסק הדין; ת"צ (מחוזי מרכז) 1925-08-09 רוזנברג נ' אי.פי.אי (תנועה וחניה) (ישראל) בע"מ, פס' 19 ו-17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.7.2010); עניין שלום, לעיל ה"ש 51, פס' 8 לפסק הדין; ת"צ (מחוזי מרכז) 2853-11-08 יעקב נ' סטארקיסט פודור בע"מ (פורסם בנבו, 14.9.2010); ת"צ (מחוזי מרכז) 18039-12-09 בן דרור נ' פריניר (הדס) בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.9.2010); עניין שרייר, לעיל ה"ש 40; בש"א (מחוזי ת"א) 2449/08 פינצ'וק נ' שטראוס מחלבות בע"מ, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.3.2008).

האקוויטבילי. בפרט הוא יכול לתת הערכתו לגבי גורמי השוק שמהם יושפע ערכם של שוברי ההנחה או שיקבעו את שווי של הסעד האקוויטבילי, כמו גם את עלויות הנתבע בייצורם.

באופן דומה, גם הערכתו של הנזק שנגרם לקבוצת התובעים דורשת חוות דעתו של מומחה. כפי שהוסבר לעיל, בפשרות שבהן ניתנים סעדים אקוויטביליים, במקרים רבים התובעים מוותרים על זכותם לפיצוי בגין נזקי העבר תמורת התחייבויות של הנתבע לפעולות בעתיד. כדי לדעת אם ראוי לאשר פשרות כאלה בית המשפט צריך להעריך את נזקי העבר של התובעים. אילו הייתה התביעה מתנהלת עד לפסק דין, הייתה התביעה מציגה לפני בית המשפט ראיות, ובפרט עדויות מומחים, לנזקים שנגרמו לחברים בקבוצת התובעים. כך צריך להיעשות גם כשהתביעה מסתיימת בפשרה. הבודק, שמומחיותו בתחום הרלוונטי, הוא שצריך להעריך עבור בית המשפט את גובה הנזק שנגרם במקומו של מומחה שהיה ממונה בהליך אדוורסרי מלא.¹¹⁵

אשר לסיכויי התביעה, הרי שבניגוד לשווי הפשרה ועלותה ולנזק שנגרם לתובעים – שהערכתם עשויה לדרוש מומחיות בתחום הכלכלה או החשבונאות – סיכויי התביעה הם בתחום מומחיותו של המשפטן ולכן בית המשפט יכול להעריך אותם. הבעיה בהערכת הסיכויים נובעת מתפקידו של בית המשפט במקרה שלא יאשר את הסדר הפשרה, שכן במקרה כזה בית המשפט עלול להידרש להכריע בתביעה לאחר שחווה דעתו לגבי סיכויי הצלחתה.¹¹⁶

הבעיה היא בעיקר של התובע המייצג. בית משפט שמתבקש לאשר הסדר פשרה צריך להתחשב בפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה,¹¹⁷ ובסיכויים והסיכונים שבהמשך ההתדיינות המשפטית אל מול הסדר הפשרה.¹¹⁸ לכן,

115 כאשר הסדר הפשרה כולל גם ויתור של תובעים על תביעה בגין נזקים שיגרמו להם בעתיד, הבודק צריך להעריך גם את הנזקים הללו.

116 יש לציין שהבעיה המתוארת כאן אינה ייחודית להסדר של אישור הפשרה בתובענה הייצוגית. בעיה דומה מתעוררת גם במקרים שבהם בית המשפט הכריע בבקשה למתן סעד זמני, שאחד הקריטריונים לנתינתו הוא שבית המשפט "שוכנע, על סמך ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התובענה". אולם, בניגוד לבקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, בבקשה לסעד זמני בית המשפט רק צריך להעריך סיכויים לכאורה ולא את סיכויי התביעה למעשה. יתרה מזו: בבקשה לסעד זמני כל צד מנסה לשכנע את בית המשפט שסיכוייו טובים, בדיוק כפי שינסה להוכיח במשפט עצמו – ולכן לא נוצרת סתירה בין האינטרסים שלו בשני השלבים. למרות זאת, בחלק מבתי המשפט נהוגה 'שיטת שופט המוקד', שמכריע בבקשות מקדמיות ויושב בקדם המשפט אולם אינו יושב בתביעה עצמה. לשיטה זו מטרות רבות שאינן קשורות לבעייתיות המוצגת כאן אולם היא מסייעת גם לפתרונה של הבעיה האמורה. מינוי הבודק יכול לשרת מטרה דומה.

117 ס' 19(ג)(2)(א) לחוק.

118 ס' 19(ג)(2)(ה) לחוק.

בבקשה לאישור הסדר הפשרה ינסה התובע לשכנע את בית המשפט שסיכוייו להצליח מעטים ולכן הסכים לפשרה שאינה נותנת את מלוא הסעד שביקש בכתב התביעה. טענות אלה עלולות לעמוד בסתירה לטענות שיטען אם הבקשה לאישור הסדר הפשרה תידחה והתובע יאלץ לשכנע את בית המשפט בצדקת תביעתו.¹¹⁹

העברת הפשרה לבחינה של בודק, מומחה בתחום המשפט (הן הדין המהותי והן כללי סדר הדין ודיני הראיות),¹²⁰ שיבחן את סיכויי התביעה וידווח על מסקנותיו לבית המשפט, תסייע בפתרון הבעייתיות האמורה.¹²¹ בית המשפט יוכל לדחות את מסקנותיו של הבודק או לקבלן ועורך־הדין התובע יוכל להפריד בין הטיעונים שנדרשים כדי לשכנע את הבודק בכדאיות הפשרה לבין טיעונו במשפט עצמו אם ידחה הסדר הפשרה.¹²²

(3) קביעת תנאים ליישום של הסדר הפשרה ולפיקוח עליו

119 לדיון בבעיה זו ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1953/06 אשר נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.2008) (החלטה בעניין מינוי בודק). המחוקק היה מודע לבעייתיות הזו ולכן קבע בסעיף 19(ז) כי "התקיימו הליכים לאישור הסדר פשרה, ולא אושר ההסדר על ידי בית המשפט או שבוטל אישור שניתן על ידי בית המשפט להסדר פשרה, לא ישמשו דברים שנאמרו או שנקבעו במסגרת ההליכים כאמור ראיה בהליך משפטי אזורחי". ראו דיון בפרק 2.1 "החלפת התובע ועורך־הדין" להלן.

120 ראו לדוגמה עניין דיסקין, לעיל ה"ש 75 (בית המשפט מינה בודק שהוא משפטן לבדיקת ההסדר המוצע. על פי חוות דעתו של הבודק, בהתחשב במכלול הקשיים המשפטיים הניצבים לפני המבקש ולפני חברי הקבוצה, ובכפוף לכמה תיקונים ובהירות שיש לערוך בהסכם הפשרה, יהיה זה ראוי הוגן וסביר לאשר את הבקשה להכיר בתובענה כייצוגית, ובהמשך לכך לאשר את הסדר הפשרה במסגרתה. לאחר שבית המשפט בחן את ההסדר המוצע הוא קבע, בניגוד לעמדת הבודק, כי יש לדחות את הבקשה להסדר שכן אין מדובר בהסדר ראוי, הוגן וסביר – וזאת למרות שקיבל את הערכת הסיכויים של הבודק).

121 אפשר, כמובן, לקבוע שהשופט הדן בהסדר הפשרה לא ידון בתביעה אם הבקשה לאישור ההסדר נדחת. בדרך זו אפשר להשיג את אותה הפרדה בין הדיון בהסדר הפשרה לבין הדיון בתביעה. היתרון במינוי הבודק הוא שאינו מעמיס על ההליך המשפטי ועל מערכת המשפט, וזאת בניגוד לדרישה למנות שופטים נפרדים לשלבים נפרדים בהליך.

122 לכאורה בית המשפט צריך למנות שני בודקים – אחד שמומחיותו בתחומים כלכליים לצורך הערכת שוויים של הפשרה והנזק לקבוצת התובעים ואחר שמומחיותו בתחום המשפט לצורך הערכת הסיכויים להצלחת התביעה. אף על פי שברוב המקרים תידרש חוות דעתו של הבודק רק ביחס לאחד מהשניים, במקרים הרלוונטיים בית המשפט יכול למנות צוות של שני בודקים שיבחנו את השאלות הכלכליות והמשפטיות ויגבשו חוות דעת משותפת. בעניין דיסקין, לעיל ה"ש 75, קבע בית המשפט כי הבודק המשפטן יהיה רשאי להיעזר בכלכלן או במומחה אחר בתחום התובענה שהוגשה. לדיון בהשפעת העלויות לאישור של הסדר הפשרה על סיכויי הפשרה ועל התמריצים לתבוע ראו להלן דיון בפרק ה.2.

תפקידו של בית המשפט בתובענה הייצוגית אינו מסתיים עם מתן פסק הדין או עם אישור הסדר הפשרה. בעוד שבתובענה רגילה הצד הזוכה ידאג להוציא לפועל את פסק דינו של בית המשפט או את הסדר הפשרה, בתובענה ייצוגית לא יעשו זאת בעלי האינטרס במימוש הסדר הפשרה. מיעוט האינפורמציה וערך התביעה הנמוך שמנעו הגשת תביעות אינדיווידואליות או מעורבות בניהול התביעה ובעיצוב הסדר הפשרה, ימנעו גם פעולה אינדיווידואלית למימוש הסדר הפשרה. לכן, ההגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת דורשת מבית המשפט לפקח על היישום של הסדר הפשרה.

מאחר שלנתבע אין שום אינטרס ביישום של הסדר הפשרה, וגם לתובע המייצג ולעורך-הדין עלול לא להיות אינטרס ביישום, בית המשפט הוא זה שצריך לדאוג לכך. לכן ניתן לו שיקול הדעת הרחב בסעיף 19(ד) לחוק לקבוע תנאים שיבטיחו הגנה על עניינם של חברי הקבוצה, אכיפת הדין או פיקוח על ביצוע ההסדר. נוסף על כך ניתנות לו כל הסמכויות הקבועות בסעיף 20(א)-(ג) לחוק, המאפשרות קיומם של הליכים נוספים למימוש הסדר הפשרה: קביעת הזכאות של כל חבר בקבוצה המיוצגת או הקבוצה הנהנית מהסדר הפשרה, חלוקת הסעד או ההטבה לקבוצת הנהנים, פעולות ביתרת הסכום שנתר לאחר חלוקה ויישום של יתר הפעולות שהנתבע התחייב להן בהסדר הפשרה. שימוש בסמכויות אלה יכול לתת בידי בית המשפט כלים נוספים להתמודד עם הבעיות הכרוכות בפשרה.

כפי שהוסבר לעיל,¹²³ חלק מבעיות ההערכה נובעות מפער בין שווי הפשרה שמוצג לפני בית המשפט במועד האישור לבין השווי שממומש למעשה. את הפער הזה אפשר לצמצם באמצעות קביעת תנאים ליישום הסדר הפשרה ובאמצעות פיקוח על יישומו. בפשרת קופונים, לדוגמה, בית המשפט יכול לדרוש שהנתבע יתחייב לסכום מינימלי שאותו יחלק בדרך של פיצוי כספי או קופונים.¹²⁴ לפי תנאי זה, יצטרך הנתבע לשאת בפיצוי כספי לחברי הקבוצה או בפיצוי לטובת הציבור¹²⁵ בסכום ששווה להפרש בין הסכום המינימלי לבין שווי הקופונים שהנתבע הוכיח שמומש. אם, למשל, הפיצוי המינימלי הוא מיליון ש"ח ושווי הקופונים שהנתבע הוכיח שמומשו הוא 600 אלף ש"ח, הנתבע יצטרך לשאת בפיצוי כספי בסך 400 אלף ש"ח.

דרך אחרת לצמצום הפער בין השווי שהוערך לצורך אישור לשווי הממומש היא לדרוש שההנחה תשולם לצרכן בדרך של החזר כספי על רכישתו, באופן המכונה בארצות-הברית cash out. אף על פי שהנתבע יכול להערים קשיים על מימוש של החזרים

123 ראו פרק א.3(ב) "קשיים להעריך את שווי הפשרה ואת עלותה לנתבע" לעיל.

124 להצעה ברוח זו ראו Lisa M. Mezzetti & Whitney R. Case, *The Coupon Can Be the Ticket: The Use of "Coupon" and Other Non-Monetary Redress in Class Action*, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 1431, 1438-1441 (2005).

125 ראו ס' 20(ג) לחוק.

כאלה,¹²⁶ הם מבטיחים שההנחה שניתנת בהסדר הפשרה אכן מתווספת להנחות נוספות שהנתבע נותן לכלל לקוחותיו ולכן שערכה אכן שווה לזה שהצדדים הצהירו עליו בהסדר הפשרה. כדי למנוע מהנתבע להקשות על מימוש ההנחה אפשר לדרוש ממנו שידווח על מספר החוזרים שנתן או לפקח על המימוש באמצעות מנגנון הממונה, שיוסבר להלן. שתי הדוגמאות מצביעות על כך ששימוש יצירתי בכוחו של בית המשפט לקבוע תנאים לאישור הפשרה יכול לסייע בצמצום הפער בין שווי הפשרה המוערך במועד האישור לבין השווי הממומש.

בית המשפט צריך גם לוודא שהוראותיו של ההסדר אכן מיושמות. על בית המשפט לוודא שהנתבע אינו מכביד על מימוש הסעד או ההטבה שניתנו בהסדר הפשרה. כמו כן, עליו להקפיד על קיום של הוראת הסיפא לסעיף 20(א)(3) לחוק, שם נקבע "נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה". לשון הסעיף אינה מותירה שיקול דעת לבית המשפט והסדר פשרה שקובע אחרת הוא אסור. בפרט, על בית המשפט להקפיד על כך שסכומים אלה לא יחזרו לנתבע, משום שהחזרתם נותנת לו תמריץ להקשות על מימוש זכויותיהם של חברי הקבוצה.¹²⁷ עם זאת, יש להדגיש שהחוק אינו דורש מבית המשפט לפקח על יישום הסדר הפשרה בעצמו. החוק מאפשר לבית המשפט למנות ממונה שיסייע בכך.¹²⁸ סעיף 20(ב) לחוק קובע שהממונה יסייע בקביעת הזכאות לסעד על-ידי חברי הקבוצה ודרך חלוקתו.¹²⁹ אולם, אין מניעה שבית המשפט יסתייע בממונה גם לצורך פיקוח על יישומן של הוראות אחרות בהסדר הפשרה. תפקיד הממונה דומה לתפקידו של כונס הנכסים¹³⁰ והוא יכול לפעול בדרך של קבלת הוראות מבית המשפט ויישומן כדי שיוכל למלא את תפקידו באופן המיטבי.¹³¹ כדי שאכן יפעל באופן מיטבי למימוש הסדר הפשרה, התגמול שיקבל

126 הבעייתיות יכולה לנבוע מתנאים מסובכים לקבלת החוזר, בהשוואה לערכו.

127 לדיון בקשר בין הוראת סעיף 20(א)(3) לבין קביעת שכר הטרחה והגמול לעורך-הדין ולתובע המייצג ראו פרק 1.1 "גמול לתובע ושכר טרחה לעורך-הדין" להלן.

128 בית המשפט רשאי למנות את עורך-הדין המייצג לתפקיד ממונה על יישום של הסדר הפשרה. אין בכך שום פסול; להפך: מינויו של עורך-הדין לממונה הופך אותו לאחראי ישיר ליישום הסדר הפשרה שעליו הסכים. עם זאת, יש לזכור שכאשר תפקיד הממונה דורש מעורך-הדין השקעה נוספת של זמן ומאמץ יש לתגמל אותו על כך בין בדרך של הגדלת שכר הטרחה שיקבל עבור ייצוג התובעים ובין בדרך של תשלום ישיר עבור מילוי תפקידו כממונה.

129 תקנה 14 לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת כי בסיום עבודתו ימסור הממונה דו"ח לבית המשפט וליועץ המשפטי לממשלה על פעולותיו על פי הקריטריונים שנקבעו בתקנה.

130 לדיון בתפקיד הכונס ראו, למשל, אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 597-616 (מהדורה עשירית, 2009).

131 ראו ס' 20(ב)(1) לחוק. שכרו של הממונה צריך להיקבע על ידי בית המשפט. בית המשפט צריך לקבוע גם אם ינוכה שכר הממונה מסעד כספי שניתן או ישולם על ידי הנתבע נוסף על הסעד.

צריך להיגזר מהסכום שיחלק או הסעד שיממש, בדומה להסדר הקבוע לעניין שכר כונס או מפרק.¹³²

(ג) תחליפים להליך האדוורסרי

על-פי סעיף 18(ג) לחוק, אם לא מצא בית המשפט טעם לדחות את הסדר הפשרה על הסף, עליו להורות על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לאישור ההסדר; כן להורות על משלוח ההודעה, בצירוף העתק מהבקשה, מההסדר ומהתובענה, ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט¹³³ ולכל אדם אחר כפי שימצא לנכון.¹³⁴ להודעה יש שתי מטרות עיקריות: האחת – מתן אפשרות לכל חבר בקבוצה המיוצגת לבקש לצאת מן הקבוצה (exit), והאחרת – לאפשר הגשת התנגדויות להסדר הפשרה (voice).¹³⁵ היציאה וההתנגדות משמשות תחליף להליך אדוורסרי שאינו יכול להתקיים באישור הפשרה. הן מאפשרות לחברי הקבוצה "להצביע ברגלים" נגד הפשרה, ונותנות להם ולגורמים הרשאים להתנגד, אפשרות להביע לפני בית המשפט עמדה שונה מזו שמוצגת בפניו על-ידי המבקש-התובע והנתבע.

להלן אדון בשני התחליפים להליך האדוורסרי – יציאה מהקבוצה והתנגדות. עם זאת, יש להקדים ולומר שתנאי ליישומם של תחליפים אלה הוא שהפרסום לציבור יגיע לידיעה של חברי הקבוצה והגורמים הרשאים להגיש התנגדות כדי שיוכלו להחליט אם ברצונם לצאת מהקבוצה המיוצגת או להתנגד להסדר הפשרה.¹³⁶ הנוהג שהתפתח

132 ראו ס' 8(א) לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981, ק"ת 4212.

133 ההוראה על משלוח ההודעה למנהל בתי המשפט היא מיותרת, לאור הוראת סעיף 25(ו) לחוק הקובע חובה זהה על כל מי שבית המשפט הורה לו על פרסום הודעה לפי סעיף 25 לחוק.

134 הסעיף קובע גם חובת משלוח הודעה "לכל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר". תקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת רשימה של גופים כאלה.

135 על אפשרויות היציאה (exit) וההתנגדות (voice) כמכשירים להכוונת התנהגות בתובענות ייצוגיות ראו John C. Coffee Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty* in *Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370 (2000).

136 סעיף 18(ג) לחוק מפנה להוראות סעיף 25 לחוק לעניין אופן הפרסום של ההודעה. לפי סעיף 25(ה) לחוק ייעשה פרסום ההודעה בדרך ובמועד שיקבע בית המשפט, ורשאי הוא לקבוע דרכי פרסום שונות לסוגים של חברי קבוצה, הכול בהתחשב ברשימה (לא ממצה) של שיקולים המפורטים בסעיף. רשימת השיקולים פורטת לפרטים את המסגרת הכללית שבה בית המשפט צריך לבחון את יעילות הפרסום כשעליו להשוות בין פרסום מודעה באמצעי התקשורת לבין מסירת הודעה אישית. יעילותו של הפרסום נמדדת במידה שבה הוא מגיע לידיעתם של חברי הקבוצה ובמידה שהוא מובן להם – זאת אל מול עלויותיו ואל מול הסיכון הנגזר מכך שחלק מחברי הקבוצה לא יקבל את ההודעה. על בית המשפט להתחשב במספר חברי הקבוצה וביכולת לזהותם ולאתרם במאמץ ובעלות סבירים, ביכולת למסור להם הודעה אישית באופן ובעלות סבירים, לרבות במסגרת קשר רצוף בין בעל דין

במספר רב של פשרות בתובענות ייצוגיות¹³⁷ – לפרסם את ההודעה בעמודים האחוריים של עיתונים יומיים, במקום שבו מפורסמות הודעות אחרות בנושאי מכרזים ומקרקעין – מסכל מטרה זו. כשם שמודעות פרסומת רגילות מתפרסמות במקומות שבהם השפעתן תהיה הגדולה ביותר האפשרית, כך גם הודעות על הסדר הפשרה בתובענה הייצוגית יכולות להיות מפורסמות במקום שבו חשיפתן גדולה יותר, בהתחשב, כמובן, בעלות הפרסום.¹³⁸

(1) יציאה מהקבוצה וזכות הגישה לבית המשפט

חברי הקבוצה המיוצגת אינם משתתפים בהליך האישור של התובענה הייצוגית או בניהולה, אולם נשמרת להם זכות היציאה מהקבוצה. מכיוון שתוצאות התובענה הייצוגית יקימו מעשה בית דין כלפיהם,¹³⁹ התובענה הייצוגית חוסמת את זכות הגישה הפורמלית שלהם לבית המשפט, כדי לאפשר להם את זכות הגישה המעשית. לכן, החוק מותיר בידי חברי הקבוצה אפשרות להודיע לבית המשפט על רצונם לא להיכלל בקבוצה המיוצגת. אף על פי שרק מעטים מחברי הקבוצה טורחים לממש זכות זו,¹⁴⁰ יש בה משום הגנה פורמלית על זכות הגישה האינדיווידואלית שלהם לבית המשפט.¹⁴¹

(בדרך כלל, הנתבע) לבין חברי הקבוצה, כולם או חלקם, ובמאפייניהם המיוחדים של חברי הקבוצה, לרבות שפה. כך, למשל, במקרה שבו הנתבע הוא בנק או חברת ביטוח המקיימים קשר רצוף ותכופות עם לקוחותיהם – קל מאוד לזהותם והעלויות של הודעה אישית אליהם אינן גבוהות. אם חלק מחברי הקבוצה המיוצגת אינם לקוחותיו של הנתבע (אף אם היו בעבר), יהיה צורך בפרסום הודעה לציבור נוסף על משלוח ההודעה האישית.

