

התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה

ערן טאוסניג*

- א. פתח דבר: חשיבותה של ההתנגדות להסדר פשרה
- ב. מנגנון ההתנגדות להסדר הפשרה בישראל
 1. התנגדות – מהי?
 2. הטעמים האפשריים להתנגדות
 3. התנגדות היועץ המשפטי לממשלה
 4. התנגדות חבר בקבוצה
 5. התנגדות המוגשת על ידי רשות ציבורית או ארגון
 6. התנגדות המוגשת על ידי גורמים נוספים
 7. גישת בתי המשפט בישראל להתנגדויות המוגשות
 8. האם יש לתת משקל לעצם ההגשה (או אי-ההגשה) של התנגדויות להסדר פשרה?
- ג. מנגנון ההתנגדות להסדר פשרה בארצות-הברית
- ד. הבעייתיות הגלומה במנגנון ההתנגדות וכיצד ניתן להתגבר עליה
 1. מנגנונים בארצות-הברית המיועדים למנוע הגשת התנגדויות סחטניות
- ה. כיצד ראוי להשתמש במנגנון ההתנגדות באופן שיפחית את הבעייתיות שהוצגה
 1. דוח של ה־American Law Institute
 2. פסיקת הוצאות ושכר טרחה למתנגד בישראל – הדין המצוי
 3. פסיקת הוצאות ושכר טרחה למתנגד בישראל – הדין הראוי
- ו. במקום סיכום

* ד"ר למשפטים ומרצה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לעופר גרוסקופף, רות רונן, דרורה פלפל, חמי בן נון, טל חבקין, שי נ. לביא, ברק טל, ליאב וינבאום, רענן בר זוהר ורנן גרשט על הערותיהם המועילות. תודה גם לארתור קליימן על סיועו המעולה והמסור במחקר. הדעות המובעות במאמר כולן שלי ובאחריותי בלבד.

א. פתח דבר: חשיבותה של ההתנגדות להסדר פשרה

מאמר זה דן במנגנון ההתנגדות לבקשה לאישור הסדר פשרה בתובענות ייצוגיות, המוסדר בישראל בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.¹ המאמר בוחן את ההסדר הקבוע בחוק, עונה על השאלות הפרשניות העולות מן ההסדר ומציג את ההסדר המקביל בארצות-הברית. כן מציג המאמר את הבעייתיות הגלומה במנגנון ההתנגדות, ומציע כיצד להשתמש בו באופן שיצמצם את אותה בעייתיות.

תובענה ייצוגית מוגשת על ידי תובע בשם קבוצת אנשים שלא ייפו את כוחו לכך. היא נועדה למקרים שבהם גוף כלשהו פוגע באנשים רבים, באופן שהנזק הנגרם לכל אחד מהם הוא קטן ואינו מצדיק הגשת תביעה, אולם הנזק המצטבר, לציבור הנפגעים הוא רב. התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרסים של כל הנפגעים, ובכך מקדמת יוזמה לנקוט הליך המשרת את עניינם של רבים.²

במילים אחרות ניתן לומר שהתובענה הייצוגית נועדה לאפשר לאדם אחד, או לקבוצת אנשים, שנזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, ושאלמלא האפשרות לרכז את תביעותיהם בתובענה ייצוגית אחת, לא היה כדאי להם לתבוע את נזקם ולא היו מפוצים, לתבוע בשם כל התובעים שסכום תביעתם או נזקם הכולל גבוה ביותר לאור ריבוי מספרם.³

מנקודת מבטו של הנתבע, התובענה הייצוגית גורמת לו להפנים את נזקי פעילותו. בלעדיה לא היה לנתבע תמריץ להימנע מלגרום נזקים קטנים לרבים, המצטברים לנזק מצרפי גדול.⁴ התובענה הייצוגית היא אפוא מכשיר חברתי חשוב

¹ חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 2463 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות).
² ראו, למשל: ע"מ 2395/07 **אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים**, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.12.2010); כן ראו: ערן טאוסִיג "הערעור בתובענות ייצוגיות" **הערעור האזרחי** 631, 633 (מהדורה שלישית, חמי-בן-נון וטל חבקין עורכים, 2012).

³ ע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח'**, פ"ד נא(2) 312, 323 (1997) (להלן: עניין **מגן וקשת**); יש לציין כי בכמה החלטות אושרה תובענה ייצוגית, גם כאשר הנזק לכל חבר בקבוצה היה גדול יחסית. ראו, למשל: ת"צ (מחוזי מר') 14144-05-09 **הראל פיא קרנות נאמנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 27.12.2012), אך מדובר בחרגי שאין בו כדי להעיד על הכלל; התובענה הייצוגית פותרת את הקושי הנובע מכך שתוחלת כל תביעה אישית (מכפלת סכום התביעה בסיכויי הצלחתה) נמוכה מהעלויות הכרוכות בניהולה. ראו: אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" **משפטים** לח(3) 445, 449-450 (2008).

⁴ למשל: ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי**, פס' 50 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011); בע"א 2718/09 "גדיש" **קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ** (פורסם בנבו, 28.5.2012) קבעה הנשיאה דורית ביניש כי בתחום ניירות הערך ניתן להגיש תובענה ייצוגית גם כאשר הנזק לכל חבר בקבוצה גדול יחסית, הואיל ולנוכח פיזורם הרב של בעלי המניות ומשום שרבים מהם אינם מודעים כלל לעצם קיומה

של אכיפה ורגולציה פרטית.⁵

קולמוסים רבים נשברו, הן בישראל⁶ והן בארצות-הברית,⁷ כדי להציג את הבעייתיות שפשרה בין צדדים לתובענה ייצוגית עשויה לעורר. לעומת הפשרה בתובענה רגילה, שהיא עניינם של הצדדים בלבד, פשרה בתובענה הייצוגית מכריעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת בהיעדרם. חברי הקבוצה אינם משתתפים בהליך המשפטי ואין להם חלק במשא ומתן המתנהל עד להשגת הסדר הפשרה. אף על פי כן, הסדר פשרה שאושר על ידי בית המשפט מקים כלפיהם מעשה בית דין וחוסם הגשת תביעות מאוחרות.⁸ על כן ברור שהסדר הפשרה המושג משפיע על זכות הגישה לבית המשפט של חברי הקבוצה המיוצגת.⁹

לפיכך, להבדיל מהמצב המשפטי בהסדר פשרה בתביעה "רגילה", חוק תובענות ייצוגיות קובע כי בטרם יאשר בית המשפט הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, עליו לקבוע אם ההסדר הוא "ראוי, הוגן וסביר".¹⁰ בין שאר השיקולים, החוק קובע כי

של הפגיעה בזכויותיהם ולהיקפה, אין להניח כי יפנו לבית המשפט; ראו גם: ת"צ (מחוזי מר') 09-05-14144 **הראל פיא קרנות נאמנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 27.12.2012).

⁵ גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" **משפט ועסקים** ג 247 (2005); Samuel Issacharoff, *Class Actions and State Authority*, 44 LOY. U. CHI. L.J. 369 (2013).

⁶ אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 5 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות"); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפטים** מג 351, 381–384 (2012) (להלן: ויצנבליט "ייצוג הולם"); רונן עדיני "גם זו דרך ססים – על הסדרי הסתלקות בתובענה ייצוגית" **הפרקליט** נב(2) 629, 632, 646–648 (2013); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147 (2011) (להלן: אוריון ושוורץ "מנגנונים לפיקוח").

⁷ ראו, למשל: Arthur R. Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, 92 HARV. L. REV. 664, 665–668 (1979); Tim Oliver Brandt, *The Strike Suit: A Common Problem of the Derivative Suit and the Shareholder Class Action*, 98 DICK. L. REV. 355, 368–370 (1993); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343, 1345–1349 (1995); Charles Silver, "We're Scared to Death": *Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. REV. 1357, 1404–1405 (2003); Bruce L. Hay & David Rosenberg, "Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: *Reality and Remedy*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377, 1377–1379 (2000).

⁸ ס' 19(ג)(2)(ו), 24 לחוק.

⁹ תובענה ייצוגית האוכפת באמצעות הסדר פשרה את זכויותיהם של חברי הקבוצה ממשת את זכות גישתם לערכאות, אשר לא יעיל לממשה באופן אינדיבידואלי, ושבהיעדר תובענה ייצוגית לא תמומש. ראו, למשל: רע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי**, פס' 18 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.7.2012).

¹⁰ ס' 19(א) לחוק.

בטרם יאשר בית המשפט הסדר פשרה, עליו להשוות בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו בית המשפט היה מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה.¹¹ הואיל ורוב רובן של הבקשות לאישור תובענה ייצוגית שמתקבלות מסתיימות בהסדרי פשרה¹² או בהסדר הסתלקות,¹³ ברור כי יש חשיבות רבה לכך שהסדרי הפשרה יגשימו את מטרת ההליך המפורטות בסעיף 1 לחוק, כלומר יקדמו את זכות הגישה לערכאות, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, פיצוי לנפגעים וניהול יעיל והוגן של התביעות.¹⁴

עם הבעיות הטמונות בהליך התובענה הייצוגית, וביתר שאת בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, ניתן למנות כראשונה במעלה את בעיית הנציג, הנובעת מהיעדרם של חברי הקבוצה משולחן המשא ומתן, היעדר שעלול לגרום לכך שתקופתנה זכויותיהם.¹⁵ בעיית הנציג נובעת מניגוד עניינים בין הגורמים המייצגים (התובע הייצוגי ובא כוחו), אשר מנהלים את ההליך, לבין חברי הקבוצה המיוצגים.

¹¹ ס' 19(ג)(2)(א) לחוק.

¹² ראו, למשל, בארצות-הברית: EMERY LEE & THOMAS E. WILLING, IMPACT OF THE CLASS ACTION FAIRNESS ACT ON THE FEDERAL COURTS: PRELIMINARY FINDINGS FROM PHASE TWO'S PRE-CAFA SAMPLE OF DIVERSITY CLASS ACTIONS 11 (Federal Judicial Center 2008); Robert H. Klonoff & Edward K.M. Bilich, Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials 362 (2002); Tom Baker & Sean J. Griffith, *How the Merits Matter: Directors' and officers' Insurance and Securities* (2009) 157 U. PENN. L. REV. 755, 776-777; בישראל: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבלוס ורוני אבישר-שדה **תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית** 42 (מחלקת מחקר של הרשות השופטת בשיתוף עם המרכז הבינתחומי, יוני 2014) (להלן: תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי). בתקופת הבדיקה תשעה תיקים בלבד הסתיימו בפסק דין סופי – בין אפריל 2006 לסוף אוגוסט 2012.

¹³ הסתלקויות, להבדיל מהסדרי פשרה, אינן יוצרות מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה המיוצגת, ואישורן כפוף לתנאים המפורטים בס' 16 לחוק.

¹⁴ ס' 1 לחוק קובע: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה: (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".

¹⁵ טאוסג "הערעור בתובענות ייצוגיות", לעיל ה"ש 2, בעמ' 639-643; קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 10-11; Christopher Leslie, *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, 59 FLA. L. REV. 71, 77-83 (2007) (להלן: Leslie, *Settlements*); בעיות נוספות הן בעיית התביעות הסחטניות והחשש מקנוניות בין המבקש לאשר תובענה כייצוגית ו/או בא כוחו לבין הנתבע בתובענה הייצוגית. ראו, למשל: ויצנבליט "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 6, בעמ' 31-34; אוריון ושוורץ "מנגנונים לפיקוח", לעיל ה"ש 6, בעמ' 161-166; ראו גם: ע"מ 6687/11 **מדינת ישראל נ' אבוטובל** (פורסם בנבו, 25.12.2012).

בהליכי פשרה בתובענות ייצוגיות יש חשש מובנה שהגורמים המשתתפים בהליך – התובע המייצג, בא כוחו והנתבע – ידאגו לאינטרס האישי שלהם על חשבון חברי הקבוצה,¹⁶ מה שעלול להביא, למשל, להסדרי פשרה שאינם משרתים את טובת הקבוצה אלא את האינטרס של עורכי הדין המייצגים, לסיים את התיק ולזכות בשכר טרחה חלף המשך התדיינות שעלולה להסתיים בלא כלום. בעיית הנציג עלולה לפגוע במימוש התכליות של מכשיר התובענה הייצוגית,¹⁷ שכן היא גורמת להרתעת חסר ולפיצוי חסר.¹⁸

ניגוד העניינים בין הגורמים המייצגים לבין חברי הקבוצה המיוצגת נובע בעיקר מן העובדה שהתובע הייצוגי ובא כוחו נושאים לבדם בעלויות ניהול ההליך.¹⁹ מנגד, הרווח לאותם נציגים במקרה שיזכו בתביעה (והשיפוי בגין הוצאותיהם) הוא רק חלק מהרווח הכולל שייפסק לטובת הקבוצה המיוצגת. לפיכך ישנו ניגוד בין האינטרסים של הנציגים לבין האינטרסים של הקבוצה המיוצגת.²⁰ יתרה מזאת, לפעמים התובע הייצוגי מעוניין לפקח על בא כוחו ולמנוע פשרה שאינה הוגנת כלפי הקבוצה, אך הוא אינו יכול לעשות זאת ביעילות.²¹

הואיל ורובם המכריע של הסדרי הפשרה מוגשים לאישור בית המשפט בשלב מוקדם, ובדרך כלל עוד בטרם אישר בית המשפט את התביעה כתובענה ייצוגית,²² והואיל ועם הגשת הסדר הפשרה בהליך הייצוגי התובע הייצוגי והנתבע עומדים

¹⁶ ראו, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1697/06 גלניק נ' הראל בע"מ – חברה לביטוח (פורסם בבנו, 8.11.2007); בר"ם 4303/12 אינטלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר (פורסם בבנו, 22.11.2012); קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 29.

¹⁷ ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

¹⁸ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 12.

¹⁹ להבדיל מארצות-הברית, שם עורכי הדין נושאים בכל העלויות זולת הזמן שהתובע משקיע בהליך, בישראל הלקוח אמור לשאת בכל העלויות ואילו עורך הדין נושא בעלות הזמן שלו בלבד. חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" **עלי משפט** יב 6–7 (צפוי להתפרסם ב-2015).

²⁰ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 10.

²¹ John C. Coffee, Jr., *Rethinking the Class Action: A Policy Primer on Reform*, 62 IND. L.J. 625, 629 (1987): "The members of the plaintiff class usually have very little capacity to monitor their agents"; Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 4 (1991); Explaining the monitoring problem "creates the danger that unscrupulous class counsel will settle a class claim for a generous attorney fee, but a paltry recovery". Marcel Kahan & Linda Silberman, *Matsushita and Beyond: The Role of State Courts in Class Actions*: *Involving Exclusive Federal Claims*, 1996 SUP. CT. REV. 219, 232 (1996); ראו גם:

ויצנבליט "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 6, בעמ' 363–373.

²² תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 20–23.

באותו צד של המתרס ומבקשים לאשר את ההסדר, לעתים בתי המשפט מתקשים להעריך את סיכויי התביעה ואת הסעדים שהיו נפסקים לו הקבוצה הייתה זוכה בתביעה. לעתים עומס העבודה המוטל על בתי המשפט גם הוא מקשה על שופטים להתעמק בהסדר הפשרה.²³ אם לא די בכך, פעמים רבות בתי המשפט מתקשים להעריך את שוויו האמיתי של הסדר הפשרה לחברי הקבוצה ואת עלותו לנתבע.²⁴ אין להתעלם גם מהאינטרס המערכת של בתי המשפט שתביעות תסתיימנה בפשרה, ולא תידונה לגופן, כדי לחסוך בזמן שיפוטי. גם אינטרס זה עשוי "להמריץ" בחלק מהמקרים את השופטים הדנים בבקשה, לאשר את הסדר הפשרה המוצע.²⁵

הקושי לקבוע אם ההסדר המוצע הוא ראוי, הוגן וסביר נובע בין היתר מאופיו הלא-אדברסרי של הליך אישור הסדר הפשרה שהצדדים השיגו במסגרת תובענה ייצוגית.²⁶ להבדיל מהליך "רגיל", שם האינטרסים של הצדדים מנוגדים, בהליך אישור

²³ על הקשיים של בתי המשפט לבחון בצורה מעמיקה את הסדרי הפשרה המוצעים נכתב רבות בארצות-הברית. ראו, למשל: "Although the case law may require full and elaborate judicial review before a settlement is approved, it is doubtful that courts have much incentive to be very demanding. Their deferential attitude is probably best expressed by one recent decision which acknowledged that: 'In deciding whether to approve this settlement proposal, the court starts from the familiar axiom that a bad settlement is almost always better than a good trial'". John C. Coffee, Jr., *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 n.121 (1986); Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. DAVIS L. REV. 805, 829 (1997); John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370, 389 (2000) (להלן: Coffee, *Accountability*); אשר לעומס המוטל על בתי המשפט בישראל בהשוואה למדינות אחרות, ראו: רענן סוליציאנו קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות **העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם** (המרכז לניהול מדיניות ציבורית, אוניברסיטת חיפה, 2007); תאודור אור דין **וחשבון הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל בראשות השופט אור** 15–19, 150 (1997). לדין בהשפעת העומס המוטל על בתי המשפט בישראל על עיצוב כללים דיוניים, ראו: אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** 75, 114–120 (2007).

²⁴ בעיה זו מחמירה כאשר הסדר הפשרה כולל קופונים, הנחות וסעדים שאינם כספיים. להרחבה, ראו: ויצנבליט "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 6, בעמ' 384–394 הערה 126; קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 7, 19, 25; עוד יוער כי המחוקק האמריקני היה ער לבעייתיות שבהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות הכוללים מתן קופונים לחברי הקבוצה והגביל אותם בחוק: Class Action Fairness Act of 2005, 28 U.S.C § 1712 (2005) (להלן: CAFA).

²⁵ סטיבן גולדשטיין "צדק מהיר: מבט השוואתי" **עלי משפט** ט 19, 39 (2011). שם דן המחבר בנטייתם של בתי המשפט מימים ימימה להביא את המתדיינים לידי פשרה.

²⁶ בית המשפט העליון הצביע על הבעייתיות המיוחדת בהליך התובענה הייצוגית, הנובעת מהיעדר דיון אדורסרי, ברע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נז(3) 220 (2003). השופטת שטרסברג-כהן קבעה כי "התובענה הייצוגית מביאה

הסדר פשרה בתובענה ייצוגית יש אינטרס משותף לתובע הייצוגי, לבא כוח הקבוצה ולנתבע. כולם מעוניינים שבית המשפט יאשר את הסדר הפשרה. במחוי הגשת הסדר הפשרה, צד אחד של ספסלי הפרקליטים שמול השופט מתרוקן ויושביו עוברים לצד האחר וחוזרים לחובשיו, שעד להגשת הבקשה לאישור הסדר הפשרה היו יריביהם המרים. היחידים שהאינטרסים שלהם עלולים להיפגע מאישור הסדר הפשרה הם חברי הקבוצה המיוצגת, אך הם אדישים (רציונלית) להליך אישור הסדר הפשרה, ואין באמתחתם, בדרך כלל, מידע מספיק כדי להתנגד להסדר הפשרה. זו הסיבה לכך שעל בית המשפט לשמש שומר סף ולהגן על זכויותיהם של חברי הקבוצה.²⁷ כפי שנראה, בית המשפט נעזר בהתנגדויות המוגשות להסדרי הפשרה, כאשר המתנגד להסדר מתייצב מול התובע הייצוגי, העומד בצוותא עם הנתבע וחולק עמו אינטרס משותף שהסדר הפשרה יאושר.

המחוקק אמנם מפרט בסעיף 19(ג) לחוק רשימת שיקולים ששומה על בית המשפט להתחשב בהם בטרם יחליט אם לאשר את הסדר הפשרה, ובהם הפער בין הסעד המוצע בהסדר לבין הסעד שהיה ניתן לקבל לו הייתה התביעה מוכרעת לטובת הקבוצה; הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה; העילות והסעדים שהחלטה לאשר את הסדר הפשרה מהווה מעשה בית דין בעניינם כלפי חברי הקבוצה שההסדר חל עליהם; השלב שההליך נמצא בו ועוד.²⁸ דא עקא, שמדובר בשיקולים שבית המשפט מתקשה לשקול, בין בשל השלב המוקדם שבו ההסדר מוגש לאישור, בטרם הספיק בית המשפט להכיר את מהות הדברים, ובין בשל העובדה שעל פי רוב לא מתקיים דיון אדברסרי בבקשה לאשר את הסדר הפשרה, הואיל ולצדדים המופיעים בבית המשפט, התובע הייצוגי ובא כוחו והנתבע, יש אינטרס משותף והוא לשכנע את בית המשפט

כנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדברסרית. במרכז 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". ראו: פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; ראו בדומה גם: אירית חביב-סגל **דיני חברות** כרך ב 701-705 (2007). בעייתיות זו הופכת לחמורה הרבה יותר בהליך אישור הפשרה.

27 Eran B. Taussig, *Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 1275, 1305-1309 (2009) (להלן: Taussig, *Good Faith*).

28 יש להעיר כי כאשר ההסדר מוגש לאישור בית המשפט לפני שהתובענה אושרה כייצוגית, יש דרישות נוספות: יש לבחון אם קיימות לכאורה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ואם סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. דרישות אלה נועדו למנוע אישור פשרות בהליכים שאינם מתאימים כלל להידון בהליך של תובענה ייצוגית. ראו בס' 19(א) לחוק; ת' 12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות).

לאשר את ההסדר המוצע.²⁹

הואיל וחברי הקבוצה המיוצגת אינם משתתפים בניהול התובענה הייצוגית ואינם מפקחים על דרך ניהולה, ברור כי על בית המשפט להגן על חברי הקבוצה באמצעות המנגנונים שיצר החוק. עם זאת, המידע שברשות בית המשפט בבואו להכריע בסוגיה הוא מוגבל בהיקפו ובית המשפט בישראל גם אינו מצויד במנגנונים לבירור האמת, כמקובל בשיטות המשפט האינוויזטוריות.³⁰

כדי להתמודד עם הבעיות הללו, קבע המחוקק מנגנונים אחדים בסעיפים 18–19 לחוק, ואלה נועדו לשמש תחליף להליך האדברסרי, ולאפשר לבית המשפט לבחון את הסדר הפשרה המוגש לאישורו. אחד מהם הוא זכותם של חברי הקבוצה לצאת ממנה (Opt Out) אם הסדר הפשרה שהוגש לאישור אינו מקובל עליהם,³¹ והמנגנון החשוב ביותר המיועד להתגבר על הבעיה של היעדר הליך אדברסרי בשלב אישור הסדר הפשרה, הוא מנגנון ההתנגדות.³² חשיבותו של מנגנון ההתנגדות נובעת מכך, שלהבדיל ממנגנון היציאה מן הקבוצה, למשל, מנגנון ההתנגדות הוא אינפורמטיבי ואקטיבי, דהיינו מספק לבית המשפט מידע נחוץ על אודות הבעייתיות שבהסדר

²⁹ ראו, למשל: קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 28–30.

³⁰ אף על פי שהשיטה בישראל היא אדברסרית כבארצות המשפט המקובל, ניתן לראות כי בשנים האחרונות מתחולל בה כרסום ניכר, ועקרונות אינקוויזטוריים מחלחלים לתוכה. ראו, למשל: ת' 65, 72(ב), 143(5), 144, 168, 169 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; סטיבן גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר הדין האזרחי" **משפטים** יט 663 (1990); דודי שוורץ "מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי" **ספר השנה של המשפט בישראל** 417, 423 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); אירית חביבי-סגל **דיני חברות: לאחר חוק החברות החדש** כרך א 565 (1999). כך, למשל, אומצו כללים אינקוויזטוריים בשלב קדם המשפט; מגמה זו עולה, למשל, מהחלטת בית המשפט העליון. ראו: רע"א 5528/10 **Sf Wing Overseas Real Estate Investments Ltd** נ' **אמנון יניב**, פס' 10 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 26.7.2010): "לצורך קיומן של התכליות הנזכרות, ניתנה בידו של השופט היושב לדין סמכות רחבה באשר לדרכי ניהול המשפט בשלב קדם המשפט. 'בשלב זה אמור השופט לאחוז במושכות. עליו לגלות יוזמה בקידום התיק, על רקע המטרות של קדם המשפט [...] משמע, שלב קדם המשפט הינו בעל אופי אינקוויזטורי' [...] על כן ראה מחוקק המשנה ליתן בידי בית המשפט בגדרו של שלב דינוי זה את הסמכות להורות מיוזמתו, הגם שלא שנדרש לכך בידי מי מבעלי הדין, על 'כל הוראה לסדר הדין שיש בה לפשט את הדיון או להקל עליו'".

³¹ ס' 18(ו) לחוק מורה: "חבר קבוצה אשר אינו מעוניין כי יחול עליו הסדר הפשרה, רשאי לבקש מבית המשפט, בתוך המועד שנקבע להגשת התנגדויות לפי סעיף קטן (ד), להתיר לו לצאת מן הקבוצה שעליה יחול ההסדר".

³² ס' 18(ד) לחוק. החוק קובע כמה מנגנוני הגנה נוספים ובהם: איסור הכללת עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה לאישור התובענה הייצוגית – ס' 18(ז1); איסור התניית הסדר פשרה בשכר טרחה וגמול – ס' 18(ז2); הדרישה לצרף תצהירים של הצדדים ושל באי כוחם – ס' 18(ב); החובה למנות בודק – ס' 19(ב1); פיקוח על יישום הסדר הפשרה תוך התוויית התנאים על ידי בית המשפט – ס' 19(ד).

הפשרה המוגש לאישורו.³³ בארצות-הברית נקבע כי מנגנון היציאה מן הקבוצה ומנגנון ההתנגדות נגזרים מזכותם של חברי הקבוצה להליך נאות (Due Process).³⁴ לא אחת היללו בתי המשפט בארצות-הברית את המתנגדים ואת חשיבותו של מנגנון ההתנגדות והתועלת שהוא מסב לחברי הקבוצה.³⁵

סעיף 18(ג) לחוק קובע כי לאחר שהוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, ובית המשפט לא מצא לנכון לדחות אותה על הסף, עליו להורות על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה וכן על משלוח ההודעה וההסדר המוצע ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, לכל גוף או בעל תפקיד שיקבע השר³⁶ ולכל אדם אחר כפי שיוורה. מטרת פרסום ההודעה היא לאפשר לכל אחד מחברי הקבוצה לצאת מן הקבוצה ולאפשר לכל אחד מהם להתנגד להסדר הפשרה המוצע.³⁷ זכות היציאה מן הקבוצה וזכות ההתנגדות, שכונו בספרות Exit ו־Voice, משמשות תחליף להשתתפות אקטיבית בהליך אדברסרי של חברי הקבוצה, שאינה מתקיימת בתובענות ייצוגיות.³⁸

למאמר שישה חלקים. בחלק הראשון הונחה תשתית להסברת חשיבותה של ההתנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית. בחלקו השני של המאמר יוצגו מנגנון ההתנגדות והשימוש בו בבתי המשפט בישראל. כפי שנראה, נכון למועד כתיבת שורות אלה, מנגנון ההתנגדות איננו מיושם באופן מיטבי בישראל. בחלקו השלישי

³³ המידע נחוץ לבתי המשפט גם משום שהשימוש במנגנון הבודק המצוי בס' 19(ב) לחוק, שאמור לסייע לבית המשפט להעריך את הסדר הפשרה, איננו נפוץ. רק ב-15% מהבקשות לאישור הסדרי פשרה שלא סולקו על הסף מונה בודק, ראו: תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 32; עוד יוער לעניין זה, שבכמה החלטות נקבע כי משלא הוגשו התנגדויות להסדר הפשרה, אין למנות בודק. ראו להלן: ה"ש 139. היה אפשר להגיע למסקנה מנוגדת, שיש חשיבות מיוחדת למינוי בודק, שיעזור לבית המשפט לבחון את סבירותו של הסדר הפשרה המוצע דווקא משום שלא הוגשו התנגדויות.

