

חמישים גוונים של תרומה – תובענות ייצוגיות בראי בעיית התרומות

מאת

שי נ. לביא ויהונתן בן יוסף*

תקציר

לעיתים קרובות תובענה ייצוגית מסתיימת בקופת פיצוי אותה לא ניתן לחלק באופן מעשי לחברי הקבוצה. במצבים אלו השתרשה הפרקטיקה של העברת קופת הפיצוי לצד ג', לרוב, לעמותות, ולא לחברי הקבוצה. על פרקטיקה זו נמתחה ביקורת רבה, למשל, מתוך החשש שבאמצעות מתן התרומה הנתבעת תשלם פחות מהמוסכם בפשרה. ואכן, המחוקק, בתיקון לחוק תובענות ייצוגיות בשנת 2016, שאף לבטל את פרקטיקת התרומות.

מאמר זה מגולל את סיפור התרומות בתובענות הייצוגיות. למרות כוונת המחוקק הברורה, עורכי הדין של הצדדים, באישור בתי המשפט, מצאו דרכים מגוונות "לעקוף" את האיסור על תרומות. כך למשל, תרומת מוצרים – להבדיל מתרומה כספית – הוכרה בפסיקה. בדומה, תרומות הופנו לצדדי ג', בניגוד לכוונת המחוקק, דרך הסדרי הסתלקויות מתוגמלות, הסדרי פשרה שמסדירים את פעילות הנתבעת לעתיד והנחיית הקרן לחלוקת כספים באופן שאינו הולם את מטרת החוק. מטרה אמת של מאמר זה היא זיהוי ומיפוי "פרצות" אלו בחוק תובענות ייצוגיות. מטרה שנייה היא דיון בפתרונות אלו והצבתם אל מול תכליות החוק. מסקנתנו היא כי השימוש במנגנון התרומות, על כל גווניו, אינו ראוי. אנו מתווים את הדרכים לאטימת ה"פרצות" הקיימות, בפרט בראי ההצעה הנוכחית לתיקון חוק תובענות ייצוגיות.

לבסוף, לשיטתנו ניתן לגזור תובנות רחבות יותר מסיפור התרומות, הנוגעות ליישום חוק תובענות ייצוגיות גם בהקשרים אחרים. מדוע שופטים ממהירים לאמץ את ניסיונות הצדדים לעקוף את הוראות החוק? וכיצד ניתן

* ד"ר שי נ. לביא הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב והמנהל האקדמי של הקליניקה לתובענות ייצוגיות של האוניברסיטה (להלן: הקליניקה לתובענות ייצוגיות). מר יהונתן בן-יוסף הוא בעל תואר ראשון למשפטים מאוניברסיטת תל אביב. אנו מודים למשתתפי כנס תובענות ייצוגיות בראי תזכיר חוק תובענות ייצוגיות (2024), לתומר בר, לאלון קלמנט ולאסף שילה על הערותיהם. תודה מיוחדת למאיה רייסנר על הערותיה לטיוטות קודמות ועזרה מצוינת במחקר. המאמר מוקדש לזכרו של סא"ל סהר מחלוף, מג"ד תקשוב אוגדת עזה, שנפל באירועי ה-7.10.

למנוע מבתי המשפט לאשר הסדרים בעייתיים? אנו מציעים כיווני חשיבה להתמודדות עם הכשלים העמוקים שסיפור התרומות מציף, שעשויים לסייע ביישום כוונת המחוקק להבא.

2	מבוא
6	א. מנגנון התרומות – רקע וקשיים
7	1. קשיים תיאורטיים והיישום של פתרון התרומות בדין הישראלי
12	2. תיקון מספר 10 לחוק תובענות ייצוגיות (2016)
15	ב. פרצה הקוראת לתרומה – הפרצות בחוק תובענות ייצוגיות
15	1. תרומות מוצרים במקום סעד כספי
19	2. הסדרה עתידית
23	3. הגבלת שיקול דעתה של הקרן
26	4. תרומות דרך הסדרי הסתלקות
34	ג. הרע במיעוטו, או, מדוע שבים בתי המשפט לפתרון התרומות?
36	1. שיקולי הרתעה
39	2. שיקולי סעד
41	3. שיקולים מוסדיים
46	סיכום ומסקנות

מבוא

לעיתים קרובות תובענה ייצוגית מסתיימת בקביעת קופת פיצוי שאותה לא ניתן לחלק במדויק ובאופן ישיר לחברי הקבוצה. כך, כאשר סכומי הפיצוי האישיים קטנים, או שלא ניתן לזהות את הזכאים לפיצוי, ואין הצדקה למתן פיצוי אישי לכל חבר בקבוצת התובעים. פתרון נפוץ במקרים כאלו הוא פתרון התרומות – במקום להעביר את הכסף לחברי קבוצת הנפגעים, קופת הפיצוי מוענקת לצד ג', ובאופן טיפוס, לעמותה הפועלת לקידום עניין הקשור רעיונית לעילת התובענה הייצוגית.

פתרון התרומות מעורר בעיות רבות, הקשורות לקשיים עמוקים יותר במנגנון התובענה הייצוגית. שהרי, בעוד שהתובענה הייצוגית היא מכשיר משפטי למיצוי אפקטיבי של זכויות, היא אינה חפה מבעיות. בעיית יסוד אחת היא בעיית הנציג, המובנית במנגנון התובענה הייצוגית. התובענה הייצוגית כובלת את חברי הקבוצה,

שאינם נמצאים בבית המשפט, לתוצאה.¹ בתמורה על פועלם, מייצגי הקבוצה זכאים לתגמול כספי.² בהכללה, אם כן, ניתן לומר שמייצגי הקבוצה שואפים למקסם את רווחתם, גם אם על חשבון חברי הקבוצה אותה הם מייצגים.³ הסדרי פשרה הכוללים מרכיב של תרומה מחדדים בעיה זו. מייצגי הקבוצה עשויים להסכים לפשרה עדיפה עבורם (ואף עבור הנתבעת), בניגוד לטובת הקבוצה. במענה לבעיית הנציג, המחוקק ביקש (בין היתר) להכניס את בית המשפט לתמונה, וקבע פרוצדורה מכבידה לאישור הסדרי פשרה.⁴ אולם, לעיתים קרובות בתי המשפט לוקים בפיקוחם על הסדרים שכאלו. כפי שנראה במאמר זה, הסכמת הצדדים על תרומות (בין אם בפשרות ובין אם בהסתלקויות) ממחישה מחד את בעיית הנציג; ומאידך, את החששות לגבי תפקידו של בית המשפט באישור הסכמות אלו.

מעבר לכך, פתרון התרומות לוקה בקשיים נוספים. בפרט, פתרון התרומות חשוף לביקורת לפיה הוא אינו מקיים את תכליות חוק תובענות ייצוגיות – ובראשן הרתעה מפני הפרת הדין וסעד הולם לנפגעים.⁵ ביקורת זו מתמקדת בכך שככל שגבר השימוש במנגנון זה, יעדי התרומה הלכו והתרחקו מעילות התובענה וכך נפגעה תכלית הסעד.⁶

1 ואכן, ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, ס"ח 264 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) קובע כי "פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשםם נוהלה התובענה...". הצדקה רעיונית מרכזית לכבילה זו היא ייצוגם של חברי הקבוצה. ראו למשל את דרישת הייצוג ההולם לאישור תובענה ייצוגית, ס' 8(א)(3) לחוק; אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 358 (תשע"ג) ("עקרון הייצוג ההולם הוא שמהווה את ההצדקה לחיוב אדם בתוצאות הליך משפטי שלא היה לו חלק בו, ואף בלא שנתן את הרשות המפורשת לניהול ההליך בשמו, וזאת לשם הגשמת התכליות החברתיות הטמונות בהליך הייצוגי").

2 ס' 22-23 לחוק מסדירים את עניין גמולו של התובע המייצג ושכר טרחתו של בא כוחו. סכומי כסף אלו משמשים כתמריץ להגשת תובענות ייצוגיות, כשעל פי רוב, שכר הטרחה גבוה פי כמה מהתגמול שאותו מקבל התובע המייצג, באופן המשקף את התרומה של כל אחד מהצדדים לניהול התובענה. יוער כי כאשר הצדדים מגיעים להסכם לסיום המחלוקת, גובה הגמול ושכר הטרחה מהווים המלצה בלבד ובית המשפט רשאי לשנותם מבלי לבטל כליל את ההסכם. השיקולים שבתי המשפט נדרשים לשקול בעת הכרעתם בדבר גובה הגמול ושכר הטרחה הותוו הן בסעיפים 22-23 (לדוגמה, התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה; מידת החשיבות הציבורית שלה וכיו"ו) והן בפסיקה (ראו רע"א 2957/17 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז נ' יעל שוורצמן, פס' 48-50 לפסק הדין של כב' השופט גרוסקופף (נבו 17.3.2024)) והאסמכתאות (שם) (להלן: עניין סופרגו).

3 ניתן כאמור להתייחס לחששות אלו כ"בעיית נציג", לה מופעים שונים לאורך חיי התובענה הייצוגית. וראו בע"א 2398/22 שולץ נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 30.11.2022), פס' 6 לפסק הדין של השופטת ברוך (להלן: עניין שולץ); "הסדר פשרה בהליך ייצוגי מלווה בחשש לפגיעה בטובתם של חברי הקבוצה בשל 'בעיית הנציג'. הכוונה היא לניגוד עניינים בין האינטרס האישי של מייצגי הקבוצה להביא לסיום מהיר ומתגמל של ההליך, ובין האינטרס של חברי הקבוצה לקבלת פיצוי הולם בגין הנזק שנגרם להם. מאחר שחברי הקבוצה הם בגדר 'נוכחים נפקדים' בהליך, החשש הוא שבמסגרת הפשרה יעדיפו מייצגי הקבוצה את טובתם האישית וימכרו בזול את עניינם של חבריה". להרחבה, ראו גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט 147, 150-166 (2011); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 10-12 (2011) (להלן: קלמנט, "פשרה והסתלקות"). ראו גם את הדיון הספציפי ביחס לתצורתה של בעיית הנציג בהסדרי פשרות, להלן בה"ש 32.

4 ס' 18-19 לחוק.

5 ס' 1 לחוק מונה את תכליותיו, כאשר התכליות הנוספות להרתעה וסעד הן "מימוש זכות הגישה לבית המשפט" ו"ניהול יעיל... של תביעות".

6 ס' 1(3) לחוק.

בנוסף, הואיל ודרך פתרון התרומות הנתבעות יכולות לשלם לגופים הקשורים אליהן, או אפילו "גלגל" את החיוב כתרומות אל גופים שאליהם תרמו זה מכבר, עולה החשש שהנתבעות תשאנה בחבות נמוכה מכפי צרכן, וזאת בניגוד לתכלית ההרתעה.⁷ לבסוף, מהזווית המוסדית, יש שטענו שאין זה ראוי שבית המשפט יברור בין נתרמים פוטנציאליים ויתערב בטיב התרומה או באופן מימושה על ידי מקבליה.⁸

על רקע כשלים אלו, ובפרט ה"חששות בדבר קשרים קודמים בין הנתבע ובין מקבל התרומה",⁹ נענה המחוקק הישראלי לביקורות ואסר העברה של יתרת כספי קופת הפיצוי לצדדי ג'. במקום, תיקון מספר 10 לחוק משנת 2016 (להלן: תיקון מספר 10) ייסד קרן ייעודית לניהול וחלוקת כספים בניהולו של האפוטרופוס הכללי. לקרן זו מיועדים כיום כספים שנפסקים "לטובת הציבור" – שבעבר היו מועברים לתרומות.¹⁰ הקרן מחלקת את הכספים המועברים אליה לפי שיקול דעתה, "לטובת מטרות ציבוריות",¹¹ תוך שלבית המשפט הסמכות ל"ייעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה".¹²

אולם בכך לא נפתרה בעיית התרומות בחוק תובענות ייצוגיות. תיקון החוק בשנת 2016 אסר על העברת פיצוי כספי לצדדי ג'; אך לשונו לא מתייחסת למקרים בהם הצדדים הסכימו בהסדר ביניהם על תרומת מוצרים. כפועל יוצא מכך ובאופן טבעי בעלי הדין, בגיבוי בית המשפט, "ביקשו לעקוף את הוראת החוק וזאת באמצעות הסכמה על תרומת מוצרים חלף תרומה כספית".¹³ המחוקק מבקש כעת לענות גם לאתגר זה. וכך, בחן משרד המשפטים באופן מקיף את ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, בחינה שגובשה לכלל דוח מקיף.¹⁴ הדוח מציע – "נוכח היקף תופעת תרומות המוצרים וכן לאור ניסיונות הצדדים לעקוף את תיקון החוק מ-2016" – לאסור תרומת מוצרים.¹⁵ איסור מוצע זה נמצא גם בהצעת החוק המבוססת על המלצות הדוח.¹⁶ כפי שנראה במאמר, התיקון האמור, במתכונתו הנוכחית, יהווה פתרון חלקי בלבד.

7 ס' 2(1) לחוק.

8 לסקירה של פתרון התרומות והביקורות עליו ראו שי לביא "גלגל המזל: כיצד לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות?" **עיוני משפט** מ' 321, 343-350 (2017).

9 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח הכנסת 637, בעמ' 118 (להלן: דברי הסבר לתיקון מספר 10).

10 ס' 20(ג) לחוק.

11 ס' 27א(ב) לחוק. לדיון מפורט יותר באופן פעילותה של הקרן ראו להלן בפרק 2.

12 ס' 20(ג) לחוק.

13 משרד המשפטים דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, **התשס"ו-2006** 39 (2023) (להלן: דוח הצוות הבין-משרדי).

14 שם.

15 שם, בעמ' 80.

16 ראו דברי ההסבר לס' 13(2) להצעת החוק, שעניינו תיקון ס' 20 בחוק הקיים: "על אף האמור [בחוק הקיים] אם מצא בית המשפט כי פיצוי כספי... אינו מעשי... יורה על מתן סעד כספי... שיועבר אל הקרן לחלוקת סעד לפי סעיף 27א... כלומר, במקרים אלו... לא תהיה עוד אפשרות להעניק פיצוי בעין אלא רק פיצוי כספי לקרן". הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024, ה"ח הממשלה 1785, בעמ' 1290 (להלן: הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) או הצעת החוק).

מאמר זה מגולל את סיפור מנגנון התרומות. בפרט, נראה כיצד על אף דבריו הברורים של המחוקק בשנת 2016, בעלי הדין ובתי המשפט מצאו מספר פרצות באיסור על תרומות. פרצה אחת, אליה מתייחסים כאמור דוח הצוות הבין-משרדי והצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), היא תרומת מוצרים. אך לצדה קיימות פרצות נוספות, אשר טרם זכו לדיון מעמיק בספרות ובפסיקת בתי המשפט. פרצה שנייה היא תרומה לצדדי ג' במסגרת הסדרה עתידית של התנהלות הנתבעת. פרצה שלישית באה לידי ביטוי במקרים בהם בית המשפט מעביר את כספי התובענה הייצוגית לקרן, כמצוות המחוקק; אך מייעד את הכספים לעמותה ספציפית באופן המגביל את שיקול דעתה של הקרן לחלוקת כספים, בניגוד לחוק, או מייעד את הכספים לתחום שהוצע מטעם הצדדים ואינו קשור לעניין התובענה, בניגוד לרוח החוק. פרצה רביעית, שאף היא רווחת מאוד בפרקטיקה, היא תרומה במסגרת הסדרי הסתלקות מתוגמלת. כפי שנבחר להלן, הסדרי הסתלקות מתוגמלת הם וריאנט של הסדרי פשרה, בהם הצדדים מגיעים להסדר מוסכם לסיום הסכסוך תוך מתן תגמול כספי למייצגי הקבוצה. עם זאת, בהשוואה להסדרי פשרה, הסדרי הסתלקות שכאלו הם הסדרי "רזים" יותר, הן לעניין השלכותיהם על חברי הקבוצה, והן לעניין הפרוצדורה הנדרשת לאישורם.¹⁷ בניגוד להסדרי פשרה, המחוקק לא אסר עד כה במפורש על תרומות בהסדרי הסתלקות מתוגמלת. ולבסוף, כאילו אין די בפרצות אלו, מצאנו שלעיתים בתי משפט מתעלמים כליל מהוראות תיקון מספר 10 לחוק, וממשיכים להעביר סעדים כספיים ישירות לצדדי ג'.

הסדר התרומות עשוי להיות "נוח" לבתי המשפט, ודומה כי ניתן להעלות הצדקות שונות להעדפת מסלול התרומות על פני העברה לקרן לחלוקת כספים, למרות הנחיות המחוקק. על כן, לאחר הצגת הפרצות השונות בדין הקיים, נפרט את ההצדקות האפשריות לשימוש במסלול התרומות ונדון בהן אל מול תכליות חוק תובענות ייצוגיות. כך, ננסה לענות על השאלות הבאות: האם מוצדק לאפשר פרצות מסוימות, למשל משיקולי עומס שיפוטי ועידוד פשרות? האם פשרה בעייתית, הכוללת רכיב של תרומה, עדיפה על אי-פשרה? האם האיסור על תרומות הוא גזירה ששופטי ישראל אינם יכולים לעמוד בה? האם תרומה מקדמת את מטרת הסעד בהשוואה להעברה לקרן לחלוקת כספים? מסקנתנו מדיון זה היא ששימוש במנגנון התרומות, על כל גווניו, אינו ראוי. לכן, אנו מציעים לאטום גם את הפרצות המפורטות במאמר, ומתווים את הדרכים לעשות כן.

חוק תובענות ייצוגיות והאופן בו הוא מיושם "בשטח" לוקה בחוליים למכביר. מאמר זה מתמקד בתופעת התרומות לצדדי ג', כשלים אחרים – כגון פיצוי הקבוצה באמצעות שוברים (או הנחות) – אינם במוקד רשימה זו.¹⁸ ואולם, מסיפור התרומות ניתן

¹⁷ כך למשל, הסדר הסתלקות לא כובל את חברי הקבוצה, והם יכולים לתבוע את עילותיהם האישיות (שסכומן צפוי להיות נמוך) בהליכים אישיים וגם בתובענה ייצוגית חדשה. להשוואה רחבה יותר בין פשרה להסתלקות ראו להלן ה"ש 119-130 והטקסט הצמוד להן.

¹⁸ אכן, ניתן להצביע על דמיון רב בין הסדרי שוברים ובין תרומות, בפרט תרומות בעין. בשני המקרים קשה להעריך את שווי הפיצוי, וקיים חשש שהנתבעת תשלם פחות מכפי צרכה. לכן, ככלל, גם הסדרי שוברים אינם רצויים. ראו אלוך קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה

לגזור תובנות רחבות יותר, הנוגעות ליישום החוק גם בהקשרים אחרים. לדוגמה, ננסה ללמוד מדוע שופטים ממהרים לאמץ את ניסיונות הצדדים לעקוף את הוראות החוק? האם ניתן לחשוב על דרכי התמודדות עם הנטייה השיפוטית לאשר הסדרים בעייתיים? כיצד ניתן להטמיע תיקוני חקיקה עתידיים, לאור ההתעלמות השיפוטית המופגנת מהאיסור על תרומות? נציע כיווני חשיבה להתמודדות עם הכשלים העמוקים הללו, שעשויים לסייע ביישום כוונת המחוקק להבא.