137 ראו, למשל, ת"א פלד, לעיל ה"ש 89 (צילום ההודעה שפורסמה מצורך לבקשה לאישור הסדר הפשרה, המופיעה בפנקס התובענות הייצוגיות באתר בתי המשפט); ת"צ (מחוזי מרכז) 5490-08-07 אקרמן נ' אמ.פי.איי. מדיטרניאן נכסים והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2008). (לעיון בצילום ההודעה שפורסמה בעיתונות בפנקס התובענות הייצוגיות ת_10122hodaa%20layton.pdf).
http://elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_

138 על בית המשפט לבחון גם את התועלת ממסירת ההודעה ואת הנזק שעלול להיגרם לחבר בקבוצה אם הסדר הפשרה יחול עליו ללא ידיעתו. התועלת ממסירת ההודעה תלויה בשלב שבו מוגש הסדר הפשרה לאישור – לפני אישור התובענה הייצוגית או לאחריו. כאמור, מטרת ההודעה היא לאפשר התנגדויות ויציאה מהקבוצה. מאחר שבשלב של אישור התובענה הייצוגית הייתה לחבר הקבוצה אפשרות לצאת ממנה, הצורך לתת לו הזדמנות יציאה נוספת קטן יותר מאשר בהסדר פשרה שמוגש לאישור לפני שהתובענה אושרה כייצוגית. באשר לנזק מתחולת הסדר הפשרה ללא ידיעתו של חבר הקבוצה, הוא תלוי לפי סעיף 25(ה) לחוק ב"היקף הפיצוי הכספי או הסעד האחר שעשוי לקבל כל אחד מחברי הקבוצה אם התובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה". הנזק יהיה ניכר יותר ככל שהסעד שחבר הקבוצה עשוי היה לקבל הוא גדול יותר.

139 ראו ס' 24 לחוק.

140 בארצות-הברית פחות מ-1% מחברי הקבוצה המיוצגת מבקשים לצאת מהקבוצה (בשלב אישור התובענה הייצוגית ובשלב הפשרה) וכאחוז מגיש התנגדות להסדרי פשרה מוצעים. ראו Theodore

החוק מאפשר יציאה מן הקבוצה המיוצגת בשלוש נקודות זמן.¹⁴² נקודת הזמן הראשונה שבה אפשר לצאת מן הקבוצה היא במועד האישור של התובענה הייצוגית. לפי סעיף 11 לחוק, בית המשפט חייב לאפשר לכל חבר בקבוצה להודיע כי אינו רוצה להיכלל בקבוצה המיוצגת.¹⁴³ נקודת הזמן השנייה שבה אפשר לצאת מן הקבוצה המיוצגת היא בשלב שבו מוגש הסדר הפשרה לאישור בית המשפט (לאחר שכבר אישר את התובענה כייצוגית). אולם, בניגוד לשלב האישור של התובענה הייצוגית, היציאה מן הקבוצה בשלב זה אינה אוטומטית. סעיף 18(ו) לחוק קובע כי "חבר קבוצה אשר אינו מעוניין כי יחול עליו הסדר הפשרה, רשאי לבקש מבית המשפט, בתוך המועד שנקבע להגשת התנגדויות לפי סעיף קטן (ד), להתיר לו לצאת מן הקבוצה שעליה יחול ההסדר". על בית המשפט לאפשר לכל חבר בקבוצה לבקש לצאת מן הקבוצה, אולם הוא אינו חייב להיענות לבקשה.¹⁴⁴ נקודת הזמן השלישית ליציאה מן הקבוצה היא לאחר האישור של הסדר הפשרה. סעיף 19(ד) לחוק מאפשר לבית המשפט להתנות את אישורו להסדר הפשרה בתנאי שיאפשר לחבר קבוצה שאינו מעוניין שיחול עליו הסדר הפשרה שאושר

Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1529, 1532 (2004) (להלן:

(Eisenberg & Miller).

141 ראו ה"ש 62 לעיל. לבחינת הקיום של תנאי המידתיות במצבים של פגיעה בזכות הגישה לערכאות ראו בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.10.2008) (הטלת איסור כללי על מתן חוות דעת רפואיות בהליכים נגד המדינה פוגעת בזכות הגישה לערכאות באופן שאינו מידתי); בש"א 4248/08 מקמלאן נ' מקמילן (פורסם בנבו, 7.10.2008) (הטלת אגרת בית משפט יכולה לעלות כדי פגיעה בזכות הגישה לערכאות ועל הפגיעה לעמוד בדרישת המידתיות); ע"א 8974/04 פלוני נ' פלונית, נט(4) 721, 724 (2005) (זכות הגישה לערכאות היא זכות בעלת אופי חוקתי ואי-אפשר לפגוע בה אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש).

142 בארצות-הברית מיוחסת חשיבות רבה לזכות למתן הודעה על התובענה הייצוגית ולזכות היציאה מהקבוצה. ראו, למשל: Philips v. Eisen, 417 U.S. 156 (1974); Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797 (1985). החשיבות הרבה לחובה זו נובעת מהרצון להגן על זכותו החוקתית של כל חבר בקבוצה ל-"Due Process", שהיא המקבילה לזכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי. עם זאת, בסוגי תביעות מסוימים ניתנה האפשרות לתבוע בתובענה ייצוגית ללא זכות יציאה מהקבוצה. ראו 23(b)(1) & 23(b)(2) FED. R. CIV. P. המחוקק הישראלי בחר שלא לאפשר תובענה ייצוגית בלי שתינתן זכות יציאה מהקבוצה.

143 ס' 11 לחוק. במקרים מסוימים בית המשפט רשאי לקבוע הסדר הפוך, שלפיו הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול רק את מי שהודיע לבית המשפט, בכתב, על רצונו להצטרף לתובענה (opt-in). ראו ס' 12 לחוק.

144 הסדר זה יחול אף אם בשלב הראשון הופעל ההסדר הפוך, של opt-in. מאחר שבהסדר opt-in בשלב הראשון חברי הקבוצה הם רק אלה שביקשו להצטרף לתובענה, אין צורך בדרישה שיחזרו שוב ויבקשו להצטרף להסדר כדי להגן על זכויותיהם.

להודיע לבית המשפט על רצונו זה. בניגוד לשלב שלפני אישור הסדר הפשרה, אין חובה לתת אפשרות כזו לחברי הקבוצה המיוצגת ובית המשפט ייתן אותה רק אם הדבר דרוש "לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה שעליה חל ההסדר, לשם הבטחת אכיפת הדין או לשם פיקוח על ביצוע ההסדר".

חשיבותה של זכות היציאה מהקבוצה מיד לאחר ההגשה של הסדר הפשרה לאישור נובעת מהרצון לשמור על זכות הגישה לבית המשפט של חברי הקבוצה המיוצגת, בעיקר במקרים שבהם הסדר הפשרה מוגש לאישור לפני שהתובענה הייצוגית אושרה. במקרים אלה זכות היציאה מהקבוצה ניתנת לראשונה בשלב אישור הסדר הפשרה ובלעדיה, כאמור, יש פגיעה בזכות הגישה לבית המשפט של חברי הקבוצה. נוסף על כך, זכות היציאה מהקבוצה נותנת תחליף, ולו חלקי, של יציאה (exit) להשתתפותם הפעילה של חברי הקבוצה בהליך אישור הפשרה (voice). במקרים שבהם הפשרה מוגשת לאישור לאחר שהתובענה הייצוגית אושרה, נימוק זה הוא הנימוק העיקרי למתן זכות יציאה נוספת בשלב זה.

עם זאת, יש להדגיש שבית המשפט אינו יכול להסיק דבר על טיבה של הפשרה מן העובדה שמספר המבקשים לצאת מן הקבוצה בשלב זה היה קטן.¹⁴⁵ מאחר שרוב חברי הקבוצה אינם מודעים להסדר הפשרה, גם לאחר פרסומו, ומאחר שרובם ככולם לא ירצו לשאת אפילו בעלות הנמוכה הנדרשת להגשת בקשה לצאת מהקבוצה, אין להסיק דבר מכך שאחוז המבקשים לצאת הוא נמוך. לעומת זאת, ודווקא משום כך, אם מספר המבקשים לצאת מן הקבוצה הוא גדול, יש בכך כדי להצביע על בעיה אפשרית בפשרה, שאותה בית המשפט צריך לבחון בכלים האחרים העומדים לרשותו.¹⁴⁶

145 בתי המשפט לא עמדו תמיד על הבעיה בהסתמכות על מיעוט התנגדויות בהחלטתם לאשר את הסדר הפשרה. ראו, למשל, עניין רותם, לעיל ה"ש 101, פס' ב.1 לפסק דינה של סגנית הנשיאה פלפל (בית המשפט ציין שהגורמים המתאימים ביותר להערכה של שווי ההטבות הם חברי הקבוצה עצמם, ולכן אם לא התנגדו אין מקום למינוי בודק); ת"א (מחוזי מרכז) 4745-08-07 גלבע נ' ערוצי זהב (פורסם בנבו, 12.11.2007) (לאחר עיון בכתבי הטענות, בבקשה לאישור הסדר הפשרה ובהסדר הפשרה, ומאחר שלא נתקבלו במשרדי הנתבעת הודעות התנגדות או חרטה מהיועץ המשפטי לממשלה, ממנהל בתי המשפט ומהקבוצה המיוצגת – הגיע בית המשפט למסקנה שיש לאשר את הסדר הפשרה); עניין שמואלביץ, לעיל ה"ש 42 (משלא הוגשה לבית הדין כל התנגדות להסכם הפשרה, או בקשה של אחד מחברי הקבוצה להתיר לו לפרוש מן הקבוצה, נתן בית הדין תוקף של פסק דין להסכם הפשרה).

146 בעיה נוספת באפשרות היציאה מהקבוצה בנקודת הזמן השנייה היא שהסדר הפשרה עדיין אינו מאושר, וייתכן שידחה או שיתקבל בשינויים. חבר בקבוצה המיוצגת שאינו מעוניין שהסדר הפשרה המוצע יחול עליו עשוי לרצות להישאר בקבוצה אם ההסדר יידחה או יאושר בשינויים. יתרה מזו: אותו חבר בקבוצה עשוי להיות מעוניין להגיש התנגדות להסדר הפשרה ולהתנות את יציאתו מהקבוצה בכך שהתנגדותו תידחה. מאחר שממילא היציאה מהקבוצה בשלב זה אינה אוטומטית, בית המשפט יכול לאפשר לחברי הקבוצה לבקש להתנות את יציאתם מהקבוצה המיוצגת בתנאים.

(2) הגשת התנגדויות להסדר הפשרה

המנגנון העיקרי המחליף את ההליך האדוורסרי בשלב האישור של הסדר הפשרה הוא מנגנון ההתנגדות לפשרה. סעיף 18(ד) לחוק מונה כמה גופים הרשאים להגיש התנגדות מנומקת להסדר הפשרה. אלה כוללים חברים בקבוצה המיוצגת, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, ארגון שאישר שר המשפטים לעניין זה ופועל לקידום מטרה ציבורית כאמור וכן היועץ המשפטי לממשלה.¹⁴⁷

זכותם של חברי הקבוצה המיוצגת להתנגד להסדר הפשרה היא ברורה,¹⁴⁸ אולם מימושה אינו כדאי עבורם. אכן, מתוך 31 הסדרי פשרה שהתקבלה לגביהם החלטה על אישור או דחייה בתקופת הבדיקה,¹⁴⁹ בתביעה אחת בלבד הוגשה התנגדות על ידי חבר בקבוצה המיוצגת.¹⁵⁰ לכן, כדי לעודד התנגדויות במקרים שבהם הדבר ראוי, צריך שקבוצת המתנגדים הפוטנציאליים תהיה רחבה ככל האפשר ושמתנגדים שהתנגדותם התקבלה יזכו בהשבת הוצאותיהם הריאליות.

על בית המשפט לאפשר לגורמים נוספים, לרבות רשויות וארגונים שעוסקים בנושאים הקרובים לנושא התובענה, להגיש את התנגדותם לפשרה.¹⁵¹ הגדרת הגופים הרשאים להגיש התנגדות בסעיף 18(ד) לחוק היא מצומצמת מדי. בהנחה שהגדרתה של "רשות ציבורית" בסעיף 2 לחוק חלה גם כאן, רשויות שפועלות בתחומים שבהם

147 אלה בדיוק הגופים הרשאים לבקש להשתתף בתובענה הייצוגית לפי סעיף 15.

148 עם זאת, עשויה לעלות שאלה בדבר היחס בין הזכות להתנגד לבין הזכות לצאת מהקבוצה המיוצגת. מאחר שהבקשה לצאת מהקבוצה המיוצגת מוגשת לפני אישור הסדר הפשרה, ייתכן שחבר בקבוצה המיוצגת יהיה מעוניין להתנגד להסדר ולצאת מהקבוצה רק אם יישאר הסדר הפשרה במתכונתו המוצעת. כפי שהוסבר לעיל בה"ש 146, בית המשפט צריך לאפשר הגשת התנגדות בד בבד עם הגשתה של בקשה מותנית ליציאה מהקבוצה.

149 נבחנו רק בקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בתקופת הבדיקה.

150 ראו עניין דהן, לעיל ה"ש 51. כותב המאמר ייצג את המתנגדים בהתנגדות זו.

151 גופים שראוי לשלוח להם הודעה הם רשויות הפועלות בתחומים שבהם הוגשה התובענה הייצוגית, בין כאלה המנויות בתוספת הראשונה ובין כאלה שאינן מנויות בה (כגון הרשות לניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים או המפקח על הביטוח). אכן, בתי המשפט עושים תדיר שימוש בסמכותם ושולחים הודעה גם לגופים אלה מיוזמתם. ראו, למשל, עניין פינצ'וק, לעיל ה"ש 29 (בתביעה צרכנית בגין אי-ציון רכיבים במוצרים של תנובה הורה בית המשפט לשלוח העתק מן הבקשה לאישור הפשרה לרשות להגנת הצרכן); עניין שכטר, לעיל ה"ש 39 (בתביעה שעניינה חיוב שלא כדין על ידי הבנק הורה בית המשפט לשלוח העתק מן הבקשה למפקח על הבנקים); עניין דיסקין, לעיל ה"ש 75 (בתביעה שעניינה הטעיה צרכנית הורה בית המשפט לשלוח העתק מן הבקשה למועצה הישראלית לצרכנות); בש"א (מחוזי י-ם) 6121/07 מן נ' פוקצ'טה בע"מ (פורסם בנבו, 2.7.2008) (בתביעה שעניינה הפרות החקיקה הנוגעת להגבלת עישון במקומות ציבוריים הורה בית המשפט לשלוח העתק מן הבקשה למועצה הישראלית לצרכנות ולמונה על הגנת הצרכן במשרד התמ"ת).

מוגשות תובענות ייצוגיות אולם אינן מנויות בתוספת הראשונה – כגון הרשות לניירות ערך, רשות ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים או המפקח על הביטוח – אינן רשאיות להגיש התנגדות להסדר הפשרה.¹⁵² גם הגדרתו של ארגון הרשאי להתנגד להסדר הפשרה לפי סעיף 18(ד) לחוק היא מצומצמת מדי.¹⁵³ ההגבלות הללו אינן מוצדקות ומן הראוי שיתוקנו.

על כל פנים, לבית המשפט יש סמכות להרשות הגשת התנגדות גם על ידי מי שאינו מנוי בסעיף 18(ד) לחוק. תקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת רשימה של גורמים שבית המשפט צריך לשלוח להם הודעה על בקשה שהוגשה לאישור הסדר פשרה. נוסף על כך, סעיף 18(ג) לחוק מאפשר לבית המשפט לשלוח הודעה על הסדר הפשרה "לאדם אחר כפי שורה". משלוח ההודעה הוא חסר טעם אם מקבל ההודעה אינו יכול להגיש את התנגדותו להסדר הפשרה. לפיכך, מי שנשלחה אליו הודעה כאמור יוכל להגיש את התנגדותו להסדר הפשרה.

נוסף על הרחבת מעגל המתנגדים האפשרי, בית המשפט צריך גם לדאוג למתן תמריצים להתנגדויות ראויות. לשם כך עליו לפסוק הוצאות ריאליות לטובתם של מתנגדים שהתנגדותם התקבלה.¹⁵⁴ בה בעת, כדי למנוע הגשתן של התנגדויות סרק רק כדי לסחוט תשלום מהצדדים לפשרה,¹⁵⁵ על בית המשפט לאסור תשלום כזה למתנגד שהסיר את התנגדותו, ועליו לדרוש מכל מתנגד שהסיר את התנגדותו להגיש תצהיר המאשר שלא קיבל שום טובת הנאה לשם כך, בדומה לתצהיר המוגש בהליך ההסתלקות.¹⁵⁶ שילוב בין תמריצים מספיקים להתנגדות והרחבת מעגל המתנגדים הפוטנציאליים יכול להפוך את ההתנגדות לאפקטיבית יותר בהגנה על זכויות חברי הקבוצה המיוצגת ועל האינטרס הציבורי, כתחליף להליך האדוורסרי.

יש להדגיש שהזכות לצאת מהקבוצה המיוצגת אינה תחליף לזכות להתנגד להסדר הפשרה. יציאה מהקבוצה המיוצגת מותרת את הפשרה בעינה ומותרת לתובע שבחר לצאת מהקבוצה לתבוע את זכויותיו בתביעה אינדיווידואלית. לעומת זאת, התנגדות לפשרה מותרת את המתנגד בתוך הקבוצה המיוצגת בין שהתנגדות מתקבלת ובין

152 לפי סעיף 2 לחוק, רשות ציבורית היא רק רשות המנויה בתוספת הראשונה. הרשויות היחידות המנויות בתוספת זו הן נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. אלה הן הרשויות הרשאיות לתבוע בתובענה ייצוגית מכוח סעיף 4(א)(2).

153 הסעיף דורש שארגון המעוניין להתנגד לפשרה יהיה מאושר על ידי שר המשפטים לעניין זה. לפיכך, לא כל ארגון הרשאי לתבוע לפי סעיף 4(א)(3) לחוק – שם אין דרישה לאישור שר המשפטים – רשאי להגיש התנגדות להסדר הפשרה.

154 עם זאת, אין לפסוק הוצאות כנגד מתנגדים שהתנגדותם נדחתה. פסיקת הוצאות כנגדם תרתיע מתנגדים פוטנציאליים, גם כאלה שהתנגדותם מוצדקת.

155 לדיון בבעיה זו ראו Eisenberg & Miller, לעיל ה"ש 140.

156 ראו ס' 16(ב) לחוק ודיון בפרק ד.1(ב) "פתרונות לקשיי ההערכה" לעיל.

שהיא נדחית. הברירה הזו עדיפה במקרים שבהם תביעה אינדיווידואלית אינה מעשית ולכן יש להותירה כברירה אפשרית עבור כל חבר בקבוצה המיוצגת.

2. אישור הסדר פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית

רובן המוחלט של הפשרות מוגש לאישור בית המשפט לפני אישור התובענה הייצוגית.¹⁵⁷ ממצא אמפירי זה, בתוספת לבעייתיות הגדולה יותר בפשרות אלה,¹⁵⁸ מצביע על הצורך בדרישות מוגברות שיש להציב לצורך אישורן על ידי בית המשפט. אכן, הסיפא לסעיף 19(א) לחוק מציבה דרישות נוספות לאישור הסדר הפשרה לפני אישור התובענה הייצוגית. דרישות אלה באות להוסיף על הדרישות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 וחלות על הסדר פשרה, בין שהוגש לפני אישור התובענה הייצוגית ובין שהוגש לאחר האישור.

הסיפא לסעיף 19(א) לחוק דורשת מבית המשפט למצוא שיש לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ושסיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.¹⁵⁹ כפי שהוסבר בפרק ב' לעיל, אישור של פשרה בשלב זה מחריף את הצורך בפיקוח של בית המשפט כדי להתמודד עם שתי הבעיות האופייניות לפשרות בתובענות ייצוגיות – בעיית הנציג הגוררת פשרות נמוכות בתביעות ראיות ובעיית תביעת הסרק הגוררת פשרות גבוהות מדי בתביעות חסרות בסיס. הדרישות הנוספות מיועדות להבטיח פיקוח כזה.

הדרישה הראשונה – שיש לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה – חוזרת על הרישא לסעיף 8(א)(1) לחוק. ללא שאלות מהותיות משותפות אין מקום לפתרון ייצוגי של הסכסוך. הדרישה השנייה – שסיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין – היא שיוצרת את ההבחנה העיקרית בין פשרה לאחר אישור התובענה הייצוגית לבין פשרה לפני האישור. לפי דרישה זו, על בית המשפט לבדוק אם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עומדת בתנאי סעיפים 3, 4 ו-8 לחוק, בשינויים המחויבים מכך שההליך מסתיים בהסדר פשרה.

כאמור, המבחין בין הסדר פשרה לבין הסתלקות הוא שרק הראשון מקים מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה המיוצגת. לפי סעיף 24 לחוק, מעשה בית דין יכול לקום רק אם ניתן "פסק דין בתובענה ייצוגית"; דהיינו: כדי שהסדר הפשרה יקים מעשה בית דין,

157 ראו לעיל טבלה מס' 1.

158 ראו לעיל הדיון בפרק ב.

159 תקנה 12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת שבבקשה לאישור הסדר הפשרה המוגשת לפני אישור התובענה הייצוגית הצדדים צריכים להראות שדרישות אלה מתקיימות. התקנות אינן נדרשות לפרטים הנדרשים מכוח דרישות אלה. כאמור להלן, פרטים אלה כוללים בחינה של תנאי סעיפים 3, 4 ו-8 לחוק.

עליו לעמוד בתנאים לאישורה של תובענה ייצוגית, בשינויים המחויבים מכך שהתובענה לא תנוהל למעשה בבית המשפט. הדרישה שסיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת מטילה על בית המשפט לבחון מה היו תוצאותיו האפשריות של דיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, תוך שהוא שם לבו לנוסח סעיף 19(א) לחוק שאינו דורש מבית המשפט לבדוק אם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, אלא אם סיום ההליך בהסדר פשרה יהיה כזה.¹⁶⁰

כאשר בית המשפט סבור שעילת התביעה אינה עומדת בתנאי סעיף 3 לחוק, ממילא אינו יכול לאשר לגביה פשרה בתובענה ייצוגית; אולם גם כשבית המשפט חושש שהבקשה לאישור תובענה ייצוגית הייתה נדחית משום שאינה עומדת בדרישות סעיפים 4 ו-8 לחוק (בכפוף לאמור לעיל, באשר לניהול יעיל של התובענה הייצוגית), עליו לדחות את הבקשה לאישור של הסדר פשרה. רק עמידה על דרישות אלה יכולה להבטיח הגנה מפני בעיות הנציג ותביעות הסרק.

בפרט, כאשר הדרישה לסיכויי הצלחה בסעיף 8(א)(1) לחוק אינה מתקיימת, החשש הוא מתביעות סרק, ואילו כאשר הדרישות המתחייבות לתובע ולעורך-הדין וקבועות בסעיפים 4, 8(א)(3) ו-4 לחוק אינן מתקיימות, החשש הוא מהתממשות של בעיית הנציג.¹⁶¹ דרישות אלה יורדות לשורשן של שתי הבעיות המרכזיות בהסדר הפשרה בתובענה ייצוגית ולפיכך יש לבחון אותן לפני אישור ההסדר. אדון להלן בשתי הבעיות.

