

## ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות

מאת

אמיר ויצנבליט\*

מקומן של התובענות הייצוגיות נעשה מרכזי יותר ויותר בנוף המשפטי הישראלי, ועמו מקומם וחשיבותם של הסדרי הפשרה בהליכים אלו. במאמר זה תידון השאלה אם במסגרת הדיון באישור הסדרי הפשרה בתובענה ייצוגית על בית המשפט לבחון את התקיימותו של תנאי נוסף אשר אינו מנוי במפורש בהוראות החוק הנוגעות לעניין זה, והוא אם חברי הקבוצה "יוצגו באופן הולם" על ידי התובע המייצג ובא כוחו. במסגרת המאמר יוסבר כי לשאלת הייצוג ההולם תפקיד מפתח באישור הסדרי הפשרה בהליך הייצוגי, ועל אף היעדרה מהוראות החוק העוסקות בעניין זה חובה על בית המשפט לבחנה. במאמר תוצג סוגיית הייצוג ההולם לא אך כתנאי נפרד הנוסף לרשימת התנאים שעל בית המשפט לבחון עובר לאישור ההסכם, אלא כעיקרון המהווה את ההצדקה לחיוב חבר הקבוצה בהסכם אשר הוא לא נתן את הסכמתו לו, וכתכלית מרכזית של ההוראות השונות המנויות בחוק בעניין זה אשר לאורה יש לפרשן וליישמן. כן תידונה במאמר סוגיות מרכזיות שונות הנוגעות לאישור הסדרי הפשרה ייצוגיים, וכל אחת מהן תיבחן ותנותח לאור עקרון הייצוג ההולם: הדרישה בחוק בדבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, קביעת הגמול ושכר הטרחה לתובע המייצג ובא כוחו, הסדרי הפשרה מסוג "הסכמי שובר" ותפקידם של הבדוק וגורמים חיצוניים אחרים בבחינת ההסכם.

פתח דבר. א. ייצוג הולם כעיקרון מרכזי בדיני התובענות הייצוגיות והיעדר הדיון בו בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע להסדרי הפשרה ייצוגיים. ב. ייצוג הולם בהסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות – מהו? ג. הבחינה אם ההסכם גופו הוא "ראוי, הוגן וסביר" – האין היא מספיקה? ד. ניתוח סוגיות מרכזיות באישור הסדרי הפשרה ייצוגיים לאור עקרון הייצוג ההולם. 1. "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה"; 2. גמול ושכר טרחה; 3. הסכמי שובר; 4. מינוי בודק וגורמים חיצוניים נוספים המסייעים בבחינת ההסכם; 5. עילה אישית?; ה. לפני סיום: ייצוג הולם – בכל מחיר? עקרון הייצוג ההולם ותכליות ההליך הייצוגי. סיכום.

\* עורך דין במשרד ש. הורוביץ ושות'. תודתי נתונה לגיא ורטהיים, לנועם זמיר, לשי לביא ולאסף רנצ'לר על הערותיהם המועילות לטיטוט המאמר, אשר תרמו רבות לגיבוש תצורתו הסופית. כן אבקש להודות למורי, פרופ' ריצ'ארד נאגארדה ז"ל (Richard A. Nagareda), אשר הקנה לי את הכלים המשפטיים והמחשבתיים שהיוו את הבסיס לכתיבת מאמר זה. לבסוף, תודתי נתונה לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם מאירות העיניים לטיטוט המאמר שהועברה לעיונם.

## פתח דבר

כשש שנים חלפו מאז נחקק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006<sup>1</sup>. חוק תובענות ייצוגיות איגד תחתיו דברי חקיקה קודמים אשר הסדירו את הגשתן של תובענות ייצוגיות בתחומים ספציפיים,<sup>2</sup> והוא תחליף סטטוטורי מקיף וראוי לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 על הבעיות המשפטיות הסבוכות שעוררה בעבר.<sup>3</sup> חוק תובענות ייצוגיות הוא כיום כלי חשוב בתחומים רבים שעד כה שררה בהם תת-אכיפה. הוא משמש מכשיר בידי של הניזוק לדרישת סעד, אשר בלעדי החוק לא היה נתבע ולא היה מתקבל.

אין זה פלא אפוא כי מאז נחקק חוק תובענות ייצוגיות נעשה בו שימוש רב, ושמו נאמר – רב עד מאוד.<sup>4</sup> בקשות לאישורן של תובענות ייצוגיות מוגשות לבתי המשפט חדשות לבקרים. על פי הנתונים המפורסמים בפנקס התובענות הייצוגיות, בשנת 2007 הוגשו לבתי המשפט 156 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות.<sup>5</sup> בשנת 2008 עלה מספר זה ל-239 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, בשנת 2009 – ל-280 בקשות ובשנת 2010 – ל-319 בקשות.<sup>6</sup> נתונים אלו אינם מפתיעים. זו התנהגות צפויה של הציבור, ועמו עורכי הדין, אשר ניתן בידיהם כלי במקום שבו עד אותה העת שרר חסר.

עיון בפנקס התובענות הייצוגיות מלמד גם כי ברוב המקרים שבהם נסתיים ההליך הייצוגי באופן המחייב חבר בקבוצה המיוצגת בתוצאותיו (היינו, באופן המקים מעשה בית דין נגדו), לא היה זאת בשל ניהול התיק לגופו לאחר קבלת הבקשה לאישור

- 1 להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק.
- 2 עיינו בדברי החקיקה השונים המנויים בס' 32 ואילך לחוק תובענות ייצוגיות; לסקירה מפורטת של הסדרים אלו ראו סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט ד 9 (2005).
- 3 עיינו, דני"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005).
- 4 ראו למשל אריאל פלביאן "פסק דין תנובה" ומבול התובענות הייצוגיות בישראל" בדלתיים פתוחות 55, 54 (2009) [www.israelbar.org.il/uploadfiles/Doors-28b.pdf](http://www.israelbar.org.il/uploadfiles/Doors-28b.pdf).
- 5 הנהלת בתי המשפט פנקס תובענות ייצוגיות [elyon1.court.gov.il/heb/TOVANO\\_T\\_YEZUGIYOT/elist.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/TOVANO_T_YEZUGIYOT/elist.htm) (להלן: פנקס התובענות הייצוגיות).
- 6 מבוסס על ניתוח הנתונים המפורסמים בפנקס התובענות הייצוגיות, שם. בדוחות מטעם הנהלת בתי המשפט פורסם כי "בשנת 2009 הועלו לפנקס התובענות הייצוגיות 350 תובענות חדשות", וכי "בשנת 2010 הועלו לפנקס התובענות הייצוגיות 475 תובענות חדשות". ככל הנראה נתונים אלו כוללים גם תובענות משנים קודמות, אשר "הועלו" לפנקס בשנים אלו. מכל מקום, גם נתונים אלו מצביעים על מגמת עלייה ברורה בהקשר זה (הרשות השופטת במדינת ישראל דין וחשבון לשנת 2009 – לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998 59 (2010); הרשות השופטת במדינת ישראל דין וחשבון לשנת 2010 – לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998 53 (2011)).

התובענה הייצוגית כי אם בשל אישור הסדר פשרה שאליו הגיעו הצדדים קודם לכן. כך, באשר לסך הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו בשנת 2007, ב-9 מהן נתקבלה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, ואילו ב-27 נסתיים ההליך קודם לכן באישור הסדר פשרה שאליו הגיעו הצדדים. התמונה דומה גם בשנים העוקבות לכך: באשר לסך התיקים שהוגשו בשנת 2008, ב-10 מהם נתקבלה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, ואילו ב-29 מהם נסתיים ההליך באישור הסדר פשרה בטרם ההכרעה בבקשה לאישור הגשת התובענה הייצוגית. באשר לסך התיקים שהוגשו בשנת 2009, ב-11 מהם נתקבלה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ואילו ב-20 מהם נסתיים ההליך קודם לכן באישור הסדר פשרה. התמונה קיצונית יותר באשר לשנת 2010, על אף הזמן הקצר שחלף מאז שנה זו ועד כתיבת שורות אלו: באשר לתיקים שהוגשו בשנה זו, 22 מהם כבר נסתיימו באישור הסדר פשרה בלא הכרעה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ואילו רק ב-3 מהם אושרה עד כה הגשת התובענה הייצוגית.<sup>7</sup>

עינינו הרואות, במרב המקרים שבהם מוצא עצמו חבר הקבוצה המיוצגת מחויב בתוצאותיו של ההליך הייצוגי, נגרם הדבר בעטיו של אישור הסדר פשרה ולא בשל הכרעה בתובענה הייצוגית לגופה לאחר אישור הגשתה. הסדר הפשרה הפך אפוא לנדבך חשוב בהליך הייצוגי, ויש להעניק לו את תשומת הלב הראויה. חוק תובענות ייצוגיות קובע הסדר מפורט למדי בהקשר זה: סעיפים 18 ו-19 לחוק מפרטים את התנאים, הפרוצדורה והשלבים השונים שיש לנקוט בהם לשם אישור הסדר הפשרה על ידי בית המשפט.<sup>8</sup> סעיפי חוק אלו כוללים, בין היתר, התייחסות לאופן הגשת הבקשה לאישור הסדר הפשרה, פרסומה (פעמיים), מינוי בודק, פרטים ששומה על בית המשפט לכלול בהחלטתו לאשר את ההסדר והשיקולים שעליו לשקול. הוראות מפורטות אלו מלמדות היטב על החשש הגדול באישור הסדר הפשרה הייצוגי: כבילת חברי הקבוצה המיוצגת להסכם אף על פי שלא היה להם חלק בהליך המשפטי, והם נעדרו משולחן המשא ומתן.<sup>9</sup>

7 הבריקה נכונה ליום 28.1.2012 ומבוססת על הנתונים המפורסמים בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5, בהצלבתם עם כתבי טענות והחלטות המפורסמים במאגר המשפטי "נבו". נראה כי זהו המצב גם בארצות הברית: Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements Under Attack*, 156 U. PA. L. REV. 1649 (2008); וראו גם אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 6 (2011).

8 ראו גם תק' 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 וכן ע"א 7094/09 ברוזובסקי הובלות בע"מ נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.12.2010) (להלן: עניין ברוזובסקי).

9 יוער כי לצורכי מאמר זה אין אנו כוללים בגדר המונח "הסדר פשרה" הסדרים שבהם מוסכם כי התובע המייצג יחזור בו מתביעתו, בתמורה או בלעדיה, אולם בלא יצירת מעשה בית דין כלפי הקבוצה. הסדר מסוג זה הוא למעשה "בקשת הסתלקות" מתובענה ייצוגית ונדרון לפי ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות. יוער כי היו מקרים שבהם במסגרת בקשת הסתלקות הסכים הנתבע ליתן הטבה

כבר בפתח מאמר זה נעיר הערה באשר להיסטוריה החקיקתית של הוראות החוק האמורות. בסעיף 18 להצעת החוק מטעם הכנסת נכתב כי "אם הבקשה לאישור ההסכם הוגשה לפני שהתובענה אושרה כתובענה ייצוגית, לא יאשר בית-המשפט את ההסכם אלא לאחר שמצא כי מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 6 לאישור התובענה כתובענה ייצוגית".<sup>10</sup> סעיף 6 להצעת החוק הוא שמנה את התנאים הנדרשים לאישור התובענה הייצוגית. במילים אחרות, על פי הצעת החוק בטרם אישור הסדר הפשרה יהיה על בית המשפט לבחון אם התובענה עצמה כלל הייתה ראויה להתברר כתובענה ייצוגית אילו נדונה לגופה, על כל התנאים הנדרשים לכך. על פי דברי ההסבר שנלוו להצעה, "במקרים אלה בית-המשפט כורך באישור הסכם הפשרה גם את אישור התובענה הייצוגית", ולכן "מוצע לקבוע במפורש, כי בית-המשפט לא יאשר הסכם פשרה אלא לאחר שמצא כי מתקיימים התנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית".<sup>11</sup> על פי הצעת החוק אפוא לא היה בית המשפט יכול "להתחמק" מהשאלה אם התנאים לאישור התובענה הייצוגית נתקיימו: במסגרת ההכרעה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית עצמה, אם זו נעשתה בטרם גובשה הפשרה, או במסגרת ההכרעה בבקשה לאישור הסדר הפשרה, אם ההסכם הוא שהושג קודם לכן.

אולם בהצעת חוק מאוחרת יותר מטעם הממשלה, אומץ נוסח רזה יותר הדומה לזה הקיים כיום בחוק.<sup>12</sup> על פי הוראה שנתקבלה לבסוף, על בית המשפט לבחון "[...] אם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – גם כי קיימות, לכאורה, שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".<sup>13</sup> לאמור: תחת לבחון את כל התנאים לאישור התובענה הייצוגית גם עובר לאישור ההסכם, כפי שהוצע במקור, נוקב כיום החוק בתנאי אחד מתוכם – קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה – ומוסיף תנאי כללי יותר, כי הסדר הפשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

שאלה נכבדה היא אם אמנם נכון כי בית המשפט יבחן, עובר לאישור הסדר הפשרה, שמא התקיימו כל תנאי אישורה של התובענה הייצוגית, כאילו נדונה לגופה, וכפי שהוצע במקור בהצעת החוק מטעם הכנסת. שאלה זו היא מעבר למסגרת הדיון של מאמר זה.

לקבוצה, אולם בלא יצירת מעשה בית דין נגדה (ראו למשל ת"צ (מחוזי מר') 25204-02-10 יוסביץ נ' די.בי.אס שרותי לוויין בע"מ (פורסם בנבו, 1.12.2010). כן ראו עניין ברוזובסקי, לעיל ה"ש 8, שם התלבט בית המשפט העליון בשאלה אם עומד בפניו "הסדר פשרה" על פי חוק תובענות ייצוגיות).

10 הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 232, 239.

11 שם.

12 הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 270.

13 ס' 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

נדמה כי זהו הדין בארצות הברית.<sup>14</sup> עם זאת, במאמר זה נדון בשאלה ממוקדת יותר, שהיא אם במסגרת אישור ההסכם על בית המשפט לבחון בכל זאת את התקיימותו של תנאי אחד מתנאי אישורה של התובענה הייצוגית, אשר אינו נזכר בהוראות החוק העוסקות באישור הסדרי הפשרה: אם חברי הקבוצה יוצגו באופן הולם על ידי התובע המייצג ובא כוחו.<sup>15</sup> תנאי זה נזכר כאחד מהתנאים לאישור התובענה הייצוגית (סעיף 8(א)(3) לחוק), אולם הוא נעדר מהוראות החוק העוסקות באישור הסדרי פשרה.<sup>16</sup> כפי שיוסבר במסגרת מאמר זה, ראוי כי לשאלת הייצוג ההולם יהיה תפקיד מפתח באישור הסדרי פשרה בהליך הייצוגי, ועל אף היעדרה מהוראות החוק העוסקות בעניין זה חובה על בית המשפט לבחנה. זאת ועוד: כפי שנראה, ייצוג הולם אינו אך תנאי נפרד המתווסף לרשימת התנאים שעל בית המשפט לבחון עובר לאישור ההסכם. כפי שיוסבר במאמר, הייצוג ההולם מהווה את ההצדקה לחיוב חברי הקבוצה בהסכם אשר הוא לא נתן את הסכמתו לו, וככזה הוא משמש תכלית מרכזית של ההוראות הספציפיות המנויות בחוק בעניין זה. על כן, על עקרון הייצוג ההולם לשמש אבן בוחן מרכזית בידי בית המשפט בבואו לאשר הסדר פשרה בהליך הייצוגי או לדחותו, וכלי פרשני לקביעת תוכן של הדרישות המרכזיות המנויות בחוק לשם אישור הסדר הפשרה.

בפרק א למאמר נעמוד על חשיבתו של עקרון הייצוג ההולם בהליך הייצוגי, ונראה כי על אף חשיבות זו נעדרת כיום מפסיקת בית המשפט העליון הכרה במעמדו בכל הנוגע לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים. בפרק ב למאמר נעמוד ביתר פירוט על משמעות עקרון הייצוג ההולם בכל הנוגע להסדרי פשרה בהליך הייצוגי. נעמוד על החששות הטמונים בהסדרי פשרה אלו ועל החשיבות שבעקרון הייצוג ההולם בהקשר זה. בפרק ג למאמר

14 עיינו ב- True v. Am. Honda Motor Co., 749 F. Supp. 2d 1052 (C.D. Cal. 2010) (להלן: עניין Honda), שם נקבע כי בטרם יאושר הסדר הפשרה על בעלי הדין לשכנע את בית המשפט כי התובענה הייצוגית עומדת בתנאים הנדרשים לאישורה, למעט הדרישה בדבר בחינת הקשיים בנייהול התובענה הייצוגית (דרישת ה-"manageability"); וכן ראו לאחרונה Sullivan v. Db Invs., Inc., 667 F.3d 273, § 3(a) (3d Cir. 2011). זו גם דעתו של קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 58-62.

15 חוק תובענות ייצוגיות מכנה את יוזם ההליך הייצוגי בשם "מבקש" כל עוד הבקשה לאישור התובענה הייצוגית לא אושרה, ובשם "תובע מייצג" – לאחר אישורה (ראו ההגדרות בס' 2 לחוק). במאמר זה, לשם הנוחות, יכונה היוזם של ההליך הייצוגי בשם "תובע מייצג", בין עובר להכרעה בבקשתו לאישור התובענה הייצוגית ובין לאחריה. נוכח החובה החלה על יוזם ההליך הייצוגי כלפי הקבוצה לייצגה באופן הולם גם בטרם אושרה התובענה כייצוגית – למשל, במהלך מגעים לפשרה, והכול כמוסבר בהרחבה במסגרת מאמר זה – נראה כי כינוי זה של יוזם ההליך הוא גם נכון וראוי. ראו והשוו ת"צ (מחוזי מר') 4263-03-11 אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 18 להחלטה (פורסמה בנוב, 16.4.2012) (להלן: עניין אשל היאור).

16 ראו גם ס' 17 לחוק תובענות ייצוגיות, המטיל על בא כוח התובע המייצג חובה לפעול "בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה".

נעמיד את עקרון הייצוג ההולם מול הדרישה בדין כי ההסכם יהיה "ראוי, הוגן וסביר", ונראה כי סבירות ההסכם לגופו אינה ערוכה לכך כי הקבוצה גם יוצגה באופן הולם על ידי התובע המייצג. בפרק ד למאמר נסקור סוגיות מרכזיות הנוגעות לאישור הסדרי פשרה בהליך הייצוגי, וכל אחת מהן תידון ותנותח לאור עקרון הייצוג ההולם, והוראות הדין הנוגעות לה תפורשנה גם הן לאור עיקרון זה: הדרישה, שכבר הוזכרה לעיל, בדבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, קביעת הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו, סוגיות הנוגעות להסכמים מסוג "הסכמי שובר" והחובה בחוק למינוי בודק וקיומם של גופים אובייקטיביים נוספים המסייעים לבית המשפט באישור ההסכם. לבסוף, בפרק ה למאמר, נשאל אם אמנם יש להגן על עקרון הייצוג ההולם בכל מחיר, או אם יש לכך חסרונות שונים. במסגרת זו נעמת את עקרון הייצוג ההולם עם תכליות ההליך הייצוגי, ונשאל אם עקרון הייצוג ההולם מסייע בהגשמת תכליות אלו או שמא הוא עלול להביא לסיכולן.

### **א. ייצוג הולם כעיקרון מרכזי בדיני התובענות הייצוגיות והיעדר הדיון בו בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע להסדרי פשרה ייצוגיים**

התובענה הייצוגית היא חריג לכלל הרגיל שלפיו אין לחייב אדם בתוצאות הליך משפטי בלא ליתן לו את יומו בבית המשפט.<sup>17</sup> כלל זה הוא נגזרת של העיקרון הכללי לפיו אין לפגוע בזכויותיו של אדם בלא ליתן לו זכות טיעון, כחלק מכללי הצדק הטבעי.<sup>18</sup> עמד על כך בית המשפט העליון בארצות הברית בשנת 1940:

It is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment *in personam* in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process [...] To these general rules there is a recognized exception that [...] the judgment in a 'class' or 'representative' suit, to

17 ראו לאחרונה (2011) 131 S. Ct. 2541, 2550 (Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes) (להלן: עניין *Wal-Mart Stores*).

18 להרחבה על זכות הטיעון כחלק מכללי הצדק הטבעי ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 498 (2010).

which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it.<sup>19</sup>

ההליך הייצוגי אפוא מתיימר לחייב קבוצה של פרטים הנעדרים מן ההליך לתוצאתו, לטוב או לרע, עקב "ייצוגם" בבית המשפט על ידי אחר ובלא הרשאתם המפורשת. זהו כלי דיוני שבמסגרתו נעשה שימוש בעילת התביעה של הפרט, בלא הסכמתו.<sup>20</sup> עם זאת, המטרה שלשמה נעשה שימוש זה בעילת התביעה של הפרט נתפסת כמוצדקת, שכן הדבר נעשה לשם השגת תכליות חברתיות שונות, ובהן הגברת מידת האכיפה של הדין, הרתעת מזיקים פוטנציאליים, פיצוי ניזוקים וניהול יעיל של הליכים משפטיים.<sup>21</sup> השאלה הקשה היא מהם התנאים הנדרשים לשימוש זה בעילת תביעתו של אחר, בלא הרשאתו המפורשת, לשם השגת אותן תכליות חברתיות. בית המשפט העליון בארצות הברית, כך נדמה, השיב לשאלה זו כדלקמן:

In a class action [...] a person not named as a party may be bound by a judgment on the merits of the action, if she was *adequately represented* by a party who actively participated in the litigation<sup>22</sup>.

19 Richards v. Jefferson County, 517 U.S. 793 גם Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32 (1940) וראו גם (1996).

20 ראו ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.12.2010) (להלן: עניין אכדיה): "תובענה ייצוגית מוגשת על ידי תובע בשם קבוצת אנשים שלא ייפו את כוחו לכך"; כן ראו הגדרת "תובענה ייצוגית" בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות.

21 ראו ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות; ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 7.6.2007); ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' תופיק, פ"ד נו(4) 673, פס' 2 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003).

22 Martin v. Wilks, גם Taylor v. Sturgell, 128 S. Ct. 2161 (2008) (ההדגשות הוספו – א"ו). וראו גם 490 U.S. 755 (1989): "We have recognized an exception to the general rule when, in certain limited circumstances, a person, although not a party, has his interests adequately represented by someone with the same interests who is a party" הברית התנאים הכלליים לקיומה של תובענה ייצוגית מתוארים ככוללים שלושה אלמנטים: הודעה הולמת על קיומם של ההליכים ומתן אפשרות להשתתף בהם, אפשרות לפרוש מן הקבוצה וייצוג הולם "at all time" (ראו Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 811–812 (1985)) (להלן: עניין Shutts). יש המכנים שלושה אלמנטים אלו, בהשאלה מדיני התאגידים, דרישה ל-"voice", "exit" ו-"loyalty". ראו John C. Jr. Coffee, *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370 (2000).

כלומר, אפשר לומר כי תנאי לחיובו של אדם בתוצאות הליך משפטי אשר לא היה לו חלק בו, רק בשל השתייכותו לקבוצה המיוצגת על ידי אחר, הוא כי אותו אדם יהיה "מיוצג באופן הולם" בבית המשפט. עמד על מרכזיותו של תנאי זה בית המשפט העליון בישראל:

אכן העובדה שבמסגרת התובענה הייצוגית מיוצג עניינם של כל חברי הקבוצה על-ידי תובע אחד, מנמיכה את הצורך בייצוג הולם. דרישת הייצוג ההולם – המופיעה בלשון זו או אחרת בכל החוקים שמכוחם ניתן להגיש תובענה ייצוגית, לרבות חוק החברות, התפתחה עוד בדיני היורש (א' חביב-סגל דיני חברות (כרך א) [32], בעמ' 587). דרישה זו נועדה להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה – שאינם נוטלים חלק פעיל בנייהול ההליך ולעתים אף אינם יודעים כלל על קיומו – לא ייפגע כתוצאה מייצוג בלתי הולם. תכלית זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה שפסק-הדין בתובענה הייצוגית מהווה מעשה-בית-דין לגבי כל הנמנים על הקבוצה [...] בית-המשפט מופקד על הגנת עניינם של חברי הקבוצה, ועליו ליתן דעתו בין השאר להתקיימותו של תנאי הייצוג ההולם (ג' לוטן, א' רז תובענות ייצוגיות (כרך א) [33], בעמ' 178–179).<sup>23</sup>

בפסיקת בתי המשפט אפוא ניתן מעמד מרכזי לעקרון הייצוג ההולם בהליך אישורן של תובענות ייצוגיות. עקרון הייצוג ההולם הוא שמהווה את ההצדקה לחיוב אדם בתוצאות הליך משפטי שלא היה לו חלק בו, ואף בלא שנתן את הרשאתו המפורשת לניהול ההליך בשמו, וזאת לשם הגשמת התכליות החברתיות הטמונות בהליך הייצוגי.

על עקרון הייצוג ההולם אפשר גם להביט דרך "משקפיים חוקתיים". כאמור, בדיני התובענות הייצוגיות נעשה שימוש בעילת התביעה של הפרט בלא הסכמתו. שימוש זה בעילת התביעה של הפרט פוגע בזכויות אדם. מן הפרט ניטל חופש הבחירה שלו מתי, כיצד – ואם בכלל – לעשות שימוש בעילת התביעה שבידיו. בנוסף, בסופו של ההליך

23 רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 267 (2000); וראו גם דברי השופט שטרסברג-כהן ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו(3) 220, 236 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת.): "במרכזה [של התובענה הייצוגית – א"ו] 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"; וכן ראו שם, בעמ' 250: "לב לבן של תובענות אלה הוא ייצוג הרבים על-ידי האחד, כשהנציג פועל למענם"; לדוגמאות נוספות ראו לאחרונה ע"א 3506/09 צייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון, פסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.4.2011); ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי, פס' י"ז–י"ח ו-י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין, ופסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 18.1.2012). כן ראו ס' 17 לחוק תובענות ייצוגיות, המטיל על בא כוח התובע המייצג חובה לפעול "בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה".



עלול להיווצר נגד הפרט מעשה בית דין, באופן השולל את זכותו לפנות לערכאות שיפוטיות באופן אישי לשם עמידה על קבלת פיצוי על נזקיו.<sup>24</sup> השאלה היא, אם דיני התובענות הייצוגיות צולחים את מבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>25</sup> נוכל להניח כי התכליות שלשמן נפגעת זכותו של הפרט והטמונות בהליך הייצוגי, כמפורט בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הן תכליות ראויות. השאלה המרכזית היא אם הפגיעה בפרט מידתית. אפשר לקבוע כי כדי שהפגיעה בפרט תהא מידתית, על הפרט להיות מיוצג בהליך באופן הולם.<sup>26</sup> מנקודת מבט זו, הגשמת התכליות החברתיות הטמונות בהליך הייצוגי תוך ייצוגו של הפרט באופן בלתי הולם – אינה חוקתית, אף על פי שמדובר בתכליות חברתיות רצויות.

השאלה הקשה היא כמובן, כיצד נבחן אם הפרט שבעילת תביעתו נעשה שימוש בהליך הייצוגי אמנם "יוצג באופן הולם". ואכן, מלבד הדרישה הכללית המנויה בסעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיה תנאי לאישורה של תובענה ייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת", את רבים מהתנאים הנוספים המנויים בחוק והמוכרים לנו אפשר לתאר כיישום פרטני של דרישה זו וכחוסים תחת קורת הגג של עקרון "הייצוג ההולם". כך, למשל, אחת

24 ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 24–25 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006), שם נקבע כי פגיעה בזכות הניזוק לפיצויים בגין נזקיו היא פגיעה בזכות חוקתית המוגנת בחוקי היסוד; וכן הסקירה בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנוב, 29.8.2011), בדבר היות זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית.

25 ס' 8 לחוק היסוד.

26 ראו רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 23, בעמ' 250, שם מובא עקרון הייצוג ההולם כאחד הטעמים לדחיית הטענה כי מכשיר התובענה הייצוגית אינו עולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "[לטענת המדינה – א"ן] הוויתור על דרישת הסכמה לשם יצירת יחסי שליחות מהווה פגיעה בזכויות יסוד של חברי הקבוצה המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדה זו אינה מקובלת עליי [...] אכן, הסכמה לייצוג על-ידי נציג בתובענה ייצוגית, הן לפי תקנה 29 הן לפי החקיקה החדשה, איננה הסכמה מפורשת [...] אולם אין מתבקשת מכך המסקנה שהכרה בתקנה 29 כמקור חוקי לאישור תובענות ייצוגיות עומדת בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] טול את יסוד הייצוגיות מן התובענה הייצוגית על-פי החוקים החדשים ועל-פי תקנה 29, וביטלת במחי יד את מוסד התובענות הייצוגיות. לב לבן של תובענות אלה הוא ייצוג הרבים על-ידי האחד, כשהנציג פועל למענם [...] גם אם נגרמת פגיעה בזכות יסוד – ואינני סבורה כן – ברי שלאור הצורך החברתי-משפטי-כלכלי בהשגת תכליות התובענה הייצוגית, ניתן לקבוע כי פגיעה כזו היא לתכלית ראויה ואינה במידה העולה על הנדרש".

בדומה לכך, בארצות הברית מוכרת דרישת הייצוג ההולם כתנאי לאי-פגיעה בזכותו החוקתית של הפרט להליך הוגן ("Due Process"); ראו עניין *Shutts*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 812; Issacharoff & Nagareda, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1676: "The law of class actions has embraced the bedrock proposition that adequate class representation is a constitutional due process prerequisite to a binding class-wide judgment".

הדרישות הבסיסיות לאישור תובענה ייצוגית היא כי התובע המייצג יאחז בעילה אישית בתובענה שהוא מתיימר לנהל.<sup>27</sup> את תכליתה של דרישה זו אפשר לתאר כיישום פרטני של הדרישה ל"ייצוג הולם": יש בה כדי להגדיל את הסיכוי לכך כי הקבוצה תיוצג באופן הולם על ידי יצירת זהות אינטרסים בין התובע המייצג לבין חברי הקבוצה. בלא עילה אישית גדל החשש שהתובע המייצג לא יפעל למען טובת הקבוצה, כפי שהיה פועל אילו היה חלק ממנה ונהנה גם הוא במישרין מכל סעד שבו היא תזכה.<sup>28</sup> כך, גם הדרישה בדיון כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה[...]"<sup>29</sup> (בעניינה נרחיב בהמשך) – הגיונה דומה. תכליתה היא, בין השאר, להבטיח כי לא יהיו ניגודי אינטרסים בין התובע המייצג לבין חלק מחברי הקבוצה אשר השאלות של עובדה או משפט הנוגעות להם שונות מאלו שלו עצמו.<sup>30</sup> באותו האופן מובן כי גם הדרישה לייצוג הקבוצה בתום לב<sup>31</sup> או בחינה שערך בית המשפט בארצות הברית בעניין אחד בדבר רמתו המקצועית של בא כוח התובע המייצג,<sup>32</sup> הן חלק מדרישת הייצוג ההולם.