מבנה המאמר כדלהלן: בפרק הראשון נציג את המסגרת הנורמטיבית לשימוש במנגנון התרומה, ואת השינוי במצב המשפטי שהתרחש בשנת 2016. בפרק השני נפרוס, תוך שימוש בדוגמאות רבות מהפסיקה, את ארבע הפרצות שבאמצעותן בעלי הדין עוקפים, ובתי המשפט מכשירים, הסכמים בעלי מרכיבי תרומה בעייתיים. בפרק השלישי נדון בשיקולים האפשריים שעשויים להצדיק בעיני מצדדי מנגנון התרומה "מעקף" של האיסור על תרומות, כמו למשל שיקולי הרתעה; הקלה על נתבעות מתביעות סרק; שיקולי פיצוי, וההשוואה בין תרומה לצד ג' לבין העברה לקרן; וכך, שיקולים מוסדיים, כגון עידוד פשרות. נראה כי הפרצות שתיארנו מעידות על כשלים עמוקים בפרקטיקה השיפוטית, הנוגעים לנטייתם של שופטים לאשר הסכמות בעייתיות. בסיכום המאמר נציע דרכי פעולה לחקיקה שתאטום את מגוון הפרצות באיסור על התרומות. לבסוף, נציין כיווני חשיבה להתמודדות עם הכשלים העמוקים יותר שתיארנו.¹⁹

א. מנגנון התרומות – רקע וקשיים

רבות נכתב על פתרון התרומות כמכשיר לחלוקת קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות.²⁰ התובענה הייצוגית היא כלי אכיפה אפקטיבי, היות שהיא מאפשרת את ריכוז העילות האישיות ואת אכיפת הדין גם כאשר סכומי העילה האישית נמוכים, ואפילו עד כדי שקלים בודדים בלבד. ואולם, במצבים כגון אלו עולה בדרך כלל שאלת השבת קופת הפיצוי לחברי הקבוצה – ובהיעדר אפשרות מעשית לחלקה לידיהם, מתבקש להעבירה

¹⁹ בתובענה ייצוגית "משפט ועסקים כ 1 (2017). בעוד שדיון נרחב בסוגיה זו חורג מהיקף מאמר זה, ניתן לומר שהסדרי תרומות בעייתיים אף יותר מהסדרי שוכרים, שכן הם מנתבים את הפיצוי מחוץ לקבוצה, ומעלים חששות לקשרים קודמים של הצדדים עם הגוף הנתרם ול"גלגול" תרומות קודמות. בשולי הדברים, סוגיית הסדרת התרומות בחקיקה – והפרצות המתגלות בה – היא ייחודית לדין הישראלי. פתרון התרומות התפתח במשפט האמריקני, שם הוא מכונה גם "cy pres", כשם היוקטרינה החוזית המאפשרת ביצוע בקירוב כאשר ביצוע בפועל אינו אפשרי. בדומה למשפט הישראלי, לפחות עד שנת 2016, בבתי המשפט הפדרליים פתרון התרומות הוא פתרון נפוץ, על אף הביקורת העזה שנמתחה עליו מכיוונים שונים. ראו למשל את הדין בטקסטבוק WILLIAM B. RUBENSTEIN & HERBERT B. NEWBERG, NEWBERG AND RUBENSTEIN ON CLASS ACTIONS § 12:32 (6th ed. 2022), שמציין גם את ה-"trend away from cy pres". בניגוד למשפט הישראלי, פתרון התרומות במשפט הפדרלי האמריקני הוא יציר הפסיקה ואינו מעוגן כלל בתקנה הרלוונטית או בדבר חקיקה אחר. שם. ממילא, אם כן, אין איסור חקיקתי על תרומות, והצדדים לא נדרשים לעוקפו. לסקירה של הדין הדומה בקנדה, ראו למשל Jasminka Kalajdzic, *The Illusion of Compensation: Cy Pres Distributions in Canadian Class Actions*, 92 CAN. BAR REV. 173 (2013). לסקירת הנושא ראו למשל לביא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 343-350.

למטרה אחרת, הקרובה ברוחה למטרות התובענה – כגון תרומה לצד ג'.²¹ בחלק זה נסקור את הרקע לפתרון התרומות, את השימוש בו והקשיים שהוא עורר, וכן את השינוי בחוק משנת 2016 והקמת מנגנון הקרן הייעודית במסגרתו.

1. קשיים תיאורטיים והיישום של פתרון התרומות בדן הישראלי

הדין הישראלי עיגן מראשית ימיו את פתרון התרומות. סעיף 20(ג) לחוק, בנוסחו המקורי משנת 2006, קבע כי אם "פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין... רשאי [בית המשפט] להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה... או לטובת הציבור."²² אמירות רבות מלמדות כי הפיצוי הכספי נתפס בעיני המחוקקים והשופטים כדרך המלך, בעוד ש"סעד אחר" מהווה החריג.²³ עם זאת, החל משנת 2006 השימוש בחלופה של "מתן סעד אחר" – והעברת קופת הפיצוי לצד ג' מכוחה – הלך וצבר פופולריות רבה בקרב הערכאות ועורכי הדין. מנגנון זה אף זכה לברכתו של בית המשפט העליון בשנת 2011 בפסק הדין המשפיע **תנובה נ' ראבי**, שעסק בפרשת הסיליקון בחלב, ובו חולקו עשרות מיליונים מקופת הפיצוי למספר עמותות.²⁴ מחקר אמפירי מטעם הרשות השופטת שפורסם בשנת 2014 אישש מגמה זו. נמצא כי סעד התרומות הפך ל"סעד הנפוץ ביותר... בתיקי תובענות ייצוגיות".²⁵

הטעם לעליית השימוש במנגנון התרומות לאחר חקיקת החוק משנת 2006 ברור – תרומה לצד ג' מהווה פתרון נוח לכל המעורבים, לרבות בית המשפט, תוך שהנתבע נושא בתשלום קופת הפיצוי, כך שתכלית ההרתעה לכאורה מקוימת. על פניו, פתרון זה – שמבוסס רעיונית על דוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" – אף מגשים את תכלית הסעד ואת רצון הקבוצה.²⁶ ברוח זו, בעניין **תנובה** עמד בית המשפט העליון על הצורך לעצב את מנגנון הפיצוי כך שתקוים "ולו זיקה מסוימת בין קבוצת המפוצים לקבוצת הניזוקים".²⁷

²¹ כאמור, הביסוס הדוקטרינרי למנגנון התרומות הוא הדוקטרינה החוזית של "ביצוע בקירוב", לעיל ה"ש 19.

²² סעיף זה יובא אל החוק מהוראות זהות שנקבעו בחוקים ספציפיים, שהתירו שימוש במכשיר התובענה הייצוגית טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות. ראו הסקירה בנושא זה בעע"מ 2748/15 **מי אביבים 2010 בע"מ נ' ליבוריץ**, פס' 37 (נבו 2019.1.9).

²³ גישה זו נשמעה במגוון מקורות. ראו למשל בדברי עו"ד שירלי אבנר ממחלקת ייעוץ וחקיקה בפרוטוקול ישיבה 14 של ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 83 (5.1.2006); באביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות 79-80, 658 (2017)** (להלן: פלינט וויניצקי); וברע"א 1644/15 **גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ** (נבו 2015.5.27) (להלן: עניין גור) ות"צ (מחוזי מרכז) 13-07-60684 **צובטרו נ' לאומי קארד בע"מ**, פס' 19 (נבו 2015.4.27).

²⁴ ראו בע"א 10085/08 **תנובה** – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' **עזבון ראבי** (נבו 2011.12.4) (להלן: עניין תנובה).

²⁵ אלון קלמנט ואח' **תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית 24-25** (הרשות השופטת, מחלקת מחקר 2014). להעברת יתרת הפיצוי יש כמובן וריאציות שונות – העברת כל סכום הפיצוי, או רק את יתרת הפיצוי שלא נדרשה בידי הקבוצה בתוך תקופת זמן מוגדרת.

²⁶ ראו הכתוב ליד ה"ש 21.

²⁷ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 24, בפס' 59 לפסק הדין של השופטת חיות; עניין **גור**, לעיל ה"ש 23, בפס' 12. עמדה זו מתכתבת עם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, ראו למשל ת"צ (מחוזי ים-14602-12 **רות קוליאן נ' בקר תנובה בע"מ**, פס' 7 (נבו 2015.19.7).

עם זאת, דומה כי השאיפה להקפיד על "זיקה" בין קבוצת המפוצים לבין יעדי התרומה נתקלת בקשיים ביישומה במציאות. שופטים, הלכה למעשה, אישרו מקרים רבים של תרומות בהם קשה להכיר בזיקה ממשית בין העמותה הנתרמת לעילת התובענה.²⁸ למרבה האירוניה, אפילו בעניין **תנובה** עצמו נפסק סעד של תרומת מוצרי חלב לנזקקים – מטרה שהקשר בינה לבין עילת התובענה (סיליקון שהוכנס לחלב עמיד בהיעדר ידיעת הצרכנים) קלוש ביותר.²⁹ ברי, כי ככל שנחלשת הזיקה בין התרומה לבין העילה, כך מתרופפת התכלית של "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין".³⁰

הבעייתיות באי-מימוש תכלית מתן הסעד הולם מתחדדת גם לנוכח העובדה שמנגנון התרומות מעלה חששות לפגיעה אף בתכלית ההרתעתית של התובענה הייצוגית. הקשיים המוכרים והידועים בתחום התובענות הייצוגיות, כלומר, החשש מקנוניה בין מייצגי הקבוצה לבין הנתבעת בפשרה, מקרינים גם על הלימת פתרון התרומות את תכלית ההרתעה.³¹ כך, מצד הנתבעות, עלה החשש שתשלמנה לעמותות או גופים הקשורים אליהן,³² או אפילו "תגלגלנה" את החיוב כתרומות שתרמו (או התחייבו להן) זה מכבר, אם מכוח הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אחרת ואם מכוח הסכם קודם ביניהן לבין הנתרמים.³³ אפשרות זו, ל"צביעת" תרומה שממילא הייתה אמורה להינתן (ואולי כבר ניתנה) ככזו שבאה בעקבות ההליך המשפטי, חותרת תחת מטרת

²⁸ לסקירת מקרים – בדין הישראלי והאמריקני – ראו למשל לביא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 344-346; פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 661-662. וראו לשם הדוגמה גם את ת"צ (מחוזי מר') 13-01-15273 **כהן חללה נ' שופרסל בע"מ** (נבו 24.2.2015) בו הנתבעת התחייבה לתרום לאגודה למלחמה בסרטן לשם מחקר בנושא גמילה מעישון בקרב האוכלוסייה הערבית, בעוד שעילת התובענה הייתה הטעיה צרכנית, ואת ת"צ (מחוזי ת"א) 12-04-15954 **עמי נ' אור סיטי נדל"ן בע"מ** (נבו 7.7.2013) שעסקה בשליחת דואר זבל, ובו נתרמה קופת הפיצוי למרכז הבינתחומי הרצליה.

²⁹ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 24, בפס' 60. ניתן לתהות כיצד ניתן לקיים את פתרון התרומה בתובענות ייצוגיות צרכניות, בו לא מעשי לזהות את הקבוצה הנפגעת. תרומה ראויה יותר, על פני הדברים, תבקש להיטיב עם כלל ציבור הצרכנים של תנובה (ולא רק עם הצרכנים הנוזקים), למשל, תרומה לארגונים שעניינם הגנת הצרכן. תרומה כזו תהלוס יותר גם את מטרת התובענה הייצוגית באותו עניין – שעילתה הייתה הטעיה צרכנית. באופן כללי יותר, דוגמה זו ממחישה בעינינו את חוסר התכלית בעמדה שמבקשת להמשיך ולקיים את פתרון התרומה תוך עמידה על דרישת ה"זיקה" בין הקבוצה לבין התרומה.

³⁰ יוער כי גם כאשר מתקיימת זיקה, עולה החשש כי בהיעדר פיקוח על הגוף הנתרם ייעשה בתרומות שימוש חורג מיעודן המקורי עד כדי ירידתן לטמיון. ת"צ (מחוזי ת"א) 11-07-22236 **שרייר נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ**, בפס' 10(ד) (נבו 16.9.2014) (להלן: עניין **שרייר**).

³¹ ראו לעיל בה"ש 3.

³² לבעיית הנוציג בהסדרי תרומות ראו למשל פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 650-651; עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 30; אסתר חיות "התובענה הייצוגיות ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935, 950-952 (2016).

³³ ראו למשל בת"צ (מחוזי מר') 10-03-44751 **בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ** (נבו 8.7.2012) שם הוסכם על תרומה של כ-7 מיליון ש"ח למחשובו בתי-ספר בבאר-שבע, ואולם התברר כי תרומה בסכום זהה ניתנה ממילא על-ידי אותו נתבע ימים ספורים לפני חתימת הסדר הפשרה; קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 743-744 (2016); דברי רוני שדה בפרוטוקול ישיבה 224 מיישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 13 (5.7.2016).

ההרתעה.³⁴ בנוסף, הועלו בפסיקה חששות מכך שהנתבעות יכולות להפיק מהתרומות תועלת פרסומית ושיווקית³⁵ ואף הטבות מס.³⁶ זאת ועוד, ככל שמדובר בתרומה בעין של מוצרים, ניתן להניח שלרוב קיים פער בין שווי ההטבה לצרכן לבין עלות מתן ההטבה לנתבעות, מה שמאפשר להן, שוב, לשלם פחות מהפיצוי המוסכם.³⁷ מהצד השני, יצוין שהעברת התרומה לצד ג' עשויה להיטיב גם עם מייצגי הקבוצה (למשל, נוכח קשריהם עם הנתרים) ולא רק עם הנתבעות, וזאת, כמובן, על חשבון האינטרסים של הקבוצה.³⁸

לצד פגיעת פתרון התרומות בתכליות ההרתעה והסעד, פתרון זה מעורר גם מספר קשיים מוסדיים. ראשית, ניתן לטעון כי אין זה ראוי, בראי שיטת המשפט האדברסרית

34 כך, מכיוון שכפועל לא מוטלת על הנתבעת סנקציה בגין ההפרה. ראו גם דברי השופטת מיכל נד"ב בת"צ (מחוזי מר') 37321-01-11 **מייזליק נ' עיריית פתח תקווה**, פס' 36 (נבו 14.12.2014) ("המטרה של הרחעה מפני הפרת הדין אינה מושגת בהסכם... המוצע. המשיבה שגבתה כספים שלא כדין, מבקשת למעשה לעשות שימוש בכספי גביית היתר, לקידום פרויקט של בית ספר שהוא גם כן תחום אחריותה ותפקידה הרגילים").

35 חששות אלו משותפים למנגנון התרומה ולפשרות בהן ניתן סעד בעין, כגון "פשרות קופונים". ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 667; עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 10(a); ת"צ (מחוזי מרכז) 46065-10-21 **גבריאלי נ' מלונות פתאל בע"מ** (נבו 26.7.2023) (הנתבעת העניקה פיצוי בסך 754,000 ש"ח בדמות שירותי אירוח במלונותיה למספר עמותות שונות שירותים לחולים, חיילים, אוכלוסיות בעלי צרכים מיוחדים ונוקקים); ת"צ (מחוזי חי') 45927-03-17 **לדרמן נ' עמית החזרי מס בע"מ** (נבו 27.2.2018); ת"צ (מחוזי ת"א) 24675-10-13 **הררי נ' צבאן בכור - תכשיטים בע"מ**, פס' 59-63 (נבו 30.8.2020) (להלן: עניין **הררי**); ת"צ (מחוזי י-ם) 31011-08-15 **קליין נ' מאפית דוידובין ובניו בע"מ** (נבו 1.9.2019) (להלן: עניין **קליין**).

36 הנתבעות עלולות לזקוף את התרומה לצורך קבלת זיכוי מס לפי סעיף 46 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; ראו בת"צ (מחוזי חי') 14588-04-11 **סבר נ' סונול ישראל בע"מ** (נבו 27.11.2014) ובת"צ (מחוזי חי') 1169-07 **הראל נ' שטראוס מחלבות בע"מ**, פס' 15 (נבו 28.5.2015) שבהם התקבלה עמדת היועמ"ש לפיה אין לאפשר זאת. להבדיל, בת"צ (מחוזי חי') 10425-03-16 **משה דהאן נ' אדיר רי. סחר בע"מ**, פס' מ"ד (נבו 5.2.2017) (להלן: עניין **דהאן**), נפסק כי יש להשאיר את ההכרעה בכך לפקיד השומה. מצאנו גם כי יש שופטים שראו לנכון להתנות כי התרומה לא תשמש לצורך זיכוי (ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 33934-03-17 **פנחס טרבלסי נ' רונילייט דיגטל בע"מ**, פס' 71 (נבו 21.1.2021)), ולפעמים אף הנתבעות הקדימו בהצהרה שלא יעשו כן מיוזמתן (ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 41013-10-17 **תומר כהן נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פס' 24 (נבו 27.11.2022)).

37 גם כאן, אלו חששות משותפים להסדרים בהם ניתן סעד בדמות קופונים או הנחות. ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 28757-02-20 **מנצור נ' מאפית שיבולת השרון בע"מ**, פס' 83 (נבו 16.1.2023) (להלן: עניין **מנצור**); ת"צ (מחוזי חי') 9272-11-19 **לב נ' שמן תעשיות בע"מ**, פס' 28 (נבו 4.4.2021). לדין כללי יותר ראו קלמנט, "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית", ה"ש 18 לעיל. בדומה, הנתבעות עשויות להעדיף מוצרים שהן מעוניינות להפיץ (בין אם לאור עלות וזולה ובין אם לשם הגברת החשיפה שלהם לציבור) או כאלו שנתרו במלאי באין דורש. עניין **הררי**, לעיל ה"ש 35, בפס' 57; דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 38; ת"צ (מחוזי ת"א) 2537-09-14 **מלכה נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ**, פס' 16-17 (נבו 15.11.2017) (להלן: עניין **פריגו**).

38 עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 10(a); ת"צ (מחוזי מר') 47395-11-10 **מינוף ויזמות בע"מ נ' דרך ארץ הייווי (1997) בע"מ**, פס' 26 (נבו 26.12.2013) (להלן: עניין **מינוף ויזמות**). לדוגמאות במשפט האמריקאי, לרבות מקרה בו נתרמו 353 מיליון (!) דולר לעמותה שיושב הראש שלה הוא עורך הדין של הקבוצה, ראו Daniel Fisher, *A Lawyer Who Tries to Block Settlements*, FORBES (Sep. 21, 2009) <https://www.forbes.com/forbes/2009/0921/outfront-tort-consumers-lawyer-tries-to-block-settlements.html>

שלנו, שבית המשפט יקבע את מטרת התרומה או יברור בין הנתרמים השונים.³⁹ בנוסף, התערבות בית המשפט בהמלצה על מען התרומה פוגעת בפררוגטיבה הנתונה לקבוצת הנפגעים להחליט באמצעות נציגיהם מה יהא גורלו של הפיצוי, השייך להם והמוסב לתרומה.⁴⁰ יתרה מכך, חסרים לבית המשפט הכלים המתאימים – והחקיקה הדרושה – לבחינת התאמת מען התרומה למטרות התובענה הייצוגית הספציפית; על פני הדברים, זוהי מלאכה שראויה יותר לרשות המבצעת.⁴¹ לבסוף, מתן שיקול דעת פתוח לבית המשפט, ללא קריטריונים, מזמין ניגודי עניינים ואולי אף שחיתות.⁴²

על רקע קשיים תיאורטיים אלו בחרו בתי המשפט בגישות שונות על הרצף שבין התערבות לאי-התערבות ביישום מנגנון התרומה. לפי גישה אחת, על בית המשפט להיות מעורב בבחירת הגוף הנתרם ובפיקוח על יעדי התרומה ועל השלמתה. דוגמה לכך היא עניין **שרייר**, שעסק בגביית עמלות שלא כדין בגין משיכת מזומנים. הצדדים הגיעו להסדר פשרה במסגרתו הוסכם כי יועבר סך של כ-5.7 מיליון ש"ח לחמש עמותות שונות שבחרו הצדדים, וביקשו את אישורו של בית המשפט להסדר. בית המשפט, מפי השופט ענבר, עמד על הכעוּת העולות ממנגנון התרומה, והציע רשימת תנאים שיש בהם כדי להקוות. בעיקר, השופט ענבר ביקש ליצור שקיפות רבה יותר ביחס לתרומה ולקשרים, בעבר ובהווה, בין הגוף הנתרם לצדדים המעורבים.⁴³ באופן כללי יותר, השופט ענבר ציין גם כי ככלל, יש להעדיף את השימוש בעמותות גג, כלומר, עמותות שמרכזות

עניין **מינוף יזמות**, לעיל ה"ש 38, בפס' 45.

ראו ת"צ (מחוזי חי') 29191-09-13 **נדב אבידור נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' 16-26 (נבו 3.2.2015) (להלן: עניין **אבידור**); פסק דין זה יושם גם בהסתלקויות מתוגמלות ולא רק בפשרות, ראו בת"צ (אזורי ת"א) 64596-02-20 **אלכסנדר שפירא - מלון נפטון בע"מ** (נבו 10.6.2021) (להלן: עניין **נפטון**); ראו גם ב- *Cy Pres Settlements: Problems Associated*, 56 B.C. L. REV. 733 (2015) *with the Judiciary's Role and Suggested Solutions*. לאור האמור ניתן לסבור כי היכן שבית המשפט מצא שאין להעביר את התרומה לגוף שנבחר על-ידי הצדדים, עליו לפסול את הצעתם (ולא לבחור גוף אחר לפי שיקול דעתו). עניין **אבידור**, בפס' 18.

עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 21; ת"א (מחוזי ת"א) 2150-07 **פרנקל נ' הנקל סוד בע"מ**, פס' 25 (נבו 16.6.2014) (להלן: עניין **פרנקל נ' הנקל סוד**). השוו לדין הקצר אצל לביא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 349.