³⁴ ראו, למשל: Kincade v. Gen. Tire & Rubber Co., 635 F.2d 501, 507–508 (5th Cir. 1981).

³⁵ Edward Brunet, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, 2003 U. CHI. LEGAL F. 403, 439–442 (2003). (להלן: Brunet).

³⁶ כמפורט בת' 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות.

³⁷ לא ברור אם חוק תובענות ייצוגיות מאפשר לצאת מן הקבוצה ולאחר מכן להגיש התנגדות (ראו: בעמ' 449–451 למאמר זה). בארצות-הברית מי שיצא מן הקבוצה אינו זכאי להגיש התנגדות.

³⁸ Coffee, *Accountability*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 377; לעניין המקור לתובנות בעניין ההבחנה בין voice ל־exit ראו: ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (Harv. Univ. Press, 1970) לעניין החשיבות של זכות חברי הקבוצה המיוצגת בתובענה ייצוגית להישמע ראו גם: Patrick Woolley, *Rethinking the Adequacy of Adequate Representation*, 75 TEX. L. REV. 571, 582 (1997).

של המאמר יוצג מנגנון ההתנגדות בארצות-הברית. בחלק הרביעי תתואר הבעייתיות שבמנגנון ההתנגדות, כפי שהיא ניכרת מן ההסדר בארצות-הברית. בחלק החמישי של המאמר יובהר כיצד ראוי להשתמש במנגנון ההתנגדות בישראל, באופן שיפחית את הבעייתיות שהוצגה ולנוכח הניסיון האמריקני. בחלקו השישי של המאמר אסכם.

ב. מנגנון ההתנגדות להסדר הפשרה בישראל

1. התנגדות – מהי?

סעיפים 18(ג) ו-18(ד) לחוק קובעים:

"(ג) הוגשה לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה ולא מצא בית המשפט טעם לדחות אותה על הסף, יורה על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לפי הוראות סעיף 25, וכן על משלוח ההודעה כאמור, בצירוף העתק מהבקשה, מההסדר ומהתובענה, ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, ולכל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר, ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיוורה; הודעה לפי סעיף קטן זה תכלול את פרטי ההסדר שלגביו הוגשה הבקשה ויצוין בה האמור בסעיפים קטנים (ד) ו-(ו).

(ד) אדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, ארגון, שאישר השר לענין זה, הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש לבית המשפט, בכתב, בתוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה כאמור בסעיף קטן (ג) או בתוך מועד מאוחר יותר שיקבע בית המשפט, התנגדות מנומקת להסדר הפשרה וכן להמלצה המוסכמת בענין גמול ושכר טרחה שהוגשה לפי סעיף קטן (ז)(2)".

אם כן, החוק קובע כי לאחר הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה, על בית המשפט לבחון את ההסדר המוצע ואם אינו רואה לנכון לדחות את הבקשה על הסף, עליו להורות על פרסום הודעה בדבר ההסדר בעיתון יומי.³⁹ כמו כן, על בית המשפט להורות על משלוח הודעה בדבר ההסדר המוצע, בצירוף העתק מהבקשה, מההסדר ומהתובענה, ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט ולכל גוף או בעל תפקיד

³⁹ ראו, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2319/03 פופיק נ' פוגז 1993 בע"מ (פורסם בנבו, 31.1.2010). שם נדחה ההסדר המוצע על הסף.

שיקבע שר המשפטים.⁴⁰ בתי המשפט הורו לשלוח הסדרי פשרה לממונה על הגנת הצרכן,⁴¹ למועצה הישראלית לצרכנות,⁴² למפקח על הבנקים,⁴³ למפקח על הביטוח,⁴⁴ למשרד הפנים,⁴⁵ למשרד לאיכות הסביבה,⁴⁶ לנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות,⁴⁷ לממונה על ההגבלים העסקיים,⁴⁸ לרשות לניירות ערך⁴⁹

⁴⁰ סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" **עלי משפט** ו' 7, 21 (2007) (להלן: גולדשטיין "הערות"). שר המשפטים קבע רשימת גופים בת' 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות.

⁴¹ למשל: ת"צ (מחוזי מר') 24859-09-10 **טרושינסקי ואח' נ' סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 30.7.2012); ת"א (מחוזי ת"א) 1125-07 **רזגל אנרגיה בע"מ נ' סלקום ישראל בע"מ**, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 17.12.2012). שם אושר הסדר פשרה בעקבות בקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה נטען כי סלקום מבצעת התניה אסורה של שירות בשירות, ובכך היא מפרה את הוראת ס' 14 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982.

⁴² למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1301-06 **חושן נ' אלטמן ורוקחות טבעית (1993) בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 17.3.2013). שם העביר בית המשפט את הסדר הפשרה להתייחסותה של המועצה הישראלית לצרכנות. המועצה הישראלית לצרכנות היא חברה ממשלתית, שהוקמה מכוח חוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008.

⁴³ למשל: ת"צ (מחוזי מר') 46038-02-11 **בירגר בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ** (פורסם בנבו, 21.5.2012). באותו עניין אושר הסדר פשרה בעקבות בקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה נטען כי המשיב חישב את עמלת הפירעון המוקדם בנוגע להלוואות שלא למטרות דיור, באופן שהביא לחיובי יתר של לקוחותיו.

⁴⁴ למשל: ת"צ (מחוזי מר') 7298-07-11 **הלמן נ' הראל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 5ב (פורסם בנבו, 8.5.2013). באותו עניין אושר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שבה נטען כי המשיבה גובה ממבוטחים בפוליסות ביטוח אישי וממבוטחים בפוליסות לביטוח אחר בענפי הביטוח הכללי, דמי אשראי תוך חריגה מהוראות הדין או בשיעור העולה על המוצג למבוטחים.

⁴⁵ למשל: ת"צ (מחוזי מר') 26550-03-12 **עזובון אולפניר זהר ז"ל ואח' נ' עיריית ראשון לציון ואח'** (פורסם בנבו, 24.4.2013). באותו עניין אושר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שבה נטען כי המשיבה אינה מקיימת את הוראת ס' 17 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, בכך שאינה משיבה היטלי השבחה ששולמו ביתר בתוספת "תשלומי פיגורים", כמשמעות מונח זה בס' האמור.

⁴⁶ ת"צ (מחוזי חי') 3699-06-10 **סלימאן נ' חד-אסף תעשיות בע"מ**, פס' ב-ו לה לפסק דינו של השופט גריל (פורסם בנבו, 19.7.2011). באותו עניין אישר בית המשפט הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, אשר בה נטען כי למבקשים וחברי הקבוצה נגרמו נזקים עקב פריצת שרפה במפעלי מתכת שבבעלות המשיבה.

⁴⁷ למשל: ת"צ (מחוזי מר') 44052-07-12 **ברון נ' קונקס תחבורה ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 9.6.2013). שם אושר הסדר פשרה הנוגע להנגשת התחבורה הציבורית ללקויי ראייה.

⁴⁸ למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2141-07 **בנגיאת נ' איגוד האופים בישראל ואח'** (פורסם בנבו, 3.2.2011).

⁴⁹ למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 26809-01-11 **כהנא נ' מכתשים-אגן תעשיות בע"מ** (פורסם בנבו, 22.6.2011).

ולממונה על יחסי העבודה.⁵⁰

לאחר פרסום ההסדר, כל חבר בקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור הסדר הפשרה, רשאי להגיש התנגדות להסדר הפשרה המוצע תוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה או במועד מאוחר יותר כפי שיקבע בית המשפט, ובית המשפט ישקול את ההתנגדויות במסגרת החלטתו אם לאשר את ההסדר אם לאו.⁵¹ גם רשות ציבורית או ארגון שאושר, הפועלים לקידום מטרה ציבורית הקשורה לעניין שהתובענה הייצוגית או הבקשה לאישור ההסדר עוסקות בו, וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש התנגדות מנומקת להסדר הפשרה.⁵²

2. הטעמים האפשריים להתנגדות

כאמור, מטרת זכות ההתנגדות היא לספק לבית המשפט מידע נחוץ על אודות הבעייתיות שבהסדר הפשרה המוגש לאישורו. על כן החוק אינו מגביל את ההתנגדות מבחינת תוכנה, וניתן להגיש התנגדות להסדר פשרה מכל סיבה שהיא כל עוד ההתנגדות מוגשת מטעמים סבירים ולא מטעמים פסולים. ניתן לעגן את מבחן הטעמים הסבירים בדרישת הסף לנהל את התובענה הייצוגית בתום לב, הקבועה בסעיף 8(א)(4) לחוק או בחובה הכללית לנהוג בתום לב.⁵³ בדומה למי שמבקש לאשר את תביעתו האישית כתובענה ייצוגית, גם מי שמגיש התנגדות להסדר פשרה מייצג את הקבוצה ועליו לעמוד בסטנדרטים דומים של תום לב וייצוג הולם.⁵⁴ לאחרונה נדרש בית המשפט העליון (השופט חנן מלצר) לדרישת תום הלב וקבע כי בהקשר של דרישה זו נשאלת בעיקר השאלה אם האינטרס האישי של עורך הדין בניהול התובענה עולה בקנה אחד עם עניינם של כל חברי הקבוצה ואם ההליך הייצוגי אינו מנוצל על ידי נציגי הקבוצה לצורך הפקת רווח אישי על חשבונם של חברי הקבוצה.⁵⁵ כן נקבע כי מוצדק לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית כאשר בית

⁵⁰ למשל: תע"א (מחוזי ת"א) 10614/09 ו-ת"צ (מחוזי ת"א) 27638-01-11 **בלאושטיין נ' דרור כנף תפעול שירותים בע"מ** (פורסם בנבו, 13.3.2013). שם אושר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית בעניין זכויות סוציאליות המגיעות למבקשת ולקבוצה מאת המשיבה.

⁵¹ ס' 18(ד) לחוק.

⁵² שם.

⁵³ בר"ע 305/80 **שילה נ' רצקובסקי**, פ"ד לה(3) 449 (1981) (להלן: עניין **שילה**).

⁵⁴ ס' 8(א)(3), 8(א)(4) לחוק. ניתן לכאורה לטעון כי אדם יכול להתנגד להסדר בלא שהוא מתיימר לייצג את הקבוצה, אלא רק את האינטרס שלו עצמו. ברם, הואיל ובדרך כלל שווי התביעה הפרטנית של כל חבר בקבוצה הוא נמוך, ברי כי ההתנגדות מוגשת כדי לזכות בגמול כלשהו בתמורה לשיפור ההסדר למען הקבוצה ולא כדי להגדיל את הפיצוי בגין תביעתו האישית. על כן לא סביר להתמקד בתביעה האישית של המתנגד, אלא באינטרס של הקבוצה כולה, כפי שנהוג לעשות בנוגע למגיש הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

⁵⁵ ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר (הדס 1987 בע"מ, פס' 92** לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם

המשפט משתכנע כי התובענה הוגשה ממניעים, אשר בינם לבין תכליות ההליך הייצוגי, אין ולא כלום, כגון רצון לפגוע במתחרה עסקי, או רצון לסחוט פשרה. כך גם כאשר התובענה מוגשת כניסיון ללחוץ על הנתבע, או על בא כוחו כאמצעי להשגת מטרות אחרות, שהן זרות לתובענה הייצוגית ולתכליות שהיא נועדה להשיג.⁵⁶ ניתן להשתמש במבחנים דומים לצורך בחינת תום הלב של מתנגד להסדר פשרה ובא כוחו.⁵⁷

יובהר כי בדרך כלל אין בתי המשפט נוהגים לבקר גורמים שמגישים התנגדויות. עם זאת, כאשר בית המשפט מוצא כי טעמי ההתנגדות אינם סבירים, הוא אינו מהסס לציין זאת הן כאשר ההתנגדות מוגשת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הן כאשר היא מוגשת על ידי חבר בקבוצה המיוצגת. כך נעשה בעניין ברוט,⁵⁸ שם עלתה הטענה כי חברת מנורה גבתה מחברי הקבוצה כספים שלא כדין בכך שחייבה אותם בתשלום פרמיה בעד תקופה שבמהלכה לא נשאה בסיכון ביטוחי. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר שהוצג לאישור מהטעם שההטבה שנקבעה בו אינה מוצעת לחברי הקבוצה שחדלו להיות לקוחותיה של מנורה, וכי הפיצוי הותנה בכך שחבר הקבוצה ימשיך לרכוש ביטוח ממנורה במשך שישה חודשים לאחר המועד הקובע. לנוכח התנגדות היועץ המשפטי לממשלה, שונה ההסדר באופן שגם מי שאינו עוד לקוח של מנורה, יוכל לקבל את הפיצוי לפי ההסדר. עוד טען היועץ המשפטי לממשלה כי היה ראוי שמנורה תשלם לכל אחד מחברי הקבוצה פיצוי כספי שיחושב באופן פרטני לפי הסכום המדויק שנגבה ממנו ביתר. בית המשפט (השופטת ענת ברון) ביקר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבע כי גישתו שבהסדר פשרה על הנתבע בתובענה הייצוגית לקבל על עצמו את מלוא הסיכון בהליך ולשלם את כל ההפסד הכספי שנגרם לחברי הקבוצה, מרוקנת את מנגנון הפשרה בתובענות ייצוגיות מתוכן. לדבריה, אין לגישה זו אחיזה בלשון החוק, שכן קנה המידה שנקבע בסעיף 19 הוא ש"בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה". נקבע כי סבירותו של הסדר פשרה נמדדת על פי היחס בין היתרונות והחסרונות הגלומים בו לבין הסיכויים והסיכונים שבהמשך ניהול ההליך. מתן פיצוי בקירוב ולא פיצוי מלא הולם בנסיבות העניין את הסיכון הכרוך מבחינת חברי הקבוצה בהמשך ניהול ההליך.⁵⁹

בנבו, 4.9.2014).

56 שם, פס' 95 לפסק דינו של השופט מלצר.

57 לבחינת דרישת תום הלב והדרך הנכונה לפרש את הדרישה בהקשר של תובענות ייצוגיות, ראו: Taussig, *Good Faith*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1309-1334.

58 בש"א (מחוזי ת"א) 1429/06 ברוט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2010) (להלן: עניין ברוט).

59 שם, בפס' 13; ראו גם: ת"צ (מחוזי מר') 9237-02-10 שלום נ' יפאורה-תבורי בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 2.8.2010); ת"צ (מחוזי מר') 42344-12-10 קרשובר נ' מאיר חברה למכונות

גם בעניין **רוטשילד**⁶⁰ ביקר בית המשפט את הטעמים להתנגדות שהוגשה להסדר פשרה. בעניין **רוטשילד** נטען שעשרות אלפי לקוחות של חברות פרטנר וסלקום צורפו לאתר היכריות באינטרנט בלא ידיעתם והסכמתם. לאחר שבית המשפט אישר את התובענה כייצוגית, הגישו הצדדים הסדר פשרה לאישורו של בית המשפט. בהתנגדות שהוגשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה נטען כי הפיצוי שהוצע לחברי הקבוצה היה חלקי ולוקה בחסר, משום שההסדר אינו קובע השבה של הפרשי הצמדה וריבית הנוספים על הסכום שחברי הקבוצה שילמו ואינו נותן ביטוי לעוגמת הנפש שנגרמה להם. לפיכך נטען שההסדר אינו הוגן וחוטא לתכליות החוק, קרי – הרתעה מפני הפרת הדין ומתן סעד הולם לחברי הקבוצה שנפגעו מן ההפרה.⁶¹

בית המשפט אישר את הסדר הפשרה, וביקר את הטעמים להתנגדות. בדומה לעניין **ברוט**, גם בעניין **רוטשילד** קבעה השופטת ענת ברון כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה הסדר פשרה שאינו מציע לחברי הקבוצה פיצוי מלא בגין נזקיהם איננו הסדר סביר, היא חסרת כל אחיזה בלשון החוק. נקבע כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה מתעלמת מיסודות אחרים בהסדר פשרה, שיש בהם לא רק כדי לקדם הרתעה יעילה, אלא גם להשיג מטרות אחרות של החוק כגון ניהול יעיל, הוגן וממצה של התובענה הייצוגית.⁶² זאת ועוד, נקבע כי אין לקבל התנגדות אם לא ניתנה הדעת על השקלול המתבקש של הסיכונים והסיכויים שבכירור ההליך ועל החסרונות הנובעים מניהול תובענה ייצוגית עד לסיימה במשך שנים רבות.⁶³ יוער כי באותו עניין ביקר בית המשפט גם התנגדות שהגיש אדם שטען כי הוא חבר בקבוצה, ואשר לא היה בה טעם המצדיק את ההתנגדות ובית המשפט סבר כי היא הוגשה אך ורק משום שהמתנגד לא השלים עם כך שייצוג הקבוצה הופקד בידי אחרים.⁶⁴ במקרה כזה

ומשאיות בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2013).

⁶⁰ ת"א (מחוזי ת"א) 2446/06 **רוטשילד נ' פרטנר חברה לתקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 14.4.2011) (להלן: עניין **רוטשילד**).

⁶¹ שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברון.

⁶² שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברון; השוו: ת"צ (מחוזי ת"א) 44211-05-10 **כהן נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 15.7.2014) (להלן: עניין **כהן**). שם ניתן ללמוד מפסק דינו של השופט יצחק ענבר כי פשרה שלפיה מפצים ב-70% מן הנזק היא לדעתו פשרה סבירה והוגנת בתובענה שתוחלת הזכייה בה גבוהה. ראו: פס' 26 לפסק הדין.

⁶³ עניין **רוטשילד**, שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברון; במקרה נוסף ביקר בית המשפט את התנהלות היועץ המשפטי לממשלה, שבחר להביע את עמדתו בעל פה חלף הגשת התנגדות פורמלית. לדברי השופטת ענת ברון "התחושה היא כי בעשותו כן, ביקש היועץ המשפטי לפרוס לעצמו 'רשת ביטחון': מצד אחד לא להיתפס כמי שתקע מקלות בגלגלי הסדר הפשרה, אך מצד שני גם לא כמי שתומך באישורו. התנהלות מעין זו [...] מסרבלת שלא לצורך את הליך האישור של הסדרי פשרה ראויים". ראו: בש"א (מחוזי ת"א) 25786/06 **אפשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ**, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 23.2.2009).

⁶⁴ עניין **רוטשילד**, שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברון. בשלב מוקדם יותר הגיש אותו מתנגד בקשה לאישור תביעה ייצוגית מקבילה אשר נמחקה על ידי בית המשפט לפי ס' 7(ב)

יש לדחות את ההתנגדות ולאפשר למתנגד לצאת מן הקבוצה. בעניין **אלגראוי**⁶⁵ הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילת פגיעה באוטונומיית הרצון של הקבוצה המיוצגת וחשיפתה לסיכון בריאותי. נטען שחברי הקבוצה הם התושבים המתגוררים במעגלים הסמוכים לאתר מפעל המשיבה, העלולים להיות מושפעים מהפליטות החורגות הנפלטות מארובות מפעל המשיבה. לאחר שהוגש הסדר פשרה לאישור, הוגשו שתי התנגדויות, האחת מטעם היועץ המשפטי לממשלה והשנייה מטעם קבוצת תובעים בתיק נזיקין בעניין נזקי גוף שנטען כי נגרמו להם עקב חשיפה לחומרים כימיים שנפלטו ממפעל המשיבה. השופט אריאל ואגו דחה את התנגדות קבוצת התובעים, בין היתר הואיל ולדבריו אין הטיעונים רלוונטיים להכרעה בתובענה הייצוגית, אלא מדובר ברצון להשתמש בהליך ההתנגדות להסדר הפשרה בתובענה הייצוגית לשיפור מצבם הטקטי של אותם תובעים בהליך האחר.⁶⁶

ניתן להיווכח אפוא שבתי המשפט אינם מקבלים התנגדויות המוגשת מטעמים שאינם סבירים. כאמור, התנגדות המבוססת על כך שההסדר אינו מעניק פיצוי מלא לחברי הקבוצה, ומתעלמת מכך שמדובר בפשרה ולא בפסק דין סופי, ושהיא אמורה לשקלל גם את הסיכון שהתביעה הייצוגית תידחה בסופו של דבר, אינה יכולה לעמוד. קבלת התנגדות כזאת מצד היועץ המשפטי לממשלה תביא לידי כך שלא יהיה ניתן להגיע להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, והדבר יגרום נזק למערכת המשפט ולצדדים. גם התנגדות המבוססת על טעמים בלתי רלוונטיים אחרים, כפי שהיו בעניין **רוטשילד** ובעניין **אלגראוי**, דינה להידחות. כך גם התנגדות המוגשת כדי לגרום לעורך הדין שמייצג את אחד הצדדים בהסדר הפשרה להסיר התנגדות שהוא עצמו הגיש בתיק אחר שבו בא כוח המתנגד מייצג את אחד הצדדים להסדר הפשרה, איננה מוגשת מטעמים סבירים. כפי שנראה להלן, חשוב לעודד הגשת התנגדויות ראויות המוגשות מטעמים סבירים בלבד.

3. התנגדות היועץ המשפטי לממשלה

כאמור, סעיף 18(ג) לחוק קובע כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי להגיש התנגדות

לחוק.

⁶⁵ ת"א (מחוזי ב"ש) 1263/07 **אלגראוי נ' תרכובות ברום בע"מ** (פורסם בנבו, 5.2.2012). (להלן: **עניין אלגראוי**).

⁶⁶ עוד יצוין כי בתי המשפט לא ראו בעין יפה מצב שבו בא כוח היועץ המשפטי לממשלה משיג על הסדר פשרה בנקודות מסוימות, ומשתוקן ההסדר מטעמים שאינם נובעים מהשגותיו, הוא משיג על עניינים שלא השיג עליהם בפעם הראשונה. ראו, למשל: ת"צ (מחוזי מר') 164-12-07 **שרירי נ' מהדרין בע"מ** (פורסם בנבו, 24.2.2009).

להסדר פשרה בתובענה ייצוגית המוגש לאישור בית המשפט.⁶⁷ עוד בטרם נחקק החוק בחר היועץ המשפטי לממשלה להתערב בהליכי אישור הסדר פשרה כאשר סבר שההסדר המוצע אינו הולם ואינו מיטיב עם הקבוצה או עם הציבור.⁶⁸ ברם, מאז חקיקת החוק, ובמיוחד בשנים שחלפו מאז מינויו של היועץ הנוכחי, מר יהודה וינשטיין, ניתן לראות מגמה הולכת וגוברת של התערבות היועץ המשפטי לממשלה באמצעות הגשת התנגדויות רבות להסדרי פשרה מוצעים.⁶⁹ מבדיקה שנערכה עולה כי בשנת 2012 הוגשו לעיונו של היועץ 90 הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות והוא הגיש התנגדות ל-20 מהם. ב-39 מקרים העיר היועץ הערות על ההסדרים. רק ב-31 מקרים בחר היועץ שלא להתערב. במחצית הראשונה של שנת 2013 הועברו לעיונו של היועץ 68 הסדרי פשרה, ומתוכם הוא התנגד ל-9 הסדרים, העיר הערות ל-33 וב-15 הסדרי פשרה טרם גובשה עמדתו הסופית. רק ב-11 הסדרי פשרה לא התערב היועץ.⁷⁰ ההתנגדויות הוגשו בכל תחומי המשפט שמוגשות בהם תובענות ייצוגיות, ובהם ניירות ערך, צרכנות, בנקאות, דיני עבודה, משפט מנהלי ודיני עבודה.

להלן יוצגו העניינים העיקריים שהתנגדויות היועץ המשפטי לממשלה עוסקות בהם ולשם כך אף יתוארו כמה מהן בפרוטרוט. ניתן לומר שהתנגדויות היועץ מתמקדות בכמה נושאים:⁷¹ האחד, סוג הפיצוי – השבה כספית לחברי הקבוצה,

⁶⁷ לפי ס' 20(ב) לחוק ות' 14 לתקנות תובענות ייצוגיות, על היועץ המשפטי לממשלה הוטל למלא תפקידים נוספים, ובהם: לבדוק את דוח הממונה שבית המשפט רשאי למנות לצורך בחינת הדרך והמועד להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה ודרך חלוקתו; לפי ס' 27(ב) לחוק, עליו לשלוח נציג להנהלת הקרן למימון תובענות ייצוגיות; כמובן, היועץ רשאי להתערב בתובענה ייצוגית על פי סמכותו הכללית להתייצב בהליך כאשר תוצאותיו עשויות להשפיע על האינטרס הציבורי. ראו, למשל: רע"פ 11011/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נח(5) 769 (2004).

⁶⁸ גולדשטיין "הערות", לעיל ה"ש 40, בעמ' 20; ראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 23688/04 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יפעת (פורסם בנבו, 29.5.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 2560/01 כירנבוים ואח' נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל א.ק.ה בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.2003).

⁶⁹ כצפוי, מידת מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה בבקשות הסתלקות נמוכה בהרבה. היועץ הגיש התנגדות או נייר עמדה ב-16 בקשות הסתלקות מתוך 807 בקשות הסתלקות שהוגשו בתקופת הבדיקה. ראו: תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 33; על אודות תפקיד היועץ בהסדרי הסתלקות לעומת הסדרי פשרה, ראו גם: עדיני "הסדרי הסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 54-56.

⁷⁰ עידו באום "בתביעה הייצוגית יש פשרה? היועץ המשפטי כבר ידאג לשנות אותה" The Marker 23.7.2013 (להלן: באום). מספרים אחרים במידת מה עולים מדוח תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, שם נבדקו כל התובענות הייצוגיות שהוגשו בין אפריל 2006 לסוף אוגוסט 2012. מבדיקת עורכי הדוח עולה כי מתוך 166 תיקי תובענות ייצוגיות שהסתיימו, ושבהם הורה בית המשפט לשלוח ליועץ המשפטי לממשלה הודעה על בקשה לאישור הסדר פשרה, תמך היועץ בכ-55% מהבקשות (92 מתוך 166), התנגד לכ-15% (22 מתוך 166) התנגדות מלאה או חלקית וביתר הבקשות לא התערב כלל (49 מתוך 166).

⁷¹ שם.

תרומה לציבור, הסדר קופונים או הנחות.⁷² השני, מחויבות הנתבע לאתר את חברי הקבוצה או הקביעה שחברי הקבוצה, שלא תמיד מודעים לתביעה או להסדר הפשרה,⁷³ נדרשים לפנות לנתבע כדי לקבל את הפיצוי. השלישי, הצורך במינוי בודק להערכת שווי הסדר הפשרה.⁷⁴ הרביעי, מידת החפיפה בין חברי הקבוצה שהסדר הפשרה חל עליהם לבין מי שיקבלו פיצוי בפועל. החמישי, מידת הלימותו של שכר הטרחא שישולם לבא כוח הקבוצה והגמול שישולם לתובע הייצוגי.⁷⁵

⁷² למשל: ת"צ (מחוזי י-ם) 2168-08 **דניאל נ' פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 4.4.2013) (להלן: עניין **דניאל**).

⁷³ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 55.