(א) תביעות סרק

כאשר סיכויי התביעה קלושים התביעה אינה צריכה להיות מאושרת כייצוגית.¹⁶² לפיכך, צדדים המבקשים לאשר הסדר פשרה ששווי הסעד שמוענק בו הוא אחוז מזערי משווי התביעה צריכים לשכנע את בית המשפט שהדבר אינו נובע מסיכויי הקלושים של התביעה.¹⁶³

160 ייתכן שניהול של תובענה ייצוגית לא יהיה דרך יעילה להכרעה במחלוקת אולם סיום ההליך בהסדר פשרה יהיה כזה. הדברים אמורים בעיקר במקרים שבהם ניהול התובענה הייצוגית יהיה מסובך משום שהעניינים שיהיה צריך לדון בהם בהליכים אינדיווידואליים, לאחר הכרעה בשאלות המשותפות בתובענה הייצוגית, יהיו רבים ומשמעותיים. במקרים כאלה ייתכן שניהול התובענה הייצוגית לא יהיה יעיל, אולם סיומה בהסדר פשרה יהיה יעיל משום שהוא יחסוך את הדיון בהליכים האינדיווידואליים, בין במסגרת הייצוגית ובין באופן נפרד. זו גם העמדה שנקט בית המשפט העליון בארצות-הברית. ראו *Amchem Products v. Windsor*, 521 U.S. 591, 619-620, 622-623 (1997).

161 להבחנה בין דרישות המתחייבות לתובענה לבין דרישות המתחייבות לתובע ולעורך-דינו ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 139.

162 ראו ס' 8(א)(1) לחוק.

163 אחוז נמוך עלול לנבוע, למשל, מכך שהנתבעת אינה יכולה לשלם את הסעד שנתבע ולכן שווי התביעה למעשה נמוך בהרבה מהסכום שנתבע.

מנקודת מבט צרה, של התביעה שבה דן בית המשפט, נראה כאילו סיומה של תביעה שסיכוייה קלושים בהסדר פשרה הוא פתרון יעיל והוגן: הוא חוסך מבית המשפט ומהצדדים את הצורך להמשיך ולנהל את ההליך, הוא מוסכם על הצדדים – התובע והנתבע – והוא אינו פוגע בחברי הקבוצה המיוצגת שכן סיכוייהם להצליח היו ממילא מעטים מאוד. אולם, מנקודת מבט רחבה יותר, אישור של הסדר הפשרה בתביעה כזו אינו יעיל ואף אינו הוגן.

אישור של פשרה בתביעה כזו מביא לכך שתובעים ועורכי־דין יגישו תביעות חסרות סיכוי, מתוך ציפייה לפשרה בטרם אישור התובענה הייצוגית. כפי שהוסבר לעיל,¹⁶⁴ תביעות אלו מכבידות על בתי המשפט ומביאות להתנהגות לא יעילה של נתבעים. יתרה מזו: הפשרות הללו פוגעות בציבור הלקוחות של אותם נתבעים, שהוא במקרים רבים ציבור התובעים המיוצגים בתובענה הייצוגית. הציבור הזה נאלץ לשלם את המחיר בגין תובענות הסרק שכן זה מגולם במחיר המוצר או השירות. לכן, פשרות בתובענות סרק פוגעות בבתי המשפט, בנתבעים ובלקוחותיהם.

בית משפט שמסרב לאשר הסדר פשרה בתביעת סרק מותיר לתובע שתי ברירות: האחת, לבקש להסתלק מהבקשה לאישור, בתקווה שלא יטלו עליו הוצאות משפט;¹⁶⁵ האחרת, להמשיך ולנהל את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, בידעו שסיכוייו להצליח קלושים ושם יפסיד יוטלו עליו הוצאות משפט. כאשר התובענה היא באמת תביעת סרק, יבחר התובע באפשרות הראשונה.

יתרה מזו: אם אכן ינהגו בתי המשפט כאמור,¹⁶⁶ תובעים ששוקלים הגשה של תביעות סרק ידעו שאינם יכולים להרוויח בדרך הקלה של אישור הסדר פשרה לפני אישור התובענה כייצוגית וכתוצאה מכך יעדיפו לא להגיש את התובענה. רק תובעים שסבורים שיוכלו לשכנע את בית המשפט לאשר את התובענה כייצוגית יתבעו. תוצאה כזו היא יעילה והוגנת, והיא משרתת באופן ראוי את מטרות התובענה הייצוגית.

(ב) בעיות נציג

סעיפים 4 ו־8(א)(3) ו־4 לחוק קובעים תנאים המתייחסים לתובע ולעורך־הדין. כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים יש לתובע המייצג, לעורך־הדין ולנתבע אינטרסים חופפים לאשר את הסדר הפשרה. התובע המייצג ועורך־דינו זוכים לגמול ולשכר טרחה שלא היו

164 ראו דיון בפרק א.2 "תביעות סרק" לעיל.

165 ראו דיון בפרק זה בסעיף 3(א) "הסתלקות בתביעות סרק" להלן.

166 ראו לדוגמה עניין שר, לעיל ה"ש 65 (בית המשפט קבע כי ביסודן של התובענה ושל בקשת האישור לא עומדת עילת תביעה אמיתית, לא אישית וודאי לא ייצוגית, וכי מדובר בבקשה שנראה כי הוגשה כלאחר יד, בלא שהונחה תשתית עובדתית וראייתית מתאימה, תוך הטחת טענות חמורות נגד עלית שאין חולק שהן מופרכות ומוגזמות. עוד ציין בית המשפט כי לא שוכנע כי נגרם לתובע או לקבוצה הנטענת נזק כלשהו – ודאי לא מן הסוג שיש להיטיב באמצעות ניהול תובענה ייצוגית).

זוכים להם אילו היה בית המשפט דן בבקשה לאישור תובענה ייצוגית ודוחה אותה. הנתבע, מצדו, יכול לחסום באמצעות פשרה כזו תביעות עתידיות של חברים בקבוצה, לרבות כאלה שהיו יכולות להיות מוגשות כתובעות ייצוגיות באמצעות תובע ועורך-דין אחרים וטובים יותר.¹⁶⁷

החשש מאישורם של הסדרי פשרה כאלה הוא כפול. ראשית, התנאים הללו מיועדים להבטיח שחברי הקבוצה המיוצגת מיוצגים כראוי והתעלמות מהם מפקירה את עניינם של חברי הקבוצה בידי מי שאינם ראויים לייצגם. שנית ואולי חשוב יותר, הסיכויים הרבים לכך שתנאים אלה אינם מתקיימים מביא לכך שהתובע ועורך-הדין חשופים לסיכון משמעותי – שלא יאשרו לייצג את הקבוצה ולכן יחלפו באחרים. כתוצאה מהסיכון הזה הלחץ עליהם להתפשר הוא גדול, והם יהיו מוכנים לפשרה נמוכה בהרבה מזו שהיו מסכימים לה אילו היו מייצגים ראויים של הקבוצה.

לשם הדוגמה נניח שהתובענה הייצוגית תצליח בוודאות וששווייה 100. כמו כן נניח שהסיכויים שבית המשפט ימצא שהתובע ועורך-הדין אינם מקיימים את הדרישות דלעיל הם 90%. במקרה כזה, שווייה של התביעה מנקודת מבטם של התובע ועורך-הדין הוא רק 10.¹⁶⁸ הסיבה לכך היא שהסיכויים להצלחה בבקשה לאישור עבורם הם 10% בלבד. התוצאה היא שהתובע ועורך-הדין יסכימו לכל פשרה שנותנת לקבוצה המיוצגת 10 אף על פי ששווי התביעה עבור הקבוצה הוא 100, אילו הייתה מיוצגת על ידי תובעים ועורכי-דין ראויים.

הדוגמה הזו מציגה בעייתיות שנובעת, באופן פרדוקסלי, דווקא מדרישתו של החוק שהייצוג שיינתן לקבוצת התובעים יהיה הולם ובתום לב כתנאי לאישור התובענה הייצוגית. בגלל הדרישה הזו, סיכוייהם של תובעים ועורכי-דין שאינם הולמים לקבל את אישור בית המשפט לתובענה שהגישו הם מעטים, ולכן תמריציהם להסכים לפשרות נמוכות לפני האישור נהפכים משמעותיים יותר.

לכן, בית המשפט צריך לדחות בקשות לאישור של הסדרי פשרה שבהם יש חשש שהתובע המייצג אינו מקיים את הדרישות שבסעיף 4 לחוק,¹⁶⁹ או שעניינם של חברי הקבוצה או חלקם אינו מיוצג בהם באופן הולם או בתום לב.¹⁷⁰ נוסף על כך יש לזכור

167 אם כי ראו דיון בפרק 3.1 "תקיפה עקיפה בתובענה ייצוגית מאוחרת" להלן.

168 זאת אם היו מקבלים את מלוא סכום התביעה ולא רק את התגמול ושכר הטרחה שהם חלק מסכום זה.
169 על התובע להראות שיש לו עילה אישית ושנגרם לו נזק. לחלופין, התובע היה צריך לעמוד באחת הדרישות החלופיות הקבועות בסעיף 4(א)(2) לחוק, כרשות ציבורית המנויה בתוספת הראשונה או לפי סעיף 4(א)(3) לחוק, כארגון. מובן שבמקרים הרלוונטיים על בית המשפט לבדוק קיומם של תנאים אלה גם בפשרה.

170 לדוגמה לניגוד עניינים כזה ראו דיון להלן בפרק ה בעניין סבו, לעיל ה"ש 81, וראו בנוסף עניין שמואלביץ, לעיל ה"ש 42 (בית הדין הארצי לעבודה אישר הסדר פשרה ללא מינוי בודק, אף שמנגנון חלוקת הפיצויים ייצר לתובע המייצג ולנתבעת אינטרס ברור לצמצום קבוצת החברים המיוצגים;

שלעתים סיכוייה הנמוכים של התביעה נובעים מכך שהוגשה מוקדם מדי, לפני שמלוא העובדות התבררו.¹⁷¹ במקרים אלה, גם בחינה של הדרישה בסעיף 8(א)(1) לחוק נחוצה כדי להגן על הקבוצה המיוצגת מפני פשרה מוקדמת ובלתי ראויה.

3. הסדר פשרה מול הסתלקות

ההסדר שחל על הסתלקות שונה מזה שחל על הסדר פשרה. בעוד הסדר פשרה כפוף לסעיפים 18 ו-19, הסתלקות מוסדרת בסעיף 16 לחוק.¹⁷² כפי שהוסבר לעיל, מיקומה של ההסתלקות על שני הצירים – של הצורך בפיקוח כדי למנוע בעיות הנציג וכדי למנוע את בעיית תביעות הסרק – נגזר מכך שההסתלקות אינה מקימה מעשה בית דין.¹⁷³ כתוצאה ממיקום זה, הדרישות לאישור ההסתלקות פשוטות בהרבה מהדרישות לאישור הסדר פשרה.¹⁷⁴

אישור הבקשה להסתלקות מורכב משני שלבים: השלב הראשון הוא שלב אישור ההסתלקות (להלן: "שלב ההסתלקות"). השלב השני (המותנה באישור בשלב הראשון) הוא שלב החלפתם של המסתלקים (להלן: "שלב ההחלפה"). השלב הראשון הוא זהה, בין שהבקשה להסתלקות מוגשת לפני אישור התובענה הייצוגית ובין שהיא מוגשת לאחר מכן. בשלב השני יש הבדל בין שני המקרים: כשהבקשה להסתלקות מוגשת לפני אישור התובענה הייצוגית, פרסום הודעה על כך וניסיון להחליף את המסתלקים נתונים לשיקול דעתו של בית המשפט הרשאי לפעול כאמור, אולם אינו חייב לעשות כן; כאשר הבקשה להסתלקות מוגשת לאחר אישור התובענה הייצוגית, בית המשפט חייב לפרסם את ההודעה ולבחון את האפשרות להחליף את המסתלקים.¹⁷⁵

נקבע כי הסכום הנותר לאחר חלוקת הפיצויים יתווסף על שכר טרחת התובע המייצג והיתרה תושב לנתבעת).

171 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 32.

172 תקנה 11(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות מחילה את ההסדר לפי סעיף 16 לחוק גם על הסתלקות בשלב הערעור. בשלב זה, ההסתלקות יכולה להיות בערעור שהגיש המבקש על החלטת הערכאה הדיונית לדחות את בקשתו לאישור תובענה ייצוגית, או בבקשת רשות ערעור של הנתבע (המשיב) על קבלת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

173 ראו תרשים מס' 1 המובא בפרק ב' לעיל.

174 יש להדגיש שבקשה להסתלקות יכולה להיות מוגשת ללא הסכמתו של הנתבע ואז אין היא בגדר פשרה כלל וכלל. האמור בפרק זה מתייחס למקרה שבו הבקשה להסתלקות מוגשת בהסכמה עם הנתבע, והיא אף עשויה לכלול תנאים שהציב למתן הסכמתו כמו גם הסכמה לתשלום תגמול למי שביקש לייצג ולעורך-דינו.

175 ראו סעיפים 16(ד)(1) ו-2 לחוק. לדיון בחובת ההחלפה של תובע מייצג או של עורך-דין בשלב אישור התובענה הייצוגית ראו ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.7.2007) (להלן: עניין רחמן-נוני); קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 136-137.

תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת: "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". התקנה חורגת מהוראות החוק בשתיים: ראשית, היא מחייבת פרסום הודעה כבר בשלב ההסתלקות, בטרם אישר בית המשפט את ההסתלקות; שנית, היא מחייבת פרסום גם כשהבקשה להסתלקות הוגשה לפני אישור התובענה הייצוגית, בניגוד להוראת סעיף 16(ד)(1) לחוק, המותר לבית המשפט שיקול דעת לגבי הפרסום בשלב ההחלפה "אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור".

חריגה זו אינה רצויה. כל מטרתה של ההודעה על ההסתלקות היא לאתר מחליף למבקש, לתובע או לבא-הכוח המייצג במקרים שבהם הדבר ראוי, ולאחר שניתנה למבקש רשות להסתלק. לפיכך, אין טעם בפרסום ההודעה לפני שבית המשפט אישר את ההסתלקות. כמו כן, במקרים שבהם הטעם להסתלקות נובע מסיכוייה המעטים של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית להצליח, אין טעם בפרסום הודעה ובאיתורו של מחליף.¹⁷⁶ ההודעה נחוצה רק במקרים שבהם אין ודאות שאכן דינה של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית להיכשל. במקרים אלה על בית המשפט לעשות שימוש בסמכות שניתנה לו בחוק ולפרסם הודעה בדבר חיפוש אחר מחליף. כדי שהתקנה לא תעמוד בסתירה להוראות החוק¹⁷⁷ יש לפרשה כך שתותר שיקול דעת לבית המשפט לא לפרסם הודעה

176 על בית המשפט להיזהר במקרים שבהם בקשת ההסתלקות מוגשת משום שלטענת המבקש הנתבע קיים את כל שנדרש ממנו בתובענה טרם אישורה כיייצוגית. במקרים אלה יש חשש שהנתבע לא קיים את כל שנדרש, אולם בית המשפט אינו מודע לכך בהיעדר הליך אדוורסרי מלא. לכן, במקרים אלה ראוי לפרסם הודעה ולחפש אחר מחליף. ההנחה היא שמי שידע שהנתבע למעשה לא קיים את שנדרש יהיה מוכן להחליף את התובע ולהמשיך בניהול הבקשה לאישור, וכך יינתן מענה (ולו חלקי) לבעיה האמורה. ראו להלן בחלק 3(ב) בפרק זה.

177 ראו ס' 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. סעיף 31(א) לחוק תובענות ייצוגיות מסמיך את בית המשפט "להתקין תקנות לביצועו". לפיכך, תקנות אלה הן "תקנות בהתאם לחוק" (ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 2.3100 (60.012), סעיף 3) או "תקנות ביצוע" (ראו ע"א 524/88 פרי העמק – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 552-554). ההסדר הראשוני נקבע בחוק והתקנות אינן יכולות לחרוג מגבולות ההסדר הראשוני (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 502-505 (1998)). כאמור לעיל בה"ש 175, מניסוחו של סעיף 16(ד) לחוק עולה שהמחוקק הבחין במפורש בין הסתלקות לפני אישור התובענה הייצוגית, שאז נכתב בסעיף 16(ד)(1) "רשאי בית המשפט להורות על פרסום הודעה" לבין הסתלקות לאחר אישור התובענה הייצוגית, שאז נכתב בסעיף 16(ד)(2) "יורה בית המשפט על פרסום הודעה" (ההדגשות שלי – א.ק.). אשר לחשיבות ההקנייה של שיקול הדעת (אם כי לרשות מנהלית ולא לבית המשפט) בחקיקה ראשית, קבע בית המשפט העליון בבג"ץ 335/82 למדן נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לו(4) 785, 788 (1982): "בדרך כלל, כשמוקנית לרשות סמכות לפעול, והמחוקק נוקט לשון, על-פיה 'רשאית'

במקרים שבהם ברור שהתובענה הייתה תביעת סרק ביום שהוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

סעיף 16(א) לחוק קובע: "מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג, לא יסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט". הסעיף מתייחס לבקשה להסתלקות של המבקש, התובע המייצג או בא-הכוח המייצג, בין שהנתבע הסכים לה ובין שלא. לפיכך, ההסדר שהסעיף קובע לאישור ההסתלקות אינו מותנה בהסכמת הנתבע, אינו דורש הצטרפות של הנתבע לבקשה להסתלקות ואינו מתייחס לאפשרות שבית המשפט יצטרך לתת דעתו להסכמות בין המסתלק לבין הנתבע בדונו בבקשה להסתלקות.¹⁷⁸ ההסדר בסעיף 16 לחוק אינו מיועד לאישור הסכם פשרה בין הנתבע לבין התובע, אלא מיועד רק לאפשר לתובע או לעורך-דינו להפסיק את ניהול התביעה בלי שהדבר יקים מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה המיוצגת. גישה זו נתמכת בלשונו של סעיף 16(ד)(5) לחוק, הקובע כי לאחר שבית המשפט אישר הסתלקותם של כל

הרשות לפעול, או כל ביטוי דומה, המראה על הענקת סמכות לפעול, להבדיל מהטלת חובה לפעול, ניתנת לאותה רשות הסמכות להחליט, לאחר ששקלה בעניין, אם לפעול אם לאו. זה הפירוש הרגיל שיש ליתן להוראת חוק, המעניקה לרשות רשות לבצע פעולה מסוימת, מכוח הכלל, שיש לפרש חוק כלשונו. שאם היה מתכוון המחוקק לחובה להבדיל מרשות – לפעול, היה נוקט לשון המצביעה על כך".

178 שאלה היא אם יש להחיל את סעיף 16 לחוק כשהתובע מסתלק מהבקשה או מהתובענה הייצוגית כלפי חלק מהנתבעים בלבד. אין מדובר בהסתלקות מהבקשה או התובענה משום שזו ממשכה להתנהל, אלא במחיקתם של חלק מהנתבעים בלבד. עם זאת, אותם שיקולים העומדים ביסוד סעיף 16 חלים גם כשהתובענה נמחקת רק כנגד חלק מהנתבעים. הרצון להגן על נתבעים מפני תביעות סרק ועל קבוצת התובעים מפני בעיית הנציג בעינו עומד. לפיכך, יש להחיל את ההסדר שקבוע בסעיף 16, בכפוף לנסיבות המיוחדות של ההסתלקות. במקרים שבהם הסתלק התובע מבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חלק מהנתבעים בלבד ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 2464/07 בן הרוש נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.12.2009) (המבקש ביקש להסתלק מהבקשה לאישור התובענה הייצוגית ככל שהיא מתייחסת למשיבה 2 – בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ – מפאת סיכוייה המעטים של הבקשה להתקבל. בית המשפט אישר ההסתלקות); בש"א (מחוזי י-ם) 6909/09 ויסברג נ' הלמן – אלדובי קופות גמל בע"מ (פורסם בנבו, 3.12.2009) (המבקש ביקש להסתלק מהבקשה לאישור התובענה הייצוגית כלפי משיבה 2 בלבד – בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ – מפאת סיכוייה המעטים של הבקשה להתקבל. בית המשפט אישר ההסתלקות); ת"צ (מחוזי ת"א) 1767/09 שחם נ' לאומי קארד בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2010) (הוגשה בקשה להסתלקות מהבקשה לאישור התובענה הייצוגית כלפי ארבע משיבות מתוך חמש שנגדן הוגשה הבקשה. בית המשפט אישר ההסתלקות); בש"א (מחוזי י-ם) 1507/08 פריד נ' חברת מגדניות נאמן (1987) בע"מ (פורסם בנבו, 7.10.2008) (בהתחשב בכך שסכום הרווח שהמשיבה 1 מפיקה מן הליקויים שפורטו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא נמוך בהרבה מההערכה הראשונית של המבקש, ולאור זאת שהמשיבה 1 התחייבה לשנות את דרכיה, ביקש המבקש להסתלק מבקשתו לאישור תובענה ייצוגית כנגד המשיבה 1. בית המשפט אישר ההסתלקות).

המבקשים, התובעים המייצגים או באי-הכוח המייצגים, ולא מינה אחרים במקומם – "יורה בית המשפט על מחיקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, לפי העניין". דהיינו: בית המשפט אינו רשאי לאשר בפרוצדורה הקבועה בסעיף 16 לחוק דבר פרט למחיקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית.

בפועל השתמשו בתי המשפט בסעיף 16 לחוק לאישור בקשות לאישור הסכמים בין נתבע לתובע, בעיקר בשלב שלפני אישור התובענה הייצוגית. בחלק מההסכמים האלה התובע המבקש הסכים להסתלק מהבקשה לאישור תובענה ייצוגית והנתבע מצדו התחייב לפעול לשינוי המצב וכן הסכים לתשלום כספי למבקש ולבא-כוחו.¹⁷⁹ אישורם של הסכמים אלה בפרוצדורה הקבועה בסעיף 16 לחוק אינו ראוי, כפי שיוסבר להלן. ההבדל בין התנאים לאישור הסתלקות לבין התנאים לאישור הסדר פשרה גורם לכך שהתובע והנתבע ירצו לסווג את הפשרה שאליה הגיעו כהסתלקות ולא כהסדר פשרה. אמנם, מנקודת מבטו של הנתבע יש לכאורה חיסרון בהסתלקות שכן היא אינה מקימה מעשה בית דין ולפיכך אינה מגנה עליו מפני תביעות בעתיד, אינדיווידואליות ויייצוגיות, שיוגשו באותו עניין; אולם הנתבע עשוי להעדיף לקחת את הסיכון שייתבע שוב בעתיד בתמורה לכך שלא יידרש לעמוד בדרישות המפורטות לאישור הסדר פשרה. נוסף על כך, כפי שאסביר, הנתבע עלול לעשות שימוש "אסטרטגי" באישורו של הסכם ההסתלקות

179 ראו לדוגמה עניין גולדשטיין, לעיל ה"ש 66 (בית המשפט אישר בקשה להסתלקות כשהמשיב הסכים לחדול מפרקטיקת "היום הנוסף", לתרום את הסכומים שנגבו כעמלה בגין "היום הנוסף" וכן לפצות את התובע המייצג ובא-כוחו); ת"א (מחוזי ת"א) 1881/07 לביא נ' טמפו משקאות בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.2009) (בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים שלפיה יסתלק התובע מהתביעה לאחר שהנתבעות התחייבו לציין מכאן ולהבא את סכום הפיקדון על הבקבוקים מתוצרתן); ב"ש"א (מחוזי ים) 7001/07 אטיאס נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2.7.2008) (בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים שלפיה יסתלק המבקש מהבקשה לאישור תובענה ייצוגית ואילו המשיבות יתקנו את המחול וישיבו את הכספים שגבו בעקבות מחול זה. כמו כן, הצדדים הסכימו על פיצוי התובע המייצג ובא-כוחו); ת"צ (מחוזי מרכז) 14543-05-09 לוי נ' קסטל הפצת כרטיסים (פורסם בנבו, 20.6.2010) (להלן: עניין לוי) (הצדדים הגישו בקשה לאישור הסתלקות תוך התחייבות לתשלום גמול ושכר טרחה, כשבבקשה נכתב כי הצדדים מבקשים מבית המשפט לאשר את ההסכמות ביניהם "כמקשה אחת מבלי לשנות את חיוביהם וזכויותיהם ההדדיות זה כלפי זה". בית המשפט ראה בכך ניסיון להתנות את ההסתלקות במתן גמול ושכר טרחה באופן שנוגד את החוק); וכן ת"צ (מחוזי מרכז) 7660-10-08 מזור נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.2010) (להלן: עניין מזור) (ההסדר בבקשת ההסתלקות כלל הסכמה בדבר גמול ושכר טרחה. בית המשפט קבע כי יש לבחון בדקדקנות, ועל פי הדרישות הפרוצדורליות של ס' 18-19 לחוק, הסדר הסתלקות שנותן תמורה לתובע המייצג).