ראו בהקשר זה את דברי פרוף' סמואל יששכרוף: "an invitation to wild corruption of the judicial process", Adam Liptak, *Doing Out Other People's Money*, N.Y. TIMES, (Nov. 26, 2007) <https://www.nytimes.com/2007/11/26/washington/26bar.html>. עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 24-27. ביתר פירוט, נדרש שהצדדים יציגו את התרומה כפיצוי לטובת הציבור הניתן במסגרת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ולא כתרומה פילנתרופית; הצדדים יחויבו בהעברת גילוי נאות ביחס לפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה, ובכלל זה תצהיר המבהיר כיצד ומדוע נבחרו הגורמים הנתרמים ומפרט קשרי עבר ביניהם והתחייבויות קודמות להעברת תרומות לידיהם; הגוף הנתרם יתבקש להנפיק אישור ניהול תקין מרשם העמותות, לפרט בתצהיר את הליכי התובענות הייצוגיות שבהן קיבל תרומות, הסכומים שקיבל והשימוש שעשה בהם. בנוסף, הגוף הנתרם יבהיר בתצהיר מהי תכנית הפעולה שלו לתרומה הספציפית ויתחייב להגיש דו"ח מפורט ומאומת בתצהיר בכל הנוגע לשימוש שיעשה בתרומה בפועל.

ומפקחות על העברות כספים לעמותות אחרות.⁴⁴ גישתו המחמירה של ענבר אומצה בפסיקה אחרת, והיו לה הדים גם בעמדות היועץ המשפטי לממשלה בהסכמי פשרה.⁴⁵

מנגד, בתי משפט אחרים דגלו בגישה מקלה, שלפיה על בית המשפט, ככלל, לכבד את עמדת הצדדים. כך למשל, בעניין **מינוף יזמות בע"מ**, בו הוגשה תובענה ייצוגית בשל גביית יתר של אגרה בכביש 6, הצדדים הציעו כי הנתבעת תתרום ארבעה מיליון ש"ח לשלוש עמותות. על הסדר מוצע זה הוגשה התנגדותה של המועצה הישראלית לצרכנות, בה ביקשה המועצה להחמיר ולדרוש מהצדדים להציג לבית המשפט נתונים כמו רשימת התורמים של העמותות, תצהירים, מסמכים באשר לפועלן של העמותות, תוכניות פעולה מאומתות לגבי אופן מימוש התרומה ואף כתיב התחייבות לבצען. בית המשפט, מפי השופט שטמר, סירב לקבל עמדה זו, וסבר שלמעט התנאות בסיסיות – התחייבות שהתרומה תתרום מעבר לכל תרומה אחרת ודרישת גילוי בדבר קשרים יש לצדדים עם הגופים הנתרמים – מדובר ככלל בהכבדות מיותרות. ברוח דומה, השופט שטמר דחתה את המלצת המועצה להעביר את הכספים לעמותת גג, בשל ספקותיה בדבר עדיפותן של עמותות גג והפיקוח מטעמן, זאת בניגוד לעמדת השופט ענבר בנושא זה.⁴⁶ כמו עניין **שרייר**, גם לעניין **מינוף יזמות בע"מ** יש הדים בפסיקותיהם של בתי משפט רבים.⁴⁷

פסקי הדין של שטמר וענבר משקפים תמונת מצב רחבה יותר. עובר לתיקון החוק בשנת 2016 – וכפי שנראה, גם בהמשך הדרך – שאלת האסדרה של תרומות לצדדי ג' הייתה שנויה במחלוקת רבה בפסיקה. חלק מפסקי הדין, בעקבות עניין **שרייר**, נקטו בגישות הדוגלות בפיקוח מחמיר של בית המשפט על הסדרי התרומה; אחרים, כגון **מינוף יזמות**, הקלו את התנאים לאישור הסדרי תרומה; ויש גם פסקי דין אחרים שהביעו גישות עצמאיות.⁴⁸

⁴⁴ כך, בפרט כשמדובר בסכום פשרה משמעותי וכשבאי-כוח הקבוצה מתקשים להציע עמותות בעלות ניסיון ארגוני וניהולי מוכח. עניין **שרייר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 28. העדפה זו לטובת השימוש בעמותות גג קיבלה ביטוי במספר פסקי דין נוספים, ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 54880-11-21 **אביטל נ' שטראוס מזון טרי בע"מ** (נבו 2.4.2023) (להלן: עניין **אביטל נ' שטראוס**); ת"צ (מחוזי י-ם) 8275-09-20 **חורש נ' מעדני יחיעם (1993) בע"מ**, פס' 16 (נבו 31.10.2022).

⁴⁵ ראו בת"צ (מחוזי ת"א) 8272-10-14 **אוסנת כהן נ' טעמן- שיווק מזון בע"מ** (נבו 11.7.2016); בת"צ (מחוזי ת"א) 41943-10-12 **אליקים בשן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פס' 10 (נבו 17.5.2016) (היוע"מ"ש מאמץ את ההתנאות וההגבלות מעניין **שרייר**); ת"צ (מחוזי ת"א) 7353-05-15 **אסף צידון נ' ולרי יוסופוב**, פס' 10 (נבו 21.1.2016); ת"צ (מחוזי ת"א) 11500-08-12 **מיכאל ברוק נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (נבו 6.10.2015) (להלן: עניין **ברוק**).

⁴⁶ עניין **מינוף יזמות**, לעיל ה"ש 38.

⁴⁷ ראו למשל בעניין **אבידור**, לעיל ה"ש 40, בפס' 20-23; ת"צ (מחוזי מרכז) 55572-02-14 **הנדל נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (נבו 13.7.2015); ת"צ (מחוזי חי') 59351-10-13 **ברוך נ' מילקו תעשיות בע"מ**, פס' 32 (נבו 13.2.2015) (להלן: עניין **ברוך**).

⁴⁸ מספר בתי משפט הטילו איסור על הנתבעות לזקוף את התרומה לשם קבלת הטבות מסוי (ראו לעיל בה"ש 36). היו גם שקבעו כי מן הראוי לקשור בין שכר הטרחה לבין מימוש התרומה כדי לגשר על הפער בין שווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר הפשרה. ראו בעניין **ברוק**, לעיל ה"ש 45; ת"צ (מחוזי ת"א) 48441-06-12 **לופו נ' מטרופולין תחבורה ציבורית בע"מ** (נבו 2.8.2015); ת"צ (מחוזי מרכז) 1261-07-13 **איידלין נ' קשת טעמים בע"מ** (נבו 30.6.2015). גישה אחרת, בפסק

2. תיקון מספר 10 לחוק תובענות ייצוגיות (2016)

לאור הבעיות העיוניות שעורר מנגנון התרומות וחוסר הקוהרנטיות ביישומן, התבקש פתרון חקיקתי.⁴⁹ ואכן, במסגרת תיקון מספר 10 לחוק, המחוקק הסדיר מחדש את מנגנון התרומות. החידוש העיקרי לענייננו הוא הקמת הקרן לחלוקת כספים שחולקו כסעד בתובענות ייצוגיות, מכוח סעיף 27 לחוק, וההנחיה להעביר אליה "סעד כספי לטובת הציבור".⁵⁰ מטרת התיקון ברורה, ועולה מההיסטוריה החקיקתית שלו – התיקון נועד למנוע את השימוש במנגנון התרומה, בפרט, לאורם של ה"חששות בדבר קשרים קודמים בין הנתבע ובין מקבל התרומה".⁵¹

במקום להעביר את כספי הפיצוי לצדדי ג', כגון עמותות, התיקון שואף כי אלו יועברו לקרן לחלוקת כספים. הקרן, שהוקמה מכוח החוק, פועלת תחת ניהולו של האפוטרופוס הכללי, ובראשה וועדה המחלקת את הכספים שנצברו בה על פי אמות-מידה שגובשו עם שר המשפטים ופורסמו ברשומות.⁵² באשר ליעדי הכספים, המחוקק הוסיף הוראה פוזיטיבית הקוראת לשופטים לייעד במסגרת פסק דינם את הכספים "לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה", וככל שיימצא שהדבר אינו מתאפשר – לתחום "הקרוב ככל האפשר לנושא התובענה".⁵³ מעבר לכך, אין בלשון החוק הנחיות מהותיות לגבי ייעוד הכספים. וכך, לפי דוחותיה של הקרן, מדי שנה מועברים לניהולה עשרות מיליוני ש"ח שאותם היא מחלקת.⁵⁴

שניתן לאחר תיקון מספר 10, הביעה השופטת צפת. לפי גישה זו די בתרומה לעמותת גג (באותו עניין, ארגון "לרת"), כדי לחסן את הסדר התרומה מהתנאות והגבלות. ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 41724-12-04 לוקר נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 10 (נבו) 29.1.2017.

⁴⁹ מעניין כי הקריאה לפתרון חקיקתי – בדמות גוף מיוחד שיפקח על הגופים הנתרמים – הגיעה גם מבחי המשפט עצמם. ראו למשל עניין מינוף יזמות, לעיל ה"ש 41, בפס' 25.

⁵⁰ ס' 20(א)2 לחוק. בדומה, הנחיית החוק היא להעביר לקרן לחלוקת כספים יתרות פיצוי לאחר שנעשתה חלוקה. ס' 20(א)3 ו-20(ג)2 לחוק.

⁵¹ דברי הסבר לתיקון מספר 10, בעמ' 118.

⁵² ס' 27(א) לחוק; לנהלי הקרן ראו נוהל עבודת הוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות, י"פ התשפ"ב 10819, 11735 https://www.gov.il/BlobFolder/reports/class_action_law/he/7694.pdf (להלן: נוהל עבודת הוועדה לחלוקת כספים, התשפ"ב); ובמקור, נוהל עבודת הוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות, י"פ התשע"ח 7694, 4867 https://www.nevo.co.il/law_word/law10/yalkut-7694.pdf.

⁵³ ראו לעיל ה"ש 50.

⁵⁴ כפי שנראה להלן, כספים אלו מחולקים בעיקרם על-פי קולות קוראים שהקרן מפרסמת תדירות; וכן באמצעות הקצאות ישירות. ראו למשל משרד המשפטים דין וחשבון שנתי של פעילות הקרן לניהול החלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות, י"פ התשפ"ב 9963, 1060 (2021) (להלן: הדוח השנתי של הקרן לחלוקת כספים לשנת 2020); משרד המשפטים דין וחשבון שנתי של פעילות הקרן לניהול החלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות, י"פ התשפ"ב 10708, 10388 (2022) (להלן: הדוח השנתי של הקרן לחלוקת כספים לשנת 2021). על-פי נהלי הוועדה קולות קוראים מפורסמים בסמוך לשיבות הוועדה, המתכנסת מספר פעמים בשנה, בהן היא קובעת את סוגי הפרויקטים שיקבלו תמיכה, גובה הסכומים, הקריטריונים להקצאה וכו'. להבדיל,

נרחיב קמעה על הדרך בה מחלקת הקרן כספים לעמותות. מודל המימון שלפיו פועלת הקרן לא נקבע עלי חוק, והוא שונה מהותית מהמודל שהשתרש בבתי המשפט. כך, בניגוד למודל התרומות בבתי המשפט, הקרן לא בוחרת עמותות ומעבירה אליהן באופן ישיר כספים. במקום, הקרן מפרסמת קולות קוראים לפרויקטים הנבחרים על ידה והקשורים לנושאי התובענה הייצוגית ממנה הועברה קופת הפיצוי. לפרויקטים אלו מגישים מועמדות גופים שונים, שמהם בוררת הקרן את הנמען המתאים.⁵⁵ בנוסף, מכיוון שאין משמעות למימון פרויקטים בסכומים נמוכים, לא כל העברה מפסק דין הופכת לקול קורא. כך, הקרן לעיתים "מאגמת" סכומים (צנועים) שנצברו ממספר פסקי דין לכדי מאגר כספי משמעותי שעל בסיסו מתפרסם קול קורא יחיד לציבור.⁵⁶

פתרון הקמת הקרן לחלוקת כספים כמובן אינו חף מקשיים. ראשית, טענה שמושמעת לעיתים היא שהקרן, הנדרשת לחלק בכל שנה עשרות מיליוני ש"ח המופקדים לקופתה, איננה מתפקדת במהירות הראויה ולכן לא מצליחה להשלים את המלאכה.⁵⁷ אכן, נדמה כי בשנים הראשונות לפעילותה סבלה הקרן מתת-תפקוד ולא השכילה לטפל במיליוני השקלים שהופנו אליה.⁵⁸ ודוק, ככל שהקרן אינה מספיקה לחלק את אותם הכספים, מטרת הסעד נפגעת בהתאם. שנית, פעילות הקרן, ומודל המימון אותו בחרה, מעלים שוב את החשש מניתוק הזיקה בין ה"תחום הקרוב לנושא התובענה" לבין הקצאת הכסף בפועל.⁵⁹ דוגמה לחשש זה ניתן לראות בתקופת מגיפת הקורונה, בה תוקן נוהל פעילותה של הקרן כדי לאפשר לוועדה לעשות שימוש בכספים לצרכים לאומיים מיידיים, עקב השלכות המגיפה. מכוח תיקון זה הקצתה הקרן בשנת 2020 כ-35 מיליון ש"ח למטרות בריאות, רווחה וחינוך, כאשר חלק ניכר מן הסכומים

55 במקרים מסוימים ראשית הועדה לקבוע שסכומים יוקצו על-ידי הקצאה ישירה לגופים שפנו אליה באופן יזום, בכפוף למגבלות כגון חובת הנמקה מיוחדת ורף מקסימלי של 200,000 ש"ח. ראו נוהל עבודת הוועדה לחלוקת כספים, התשפ"ב, לעיל ה"ש 52, בעמ' 11738.

ראו בנוהל עבודת הוועדה לחלוקת כספים, התשפ"ב, לעיל ה"ש 52, בעמ' 11738, ס' 5-6 (קביעת הייעוד לכספים ופרסום קול קורא). וכן, ראו לשם ההדגמה את הוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות "קול קורא מספר 61/2023 – לטובת הגנה על זכויות לקוחות הבנקים" (קול קורא 2.4.2023).

<https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/61-23/he/61-23.pdf>, אשר פורסם בעקבות פסק הדין בת"צ (מחוזי חי') 38983-08-16 אהוד צורף נ' בנק הפועלים בע"מ (נבו 17.8.2019), תובענה ייצוגית שעניינה היה בטענה, כי המשיבים משכו שיקים על אף שטרם הגיע מועד פירעונם, תוך גרימת נזק לחברי הקבוצה.

56 ניתן לראות באתר הקרן את פסקי הדין ה"משויכים" לכל קול קורא. "הוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד בתובענות ייצוגיות - מאגר קולות קוראים" משרד המשפטים https://www.gov.il/he/Departments/DynamicCollectors/class_action_law_database?skip=0. ראו גם את דוחות פעילות הקרן, לעיל ה"ש 54.

57 ניתן לראות את הסכומים הרלוונטיים בדוחות פעילות הקרן, לעיל ה"ש 54. כך למשל, בשנת 2021, הופקדו לקרן כ-52 מיליון ש"ח. הדוח השנתי של הקרן לחלוקת כספים לשנת 2021, לעיל ה"ש 54, בס' 1.

58 ראו למשל באפרת נוימן "במשרד המשפטים קבור אוצר: 108 מיליון שקל מתביעות ייצוגיות שאינם מגיעים ליעדם" **TheMarker** (14.2.2021) <https://www.themarker.com/law/2021-02-14/ty-article/premium/0000017f-e77d-d62c-a1ff-ff7f16dc0000>.

59 לדוגמה אנקדוטלית ולדין קצר ראו להלן בה"ש 191, והכתוב לידה.

האמורים לא יועד על ידי בתי המשפט במקור לצורך הקצאה עבור תחומים אלו.⁶⁰ בנוסף, ניתן לטעון שפתרון הקרן ואופן יישומו בפועל מעמיסים על הרשות המבצעת עלויות מנהליות, וששיקול הדעת הרחב שניתן לקרן מעלה חששות לגבי ניהודי עניינים ופוליטיזציה.⁶¹

האם פתרון הקרן הוא הפתרון ה"נכון"? האם העברה לצדדי ג' דרך הקרן עדיפה על העברה דרך בתי המשפט? האם אפשר לשפר את תפקוד הקרן? דיון רחב בשאלת הקרן, ושיפור פעילותה, חורג מהיקפו של מאמר זה. עם זאת, נציין כי, לאחר התחלה מהוססת, דומה שהקרן "התניעה" והגבירה משמעותית את פעילותה בשנים האחרונות.⁶² בנוסף, למודל המימון הייחודי בו בחרה הקרן יש יתרונות מסוימים. כך למשל, מימון פרויקטים מאפשר על פני הדברים פיקוח טוב יותר על השימוש בכספים בידי הנתרמים. ככלל, אנו סבורים כי על אף הקשיים, מנגנון הקרן לחלוקת כספים משרת טוב יותר את מטרות חוק תובענות ייצוגיות מאשר המצב שקדם לו, בו היה באפשרותם של בעלי הדין להעביר סכומי כספים עצומים לצדדי ג', כטוב בעיניהם. בפרט, נדגיש את ההשלכה על תכלית ההרתעה. בעוד שבתי המשפט אינם מתמחים בפיקוח על יעדי התרומה שנבחרו על ידי הצדדים ו/או בקביעת יעדי תרומה עצמאיים, פתרון הקרן מנתק את הצדדים מיעדי התרומה, ומעביר את ההכרעה בשאלת יעדי התרומה לגוף שזוהי התמחותו. בכך, מנגנון הקרן מנטרל את החששות מכך שהנתבעת תשלם פחות מהסכום עליו הוסכם, ומהעברת סכומי כסף למייצגי הקבוצה או לקרוביהם, בעקיפין וללא פיקוח בית המשפט.⁶³ כזכור, זו הייתה גם מטרתו המפורשת של המחוקק בתיקון מספר 10. כנקודת מוצא, אם כן, אנו סבורים שפתרון הקרן עדיף על העברת תרומות דרך בתי המשפט.

עם זאת, היענות בתי המשפט למושכלות תיקון מספר 10 – ולעיתים אף להוראותיו המפורשות של המחוקק – לוקה בחסר. מצב עניינים זה מזמין תיקון נוסף. ואכן, כעת

⁶⁰ הדוח השנתי של הקרן לחלוקת כספים לשנת 2020, לעיל ה"ש 54; נציין כי הקליניקה לתובענות ייצוגיות פנתה באותה עת לשר המשפטים בגין פרסום תיקון זה, בטענה שפעילות הקרן על בסיסו עלולה לסתור את סמכויותיה ולנגוד את מטרות חוק תובענות ייצוגיות, לאור היעדר הזיקה בין הקצאת הכספים בפועל לבין נושא התובענה. מכתב מהקליניקה לתובענות ייצוגיות, לאמיר אוחנה, שר המשפטים, בעניין תיקון נוהל עבודת הוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות על רקע מגיפת הקורונה (19.4.2020); הועדה פרסמה בדו"ח העוסק בהקצאות שנעשו בתקופת הקורונה, אך אינו מפרט את פסקי הדין שעל-בסיסם חולקו הסכומים המתוארים בו. הועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד בתובענות ייצוגיות **סיכום פעילות קרן תובענות ייצוגיות בתקופת משבר הקורונה** (2020)

https://www.gov.il/BlobFolder/reports/accountability_report_corona/he/ac-countability_report_corona.pdf; דוגמאות ברורות זו ניתן למצוא גם במצבי הירוס אחרים. ראו למשל בהוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות "קול קורא 71/2023 – לטובת ארגונים העוסקים בהצלת חיים במהלך המלחמה, באיזורי העימות בצפון או בדרום" (קול קורא 18.10.2023) <https://uclicks.inforu.net/28iemcqh48ax-12146913629-> cfef02e7302f4f8604152541f5a77ae1-5bllorooia40000010boegag.htm בקול קורא זה הקרן מייעדת לחלוקה לטובת הצלת חיים באזורי המלחמה סך של 2 מיליון ש"ח, שמקורם בתובענה ייצוגית שעניינה גביית יתר בשל עיקולי רכבים.

⁶¹ על קשיים אלו עמד אחד מאיתנו במאמר קודם. לביא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 354-355.

⁶² הדברים עולים מעיון בדוחות פעילות הקרן, לעיל ה"ש 54.

⁶³ להשלמת התמונה, ניתן לטעון כי גם אם מטרת הסעד לא ממומשת כראוי דרך הקרן – היא בוודאי אינה ממומשת דרך פתרון התרומות.

מונחים על שולחן הכנסת תיקוני חקיקה מוצעים. להלן נצביע על ארבע פרצות דרוך הצליחו צדדים, תוך ברכתו של בית המשפט ועל אף תכליתו הברורה של תיקון מספר 10, להעביר תרומות לצדדי ג'. מתוך תקווה כי כל תיקון עתידי ייתן משקל גם לפרצות אלו.