⁷⁴ ס' 19(ב)1 לחוק קובע כי "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא לאחר שקיבל חוות דעת מאדם שמינה לשם כך, שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית [...] אלא אם כן סבר בית המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו"; לעניין חשיבותו של מינוי בודק, ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 27.12.2012): "לא ניתן לסיים החלטה זו מבלי לשוב ולהדגיש את החשיבות שבבחירה מעמיקה של הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות באמצעות מינוי בודק, שייתן חוות דעת לגבי הסדר הפשרה המוצע, ובאמצעות קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה להסדר. גורמים חיצוניים ואובייקטיביים אלו יכולים לשפוך אור על ההסדר, ולהעמיד את האינטרסים חברי של הקבוצה המיוצגת לנגד עיני בית המשפט, במצב המיוחד שבו יש זהות אינטרסים מלאה בין הצדדים שמגישים את הסדר הפשרה לאישור בית המשפט – הם התובע המייצג והנתבע – ושניהם מעוניינים שהפשרה תאושר ואילו קולם של חברי הקבוצה המיוצגת, שהפשרה בתובענה הייצוגית מכריעה בזכויותיהם, כלל אינו נשמע"; בש"א (מחוזי ת"א) 8288/06 **פלד נ' שטראוס עלית אחזקות בע"מ**, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 4.8.2008): "נמצאנו למדים כי הבודק אמור לסייע בידי בית המשפט – שבאופן הרגיל נחשף רק לאותו מידע שהצדדים בחרו להציג בפניו – לבצע 'פיקוח מוגבר' על הסדר פשרה, על מנת לוודא כי הסדר זה אינו מטיב עם התובע על חשבונם של חברי הקבוצה [...] בעניין אסם ציין בית המשפט (כבוד השופט ד"ר ע' בנימיני) כי תרומתו של הבודק למלאכתו של בית משפט אינה מוגבלת לחישוב הנזק הנתען והפיצוי המוצע לקבוצה, אשר לעיתים מזומנות הם תוצאה של פעולת חישוב פשוטה, אלא כוללת גם אימות של בסיס הנתונים שעליהם נסמך חישוב זה"; ת"צ (מחוזי ת"א) 1745-04-11 **אלבינצר נ' כלל מימון אשראי צרכני בע"מ** (פורסם בנבו, 2.1.2013); השוו: רע"א 8479/02 **סבו נ' רשות שדות התעופה**, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 15.12.2008), שם קבע בית המשפט העליון כי אין צורך למנות בודק (כמו גם להפעיל את שאר המנגנונים הכלולים בס' 18–19 לחוק) כאשר "הפשרה הינה פרי הצעתו של בית המשפט, הניתנת על בסיס היכרות מעמיקה של מכלול נתוני העניין; במיוחד כך הדבר כאשר ההצעה מוצעת על ידי ערכאת הערעור, שמלוא החומר שנדון בערכאה הדיונית והכרעתה מונחים בפניה"; אני מסכים לביקורת של אלון קלמנט על החלטה זו, במאמרו הנ"ל, קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 74–80.

⁷⁵ ס' 22–23 לחוק; ראו, למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ** (פורסם בנבו, 30.8.2011) (להלן: עניין **ישראלי**), שם הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית על בסיס טענת התובעת, כי היא חויבה לשלם דמי השתתפות עצמית ביתר בגין רכישת

מלבד זאת, היועץ המשפטי לממשלה נוהג להציע שייקבעו מנגנונים שיבטיחו את יישום הסדר הפשרה ככתבו וכלשונו ונוהג להציע שתשלום שכר הטרחה לבא כוח הקבוצה יותנה בביצוע הסדר הפשרה.⁷⁶ במקרה מסוים הציע היועץ, בעקבות עמדה שהועלתה בספרות,⁷⁷ לפצל את שכר הטרחה באופן שחלקו ישולם רק לאחר שיתברר כי הנתבעים עמדו בכל התחייבויותיהם לפי הסדר הפשרה.⁷⁸ באופן זה רותמים את בא כוח התובע הייצוגי לדאוג לאינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת גם לאחר שהסתיים ההליך.⁷⁹

לא אחת היועץ המשפטי לממשלה מתנגד להסדרי פשרה אשר במקום לפצות את חברי הקבוצה קובעים כי יועברו (מה שמכונה בטעות)⁸⁰ תרומות לגופים מסוימים.⁸¹ לדעתו, בְּרֵת המחלל צריכה להיות תשלום פיצוי לחברי הקבוצה ולא תרומה. כך, למשל, בעניין **דרך ארץ**,⁸² בית המשפט (השופטת אסתר שטמר) אישר בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שבה נטען כי חברת דרך ארץ חייבה ביתר חלק מלקוחותיה בגין

תרופות בבתי המרקחת של המשיבה. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לכך שהגמול לתובע ושכר טרחת עורך הדין ישולמו מתוך סכום הפיצוי לקבוצה; ראו גם: ת"צ (מחוזי חי') 6334-07-12 **גלזבורג נ' שטראוס גרופ בע"מ** (פורסם בנבו, 22.10.2013). שם בא כוח היועץ המשפטי לממשלה טען ששכר הטרחה והגמול המוצעים גבוהים מדי, ואם ימצא בית המשפט לנכון להפחיתם, ראוי להעביר את הסכום שיופחת לרכישת מוצרים שיימסרו לעמותה לפי הסדר הפשרה.

76 לעניין חשיבות הפיקוח על מימוש הסדר הפשרה ראו, למשל, אוריון ושוורץ "מנגנונים לפיקוח", לעיל ה"ש 6.

77 שם, בעמ' 167-169.

78 עניין **ישראל**, לעיל ה"ש 75; ת"צ (מחוזי ת"א) 41928-02-10 **עמירה נ' ללין נרות וסכונים בע"מ** (פורסם בנבו, 30.9.2014).

79 בכמה הסדרי פשרה שהוגשו לאישור בית המשפט הציעו הצדדים מיוזמתם לחלק את שכר הטרחה. ראו, למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 11207-03-11 **גילמן נ' ג'ונסון אנד ג'ונסון אינטרנשיונל** (פורסם בנבו, 9.1.2013) (להלן: עניין **גילמן**). מחבר המאמר ייצג את המשיבה בתיק זה ונוסח התנגדות היועץ המשפטי לממשלה שמור אצלו.

80 המונח "תרומות" אינו מתאים, הואיל ומדובר בפיצוי המועבר כחלק מהסדר פשרה. אם בכל זאת מדובר בתרומה, התרומה היא של חברי הקבוצה, שהתמורה שהם אמורים לקבל בהסדר מועברת כתרומה. ראו לעניין זה, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 47395-11-10 **מינוף ויזמות בע"מ ואח' נ' דרך ארץ היוויז (1997) בע"מ**, פס' 27 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 4.9.2012) (להלן: עניין **דרך ארץ**); ת"צ (מחוזי ת"א) 22236-07-11 **שרייר נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ** (פורסם בנבו, 16.9.2014).

81 ס' 20(ג) לחוק קובע כי כאשר פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שאי אפשר לזהותם ולהעביר להם את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, בית המשפט רשאי להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין.

82 עניין **דרך ארץ**, לעיל ה"ש 80; ראו גם: ת"צ (מחוזי מר') 6493-01-10 **גינר ואח' נ' השטיח המעופף בע"מ** (פורסם בנבו, 12.1.2012) (להלן: עניין **גינר**).

נסיעות בכביש 6 והפרה בכך את תנאי הזיכיון.⁸³ הצדדים גיבשו הסדר פשרה שעל פיו תתרום החברה ארבעה מיליון ש"ח לשלוש עמותות, תפסיק לגבות תשלומים בגין חשבוניות שלא נגבו עד למועד אישור הסדר הפשרה, ובאשר לחייבים שהחלו בנקיטת הליכי גבייה כלפיהם, תפסיק את ההליכים ותחזיר את הסכומים שנגבו ביתר. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר והציג את עמדתו העקרונית, כי הסעד של פיצוי כספי אישי לחברי הקבוצה הוא הסעד הראשון במעלה בתובענות ייצוגיות.⁸⁴ לדבריו, תשלום תרומות חלף פיצויים של חברי הקבוצה בפועל אינו עולה בקנה אחד עם מטרת החוק⁸⁵ ועלול להביא לידי כך שבפועל עלות הסדר הפשרה לנתבע תהיה נמוכה מכפי שהוצג לבית המשפט. כך, למשל, אם התרומה מוכרת לצורכי מס, להבדיל מתשלום פיצוי לחברי הקבוצה, הרי למעשה העלות האמתית תהיה נמוכה מהסכום המצוין בהסדר. על כן מתן "תרומה" חלף פיצוי לחברי הקבוצה אינו עולה בקנה אחד עם תכליתיו של צדק מתקן (חברי הקבוצה אינם זוכים להחזר) והרתעה יעילה (הנתבע משלם פחות מהנזק שהסב בפועל).⁸⁶

בעניין **סבו**,⁸⁷ למשל, התנגד היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה שגובש, בהתבסס על שלושה טעמים: האחד, לא ניתן פיצוי לחברי הקבוצה אלא לציבור בכללותו. השני, הפשרה ממומנת אך ורק על ידי אחת הנתבעות. השלישי, הוחלט בהחלטה קודמת שאין צורך למנות בודק לבחינת הסדר הפשרה המוצע. בעניין **גילמן**⁸⁸ הסכימו הצדדים כי התשלום המוסכם יועבר הישר לחברי הקבוצה, ורק הסכום המגיע לחברי קבוצה שלא יאותרו בתוך שבע שנים מיום אישור ההסדר, יועבר למחלקות שיקום בבתי חולים. גם במקרה זה היועץ המשפטי לממשלה ביקש לקבוע כי לא יחול מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שלא יאותרו או לחלופין כי הסכום המדובר יישמר בחשבון נאמנות לפרק זמן שיקבע בית המשפט. לאחר דיון בעמדה

⁸³ נטען כי חברת דרך ארץ חייבה ביתר את הנוסעים בשתי דרכים: האחת, החשבת נסיעה אחת רצופה בכביש 6 לשתי נסיעות והשנייה, גבייה כפולה ממשתמשים אשר היה ברשותם מכשיר אלקטרוני לשימוש בכביש 6 שהותקן ברכב שמינויו בוטל בלי שהוחזר המכשיר לחברה, ושגרם בפועל לגבייה כפולה, הן לפי לוחית רישוי של הרכב הנוסע, הן לפי המכשיר שהותקן ברכב וזוהה על ידי המערכות של דרך ארץ.

⁸⁴ ראו התנגדות היועץ המשפטי לממשלה שפורסמה באתר משרד המשפטים, זמין ב- index.justice.gov.il/Publications/News/Documents/derecherez.pdf (נבדק לאחרונה ב-24.1.2015); כן ראו הודעת הפרסום על אודות התנגדותו של היועץ באתר משרד המשפטים, זמין ב- index.justice.gov.il/Publications/News/Pages/derecherez.aspx (נבדק לאחרונה ב-24.1.2015).

⁸⁵ מטרת החוק מפורטת בס' 1 לחוק.

⁸⁶ בהחלטה מאוחרת יותר, ולמרות התנגדות היועץ המשפטי לממשלה אישר בית המשפט הסדר הכולל תרומה חלף תשלום פיצוי לחברי הקבוצה. ת"צ (מחוזי מר') 47395-11-10 **מינוף ויזמות בע"מ ואח' נ' דרך ארץ הייוויז (1997) בע"מ** (פורסם בנבו, 26.12.2013).

⁸⁷ ת"צ (מחוזי ים) 3118/09 **סבו נ' חברת דיסקונט השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 4.6.2013).

⁸⁸ עניין **גילמן**, לעיל ה"ש 79.

שהוגשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, הסכימו נציגיו לוותר על דרישה זו. בעניין **דבוש**⁸⁹ הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבה שהפעילה אתר אינטרנט שניהל מכרזים. בית המשפט קבע כי המכרזים מהווים פעילות הימורים אסורה. לפי הסדר הפשרה שהוצע, משתתפי המכרז שלא זכו היו אמורים לקבל קופון לרכישה באינטרנט ששווי ייגזר מסכום דמי ההשתתפות ששילם כל משתתף. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר, הואיל וההימורים אסורים על פי חוק, ולכן גרס שיש להשיב את דמי ההשתתפות במלואם לכל חברי הקבוצה ואין להסתפק בהשבה חלקית. במקרה זה קיבל בית המשפט את התנגדותו של היועץ והסדר הפשרה בין הצדדים בוטל.⁹⁰

בעניין **גינר**⁹¹ הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה שהמשיבה נהגה למכור ללקוחותיה כרטיסי טיסה ובהם מועדי המראה שגויים, אף שמועדי הטיסות הנכונים היו ידועים לה בעת מכירת הכרטיסים. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר הפשרה שהוצע מן הטעמים האלה: הסדר הפשרה לא כלל התחייבות לתיקון ההתנהלות הלקויה של המשיבה; הגדרת הקבוצה בהסדר הפשרה הייתה רחבה יותר מהגדרת הקבוצה בבקשת האישור, תוך הפרת סעיף 18(ז)(1) לחוק; הפיצוי הותנה ברכישות נוספות ולא העניק דבר ללקוחות שנפגעו ואינם מעוניינים להמשיך ולהתקשר עם המשיבה.⁹² כן נטען כי הגמול ושכר הטרחה שסוכמו גבוהים מדי.

בעקבות התנגדות היועץ תוקן הסדר הפשרה ואושר על ידי בית המשפט. לעתים התגובה המוגשת מטעם היועץ המשפטי לממשלה אינה מוכתרת כהתנגדות לאישור הסדר הפשרה המוצע אלא כהבעת עמדה בעניינים מסוימים שבהסדר הפשרה. כך, למשל, בעניין **כהן** הוגשה "עמדת היועץ" באשר להסדר הפשרה שאליו הגיעו הצדדים.⁹³ לתביעה היו שתי עילות: הראשונה – לא פורסמה במועד אזהרת רווח; השנייה – פורסמו דוח תקופתי ודוחות רבעוניים כוזבים. בעמדת היועץ נטען כי הסדר הפשרה מעניק פיצוי רק לחלק מחברי הקבוצה ומכוח העילה הראשונה בלבד, ולכן יש לתקנו. כן נטען שהפיצוי המוסכם הוא חלקי ויש בו משום התעלמות ממלוא גובה הנזק. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי יש למנות בודק וכי מנגנון יידוע חברי הקבוצה על אודות הפיצוי שהסדר מקצה אינו אפקטיבי. אם כן, הלכה למעשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה שההסדר המוצע אינו ראוי, אך

⁸⁹ ראו את הודעת ההתנגדות שפורסמה בת"צ (מחוזי ת"א) 30284-01-10 **דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ** (פורסם בנבו, 30.3.2011).

⁹⁰ שם.

⁹¹ עניין **גינר**, לעיל ה"ש 82.

⁹² הסדר מסוג זה מכונה פשרת קופונים או הנחות.

⁹³ ת"א (מחוזי מ"ר) 18433-05-09 **עזבון כהן ואח' נ' דניה סיבוס בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 29.10.2013).

משום מה העמדה לא הוכתרה כ"התנגדות" על ידי בא כוחו.⁹⁴ על פי רוב בתי המשפט מקבלים את התנגדות היועץ המשפטי לממשלה, כולה או חלקה, ומסרבים לאשר את ההסדר עד שיתוקן. ניתן לראות התאמה בין עמדת היועץ המשפטי לממשלה לבין החלטת בית המשפט אם לאשר או לדחות את הסדר הפשרה.⁹⁵ ברם, לעתים בתי המשפט מאשרים את ההסדר על אף התנגדות היועץ. בעניין וולף⁹⁶ למשל, הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילת הטעיה והצגת מצגי שווא. נטען שהמבקש היה זכאי להנחה בעת שרכש שירותים מאת המשיבה (למשל, שיחה מזוהה ותא קולי), ואילו בפועל חויב בתעריף המלא ובלא ההנחה המובטחת. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר הפשרה שהוגש לאישור בית המשפט, בטענה ששיעור הפיצוי לחברי הקבוצה, שהועמד על 25% מסכום החיוב ביתר, היה נמוך מדי וכי ראוי להעמידו על 50% מסכום הגבייה ביתר. בית המשפט (השופט נסים ישעיה) אישר את הסדר הפשרה על אף התנגדות היועץ, הואיל וסבר כי יש לתת משקל מכריע ליעילות ההליך, לקיצור לוח הזמנים ולהוצאות הנמוכות, במיוחד כאשר אין ממונה בודק להסדר הפשרה ולכן מושג חיסכון בהוצאות. מעניין לציין כי במקרים חריגים היועץ המשפטי לממשלה בוחר לערער על החלטת בית המשפט לאשר הסדר פשרה על אף ההתנגדות שהוגשה מטעמו. כך, למשל, אירע בעניין רדשיצקי⁹⁷ שם הוגשה תובענה ייצוגית שעסקה באי-תשלום דמי חג לעובדים תוך הפרת צווי ההרחבה בעניין. בית הדין האזורי לעבודה קיבל את הבקשה לאישור התובענה כיייצוגית והצדדים גיבשו הסדר פשרה שהוגש לאישור בית המשפט. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר הפשרה,⁹⁸ אך למרות ההתנגדות

⁹⁴ לאחרונה הועלתה הטענה כי היועץ המשפטי לממשלה מגיש פחות התנגדויות פורמליות ויותר ניירות עמדה או התנגדויות א-פורמליות. כמו כן, נצפתה נטייה גוברת של בתי המשפט לדחות התנגדויות פורמליות, אשר נדחות בשכיחות גבוהה יותר מהתנגדויות א-פורמליות. ערן גורן, ארנה רבינוביץ'-עיני ויאיר שגיא **נגישות למשפט בפשרות בתובענות ייצוגיות: תוכנות אמפיריות על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה**, 3, 23-24 (צפוי להתפרסם ב-2015).

⁹⁵ מדוח תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, עולה כי הסיכוי לדחיית הסדר פשרה על ידי בית המשפט או לקבלתו בכפוף לשינויים מהותיים עולה במידה רבה כאשר היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לו. בתי המשפט קיבלו במלואן כ-74% מהבקשות לאישור הסדר פשרה שבהן תמך היועץ המשפטי לממשלה, ולעומתן רק 24% מהבקשות שלהן התנגד היועץ המשפטי לממשלה אושרו בלא שינוי. תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 33, 41.

⁹⁶ ת"א (מחוזי ת"א) 2326/06 וולף נ' בזק-חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2009) (להלן: עניין וולף); ראו גם: עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 80.

⁹⁷ ע"ע (ארצי) 13778-06-11 היועץ המשפט לממשלה נ' רדשיצקי (פורסם בנבו, 8.7.2013) (להלן: עניין רדשיצקי).

⁹⁸ התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה כללה ארבעה טעמים: נפלו שגיאות חמורות בהסדר הפשרה באשר לסעד ולקביעות המשפטיות; היה מקום למנות בודק לבחינת סבירות הסכם הפשרה לנוכח היעדרה של תשתית עובדתית להסדר; הסכם הפשרה קבע נורמות תשלום בגין

אושר ההסדר.⁹⁹ במהלך ערעורו של היועץ לבית הדין הארצי, תוקן הסדר הפשרה.¹⁰⁰

4. התנגדות חבר בקבוצה

חוק תובענות ייצוגיות מאפשר לאדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, להגיש התנגדות מנומקת להסדר פשרה מוצע.¹⁰¹ עם זאת, להבדיל מהמספר הגדול של ההתנגדויות המוגשות מטעם היועץ המשפטי לממשלה, מספרן של ההתנגדויות המוגשות על ידי חברי הקבוצה קטן מאוד.¹⁰² הדבר נובע מכך שמימוש הזכות להגשת התנגדות להסדר הפשרה אינו כדאי מבחינה כלכלית למתנגד.¹⁰³ מאותן סיבות שהגשת תביעות פרטניות מלכתחילה אינה משתלמת:

דמי חגים אשר יש בהן כדי לפגוע בזכויות עתידיות של עובדי החברה; הגמול שנקבע לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו חורגים מהמקובל.

תע"א (מחוזי ת"א) 2434/10 **רדושיצקי נ' קיו איי אס ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 4.5.2011).⁹⁹
 עניין **רדושיצקי**, לעיל ה"ש 97, בפס' 13-14. שאלת זכות היועץ המשפטי לממשלה לערער על החלטה הרוחה את התנגדותו אינה נקייה מספקות, שהרי פורמלית הוא לא היה צד להליך בבית משפט קמא. הטענה כי אין לו זכות לערער על דחיית התנגדותו להסדר הפשרה עלתה בערעור בעניין **רדושיצקי**, אך לא נדונה, הואיל והצדדים הגיעו להסכמה עם היועץ המשפטי לממשלה על נוסח מתוקן להסדר.

ס' 18(ד) לחוק.¹⁰¹

ממחקר אמפירי שנערך לאחרונה עולה כי בתקופת המחקר הוגשו התנגדויות על ידי חברים בקבוצה המיוצגת בשבעה מקרים בלבד. תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 33; מבדיקה במאגרים משפטיים נמצאו רק 12 התנגדויות של חברי הקבוצה למאות הסודי פשרה שהוגשו לאישור מאז נחקק החוק; ת"צ (מחוזי ת"א) 10-01-38109 **פלד ואח' נ' עיריית הוד השרון** (פורסם בנבו, 23.6.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 12-11-18040 **חנס ואח' נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ** (פורסם בנבו, 29.9.2013) (להלן: עניין **טבע**); ת"צ (מחוזי ת"א) 09-12-38647 **חצור נ' עיריית אור יהודה** (פורסם בנבו, 2.6.2013); ת"צ (מחוזי מר') 44751-03-10 **בן סימון נ' הוט-מערכות תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 8.7.2012) (להלן: עניין **בן סימון**); ת"צ (מחוזי ת"א) 09/2020 **אהרוני נ' דקל** (פורסם בנבו, 3.7.2011); ת"צ (מחוזי מר') 12-04-3725 **מגן נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 6.3.2014) (להלן: עניין **מגן**); עניין **אלגראוי**, לעיל ה"ש 65; עניין **רדושיצקי**, לעיל ה"ש 97; ת"צ (מחוזי מר') 11-03-4263 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 16.3.2014) (להלן: עניין **אשל היאור**); ת"צ (מחוזי ת"א) 11-02-497 **מנצור נ' פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 20.8.2013); ת"א (מחוזי ב"ש) 5118-08 **דהן נ' כיתן תעשיות טקסטיל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.5.2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 09/1424 **גוטמן נ' נביעות-טבע הגליל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.7.2011). שם ההסדר המוצע לא אושר לנוכח האמור בהתנגדות חברות הקבוצה ואף שהיועץ המשפטי לממשלה הודיע כי אין לו התנגדות להסדר; חשוב לציין, לשם השלמת התמונה, כי ייתכן שהוגשו התנגדויות נוספות שלא היה ניתן לאתר מן הטעם שהצדדים החליטו, לאחר הגשת התנגדויות ולנוכח הערות בית המשפט, למשוך את הסדר הפשרה. כך קרה, למשל, בת"צ (מחוזי מר') 11-04-20607 **ליברמן נ' מוזס כפר סבא בע"מ** (פורסם בנבו, 30.10.2014).

למשל: קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 56; Leslie, *Settlements*; לעיל ה"ש 15,¹⁰³

במרבית התובענות הייצוגיות שוויה של התביעה האישיה של כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת הוא נמוך, ועל כן אין למי מהם אינטרס להגיש תביעה אינדיבידואלית.¹⁰⁴ קל וחומר שאין לחבר בקבוצה אינטרס להתנגד להסדר הפשרה, הואיל וגם אם תצלח התנגדותו, הדבר לא יביא בדרך כלל לשינוי של ממש בסכום שיקבל אותו חבר בקבוצה לפי הסדר הפשרה המתוקן.¹⁰⁵ על כן חשוב שבתי המשפט יעודדו חברי קבוצה להגיש התנגדויות ראויות, הן באמצעות השבת הוצאותיהם והן באמצעות פסיקת גמול על טרחתם.¹⁰⁶

כמו כן, לנוכח מיעוט ההתנגדויות המוגשות מצד חברי הקבוצה, יש להקל את הגשתן במקרי גבול, שבהם לא ברור אם המתנגד שייך לקבוצה המיוצגת אם לאו,

בעמ' 73. "For individual class members, objecting does not appear to be cost-beneficial. Objecting entails costs, and the stakes for individual class members are often low"; Brian T. Fitzpatrick, *The End of Objector Blackmail?* 62 VAND. L. REV. 1623, 1631 (2009). (להלן: Fitzpatrick).

¹⁰⁴ זו אחת הסיבות לכינונו של מוסד התובענה הייצוגית. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בעניין **מגן וקשת**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 322–323: "התובענה הייצוגית היא הליך יוצא-דופן, החורג מהתלם הרגיל של בירור מחלוקות בבית-המשפט [...]. לתובענה הייצוגית משמעות כלכלית וחברתית גדולה ביותר. היא נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים, שזקוק של כל אחד מהם קטן יחסית, לתבוע בשם כל הנפגעים האנונימיים שסכום תביעתם הכולל גבוה ביותר נוכח ריבוי מספרם"; ראו גם: רע"א 4556/94 **טצת ואח' נ' א' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט(5) 774, פס" 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996) (להלן: עניין **טצת**): "ביסוד התובענה הייצוגית מונחים שני שיקולים מרכזיים: האחד, הגנה על אינטרס הפרט באמצעות מתן תרופה ליחיד שנפגע. אותו יחיד, ברוב המקרים, אינו טורח להגיש תביעה. לעתים בא הדבר בשל כך שהנזק שנגרם לאותו יחיד הוא קטן יחסית. עם זאת, הנזק לקבוצה הוא גדול, כך שרק ריכוז תביעות יחידים לתביעה אחת, היא התובענה הייצוגית, הופך את תביעתם לכדאית".

¹⁰⁵ גם מעורבותו הגוברת והולכת של היועץ המשפטי לממשלה עלולה להביא לדילול התמריץ של חברים בקבוצה או ארגונים להגיש התנגדויות, שהרי אם חבר בקבוצה יודע שהיועץ המשפטי לממשלה נוהג להתערב בהסדרי פשרה, סביר להניח כי לו, החבר בקבוצה, יהיה פחות מה לתרום לשיפור ההסדר; יתרה מזו, ראו: ת"צ (מחוזי ת"א) 13-08-43859-08 **סגל-לוי ייזום ונכסים בע"מ נ' כור תעשיות בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 9.1.2014) (להלן: עניין **סגל-לוי**) שם לא התירה השופטת רות רונן כלל למועצה הישראלית לצרכנות להגיש התנגדות להסדר הפשרה, בין היתר משום שאף היועץ המשפטי לממשלה הגיש התנגדות להסדר המוצע, ונימוקיו לא היו שונים באופן מהותי מנימוקי המועצה. ברור שעמדה זו עלולה להרתיע גורמים מלהגיש התנגדויות ויתכן שאלמלא סמכותו של היועץ המשפטי להגיש התנגדויות, היו מוגשות התנגדויות רבות יותר על ידי חברים בקבוצה או ארגונים. אין הכוונה, כמובן, להציע לבטל את מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר ממלא את ייעודו כראוי, ובלעדי ייתכן שמוסד ההתנגדות היה הופך לאות מתה. כל שכן, שחזקה על היועץ המשפטי לממשלה, בהשוואה למתנגד חבר בקבוצה, כי הוא מייצג את עמדת הקבוצה או הציבור ואינו מגיש התנגדויות משיקולים זרים.

¹⁰⁶ אשר למצב בארצות-הברית – ראו להלן בפרק 3; בעניין הדרכים לעידוד הגשת התנגדויות ראויות – ראו להלן בפרק 5.