27 ס' 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

28 ראו עניין וינבלט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 267: "בענייננו מתעוררת שאלת הייצוג ההולם מנקודת מבט שעניינה התאמת התובע הייצוגי, שלא סבל נזק, לייצג את עניינה של הקבוצה בתובענה, שעיקר העילות המנויות בה כוללות נזק כרכיב מרכיביהן"; וכן עיינו עניין Richards, לעיל ה"ש 19, בעמ' 801; Issacharoff & Nagareda, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1677. נדון בדרישה זו ביתר הרחבה בפרק (5) להלן.

29 ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות (ההדגשה הוספה – א"ו).

30 ראו למשל Gen. Tel. Co. of Sw. v. Falcon, 457 U.S. 147, 158 n. 13 (1982) (להלן: עניין "General Telephone"). "The commonality and typicality requirements of Rule 23(a) tend to merge. Both serve as guideposts for determining whether under the particular circumstances maintenance of a class action is economical and whether the named plaintiff's claim and the class claims are so interrelated that the interests of the class members will be fairly and adequately protected in their absence. Those requirements therefore also tend to merge with the adequacy-of-representation requirement, although the latter requirement also raises concerns about the competency of class counsel and conflicts of interest".

31 ס' 18(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות; ראו באשר לקשר בין חובת תום הלב לעקרון הייצוג ההולם את שנקבע בת"צ (מחוזי מ"ר) 5567-06-08 בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ, פס' 34 להחלטה (פורסמה בנבו, 20.12.2010): "הניסיון למנף תביעה ייצוגית צרכנית כדי לקדם סכסוך עסקי קודם הוא ניסיון פסול, אשר אין לתת לו יד [...] ניסיון שכזה מהווה חוסר תום-לב מובהק, באשר הוא עושה במכשיר התובענה הייצוגית שימוש למטרה זרה ופסולה. ממילא החשש כי התרת תביעות ייצוגיות מסוג זה עלולה להביא לייצוג בלתי הולם של האינטרסים של חברי הקבוצה, כמו גם לפגיעה בלתי הוגנת בנתבע, הוא ממשי עד מאד" (ההדגשות הוספו – א"ו).

32 In Re Auction Houses Antitrust Litig., 197 F.R.D. 71 (S.D.N.Y. 2000) (להלן: עניין Auction Houses), שם ערך בית המשפט הליך דמוי-מרכזי לשם התחרות בין באי-כוח של תובעים מייצגים

ואולם, אף על פי שכאמור אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט העליון קביעות שונות בדבר חשיבותו של עקרון הייצוג ההולם ככל שהדבר מתייחס להליך אישור התובענה הייצוגית, התמונה משתנה בכל הנוגע לפסיקת בית המשפט העליון העוסקת באישורם של הסדרי פשרה ייצוגיים. עיון בפסיקה זו מלמד כי עד כה פסיקת בית המשפט העליון בעניין זה מועטה ביותר, ובכלל זה נעדרת התייחסות לשאלת ייצוגם ההולם של חברי הקבוצה בהליכי גיבוש ואישור הסדר הפשרה הייצוגי. מפסיקה לא רבה זו עולה כי בבסיס אישור הסדר הפשרה עומד, בעיקרו של דבר, רצונו של בית המשפט להביא לסיום יעיל של ההליך, תוך שמצוין כי שווי ההטבה הניתנת לקבוצה במסגרת ההסכם נראה לבית המשפט "הוגן". לא אחת, נעשה אישור הסדר הפשרה בלא היוזקות לפרוצדורה הקבועה לעניין זה בחוק, תוך הסתמכות על שנפסק ברע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל,<sup>33</sup> שם נקבע כי אפשר לעשות כן במקרה שמתווה ההסכם הושג בעקבות הצעה לפשרה שהגיעה מצד בית המשפט ובפיקוחו.

כך, לדוגמה, ברע"א 8564/09 בנק הפועלים בע"מ נ' אביב שירותים משפטיים בע"מ<sup>34</sup> אישר בית המשפט העליון הסדר פשרה ייצוגי שגובש בין הצדדים. עיון בפסק דין זה מלמד היטב על רצונו של בית המשפט להביא לסיום ההליך (פס' 3 לפסק הדין: "לאחר שהוגשה בקשת רשות הערעור קיימנו מספר דיונים במעמד הצדדים בניסיון להביא את בעלי הדין לפתרון מוסכם"). בית המשפט העליון מדגיש בפסק הדין כי שווי הפיצוי נראה הוגן (פס' 6 לפסק הדין: "ההסדר המוצע נותן פיצוי הולם והוגן לחברי הקבוצה וללקוחות הבנק בכללותם"), וכי קיים יתרון בסיום ההליך על פני ניהולו עד סיומו ("בנסיבות העניין עדיפה הפשרה שהושגה בשלב הנוכחי על פני ניהול ההליך עד תומו, בלא שניתן לדעת בוודאות כיצד הוא יסתיים"). אישור הסדר הפשרה נעשה בהסתמך על הלכת סבו, הנזכרת לעיל, בלא היוזקות לפרוצדורה הקבועה לעניין זה בהוראות החוק.

אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט העליון החלטות נוספות מסוג זה, שבהן אושר הסדר פשרה ייצוגי לאחר דיון קצר, בלא דיון בתנאים הנדרשים בדיון לשם אישור ההסכם, ובתוך כך בלא דיון בשאלה אם חברי הקבוצה יוצגו על ידי התובע המייצג באופן הולם. גם מהחלטות אלו משתקף רצונו של בית המשפט העליון להביא לכדי סיום ההליך, תוך שהוא קובע כי שווי ההטבה לקבוצה הגלומה בהסכם נראה הוגן.<sup>35</sup> מלבד

שונים; ראו גם עניין וינבלט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 267, שם ניתח בית המשפט עניין זה במסגרת סוגיית "הייצוג ההולם"; וראו גם, לאחרונה, עניין דבח, לעיל ה"ש 23, פסק דינו של השופט מלצר.

33 פורסם בנבו, 15.12.2008.

34 פורסם בנבו, 27.9.2011.

35 ראו ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 29.3.2011) (להלן: ע"א 2046/10 שמש), שם אושר הסדר הפשרה שגובש ביוזמתו של בית המשפט בלא דיון בהוראות חוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט הדגיש באותו עניין את היעילות הטמונה באימוץ הסדר הפשרה. מעיון בפסק הדין ניכר

אסמכתאות ספורות אלו נעדרת עד כה פסיקת בית המשפט העליון דיון בהוראות חוק תובענות ייצוגיות העוסקות באישור הסדרי פשרה ובעקרונות המנחים שלאורם יש לפרש הוראות אלו וליישמן (ועקרון הייצוג ההולם בכלל זה). כיום עיקר יישומן של הוראות החוק הנוגעות לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים נעשה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, אולם בהיעדר הנחיות מתאימות מצד בית המשפט העליון גם זו נעדרת קו מנחה אחיד והכרה במעמדו של עקרון הייצוג ההולם (כפי שזה אמור להיות מוכר, כמוסבר בהמשך המאמר). לדוגמאות רבות מפסיקת בתי המשפט המחוזיים באשר לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים והיחס בינן לבין עקרון הייצוג ההולם, נתייחס בהרחבה בהמשך מאמר זה. פסקי דין כדוגמת אלו הנפוצים בארצות הברית, שבהם נערכת ביקורת של אישור הסדר הפשרה הייצוגי על ידי ערכאת הערעור<sup>36</sup> או במסגרת "תקיפה עקיפה" בהליך נפרד<sup>37</sup>

רצונו של בית המשפט להביא את ההליך המתמשך לכדי סיום: "בריון שקיימנו בערעורים שלפנינו עשינו מאמץ לשכנע את באי-כוח הצדדים כי הגיעה העת לסיים את ההיסטוריה הבלתי גמורה של תיק זה [...] לאחר דיון מתמשך וחילופי דברים, מתוך רצון להביא את הצדדים להסכמה כדי לסיים מאבק מתיש ופוגעני על פי המלצתנו ובעידודנו, הציע בא-כוח התובע הייצוגי הצעת פשרה שהצלהנו לשכנע את מר דן רייכרט לקבלה". ברע"א 2362/08 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 14.12.2011) (להלן: עניין תדיראן) אושר הסדר פשרה בהסתמך על הלכת סבו. גם בעניין זה ניכר רצונו של בית המשפט העליון להביא לידי סיום ההליך בפשרה (ראו פס' 3 לפסק הדין: "במסגרת הדיון בבקשת רשות הערעור ערכנו שני דיונים במעמד הצדדים. זאת, בניסיון לבחון אפשרות לסיים את ההליך בפשרה"). בית המשפט מציין כי לטעמו ההסדר משקף שווי הוגן כלפי הקבוצה (פס' 6 לפסק הדין: "הערך הכלכלי של פיצוי זה, כפי שהוצג ומפורט בנוסח ההסדר, משקף לטעמנו פיצוי כספי הולם לחברי הקבוצה"). בשתי החלטות נוספות של בית המשפט העליון עסק בית המשפט רק בשיעור הגמול ושכר הטרחה לתובע המייצג ובא כוחו: עע"ם 7897/10 מלי נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 23.2.2011); עע"ם 7816/09 בן ארי נ' משרד האוצר (פורסם בנבו, 22.6.2010).

36 ראו, בבית המשפט העליון בארצות הברית, את *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, (1997) (להלן: עניין *Amchem*); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999) (להלן: עניין *Ortiz*); וכן את *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1 (2002), שם הכיר בית המשפט העליון שבארצות הברית בזכותו של חבר בקבוצה המיוצגת לערער על ההחלטה המאשרת הסדר הפשרה. פסיקת בתי המשפט לערעורים בהקשר זה היא ענפה. ראו רק לאחרונה *In re Comm. Bank of N. Va.*, 622 F.3d 275, 291 (3d Cir. 2010); *In re Bluetooth Headset Prods. Liab. Litig.*, 654 F.3d 935 (9th Cir. 2011) (להלן: עניין *Bluetooth*); עניין *Sullivan*, לעיל ה"ש 14.

37 ראו למשל *Epstein v. MCA, Inc.*, 179 F.3d 641 (9th Cir. 1999); *Stephenson v. Dow Chem. Co.*, 273 F.3d 249 (2d Cir. 2001); *Wolfert v. Transamerica Home First, Inc.*, 439 F.3d 165 (2d Cir. 2006). וראו גם את פסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית בשנת 1940, בעניין *Hansberry*, לעיל ה"ש 19; ובאופן כללי ראו Patrick Woolley, *Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Suits for Money Damages*, 58 U. KAN. L. REV. 917 (2010); *Issacharoff & Nagareda*, לעיל ה"ש 7.

בשל טענה לפגמים שנפלו באיכות ייצוגה של הקבוצה – נעדרים בינתיים מהנוף המשפטי הישראלי.

ייתכן שהיעדר הדיון בבית המשפט העליון בתנאים בחוק לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים והעקרונות העומדים בבסיסם, עד כה, הוא פרי הלכת סבו האמורה, אשר במסגרתה הוקנה לערכאת הערעור שיקול דעת רחב לאשר הסכמים מסוג זה.<sup>38</sup> מכל מקום, נכון לשעה זו, על אף חשיבותו הרבה של עקרון הייצוג ההולם באישור הסדרי פשרה ייצוגיים (שעליה נעמוד בהמשך) אין בפסיקת בתי המשפט דיון או הכרה במעמדו של עיקרון זה ועל ההשפעה שאמורה להיות לו על פרשנות התנאים הקבועים בחוק לשם אישור ההסכם ויישומם.

נסכם: אף שקיימת בפסיקת בית המשפט העליון הכרה עקרונית בחשיבותו של עקרון הייצוג ההולם בהליך הייצוגי בכללותו, נעדרת היא עד כה הכרה בחשיבותו של עיקרון זה בכל הנוגע להליכי אישורם של הסדרי פשרה ייצוגיים. במקרים הספורים שבהם הגיע לפתחו של בית המשפט העליון דיון באישור הסדר פשרה ייצוגי, נעשה זה תוך התמקדות בשוויי ההטבה הניתנת לקבוצה המיוצגת, לעתים תוך הסתמכות על הלכת סבו, ונראה כי בעיקר מתוך רצון להביא את ההליך לכדי סיום. פסיקת בית המשפט העליון אינה מספקת כיום קו מנחה ברור באשר למעמדו של עקרון הייצוג ההולם באישור הסדרי פשרה ייצוגיים אשר יש בו כדי להדריך את הערכאות הדיוניות בהקשר זה.

כפועל יוצא מכך, דיון סדור ומעמיק באיכות ייצוגה של הקבוצה עובר לאישור ההסכם (שלא לומר, פיקוח על אישור ההסכם בהקשר זה בערכאת הערעור או במסגרת "תקיפה עקיפה" על ידי חבר הקבוצה בהליך חדש, כדוגמת זה הרווח בארצות הברית) טרם פותח והושרש בשיטת משפטנו. הוסיפו לכך את ה"פיתוי", אם נוכל לכנות זאת כך, שבפניו עומד בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה ולהסיר תיק מורכב מסדר יומו העמוס, והתוצאה היא, שלמרבה הצער, במצב המשפטי הנוכחי קיים סיכון רב כי הסדרי פשרה ייצוגיים יאושרו על ידי בתי המשפט חרף ייצוגם של חברי הקבוצה באופן בלתי הולם על ידי התובע המייצג.

## ב. ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות – מהו?

כדי להבין את משמעותו של "ייצוג הולם" בהסדרי פשרה בהליך הייצוגי, יש להבין ראשית מהם האינטרסים השונים העומדים על הפרק בהקשר זה.<sup>39</sup> באופן כללי, את

38 על הלכת סבו נמתחה ביקורת בספרות המשפטית; ראו קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 72 ואילך.

39 המלומד קרייני עורך במאמרו, מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א 449,

המשא ומתן לקראת הסדר פשרה בהליך הייצוגי אפשר לתאר כמאבק בין שלושה אינטרסים: אלו של הנתבע, אלו של הקבוצה המיוצגת ואלו של התובע המייצג. הנתבע. האינטרס של הנתבע במשא ומתן לקראת הסדר פשרה בהליך הייצוגי מורכב משני נדבכים. הראשון הוא הפשוט יותר: להביא לידי סיום הסכסוך בעבור סכום הנמוך ככל האפשר. הנתבע, כמובן, מעוניין לשלם כמה שפחות. אולם, חשוב להדגיש כי מבחינת הנתבע לרוב אין זה משנה כיצד יחולק הסכום המשולם בין הקבוצה המיוצגת לבין התובע המייצג ובא כוחו, או בין חברי הקבוצה לבין עצמם. מנקודת מבטו, זוהי חלוקה פנימית שאינה מעניינתו. כל שחשוב לנתבע הוא כי העלות הכוללת של הסדר הפשרה תהיה נמוכה ככל האפשר. כפי שצייין בית המשפט בארצות הברית: [A] "the defendant is interested only in disposing of the total claim asserted against it [...] the allocation between the class payment and the attorneys' fees is of little or no interest to the defense"<sup>40</sup>. כפי שנראה בהמשך, לנקודת מבט זו של הנתבע מקום מרכזי בבחינה אם הקבוצה "יוצגה באופן הולם".

הנדבך השני לאינטרסים של הנתבע נוגע להשלכה העתידית של הסדר הפשרה: הנתבע מעוניין כי היקף מעשה בית הדין שייווצר בעקבות ההסכם יהיה גדול ככל האפשר. בשביל הנתבע הסדר הפשרה הוא למעשה רכישה של עילות תביעה פוטנציאליות. לנתבע יש אינטרס כי משעה שהושג הסדר פשרה ונקבעה עלותו, הוא יקיף קבוצה גדולה ככל האפשר, ויכלול ויתור רחב מצד חבריה על כמה שיותר עילות תביעה.<sup>41</sup>

478–484 (2005), הבחנה בין שלושה סוגים של תובענות ייצוגיות: תובענות ייצוגיות העוסקות בנוקטן של כל חבר בקבוצה; תובענות ייצוגיות העוסקות בנוקטן ניכר לכל חבר בקבוצה (כדוגמת אלו העוסקות בעוללות המוניות); תובענות ייצוגיות העוסקות בזכויות אדם. הניתוח שלהלן מתייחס לתובענות ייצוגיות משני הסוגים הראשונים (תוך שיצוינו הבדלים שונים שעשויים להתעורר ביניהם). עם זאת, הניתוח להלן אינו מתיימר להתייחס לתובענות ייצוגיות "מהסוג השלישי" שהוזכר לעיל (תובענות ייצוגיות העוסקות בזכויות אדם), שכן אלו עלולות לערב אינטרסים שונים של הצדדים, בהליך הייצוגי בכלל ובמגעם לקראת הסדר פשרה בפרט.

40 *In re Gen. Motors Corp. Pickup Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768, 818 (3d Cir. 1995), תוך ציטוט פסק הדין. *Prandini v. Nat'l Tea Co.*, 557 F.2d 1015, 1020 (3d Cir. 1977) (להלן: עניין *General Motors*).

41 ראו Christopher R. Leslie, *A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation*, 49 UCLA L. REV. 991, 1004 (2001). כן ראו את עניין *Ortiz*, לעיל ה"ש 36, שם דרשו הנתבעים כי בתמורה להסכם הפשרה, יקבלו הם "total peace", "ensuring no unknown future liabilities" ו-"global settlement".

פרקטיקה נפוצה מצדו של הנתבע היא לדרוש כי הקבוצה תכיל גם עילות תביעה שמועדן הוא בין יום הגשת התביעה ליום אישור הסדר הפשרה. פרקטיקה זו, חשוב לציין, מנוגדת לאמור בס' 18(1)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, אשר מורה כי "הסדר פשרה לא יכלול – עילות תביעה, בעלי דין או חברי

הקבוצה המיוצגת. בדומה לנתבע, גם לקבוצה המיוצגת אינטרס כפול: ראשית, הקבוצה המיוצגת מעוניינת כי ההטבה שהיא תהיה זכאית לה במסגרת הסדר הפשרה תהיה גבוהה ככל האפשר. אולם עם זאת, ושנית, הטבה זו אינה ניתנת כמובן בחינם. כאמור, חברי הקבוצה "מוכרים" תמורתה את עילת התביעה האישית המצויה בידיהם.<sup>42</sup> משכך, במהופך מן הנתבע, חברי הקבוצה מעוניינים כי "מחיר" זה יהיה נמוך ככל האפשר, היינו כי בתמורה להסדר הפשרה הם יוותרו על כמה שפחות עילות תביעה. במילים אחרות, בניגוד לרצון הנתבע, חברי הקבוצה מעוניינים כי היקף מעשה בית הדין אשר ייווצר בעקבות אישור הסדר הפשרה יהיה מצומצם ככל האפשר. אפשר לראות אפוא כי הקבוצה המיוצגת והנתבע הם יריבים זו של זוה של זו: האינטרסים שלהם הפוכים אלו מאלו. ההתמקחות ביניהם היא על שווי ההטבה שתניתן בפשרה, ובתמורה – על מעשה בית הדין אשר ייווצר בגינה.

התובע המייצג. כאמור, הקבוצה המיוצגת היא יריבה של הנתבע. עם זאת, בהליך הייצוגי היא אינה נוכחת בהליך המשפטי או במשא ומתן לקראת הסדר הפשרה. הקבוצה מיוצגת על ידי התובע המייצג – ולזה האחרון אינטרס המורכב מנדבכים אחדים גם כן. ראשית, התובע המייצג חולק את אותם האינטרסים עם הקבוצה בשל היותו חבר בה. גם

קבוצה, אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית, ומצריכה את תיקון הבקשה לאישור על פי האמור בסיפה של סעיף קטן זה. ראו למשל את בש"א (מחוזי ת"א) 3058/07 ארגס נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 11 להחלטה (פורסמה בנבו, 13.9.2009), שם ביקשו הצדדים להרחיב את קבוצת התובעים המיוצגים במסגרת הסדר הפשרה באופן האמור – ובית המשפט דחה ניסיון זה בקבעו כי "מדובר בניסיון מצידה של תנובה להרחיב את מעשה בית-הדין שיוצר הסדר הפשרה עם אישורו בידי בית המשפט גם ביחס לקבוצת תובעים שכלל לא נזכרה בבקשת האישור". למרבה הצער, בתי המשפט אינם מקפידים תמיד על עניין זה, ולעתים מאפשרים לצדדים להרחיב את קבוצת התובעים המיוצגים בניגוד לאמור בחוק ובלא תיקון הבקשה לאישור כנדרש (ראו למשל בש"א (מחוזי ת"א) 17393/07 כהן נ' בייגל בייגל מזון (1985) בע"מ, פס' 4.א. לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.3.2010), פריט מס' 332 בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5. כן ראו בש"א (מחוזי חי') 17774/06 רשף נ' חד אסף תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2012), שם אישר בית המשפט את הרחבת עילות התביעה והקבוצה המיוצגת מעבר לנטען בבקשה לאישור על אף התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה).

ניסוח שונה של אינטרס הקבוצה הוא כי חברי הקבוצה "מוכרים" לא רק את עילת התביעה האישית שלהם אלא גם, ואולי בעיקר, את יכולתם הקולקטיבית להגיש תובענה ייצוגית. ניסוח זה נכון במיוחד כאשר התובענה הייצוגית עוסקת בנוזקים זעומים לכל חבר בקבוצה, שאז חברי הקבוצה אדישים למדי לגבי עילת התביעה האישית שבדיהם ולגבי היקף מעשה בית הדין שייקבע נגדם ב"מכירתה". עם זאת, כקבוצה כוללת, "עילת התביעה הייצוגית" שלהם אינה דבר של מה בכך, וההתמקחות עליה היא משמעותית ואמתית. חברי הקבוצה לרוב אינם מאיימים על הנתבע בהגשת תביעות אישיות – דבר שככל הנראה בפועל לעולם לא ייעשה בתובענות ייצוגיות מהסוג האמור – אלא בהמשך ניהולה של התובענה הייצוגית, או בהגשת תובענה ייצוגית חדשה באותן עילות אשר לא ייווצר בעניינן מעשה בית דין.

הוא יקבל את הפיצוי או כל הטבה אחרת אשר ישיג במשא ומתן לטובת הקבוצה, וגם הוא "ימכור" תמורתם את עילת התביעה האישית שלו כך שייווצר נגדו מעשה בית דין. זהו למעשה ביטוייה של זהות האינטרסים בין התובע המייצג לבין הקבוצה, זהות אשר נועדה להגביר את הביטחון כי התובע המייצג ישקוד על הגדלת ההטבה הניתנת לחברי הקבוצה במסגרת הסדר הפשרה.

ואולם, לתובע המייצג אינטרס נוסף: לכשיאושר הסדר הפשרה הוא יהיה זכאי, עם בא כוחו, לגמול נפרד (ותשלום שכר טרחה) מן הנתבע.<sup>43</sup> לתובע המייצג יש כמובן אינטרס שהטבה אישית זו תהיה גבוהה ככל האפשר. זאת ועוד: בתובענות ייצוגיות העוסקות בטענות לנזקים קטנים לכל חבר בקבוצה, עיקר רווחו של התובע המייצג הוא במרכיב זה של הסדר הפשרה. אלא שבדומה לנתבע, גם התובע המייצג מתעניין בסך הכולל של שווי הסדר הפשרה מבחינתו – הגמול שלו הוא זכאי כתובע מייצג (בצירוף שכר הטרחה לבא כוחו) והפיצוי שלו הוא זכאי כאחד מחברי הקבוצה.<sup>44</sup>

עתה, לאחר שעמדנו על האינטרסים השונים העומדים על הפרק, מתבהרים הסכנה באישור הסדר הפשרה בתובענה הייצוגית והחשש הגדול לניגוד אינטרסים בין התובע המייצג לבין הקבוצה. חשש זה נעוץ בכך כי הן לתובע המייצג והן לנתבע יש מן המשותף: שניהם מתעניינים בסך שווי ההסכם מבחינתם. תכונה משותפת זו היא שעומדת בבסיס הסכנה הטמונה באישור הסדרי פשרה בהליך הייצוגי. לאורה, לנתבע ולתובע המייצג יש תמריץ לחבור זה לזה ולהסכים על פגיעה משותפת בקבוצה: לתובע המייצג ולנתבע אינטרס לשתף פעולה ולהסכים כי הנתבע יעניק לתובע המייצג גמול גבוה (ושכר טרחה גבוה לבא כוחו), תמורת הסכמה על הפחתה גבוהה יותר בפיצוי אשר תקבל הקבוצה או הרחבה בהיקף מעשה בית הדין שייווצר נגדה בעקבות ההסכם.<sup>45</sup>

43 ס' 22–23 לחוק תובענות ייצוגיות.

44 במאמר זה לא נתמקד בניגודי האינטרסים אשר עלולים להתעורר בין בא כוח התובע המייצג לבין התובע המייצג והקבוצה המיוצגת. כך, למשל, אופן חישוב שכר הטרחה שלו יהיה זכאי בא כוח התובע המייצג עלול להוביל לניגודי אינטרסים מסוג זה. סוגיה זו חורגת מהיקפה של הרשימה, וההתייחסות להלן תהיה לתובע המייצג ולבא כוחו יחדיו, כך שכל התייחסות לתובע המייצג והגמול שלו הוא זכאי, משמעה התובע המייצג עם בא כוחו והגמול ושכר הטרחה שלהם הם זכאים יחדיו. לדיון מקיף בדרכי חישוב שכר טרחת בא כוח התובע המייצג לאור ניגודי האינטרסים האפשריים בינו לבין התובע המייצג והקבוצה, ראו עניין *Auction Houses*, לעיל ה"ש 32.

45 ראו למשל בש"א (מחוזי ת"א) 23972/08 זילברפלד נ' בנק דיסקונט סניף פרדס כץ, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.5.2010): "במסגרת תובענה ייצוגית קיים ניגוד אינטרסים מובנה בין התובע הייצוגי ובא כוחו מחד גיסא, לבין יתר חברי הקבוצה, שבשם מבוקש להגיש את התובענה הייצוגית, מאידך גיסא. אותו ניגוד אינטרסים מובנה בא לידי ביטוי בחשש, שמא התובע הייצוגי יגיע להסכמה עם הנתבעים, מכוחה הוא יקבל גמול בדרך זו או אחרת, ואז 'יזנח' את עניינים [צ"ל עניינם – א"ן] של יתר חברי הקבוצה, אותם הוא מתיימר לייצג בתביעה שהגיש". וראו גם ת"א 1697/06



חבירה מסוג זה כדאית לשני הצדדים – הן בשביל התובע המייצג והן בשביל הנתבע – שהרי מדובר בהגדלת שווי הסדר הפשרה מבחינתם. אולם זאת, כמובן, תוך הקרבת האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. חשש זה עמד בפני המחוקק בדברי ההסבר לתזכיר החוק: "החשש במקרים אלו הוא מפני קנוניה בין התובע המייצג לבין הנתבע, כך שהתובע המייצג יפיק תועלת אישית מן הפשרה על חשבון חברי הקבוצה. למעשה, במצבים בהם מושג הסדר פשרה נוצר אצל התובע ניהוד עניינים בין טובתו האישית ובין האינטרסים של הקבוצה, דבר המצדיק פיקוח מוגבר הן על ידי בית המשפט והן על ידי חברי הקבוצה".<sup>46</sup>

דוגמה קיצונית להתממשות החשש מפני קנוניה מסוג זה התעוררה בארצות הברית בעניין *Reynolds v. Beneficial National Bank*.<sup>47</sup> באותו עניין הוגשו נגד הבנק הנתבע למעלה מעשרים בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, בטענות צרכניות שונות. כפי שהדברים מתוארים בפסק דינו של השופט Posner, שניים מבאי כוח התובעים המייצגים השונים, שתביעתם כבר נדחתה, סעדו עם בא כוח הנתבע ארוחת צהריים. במהלך הארוחה הם דנו ביניהם על עריכת הסכם פשרה כולל בין הצדדים ("global settlement"). כמצוין בפסק הדין, ספק היה אם בכלל באותו מועד יצגו באי כוח התובעים המייצגים לקוח כלשהו. בין הצדדים לא הייתה כל התמקחות על סכום הפשרה. להסדר הפשרה צורפו חברות נוספות הקשורות לנתבע אף על פי שבאותו שלב לא הועלו נגדן כל טענות והן לא העניקו בהסכם כל הטבה לחברי הקבוצה. חלק מחברי הקבוצה התנגדו לאישור הסדר הפשרה בטענה כי למעשה התרחשה כאן דרך פעולה המכונה "reverse auction" – בחירה של הנתבע בתובע המייצג החלש ביותר האפשרי מבין התובענות הייצוגיות השונות שהוגשו נגדו באותו עניין, כדי לכרות עמו הסכם בעלות נמוכה ככל האפשר:

The various objectors to the settlement [...] contend that the settlement agreement is the product of a 'reverse auction', the practice whereby the defendant in a series of class actions picks the most ineffectual class lawyers to negotiate a settlement with in the hope that the district court will approve a weak settlement that will preclude other claims against the defendant [...]. The ineffectual lawyers are happy to sell out a class they anyway can't do much for in exchange for generous attorneys' fees, and the defendants are happy to pay generous attorneys' fees since all they care about is the bottom line – the sum of the settlement and the

(מחוזי ת"א) גלניק נ' הראל בע"מ – חברה לביטוח, פס' 3 להחלטה (פורסמה בנבו, 8.11.2007); וראו לאחרונה עניין *Bluetooth*, לעיל ה"ש 36.

46 דברי ההסבר לס' 18 בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה–2005 (ההדגשה הוספה – א"ו).  
47 288 F.3d 277 (7th Cir. 2002).

attorneys' fees – and not the allocation of money between the two categories of expense.<sup>48</sup>

בית המשפט באותו עניין קיבל את הערעור וכיטל את אישור ההסכם שנתן בית המשפט דלמטה.

עניין *Reynolds* הוא דוגמה למקרה קיצוני של התממשות החשש מחבירה של התובע המייצג עם הנתבע, אולם חשוב ביותר להבין כי אין הכרח שתהיה זו "קנוניה"<sup>49</sup> דווקא: החבירה בין הצדדים אינה חייבת להיות מכוונת ואף לא מודעת. חבירה זו עלולה להיות גם תוצאה של מפגש רצונות טבעי בין הנתבע לתובע המייצג ושל השתלשלות עניינים רגילה במהלך המשא ומתן. באופן טבעי, התובע המייצג יסכים להצעות מצד הנתבע במהלך המשא ומתן שבהן הגמול לו עצמו גבוה יותר, על אף שהפיצוי לקבוצה וסך שווי ההסכם נמוכים יותר. בדומה לכך, הנתבע יסכים להצעות במשא ומתן מטעם התובע המייצג ובא כוחו, שבהן ההטבות האישיות שיקבלו הן גבוהות יותר, אך סך שווי ההסכם הוא נמוך עוד יותר עקב הפחתה בפיצוי שלו תהיה הקבוצה זכאית. יתרה מכך – אותה "חבירה" אף איננה חייבת להיות בדרך של החלפת הצעות מפורשת בין הצדדים: התובע המייצג עלול להיות פחות עקשן, תקיף או קשוח בשולחן המשא ומתן באשר להטבה הניתנת לקבוצה, ותשומת לבו היא לסכום הכולל שיקבל בסופו של יום. לשם גם מופנית תשומת לבו של הנתבע, והתוצאה היא שההתמקחות בין הצדדים עשויה שלא להתמקד בתועלת לקבוצה, וזו תיזנח מאחור.<sup>50</sup>

אשר על כן, שומה על בית המשפט לזכור כי החבירה בין הנתבע לבין התובע המייצג ובא כוחו אינה חייבת להיות תוצאה של קנוניה או כוונה דווקא לפגוע בקבוצה: זהו תוצר טבעי של התמריצים המניעים את הצדדים. משכך, גם אין צורך בהוכחה של קנוניה או של רצון הצדדים לפגוע בקבוצה כדי לעורר את חשדנות בית המשפט בהסכם המובא לאישורו. תמריצים אלו הם תמריצים מובנים בכל משא ומתן לקראת הסדר פשרה ייצוגי, וחשדנותו של בית המשפט צריכה להיות קיימת תמיד שעה שמבוקש ממנו לאשר הסכם מסוג זה.