ב. פרצה הקוראת לתרומה – הפרצות בחוק תובענות ייצוגיות

1. תרומות מוצרים במקום סעד כספי

פרצה ראשונה באיסור על תרומות היא האפשרות לתרום לצדדי ג' מוצרים, בעין, במקום סעד כספי. כזכור, סעיף 20(ג) המתוקן מורה כי במקרה בו נפסק "סעד כספי לטובת הציבור", סעד זה יועבר לקרן הייעודית לחלוקת כספים. שינוי זה נועד כאמור למנוע העברת קופת הפיצוי לצדדי ג', בפרט לאור החשש שהנתבע משלם פחות מכפי הנזק שגרם, בהכרעה, או מכפי המוסכם, בפשרה.⁶⁴ עם זאת, הסעיף, בנוסחו לאחר התיקון, קובע הנחיות רק לגבי "סעד כספי" לטובת הציבור, להבדיל, למשל, מסעד בעין. האם, אם כן, משתמע מכך כי אכן ניתן להעביר תרומה בעין, כגון, מוצרי הנתבעת, לצד ג'?⁶⁵

אמנם מבחינה לשונית נוסחו של התיקון לחוק חל כאמור רק על "סעד כספי", כך שתרומת מוצרים, לכאורה, אינה כפופה לחובת ההעברה לקרן. ברם, מבחינת תכלית החוק וההיסטוריה החקיקתית,⁶⁶ קשה להצדיק את ההבחנה הזו בין "סעד כספי" לבין תרומת מוצרים. ואכן, הרקע החקיקתי לתיקון, והיתרונות באימוצו על פני המצב שקדם לו – שרירים וקיימים הם גם לגבי תרומת מוצרים.⁶⁷ כך, גם המקרה של תרומת מוצרים לנתרם מסוים עליו הסכימו הצדדים מעורר חשש לגבי קשר קודם בין הנתבעת לבינו, כלומר, שהנתבעת תשלם פחות מכפי צרכה. בדומה, תרומת מוצרים לנתרם מסוים מאפשרת למייצגי הקבוצה לקבל הטבה שלא דרך שכר הטרחה המוצהר.⁶⁸ ולבסוף, כיבוד הסכמת הצדדים באשר לזהות הנתרם אליה ייתרמו המוצרים מזמין את התרופפות הקשר בין העילה והקבוצה לבין הגוף הנתרם, שכן מייצגי הקבוצה והנתבעת יבכרו

⁶⁴ לעיל ה"ש 51; ראו גם את עמדת פרופ' אלון קלמנט ורני נויבאר בפרוטוקול ישיבה 128 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 21-22 (24.5.2016); ואת עמדת רוני שדה בפרוטוקול ישיבה 224 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 13 (5.7.2016).

⁶⁵ נדגיש: השאלה המשפטית היא העברת סעדים שאינם-כספיים לצדדי ג', להבדיל, למשל, מהעברת סעדים שאינם-כספיים לחברי הקבוצה. אין בתיקון מספר 10 איסור על פיצוי חברי הקבוצה בדרך של סעד שאינו כספי. נהפוך הוא: המחוקק הפריד בין "סעד אחר לטובת הקבוצה" ובין סעד כזה "לטובת הציבור" (ס' 20(ג)1) לחוק; ההדגשה הוספה). בכל הקשור ל"סעד כספי לטובת הציבור" קיימת הוראה המחייבת העברה לטובת הקרן לחלוקת כספים, ס' 20(ג)2 לחוק; אך הוראה מקבילה לא קיימת לגבי סעד אחר "לטובת הקבוצה". לעניין זה ראו גם רע"א 2292/22 ש. שסטוביץ בע"מ נ' רזה, פס" 22 (נבו 12.2.2023) (להלן: עניין שסטוביץ) ("... תרומה לעמותות אינה הטבה לקבוצה כי אם תרומה לציבור – ועל כן דרך המלך היא העברת כספי התרומה לקרן הייעודית[...]").

⁶⁶ ראו למשל לעיל ה"ש 64.

⁶⁷ דברי הסבר לתיקון מספר 10, בעמ' 4-5.

⁶⁸ ראו לעיל ה"ש 38 והטקסט הצמוד לה.

להעביר את כספי הקבוצה לנתרמים המועדפים עליהם; ומנגד, אף בחירת הגוף הנתרם על ידי בית המשפט, בהיעדר הכוונה חקיקתית, בעייתית הן מבחינה פרקטית והן מבחינה עיונית.

ככל שניתן בכלל להבחין בין תרומת מוצרים לסעד כספי, הרי שאפשר לטעון שדווקא תרומת מוצרים פוגעת ביתר שאת במטרת ההרתעה, שכן היא מאפשרת לנתבעת ליהנות מיתרון פרסומי הקשור בהפצת מוצריה ומהפער בין עלות המוצר עבורה לבין שווי המוצר לצרכנים.⁶⁹ מסיבה זו, ומסיבות אחרות, גם עמדת משרד המשפטים והיועצת המשפטית לממשלה רואה בתכלית התיקון כשוללת תרומת מוצרים.⁷⁰

על אף כל האמור, במישור המעשי נשמעת הטענה שאין להעביר סעד בעין לקרן, שכן לקרן אין את היכולת לנהל את המוצרים ולמסרם הלאה למענם הסופי. טיעון זה זכה לקונצנזוס יחסי, שמגובה אף בעמדת היועצת המשפטית לממשלה.⁷¹ לטעמנו טיעון זה אינו משכנע. ראשית, לא ברור מדוע הקרן אינה יכולה לטפל בתרומות מוצרים – על פי רוב מדובר בזכויות למוצר שאותה בוודאי ניתן להעביר הלאה לנתרם הרלוונטי (למשל, בדרך של חלוקת שוברים למוצרי הנתבעת), כך שהקרן ממילא לא נדרשת למאמץ לוגיסטי מיוחד.⁷² בנוסף, וחשוב מכך, התכלית החקיקתית המפורשת – איסור על תרומות – חזקה בעינינו מהשיקול המעשי. תכלית זו מגובה כאמור בעיגונים תיאורטיים רבים. לכן, ככלל, איננו רואים סיבה לפנות לתרומת מוצרים. נציע שלא לאפשר לצדדים להעביר חלק מקופת הפיצוי בצורת מוצרים שהקרן אינה כשירה לנהל, ובמקרים שכאלו יש לדרוש מהם להציע חלופה של סכום כסף מקביל במקומם.⁷³

על אף התכלית החקיקתית הברורה, בתי המשפט נחלקו בדבר שאלת תרומת סעדים בעין. פסקי דין רבים קיבלו את העמדה העקרונית שלפיה תיקון מספר 10 מעיד כי דרך המלך היא העברה לקרן של פיצוי שלא ניתן לחלק לחברי הקבוצה – ולכן, ככלל, אין

⁶⁹ עניין הררי, לעיל ה"ש 35, בפס' 57; דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 38; ת"צ (מחוזי ת"א) 47109-06-14 איילת רייטן נ' מאמי קר בע"מ, פס' 5 (ב) (נבו 7.10.2015); לעיל ה"ש 37 והטקסט הצמוד לה.

⁷⁰ ראו בדוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 36-39; עמדת היועמ"ש בת"צ (מחוזי ת"א) 5211-03-17 ש.ג. (קטינה) נ' פי. אמ. איי. סחר ויזום בע"מ (נבו 4.12.2021) (להלן: עניין פי. אמ. איי).

⁷¹ ראו למשל עניין דהאן, לעיל ה"ש 36, פס' מ"ה (נבו 5.2.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 5508-12-19 אלסנר נ' ניופאן בע"מ, פס' 48 (נבו 18.9.2022) (להלן: עניין אלסנר). לעמדת משרד המשפטים ראו דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 36-39; וכן עמדת היועמ"ש בעניין אלסנר. על עמדה זו חולקים פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 665-666. לטעמם, כאשר נפסק סעד שווה-כסף על הקרן לפנות לבית המשפט ולהודיע אם ביכולתה לטפל בחלוקת הפיצוי. במקרה שלא, עליה להסביר לבית המשפט כיצד לדעתה יש לחלק את הפיצוי ושומה עליו לתת לדבריה משקל נכבד.

⁷² אנו מודים לכב' השו' בדימוס יצחק ענבר על ההערה בנושא זה.

⁷³ ואכן, במקרים מסוימים ניתן לראות שופטים שמבקשים מהצדדים להחליף את תרומת המוצרים בהעברת סעד כספי לקרן, ויש שופטים שאף הגדילו לעשות וזימו זאת בעצמם. ראו למשל בעניין פי. אמ. איי., לעיל ה"ש 70, בפס' 109-114 (פיצול הסעד כך שחלק ממנו יועבר לקרן); ת"צ (מחוזי ת"א) 59359-02-20 סנו-מפעלי ברונס בע"מ, פס' 66-61 (נבו 19.1.2022) (יצוין שבתאריך 24/10/2022 חזר בו השופט מהחלטתו ונתקבלה הצעת הצדדים להעביר את ההטבה כתרומת מוצרים לעמותת "לתת"); ת"צ (מחוזי ת"א) 29651-02-19 ליטבק נ' קבוצת גולף א. ק. בע"מ, פס' 168-169 (נבו 25.11.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 67496-06-17 רונוברג נ' מרב מזון כל בע"מ, בעמ' 5 (נבו 14.2.2018).

מקום להעביר סעד בשווה-כסף לצדדי ג'.⁷⁴ זו גם, כאמור, עמדת היועצת המשפטית לממשלה. עם זאת, במספר לא קטן של פסקי דין ניתן למצוא שופטים שמתנגדים לקו מחשבה זה,⁷⁵ וכאלו שאף דוחים במפורש את עמדת היועצת.⁷⁶ לדידם, באין התייחסות מפורשת בתיקון מספר 10 לתרומות מוצרים – הסמכות לאשרן נותרה בעינה.⁷⁷ בדומה, בפסקי דין רבים אחרים ניתן למצוא הבעת עמדה משתמעת לפיה סעד בעין לטובת הציבור פטור מהעברה לקרן. כך, ניתן למצוא פסקי דין המאשרים תרומות לעמותות בשווה-כסף (כגון תרומת מוצרים), מבלי להביע עמדה עקרונית לפה או לשם;⁷⁸ או, שופטים שהסתפקו בלהניח בפני הצדדים את האפשרות לבחור בין מסלול תרומת המוצרים, בכפוף להגבלות מסוימות, או לחלופין לשקול להעביר את הפיצוי לקרן בכסף.⁷⁹

בין שתי העמדות העקרוניות – זו השוללת תרומת מוצרים וזו המאפשרת תרומה כזו – ניתן לזהות גם גווני ביניים. כך, מספר בתי משפט נתנו ביטוי לעמדתם במישור התמריצי, קרי הצמדת "קנס" – בדמות הפחתת שכר הטרחה והגמול המוסכמים –

⁷⁴ ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 19279-07-12 **כהן חללה נ' רד בול (ישראל) בע"מ** (נבו 11.4.2023); שם בהחלטה מיום 30.5.2023; ת"צ (מחוזי מרכז) 11930-04-12 **אבידן נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פס' 96-97 (נבו 7.7.2020) (להלן: עניין אבידן); ת"צ (מחוזי מרכז) 67528-11-18 **ברק נ' יינות ביתן בע"מ**, פס' 16 (נבו 7.6.2022).

⁷⁵ שופטת בולטת באישור הסדרי תרומות היא השופטת בזק רפפורט. ראו למשל ת"צ (מחוזי י-ם) 60177-06-20 **בן דרור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (נבו 22.9.2022) (השופטת בזק רפפורט קובעת כי "בהתחשב במורכבות הוכחת היקף הנוק שנגרם, אם נגרם, בגין ההפרה הנטענת, הפתרון אליו הגיעו הצדדים – תרומת מוצרים לעמותות – נראה גם הוא כדרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת בין הצדדים..."). אך, נעיר כי בפסקי דין אחרים מביעה השופטת בזק-רפפורט עמדה מסויגת יותר, למשל, אישור תוך הפחתת שכר הטרחה והגמול לאור תרומת המוצרים. ראו למשל ת"צ (מחוזי י-ם) 45277-01-16 **אסרף נ' א. סיימן סחר בע"מ** (נבו 11.11.2018) (להלן: עניין אסרף); ראו גם להלן ה"ש 80 והכתוב לידה.

⁷⁶ לפסקי דין בהם נדחתה עמדת היועצת ראו למשל עניין קליין, לעיל ה"ש 35, בפס' 23, 34-35; עניין אלסנר, לעיל ה"ש 71; ת"צ (מחוזי ת"א) 43879-10-21 **הירש נ' שידורי קשת בע"מ**, פס' ד' (נבו 15.1.2023) (להלן: עניין הירש); ת"צ (מחוזי ת"א) 41999-01-13 **זלצר נ' סופר-פארם (ישראל) בע"מ**, פס' 15 (נבו 14.8.2017).

⁷⁷ ת"צ (מחוזי מרכז) 42901-01-18 **עטר נ' סלקום ישראל בע"מ**, פס' 46 (נבו 2.9.2021); ת"צ (מחוזי י-ם) 62868-10-13 **מונרדי נ' תשלובת נקניק נהריה כשר וזולובק בע"מ**, פס' 35 (נבו 9.9.2019) (להלן: עניין מונרדי).

⁷⁸ ת"צ (מחוזי ת"א) 13359-09-20 **יהודה נ' החברה למרכזי תרבות וספורט לעובדו למשפחתו בע"מ (חל"צ)**, פס' 40 (נבו 28.6.2022); ת"צ (מחוזי ת"א) 13004-09-19 **תותרי נ' מרינדו בע"מ**, פס' 38 (נבו 29.11.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 57095-12-17 **באשר נ' האחים חמוי (מוצרי בשר) בע"מ**, פס' 87-88 (נבו 1.2.2022); ת"צ (מחוזי ת"א) 52992-09-17 **כספי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 9 (נבו 10.2.2019) (להלן: עניין כספי); ת"צ (מחוזי ת"א) 38838-08-15 **טבקמן נ' הרשת הרביעית בע"מ**, פס' 10 (נבו 11.9.2017) (להלן: עניין טבקמן); ת"צ (מחוזי מרכז) 26444-06-19 **גנסין נ' הוט סלקום שותפות מוגבלת**, פס' 69 (נבו 21.2.2023) (להלן: עניין גנסין).

⁷⁹ ת"צ (מחוזי י-ם) 53188-08-18 **עמותת תועלת לציבור נ' אופטיקל סנטר בינלאומי בע"מ**, פס' 12 (נבו 9.6.2020) (להלן: עניין אופטיקל סנטר בינלאומי בע"מ); ת"צ (מחוזי י-ם) 122-08-18 **תועלת לציבור נ' א.פ. עיצובים לבית בע"מ**, פס' 12 (נבו 3.6.2020); ת"צ (מחוזי י-ם) 4204-11-17 **נ' טבע תעשיות פרמצבטיית בע"מ**, פס' 29 (נבו 6.11.2018).

בפשרות אשר בהן הסכימו הצדדים על תרומת מוצרים.⁸⁰ עמדה דומה ניתן לראות בפסיקה העדכנית של בית המשפט העליון בנושא. כך, בשני פסקי דין שכתבה טרם פרישתה השופטת ברון, מצד אחד היא מביעה את עמדתה כי "דרך המלך לחלוקת יתרת פיצוי שלא מומשה איננה באמצעות תרומה לעמותות, כי אם באמצעות העברת הכספים שנפסקו כסעד לידי הקרן לניהול ולחלוקת כספים".⁸¹ עם זאת, בשני פסקי הדין הפכה השופטת ברון את החלטת המחוזי שלא לאשר הסדר פשרה בו הוסכם על מתן יתרת הפיצוי – דרך שוברי מתנה – כתרומה לעמותות. בכך, אפשרה למעשה השופטת ברון העברה לעמותות.⁸² ברם, בשני המקרים החליטה השופטת ברון להפחית את שכר הטרחה עליו הוסכם באופן משמעותי.⁸³

נחזור על עמדתנו העקרונית: תכלית החקיקה ברורה – למנוע כליל את העברתה של קופת הפיצוי (או חלקה) לצדדי ג'. קשה לראות כיצד עמדה המאפשרת תרומת מוצרים עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה. עמדה כזו פותחת פתח רחב להעברת כספים לצדדי ג' ללא כל פיקוח – וכדוגמת קיצון, הצדדים אף יכולים להעביר שוברי תשלום (שההבדלים ביניהם לבין מזומן לענייננו זניחים) ישירות לידי צדדי ג', רק לשם

⁸⁰ בתי המשפט הצדיקו את הפחתת שכר הטרחה והגמול במקרים אלו משיקולי תפוקה (השוו לע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (נבו 23.5.12)) – שכן התועלת לקבוצה נמוכה יותר במקרה של תרומת מוצרים, לעומת סעד כספי. ראו למשל עניין אסרף, לעיל ה"ש 75, בפס' 23 ("אף שאין להמעיט בערכה של תרומת המוצרים, במקרים רבים ערכה הציבורי נופל במידה ניכרת מערכה הכספי, בניגוד לתרומה כספית ישירה. בדרך כלל רק תרומה כספית ישירה ניתן להפנות למטרה האופטימלית להשקפת מקבל התרומה. כמו כן, בתרומת מוצרים העלות לתורם מופחתת..."); ת"צ (מחוזי חי') 18-04-28421 משה נ' בי או די רגבים - חקלאות מתקדמת וביוטכנולוגיה בע"מ שינתה שמה ל-"מחלבת גלילי בע"מ", פס' 18 (נבו 5.6.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 17-02-20642 שמואלי נ' חברת קולגייט פלמוליב, פס' 39 (נבו 14.2.2019) (להלן: עניין שמואלי). עמדה דומה, לגבי הפחתת שכר הטרחה, הביעה היועצת המשפטית לממשלה. ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 74593-12-20 אמרני נ' סנפרוטט בע"מ, פס' 15(ד), 41 (נבו 12.4.2022) (להלן: עניין אמרני); ת"צ (מחוזי מרכז) 19-01-57594 חדידה נ' M3 ישראל בע"מ, פס' 31-36 (נבו 11.1.2022) (להלן: עניין חדידה). בהערת צד, התפתחה מחלוקת בשאלת סמכותו של בית המשפט להעביר את הסכומים שהפחית אל קופת הפיצוי. ראו בעניין ברון, לעיל ה"ש 48, פס' 23-28 שם הביעה השופטת וילנר את דעתה השוללת זאת. ואולם, קשה לומר שדעתה התנחלה בלבבות כל השופטים, והיו מי שהעבירו מקופת שכר הטרחה והתגמול אל קופת הפיצוי אף מבלי להידרש לדעת הצדדים. ראו למשל בעניין שמואלי הנ"ל, בפס' 42, ובת"צ (מחוזי ת"א) 20-03-40923 אלכסנדר פרנג'י נ' מיהריטאג' בע"מ, פס' 68-69 (נבו 9.3.2023). עמדה זו התקבלה בהכרעת בית המשפט העליון בע"א 6121/21 כרמי נ' שלמה תחבורה (2007) בע"מ, פס' 8 (נבו 27.12.2021) ובעניין סופרגו, לעיל ה"ש 2, בפס' 50 (הערה שביעית).

⁸¹ ראו בעניין שסטוביץ, לעיל ה"ש 65, בפס' 22; רע"א 335/23 דאבלטק בע"מ נ' לב, פס' 20 (נבו 27.7.2023) (להלן: עניין דאבלטק).

⁸² נעיר שבעניין שסטוביץ, הוצרך מהלך זה "לנוכח שוויו הכולל של הסדר הפשרה ובשים לב לעובדה שמדובר בתרומת מוצרים (להבדיל מתרומה כספית) שאינה ההטבה המרכזית המוצעת לקבוצה אלא מהווה חלופה שלישית למימוש השווי הכולל של הפשרה." שם, בפס' 22. ראו גם להלן ה"ש 85.

⁸³ שם, בפס' 23 (הפחתת הגמול ושכר הטרחה מסכום (מצטבר) של 650,000 ש"ח לסך של 250,000 ש"ח); עניין דאבלטק, לעיל ה"ש 81, בפס' 21-22 (הפחתת שכר הטרחה מ-230,000 ש"ח ל-150,000 ש"ח). יש דמיון רב נוסף בין שני המקרים. בשניהם מדובר בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעילתה ספאם, ושניהם נדחו על ידי השופט רניאל. בשני המקרים הרכיב הייקרי בהסדר הפשרה הוא חלוקת שוברים לחברי הקבוצה, כאשר היתרה יועדה לעמותות דרך תרומת מוצרים.

התחמקות מהעברתם במתכונת כספית לחזקת הקרן.⁸⁴ בסופו של דבר קשה לראות הבדל משמעותי בין עמדות הביניים שלפיהן "דרך המלך" היא תרומת סעד כספי אך במקרים מסוימים תאושר תרומת מוצרים לצדדי ג'; ובין העמדה שמאשרת באופן עקרוני תרומת מוצרים לצדדי ג'. ראשית, קשה לראות מהן אותן נסיבות חריגות שבהן תתאפשר תרומה לצד ג'.⁸⁵ הניסיון מלמד כי דרכם של חריגים כאלו להתרחב, ולהפוך לכלל.⁸⁶ אך גם אם ניתן להגדיר נסיבות חריגות כאלו, עצם ההעברה של חלק מקופת הפיצוי לצד ג', בהסכמת הצדדים, עומדת בסתירה לתכלית החוק.