ולאפשר להתנגדותו להישמע.¹⁰⁷ זאת, הן משום שיש לעודד הגשת התנגדויות ראיות הן לאור הרציונל שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות, המתמקד בעילת התביעה ובקבוצה המיוצגת ולא בתובע הייצוגי ובעילת תביעתו האישית.¹⁰⁸

5. התנגדות המוגשת על ידי רשות ציבורית או ארגון

סעיף 18(ד) לחוק מתיר לרשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שהבקשה לאישור או התובענה הייצוגית עוסקות בו, ולארגון שאישר השר לעניין זה הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, להגיש התנגדות מנומקת להסדר פשרה המוגש לאישורו של בית המשפט.¹⁰⁹

רשות ציבורית, אשר רשאית להגיש גם בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מוגדרת בסעיף 2 לחוק כרשות המנויה בתוספת הראשונה. הרשויות המנויות בתוספת זו הן

¹⁰⁷ כך נעשה בעניין מגן, לעיל ה"ש 102, שם עלתה השאלה אם אדם שלא היה חבר בקבוצה המיוצגת במועד הגשת הבקשה לאישור, אך מאוחר יותר, כאשר הורחבה הקבוצה בבקשה לאישור הסדר פשרה ואותו אדם הפך לחבר בקבוצה המיוצגת, הוא יכול להגיש התנגדות להסדר הפשרה המוצע. המתנגד טען כי אין מקום לאשר הסדר פשרה שהגדרת הקבוצה בו שונה מזו שהייתה בבקשה לאישור. לדבריו יש לדון תחילה בבקשה להרחיב את הקבוצה, ורק לאחר שתאושר ההרחבה, יהיה מקום לדון בבקשה לאישור הסדר הפשרה. השופטת אסתר שטמר דחתה את טענתו וקבעה כי יש לקיים את הדיון בשאלת הרחבת הקבוצה במסגרת הדיון בבקשה לאישור הסדר הפשרה, ולא כשלב מקדים ונפרד, ובלבד שניתנה הזדמנות לחברי הקבוצה המתוקנת לומר את דברם. לפיכך נקבע כי אין בעיה לדון בהתנגדותו של המתנגד, אשר במועד הגשת הבקשה לאישור הסדר הפשרה היה חבר בקבוצה המיוצגת. החלטה זו עולה בקנה אחד עם עמדותי שאין להימנע מלדון בהתנגדות במקרי גבול; לפסיקה דומה, בה פסק השופט עמירם בנימיני ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1464-05 אר-און השקעות בע"מ נ' מ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פס' 6 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 6.6.2011): "איני רואה צורך לעסוק בטענות המקדמיות של הבנק בדבר הגשת ההתנגדות. ההתנגדות הוגשה במועד, בניגוד לטענת הבנק, והיא הוגשה על ידי אדם שעל פי מסמך שצירף הומחו לו זכויותיהן של חברות שהן חברות בקבוצה התובעת. מכל מקום, אם הייתי מוצא טעם בהתנגדות, היה מקום להתחשב בנימוקיה בלא כל קשר למעמדו של מתנגד זה או אחר, שכן מדובר בזכויות של הקבוצה כולה. לכן גם איני מוצא לנכון להתייחס לטענות הבנק בדבר מניעיו 'הנקמניים' של המתנגד. יש לבחון את טעמי ההתנגדות לגופם".

¹⁰⁸ ראו, למשל: ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פס' 92 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014). תפיסה זו עולה, למשל, מס' (ג)8(2) לחוק אשר קובע כי על בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית ולהחליף את התובע הייצוגי כאשר מתקיימים כל התנאים המנויים בחוק לאישור תובענה ייצוגית, אך אין מתקיימים במבקש התנאים הקבועים בס' 4(א) לחוק. חובה זו של בית המשפט עולה בקנה אחד עם כוונתו של החוק לאפשר את הגשתן של תובענות ייצוגיות התורמות לקידום המטרות המנויות בס' 1 לחוק.

¹⁰⁹ ההסדרה בס' זה מקבילה לאמור בס' 4(א) לחוק, אשר מגדיר מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. בהנחה שהגדרה זו חלה גם על הגשת התנגדויות להסדר פשרה, רשויות נוספות כגון הרשות לניירות ערך, הרשות להגבלים עסקיים ואחרות, אינן רשאיות להגיש התנגדות להסדר פשרה.

גם הגדרתו של ארגון הרשאי להגיש התנגדות היא מוגבלת באופן שעל אותו ארגון להיות מאושר על ידי שר המשפטים. ייתכן שיש מקום לשקול לשנות את הגדרה זו, ולא להגביל גורמים לא ממשלתיים באופן שסעיף 18(ד) לחוק מגביל אותם.¹¹⁰ זאת, בייחוד לנוכח מיעוט ההתנגדויות המוגשות על ידי ארגונים כיום.¹¹¹ לפי מחקר אמפירי שהושלם לאחרונה על ידי מחלקת המחקר של הרשות השופטת בשיתוף פעולה עם המרכז הבינתחומי, בין אפריל 2006 לסוף אוגוסט 2012 הוגשו שמונה התנגדויות בלבד להסדרי פשרה על ידי רשות ציבורית או ארגון הפועל למטרה ציבורית אף שהוגשו 226 הסדרי פשרה לאישור בית המשפט באותו פרק זמן.¹¹² מדובר במספר זעום לכל הדעות.

זמן קצר לפני סיום תפקידה כשרת המשפטים, הודיעה ציפי לבני כי ארגון "קו לעובד" יקבל מעמד שיאפשר לו להביע עמדה בתובענות ייצוגיות העוסקות בדיני עבודה.¹¹³ מעמד זה יאפשר לארגון לבקש להצטרף לדיון בתובענה ייצוגית וגם להגיש התנגדויות להסדרי פשרה,¹¹⁴ בדומה למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. מלבד ארגון "קו לעובד", גם המועצה הישראלית לצרכנות קיבלה אישור להתנגד להסדרי פשרה.¹¹⁵

ואכן המועצה הישראלית לצרכנות מגישה לא אחת התנגדויות להסדרי פשרה

¹¹⁰ לביקורת על מצב זה ראו: גולדשטיין "הערות", לעיל ה"ש 40, בעמ' 21.

¹¹¹ יוער כי על אף המספר הקטן של התנגדויות שהוגשו על ידי ארגונים, בתי המשפט מקפידים שלא להתיר לארגונים שאינם עונים על הגדרת המתנגדים שבס' 18(ד) לחוק, להגיש התנגדויות; כך, למשל, בת"א (מחוזי ת"א) 2150-07 פרנקל ואח' נ' הנקל סוד בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2014), אחת ההתנגדויות הוגשה על ידי מרכז השלטון המקומי. בית המשפט (השופט יצחק ענבר) קבע כי המרכז "אינו נמנה על הזכאים להתנגד להסדר הפשרה" ומטרת פעילותו אינה רלבנטית למטרת התובענה הייצוגית, הואיל ועיקר פעילותו היא למניעת והפצת מחלות ולא הגנה על בעלי חיים (מטרת התובענה הייצוגית באותו מקרה).

¹¹² "תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 22.

¹¹³ מיקי פלד "לבני קבעה: "קו לעובד" יקבל זכות עמידה בבית משפט בתובענות ייצוגיות" **כלכליסט** 31.12.2013 זמין www.calcalist.co.il/articles/0,7340,L-3620664,00.html (נבדק לאחרונה ב-24.1.2015); אתר קו לעובד www.kavlaoved.org.il (נבדק לאחרונה ב-24.1.2015).

¹¹⁴ ס' 15(א), 18(ד) לחוק.

¹¹⁵ ראו, למשל: עניין סגל-לוי, לעיל ה"ש 105. למועצה הישראלית לצרכנות מעמד מיוחד; היא איננה צריכה להראות כי קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם חבר בקבוצה בעל עילת תביעה אישית, להבדיל מארגונים אחרים – ס' 4(א)(3) לחוק.

בתובענות ייצוגיות. כך, למשל, בעניין **בן סימון** הנ"ל, התנגדה המועצה הישראלית לצרכנות להסדר הפשרה שגיבשו הצדדים, הואיל ולדבריה ההסדר שהוצע אינו נותן פיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת והוא מטיל חבות מזערית, אם בכלל, על חברת הוט. לפיכך נטען כי ההסדר אינו הולם, פוגע בזכויות הצרכנים ונוגד את מטרות ההליך – הרתעה מפני הפרת הדין ואכיפתו.¹¹⁶

בעניין **דניאל**¹¹⁷ נטען כי חברת פרטנר גבתה מלקוחותיה תשלום חודשי קבוע בגין שירותי אחריות, אך בבוא הלקוחות לתקן את המכשיר נגבה מהם תשלום שלא כדן. לאחר פרסום ההסדר שאליו הגיעו הצדדים, הגישו היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות נייר עמדה לתיק בית המשפט. היועץ לא התנגד להסדר, אולם העיר כמה הערות, ובהן עמדתו העקרונית כי ראוי לתת ללקוחות פיצוי כספי ולא פיצוי בדמות הטבה המחייבת את הלקוחות לרכוש מוצרים של פרטנר ("קופונים") ובכך בעצם להעניק לה הכנסות נוספות. היועץ הוסיף כי ראוי ששכר טרחת בא כוח המבקשים ייגזר מן הסכום שייגבה בפועל על ידי חברי הקבוצה, ולא מן הסכום המוערך בהסדר הפשרה.¹¹⁸ כמו כן העיר היועץ גם באשר למנגנון הפיקוח על הסדרי הפשרה ומימושם. המועצה הישראלית לצרכנות הלינה על כך שבהסדר הפשרה המוצע לא בא לידי ביטוי ברור אופן חישוב הפיצוי המוצע לחברי הקבוצה, כיצד חושבה ההטבה המוצעת לחברי הקבוצה וכיצד חושב הנזק. זאת ועוד, המועצה ציינה כי נדרש מנגנון פיקוח נאות למימוש הסדר הפשרה וכי ראוי שהגמול ושכר הטרחה יותנו במימוש ההטבה המוצעת על ידי חברי הקבוצה, וייגזרו מהתקדמות יישום ההסדר המוצע. בית המשפט (השופטת גילה כנפי-שטייניץ) אישר את הסדר הפשרה, תוך שאימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ועמדת המועצה הישראלית לצרכנות באשר לגמול ולשכר הטרחה.¹¹⁹

במקרה אחר, כאשר הוגשה התנגדות על ידי עמותה שאינה רשות ציבורית או ארגון כהגדרתם לעיל, בית המשפט (השופט יצחק ענבר) סירב להתיר לה להגיש התנגדות, גם כאשר העמותה העלתה טענה בעלמא כי היא חברה בקבוצה המיוצגת וכי רכשה מהמשיבה מוצרים לאורך השנים.¹²⁰

¹¹⁶ ראו: עניין **בן סימון**, לעיל ה"ש 102, פס' 13 לפסק דינה של השופטת נד"ב.

¹¹⁷ עניין **דניאל**, לעיל ה"ש 72.

¹¹⁸ עמדה זו נראית מוצדקת ונועדה להמריץ את באי כוח הקבוצה לשמור על האינטרסים של חברי הקבוצה לקבל פיצוי כספי מרבי. התאמה בין שכר הטרחה לבין הכספים המועברים לפיצוי חברי הקבוצה תביא לתוצאה זו; עמדה דומה הובעה על ידי בתי משפט מסוימים. ראו, למשל, את ההלכה המנחה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון בע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט** (פורסם בנבו, 23.5.2012), עניין **טבע**, לעיל ה"ש 102; כמו כן ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1301/06 **אלטמן רוקחות טבעית (1993) בע"מ נ' חושן** (פורסם בנבו, 8.8.2012).

¹¹⁹ עניין **דניאל**, לעיל ה"ש 72.

¹²⁰ ת"צ (מחוזי ת"א) 40303-03-13 **שלו נ' מנה קמעונאות בע"מ** (פורסם בנבו, 18.8.2014).

גם בארצות-הברית ארגונים רשאים להגיש התנגדויות להסדרי פשרה, אך גם שם, כמו בישראל, הדבר לא נעשה לעתים תכופות.¹²¹ שני הארגונים הבולטים הם הארגון הצרכני Public Citizen והארגון המכונה Trial Lawyers for Justice.¹²²

6. התנגדות המוגשת על ידי גורמים נוספים

כאמור, עמדתי היא כי ראוי להרחיב את רשימת הגורמים הרשאים להתנגד להסדר פשרה. עוגן לעמדה זו ניתן למצוא בסעיף 18(ג) לחוק, המאפשר לבית המשפט לשלוח הודעה על הסדר הפשרה "לאדם אחר". בדומה, תקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות, שתוקנה מכוח סעיף 18(ג) לחוק, קובעת רשימה של גורמים שעל בית המשפט לשלוח להם הודעה על בקשה שהוגשה לאישור הסדר פשרה.¹²³ לא סביר להניח כי כוונת המחוקק ומחוקק המשנה הייתה שיש לשלוח את נוסח ההסדר לאותם גורמים, אך אין מקום לאפשר להם להתנגד להסדר במקרה המתאים.¹²⁴ הדברים עולים בקנה אחד עם האמור בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות שלפיהם גורם שנשלחה לו הודעה כאמור רשאי "לשקול הגשת תגובה או התנגדות להסדר הפשרה או לבקש להשתתף בדיון בעניינו".¹²⁵

¹²¹ William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 53 UCLA L. REV. 1435, 1450–1451 (2006). (להלן: Rubenstein).

¹²² שם; לעניין ארגונים צרכניים המתערבים בהסדרי פשרה, ראו, למשל: In re Domestic Air Transp. Antitrust Litig., 148 F.R.D. 297, 359 (N.D. Ga. 1993).

¹²³ הגורמים הם: הממונה על הגנת הצרכן, המפקח על הביטוח, המפקח על הבנקים, הממונה על ההגבלים העסקיים, הרשות לניירות ערך, המשרד להגנת הסביבה, נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והממונה הראשי על יחסי עבודה.

¹²⁴ סברה אחרת היא שמשלוח נוסח ההסדר המוצע לגורמים המנויים בת' 12(ד) נועד לאפשר להם להעביר את הערותיהם ליועץ המשפטי לממשלה, שלפי הצורך יגיש את ההתנגדות בשמם, ולא דווקא כדי שיוכלו להגיש התנגדות בעצמם. לדעתי, יש להעדיף את הפרשנות שמקנה לאותם גורמים זכות להגיש התנגדות להסדר, בלא קשר להתנגדות שאולי תוגש מטעם היועץ המשפטי לממשלה. העדפת פרשנות זו נובעת מכך שהיא עשויה להרחיב את המידע שיתקבל על אודות הסדר הפשרה ולנוכח הפער הקיים לעתים בין עמדת היועץ המשפטי לממשלה, האמון על בחינה של הדין והאינטרס הציבורי הכולל, לבין עמדותיהם של גורמים אחרים במערכת, וגם מסיבה זו חשוב לאפשר לגורמים המנויים בת' 12(ד) להגיש את עמדתם הישר לבית המשפט; לעניין פער זה, ראו: ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אוויר לישראל, פס"כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.8.2014).

¹²⁵ דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 234, 256. שם נקבע, לעניין האמור בס' 18(ג), כי בית המשפט "יורה על פרסום הודעה על פרטי ההסדר וכן על משלוח הודעה למנהל בתי המשפט, ליועץ המשפטי לממשלה, לכל גוף או בעל תפקיד שיקבע השר וכן לכל אדם שבית המשפט ימצא לנכון לשלוח לו הודעה כאמור, וזאת כדי לאפשר לכל

המגמה המוצעת להרחיב את מעגל הגורמים הרשאים להתנגד להסדר פשרה מוצע, עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית של המחוקק בישראל, הליברלית יותר בהשוואה לעמיתו בארצות-הברית, לאפשר להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית גם למי שאין לו עילת תביעה אישית (ארגון או רשות ציבורית, כאמור). מגמה זו מסתמנת גם בבתי המשפט בישראל. כך נפסק לאחרונה בעניין **הצלחה התנועה הצרכנית**¹²⁶ כי יש להקל על ארגון שאין לו עילת תביעה אישית, להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, וכי אין לאמץ פרשנות דווקנית, צרה או טכנית לתנאי כי "קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם",¹²⁷ וזאת לאור תכליתו של החוק. יש מקום לאמץ מגמה דומה (אולי אף מדין קל וחומר), שתרחיב את מעגל הזכאים להתנגד להסדרי הפשרה, כדי להגן על הקבוצה המיוצגת מפני הגורמים המייצגים לנוכח בעיית הנציג שצוינה לעיל.

אף שתקנה 12(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות מונה תשעה גורמים שיש לשלוח אליהם הודעה על הסדר פשרה שאושר, לשם הגשת התנגדויות, עולה כי קולם של רבים מאותם גורמים לא נשמע כלל בבתי המשפט. על כן האינטרסים החיוניים שגורמים אלה נועדו להגן עליהם אינם באים לידי ביטוי בהליך התובענה הייצוגית, כפי שציפה המחוקק. לעומת תשעת הגופים הללו, המועצה הישראלית לצרכנות מביעה את דעתה על הסדרי הפשרה ויש לברך על כך.

שחקנית נוספת בזירת ההתנגדויות היא הקליניקה לתובענות ייצוגיות הפועלת במרכז הבינתחומי בראשותו של אלון קלמנט (להלן: הקליניקה). פעילות הקליניקה באה לידי ביטוי בייצוג בהגשת התנגדויות להסדרי הפשרה, בדרך כלל בשמה של

אחד מאלה לשקול הגשת תגובה או התנגדות להסדר הפשרה או לבקש להשתתף בדיון בעניינו
(ההדגשה הוספה – ע.ט.).

¹²⁶ ת"צ (מחוזי ת"א) 2484-09-12 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן** (פורסם בנבו, 18.2.2013). באותו עניין פסק השופט חאלד ככוב, כי לפי ס' 4(א)(3) לחוק, גם ארגון חסר עילת תביעה אישית רשאי להגיש תובענה ייצוגית בשם הקבוצה, בהתקיים שלושה תנאים: האחד, עילת תביעה לכאורה; השני, קושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית. בית המשפט יצוק תוכן למונח "קושי" ממקרה למקרה; השלישי, ארגון ראוי. השוו: ת"צ (מחוזי מר') 20330-06-09 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'**, פס' 1 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 8.11.2011). שם המועצה הישראלית לצרכנות הגישה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, אשר אמנם נדחתה, אך בית המשפט בירך ועודד את הגשתן של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות על ידי המועצה ובמשתמע על ידי גופים סטטוטוריים דומים: "ניתן לראות ברכה רבה בניהול בקשה לאישור תובענה ייצוגית על ידי המועצה. ראשית משום היותה גוף סטטוטורי, שמפעיל שיקול דעת שונה מזה של התובע הפרטי".

¹²⁷ ס' 4(א)(3) לחוק: "ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם".

המועצה הישראלית לצרכנות,¹²⁸ ולא אחת בעקבות ההתנגדות בית המשפט מבטל או משנה את הסדר הפשרה המוצע.¹²⁹

לאחרונה הועלתה ההצעה להרחיב את "זכות העמידה" להגשת התנגדויות ולהעניקה ל"כל אדם", גם אם הוא אינו חבר בקבוצה.¹³⁰ לכאורה, עמדה זו מפתה. התובענה הייצוגית מקדמת אינטרס ציבורי, שכן היא מעודדת אכיפה, הרתעה יעילה ומקדמת את שלטון החוק. הגשת התנגדות להסדר פשרה שתביא להגנה על זכויות חברי הקבוצה, עולה בקנה אחד עם מטרת ההליך. בדומה, נשקלה בזמנו האפשרות לוותר על תובע ייצוגי בעל עילת תביעה אישית.¹³¹ אמנם ברשימה זו אני תומך בהרחבת רשימת הגורמים שיוכלו להתנגד להסדרי פשרה מוצעים, אולם אני סבור שאין לאפשר "לכל אדם" להתנגד להסדר פשרה, גם אם אין לו עצמו כל נגיעה לאותו הסדר. פתיחת האפשרות להגיש התנגדות להסדר פשרה לכל אדם עלולה להביא להגשת התנגדויות סרק רבות, שיכבידו על הצדדים ועל בתי המשפט ודווקא יסכלו את מטרתו של ההליך. ויתור על זיקה כלשהי לתובענה יביא לידי כך שכל דכפין יוכל לעקוב אחר הסדרי פשרה המוגשים לאישור ולהגיש התנגדויות רבות, בלי שייאלץ אף להצביע על עילת תביעה טובה הדרושה כדי להגיש תובענה ייצוגית. כפי שהמחוקק לא ויתר על תובע ייצוגי בעל עילת תביעה אישית, מדין קל וחומר אני סבור שאין מקום לעשות כן גם בעניין הגשת התנגדויות להסדרי פשרה. עם זאת, ייתכן שיש מקום לשקול ויתור על הדרישה בחוק, שלפיה רק ארגון שאישר שר המשפטים רשאי להגיש התנגדויות. ויתור על דרישה זו ירחיב את מגוון הגורמים שיהיו רשאים להגיש התנגדות להסדר פשרה מחד גיסא, אך עם זאת ימנע מצב של הגשת התנגדויות סרק שיציפו את מערכת בתי המשפט ויכבידו על הליכי אישור הסדר הפשרה, מאידך גיסא.¹³²

¹²⁸ הקליניקה עוסקת, בין היתר, ב"פיקוח על הסכמי פשרה המוגשים לבתי המשפט במסגרת תובענות ייצוגיות, באמצעות הגשת התנגדויות להסכמי הפשרה, מקום שאלה אינם ראויים". אתר הקליניקה זמין ב- classaction.idc.ac.il/content.php?id=1029 (נבדק לאחרונה ב- 24.1.2015). עד מועד ירידת המאמר לדפוס, הגישה הקליניקה 11 התנגדויות (ושני ניירות עמדה) להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות.

¹²⁹ ראו להלן, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2537-06 פרחון נ' מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2013) (להלן: עניין מולטילוק); עניין כהן, לעיל ה"ש 62.

¹³⁰ הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון-הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ד-2014, פ/2409/19.
¹³¹ לעניין ההצעה (שנדחתה) לוותר על תובע בעל עילת תביעה אישית כתנאי להגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 15 של ישיבת ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (11.1.2006).

¹³² אציין כי הצעת לוותר על אישור שר המשפטים לארגון המתנגד אין בה כדי להשפיע על תוקף הדרישה הנוספת שבס' 18(ד) לחוק, שלפיה על הארגון לפעול לקידום מטרה בקשר לעניין שהבקשה לאישור או התובענה הייצוגית עוסקות בו; ראו בנושא זה עניין סגל-לוי, לעיל ה"ש 105, שם לא התירה השופטת רות רונן למועצה הישראלית לצרכנות להגיש התנגדות להסדר

7. גישת בתי המשפט בישראל להתנגדויות המוגשות

אף שניתן לזהות מגמה של הגשת התנגדויות רבה יותר להסדרי פשרה, מדובר בעיקר בהתנגדויות מטעם היועץ המשפטי לממשלה ולא בהתנגדויות של חברי הקבוצה. כך, למשל, מבדיקה שערך אלון קלמנט עולה כי מתוך 31 הסדרי פשרה שהתקבלה בעניינם החלטה בשנים 2007–2009, בתביעה אחת בלבד הוגשה התנגדות על ידי חבר בקבוצה המיוצגת.¹³³ ככל שמדובר בהתנגדויות המוגשות מטעם היועץ המשפטי לממשלה המגמה היא אחרת. כפי שראינו, בתקופת כהונתו של היועץ הנוכחי ניכרת מעורבות מוגברת מטעם היועץ המשפטי לממשלה בתחום, לעומת התקופות הקודמות.¹³⁴

נראה שמנגנון ההתנגדות איננו מיושם כיום באופן מיטבי בישראל. כאמור, לעתים נדירות ביותר חברי הקבוצה מגישים התנגדויות להסדרי פשרה מוצעים. כמו כן, אף שהמחוקק ראה לנכון להורות על המצאת הסדרי פשרה לכמה וכמה גופים, הלכה למעשה גם גופים אלה אינם משתתפים בהליכי ההתנגדות. אף שקולם של גופים אלה אינו נשמע, ויש בכך כדי לחטוא למטרות החוק, בתי המשפט לא מצאו לנכון להורות למי מהגופים המנויים בתקנות תובענות ייצוגיות, להגיב על הסדר פשרה שפורסם כאשר אותו גוף אינו עושה זאת מיוזמתו. לדעתנו, יש מקום לשקול קביעת הוראת חוק אשר תחייב את הגופים המנויים בה להגיב על הסדרי פשרה או, לכל הפחות, לשלוח את עמדתם ליועץ כדי שהוא ישלב אותה בעמדה שתוגש מטעמו. לאור חשיבותה של הגשת התנגדויות ראויות, ראוי לעודד מתנגדים פוטנציאליים נוספים, מלבד היועץ המשפטי לממשלה, להגיש התנגדויות. על כן טוב יעשו בתי המשפט אם יקפידו לתת תמריצים לחברי קבוצה, כמו גם לארגונים שהגישו התנגדות שהתקבלה, כמקובל בארצות-הברית (ועל כך להלן).

הפשרה, בין היתר משום שהתובענה עסקה בניירות ערך, תחום אשר למועצה אין בו התמחות ספציפית.

¹³³ אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו – 2006" הפרקליט מט' 131, 163 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); מגמה זו עולה גם מהמחקר האמפירי שביצעה מחלקת המחקר של הרשות השופטת, תובענות ייצוגיות – מחקר אמפירי, לעיל ה"ש 12; ראו גם: קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 56.

¹³⁴ שש התנגדויות עקרוניות בלבד הוגשו בשנים 2007–2009 בתקופת כהונתו של היועץ מני מזוז (והתנגדות אחת בלבד מטעם חבר בקבוצה). ראו קלמנט "פשרה והסתלקות" לעיל ה"ש 6, בעמ' 34; לעומת זאת, מתוך 90 הסדרי פשרה שהועברו לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2012, הוגשה התנגדות ל-20 הסדרים (תשע התקבלו, שתיים נדחו ובשאר עדיין אין הכרעה). ב-39 מקרים נוספים העיר היועץ הערות על ההסדרים המוצעים, ו-26 מההסדרים התקבלו, 7 נדחו ובשאר עדיין אין הכרעה. ראו: באום, לעיל ה"ש 70, שם.

8. האם יש לתת משקל לעצם ההגשה (או אי-ההגשה) של התנגדויות להסדר פשרה?