אחד מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט בבואו לאשר את ההסכם הוא לבחון כי חבירה שכזו – בין שהיא מכוונת או מודעת ובין שלא – לא התרחשה. מובן כי אבחונה של חבירה זו אינו פשוט כלל ועיקר. התובע המייצג רשאי לקבל גמול אישי לעצמו, וזהו

48 שם, בעמ' 282.

49 ראו גם את הלשון הדומה של בית המשפט ברע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785 (1996).

50 ראו עניין *Bluetooth*, לעיל ה"ש 36, §2(a): "Collusion may not always be evident on the face of a settlement, and courts therefore must be particularly vigilant not only for explicit collusion, but also for more subtle signs that class counsel have allowed pursuit of their own self-interests and that of certain class members to infect the negotiations"

אף המניע שלו לשמש ככזה מלכתחילה. עם זאת, אסור לתובע המייצג "לחבור" לנתבע כדי לקבל הטבה אישית "שאינה סבירה". מקום שבו התרחשה חבירה מסוג זה, הרי שהתובע המייצג לא שם את טובת הקבוצה בראש מעייניו כפי שהיה מצופה ממנו, או במילים אחרות: הוא לא "ייצגה באופן הולם".

אפשר לנסות להבין טוב יותר את משמעותה הנורמטיבית של חובת הייצוג ההולם המוטלת על התובע המייצג במגעים לקראת הסדר פשרה, על ידי מיקומה בין שאר חובות המוטלות על בעלי תפקיד שונים והמוכרות לנו בתחומי משפט אחרים. בתחומים שונים במשפט מוטלות על אדם חובות ביחסיו עם זולתו, אשר אפשר למקמן על "סרגל" מן הכבד אל הקל. בקצה המחמיר של סרגל זה מצויה חובה המכונה "חובת נאמנות" או "חובת אמון". חובה זו מוטלת, בדרך כלל, כאשר רכושו של אחד מופקד בידי של אחר באופן היוצר חשש לניצול לרעה של האחר את מעמדו. כפי שציינן אהרן ברק, "מי שבידו הכוח לשלוט על רכושו של אחר, למען אחר, חב לו אמון. זהו עקרון כללי".<sup>51</sup> חובה מסוג זה אפשר למצוא בדיני החברות,<sup>52</sup> דיני הנאמנות,<sup>53</sup> דיני השליחות,<sup>54</sup> ביחסים שבין

51 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 492 (1987); ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח (3) 278, 253 (1984): "עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה. הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו [...] על-כן הוא חל ביחסי שלוח-שולח, שכן השלוח מפעיל שליטה על כוח ההתקשרות בשם השולח. בדומה חל עקרון האמון ביחסי אפוטרופוס-פסול-דין, שכן הראשון שולט בפעולותיו ובנכסיו של השני"; וכך ראו ע"א 7338/00 תנובה – מרכז שיתופי לשיוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' המנוח ינון שרעבי ז"ל ויורשיו, פ"ד נו(2) 745, 754 (2003): "ברי, כי המפקיד מרכושו ומכספו בידי זולתו רוחש לזולתו אמון מדרגה נעלה, וכי המחזיק ברכושו ובכספו של זולתו חב חובת נאמנות לזולתו, אף היא חובת נאמנות מדרגה נעלה [...] הציווי 'הי ממון חברך חביב עליך כשלך' ראוי היה בעת שצווה, וכוחו כיום ככוחו ביום היוולדו. ויש אף המרבים ואומרים: יהי ממון חברך חביב עליך משלך"; בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 570, 566 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד): "הדין מכיר בכך, כי במקרים מסוימים נתון אדם במצב של אמון (loyalty) כלפי רעהו. זהו הדין ביחסים שבין שלוח לבין שולחו, בין מנהל לבין התאגיד, בין נאמן לבין הנאמנות. רשימת מצבים אלה אינה סגורה, והיא 'קיימת במגוון רב של יחסים משפטיים' [...] נראה לי כי המשותף למצבים אלה הוא כי בידיו של אדם הופקד אינטרס של אחר, אשר על הפעלתו הוא אמון [...] קיים החשש כי כוח ללא פיקוח וריסון יביא לידי שימוש לרעה באותו כוח. מטרתם של כללי האמון היא, בין השאר, ליצור פיקוח ולהטיל ריסון על בעל הכוח בהפעלתו של הכוח".

52 דוגמאות אלו לקוחות מברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 492. באשר לחובת האמון בדיני החברות, ראו ס' 254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; כן ראו לדוגמה עניין קוסוי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 276-278; יחיאל בהט חברות – החוק החדש והדין לאחר תיקון 16 כרך ב 459 (מהדורה 12, 2011).

53 ס' 10 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979; ע"א 4377/04 הולצברג נ' מירז, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.7.2007).

אפוטרופוס לפסול דין<sup>55</sup> ואף ביחסים שבין עובד ציבור לרשות הציבורית.<sup>56</sup> משמעותה של חובה זו היא כי על בעל התפקיד לשקוד על קידום האינטרסים של האחר שעל רכשו הוא מופקד – ועליו בלבד. אל לו לבעל התפקיד לקדם במסגרת ביצוע תפקידו את האינטרסים שלו עצמו.<sup>57</sup> יתרה מכך – פעמים רבות אף נאסר על בעלי תפקיד אלו להעמיד עצמם במצב של חשש לניגוד עניינים בין האינטרסים של עצמם לבין אלו שעליהם הם אמורים להיות אמונים, פן ידאג בעל התפקיד לראשונים תחת האחרונים (או לכל הפחות מוטלת על בעל התפקיד חובה לדווח על ניגוד עניינים זה או להביא את הפעולה לאישור בפני גורם אחר).<sup>58</sup> יש גם המדרגים חובות אמון אלו לפי עצמתן, כך שבנסיבות מסוימות, למשל, חובת הנאמנות בדיני הנאמנות עשויה להיות "חזקה" מזו שבדיני החברות או בדיני השליחות.<sup>59</sup>

מן העבר האחר, אפשר למצוא במשפט חובות פחותות מאלה. עם אלו אפשר למנות, למשל, בדיני החברות, את חובת ההגינות המוטלת על בעל שליטה בחברה, וחובת תום הלב הכללית, הנחשבת לפחותה עוד יותר, והמוטלת על כל בעל מניה (ולמעשה, על כל צד לחוזה כלשהו).<sup>60</sup> באלו, הטובה האישית של בעל החובה אינה אינטרס זר: חובות

54 ס' 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; אהרן ברק חוק השליחות כרך ב 1036 (1996); עניין קוסי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 278.

55 עניין הולצברג, לעיל ה"ש 53, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל: "הכוח שניתן בידו של האפוטרופוס לנהל את ענייניו של אחר רב הוא, אולם כוח זה ניתן בידו לצורך מינוי תפקידו ולמטרה זו בלבד ואל לו לאפוטרופוס לנצל לטובתו האישית או לכל מטרה אחרת החורגת ממטרות מינויו [...] המחוקק מכיר גם בכך שהקרבה והנגישות אל כספים ונכסים של אחר, היכולת לפעול לגביהם על פי שיקול דעתו הבלעדי של האפוטרופוס, עלולים להביאו לידי מצב בו שיקוליו לא יהיו אובייקטיביים, למצב בו לא תינתן לטובת החסוי הבכורה והבלעדיות שצריך להיות לה, אלא הוא יבקש להפיק רווח – לו או לאחר – מנכסים אלה. במצב זה חוטא האפוטרופוס לתפקידו"; וכן שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

56 ראו למשל עניין סיעת הליכוד, לעיל ה"ש 51, בעמ' 570.

57 ברק חוק השליחות, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1036.

58 ראו למשל עניין הולצברג, לעיל ה"ש 53, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות; בהט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 459.

59 ראו את ההבחנה בין חובת האמון בדיני הנאמנות לבין זו בדיני השליחות, בע"א 9225/01 זיימן נ' קומר (פורסם בנבו, 13.12.2006); וכן בין חובת האמון בדיני הנאמנות לבין זו בדיני החברות אצל בהט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 459.

60 ס' 192-193 לחוק החברות; בהט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 660-661; וראו את הדירוג בדיני החברות בין "חובת אמונים", "חובת הגינות" ו"חובת תום לב", החלות על נושא משרה, בעל שליטה ובעל מניה, בהתאמה, שם, בעמ' 663; וכן ראו, לדירוג בין חובת ההגינות של השלטון לבין חובת תום הלב הפחותה יותר, את בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, פס' 22 לפסק דינו של השופט זמיר, ופס' 4-5 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998).

אלו מכירות באינטרס האישי של בעל החובה כאינטרס לגיטימי.<sup>61</sup> במסגרת חובות פחותות אלו, מותר לבעל החובה לקדם את האינטרסים שלו עצמו, אולם עם זאת, עדיין מצופה ממנו לעמוד בסטנדרט התנהגות מסוים כלפי זולתו. כפי שהסביר ברק, חובת האמון מטילה על בעל התפקיד סטנדרט התנהגות גבוה, בחינת "אדם לאדם – מלאך", ואילו חובת תום הלב החוזית, למשל, מטילה סטנדרט התנהגות נמוך יותר, בחינת "אדם לאדם – אדם".<sup>62</sup> כך גם, למשל, נהוג לומר כי חובת ההגינות המוטלת על בעל שליטה בחברה היא שלא לפגוע בציפיותיו הלגיטימיות של בעל מניות המיעוט.<sup>63</sup>

חזרה לענייננו. היכן נכון יהיה למקם בסרגל זה את חובת הייצוג ההולם המוטלת על התובע המייצג במגעים לקראת הסדר הפשרה הייצוגי? אפשר לראות כי חובה זו מצויה ב"דרג ביניים" וממוקמת בתווך בין אלו המצויות בראש הסולם לבין אלו שבתחתיתו. מחד, התובע המייצג אמון על האינטרס של כלל הקבוצה. הוא שמקדם טובתה ומייצגה. בדומה לחובת האמון המוטלת על בעלי תפקיד שונים במשפט מאחר שבידיהם הופקד רכושו של אחר (כדוגמת נושא משרה בתאגיד, נאמן, שלוח או אפוטרופוס), גם בידי התובע המייצג מופקד רכושו של אחר – עילות התביעה של חברי הקבוצה.<sup>64</sup> בהיבט זה אפוא חל הרציונל להחלת חובה ב"דרג גבוה", כפי שנעשה בתחומים אחרים במשפט במקום שבו אדם שולט על רכוש זולתו.

מאידך, שלא כבאותם מקרים שבהם מוטלת על בעל תפקיד חובת אמון המכפיפה אותו למגבלות קשות שלא לפעול לקידום עניינו האישי ואף שלא להימצא בניגוד עניינים, האינטרס האישי של התובע המייצג אינו זר לדיני התובענות הייצוגיות. אמנם, גם בעלי תפקיד הכפופים לחובת אמון מקבלים לעתים שכר בעבור עבודתם (והדין מכיל,

61 בהט, לעיל ה"ש 52, בעמ' 648; ברק חוק השליחות, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1037.

62 ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 495: "חובת תום הלב 'החוזית' לחוד, וחובת האמון לחוד. כל אחת משתי חובות אלה קובעת רמת התנהגות שונה. חובת תום הלב החוזית קובעת סטנדרט מינימלי של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – אדם. לעומת זאת, חובת האמון קובעת סטנדרט גבוה של התנהגות ראויה, בחינת אדם לאדם – מלאך"; יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד – במשפט האזרחי והפלילי 44–45 (2001).

63 ע"א 2773/04 נצבא חברה להתנחלות בע"מ נ' עטר, פס' 21 ואילך לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 14.12.2006).

64 יוער כי ס' 17 לחוק, המתייחס לחובות המוטלות על בא כוח התובע המייצג, מורה כי עליו לפעול "בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה [...] כאילו היתה שולחתו, בשינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי". סעיף זה אינו מסייע לנו רבות במיקומה של החובה המוטלת על התובע המייצג (או בא-כוחו) על אותו "סרגל" של חובות במשפט, שכן השאלה היא מהם אכן אותם "שינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי". והשוו, לאחרונה, לעניין אשל היאור, לעיל ה"ש 15, פס' 19 להחלטה.

כמובן, הסדרים להפעלת פיקוח על אופן קביעת שכר זה).<sup>65</sup> אולם מלבד זאת, אותם בעלי תפקיד אינם אמורים לפעול לשם קידום טובתם האישית במהלך עבודתם השוטפת, והליך קבלת ההחלטות בביצוע תפקידם אמור להיעשות על ידיהם כשלנגד עיניהם עומדת טובת האחר בלבד. שונה התמונה באשר לתובע המייצג: לא רק שעל התובע המייצג אין איסור להימצא בניגוד עניינים, אלא שניגוד העניינים הוא מובנה ועומד בבסיסו של ההליך הייצוגי. האינטרס האישי של התובע המייצג הוא שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית, ובלעדיו היא לא הייתה מוגשת. התובע המייצג אף נושא בסיכון אישי בעת מילוי תפקידו, למשל, כי יוטלו עליו הוצאות משפט או כי השקעתו בהליך תרד לטמיון בלא לשאת פרי. התובע המייצג אפוא אינו עושה דבר פסול בכך שבמהלך ההליך המשפטי הוא נוקט בפעולות שיעודן הוא קבלת הגמול האישי לו ושכר הטרחה לבא כוחו או אי-התממשות הסיכונים האישיים המוטלים עליו והכרוכים בהליך הייצוגי, ונדמה כי יהא זה מעט "נאיבי" לטעון אחרת. נמצא, כי על התובע המייצג אמנם מוטלת חובה לקדם את האינטרס של חברי הקבוצה, אולם הוא רשאי, בד בבד, לפעול גם לשם קידום האינטרסים שלו עצמו.

החובה המוטלת על התובע המייצג היא אפוא חובה הפחותה מחובות האמון בתחומי משפט אחרים, אולם היא חזקה מחובת תום לב חוזית גרידא. עניינה הוא באיזון עדין בין חובותיו של התובע המייצג כלפי הקבוצה המיוצגת לבין זכותו לקדם את תועלתו האישית.

כיצד אפשר לסכם ולנסות להגדיר אפוא את חובת הייצוג ההולם בכל הנוגע להסדרי פשרה ייצוגיים? אפשר למצוא בספרות המשפטית בארצות הברית אמירות המודות בקושי במתן הגדרה ממצה למושג זה.<sup>66</sup> לעתים קיימת הסתפקות באמירה כי מדובר בחובה שלא יהיו ניגודי אינטרסים בין התובע המייצג לבין חברי הקבוצה או חלקם, כך שפעולות שהתובע המייצג עושה לטובת עצמו תפעלנה גם לטובת הקבוצה,<sup>67</sup> אולם זו, לדעתנו, התייחסות שמחטיאה את הניסיון להגדיר את המונח: היעדרם של ניגודי אינטרסים (כפי שנראה בהמשך) הוא אחד האמצעים להבטחת ייצוגה ההולם של הקבוצה, ולא הגדרתה של חובה זו.

לענייננו אפשר לסכם ולומר כי משמעה של חובת הייצוג ההולם בהסדרי פשרה בהליך הייצוגי הוא שמירה על סטנדרט התנהגות מסוים על ידי התובע המייצג ובא כוחו

65 עיינו למשל בס' 8 לחוק הנאמנות; ס' 270(2) ו-3 לחוק החברות; ס' 56 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

66 William B. Rubenstein, *Finality in* ; 1675, 1657 בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Issacharoff & Nagareda, 82 N.Y.U. L. REV. 790, 811 (2007) (להלן: *Class Action Litigation: Lessons from Habeas*); (Rubenstein, *Finality*).

67 ראו למשל עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 625-626; Rubenstein, *Finality*; לעיל ה"ש 66, בעמ' 806-807.

כלפי הקבוצה המיוצגת. מחד, על התובע המייצג ובא כוחו לשקוד על קידום האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. עליהם לייצג נאמנה את האינטרסים של הקבוצה המיוצגת כאילו נכחה במשא ומתן בעצמה ונתנה להסכם את הסכמתה.<sup>68</sup> מאידך, התובע המייצג ובא כוחו רשאים לקדם גם את תועלתם האישית לשם קבלת גמול ושכר טרחה לעצמם. עצם העובדה כי במשא ומתן לקראת הסדר הפשרה התובע המייצג ובא-כוחו פעלו לשם כך, אין משמעה כי הם חטאו לתפקידם ולא ייצגו את הקבוצה באופן הולם. אולם זאת, "באורח סביר" בלבד. מבחינה כלכלית, הגמול ושכר הטרחה הם סכומי כסף שהיו יכולים להגיע לקבוצה המיוצגת (שכן הנתבע, כאמור, אדיש באשר לחלוקה זו), אולם כל עוד הדבר נעשה באורח סביר, הרי שהם עדיין ייצגו את הקבוצה באופן הולם. מתן גמול ושכר טרחה סבירים לתובע המייצג ולבא כוחו הם גם כדאיים לחברי הקבוצה, שכן אף שהדבר נגרע מההטבה שלהם הם זכאים, הרי שהם זכו בשל כך לייצוגם מול הנתבע. אולם אם הטבה אישית זו לתובע המייצג ולבא כוחו היא מוגזמת, הרי שאפשר לומר כי התובע המייצג והנתבע חברו זה לזה באופן פסול, וכי הקבוצה לא יוצגה באופן הולם. אכן, הגדרה זו נראית מעט עמומה ממבט ראשון. אף על פי כן, וכפי שנראה בהמשך, חובת הייצוג ההולם תקרום עור וגידים במקרים ספציפיים, וראוי כי יינתן לה תפקיד מפתח בהליך אישורו של הסדר הפשרה הייצוגי.

### ג. הבחינה אם ההסכם גופו הוא "ראוי, הוגן וסביר" – האין היא מספיקה?

כאמור, הבחינה אם התובע המייצג ייצג את הקבוצה באופן הולם היא קשה. החוק מצייד את בית המשפט בכלי עזר שונים כדי לערכה – ובכך נדון בהמשך מאמר זה. אולם, חשוב להבהיר כי קביעה שלפיה ההסכם לגופו הוא "ראוי, הוגן וסביר" (כנדרש לשם אישור ההסכם בהתאם לסעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות), כשלעצמה, אינה ערובה כי לא הייתה "חבירה" בין התובע המייצג והנתבע על חשבון הקבוצה, וכי הקבוצה יוצגה באופן הולם. כפי שכבר צוין, עיון בהחלטותיו הלא רבות, עד כה, של בית המשפט העליון בכל הנוגע לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים מלמד כי זו היא למעשה הבחינה העיקרית שעורך בית המשפט בהקשר זה בטרם אישור הסדר הפשרה.<sup>69</sup> אולם כפי שיוסבר להלן, גם אם לדעת בית המשפט תוכן ההסכם הוא "ראוי, הוגן וסביר", בכל זאת ייתכן כי התובע והנתבע "חברו" זה לזה על חשבון הקבוצה, וכי זו לא יוצגה באופן הולם, ומשני טעמים:

68 ראו David A. Dana, *Adequacy of Representation after Stephenson: A Rawlsian/Behavioral Economics Approach to Class Action Settlements*, 55 EMORY L.J. 279, 280–281 (2006).

69 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 34–35.

הטעם הראשון – שאפשר לכוונתו טעם תאורטי-כלכלי – נעוץ בכך כי כפי שכבר הוזכר, הסדר הפשרה הוא למעשה מכירה וקנייה של עילות תביעה. חברי הקבוצה המיוצגת "מוכרים" את עילת התביעה שלהם תמורת פיצוי מן הנתבע. ככלל מכר – העסקה תתבצע אם המחיר המינימלי אשר המוכר מוכן לקבל נמוך מן המחיר המקסימלי אשר הקונה מוכן לשלם. או אז תצא העסקה לפועל, כשהמחיר הסופי יימצא בטווח בין שני משתנים אלו.<sup>70</sup>

טלו לדוגמה עילת תביעה אשר חבר הקבוצה מעריך אותה, לאחר שקלול הסיכונים והסיכויים בניהול התובענה הייצוגית, ב-50 ש"ח. חבר הקבוצה יסכים לכל הצעה מן הנתבע שתהא גבוהה מהערכתו זו, היינו גבוהה מ-50 ש"ח. עתה נניח כי הנתבע מעריך את הסיכון שבעילת תביעה זו בשווי של 100 ש"ח לכל חבר קבוצה. הנתבע יסכים לכל הצעה לפשרה אשר ההטבה הניתנת בה לכל חבר קבוצה נמוכה מהערכה זו. "המחיר הסופי" – היינו ההטבה שעליה יסכימו הצדדים בהסדר הפשרה לכל חבר קבוצה – ינוע בין 50 ל-100 ש"ח, כשהמיקום המדויק שלו בין שני קצוות אלו ייקבע על ידי כושר המיקוח של כל אחד מן הצדדים במהלך המשא ומתן. עם זאת, כל נקודה בטווח זה היא נקודה אשר עשויה להיקבע על ידי בית המשפט כ"ראויה, הוגנת וסבירה".<sup>71</sup> בכולן חבר הקבוצה מוכר את עילת התביעה שבידו ביותר מ"שווייה הסובייקטיבי" – המחיר המינימלי אשר הוא היה מוכן לקבל בעדה. ואולם, חשוב ביותר להבין כי גם בתוך מתחם זה קיימת סכנה של "חבירה" בין התובע המייצג לבין הנתבע. אלו יכולים לחבור זה לזה כדי למקם את התוצאה הסופית של הסדר הפשרה אמנם בתוך המתחם, אולם קרוב יותר לרף התחתון מבחינתם של חברי הקבוצה אילולא החבירה. מנקודת מבטו של בית המשפט, ההסכם עדיין ייראה "ראוי, הוגן וסביר", במובן זה שההטבה עדיין תהיה גבוהה מההערכה של סיכוייה וסיכוניה של התביעה מבחינת חברי הקבוצה. אך בכך אין די: אילולא התרחשה החבירה, ואילו הייתה הקבוצה מיוצגת באופן הולם, ייתכן שהייתה נבחרת נקודה ספציפית אחרת בתוך אותו מתחם סבירות. במילים אחרות, אף שההסכם "ראוי, הוגן וסביר" ביחס להערכת שווי עילת התביעה, ייתכן כי הצדדים "חברו" זה לזה באופן פסול ומיקמו את ההסכם ברף התחתון של אותו מתחם סבירות, וכי חברי הקבוצה

70 Russell B. Korobkin, *A Positive Theory of Legal Negotiation*, 88 GEO. L.J. 1789, 1792 (2000): "In any negotiation, the maximum amount that a buyer will pay for a good, service, or other legal entitlement is called his 'reservation point' or, if the deal being negotiated is a monetary transaction, his 'reservation price' (RP). The minimum amount that a seller would accept for that item is her RP. If the buyer's RP is higher than the seller's, the distance between the two points is called the 'bargaining zone'. Reaching agreement for any amount that lies within the bargaining zone is superior to not reaching an agreement for both parties [...]"  
Geoffrey C. Jr. Hazard, *Lecture: The Settlement Black Box*, 75 B.U. L. REV. 1257, 1266 (1995).

71 שם, בעמ' 1267.



היו יכולים "לקבל יותר". אף אם ההסכם נמצא בתוך אותו מתחם, אין הכרח כי חברי הקבוצה גם "יוצגו באופן הולם".

הטעם השני להיות סבירות ההסכם בלתי מספקת להבטחת זכויות חברי הקבוצה הוא טעם פרגמטי. עניינו בקשיים המעשיים לבחון את סבירות ההסכם לאחר מעשה.<sup>72</sup> בית המשפט, בבקרו את ההסכם, לעולם אינו יכול לדעת בדיוק רב מה הייתה אמורה להיות נקודת האופטימום בהתמקחות בין הצדדים: פרי מיצוי טהור של כושר המיקוח של התובע המייצג והנתבע, בלא כל "חבירה" ביניהם ולאחר גריעת סכום סביר בלבד לשם מתן גמול אישי לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו. אם נשתמש בדוגמה שהובאה לעיל, הסדר פשרה הקובע כי ההטבה לכל חבר קבוצה תעמוד על 70 ש"ח תוך תשלום סכום פלוני כגמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו, נראה "ראוי, הוגן וסביר", וככל הנראה יאושר על ידי בית המשפט. אולם הערכת בית המשפט את סיכויי ההליך, ולאור זאת – את שווי עילת התביעה – היא לעולם אינה מדע מדויק.<sup>73</sup> גם הערכת בית המשפט את שווי ההסכם לעולם אינה מדויקת: הסכמים רבים אינם קובעים פיצוי כספי פשוט וישיר, אלא מנגנוני פיצוי מתוחכמים יותר, כשוברים או הנחות עתידיות. בהסכם יכול להיקבע כי יינתנו לחברי הקבוצה שוברים התקפים למשך שנה או שוברים אשר יהיו תקפים למשך שנתיים. בהסכם יכול להיקבע כי תינתן הנחה על מוצרים מסוימים או הנחה גם על מוצרים נוספים. גם סבירות הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו, כפי שאלו סוכמו על ידי הצדדים, אינה ניתנת למדידה מדויקת. אשר על כן, בדוגמה לעיל גם הסכם הקובע כי שווי ההטבה לחברי הקבוצה יעמוד על 65 ש"ח או 60 ש"ח עשוי להיקבע כ"ראוי, הוגן וסביר" מבחינתו של בית המשפט. כל אלו יכולים להימצא ב"מתחם הסבירות" – מתחם של סיומות אפשריות למשא ומתן אשר מטעמים פרגמטיים ייראו כולן בעיני בית המשפט "ראויות, הוגנות וסבירות", אולם ייתכן שגם בהן הייתה חבירה פסולה בין הצדדים, וכי הקבוצה לא יוצגה באופן הולם.

המסקנה היא כי בחינה תוכנית של ההסכם לגופו לאחר מעשה היא לעולם מוגבלת. בבחינה זו של תוכן ההסכם רק אם ההסכם יחרוג ממתחם של סבירות הוא יפסל על ידי בית המשפט. אולם, אף אם ההסכם "ראוי, הוגן וסביר" מבחינת תוכנו – עדיין אין ביטחון כי ההסכם נכרת בנקודת האופטימום בתוך אותו מתחם מנקודת מבטה של הקבוצה המיוצגת, היינו לאחר מיצוי כושר המיקוח שלה, כאילו נכחה בשולחן המשא ומתן והתעקשה באופן בלתי אמצעי על זכויותיה, תוך גריעה סבירה בלבד מההטבה שלה היא זכאית לטובת גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו. משכך, בחינת מיצוי

72 ראו גם את הדיון בקשיים להעריך את סבירותו של הסדר הפשרה בקלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 18 ואילך.

73 William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 73 *UCLA L. REV.* 1435, 1444–1445 (2006) (להלן: Rubenstein, *Fairness Hearing*).

כושר המיקוח של הקבוצה אינה יכולה להיעשות רק על ידי בחינת תוכן ההסכם – בחינה תוכנית זו תלמד אך אם ההסכם חרג ממתחם של סבירות. יש הכרח גם בוודוא כי התמריצים שהניעו את התובע המייצג היו ראויים מלכתחילה, כך שהתוצאה שהושגה היא אכן הטובה ביותר שהיה אפשר לקבל.<sup>74</sup> על הבחינה אם ההסכם הוא ההסדר האופטימלי שהקבוצה הייתה יכולה להשיג בתוך אותו מתחם של סבירות להיעשות אפוא על ידי בחינת השאלה אם הליכי המשא ומתן עצמם נעשו בשם הקבוצה באופן הקשוח, התקיף והעקשן ביותר שהיה אפשרי, או במילים אחרות: אם הקבוצה יוצגה באופן הולם על ידי התובע המייצג במהלך המשא ומתן.

בכך אפוא דומה הדין העוסק באישור הסדרי פשרה בהליך הייצוגי לדיני התובענות הייצוגיות בכללותם: כאמור, הוראות רבות בדיני התובענות הייצוגיות עוסקות למעשה ביישום השאלה הכללית אם חברי הקבוצה "יוצגו באופן הולם" על ידי התובע המייצג, כך שמוצדק לכבול אותם לתוצאות הליך משפטי שלא היה להם בו חלק. על השאלה באישור הסדרי פשרה להיות דומה: האם מתקיים התנאי כי הקבוצה יוצגה באופן הולם במהלך המשא ומתן לקראת הסדר הפשרה, כך שמוצדק לחייב את חבריה בהסכם, וזאת אף בלא שנתנו לו את הסכמתם המפורשת? זו היא למעשה אחת השאלות המרכזיות שעל בית המשפט לשאול עצמו בשקלו אם לאשר את הסדר הפשרה הייצוגי, וגם את רבים מתנאי הדין הפרטניים בעניין זה ראוי ליישם ולפרש ככאלו שתכליתם היא להבטיח את ייצוגה ההולם של הקבוצה. זהו השיח המשפטי הנוהג בסוגיה זו בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית.<sup>75</sup> לדין בסוגיות פרטניות מרכזיות כאלו נעבור עתה.

74 ראו למשל עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 622: "Federal courts, in any case, lack authority to substitute for Rule 23's certification criteria a standard never adopted – that if a settlement is 'fair', then certification is proper" – כן ראו בעניין *UHL v. Thoroughbred Tech. & Telecomms., Inc.* 309 F.3d 978, 985 (7th Cir. 2002): "[A] district court may not abandon the Federal Rules merely because a settlement seems fair, or even if the settlement is a 'good deal'".

75 ראו למשל האסמכתאות לעיל בה"ש 36–37. כן ראו לדוגמה את עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 40: "Rule 23 is designed to assure that courts will identify the common interests of class members and evaluate the named plaintiffs' and counsel's ability to fairly and adequately protect class interests" (והאסמכתאות שם); עניין *Sullivan*, לעיל ה"ש 14, § 3(a) לפסק הדין (והאסמכתאות שם); וכן שם, בפסק דינו של השופט *Scirica*: "Trial courts must enforce the Rule 23(a) and (b) requirements in order to obtain a 'structural assurance of fair and adequate representation for the diverse groups and individuals affected' [...] For viable settlement classes, *Amchem* and *Ortiz* made clear that expediency could not negate the requirements of Rule 23, which serve to protect absent class members".

#### ד. ניתוח סוגיות מרכזיות באישור הסדרי פשרה ייצוגיים לאור עקרון הייצוג ההולם

עתה נבחן סוגיות מרכזיות אחדות הנוגעות לאישור הסדרי פשרה בהליך הייצוגי וננתח לאור עקרון הייצוג ההולם. הסוגיות שנבחרו לדיון במסגרת מאמר זה הן סוגיות המתעוררות תדיר בבתי המשפט או שניכר שבפסיקת בתי המשפט לא ניתן בעניינן לעקרון הייצוג ההולם מעמד ראוי.