על ידי המשפט כדי לחסום למעשה תביעות עתידיות, למרות שבאופן פורמלי ההסכם אינו מקים מעשה בית דין.¹⁸⁰

(א) הסתלקות בתביעות סרק

סוג אחד של מקרים שבהם הצדדים מגישים בקשה מוסכמת להסתלקות הוא כאשר התברר למבקש שהתובענה שהוגשה היא תובענת סרק.¹⁸¹ הרציונל במתן אפשרות פשוטה להסתלקות במקרים אלה הוא להקל על הנתבע שמעוניין לסלק תובענת סרק שהוגשה נגדו ולא להכביד עליו בפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 לחוק, שהן מיותרות ממילא. במצב כזה גם אין צורך בפרסום הודעה על ההסתלקות ובניסיון להחליף את המבקש או את בא-כוחו לאחר שהסתלקותם אושרה, שכן ממילא התובענה אינה ראויה להתברר. היטיב לעשות החוק כשאפשר לבית המשפט לאשר הסתלקות, מוסכמת או לא, לפני אישור התובענה הייצוגית, בהליך המקוצר והפשוט הקבוע בסעיף 16 לחוק.¹⁸²

180 עניין סודרי, לעיל ה"ש 66 (בית המשפט סירב לאשר את ההסדר כהסתלקות. אין לאשר הסדר הסתלקות שנועד להבטיח כי התביעה לא תתנהל, שכן הטבה אחת, תקים קושי משמעותי לתובע בשאלת כימות ההטבה הראשונה); עניין מזור, לעיל ה"ש 179 (הסתלקות אינה יוצרת מעשה בית דין, אך היא מערימה קשיים על התובע העתידי, שכעת יהיה עליו לבדוק אם ההסדר הקודם ממצה). עניין עזורי, לעיל ה"ש 66; עניין הכט, לעיל ה"ש 66.

181 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי מרכז) 12275-09-08 לנואל נ' תנובה (פורסם בנבו, 26.1.2009) (בעקבות הערות בית המשפט על בעייתיות הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עקב היעדר בסיס לכאורי לתביעה ועקב היעדר בסיס לכאורי לנזק אפילו הייתה עילה, הגיש המבקש בקשה להסתלקות מהבקשה); בש"א (מחוזי ים) 5573/07 שרז נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.4.2008) (לאחר שהוגשה תשובת המשיבה לבקשת האישור, ולאור הערות בית המשפט בדיון המקדמי שנערך בבקשה זו, הגיע המבקש לכלל מסקנה שהסיכויים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית הם מעטים וביקש להסתלק מבקשתו); בש"א (מחוזי ת"א) 24959/05 לביא נ' דלקול בע"מ (פורסם בנבו, 18.9.2008) (להלן: עניין לביא) (לאחר עיון מדוקדק בטיעוני הנתבעות בתגובותיהן לבקשות האישור, ולאחר פגישות שנערכו בין באי-כוח הצדדים שבהן לובנו הסוגיות שביסוד התובענות, הגיע התובע לכלל דעה שהסיכויים של התובענות ובקשות האישור שהגיש אינם רבים וביקש להסתלק מהן); עניין פריד, לעיל ה"ש 178 (בהתחשב בכך שסכום הרווח שהפיקה המשיבה 1 מן הליקויים שפורטו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא נמוך בהרבה מההערכה הראשונית שחישב המבקש, ולאור העובדה שהמשיבה 1 התחייבה לשנות את דרכיה, ביקש המבקש להסתלק מבקשתו לאישור תובענה ייצוגית כנגד המשיבה 1).

182 כאמור לעיל, תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות מכבידה שלא לצורך על ההסתלקות במקרים אלה, בקובעה חובת הודעה כבר בשלב ההסתלקות.

אולם, בניגוד לנוהג בבתי המשפט עד כה, בית המשפט שמאשר את הבקשה להסתלקות אינו צריך לאשר גם תשלום למבקש ולבא-כוחו.¹⁸³ כדי להגן על הנתבע ועל דומים לו מפני תובענות סרק בעתיד, וכדי להרתיע תובעים ועורכי-דין מהגשת תובענות כאלה, אסור שיזכו בהן לגמול כספי.¹⁸⁴ כמו כן, כאשר סיכוייה המעטים של התביעה היו יכולים להיות ברורים לתובע אילו היה בודק את הדברים כראוי לפני שהגיש את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ראוי להטיל עליו לשאת בהוצאות הנתבע גם אם זה הסכים לוותר על הוצאות אלה בהסכמתו להסתלקות.¹⁸⁵

183 ראו לדוגמה י. מאיר נבו (08) [מה זה?]; בש"א (מחוזי י-ם) 2291/06 ברומברג נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 10.4.2008) (בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים שלפיה יתשלם למבקשים סכום כולל של 60 אלף ש"ח ולבאי-כוח המבקשים יתשלם סכום כולל של 40 אלף ש"ח, בציינו כי נוכח עלויות ניהולו של ההליך הסכימו המשיבות, תוך שמירה על טענותיהן, לסלק את התביעה האישית ולשאת בהוצאותיהם של המבקשים ובשכר הטרחה של עורכי-דינם, והוא אינו רואה סיבה להתערב בכך). ת"צ (מחוזי חי') 27400-12-09 נסאר נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 24.6.2010) (בעקבות התובענה הייצוגית תוקנה שגיאת תרגום בתווית המוצר הנוגעת לערכים התזונתיים. בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים לתשלום גמול ושכר טרחה, עקב הגשת התובענה).

184 ראו לדוגמה ת"צ (ת"א) 1600/09 שוקרון נ' גת גבעת חיים אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 20.12.2009) (מחד גיסא יש לאשר את הסתלקות המבקשת מהבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אך מאידך גיסא אין מקום לפסוק הוצאות, למרות ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים. אם הייתה טורחת המבקשת, כמתחייב, לבדוק טיעוניה אצל המשיבה לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, יש להניח כי בקשה זו מלכתחילה – גם על פי גישתה – לא הייתה מוגשת לבית המשפט; ודאי כך כשבקשת ההסתלקות הוגשה בעקבות הסברים בטיוטה שקיבלה המבקשת מהמשיבה בטרם הגישה המשיבה את כתב התשובה לבית המשפט). מנגד, בתי המשפט עדיין מתקשים להימנע מקביעת כל גמול ושכר טרחה; ראו בש"א (מחוזי ת"א) 4370/08 (ת"צ 1207-08) דהן נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 18.7.2010) (להלן: בש"א דהן) (שם נפסק כי התובענה לא הייתה מתקבלת כייצוגית, כי אין סכסוך בין הצדדים וכי אין לתובע המייצג עילה אישית; כן נקבע כי אין בהגשת התובענה משום מענה לבעיה אמיתית ואין בתוצאתה כדי לשנות נורמה התנהגותית. בית המשפט הפחית את הגמול ושכר הטרחה המוצעים אך לא שלל אותם לחלוטין); וכן עניין לוי, לעיל ה"ש 179 (בית המשפט קבע כי הסעד שהתבקש התבקש שלא כדין, כי התובע המייצג אחראי לנזקו שלו, נעדר עילה אישית וייתכן שאף לוקה בחוסר תום לב. אלה הביאו להפחתת הגמול אך לא לשלילתו כליל); בש"א (מחוזי ת"א) 4395/09 עו"ד דבורה נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2010) (בית המשפט עודד את הצדדים להגיע להסכם הסתלקות שיביא ל"תשלום ערכי מטרד" כך שייחסך זמן מהצדדים ומבית המשפט, זאת למרות דעתו של בית המשפט שלפיה מדובר בתובענות סרק ולתובעת אף אין עילה אישית).

185 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי מרכז) 4354-03-08. ענבר אחזקות בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2010) (בית המשפט קבע כי בשל התנהלות המבקשת וההליכים הרבים שהתקיימו בתיק, ובהתחשב בכך שנראה כי מלכתחילה הייתה זו תביעת סרק, וכן בהתחשב בהוצאות שנפסקו בההליכים בתיק, הוא מחייב את המבקשת בהוצאות הבקשה להסתלקות בסך 25 אלף ש"ח).

(ב) הסתלקות כאשר הנתבע קיים את שנדרש בתובענה יש מקרים שבהם בית המשפט מתבקש לאשר הסתלקות בתביעה שמלכתחילה לא הייתה תביעת סרק, אולם הצורך בניהולה התייתר משום שהנתבע שינה את התנהגותו או פיצה את התובעים עקב הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, או לאחר שהתובענה הייצוגית אושרה.

על בית המשפט להיזהר מאישור הסתלקות של התובע בטרם וידא שהנתבע אכן קיים את כל שנדרש בתובענה. כדי להימנע מטעות כזו עליו לפרסם הודעה לאחר אישור ההסתלקות, גם אם זו נעשתה לפני אישור התובענה הייצוגית. במקרים שבהם לא שינה הנתבע את התנהגותו או לא פיצה את התובעים באופן מלא, חברים בקבוצה המיוצגת יכולים לבקש להחליף את המבקש או התובע ולהמשיך בבקשה לאישור או בתובענה הייצוגית שאושרה, לפי העניין. בדרך זו בית המשפט עשוי ללמוד אם טענות הצדדים אכן נכונות.

אולם, משאשר בית המשפט את ההסתלקות ולא הורה על החלפת המבקש או התובע, עליו לאשר גם תשלום כספי לתובע ולעורך-הדין.¹⁸⁶ המקרים הללו דומים מאוד להסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק לעניין אישור תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, ובית המשפט צריך לנהוג בהם באופן דומה. כשם שסעיף 9 לחוק מאפשר לרשות להודיע שתחדל מהגבייה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, גם הנתבע יכול להודיע שפעל באופן שמייתר למעשה את המשך הניהול של התובענה הייצוגית.¹⁸⁷ לאחר שבית המשפט בדק ומצא שאכן קיים הנתבע את שנדרש ממנו בכתב התביעה הוא רשאי לפסוק לתובע ולעורך-הדין תגמול ושכר טרחה בהתאם.¹⁸⁸ אם הודעתו של הנתבע ניתנת רק לאחר אישור התובענה הייצוגית, התובע יכול לבחור להסתלק מהתביעה או

186 ראו לדוגמה בש"א (מחוזי ת"א) 20302/07 ברוט נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.3.2008) (בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים שלפיה ישלם המשיב למבקש סך של 140 אלף ש"ח לכיסוי חלק מהוצאותיו וזאת מאחר שבית המשפט היה סבור שאולי היה בהגשת התובענה כדי לתרום תרומה לשיפור מצבם של חברי הקבוצה שנזכרו בה ולקידומו של האינטרס הציבורי בעניין זה בכלל, מה גם שלאור היעדרות המשיב לביצוע שינויים באופן גביית העמלות נראה כי אין מדובר בתביעת סרק).

187 ס' 9(ב) לחוק. בת"צ (מחוזי מרכז) 1361-09-07 ברזובסקי – הובלות בע"מ נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ (פורסם בנבו, 2.7.2009) קבע בית המשפט שלאחר שהמצב שבשלו הוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוקן ואין עוד חילוקי דעות מהותיים בין הצדדים, יש להחיל את פסק הדין בעניין סבו, לעיל ה"ש 81, ולאשר הסדר פשרה בין הצדדים.

188 סעיף 22(ג)(1) לחוק מאפשר פסיקת תגמול במקרה כזה לתובע. סעיף 23 לחוק הדין בשכר הטרחה לעורך-הדין אינו כולל הוראה דומה, אולם לבית המשפט סמכות לעשות כן, בין היתר לאור סמכותו לפסוק שכר טרחה בטרם הסתיים תהליך הבירור של התובענה הייצוגית, מכוח סעיף 23(ג) לחוק.

לדרוש מתן פסק דין כנגד הנתבע.¹⁸⁹ אם בחר להסתלק, בית המשפט רשאי לפסוק לו גמול ושכר טרחה כאמור.

(ג) הסתלקות ובעיות נציג

יש מקרים שבהם בית המשפט מתבקש לאשר הסתלקות בתביעה שאינה נופלת בשני סוגי המקרים דלעיל. כך כאשר הנתבע מעוניין לסלק את התובענה או את הבקשה לאישור דווקא משום שסיכוייה של התובענה להצליח הם גבוהים. במקרים אלה הנתבע מעוניין לסלק את התובענה בלי שיצטרך לשאת בפשרה הגבוהה הנגזרת מסיכויים אלה, ולכן הוא רוצה להימנע מאישור בדרך שקבועה בסעיפים 18 ו-19 לחוק.

אמנם, אישור ההסתלקות אינו מקים מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה המיוצגת ולכן החשש מבעיות נציג קטן יותר מאשר בהסדרי פשרה; אולם דווקא משום שאישור של הסדר פשרה לפי סעיפים 18 ו-19 כרוך בבחינה מדוקדקת של ההסדר, נתבע עלול להעדיף את הפרוצדורה הפשוטה שבסעיף 16 לחוק למרות האפשרות שהיא מותרת לתביעות נגדו בעתיד.¹⁹⁰ העדפתו לדרך זו תהיה גדולה יותר ככל שסיכויי התובענה להצליח – ובהתאם, העלות של פשרה שתאושר לפי סעיפים 18 ו-19 לחוק – רבים יותר. באמצעות ההסתלקות הנתבע יכול להשיג לעצמו "שקט" עד להגשה של בקשה נוספת לאישור תובענה ייצוגית, אם תוגש, ולחסוך מעצמו את הפשרה שיצטרך לשלם אילו יידרש לאשר אותה לפי סעיפים 18 ו-19 לחוק.

הבעייתיות בהסכם פשרה שמאושר כהסתלקות עלולה להיות חמורה גם משום שההסכם עלול לחסום באופן מעשי תובענות ייצוגיות עתידיות, אף על פי שבאופן פורמלי הוא אינו מקים מעשה בית דין.¹⁹¹ סיבה אחת שבגללה עלולה להתקיים חסימה כזו היא שאף על פי שההסכם אינו מקים מעשה בית דין, בית המשפט שאליו תוגש בעתיד בקשה לאישור תובענה ייצוגית באותו עניין יבחן אותה באופן שאינו אוהד ואף עלול

189 במצב שבו הנתבע אינו מודה בטענות התביעה אף על פי שקיים את שנדרש ממנו בכתב התביעה, והתובע אינו מעוניין להסתלק מן התובענה הייצוגית, בית המשפט צריך להחליט אם יש טעם בהמשך ניהול התובענה הייצוגית או שמא יש למחוק אותה.

190 לדיון בבעייתיות שבהסכמי הסתלקות ראו עניין גולדשטיין, לעיל ה"ש 66 (באי-כוח הצדדים עתרו לבית המשפט שיאשר להם להגיע להסכמה במסגרת של הסדר הסתלקות ולא במסגרת של הסדר פשרה, בטענה שהסדר לפי סעיף 18 לחוק התובענות הייצוגיות יפריע להם באופן מהותי. בבוחנו אם מדובר בהסכם פשרה או שמא בהסתלקות ציין בית המשפט כי סיטואציה שבה בית המשפט יימנע תמיד מבחינת הסדרי הסתלקות עלולה לעודד צדדים לתביעות ייצוגיות לנסות לעקוף את ההסדר המורכב שנקבע בסעיפים 18-19 לחוק התובענות הייצוגיות, ולערוך הסדרים במסגרת הסתלקות מתביעות); ראו גם עניין מזור, לעיל ה"ש 179, על הצורך להפעיל את הפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18-19 בהסתלקות כשהתובע קיבל גמול.

191 ההתמקדות בטקסט היא בתובענות ייצוגיות עתידיות משום שברוב המקרים ממילא לא יוגשו תובענות אינדיווידואליות בשל שוויין הצפוי הנמוך.

לראותה כניצול לרעה של הליכי משפט.¹⁹² החשש מכך עלול להפחית את סיכויי האישור באופן שימנע מתובעים להגיש בקשה כזו בעתיד. סיבה שנייה לכך שההסכם שאושר כהסתלקות עלול לחסום תובענות ייצוגיות עתידיות היא שההסכם יעוצב באופן שיהפוך תובענות עתידיות לכדאיות פחות. לדוגמה, בהסדר הפשרה הנתבע עשוי להתחייב לפצות את קבוצת התובעים באופן חלקי.¹⁹³ בהינתן הפיצוי החלקי, שווייה של תובענה ייצוגית ליתרה נהפך נמוך יותר והכדאיות בהגשתה יורדת. דרך אחרת שבה הנתבע יכול להפוך את הגשתה של תובענה ייצוגית נוספת לכדאית פחות היא באמצעות הסכמה לחלוקת שוכרי הנחה לקבוצת התובעים.¹⁹⁴ מאחר ששוויין של ההנחות הניתנות אינו נבדק במהלך אישור ההסתלקות, תובע עתידי שיצטרך לשקול אם לתבוע, יצטרך לבצע את ההערכה בעצמו כדי להחליט מהי היתרה שנותרת לתביעה על ידי קבוצת התובעים. הערכה כזו היא מסובכת, מהסיבות שהוסברו לעיל, ולכן היא מגדילה את העלות להגשתה של בקשה נוספת לאישור תובענה ייצוגית באותו עניין.¹⁹⁵ לבסוף,

192 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2447/07 קסטנבאום נ' בנק דיסקונט (פורסם בנבו, 17.9.2009) (הצדדים הגישו בקשה להסתלקות התובעים המייצגים מן הבקשה לאישור התובענה הייצוגית לאחר סיום שלב הראיות בבקשה לאישור, ולאחר שבית המשפט העיר הערותיו לעניין עצם הבקשה. בית המשפט אישר את הבקשה להסתלקות אולם העיר כי כעת מתעוררת השאלה אם בכך הסתיים העניין או שמא יש אפשרות על ידי אחרים לפתוח את הנושא מחדש לאור "הלקח" שנלמד מהתנהלות הבקשה והראיות שנשמעו. המחוקק לא נתן לשאלה זו פתרון. המדיניות הכללית לטעם בית המשפט היא שאין לאפשר "חזרה כללית" שלאחריה תבוא "הצגת הבכורה").

193 ראו עניין הכט, לעיל ה"ש 66 (בית המשפט ציין: "אמנם תאורטית עומדת לחברי הקבוצה זכות התביעה. מעשית, לעומת זאת, לאחר שסלקום מתחייבת לשלם את ההפרש בין המחיר שנגבה לבין המחיר הקודם ומקום שהיא משיבה לצרכנים את עלות צריכת המסרונים הנוספים לפי ההודעה השגויה – הולכת האפשרות שתוגשנה תביעות נוספות ומצטמצמת. ראשית, משום הקטנת הקבוצה בעלת זכות התביעה. שנית, משום שסלקום נושאת בחלק מן הנוק שנגרם. במצב כזה, עדיין עלול ציבור הצרכנים של סלקום לצאת ניוזק); ראו גם עניין סודרי, לעיל ה"ש 66 (מרגע שניתנה ההטבה, יש קושי להעריך את שוויה ודבר זה עשוי לסכל את כוונתו של תובע עתידי להגיש תובענה).

194 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי ת"א) 2214/08 קושמרו נ' סלטי שמיר 2006 בע"מ (פורסם בנבו, 30.11.2009) (הצדדים הגישו בקשה מוסכמת להסתלקות התובע מן הבקשה לאישור התובענה כיייצוגית. בבקשה הוסכם, כי מלבד גמול לתובע המייצג ולבא-כוחו תגדיל המשיבה כאקט של רצון טוב את כמות הסלט במוצריה ב-10% ללא תוספת תשלום ללקוח למשך ארבעה חודשים); ת"צ (מחוזי מרכז) 4337-09-09 גולדנברג נ' טורנדו מוצרי צריכה בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2010) (בבקשה לאישור הסתלקות המבקש מן הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוסכם כי המשיבה תאריך את תקופת האחריות על המזגן בחצי שנה ללקוחותיה ששילמו סכום גבוה יותר מהסכום שאליו התחייבה המשיבה בגין ביקור טכנאי. מי מן הלקוחות שיעדיף לקבל את כספו חזרה, יקבלו בכפוף להצגת תעודת אחריות); כן ראו עניין סודרי, לעיל ה"ש 66 ועניין מזור, לעיל ה"ש 179.

195 אמנם הנתבע יכול לפצות את קבוצת התובעים גם ללא אישור בית המשפט, אולם החלטת בית המשפט מסייעת לקשור באופן רשמי וברור בין עילת התביעה לבין הפיצוי שניתן. קשר כזה הוא

הסכם שאושר כהסתלקות עלול לחסום תובענה ייצוגית עתידית מטעמים של התיישנות. אמנם, סעיף 26(ב) לחוק מאריך את תקופת ההתיישנות של כל חברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לתקופה של שנה לאחר שהחלטה המאשרת את ההסתלקות נהפכת חלוטה; אולם מעבר למועד זה עלולות רבות מהתביעות להתיישן וכך תיחסם תובענה ייצוגית מאוחרת.