אני סבור שיש מקום לתת משקל לעצם ההגשה של התנגדויות להסדר פשרה נתון, במובן זה שלעתים יש בכך כדי להעיד על בעיה בו, בייחוד כאשר מדובר בהתנגדויות רבות לאותו הסדר.¹³⁵ מנגד, אי-הגשת התנגדויות לא בהכרח מלמדת שהסדר הפשרה ראוי, מאחר שאין לדעת כמה מחברי הקבוצה קיבלו את ההודעה על הבקשה לאישור הסדר הפשרה וכן משום שבמרבית התובענות הייצוגיות שוויה של התביעה האינדיבידואלית נמוך,¹³⁶ ואין תמריץ לחברי הקבוצה לטרוח ולהגיש התנגדות לבית המשפט.¹³⁷ עם זאת, כאשר חברי הקבוצה מודעים להסדר הפשרה, ויש להם אינטרס ממשי בו, היקף ההתנגדויות המוגשות יכול לשמש אינדיקציה לסבירותו של הסדר הפשרה.¹³⁸

¹³⁵ ניתן להניח מצב שבו הגשת התנגדויות איננה מלמדת על טיב ההסדר המוצע: כאשר ההתנגדויות שהוגשו נועדו לקדם את ענייניהם המסוימים של המתנגדים, אך לא את טובת הקבוצה. כך בוודאי כאשר למתנגדים יש אינטרס נבדל מזה של חברי הקבוצה בתביעה הייצוגית, ועל כן הם מגישים התנגדות מטעמים שאינם סבירים (למשל, עניין אלגרגאוי, לעיל ה"ש 65); מצב אחר הוא כאשר הסדר פשרה מסוים אמור לחול על שני סוגים של נפגעים – מי שסבלו נזק גדול יחסית ומי שסבלו נזק קטן – וההסדר המוצע מעניק פיצוי שווה לכולם. במצב כזה מי שנפגעו קשות עשויים להגיש התנגדויות להסדר הפשרה, כיוון שהם רוצים לקבל נתח גדול יותר מהפיצוי. בנסיבות אלה, גם אם ההתנגדויות מוגשות מטעמים סבירים וכתום לב, הן לא בהכרח מקדמות את האינטרסים של הקבוצה המיוצגת בכללותה, אלא את אלה של תת-הקבוצה הספציפית בלבד, מה שלא בהכרח רצוי מבחינת שיקולי מדיניות ראויה. מצב נוסף הוא של קבוצת מתנגדים שהתנגדותה להסדר המוצע נובעת מהערכה אחרת של סיכויי הצלחת התביעה. ייתכן שחברי הקבוצה הם "אוהבי סיכון" יותר מהאחרים ומשם נובעת התנגדותם. במצב זה, לא הוגן שהמתנגדים הללו ירמזו אחרים את כל חברי הקבוצה האחרים להרפתקה שסופה אינו ידוע. במקרים כאלה, בהנחה שהסדר הפשרה הוא ראוי, הוגן וסביר, יש לבחון את האפשרות לאשר את ההסדר, תוך מתן אפשרות למתנגדים לצאת מן הקבוצה ולהגיש תביעה נפרדת, במקום לדחות את הבקשה לאישור ההסדר המוצע או לשנותו.

¹³⁶ למשל: עניין מגן וקשת, ראו לעיל ה"ש 3.

¹³⁷ כך גם לעניין יציאה מן הקבוצה "קלמנט פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 55–56), אך בוודאי לעניין הגשת התנגדות, הדורשת משאבים רבים יותר מהודעה לקונית על יציאה מן הקבוצה.

¹³⁸ ראו, למשל: ת"צ (מחוזי מר') 33359-06-12 זבידה נ' בית החולים בילינסון (פורסם בנבו, 7.11.2013) (להלן: עניין זבידה). באותו מקרה עסקה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בבדיקת איידס שבוצעה באמצעות אנדוסקופ ששימש לבדיקת מטופל נשא איידס ולא עבר חיטוי נאות. בשל טיבו של מקרה זה, סביר להניח שחברי הקבוצה היו מודעים להסדר הפשרה והיה להם עניין ממשי בו. מקרה זה, כמובן, אינו מקרה מייצג.

בתי משפט בישראל לא תמיד עמדו על בעיית היעדר התמריצים ועל כן לא אחת בחרו לתת משקל לעובדה שלא הוגשו התנגדויות להסדר הפשרה המוצע.¹³⁹ בארצות-הברית, בתי משפט רבים ראו בכך שלא הוגשו התנגדויות או שהוגשו התנגדויות מעטות יחסית להסדר המוצע, אינדיקציה להיותו של ההסדר המוצע הולם וראוי.¹⁴⁰ עם זאת, בתי משפט אחרים בארצות-הברית הזיירו מפני הסדרי פשרה שהוגשו להם התנגדויות מועטות, בייחוד כאשר מדובר בהסדר פשרה מורכב.¹⁴¹

¹³⁹ למשל: בש"א (מחוזי ת"א) 5590/08 קריטנשטיין נ' מסערת טורקיו בע"מ, פס' 17 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 30.3.2009). שם לא מונה בודק, בין היתר משום שלא הוגשו התנגדויות להסדר הפשרה; ת"א (מחוזי מ"ר) 4745-08-07 גלבוט נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 12.11.2007). שם הואיל ולא הוגשו התנגדויות כלל, ראה לנכון בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה בלא מינוי בודק; ת"א (מחוזי ת"א) 2474/02 רותם נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ (פורסם בנבו, 20.3.2007), שם נקבע כי היות שחברי הקבוצה עצמם לא התנגדו, אין מקום למינוי בודק; עניין וולף, לעיל ה"ש 96, שם אושר הסדר פשרה תוך התחשבות בכך שהוגשה רק התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה ונחסכו הליכים והוצאות מיותרות; ראו גם: ת"צ (מחוזי ת"א) 38933-01-12 דדי נ' ש.א. חניונים (2010) בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2013); ויצנבלית "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 6, בעמ' 409-410.

¹⁴⁰ ראו, למשל: *Laskey v. International Union, United Auto., Aerospace and Agr. Implement Workers of America (UAW)*, 638 F.2d 954 (6th Cir. 1981); *Hammon v. Barry*, 752 F. Supp. 1087 (D.D.C. 1990); *SmithKline Beckman Corp. Securities Litigation*, 751 F. Supp. 525 (E.D. Pa. 1990); *Bynum v. District of Columbia*, 412 F. Supp. 2d 73 (D.D.C. 2006); *International Union, United Automobile, Aerospace, and Agr. Implement Workers of America v. Ford Motor Co.*, 44 Employee Benefits Cas. 2323, 156 Lab. Cas. P 11, 102, 2008 WL 4104329 (E.D. Mich. 2008); *Dauphin Island Property Owners Ass'n v. U.S.*, 90 Fed. Cl. 95, 104-105 (2009); *Heartland Payment Systems, Inc. Customer Data Sec. Breach Litigation*, 2012 WL 948365, *20 (S.D. Tex. 2012) "noting that 81% of class members received notice, only one objection was received, and '[R]eceipt of few or no objections 'can be viewed as indicative of the adequacy of the settlement'"; *Enron Corp. Securities, Derivative & "ERISA" Litigation*, 228 F.R.D. 541, 567, 35 Employee Benefits Cas. 1242 (S.D. Tex. 2005); *Stoetzner v. U.S. Steel Corp.*, 897 F.2d 115, 118-119, 15 Fed. R. Serv. 3d 1325 (3d Cir. 1990) "only' 29 objections in 281 member class 'strongly favors settlement'"; *Prudential Ins. Co. of America Sales Practices Litigation*, 148 F.3d 283, 318, 41 Fed. R. Serv. 3d 596 (3d Cir. 1998) "affirming conclusion that class reaction was favorable where 19,000 policyholders out of 8 million opted out and 300 objected"; *Toys "R" Us-Del., Inc. Fair & Accurate Credit Transactions Act (FACTA) Litig.*, 295 F.R.D. 438, 456 (C.D. Cal. 2014) "The negligible number of opt-outs and objections indicates that the class generally approves of the settlement"; *Browning v. Yahoo! Inc.*, 2007 WL 4105971, 12 (N.D. Cal. 2007) "Because numerous governmental agencies (including the FTC) were given notice of the settlement and have not objected, this factor weighs in favor of the settlement"

Gen. Motors Corp. Pickup Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig., 55 F.3d 768, 812 (3d, ¹⁴¹

מלומדים בארצות-הברית סוברים שכאשר מדובר בהסדרי פשרה מתוחכמים, ומרבית חברי הקבוצה אינם מיוצגים ואין בידיהם הידע והיכולת להעריך את ההסדר, אין לתת משקל להיעדר התנגדויות, ועל בית המשפט לנתח את הסדר הפשרה ולוודא שהוא ראוי.¹⁴² המלומדים Eisenberg ו-Miller סוברים כי לנוכח מיעוט ההתנגדויות היחסי, אין לראות באי-הגשת התנגדויות תמיכה בהסדר הפשרה. הם מוסיפים ואומרים כי גם כאשר מוגשות התנגדויות רבות, הדבר נובע בדרך כלל מפנייה של עורכי דין לחברי הקבוצה כדי לעודד אותם להגיש התנגדות להסדר.¹⁴³ לדבריהם, מספר נמוך של התנגדויות יכול לשמש, לכל היותר, עדות חלשה לכך שהסדר הפשרה הוא הוגן, ראוי וסביר.¹⁴⁴ פרופ' Coffee מתייחס באחד ממאמריו לכך, כמו גם למעמד הנחות של מי שמגיש התנגדות להסדר פשרה בהשוואה לצדדים להסדר, הן מבחינת המשאבים שברשותו הן מבחינה ארגונית.¹⁴⁵

בפרק זה הוצגו מנגנון ההתנגדות והשימוש בו בבתי המשפט בישראל. נוכחנו שמנגנון ההתנגדות איננו מיושם באופן מיטבי בישראל, והתנגדויות מעטות בלבד מוגשות להסדרי פשרה מוצעים אם לא נמנה את ההתנגדויות מטעם היועץ המשפטי

Cir 1995) “However, a combination of observations about the practical realities of more cautious about class actions has led a number of courts to be considerably inferring support from a small number of objectors to a sophisticated settlement”;
Ellis v. Edward D. Jones & Co., L.P., 527 F. Supp. 2d 439, 446 (W.D. Pa. 2007) “since a low number of objectors is almost guaranteed by an opt-out regime, especially one in which the putative class members receive notice of the action and notice of the settlement offer simultaneously, so long as there are sufficient ‘premium payments’ to named plaintiffs, and so long as class counsel’s compensation is arranged, the parties negotiating the settlement on behalf of the plaintiffs have no incentive to seek anything beyond the minimum necessary for judicial approval, regardless of the actual benefit to the absent class members whom they purport to represent”

HERBERT B. NEWBERG & ALBA C. CONTE, 4 NEWBERG ON CLASS ACTIONS, § 11:48 ¹⁴²
Ford Motor Co. Bronco II Prods. Liab. Litig., CA MDL-991 § 11:48 (4th ed. 2002)
G. (E.D. La. Mar. 20, 1995)

Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1529, 1534 ¹⁴³
(2004) (להלן: Eisenberg & Miller); ראו לעניין זה, למשל: Prudential Ins. Co. of America Sales Practices Litigation, 177 F.R.D. 216 (D.N.J. 1997), *aff’d* 148 F.3d 283, 318 (3d Cir. 1998); Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum Co., 864 F. Supp. 1422, 1426 (S.D.N.Y. 1994), *aff’d*, 67 F.3d 1072 (2d Cir. 1995) שם 20 התנגדויות מתוך 2,700 ההתנגדויות שהוגשו, היו עצמאיות והוגשו בלי קשר לעורכי הדין שארגנו את הגשת יתר ההתנגדויות.

Eisenberg & Miller, שם, בעמ' 1564. ¹⁴⁴

Coffee, *Accountability*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 417. ¹⁴⁵

למשלה. בפרקים הבאים יוצגו מנגנון ההתנגדות בארצות-הברית והבעייתיות שבו. דיון בנושאים אלה ימשך בסיס לעמדותי בשאלה כיצד ראוי להשתמש במנגנון ההתנגדות בישראל וכיצד ניתן למצות את התועלת ממנו.

ג. מנגנון ההתנגדות להסדר פשרה בארצות-הברית

כידוע, ארצות-הברית היא מולדתה של התובענה הייצוגית המודרנית.¹⁴⁶ המחוקק הישראלי הסתמך לאורך השנים על ההסדר האמריקני הן כשחוקק את החוקים הפרטיקולריים שקדמו לחוק תובענות ייצוגיות, הן כאשר חוקק את חוק תובענות ייצוגיות עצמו.¹⁴⁷

מוסד התובענה הייצוגית בבתי המשפט הפדרליים בארצות-הברית מעוגן בכלל 23 לכללי הפרוצדורה הפדרליים (להלן: כלל 23).¹⁴⁸ מדינות בארצות-הברית אימצו את כלל 23, או לכל הפחות ביססו את הדין המדינתי בעניין תובענות ייצוגיות עליו. בדומה למצב בישראל, כלל 23(e) קובע שעל הצדדים לקבל את אישורו של בית המשפט להסדר הפשרה שהגיעו אליו.¹⁴⁹ בית המשפט יודיע לחברי הקבוצה על הסדר הפשרה המוצע כדי שחברי הקבוצה המעוניינים לבקש לצאת מן הקבוצה או להתנגד להסדר, יוכלו לעשות זאת.¹⁵⁰ על המתנגד לשכנע את בית המשפט לרדות את ההסדר המוצע על ידי כך שיראה כי ההסדר המוצע אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה או שההסדר הוא תוצר של קנוניה בין בא כוח הקבוצה לבין הנתבע.¹⁵¹

¹⁴⁶ התובענה הייצוגית המודרנית עוצבה בארצות-הברית כחלק מהתיקון לכללי הפרוצדורה הפדרליים משנת 1966. ראו, למשל: Stephen B. Burbank, *The Class Action in American Securities Regulation*, 4 ZPPINT 321, 321, 323 (1999); גרסה מוקדמת של התובענה הייצוגית התפתחה עוד בימי הביניים, ואז כונתה "תביעה קבוצתית". ראו, למשל: S. YEAZELL, *FROM MEDIEVAL GROUP LITIGATION TO THE MODERN CLASS ACTION* 41–58 (Yale U. Press, 1987).

¹⁴⁷ ראו במאמרו החלוצי של פרופ' סטיב גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" **משפטים** ט 416, 419 (1978); ראו גם: סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" **מחקרי משפט** כ 299, 305–307 (2003). יש לציין כי הבדל של ממש בין הדין בארצות-הברית לדין בישראל הוא שבארצות-הברית ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בכל עילה, ואילו בישראל ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית אך ורק בעילות המפורטות בתוספת השנייה לחוק. ראו: ס' 3(א) לחוק.

¹⁴⁸ Federal Rules of Civil Procedure § 23 (2014) (להלן: FRCP).

¹⁴⁹ FRCP § 23(e).

¹⁵⁰ FRCP 23(e), Rules Advisory Committee Notes, 39 Federal Rules Decisions pp 98, 104; *Devlin v. Scardelletti*, 122 S. Ct. 2005, 2010 (U.S. 2002) THE AMERICAN LAW INSTITUTE: PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION, § 3.04(a), comment b (A.L.I., May 20, 2009) (להלן: דוח ה-ALI).

¹⁵¹ ראו, למשל: Robert B. Gerard & Scott A. Johnson, *The Role of the Objector in Class*

ההתנגדויות המוגשות נדונות בבית משפט אלא אם כן נקבע כי הן אינן מצדיקות דיון.¹⁵²

שכיחות ההתנגדויות המוגשות בארצות-הברית רבה יותר מאשר בישראל. מבדיקה מדגמית שנערכה בארבעה מחוזות פדרליים בארצות-הברית, עולה כי בכמחצית מהסדרי הפשרה המוגשים לאישור, לפחות התנגדות אחת מוגשת.¹⁵³ עם זאת, נמצא כי הגשת התנגדויות אינה נפוצה, ובאופן יחסי למספר חברי הקבוצה, רק כ-1% מחברי הקבוצה מתנגדים להסדרים המוצעים.¹⁵⁴ שיעור ההתנגדויות משתנה לפי סוג התביעה: התנגדויות רבות יחסית מוגשות בתביעות הקשורות לזכויות האזרח ולמקרי אפליה בתעסוקה. בתחומי נירות הערך וההגבלים העסקיים שיעורי ההתנגדויות המוגשות נמוכים יותר, ואילו בתביעות צרכניות שיעורי ההתנגדות הנמוכים ביותר.¹⁵⁵ חשוב לציין כי לפחות לפי מחקר סטטיסטי אחד, ניכרת ירידה במספר ההתנגדויות המוגשות לבתי המשפט.¹⁵⁶

התנגדויות המוגשות בארצות-הברית עוסקות בנושאים מגוונים הקשורים להסדר הפשרה המוצע: סכום הפשרה,¹⁵⁷ סוג הסעד שההסדר המוצע קובע,¹⁵⁸ גובה

Action Settlements - A Case Study of the General Motors Truck "Side Saddle" Fuel Tank Litigation, 31 LOY. L.A. L. REV. 409, 409 (1998); DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTION DILEMMAS: PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN, 27 (2001) Rand v. Monsanto Co., 926 F.2d 596, 599 (7th Cir.1991) ("[T]he representative and counsel may be tempted to sell out the class for benefits to themselves")

ראו, למשל: Mandujano v. Basic Vegetable Products, Inc., 541 F.2d 832, 835-836 (9th Cir. 1976); San Francisco NAACP v. San Francisco Unified Sch., 484 F. Supp. 657, 670-671 (N.D. Cal., 2001)

153 Thomas E. Willging, Laurel E. Hooper, & Robert J. Niemic, Federal Judicial Center, *Class Actions and the Rulemaking Process: an Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, 71 N.Y.U. L. REV. 74, 140 (1996) מחקר זה בדק את כל התובענות הייצוגיות שנדונו בבתי משפט פדרליים בפילדלפיה, מיאמי, שיקגו וסן פרנסיסקו, בין 1 ביולי 1992 לבין 30 ביוני 1994.

154 Eisenberg & Miller, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1532, 1560-1559. ראו גם: Coffee, *Accountability*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 417.

155 שם, בעמ' 1532-1533, 1546.

156 Eisenberg & Miller, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1550-1551.

157 ראו, למשל: Cagan v. Anchor Sav. Bank FSB, [1990] Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 95,324 (E.D. N.Y. 1990). שם אישר בית המשפט הסדר פשרה עם בנק שנטען נגדו כי לא גילה מסמכים ומידע בנוגע לפעילותו, מצבו הפיננסי ותחזית מצבו לעתיד. רוב 12 המתנגדים טענו כי סכום הפשרה, בסך 2.3 מיליון דולר, נמוך מדי. בית המשפט דחה את ההתנגדויות בקובעו כי הן מתעלמות מסיכויי ההצלחה של התביעה; ראו גם: Louisiana-Pacific Inner-Seal Siding, Civ. No. 95-879-JO (Lead), United States District Court for the District of Oregon,

שכר הטרחה המוענק לעורכי הדין ואופן תשלום שכר הטרחה¹⁵⁹ וכן אופן יישום הסדר הפשרה.¹⁶⁰

לעתים ההתנגדויות משנות מאוד את הסדרי הפשרה המוגשים לאישורו של בית המשפט. בעניין *Graham*¹⁶¹ למשל, הוגשה התנגדות על ידי ארגון Trial Lawyers for Public Justice (ארגון הפועל למען הציבור במגוון תחומים ובהם מניעת ניצול לרעה של הליך התובענה הייצוגית) בשם חלק מחברי הקבוצה. אותה התנגדות שינתה את פני הסדר הפשרה המוצע מן הקצה אל הקצה: מהסדר פשרה שעורכי הדין נהנים בו ממרבית הכספים להסדר פשרה שחברי הקבוצה הם הנהנים העיקריים ממנו.¹⁶²

לא אחת מוגשות התנגדויות להסדר פשרה משום שהוא אינו קובע פיצוי כספי שיועבר הישר לחברי הקבוצה.¹⁶³ מוכרות גם התנגדויות מטעמים דיוניים, למשל הטענה שבא כוח הקבוצה לא יידע את חברי הקבוצה בדבר התנהלות המשא ומתן ולכן לא ניתנה להם הזדמנות להביע את עמדתם.¹⁶⁴

¹⁵⁸ ראו, למשל: *Synfuel Technologies, Inc. v. DHL Express (USA), Inc.*, 463 F.3d 646, 66 Fed. R. Serv. 3d 229 (7th Cir. 2006). שם התנגדו חברי הקבוצה בין היתר לכך שלפי הסדר הפשרה הנתבעת תספק לחברי הקבוצה חבילות למשלוח חינם, התחייבות שכמוה כמתן קופונים כפיצוי לחברי הקבוצה, שיטה שבוקרה רבות בפסיקה ובספרות בארצות-הברית; באשר לבעייתיות שבהסדרי פשרה שבהם הפיצוי משולם בקופונים או בתווי הנחה ראו, למשל: Christopher R. Leslie, *The Need To Study Coupon Settlements in Class Action Litigation*, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 1395, 1396–1397 (2005) לעיל בה"ש 24.

¹⁵⁹ ראו, למשל: *Faught v. American Home Shield Corp.*, 668 F.3d 1233 (11th Cir. 2011). שם נדחו התנגדויות להסדר שקבע כי בא כוח הקבוצה יקבל 25% משווי ההסדר בתוספת 1.5 מיליון דולר בעד הסעדים הלא ממוניים שבהסדר.

¹⁶⁰ ראו, למשל: *Briggs v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 79 F. Supp. 2d 228 (W.D.N.Y. 1999). שם הוגשה התנגדות בין היתר בטענה שהנתבעת לא קיימה את הסדר הפשרה שלפיו היה עליה לגבש תכנית לפיצוי חברי הקבוצה, הואיל והיא הערימה קשיים על חברי הקבוצה שהכבידו את הכניסה לאותה תכנית.

¹⁶¹ *Graham v. Security Pacific Housing Services*, No. 2:96-CV-132 (S.D. Miss. filed April 1, 1996).

¹⁶² עקב ההתנגדות הוגדל הסכום שהוקצב לחברי הקבוצה מ-1.3 מיליון דולר ל-7.7 מיליון דולר, ואילו שכר טרחת עורכי הדין פחת מ-5.4 מיליון דולר ל-1.9 מיליון דולר בלבד. ראו גם: Hensler, לעיל ה"ש 151, בעמ' 461–462.

¹⁶³ למשל: *Hertz v. Canrad Precision Industries, Inc.*, 1973 WL 418 (S.D.N.Y. 1973). שם נדחתה התנגדות להסדר פשרה שקבע שכל חבר בקבוצה יקבל כתבי אופציה לרכישת מניות בחברה הנתבעת חלף פיצוי כספי. ראו, בדומה: *Taubenfeld v. AON Corp.*, 415 F.3d 597 (7th Cir. 2005).

¹⁶⁴ ראו, למשל: *League of Martin v. City of Milwaukee*, 588 F. Supp. 1004 (D.C. Wis. 1984).

בארצות-הברית כל חבר קבוצה, שלא ביקש לצאת ממנה (Opt Out), רשאי להגיש התנגדות. עקרונית, מי שאינו חבר בקבוצה אינו רשאי להתנגד, אלא אם כן הסדר הפשרה משפיע עליו במישרין. למשל, בעל מניות בתאגיד המעורב בהסדר פשרה.¹⁶⁵ נוסף על כך, בית המשפט רשאי לבקש מגורם חיצוני, בדרך כלל גורם ממשלתי, שיש לו ידע בנושא ההתדיינות, להגיב בדבר נאותות ההסדר המוצע. אחד הגורמים שבתי המשפט נוהגים לפנות אליהם הוא רשות ניירות ערך האמריקנית, ה-Securities and Exchange Commission (SEC).¹⁶⁶ גם פרקליטי המדינות (Attorney General) בארצות-הברית רשאים להגיש התנגדות להסדרי פשרה.¹⁶⁷ בתובענות ייצוגיות המוגשות לפי ה-Class Action Fairness Act,¹⁶⁸ יש ליידע את הגורמים הפדרליים והמדינתיים הרלוונטיים, ובהם התובע הכללי של ארצות-הברית (Attorney General of The United States), התובעים הכלליים בכל מדינה שבה מתגוררים חברי הקבוצה ורגולטורים רלוונטיים אחרים, על אודות הסדר הפשרה המוצע ולהעביר אליהם עותק הימנו ומסמכים נוספים ובהם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.¹⁶⁹ החובה להעביר את ההסדר הפשרה המוצע תוך 10 ימים מיום הגשתו

1984).

Manual for Complex Litigation, Fourth, § 21.643, 326 (2004); 4 Newberg on Class ¹⁶⁵ Actions § 11:55 at 168 (להלן: Manual).

ראו, למשל: Marshall v. Holiday Magic, Inc., 550 F.2d 1173, 23 Fed. R. Serv. 2d 72 ¹⁶⁶ (9th Cir. 1977).

למשל: True v. Am. Honda Motor Co., 2009 U.S. Dist. LEXIS 29814 (2009); ראו גם: ¹⁶⁷ Catherine M. Sharkey, *CAFA Settlement Notice Provision: Optimal Regulatory Policy?* 156 U. PA. L. REV. 1971 (2008) (להלן: Sharkey); Geoffrey P. Miller & Lori S. Singer, *Nonpecuniary Class Action Settlements*, 60 LAW & CONTEMP. PROBS. 97, ¹⁶⁸ 120–121, n.64 (1997) (להלן: Miller & Singer).

Class Action Fairness Act of 2005, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (codified in ¹⁶⁸ scattered sections of 28 U.S.C.). לחוק זה שתי מטרות שנועדו להכביד על תובעים ייצוגיים: האחת, להרחיב את סמכותם של בתי המשפט הפדרליים לדון בתובענות ייצוגיות על חשבון בתי המשפט המדינתיים, שם, כך נטען, שופטים מאשרים בקלות רבה מדי תובענות ייצוגיות (ראו למשל: NLJ Roundtable, *Class Action Fairness Act*, NAT'L L.J. 18–21 (May 16, 2005)); השנייה, להביא לפיקוח הדוק יותר על הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, ובפרט על "פשרות קופונים" (ראו: 28 U.S.C. § 1712(a)). להרחבה על אודות חוק זה ראו: Taussig, *Good Faith*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1308–1305. כן ראו: Stephen B. Burbank, *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, 156 U. PA. L. ¹⁶⁹ Rev. 1439 (2008). אשר להשפעות CAFA על הגשת תובענות ייצוגיות בארצות-הברית, ראו: Emery G. Lee & Thomas E. Willging, *The Impact of the Class Action Fairness Act on the Federal Courts: An Empirical Analysis of Filings and Removals*, 156 U. PA. L. ¹⁶⁹ Rev. 1723 (2008).

28 U.S.C. § 1715 (2005); חלק מהתובעים הכלליים הסתייגו מחקיקת סעיף זה והביעו חשש

לבית המשפט, מוטלת על בא כוח הנתבעים.¹⁷⁰ גורמים שהסדר הפשרה המוצע מועבר אליהם, אינם מחויבים להגיש את עמדתם בעניינינו, אך החוק קובע כי הסדר הפשרה לא יאושר בטרם חלפו 90 יום ממועד העברת הסדר הפשרה המוצע לאותם גורמים, וזאת כדי לתת להם שהות להגיב.¹⁷¹ החשיבות שייחס המחוקק האמריקני להעברת ההסדר לגורמים הנ"ל עולה מן הסנקציה החמורה שנקבעה למקרי הפרה – אם הסדר הפשרה אינו מועבר, חברים בקבוצה יכולים אז לבחור שלא להיות כפופים להסדר הפשרה.¹⁷² מטרת הסעיף הייתה למנוע מעורכי דין לעצב הסדרי פשרה מתוך קנוניה ולהעדיף את האינטרסים שלהם על פני אלה של חברי הקבוצה.¹⁷³ לא אחת צוין בספרות האמריקנית כי תפקיד המתנגד אינו פשוט. מצד אחד, אם

כי קביעת חובה להעביר אליהם את הסדרי הפשרה עלולה להטעות את חברי הקבוצה ואת בתי המשפט לחשוב שהתובעים הכלליים יגנו על האינטרסים של חברי הקבוצה, אף שבפועל מגבלות תקציביות מצמצמות את היכולת של אותם גורמים לבדוק באופן נאות את הסדרי הפשרה ולהגיש התנגדויות ככל שהם מקפחים את חברי הקבוצה. ראו: Sharkey, לעיל ה"ש 167, בעמ' 1975.