אין פלא, אם כן, שכאשר נדרש משרד המשפטים לרפורמה בחוק תובענות ייצוגיות, התבקשה סגירת פרצה נפוצה זו.⁸⁷ עם זאת, פרצה זו אינה הפרצה היחידה. להלן נראה כי גם בסיטואציות אחרות מצאו הצדדים – בגיבוי בתי המשפט – נתיבים לעקוף את העברת הכספים לקרן.

2. הסדרה עתידית

פרצה נוספת היא האפשרות לשלב תרומות לצדדי ג' דרך הסדרים המגדירים צו עשה. נדגים באמצעות עניין **שופרסל נ' בלמס**, תובענה ייצוגית חסרת ייחוד בעילת נגישות.⁸⁸ נטען שם כי שופרסל הפרה את דיני הנגישות בכך שאין בסניפיה מסך המהווה

⁸⁴ השוו לת"צ (מחוזי חי') 57922-09-20 **סבירסקי נ' סלקום ישראל בע"מ** (נבו 30.6.2023) (להלן: עניין **סבירסקי**); ת"צ (מחוזי י-ם) 19811-01-16 **אלבוים נ' מרב מזון כל בע"מ** (נבו 16.6.2019) (נתרמו לעמותות כרטיסי זיכוי לרכישת מוצרים בסניפי המשיבה); ת"צ (מחוזי ת"א) 17708-04-17 **תהלה נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, פס' 23 (נבו 28.4.2023) (כנ"ל).

⁸⁵ ניתן להקשות ולשאל מהן הנסיבות החריגות בעניין **שסטוביץ**, לעיל ה"ש 65. כזכור, שם הוצדקה תרומת המוצרים לאור שווי הסדר הפשרה, לאור היותו של הסעד בעיין, ולאור כך שלא דובר בחלופה המוכיחה למימוש הסדר הפשרה. נימוקים אלו נראים לנו מוקשים. בהסדר הפשרה דובר על מתן הטבות לחברי הקבוצה שהוערכו בשווי של 1.8 מיליון ש"ח, בנוסף לתרומת מוצרים בשווי של 400,000 ש"ח. עם זאת, הצדדים הסכימו כי הנחות שלא תנוצלנה תועברנה גם כן לתרומה. לאור שיעור המימוש המוגבל, ניתן להניח כי חלק משמעותי מהסדר הפשרה – בסכום שאינו טריוויאלי – ימומש באופן של תרומת מוצרים לעמותות (עניין **שסטוביץ**, לעיל ה"ש 65, בפס' 7).

⁸⁶ ואכן, ניתן היה לצפות שלאחר הלכות בית המשפט העליון בנושא הערכאות הנמוכות "תתישרנה" בהתאם. אך גם מאז שניתנו פסקי הדין האמורים של השופטת ברוך, מצאנו כי שופטים ממשכים לאשר תרומות מוצרים כדבר שבשגרה, מבלי להתייחס כלל לסוגיית עדיפותו של פיצוי כספי דרך הקרן לחלוקת כספים. ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 23807-04-22 **אור נ' פרימיום - חברה לדברי מתיקה ולמסחר בע"מ** (נבו 29.5.2023); עניין **גנסין**, לעיל ה"ש 78, בפס' 69. עניין **סבירסקי**, לעיל ה"ש 84.

⁸⁷ להמלצת הדוח ולעיגון בהצעת החוק ראו לעיל ה"ש 15-16 והתקסט הצמוד להן. באשר לפופולריות של תרומת המוצרים, מנתונים אמפיריים של משרד המשפטים לגבי הפשרות שהובאו לבחינת הייעוץ המשפטי בשנת 2020 עולה כי כ-10% מהפשרות כללו תרומת מוצרים (לשם ההשוואה – כשליש מהפשרות כללו פיצוי כספי אישי, כ-40% הסדרי שוברים, וכ-15% העברה לקרן). ראו בהרצאת עו"ד לירן חשין-ברוש ועו"ד ליאור ששון "פיצוי בדמות קופונים במסגרת הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" (הרצאה בכנס תובענות ייצוגיות בראי תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב) **יוטיוב** 1:23:10 (16.7.2024) <https://www.youtube.com/live/ILRSgJDZPsQ?si=xKXlJrBoSnwixdvn&t=4990>. מן הסתם, שיעור הפשרות שמכילות תרומות מוצרים עלה לאחר הלגיטימציה שניתנה לפרקטיקה זו בפסיקת העליון, ראו לעיל ה"ש 81 והתקסט הצמוד לה.

⁸⁸ רע"א 3736/22 **שופרסל בע"מ נ' בלמס** (נבו 6.9.2022) (להלן: עניין **בלמס**, בעליון).

חיווי חזותי של ההודעות הניתנות במערכת הכריזה, ובפרט, כריזת הודעות לגבי מבצעים. בהתאם, התבקש צו עשה המורה לשופרסל להנגיש את מערכת הכריזה במרכוליה, וכן פיצוי בעבור הנזק שנגרם ללקוחות שופרסל ששמיעתם מוגבלת.⁸⁹ שופרסל התנגדה וטענה כי דיני הנגישות אינם מחייבים אותה בהתקנת מסך בסניפיה; ממילא קיים חיווי חזותי, למשל, דרך שלטי מבצע ושילוט מדף. טרם התקיים בתיק דיון מהותי, הגיעו הצדדים לפשרה לפיה שופרסל לא תפצה את חברי הקבוצה ישירות אך תעביר סך של 120,000 ש"ח לעמותת "שמעיה", הפועלת למען בעלי מוגבלות בשמיעה. סכום זה ינותב לטובת פיתוח יישומון לטלפון הסלולרי, אשר יסייע לכבדי שמיעה לקבל חיווי על מבצעי מכירות. כן הוסכם בהסדר הפשרה על גמול ושכר טרחה בסך כולל של 75,000 ש"ח. לאחר שניתנה חוות דעת מטעם בודק, וללא התנגדות מהותית מצד היועצת המשפטית לממשלה, אישר בית המשפט המחוזי (השו' רניאל) את הסדר הפשרה תוך הפחתת סכום שכר הטרחה וקביעת מסגרת זמן ליישום ההסדר ולפיתוח היישומון.⁹⁰ הסדר זה אושר גם בבקשת רשות ערעור שהוגשה לעליון.⁹¹

ממבט ראשון, לפנינו הסדר פשרה מוצלח. מעבר לקיום הדרישות הפרוצדורליות, כגון חוות דעת בודק וקבלת עמדת היועצת המשפטית לממשלה, הסדר הפשרה מסדיר את התנהלות שופרסל לעתיד, ונותן מענה – בדמות אפליקציה ללקויי שמיעה – שיש בו כדי לעזור לציבור רחב. ואולם, ממבט מעמיק יותר עולות תהיות רבות לגבי הסדר פשרה זה. כך, נקודת מבט אחרת על הסדר הפשרה היא שמדובר הלכה למעשה בתרומה – עליה הסכימו הצדדים – בסך 120,000 ש"ח, דווקא לעמותת שמעיה, ללא כל מעורבות או פיקוח של בית המשפט. כפועל יוצא מכך, הרי שקמים לתחיה החששות המוכרים שמנינו לעיל. ראשית, לא ברור מדוע נבחרה דווקא עמותת שמעיה, מתוך סט העמותות הפעילות לטובת לקויי שמיעה. שנית, וקשור לכך, מצאנו שקיים קשר קודם ומתמשך בין העמותה לבין הנתבעת.⁹² כזכור, קיומו של קשר כזה עשוי להצביע על כך שהנתבעת משלמת פחות מהסכום הנקוב בהסדר הפשרה. שלישית, אין במקרה שלנו פיקוח על יעדי התרומה. ואכן, פיתוח האפליקציה הושלם לכל המאוחר במאי 2022⁹³ אך נכון

⁸⁹ ת"צ (מחוזי חי') 68080-06-20 **בלמס נ' שופרסל בע"מ**, פס' 1-8 (נבו 6.12.2021) (להלן: עניין **בלמס**, במחוזי). הסעיפים עליהם התבססה התובענה הם תק' 21-22 לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות (התאמת נגישות לשירות), תשע"ג-2013 (להלן: תקנות הנגישות לשירות).

⁹⁰ שם, עניין **בלמס**, במחוזי. חוות דעתו של הבודק העלתה מספר הסתייגויות לגבי הסכם הפשרה – ובפרט, היישומון. בעקבות הסתייגויות אלו שינו הצדדים מעט את היישומון. שם, בס' 15.

⁹¹ השתלשלות העניינים מעט מורכבת יותר. בהחלטתו מיום 6.12.2021 בית המשפט המחוזי קצב מסגרת זמן של ארבעה חודשים לביצוע הסכם הפשרה ולפיתוח היישומון. עניין **בלמס**, במחוזי, לעיל ה"ש 89, בפס' 23. אך הצדדים לא עמדו במסגרת זמן זו והודיעו על סיום פיתוח היישומון רק ביום 15.5.2022. עניין **בלמס**, בעליון, לעיל ה"ש 88, בפס' 6. לאור זאת, ביטל בית המשפט המחוזי את אישור הסכם הפשרה ביום 17.5.2022. על כך הוגשה בקשת רשות ערעור מטעם הצדדים, שהתקבלה, ובה הפך העליון, מפי השופטת ברוך, את החלטת המחוזי. שם.

⁹² דף עמותת שמעיה (Shmaya@) **פייסבוק** (10.8.2020) <https://www.facebook.com/shmayaisrael/videos/2719513891651362/> ("אנחנו עובדים כבר מספר שנים עם החברות הגדולות במשק כגון... שופרסל").

⁹³ לעיל ה"ש 91. נציין כי לפי דף היישומון בחנות האפליקציות ב-Google Play, העדכון האחרון ביישומון הוא מספטמבר 2022. "Shmaya" **Google Play** <https://play.google.com/store/apps/details?id=dev.vizo.shmaya&gl=IL&pli> .=1

למועד כתיבת שורות אלו, דומה שהיא איננה – ומעולם לא הייתה – בשימוש.⁹⁴ רביעית, ספק אם פיתוח אפליקציה חדשה היה נדרש מלכתחילה. כך, לאור החלופה של יידוע מוגבלי השמיעה דרך אפליקציית הנתבעת, שהייתה זמינה להם ממילא ובלאו הכי בעלת זיקה רבה יותר לקבוצת הנפגעים מהתנהלותה.⁹⁵ ממכלול הדברים עולה, אם כן, שחברי הקבוצה לא הפיקו כל תועלת מהסדר הפשרה.

לפינו, איפוא, גוון נוסף של פתרון התרומות – שימוש בצו עשה להסדרת התנהלות הנתבעת, דרכו מתחייבת הנתבעת להעביר הטבות לגופים שלישיים, כגון עמותות. ואכן, הסדרי פשרה ברוח דומה נמצאו גם בתיקים אחרים.⁹⁶ הסדרי פשרה אלו, כבדוגמת עניין **בלמס**, מעלים חשש ממשי לתועלת מינימלית לקבוצה מחד, ותת-תשלום מצד הנתבעת, מאידך.

לעמדתנו, אם כן, יש טעם לפגם בכך שבהסדרי פשרה שאמורים להסדיר את התנהלות הנתבעות נכללות העברות לצדדים שלישיים. עמדתנו משתלבת עם עמדה כללית יותר שרואה בחשדנות הסדרי פשרה ובהם הסדרה עתידית של התנהלות הנתבעת, מסיבות מגוונות. בעוד שהתייחסות מלאה לסוגייה זו חורגת מהיקפו של מאמר זה, ספק בעינינו אם בהסדרי פשרה בתי המשפט צריכים לסמוך את ידם על האופן המדויק בו תוסדר התנהלות הנתבעת לעתיד.⁹⁷ כך, במיוחד לאור העובדה שהסדרי פשרה נחתמים

⁹⁴ אמנם, האפליקציה זמינה להורדה בחנות ההורדות. אך לאחר שהורדנו את האפליקציה, לא הצלחנו להפעילה. עוד נציין כי במועד כתיבת המאמר מספר ההורדות, לפי דף חנות האפליקציות ב-Google Play, היה חד ספרתי (לרבות מספר הורדות שנעשו על ידי כותבי המאמר). בדומה, אין כל ביקורות משתמשים בחנות האפליקציות על השימוש ביישומון, שם. נתונים אלו מצביעים על היעדר השימוש באפליקציה. עוד נציין כי אין זכר לאפליקציה באתר הבית של עמותת שמעיה. היעדר תיעוד לאפליקציה מתמיה, משום שהאפליקציה יועדה ללקוחות כל הרשתות, ולא רק ללקוחות חברת שופרסל. "חדשות" **שמעיה** <https://www.shmaya.org.il/news>.

⁹⁵ הערה זו עלתה ברוב הבורק, והצדדים התייחסו אליה. עם זאת, בית המשפט המחוזי לא דן בסוגייה זו. ראו עניין **בלמס**, במחוזי, לעיל ה"ש 89, בפס' 13, 17-19.

⁹⁶ השוו לח"צ (מחוזי חי') 49291-01-17 **שגב נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (נבו) 14.7.2021. (תביעה ייצוגית בעילה של חשיפה לעישון של מבקרי "מרכזית המפרץ"; בהסדר הפשרה התחייבה הנתבעת, בין היתר, להציע סדנאות גמילה מעישון לעובדיה, שתועברנה על ידי קופות החולים, וכן להתקשר עם האגודה למלחמה בסרטן לפרסום קמפיין למניעת עישון); ת"צ (מחוזי חי') 50489-01-20 **פינטוך נ' אלוניאל בע"מ** (נבו) 23.6.2021. (להלן: עניין **פינטוך**) (תביעה בעילה של עישון במסעדות מקדונלדס; במסגרת הסדר הפשרה התחייבה הנתבעת, בין היתר, לקמפיין פרסום להעלאת המודעות לאיסור על עישון, וכן לשיתוף פעולה עם העמותה למלחמה בסרטן ועמותת "אוויר נקי" לפרסום מסרים בסניפי בדבר האיסור על עישון); ת"צ (מינהליים ת"א) 29117-03-13 **יעקובוביץ נ' מי הרצליה בע"מ** (נבו) 24.1.2018. (תביעה סביבתית, בה הערייה התחייבה ליישם כמה פרויקטים במסגרת הסדר הפשרה, לרבות פרויקט שבגדרו תעמיד תרומה בסך של 2,500,000 ש"ח לטובת המרכז לחינוך ימי בני הרצליה); ת"צ (מחוזי ת"א) 17894-05-20 **בורשטיין נ' המכללה האקדמית לחינוך חמדת הדרום** (נבו) 16.2.2021. (תביעה שעניינה הנגשת אתרי אינטרנט; הנתבעת התחייבה, בין היתר, להעניק מלגות לתלמידיה, בעלי מוגבלויות, שעל חלוקתן תהיה אמונה עמותת "מכון עמרם"); ת"צ (מחוזי ת"א) 57824-06-15 **רשף נ' הוט - מערכות תקשורת בע"מ** (נבו) 1.5.2019. (תביעה הנגשה בה התחייבה הנתבעת, בין השאר, להעמיד לרשות עמותת "בקרול" זמן שידור לטובת קידום המודעות להנגשה).

⁹⁷ כך, להבדיל ממתן סעד המחייב את הנתבעת לחדול מהפרת הדין. המחלוקת באשר להסדרה עתידית מתמקדת בהשפעתה על עילות עתידיות. האם ברכתו של בית המשפט להסדר הפשרה כובלת את הנפגעים העתידיים מהתנהלות הנתבעת, על אף שלא היו צד לפשרה? שהרי, ניתן לשער

לרוב בתחילת ההליך, ללא דיון מהותי, וללא היכרות מעמיקה של בית המשפט עם המאטריה.⁹⁸ בדומה, כפי שעניין בלמס ממחיש, בתי משפט נתקלים בקושי להעריך את מהות ושווי ההסדרה העתידית לנתבעת. קשיים אלו מחייבים לדעתנו הפרדה בין שיקולי ההרתעה והסעד מחד, לבין שיקולי ההסדרה, מאידך.⁹⁹ בעניין בלמס, למשל, ניתן היה פשוט לקבוע כי על שופרסל לעמוד מכאן ואילך בדרישות הדין, תוך תשלום של 120,000 ש"ח לקרן לחלוקת כספים.

כך או כך, גם אם בית המשפט בחר להסדיר את התנהלותה של הנתבעת דרך הסדר פשרה או הסתלקות, מן הראוי לכל הפחות להימנע מקביעה שיפוטית בדבר אופן מימוש ההסדר, כלומר, דרך עמותה זו או אחרת; ומנגד, לדאוג לפקח כדבעי על יישומו הסופי. בדוגמת עניין בלמס ניתן היה לחייב את שופרסל להנגיש את סניפיה באמצעות אפליקציה, תוך הימנעות מהגדרת הגוף דרכו זו תיושם, ועם פיקוח בדיעבד ששופרסל אכן עומדת בהסדר ומנגישה את סניפיה בעזרת אפליקציה מתפקדת.¹⁰⁰

מעניין כי ברוח ובהצעת החוק אין התייחסות ישירה לפרצה זו, וניתן לה פתרון חלקי בלבד. על פני הדברים, במצב עניינים בו לא ניתן להעניק פיצוי אישי, החוק המוצע קובע כי יש להעביר את קופת הפיצוי לקרן; אך בתובענות ייצוגיות שעילתן דיני סביבה או הנגשה ניתן להעניק "פיצוי" בדמות הסדרה "במקום הסעד הכספי לקרן".¹⁰¹ הנה כי כן,

שבכל התידינות עתידית הפורום החדש ייתן משקל מה לכך שהסדר הפשרה אושר פוזיטיבית בפורום הראשון. ראו והשוו לדיון בשאלה זו בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 13982-05-13 בר נ' כלל חברה לביטוח (נבו 30.8.2015).

⁹⁸ באופן דומה, גם בפרשת בלמס ניתן לתהות האם הסדר הפשרה – והסדרת התנהלותה של שופרסל דרך אפליקציה – אכן מסדיר את התנהלותה של שופרסל בהתאם לדין. תקנות הנגישות לשירות, שעליהן התבססה התובענה הייצוגית, דורשות על פני הדברים את הצגת הודעות הכריזה במסך פיוז, ולא דרך אפליקציה. השוו לתק' 22 לתקנות הנגישות לשירות, המפרטת את המאפיינים הפיזיים של מסך כאמור. על פני הדברים, אם כן, למרות ה"הסדרה", שופרסל ממשיכה להפר את דיני הנגישות.

⁹⁹ אך השוו לעניין ת"צ (מרכז) 29387-09-14 דבוסקין נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ (נבו 4.1.2017), בו השופט גרוסקופף מאמץ את העיקרון של "הנגשת יתר", שמשמעו פיצוי הקבוצה באמצעות הנגשת שירותי המשיכה לקבוצה ברמה העולה על המתחייב על פי דין. מתן הטבה בצורה זו היא אמצעי פיצוי ראוי התורם לטובת הקבוצה... הוא גם פתרון מתבקש לאור זאת שקשה, ואולי אף בלתי אפשרי, לזהות ולפצות את חברי הקבוצה שניזוקו בגין מחדלי העבר". כאמור, לעמדתנו, חוסר היכולת של בית המשפט לפקח על טיבה של ההסדרה העתידית ולהעריך את שוויה מחייב במקרים כאלו פיצוי באמצעות העברה לקרן, ולא דרך "הנגשת יתר".