כדי להפחית את החשש מהבעיות הללו בית המשפט צריך להימנע מלאשר התחייבויות של הנתבע במסגרת הליך ההסתלקות לפי סעיף 16 לחוק. כפי שהוסבר לעיל,¹⁹⁶ החשש מבעיות נציג בהסתלקויות הוא גדול בעיקר לאחר שהתובענה אושרה כייצוגית ולכן סעיף 16 לחוק מחייב את בית המשפט לנסות ולמצוא מחליף לתובע ולבא-כוחו שהסתלקו. אולם, גם כשבית המשפט מאשר הסתלקות לפני אישור התובענה הייצוגית ואינו צריך לנקוט שום הליך נוסף, עליו להימנע מלאשר עם ההסתלקות התחייבות נוספת מצד הנתבע מבלי שיעמוד בתנאים שבסעיפים 18 ו-19 לחוק. בית המשפט מצדו צריך לפרסם במקרים אלה הודעה לאחר שלב ההסתלקות, ובה יחפש אחר מחליף למבקש. אם לא נמצא מחליף, על בית המשפט למחוק את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בלי שיאשר שום התחייבות של הנתבע.

אימוץ ההמלצה שלא לאשר התחייבויות של הנתבע במסגרת אישור הסתלקות עשוי לגרום לכך שנתבעים יעדיפו שלא לתת את הסכמתם להסתלקות, ולחלופין יימנעו מכל התחייבות כלפי קבוצת התובעים; אילו הייתה התחייבותם מאושרת בפסק הדין, היו נותנים אותה. כפי שאסביר כעת, שתי התוצאות הללו אינן פוגעות בחברי הקבוצה המיוצגת ובאינטרס הציבורי.

בשתי האפשרויות העובדה שהנתבע משנה את החלטתו משום שאינו יכול לאשר את התחייבויותיו במסגרת פסק הדין מצביעה על כך שהאישור חשוב עבורו. חשיבותו של האישור נובעת מכל הסיבות שתוארו לעיל, שעיקרן השפעה על האפשרות שיתבע בעתיד. בעיני הנתבע, פסק הדין נותן לו חסינות, ולו חלקית, מפני תביעות בעתיד.

אולם זו בדיוק הסיבה שבגללה ראוי שבית המשפט לא ייתן את אישורו להתחייבות בלי שבדק אותה לגופה. נתבע המעוניין בכך יכול להתחייב לכל דבר שירצה ואף להצהיר על כך לפרוטוקול הדיון בלי שהדבר יאושר בפסק דין. בכל מקרה שבו הנתבע מקבל תמורה להתחייבותו, בית המשפט צריך לבחון את התמורה כדי למנוע פגיעה בקבוצה המיוצגת ובאינטרס הציבורי. אמנם, ייתכן שהתוצאה מהתחייבות כזו שתאושר בפסק דין תיטיב הן עם הנתבע והן עם הקבוצה המיוצגת בהשוואה לסילוק התביעה ללא התחייבות, אולם בית המשפט אינו יודע אם זה אכן המקרה, אלא אם בחן את ההתחייבות בכלים שנותנים בידיו סעיפים 18 ו-19 לחוק.

ברור פחות בהיעדרו של אישור בית משפט ולכן המחסום שמקים פיצוי ללא אישור כזה מפני תובענה

יייצוגית נוספת באותו עניין הוא נמוך יותר.

196 ראו דיון בפרק ב' לעיל.

התובענה הייצוגית אינה מיועדת לשמש מכשיר להטבה עם ציבור התובעים מחוץ לכללים שמוסדרים בה. ייעודם של הכללים הללו הוא להבטיח בצורה המיטבית שמטרותיה של התובענה הייצוגית יושגו. מניעתן של התוצאות השליליות שעלולות לנבוע מאישור התחייבויותיו של הנתבע מחוץ להליך האישור בסעיפים 18 ו-19 לחוק מצדיקה את המחיר הפוטנציאלי, אם אכן יש כזה, הכרוך בויתור על התחייבויות שהיו עשויות היו להיטיב עם הקבוצה המיוצגת.

ה. שיקול דעתו של בית המשפט ביישום הפרוצדורות לאישור

הפרק הקודם עסק בפרוצדורות שהחוק דורש לאישור של הסדר הפשרה כדי לפתור את הבעיות שהפשרה בתובענה הייצוגית מעוררת. פרק זה דן בשאלה אם ראוי שבית המשפט יאשר הסדר פשרה בלי שיפעיל את הפרוצדורות הללו. בעניין סבו נ' רשות שדות התעופה¹⁹⁷ קבע בית המשפט העליון בדעת רוב שאינו צריך להפעיל את הפרוצדורה הקבועה בסעיפים 18 ו-19 לחוק לגבי פשרה שהיא פרי הצעתו.¹⁹⁸ לדברי השופטת פרוקצ'יה, החשש מפני קנוניה –

אינו קיים במקום שהפשרה הינה פרי הצעתו של בית המשפט, הניתנת על בסיס היכרות מעמיקה של מכלול נתוני הענין; במיוחד כך הדבר כאשר ההצעה מוצעת על ידי ערכאת הערעור, שמלוא החומר שדון בערכאה הדיונית והכרעה מונחים בפניה.

השופטת פרוקצ'יה הלכה צעד נוסף והעירה בהערת אגב:

אינני מוציאה מכלל אפשרות כי הפרשנות המשפטית הראויה להוראות החוק בענין התנאים לאישורו של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אמורה להביא לתוצאה כי הפעלתן כפופה לשיקול דעת שיפוטי, ומכוונת למקרה שבו נדרש כלי-עזר בידי בית המשפט לצורך בדיקת הצעת פשרה כאשר עולה חשש של ממש כי אישורה עלול להיות כרוך בפגיעה ממשית בגורם בעל ענין לגיטימי בהליך הייצוגי.¹⁹⁹

197 עניין סבו, לעיל ה"ש 81.

198 דעת המיעוט מפי השופט רובינשטיין קבעה שאין מנוס מפעולה לפי הפרוצדורה המהותית בסעיפים 18 ו-19 לחוק (תוך ויתור על חוות הדעת של בודק שכן זו אינה נדרשת נוכח מעורבות בית המשפט).

199 השופט רובינשטיין הסתייג מהערת אגב זו. ראו עניין סבו, לעיל ה"ש 81: "חברתי העלתה אפשרות של פרשנות אשר תכפיף את התנאים המוקדמים שבסעיפים הנזכרים לשיקול דעת שיפוטי במקרים

פרק זה בוחן שני נימוקים אפשריים לאישור של הסדר פשרה ללא עמידה בתנאים שבסעיפים 18 ו-19: נימוק אחד, שעליו הסתמך בית המשפט העליון בעניין סבו, הוא שבית המשפט סבור שהוא יכול להעריך נכונה את הפרמטרים הרלוונטיים לצורך הקביעה שהסדר הפשרה הוא "ראוי, הוגן וסביר".²⁰⁰ הנימוק השני הוא שהעלויות שכרוכות בהפעלת הפרוצדורות לפי סעיפים 18 ו-19 עלולות להרתיע צדדים מלהתפשר; חמור מכך: הן עלולות להרתיע תובעים מהגשת תובענות ראויות.

כפי שאסביר, אף אחד מהנימוקים הללו אינו מספיק כדי להצדיק הימנעות של בית המשפט מהפעלה של הוראות החוק. טענה זו נתמכת בלשונו של החוק: למעט מינוי של הבודק, שאותו החוק מותיר לשיקול דעתו של בית המשפט,²⁰¹ יתר הפרוצדורות שקבועות בסעיפים 18 ו-19 אינן נתונות לשיקול דעתו. סעיפים 18 ו-19 מורים לפרסם הודעה על הסדר הפשרה,²⁰² נותנים זכות לחברי הקבוצה לבקש לצאת ממנה²⁰³ או להתנגד לפשרה (זכות זו ניתנת גם לגופים אחרים המנויים בסעיף),²⁰⁴ ומורים לבית המשפט להתחשב בהתנגדויות שהוגשו ובהכרעה בהן בהחלטתו אם לאשר את הפשרה.²⁰⁵ כל אלה נוקטים לשון חובה ואינם מותירים לבית המשפט שיקול דעת. לא זו אף זו: בעוד סעיף 18(ב) מאפשר לבית המשפט לדחות את הבקשה לאישור הפשרה על הסף בלי לקיים שום פרוצדורה נוספת, החוק אינו נותן אפשרות מקבילה לקבלת הבקשה באופן מקוצר.

טענתי אינה נסמכת רק על לשון החוק. פרשנות תכליתית של סעיפים 18 ו-19 לחוק מחייבת את בית המשפט להפעיל את הפרוצדורות שקבועות בהם. מתן אפשרות לבית המשפט להימנע מהפעלתן של הוראות אלה אינו עומד בקנה אחד עם לשונו ותכליתו של חוק תובענות ייצוגיות, ומתעלם מהבעייתיות המובנית בהסדר הפשרה בתובענה הייצוגית. גישה זו מניחה שבית המשפט יכול לבצע את תפקידו באישור של הסדר

המתאימים. רעיון זה שובה לב, אך שאלה לא פשוטה היא עד כמה הוא מתיישב עם נוסח החוק בסעיפים 18-19."

200 ס' 19(א) לחוק.

201 אם כי בררת המחל היא מינוי של בודק וחריגה ממנה דורשת שיתקיימו "טעמים מיוחדים שיירשמו". ראו ס' 19(ב)(1) ודיון בפרק ד.1(ב)(2) "החובה למנות בודק" לעיל.

202 סעיף 18(ג) קובע: "הוגשה לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה ולא מצא בית המשפט טעם לדחות אותה על הסף, יורה על פרסום הודעה [...] (ההדגשה שלי – א.ק.)."

203 סעיף 18(ו) קובע: "חבר קבוצה אשר אינו מעוניין כי יחול עליו הסדר הפשרה, רשאי לבקש מבית המשפט, בתוך המועד שנקבע להגשת התנגדויות לפי סעיף קטן (ד), להתיר לו לצאת מן הקבוצה שעליה יחול ההסדר" (ההדגשה שלי – א.ק.).

204 סעיף 18(ד) קובע: "אדם הנמנה עם הקבוצה [...], רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית [...], ארגון, שאישר השר לענין זה [...], וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש לבית המשפט [...] התנגדות מנומקת [...]" (ההדגשה שלי – א.ק.).

205 ראו ס' 19(ג)(2)(ב).

הפשרה – הגנה על חברי הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי – ללא הליך אדוורסרי; היא ממעיטה מערכה של חשיפת הסדר הפשרה להתנגדויות וביקורת; היא מתעלמת ממטרה עיקרית של ההסדר הקבוע בחוק, שהיא הגנה על זכות הגישה לבית המשפט של חברי הקבוצה המיוצגת באמצעות מימוש זכותם לצאת מהקבוצה; והיא מתעלמת מבעיית תביעות הסרק בפשרה בתובענות ייצוגיות. כפי שאסביר, גם הטענה שלפיה דרישה לקיום הפרוצדורות בסעיפים 18 ו-19 לחוק תרתיע צדדים מלהתפשר ותרתיע תובעים מפני הגשת תובענות ראויות אינה עומדת במבחן הביקורת.

1. בית המשפט סבור שאין צורך בפרוצדורות לאישור כדי לקבוע שהסדר הפשרה ראוי, הוגן וסביר

הנימוק העיקרי לקביעתו של בית המשפט העליון בעניין סבו, שלפיה אפשר לאשר את הסדר הפשרה בלי לעמוד בתנאים המוקדמים שקובעים סעיפים 18 ו-19 לחוק, היה שהחשש לקנוניה במקרה שבו הסדר הפשרה הוצע על ידי בית המשפט – שניתן על בסיס היכרות מעמיקה עם מכלול נתוני העניין – הוא קטן.²⁰⁶ אכן, החשש מקנוניה קטן כשעיקריו של הסדר הפשרה מוצעים על ידי בית המשפט ואינם פרי יוזמתם של הצדדים. כמו כן, ייתכנו מקרים שבהם בית המשפט מכיר את נתוני התביעה באופן מעמיק – בעיקר כשבית המשפט כבר דן והכריע בבקשה לאישור תובענה ייצוגית לפני כן ולכן הוא סבור שהיא ראויה, הוגנת וסבירה. לבסוף, ייתכן ששווי הפשרה המוצעת קל להערכה משום שמדובר, למשל, בפשרה הקובעת סעד כספי ישיר הניתן לכל חבר בקבוצה ללא דרישה, ולכן בית המשפט סבור שאינו נדרש לפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 לחוק.

במקרים אלה ייתכן שבעיית ההערכה, הן של סיכויי התביעה והן של הפשרה המוצעת על ידי בית המשפט, אינה משמעותית. אכן, המנגנון העיקרי שנועד לסייע לבית המשפט בהערכת הפשרה – מנגנון הבודק – נתון, כאמור לעיל, לשיקול דעתו של בית המשפט.²⁰⁷ מכך אי-אפשר לגזור שמתיתר הצורך ביתר המנגנונים שקבועים בחוק. כפי שהוסבר לעיל, המנגנונים שקובעים סעיפים 18 ו-19 מיועדים לסייע לבית המשפט להתמודד לא רק עם בעיית ההערכה כי אם גם עם היעדרו של הליך אדוורסרי. הבעייתיות באישור פשרה בהיעדרו של מנגנון אדוורסרי מתקיימת ביתר שאת לפני שהתובענה אושרה כייצוגית; ודאי שהיא מתקיימת כשבית המשפט רק הציע לצדדים להתפשר אולם לא קבע את תוכנו של הסדר הפשרה. אולם, גם אם בית המשפט הוא שהציע את הפשרה והדבר נעשה לאחר אישור התובענה הייצוגית, הזכות לצאת מן

206 יש לציין שהשופט רובינשטיין, בדעת מיעוט, ציין כי בית המשפט אכן הציע לצדדים להידבר לצורך השגת הסדר מוסכם אך לא ניקבו סכומים (ראו עניין סבו, לעיל ה"ש 81).

207 ראו לעיל, פרק ד.1(ב)2 "החובה למנות בודק".

הקבוצה והאפשרויות להתנגד להסדר הפשרה צריכות להישמר כדי להבטיח שההסדר אכן ראוי וכדי לא לפגוע בזכות הגישה לבית המשפט של חברי הקבוצה. הנימוקים המדגישים את חשיבותם של ההסדרים שבסעיפים 18 ו-19 להתמודדות עם הבעיות בפשרה פורטו לעיל ואין צורך לחזור עליהם שוב. במקום זאת, אראה שהבעיות הללו התממשו בהסדר הפשרה שאושר בעניין סבו, ולכן הסדר הפשרה הזה מדגים את הבעייתיות בגישה שהציע בית המשפט העליון. בית המשפט העליון היה סבור שהסדר הפשרה היה צריך לעמוד בתנאי הקבוע בסעיף 19 – שיהיה ראוי, הוגן וסביר²⁰⁸ – אולם פטר את הצורך לבחון את ההסדר בפרוצדורות שקבועות בחוק. דהיינו, בית המשפט סבר שכאשר התוצאה ראויה, הוגנת וסבירה, אין צורך בהליך שיבטיח זאת. להלן אסביר מדוע הסדר הפשרה לקה הן בהליך והן בתוצאה ומדוע הוא פגע בזכות הגישה לבית המשפט של חברי הקבוצה המיוצגת בניגוד להוראות של חוק תובענות ייצוגיות.²⁰⁹

(א) התביעה, הערעור ועיקרי הסדר הפשרה בעניין סבו

בעניין סבו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בבית המשפט המחוזי בתל אביב, בתביעה להשבת כספים שנגבו ביתר בגין אגרת נוסעים היוצאים מנמלי התעופה בישראל ("אגרת נמל"). התובעת טענה שחויבה ביתר ב-7.60 ש"ח כשרכשה חמישה כרטיסי טיסה ביום 23.2.1999. לטענתה, שער הדולר לצורך תשלום האגרה חושב על-פי שער החליפין הגבוה, למכירת דולרים ("שער מכירה"), ולא על-פי השער היציג של דולר ארה"ב ("שער יציג"), בניגוד להוראת תקנה 13 לתקנות רשות שדות התעופה (אגרות), התשנ"א-1991.²¹⁰ הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הוגשה נגד רשות שדות התעופה, חברת אל-על וסוכנות הנסיעות שמכרה לתובעת את הכרטיסים – אופיר טורס. ביום 30.7.2002 קיבל בית המשפט המחוזי באופן חלקי את בקשת התובעת לאשר את תביעתה כתובענה ייצוגית לפי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 בלבד, רק כנגד אל-על ואופיר טורס. על-פי החלטת בית המשפט המחוזי, כללה הקבוצה המיוצגת את כל הנוסעים באל-על שרכשו כרטיסי טיסה באמצעות אופיר טורס בחמש השנים שבין 1.7.1997 לבין 1.7.2002.²¹¹

208 השופט דנציגר קבע בפסק הדין בעניין סבו, לעיל ה"ש 81: "מקום בו בית המשפט הוא שמעלה בפני הצדדים את הצעת ההסדר, בין אם היא מפורטת לפרטי פרטים ובין אם היא מהווה מתווה עקרוני הכולל רק את עיקרי ההסדר, לא קיים חשש כי מדובר בהסדר שאינו ראוי, הוגן וסביר".

209 לדין מלא באמת המידה לאישור של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ראו לעיל, פרק א.3 "קשיי הערכה".

210 ק"ת 5352.

211 בש"א (מחוזי ת"א) 57254/99 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 30.7.2002).

התובעת והנתבעים (אל-על ואופיר טורס) הגישו בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון לא הכריע בבקשה עד לאחר כניסתו של חוק תובענות ייצוגיות לתוקף. דא עקא, לאור הוראת סעיף 45(ג) לחוק התיישנה ככל הנראה התובענה, שכן חלפו יותר משבע שנים ממועד הרכישה של התובעת – 23.2.1999 – ועד מועד כניסתו של החוק לתוקף ב-12.3.2006. בנסיבות אלה המליץ בית המשפט העליון לצדדים להגיע להסדר פשרה.²¹²

ביום 12.8.2008 הוגשה לבית המשפט העליון הודעה מטעם הצדדים על בקשה מוסכמת לפשרה. עיקריו של הסדר הפשרה היו:²¹³ החלטת בית המשפט המחוזי תבוטל; אל-על תמשיך במאמציה לתיקון תקנות רשות שדות התעופה (אגרות) באופן שבמקום השער היציג הקבוע בתקנות ייקבע שהשער הישים לעניין אגרת הנוסע יהיה "שער המכירה"; אל-על תודיע בכתב לכל סוכני הנסיעות כי עד לתיקון התקנות עליהם לאפשר לנוסע שירצה בכך לשלם את האגרה לפי ה"שער היציג"; והגמול לתובעת הייצוגית ושכר הטרחה לבאי-כוחה יהיו בסכום כולל של 265 אלף ש"ח.

הקבוצה המיוצגת הוגדרה בהסדר הפשרה כ"כל אדם אשר רכש או ירכוש בין המועדים 9.9.1992 ועד 31.1.2009 כרטיס לטיסות באל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, בין במישרין ובין באמצעות סוכן נסיעות ואשר התשלום עבור אגרת הנוסע בוצע במטבע ישראלי לפי שער מכירה". הסדר הפשרה, על-פי לשונו, היווה "סילוק מלא, מוחלט וסופי, של כל הטענות, הדרישות והתביעות של חברי הקבוצה לגבי חברי הקבוצה, בקשר לאגרה, דרך תשלומה ושער החליפין בזיקה לאגרה". כמו כן היווה הסדר הפשרה "מעשה בית דין בין כל אחד מחברי הקבוצה לבין כל אחת מהמשיבות (אל-על ואופיר טורס)".²¹⁴

ביום 1.1.2009 נכנס לתוקף תיקון לתקנות רשות שדות התעופה (אגרות) שתיקן, בין היתר, את תקנה 13. לפי התיקון, אגרת הנוסע המשולמת בישראל תשולם בשקלים חרשים לפי שער מכירה.²¹⁵

(ב) הבעייתיות בהסדר הפשרה שאושר בעניין סבו

212 החלטת בית המשפט העליון מיום 14.2.2008 מופיעה באתר בית המשפט העליון. <http://elyon1.court.gov.il/files/02/790/084/R22/02084790.r22.htm>. אין בהחלטה אינדיקציה לכך שבית המשפט העליון הציע לצדדים את העיקרים של הסדר הפשרה.

213 הודעה בדבר אישור הסדר פשרה בתביעה ייצוגית ת"א (ת"א) 2477/99 סבו נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואופיר טורס בע"מ (לא פורסם). העתק מההודעה נמסר לי על ידי עו"ד רם דקל, בא-כוח התובעים. עד ליום זה טרם קיבלתי אישור לעיין בתיק בית המשפט העליון.

214 ס' 2(ג)4 להסדר הפשרה.

215 תק' 13 לתקנות רשות שדות התעופה (אגרות) (תיקון), התשס"ט-2008, ק"ת 288, 6736, 291.

דעת הרוב בבית המשפט העליון סברה שבית המשפט אינו צריך לקיים את הוראות סעיפים 18 ו-19 לחוק. לפיכך לא הורה בית המשפט על פרסום הודעה על הסדר הפשרה או על הודעה לגופים המנויים בסעיף 18(ג) לחוק, וממילא לא אפשר הגשת התנגדויות או בקשות של חברי הקבוצה המיוצגת לצאת מן הקבוצה.²¹⁶ החלטת בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה לא התייחסה לשיקולים המנויים בסעיף 19(ג)(2) לחוק; ההחלטה גם לא הגדירה את הקבוצה המיוצגת, את עיקרי הסדר הפשרה, את עילות התובענה או את השאלות המשותפות לחברי הקבוצה ואת הסעדים שנתבעו.²¹⁷ הבעיה העיקרית היא שההחלטה כללה חברי קבוצה שלא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית.²¹⁸

הגדרת הקבוצה המיוצגת בהסדר הפשרה כללה תובעים שלא נכללו בקבוצה המיוצגת כפי שזו הוגדרה בהחלטת בית המשפט המחוזי. החלטת בית המשפט המחוזי הגבילה את הקבוצה המיוצגת לכל הנוסעים באל-על שרכשו כרטיסי טיסה באמצעות אופיר טורס בחמש השנים שבין 1.7.1997 לבין 1.7.2002 (להלן: "הקבוצה המקורית"). הסדר הפשרה קבע שהקבוצה המיוצגת כוללת את כל מי שרכש או ירכוש כרטיסים באל-על מיום 9.9.1992 ועד יום 31.12.2009 (להלן: "הקבוצה המורחבת"). הקבוצה הזו רחבה בהרבה מזו שהוגדרה בהחלטת בית המשפט המחוזי: היא כללה לקוחות שרכשו כרטיסים לא באמצעות אופיר טורס, כמו גם לקוחות שרכשו כרטיסים לפני 1.7.1997 או אחרי 1.7.2002. מעבר לכך, הגדרת הקבוצה המיוצגת כללה את כל מי שרכשו כרטיסי טיסה מאל-על עד 31.12.2009. דהיינו: הקבוצה המיוצגת כללה תובעים שעילתם טרם באה לעולם משום שטרם רכשו כרטיסי טיסה. הגדרת הקבוצה המיוצגת הייתה בעייתית מכמה סיבות:

ראשית, כל חברי הקבוצה שהוגדרה בהסדר הפשרה שלא היו שייכים לקבוצה המקורית היו עשויים להיות כפופים למרוץ תקופת ההתיישנות, אם היו בוחרים לצאת מהקבוצה המיוצגת וללכת בדרך של תביעה אינדיווידואלית, שכן ייתכן שמרוץ ההתיישנות של תביעתם לא נעצר במועד הגשת הבקשה המקורית לבית המשפט המחוזי. לעומתם, חברי הקבוצה המקורית יכלו לטעון שמרוץ ההתיישנות בתביעתם נעצר לאור הוראת סעיף 26 לחוק, החל עליהם מכוח הוראת המעבר שבסעיף 45 לחוק.²¹⁹ לפיכך,

216 ראו ס' 18(ד)-(ו) לחוק.