הסוגיה הראשונה שתידון להלן היא הדרישה בחוק ל"שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" (סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות). סוגיה זו נבחרה לפתוח פרק זה בשל המעמד המרכזי שניתן לה ולקשר שבינה לבין עקרון הייצוג ההולם בפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית. כפי שנראה להלן, בין הדרישה לשאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה לבין חובת הייצוג ההולם קיים קשר הדוק, אשר הוביל את בית המשפט העליון בארצות הברית לפסול את אישוריהם של הסדרי פשרה ייצוגיים שניתנו על ידי הערכאות קמא.<sup>76</sup> הסוגיה השנייה שתידון בפרק זה עוסקת בקביעת הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו (סעיפים 22 ו-23 לחוק). סוגיה זו חשובה לדיון הן בשל תדירותה בפסיקת בתי המשפט – שהרי שאלת שיעור הגמול ושכר הטרחה מתעוררת ברובם ככולם של הליכי אישור הסדרי פשרה ייצוגיים – והן בשל העובדה, שתוסבר להלן, כי הסכמת הנתבע והתובע המייצג על גמול ושכר טרחה גבוהים מהסביר עומדת בלב החשש מפני ייצוגה של הקבוצה באופן בלתי הולם. הסוגיה השלישית שתידון בפרק זה עוסקת בהסכמים מסוג הסכמי שובר, והיא חשובה לענייננו משני טעמים: ראשית, וכפי שנראה להלן, הסכמי שובר נפוצים מאוד בנוף הישראלי המשפטי; שנית, וגם כפי שיוסבר להלן, בהסכמים אלו הפוטנציאל לייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם גדול מאשר בהסדרי פשרה המורים על מתן פיצוי כספי פשוט לחברי הקבוצה. הסוגיה הרביעית והאחרונה שתידון בפרק זה היא החובה הקבועה בחוק בדבר מינוי בודק וקיומם של גופים אובייקטיביים נוספים המסייעים לבית המשפט באישור ההסכם (סעיפים 18(ד) ו-19(ב) לחוק), וזאת בשל הרתיעה הקיימת בבתי המשפט מהיעזר בעבודת הבודק והיכולת, לדעתנו, להניב יותר מעבודתם של גורמים חיצוניים אלו.<sup>77</sup>

76 ראו עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36 (שיידון בהרחבה להלן), ועניין *Ortiz*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 857–856.

77 יודגש כי אין בכוונתנו לומר שאין בנמצא סוגיות נוספות המתעוררות באישור הסדרי פשרה ייצוגיים על אלו הנדונות במאמר זה אשר אפשר לנתחן לאור עקרון הייצוג ההולם. כך, סוגיה ראשונה האפשרית לדיון בהקשר זה נוגעת לדרישה לשלוח הודעות לחברי הקבוצה בדבר הליך אישור הסדר הפשרה (ס' 18(ב), 25(א)(3) ו-25(א)(4) לחוק). היעדר הודעה נאותה לחברי הקבוצה על הגעת הצדדים לכדי הסכם עלולה לפגוע ביכולתם להתנגד לאישורו, וביכולתם לשטוח בפני בית המשפט

כל הסוגיות האלו תיבחנה, והוראות הדין הנוגעות להן תפורשנה, לאור עקרון הייצוג ההולם.

### 1. "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה"

הדרישה להומוגניות בין חברי הקבוצה ("Commonality")<sup>78</sup> חוזרת ונשנית לכל אורך חוק תובענות ייצוגיות. ראשית, סעיף 4(א) לחוק מורה כי כדי שתובע יהיה כשיר להגיש תובענה ייצוגית, עליה לעורר "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם".<sup>79</sup> שנית, סעיף 8(א)(1) לחוק מורה כי אחד התנאים לאישור הגשת תובענה ייצוגית הוא כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה".<sup>80</sup> שלישית, ולענייננו, סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות מורה כי "אם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית", על בית המשפט לבחון "גם כי קיימות, לכאורה, שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה".<sup>81</sup>

את טענותיהם, אם ישנן, בדבר איכות ייצוגם על ידי התובע המייצג. הודעה נאותה לחברי הקבוצה אף יכולה להוביל לכך שחברי קבוצה רבים יותר אשר אינם מרוצים מהאופן שבו יוצגו יבקשו לצאת ממסגרת ההסכם, ובכך להקטין את התועלת שביקשו והתובע המייצג לגרוף, וגם לאותת לבית המשפט כי מובא לפתחו אישור הסכם אשר טמונה בו בעייתיות רבה. סוגיה שנייה הניתנת לדיון בהקשר זה, ושאינה נדונה במאמר, נוגעת לחובת בית המשפט לנמק את החלטתו המאשרת את ההסכם (ס' 19(ג) לחוק). היעדר הנמקה של החלטת בית המשפט פוגם ביכולתה של ערכאת הערעור לערוך ביקורת אפקטיבית על אישור ההסכם וגם ביכולתו של חבר קבוצה אשר סבור כי באיכות ייצוגו נפל פגם, לתקוף את אישור ההסכם בהליך נפרד במסגרת "תקיפה עקיפה" (כדוגמת הפסיקה הענפה הקיימת בהקשר זה בארצות הברית, ראו לעיל ה"ש 36–37). שתי סוגיות אלו לא נכללו במאמר זה, הן מפאת קוצר היריעה והן נוכח העובדה כי הסוגיות האמורות טרם פותחו בפסיקה בתי המשפט בישראל.

סוגיה נוספת אשר נתעוררה לאחרונה בפסיקה ונוגעת לייצוג ההולם של הקבוצה עוסקת ביכולתו של התובע המייצג לפטר את בא כוחו ולהחליפו באחר. נפסק כי לתובע המייצג אין זכות כזו, וכי הדבר כפוף לאישור בית המשפט. אחד הטעמים העיקריים לקביעה זו היה החשש מפני ייצוגה של הקבוצה באופן בלתי הולם, ובכלל זאת במגעים לפשרה בין הצדדים (ראו עניין אשל היאור, לעיל ה"ש 15, פס' 20 להחלטה).

78 ראו את המקבילה האמריקנית, FED. R. CIV. P. 23(a)(2): "there are questions of law or fact common to the class"

79 ביטוי זה חוזר בצורה כזו או אחרת בכל אחד מתת-תתי הסעיפים בס' 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות.  
80 על השאלות המשותפות לקבוצה גם להיות מפורטות בהחלטת בית המשפט באשרו את התובענה הייצוגית (ס' 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות).

81 עיינו גם בס' 19(ג)(1)(ב) לחוק, המורה כי על השאלות המשותפות להיות מפורטות בהחלטת בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה. יוער כי כאמור, ענייננו באישור הסדר פשרה אשר תכליתו ליצור מעשה בית דין כלפי שאר חברי הקבוצה. הסדר פשרה אשר אינו כולל מעשה בית דין מסוג זה הוא

עינינו הרואות, חוק תובענות ייצוגיות אינו מאפשר לבית המשפט להתחמק מן השאלה אם קיימות "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" לשם אישור הסדר הפשרה.<sup>82</sup> היה והבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לאחר שאושרה הגשת התובענה הייצוגית, הרי ששאלה זו כבר נדונה והוכרעה בשלב האישור על פי סעיף 8 לחוק. היה והבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה בטרם אושרה הגשת התובענה הייצוגית, שומה על בית המשפט להכריע בשאלה זו בכל זאת, על פי סעיף 19 לחוק.

מדוע אפוא הקפיד המחוקק להורות כי חובה לבחון את קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה לשם אישור הסדר פשרה ייצוגי – בין שגובש ההסכם בטרם אושרה התובענה הייצוגית ובין שגובש לאחר מכן? מה תכליתה של דרישה זו? אכן, אחת ממטרות הדרישה לשאלות משותפות לחברי הקבוצה לשם אישור התובענה הייצוגית היא לבחון אם ניהול התובענה הייצוגית יהיה יעיל, כך שיש הצדקה פרקטית לדון בעניינה של הקבוצה במיוחד. באין שאלות משותפות מהותיות במידה מסוימת, ואם קיימים ממילא הבדלים רבים בין חברי הקבוצה, אין טעם מעשי בניהול הליך מורכב כתובענה ייצוגית.<sup>83</sup> אולם משהושג הסדר פשרה, הרי שממילא לא ינוהל התיק לגופו אם יאושר ההסכם, ותכלית שעניינה יעילות ניהול ההליך נעשית במידה רבה לא רלוונטית.<sup>84</sup> מדוע אפוא מורה החוק כי יש להקפיד בכל זאת על הדרישה כי קיימות שאלות של עובדה או משפט המשותפות לכלל הקבוצה בטרם אישור ההסכם? על הגיונה ותכליתה של דרישה זו אפשר ללמוד מן הניסיון הרב שצברו בתי המשפט בארצות הברית באישור הסדרי פשרה בהליכים ייצוגיים.

פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין *Amchem* יכול לשמש דוגמה טובה בהקשר זה.<sup>85</sup> עניינה של פרשת *Amchem* הוא בנוקים שנגרמו עקב חשיפה לאסבסט. על פי נתונים המובאים בפסק הדין, מאות-אלפי מקרי מוות נרשמו בארצות

למעשה "בקשה הסתלקות" מתובענה ייצוגית, לפי ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות, ובאשר לבקשה מסוג זה אין דרישה בחוק כי תהיינה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכל חברי הקבוצה.

82 יש בנמצא מקרים שבהם בית המשפט התעלם מדרישה זו. ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2383/06 גבע נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010).

83 ראו למשל את החלטת בית המשפט המחוזי שניתנה בת"א (מחוזי ת"א) 2150/07 פרנקל נ' הנקל סוד בע"מ, פס' 48 להחלטה והאסמכתאות שם (פורסמה בנבו, 9.1.2011), בה עומד בית המשפט על היבט זה של הדרישה לשאלות משותפות לחברי הקבוצה.

84 עניין *Sullivan*, לעיל ה"ש 14, בחוות דעתו של השופט Scirica: "the settlement class presents no management problems because the case will not be tried".

85 עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36.

הברית עקב חשיפה לאסבסט.<sup>86</sup> כדי לסבר את האוזן נציין כי דו"ח מטעם מכון RAND משנת 2002 העריך כי נכון לשנה זו, כ-730,000 תביעות הוגשו בארצות הברית בדבר נזקי חשיפה לאסבסט.<sup>87</sup> דיון נפרד בכל אחת ואחת מהן אינו יעיל, וייתכן אף שאינו אפשרי.<sup>88</sup>

בשל מציאות עגומה זו התיימרו אחדים מהתובעים הרבים לשמש תובעים מייצגים של הניזוקים כולם, ובכך לנסות לפתור את הקושי הרב שנוצר בשל ריבוי התיקים שבהם נאלצו בתי המשפט לדון שוב ושוב בעניינים דומים. בין הצדדים התנהל משא ומתן לפשרה. במהלך המשא ומתן הודיעו הנתבעים כי יסרכו להגיע להסדר אשר אינו מבטיח "some kind of protection for the future".<sup>89</sup> לאמור – הנתבעים התעקשו כי הסדר הפשרה יעניק להם הגנה מסוימת גם מפני עילות תביעה עתידיות אשר ייתכן שתתגבשנה לאחר כריתת ההסכם. כאמור, זהו אחד האינטרסים המניעים את הנתבע במשא ומתן להסדר פשרה בתובענה ייצוגית: להרחיב כמה שיותר את היקף מעשה בית הדין אשר ייווצר נגד הקבוצה בעקבות אישור הסדר הפשרה. ואכן, בסופו של יום נכרת בין הצדדים הסדר פשרה רחב היקף. הוסכם כי ההסדר יקיף הן נפגעים אשר כבר סבלו פגיעה פיזית מהחשיפה לאסבסט, והן כאלו אשר נחשפו לאסבסט אך טרם נגרם להם נזק פיזי. עם זאת, התובעים המייצגים לא ביקשו לחלק את הקבוצה המיוצגת לתתי-קבוצות, והתיימרו לייצגה בכללותה.<sup>90</sup>

בהסכם פורטו הנוקים השונים אשר בגינם יקבלו חברי הקבוצה פיצוי. בעבור חלק מהנוזקים שמקורם בחשיפה לאסבסט כשלעצמה – למשל, נזקים של אדם שנחשף לאסבסט אך טרם נתגלתה בו מחלה כלשהי ("exposure only") ונזקים ריאתיים בלא ליקוי פיזי ("pleural claims") – ואף על פי שמדובר בראשי נזק מוכרים על פי דין, נקבע

86 בפסק הדין מצוטט דוח אשר לפיו "Predictions have been made of 200,000 asbestos disease deaths before the year 2000 and as many as 265,000 by the year 2015".

87 STEPHEN J. CARROLL ET AL., ASBESTOS LITIGATION 71 (2005), [www.rand.org/pubs/monographs/2005/rand\\_mg162.pdf](http://www.rand.org/pubs/monographs/2005/rand_mg162.pdf)

88 כפי שתיאר זאת דוח נוסף, המצוטט במסגרת פסק הדין (עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 598): "Dockets in both federal and state courts continue to grow; long delays are routine; trials are too long; the same issues are litigated over and over; transaction costs exceed the victims' recovery by nearly two to one; exhaustion of assets threatens and distorts the process; and future claimants may lose altogether".

89 עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 601.

90 שם, בעמ' 603: "More than half of the named plaintiffs alleged that they or their family members had already suffered various physical injuries as a result of the exposure. The others alleged that they had not yet manifested any asbestos-related condition. The complaint delineated no subclasses; all named plaintiffs were designated as representatives of the class as a whole".

כי הם אינם ברי-פיצוי אלא לאחר התגבשות הנזק הפיזי. כמו כן קבע ההסכם, בין שאר הוראותיו, כי סכומי פיצוי אשר יוענקו בעתיד לא יישאו שיעורי הצמדה. בדעת רוב, סירב בית המשפט העליון של ארצות הברית לאשר את הסדר הפשרה (נשוב לדעת המיעוט לקראת סוף מאמר זה). נקבע כי גם כאשר מובא לאישור בית המשפט הסדר פשרה בטרם אושרה התובענה כייצוגית, על בית המשפט לבחון בכל זאת את תנאי אישור התובענה הייצוגית בתשומת לב רבה (undiluted, even heightened, attention).<sup>91</sup> אחד מתנאים אלו הוא כי קיימות שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה. אולם במקרה זה, כך נפסק, תנאי זה אינו מתקיים. נקבע כי חוסר ההומוגניות של הקבוצה מוביל לחשש מפני ניגוד אינטרסים בין חבריה:

In significant respects, the interests of those within the single class are not aligned. Most saliently, for the currently injured, the critical goal is generous immediate payments. That goal tugs against the interest of exposure-only plaintiffs in ensuring an ample, inflation-protected fund for the future".<sup>92</sup>

חברי הקבוצה לא חלקו אפוא את אותם היעדים: אלו שכבר ספגו נזקים פיזיים מן החשיפה לאסבסט מעוניינים בפיצוי מיידי וגבוה ככל האפשר. אלו שרק נחשפו לאסבסט וטרם נתגלה אצלם ליקוי גופני מעדיפים פיצוי עתידי ומובטח. מאחר שכל אלו יוצגו כמקשה אחת, קיים חשש שהאינטרסים של חלקם – אלו שרק נחשפו לאסבסט וטרם סבלו פגיעה פיזית – לא הובאו כראוי אל שולחן הדיונים במהלך המשא ומתן. כך, כאמור, התובעים המייצגים הסכימו כי נזק שמסתכם ב"חשיפה בלבד" לאסבסט לא יהיה ברי-פיצוי, או כי סכומי פיצוי עתידיים לא יישאו שיעורי הצמדה. ייתכן, למשל, כי התובעים המייצגים לא נלחמו בשולחן המשא ומתן על עניין כמו סוגיית ההצמדה וחשבו שמדובר בעניין פעוט ערך. אפשר להניח כי אילו הייתה מיוחדת לנפגעים אלו תת-קבוצה מתאימה, היה התובע המייצג של תת-קבוצה זו מתעקש על עניין זה ביתר שאת.

91 שם, בעמ' 620. לקביעה דומה בדבר הצורך בהקפדה יתרה שעה שהסדר הפשרה מגובש בטרם אושרה התובענה הייצוגית ראו Hanlon v. Chrysler Corp., 150 F.3d 1011, 1026 (9th Cir. 1998): "[S]ettlements approval that takes place prior to formal class certification requires a higher standard of fairness". למען הדיוק יוער כי בעניין Amchem היה מדובר ב-"settlement-only class certification" – הסדר פשרה אשר גובש בין הצדדים עוד בטרם כלל הוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ואשר מוגש לבית המשפט בד בבד עם הגשת הבקשה לאישור.

92 עניין Amchem, לעיל ה"ש 36, בעמ' 626. לחזרה על קביעה זו ראו גם עניין Ortiz, לעיל ה"ש 36, בעמ' 856–857.

יתרה מכך: להסכמתו של הנתבע ליתן פיצוי בעבור ראש נזק כלשהו יש, כמובן, עלות. הוסיפו על כך את העובדה כי כאמור, מבחינתו של הנתבע הנתון החשוב הוא עלותו הכוללת של ההסכם, וכי אין זה משנה לו מהי החלוקה הפנימית בין חברי הקבוצה לבין עצמם או ביניהם לבין התובע המייצג, והתוצאה היא כי משתכמו התובעים המייצגים לוותר על ראשי נזק אחרים, קרוב לוודאי כי בכך ניתנה הטבה בראשי נזק אחרים, אשר ייתכן כי יותר נוגעים להם אישית. השוני הרב בין חברי הקבוצה אפשר, למעשה, לתובעים המייצגים להקריב, גם אם שלא במתכוון, את עילת התביעה של חלק מחברי הקבוצה בעבור קבלת הטבה לחברי קבוצה אחרים, וככל הנראה להם בכלל זה. היינו, התובעים המייצגים לא "ייצגו באופן הולם" את חברי הקבוצה:

The settling parties, in sum, achieved a global compromise with no structural assurance of fair and adequate representation for the diverse groups and individuals affected".<sup>93</sup>

עניין *Amchem* ממחיש יפה את התכלית לבחינת קיומן של שאלות משותפות לחברי הקבוצה עובר לאישור הסדר פשרה בהליך הייצוגי. תכליתה של דרישה זו היא לדאוג שלא יהיו ניגודי אינטרסים בין התובע המייצג לבין חלק מחברי הקבוצה.<sup>94</sup> אם קיימים הבדלים בין חברי הקבוצה, לתובע המייצג יש תמריץ "לחבור" לנתבע ולפעול למען הגדלת ההטבה שלה הוא יהיה זכאי כחבר באותו חלק בקבוצה אשר אליו הוא משתייך, אולם זאת תוך הקרבת החלק האחר בה. במילים אחרות: תכליתה של הדרישה כי תהיינה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה לשם אישור הסדר הפשרה היא כי חברי הקבוצה, כולם, "ייצגו באופן הולם" במהלך המשא ומתן.

כפי שהוסבר לעיל, חבירה זו אינה חייבת להיות מודעת או מכוונת. אין מדובר בקנוניה דווקא. החשש הוא כי התובע המייצג יהיה עקשן, תקיף וקשוח יותר בזמן המשא ומתן באשר להטבה לחלק בקבוצה שאליה הוא משתייך, בעוד החברים בחלק האחר בקבוצה – יוותרו מאחור. עוד יוער כי חבירה מסוג זה שונה במקצת מזו אשר תוארה בפתח המאמר: לא חבירה לשם הגדלת הגמול האישי על חשבון ההטבה לכלל הקבוצה, כי אם חבירה לשם הגדלת ההטבה לחלק מהקבוצה שאליה התובע המייצג משתייך, על

93 עניין *Amchem*, שם, בעמ' 627.

94 שם, בעמ' 625: "The adequacy inquiry under Rule 23(a)(4) serves to uncover conflicts of interest between named parties and the class they seek to represent" וראו גם עניין *Stephenson*, לעיל ה"ש 37; והשוו עניין *UHL*, לעיל ה"ש 74. כן ראו *John C. Jr. Coffee*, *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 COLUM. L. REV. 669, 714 (1986); רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 23, בעמ' 264, שם הוצגה דרישה זו, במסגרת הדיון באישור תובענה כייצוגית, כחלק משאלת הייצוג ההולם.



חשובן חברי הקבוצה האחרים. גם בחבירה מסוג זה החשש דומה, שמא האינטרסים של אותם חברי קבוצה השונים מהתובע המייצג אינם מיוצגים באופן הולם במהלך המשא ומתן.

כך גם צריך להיות מובן אופן הבחינה של דרישה זו. על הדרישה לקיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה להיות מפורשת ומיושמת על פי תכליתה. כך, לעולם יהיו הבדלים כאלו ואחרים בין חברי הקבוצה, והשאלות שמעוררת התובענה הייצוגית לעולם לא תהיינה משותפות לכולם לגמרי.<sup>95</sup> אף החוק אינו דורש זהות מוחלטת בין חברי הקבוצה וקובע כי עליהם לחלוק שאלות "מהותיות". אולם מתי נאמר כי חברי הקבוצה אכן חולקים שאלות "מהותיות" כאמור? מהי פרשנותה של דרישה זו? על דרישה זו להיות מפורשת על פי תכליתה, והיא לדאוג לייצוגם ההולם של חברי הקבוצה. השאלה שעל בית המשפט לבחון היא, אם חברי הקבוצה חולקים שאלות מהותיות של עובדה או משפט, כך שאפשר לקבוע כי הם יוצגו באופן הולם על ידי התובע המייצג, וכי האינטרסים שלהם הובאו באופן ראוי אל שולחן המשא ומתן.

טלר לדוגמה את הסדר הפשרה אשר נידון בבית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי ת"א) 1883/08 קליינר נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ.<sup>96</sup> עניין זה עסק בטענה כי הנתבעת הפרה את התחייבותיה כשהסירה ערוצים אחדים מחבילת הערוצים אשר הייתה אמורה, לפי הנתען, להיות זמינה ללקוחותיה. בין שאר הנימוקים לדחיית הבקשה לאישור ההסכם קבע בית המשפט כדלקמן:

הקבוצה איננה קבוצה הומוגנית, ואינה מאופיינת בהרגלי צפייה משותפים, ולכן, גם אם אצא מתוך הנחה לכאורית, שחלק מפרטי הקבוצה ניזוקו כתוצאה מפעולותיה של הוט, הרי שלא ניתן לקבוע את אופן ושווי הפגיעה שנגרמה לכאורה לכל אחד ואחד מפרטי הקבוצה, שכן כל אחד מהם ניזוק, אם בכלל, כתוצאה מהסרת הערוצים מהחבילות שנרכשו על ידם, באופן שונה ואינדבידואלי, ולפיכך לא מדובר ב"שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה".<sup>97</sup>

בית המשפט סבר אפוא כי הקבוצה אינה הומוגנית מאחר שלכל חבר בה הרגלי צפייה שונים בערוצים שהוסרו – וכפועל יוצא מכך טענה לנזק בשיעור שונה – וסירב לאשר את ההסכם. אולם, בכל הכבוד, נראה כי מדובר בבחינה שמחטיאה את תכלית הדרישה כי חברי הקבוצה יחלקו שאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט לשם אישור הסדר הפשרה. לעולם יהיו הבדלים בין חברי הקבוצה בדבר מידת ההנאה שלהם

95 השוו רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 296 (2001) (להלן: רע"א 8268/96 רייכרט).

96 פורסם בנבו, 18.2.2010.

97 שם, בפס' 10 לפסק הדין.

מהמוצר או השירות שעליהם נסבה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. החוק אף מצייד את בית המשפט בכלים להתמודד עם הבדלים שונים בנוקמים שנגרמו לכל חבר בקבוצה.<sup>98</sup> השאלה היא אפוא לא אם קיימים הבדלים בין חברי הקבוצה – אלו תמיד יהיו בנמצא במידה זו או אחרת.<sup>99</sup> השאלה הנכונה היא, אם ההבדלים בין חברי הקבוצה הם כאלו, כך שהיה בהם כדי להוביל לאי-ייצוגם באופן הולם על ידי התובע המייצג במהלך המשא ומתן לפשרה. זו השאלה שהיה על בית המשפט לבחון, ואשר לא נשאלה על ידי. בית המשפט היה יכול להגיע גם למסקנה כי הבדלים במידת ההנאה מערוץ מסוים שהוסר אינם פוגמים באיכות הייצוג של חברי הקבוצה על ידי התובע המייצג במהלך המשא ומתן. הרי לא נראה שבעניין זה הייתה הקרבה של חבר קבוצה פלוני שנהנה פחות מן הערוץ שהוסר לטובת זה שנהנה ממנו יותר. אילו כך היה בית המשפט עורך את הבחינה לקיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט, נראה כי לא הייתה מניעה לאשר את הסדר הפשרה מטעם זה גם אם לכל חבר קבוצה מידת הנאה שונה משל חברו מהערוץ שהוסר.

וטלו דוגמה אחרת, מן העבר השני, את העניין אשר התעורר בפני בית המשפט המחוזי בבש"א (מחוזי ת"א) 17750/09 פונדמינסקי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ.<sup>100</sup> אותו עניין עסק בעמלות קנייה ומכירה של ניירות ערך על ידי בעלי חשבון בבנק. הקבוצה המיוצגת הוגדרה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית כמונה "כל לקוח של בנק דיסקונט לישראל בע"מ, אשר ניהל בבנק חשבון ניירות ערך וביצע בחשבון פעולות קניה ו/או מכירה של ניירות ערך, החל מהמועד שבו החל הבנק לנהל בעבור מי מלקוחותיו חשבון מסוג זה, ועד למועד הגשת תובענה זו, ואשר נגבתה ממנו עמלת קניה/מכירה ביתר ובניגוד למוסכם".<sup>101</sup> על פי האופן שבו הוגדרה בכתבי הטענות הקבוצה נחזית אפוא להיות הומוגנית למדי. בסופו של יום, הצדדים הגיעו לכדי פשרה, וזו אושרה על ידי בית המשפט. לפי הסדר הפשרה, הבנק יעניק לקבוצה המיוצגת הטבה בשיעור העמלות לקנייה או מכירה של ניירות ערך בשווי של 3 מיליון ש"ח. אולם מעניין לבחון את אופן חלוקת ההטבה בין חברי הקבוצה באופן מדוקדק יותר: על פי האמור בפסק הדין המאשר את ההסכם, ההטבה לא תינתן לחברי קבוצה שבינתיים סגרו את חשבון ניירות הערך בבנק (מדובר, על פי פסק הדין, ב-467 בעלי חשבונות מתוך 28,747 חברים

98 ראו למשל את הגמישות שניתנת לבית המשפט בקביעת חלוקת הסעד בין חברי הקבוצה בס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות.

99 רע"א 8268/96 רייכרט, לעיל ה"ש 95, בעמ' 296 ("אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטענות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטענות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית").

100 פורסם בנבו, 28.10.2009.

101 עמ' 27 לבקשה לאישור תובענה ייצוגית מיום 25.9.2007, פריט מס' 89 לפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5.

בקבוצה).<sup>102</sup> אלו, אף על פי שהם חברים בקבוצה המיוצגת מאחר שהם היו בעלי חשבון ניירות ערך בבנק בתקופה הרלוונטית, לא יקבלו פיצוי. עם זאת, חשוב לזכור כי מאחר שהם כלולים בקבוצה המיוצגת – יקום נגדם מעשה בית דין בעקבות אישור הסדר הפשרה.

עיון בהסכם הפשרה מיום 8.6.2009 שפורסם בפנקס התובענות הייצוגיות מלמד כי אכן, הגדרת "תובע מיוצג" בהסכם מתייחסת לבעלי חשבון בבנק בתקופה הרלוונטית לנטען בבקשה לאישור התובענה כייצוגית (סעיף 1.3 להסכם), אך הוסכם כי ההטבה תינתן לקבוצה מצומצמת יותר, והיא תובעים מיוצגים "שיתמידו ויחזיקו חשבונות ניירות ערך פעילים בבנק בתקופת ההטבה" (סעיף 3.2 להסכם). בבקשה שהוגשה לבית המשפט לשם אישור הסכם הפשרה אף מודים הצדדים כי לא כל הקבוצה תיהנה מן ההטבה, כי אם "ההטבה חלה לגבי הרוב המכריע של חברי הקבוצה הרלבנטיים [...]".<sup>103</sup>

נמצא כי אף על פי שהקבוצה נחזתה להיות הומוגנית בתחילת הדרך, בכתבי הטענות ובבקשה לאישור התובענה הייצוגית, היא נתגלתה כמורכבת למעשה מתתי-קבוצות בסוף הדרך: חברי קבוצה שונים קיבלו התייחסות שונה במסגרת הסדר הפשרה. אין זה ברור מהחלטת בית המשפט בעניין זה לאיזו תת-קבוצה השתייך התובע המייצג עצמו. אולם אם מניחים אנו לצורך הדיון כי התובע המייצג השתייך לתת-קבוצה אשר המשיכה להחזיק בחשבון ניירות ערך פעיל, הרי שהוא עצמו יוכל ליהנות מההטבה שהשיג. חברי קבוצה אשר אינם מחזיקים עוד בחשבון כזה, משתייכים בעקבות הסדר הפשרה לתת-קבוצה, אשר אף שהיא קטנה יחסית, היא בעלת אינטרס שונה בתוצאת המשא ומתן ובדמות ההטבה אשר אמורה להינתן במסגרתו.<sup>104</sup> הרי שוו לנפשכם מקרה

102 ס' ג לפסק הדין.

103 ס' 26.5 לבקשה, לעיל ה"ש 101. יוער כי קיים חוסר אחידות בין האמור בהסכם לבין האמור בבקשה שהוגשה לבית המשפט באותו עניין לשם אישור הסדר הפשרה. בבקשה נוסחה הקבוצה המיוצגת באופן שונה במקצת, כך שהיא מתייחסת רק למי שהוא בעל חשבון ניירות ערך פעילים "נכון ליום אישור ההסדר" (ס' 10 לבקשה). לכאורה, ייתכן שעל פי הגדרה זו, אלו שלא יזכו להטבה על פי ההסכם לא ייכללו בקבוצה ולא ייווצר נגדם מעשה בית דין. מכל מקום, על פי הגדרת הקבוצה בהסכם עצמו, ועל פי הגדרתה בפסק דינו של בית המשפט (בס' ג לפסק הדין), הגדרת הקבוצה רחבה יותר ומקיפה חברי קבוצה אשר אינם זכאים להטבה במסגרת ההסכם. הניתוח במאמר זה מסתמך אפוא על האמור בנוסח ההסכם עצמו ובפסק הדין. לכל הפחות חוסר האחידות בניסוחים בהקשר זה עלול להוביל לחוסר ודאות באשר לזכויותיהם המשפטיות של החברים באותו חלק בקבוצה שלא נהנה מן ההטבה, אשר עלול כשלעצמו, אף בלא היווצרותו של מעשה בית דין נגדם, להרתיע חברי קבוצה אלו מלנקוט הליכים משפטיים נפרדים ככל שהם יהיו מעוניינים בכך.