¹⁷⁰ 28 U.S.C. § 1715(b) (2005)

¹⁷¹ 28 U.S.C. § 1715(d); תובעים כלליים ממדינות מסוימות, ובהן ניו-יורק וקליפורניה, מתערבים לא אחת בהסדרי פשרה, בין בהגשת התנגדות לבית המשפט ובין באמצעות פנייה לצדדים בלי לערב את בית המשפט. ראו, למשל: Cummins v. H&R Block, Inc., No. 03-134 (W. Va. Cir. Ct. Dec. 23, 2005) (order preliminarily approving class action settlement). שם התובע הכללי של מדינת קליפורניה הגיש התנגדות להסדר פשרה בטענה ש: "[T]he terms of the Proposed Settlement are unfair, inadequate and unreasonable with respect to California residents, and [...] Californians have little to gain and much to lose from being included in the present action". Memorandum of the California Attorney General as Amicus Curiae at 16, Cummins, No. 03-134 (W. Va. Cir. Ct. May 31, 2006); בעניין *Sharper Image* הוגשה תובענה ייצוגית נגד יצרנית של מטהרי אוויר בטענה שהמוצר שנמכר לא טיהר את האוויר כלל ואף חשף את הצרכנים לרמות אוויר מסוכנות. הצדדים הגיעו להסדר פשרה שלפיו חברי הקבוצה יקבלו קופון בשווי 19 דולר והנחה של ממש ברכישת מוצרים של החברה הנתבעת שנועדו להפחית את פליטת האוזון. לפי הוראות CAFA הסדר הפשרה הועבר לידי התובעים כלליים של מדינות רבות בארצות-הברית שבהן התגוררו חברי הקבוצה המיוצגת, ו-35 תובעים כלליים הגישו הודעה על התנגדות להסדר המוצע, שבה נטען כי מדובר ב"הסדר קופונים" שאינו מפצה כראוי את חברי הקבוצה ומחייב אותם לרכוש מוצר נוסף מהנתבעת; ההסדר מונע מן הנתבעת להעלות את מחיר מוצריה האחרים כדי לפצות על עלות הקופונים; שכר הטרחה לבא כוח הקבוצה גבוה מדי. לנוכח האמור בהודעה, סירב בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה. ראו: *Figueroa v. Sharper Image Corp.* 517 F. Supp. 2d (S.D. Fla. 2007); *Wilson v. DirectBuy, Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 51874 (D. Conn. 2011); *Oil Spill*, MDL-2179 Sect. J, 2013 U.S. Dist. LEXIS 4595 (E.D. La. 2013); *Am. Int'l Group, Inc. Sec. Litig.*, 293 F.R.D. 459 (S.D.N.Y. 2013).

¹⁷² 28 U.S.C. § 1715(e)(1)

¹⁷³ Sharkey, לעיל ה"ש 167, בעמ' 1973–1974.

אינו עורך דין בעצמו, עליו לשכור עורך דין הבקיא במורכבות הדין ובפרוצדורה הרלוונטית,¹⁷⁴ אשר יגיש התנגדות כתובה ובהמשך יהיה רשאי להופיע לדיון שבו יידון הסדר הפשרה ויתבררו ההתנגדויות שהוגשו, הליך המכונה Fairness Hearing.¹⁷⁵ מצד אחר, המתנגד נתון על פי רוב למתקפה מצד הצדדים להסדר הפשרה, ולהם יש בדרך כלל תמריץ כלכלי חזק שהסדר הפשרה המוצע יאושר על ידי בית המשפט ובהקדם. תמריץ זה עלול להביא לניסיון של מי מהצדדים "לקנות" את המתנגד, שיסיר את התנגדותו תמורת תשלום לו ולבא כוחו. הגשת התנגדות בארצות-הברית אינה זולה, וגם משום כך המתנגד עלול להיכנע לפיתוי הכספי.¹⁷⁶ לפי הפסיקה בארצות-הברית, התנגדויות כלליות חסרות ביסוס עובדתי או משפטי לא תתקבלנה.¹⁷⁷ עם זאת, בתי המשפט הכירו בכך שלא תמיד יש בידי מי שמגיש התנגדות נתונים ומידע מספיקים כדי לבסס את התנגדותו.¹⁷⁸ המתנגד אמנם אינו זכאי להליכי גילוי (Discovery), אך לבית המשפט יש סמכות להתיר הליכי גילוי במקרים המתאימים ולקבוע את היקפם.¹⁷⁹ בשל החשש שהדבר יביא לעיכוב

¹⁷⁴ Susan P. Koniak & George M. Cohen, *Under Cloak of Settlement*, 82 VA. L. REV. 1051, 1107 (1996); *Freebird, Inc. v. Cimarex Energy Co.*, 46 Kan. App. 2d 631, 264 P.3d 631, 636 (2011): "In order to prevent spurious objections to a class action settlement, most notices of proposed settlement also contain a mandatory procedure that objectors must follow"

¹⁷⁵ ראו, למשל: *Rodriguez v. Disner*, 688 F.3d 645, 658 (9th Cir. Cal. 2012); *Scardelletti v. Debarr*, 265 F.3d 195, 204 n.10 (4th Cir. 2001)

¹⁷⁶ בעייתיות זו עלתה בעניין *General Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab.* Litig. 55 F.3d 768 (3d Cir. 1995) שם נטען כי הפשרה הושגה מתוך קונוניה שלפיה שולם שכר טרחת עורך דין מופקע לבא כוח הקבוצה וכן נטען שהצדדים שילמו למתנגדים כדי שייסוגו מהתנגדותם; להרחבה ראו: *Gerard & Scott*, לעיל ה"ש 151.

¹⁷⁷ למשל: *Freebird, Inc. v. Cimarex Energy Co.*, 46 Kan. App. 2d 631, 264 P.3d 500, 506 (2011). שם נדחתה ההתנגדות, הואיל ומגיש ההתנגדות לאישור הסדר הפשרה לא סיפק בסיס עובדתי וראייתי מספק.

¹⁷⁸ למשל: *Freebird, Inc. v. Cimarex Energy Co.*, 46 Kan. App. 2d 631, 264 P.3d 500, 506 (2011).

¹⁷⁹ Lewis, LaCour & Goins, *Practical Issues in Class Action Litigation*, 51 THE PRACTICAL LITIGATOR, pp. 57–58 (1995); *Domestic Air Transp. Antitrust Litigation*, 144 F.R.D. 421, 424 (N.D. Ga. 1992); *Scardelletti v. Debarr*, 265 F.3d 195, 204 n.10 (4th Cir. 2001): "[W]hile [the court] should extend to any objector to the settlement leave to be heard, to examine witnesses and to submit evidence on the fairness of the settlement, it is entirely in order for the trial court to limit its proceedings to whatever is necessary to aid it in reaching an informed, just and reasoned decision"; *Lorazepam & Clorazepate Antitrust Litig.*, 205 F.R.D. 24, 26 (D.D.C. 2001): "[c]lass members who object to a class action settlement do not have an absolute right to discovery; the Court may in its discretion allow discovery if it will help the Court determine whether

של ממש באישור הסדר הפשרה, הליכי הגילוי צריכים להיות מוגבלים בהיקפם (אך ורק למידע מרכזי הנוגע להוגנות הסדר הפשרה המוצע) ומותנים בכך שבית המשפט ישתכנע שהם נחוצים.¹⁸⁰ בדרך כלל לא יורה בית המשפט על גילוי בקשר למשא ומתן בין הצדדים להסדר הפשרה, אלא אם כן הוכיח המתנגד כי לכאורה הייתה קנוניה או התנהגות בלתי ראויה אחרת של הצדדים.¹⁸¹

כללי הפרוצדורה הפדרליים בארצות-הברית מאפשרים לבית המשפט לפסוק שכר טרחה לעורך דין המייצג מתנגדים להסדר הפשרה, אם הביאה התנגדות תועלת לחברי הקבוצה.¹⁸² כאשר ההתנגדות להסדר הפשרה מתקבלת ומביאה להגדלת התועלת לחברי הקבוצה מהסדר הפשרה, עורכי הדין שהגישו את ההתנגדות זוכים בשכר טרחה ניכר.¹⁸³ נפסק כי שכר טרחת עורכי הדין שהגישו את ההתנגדות וההוצאות שבהן נשאו ישולמו מתוך שכר הטרחה וההוצאות שנקבעו בהסדר הפשרה לבאי כוח הקבוצה.¹⁸⁴ בעניין *Prudential Ins. Co. of America Sales Practice Litigation*,¹⁸⁵ למשל, לאחר שאושר הסדר הפשרה הגישו המתנגדים להסדר הפשרה בקשה לפסיקת שכר טרחה והוצאות ההתנגדות. בית המשפט פסק להם שכר והוצאות בסך 1,260,000 דולר על בסיס טענתם כי התנגדותם הביאה לתוספת של 56 מיליון דולר שישולמו לחברי הקבוצה. הואיל והתוספת היוותה 1.4% שנוספו לסכום שנקבע במקור בהסדר, פסק בין המשפט כי 1.4% משכר הטרחה שנפסק לטובת באי

the settlement is fair, reasonable, and adequate and allowing limited discovery"; International Union, United Auto., Aerospace, and Agr. Implement Workers of America v. General Motors Corp., 156 Lab. Cas. (CCH) P 11098, 2008 WL 2968408, 20 (E.D. Mich. (2008)

Manual, לעיל ה"ש 165; § 21.643 (2004), בעמ' 328.

למשל: Bowling v. Pfizer, 143 F.R.D. 141, 153, n.10 (S.D. Ohio 1992).

FRCP 23(h) וראו גם בדברי ההסבר לכללים ב- Advisory Comm. Note to 2003 Amends. of FED. R. CIV. P. 23

למשל: Reynolds v. Beneficial Nat. Bank, 288 F.3d 277, 288, 52 Fed. R. Serv. 3d 1006 (7th Cir. 2002); Rodríguez v. Disner, 688 F.3d 645, 658-659 (9th Cir. Cal. 2012) גם בדברי ההסבר לכלל 23 ב- Advisory Comm. Note to 2003 Amends. of FED. R. CIV. P. 23.

למשל: Duhaime v. John Hancock Mut. Life Ins. Co., 2 F. Supp. 2d 175 (D. Mass. 1998); דוח ה-ALI, מציע מנגנון דומה: "The court may also award attorneys' fees out of a common fund for efforts made by attorneys on behalf of the objecting class members in materially improving the settlement for the class or any subclass, with such fees to be linked to the magnitude of the improvement to the class members recovery". לעיל ה"ש 150, § 3.08(a).

Prudential Ins. Co. of America Sales Practice Litigation, 103 Fed. Appx. 695 (3d Cir. 2004); ראו גם: General Motors Corp. v. Bloyed, 916 S.W.2d 949, 1996 Tex. LEXIS 11, 39 Tex. Sup. J. 258 (Tex. 1996).

כוח הקבוצה יועברו לבא כוח המתנגדים. בית המשפט לערעורים אישר את הקביעה. בעניין *Shaw*, פסק בית המשפט שכר טרחה בסך שישה מיליון דולר לעורכי הדין שהגישו התנגדויות מועילות.¹⁸⁶

כאמור, תשלום שכר טרחה לעורך הדין שהגיש התנגדות שהתקבלה הוא דבר מקובל בארצות-הברית זה שנים רבות.¹⁸⁷ לעומת זאת, פסיקת גמול לחבר הקבוצה שמתעמו הוגשה ההתנגדות היא רעיון חדש יחסית, שנדחה על ידי חלק מבתי המשפט. בעניין *UFCW Local 880*¹⁸⁸ הוגשה התנגדות על ידי חבר קבוצה שלא היה מיוצג על ידי עורך דין. בנסיבות אלה סירב בית המשפט לפסוק לאותו אדם שכר טרחת עורך דין, הואיל ואין פוסקים למתדיינים בלתי מיוצגים שכר טרחת עורך דין. בית המשפט שקל לפסוק לאותו מתנגד גמול בדומה לזה שנפסק לטובת התובע הייצוגי, אך מצא רק מקרה אחד שבו נפסק גמול למתנגד אלא שבו היה למתנגד חלק בהליך לגופו, ועל כן לדברי בית המשפט לא היה מקרה זה דומה למקרה שלפניו.¹⁸⁹ לבסוף קבע בית המשפט כי גם לו הייתה לו סמכות לפסוק גמול למתנגד, הוא לא היה עושה כן לנוכח אופי ההתנגדות באותו מקרה ומשום שהתנגדות אחרת שהוגשה הייתה מקיפה וחשובה יותר (בא כוח המתנגד האחר זכה לשכר טרחה).¹⁹⁰

¹⁸⁶ *Shaw v. Toshiba America Information Systems Inc*, 91 F.Supp 2d 942, 973–974 (ED Tex 2000) (להלן: עניין *Shaw*). כפי שנראה להלן, בית המשפט ביקר בפסק דין זה מתנגדים המגישים התנגדויות טכניות באופן סידרתי, אך מצא לנכון להורות על תשלום שכר טרחה גבוה כאשר ההתנגדויות הועילו לשיפור תנאי הסדר הפשרה.

¹⁸⁷ בהקשר זה כדאי לציין כי גם בעניין עצם הגשת תובענות ייצוגיות, להבדיל מהגשת התנגדויות, ישנם הבדלים מסוימים בין המנגנון בארצות-הברית לבין המנגנון הישראלי. בארצות-הברית הפרקטיקה הרווחת היא שעורך הדין יזום את ההליך הייצוגי ונושא בעלויותיו, ותרומתו של התובע המייצג להליך מבחינת היקף המשאבים המושקעים בו פחותה משל עורך הדין. ראו, למשל: Judith Resnik, Dennis E. Curtis & Deborah R. Hensler, *Individuals within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees*, 71 N.Y.U. L.REV. 296, 314–316 (1996); בישראל כללי האתיקה אוסרים על עורך הדין לשאת בעלויות התביעה, והתובע הייצוגי מחויב לשאת בהן. ראו: ס' 85 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; כללים 43–44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986. הדבר משנה את מבנה התמריצים הקיים, הן בנוגע לעורך הדין הן בנוגע לתובע הייצוגי.

¹⁸⁸ *UFCW Local 880-Retail Food Employers Joint Pension Fund v. Newmont Mining Corp.*, 2008 WL 4452332 (D. Colo. 2008).

¹⁸⁹ דברי בית המשפט מכוונים לעניין *Machulsky v. Lilliston Ford, Inc.*, 2008 WL 2788073 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2008), אך דומה שניתן למצוא מקרים נוספים שבהם נפסק גמול למתנגד; ראו, למשל: *Sheller, Ludwig & Badey v. Gateway 2000, Inc.*, No. 96-08-SD-01659 (Pa. Ct. C.P. Philadelphia Co. Jan. 23, 1997); *Graham v. Security Pacific Housing Servs., Inc.*, No. 96-132 (S.D. Miss. June 26, 1997).

¹⁹⁰ שם.

מכמה מחקרים שנערכו בארצות-הברית עולה שדחיית בקשה לאישור הסדר פשרה בשל ההתנגדויות שהוגשו אינה חזון נפרץ.¹⁹¹ כאשר הסדר הפשרה מאושר, וההתנגדות נדחת, עולה השאלה מי רשאי לערער על החלטה. בית המשפט העליון בארצות-הברית הכריע בסוגיה בהחלטתו בעניין *Devlin*,¹⁹² ופסק כי המתנגד רשאי לערער על החלטה לדחות את ההתנגדות ולאשר את הסדר הפשרה כפי שהוגש.¹⁹² בכך הפך בית המשפט העליון את החלטתו של בית המשפט לערעורים שקבע כי אין למתנגד זכות לערער, הואיל והוא לא היה תובע ייצוגי ולא ביקש להתערב בהליך. ערעור המוגש על ידי מתנגד שהתנגדותו נדחתה, מביא גם הוא לדחיית מימוש הסדר הפשרה, כמו גם לעיכוב תשלום שכר הטרחה לבא כוח הקבוצה.¹⁹³ הפוטנציאל להביא לדחיית מימוש הסדר הפשרה מעורר התנגדויות סרק שיש להתמודד עמן. על כך בפרק הבא.

ד. הבעייתיות הגלומה במנגנון ההתנגדות וכיצד ניתן להתגבר עליה

כפי שראינו, להתנגדויות תפקיד חשוב בהליך הבדיקה של הסדר הפשרה המוגש לבית המשפט. ההתנגדויות אמנם מאפשרות לבית המשפט לבחון לעומק את הסדרי הפשרה, אך עם זאת, למתנגדים עלולים להיות אינטרסים ומניעים שונים בתכלית מאלה של חברי הקבוצה המיוצגת.¹⁹⁴

הניסיון בארצות-הברית מלמד כי לעתים כל מטרתו של מגיש ההתנגדות היא לעכב את אישור הסדר הפשרה ולדחוק בצדדים לשלם למתנגד כדי שיתאפשר אישור הסדר הפשרה. אותם מתנגדים מכונים בארצות-הברית מתנגדים מקצועיים (Professional Objectors) או "סדרתיים".¹⁹⁵ למעשה, מתנגדים אלה "רוכבים" על

¹⁹¹ Thomas E. Willging, Laural L. Hooper & Leslie, *Settlements*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 114; Robert J. Niemeck, *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, 71 N.Y.U. L. REV. 74, 140–141 (1996).

¹⁹² *Devlin v. Scardelletti*, 122 S. Ct. 2005, 2010–2011 (U.S. 2002); *Harvey-Burgin v. Sprint/United Management Co.*, 2009 WL 1598455 (10th Cir. 2009).

¹⁹³ Fitzpatrick, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1634. מבדיקה שביצע כותב המאמר עולה כי ערעור הוגש על ידי חברי הקבוצה בפחות מ-10% מהסדרי הפשרה שהוגשו לבתי המשפט הפדרליים ב-2006. שם, בעמ' 1639–1640.

¹⁹⁴ למקרים שבהם נדחו התנגדויות שהוגשו בישראל מטעמים בלתי סבירים, ראו בפרק 2(ב) לעיל.
¹⁹⁵ Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class*; 151, לעיל ה"ש 151; Brunet, 439–441; John E. Lopatka & D. Brooks Smith: *Class Action Professional Objectors: What to Do About Them?* 39 FLA. ST. U.L. REV. 865 (2012); תופעה זו של מתנגדים סדרתיים מקבילה לתופעה של תובעים ייצוגיים סדרתיים. באשר לתובעים ייצוגיים סדרתיים, ראו, למשל: ת"א 1117/94, המ' 8064/94 גולבל ק.א. ניהול השקעות וייעוץ פיננסי בינלאומי בע"מ נ' חמישה יוד תכשיטנים

מאמציו של בא כוח הקבוצה, אשר איתר עילת תביעה והשקיע זמן ומאמצים בהשגת הסדר הפשרה.¹⁹⁶ מתנגדים אלה עלולים להגיש התנגדויות סרק על מנת לזכות בתמורה מחוץ לכותלי בית המשפט (side deal) ולאחר קבלתה הם מבקשים למשוך את התנגדותם.¹⁹⁷ מתנגדים אלה מגישים, על פי רוב, התנגדויות בתבנית קבועה ומביאים לשיהוי ולסרבול של הליך אישור הסדר הפשרה, הואיל והגשת ההתנגדות מחייבת את בית המשפט לבחון שלל טענות סרק.¹⁹⁸ התנגדויות לא מבוססות אלה מעכבות את מתן ההטבה לחברי הקבוצה, הואיל ובדרך כלל עוד הסדר הפשרה אינו מאושר, אין ניתנת הטבה כלשהי לחברי הקבוצה.

תעשיית מתכות יקרות בע"מ ואח', דינים-מחוזי כו(7) 138; עניין **טצת**, לעיל ה"ש 104, בעמ' 789-790; ד"ר א"א 6018/95 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' גולדשטיין** (פורסם בנבו, 5.5.1998).
¹⁹⁶ דברי Brunet, שם, בעמ' 409, 426-427, מכוונים לכך שאותם מתנגדים הם פעמים רבות "רוכבים חופשיים" על מאמצי בא כוח הקבוצה. הספרות עוסקת בתופעת ה-"Free Rider" (בספרות בעברית – "בעיית הטרמפיסט" או "הרוכב החופשי"), דהיינו כאשר אדם מעוניין בביצוע פעולה כלשהי, ואף מוכן לשלם ולהשקיע משאבים בביצועה, מעדיף שלא לבצע את הפעולה מתוך אמונה או תקווה שאדם אחר יבצע את הפעולה, ויאפשר לו לקצור את פירות הפעולה אף שישב באפס מעשה; ראו: דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א (מהדורה שנייה, 1998), בעמ' 191 וההפניות הנזכרות שם; ת"א (מחוזי ת"א) 884/92 **אורן נ' עזבון האדמו"ר בונם אלתר** (פורסם בנבו, 28.1.2007); ת"א (מחוזי י-ם) 10-07-22724 **מנצ'ל ואח' נ' עפרון ואח'** (פורסם בנבו, 6.6.2012).

¹⁹⁷ ממחקר של ה-Federal Judicial Center Empirical Study עולה כי רק ב-7% מההתנגדויות, מגיש ההתנגדות משתתף בדיון בהסדר הפשרה המוצע. Thomas E. Willging, Laurel L. Hooper, and J. Niemic, Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report of the Advisory Committee on Civil Rules 139 (Fed Jud Center 1996); יש מי שרואה בנתון הנמוך הזה הוכחה לכך שמרבית ההתנגדויות הן התנגדויות סרק, אשר נועדו לסחוט תשלום ("side deal") בתמורה להסרת ההתנגדות. ראו דיון בעניין זה במאמרו הנ"ל של Brunet, לעיל ה"ש 35, בעמ' 436-437.

¹⁹⁸ ראו, למשל: עניין *Shaw*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 973 Professional Objectors' who 'seek out class actions to simply extract a fee by lodging generic, unhelpful protests'; *Varacallo v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.*, 226 F.R.D. 207, 240 (D.N.J. 2005); Noting that some objections to the settlement had been filed by professional objectors and that '[F]ederal courts are increasingly weary of professional objectors'; *Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation*, 216 F.R.D. 197, 218 n.52 (D. Me. 2003), judgment entered, 2003 WL 21685581 (D. Me. 2003): "What is less frequently observed is that the process [the class action settlement process] provokes into action an interesting group of professional objectors, who seem to have a variety of agendas, some not always apparent" אשר לניצול לרעה של הליך ההתנגדות, ראו גם: *Fitzpatrick*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1636, ה"ש 60, *Vince Morabito*; *Class Members Who File Appeals – Effective Guardians of the Interests of the Class or Mere Spoilers?*, CIVIL JUSTICE QUARTERLY, 32(4) 445, 467-469 (2013) Rubenstein, לעיל ה"ש 121, בעמ' 1448-1449.

פרופ' Coffee כותב כי מתנגדים להסדרי פשרה אינם גורמים מיטביים בשיפור הסדרי הפשרה לטובת חברי הקבוצה. לעתים אותם מתנגדים יהיו מוכנים לשיפורים למראית עין בהסדר המוצע, שלאחר מכן ייחסו למתנגדים באופן שיאפשר תשלום שכר טרחה לבא כוחם.¹⁹⁹ כפי שראינו, לפי הדין בארצות-הברית, בא כוח המתנגד זכאי לשכר טרחה רק אם תוקן ההסכם לטובת חברי הקבוצה בעקבות התנגדותו. על כן אין למתנגד כל תמריץ להביא לביטול ההסכם לחלוטין, הואיל ולפי הדין לא יזכה לפיצוי במקרה כזה.²⁰⁰

בדומה לעמדת המלומדים, גם הפסיקה בארצות-הברית ציינה לא אחת שחלק מההתנגדויות מוגשות ממניעים לא ראויים, שנועדו להיטיב אך ורק עם המתנגדים ובאי כוחם, דהיינו התנגדויות שנועדו לסחוט כספים מהצדדים להסדר הפשרה.²⁰¹ על כן כאשר מוגשות התנגדויות להסדרי פשרה, בתי המשפט נדרשים להבחין בין התנגדויות מוצדקות לבין התנגדויות שהוגשו ממניעים בלתי ראויים.²⁰² המתנגד המקצועי המפורסם ביותר בארצות-הברית, ככל הנראה, הוא Lawrence Schonbrun, אשר בתי המשפט בארצות-הברית כינו אותו לא אחת "טרדן הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות"²⁰³ ופקפקו בהתנגדויות שהגיש.²⁰⁴

גם התנגדות בלתי מבוססת יכולה להטיל עלויות של ממש על צדדים ולהביא לדחייה של אישור הסדר הפשרה ויישומו.²⁰⁵ עצם הגשת ההתנגדות עלול לעכב את אישור הסדר הפשרה ומימוש, וגם לאחר דחיית ההתנגדות, רשאי המתנגד, כאמור, להגיש ערעור על ההחלטה ולהביא לעיכוב נוסף. על כן מובן מדוע צדדים להסדר פשרה מוכנים לעתים לשלם לבא כוח המתנגד על מנת שתוסר התנגדותו. לכן מלומדים בארצות-הברית סוברים כי אין ליתן שכר טרחה או גמול כאשר השינוי בהסדר הפשרה שהושג בעקבות ההתנגדות אינו משמעותי או שהוא למראית עין בלבד (ראו להלן את דוח ה-ALI). מתן שכר בנסיבות אלה יעודד הגשת התנגדויות לא ראויות.

199 Coffee, *Accountability*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 423.

200 שם.

201 למשל: *Vollmer v. Selden*, 350 F.3d 656, 660-661. 57 Fed. R. Serv. 3d 318 (7th Cir. 2007); *Vaughn v. Am. Honda Motor Co., Inc.*, 507 F.3d 295, 300 (5th Cir. 2007);

Brunet, לעיל ה"ש 35, בעמ' 442-438.

202 עניין *Domestic Air Transp.*, לעיל ה"ש 122.

203 *Weissman v. Quail Lodge Inc.*, 179 F.3d 1194, 1196 n.2 (9th Cir. 1999): "[C]lass action settlement gadfly"

204 עניין *Shaw*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 974-975.

205 ראו, למשל: *Manual*, לעיל ה"ש 165, § 21.643, בעמ' 326; הנשיא גרוניס דן בתופעת ההתנגדות הסחטנית בע"א 7809/12 חזאן נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס ואח' (א.ק.ה.), פס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 31.12.2013) (להלן: עניין קלאב הוטל).

תופעה נוספת בארצות-הברית שתוארה על ידי מלומדים בארצות-הברית היא שעצם הפוטנציאל להגיש התנגדויות מביא לא אחת לכך שהסדרי הפשרה המוגשים לאישור בית המשפט מביאים בחשבון מראש שיוגשו התנגדויות ומפחיתים את סכום הפשרה כדי שיוכלו להעלות אותו בעקבות הגשת התנגדות. בדומה, מגדילים את שכר הטרחה המוקצה לבא כוח הקבוצה כדי שיוכל לשלם ממנו למתנגדים תמורת הסרת התנגדותם.²⁰⁶ הטענה היא שתופעה זו עלולה ליצור פיקציה, כאילו ההתנגדות אכן משפרת את מצבם של חברי הקבוצה, אף שלמעשה לא זה המצב. נראה שאין בחששות אלה ממש. ראשית, קביעת תמורה נמוכה בהסדר פשרה תוך ציפייה לכך שהסכום יעלה לאחר הגשת התנגדות היא בעייתית, הואיל והיא עלולה להביא לידי כך שההסדר המוצע לא יאושר כלל ויהיה צריך להגיש הסדר חדש או אף לנהל את התיק לגופו. תוצאה זו מזיקה לצדדים הרבה יותר מאשר הצורך לשלם שכר טרחה בגין הגשת התנגדות מוצדקת. שנית, גם אם יש צדק בטענה זו, הדבר לא צריך להביא להגבלת הזכות להגיש התנגדויות להסדרי פשרה, הואיל וזכות ההתנגדות להסדר הפשרה, והזכות לצאת מן הקבוצה, מאזנות יחד את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות של חברי הקבוצה בהליך התובענה הייצוגית.²⁰⁷ על כן גם אם הגשת התנגדויות מכבידה על הצדדים ומייקרת את ההליך, הערך המוסף שתורמת האפשרות להתנגד להסדרי פשרה לשמירה על זכויות חברי הקבוצה, מצדיקה את העלויות הנוספות הללו.