217 ראו ס' 19(ג)(1) לחוק.

218 ראו ס' 18(ז)(1) לחוק.

219 רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט (פורסם בנבו, 14.12.2006) ("חוק תובענות ייצוגיות מוחל באופן אקטיבי על כל בקשת אישור ותובענה אשר תלויה ועומדת ביום כניסתו לתוקף").

האינטרסים והזכויות של חברי הקבוצה המקורית היו שונים מאלו של יתר חברי הקבוצה המורחבת.²²⁰

שנית, חברי הקבוצה המורחבת שלא היו חברים בקבוצה המקורית לא זכו מעולם לשום פרסום ציבורי של חברותם בתובענה הייצוגית. ההחלטה של בית המשפט המחוזי לא כללה אותם, וההחלטה של בית המשפט העליון לא הגדירה מי הם חברי הקבוצה המיוצגת ואף לא הורתה על פרסום הסדר הפשרה. כתוצאה מכך, הסדר הפשרה סילק כל טענה שעמדה להם והקים כלפיהם מעשה בית דין בלי שהיו מודעים לכך.²²¹

שלישית, חברי הקבוצה המיוצגת, הן המקורית והן המורחבת, לא קיבלו מעולם זכות יציאה מהקבוצה. חברי הקבוצה המורחבת לא קיבלו זכות כזו משום שמעולם לא ניתן פרסום לחברותם בקבוצה; חברי הקבוצה המקורית לא קיבלו הזדמנות כזו בשל הגשת הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי. לפיכך, זכות הגישה לבית המשפט של כל חברי הקבוצה המורחבת נחסמה בלי שניתנה להם הזדמנות יציאה, בניגוד להוראת סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות.

לבסוף, הקבוצה המורחבת כללה תובעים עתידיים – אלה שירכשו כרטיסי טיסה מאל-על לאחר החלטת בית המשפט העליון ועד סוף שנת 2009. עילת התביעה של תובעים אלה טרם באה לעולם במועד האישור של הסדר הפשרה. שלילה כזו של זכות תביעה עתידית, בטרם צמחה, היא חסרת תקדים ופגיעתה בזכות הגישה לבית המשפט חמורה מאין כמוה.²²² אמנם, מימושה של זכות הגישה האינדיווידואלית במקרה זה אינה מעשית בשל ערך התביעה הנמוך של כל אחד מהתובעים,²²³ אולם בדיוק לשם כך ניתנת להם האפשרות לתבוע בתובענה ייצוגית, אם וכאשר ירצו בכך בעתיד. הסדר הפשרה שאושר שולל את זכות הגישה הקולקטיבית הזו, בסתירה להוראת סעיף 1(1) לחוק.

220 אשר ליתר חברי הקבוצה המורחבת, אפשר לחלקם לאלה שתביעתם האינדיווידואלית התיישנה ואלה שתביעתם האינדיווידואלית נצמחה מאוחר מספיק כדי שלא תתיישן. מובן שהזכויות והאינטרסים של שתי תתי-הקבוצות שונים בתכלית אלה מאלה.

221 הסדר הפשרה לא פורסם ולא ניתנה הודעה לגביו. כמו כן, התביעה אינה מופיעה בפנקס התובענות הייצוגיות. הדרך היחידה לעיין בהסדר הפשרה היא לקבל אישור מהנהלת בתי המשפט, בהתאם לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003.

222 בארצות-הברית לא נשללה עדיין האפשרות להכליל תובעים עתידיים בפשרה בתובענה ייצוגית, אולם בית המשפט העליון האמריקני דרש שתובעים כאלה ייוצגו כתת קבוצה נפרדת. ראו עניין *Amchem Products v. Windsor*, לעיל ה"ש 160, בעמ' 625-627. כמו כן, המקרים שבהם עלתה האפשרות הזו היו מקרים שבהם כבר נעשתה הפגיעה בתובעים העתידיים וזכותם טרם צמחה רק משום שנוקיהם לא התממשו במועד שבו הוגשה התביעה. המקרה כאן שונה בתכלית משום שהרוכשים העתידיים טרם עשו מעשה שהביא לזכות התביעה שלהם שכן טרם רכשו כרטיסים.

223 הפגיעה בזכות הגישה לערכאות תלויה באפשרות המימוש של זכות זו ללא התביעה הייצוגית. ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 8, בעמ' 324.

האם ייתכן שפשרה בתביעותיהם של כל מי שנכללו בקבוצה המיוצגת, על ניגודי האינטרסים ביניהם, ללא ידיעתם ובלי שיכלו לצאת מהקבוצה המיוצגת – לרבות מי שעילת התביעה שלהם טרם באה לעולם – היא ראויה, הוגנת וסבירה? למיטב הבנתי התשובה חייבת להיות שלילית, גם אם התמורה שהיו חברי הקבוצה המיוצגת מקבלים הייתה בעלת ערך. בית המשפט היה צריך לעמוד על קיומן של מושכלות יסוד בהליך האישור של הסדר הפשרה, שהחשובות בהן הן שמירה על זכות הגישה לבית המשפט באמצעות מתן זכות יציאה מהקבוצה המיוצגת ומניעה של ניגודי אינטרסים בין חברי הקבוצה המיוצגת. אף אם יוצאים מהנחה שאין חשש לקנוניה בין הנתבע לתובע, כפי שהניח בית המשפט העליון, אי-אפשר לוותר על יסודות אלה.

בפשרה זו גם התוצאה הייתה חסרת ערך עבור חברי הקבוצה המיוצגת. בתמורה לויתור על זכות התביעה שלהם לא קיבלו חברי הקבוצה המיוצגת דבר מלבד התחייבותה של אל-על להודיע לסוכני הנסיעות על חובתם לאפשר ללקוחות שידרשו זאת לשלם את האגרה לפי השער היציג. ההתחייבות הזו חסרת ערך עבור כל חברי הקבוצה המיוצגת שרכשו כרטיסים לפני אישור הסדר הפשרה, והיא בעלת ערך מזערי רק עבור רוכשים עתידיים.

אכן, כפי שקבע בית המשפט העליון, התוצאה בהסדר הפשרה אינה מעידה על קנוניה בין הצדדים. התובענה הייצוגית שאושרה בבית המשפט המחוזי התיישנה ככל הנראה מכוח הוראת סעיף 45(ג)(1) לחוק, ולכן כוח המיקוח של התובעת במשא ומתן לפשרה היה אפסי. דווקא משום כך בית המשפט העליון היה צריך לאשר הסתלקות ומחיקה של התובענה הייצוגית, או להחליף את התובעת לפי סעיף 8(ג)(2) לחוק,²²⁴ ולא לאשר הסדר פשרה שחיסל את זכות התביעה של תובעים רבים שערך המיקוח בתביעתם עשוי היה להיות גדול הרבה יותר אילולא היו מיוצגים על ידי התובעת תמר סבו שתביעתה התיישנה.

(ג) יישום פסק דין סבו

מקריאת פסק הדין בעניין סבו נראה שבית המשפט העליון לא נתן דעתו לבעייתיות הרבה בהסדר הפשרה שאושר. מאחר שפסק הדין אינו מגדיר אפילו את חברי הקבוצה

224 ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו, 6.5.2009) (אם מולאו כל התנאים להתאמת התביעה לבירור על דרך של תובענה ייצוגית אך לא נתקיימה דרישת העילה האישית, בית המשפט יאשר את התובענה הייצוגית אך יורה על החלפת התובע המייצג); ע"א 3690/07 ירדני נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2009) ("סעיף 8(ג)(2) לחוק מלמד כי אם מולאו כל התנאים לבירור התובענה על דרך של תובענה ייצוגית בידי בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית, ולהורות על החלפת התובע הייצוגי גם אם לא התקיימה עילת התביעה האישית". במקרה זה לא הורו על החלפת הייצוג נוכח סיכויי התובענה הקלושים והיעדר עילת תובענה); עניין רחמן-נוני, לעיל ה"ש 175; ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler coporation (פורסם בנבו, 22.11.2007).

המיוצגת לפי הסדר הפשרה, ולאור הבעייתיות בהסכם, ספק רב אם האישור שנתן בית המשפט העליון יועיל להקמת מעשה בית דין נגד חברי הקבוצה המיוצגת, אם יבחרו לתבוע בעתיד.²²⁵ הצגת הבעייתיות בהסכם שאושר מדגימה את הקושי והסכנה באימוץ ההלכה של פסק הדין, הפוטרת באופן גורף פשרות שהציע בית המשפט מכוח הוראות סעיפים 18 ו-19 לחוק.

רק קריאה מצמצמת של פסק הדין תאפשר ליישב אותו עם עקרונות יסוד בהליך המשפטי, עם מעמדה של זכות הגישה לערכאות ועם לשונם ומטרותיהם של סעיפים 16, 18 ו-19 לחוק. בקריאה מצמצמת כזו, החלטת בית המשפט העליון אישרה את מחיקתה של התובענה הייצוגית ותו לא. בנסיבות אלה אכן אין תחולה לסעיפים 18 ו-19 לחוק, וההסדר החל הוא ההסדר התמציתי שקבוע בסעיף 16 לחוק.

יש לשים לב לכך שאמירתו של בית המשפט העליון, שלפיה החשש מקנוניה "אינו קיים במקום שהפשרה הינה פרי הצעתו של בית המשפט, הניתנת על בסיס היכרות מעמיקה של מכלול נתוני העניין; במיוחד כך הדבר כאשר ההצעה מוצעת על ידי ערכאת הערעור, שמלוא החומר שנדון בערכאה הדיונית והכרעתה מונחים בפניה" היא אמירה מסויגת ועל כן יש להגבילה לכל היותר להצעת פשרה שניתנה על ידי ערכאת ערעור – גם זאת אך ורק לאחר שהתודעה באופן מעמיק למכלול הנתונים בתובענה ולאחר שפרטי ההצעה נקבעו על ידי בית המשפט. היא אינה ראויה ליישום בערכאה הדיונית, זאת בניגוד לעמדתם של כמה בתי משפט שכבר יישמו אותה.²²⁶

לבסוף ואולי חשוב מכול: יש להימנע מיישומה של הערת האגב של בית המשפט העליון, שלפיה ייתכן שהפעלת הפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 לחוק צריכה להיות כפופה לשיקול דעת שיפוטי, "ומכוונת למקרה שבו נדרש כלי-עזר בידי בית

225 ראו דיון להלן בפרק 3.1 "תקיפה עקיפה בתובענה ייצוגית מאוחרת".

226 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2144/08 גיא נ' לובלין (לא פורסם, 19.3.2009) (בית המשפט ציין כי אין צורך לפנות לפרוצדורה הקבועה בסעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות לצורך אישור הפשרה מאחר שההסדר נערך לאור הצעתו והוא סביר ומטיב עם כל הצדדים); ת"צ (מחוזי חי') 1179-07 גורן נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 3.6.2009) (בית המשפט נתן תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים שניתנה בהתאם להצעת בית המשפט, בלי שיפנה לפרוצדורה הקבועה בסעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות); עניין בוכניק, לעיל ה"ש 40 (בית המשפט קבע כי מאחר שהסכם הפשרה עלה בעקבות הצעת בית המשפט, אין חשש לניגוד עניינים בין התובע הייצוגי לבין שאר חברי הקבוצה ואין צורך למנות בודק); עניין זילברפלד, לעיל ה"ש 40 (הצדדים להסכם הפשרה ביקשו לא להיזקק לפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18-19 לחוק, וזאת משום שבית המשפט למעשה הציע את פרטי ההסדר. יש לציין כי מפסק הדין עולה כי בית המשפט עודד את הצדדים להגיע להסכמות, אך לא לקח חלק בהתוויה של הסכם הפשרה); ת"צ (ת"א) 1650-09 מהרט נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 20.7.2010) (בית המשפט נתן תוקף של פסק דין להסכם הפשרה בין הצדדים לאחר שניתנה האפשרות להתנגדות לפי סעיף 18 לחוק, אך לא מולאו דרישות סעיף 19 לחוק, לבקשת הצדדים).

המשפט לצורך בדיקת הצעת פשרה כאשר עולה חשש של ממש כי אישורה עלול להיות כרוך בפגיעה ממשית בגורם בעל ענין לגיטימי בהליך הייצוגי – גם כשהפשרה לא הוצעה על ידי בית המשפט.

יש הבדל בין השאלה כיצד ליישם את הוראות החוק, ובפרט את ההסדרים שקבע לאישור הפשרה, לבין השאלה אם יופעלו הסדרים אלה. אין חולק על כך שלבית המשפט שיקול דעת בפרשנות הניתנת לכל אחד מההסדרים, שיקול הדעת אם להפעילם צריך להיות מיושם במקרים חריגים. אמת-המידה שקובעת הערת האגב של בית המשפט העליון, שלפיה התנאים לאישור הסדר הפשרה יופעלו רק כשעולה חשש של ממש כי אישורה של הפשרה עלול להיות כרוך בפגיעה ממשית בגורם בעל עניין לגיטימי בהליך הייצוגי, הופכת את הכלל – הפעלת התנאים – לחריג. אימוץ אמת-המידה בהערת האגב הזו עלולה לשמוט את הבסיס לפיקוח החשוב כל כך של בית המשפט על הפשרה, כפי שהוסבר בפרקים הקודמים.

2. השפעת העלויות הכרוכות באישור הסדר הפשרה על התמריצים לתבוע ולהתפשר

טענה המושמעת לעתים הן על ידי עורכי-דין והן על ידי בתי המשפט²²⁷ היא שהעלויות הכרוכות ביישום של סעיפים 18 ו-19 לחוק עלולות להרתיע צדדים מלהתפשר וכן להרתיע תובעים מלתבוע.²²⁸ להלן אסביר מדוע פשרות ותביעות שנמנעות בגלל עלויות

227 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 1648/08 אקר נ' מירס תקשורת בע"מ (לא פורסם, 10.11.2009) (מינוי בודק לצורך הערכה של הסכם פשרה כרוך בעלות כספית גבוהה שתוטל על הצדדים, ובמקרה דנן, שבו מדובר בהסכם פשרה בסכום כה נמוך, אפשר לוותר על מינוי כזה שכן העלות הכלכלית עלולה להכשיל את האפשרות להשיג הסכמי פשרה יעילים בעתיד); עניין ארגס, לעיל ה"ש 81 (מינוי של בודק "מגלגל על הצדדים עלויות נכבדות ביותר הן של זמן והן של כסף – באופן שלא בכל מקרה התועלת הצומחת מן המינוי עולה על העלות שלו. [...] ישנם מקרים שבהם העלויות הכרוכות במינוי בודק עלולות לטרפד הוצאה לפועל של הסדרי פשרה ראויים, יעילים ורצויים הן עבור קבוצת התובעים והן עבור הציבור בכללותו"); וכן הנימוקים שהועלו בעניין פיצה האט, לעיל ה"ש 54 ומקרים נוספים שבהם מונה מומחה לעצם גיבוש הסדר הפשרה (עניין היבנר, לעיל ה"ש 29); עם זאת, יש לציין כי יש בתי משפט שבחרו לאמץ פרשנות מצמצמת של הלכת סבו. בת"צ (מחוזי י-ם) 2168-08 דניאל נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.2010) סירב בית המשפט לבקשת הצדדים להמנע מינוי בודק לאישור הסכם הפשרה וצמצם את ההלכה למקרה שבו גובשו פרטי ההסדר על ידי בית המשפט, וזאת כשבית המשפט יושב כערכאת ערעור ולא כערכאה ראשונה. נוסף על כך הכיר בית המשפט בפרשנות האפשרית להלכת סבו, כפי שהועלתה במאמר זה בפרסומו כטיוטה, שלפיה יש לקרוא את הלכת סבו כאילו אישרה את מחיקת התובענה הייצוגית בלבד ולא כאילו אישרה הסכם פשרה על דרך של יצירת מעשה בית דין, שעליו יחולו סעיפים 18-19 לחוק.

228 לדיון בטענה זו ראו Weisburst, לעיל ה"ש 59, בעמ' 67-69.

אלה הן פשרות ותביעות לא ראויות, ולכן טענה זו תומכת למעשה בהחלתם המלאה והדווקנית של הפרוצדורות הקבועות בחוק.

(א) השפעה על הסיכויים לפשרה

כפי שהוסבר בתחילת המאמר, גבוהים הסיכויים לפשרה בתובענה ייצוגית שסיכוייה גבוהים. הסיבה לכך היא שהתובע המייצג ועורך-הדין מקבלים רק אחוז קטן מהסכום שייפסק לטובת הקבוצה אם תזכה, אולם הם נושאים במלוא עלויות המשפט. לכן, ערכה הצפוי של התדיינות משפטית עבורם הוא נמוך בהרבה מעלותה הכוללת של התדיינות משפטית עבור הנתבע. מאחר שסכומי התביעה בתובענה ייצוגית הם גבוהים, התוצאה היא שכאשר סיכויי ההצלחה גבוהים גם הם, הפער בין העלות הצפויה לנתבע לבין הערך לתובע ולעורך-הדין הוא גדול ויוצר תחום פשרה גדול מאוד. לעומת זאת, העלויות הנובעות מהפרוצדורות לאישור הפשרה הן נמוכות יחסית לסכומי התביעה. עלויות אלה כוללות את עלויות פרסום ההודעה לציבור, מימון הבודק וקיום של הליך האישור. הן בטלות בשישים לעומת סכומי תביעה הנמדדים במיליונים ואף בעשרות מיליונים של שקלים. לפיכך, כשסיכויי התביעה גבוהים, העלויות של יישום סעיפים 18 ו-19 לחוק לא ימנעו מהצדדים להתפשר.

אם נחזור לדוגמה המספרית שהוצגה בתחילת המאמר,²²⁹ ערך התביעה שהיה צפוי שם – כשסיכויי התביעה היו 0.5 – היה חמישה מיליון ש"ח. כפי שהראיתי, כאשר עלויות המשפט של כל צד הן 500 אלף ש"ח ושכר הטרחה של עורך-הדין הוא 15% במשפט ו-10% בפשרה, עורך-הדין מוכן להתפשר עבור סכום גבוה משניים וחצי מיליון ש"ח. הנתבע, לעומתו, מוכן לשלם כל סכום שנמוך מחמישה וחצי מיליון ש"ח.²³⁰ תחום הפשרה גדול מאוד. גם אילו סבר הנתבע שסיכויי ההצלחה של התובע אינם 0.5 אלא רק 0.3, עדיין היה מוכן להתפשר עבור כל סכום גבוה משלושה וחצי מיליון ש"ח. אפילו במקרה כזה העלויות של אישור הפשרה לפי סעיפים 18 ו-19 לחוק לא ימנעו מהצדדים להתפשר, אלא אם ערכן הכולל עולה על ההפרש בין העלות לנתבע לבין השווי לעורך-הדין, דהיינו: מיליון ש"ח.

העלויות של יישום סעיפים 18 ו-19 לחוק עלולות לסכל פשרות רק כשסיכויי ההצלחה של התביעה נמוכים והנתבע מוכן להתפשר רק כדי לחסוך מעצמו את העלויות הכרוכות בהתגוננות מפני התביעה.²³¹ אם עלויות הפשרה יהיו גבוהות מספיק ביחס לעלויות ההתגוננות של הנתבע, הצדדים לא יתפשרו. לדוגמה, אם הנתבע מוכן להתפשר כדי לחסוך מעצמו עלויות התגוננות של 150 אלף ש"ח, ועלויות האישור גבוהות מסכום

229 ראו לעיל פרק א.1.

230 ראו לעיל ה"ש 13.

231 ראו דיון בתביעות הסרק לעיל בפרק א.2.

זה, הנתבע לא יהיה מוכן להתפשר ויעדיף להתגונן מפני הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

לפיכך, אף על פי שאפשר לחשוב על מקרים שבהם עלויות היישום של סעיפים 18 ו-19 לחוק יחסמו פשרות ראויות שהצדדים היו מסכימים עליהן אלמלא העלויות הללו, הסיכויים לכך נמוכים. הם יכולים להתממש בעיקר כשסכום התביעה הייצוגית הוא נמוך. בתביעות שסכומן גבוה, עלויות האישור יחסמו פשרות רק כשהתביעות הן תביעות סרק, אולם אלה בדיוק הפשרות שאותן מתכוון החוק לחסום.

(ב) השפעה על התמריץ לתבוע

כאמור, חלקה השני של הטענה נגד יישום הפרוצדורות בסעיפים 18 ו-19 לחוק הוא שהעלויות הכרוכות בכך עלולות להרתיע תובעים מלתבוע. התשובה לטענה זו היא שאכן יהיו תביעות שהיו מוגשות אלמלא עלויות אלה ולא יוגשו בגללן. אולם, תביעות אלה הן תביעות הסרק שהתובע יודע שהוא עתיד להסתלק מהן אם לא יסתיימו בפשרה. לפיכך, אלה בדיוק התביעות שהחוק מעוניין להרתיען.

כעניין שבהגדרה, תביעות שאינן מוגשות אם אינן מסתיימות בפשרה הן תביעות שבהן ערך התביעה עבור התובע, ללא פשרה, הוא נמוך מהעלויות הכרוכות בניהולה ולכן הוא אינו תובע. ברוב התביעות הללו התובע מתקשה לשכנע את הנתבע שינהל את התביעה עד תום, ולכן הנתבע נוקט אסטרטגיה שבה הוא מתעקש לא להתפשר כדי להרתיע את התובע ולגרום לו להסתלק מהתביעה.²³²

התביעות שבהן יסכים הנתבע להתפשר עם התובע אף על פי שללא הפשרה התובע יסתלק מהתביעה הן תביעות שבהן העלויות הנדרשות מהנתבע כדי לממש את איומו שלא יתפשר הן גבוהות מדי עבורו – ולכן הוא מסכים להתפשר בסכומים נמוכים מעלויות אלה. אלה תביעות שסיכוייהן נמוכים, אולם הצדדים מתפשרים בהן עבור "ערך ההטרדה" שהן יוצרות לנתבע.²³³ עלויות האישור לפי סעיפים 18 ו-19 לחוק עלולות לגרום לכך שתובעים לא יגישו את התביעות הללו משום שערך הפשרה בהן יורד או משום שהפשרה תיהפך לא כדאית לנתבע, כפי שהוסבר לעיל. אולם, כאמור, התביעות הללו הן אותן תביעות שראוי שלא יוגשו.