104 ואם תמצי לומר שממילא מדובר בחלק קטן של הקבוצה אשר הוא זניח, הרי שיוער כי כפי שפורסם בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5, באותו עניין, לאחר אישור ההסכם הגישו הצדדים לבית המשפט בקשה לתיקון הסכם הפשרה בהתייחס לקשיים שנתקלו בהם במתן ההטבה לתת-קבוצה

שבו בית המשפט היה ממנה נציג לתת-קבוצה זו אשר ייצגה במהלך המשא ומתן. מובן כי אז הייתה ההטבה מעוצבת באופן שונה מכפי שעוצבה בפועל. נציג חברי הקבוצה שסגרו בינתיים את חשבון ניירות הערך שלהם בבנק היה מתעקש למשל כי גם לחברי קבוצה אלו יינתן דבר-מה, או שלכל הפחות, הם יוצאו מגדריו של הסדר הפשרה וזכויותיהם לא תיפגענה. ואולם, מאחר שייצוג כזה לא היה קיים סביב שולחן המשא ומתן, היה נוח לצדדים, כך נדמה, לקבוע כי ההטבה תשולם רק לחלק מחברי הקבוצה, ואילו מעשה בית הדין – ייקבע כלפי כולם.<sup>105</sup> עתה נוצר מצב מוזר, שלפיו חלק מחברי הקבוצה היו "טובים מספיק" כדי להיכלל בקבוצה המיוצגת כך שיקום נגדם מעשה בית דין, אולם לא "טובים מספיק" כדי לקבל פיצוי כשאר חבריהם לקבוצה. הנתבע, מצדו, מתעניין אך בשווי הכולל של הסדר הפשרה, ועל כן מבחינה כלכלית, חברי הקבוצה שקיבלו הטבה במסגרת ההסכם עשו כן על חשבון אלו שיצאו בלא דבר. מקרה זה שוב ממחיש יפה את התכלית בדרישה כי תהינה "שאלות משותפות מהותיות" לחברי הקבוצה, כפי שנוסחה לעיל: השאלה אינה רק אם הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מכילה שאלות משותפות של עובדה או משפט אשר עתידות להתברר בהליך, אלא גם, ובעיקר, אם חברי הקבוצה יוצגו באופן הולם במשא ומתן לקראת הסדר הפשרה, או שמא האינטרסים של חלק מהם הוקרבו, ללא ייצוג הולם, לטובת אלו של אחרים בקבוצה.<sup>106</sup>

ודוק: אין זה משנה כלל אם היה "נימוק טוב" להבחין בין חברי הקבוצה בהקשר זה. ייתכן שנימוק כזה היה בנמצא, למשל, קושי לאתר חברי קבוצה מסוימים או קושי אחר במתן ההטבה להם. אדרבה: דווקא אם קיים נימוק רלוונטי להבחין בין חברי קבוצה למשנהו, הרי שמתערערת ההנחה כי הקבוצה כה הומוגנית כפי שנטען בשעתו בכתבי הטענות, ומתחדד הצורך לייחד חלק מחברי הקבוצה בתת-קבוצה מתאימה תוך מינוי נציג מתאים לה במגעים לקראת הסדר הפשרה.

קטנה עוד יותר, בת 291 חברים אחרים, ובמסגרתה ביקשו כי לחברי קבוצה אלו תינתן הטבה באופן אחר – ללמדנו כי הצדדים ידעו ליתן את תשומת הלב הנדרשת לתתי-קבוצות בסדרי גודל מסוג זה. 105 עיינו גם למשל בהחלטת בית המשפט בת"צ (מחוזי מר') 5270-07-08 סוסתיאל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 19.1.2011), אשר עסקה בטענה לגביית דמי חבר ביתר על ידי הנתבעת. על פי הסדר הפשרה בין הצדדים, חולקה קבוצת התובעים המיוצגים לשניים, וחלק מחברי הקבוצה, אשר "אין אסמכתא ממוחשבת להצטרפותם] להסתדרות [...]", יקבלו פיצוי בשיעור של 75% משיעור הפיצוי לחברי קבוצה אחרים. אף כאן היה נכון לשקול שמא ימונה לתת-קבוצה זו נציג אשר יילחם בנפרד על זכויותיה במסגרת המשא ומתן.

106 ראו גם עניין *Ortiz*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 856: "class settlements must provide 'structural assurance of fair and adequate representation for the diverse groups and individuals affected'".

מכל מקום, על בית המשפט להיות תמיד חשדן שעה שמובא בפניו הסדר פשרה אשר איננו מתייחס באופן זהה לכלל חברי הקבוצה.<sup>107</sup> על בית המשפט להיות חשדן אף יותר שעה שחלק מחברי הקבוצה, הגם שיקום נגדם מעשה בית דין בעקבות אישור ההסכם, לא יקבלו במסגרתו כל הטבה שהיא.<sup>108</sup> אכן, עניין לנו בסכומים זעומים לכל חבר וחבר בקבוצה. אולם, בכל זאת, שומה לזכור כי מדובר בחיובם של צדדים נעדרים בתוצאותיו של הליך משפטי אשר לא היה להם בו חלק. אותם חברי קבוצה שלא נהנו מן ההטבה שניתנה בהסכם לא יוכלו לאחר אישור הסדר הפשרה להגיש תביעה אישית (או בעיקר ייצוגית) על הנזק שנגרם להם. למעשה, חבר קבוצה מסוג זה אף לא יוכל לערוך פנייה פשוטה בכתב לנתבע להשבת הכספים המגיעים לו, שכן מבחינת הנתבע, נגד חבר קבוצה זה נוצר מעשה בית דין והמחלוקת עמו באה לסימומה. אם קובע ההסדר כי לחלק מחברי הקבוצה תינתן הטבה פחותה מזו של חברי קבוצה אחרים (או לא תינתן הטבה כלל), על בית המשפט לבחון שמא יש צורך למנות לתת-קבוצה זו נציג אשר ייצגה באופן הולם במהלך המשא ומתן, או לכל הפחות לתקן את הגדרת הקבוצה כך שחברי קבוצה אלו לא ייכללו בה, ולהשיב את הצדדים להשלים את המשא ומתן ביניהם מחדש.<sup>109</sup>

107 עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 808: "One sign that a settlement may not be fair is that some segments of the class are treated differently from others"

108 ראו *Mirfasihi v. Fleet Mortg. Corp.*, 356 F.3d 781, 785 (7th Cir. 2004), שם קיבלו חלק מחברי הקבוצה, בלשון בית המשפט, "a big fat zero", ובית המשפט קבע כי מדובר ב-"warning signs" לאי-אישור ההסכם; ת"א (מחוזי ת"א) 2319/03 פופיק נ' פוגז 1993 בע"מ, פס' 5(ג)-(ה) להחלטה (פורסמה בנבו, 16.1.2011), שם נסיבות דומות הביאו לאי-אישורו של הסדר הפשרה: "במקרה כזה עלול להיווצר ניגוד עניינים, בין החובה אותה מייצג ב"כ המבקשת הנוטל על עצמו מחד גיסא לייצג את עניינם של כלל חברי הקבוצה המוגדרת, ומאידך גיסא לייצג גם עניינם של חברי הקבוצה שאינם זוכים לכל סעד שהוא, על פי ההסדר המוצע".

109 בהקשר זה יש לציין את דעתו של קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 39, שלפיה גם בצמצום היקף השתק העילה הנוצר בהסכם תיתכן פגיעה בחברי הקבוצה, שכן אלו עלולים להיוותר עם עילה שאין בצדה כוח ממשי לממשה במסגרת תובענה ייצוגית. והשוו לבש"א (מחוזי ת"א) 8374/06 ברוט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2010), שם נתעוררה סוגיה דומה: הסדר הפשרה המקורי כלל קבוצה של מבוטחים, אולם רק חלקם (אלו אשר במועד אישור ההסכם הפשרה עדיין היו מבוטחים בחברת הביטוח) קיבלו פיצוי במסגרתו. היועץ המשפטי לממשלה התנגד, בין השאר, להיבט זה של ההסכם, ולבסוף תוקן ההסכם באופן שכל קבוצת התובעים המיוצגים תינהג מן הפיצוי. בית המשפט ציין בפסק דינו המאשר את ההסכם, כי "הצדדים תיקנו את הסדר הפשרה כך שבהסדר המתוקן קיימת זהות מלאה בין הקבוצה כהגדרתה בחוות הדעת לבין זו שתיהנה מן ההטבה המוצעת על ידי מנורה" (פס' 12 לפסק הדין). עניין דומה נתעורר בת"א 1162/04 (מחוזי ת"א) לידרמן נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 8-9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.6.2012), פריט מס' 326 בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5, אשר גם שם קבוצת התובעים המיוצגים הורכבה מלקוחות נוכחיים ומלקוחות עבר של הנתבעת. בית המשפט ציין באותו עניין כי קיים קושי לאתר את לקוחות העבר, אולם תת-קבוצה זו לא נשכחה מאחור: במסגרת הסדר הפשרה

לסיכום, תכליתה של הדרישה לשאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה לשם אישור הסדר הפשרה הייצוגי היא לדאוג לייצוג הולם של חברי הקבוצה במהלך המשא ומתן על ידי מניעת ניגוד אינטרסים בין התובע המייצג לבין חלק מחברי הקבוצה. זהו גם האופן שבו על בית המשפט לפרש דרישה זו וליישמה: לא באופן טכני, למשל על ידי בחינת הגדרת הקבוצה בכתבי הטענות, אלא באופן תכליתי. על בית המשפט לשאול אם ההבדלים בין חברי הקבוצה הם כאלו, אשר מקימים חשש לייצוג של חלקם במהלך המשא ומתן לפשרה באופן שאינו הולם.

בטרם סיום פרק זה נבקש להעיר הערה בדבר המידה שבה על בית המשפט להשתכנע בדבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה. אחד הקריטריונים שאליו על בית המשפט להתייחס באשרו את הסדר הפשרה הוא "הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית [...]".<sup>110</sup> על פי הוראה זו, על בית המשפט לנסות להעריך את סיכויי ההליך, כדי לבחון אם לאורם הסדר הפשרה משקף סכום פיצוי סביר לחברי הקבוצה. ככל שהטענות המועלות בבקשה לאישור התובענה הייצוגית חזקות יותר, וככל שהיסודות הנדרשים לאישור התובענה הייצוגית גם הם איתנים יותר, כך סיכויי ההליך גבוהים יותר, ובהתאם גם מצופה כי בהסדר הפשרה יוענק לקבוצה פיצוי גבוה יותר.

מן הסתם, שאלת קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה גם היא חלק מהערכת סיכויי ההליך: זהו אחד מן היסודות שהיה על התובע המייצג לשכנע את בית המשפט בקיומו אילו הסדר הפשרה לא היה מושג והבקשה לאישור התובענה הייצוגית הייתה מתבררת לגופה. אולם, הדרישה כי תהינה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה היא גם דרישה עצמאית, ולה תפקיד נוסף: זהו תנאי מקדים לאישור הסדר הפשרה. קיומן של שאלות משותפות לחברי הקבוצה הוא עניין מהותי היורד לשורשה של הגינות ייצוג חברי הקבוצה סביב שולחן המשא ומתן. בלא שאלות משותפות אלו קיים חשש לניגוד אינטרסים בין חלק מחברי הקבוצה לבין התובע המייצג, ואי אפשר לדעת אם חברי קבוצה אלו היו יכולים לקבל פיצוי גבוה יותר אילו היה עניינם מיוצג כראוי. בלא שאלות משותפות כאמור, וכפועל יוצא מכך – בלא ייצוגם באופן הולם – לא מוצדק לחייב חברי קבוצה אלו בתוצאות

הסכים הנתבע להרים תרומה לציבור בסכום המייצג את הפיצוי שלו זכאית תת-קבוצה זו. כן השוו לת"צ (מחוזי מר') 10504-11-08 גוטליב נ' מחלבות יטבתה ע"ש אורי חורזו ז"ל בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.11.2009), פריט מס' 434 בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5, שם עסקה התובענה הייצוגית בטענה להטעיה שמשכה היה חמישה חודשים, אולם הצדדים ביקשו לכלול במסגרת הסדר פשרה את כל הצרכנים שרכשו את המוצר בשבע השנים האחרונות. בית המשפט העמיד את הצדדים על טעותם, והגדרת הקבוצה תוקנה באופן שתהיה מצומצמת יותר ותתייחס לתקופה שבה התרחשה ההטעיה הנטענת בלבד.

110 ס' 19(ג)(2)(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

הליך משפטי אשר לא היה להם בו חלק ובהסדר פשרה אשר לא נתנו לו את הסכמתם. על כן, לא די שבית המשפט רק יעריך את "הסיכויים והסיכונים" להתקיימות יסוד זה. על תנאי זה להיות מוכרע על ידי בית המשפט באופן פוזיטיבי עובר לאישור הסדר הפשרה. כפי שניסח זאת בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Amchem*, בדבריו שכבר הובאו לעיל, על בית המשפט להשתכנע בדבר קיומה של דרישה זו ב"undiluted, even heightened, attention"<sup>111</sup> אשר על כן, בנפרד מהערכת הסיכויים והסיכונים בהמשך ניהול ההליך, על בית המשפט להשתכנע עובר לאישור ההסכם ולהכריע כי אכן קיימות שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכל חברי הקבוצה. חוק תובענות ייצוגיות קובע בהקשר זה כי יש להוכיח את קיומן של השאלות המשותפות "לכאורה" (סעיף 19(א) לחוק). ספק אם נוסח זה מספק, וייתכן כי הוא מקל מדי. מכל מקום, יש לפרש רף הוכחה "לכאוריי" זה באופן תכליתי ולקבוע כי לאור תכלית ההוראה בדבר הבטחת ייצוג הקבוצה באופן הולם, על הדרישה בדבר שאלות מהותיות המשותפות לחברי הקבוצה להיות מוכרעת באופן פוזיטיבי ולא כחלק מהערכת סיכויי וסיכוני התביעה. פרשנות תכליתית של הוראה זו מובילה לכך כי נדרשת הכרעה של ממש בעניין זה.

## 2. גמול ושכר טרחה

סוגיה מרכזית נוספת הנוגעת לשאלת "הייצוג ההולם" של חברי הקבוצה במשא ומתן לקראת הסדר פשרה ייצוגי היא שיעור הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו. על פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות, "הסדר פשרה לא יכלול [...] הוראה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבא כוח מייצג", והצדדים "רשאים" להגיש לבית המשפט אך "המלצה מוסכמת" בעניינים אלו.<sup>112</sup> אף שהחוק נוקט לשון רשות, בפועל רובם ככולם של מגעי הפשרה בין הצדדים להליך הייצוגי כוללים כמובן התייחסות לשיעור הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו, וזה מובא לאישור בית המשפט (בדרך כלל תוך הפרדה טכנית ממסמך ההסכם עצמו ותוך ניסוחו כ"המלצה" בלבד, כדי לעמוד בדרישות החוק). אין בכך פסול: הגמול לתובע

111 וראו גם עניין *UHL*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 985: "In some ways, the Rule 23 requirements may be even more important for settlement classes [...]" ; עניין *Sullivan*, לעיל ה"ש 14, בחוות דעתו של השופט *Scirica*: "The same analytical rigor is required for litigation and settlement certification [...]" ; לרף ההוכחה הנדרש במשפט האמריקאי לאישורה של תובענה ייצוגית באופן כללי ראו *In re Initial Pub. Offering Sec. Litig.*, 471 F.3d 24 (2d Cir. 2006); ולאחרונה, עניין *Wal-Mart Stores*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 2551, שם נקבע כי על התובע המייצג להוכיח פוזיטיבית את קיומם של התנאים לאישור תובענה ייצוגית, וכי על בית המשפט לערוך בהקשר זה "rigorous analysis".

112 ס' 18(ז)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו הם הרי התמריץ העיקרי מצדם של אלו לזוּם ולנהל את התובענה הייצוגית מלכתחילה. הגמול ושכר הטרחה הם הכוח שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית, אשר בדרך כלל עוסקת בעילות תביעה שאלמלא כן לא היה כדאי להביאן לכירור בפני בית המשפט.<sup>113</sup>

על פי הוראות חוק תובענות ייצוגיות, הסכמת הצדדים על שיעור ראוי של הגמול ושכר הטרחה לתובע המייצג ובא כוחו אינה נמנית כתנאי לאישור הסדר הפשרה. כאמור, הצדדים מגישים בעניין זה "המלצה" בלבד, ובית המשפט קובע סכומים אלו לפי שיקול דעתו שלו.<sup>114</sup> אם סבור בית המשפט כי המלצה זו מוגזמת – הוא רשאי לפסוק לתובע המייצג ולבא-כוחו סכומים נמוכים יותר, ולאשר את הסדר הפשרה. אולם אם נביט על עניין זה דרך משקפי עקרון "הייצוג ההולם", ונפרש את הוראות הדין הנוגעות לכך לאורו, ספק אם גישה זו היא רצויה או מתחייבת. כפי שיוסבר להלן, לאור עקרון "הייצוג ההולם", על סבירות הגמול ושכר הטרחה שהוסכמו בין הצדדים להיות תנאי לאישור הסדר הפשרה; ואם תנאי זה לא נתקיים – על בית המשפט לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה כולה.

כאמור, אחד האינטרסים המרכזיים של הנתבע במסגרת המשא ומתן לפשרה הוא להקטין עד כמה שאפשר את העלות הכוללת של ההסכם מבחינתו. לנתבע אין זה משנה כיצד תתחלק עלות כוללת זו בין חברי הקבוצה המיוצגת לבין עצמם, ובינם לבין התובע המייצג ובא כוחו. על כן, החשש הוא כי הנתבע יסכים להצעה מצד יריבו במשא ומתן, לפיה הגמול ושכר הטרחה לתובע המייצג ובא כוחו יהיו גבוהים יותר אם בתמורה תהיה ההטבה לקבוצה נמוכה בשיעור גבוה אף יותר. החשש הוא אפוא מפני "trade-off" לא הוגן בין שיעור הגמול ושכר הטרחה לבין שיעור ההטבה לקבוצה המיוצגת.<sup>115</sup> משכך,

113 ראו למשל עניין אכדיה, לעיל ה"ש 20, פס' 20 לפסק הדין: "הגמול לתובע המייצג נועד להוות תמריץ להגיש תובענות ייצוגיות. התכלית העיקרית של הגמול היא לפצות את התובע הייצוגי על הטרחה שטרחה, ועל הסיכון שנטל על עצמו נוכח האפשרות כי התובענה הייצוגית שהגיש תדחה, והוא יחויב בהוצאות הנתבע. גמול זה משמש גם כמעין פרס לתובע המייצג, אשר נועד להגביר את הכדאיות בהגשת תובענות ייצוגיות ראויות, במיוחד במקרים שבהם אין די בפיצוי על הנוק הקונקרטי כדי להפוך את הגשת התובענה לכדאית".

114 ס' 22–23 לחוק תובענות ייצוגיות.

115 ראו Evans v. Jeff D., 475 U.S. 717, 732 (1986): "the possibility of a tradeoff between merits relief and attorney's fees"; וכן אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט' 131, 165 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); והשוו ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נ(2) 247, 261 (2001).



אם מצא בית המשפט כי הגמול המומלץ לתובע המייצג, שכר הטרחה לבא כוחו, או שניהם, גבוהים מדי, אפשר לצאת מתוך הנחה כי "trade-off" מסוג זה אכן התרחש.<sup>116</sup> הסיבה להנחת עבודה זו היא כי הנתבע, מצדו, הסכים במסגרת ההסדר לעלות כוללת כלשהי. אם שכר הטרחה או הגמול גבוהים מדי כך שיש צורך להפחיתם, הרי שהנתבע היה מסכים בתמורה ליתן לקבוצה המיוצגת לפחות את שיעור ההפרש. אפשר גם להניח, כי הנתבע היה מסכים ליתן לקבוצה המיוצגת אף למעלה מכך – אולם מוכנות זו לא מוצתה במהלך המשא ומתן על ידי התובע המייצג ובא כוחו, שהיו מוכנים להתפשר על סכום כולל נמוך יותר, ובלבד שההטבה האישית שלה יזכו תהיה גבוהה יותר. במילים אחרות, מקום בו מוצא בית המשפט כי הגמול או שכר הטרחה המוסכמים (או ה"מומלצים") גבוהים מדי, הרי שהדבר נעשה על חשבון הקבוצה, ואף ייתכן כי ההסכמה על תוספת זו הובילה לגריעה גבוהה יותר מההטבה שהייתה יכולה להגיע לקבוצה המיוצגת, ועל כן זו לא יוצגה באופן הולם.<sup>117</sup>

ואולם, נראה כי בתי המשפט אינם ערים למתח זה, הנובע מהתמריצים המניעים את הצדדים להליך הייצוגי. טלו, לדוגמה, את קביעת בית המשפט המחוזי בעניין גבע, כי יש לאשר את המלצת הצדדים לגמול ושכר טרחה בשיעור מסוים מאחר ש"הסכום שישולם לתובעים ולבאי כוחם איננו בא על חשבון חברי הקבוצה".<sup>118</sup> באופן דומה נפסק גם בעניין סוסטיאל, שם אישר בית המשפט את המלצת הצדדים לגמול אישי ושכר טרחה, אף שצייין כי "הסכום המומלץ אמנם חושב על הצד הגבוה", כשאחד מנימוקיו הוא כי "שכר הטרחה והתגמול אינם גורעים מסכומי הפשרה, אלא נוספים עליהם".<sup>119</sup> בכל הכבוד, ספק אם קביעות אלו נכונות. הגמול ושכר הטרחה הם לעולם "על חשבון" חברי הקבוצה.<sup>120</sup> הנתון החשוב לנתבע הוא עלותו הכוללת של הסדר הפשרה, וככלל הוא

116 Staton v. Boeing Co., 327 F. 3d 938, 964 (2003): "If fees are unreasonably high, the likelihood is that the defendant obtained an economically beneficial concession with regard to the merits provisions, in the form of lower monetary payments to class members or less injunctive relief for the class than could otherwise have obtained"

117 על זאת יש להוסיף כי ככל שמדובר בתובענה ייצוגית העוסקת בנוזקים נמוכים יותר לכל חבר בקבוצה המיוצגת, עיקר תשומת לבו של התובע המייצג מופנית לגמול ולשכר הטרחה שייפסקו לטובתו ולטובת בא כוחו ולא להטבה שלה יזכה כחבר קבוצה מן המניין. על כן בתובענות ייצוגיות מסוג זה גובר התמריץ האישי של התובע המייצג לשתף פעולה עם הנתבע לשם הגדלת ההטבה לו עצמו בתמורה להפחתה גבוהה יותר מההטבה לקבוצה, שכן ממילא זהו עיקר הרווח שלו מן ההסכם. לעיל ה"ש 82.

119 לעיל ה"ש 105; וכן ראו עניין תדיראן, לעיל ה"ש 35, פס' 8 לפסק הדין.

120 ראו עניין Staton, לעיל ה"ש 116: "That the defendant in form agrees to pay the fees independently of any monetary award or injunctive relief provided to the class in the agreement does not detract from the need carefully to scrutinize the fee award". וכן ראו קלמנט "קרוים מנחים", לעיל ה"ש 115, בעמ' 165–166.

אדיש באשר לחלוקה הפנימית בין חברי הקבוצה לבין התובע המייצג ובא כוחו. כך הוא, נעיר, גם כשההטבה אינה כספית. גם אז אפשר להניח כי אילו היה מוסכם על גמול ושכר טרחה נמוכים יותר, היה מסכים הנתבע ליתן לקבוצה את ההטבה בתנאים נוחים יותר ועל כן תוך נשיאה בעלויות גבוהות יותר. בעניין גבע הנזכר, למשל, הסכים הנתבע להחליף את מוני הגז של הצרכנים תוך פרק זמן מסוים. אילו היו הגמול ושכר הטרחה נמוכים יותר, ייתכן כי הנתבע היה מסכים, למשל, להחלפת מוני הגז בפרק זמן קצר יותר. השאלה היא אפוא לא אם הגמול ושכר הטרחה שעליהם הוסכם נוספים על ההטבה הניתנת לקבוצה המיוצגת או שהם נגרעים ממנה, כביכול. מהבחינה הכלכלית הם לעולם נגרעים ממנה. השאלה הרלוונטית היא אם שיעור הגמול ושכר הטרחה שעליהם הוסכם "אינם סבירים". מקום שבו כך הוא הדבר, הרי שגם תוספת בלתי סבירה זו נגרעה מההטבה שהוסכם כי תינתן לקבוצה, וכאמור, ייתכן שההפחתה בהטבה שניתנה לקבוצה הייתה גבוהה אף יותר עקב אותו שיתוף פעולה בין הצדדים – והכול, תוך ייצוגה באופן בלתי הולם. אשר על כן, נראה כי נכונה יותר קביעתו של בית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ,<sup>121</sup> שם דחה בית המשפט את טענת היועץ המשפטי לממשלה, כי אין לאשר הסכם פשרה מאחר שהוסכם בו שהגמול ושכר הטרחה יבואו על חשבון הקבוצה:

למעשה אין משמעות לקביעה מראש אם הגמול ושכ"ט ישולמו מתוך סכום הפיצוי או בנוסף שכן יש לבחון את הסכום הכולל אותו יקבלו חברי הקבוצה כפיצוי, וכן את גובה סכום הגמול ושכר הטרחה [...] זאת, לאור העובדה שבכל מקרה יסכים הנתבע להתפשר רק אם הסכום הכולל אותו יהיה עליו לשלם, יהיה נמוך מהסכום שהוא מעריך כי היה עליו לשלם בפסק דין, לו היה ניתן. על כן בין אם הסכימו הצדדים כי הגמול יכלל בפיצוי כמו במקרה שלפני, או כי יוסף על הפיצוי, הרי ההסכמה היא לסכום כולל. על כן, על בית המשפט לבחון אם הסכום שמסכימה הנתבעת לשלם הינו סביר, לאחר ניכוי הגמול ושכר הטרחה. אשר לגמול ושכר הטרחה יש לבדוק אם הסכומים שהוסכם עליהם במסגרת הסכם הפשרה הם סבירים, לאור התובענה שהוגשה וניהולה.<sup>122</sup>

אכן, השאלה מהם גמול ושכר טרחה ראויים היא שאלה נכבדה וקשה. היא אינה חלק ממסגרתו של מאמר זה. אולם מקום בו מוצא בית המשפט כי הגמול ושכר הטרחה המומלצים חורגים מגדר ה"סביר", ספק רב אם אכן הפרוצדורה המתאימה היא זו המקובלת כיום, שלפיה בית המשפט רשאי להפחיתם ולאשר את הסדר הפשרה. הסכמה

121 פורסם בנבו, 13.5.2011.

122 וראו גם עניין *Bluetooth*, לעיל ה"ש 36, § 2(a): "Even when technically funded separately, the class recovery and the agreement on attorneys' fees should be viewed as a 'package deal'"

על גמול ושכר טרחה גבוהים מדי, משמעה הפחתה לפחות בשיעור זה בהטבה הניתנת לקבוצה המיוצגת, וכי זו לא יוצגה באופן הולם. לכן, ראוי יותר כי בית המשפט במקרה מסוג זה לא יאשר את הסדר הפשרה כולו, וישיב את הצדדים לשולחן המשא ומתן כדי שיקבעו מחדש את ההטבה לקבוצה המיוצגת, אולם עתה בלא גמול ושכר טרחה מופרזים. החלטת בית המשפט לפסוק סכומים הנמוכים מאלו הנקובים בהמלצת הצדדים מתקנת צד אחד במשוואה – השיעור הראוי של הגמול ושכר הטרחה – אולם לא את הצד האחר, ההטבה שלה זכאית הקבוצה. על פי הפרוצדורה הנוהגת הנוכחית, הנתבע יוצא מרוויח מכאן ומכאן: הוא גם העניק לקבוצה המיוצגת הטבה פחותה, וגם מעניק עתה, בשל החלטת בית המשפט לדחות את המלצת הצדדים, גמול ושכר טרחה נמוכים יותר לתובע המייצג ובא כוחו.<sup>123</sup> כשמבינים, מפרשים ומיישמים את ההכרח שבסבירות הגמול ושכר הטרחה לאור עקרון הייצוג ההולם, ראוי לראותו כתנאי לאישור הסדר הפשרה.<sup>124</sup> יש לדבר אחיזה הן בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית<sup>125</sup> והן בהוראות

123 דבר העלול לפגום גם בהגשמת תכלית ההליך הייצוגי בדבר הגברת ההרתעה מפני הפרת הדין.  
 124 בתוך כך, בכל הכבוד, אנו חולקים במובן מה על דעתו של קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 41, שלפיה יש תועלת בעצם ההפרדה בין תנאי ההסכם לבין ההמלצה על שיעור הגמול ושכר הטרחה. כאמור, מבחינה כלכלית תנאי ההסכם והסכמת (או "המלצת") הצדדים באשר לשיעור הגמול ושכר הטרחה ממילא כרוכים זה בזה (וכפי שכוננו על ידי בית המשפט בעניין *Bluetooth*, לעיל ה"ש 36, הם "package deal"), ועל כן אף יש לראות בהם מותנים זה בזה כך שאם נפל פגם באחרון, על בית המשפט לדחות את אישור ההסכם כולו. למעשה ייתכן כי ההפרדה שעליה מורה החוק אף מובילה לפגיעה בעקרון הייצוג ההולם, שכן לאורה בתי המשפט נוהגים במקרה המתאים להפחית מהשיעור המומלץ לגמול ושכר טרחה, ולאשר בכל זאת את ההסכם. ייתכן כי דווקא הכללת שיעור הגמול ושכר הטרחה בגוף ההסכם הייתה משקפת נכון יותר את העובדה כי מהבחינה הכלכלית נושאים אלו כרוכים זה בזה, ומובילה את בתי המשפט לנהוג באופן המתאיב טוב יותר עם עקרון הייצוג ההולם ולדחות את אישור ההסכם כולו כשיעור הגמול ושכר הטרחה המוסכמים מופרזים.

125 ראו את הקביעה בארצות הברית, שלפיה אל לבית המשפט להורות על שינויים בהסכם הפשרה, והוא רשאי אך לאשר או לדחותו: *Officers for Justice v. Civil Serv. Comm'n*, 688 F.2d 615, 630 (9th Cir. 1982): "Neither the district court nor this court is empowered to rewrite the settlement agreed upon by the parties. We may not delete, modify, or substitute certain provisions of the consent decree. Of course, the district court may suggest modifications, but ultimately, it must consider the proposal as a whole and as submitted. Approval must then be given or withheld". וראו גם עניין *Hanlon*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1026 ("The settlement must stand or fall in its entirety"); ולאחרונה ראו עניין *Bluetooth*, לעיל ה"ש 36, § 2(a), שם פסל בית המשפט את אישור הסדר הפשרה לאחר שמצא פגמים בשיעור שכר הטרחה שהוסכם בין הצדדים.

חוק תובענות ייצוגיות עצמן.<sup>126</sup> נכון יותר לקבוע כי מקום בו סבור בית המשפט כי המלצת הצדדים מוגזמת, ישיב את הצדדים לשולחן המשא ומתן כדי שיקבעו מחדש את תנאי ההסכם.