בטרם יוצגו המנגנונים למניעת התנגדויות סחטניות, חשוב לציין כי יש מי שטוען בארצות-הברית כי החששות מפני התנגדויות סחטניות הם מוגזמים. לרוב הסדרי הפשרה מאושרים בלא שינוי על אף ההתנגדות,²⁰⁸ וישנם מחקרים המצביעים על כך שבאופן יחסי אין מוגשות הרבה התנגדויות, וההתנגדויות שמוגשות בדרך כלל מתגבשות לאחר שעורך הדין המתנגד להסדר המתהווה פנה אל חברי הקבוצה ושידל אותם להתנגד.²⁰⁹ מכל מקום, נטען כי החיוב שבזכות ההתנגדות עולה בהרבה על השלילה.²¹⁰ בוודאי כך הדבר בישראל, שבה רוב רובן של ההתנגדויות מוגשות מטעם

²⁰⁶ Miller & Singer, לעיל ה"ש 167, בעמ' 120-122, Brunet; לעיל ה"ש 35, בעמ' 432-433.
²⁰⁷ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 53-58; ראו גם: Coffee, *Accountability*: לעיל ה"ש 23, שם המחבר דן בכלים המעניקים לגיטימציה לכך שהתובע הייצוגי מייצג את עניינם של חברי הקבוצה בלי שקיבל את הסכמתם לכך.

²⁰⁸ Miller & Singer, לעיל ה"ש 167, בעמ' 121, ה"ש 65 (The Federal Judicial Center study) [...] found that in cases where objections were filed, more than 90% of the settlements (were approved without change".

²⁰⁹ Eisenberg & Miller, לעיל ה"ש 143.

²¹⁰ ראו, למשל: Mike Absmeier, *The Professional Objector and Revised Rule 23: Protecting Voice Rights While Limiting Objector Abuse*, 24 REV. LITIG. 609, 611-612, (2005) 613-616 (להלן: Absmeier).

היועץ המשפטי לממשלה, שאין חשש שתוגש מטעמו התנגדות סחטנית.

1. מנגנונים בארצות-הברית המיועדים למנוע הגשת התנגדויות סחטניות

ראשית, תיקון לכלל 23 מאפשר לבית המשפט לבדוק את הסיבות למשיכת התנגדות שהוגשה לבית המשפט ואינו מאפשר למשוך את ההתנגדות בלא אישור מבית המשפט.²¹¹ כאשר מוגשת בקשה למשוך את ההתנגדות, על בית המשפט לדחות את הבקשה אם הוא סבור שהמתנגד מקבל תשלום או טובת הנאה אחרת החורגים ממה שחברי הקבוצה מקבלים.²¹² כפי שנראה להלן, אני מציע לקבוע גם בישראל שלא יהיה אפשר למשוך התנגדות בלא אישור בית המשפט, בדומה להסתלקות מבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

שנית, בתי המשפט בארצות-הברית מאפשרים כאמור לשלם שכר טרחה לבא כוח המתנגד אך ורק אם שיפורה ההתנגדות את הסדר הפשרה והיטיבה את מצבם של חברי הקבוצה.²¹³ יש מי שטוען שאין לפסוק שכר טרחה כלל אם אין שיפור של ממש בהסדר הפשרה.²¹⁴ אחרים מעדיפים שתמיד ייפסק שכר טרחה עקב שיפור תנאי הסדר הפשרה המיטיב עם חברי הקבוצה – אם השיפור ממשי, ייפסק שכר טרחה גבוה, ואם שולי – שכר הטרחה יהיה נמוך בהתאם.²¹⁵ בין כך ובין כך, הכפפת פסיקת שכר הטרחה להסבת תועלת לחברי הקבוצה ממריצה מתנגדים לפעול לטובת הקבוצה מצד אחד, ומחלישה את המוטיבציה להגיש התנגדויות סחטניות, מצד אחר. שלישית, בארצות-הברית ניתן להטיל סנקציות כספיות על מתנגד או על בא כוחו שהגישו התנגדות בלתי ראויה.²¹⁶ ניתן גם להשתמש בכללי האתיקה לעורכי

²¹¹ FRCP 23(e)(4)(B), stating that “(B) An objection made under RCFC 23(e)(4)(A) may be withdrawn only with the court’s approval” מקרה יוצא דופן לעניין זה הוא כאשר הסיבה להתנגדות אינה קשורה לקבוצה אלא לחבר קבוצה מסוים. במקרה כזה בית המשפט אינו מחויב לבדוק את הסיבות להסתלקות. ראו: Fed. R. Civ. P. 23(e) advisory committee’s notes “if such objections are surrendered on terms that do not affect the class settlement [...] the court often can approve withdrawal of the objections without elaborate inquiry”

²¹² ראו, למשל: Duhaime v. John Hancock Mutual Life Insurance Co., 183 F.3d 1 (1st Cir. 1999).

²¹³ ייתכן שאפשר להגיע לתוצאה זו של התניית פסיקת שכר הטרחה בהסבת תועלת לחברי הקבוצה בישראל, לפי ס' 15 לחוק תובענות ייצוגיות שמאפשר לחבר בקבוצה או לרשות ציבורית או לארגון להשתתף בדיונים בתובענה ייצוגית אם “הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית, וכן, לעניין חבר קבוצה – לשם הגנה על עניניו של אותו חבר קבוצה, ולעניין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינים של חברי הקבוצה”.

²¹⁴ Brunet, לעיל ה"ש 35, בעמ' 473.

²¹⁵ Absmeier, לעיל ה"ש 210, בעמ' 631.

²¹⁶ ראו, למשל, דוח ה-ALI, לעיל ה"ש 150, & cmt. a, § 3.08(d): “If the court concludes that:

דין.²¹⁷ כלל 11 לכללי הפרוצדורה הפדרלית נותן לנתבעים כלי לתקיפה בגין תביעות חסרות עילה (Fivolous).²¹⁸ כלל זה מחייב כל עורך דין המגיש תביעה (כמו גם התנגדות להסדר פשרה) לאשר כי למיטב ידיעתו ואמונתו התביעה אינה מוגשת למטרה לא ראויה וכי הטענות מוצדקות לפי החוק הקיים או שהטיעון לשינוי הדין הקיים אינו מופרך.²¹⁹ אם הנטען אינו עומד בסטנדרט שקבע כלל 11, בית המשפט יכול להטיל סנקציות על עורך הדין שהגיש את התביעה או ההתנגדות או על כל גורם אחר האחראי להגשה המפרה כלל זה.²²⁰ בדרך כלל הסנקציה המוטלת היא לשלם לצד שכנגד את הוצאות המשפט, אך ניתן להטיל גם עונשים לא ממוניים.²²¹ הבעייתיות בפתרון זה היא שחייב בתשלום הוצאות משפט עלול להרתיע גם מתנגדים שהתנגדותם ראויה.²²²

רביעית, בתי משפט מסוימים בארצות הברית חייבו מתנגדים, שרצו לערער על דחיית התנגדותם, להפקיד שטרי ערבות בסכומים גבוהים מאוד להבטחת הוצאות המשפט בטרם יישמע ערעורם.²²³ בעניין *Hershey* אכף בית המשפט לערעורים את קביעת הצדדים בהסדר הפשרה כי כל חבר בקבוצה שירצה לערער על דחיית התנגדותו, יצטרך להפקיד שטרי ערבות בסכומים גבוהים.²²⁴ אף שבישראל התקנות

objectors have lodged objections that are insubstantial and not reasonably advanced for the purpose of rejecting or improving the settlement, the court should consider imposing sanctions against objectors or their counsel”

לא אחת התנהלו הליכים נגד מתנגדים מקצועיים שהגישו התנגדויות סרק. למשל: 892 Zohdy So. 2d 1277 (La. 2005); Vollmer v. Selden, 350 F.3d 656, 57 Fed. R. Serv. 3d 318 (7th Cir. 2003).

FRCP 11 (as approved by the Supreme Court in 1993), reprinted in 146 F.R.D. 401, 420; Melissa L. Nelken, *Sanctions Under Amended Federal Rule 11-Some ‘Chilling’ Problems In the Struggle Between Compensation and Punishment*, 74 Geo. L.J. 1313, 1315 (1986); Stating that the Rule was promulgated to prevent baseless lawsuits

, Nagareda; Weissman v. Quail Lodge Inc., 179 F.3d 1194, 1197–1998, (9th Cir. 1999) לעיל ה"ש 195, בעמ' 377.

STEPHEN B. BURBANK (rprtr.), STUDIES OF THE JUSTICE SYSTEM: RULE 11 IN TRANSITION, THE REPORT OF THE THIRD CIRCUIT TASK FORCE ON FEDERAL RULE OF CIVIL PROCEDURE 11, 36–37 (1989)

שם; FRCP 11(c)(2); למקרים שבהם הטיל בית המשפט סנקציות בהקשר זה ראו: *in re Itel Securities Litigation*, Walton BADER, and Bader and Bader, Appellants v. Itel Corporation, and Class Plaintiffs, Appellees, 791 F.2d 672, 5 Fed. R. Serv. 3d 483 (9th Cir. 1986); *Shaw v. Toshiba America Information Systems, Inc.*, 91 F. Supp. 2d 942, 974–975 (E.D. Tex. 2000)

למשל: Fitzpatrick, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1651.

Fitzpatrick, שם, בעמ' 1638.

Hershey v. ExxonMobil Oil Corp., 550 Fed. Appx. 566 (10th Cir. Kan. 2013)

מורות על הפקדת עירבון כתנאי לשמיעת הערעור, מוטב שלא להורות על הפקדת עירבון בסכומים גבוהים, שהרי בישראל כמעט אין מוגשות התנגדויות להסדרי פשרה ויש חשש שהוראה להפקיד עירבון בסכומים גבוהים תפגע בזכות הגישה לערכאות. חמישית, לעתים הצדדים כוללים בהסדר הפשרה סעיף המכונה "Quick Pay", הקובע כי בא כוח הקבוצה יקבל את השכר שנקצב לו בהסדר הפשרה מיד לאחר שבית המשפט יאשר את ההסדר, בטרם הועבר סכום כלשהו לחברי הקבוצה וכשטרם ידוע אם יוגש ערעור. במצב זה, אם יוגש ערעור ותבוטל ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה, אזי בא כוח הקבוצה מחויב להשיב לצד שכנגד את מה שקיבל בתוספת ריבית.²²⁵ הרעיון הוא למנוע ממתנגד ללחוץ על בא כוח הקבוצה באמצעות הגשת ערעור על החלטה לאשר את הסדר הפשרה, ערעור המעכב את תשלום שכר טרחתו. הואיל ועורך הדין כבר קיבל את שכר הטרחה המגיע לו, התמריץ לשלם למתנגד כדי למנוע ערעור ועיכוב קטן יחסית.²²⁶ אחד החסרונות הגלומים ברעיון זה שבמקרה כזה אין כל תמריץ לעורך הדין המייצג להביא למימוש מהיר של הסדר הפשרה.²²⁷ חיסרון נוסף הוא הסיכון שבא כוח הקבוצה לא יוכל, מסיבה זו או אחרת, להשיב את הכספים שקיבל במקרה שבית המשפט לערעורים יקבע כי אין לאשר את הסדר הפשרה.²²⁸ ככל שמדובר בערעור, היה מי שהציע בארצות-הברית לאסור על מתנגדים למכור את זכותם לערער על החלטה לדחות את ההתנגדות ולאשר את הסדר הפשרה. כלל כזה, כך נכתב, ימנע הגשת ערעורי סרק המיועדים לסחוט תשלום מהצדדים, הואיל ולא יהיה ניתן עוד לקבל תשלום בעד ויתור המתנגד על הערעור. על כן לא יוגשו עוד ערעורים סחטניים. מנגד, שימוש במנגנון זה לא יפגע בתמריץ של מי שהתנגדותו אותנטית ובאמת ובתמים מתכוון לערער על החלטת בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה, ולא ימנע ממנו להגיש ערעור.²²⁹ כאמור, כלל דומה לזה כבר נקבע בארצות-

²²⁵ Fitzpatrick, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1641-1642.

²²⁶ עדיין קיים התמריץ לשלם כדי למנוע ערעור ואת ההוצאות הגלומות בניהולו, כמו גם את הסיכון שהערעור יתקבל, אך מדובר בתמריץ קטן יחסית לעומת מצב שבו שכר הטרחה אינו משולם עד ההכרעה בערעור. ראו לעניין זה: STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 403 (2004). לדברי הכותב, בעלי הדין מחליטים להתפשר על בסיס "הערכות של פסק הדין הצפוי" ועלויותיה של ההתדיינות הצפויה.

²²⁷ מסיבה זו בעת האחרונה החלו בתי המשפט בישראל להתנות את תשלום חלק משכר הטרחה במימוש הסדר הפשרה. ראו, למשל: רע"א 2362/08 **תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול** (פורסם בנבו, 14.12.2011); רע"א 9167/10 **012 סמייל טלקום בע"מ נ' Myrna Mandap** (פורסם בנבו, 26.5.13); ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ** (פורסם בנבו, 27.12.2012); ע"א 2727/13 **מכבי שירותי בריאות נ' ישראלי** (פורסם בנבו, 4.6.2013). שם בית המשפט העליון (השופט אורי שהם) לא התערב בהחלטה זו במסגרת הערעור שהוגש.

²²⁸ Fitzpatrick, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1647.

²²⁹ שם, בעמ' 1662.

הברית בכל הנוגע להגשת התנגדויות להסדרי פשרה, ואין למשוך התנגדויות בלא אישור מבית המשפט.²³⁰

דומה שבישראל ניתן לצמצם את החשש להתנגדויות סחטניות באמצעות החלת הכלל שבסעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המונע מתובע מייצג או מבא כוח מייצג להסתלק מבקשה לאישור תובענה ייצוגית או מתובענה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט, גם על מי שמגיש התנגדות להסדר פשרה ועל בא כוחו. כך קובע כלל 23(e)(5) לכללי הפרוצדורה הפדרלית²³¹ מאז התיקון לו משנת 2003.²³² כך יהיה ניתן למנוע מצב שבו התנגדות נמשכת על ידי המתנגד ובא כוחו מסיבות בלתי ראויות. ייתכן שמדובר בהתנגדות מוצדקת, הנמשכת רק משום שמי מהצדדים להסדר הפשרה שילם למגיש ההתנגדות. על כן חשוב שבית המשפט יבחן את נסיבות משיכת ההתנגדות ויחייב את המתנגד ואת בא כוחו להגיש תצהיר, בדומה לתצהיר שהצדדים להסדר פשרה ובאי כוחם מגישים,²³³ שלפיו לא קיבלו תמורה ולא הובטחה להם טובת הנאה ממי מהצדדים בעד משיכת ההתנגדות. מניעת הסדרים צדדיים או הבנות שבשתיקה כגון אלה תרתיע מתנגדים משימוש לא ראוי בהליך ההתנגדויות.

כמו כן בישראל ניתן להסתמך על עקרון תום הלב, המופיע כדרישת סף לאישור תביעה כתובענה ייצוגית בסעיף 8(א)(4) לחוק.²³⁴ מלבד החובה לנהוג בתום לב, ובשל עוצמתו של הליך התובענה הייצוגית, הוסיף המחוקק וקבע כי אחת ממטרות העל של התובענה הייצוגית היא ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.²³⁵ על כן ברור כי כל מי שמגיש התנגדות להסדר פשרה, מחויב לנהוג באופן ראוי והוגן ובתום לב.²³⁶

²³⁰ FRCP 23(e)(5).

²³¹ FRCP 23(e)(5): "Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision [...] the objection may be withdrawn only with the court's approval"

²³² FRCP 23(e)(4)(B) 2003 advisory committee's note (revised and renumbered as 23(e)(5) (2003).

²³³ ת' 11 לתקנות תובענות ייצוגיות.

²³⁴ כידוע, עקרון תום הלב קנה לו אחיזה בכל ענפי המשפט, ומכוחו על כל בעל זכות להשתמש בזכויותיו בתום לב. דודי שוורץ מציע במאמרו "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" **עיוני משפט** כא(2) 295, 314 (1998), מבחן עזר לשם הכרעה אם מדובר בהתנהגות דיונית חסרת תום לב – "העמדת הפלוגתאות במחלוקת בין הצדדים, מיקודן, בירורן והכרעה בהן". בענייננו, ניתן לבחון אם ההתנגדות שהוגשה משרתת את הצגת הפלוגתאות שבמחלוקת, בירורן ואת ההכרעה בהן. כאשר מדובר בהתנגדות סרק, ברור כי התשובה תהא שלילית ומכך נובע כי ההתנגדות הוגשה בחוסר תום לב; בשאלת תום הלב, ראו גם: עניין **שילה**, לעיל ה"ש 53; ע"א 2643/97 **גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ ואח'**, פ"ד נז(2) 385, 400-402 (2003).

²³⁵ ס' 1 לחוק.

²³⁶ ת"צ (מחוזי נצ') 53027-02-13 **בלאו נגד אלוניאל בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 3.11.2013).

ניתן להיעזר גם בסעיף 17 לחוק, הקובע כי בא כוח הקבוצה יפעל "בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית". ניתן להחיל חובה זו גם על המתנגד להסדר פשרה ועל בא כוחו, הפועלים גם הם למען הקבוצה אף שהם מתנגדים להסדר הפשרה. בין כך ובין כך, ברי שיש להימנע מלקבל התנגדויות המוגשות ממניעים בלתי ראויים, אשר מטרתן ללחוץ על הצדדים להסדר הפשרה ולאיים עליהם בדחיית יישום הסדר הפשרה מתוך ניסיון לזכות באתנן בתמורה למחיקת ההתנגדות.

ה. כיצד ראוי להשתמש במנגנון ההתנגדות באופן שיפחית את הבעייתיות שהוצגה

כפי שראינו, לנוכח הקשיים בהליך התובענה הייצוגית, ובייחוד בהסדרי פשרה המושגים בין הצדדים במהלכו, מנגנון ההתנגדות שקובע החוק הוא רב חשיבות, וראוי לעודד חברים בקבוצה המיוצגת להגיש התנגדות להסדר הפשרה, אם הוא אינו ראוי בעיניהם. כמו כן, יש מקום לעודד ארגונים להשתתף בהליך התובענה הייצוגית גם באמצעות הגשת התנגדויות. הואיל ובעיית הנציג אצל אותם ארגונים פחותה, סביר פחות שלגורמים אלה, להבדיל מגורמים הפועלים ממניעים כספיים בלבד, יהיה תמריץ להגיש התנגדויות סרק לבית המשפט.²³⁷ מנגד, יש להרתיע מפני הגשת התנגדויות סרק שאין בהן כדי להיטיב עם חברי הקבוצה וכל מטרתן היא לסחוט כספים מהצדדים להסדר הפשרה המוצע, בתמורה למשיכת ההתנגדות.

1. דוח של ה-American Law Institute

דוח שפורסם בשנת 2009 על ידי המכון למשפט אמריקני, ה-ALI, בנושא תביעות קבוצתיות²³⁸ עוסק גם בהגשת התנגדויות להסדר פשרה בתובענות ייצוגיות, כמו גם בבעיית התנגדויות הסרק. דומה שראוי ליישם את הצעות שנכללו בדוח זה גם בישראל.

מחברי הדוח מציעים לקבוע כי בית המשפט יהיה רשאי להורות על תשלום שכר טרחה לעורכי הדין שהגישו התנגדות להסדר פשרה, אם התקבלה ההתנגדות ושיפרה את הסדר הפשרה המוצע שיפור מהותי. סכום זה ישולם מהכספים שאמורים להיות מועברים לקבוצה לפי ההסכם המשופר, וגובהו יותאם לגודל השיפור בתשלום

²³⁷ Hensler, לעיל ה"ש 151, בעמ' 494-495; לעניין החשש להגשת התנגדויות סרק שמטרתן היחידה לסחוט שכר טרחה בתמורה להסרתן, בדומה למצב בארצות-הברית, ראו למשל: עניין כהן, לעיל ה"ש 62.

²³⁸ על ה-American Law Institute והדוח שפורסם בשנת 2009 בנושא Aggregate Litigation, ראו: דוח ה-ALI, לעיל ה"ש 150.

לקבוצה לפי ההסכם.²³⁹ הרעיון שביסוד ההצעה ברור: לבטל את התמריץ של עורכי דין להגיש התנגדויות סרק, שאין בהן כדי לשפר באופן ממשי (או בכלל) את הסדר הפשרה, והמוגשות אך ורק כדי לסחוט פיצוי מהצדדים.

כמו כן מוצע בדוח לקבוע, שעורכי דין שהגישו התנגדות שהביאה לדחיית ההסדר לחלוטין, יוכלו לקבל את שכרם בתביעה נפרדת שתוגש באותו עניין, ככל שיהיה בידם להוכיח כי התנגדותם בתביעה הראשונה הועילה לקבוצה המיוצגת בתביעה הנוספת.²⁴⁰ הצעה זו נועדה למנוע מצב שבו דווקא כאשר מוגשות התנגדויות משמעותיות לא יוכלו המתנגדים לקבל שכר בגין מאמציהם. נראה כי בישראל הבעיה אינה מתעוררת, הואיל וגם אם ההתנגדות אינה מביאה לתיקון ולשיפור של הסדר הפשרה אלא לביטולו, אפשר לפסוק הוצאות משפט ושכר טרחה לטובת המתנגד. לא זה המצב בארצות-הברית ועל כן מוצע בדוח לקבוע כלל זה.

ככל שיוכלו עורכי הדין שהגישו את ההתנגדות להוכיח כי התובע הייצוגי והנתבע הציגו מצגי שווה בעניין התועלת שהסדר הפשרה מסב לקבוצה המיוצגת, בית המשפט יהיה רשאי להטיל סנקציות על בא כוח הקבוצה, על בא כוח הנתבע או על הצדדים עצמם.²⁴¹

לכסוף, מחברי הדוח מציעים לבתי המשפט לשקול הטלת סנקציות על עורך דין שהגיש התנגדות או על המתנגד עצמו אם הגיעו לכלל מסקנה שההתנגדויות שהוגשו להסדר הפשרה לא היו מהותיות ולא סביר להניח שהוגשו כדי לשפר את הסדר הפשרה המוצע.²⁴² המטרה בהטלת הסנקציות היא למנוע הגשת התנגדויות בחוסר תום לב שמטרתן להביא לדחיית אישור הסדר הפשרה ועיכוב חלוקת הכספים על פיו, באופן שילחץ על הצדדים לשלם לעורך הדין שהגיש את ההתנגדות בעד משיכת ההתנגדות. כאשר בית המשפט שוקל אם לפסוק הוצאות משפט, עליו לאזן כמובן בין הצורך לפסוק הוצאות בגין התנגדויות סרק לבין החשש שפסיקת הוצאות כאלה תרתיע מפני הגשת התנגדויות מוצדקות.²⁴³ בשל החשש להרתעת מתנגדים, מחברי הדוח מציעים להימנע מפסיקת הוצאות אם לא ברור שהיה ניצול לרעה של הליך ההתנגדות.²⁴⁴

239 שם, § 3.08(a), בעמ' 223.

240 שם, § 3.08(b), בעמ' 223.

241 שם, § 3.08(c), בעמ' 224. הוצאות אלה ייפסקו לפי 11 FRCP ו-28 U.S.C. § 1927.

242 שם, § 3.08(d), בעמ' 224.

243 שם, § 3.08, comment b.

244 שם, § 3.08, comment c. לעניין זה יוער, כי לאחרונה קבע בית המשפט העליון בע"א 7928/12 **אי. אר. אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 22.1.2015) כי "במסגרת השאיפה לשמר ולקדם את השימוש במכשיר התובענה הייצוגית, על בית המשפט לנהוג במתינות ובאורח לחיוב בהוצאות מבקשים שבקשתם נדחתה".

2. פסיקת הוצאות ושכר טרחה למתנגד בישראל – הדין המצוי

כפי שצוין לעיל, מעטים המקרים בישראל שבהם חברים בקבוצה המיוצגת הגישו התנגדויות להסדרי פשרה מוצעים.²⁴⁵ מעטים גם המקרים שבהם בתי המשפט בישראל פסקו לטובת מתנגד הוצאות ושכר טרחה לבא כוחו, לאור תרומתם לשיפור הסדר הפשרה המוצע. לנוכח מיעוט המקרים, הם יוצגו להלן אחד לאחד.

בעניין **ברזילי**²⁴⁶ הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת הוט בטענה שהיא מפרה את הוראות חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים).²⁴⁷ הצדדים לתובענה גיבשו הסדר פשרה והוא הוגש לבית המשפט. בית המשפט הורה לפרסם הודעה על ההסדר וכן לשלוח העתק ממנו ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, לממונה על הגנת הצרכן ולנציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. אף אחד מאותם גורמים לא הביע התנגדות להסדר הפשרה. עם זאת, עמותת "בקול – ארגון כבדי שמיעה ומתחרשים" וחברה בקבוצה הגישו התנגדויות להסדר. הנימוק העיקרי שבבסיס ההתנגדויות היה כי בהסדר הפשרה המוצע יש כדי ליצור מעשה בית דין שימנע תביעות נגד הוט שעניינן הפרות של חוק הכתוביות משנת 2009 ואילך בכל הנוגע להוספתן של כתוביות לשידורים חיים. לטענת המתנגדים, תחולתו של מעשה בית דין על השידורים החיים, יהיה בה כדי לפגוע בנגישות ערוצי הטלוויזיה לאוכלוסיית החירשים וכבדי השמיעה. לאור ההתנגדויות אישר בית המשפט (השופט יצחק ענבר) הסדר פשרה במתכונת חדשה שסיפקה את המתנגדים, וקבע כי תרומתם לחברי הקבוצה הייתה משמעותית, הואיל וגרמו להוצאתם של השידורים החיים מגדרו של מעשה בית דין. לכן נפסקו לטובת העמותה הוצאות בסך 18,000 ש"ח.

בעניין **מולטילוק**²⁴⁸ הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה שחברת מולטילוק מטעה את לקוחותיה לסבור כי המפתח היא מייצרת אינו ניתן לשכפול בלא כרטיס חכם הנמסר ללקוח. לאחר שפורסם הסדר הפשרה שהושג בין הצדדים, הוגשה התנגדות על ידי המועצה הישראלית לצרכנות, אשר יוצגה על ידי הקליניקה לתובענות ייצוגיות. היועץ המשפטי לממשלה ראה לנכון להצטרף לנימוקי ההתנגדות והעביר את שרביט הייצוג למועצה כדי שתוביל את הליך ההתנגדות. המועצה ציינה כמה טעמים להתנגדותה להסדר הפשרה המוצע ובהם נטען כי ההסדר יוצר מעשה בית דין כלפי קבוצה רחבה מדי; הצדדים לא הבהירו כיצד העריכו את הנזק לכל אחד מחברי הקבוצה; הצדדים לא פירטו מיהם הגופים שאליהם ייתרמו

²⁴⁵ בעניין **קלאב הוטל**, לעיל ה"ש 205, הנשיא אשר גרוניס מציין שהפרקטיקה של הגשת התנגדויות להסדרי פשרה יחסית נדירה בנוף המשפט הישראלי.