אכן, יש תביעות שסיכוייהן גבוהים אולם שוויין נמוך ובהן התובע צריך אפשרות לפשרה כדי לבסס איום אמין על הנתבע וכדי להצדיק את הגשתן.²³⁴ בדרך כלל זה אינו המצב בתובענות ייצוגיות. לפיכך, אם עלויות הפשרה מרתיעות תובעים, הרתעה זו

232 Alon Klement, *Threats to Sue and Cost Divisibility under Asymmetric Information*, 23 INT'L REV. L. & ECON 261, 261-272 (2003).

233 ראו דיון לעיל בפרק א.2 "תביעות סרק".

234 Lucian A. Bebchuk, *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, 25 J. LEGAL STUD. 1 (1996).

פועלת בדרך כלל נגד תביעות הסרק. הרחעתן של תביעות אלה אינה יכולה לשמש נימוק נגד יישום מלא ודווקני של הפרוצדורות בחוק אלא להפך, כנימוק בעדו.²³⁵

ו. תמרוץ הצדדים להגיע להסדרים ראויים של פשרה והסתלקות

הדיון עד כאן עסק ביישום של ההסדרים הקבועים בחוק ומסייעים לבית המשפט להתמודד עם הבעיות הכרוכות בפשרה בתובענה הייצוגית. פרק זה מתמקד באפשרות אחרת לתקיפת הבעיות הללו – שינוי התמריצים של התובע, של עורך-הדין ושל הנתבע באופן שיניע אותם להגיע לפשרות ראויות. הפרק מציג שלושה כלים עיקריים לשם כך: הגמול ושכר הטרחה לתובע ולעורך-הדין, החלפת התובע ועורך-הדין, ומתן אפשרות לתקיפה עקיפה של הסדר הפשרה בתובענות ייצוגיות מאוחרות.

1. גמול לתובע ושכר טרחה לעורך-הדין

(א) גמול ושכר טרחה בהסדר פשרה

במאמר אחר דנתי בשאלה כיצד לקבוע את שכר הטרחה והגמול באופן שימנע פשרות נמוכות וקנוניות, בהסתמך על הקריטריונים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק.²³⁶ בתמצית, כאשר שכר הטרחה והגמול נקבעים כאחוז מערך הפשרה, אחוז זה צריך להיות נמוך מהאחוז שניתן בתביעה שנוהלה עד סופה. כמו כן, ככל שהפשרה הושגה מוקדם יותר כך אחוז שכר הטרחה צריך להיות נמוך יותר. לעומת זאת, אחוז שכר הטרחה בפשרה אינו צריך להיות תלוי בפער בין הסעד שנתבע בבקשה לסעד שניתן בפשרה,²³⁷ אישורו אינו צריך להתחשב בשאלה אם שכר הטרחה מנוכה מסכום הפשרה או נוסף עליה²³⁸ וגובהו אינו צריך לרדת ככל שסכום הפשרה עולה. הנימוקים לכל אחת מהטענות הללו נדונה במפורט שם.

235 עלויות הפשרה יקטינו את ה'פרמיה' שעורך-הדין והתובע מקבלים עבור התביעה. כתוצאה מכך, תמריציהם לחפש אחר עילות תביעה ראויות עשויים להשתנות: ההשקעה בחיפוש כולל אחר עילות תביעה אפשריות תהיה כדאית פחות ולכן ייאלצו להפוך את החיפוש לממוקד ויעיל יותר. ככלל, גם תוצאה זו היא רצויה.

236 ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 157-178.

237 לגישה הפוכה ראו עניין שגיב, לעיל ה"ש 113 (הפער בין סכום התובענה הייצוגית, כפי שהעריכו באי-הכוח של התובע המייצג בעת הגשתה לבין סכומי הפשרה, "הוא כרחוק מזרח ממערב. דברים אלו נזקפים לחובת ב"כ התובע המייצג").

238 ראו לדוגמה עניין גלבו, לעיל ה"ש 145 (על פי הסדר הפשרה, גמול התובעים המייצגים ושכר הטרחה של באי-הכוח ישולם על ידי המשיבה, וסכומים אלו לא ינוכו מסכומי ההחזר שלהם זכאים חברי הקבוצה התובעת. בית המשפט היה סבור כי סכום הפיצוי שנפסק לזכות התובעים המייצגים,

אולם לא די בקביעת שכר הטרחה על-פי הקריטריונים הקבועים בחוק. כדי ששכר הטרחה והגמול אכן יתנו את התמריצים הראויים לעורך-הדין ולתובע המייצגים, צריך לקשור בין קבלתם לבין היישום של הסדר הפשרה ומימוש הזכויות על ידי חברי הקבוצה המיוצגת.²³⁹ יש לזכור שלנתבע יש אינטרס שמספר מינימלי של תובעים יממשו את זכותם לפי הסדר הפשרה ולכן יש לו אינטרס להקשות על המימוש, בין שמדובר בסעדים כספיים ובין שלא. התובע המייצג ועורך-הדין הם אלה שאפשר לקשור את האינטרס שלהם עם האינטרס של הקבוצה, באמצעות התניית הגמול ושכר הטרחה שיקבלו במימוש.

רוב בתי המשפט נמנעו מלהתנות את הגמול ושכר הטרחה במימוש.²⁴⁰ הם קבעו את שכר הטרחה של עורך-הדין ושל התובע המייצג על סמך הערכת השווי הכולל של הפשרה ולא על סמך השווי שאכן מומש לאחר שהפשרה אושרה. גישה זו אינה מסייעת לפתרון הבעיות הכרוכות בפשרה.

כאשר הסדר הפשרה קובע סכום כולל שישלם הנתבע, בין לחברי הקבוצה ובין למטרה אחרת או לגוף ציבורי אחר, הסיפא לסעיף 20(א)(3) לחוק קובעת כי "נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה". מאחר שכל הסכום מועבר ממילא על ידי הנתבע, בית המשפט צריך רק לוודא

שישולם בנוסף ובנפרד מהעלות שבה תישא המשיבה לטובת כלל הנפגעים, הוא סכום סביר ביחס לתועלת שהפיקה קבוצת הנפגעים); ת"א (מחוזי ת"א) 1757/06 שפירא נ' דרך הייווי (1997) בע"מ (פורסם בנבו, 15.5.2008) ("התגמול לתובע הייצוגי ובא-כוחו משולם על ידי הנתבעת, והוא איננו בא על חשבון הקבוצה. לכן, אין כל סיבה שלא לאשרו"); עניין אמסלם, לעיל ה"ש 89 (בדונו בסבירות שכר הטרחה לבא-כוח התובע המייצג, שהוסכם על ידי הצדדים, הדגיש בית המשפט כי "סכום שכר הטרחה מתווסף על הפיצוי לחברי הקבוצה ואינו גורע ממנו"); עניין שכטר, לעיל ה"ש 39 (בית המשפט בחן את הצעת הצדדים לעניין הגמול לתובע ולעורך-דינו וקבע כי הצעה זו היא על הצד הגבוה ויש להפחיתה, בציינו כי השיקול העיקרי נעוץ בעובדה שהשכר של התובע ושל עורך-דינו משולמים על ידי חברי הקבוצה ולא על ידי הבנק הנתבע, וכי הוא מכרסם בצורה ממשית בפיצוי הנפסק לקבוצה).

239 זו הגישה שנקט המחוקק האמריקני בנושאים מסוימים. לעניין תובענות ייצוגיות בדיני ניירות ערך קובע Private Securities Litigation Reform Act (15 U.S.C § 78u-4(a)(6) (2000)) ששכר הטרחה ישולם מתוך סכומים ששולמו בפועל לקבוצה המיוצגת. בכל הנוגע לפשרות קופונים קובע סעיף 1712(d) Class Action Fairness Act (28 U.S.C § 1712(d) (2005)) ששכר הטרחה של עורך-הדין בפשרה המעניקה שוברי הנחה (קופונים) יהיה מבוסס על ערך הקופונים שמימשו חברי הקבוצה. לניתוח ביקורתי של הסעיף בטענה שהיה צריך לנסחו באופן רחב יותר ראו Robert H. Klonoff & Mark Herrmann, *The Class Action Fairness Act: An Ill Conceived Approach to Manual for Complex Class Settlements*, 80 TUL. L. REV. 1695, 1698-1705 (2006); ראו גם Litigation (Fourth) § 21.71 (2004).

240 לפסקי הדין המעטים שבהם אכן הותנה שכר הטרחה במימוש ראו להלן ה"ש 242.

שאכן כך נעשה.²⁴¹ הוא יכול לדרוש דיווח מצד הנתבע על יישומו ואף להתנות בכך חלק משכר הטרחה של עורך-הדין התובע.²⁴²

הבעיה חמורה יותר כשהסדר קובע תנאי זכאות ותשלום ללא סכום כולל, משום שבמקרים אלה יש לנתבע תמריץ להכביד על המימוש (למשל בדרך של הגבלת שעות הפנייה לצורך מימוש הסעד, הקפדת יתר על תנאים פורמליים וכו'). במקרים אלה ממילא אין מקום לקביעת שכר הטרחה והגמול מראש אלא רק בדיעבד לאחר המימוש, משום שאין לדעת מה תהיה חבותו הכוללת של הנתבע. קשירה בין שכר הטרחה והגמול למימוש תיתן תמריץ לעורך-הדין ולתובע המייצג לדאוג לכך שמיוש הזכויות לפי הסדר הפשרה יהיה פשוט וקל. אם עורך-הדין והתובע המייצג חוששים שאחוז המימוש יהיה נמוך, יוכלו לדרוש מהנתבע לקבוע סכום פשרה כולל, שיתרתו תועבר לאוצר המדינה.²⁴³

241 באופן מפתיע, בכמה מקרים אישר בית המשפט הסדרי פשרה שקבעו שיתרת הסכום לאחר חלוקה תועבר לנתבע. הסדרים אלה סותרים את הוראת סעיף 20(א)(3) לחוק ומסכלים את מטרות ההרתעה והפיצוי. כך, בעניין שמואלביץ, לעיל ה"ש 42, אושר הסדר פשרה שבמסגרתו נקבע כי 85% מהסכום הנותר לאחר חלוקת הפיצויים יתווסף לשכר טרחת התובע המייצג והיתרה תושב לנתבעת (ס' 10.15 להסדר שאושר). הסדר זה נותן תמריץ לנתבע ולעורך-הדין להקשות על החלוקה – ההפך מהתמריץ שהיה ניתן אילו נגזר שכר הטרחה מהסכום שימומש ויחולק למעשה.

242 בתי משפט דרשו תצהיר מטעם הנתבעים לגבי מימוש הסדר הפשרה. ראו עניין מורד את גולדברג בע"מ, לעיל ה"ש 113 (בית המשפט הורה כי תוך שלושה חודשים ממועד הסיום של ביצוע הסדר הפשרה תגיש כל חברה נתבעת, שהיא פעילה בשוק, תצהיר של רואה החשבון שלה המאשר את ביצוע הסדר על פי המוסכם ועל פי המאושר). חלקם אף התנו חלק מתשלום שכר הטרחה לעורך-הדין בכך שיצהיר על כך שהסדר הפשרה יושם במלואו. ראו עניין הירש, לעיל ה"ש 39 (קביעה ששכר הטרחה המאושר לבא-כוח התובעים המיוצגים ישולם בשני שיעורים: 70% לפי הסכמת הצדדים ו-30% תוך 30 יום מיום שיתנו חוות דעתם בקשר לבצוע ההסכם); ת"צ (מחוזי מרכז) 1532-06-08 מצליח נ' סולגאר ישראל, אמברוזיה בע"מ (פורסם בנבו, 6.1.2010) (קביעה ששכר הטרחה המאושר לבא-כוח התובעים המיוצגים ישולם בשני שיעורים; 60% ממנו ישולם לפי הסכמת הצדדים ו-40% הנותרים, בצרוף הפרשי הצמדה וריבית, ישולמו לפי החלטה שתיתן לאחר שתקבל עמדתם אודות סיום הסדר הפשרה); עניין פיצה האט, לעיל ה"ש 54 (נקבע כי 30 אלף ש"ח מתוך 50 אלף ש"ח המוסכמים כשכר טרחה ישולמו לבא-כוח הקבוצה המיוצגת רק לאחר שיקבל הודעה מרואה-החשבון של המשיבה, שלפיה מילאה האחרונה את חלקה בהסכם הפשרה); עניין שפירא נ' סטארקיסט, לעיל ה"ש 89 (נקבע כי הן הגמול לתובע המייצג והן שכר הטרחה לבא-כוחו ישולמו רק לאחר שבא-הכוח וידא כי הנתבעת ביצעה את חלקה בהסכם ורק על פי החלטה נוספת של בית המשפט).

243 כאשר הסדר הפשרה ניתן בשווה כסף, דוגמת שוברי הנחה וקופונים, אפשר לקבוע סכום מינימלי שהנתבע ישלם את הפרש בינו לבין שווי המימוש. ראו לעיל דיון בפרק ד.1(ב)(3) "קביעת תנאים ליישום של הסדר הפשרה ולפיקוח עליו".

לבסוף, כפי שתואר לעיל, אחוז ניכר מסך הפשרות מעניק סעדים שאינם כספיים.²⁴⁴ כאשר הסדר הפשרה אינו קובע פיצוי כספי ישיר לחברי הקבוצה אלא סעד אחר, הצורך לקשור בין מימוש ההסדר לבין שכר הטרחה והגמול הוא החיוני ביותר. חוסר היכולת להעריך את שווייה של פשרה כזו נובע במידה רבה מחוסר ודאות לגבי שיעור המימוש שלה. התניה של שכר הטרחה והגמול בשיעור המימוש מאפשרת לבחון אותו בדיעבד ולתת תמריצים למימושו מראש.²⁴⁵

(ב) גמול ושכר טרחה בהסתלקות

בקשה לאישור תובענה ייצוגית שנמחקה לא עשתה באופן פורמלי דבר למען זכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת או לקידום מטרה אחרת ממטרות התובענה הייצוגית; נהפוך הוא: כאשר הבקשה נמחקה לפני אישור התובענה הייצוגית יש בכך כדי להעיד על כך שהתביעה הייתה חסרת סיכוי, הטרידה ללא צורך את המערכת המשפטית ואת הנתבע ובזבזה לשווא משאבים ציבוריים ופרטיים. במילים אחרות, מחיקה של התביעה לפני אישורה כייצוגית מעידה על כך שהייתה, ככל הנראה, תביעת סרק. לכן, בתביעות סרק אסור שהתובע או עורך-הדין המייצג יזכו בטובת הנאה כלשהי.²⁴⁶ כפי שהוסבר לעיל,²⁴⁷ כל טובת הנאה שתינתן תעודד הגשה של תביעות סרק

244 ראו לעיל טבלה מס' 2.

245 ראו, למשל, עניין אמסלם, לעיל ה"ש 89, שם הוסכם כי רשת טיב טעם תחלק 600 אלף שוברי קניה על סך עשרה ש"ח כל אחד. ההטבה לצרכנים הוערכה לצורך פסיקת גמול ושכר טרחה בכשישה מיליון ש"ח. בית המשפט פסק לתובעים המייצגים גמול בשיעור 100 אלף ש"ח ולבא-כוחם – שכר טרחה בשיעור 900 אלף ש"ח, המסתכמים לשישית מההטבה המשווערת. בפועל, כמות השוברים שתמומש בפועל היא שתקבע את עלותו האמיתית של הסדר הפשרה עבור הנתבעת ואת התועלת מניהול התובענה הייצוגית על ידי התובעים המייצגים ובא-כוחם. בית המשפט לא קבע שום מנגנון שיקשור בין המימוש לבין הגמול ושכר הטרחה. יש גם דרך ביניים, הקובעת תנאי זכאות ותשלום בשילוב עם סכום מרבי. דרך זו דורשת שבית המשפט יבחר בין העברה של יתרת הסכום (מתחת לסכום המרבי) לאוצר המדינה לבין קשירת שכר הטרחה והגמול למימוש הסדר הפשרה. לכאורה, לא חלה כאן הוראת סעיף 20(א)(3) לחוק ולכן אין חובה להעביר את היתרה לאוצר המדינה. עם זאת, לבית המשפט סמכות להתנות את אישורו להסדר הפשרה בהעברת היתרה כאמור. אם לא עשה כן, ייטיב לעשות אם יתנה את תשלום שכר הטרחה במימוש הסדר הפשרה.

246 ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי ת"א) 2445/07 יעקבי נ' ש. שסטוביץ בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2009) (בית המשפט קבע כי במקרה זה אין לאשר הטבה כספית לבא-כוח המבקשת. מדובר בבקשה לאישור דלת מסמכים, דלת עובדות, שהוגשה בהינף קולמוס אחד כלפי משיבים רבים שהמבקשת לא הצליחה להוכיח כל קשר שלהם לבקשה); עניין בן הרוש, לעיל ה"ש 178 (המבקש ביקש להסתלק מהבקשה לאישור התובענה הייצוגית ככל שהיא מתייחסת למשיבה 2 – בזק. בית המשפט אישר את הבקשה להסתלקות אך קבע כי אין מקום לפסוק הוצאות לטובת המבקש למרות ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים. אם היה טורח המבקש, כפי המתחייב, לברוק טיעונו לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, יש להניח כי בקשה זו מלכתחילה – גם על פי גישתו – לא הייתה מוגשת כנגד

נוספות בעתיד. יתרה מזו: כדי להרתיע מפני הגשה של תביעות סרק יש לחייב את התובע בהוצאות, בין שאלה ישולמו לקופת המדינה²⁴⁸ ובין שישולמו לנתבע. מנגד, כפי שהוסבר לעיל,²⁴⁹ יש מקרים שבהם הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הביאה לשינוי בהתנהגותו של הנתבע ואף גרמה לו לפצות את מי שנפגע ממעשיו או מחדליו נשוא הבקשה. במקרים כאלה אין בדרך כלל הצדקה לאישור תובענה ייצוגית אלא אם יש צורך בקביעת מעשה פסוק בנדון. דווקא משום כך יש לתגמל את התובע המייצג ואת עורך-הדין, שבהגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הביאו את הנתבע לשנות את התנהגותו ולפצות עבור הנזקים שגרם. כאשר הבקשה הביאה לשינוי בהתנהגות הנתבע ולפיצוי הנפגעים, התובע ועורך-הדין זכאים לגמול ושכר טרחה עבור זמנם, הוצאותיהם והיוזמה לפעולה כנגד הנתבע. אלה צריכים להיות משולמים להם לפי הקריטריונים הקבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק, בהיקש מהסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק, כשרשות של המדינה חדלה מגבייה אסורה בעקבות הגשתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית.²⁵⁰

כאשר בקשת ההסתלקות אושרה לאחר אישור התובענה הייצוגית ובעקבותיה נמחקה התובענה, יש כמה שיקולים בפסיקת שכר טרחה וגמול או בפסיקת הוצאות. כפי שהסברתי, החשש העיקרי בשלב זה אינו מתביעות סרק אלא מבעיית נציג. לפיכך, פסיקת שכר הטרחה והגמול צריכים לעקוב אחר אותן אמות-מידה שמנחות את בית המשפט כשהוא מאשר הסדר פשרה, בכפוף לקבוע בסעיפים 22 ו-23 לחוק ולנסיבות ההסתלקות.

לבסוף, בתי המשפט נטו להתחשב בהסכמתו של הנתבע בהחלטתם על שכר הטרחה והגמול שישולמו.²⁵¹ בכך התעלמו מהבעייתיות המובנית בהסתלקות. כפי שהוסבר

המשיבה 2); עניין שוקרון, לעיל ה"ש 184 (מחד גיסא יש לאשר את הסתלקות המבקשת מהבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אך מאידך גיסא אין מקום לפסוק הוצאות, למרות ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים. אם הייתה טורחת המבקשת – כפי המתחייב – לברוק טיעוניה אצל המשיבה לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, יש להניח כי בקשה זו מלכתחילה – גם על פי גישתה – לא הייתה מוגשת לבית המשפט.

247 ראו לעיל דיון בפרק ד.2(א)1) "תביעות סרק".

248 ראו תק' 514 לתקנות סדר הדין האזרחי וכן בשג"ץ 4748/06 שקד נ' תפוחי (פורסם בנבו, 2.8.2006).

249 ראו לעיל פרק ד.3(ג) "הסתלקות ובעיות נציג".

250 לדין מלא בפסיקת שכר הטרחה במקרים אלה ראו "קלמנט, קווים מנחים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 168.

251 עניין ברומברג, לעיל ה"ש 183 (בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים שלפיה ישולם למבקשים סכום כולל של 60 אלף ש"ח ולבאיי-כוח המבקשים ישולם סכום כולל של 40 אלף ש"ח, בציינו כי לנוכח עלויות ניהולו של ההליך הסכימו המשיבות, תוך שמירה על טענותיהן, לסלק את התביעה האישית ולשאת בהוצאותיהם של המבקשים ובשכר הטרחה של עורכי-דינם, והוא אינו רואה סיבה

לעיל, הנתבע עלול להסכים לתשלום נמוך לתובע ולעורך-הדין רק כדי לחסוך מעצמו את עלויות ההגנה מפני התביעה ואת פרמיית הסיכון שבצדה. זה בדיוק המקרה שבו בית המשפט צריך למנוע זאת מהנתבע כדי להגן עליו ועל נתבעים אחרים מפני תביעות סרק בעתיד. לכן, ההחלטה אם לקבוע גמול ושכר טרחה לטובת התובע ועורך-הדין שהסתלקו או לפסוק הוצאות כנגד התובע אינה צריכה להיות תלויה בהסכמתו או בהמלצתו של הנתבע.²⁵²

2. החלפת התובע ועורך-הדין

דרך נוספת למתן תמריצים לתובע ולעורך-הדין להגיע להסדר פשרה ראוי היא להחליפם כשהסדר הפשרה שהציעו נדחה. כפי שהוסבר, בית המשפט צריך לדחות פשרה ששווייה, בעיניו, נמוך. אם סיכויי התובענה להצליח הם רבים מספיק, שווי נמוך של הפשרה מצביע על פגיעה באינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת והאינטרס הציבורי בהרתעה. במילים אחרות, הוא מצביע על כך שבעיית הנציג התממשה. לעומת זאת, אם הפשרה הנמוכה משקפת את סיכויי ההצלחה המעטים של התובענה, בעיקר בשלב שלפני אישור התובענה הייצוגית, אזי התובענה היא תובענת סרק שאינה יכולה להיות מאושרת כתובענה ייצוגית.²⁵³

הסדר פשרה שנדחה בגלל שווי הנמוך מוכיח שהתובע ועורך-הדין אינם ראויים לייצג את הקבוצה או שהתובענה שהגישו אינה ראויה להיות מאושרת כתובענה ייצוגית. אם ידעו שיוחלפו כתוצאה מהגשתו של הסדר פשרה המשקף שווי נמוך לאישור, הדבר ישפיע על התנהגותם בשני סוגי המקרים: כאשר סיכויי התובענה להצליח הם רבים,

להתערב בכך); ת"צ (מחוזי מרכז) 5722-08-07 הזנפלד נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.12.2008) (המשיבות הסכימו לשלם למבקש ולבא-כוחו החזר הוצאות בסך כולל של 140 אלף ש"ח. בית המשפט אישר את ההסכמה בציינו כי המבקש השקיע בבקשה לאישור שעות עבודה רבות וזאת תוך שהוא נוטל על עצמו את הסיכון שבקשתו תידחה); ת"צ (מחוזי חי') 1064/07 אלעד נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 23.2.2009) (המשיבה הסכימה לשאת בהוצאותיו המשפטיות של המבקש בסכום של 80 אלף ש"ח בצירוף מע"מ. בית המשפט אישר את הסכמת הצדדים בציינו כי הסכום שהסכימה המשיבה לשלם למבקש אינו חורג מגדר הסביר).