### 3. הסכמי שובר

סוגיה מרכזית נוספת אשר יש לבחון לאור עקרון הייצוג ההולם נוגעת להסדרי פשרה ייצוגיים מסוג "הסכמי שובר" ("coupon settlements"). הסכם שובר הוא הסכם שבו ההטבה לחברי הקבוצה ניתנת על דרך של הנחה בהתקשרות עתידית בין חברי הקבוצה לבין הנתבע. הסכם השובר יכול להיות ספציפי, על ידי מתן הנחה עתידית לחברי הקבוצה המסוימים אשר נפגעו בעבר מן הנתבע, ויכול שיהיה כללי, על ידי התחייבות הנתבע ליתן הנחה לכלל ציבור הצרכנים לתקופת זמן מסוימת.<sup>127</sup> עיון בנתונים המפורסמים בפנקס התובענות הייצוגיות מלמד כי הסכמי השובר הם נתח נכבד מכלל הסדרי הפשרה הייצוגיים. במדגם שנבדק והמתייחס להסדרי הפשרה הייצוגיים שאושרו בשנת 2010, מתוך סך של 22 הסכמים שאושרו, 13 מהם היו הסכמי שובר, היינו למעלה ממחצית. כפי שיוסבר להלן, הסכמי שובר טומנים בחובם בעייתיות רבה. בעיה מרכזית בהסכמי שובר היא הקושי בהערכת השווי האמתי של ההטבה הניתנת לקבוצה המיוצגת.<sup>128</sup> להסכמי שובר תמיד נלווית האפשרות כי השובר לא ימומש.

126 ראו ס' 19(ד1) לחוק תובענות ייצוגיות שלפיו אם "מצא בית המשפט כי יש צורך לקבוע בהסדר הפשרה תנאים מסוימים [...]", בית המשפט אינו רשאי לקבעם בעצמו אלא נקבע כי הוא "יודיע לצדדים להסדר הפשרה כי מתן אישורו להסדר הפשרה מותנה בהסכמתם לאותם תנאים". נוסח זה נקבע לאחר דיון שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שבו נאמר על ידי המשתתפים בישיבה כי יש להבהיר בחוק כי תנאים שקובע בית המשפט בהסכם הפשרה צריכים את אישורם של הצדדים להסכם. בלשון עו"ד שרית דנה, המשנה ליועץ המשפטי ממשרד המשפטים, בישיבה זו: "בית המשפט, באשרו הסדר פשרה, איננו יכול לכפות על הצדדים משהו השונה מהמרכיב ההסכמי שביניהם. לכן, כל מה שצריך להיות ברור שאלה לא תנאים מאוחרים לאישור ההסדר אלא הוראות שהן תנאי לאישור" (פרוטוקול ישיבה מס' 16 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 31 (26.1.2006)).

127 ראו Leslie, לעיל ה"ש 41, בעמ' 994; Geoffrey P. Miller & Lori S. Singer, *Nonpecuniary Class Action Settlements*, 60 LAW & CONTEMP. PROBS. 97, 102 (1997): "A coupon settlement is a settlement where the defendant creates a right for class members to obtain a discount on future purchases of the defendant's products or services" וראו גם *Techs., Inc. v. DHL Express (USA), Inc.*, 463 F.3d 646, 654 (7th Cir. 2006) שם מציינ בית המשפט כי לכל הסכם שבו ההטבה לקבוצה מערכת הכרה בהתקשרות נוספת של חבר הקבוצה עם הנתבע יש מאפיינים של "הסכם שובר".

128 ראו גם לעניין זה קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 25–27. הסכמי שובר מעוררים קשיים נוספים, למשל, בכל הנוגע לתחרותיות והגבלים עסקיים, ראו אמיר ישראלי

הסיבות לכך יכולות להיות רבות. חבר הקבוצה יכול שלא לדעת על השובר שניתן לו או לשכוח מקיומו. ייתכן שאין לו צורך ברכישה נוספת של המוצר או השירות.<sup>129</sup> ייתכן גם שתנאי מימוש השובר אינם נוחים, באופן המערים קשיים על מימוש, למשל, על ידי קביעת תאריך תפוגה קצר, שלילת סחירות השוברים או איסור על מימוש כמה שוברים בעסקה אחת.<sup>130</sup>

יתרה מכך, ואף חשוב יותר: ייתכן שחבר הקבוצה פשוט אינו מעוניין לבוא בהתקשרות נוספת עם נתבע אשר (למצער לכאורה) פגע בו.<sup>131</sup> מדוע מניחים אנו כמובן מאליו כי אדם אשר סעד במסעדה או ביקר במועדון אשר הפרו, ולו לכאורה, את חוק הגבלת העישון במקומות ציבוריים, התשמ"ג-1983, יהיה מעוניין לבקר שם פעם נוספת?<sup>132</sup> מדוע יהיה צרכן אשר רכש מוצר שהסימון התזונתי שהופיע על גביו היה מטעה, מעוניין לרכוש מחברה זו, שלכאורה אמינותה נפגעה, מוצר נוסף?<sup>133</sup> הסדר

"פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס

בע"מ" הארת דין ב 112 (התשס"ה).

129 Leslie, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1005; Miller & Singer, לעיל ה"ש 127, בעמ' 108.

130 וראו גם את ההערכה ב- *James Tharin & Brian Blockovich, Coupons and the Class Action Fairness Act*, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 1443, 1445 (2005), שלפיה רק 1%-3% מהשוברים הניתנים במסגרת הסכם ייצוגי מומשים לבסוף.

131 Leslie, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1005, 1028.

132 ראו למשל את הסדרי הפשרה שהוגשו ביום 20.7.2009 בת"צ (מחוזי חי') 14255-02-09 מאיוסט נ' קיבוץ רמות מנשה, פורסם בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5, פריט מס' 491; בש"א (מחוזי ים) 6121/07 מן נ' פוקצ'טה בע"מ (פורסם בנבו, 1.7.2008).

133 ראו בש"א (מחוזי ת"א) 8767/07 חובה נ' מילקו תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010). כן ראו ת"צ (מחוזי מר') 855-01-08 ליגי נ' מ.ע.י.א. חברה למסחר (1987) בע"מ (פורסם בנבו, 28.3.2010), שם טען התובע המייצג כי הנתבע נהג להסיר "באמצעות חומר ניקוי רעיל" את תאריכי התפוגה שהוטבעו על ידי היצרן על גבי אריזות המוצר ולהחליפם בתאריכים מאוחרים יותר (טענות אלו הן כמובן לכאוריות, והוכחו על ידי הנתבע). הסדר הפשרה קבע כי צרכן אשר ירכוש מוצר זה בעתיד יוכל לקבל מוצר שני נוסף בחצי המחיר. וראו עניין ארגס, לעיל ה"ש 41, פס' 19 ו-21, שם מודה בית המשפט כי ההנחה העתידית ניתנת למוצר שכלל הנראה חברי הקבוצה אינם מעוניינים לרכשו בשנית: "ההטבה המוצעת על ידי תנובה היא מבצע הנחות במחירו של המוצר, שעל פי הנטען בבקשת האישור חברי הקבוצה כלל אינם מעוניינים בו".

ודוגמה נוספת: בת"צ (מחוזי ת"א) 49040-10-10 קיקוב נ' עירית בני ברק (פורסם בנבו, 30.8.2011), פריט מס' 1291 בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5, טען המבקש כי העירייה הנתבעת גבתה שלא כדין קנס ביתר בגין עבירה של אי תשלום אגרת חניה (יוער כי העירייה הכחישה טענה זו). הצדדים הגישו לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה, שלפיו במשך 24 החודשים שלאחר אישור ההסכם גובה הקנס שיוטל על ידי העירייה בהקשר זה יהיה נמוך בחמישה שקלים מגובה הקנס המרבי שהיא תוכל להטיל על פי הדין. משמע: כדי שחבר בקבוצה יוכל ליהנות מההטבה הניתנת במסגרת ההסכם, מוטל עליו לא פחות מאשר להפר את החוק.

פשרה מסוג זה פוגע בחירותם של חברי הקבוצה "להצביע ברגליים" ולהימנע מלהתקשר פעם נוספת עם הנתבע.<sup>134</sup>

עם זאת, חשוב לזכור כי גם שובר שלא מומש עודנו גורר אחריו מעשה בית דין כלפי חבר הקבוצה. במקרה זה מעשה בית הדין ניתן למעשה לנתבע "בחינם". חבר הקבוצה חסום מלתבוע את הנתבע על הנזק שנגרם אף על פי שלא קיבל כל פיצוי בפועל. מכאן, שלנתבע יש אינטרס להקשות על תנאי מימוש השוברים כדי שכמה שיותר מהם לא ימומשו.

לאור זאת נגלה הפוטנציאל הגדול בהסכמי שובר לייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם. גם בהסכם שובר, כבכל הסדר פשרה ייצוגי אחר, לתובע המייצג ובא כוחו יש אינטרס "לחבור" לנתבע על חשבון הקבוצה המיוצגת. אולם כאן, החבירה מתוחכמת יותר: התובע המייצג והנתבע עשויים לשתף פעולה זה עם זה ולהסכים על גמול ושכר טרחה גבוהים בתמורה להסכמה על תנאי מימוש מכבידים לשוברים הניתנים לקבוצה. אלא שבכל הנוגע להסכמי שובר, החבירה היא גם מסוכנת יותר. זאת, מאחר שהקושי בהערכת שוויו של הסכם השובר לקבוצה המיוצגת גדול מזה של הסדר פשרה המורה על מתן פיצוי כספי. לכן, בהסכם שובר לתובע המייצג ולנתבע קל יותר להציג לבית המשפט את ההסכם כבעל ערך רב לקבוצה – על ידי הכפלה פשוטה של מספר השוברים בערכם – תוך הסתרת העובדה כי למעשה ערכו של ההסכם נמוך בהרבה עקב הכללתם של תנאים מכבידים למימוש השובר בפועל.<sup>135</sup> באופן זה, יכולים הצדדים בקלות רבה יותר להציג את ההסכם כאטרקטיבי לחברי הקבוצה, לשכנע את בית המשפט לאשרו ולגזור ממנו גמול ושכר טרחה גבוהים מהראוי.<sup>136</sup> החבירה אפוא קלה יותר לביצוע ולהסתרה, וכפועל יוצא מכך, הפוטנציאל לייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם גדול יותר כשעל הפרק עומד הסכם שובר.<sup>137</sup>

134 Leslie, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1028: "For many class members, receiving coupons that require victims to spend more money is a hollow victory. It is the litigation equivalent of winning a pie-eating contest in which the first prize is a pie that must be eaten immediately"

135 שם, בעמ' 1049: "[...] coupon settlements allow class counsel to increase the size of their contingency fee *sub rosa* by creating the illusion that the class is being paid more than it actually is"

136 Miller & Singer, לעיל ה"ש 127, בעמ' 107; וראו גם Tharin & Blockovich, לעיל ה"ש 130: "[T]he real problem is persistently puny coupon redemption rates that deliver little value to the class, and contingency fees based on inflated redemption rate projections that far exceed the true value realized by the class" Rubenstein, *Fairness Hearing*; לעיל ה"ש 73, בעמ' 1460, שעומד על הצורך בשקיפות בהטבה הניתנת בהסכם הפשרה.

137 Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 REV. LITIG. 25, 42 (2002): "If courts are presented with inaccurate information not only regarding the *projected* earnings of the class and lawyer in trial but

אף כאן, נדגיש, החבירה אינה חייבת להיות מודעת, או על דרך ה"קנוניה" דווקא. באופן טבעי, התובע ובא כוחו יסכימו להצעה מצד הנתבע המכבידה על תנאי מימוש השובר, ובד בבד מגדילה את הגמול ושכר הטרחה אשר "יומלצו" לבית המשפט.<sup>138</sup> אי לכך, מומלץ לעצב קריטריונים שונים שעל בית המשפט להקפיד בהם בבואו לדון באישור הסדר פשרה מסוג הסכם שובר, המבטיחים, עד כמה שאפשר, כי חבירה מסוג זה לא התרחשה, וכי חברי הקבוצה אכן "יוצגו באופן הולם".

ראשית, על בית המשפט, כמובן, להביא בחשבון את הקושי במימוש השובר כחלק מהערכת שוויו של הסדר הפשרה לקבוצה המיוצגת. כך, אם מציגים בעלי הדין לבית המשפט הסכם בעל שווי כולל מסוים לחברי הקבוצה אשר חושב על ידי הכפלת מספר השוברים בערכם הנקוב, על בית המשפט להפחית מערך זה את הערכתו, עד כמה שאפשר, בדבר מספר השוברים אשר הוא צופה שלא ימושו.<sup>139</sup> מובן כי הערכה זו אינה קלה. על כן, היא אינה חייבת להיות "כמותית". היא יכולה להיות איכותית, באמצעות דיון בתנאי מימוש השוברים הכלולים בהסכם. ככל שתנאי מימוש השוברים קשים יותר, כך שווי ההטבה לקבוצה בהסדר הפשרה הוא למעשה נמוך יותר. כך, למשל, ערכם של שוברים סחירים בעלי תאריך תפוגה ארוך גבוה מערכם של שוברים שאינם סחירים, בעלי תאריך תפוגה קצר ותנאי מימוש מכבידים נוספים. בדומה לכך, ככל שמצופה יותר כי חבר הקבוצה, בנסיבות העניין, לא יהיה מעוניין להתקשר פעם נוספת עם נתבע אשר (לכאורה) ביצע כלפיו עוולה, כך שווי השוברים נמוך יותר גם הוא. מכל מקום, אף שהערכת הסיכוי כי השוברים אכן ימושו בפועל היא קשה, יש לעשות את המאמץ לבצעה, כדי להעריך טוב יותר את שווייה האמתי של ההטבה הניתנת לקבוצה המיוצגת.<sup>140</sup> משבוצעה הערכה מסוג זה, אם סבור בית המשפט כי לאורה הגמול לתובע

also with respect to their actual rents in settlement, then inefficiencies, collusion, and abuse will be exacerbated. Whenever the court is led to believe that class members earn more than they actually do or that the lawyer's payoff is less than it is in fact, defendants and class attorneys benefit at the expense of the class [...] By misrepresenting any of these parameters or by concealing part of the lawyer's payoff, the defendant and the class attorney deprive the court of its means of regulation"

138 Miller & Singer, לעיל ה"ש 127, בעמ' 110.

139 Fed. R. Civ. P. 23(h), Committee Notes on Rules – 2003 Amendment: "Settlements involving nonmonetary provisions for class members also deserve careful scrutiny to ensure that these provisions have actual value to the class" והשוו: ישראלי, לעיל ה"ש 128, בעמ' 120.

140 עיינו עניין *Honda*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1070: "A court's inquiry does not therefore end with a determination that a proposed settlement is a coupon settlement; it must discern if the value of a specific coupon settlement is reasonable in relation to the value of the claims surrendered"

המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו המומלצים גבוהים מדי, הרי שקם חשש כי חברי הקבוצה לא יוצגו באופן הולם, וכי ההסכמה על הגדלת הגמול ושכר הטרחה מעבר לגבול הסביר נעשתה תוך הסכמה מקבילה על הפחתה גדולה יותר בשווי ההסכם לקבוצה המיוצגת.

שנית, יש להפחית עד כמה שאפשר את האינטרס של הנתבע לפעול להכבדת תנאי מימוש השוברים תוך הסתרת עובדה זו מבית המשפט, ובכך להקטין את הפוטנציאל לחבירה פסולה בינו לבין התובע המייצג. תוצאה זו אפשר להשיג על ידי קביעה כי ככלל, שוויים של שוברים אשר לא מומשו יחולק לקבוצה או לציבור בדרך אחרת. באופן זה, העלות הכוללת של ההסכם מבחינתו של הנתבע לא תהיה תלויה במספר השוברים שימושו, ולכן מראש, לא יהיה לנתבע תמריץ לפגום בתנאי מימוש השוברים כדי להפחית את עלות ההסכם למעשה.<sup>141</sup>

נמחיש זאת בדוגמה: נניח שהסדר הפשרה הראשוני שאליו הגיעו הצדדים קובע כי יחולקו לקבוצה 10,000 שוברים בשווי של 100 ש"ח כל אחד (או תינתן לציבור הנחה בשיעורים אלו). סך ההטבה שתינתן לקבוצה הוא אפוא המכפלה של מספרים אלו, היינו 1 מיליון ש"ח. כך מציגים הצדדים את ההסכם לבית המשפט, ומסכום זה הם מבקשים לגזור את הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו. אולם בית המשפט אינו יודע, ויש לו קושי לדעת, מהו הצפי של שיעור השוברים שאכן ימומשו בפועל. ייתכן כי כולם ימומשו, אך ייתכן גם שהצדדים מסתירים מבית המשפט כי בשל תנאי המימוש המכבידים של השוברים הערכתם היא כי שיעור השוברים אשר ימומש בפועל יהיה נמוך בהרבה. באותו האופן הצדדים מסתירים גם כי לאור זאת הגמול ושכר הטרחה המובאים לאישור בית המשפט מוגזמים יחסית להטבה שלמעשה הושגה לקבוצה. הם אינם מגלים לבית המשפט כי הנתבע הסכים לגמול ושכר טרחה בשיעורים אלו שכן בתמורה הסכים התובע המייצג להפחתה גבוהה עוד יותר משווי ההטבה הניתנת לקבוצה.

אשר על כן, נכון יעשה בית המשפט אם ישיב את הצדדים לשולחן המשא ומתן ויורה להם לדון בתנאי ההסדר מחדש, אולם הפעם כשבמסגרתו ייקבע כי שוברים שלא ימומשו יחולקו לקבוצה או לציבור בדרך אחרת. סביר להניח כי אם יעשו כן הצדדים ויתמקחו ביניהם פעם נוספת, אך עתה לאור הנחייתו זו של בית המשפט, הסכום הכולל של ההטבה לקבוצה שעליו יסכימו יהיה עתה נמוך יותר – למשל 600,000 ש"ח באשר לדוגמה לעיל. זאת, מאחר שהנתבע לא יוכל עתה להביא בחשבון את החיסכון שצפה באי־מימוש חלק מהשוברים. באופן פעולה זה למעשה חשף בית המשפט כי הערכת

141 השוו עניין ליגי, לעיל ה"ש 133, שם קבע הסדר הפשרה כי 40% מהסכום שלא ימומש על ידי הצרכנים ייתרם לצדקה; וכן עניין סוסתיאל, לעיל ה"ש 105, פס' 22, לקביעה דומה. כן ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ (פורסם בנבו, 13.5.2011), שם הורה בית המשפט לצדדים לתקן את ההסכם כך שייקבע בו כי סכום שלא יחולק לקבוצה ייתרם לציבור בדרך אחרת.



הצדדים הקודמת הייתה כי לפחות 40% מהשוברים בהסדר הראשוני לא ימומשו. בית המשפט חשף גם כי הגמול ושכר הטרחה שנתבקש לפסוק בראשונה, שנגזרו מהערכה גבוהה יותר של הסדר הפשרה בשווי של 1 מיליון ש"ח, היו מופרזים. עתה נחשף כי בסבב הראשון "חברו" התובע המייצג והנתבע זה לזה (במתכוון או שלא במתכוון), והסכימו על גמול ושכר טרחה גבוהים בתמורה לתנאי מימוש מכבידים לשוברים ותוך צפי כי חלקם לא ימומשו. עתה בפני בית המשפט עומד השווי האמתי של ההסכם, שאמנם נמוך מכפי שהוצג באופן מטעה לראשונה, אולם למעשה הוא גבוה מכפי שהיה, שכן עתה אין הצדדים יכולים לחבור זה לזה באותה הקלות ולהסכים על גמול ושכר טרחה גבוהים בתמורה להפחתה גבוהה יותר בהטבה הניתנת לקבוצה. יתרה מכך, כעת יהיה קל יותר לבית המשפט להעריך את סבירותו של ההסכם ולגזור ממנו את הגמול ושכר הטרחה הראויים לתובע המייצג ובא כוחו. הסדר כאמור גם יתמך את התובע המייצג להילחם ביתר שאת על שיעור ההטבה הכוללת לקבוצה תוך עריכת התמקחות אמיתית בין הצדדים, שכן הרווח האישי שלו יזכה ייגזר משיעור זה בשקיפות רבה יותר. מובן גם, כי משנקבע כי שווי השוברים אשר לא ימומשו יחולק לקבוצה או לציבור בדרך אחרת, וככל שפוחת בעקבות כך התמריץ של הנתבע לפעול להקשחת תנאי מימוש השובר, כך פוחתת מידת הקפדנות שבה על בית המשפט לנסות להעריך את שיעור מימוש השוברים בפועל עליו עמדנו לעיל. זאת שכן ממילא, כבר ניטל העוקף מקביעת תנאי מימוש מכבידים לשוברים תוך הסתרת עובדה זו מבית המשפט. ומנקודת מבט אחרת: ככל שבנסיבות העניין הקושי של בית המשפט להעריך את שיעור השוברים אשר ימומשו בפועל רב יותר, כך גובר הפוטנציאל לחבירה אסורה בין התובע המייצג לבין הנתבע ולייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם, וכך גובר גם ההכרח כי ייקבע בהסכם כי שוויים של שוברים שלא ימומשו יגיע לקבוצה או לציבור באופן אחר.

חוק תובענות ייצוגיות מכיל הוראות שונות הנוגעות לעניין זה: סעיף 19(ד)(1) מורה כי בית המשפט רשאי להורות על הוספת תנאים להסכם הפשרה אם מצא כי הדבר דרוש "לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה שעליה חל ההסדר, לשם הבטחת אכיפת הדין או לשם פיקוח על ביצוע ההסדר". סעיף 20(ג) לחוק מורה כי אם "מצא בית המשפט 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".<sup>142</sup> בפרשנות תכליתית של הוראות אלו לאור עקרון הייצוג ההולם

142 והשוו לס' 20(א)(3) לחוק, המורה על העברת יתרה של פיצוי שלא חולק לאוצר המדינה. ועיינו גם "[...] The court, in its discretion, :Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1712(e) (2005) may also require that a proposed settlement agreement provide for the distribution of a portion of the value of unclaimed coupons to 1 or more charitable or governmental organizations, as agreed to by the parties [...]"

והחששות הטמונים באישור הסכמי שובר, נכון לקבוע כי יש בהן כדי להעניק לבית המשפט סמכות להורות כי שוויים של שוברים שלא ינוצלו יחולק לקבוצה או לציבור בדרך אחרת.

שלישית, יש להחליש עד כמה שאפשר את האינטרס של התובע המייצג ובא כוחו לחבור לנתבע ולפעול להגדלת רווחם האישי מן ההסכם באורח לא סביר, על חשבון הנוחות בתנאי מימוש השוברים. דרך טובה להחלשת אינטרס זה עד כמה שאפשר היא על ידי הצמדת הגמול ושכר הטרחה שבהם יזכו לשוויים של השוברים אשר מומשו בפועל. ככל שהצמדה זו תהיה הדוקה יותר, כך יתיישבו בהקשר זה האינטרסים של התובע המייצג ובא כוחו עם אלו של הקבוצה באופן טוב יותר. הדבר נעשה באמצעות אימוץ הסדר שלפיו קביעת שיעור הגמול ושכר הטרחה תידחה עד לתום תקופת הפירעון של השוברים, אז יבחן בית המשפט את שיעור השוברים אשר מומש בפועל.<sup>143</sup> ככל שיסתבר ששיעור זה היה נמוך יותר, כך יש להפחית את שיעור הגמול ושכר הטרחה בהתאם.<sup>144</sup> באופן זה, התובע המייצג ייאלץ לשים את הנוחות במימוש השוברים בראש מעייניו ולהילחם על עניין זה ביתר שאת במסגרת המשא ומתן.

143 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 85–87; כן ראו את החלטת בית המשפט ב- Fleury v. Richemont N. Am., Inc., No. C-05-4525 EMC (N.D. Cal. Apr. 11, 2008): "The Settling Plaintiffs shall provide briefing (to be filed and served) as to whether this Court should delay adjudication of the fee motion for at least some period of time so that it can assess, e.g., how many consumers have actually used their credits [...] Absent a common fund or other settlement structure from which the totality of benefits can be measured, it is difficult to gauge reasonable attorney's fees at this juncture" כן ראו את החלטת בית המשפט באותו עניין מיום 6.8.2008. וראו גם Union Fid. Life Ins. Co. v. McCurdy, 781 So. 2d 186 (Ala. 2000), שם התערב בית המשפט העליון במדינת אלבאמה בשכר הטרחה שנפסק לבא כוח התובע המייצג לאור העובדה שמסך של 114,000 שוברים שניתנו לחברי קבוצה, רק 113 מומשו בפועל.

144 ראו Fed. R. Civ. P. 23(h), Committee Notes on Rules – 2003 Amendment: "[...] fee award should not exceed a 'reasonable percentage of the amount of any damages and prejudgment interest actually paid to the class' [...] Settlement regimes that provide for future payments, for example, may not result in significant actual payments to class members. In this connection, the court may need to scrutinize the manner and operation of any applicable claims procedure. In some cases, it may be appropriate to defer some portion of the fee award until actual payouts to class members are known" (ההדגשה הוספה – א"ו). והשוו להצעתו של Leslie, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1086, שלפיה הגמול ושכר הטרחה ישולמו גם הם באמצעות שוברים. גישה זו נראית לנו קיצונית מאוד ועלולה לפגוע יתר על המידה בתמריץ של התובע המייצג להגיש תובענה ייצוגית. מובן גם כי גישה זו מעשית רק מקום שבו הוסכם כי השוברים יהיו סחירים, ואכן קיים שוק משני שבו יכול התובע המייצג לפדות את השוברים שקיבל בתמורה כספית.

אולם לגישה זו כמה חסרונות. ראשית, אפשר להניח כי מהבחינה הפרקטית, דחיית תשלומים מסוג זה לא תהיה אהודה על ציבור התובעים המייצגים, אשר ייפגע מכך כלכלית, ובמבט הרחב היא אף עלולה לפגוע בתמריץ להגשת תובענות ייצוגיות. שנית, הצמדת תשלומים כאמור עלולה להוביל לניגוד אינטרסים בין התובע המייצג לבין הקבוצה: התובע המייצג לא יהיה מוכן להסכים עם הנתבע על מועד פירעון רחוק לשוברים שיינתנו במסגרת הסדר הפשרה, דבר המיטיב עם הקבוצה, שכן משמעות הדבר מבחינתו תהיה המתנה ארוכה יותר לתשלום הגמול ושכר הטרחה. שלישית, להסדר מסוג זה יש עלויות הכרוכות בפיקוח בית המשפט על ביצוע ההסכם. אשר על כן, נראה כי בעניין זה על בית המשפט לאמץ גישת ביניים, המאזנת בין שיקולים נוגדים אלו בנסיבות העניין ומורה על פסיקת חלק מסכום הגמול ושכר הטרחה במועד אישור ההסכם, והשאר לאחר בירור שיעור השוברים שמומשו בפועל.<sup>145</sup> באופן זה תגדל, ולו במידת מה, זהות האינטרסים בין התובע המייצג לבין הקבוצה המיוצגת, ויהיה לתובע המייצג תמריץ רב יותר במידת מה לפעול לשם תנאי מימוש טובים יותר לשוברים הניתנים במסגרת ההסכם.

שאלה היא בהקשר זה אם בעת קביעת שיעור הגמול ושכר הטרחה לאחר תום המועד לפירעון השוברים יש לכלול את שוויים של שוברים אשר לא מומשו, אך כן נקבע כי הם יגיעו לציבור באופן אחר (כפי שהוצע לעיל). בארצות הברית נראה כי התשובה לכך היא שלילית, ושארית שווי השוברים שלא מומשו ואשר מחולקת לציבור בדרך אחרת אינה מובאת בחשבון לשם חישוב שכר הטרחה.<sup>146</sup> ככל ששווי זה לא יכלל בחישוב הגמול ושכר הטרחה, כך יגדל התמריץ של התובע ובא כוחו לפעול לשם השגת תנאי מימוש

כן ראו את שנפסק לאחרונה בת"צ (מחוזי מר') 4398-09-08 ליטבין נ' בלה שלומקינס בע"מ, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.1.2011), שם נתקבלה תובענה ייצוגית נגד מועדון שהפר את הוראות החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983, ונקבע כי הפיצוי יוענק לאגודה למלחמה בסרטן, וכי "שכר טרחתו של ב"כ התובעים ישולם לו לאחר שימצא אישורים על העברת התשלומים שנפסקו לטובת הציבור למוסדות האמורים"; כן ראו, לקביעה דומה, את ת"צ (מחוזי מר') 27607-02-10 פלוצקין נ' קבוצת שילב בע"מ, פס' 30 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.3.2011): "אני מורה כי מחצית שכר טרחת ב"כ המבקשת תשולם עם מתן פסק הדין והמחצית השנייה – לאחר שיאשר בתצהיר לבית המשפט כי 'המבצע' כהגדרתו לעיל, אכן נערך כמוסכם בהסדר הפשרה". כן ראו עניין סוסתיאל, לעיל ה"ש 105. לשלמות התמונה יוער כי נפסק כי לבית המשפט סמכות להידרש לבקשות שונות המוגשות בפניו, גם לאחר מתן פסק הדין המאשר את הסדר הפשרה; ראו ע"א 2046/10 שמש, לעיל ה"ש 35, פס' 4 לפסק הדין.

145 הסדר דומה לכך נעשה בעניין תדיראן, לעיל ה"ש 35, פס' 8 לפסק הדין, שם נקבע כי "100,000 ש"ח מתוך שכר הטרחה שנפסק יופקדו על ידי תדיראן בחשבון נאמנות, ויועברו לבאי-כוחו של התובע רק לאחר שבאי-הכוח ימסרו הודעה לבית משפט אודות ביצועו בפועל של הסדר הפשרה".

146 Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1712(e) (2005): "The distribution and redemption of any proceeds under this subsection shall not be used to calculate attorneys' fees under this section"

נוחים יותר לשוברים. מנגד, משנקבע כי שוויים של שוברים שלא מומשו יגיע לציבור בכל זאת, הרי שממילא פוחת האינטרס של הנתבע לפעול לקביעת תנאי מימוש מכבידים לשוברים. אשר על כן, נדמה כי גם בעניין זה הגישה הנכונה שיש לנקוט היא גישת ביניים ולקבוע כי בחישוב הגמול ושכר הטרחה יתחשב בית המשפט, לפי נסיבות העניין, בחלק משוויים של שוברים אשר לא מומשו אך הגיע לציבור בדרך אחרת. רביעית, ולבסוף, יש לדרוש כי התנאים למימוש השוברים יהיו נוחים ככל האפשר. יודגש: אכן, לעתים מוצדק כי הסדר הפשרה יעניק לחברי הקבוצה הטבה בשיעור נמוך – כאשר מדובר בתובענה ייצוגית שסיכוייה נמוכים. אולם מוטב שמתן הטבה נמוכה זו יהיה גלוי על פני השטח, בקביעת ערך נמוך לשובר עצמו, ולא על ידי קביעת תנאי מימוש מכבידים לשובר. תוקף השובר, המוצרים והשירותים שניתן לרכוש בו, האפשרות להשתמש בכמה שוברים בעסקה אחת, סחירות השובר, הפרוצדורה למימוש – כל אלו הם כלים בידי הצדדים להסתיר מבית המשפט כי כוונתם הייתה למעשה להתחמק ממתן פיצוי בפועל לחברי הקבוצה בתמורה למתן הטבה אישית לא סבירה לתובע המייצג ובא כוחו, וכי אילולא כוונה זו היו חברי הקבוצה יכולים להשיג הסדר אשר שוויו הכולל היה גבוה יותר.<sup>147</sup> יש ליתן אפוא עדיפות לכך כי תנאי מימוש השובר יהיו נוחים ככל האפשר, וכי שווי ההטבה אשר ניתנת לקבוצה ישתקף בערכו הנקוב של השובר ולא בתנאים למימוש.