¹⁰⁰ במקרה כזה שופרסל אינה כבולה לגוף נתרם מסוים, והיא רשאית להסדיר את ההנגשה בסניפיה ככל שתחפוץ. על כן, פוחת החשש מהסדר פשרה בו מסכימים הצדדים להעביר בעקיפין הטבה למייצגי הקבוצה, דרך נמץ התרומה. בדומה, מתייתר הצורך של בית המשפט לאשר נתרם ספציפי. אפשרות חלופית הייתה העברה לקרן לצורך פיתוח אפליקציה. השווה לקול בו הזמינה הקרן פיתוח מערכות טכנולוגיות בהוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד לפי חוק תובענות ייצוגיות "קול קורא מספר 74/2023 - לטובת קידום מערכות או מוצרים מבוססי פיתוח ישראלי שישמרו על פרטיות המשתמשים" (קול קורא 25.12.2023)

<https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/kol-cor-74/he/kol-core-74.pdf>

¹⁰¹ ראו הנוסח המוצע לס' 20(ג)2 (2) בהצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), עמ' 1290-1291, לפיו בתובענות שעילתן דיני סביבה או הנגשה, אם הסדר הפשרה כלל "הצעה לסעד אחר... מעבר למתחייב לפי דין... רשאי בית המשפט לבחור... את הסעד האחר במקום הסעד הכספי לקרן... מטעמים מיוחדים שירשמו". על פני הדברים, אם כן, בתובענות ייצוגיות שאינן בתחומים אלו לא

בעניין **בלמס**, שעילתו נגישות, הסדר הפשרה הבעייתית וכו תרומה לעמותה דרך הסדרה עתידית, תואם את הוראות החוק המוצע. בנוסף, החוק המוצע מסדיר רק את הברירה בין הסדרה עתידית לבין העברת כספים לקרן; בעוד שאנו מבקשים להצביע על הבעייתיות הכללית יותר בהסדרת התנהלות הנתבעת, גם במצבים בהם הסדרה זו נעשית בנוסף (ולא במקום) פיצוי.¹⁰²

3. הגבלת שיקול דעתה של הקרן

הפרצה השלישית שתיקון מספר 10 לחוק הותיר בעינה היא יכולתם של בתי המשפט לכבול או לצמצם את שיקול דעתה של הקרן לחלוקת כספים בשלב קביעתם את ייעוד הכספים. כזכור, לאחר תיקון מספר 10 בתי המשפט נדרשים לייעד את כספי הפיצוי המועברים לקרן לחלוקת כספים, "לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה".¹⁰³ כפי שנראה להלן, בתי המשפט משתמשים בסמכותם זו כדי לכלול בפסיקתם המלצות עבור הקרן, בדרגות עצימות ומפורשות משתנות. המלצות אלו פותחות פתח נוסף להעברות כספים חשודות לצדדי ג'.

כך למשל, בחלק מפסקי הדין בתי המשפט פסעו צעד נוסף מעבר לייעוד הכספים "לתחום קרוב" – וביקשו להעביר את סכום התובענה הייצוגית לגופים המועדפים על הצדדים, תוך הכללת המלצה במסגרת פסק הדין כי הקרן "תשקול הפניית סכום הפיצוי" לאותם גופים.¹⁰⁴

באופן דומה אך מובהק יותר מאותם פסקי הדין המסתפקים בהמלצה בלבד, פסיקות אחרות חייבו את הקרן לבחור דווקא בגופים ספציפיים. דוגמה ברוח זו היא עניין **מגדוב נ' בזק**, תובענה ייצוגית צרכנית, שעילתה חיובי יתר בשיחות לחו"ל.¹⁰⁵ הצדדים ביקשו

ניתן לבחור בסעד של הסדרה חלף סעד כספי לקרן. בעוד שניתוח מפורט של הצעת החוק חורג מהיקף מאמר זה, נציין כי אנו סבורים כי ההבחנה בין תחומי הנגישות והסביבה – שרק בהם ניתן יהיה להסדיר את התנהלות הנתבעת במקום לפצות הקבוצה – לבין יתר העילות, אינה מוצדקת. במילים אחרות, נדמה שהצעת החוק אינה אוסרת על הסדר פשרה הכוללת העברת פיצוי לקרן (או פיצוי אישי) **ביחד** עם הסדרת התנהלות הנתבעת לעתיד באמצעות הסתייעות בצד ג'.¹⁰²

בהיעדר אפשרות להעביר הכספים "לתחום קרוב כאמור", "רשאי [בית המשפט] להורות כי הכספים יייעדו לתחום אחר, הקרוב ככל האפשר לנושא התובענה". ראו לעיל ה"ש 50.¹⁰³

עניין **אבידן**, לעיל ה"ש 74, בפס' 97 (תביעה צרכנית נגד המועצה להסדר ההימורים, בה התבקשה העברת כספי הפיצוי לעמותת "הדרך" – מרכז טיפולי רוחני להתמכרויות"); עניין **מונדרי**, פס' 77, פס' 42 (הקרן תהיה רשאית לשקול את המלצת הצדדים כי הכספים או חלקם יייעדו לטובת "העמותה למען עתיד טבעוני"). והשוו גם לת"צ (מחוזי ת"א) 19298-08-21 **הירש נ' כחול ברשא בריכות שחיה בע"מ** (נבו) 30.12.2021 (תביעת נגישות שהסתיימה בהעברה לקרן; בית המשפט ציין את העדפת הצדדים להעביר את הסכום לעמותת "מטיב" העוסקת בין היתר בטיפול בחיילים משוחררים הסובלים מפוסט-טראומה והלם קרב, שם, בפס' 13). שאלת רקע היא היענותה של הקרן להמלצות אלו. יש לציין שדוחות הקרן לא קושרים בין פסק דין ספציפי לבין העברה ספציפית, ובכך מקשים על בדיקת היענותה של הקרן לאמירות בית המשפט. מבדיקה ידנית שערכנו בדוחות הקרן עולה, עם זאת, כי בעניין **אבידן** המלצת בית המשפט התקבלה, והועבר סך של כ-4 מיליון ש"ח לעמותה שהומלצה בידי בית המשפט. **הדוח השנתי של הקרן לחלוקת כספים לשנת 2021**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 10401. לעומת זאת, בפסקי הדין בעניין **מונדרי**, **הירש**, ו**מגדוב** לא מצאנו כי הקרן העבירה כספים לעמותה המומלצת.¹⁰⁴

ת"צ (מחוזי ח"י) 29838-05-14 **האפוטרופוס הכללי - הנהלה נ' מגדוב** (נבו) 23.10.2017.¹⁰⁵

במסגרת הסכם הפשרה כי היתרה הבלתי-מנוצלת של כספי הפיצוי תועבר לקרן על מנת שהיא תחלק אותם לעמותת "עורכי דין למען משפט חברה וצדק", לפרויקט הנגשת תחנות אוטובוס לנכים במגזר הערבי והיהודי. בית המשפט, מפי השופט רניאל, נענה לבקשת הצדדים.¹⁰⁶ בתגובה, הגיש האפוטרופוס הכללי בכובעו כמנהל הקרן לתובענות ייצוגיות בקשה "למתן הבהרה ו/או לתיקון פסק הדין" בטענה כי העובדה שבית המשפט קבע ייעוד לכספים ואף את הגוף הספציפי "מייצרת דבר והיפוכו" ואינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק לאחר תיקון מספר 10.¹⁰⁷ טענת הקרן נדחתה. בית המשפט קבע כי אין מגיעה חוקית להעביר דרך הקרן כספים לעמותה ספציפית.¹⁰⁸ לאחר החלטה זו, האפוטרופוס הכללי פנה וקיבל את תמיכת היועץ המשפטי לממשלה והגיש שוב בקשה בנושא. בפעם הזו, הוסיף האפוטרופוס וטען גם שבנסיונות המקרה הספציפי יש למנוע העברת הפיצוי לגורם שאינו ראוי לו, תוך ציון העובדה שכתובת העמותה היא כתובת משרדו של בא-כוח התובע המייצג ושהעמותה נוסדה חודשים ספורים לפני הגשת ההסדר לבית המשפט. על אף ממצאים אלו ולמרות שניציגי העמותה זומנו לדין אך לא התייצבו, בית המשפט אישר את החלטתו להעביר את יתרת הפיצוי לעמותה דרך הקרן לחלוקת כספים. את החלטתו זו תמך בית המשפט הפעם בחוסר תשתית ראייתית לפסילת העמותה המוצעת,¹⁰⁹ ובאפשרות הקנויה בידי הקרן להדק את הפיקוח על דרך מימוש הכספים.¹¹⁰ יחד עם זאת, בית המשפט לא ציין מה דינם של הכספים אילו העמותה תיכשל בעמידה בדרישותיו.

נבחר את המובן מאליו. הניסיון להפנות את הכספים לנתרם ספציפי דרך הקרן – אם דרך "המלצה" או חמור מכך, דרך חיוב הקרן – מנוגד ללשון תיקון מספר 10 ולתכליות העומדות בבסיסו.¹¹¹ זהו מעקף – או למצער, ניסיון למעקף – של האיסור על תרומות. ואכן, החוליים המוכרים שבים וחוזרים גם כאן. כך, מהבחינה המוסדית אין זה ראוי שבית המשפט יברור נתרמים פוטנציאליים; קיים חשש לקשרים קודמים בין הנתרם למייצגי הקבוצה או הנתבעת; ובמקרים רבים קשה לראות קשר בין עילת הקבוצה לבין

106 ש.ס.

107 ש.ס.

108 יתרה מכך, ככל "שהקרן תקבל את יתרת הכספים, ותעביר אותם לעמותה ספציפית כדי שתשתמש בהם לצורך פרויקט מסוים. כך תושג הרחקה בין הצדדים לבין העמותה, ותובטח העברת הכספים". ש.ס.

109 ת"צ (מחזיו חי') 29838-05-14 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מגדוב** (נבו 15.4.2018). ("אין בפניי ראיות של ממש לזהות בין בא כח המבקשים לעמותה, אם כי עולה קירבה ביניהם. אין בפניי ראיות של ממש לעיסוק של העמותה בפרויקט הנגשת תחנות האוטובוס, ולמסוגלותה לעסוק בכך").

110 כך, קבע בית המשפט כי העמותה תציג בפני הקרן אישור ניהול תקין; את התוכנית לביצוע הפרויקט המבוקש; ודיווחים על התקדמות וסיום הביצוע. ש.ס.

111 ראו הדין בפרק א' 1. למאמר זה בדבר הכשלים שבמנגנון התרומות והרקע לחקיקת תיקון מספר 10. נדגיש כי לפי התיקון, ס' 20(ג) (2) לחוק, על בית המשפט ל"ייעד את הכספים לתחום" מסוים, להבדיל מנתרם מסוים, ולא בכדי. ראו גם דבריה של יוזמת החוק חברת-הכנסת מירב בן-ארי בפרוטוקול ישיבה 129 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 44 (6.6.2016). ("בתובענות ייצוגיות השופט מחליט לאיזו עמותה לתת, ואנחנו רוצים להפסיק את העניין הזה..."). עוד נעיר, כי שאלת המשקל אותו צריכה לתת הקרן להמלצת בית המשפט במסגרת הפעלת שיקול הדעת המנהלי, מתוקף תפקידה כגוף מנהלי, חורגת מהיקף מאמר זה.

יעדי התרומה.¹¹² מסיבות אלו, מצאנו פסקי דין אחרים ששללו מכל וכל העברה לנתרם ספציפי דרך הקרן. בלשון השופט שטמר, "אם בית המשפט מורה על העברת הסכום לקרן על מנת שתעבירונו לידי עמותה ספציפית, מה רבותא בהקמת הקרן על פני המצב ששרר לפני הקמתה?"¹¹³

לבסוף, נציין גם כי בפסיקה רווחת תופעה דומה, רחבה יותר, בה בתי משפט לא מקבלים את המלצת הצדדים להנחות את הקרן או להמליץ לה להעביר כספים לנתרמים ספציפיים – אבל מסכימים לייעד את סכומי הכסף לתחומי העיסוק של אותם נתרמים מוצעים, הגם שהם רחוקים מעילת התביעה.¹¹⁴ אמנם, במקרים אלו בית המשפט לא מייעד את הכסף לנתרם ספציפי, וחלק מהחששות העומדים בבסיס האיסור על תרומות נחלשים.¹¹⁵ ועדיין, גישה זו בעייתית בעינינו. היא חותרת תחת הגשמת תכלית הסעד שמאחורי חובתו הסטטוטורית של בית המשפט לייעד את הכספים לתחום "הקרוב ככל

¹¹² השוו לת"צ (מחוזי ת"א) 16686-03-17 **ניידמן נ' רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ** (נבו) 25.8.2019 (תביעה צרכנית; בית המשפט העביר את הכספים לקרן וייעדם לגופים המטפלים בילדים החולים בסרטן). לא מצאנו בדוחות הקרן כי הוקצו כספים מעניין **ניידמן**.

¹¹³ ת"צ (מחוזי מרכז) 15-06-14842 **הלר נ' בית מטבחים דבאח בע"מ, פס' 16** (נבו) 7.8.2018. והשוו גם לת"צ (מחוזי ת"א) 16-02-56325 **שרף נ' לאומי קארד בע"מ, פס' 31** (נבו) 29.5.2023 (תביעה צרכנית, בה הצדדים ביקשו להנחות את הקרן להעביר את סכומי הכסף שיוותרו לעמותת "עזר מציון"; אך "דרך זו אינה הוגנת כלפי חברי הקבוצה... שכן ההנחיה נוקבת בעמותה ספציפית [וכן] בהעדר קשר בין הקבוצה המיוצגת... לבין העמותה... על כן הסכום יועבר לקרן ללא הנחיה כאמור", ולת"צ (מחוזי ת"א) 20-11-66349 **שלומית שפיצר נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ, פס' 2** (נבו) 4.12.2024 (תביעה בתחום איכות הסביבה, בה נתבקש לייעד את כספי התרומה מראש לאגודה השיתופית של קריית חיים; ההצעה נפסלה הואיל ו"אין בכך שמדובר בענייניו בהסכמה לפיה הכספים יועברו קודם לקרן ורק לאחר מכן לגוף הנעבר (תוך קביעתו מראש), באמצעות הקרן, כדי "להכשיר" את התרומה. שהרי אם נעשה כן, נמצא עצמנו עוקפים את הוראת סעיף סעיף 20(ג) (2) ה"ל, שאינה מאפשרת ייעוד הסכום לגוף ספציפי").

¹¹⁴ ראו למשל את ת"צ (מחוזי ת"א) 14-09-60359 **עיתון יעיש-כהן נ' JAMES RICHARDSON PROPRIETARY LTD**, פס' 37 (נבו) 15.3.2021 (תביעה צרכנית שעניינה המרת מט"ח; לאור הסכמת הצדדים, סכום הכסף יועד לצדקה וחקר האוטוים); ת"צ (מחוזי מרכז) 15-10-28453 **ליבוניץ נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 20.2** (נבו) 21.1.2018 (תביעה בגין חיוב אוטומטי בשל סינון ארמים, ללא גילוי לצרכן; סכום הכסף הועבר לקרן להתמודדות עם אלימות ובריאות ברשת עבור ילדים החיים בפנימיות של משרד הרווחה); ת"צ (מחוזי ת"א) 17-07-23402 **דלה נ' שופרסל בע"מ, פס' 23** (נבו) 28.2.2018 (בתביעה צרכנית בגין הטעיה פרסומית נקבע כי הכספים ייעודו לסיוע לזונקים); עניין **רוזנברג**, להלן בה"ש 162, בפס' 22 (תובענה העוסקת בגביית יתר בתחבורה ציבורית; הכספים יועדו לעידוד תחבורה בת-קיימא); עניין **שרף**, לעיל ה"ש 113; עניין **הירש**, לעיל ה"ש 104.

¹¹⁵ עם זאת, ניתן להקשות לגבי המלצה לייעד מאוד ספציפי. בעניין **ליבוניץ**, לעיל ה"ש 114, התבקשה תרומה בסך 400,000 ש"ח לעמותת "ילדים בסיכון – המועצה לילד החוסה", שעוסקת בבריאות ורשת בהקשר של ילדים החיים בפנימיות השירות לילד ונוער במשרד הרווחה. בית המשפט לא ייעד הכספים לעמותה זו, אלא לנושא הכללי של "התמודדות עם אלימות ובריאות ברשת, עבור ילדים החיים בפנימיות השירות לילד ונוער במשרד הרווחה". שם, בפס' 44. ככל שהקרן תיענה להנחיית בית המשפט, מאגר העמותות הרלוונטיות ניראה מצומצם ביותר, וכך סיכויי זכיית העמותה המומלצת גדלים בהתאם.

האפשר" לנושא התובענה.¹¹⁶ מקור הבעיה, כמו בהקשרים קודמים, הוא היענות בית המשפט להמלצת הצדדים, ולו באופן חלקי.¹¹⁷

ראינו, אם כן, כי בתי משפט עוקפים את האיסור על תרומות תוך "המלצות" מסוגים שונים לקרן. גם פרצה שלישית זו לא זכתה להתייחסות כלשהי בתיקון המוצע, וזאת על אף השפעתה השלילית והברורה על הצלחת יישומו של האיסור על תרומות. התיקון המוצע לחוק מותיר, ככלל, את המצב הקיים, לפיו על בית המשפט ל"יעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה".¹¹⁸ מתבקש, אם כן, לסגור פרצה זו. ניתן לעשות זאת תוך הסדרה מפורשת של המשקל שיש לבית המשפט על החלטות החלוקה של הקרן – למשל, בקביעה שאמירות כגון אלו של בית המשפט לא תחייבנה את הקרן, או אפילו בשלילה מוחלטת של סמכות בית המשפט להורות על יעד הכספים.

4. תרומות דרך הסדרי הסתלקות

עסקנו, עד כה, בעקיפת האיסור על תרומות בהסדרי פשרה. פרצה לכיעית ואחרונה היא האפשרות להשתמש במנגנון התרומה במסגרת הסדרי הסתלקות מתוגמלת.

בדומה להסדר פשרה, "הסתלקות" בתובענה ייצוגית היא הסדר בו הצדדים מתכנסים לחדר המשא ומתן הרחק מעיניהם של חברי הקבוצה ובית המשפט, ומסכימים על סיום הסכסוך.¹¹⁹ בנוסף, וגם כן בדומה לפשרה, גם בהסתלקות נדרש אישור בית המשפט כדי לממשה, ובדומה, גם בהסתלקות באפשרותם של מייצגי הקבוצה לקבל גמול על פועלם.¹²⁰ עם זאת, ישנם גם הבדלים ניכרים בין "פשרה" לבין "הסתלקות" בהקשר הייצוגי.¹²¹ להלן נציין הבדלים הרלוונטיים לענייננו.

ראשית, פשרה מניחה את קיומו של מעשה בית דין, כלומר, שחברי הקבוצה לא יוכלו להגיש תביעות בגין עלותיהם האישיות; הסתלקות, מנגד, אינה יוצרת מעשה בית

לעיל ה"ש 103.

קשה לראות מדוע, ללא המלצת הצדדים, תבחר השופטת להעביר את כספי הפיצוי לתחום שאינו קשור כלל לתובענה. לכל הפחות, דומה כי הצעת הצדדים עשויה ליצור "עוגן" שיטה אותה לכיוון אותו רצו הצדדים. ואכן, ההטיה הקוגניטיבית הידועה כהטיית העיגון באה לידי ביטוי כאשר פרט מידע נקלט אצל המחליטה וגורם להעלאת יתרונה של אחת החלופות בעיניה, ללא הצדקה רציונלית. לבחינה אמפירית של ההטיית העיגון בהקשר משפטי ראו למשל, Jeffrey J. Rachlinski et al., *Inside the Bankruptcy Judge's Mind*, 86 B.U. L. REV. 1227 (2006); לסקירה מטא-אנליטית של כתיבה משפטית ראו *Piotr Bystranowski et al., Anchoring effect in legal decision-making: A meta-analysis*, 45 L. & HUMAN. BEHAV. 1 (2021).

הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), ס' 20(1) המוצע, בעמ' 1291. בנוסף, במקום ייעוד "לתחום קרוב", התיקון המוצע מאפשר לבית המשפט "לייעד את הכספים למטרה הנכללת ברשימת המטרות של הקרן" שתתפרסם בנפרד.

הסתלקות יכולה להיות כמובן וולונטרית, ולא בהסדר. מכיוון שאנו עוסקים בהסתלקויות הכוללות הסכמות בין הצדדים, לרבות גמול ושכר טרחה למייצגים, הסתלקויות וולונטריות אינן רלוונטיות למאמר זה.

ראו ס' 16(א) לחוק.

לסקירה כללית ראו קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3.

דין.¹²² שנית, הליך האישור של הסכם הסתלקות הוא "רזה" ופשוט יותר.¹²³ מבחינה פרוצדורלית, אישור פשרה מחייב יידוע הציבור, לרבות הודעה ליועצת המשפטית לממשלה ולחברי הקבוצה טרם אישור הפשרה, יחד עם פרסום הצעת הפשרה בפנקס התובענות הייצוגיות ואפשרות להגשת התנגדויות להסדר הפשרה המוצע.¹²⁴ הסדרים מקבילים אינם קיימים בהסתלקות.¹²⁵ ודוקו, על אף היותה מנגנון פרוצדורלי, חובת הפרסום נושאת משמעות מהותית. מן המפורסמות ששופטים נתקלים בקושי לפקח על הסדרי פשרה כתובענות ייצוגיות – בהם לשני הצדדים אינטרס להסכים להסדר, גם אם הוא מקריב את טובתה של הקבוצה.¹²⁶ חובות היידוע, וההזמנה לצדדים שאינם בבית המשפט להתנגד להסדר הפשרה, מאפשרות לבית המשפט לקבל תמונה מלאה ומושכלת יותר.¹²⁷ היעדר יידוע ופרסום, אם כן, מחליש את כוחו של בית המשפט לבקר את הסדרי ההסתלקות, שנותרים במחשכים. בנוסף להיעדר פרסום והתנגדויות בהסתלקויות, הבדל נוסף נוגע למינוי בודק. חוק תובענות ייצוגיות קובע חובה עקרונית של מינוי בודק טרם אישור הפשרה; חובה זו נאכפת חלקית.¹²⁸ להבדיל, אין כל דרישה למינוי בודק, ולא ממונים בפועל בודקים, במקרה של אישור הסתלקות. גם מבחינה מהותית הסדר הפשרה מכביד יותר. כך, סעיף 19 לחוק קובע רשימה מפורטת של שיקולים לאישור הסדר

122 ראו למשל שם, בעמ' 31-34.