252 בש"א דהן, לעיל ה"ש 184 (בית המשפט אישר הסכם הסתלקות הכולל קביעת גמול ושכר טרחה, וזאת על אף שהצהיר כי לא נמצאו טעמים אמיתיים להגשתה של התובענה הייצוגית, ואף על פי שהנתבעת הצהירה בהסדר הפשרה על נכונותה להתפשר אך ורק מתוך רצון להסיר המטרד). לקביעה אחרת ראו עניין לביא, לעיל ה"ש 181 (בית המשפט ציין כי שכאשר תובע מבקש להסתלק מהתביעה בשל הכרתו בחולשתה, התערבות בתשלום שעליו הסכימו הצדדים במסגרת ההסדר תעודד התדיינות סרק).

253 ראו לעיל דיון בפרק ד.2(א).

התובע ועורך-הדין ילחצו על הנחבע להסכים לפשרה גבוהה שתשקף את עלותה של התביעה עבורו; לעומת זאת, כאשר סיכויי התובענה להצליח הם מעטים והנחבע לא יסכים לפשרה גבוהה, יתמעטו תמריצייהם של התובע ועורך-הדין להגיש תובענה כזו מלכתחילה.

יתרה מזו: עורך-הדין יחשוש מכך שיוחלף לאחר שהסדר פשרה שהסכים לו נדחה לא רק משום שיאבד את הייצוג באותה תובענה כי אם גם משום שהדבר עלול להשפיע לרעה על סיכוייו להתמנות לייצג בתובענות ייצוגיות בעתיד. לפיכך, התמריץ שניתן לעורך-הדין – שהוא שחקן חוזר בתחום התובענות הייצוגיות – עתיד להיות אפקטיבי אף יותר מזה שניתן לתובע המייצג.

לכאורה יש בעיה לפעול כאמור לאור הוראת סעיף 19(ז) לחוק, הקובע כי "התקיימו הליכים לאישור הסדר פשרה, ולא אושר ההסדר על ידי בית המשפט או שבוטל אישור שניתן על ידי בית המשפט להסדר פשרה, לא יישמשו דברים שנאמרו או שנקבעו במסגרת ההליכים כאמור ראיה בהליך משפטי אזורחי". מטרת הסעיף הייתה לאפשר לצדדים לנהל את הליך המשא ומתן ואישור הסדר הפשרה באופן חופשי וגלוי.²⁵⁴

לגישתי, ראוי לתת להתמודדות עם בעיות הנציג ותביעות הסרק בפשרה עדיפות על פני המטרה האמורה. בית המשפט אינו צריך לעשות שימוש בדברים שנאמרו או שנקבעו במהלך הדיון באישור הפשרה לצורך הדיון באישור התובענה הייצוגית או בהכרעה בתובענה לאחר שאושרה, אך עליו לעשות שימוש כזה בכל הנוגע למינוי ולהחלפה של התובע המייצג ועורך-הדין. פרשנות זו תממש הן את מטרת הסעיף והן את הרצון להשיג ייצוג הולם וראוי לקבוצה המיוצגת ולאינטרס הציבור בתובענה הייצוגית.

החלטה להחליף את התובע ואת עורך-הדין במקרים אלה היא מוצדקת לא רק מכיוון שהציפייה לכך תשפיע על התנהגותם מראש, אלא גם משום שבדיעבד ראוי שלא ימשיכו לייצג את הקבוצה. בסוג המקרים הראשון, של פשרה נמוכה בתובענה עם סיכויי הצלחה רבים, הסכמתם של התובע ועורך-הדין לפשרה מעידים על כך שהפרו את חובותיהם כלפי הקבוצה המיוצגת. הסכמתם לפשרה מוכיחה שאין יסוד סביר להניח שהם ייצגו וינהלו את עניינם של כלל חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, כדרישת סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק. ההסכמה להסדר הפשרה מצביעה גם על כך שעורך-הדין לא פעל בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, כמצוות סעיף 17 לחוק. לפיכך, אם הוגשה הפשרה לאישור בית המשפט לפני אישור התובענה הייצוגית, בית המשפט צריך לקבוע שהתובע

254 הסעיף מקביל לחסיון מסמכים שנערכו ונמסרו במסגרת משא ומתן לפשרה, וכן לחסיון מסמכים שהוכנו לצורך הליכים משפטיים.

ועורך-הדין אינם יכולים לייצג את הקבוצה,²⁵⁵ ואם הפשרה הוגשה לאחר אישור התובענה הייצוגית – בית המשפט צריך להחליפם.²⁵⁶ בסוג המקרים השני, של פשרה נמוכה הנובעת מסיכויי הצלחה מעטים, הפשרה מעידה על כך שהתובענה אינה יכולה לעמוד בדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק. לפיכך, בית המשפט אינו צריך לאשר את התובענה הייצוגית ועליו לדחות את הבקשה לאישורה על יסוד מה שלמד מהסדר הפשרה שהוגש לאישור. מאחר שבדיון בהסדר הפשרה – בעיקר אם נעשה לפני אישור התובענה הייצוגית – קשה לבית המשפט לקבוע מה הם סיכויי הצלחה של התביעה, בית המשפט יכול להסתפק בסילוקם של התובע ועורך-הדין. אם סיכויי התביעה אכן מעטים ממילא לא ימצא מי שיחליף אותם והתובענה תימחק.

3. תקיפה עקיפה בתובענה ייצוגית מאוחרת

יצירת תמריצים לנתבע שיימנע מפשרות לא ראויות היא בעייתית. בניגוד לתובע ולעורך-הדין, הטלת הוצאות על הנתבע בגין הסדרי פשרה שנדחו אינה יכולה להרתיע אותו מלנסות להשיג פשרות כאלה, בעיקר כשהחסכון עבורו בפשרות הללו הוא גדול מאוד. לכן, אף על פי שראוי להטיל על הנתבע הוצאות כאמור,²⁵⁷ יש צורך במנגנון נוסף שירתיע את הנתבע מפעולות שתוצאתן פשרות לא ראויות. כפי שאסביר להלן, מנגנון כזה אפשרי. הוא דורש מבתי המשפט לאפשר תקיפה עקיפה של פשרה שאושרה שלא בפרוצדורות הקבועות בחוק, בתובענה ייצוגית מאוחרת שתוגש באותו עניין.

הנתבע מעוניין בפשרה שעלותה עבורו נמוכה ככל האפשר. לכן אך טבעי שינסה לשכנע את התובע ועורך-הדין להסכים לפשרה כזו, ולאחר מכן ינסה להציג את הפשרה באופן ששווייה – כפי שיוערך על ידי בית המשפט – יהיה גדול ביותר, ואילו עלות המימוש שלה עבורו תהיה קטנה ביותר. כמו כן, מנקודת מבטו של הנתבע עדיף להימנע ככל האפשר מחשיפת הסדר הפשרה לביקורת, בין מצד בית המשפט ובין מצד גורמים אחרים העשויים להתנגד להסדר. לפיכך, כפי שתואר לעיל, נתבעים מעוניינים לעיתים לאשר את הפשרה שאליה הגיעו כהסתלקות, לפי פרוצדורת האישור הפשוטה בסעיף 16 לחוק.²⁵⁸ נוסף על כך, כאשר הצדדים מגישים הסדר פשרה לאישור, במקרים רבים הם

255 ראו ס' 8(ג)(1), המאפשר החלפה של המבקש לאשר את התובענה הייצוגית ובא-כוחו.
 256 אף על פי שאין הוראה מפורשת המסמיכה את בית המשפט לשנות את החלטת האישור, לרבות מינוי התובע המייצג ועורך-הדין, סמכותו הטבעית וחובתו למטרות החוק מכוח סעיף 1 לחוק מאפשרות לו זאת. בדין האמריקני יש אפשרות כזו מכוח כללים 23(c)(1)(C), 23(d)(2) ל-Fed. R. Civ. P.
 257 בפרט כשמדובר בהטלת הוצאות לטובת מתנגדים שהתנגדותם התקבלה; ראו לעיל דיון בפרק ד.1(ג)(2).
 258 ראו לעיל דיון בפרק ד.3 "הסדר פשרה מול הסתלקות".

ממליצים לבית המשפט לא למנות בודק²⁵⁹ ואף לוותר על הודעה לציבור ועל קיום הפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 לחוק.²⁶⁰

הנחת היסוד של נתבעים היא שלאחר שהסדר הפשרה מאושר על ידי בית המשפט ופסק הדין נהפך חלוט, אי-אפשר יהיה לתקוף אותו מאוחר יותר. ההנחה היא שהסדר פשרה שמאושר בפסק דין נהפך למעשה בית דין המונע הגשת תובענות מאוחרות, אינדיווידואליות וייצוגיות.²⁶¹ גם אם אושרה הפשרה כהסתלקות יהיו נסיבות שבהן לא יוגשו תובענות מאוחרות באותו עניין, מהטעמים המעשיים שבוארו לעיל.²⁶²

חוק תובענות ייצוגיות מצא לנכון לקבוע באופן מפורש בסעיף 24 לחוק כי פסק הדין בתובענה הייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה המיוצגת, ולא סמך על העיקרון הכללי בדבר תחולת מעשה בית דין. זאת, משום ייחודה של התובענה הייצוגית, הכופה על חברי הקבוצה את ייצוג עניינם על ידי זר. החלת מעשה בית דין מכוח פסק דין בתובענה ייצוגית מחייבת זהירות והקפדת יתר הן בניהול הליכי האישור בתובענה הייצוגית והן בתביעה המאוחרת שבה הנתבע מבקש להתגונן בטענת מעשה בית דין.²⁶³

יש הצדקה למנוע תקיפה מאוחרת של פשרה שאישר בית המשפט לפי סעיפים 18 ו-19 לחוק. כמו בכל תביעה רגילה כך גם בתובענה הייצוגית: אם הפשרה לא תבטיח לנתבע הגנה מפני תביעות נוספות יהיה בכך כדי לפגוע בזכויותיו ולחשוף אותו לסיכון של התדיינות חוזרת. כללי השתק מיועדים למנוע סיכון כזה. נוסף על כך, אם הנתבע יהיה חשוף לתביעות בעתיד באותן עילות שבגינן התפשר, ערכה של הפשרה עבורו יהיה נמוך. כתוצאה מכך, נכונותם של נתבעים להתפשר תרד והערכים שלהם יסכימו בפשרה יהיו נמוכים. תוצאות אלה אינן מיטיבות עם קבוצת התובעים והציבור ואינן מקדמות את מטרות התובענה הייצוגית. במצב הקיצוני, אילו פשרה בתובענה הייצוגית לא הייתה מקימה השתק מפני תביעות נוספות, כל התביעות היו מתנהלות עד לפסק דין. תוצאה כזו הייתה מביאה לבזבוז משאבים, הן של מערכת המשפט והן של נתבעים.

לכן, הסדר פשרה שאושר על ידי בית המשפט לפי סעיפים 18 ו-19 לחוק צריך להקים השתק עילה כנגד תביעות מאוחרות בגין אותה עילה, הן אינדיווידואליות והן (ובעיקר) ייצוגיות. השתק כזה כפוף למילוי של כל הדרישות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 לחוק המבטיחות, כפי שהוסבר במאמר, כי ימומשו מטרות התובענה הייצוגית – הרתעה, פיצוי ושמירה על זכות הגישה של התובעים לבית המשפט. אם בתביעה רגילה ההליך האדוורסרי מבטיח הגנה על האינטרסים של הצדדים ולפיכך מצדיק שיחויבו באופן סופי על-פי תוצאות המשפט, אזי בתובענה הייצוגית הגנה זו תלויה בקיום הפרוצדורות

259 לנתונים הסטטיסטיים ראו לעיל פרק ד.1(ב)2) "החובה למנות בודק".

260 ראו לעיל ה"ש 226.

261 ראו ס' 24 לחוק.

262 ראו לעיל פרק ד.3(ג) "הסתלקות ובעיות נציג".

263 ראו זלצמן, לעיל ה"ש 86, בעמ' 432.

הקבועות החוק. בלעדיהן בית המשפט אינו יכול לקיים את תפקידו כראוי ולכן אין הצדקה שפסק דינו יחייב את קבוצת התובעים וימנע מהם הגשת תובענה נוספת באותו עניין.

לפיכך, יש לאפשר תקיפה עקיפה של הסדר הפשרה בתובענה ייצוגית מאוחרת שתוגש באותה עילה, אולם צריך להגביל את העילות לתקיפה כזו.²⁶⁴ התקיפה המאוחרת של הסדר הפשרה צריכה להיות מוגבלת רק לעילות תקיפה הנוגעות לפרוצדורה שבה הפשרה אושרה או מומשה. כדבריה של נינה זלצמן, שנכתבו לפי קבלת חוק תובענות ייצוגיות "קיימת, לדעתנו, קורלציה מסוימת בין אמצעי הזהירות הננקטים בשלב של אישור הבקשה לתביעת ייצוג קבוצתית ופיקוחו של בית המשפט על ניהולה של התביעה על ידי הנציג לבין הבדיקה שתיעשה על ידי בית המשפט שלפניו מועלית טענת ההשתק ביחס לניהול המשפט בפועל על ידי הנציג".²⁶⁵

הנתבע יהיה זכאי לנסות ולהגיע לפשרה שתהיה הטובה ביותר עבורו ובלבד שתעמוד בהליכי האישור הראויים. במילים אחרות, התניה של השתק העילה בכך שהפרוצדורות הנדרשות לאישור יקוימו במלואן תשנה את תמריציו של הנתבע. במקום שינסה להקל ככל האפשר בהליכי האישור, יהיה לנתבע תמריץ להקפיד עליהם כדי למנוע מעצמו תובענה ייצוגית נוספת באותה עילה.

לכן, הצעתי היא להתיר הגשה של תובענה ייצוגית באותה עילה שלגביה הושגה פשרה – ובלבד שהמבקש יוכל להצביע על אחד הפגמים שאפרט להלן בהליך אישור הפשרה.²⁶⁶ הצעתי היא להגביל את האפשרות לתביעה חוזרת לתובענה ייצוגית בלבד, כדי למנוע תקיפות חוזרות ונשנות בתובענות אינדיווידואליות שכל אחת מהן אינה מונעת, באופן פורמלי, תקיפה נוספת על ידי תובע אחר. תקיפות כאלה יטילו עלויות מיותרות על הנתבע ועל מערכת המשפט והן עלולות לתת כוח סחטנות בידי תובעים

264 לדוגמה שבה התיר בית הדין לעבודה הגשת תובענה ייצוגית מאוחרת מאחר שהתנאים לאישור הסדר הפשרה לא קוימו בתובענה הראשונה ראו בש"א 1498/09 (אזורי י-ם) ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' צ'רטובסקי (פורסם בנבו, 4.11.2009).

265 ראו זלצמן, לעיל ה"ש 86, בעמ' 433.

266 אפשרויות התקיפה בדיעבד של הסדר פשרה שאושר בתובענה ייצוגית נדונו לאחרונה בארצות-הברית על ידי כמה כותבים. ראו, למשל, Henry Paul Monaghan, *Antisuit Injunctions and Preclusion Against Absent Nonresident Class Members*, 98 COLUM. L. REV. 1148 (1998); Patrick Woolley, *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, 79 TEX. L. REV. 383 (2001); Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 TEX. L. REV. 287 (2004); William B. Rubenstein, *Finality in Class Action Litigation: Lessons from Habeas*, 82 N.Y.U. L. REV. 790 (2007).

אינדיווידואליים.²⁶⁷ האיום בתובענה ייצוגית מאוחרת יספיק כדי לתת לנתבע תמריצים לקיום הוראות החוק, ועם זאת, הכרעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית מאוחרת, שתקבע שהליך האישור והמימוש של הפשרה בתובענה הקודמת קיים את דרישות החוק, תמנע הגשת בקשות נוספות לאישור. להלן יפורטו העניינים שבהם מוצע להגביל את תחולתו של השתק עילה.

(א) הסתלקות

כפי שהסברתי בפרק הדין בהסתלקות,²⁶⁸ בית המשפט צריך להימנע מלאשר התחייבויות של הנתבע הנוגעות לקבוצת התובעים (להבדיל מהתחייבות לתשלום למבקש ולעורך הדין) במסגרת אישורו להסתלקות. כדי שנתבעים לא ינסו לעקוף מגבלה זו, בתי משפט צריכים להתעלם מכל התחייבות כזו אם מוגשת תובענה ייצוגית מאוחרת באותו עניין. אין בכך, כמובן, כדי לגרוע מזכותו של הנתבע להתגונן בתובענה המאוחרת בטענה שקיים כבר את שנדרש ממנו בתובענה; אולם הדגש הוא על כך שהטענה תיבדק לגופה, כפי שהייתה נבדקת אלמלא הוגשה תובענה ייצוגית קודמת.

(ב) הליך אישור הסדר הפשרה

פגמים בהליך האישור של הפשרה יכולים לנבוע מתצהירים לא מספקים של בעלי הדין ועורכי-דינם,²⁶⁹ הכללת עילות וצדדים שלא נכללו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית,²⁷⁰ התניית ההסכם בשכר טרחה וגמול,²⁷¹ אי-פרסום של הסדר הפשרה²⁷² או היעדר אפשרות להגשת בקשה ליציאה מהקבוצה או להגשת התנגדות.²⁷³ בית המשפט שאליו הוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מאוחרת יצטרך לקבוע עד כמה היה חמור הפגם בהליך האישור הפשרה.²⁷⁴ עם זאת, בית המשפט אינו אמור לבחון באיזו מידה השפיע הפגם על שווי הפשרה שהוסכם בין הצדדים. כפי שהסברתי, המטרה במתן אפשרות לתקיפה עקיפה היא לגרום לנתבע לקיים את הפרוצדורות לאישור באופן מלא, ועם זאת

267 מובן שברוב המקרים ממילא לא יוגשו תביעות אינדיווידואליות משום שערכן יהיה נמוך מדי. האמור בטקסט מדבר על מקרים שבהם הגשת תביעות כאלה היא כדאית.

268 ראו לעיל פרק ד(3) "האם ראוי לא לאשר התחייבות של הנתבע במסגרת אישור הסתלקות?".

269 ראו לעיל פרק ד.1(ב) (1) "דרישה לצירוף תצהירים של באי כוח הצדדים".

270 ראו לעיל פרק ד.1(א) (1) "איסור על שינוי עילות והוספת צדדים בהסדר הפשרה".

271 ראו לעיל פרק ד.1(א) (2) "איסור התניה בשכר טרחה וגמול".

272 ראו לעיל פרק ד.1(ג) "תחליפים להליך האדוורסרי".

273 ראו לעיל פרק ד.1(ג) (1) "יציאה מהקבוצה וזכות הגישה לבית המשפט" וכן פרק ד.1(ג) (2) "הגשת התנגדויות להסדר הפשרה".

274 מאחר שמינויו של בודק אינו חובה, לא תהיה בדרך כלל אפשרות לתקוף את אישור הסדר הפשרה בתקיפה עקיפה רק משום שלא מונה בודק.

לאפשר לו להגיע להסדר סופי שתוכנו (להבדיל מהפרוצדורות לאישורו) לא יעמוד לבחינה חוזרת.

לסיכום: ההצדקה למתן אפשרות לתקיפה עקיפה של הסדר הפשרה נובעת מהיעדרו של הליך אדוורסרי מלא בהליך אישור הפשרה בתובענה הייצוגית. הבחינה על ידי בית משפט מאוחר אינה מיועדת לבדוק מחדש את פסק הדין המוקדם שאישר את הפשרה, אלא לדאוג לכך שהפרוצדורות לאישורו קוימו. אף על פי שבית המשפט שאישר את הסדר הפשרה היה צריך לעמוד על קיומן של הפרוצדורות הללו, ההליך שבפניו היה חסר את המכשיר העיקרי שמסייע לו בעמידה על כך – ניגוד האינטרסים בין הצדדים. ניגוד אינטרסים כזה מתקיים בתובענה ייצוגית מאוחרת ולכן יש הצדקה לאפשר לבית המשפט באותה תובענה לבחון מחדש את האישור. עם זאת, הבחינה המחודשת חייבת להיות מוגבלת לצד הפרוצדורלי באישור ההסדר המוקדם ולא למהותו, כדי לאפשר לנתבע את זכותו להשיג פשרה טובה עבורו ככל שהוא יכול.

סיכום

ההצלחה של חוק תובענות ייצוגיות בהשגת מטרותיו תלויה באופן שבו ייושמו הוראותיו לעניין פשרה והסתלקות. חשיבותן של הוראות החוק נובעת לא רק מכך שרוב הבקשות לאישור תובענה ייצוגית מסתיימות בפשרה, אלא גם ובעיקר מכך שהפיקוח על הפשרה דורש מבית המשפט למלא תפקידים שאינם רגיל למלאם. בית המשפט רגיל להכריע בהליך אדוורסרי. הליך האישור של הסדר הפשרה בתובענה ייצוגית אינו הליך כזה. בית המשפט רגיל שלא להתערב בפשרות בין צדדים להליך; בקשה לאישור הסדר הפשרה דורשת ממנו להתערב כדי להגן על חברי הקבוצה המיוצגת, על האינטרס הציבורי ולעתים אפילו על הנתבע עצמו.

מטיתי במאמר זה הייתה להציג דרכים שבהן אפשר יהיה ליישם את הוראות החוק ולהשיג את מטרותיו, גם בפשרה. הדרכים שהצעתי משלבות בין הקפדה על הפרוצדורות הקבועות בחוק לאישור הסדר פשרה והסתלקות לבין מתן תמריצים לצדדים, בין היתר באמצעות אפשרות לתקיפה עקיפה של הסדר פשרה שאושר שלא כדין בתובענה ייצוגית מאוחרת. גישתם של רוב בתי המשפט באישור הסדרי פשרה והסתלקות הייתה מקלה. יש לקוות שמגמה זו תשתנה, כדי שהחוק יוכל להשיג את התכליות הרבות והראויות ששם לו למטרה.