את פרק זה נסיים בדוגמה להסכם שובר כפי שהובא לאישור בית המשפט בבש"א (מחוזי ת"א) 5590/08 קריטנשטיין נ' מסעדת טורקיז בע"מ.<sup>148</sup> באותו עניין טען התובע המייצג כי הנתבעת, מסעדה, הכלילה בחשבון דמי שירות שלא כדין. בהסדר הפשרה הסכימה הנתבעת ליתן הנחה של 12% לחברי הקבוצה – הם לקוחות אשר נגבה מהם התשלום הנטען בתקופה הרלוונטית. ההסדר אושר על ידי בית המשפט. אולם מעניין לראות את שהוסכם בין הצדדים באשר לאופן מימוש ההנחה: נקבע כי כדי לזכות בשובר הניתן בהסכם, על חברי הקבוצה להצהיר על זכאותם זו בתצהיר ערוך כדין. את התצהיר, כך נקבע בהסכם, יש להציג במסעדה או לשלוח אליה בדואר תוך 45 ימים בלבד. רק מי שנקט בפרוצדורה זו במועדים האמורים, יקבל שוברי הנחה התקפים לשנה אחת. בכל ארוחה יוכל חבר הקבוצה לממש שובר אחד בלבד.

אפשר לראות כי בהסדר זה נקבעו תנאי מימוש מכבידים למדי לשוברים הניתנים לקבוצה המיוצגת. לאור הטרחה הנדרשת לשם חתימה על תצהיר לשם קבלת השובר ספק רב אם לחבר הקבוצה כלל כדאי לטרוח לשם מימוש הפיצוי שניתן לו. כאמור, לחברי הקבוצה הוקצבו 45 ימים בלבד להמצאת התצהיר לנתבעת. עם זאת, הוסכם בין הצדדים כי ישולמו "שכ"ט עו"ד ופיצוי למבקש" בסך 105,000 ש"ח (הסכמה זו אף נכללה בהסדר הפשרה עצמו ולא ב"המלצה" נפרדת).

147 ראו Leslie, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1015 ואילך.

148 פורסם בנבו, 30.3.2009, פריט מס' 172 בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5 (להלן: עניין מסעדת טורקיז). חלק מן המסמכים הנוגעים להליך זה פורסמו בפנקס באופן חלקי.

בית המשפט, באשרו את הסדר הפשרה, התייחס לפן זה של ההסכם (בלשונו, "אכן, פיצוי זה כרוך בקושי מסוים עבור הלקוח – כדי לזכות בו, עליו לחתום על תצהיר בפני עורך דין"),<sup>149</sup> אולם הוסיף כי הסדר זה ראוי לאור סיכויי התביעה הנמוכים, הקושי להוכיח את הנזק לכל חבר קבוצה, אם בכלל קיים נזק, שווייה הנמוך של התביעה וחוסר האפשרות לבדוק את אמינות ההצהרה (שמצדיק לשיטת בית המשפט את החיוב בתצהיר).

אולם, ספק רב אם ההסכם שאושר ראוי לאור המגבלות הרבות שנכללו בו למימוש ההטבה שניתנה לחברי הקבוצה. כאמור, אף אם ראוי שההסכם יהיה בעל שווי נמוך בשל סיכויי התביעה הנמוכים (כפי שקבע בית המשפט באותו עניין, ונניח לשם הדיון כי קביעה זו נכונה), מוטב שהדבר ישתקף בערכו הנקוב של השובר או ההנחה, ולא יבוא לידי ביטוי בקשיים המוטלים למימושם. לאור מגבלות אלו, ספק רב אם בית המשפט כלל היה יכול להעריך את השווי האמתי של ההטבה שניתנה לקבוצה, ולהעריך לאורו אם שכר הטרחה והגמול שהוסכם עליהם ראויים ואם הקבוצה יוצגה באופן הולם. בית המשפט לא היה יכול לדעת, אם הצדדים לא "חברו" זה לזה והסכימו על תנאי מימוש מכבידים בתמורה לגמול אישי ושכר טרחה גבוהים לתובע המייצג ובא כוחו. נחזור שוב: חבירה זו אינה חייבת להיות מודעת או מכוונת, ואין הכרח כי מדובר יהיה ב"קנוניה" דווקא. באופן טבעי, התובע המייצג יסכים במהלך המשא ומתן להצעה מן הנתבע שבמסגרתה יינתנו שוברים שערכם לחברי הקבוצה נמוך יותר, ובה בעת גמול אישי ושכר טרחה גבוהים יותר לו ולבא כוחו.

ודוק: כאמור, ייתכן כי בית המשפט אכן צדק באותו עניין בקביעתו כי סיכויי התביעה היו נמוכים. ייתכן כי בשל כך אכן היה מוצדק ליתן לקבוצה המיוצגת פיצוי נמוך. אולם הן ההערכה של סיכויי התביעה והן ההערכה של מספר השוברים שאכן ימומשו – לעולם קשות לביצוע. לכן, קיים קושי לדעת אם המגבלות למימוש השובר הן אמנם תוצר של סיכויי התביעה הנמוכים או שמא מדובר בתוצאתה של חבירה פסולה בין התובע המייצג לבין הנתבע. על כן מוטב לנטרל פוטנציאל זה לניגוד עניינים בין התובע המייצג לבין הקבוצה, על ידי שימוש באחד או יותר מהמנגנונים שהוצעו לעיל. באופן זה אפשר להעריך טוב יותר את שווי האמתי של ההסכם, לקבוע לאורו את הגמול ושכר הטרחה הראויים, ועל ידי כך להבטיח כי הושגה למען הקבוצה התוצאה הטובה ביותר שאפשר היה להשיגה בנסיבות העניין.

#### 4. מינוי בודק וגורמים חיצוניים נוספים המסייעים בבחינת ההסכם

שלא כבכל הליך אדוורסרי, שבו האמת מתגלה לבית המשפט מן היריבות בין הצדדים, בהליך אישור הסדר פשרה אין בין הצדדים יריבות כלל: בעלי הדין, אשר עד כה היו ניצים זה לזה, מבקשים יחדיו מבית המשפט כי ההסכם שכרתו יקבל תוקף של פסק דין.

149 שם, פס' 13 לפסק הדין.

אולם שלא כבהליך רגיל שבו אין בכך כדי להוות בעייתיות מיוחדת – שכן הצדדים מסכימים ומבקשים לכבול להסכם רק את עצמם – שונה הדבר בהליך הייצוגי. בבקשה לאישור הסדר פשרה בהליך הייצוגי הצדדים מבקשים להכפיף גם, ובעיקר, צדדים שלישיים, הם חברי הקבוצה הנעדרים מאולם בית המשפט – ומכאן החשש הגדול באישור הסכם זה והצורך בפיקוחו ההדוק של בית המשפט. עם זאת, משהגיעו הצדדים לכדי הסכם, לא לנתבע ולא לתובע המייצג ובא כוחו קיים אינטרס להציג בפני בית המשפט פגמים או חסרונות בהסכם שכרתו.<sup>150</sup> משהושג הסדר הפשרה, מן הסתם, בעלי הדין יטענו יחדיו כי ההסכם "ראוי, הוגן וסביר" כנדרש בחוק, או כי הקבוצה "יוצגה באופן הולם".

אשר על כן, נדרש מנגנון אשר יבטיח כי יהיה מי שיטח את האינטרסים של חברי הקבוצה בפני בית המשפט ויעשה את המאמצים להצביע בפניו על פגמים בהסדר הפשרה, אם נפלו כאלו. חוק תובענות ייצוגיות מונה לא פחות מארבעה גורמים למילוי תפקיד זה: הראשון הוא הבודק (סעיף 19(ב) לחוק), השני הוא "רשות ציבורית" או "ארגון" הפועלים לשם קידום מטרה ציבורית הקשורה להליך הייצוגי (סעיף 18(ד) לחוק), השלישי הוא היועץ המשפטי לממשלה (שם) והרביעי הוא חבר קבוצה המתנגד להסדר, אם יש כזה בנמצא (שם).

נתמקד בבודק. חוק תובענות ייצוגיות מטיל על בית המשפט חובה למנות בודק ולקבל את חוות דעתו על הסדר הפשרה בטרם אישורו, אלא "מטעמים מיוחדים שיירשמו".<sup>151</sup> חובה זו משקפת את רצון המחוקק לחייב את בית המשפט לקבל חוות דעת חיצונית ובלתי תלויה באשר להסכם המובא לפתחו. ייתכן כי חובה זו הוטלה נוכח העובדה שקולם של הגורמים האחרים אשר עשויים להתנגד לאישור ההסכם (כדוגמת רשות ציבורית או ארגון הפועלים בתחום שבו עוסק ההליך, היועץ המשפטי לממשלה או חבר בקבוצה המתנגד להסכם) אינו תמיד בנמצא, והשמעתו תלויה ברצונם הטוב לנקוט יוזמה ולעשות כן. המחוקק ביקש אפוא שבפני בית המשפט תעמוד תמיד חוות דעת חיצונית באשר לטיב ההסכם שאישורו נתבקש, ומכאן חובה זו שנקבעה במפורש בחוק.<sup>152</sup> ואולם, כפי שמציין קלמנט במאמרו, עיון בפסיקה מלמד כי חובת מינוי הבודק

150 Rubenstein, *Fairness Hearing*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1445; קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 28.

151 ס' 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

152 מעניין לציין את הערתו של יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת רשף חן, באשר לקביעה כי פטור ממינוי בודק יינתן רק "מטעמים מיוחדים שיירשמו", כדלקמן: "בית המשפט עושה מה שהוא רוצה וכותב את הנימוקים שלו. אם יכתבו או לא יכתבו, זה ימשך להיות ככה. הסיבה שאני לא מתעכב על זה, היא הידיעה הברורה שזה לא באמת כל כך משנה אם נכתוב 'מנימוקים שיירשמו' או 'מטעמים מיוחדים שיירשמו' או 'אלא אם כן אישר בית המשפט כי נחה דעתו'. בסופו של דבר זה הכל אותו דבר" (פרוטוקול ישיבה מס' 16 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 31 (26.1.2006)).

לא נתקבלה יפה על ידי בתי המשפט, ולא אחת אלו פוטרים את הצדדים ממנה. קלמנט מביא במאמרו נתונים המראים כי ברובם המוחלט של המקרים מחליט בית המשפט לפטור את הצדדים מהחובה בחוק למינוי בודק.<sup>153</sup> אי לכך, נמקד את דיוננו בגורם הייצוגי זה וביחס שבינו לבין עקרון הייצוג ההולם, גורם אשר אף על פי שהוא נועד לסייע לבתי המשפט במלאכתם, במקרים רבים מחליטים אלו שלא להיעזר בו. בפתח הדברים חשוב לציין כי אפשר למצוא בפסיקה ניסיונות מוצלחים לעבודת הבודק. כך הוא, למשל, בעניין שהתעורר בת"צ (מחוזי מר') 4991-02-08 הכט נ' סלקום ישראל בע"מ.<sup>154</sup> באותו עניין ביקשו הצדדים לאשר הסדר פשרה, אולם הם כינו אותו בשם "הודעת הסתלקות" – ובית המשפט העמיד אותם על טעותם והורה להם לפעול על פי הפרוצדורה הקבועה בחוק לאישור הסדרי פשרה, לרבות מינויו של בודק. לאחר שמונה הבודק, וזה הגיש את חוות דעתו, כתב בית המשפט בפסק דינו:

בהסכם ההסתלקות נקבעה קבוצת [התובעים המיוצגים – א"ו] כך שנמנו עמה 1,426 מנויים. רק לאחר שנדחתה הבקשה להסתלקות, וההסכם נקרא הסדר פשרה, ומונה בודק ששני הצדדים סברו שאין צורך בבדיקתו – נמצא כי הקבוצה גדולה פי שבעה כמעט: 9,745 מנויים, והתשלום לפי ההסכם לקבוצה זו יעמוד על 269,246 ש"ח במקום 23,349 ש"ח, שהצדדים הסכימו לגביו בהסדר ההסתלקות.

כלומר, לאחר שנתקבלה חוות דעת הבודק התברר כי ההסתלקות המוסכמת עלולה היתה לעלות בזכויותיהם של מרבית חברי הקבוצה הרלוונטית, ובדיעבד ברור שהיה על ב"כ המבקשות לפעול בעצמו לשם מינוי בודק, ולא להסכים להסדר שימנע מינוי כזה.<sup>155</sup>

ניסיון מוצלח דומה במינויו של בודק התרחש בעניין לידרמן.<sup>156</sup> היועץ המשפטי לממשלה ביקש באותו עניין כי ימונה בודק לבחינת הסדר הפשרה, וכך עמד בית המשפט על הדברים בפסק דינו:

חשוב לציין כי דרישת היועמ"ש למינוי בודק הוכחה כמוצדקת לחלוטין. הצדדים שניהם נטו להסכים בשלב קודם להסתלקות מן התביעה, שאותה מבקשים עכשיו לאשר, תמורת תשלום גמול לתובע ולבא-כוחו. בא-כוחה של סלקום אמר בעת הדיון בבית המשפט כי מדובר בקבוצה קטנה של לקוחות, ובסכומי החזר קטנים בסביבות 50,000–60,000 ש"ח.

153 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 44–45.

154 פורסם בנבו, 15.4.2010, פריט מס' 416 בפנקס התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 5.

155 שם, בפס' 7 לפסק הדין.

156 לעיל ה"ש 109.

סכום הפיצוי לקבוצה עלה ל-700,000 ש"ח בהסדר הפשרה המוצע, ולפי חוות דעת הבודק מסתבר שמדובר בסכום גדול יותר (810,000 ש"ח). כך גם מסתבר מדוח הבודק כי "הקבוצה הקטנה" של לקוחות סלקום שהם חברי הקבוצה מונה 113,400 לקוחות. מסתבר, אפוא, שנדרש בודק כדי לאמת נתונים הדרושים לבית המשפט לצורך אישור הסדר הפשרה, גם אם בסופו של דבר הבודק הגיע למסקנה שהסדר המוצע סביר וראוי.<sup>157</sup>

דוגמאות אלו ממחישות היטב את הסכנה שבאישור הסדר פשרה בהליך ייצוגי בלא בחינה מספקת של ההסכם על ידי גורמים חיצוניים ובלתי תלויים, כדוגמת הבודק.<sup>158</sup> הן גם ממחישות את מידת האמון שבית המשפט יכול ליתן לפעמים בנתונים המובאים בפניו על ידי הצדדים, אשר לכאורה מוצגים כנתונים פשוטים שאינם מצריכים אימות על ידי גורם אובייקטיבי.<sup>159</sup> אכן, מינוי הבודק כרוך בעלויות אשר הצדדים, מן הסתם, אינם מעוניינים לשאת בהן, אך פעמים רבות מוטב לקבוצה כי עלויות אלו יוצאו, וכי יגבר בתמורה הביטחון כי אישור ההסדר הוא מוצדק וכי הוצגו בפני בית המשפט נתוני אמת. הדוגמאות האמורות מלמדות גם עד כמה על בית המשפט להתעלם מעצם רצונם של הצדדים כי לא ימונה בודק לבחינת הגינותו וסבירותו של ההסכם שאליו הגיעו. על בית המשפט לזכור כי לעולם הצדדים לא יהיו מעוניינים בבחינה חיצונית של תוצר המשא ומתן ביניהם. עם זאת, מינוי גורם חיצוני לבחינת ההסכם הוא חשוב, וכעולה מן

157 פס' 10 לפסק הדין. ראו גם עניין ישראלי, לעיל ה"ש 141, בפס' 1 לפסק הדין, שם ציין בית המשפט כדלקמן: "לעניין זה יש להדגיש את החשיבות בהפניית הסדרי פשרה לבודק כקבוע בחוק, וכן את חוות דעתו המקיפה והיסודית של רו"ח רצאבי במקרה זה, שהביא להעמדתה של מכבי על טעות שנפלה בחישוביה, ועל הגדלת שיעור הפיצוי לקבוצה כולה".

158 ס' 19(ב)(2) לחוק מורה כי בית המשפט לא ימנה לתפקיד הבודק אדם שעליו המליץ אחד הצדדים. בבש"א (מחוזי ת"א) 16615/06 עמר נ' אסם תעשיות מזון בע"מ, פס' 9 להחלטה (פורסמה בנבו, 13.3.2008), טענו הצדדים כי אין מקום למנות בודק כי הם כבר מינו מומחה לתחום בעצמם. מובן כי בית המשפט דחה טענה זו.

159 לא אחת משמש הבודק לשם אימות נתונים המובאים על ידי בעלי הדין. ראו למשל בש"א (מחוזי ת"א) 25786/06 אפשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.2.2009), שם מציין בית המשפט כי אימות נתונים הוא אף "תפקידו העיקרי של הבודק"; עניין עמר, לעיל ה"ש 158, פס' 8 להחלטה; השור עניין ארגס, לעיל ה"ש 41, שם נמנע בית המשפט ממינוי בודק לשם אימות בסיס הנתונים, שכן הנתונים הובאו על גבי נייר רשמי של החברה הנתבעת, חתום על ידי בעלת תפקיד בכיר בה; ת"א (מחוזי ת"א) 2061/06 נגלר נ' שטראוס-עלית בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.1.2011), שם הוסכם בין הצדדים לבין היועץ המשפטי לממשלה אשר עמד על כך שימונה בודק, כי הנתונים יאומתו על ידי המבקר החיצוני של הנתבעת; עניין חובה, לעיל ה"ש 133, פס' 15 לפסק הדין.



הדוגמאות שהובאו לעיל, הוא אף יכול להיות נדבך קריטי בהגנה הניתנת לחברי הקבוצה.<sup>160</sup>

ככלל, תפקידו של הבודק נתפס כמתן סיוע לבחינת שווי ההסכם לקבוצה המיוצגת.<sup>161</sup> מובן שבחינה זו חשובה. לאור נתונים אלו על בית המשפט להעריך עד כמה שאפשר, תוך שקלול הסיכויים והסיכונים הטמונים בניהול התביעה הייצוגית, אם ההסכם הוא אכן "ראוי, הוגן וסביר" ולהחליט אם לאשרו.<sup>162</sup> עם זאת, נשאלת השאלה אם אין זה נכון כי במקרים מתאימים יהיה לבודק תפקיד נוסף: לבחון גם אם הקבוצה יוצגה באופן הולם על ידי התובע המייצג ובא כוחו.<sup>163</sup>

כך, לדוגמה, ראוי שהבודק יחווה דעתו ויסיב את תשומת לב בית המשפט באשר להבדלים הקיימים בין חברי הקבוצה ולאפשרות לניגודי אינטרסים בין חלקם לבין התובע המייצג. בתוך כך הבודק גם יכול להתייחס להבדלים שמקורם ביחס שונה שמקבלים חברי קבוצה שונים במסגרת ההסכם, אשר לא בא זכרם בשעתו במסגרת כתבי הטענות. כאמור, הבדלים אלו יכולים להצביע על ניגודי אינטרסים בין חברי הקבוצה השונים או בין חלקם לבין התובע המייצג ועל אי-ייצוגם באופן הולם, גם במקרים בהם החוזה עצמו "ראוי, הוגן וסביר".<sup>164</sup>

התמונה דומה גם כאשר להמלצת הצדדים על הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו. רצוי שהבודק גם יחווה דעתו באשר לסבירותה של המלצה זו, שכן אם זו מופרזת, הרי ששוב קם החשש לייצוגה של הקבוצה באופן בלתי הולם.

160 השוו להצעתו של Rubenstein, *Fairness Hearing*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1453, למנות עורך דין חיצוני (המכונה בפיו "Devil's Advocate"), שתפקידו יהיה לבקר את הסדר הפשרה.

161 ראו עניין אפשטיין, לעיל ה"ש 159, פס' 17 לפסק הדין. כן ראו קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 46-48, שם עומד המחבר על תפקידו של הבודק בהערכת שווי ההסדר ושווי המשך ניהול ההליך בשביל הקבוצה המיוצגת. באשר למינוי בודק לבחינת הסכמים מסוג הסכמי שובר ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 9227/07 אורן נ' קולנוע חדש בע"מ (פורסמה בנבו, 3.5.2010), שם מונה הבודק לשם "בחינתם של מנגנון יישום ההטבות, של סבירות הגעתן בפועל לחברי הקבוצה ושל שוויון הכולל לחברי הקבוצה ככל שניתן לקובעו"; וכן ת"צ (מחוזי מר') 6493-01-10 גינר נ' השטייה המעופף בע"מ (פורסם בנבו, 22.5.2011).

162 ראו עניין אורן, לעיל ה"ש 161, פס' 18 להחלטה, שם הורה בית המשפט כי הבודק יימנע מלהתייחס בחוות דעתו לסיכויי התובענה.

163 השוו לנושאים השונים שקלמנט מציע במאמרו שהבודק יתייחס אליהם בעבודתו (קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 46-49). כן ראו את הצעתו של קלמנט למנות מפקח חיצוני אשר ילווה את הליכי התובענה הייצוגית ויבקר את התובע המייצג ובא כוחו, Klement, לעיל ה"ש 137, בעמ' 61.

164 השוו למשל לעבודתו המקיפה של הבודק בהסדר הפשרה המורכב שהתעורר לאחרונה בעניין סוסת'אל, לעיל ה"ש 105. הבודק עמד באותו עניין בפירוט על הנוק השונה שנגרם לכלל תת-קבוצה, ואף חיווה דעתו באשר לטיב פרסום ההסכם לחברי הקבוצה (פס' 16 לפסק הדין).

במעבר מביקורת הבודק את סבירות תוכנו של ההסכם אל ביקורת העוסקת באיכות ייצוגה של הקבוצה טמון יתרון נוסף: באופן זה, חוות דעתו של הבודק תהא גם משכנעת ואפקטיבית יותר. כפי שהוסבר לעיל, בחינת סבירות תוכן ההסכם היא לעולם מוגבלת. סבירות ההסכם היא למעשה מתחם של אפשרויות, אשר הנקודה שתיבחר בתוכו תלויה בכושר המיקוח של הצדדים. בנוסף, הערכת שווי ההסדר והשוואתו על ידי בית המשפט לשווי התביעה תוך שקלול סיכוייה וסיכוייה היא מלאכה קשה ובלתי מדויקת. אכן, תפקידו של הבודק בבחינת סבירות ההסכם הוא חשוב, אך נדמה כי הבודק יוכל לסייע בעניין זה רק בחשיפה של חריגות גדולות מאותו "מתחם" של סבירות. כל עוד ההסכם מצוי באותו מתחם, יתקשה הבודק לעמוד מאחורי חוות דעת שלילית באשר לטיב הסדר הפרשה. לעומת זאת, פגמים באיכות ייצוגה של הקבוצה קלים יותר לזיהוי ולביקורת, וחוות דעת המתרכזת בהם, ולא בתוכן ההסכם, תהיה אפקטיבית הרבה יותר.

לפיכך ראוי גם שנשקול מעבר ברטוריקה הננקטת על ידי הבודק בחוות דעתו, גם כאשר לנושאים בה המתייחסים לתוכן ההסכם וסבירותו, אל רטוריקה המתייחסת אל איכות ייצוגה של הקבוצה. כך, אמירה מצד הבודק כי אין לאשר את ההסכם מאחר ששווי ההטבה הניתנת לקבוצה הוא נמוך, עלולה להישמע לא משכנעת. לעתים, לאור סיכויי ההליך הנמוכים, מוצדק להעניק לקבוצה במסגרת ההסכם הטבה ששווייה נמוך. עם זאת, נקיטת רטוריקה שונה מצד הבודק הנסבה על איכות ייצוגה של הקבוצה – למשל, כי שווי ההטבה הניתנת לקבוצה הוא נמוך, אולם זאת יחסית לשיעור הגמול ושכר הטרחה המומלצים על ידי הצדדים, באופן המחשיד כי הצדדים "חברו" זה לזה באופן פסול וכי חברי הקבוצה יוצגו באופן בלתי הולם – נשמעת משכנעת הרבה יותר. בהתחשב בתפקידו המוצע של הבודק כמסייע לבית המשפט לבחון לא רק את סבירות ההסכם אלא גם את השאלה אם חברי הקבוצה יוצגו באופן הולם, נדמה כי יש לעצב את השיקולים למתן הפטור ממינוי הבודק בהתאם (שזאת, נזכיר, על פי החוק יש לעשות רק "מטעמים מיוחדים שיירשמו").<sup>165</sup>

ככל שהפוטנציאל לייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם גובר, וככל שגדל החשד ל"חבירה" בין התובע המייצג והנתבע על חשבון הקבוצה, צריכה הכף לנטות לעבר מינוי הבודק. כך הוא, למשל, מקום שבו מוצג בפני בית המשפט הסכם אשר אינו מתייחס לכל חברי הקבוצה באופן זהה. במקרה כזה, ראוי כי בית המשפט לא יותר על מינוי הבודק ואף יורה לו לסייע לבחון לעומקה את טיבה ותכליתה של הבחנה זו. כך הוא גם כאשר ההסכם מורה על הענקתם של שובר או הנחה לקבוצה. כאמור, בהסכמים מסוג זה הפוטנציאל לייצוג בלתי הולם של הקבוצה רב יותר.<sup>166</sup> על כן, במקרים אלו ראוי

165 ס' 19(ב)(1) לחוק.

166 ראו את קביעת בית המשפט בארצות הברית, שלפיה יש לבחון הסכמי שובר ביתר קפדנות בעניין Honda, לעיל ה"ש 14: Class [to the Class] several courts have interpreted section 1712(e) [...]

שבית המשפט לא יפטור את הצדדים מהחובה למנות בודק, אשר יכול לסייע לו לחשוף חבירות פסולות בין הנתבע לתובע המייצג ולבחון את איכות ייצוגה של הקבוצה. בשקלו אם לפטור את הצדדים מחובת מינוי הבודק על בית המשפט אפוא לשקול בין היתר גם את הפוטנציאל הגלום בהסכם לייצוג חברי הקבוצה באופן בלתי הולם. ככל שפוטנציאל זה גדול יותר, כך ראוי יותר שבית המשפט יורה על מינוי בודק, כפי שדורש החוק.

את פרק זה ייחדנו לתפקידו של הבודק, אולם אין מניעה שלא להחיל את האמור בו גם על הגורמים החיצוניים הנוספים המנויים בחוק אשר נועדו לסייע לבית המשפט בהליך אישור הסדר הפשרה – היועץ המשפטי לממשלה, ארגונים שונים, רשויות ציבוריות וחברים בקבוצה המיוצגת. כך, יש בנמצא מקרים שבהם התנגד היועץ המשפטי לממשלה להסדר פשרה, אולם זאת מן הטעם כי זה היה לטעמו "לא סביר" לגופו.<sup>167</sup> בעניין אחד אף ספג היועץ המשפטי לממשלה ביקורת מבית המשפט בשל כך.<sup>168</sup> מנגד, יש בנמצא מקרים שבהם התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה לאישור ההסכם נבעה מעניינים אשר אפשר לייחסם לייצוגה של הקבוצה באופן בלתי הולם.<sup>169</sup> התנגדות לאישור הסדר פשרה ייצוגי מצד חבר בקבוצה או ארגון כאמור בחוק עודנה נדירה בישראל. לעומת זאת, בארצות הברית מן הראוי לציין את פעילותו הענפה של הארגון "Center for Class Action Fairness", אשר באופן סיסטמטי מגיש התנגדויות לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים בשם חברים בקבוצה המיוצגת בטענה לייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם.<sup>170</sup> בדומה לבודק, גם לגורמים נוספים אלו יש קושי להעריך את סבירות תוכן ההסכם. אין מניעה אפוא כי גם אלו, כשהם משמיעים את קולם, יסייעו לבית המשפט להעריך גם את טיב איכות הייצוג של הקבוצה, ולא יחוו דעתם רק באשר לסבירות ההסכם לגופו.

גם את פרק זה נסיים בעניין מסעדת טורקיז, אשר הוזכר ונדון לעיל.<sup>171</sup> כאמור, עניין זה עסק בטענה כי המסעדה הנתבעת גבתה מלקוחותיה דמי שירות שלא כדין כביכול. הסדר הפשרה הורה על מתן הנחה לחברי הקבוצה, והוטל עליהם להוכיח את זכאותם על ידי המצאת תצהיר חתום כדין תוך פרק זמן קצר. כפי שהוסבר לעיל, נראה כי מדובר בתנאי מימוש מכבידים למדי. עם זאת, ולעניין פרק זה, בית המשפט באותו עניין גם פטר

Action Fairness Act of 2005 – A.W] as imposing a heightened level of scrutiny in reviewing such settlements [i.e., coupon settlements – A.W]"

167 עניין ישראלי, לעיל ה"ש 141; עניין ברוט, לעיל ה"ש 109.

168 ראו עניין ברוט, שם, פס' 13 לפסק הדין.

169 ראו עניין רשף, לעיל ה"ש 41, פס' 6 לפסק הדין, שם התנגד היועץ המשפטי לממשלה לעניינים שונים בהסדר הפשרה, ובין השאר להרחבת הגדרת הקבוצה ועילות התביעה שבאשר להן ייווצר מעשה בית דין, ולשיעור הגמול ושכר הטרחה לתובע המייצג ובא כוחו.

170 ראו את פעילותו של הארגון ב-[www.centerforclassactionfairness.blogspot.com](http://www.centerforclassactionfairness.blogspot.com).

171 ראו לעיל ה"ש 148, פס' 17 לפסק הדין.

את הצדדים מהחובה למנות בודק. בין שאר נימוקיו של בית המשפט לאי-מינוי בודק, קבע בית המשפט כי "במקרה דנן, יש לציין גם כי לאחר פרסום הסדר הפשרה, לא התנגד לו אף אחד מהתובעים בקבוצה, וכי גם היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד לפשרה". בכל הכבוד, נימוק זה היה אמור להוביל לתוצאה ההפוכה דווקא. כאמור בפתח פרק זה, לצדדים להסדר הפשרה הייצוגי אין שום אינטרס להצביע על פגמים בהסכם שכרתו. אשר על כן, מזמין חוק תובענות ייצוגיות צדדים נוספים – היועץ המשפטי לממשלה, ארגונים שונים, חברים בקבוצה – להביע את עמדתם באשר להסכם, לסייע בהצבעה על קשיים הטמונים בו ולקרב את הדיון באישור ההסכם להליך אדוורסרי עד כמה שאפשר. דווקא מקום בו אין התנגדות להסכם מצד אף אחד מגורמים אלו, צריכה הכף לנטות לעבר מינוי הבודק ואף ביתר שאת.<sup>172</sup> דווקא כשלא היועץ המשפטי לממשלה, לא ארגון כלשהו ולא חבר בקבוצה הביאו את טענותיהם נגד הסדר הפשרה הייצוגי, נותר הבודק ההזדמנות האחרונה לפנייה לגורם אובייקטיבי אשר יכול להסב את תשומת לב בית המשפט לקשיים בהסכם אשר בעלי הדין להוטים לאשרו.