123 שם, בעמ' 62-66.

124 ס' 18(ג) ו-18(ד) לחוק. נעיר כי במקרים מסוימים הפסיקה פטרה מחובות אלו. ראו למשל את דעת הרוב ברע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (נבו) 15.12.2008 (להלן: עניין סבו).

125 באשר להתנגדויות, אין כל הסדר באשר להסתלקות. באשר ליידוע, ס' 16(ד) לחוק מאפשר לבית המשפט שיקול דעת בכל הקשור לפרסום ההודעה. ראו גם קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 63. אמנם, תק' 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, קובעת הסדר אחר, שמחייב יידוע. אך התקנה עוקרת מתוכן בפסיקה. ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 24356-04-10 הר-עזו נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ, פס' 29-30 (נבו) 22.12.2010. לקונפליקט שבין התקנות לחוק בעניין הפרסום ראו גם קלמנט, שם.

126 לבעיית אישור הפשרה בהיעדר דיון אדברטרי ראו קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 30-28. וראו גם את הממצא האמפירי לפיו שופטים עמוסים מאשרים הסדרי פשרה ובהם שכר טרחה גבוה יותר. Eric Helland & Jonathan Klick, *The Effect of Judicial Expedience on Attorney Fees in Class Actions*, 36 J LEGAL STUD. 171 (2007).

127 ואכן, מכוח היגיון זה, במסגרת תיקון מספר 10 הורחבה האפשרות להתנגד גם ל"אדם הפועל לטובת עניינים של חברי הקבוצה". ס' 18(ד) לחוק. בהמשך לקו זה, ומשיקולים דומים, הפסיקה פירשה בהרחבה את האפשרות בחוק להתנגד והחילה אותה, הלכה למעשה, על כל אדם ראו למשל בעניין **שולץ**, לעיל ה"ש 3. ראו גם שם, בפס' 22 ("כחלק מהמנגנונים שנועדו לצמצם [את בעיית הנציג בפשרות] איפשר המחוקק לצדדים חיצוניים להליך להגיש התנגדות להסכמי פשרה").

128 ראו ס' 19(ב)1 לחוק, לפיו טרם אישור הסדר פשרה קיימת חובת קבלת "חוות דעת מאדם... שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת... התובענה הייצוגית... אלא אם כן סבר בית המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שירשמו". כאמור לעיל, הלכה למעשה, במקרים רבים בתי המשפט לא ממנים בודק, על אף לשון החוק. ראו למשל את דעת הרוב בעניין **סבו**, לעיל ה"ש 124. ראו גם וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 33, בעמ' 753 -1, Orna Rabinovich-Einy & Yair Sagy, *Courts as Organizations: The Drive for Efficiency and the Regulation of Class Action Settlements*, 4 STAN. J. COMPLEX LITIG. 1, 27-28 (2016).

פשרה, ומחייב הנמקה פוזיטיבית של בית המשפט המאשר.¹²⁹ מנגד, החוק שותק, כהכללה, בכל הקשור לתנאים לאישור הסדר הסתלקות.¹³⁰

אין זה מפתיע, איפוא, כי לאור התנאים הנמוכים יותר לאישור הסתלקות, "התובע והנתבע ירצו לסווג את הפשרה שאליה הגיעו כהסתלקות ולא כהסדר פשרה".¹³¹ לאור העלויות הכרוכות בהליך הייצוגי, אין זה מפתיע גם שבתיקים רבים התובע מסתלק טרם אישור התובענה כייצוגית. מחקרים אמפיריים מגבים זאת.¹³²

הפופולריות של הסתלקויות מתחזקת לנוכח הופעתה של ההסתלקות המתוגמלת – הסדר בין הצדדים, בו הנתבעת "קונה" את הסתלקות התובעת בשכר טרחה וגמול, לרוב צנועים בגובהם, למייצגי הקבוצה. הסדרים אלו, שנחתמים לרוב בתחילת ההליך ואפילו טרם הגשת עמדת הנתבעת, מאפשרים לתובעת הייצוגי ובאת כוחה רווח מהיר (אם כי, כאמור, צנוע בגובהו).¹³³ האפשרות להסתלקות מתוגמלת הובילה לשטף תובענות ייצוגיות בעילות פעוטות ערך, למשל, כאלו שמתבססות על הפרת תקנים רגולטוריים כגון תקני מזון,¹³⁴ והובילה לקריאות לשינוי מדיניות.¹³⁵

בתגובה לקריאות האמורות, ומתוך רצון "לצנן" את שטף ההסתלקויות המתוגמלות, המחוקק הקשיח במסגרת תיקון מספר 10 את התנאים לאישור הסתלקויות כאלו.¹³⁶ כיום, החוק קובע כי כדי ליהנות מהסתלקות מתוגמלת על הצדדים להראות כי התובענה הראתה "עילת תביעה לכאורה" וכי הבקשה לאישור הביאה "תועלת... לחברי

¹²⁹ בפרט, ס' 19 (א) לחוק קובע את המסגרת הכללית לפיה "לא יאשר [בית המשפט] הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינים של חברי הקבוצה"; ובמקרה של הסדר פשרה טרם אישור, יש להראות "גם כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית...". ס' 19 (ג) לחוק קובע את חובת ההנמקה יחד עם פרמטרים מוגדרים יותר שעל בית המשפט לשקול בדונו באישור הסדר פשרה.

¹³⁰ למעט הקריטריונים לאישור הסתלקות מתוגמלת המנויים בס' 16 (א)(1)-(2) לחוק.

¹³¹ קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 66.

¹³² Alon Klement & Keren Weinshall-Margel, *Cost-Benefit Analysis of Class Actions: An Israeli Perspective*, 172 J. INST. & THEORETICAL ECON. 75, 92 (2016). קלמנט ווינשל-מרגל, לעיל ה"ש 33, מראים כי רוב תיקי התובענות הייצוגיות בתקופה הרלוונטית הסתיימו בהסתלקויות, טרם אישור. נתונים דומים נמצאו גם במחקרים עדכניים יותר. דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 28-29.

¹³³ לסקירה אמפירית של הסכומים הנפסקים בהסדרי הסתלקות מתוגמלת ראו דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 29. מכיוון שהסדר הסתלקות מתוגמלת אינו יוצר מעשה בית דין, ניתן לשאול מדוע הנתבע יסכים לו. הסיבה היא כי הלכה למעשה, הסדרים רבים כאלו כוללים גם את תיקון ההתנהגות של הנתבע. כך, ולאור קשיי הוכחה וחולשת העילות, החשש מתובענה ייצוגית נוספת נמוך. קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 70-71. וראו גם להלן ה"ש 160-162 והכתוב לידן לעניין החלשת התמריצים לתובענה ייצוגית נוספת.

¹³⁴ Shay Lavie, *Class Actions and the Regulatory State: Lessons from Israel*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CLASS ACTIONS: AN INTERNATIONAL SURVEY 503, 513-514, 525-526 (Fitzpatrick and Thomas, eds., 2021).

¹³⁵ ראו למשל את פסק דינו של הש' ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 לוי נ' פסטא נונה (נבו) 26.11.2014 (להלן: עניין פסטא נונה).

¹³⁶ ראו את דברי הסבר לתיקון מספר 10, בעמ' 116 ("במקרים רבים הנתבע מסכים לתת לתובע טובת הנאה כדי לחסוך מעצמו את ניהול ההליך; בקשות כאלה מטילות עומס על מערכת המשפט, כרוכות בעלויות מיותרות לנתבעים ואינן משרתות את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת ושל הציבור").

הקבוצה¹³⁷. מגמה זו, של רצון מוסדי "לצנן" את תופעת ההסתלקויות המתוגמלות, המשיכה גם לאחר תיקון מספר 10. היא הייתה הרקע לפסק הדין המנחה בעניין **מרקיס**, בו פירש בית המשפט העליון את שני התנאים לאישור הסתלקות מתוגמלת באופן מצומצם, בדגש על כך ש"הסתלקות מתוגמלת היא אפשרית – ואולם מדובר בחריג לכלל"¹³⁸. באופן דומה, ולאור היישום הרופף של הילכת מרקיס בפסיקה העוקבת,¹³⁹ חלק ניכר מדוח הצוות הבין-משרדי מוקדש לפתרונות אפשריים ל"צמצום התופעה של הסתלקויות מתוגמלות"¹⁴⁰.

אם כן, נמצא כי הסתלקויות מתוגמלות מהוות בעיה מוסדית. כעת יש גם לשאול מה דינן של הסתלקויות מתוגמלות הכוללות גם תרומה – בכסף או בשווה כסף – לצד ג'. בכל הנוגע להגבלת תרומות לצדדי ג', לשון תיקון מספר 10 עוסקת רק בהסדרי פשרה ולא בהסדרי הסתלקות; על כן, דומה כי בדין הקיים אין מניעה להעביר תרומות לצדדי ג' בהסדרי הסתלקות.¹⁴¹ בדומה, גם דוח הצוות הבין-משרדי והצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) לא עוסקים בשאלת התרומות במסגרת הסדרי הסתלקות.

137 ס' 16(א)(1)-(2) לחוק. יוער כי התנאי הראשון, עילה לכאורה, חל רק כאשר בקשת ההסתלקות הוגשה טרם האישור. כאמור, באופן טיפוסי הסתלקויות מוגשות בשלבים מוקדמים, טרם אישור התובענה כייצוגית.

138 ע"א 8114/14 **מרקיס מוצרי ייעול בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ**, פס"מ 26 (נבו 5.8.2018) (ההדגשה במקור).

139 דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 29 ("הנתונים מלמדים כי אף לאחר תיקון מס' 10 לחוק ולאחר פסק הדין בעניין **מרקיס**... הסתלקות היא עדיין סיבת סגירת התק השכיחה ביותר, כאשר חלק ניכר מההסתלקויות הן מתוגמלות...").

140 שם, בעמ' 57. בפרט, מוצע בדוח מנגנון של פניה מוקדמת שאמור לטפל בתביעות פעוטות ערך (שם, בעמ' 57-64).

141 הדברים ברורים מההיסטוריה החקיקתית, מדיוני הכנסת (שלא עסקו בהסתלקויות) ומהצעת החוק. ואכן, התיקון הרלוונטי בחוק נמצא בס' 20, שעוסק במקרים בהם "הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית", כלומר, בפסק דין או פשרה, ועל פני הדברים אינו חל במקרים בהם התובע הסתלק ללא הכרעה. וראו גם ס' 19(2ד) לחוק, לפיו הוראות ס' 20 חלות גם על אישור הסדר פשרה. לעמדה זו ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 17-12-57336 **שפושניק נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 19.9.2019) (תביעה ייצוגית בגין מטרד בתחנת רכבת; הכרעה שניתן להעביר תרומה לעמותות דרך הסתלקות, ואישור תרומה בסך 75,000 ש"ח לטובת הקרן לפיתוח חדרה, שתוקדש לפרויקט שיבוצע על ידי תנועת הנוער "מכבי צעיר"); ת"צ (מחוזי ת"א) 17-09-46563 **חורש נ' קימברלי קלארק ישראל שיווק בע"מ** (נבו 5.6.2019) (תביעה צרכנית שהסתיימה בהסדר הסתלקות ובו תרומת מוצרים בסך של 160,000 ש"ח לעמותות שונות, כגון עמותות התומכות בילדים עם צרכים מיוחדים וילדי פליטים). עם זאת, באחד התיקים מצאנו כי היועצת המשפטית לממשלה הביעה עמדה השוללת תרומות. ראו להלן ה"ש 142. בדומה, ניתן למצוא בפסיקה אמירות לפיהן ההסדר בס' 20 שחל בחוק על פשרות – בו "הטבה לציבור" תועבר לקרן לחלוקת כספים – עשוי לחול גם על הסתלקויות. ראו למשל את אמירותיו של השופט חסדאי בת"צ (מחוזי ת"א) 16-09-7544 **כהן זאדה נ' סופר-פארם (ישראל) בע"מ** (נבו 19.11.2018) (להלן: עניין **כהן זאדה**) (מביע עמדה משתמעת לפיה תרומה בהסדרי הסתלקות צריכה להגיע לקרן; אך מאשר הסדר הסתלקות הכולל תרומה "לפנים משורת הדין" (שם, בפס"מ 51), כך שמתוך סך של 300,000 ש"ח בשוברים ללקוחות המשיבה שלא ינוצלו, היתרה תועבר ל"הוסטל נאות אביב הרצליה"); ת"צ (מחוזי ת"א) 18-03-13553 **בן סימון נ' שטראוס גרופ בע"מ** (נבו 27.1.2020) (להלן: עניין **בן סימון נ' שטראוס גרופ**) (אישור הסדר הסתלקות ובו תרומה מוצרים בשווי 145,000 ש"ח לעמותת "לתת", למרות ההסתייגויות לגבי השימוש בתרומה בהסתלקויות, ולפנים משורת הדין); ת"צ (מחוזי ת"א) 20-05-7645 **גבירץ נ' אופטיקה הלפרין בע"מ** (נבו 22.4.2021) (להלן: עניין **גבירץ**) (ביטול הסכמת הצדדים להעביר כסף לתרומה, והעברת סכומים אל לקרן).

עם זאת, אנו סבורים כי, מבחינת מדיניות, התשובה פשוטה – הטעמים העומדים בבסיס ההגבלה על העברת כסף לצדדי ג' בהסדרי פשרה שרירים וקיימים גם בהסדרי הסתלקות.¹⁴² בפרט, החשש שעמד בבסיס תיקון מספר 10 הוא הנתבעת "תורמת" לגוף עמו היא מקיימת קשרים קודמים וכך, הלכה למעשה, משלמת פחות מכפי שהייתה צריכה. חשש זה מופיע באופן זהה גם כאשר הנתבעת תורמת דרך הסתלקות מתוגמלת.¹⁴³ הסתלקות מתוגמלת המעבירה כסף לצד ג' מעלה גם את החשש שמייצגי הקבוצה מקבלים הטבה בעקיפין – בניגוד לחוק, ותוך חתירה תחת מטרות התובענה הייצוגית.¹⁴⁴ בדומה, השיקול לפיו אין זה ראוי שבית המשפט יקבע את יעדי התרומה קיים גם בהסדרי הסתלקות. לבסוף, הסתלקות הכוללת תרומה לצד ג' אינה מקיימת כראוי את מטרת הסעד (על אף שמטרה זו נראית חשובה פחות בהסדרי הסתלקות).¹⁴⁵

ניתן כמובן לטעון כי הסכומים הקטנים המעורבים בהסתלקויות מקטינים את עוצמת החששות מפני תרומות. לדעתנו, טיעון זה אינו משכנע. סכומי התרומה המוסכמים אמנם צנועים בדרך כלל, אך לעיתים מוסכם בהסתלקויות גם על תרומת סכומים משמעותיים;¹⁴⁶ כך או כך, גם הסכומים הקטנים מצטברים לבסוף לכדי סכומים משמעותיים. זאת ועוד וכאמור לעיל, ההסתלקויות המתוגמלות יוצרות בעיה מערכתית. לבסוף, בהינתן קיומה של הקרן לחלוקת כספים, קשה לראות מדוע על השופטים לאפשר לצדדים לתרום לצדדי ג', ובכלל זה לעמותות, לפי בחירתם.

הנה כי כן, הסדרי הסתלקות הכוללים תרומות לצד ג' – במקום העברה לקרן לחלוקת כספים – חותרים גם הם תחת שיקולי המדיניות נגד תרומות. לפיכך מתבקש להחיל את האיסור על תרומות בפשרה אף על הסדרי הסתלקות, וקשה לראות הצדקה עניינית להבחנה בין הסיטואציות. אף על פי כן, ניתן למצוא כדבר שבשגרה פסקי דין

¹⁴² עמדה דומה הובעה על ידי היועצת המשפטית לממשלה באחד התיקים, בו התבקשה עמדתה לגבי תרומה במסגרת הסתלקות. באותו תיק בית המשפט השלום נקבע לבסוף כי התרומה תועבר לקרן ולא לעמותה. ת"צ (שלום קריות) 13723-07-21 **חורי נ' חברת שקמונה בע"מ** (נבו 1.6.2022) (להלן: עניין חורי).

¹⁴³ הנחת הרקע היא כי הסכום המשולם במסגרת הסתלקות מתוגמלת משקף מטרה הרתעתית. השוו גם לה"ש 157 להלן.

¹⁴⁴ לטענה המקבילה בהקשר של פשרות ראו לעיל ה"ש 38 והטקסט הצמוד לה.

¹⁴⁵ לדוגמאות אנקדוטליות לקשר הקלוש שבין מטרת התרומה לעילת התביעה ראו למשל עניין **נפטון**, לעיל ה"ש 40 (תביעת עובדי מלון נפטון; תרומה משמעותית, בסך של 50,000 ש"ח, לבית החולים אסף הרופא ולעמותת איוון); עניין **כהן זאדה**, לעיל ה"ש 141 (תביעה צרכנית מצד לקוחות סופר-פארם ברמת גן; תרומה להוסטל לנערות בסיכון בהרצליה).

¹⁴⁶ ראו למשל את עניין **אביטל נ' שטראוס**, לעיל ה"ש 44 (תביעה צרכנית; אושרה תרומת מוצרים בשווי 150,000 ש"ח לעמותות אמאניא, אליפלט ופתחון פה); ת"צ (מחוזי חי') 53717-02-21 **מרקין נ' שלמה א אנגל בע"מ** (נבו 30.5.2022) (להלן: עניין **מרקין**) (תביעה צרכנית; תרומה של 200,000 ש"ח לארגון לתת); ת"צ (מחוזי מרכז) 62009-09-16 **סלע נ' שמורי המרכז בע"מ** (נבו 13.12.2017) (להלן: עניין **סלע**) (תביעה בגין סימון מוצרים; תרומת מוצרים כוללת בשווי 225,000 ש"ח, לעמותות פתחון לב, אנסר אלחק, ועמותת לתת).

בהם מאושרים הסדרי הסתלקות, שכוללים רכיב של תרומה – בכסף או במוצרים – לצדדי ג'.¹⁴⁷ ונדמה כי תופעת התרומות בהסתלקויות רווחת במיוחד בערכאת השלום.¹⁴⁸

מצאנו כי אין הצדקה להעברת תרומות במסגרת הסדרי הסתלקות, וכי פרצה זו באיסור על תרומה מזמינה בעלי דין לכלול רכיב של תרומה בהסדרי ההסתלקות. להלן נדגיש בפרט שלוש סיבות מעשיות שבגינן תרומות דרך הסדרי הסתלקות בעייתיות אף יותר מתרומות דרך הסכמי פשרה.

הסיבה הראשונה היא היעדר פיקוח ציבורי על הסתלקויות. כפי שהראינו, פשרות מנוהלות תחת העין הציבורית. הסדרי הפשרה מתפרסמים בפנקס התובענות הייצוגיות, והודעה נשלחת לחברי הקבוצה והיועצת המשפטית לממשלה.¹⁴⁹ ואכן, מנגנון ההתנגדויות מאפשר בפועל פיקוח ממשי על הסדרי פשרה – בעיקר מצד היועצת המשפטית.¹⁵⁰ אך כמוזכר, דרישות דומות אינן קיימות ביחס להסדרי הסתלקות, והלכה למעשה, הסדרי הסתלקות מאושרים ללא יידוע הייעוץ המשפטי לממשלה, חברי

¹⁴⁷ ראו פסקי הדין המחוזיים המפורטים לעיל בה"ש 141 ו-146. לדוגמאות נוספות לתרומות בהסדרי הסתלקויות בפסקי הדין מחוזיים ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 3674-08-20 כרמי נ' מועצה אזורית ברנר (נבו) 8.5.2023. (תביעה שעילתה נגישות; תרומה למטה מאבק הנכים); עניין אופטיקל סנטר בינלאומי בע"מ, לעיל ה"ש 79 (תרומה לארגון אק"ם); ת"צ (מחוזי ת"א) 13426-11-20 שפיצר נ' א.פ. עיצובים - שותפות מוגבלת (נבו) 3.5.2022. (תביעה צרכנית, תרומה משמעותית, בסך של 120,000 ש"ח, לעמותת נאמני מרכז שניידר, המרכז לזכרו של מייקל לוי, והעמותה לקידום החינוך בתל אביב-יפו); ת"צ (מחוזי ת"א) 56239-12-17 ללוס נ' פרימיום - חברה לדברי מתיקה ולמסחר בע"מ (נבו) 4.2.2019. (תביעה שעניינה הטעיה צרכנית; תרומת מוצרים בסך 60,000 ש"ח לעמותת "לחת" ו/או "שלוה"); ת"צ (מחוזי מרכז) 51957-01-17 משה-דור נ' יקבי כרמל מזרחי בע"מ (נבו) 24.5.2017. (הטעיה בסימון מוצרים; תרומה לעמותת שונות, כגון חג שבוע מגדל אור – מיסודו של הרב גרוסמן)).