²⁴⁶ ת"צ (מחוזי ת"א) 10-12-24499-2012 **ברזילי נ' הוט טלקום בע"מ** (פורסם בנבו, 20.11.2012).

²⁴⁷ חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005 (להלן: חוק הכתוביות).

²⁴⁸ עניין **מולטילוק**, לעיל ה"ש 129.

כספים כחלק מהסדר הפשרה המוצע; שכר הטרחה והגמול מופרזים. על פי המלצת בית המשפט (השופט עמירם בנימיני) תיקנו הצדדים את ההסדר ברוח ההתנגדות. לאחר אישור הסדר הפשרה המתוקן, פסק בית המשפט הוצאות וגמול למועצה בסך 50,000 ש"ח על סמך סעיף 22 (ג)(2) לחוק,²⁴⁹ וחלק לה שבחים על תרומתה לעיצוב הסדר הפשרה.

ביסוד הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין כהן²⁵⁰ עמדה הטענה כי פרטנר מחזירה ללקוחותיה כספים שנגבו על ידיה ביתר בערכם הנומינלי, בלא תוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין. הצדדים הגישו לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה שלפיו ישולמו לחברי הקבוצה מחצית מהפרשי ההצמדה והריבית שהיו אמורים להשתלם להם. להסדר הפשרה הוגשו התנגדויות מטעם היועץ המשפטי לממשלה, מטעם המועצה הישראלית לצרכנות (באמצעות הקליניקה) ומטעם חבר בקבוצה, עורך דין במקצועו. חבר הקבוצה טען, בקצירת האומר, כי אין בהסדר המוצע כדי לרפא את עוולות העבר, אין בו סנקציה או עיצום כספי ממשי ואף אין בו כל התחייבות להשבת כספים בעתיד לפי הדין. הוא התנגד לתשלום הפיצוי בדרך של זיכוי ב"דקות שיחה", להבדיל מפיצוי כספי, הואיל ולמרבית חברי הקבוצה תכנית סלולר שבה זמן האוויר כלול ומשולם מראש. כמו כן, מנגנון ההשבה ללקוחות עבר דורש פנייה יזומה מצד הזכאים מהקבוצה ומכביד עליהם יתר על המידה. בעקבות ההתנגדויות שהוגשו תוקן הסדר הפשרה (פעמים מספר) באופן ששיעור ההשבה לחברי הקבוצה יועלה ל-70%, וההשבה תבוצע בדרך של החזר כספי ולא באמצעות הענקת דקות זמן אויר. בנסיבות אלה קבע בית המשפט (השופט יצחק ענבר) כי לפי סעיף 22(ג)(2) לחוק בית המשפט רשאי לפסוק גמול לארגון שהשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית, אם מצא שהדבר מוצדק לאור הטרחה שטרח והתרומה שתרם בהשתתפותו בדיונים. בית המשפט הסתמך על דברי הנשיא גרוניס בעניין קלאב הוטל (להלן) כמו גם על פסקי דין שניתנו על ידי בתי המשפט המחוזיים בעניין מולטילוק ובעניין ברזילי הנ"ל. הואיל ובנסיבות העניין שינו ההתנגדויות את הסדר הפשרה "ללא היכר" (בין היתר בכך שסכום ההשבה גדל ביותר משני מיליון ש"ח ומנגנון ההשבה שונה מפיצוי באמצעות "דקות אוויר" להשבת כסף), נקבע כי "נוכח תרומתן רבת הערך של התנגדויות מסוג אלו שהגישו המועצה ועו"ד עירד ליצירתו של הליך כזה, מן הראוי לתמרץ את הגשתן ולו באמצעות פסיקת הוצאות". לבסוף, נפסקו למועצה הישראלית לצרכנות 50,000 ש"ח הוצאות משפט ולחבר הקבוצה – 10,000 ש"ח.

²⁴⁹ ס' 22 (ג)(2) לחוק מורה: "בית המשפט רשאי, במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו – (2) לפסוק גמול לארגון שהשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית לפי הוראות סעיף 15, אם מצא שהדבר מוצדק לאור הטרחה שטרח והתרומה שתרם בהשתתפותו בדיונים כאמור".
²⁵⁰ עניין כהן, לעיל ה"ש 62.

בעניין קלאב הוטל דן לאחרונה בית המשפט העליון בשאלה אם יש לבית המשפט סמכות לפסוק שכר טרחה לעורך דין שייצג חברי קבוצה אשר הגישו התנגדות מנומקת להסכם פשרה, במיוחד כאשר התקבלה ההתנגדות.²⁵¹ תחילה הדגיש הנשיא אשר גרוניס את חשיבותו של מוסד ההתנגדות להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. אמנם הוא קבע (בהסכמת השופטים עוזי פוגלמן וצבי זילברטל) כי לאור הסכמת הצדדים שישולם שכר טרחה, אין צורך לקבוע בנושא מסמרות,²⁵² אך עם זאת ציין כי הוא נוטה לדעה כי אין מניעה לפסוק שכר טרחה לבא כוח המתנגד בנסיבות האמורות. תימוכין לכך מצא הנשיא גרוניס בסעיפים 15 ו-18(ד) לחוק, המאפשרים לחבר הקבוצה להגיש התנגדות להסדר הפשרה ולהשתתף בדיונים. לדבריו, חשוב לשמוע את עמדתם של חברי הקבוצה לנוכח בעיית הנציג. על כן נקבע כי במקרים מתאימים ראוי להשתמש בתמריצים להגשת התנגדויות ראויות להסדרי פשרה, כשם שנהוג לפסוק בארצות-הברית לפי הדין הפדרלי, לרבות באמצעות פסיקת שכר טרחה לבא כוח המתנגד.²⁵³

3. פסיקת הוצאות ושכר טרחה למתנגד בישראל – הדין הראוי

הוצג לעיל הדין המצוי בישראל, כמו גם הדין בארצות-הברית. אין ספק שבמכשיר יזמי כגון התובענה הייצוגית,²⁵⁴ כאשר המחוקק מוצא לנכון לקבוע שהתובע הייצוגי זכאי לגמול ובא כוח הקבוצה זכאי לשכר טרחה, יש מקום לעודד הגשת התנגדויות באותו אופן. הסדר זה דרוש בישראל עוד יותר מאשר בארצות-הברית, הואיל ובארצות-הברית כל צד נושא בהוצאותיו בלא קשר לתוצאות הדין,²⁵⁵ ואילו בישראל דחיית התנגדות עשויה להביא לפסיקת הוצאות לחובת המתנגד. הסיכון של פסיקת הוצאות לחובת המתנגד עלול להתיתע מפני הגשת התנגדויות. יתרה מזו, בישראל, להבדיל מארצות-הברית, מספר עורכי הדין העוסקים בתחום קטן יחסית, ויש חשש

²⁵¹ עניין קלאב הוטל, לעיל ה"ש 205, פס' 14-17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

²⁵² לטעמי, הסכמת הצדדים לשלם הוצאות או שכר טרחה למתנגד ובא כוחו אינה מספקת, כפי שהסכמת הצדדים לעניין הגמול לתובע הייצוגי ושכר הטרחה לבא כוחו הם בגדר המלצה בלבד, ובית המשפט הוא שמכריע בהם. ראו: ס' 18(ז)(2), 22-23 לחוק.

²⁵³ עניין קלאב הוטל, לעיל ה"ש 205, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, וראו ההפניות הנזכרות שם.

²⁵⁴ קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 133, בעמ' 131, 157 וההפניות הנזכרות שם, ובהן, הערה 100; ראו גם: ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פס' 19 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.8.2012).

²⁵⁵ למשל: FLEMING JAMES, GEOFFREY C. HAZARD & JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE 49 (4th ed. 2001); Issachar Rosen-Zvi, *Just Fee Shifting*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 717 (2010).

שמסיבה זו עורך דין פלוני לא ירצה להגיש התנגדות להסדר פשרה שהציע חברו, עורך דין אלמוני.

כפי שראינו, יש בהתנגדויות המוגשות לבית המשפט כדי לספק לו מידע חסר ובכך להיטיב עם חברי הקבוצה. לפיכך הגשת התנגדות היא יעילה בהביאה לתוצאה מדויקת יותר תוך השקעה של משאבים מזעריים מצד בית המשפט.²⁵⁶ על כן ראוי לאפשר לבית המשפט לפסוק הוצאות למתנגד ושכר טרחה לבא כוחו במקרה שההתנגדות מתקבלת וההסדר אינו מאושר או כאשר ההתנגדות מביאה לשיפור של ממש בהסדר הפשרה. ההחלטות שניתנו בעניין ברזילי, בעניין מולטילוק ובעניין כהן הן אפוא ראויות. יש לקוות כי אמרת האגב של הנשיא גרוניס בעניין קלאב הוטל תהפוך להלכה מחייבת, הואיל ובדומה למצב בכל הנוגע להגשת תובענות ייצוגיות, גם הגשת ההתנגדויות מונעת בדרך כלל על ידי עורך הדין ולא על ידי המתנגד עצמו, ועל כן חשוב לתת לו תמריץ כלכלי הולם.

בשולי הדברים יוער כי נראה שניתן לפסוק הוצאות משפט לטובת מתנגד להסדר פשרה, או לחובתו, מתוקף ההסדר הרגיל בדין הישראלי לעניין הוצאות משפט לטובת הזוכה ולחובת המפסיד. הסדר זה, כאמור מנוגד לכלל הנוהג בארצות-הברית, שעל פיו כל צד נושא בהוצאותיו.²⁵⁷

הואיל והחלטת בית המשפט העליון בעניין קלאב הוטל איננה הלכה מחייבת, ראוי לתקן את חוק תובענות ייצוגיות ולקבוע כי בית המשפט יהיה רשאי להורות על תשלום שכר טרחה לעורכי הדין שהגישו התנגדות להסדר פשרה, כמו גם הוצאות למתנגד עצמו, כאשר ההתנגדות מתקבלת והתנגדות זו שיפרה מהותית את הסדר הפשרה המוצע. סכום זה ישולם מהכספים שאמורים להיות מועברים לקבוצה לפי ההסכם המשופר, וגובהו יותאם לגודל השיפור בתשלום לקבוצה לפי ההסכם. באופן זה יקטן התמריץ להגיש התנגדויות סרק, שאין בהן כדי לשפר באופן ממשי (או בכלל) את הסדר הפשרה, והמוגשות אך ורק כדי לסחוט פיצוי מהנתבע.

כמו כן, בדומה להצעה בדוח של ה-ALI, ראוי להסדיר מצב שבו ההתנגדות תביא לדחיית ההסדר לחלוטין. במקרה כזה יש לקבוע כי עורכי הדין שהגישו את ההתנגדות יוכלו לקבל את שכרם באמצעות הסדר פשרה נוסף באותה תביעה או בתביעה אחרת שתוגש באותו עניין, ככל שיהיה בידם להוכיח כי התנגדותם בתביעה הראשונה הועילה לחברי הקבוצה בה.

יש לשקול הטלת סנקציות על בא כוח הקבוצה, על בא כוח הנתבע או על הצדדים עצמם אם יוכיחו מגישי ההתנגדות כי הוצגו מצגי שווא לעניין התועלת שמביא הסדר הפשרה לקבוצה המיוצגת. בדומה, יש לשקול הטלת סנקציות על המתנגד ובא כוחו

²⁵⁶ למשל: אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 997, 1054-1055 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

²⁵⁷ Fleming et al., לעיל ה"ש 255.

כאשר בית המשפט מגיע לכלל מסקנה שההתנגדות שהוגשה אינה מהותית ולא סביר להניח שהוגשה כדי לשפר את הסדר הפשרה המוצע. באופן זה יהיה ניתן לצמצם את התמריץ להגיש התנגדויות בחוסר תום לב, שכל מטרתן לסחוט מהצדדים תשלום תמורת משיכת ההתנגדות. במיוחד בישראל, שבה מוגשות מעט מאוד התנגדויות על ידי חברים בקבוצה, יש מקום להיזהר בפסיקת הוצאות במקרים אלה, בשל החשש שפסיקת הוצאות תרתיע מפני הגשת התנגדויות מוצדקות.

יש לשקול אם יש מקום לפסוק שכר טרחה או גמול כאשר הגורם המתנגד הוא ארגון או רשות, להבדיל מחבר בקבוצה המיוצגת. לארגון או לרשות יש שיקולים ותמריצים שונים משל חבר בקבוצה. להבדיל מחבר בקבוצה, ארגון יהיה פעמים רבות "שחקן חוזר", שמגיש התנגדויות בכמה תביעות. לדעתי, יש לפסוק גמול ושכר טרחה גם לארגונים, ככל שהם אינם ממומנים מתקציב המדינה, שכן חשוב לעודד רשויות וארגונים להיות מעורבים בתובענות ייצוגיות בכלל, ולהגיש התנגדויות בפרט, הואיל ובדרך כלל הם חשופים פחות מחבר בקבוצה לבעיית הנציג. ארגון שאיננו ממומן מתקציב המדינה, זקוק גם הוא לגמול ו/או לשכר טרחה כדי לממן את פעילותו. אמנם ייתכן שיהיו ארגונים שישגישו התנגדויות גם אם לא צפוי להיפסק להם גמול, הואיל ולשם כך הוקמו ומשום שיש בידיהם מימון חיצוני. עם זאת, אין בכך כדי לשנות את העמדה העקרונית שיש לפסוק שכר טרחה ו/או גמול לארגונים המתנגדים, בדומה לגמול ולשכר הטרחה הנפסקים לחברי קבוצה המגישים התנגדות להסדר הפשרה.

כאמור, אני סבור כי בדומה לתיקון לכלל 23 לכללי הפרוצדורה הפדרליים בארצות-הברית, גם בישראל חשוב לאפשר לבית המשפט לבדוק את הסיבות לבקשה למשיכת ההתנגדות על ידי המתנגד, ורק לאחר השלמת הבדיקה יהיה אפשר להחליט אם לקבל או לדחות את הבקשה למשיכת ההתנגדות.²⁵⁸ הסדר דומה נקבע לעניין בקשה להסתלק מן הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.²⁵⁹ מוצע לקבוע כי כאשר מוגשת בקשה למשיכת התנגדות, על בית המשפט לדחות אותה אם הוא סבור שהמתנגד מקבל תשלום או טובת הנאה אחרת החורגים ממה שחברי הקבוצה מקבלים.

ניתן לטעון כי כבילת המתנגד להתנגדותו וקביעת חובה לקבל אישור למשיכת ההתנגדות עלולות דווקא להפחית את מספר ההתנגדויות המוגשות ולא להמריץ הגשה שלהן. אני סבור כי אין בדברים ממש, ככל שמדובר בהתנגדויות ראויות, שהרי

²⁵⁸ ראו: בין היתר, ליד ה"ש 231–233.

²⁵⁹ ס' 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות. ההקבלה המוצעת בין תובע ייצוגי למתנגד נובעת בין היתר מכך שהאינטרסים שלהם דומים. הן התובע הייצוגי הן המתנגד פועלים בעיקר כדי לזכות בגמול בעד פועלם ולא על מנת שתתקבל תביעתם האישית (תובע ייצוגי) או כדי להגדיל את חלקם בפשרה (מתנגד). בוודאי כך הדבר כאשר מדובר בתביעה אישית קטנה יחסית, שלא כלכלי להגיש בגינה תביעה אינדיבידואלית.

למתנגד אין כל סיבה למשוך את התנגדותו אם היא ראויה, והוא יזכה לפיצוי לאחר שיתוקן הסדר הפשרה. לעומת זאת, ייתכן שכבילת המתנגד להתנגדותו תביא להפחתת ההתנגדויות הבלתי ראויות שיוגשו. התנגדויות אלה מיועדות מלכתחילה לסחוט כספים מן הצדדים, ולא לשפר את ההסדר המוצע. אם לא יהיה אפשר לקבל כספים בתמורה למשיכת ההתנגדות, יקטן התמריץ להגיש התנגדויות בלתי ראויות.²⁶⁰

זאת ועוד, אני מציע לתקן תקלה נוספת בחוק תובענות ייצוגיות הנוגעת לעניין מועד הגשת ההתנגדות ומתן האפשרות לצאת מן הקבוצה. סעיף 18(ו) לחוק קובע: "חבר קבוצה אשר אינו מעוניין כי יחול עליו הסדר הפשרה, רשאי לבקש מבית המשפט, בתוך המועד שנקבע להגשת התנגדויות לפי סעיף קטן (ד), להתיר לו לצאת מן הקבוצה שעליה יחול ההסדר". לפי סעיף זה יש חפיפה בין המועד שנקבע להגשת התנגדויות והמועד להגשת בקשה לצאת מן הקבוצה. מצב זה הוא בעייתי, הואיל וייתכן שחבר בקבוצה יהיה מעוניין לצאת ממנה רק אם לא תתקבל התנגדותו להסדר. הואיל ומי שאינו עוד חבר בקבוצה אינו רשאי להגיש התנגדות,²⁶¹ מצב שבו שני המועדים חופפים אינו מעורר הגשת התנגדויות. למעשה, לפי לשון החוק, על חבר בקבוצה לבחור אם להתנגד או לצאת מן הקבוצה, ומי שמגיש התנגדות, נמנעת ממנו האפשרות לצאת מן הקבוצה. יש להניח כי אם בית המשפט יקבל את התנגדותו, לא ירצה אותו חבר בקבוצה לצאת ממנה. מצב זה אינו מעורר חברים בקבוצה להגיש התנגדויות להסדרי פשרה, שעשויות להועיל לעניינם של כל חברי הקבוצה ולא רק לעניינם שלהם.²⁶² כל עוד ההסדר הנוכחי עומד על כנו, ראוי שבתו המשפט יקצבו זמן להגשת התנגדויות, ורק לאחר שיחלוף המועד להגשתן יקצבו זמן נוסף ליציאה מן הקבוצה. לחלופין, יש להכיר בהתנגדות להסדר פשרה הכוללת הודעה כי המתנגד מבקש לצאת מן הקבוצה אם תידחה התנגדותו, או להכיר בבקשה

²⁶⁰ לאחרונה נקבע בדומה לגבי הסתלקות מבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כי דרך המלך היא להימנע מאישור תשלום גמול ושכ"ט למסתלקים על מנת לצנן את תמריצייהם של התובעים הייצוגיים ושל באי כוחם לערוך הסדרי הסתלקות. השופט יצחק ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 עידן לוי נ' פסטא נונה בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.2014). לגישה אחרת ראו: השופטת יעל וילנר בת"צ (מחוזי חי') 27043-06-14 חזן נ' יעד חברה לדלק בע"מ (פורסם בנבו, 9.12.2014).

²⁶¹ בעיה זו קיימת גם בארצות-הברית. לפי ההלכה הנוהגת שם, מי שיצא מן הקבוצה, אין לו זכות עמידה להגיש התנגדות להסדר הפשרה. ראו, למשל: Vitamins Antitrust Class Actions, 215 F.3d 26, 46 Fed. R. Serv. 3d 1205 (D.C. Cir. 2000) "Opt-out plaintiffs were not entitled to intervene to challenge settlement provision requiring defendants to increase payments to class members"; Mayfield v. Barr, 985 F.2d 1090, 1093 24 Fed. R. Serv. 3d 1498 (D.C. Cir. 1993) "class members who have opted out of a 23(b)(3) class action have no standing to object to a subsequent class settlement"

²⁶² ראו לעניין זה: גולרשטיין "הערות", לעיל ה"ש 40, בעמ' 22.

לצאת מן הקבוצה במקרה שתידחה ההתנגדות.²⁶³ באופן זה יעודדו בתי המשפט הגשת התנגדויות תוך שמירה על האפשרות לצאת מן הקבוצה אם תידחה ההתנגדות. עמדה דומה עולה מהצעת חוק פרטית שהונחה לאחרונה על שולחנו של יו"ר הכנסת – הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ד-2014.²⁶⁴ מטרתה של ההצעה להתמודד עם הבעייתיות בהסדרי הפשרה וההסתלקות במשפט הישראלי. בין היתר, מוצע בהצעת החוק לקבוע כי כל אדם המעוניין להגיש התנגדות להסדר פשרה אשר הוגש לאישורו של בית המשפט, יוכל לעשות כן.²⁶⁵ כאמור, אני סבור שההצעה לאפשר לכל אדם להתנגד להסדר פשרה אינה ראויה, אך מאידך גיסא מוצע להרחיב את מעגל המתנגדים באופן שתבוטל הדרישה כי שרת המשפטים תאשר מראש ארגונים הרשאים להגיש התנגדויות.²⁶⁶ כן מוצע בהצעת חוק זו ליתן סמכות לבית המשפט לאשר למתנגד לקבל "טובת הנאה" לפי התועלת שהסבה התנגדותו לחברי הקבוצה.²⁶⁷ זאת ועוד, הצעת החוק מציעה לקבוע הסדר שימנע את הגשתן של התנגדויות סרק שמטרתן היחידה היא לקבל טובת הנאה מהצדדים תמורת ההסתלקות מההתנגדות שהוגשה על ידי המתנגד. לפיכך מוצע כי מתנגד לא יוכל להסתלק מהתנגדותו בטרם יקבל את אישורו של בית המשפט, וכן כי לא יקבל טובת הנאה בעד ההסתלקות בלא אישור בית המשפט.²⁶⁸ כאמור אני סבור כי ההצעה ראויה, ומציע להחיל את הכלל המוצע גם כאשר מתנגד שהתנגדותו נדחתה מגיש בקשת רשות לערער ובשלב מאוחר יותר

²⁶³ ראו, למשל, עניין **זבידה**, לעיל ה"ש 138; עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 102, שם הוגשה התנגדות להסדר פשרה, אשר נדחתה על ידי בית המשפט (השופט פרופ' עופר גרוסקופף). בית המשפט התיר למתנגדים להודיע, אם הם מעוניינים שהסדר הפשרה לא יחול עליהם.

²⁶⁴ הצעת חוק זו הונחה על שולחונו יו"ר הכנסת ב-19.3.2014.

²⁶⁵ דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), לעיל ה"ש 130; ס' 2 להצעת החוק.

²⁶⁶ ס' 18(ד) לחוק; בסמוך לירידת חיבור זה לדפוס, נמסר למחברו כי יש כוונה לשנות את נוסח הצעת החוק, באופן שתאפשר הגשת התנגדות לארגונים בלא צורך באישורם על ידי שר המשפטים, וכן לכל אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה. ביטול הצורך באישור השר עולה בקנה אחד עם האמור במאמר זה. עם זאת אני סבור כי התיקון המתיר את הגשת ההתנגדות לכל אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה (להבדיל מהנוסח המקורי – "כל אדם המעוניין בדבר"), לא ימנע הגשת התנגדויות סרק שתכבדנה על הצדדים ועל בתי המשפט ועלולות לסכל את מטרותיו של הליך התובענה הייצוגית.

²⁶⁷ ס' 2 להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), לעיל ה"ש 130.

²⁶⁸ שם; הצעות נוספות בהצעת החוק, שאינן קשורות לחיבור זה: (1) עיגון הכלל שהוכר בפסיקה שתשלום שכר הטרחה לבא כוח המייצג יהיה מותנה, כולו או חלקו, במימוש הסדר הפשרה ובהשלמת ביצועו; (2) העברת סכום שיוותר לאחר חלוקת הכספים על פי הסדר הפשרה, לקרן שתוקם לצורך זה ולא לאוצר המדינה (כנדרש כיום); הכספים יועדו לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה; (3) הגבלת שכר טרחה בא כוח הקבוצה ל-15% מהסכום שנגבה בפועל מתוך הסכום שנפסק לטובת הקבוצה.

מבקש לחזור בו ממנו. כך, על רקע פסיקת בית המשפט העליון שלפיה הסתלקות מערעור על פסק דין הדוחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית דינה כהסתלקות מבקשה לאישור תובענה כייצוגית.²⁶⁹ באופן זה יהיה אפשר למנוע הגשת התנגדויות טקטיות שכל מטרתן לאפשר הגשת ערעור על פסק דין המאשר את הסדר הפשרה, כדי לסחוט תמורה מהצדדים להסדר המוצע.

ו. במקום סיכום

מאמר זה תיאר את חשיבותן של התנגדויות ראויות להסדרי פשרה בהליכי תובענות ייצוגיות. לא בכדי כינו בתי משפט בארצות-הברית את המתנגדים להסדרי הפשרה: "Volunteer lawyers for the class",²⁷⁰ והמליצו על הגשת התנגדויות כדי למנוע קנוניות ופשרות בלתי הוגנות. התנגדויות להסדרי פשרה מספקות לבתי המשפט מידע חיוני על אודות הסדר הפשרה המוצע, שפעמים רבות אינו נמסר לו באופן אחר בשל היעדר הליך אדברסרי. חשיבותן אף עולה לנוכח המצב בישראל שבו בתי המשפט ממעטים כאמור למנות בודקים לבדיקת הסדרי הפשרה.²⁷¹ בנסיבות אלה, הגשת התנגדויות היא חשובה ביותר, הואיל ולעיתים בלעדיהן כל המידע שעומד בפני בית המשפט מועבר אליו ע"י הצדדים, אשר לשניהם אינטרס משותף לאשר את הסדר הפשרה.

ראינו שאמנם יש חשש מהתנגדויות סחטניות המוגשות על ידי "מתנגדים מקצועיים", אך כאמור ניתן להגביל את ההתנגדויות הסחטניות באמצעות פסיקת הוצאות לחובת המתנגדים. יתר על כן, בישראל הבעיה כיום איננה הגשת התנגדויות סחטניות אלא דווקא מספרן הזעום של ההתנגדויות המוגשות להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות (אם אין מונים את ההתנגדויות המוגשות מטעם היועץ המשפטי לממשלה). עם זאת, אין להקל ראש בתופעת ההתנגדויות הסחטניות, ואחת ההצעות לייעול הליך ההתנגדות היא לקבוע כי אין למשוך התנגדות בלא אישור בית המשפט, בדומה למקובל לעניין הסתלקות מבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

כפי שכתב לפני שנות דור המלומד Coase, כאשר משווים בין הסדרים חלופיים, ראוי להשוות בין התוצאה הכוללת המתקבלת מכל הסדר ולא להשוות בין ההסדר הקיים לעולם אידיאלי.²⁷² כאשר בוחנים את היתרונות והחסרונות שבהגשת התנגדויות לעומת מצב האוסר את הגשתן, ברור שהחויב עולה על השלילה. כפי

²⁶⁹ ע"א 9585/11 יערי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2013).

²⁷⁰ השופט ריצ'רד פוזנר בתוך: Reynolds v. Beneficial Nat. Bank, 288 F.3d 277, 288 (7th Cir. 2002).

²⁷¹ ראו: לעיל, ה"ש 33.

²⁷² Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1, 34 (1960).

שראינו, להתנגדויות תפקיד חשוב ומהותי, ועל כן צריך לעודד את הגשתן גם במחיר דחיית אישור הסדרי פשרה, נשיאה בעלויות משפט ועוד.

יש לקוות שבתי המשפט בישראל יבחרו לעודד הגשת התנגדויות רבות יותר מקרב חברי הקבוצה, כדי שיישמע קולם של חברי הקבוצה, אשר על פי רוב קולם אינו נשמע. במובן זה החלטת בית המשפט העליון בעניין **קלאב הוטל**, אשר מאפשרת עקרונית לפסוק שכר טרחה למתנגדים, היא צעד בכיוון הנכון.