## 5. עילה אישית?

עמדנו על חשיבות עקרון הייצוג ההולם בקשר לסוגיות מרכזיות שונות המתעוררות באישור הסדרי פשרה ייצוגיים. בטרם סיום, נבקש להעלות בקצרה סוגיה אשר ייתכן שיש לבררה לעומקה במסגרת מחקר נפרד ונבקש להותירה בשלב זה כשאלה פתוחה. אחד התנאים לאישור תובענה ייצוגית הוא קיומה של עילה אישית לתובע המייצג (סעיף 4 לחוק). סעיפים 18–19 לחוק אינם מונים עניין זה במפורש כתנאי הנדרש לאישור הסדר הפשרה. נשאלת השאלה – האם נכון בכל זאת לדרוש כן? גם בתנאי בדבר קיומה של עילה אישית אפשר לראות ביטוי ספציפי לעקרון הייצוג ההולם, ועל כן, תנאי שהתקיימותו נדרשת לשם אישור הסדר הפשרה הייצוגי. העילה האישית משקפת זהות אינטרסים בין התובע המייצג לבין הקבוצה המיוצגת. בשל העילה האישית התובע המייצג נהנה מכל הטבה ששיגי לקבוצה, בהיותו חבר בה.<sup>173</sup> ואכן,

172 והשוו לעניין *General Motors*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 812, שם קבע בית המשפט כי יש להיות חשדן יותר דווקא כשהתנגדות להסדר הפשרה מועטה: "However, a combination of observations about the practical realities of class actions has led a number of courts to be considerably more cautious about inferring support from a small number of objectors to a sophisticated settlement".

173 ראו עניין וינבלט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 266 ("בענייננו מתעוררת שאלת הייצוג ההולם מנקודת מבט שעניינה התאמת התובע הייצוגי, שלא סבל נזק, לייצג את עניינה של הקבוצה בתובענה, שעיקר העילות המנויות בה כוללות נזק כרכיב מרכיבהין"); Charles Donelan, *Prerequisites to a Class*; *Action Under New Rule 23*, 10 B.C. L. REV. 527, 534 (1969); עניין *General Telephone*, לעיל ה"ש 30, בה"ש 13 לפסק הדין; Eisenberg v. Gagnon, 766 F.2d 770, 786 (3d Cir. 1985);

בעניינים אחדים אשר נתעוררו בפני בית המשפט דחה בית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה, בין השאר מאחר שהתובע המייצג לא אחז בעילה אישית כשאר חברי הקבוצה.<sup>174</sup> יוער כי אימוץ עמדה זו אפשרי לכאורה גם לפי הוראות החוק הקיימות: סעיף 4 לחוק מונה את קיומה של עילה אישית כחלק מ"כשירות" התובע לשמש תובע מייצג, וייתכן כי אפשר "לשאוב" תנאי כשירות זה גם למסגרתם של התנאים לאישור הסדר הפשרה הייצוגי. במילים אחרות, ייתכן כי בפרשנות הדרישה בסעיף 4 לחוק בדבר קיומה של עילה אישית לפי תכליתה לדאוג לייצוגה ההולם של הקבוצה, עליה לחול גם במסגרת אישורם של הסדרי פשרה ייצוגיים.

מנגד, יש להודות כי מהבחינה הכלכלית, בתביעה ייצוגית העוסקת בנוזקים קטנים לכל חבר בקבוצה ההטבה שיקבל התובע המייצג בשל היותו חבר קבוצה מן המניין אינה גדולה במיוחד, והתובע המייצג רואה בגמול הנפרד שלו יהיה זכאי את מרב הרווח שלו מההסכם. לאור זאת אפשר לטעון כי בתובענות כאלו ממילא האחיזה בעילה אישית אינה בטוחה רצינית לייצוגה ההולם של הקבוצה, וכי על כן, אין טעם בהוכחת תנאי זה בטרם אישור הסדר פשרה.<sup>175</sup>

לאור שיקולים נוגדים אלו, ייתכן כי אפשר לאמץ דעה שלפיה מידת ההוכחה של קיומה של עילה אישית לשם אישור הסדר הפשרה תשתנה לפי שווי עילת התביעה לכל חבר בקבוצה. בפרקים הקודמים עמדנו על כך כי על דבר קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה להיקבע באופן פוזיטיבי על ידי בית המשפט טרם אישור הסדר הפשרה, ולא די כי בית המשפט ידון בסיכוייה של טענה זו להתקבל היה והתביעה הייצוגית תידון עד סופה. בכל הנוגע לקיומה של עילה אישית ייתכן שאפשר לאמץ עמדה שונה שלפיה ככל שמדובר בתובענה ייצוגית העוסקת בנוזקים גדולים יותר לכל חבר בקבוצה, נקפיד יותר בהוכחתו של תנאי זה עובר לאישור ההסכם.

"[...] Rule 23(a)(3) requiring typicality permits the court to assess whether the class representatives themselves present those common issues of law and fact that justify class treatment, thereby tending to assure that the absent class members will be adequately represented."

174 ראו למשל עניין קליינר, לעיל ה"ש 96, פס' 10 לפסק הדין. וראו גם עניין זילברפלד, לעיל ה"ש 45, פס' 6 לפסק הדין, שם בחן בית המשפט את קיומה של עילה אישית לשם אישור הסדר פשרה. זו גם דעתו של קלמנט במאמרו "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 62.

175 ראו קרייני, לעיל ה"ש 39, בעמ' 480. עם זאת יוער כי שיקול זה, ככל שהוא נכון, עשוי להיות רלוונטי גם באשר להליך אישורה של התובענה הייצוגית עצמה. לפיכך אפשר לטעון כי אם הדין מורה לנו לעמוד בתנאי בדבר קיומה של עילה אישית במסגרת אישורה של התובענה הייצוגית גם כשמדובר בתובענה ייצוגית שעניינה בנוזקים קטנים לכל חבר בקבוצה, ובהנחה כי תכלית דרישה זו היא לדאוג לייצוגה ההולם של הקבוצה, נראה כי אין סיבה להבחין בין כך לבין הצורך בתנאי זה גם לשם אישור הסדר פשרה ייצוגי.

מנגד, ככל שמדובר בתובענה ייצוגית העוסקת בנזקים פעוטים יותר לכל חבר בקבוצה, ייתכן שאפשר להקל בתנאי זה ולהסתפק, למשל, בהוכחתו באופן לכאורי בלבד.<sup>176</sup>

### ה. לפני סיום: ייצוג הולם – בכל מחיר? עקרון הייצוג ההולם ותכליות ההליך הייצוגי

עמדנו בהרחבה על עקרון הייצוג ההולם והרחבנו בחשיבותו בכל הנוגע לאישור הסדרי פשרה ייצוגיים. ועתה, רגע לפני סיום, יש לשאול: האין מדובר בהגזמה? האין בעקרון הייצוג ההולם חסרונות עד כי בסופו של יום הוא אף עלול לפגוע בחברי הקבוצה או באינטרס הציבורי? על היתרונות והחסרונות שבעקרון הייצוג ההולם אפשר ללמוד גם על ידי העמדתו אל מול תכליות ההליך הייצוגי: האם עקרון הייצוג ההולם מסייע בהגשמת תכליות אלו או שמא הוא עלול להביא לסיכולן?

אחת התכליות המרכזיות של ההליך הייצוגי היא הגברת אכיפת הדין והרתעת מזיקים פוטנציאליים.<sup>177</sup> בהיעדר הליך ייצוגי המזיק מצליח לחמוק מאכיפת הדין, שעה שאף על פי שגרם נזק לקבוצה גדולה של ניוזקים, לכל אחד מהם בנפרד אין זה כדאי להביא את הדבר לבירור בפני בית המשפט. היכולת לאגד את עילות התביעה של חברי הקבוצה להליך אחד מאפשרת לאכוף את הדין על המזיק ולהרתיע את שכמותו בעתיד.<sup>178</sup> האם ההקפדה על עקרון הייצוג ההולם משרתת תכלית זו של ההליך הייצוגי או מפריעה להגשמתה?

יטען הטוען: גם בהסדר פשרה שתוכנו "סביר" אולם הקבוצה בו לא יוצגה באופן הולם, באה לידי ביטוי התכלית בהליך הייצוגי בדבר הגברת ההרתעה ואכיפת הדין – בכל זאת, המזיק מוציא סכום כסף מכיסו ואינו חומק מתשלום. אולם, זו אינה התמונה בכללותה: כאמור, ייצוג הקבוצה באופן בלתי הולם משקף למעשה חבירה פסולה בין הנתבע לתובע המייצג שבמסגרתה ניתנת הטבה לתובע המייצג תמורת הפחתה גדולה יותר מן ההטבה הניתנת לקבוצה. ייצוג בלתי הולם מוביל אפוא להפחתה בעלות הכוללת של ההסכם מבחינת הנתבע. נמצא כי הנתבע אמנם מוציא סכום כסף מכיסו גם במסגרת

176 ושוב יצוין כי כאמור בה"ש 175 לעיל, ייתכן שהטעמים העומדים בבסיס מסקנה זו נכונים גם באשר להליך אישורה של התובענה הייצוגית עצמה. סוגיה זו נוגעת אפוא לסוגיה רחבה יותר בדבר הנחיצות של הדרישה לקיומה של עילה אישית בדיני התובענות הייצוגיות בכלל, ומובן כי לקביעה שלפיה אפשר להמעיט בחשיבותה של דרישה זו בהליך אישורה של התובענה הייצוגית (למשל בתביעה ייצוגית העוסקת בנזקים קטנים לכל חבר בקבוצה) תהא השלכה גם על נחיצותה במסגרת הליך אישור הסדר הפשרה הייצוגי.

177 ראו ס' 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות; עניין כהן, לעיל ה"ש 24, פס' 3 לפסק הדין.  
178 ע"א 345/03 רייכרט, לעיל ה"ש 21, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ארבל.

הסדר שבו לא יוצגה הקבוצה באופן הולם, אולם אלמלא כן הוא אמור היה "להוציא יותר". בהסדר מסוג זה טמונה אפוא הרתעת-חסר ואכיפת-חסר ופגיעה בתכלית זו של ההליך הייצוגי. אשר על כן, בהקפדה על עקרון הייצוג ההולם מוגשמת, ואין מסוכלת, תכלית ההליך הייצוגי בדבר אכיפת הדין והרתעת מזיקים פוטנציאליים.

נימוק נוסף שאפשר להעלותו נגד עקרון הייצוג ההולם בהקשר זה הוא כי ההקפדה עליו עלולה להרתיע תובעים מייצגים פוטנציאליים מלשמש ככאלו. על פי טענה זו, ההקפדה על עקרון הייצוג ההולם עלולה להוביל להפחתה בשיעור הגמול ושכר הטרחה שלהם הם יהיו זכאים, ובנוסף היא מובילה לייקור העלויות הכרוכות בניהול משא ומתן לפשרה (למשל, בשל חלוקת הקבוצה לתתי-קבוצות, הקפדה על מינוי בודק או ניהול המשא ומתן מחדש לאחר פסילת ההסכם על ידי בית המשפט). אולם, גם לכך אפשר להשיב ולומר כי אמנם הכלי הייצוגי אמור לכלול בחובו מנגנונים לתמרוץ ניזוקים לשמש תובעים מייצגים, אלא שלתמרוץ זה יש גבולות. תמרוץ אדם לשמש תובע מייצג על ידי מתן גמול לו ושכר טרחה לבא כוחו, הוא דבר לגיטימי. תמרוץ אדם לשמש תובע מייצג על ידי מתן גמול ושכר טרחה "שאינם סבירים", תוך חבירה פסולה עם הנתבע – אינו כזה.<sup>179</sup> בכך למעשה, טמון היתרון בהקפדה על עקרון הייצוג ההולם: עיקרון זה מציב את הגבול לתמרוץ הרצוי חברתית של ניזוקים לשמש תובעים מייצגים. זהו הרף שמתחתיו הניזוק אינו מתוגמל דיו באופן הפוגע באינטרס לעודד אותו ליזום הליך ייצוגי, אולם מעליו הוא מתוגמל ביתר תוך פגיעה בקבוצה באופן שאינו רצוי חברתית.

תכלית נוספת של ההליך הייצוגי היא מתן סעד הולם לחברי הקבוצה.<sup>180</sup> תכלית זו משקפת את הצורך הבסיסי של חברי הקבוצה שניזוקו להיות מפוצים על נזקם. יטען הטוען: גם בהסדר פשרה במסגרתו לא יוצגה הקבוצה באופן הולם מקבלים חברי הקבוצה פיצוי כלשהו. הקפדה על עקרון הייצוג ההולם עלולה להוביל לפסילת הסדרי פשרה, אשר ייתכן שהקבוצה אמנם לא יוצגה בהם באופן הולם, אולם הם עדיין עדיפים מבחינת חברי הקבוצה על פני אי-קבלה של דבר. יש להודות: באופן מעשי אפשר להניח כי חברי קבוצה בתובענה ייצוגית שעניינה בנזקים פעוטים לכל אחד מהם מעולם לא היו פונים לבית המשפט לממש את זכויותיהם. מבחינתם, הסדר הפשרה – אף אם לא יוצגו בו באופן הולם – הוא מתת שמים. חברי קבוצה רבים היו מעדיפים אפוא, לו נשאלו, כי ההסדר יאושר כמות שהוא אף אם נפלו פגמים בייצוגם ההולם, על פני פסילתו תוך לקיחת סיכון שהם ייוותרו בלא דבר.

179 ראו את ניתוחו של קלמנט במאמרו "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 83, שלפיו העלויות הכרוכות באישור הסדר פשרה מרתיעות בעיקר מהגשתן של תביעות סרק, וכי רצוי שכך יהיה.

180 ראו ס' 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות; עניין תנובה, לעיל ה"ש 21, פס' 2 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "[התובענה הייצוגית – א"ן] משרתת את אינטרס הפרט על-ידי מתן תרופה לנזק מקום שאלמלא צירף אליו חברי קבוצה נוספים, לא היתה כדאיות בהגשת תביעתו".

ואולם, גם כאן אין זו התמונה בכללותה: כפי שבואר לעיל בהרחבה, בהליך אישור הסדר הפשרה קיים קושי בהערכה אם ההטבה הניתנת לחברי הקבוצה היא "סבירה". סבירות הפיצוי אינה ניתנת להערכה מדויקת. לבית המשפט אין יכולת להעריך במדויק את שווי עילת התביעה לכל צד ולקבוע מה הייתה נקודת האופטימום לסיום המשא ומתן בין הצדדים. גם כאן, עקרון הייצוג ההולם תורם להגשמת תכלית ההליך הייצוגי. בהקפדה על עיקרון זה אנו מבטיחים כי הסעד שיינתן לקבוצה יהיה הולם, על ידי הקפדה כי התמריצים המניעים את התובע המייצג הם ראויים מלכתחילה. עקרון הייצוג ההולם מסייע אפוא לכך שהתוצאה שהושגה במשא ומתן היא אכן זו הטובה ביותר שאפשר היה לקבל.

קושי נוסף שאפשר להעלותו בהקשר זה הוא כי ההקפדה על עקרון הייצוג ההולם – על הייקור בעלויות המשא ומתן הכרוכות בכך והגברת הסיכון שלאחר הנשיאה בהן הסכם הפשרה לא יאושר – עלולה להרתיע את התובע המייצג מלנסות לסיים את ההליך בפשרה תוך נשיאה בסיכונים שאינם עולים בקנה אחד עם טובת הקבוצה בנסיבות העניין. ראשית, ספק רב אם טענה זו נכונה מבחינה כלכלית.<sup>181</sup> שנית, גם אם כך הדבר, אין זה בטוח כי יש בכך פגם: על התובע המייצג להירתע במובן מה מסיום הסכסוך בפשרה, במובן זה שעליו להפנים כי הסכם פשרה ייצוגי אינו דבר של מה בכך. על התובע המייצג להבין כי בפשרה זו הוא מבקש לחייב צדדים שלישיים בלא קבלת הסכמתם המפורשת ולהתייחס אליה ברצינות המתאימה. אולם, אין כל סיבה להניח כי רתיעה זו תהא מעבר למידה הראויה. אם הפיקוח של בית המשפט יופעל באופן ענייני ויעיל, אמנם תגבר הרתיעה של התובע המייצג מלסיים את התיק בפשרה, אולם זאת באורח סביר שמשקף את כובד משקלם של האינטרסים העומדים על הפרק.

נראה כי החיסרון המרכזי בהקפדה על עקרון הייצוג ההולם טמון בתכלית ההליך הייצוגי שעניינה ניהול הליך יעיל וחיסכון במשאבי מערכת.<sup>182</sup> ההקפדה על עקרון הייצוג ההולם גוזלת זמן שיפוטי. פסילת הסכם הפשרה, החזרת הצדדים לשולחן המשא ומתן לשם עריכת מקצה שיפורים, קיום דיון חוזר בבקשה לאישור ההסכם – מצריכים כולם זמן, וזמנו של בית המשפט הוא כידוע יקר. הקפדה על קוצו של יו"ד בשיעור הפיצוי לקבוצה, אשר ממילא הוא בשיעורים נמוכים בדרך כלל, עלולה לעלות למערכת בתי המשפט יותר מהרווח הצפוי בהקפדה זו לחברי הקבוצה. אכן, ה"פיתוי", אם נוכל לכנות זאת כך, של בית המשפט הוא גדול: יכול הוא לאשר את הסכם הפשרה ולהסיר

181 ראו בהקשר זה את הסברו של קלמנט במאמרו "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 82–83, שלפיו מבחינה כלכלית העלויות הכרוכות באישור הסדר פשרה אינן אמורות למנוע פשרות במקרים שבהם סיכויי התביעה גבוהים, אלא רק במקרים שבהם מדובר בתביעה בסכום נמוך או בתביעת סרק.

182 ראו ס' 41(4) לחוק תובענות ייצוגיות; ראו גם, בעניין כהן, לעיל ה"ש 24, פס' 3 לפסק הדין: "שימוש מושכל [בהליך התובענה הייצוגית – א"ן] יכול להביא לחיסכון במשאבים שיפוטניים".



מסדר יומו העמוס תיק מורכב, תחת התעקשות כי שיעור הפיצוי שיוענק לקבוצה יהיה מעט שונה.<sup>183</sup> זאת כשברור לכול כי למעשה חברי הקבוצה עצמם אדישים למדי באשר לתוצאות הסכסוך, ואלמלא ההליך שנסתיים בפשרה, על אף פגמיה, הם לא היו מקבלים דבר. נדמה כי זהו המאפיין העיקרי לפסיקת בית המשפט העליון שתוארה בפתח מאמר זה, שבמסגרתה מאושרים הסדרי פשרה ייצוגיים מתוך רצון לסיים את ההתדיינות תוך קביעה כי תוכן ההסכם נראה מספק.<sup>184</sup>

דברים ברוח חיסרון זה אפשר למצוא בדעת המיעוט של השופטים Stevens ו-Breyer בעניין *Amchem*, שנידון בהרחבה לעיל. כזכור, עניין *Amchem* עסק בהליך ייצוגי שהצורך בו נבע מהקושי שנוצר במערכת בתי המשפט לדון בנפרד בכל אחד מאלפי התיקים בדבר נזקי האסבסט שהגיעו לפתחה. כפי שפורט לעיל, דעת הרוב בבית המשפט סירבה לאשר את הסכם הפשרה שגובש באותו עניין, בין השאר מאחר שחברי הקבוצה לא יוצגו באופן הולם. דעת המיעוט הייתה שונה, והדגישה את משאבי המערכת אשר אינה יכולה להתמודד עם תביעות האסבסט ההמוניות. שופטי המיעוט עמדו בחוות דעתם על תמונת המצב העגומה באשר ליכולתה של מערכת המשפט להתמודד עם תיקי האסבסט, על מאות אלפיהם. הם הדגישו בדבריהם כי הסדר הפשרה משפר את מצבם של חברי הקבוצה ואת המשמעות הקשה של פסילתו.<sup>185</sup> דעת המיעוט אף לא התרשמה יתר על המידה מההצעה לחלק את הקבוצה לתתי-קבוצות. לגישתם, פסילת הסכם הפשרה והחייב בחלוקת הקבוצה לתתי-קבוצות יובילו לנשיאה בהוצאות רבות.<sup>186</sup> גישת

183 Rubenstein, *Fairness Hearing*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1445.

184 לעיל ה"ש 34–35.

185 עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 633–661: "[...] I believe the majority understates the importance of settlement in this case. [...] This exposure [to asbestos – A.W.] has led to several hundred thousand lawsuits [...] These lawsuits have taken up more than 6% of all federal civil filings in one recent year, and are subject to a delay that is twice that of other civil suits [...] Delays, high costs, and a random pattern of noncompensation led the Judicial Conference Ad Hoc Committee on Asbestos Litigation to transfer all federal asbestos personal-injury cases to the Eastern District of Pennsylvania in an effort to bring about a fair and comprehensive settlement [...] The District Court, when approving the settlement, concluded that it improved the plaintiffs' chances of compensation and reduced total legal fees and other transaction costs by a significant amount"

186 שם, בעמ' 636: "[...] subclasses can have problems of their own. There can be a cost in creating more distinct subgroups, each with its own representation [...] The more subclasses created, the more severe conflicts bubble to the surface and inhibit settlement [...] The resources of defendants and, ultimately, the community must not be exhausted by protracted litigation." Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, at 66"

שופטי המיעוט היא גישה פרקטית. היא גישה המבטיחה כי היה קיים צורך מידי למצוא פתרון לתיקי האסבסט, אשר הגם שאינו מושלם, הוא עדיף על המשך המצב הקיים. ייתכן כי מענה אפשרי לכך הוא שעצמתו של חיסרון זה תלויה בסוג התובענה הייצוגית העומדת על הפרק: <sup>187</sup> ככל שמדובר בתובענה ייצוגית שעניינה בנזקים פעוטים יותר לחברי הקבוצה (למשל, כזו העוסקת בעניין צרכני), אפשר לטעון כי שיקולי היעילות גוברים על ההקפדה בייצוגה ההולם של הקבוצה המיוצגת, שממילא, כאמור, חבריה אדישים למדי באשר לתוצאת ההליך. <sup>188</sup> תובענות ייצוגיות מסוג זה הן כלי דינוני שמטרתו העיקרית היא להתגבר על מצב של תת-אכיפה הנגרם משווייה הנמוך של כל עילת תביעה אינדיווידואלית. <sup>189</sup> במקרה כזה, אפשר לטעון שלא יהא כדאי לבטל הסכם שאליו הגיעו הצדדים ולהשיבם לשולחן המשא ומתן תוך חיובם, למשל, בחלוקת הקבוצה לתתי-קבוצות, כאשר ממילא ההבדלים הכמותיים בין ההסדרים השונים יהיו זניחים. אפשר לטעון שככל שמדובר בתובענה ייצוגית שעניינה בנזקים גדולים יותר לחברי הקבוצה (למשל, במקרה של עוולה המונית), גובר הצורך לדקדק ולהקפיד על עקרון הייצוג ההולם על אף משאבי המערכת הכרוכים בכך. <sup>190</sup>

אולם, על אף דרך טיעון זו נבקש להדגיש: כוחו של עקרון הייצוג ההולם יפה גם כאשר לתובענות ייצוגיות ששוויין לכל חבר קבוצה הוא נמוך. שתי סיבות לדבר. ראשית, גם אם אישור הסדר פשרה שבו הקבוצה לא יוצגה באופן הולם יביא לחיסכון במשאבי מערכת בתי המשפט והצדדים, אין זה אומר כי הדבר גם מוצדק. עם כל הרצון להסיר תיקים מעל סדר יומו העמוס של בית המשפט, שומה לזכור כי בהסדר פשרה ייצוגי נעשה שימוש בעילת תביעה של חברי הקבוצה בלא הסכמתם. כפי שהוסבר בפתח מאמר זה,

187 לדין בסוגי התובענה הייצוגית, על התכליות השונות העומדות בבסיסם, ראו קרייני, לעיל ה"ש 39, בעמ' 476.

188 וראו בהקשר זה את דברי בית המשפט העליון בע"א 345/03 רייכרט, לעיל ה"ש 21, שמהם עולה כי תפיסת בתי המשפט בישראל כיום היא כי סוג מקרים זה הוא המטרה העיקרית של דיני התובענות הייצוגיות: "[...] התובענה הייצוגית נועד בראש ובראשונה לאותם מקרים בהם הנזק שנגרם לפרט אינו מצדיק מבחינה כלכלית פניה לבית המשפט בהליך אינדיבידואלי לשם קבלת סעד" (פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש); וראו גם רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 23, בעמ' 262–263.

189 קרייני, לעיל ה"ש 39, בעמ' 479.

190 כדוגמת עניין *Amchem*, לעיל ה"ש 36. קיימות אמירות של בתי המשפט בישראל בתמיכה להגשת תובענות ייצוגיות העוסקות בנזקים משמעותיים; ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 10-01-38109 פלד נ' עיריית הוד השרון, פס' 11 להחלטה (פורסמה בנבו, 9.2.2011), שם קבע בית המשפט כי "יתכנו מצבים בהם יש להכיר בתובענה כייצוגית גם לבקשתו של מי שנגרמה לו פגיעה משמעותית יחסית"; וכן את פסק דינה של השופטת ארבל בע"א 345/03 רייכרט, לעיל ה"ש 21, פס' 3 לפסק דינה: "התובענה הייצוגית עשויה לשרת תכליות אלה גם כשתוחלת הנזק מהווה תמריץ מספק מבחינת התובע הבודד להגיש תביעה, ולא רק במקרים שתוחלת זו נמוכה". ראו גם סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו–2006" עלי משפט ו 7, 23 (2007).

עקרון הייצוג ההולם הוא ההצדקה לחיוב הפרט בתוצאות הליך שלא היה לו בו חלק, לשם השגת תכליות חברתיות שונות. עקרון הייצוג ההולם הוא שגורם לכך שהפגיעה בפרט הטמונה בשימוש בעילת תביעתו בלא הסכמתו לשם השגת תוצאה יעילה תהא מידתית. המטרה (יעילות) אינה מקדשת את כל האמצעים (ייצוג הפרט הנעדר באופן בלתי הולם).

שנית, יש להביט על דיני התובענות הייצוגיות במבט רחב, תחת בחינת כל הליך ייצוגי ספציפי לגופו. אכן, מדיניות קשוחה מצד בתי המשפט, תוך הקפדה על עקרון הייצוג ההולם והחזרת הצדדים לשולחן המשא ומתן כל אימת שהקבוצה לא יוצגה כיאות, עלולה לטרפד מאמצים להגיע לכדי פשרה ולהוביל להוצאות נוספות ולא כדאיות בתיק הספציפי. עם זאת, עלינו לבחון את הדברים מנקודת מבט רחבה יותר. במדיניות קשוחה זו יש כדי לתמרץ את בעלי הדין, להבא, לנהוג מראש תוך הקפדה על עקרון הייצוג ההולם. אילו ידעו הצדדים כי בית המשפט יהיה קפדן עמם בשמירה על עקרון הייצוג ההולם, הם יעשו זאת בעצמם מלכתחילה. הצדדים, למשל, ישקלו מלכתחילה אם לחלק את הקבוצה לתתי-קבוצות בהתחשב בעקרון הייצוג ההולם. אם ידעו הצדדים כי בית המשפט יקפיד עמם בעניינים נוספים, כגון שיעור שכר הטרחה או תנאי המימוש של שוברים הניתנים בהסכם, הם יקפידו בעניינים אלו מראש בעצמם. אם ידעו כי רוב הסיכויים הם שימונה בודק שיבחן את ההסכם שאליו הגיעו, על כל היבטיו, הם יקפידו על עריכת הסכם ראוי כבר במגעי המשא ומתן ביניהם. התנהלות קפדנית של בית המשפט תוביל, במבט הרחב, לגיבוש מראש של הסדרי פשרה שבהם ייוצגו חברי הקבוצה באופן הולם, וכפועל יוצא מכך, ובסופו של יום – לחיסכון במשאבי המערכת. זאת ועוד: בימים אלו עדיין מצויים אנו בשנותיהם הראשונות של דיני התובענות הייצוגיות בישראל. אלו הן שנים חשובות. דיני התובענות הייצוגיות מצויים בחיתוליהם, והם מעוצבים יום יום בפסיקת בתי המשפט. בשלב זה במיוחד חשובה מאוד ההקפדה. על המסר בשנים אלו להיות חד וברור כדי שידע היטב המבקש לשמש תובע מייצג את חובותיו ואת טיב מערכת היחסים שבינו לבין הקבוצה המיוצגת.

## סיכום

עקרון הייצוג ההולם חולש על סוגיות רבות המתעוררות באישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. עקרון זה הוא ההצדקה לחיוב חבר הקבוצה בהסכם שהוא לא נתן לו את הסכמתו, והוא שגורם כי הפגיעה בחבר הקבוצה הכרוכה בכך תהא מידתית. אכן, שאלה היא אם יש מקום לשינוי החוק ולנקוב במפורש בייצוג ההולם של הקבוצה כתנאי לאישור הסדר הפשרה. ייתכן שטוב אם כך ייעשה. אולם גם אם אחרת, לאור מעמדו של עקרון הייצוג ההולם, כמסבר במאמר זה, אי-הכללתו במסגרת הוראות החוק העוסקות באישור הסדר פשרה אינה מהווה הסדר שלילי בהקשר זה. על כל דבר חקיקה להיות

מפורש מתוך החזקה המוכרת כי המחוקק לא נתכוון לפגוע בזכויות אדם, תוך אימוץ הפרשנות המצמצמת את הפגיעה בזכויות אלו.<sup>191</sup> מאחר שלעקרון הייצוג ההולם קשר הדוק לשמירה על זכויותיו של הפרט, יש לראות בו את התכלית של הוראות דין עיקריות בדבר אישור הסדרי פשרה ייצוגיים, אשר יש להבינן ולפרשן לאורה. מקום שבו בית המשפט מתבקש לאשר הסדר פשרה ייצוגי, שומה עליו לשאול את השאלה הכללית – אם חברי הקבוצה יוצגו באופן הולם. שאלה זו היא ציר מרכזי שעליו נסבה ההחלטה אם לקבל את הבקשה לאישור ההסכם אם לדחותה.

האחריות המוטלת על בית המשפט בהקשר זה היא גדולה. על בית המשפט לזכור כי לא לתובע המייצג ולא לנתבע יש אינטרס להצביע על פגמים שנפלו בהסדר שאליו הגיעו. על בית המשפט לזכור גם את התוצאה הקשה של אישור הסדר הפשרה: כבילה של צדדים נעדרים לתנאי ההסדר בלא הסכמתם המפורשת ובלא שניתן להם יומם בבית המשפט. אשר על כן, על בית המשפט לראות עצמו מעין נאמן של חברי הקבוצה הנעדרים.<sup>192</sup> אישור הסדרי פשרה בהליך ייצוגי מציב אתגר לא פשוט לבית המשפט. הבנת הסוגיות המתעוררות בהקשר זה לאור עקרון הייצוג ההולם עשויה לסייע לו לעשות מלאכתו זו נאמנה.

191 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 555 (1993).  
 192 עניין *UHL*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 985: "[T]he district court must act almost as a fiduciary of the class when approving settlements"; כן ראו עניין *Reynolds*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 280-279: "This problem [...] requires district judges to exercise the highest degree of vigilance in scrutinizing proposed settlements of class actions. We and other courts have gone so far as to term the district judge in the settlement phase of a class action suit a fiduciary of the class, who is subject therefore to the high duty of care that the law requires of fiduciaries [...]. In this case] the judge did not give the issue of the settlement's adequacy the care that it deserved". וראו גם *Grant v. Bethlehem Steel Corp.*, 823 F.2d 20 (2d Cir. 1987); *Silber v. Mabon*, 957 F.2d 697, 701 (9th Cir. 1992).  
 בעמ' 785. לקביעה דומה בישראל ראו עניין גלניק, לעיל ה"ש 45, פס' 3 לפסק הדין.