¹⁴⁸ במחקר שנערך על ידי הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב, בו נדגמו תיקי הסתלקויות שהסתיימו בשנת 2022 בבתי משפט שלום, נמצא כי כ-20% מהבקשות להסתלקות כללו תרומה לממותה. לדוגמאות טיפוסיות ראו למשל ת"צ (שלום הרצ'י) 13273-08-20 גל עזר נ' אקו וואייר השקעות בע"מ (נבו) 1.12.2022. (להלן: עניין גל עזר). (תביעה צרכנית בעילה של סימון פגום; תרומה של 16,000 ש"ח לעמותה טבעונית); ת"צ (שלום פ"ת) 39798-05-22 רוטמן נ' א.י. קמעונאות מזון וסחר בע"מ (נבו) 6.12.2022. (תביעת נגישות; תרומה בסך של 2,500 ש"ח לעמותה "בקול – ארגון כבדי שמיעה ומתחרשים"). יוער כי באופן כללי נראה שתופעת ההסתלקויות המתוגמלות רווחת בערכאת השלום. באותו מחקר נמצא כי כמעט כל הבקשות להסתלקות מתוגמלות (כ-90%) הסתיימו בגמול ושכר טרחה כלשהו (גם אם לאחר הפחתת בית המשפט). בניגוד מוחלט למושכלות עניין מרקט, לעיל ה"ש 138, שביקש לצמצם את הניצול של מנגנון ההסתלקויות. נתוני המחקר הנ"ל נמצאים אצל הכותבים.

¹⁴⁹ פרסום זה מאפשר, הלכה למעשה, לכל אדם החפץ בכך להתנגד להסדרי הפשרה. ראו לעיל ה"ש 124-127 והכתוב לידן.

¹⁵⁰ ראו למשל ערן גורן ואח' נגישות למשפט בפשרות בתובענות ייצוגיות: תובנות אמפיריות על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה" חוקים ח 249 (2016). בנוסף לייעוץ המשפטי, הגישה הליברלית להתנגדויות מאפשרת לגופים ועמותות שונים להתנגד לפשרות בשם האינטרס הציבורי. זהו גם עיקר פועלה של הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב. לבסוף, הגמול הניתן להתנגדויות מוצלחות מתמרץ התנגדויות "טובות" מן הציבור. השוו לעניין שולץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 23 (העמדה שמאפשרת להגיש התנגדויות מתוך מניע כספי משמרת "את התמריץ הכלכלי של מתנגדים פוטנציאליים להגיש התנגדויות ראויות להסכמי פשרה (תמריץ הכרוך בקבלה אפשרית של גמול)...").

הקבוצה, או הציבור.¹⁵¹ היעדר פיקוח ציבורי על הסדרי הסתלקות מחריף את בעיית התרומות. הוא מעודד צדדים להסכים על הסדרי הסתלקות הכוללים תרומה, ומגביר את החששות בדבר תרומה "לא-כשרה".

הסיבה השנייה היא החרפת בעיית ההסתלקויות המתוגמלות ועקיפת הילכת מרקיס. כזכור, לאור שטף ההסתלקויות המתוגמלות, והרצון "לצננן", תיקן המחוקק את החוק, והעמיד תנאים לאישור הסתלקות מתוגמלת.¹⁵² לענייננו, התנאי החשוב הוא כי הבקשה לאישור תניב "תועלת" לחברי הקבוצה. בעניין מרקיס בית המשפט העליון פירש תנאים אלו בצמצום,¹⁵³ וקבע, לעניין דרישת התועלת, כי תועלת לקבוצה פירושה "תועלת קונקרטי ורלוואנטית".¹⁵⁴ האם תרומה לצד ג' ממלאת את דרישת ה"תועלת לקבוצה"? ספק רב.¹⁵⁵ ובכל זאת, לפחות במספר פסקי דין התרומה לצד ג' היוותה שיקול לעמידה בתנאי ה"תועלת" ולאישור ההסתלקות המתוגמלת.¹⁵⁶ וגם במקרים שבהם התרומה לא צוינה במפורש כשיקול לקבלת ההסתלקות המתוגמלת, ניתן להניח כי תשלום התרומה היווה שיקול רקע לקבלת הסדר ההסתלקות.¹⁵⁷ האפשרות להרכיב

¹⁵¹ יידוע הציבור בהסתלקויות נעשה בשיקול דעת בשיקול דעת השופט, ואינו מחייב. לעיל ה"ש 125. המציאות מלמדת כי חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה אינה מתבקשת ברובן המכריע של ההסתלקויות. השוו לעניין חורי, לעיל ה"ש 142, בו התבקשה באופן חריג עמדת היועצת – ונפסלה תרומה לעמותה.

¹⁵² ראו לעיל ה"ש 134-137 והכתוב לידן.

¹⁵³ ראו לעיל ה"ש 138 והכתוב לידה.

¹⁵⁴ עניין מרקיס, לעיל ה"ש 138, בס' 25. "המחוקק שם את הדגש על עניינים של חברי הקבוצה (להבדיל מתועלת ציבורית כללית...)". אין די מבחינה זו בתועלת כללית ועמומה...". ואכן, במספר פסקי דין הובעה עמדה לפיה תרומה אינה מהווה תועלת לקבוצה. ראו למשל את עמדתו של השופט סוקול ברע"א (מחוזי חי') 33786-01-21 י. את א. ברמן בע"מ נ' נאמני (נבר 4.6.2021); עניין מרקיס, לעיל ה"ש 146.

¹⁵⁵ הדגש בהלכת מרקיס, לעיל ה"ש 138, הוא על תועלתם הקונקרטית של חברי הקבוצה, שם קשה לראות קשר ישיר בין התרומה לבין התועלת, בפרט לאור הקשר הקלוש, לעיתים קרובות, בין התרומה לבין עילת התובענה. ראו לעיל ה"ש 145 והכתוב לידה.

¹⁵⁶ ראו למשל עניין סלע, לעיל ה"ש 146, בפס' 11 ("בענייננו... בקשת האישור והתביעה הביאו תועלת הן לרוכשי המוצרים [לאור שינוי התנהלותה של הנתבעת] והן לציבור רחב של נזקקים באמצעות התרומה לעמותות"; באותו עניין אישר בית המשפט את ההסתלקות המתוגמלת, לרבות התרומה, תוך הפחתת סכומי שכר הטרחה והגמול); עניין נפטון, לעיל ה"ש 40, בס' 3(4) (בית המשפט מאשר את הסדר ההסתלקות, על כל רכיביו, תוך שמצייין כי "נראה שההליך הייצוגי הסב תועלת ממשית – תרומה לציבור חלף פיצוי לחברי הקבוצה – בהסכמת הצדדים").

¹⁵⁷ השוו לדברי השופט גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 46036-11-13 דהן מרקוביץ נ' סופר-פארם (ישראל) בע"מ (נבו 12.2.2015), שניתן לפני התיקון לחוק והילכת מרקיס, ובו התבקש אישור של הסתלקות מתוגמלת, לרבות תרומה לעמותות. השופט גרוסקופף הכיר בכך ש"מתן תרומה אינו מופצה את חברות הקבוצה באופן ישיר, ובמובן זה לא מניב להן כל תועלת מניהול ההליך, אולם לא ניתן לבטל את שיקולי ההרתעה הגלומים בחיסרון הכיס הנובע למשיבה ממתן התרומה". השוו גם לעניין גל עזר, לעיל ה"ש 148, בו, במסגרת הסדר ההסתלקות, ניתן פטור חלקי מתשלום אגרה, בין היתר "לאור אופי ההטבה בדבר מתן תרומה". לאור האמור, ניתן לתוות האם על בתי המשפט לקבל בכלל הסדר הסתלקות ובו, במקום תרומה, העברה לקרן לחלוקת כספים. שאלה זו חורגת מעניינינו של מאמר זה. נראה שגם אם יש מקום לקבל הסדר כזה, העובדה שסכום הכסף ניתן לקרן – ולא לתרומה – תאפשר לבתי המשפט להעריך טוב יותר את ההסדר, שכן ניתן להניח שבמקרים רבים עלותה של התרומה לנתבעת נמוכה מערכה הנקוב בהסדר. מסיבות דומות, העברת סכום כסף לקרן לחלוקת כספים תיקר את עלות ההסדר – ולכן תהפוך אותו לאטרקטיבי פחות עבור הצדדים.

על הסדר ההסתלקות המתוגמלת תרומה לצד ג' מסייעת לצדדים, אם כן, לעקוף את המגבלות על הסתלקות מתוגמלת, כפי שאלו נקבעו בעניין **מריט**.

הסיבה **השלישית**, והקשורה לקודמתה, היא שמתן אפשרות לתרומת מוצרים מעודדת את בעלי הדין לעבור מהסדרי פשרה להסדרי הסתלקות ובכך מעמעמת את ההבחנה בין שני המנגנונים. ניתן להדגים טענה זו דרך הסדר ההסתלקות בעניין **כהן זאדה**. בהסדר זה נפסק כי על הנתבעת, חברת סופר-פארם, לשנות את התנהלותה ולשלוח שוברים בסך 300,000 ש"ח ללקוחות אחד הסניפים, כאשר שוברים שלא ינוצלו יועברו לתרומה (להוסטל לנערות בסיכון בהרצליה).¹⁵⁸ התוצאה של הסדר הסתלקות זה מדמה הסדר פשרה, שכן, הנתבעת שינתה את התנהגותה והתחייבה לשאת בסכום כסף לא מבוטל. אמנם, מבחינה פורמלית לא נוצר מעשה בית דין, אך דה פקטו קשה לראות כיצד חברי הקבוצה יגישו תובענה חדשה באותה עילה.¹⁵⁹ העילות האישיות נמוכות ואינן מצדיקות תביעה עצמאית. אך גם אם תוגש ייצוגית חדשה, הנתבעת תטען, במידה רבה של צדק, כי זו מיותרת כיוון שהיא כבר נשאה בחבות משמעותית דרך התובענה הראשונה, ומטרת ההרתעה מוצתה.¹⁶⁰ לכל הפחות, יתבקש לקזז מקופת הפיצוי העתידי את הסכומים ששילמה הנתבעת בהליך הראשון,¹⁶¹ מה שמחליש את התמריץ להגיש תובענה ייצוגית חדשה. לאור הסכומים המשמעותיים, וסגירה דה-פקטו של האפשרות לדיון עתידי, מתבקש לומר שלפנינו פשרה בתחפושת של הסתלקות.¹⁶²

¹⁵⁸ עניין **כהן זאדה**, לעיל ה"ש 141.

¹⁵⁹ קיימות סיבות רבות לכך שבפרקטיקה הסתלקות יוצרת, דה פקטו, מעשה בית דין. ראו ה"ש 133.

¹⁶⁰ טיעון זה חזק במיוחד במקרה בו ניתן גם פיצוי אישי, כבמקורנו, שכן גם מטרת הסעד מתייתרת. אך קו מחשבה זה תקף בכל מקרה בו ניתנה "תועלת" בסכום משמעותי מצד הנתבעת. השוו לסכומים המשמעותיים הנפסקים בהסתלקויות, לעיל ה"ש 146 והכתוב לידה. השוו לעמדת השופט ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 39304-05-13 **קאסם נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (נבו) (27.11.2014). בו הוצג הסדר ובו תרומת מוצרים בשווי 75,000 ש"ח לעמותת "לחם" ("אשר לתרומה שאותה התחייבה המשיבה לתת... אישור תרומות כגון אלו בגדר הסתלקות עשוי להקטין את כדאיותה של הגשת תביעה ייצוגית חדשה בעניין הנדון". שם, בפס' 5); ולרע"א 3814/14 **חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גר מסיטי**, פס' 20 (נבו 6.7.2015). (קיצוץ פיצוי וולונטרי שניתן ללקוחות מקופת הפיצוי). בשולי הדברים, נעיר כי בעוד שטענות כאלו נראות מוצדקות תחת הדין הקיים, בדיון נורמטיבי יש היגיון רב בדחייתן. כך, בשלילת האפשרות "לקזז" פיצויים אישיים שכבר שולמו ניתן יהיה לדכא את התמריץ של הנתבעת לחתור לפיצוי אישי במסווה של הסתלקות.

¹⁶¹ מובן, שהחשש מהסכמי פשרה "בתחפושת" של הסתלקות רחב יותר מהחשש מתרומות. הצדדים יכולים להגיע להסדר הסתלקות משמעותי גם ללא תרומה, למשל, דרך קופונים לחברי הקבוצה. אנו טוענים, עם זאת, שהאפשרות "לתרום" בהסתלקויות, ולא בפשרות, מעודדת צדדים לבחור במסלול ההסתלקות.

¹⁶² קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 54, 70-71. ואכן, במספר פסקי דין עלתה השאלה האם מובר בהסתלקות או שמה בפשרה. לשיטת השופטת שטנר בת"צ (מחוזי מרכז) 21185-07-09 **קובי סודרי נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, פס' 6 (נבו 11.10.2010), "בכל מקום שבו כולל הסדר ההסתלקות מאפיינים של פשרה, כגון שהמשיב משנה מדרכיו בשל הגשת התובענה, משלם סכום כלשהו לקבוצה או נותן לה טובת הנאה, או משלם לב"כ המבקש סכומים שעלולים להחשב דמי לא יחרץ – יש לבחון את ההסדר בחינה מדוקדקת. על מנת שלא יהיה בו משום מעקף להסדר פשרה". ואכן בחלק מפסקי הדין, בית המשפט "זיהה" כי ההסתלקות היא למעשה פשרה, והעביר למסלול הנכון. ראו ת"צ (שלום רח') 23206-08-21 **גלור נ' אנגוס דבאח בע"מ**, פס' 9, 13 (נבו 20.3.2022) (הצדדים מציינים שההסדר ההסתלקות המוצע דומה להסדרי פשרה, אך טוענים "כי יש לאשר את ההסדר המוצע בבקשת ההסתלקות 'במטרה למנוע הימשכות ההליכים ובזבוז זמן בכלל וזמן

אמנם, האינטרס של הצדדים בבחירה בחלופת ההסתלקות ברור. כפי שראינו, פשרה דורשת עמידה בתנאים פרוצדורליים ומהותיים מכבידים. אך מאידך ברור שהאינטרס הציבורי מחייב במקרים שכאלו החלתם של מנגנוני הפיקוח של הפשרה. נכון לעת זו הדין, אשר אינו אוסר על תרומות בהסתלקות, מעודד צדדים המעוניינים בהסכם פשרה עם תרומה "להסוות" את הסכם הפשרה כהסתלקות.

לסיכום חלק זה, יצאנו מנקודת ההנחה, המעוגנת בפסיקה רבה, לפיה המחוקק אסר על תרומות בפשרות אך לא בהסתלקויות. לעמדתנו, אין סיבה מניחה את הדעת להבחנה בין המקרים. אדרבא, ההיתר לתרומות במסלול ההסתלקות יוצר תמריצים לצדדים לעבור מפשרות להסתלקויות, מאפשר מתן תרומות לצדדים שלישיים ללא פיקוח ציבורי, ומעודד הסתלקויות מתוגמלות בתביעות סרק. על כן, לדידנו מתבקש לבטל את ההבחנה בין פשרות להסתלקויות לעניין זה, לאסור תרומות בהסתלקויות, ולהורות שכל תרומה עליה הסכימו הצדדים תועבר אל הקרן הייעודית לחלוקת כספים.

תופעת התרומות היא פן אחד מתוך פגמים רבים שקיימים במנגנון ההסתלקות המתוגמלת. מנגנון זה זכה להתייחסויות (שליליות) רבות, ראו למשל את עניין **מרקיס**. הבעייתיות שבמתן תרומה דרך הסדרי הסתלקות, והשכיחות של תופעה זו, לא זכו עד עתה למענה ראוי. כך או כך, בהצעת החוק שמונחת על שולחן הכנסת כעת מבקשת הממשלה לבטל כליל את מוסד ההסתלקות המתוגמלת.¹⁶³ ככל שתיוותר, ולו חלקית, האפשרות להסתלק תמורת גמול, מתבקש למנוע גם את תופעת התרומות דרך הסדרי ההסתלקות.

ג. הרע במיעוטו, או, מדוע שבים בתי המשפט לפתרון התרומות?

הראינו שתובענות ייצוגיות המסתיימות בתרומות לצדדי ג' כדוגמת עמותות מעוררות קשיים רבים, וחותרות תחת תכליות חוק תובענות ייצוגיות. למרות זאת, לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות פתרון זה הכה שורש בפסיקה. על כן, ועל רקע חוסר האחידות בבתי המשפט, נענה המחוקק לאתגר וחסם, בתיקון מספר 10 משנת 2016, את האפשרות להעביר כספים לצדדי ג'. ואולם, ראינו שעורכי הדין מצאו דרכים רבות לפרוץ את האיסור – תרומות בעין, תרומות בהסדרי הסתלקות, סעדי עשה הכוללים תרומה, והגבלת שיקול הדעת של הקרן. חלק מהפרצות שסקרנו נפוצות מאוד בפרקטיקה

שיפוטי בפרט הנובעים מאישורו של הסדר פשרה; נקבע כי "המקרה שלפני עובר את גבול ההסתלקות לעבר הסדר פשרה, הן משום הפיצי המוצע מעבר לשניו בהתנהגות כלפי העתיד והן משום שכר הטרחה המשמעותי בנסיבות העניין שמבקשים הצדדים לאשר..."; וראו גם ת"צ (מחוזי מרכז) 4991-02-08 הכט טל נ' **סלקום ישראל בע"מ** (נבו 15.12.2008). מנגד, במקרים אחרים בהם התעוררה הסוגיה, בית המשפט אישר ההסתלקות. ראו ת"צ (ת"א) 12-12-7372 **רוזנברג נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ**, פס' 17, 29-28 (נבו 29.8.2021) (להלן: עניין **רוזנברג**); ת"צ (מחוזי מרכז) 7219-09-16 **עטיה נ' דלק תעשיות בע"מ**, פס' 12 (נבו 8.3.2018). לעמדתנו, בעוד שבתי המשפט יכולים באופן עקרוני לפקח על פשרות בתחפושת הסתלקות, הניסיון מלמד כי היישום של יכולות אלו בשטח אינו מושלם, בלשון המעטה.

ראו ס' 16 (א) לנוסח החוק המוצע, הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16).

163

(הסתלקויות ותרומות בעין), וחלק, על פני הדברים, פחות (סעדי עשה הכוללים תרומה והגבלת שיקול הדעת של הקרן).

פרצות אלו זכו כולן, במידה זו או אחרת, לגיבוי של בתי המשפט. כך למשל, בתי המשפט אפשרו תרומות בעין דרך פרשנות מילולית דווקנית לחוק; לא הקפידו על התקדימים שביקשו להצר את תופעת ההסתלקויות המתוגמלות; ובאופן רחב יותר, נמנעו מלהתערב בהסכמות הצדדים על אף החשש לבעיות נציגי ואחרות (למשל, בסעדי עשה ובמקרים של הגבלת שיקול הדעת לקרן).

לתופעה זו – פריצת האיסור על תרומות – מספר ביטויים מובהקים נוספים. כך, במקרים שונים עורכי הדין לא נדרשו למצוא פרצות כלל – ובתי המשפט אישרו סעד כספי לטובת עמותות על אף האיסור החוקי לעשות כן,¹⁶⁴ ולעיתים על אף שנמצא קשר קודם בין עורכי הדין לעמותה.¹⁶⁵ יתרה מכך, למרות הרטוריקה שמכירה באיסור על תרומות ובחשיבותו, גם בית המשפט העליון הכשיר אותן בדרך של אישור הסדרי פשרה

164 ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 51760-03-20 **חאיק נ' אפטר יו בע"מ** (נבו 10.6.2021), שם הועבר סכום כספי לעמותה לצד סכום כספי שהועבר לקרן. בערעור של המתנגדת להסדר הפשרה, עמותת אל-ספאם, בית המשפט העליון קבע שמן הראוי היה להעביר מראש את כל הסכום לקרן אך במקרה הנוכחי מדובר כבר במעשה עשוי. ע"א 6521/21 **עמותת אל-ספאם נ' חאיק** (נבו 19.10.2022) (להלן: **עניין אל-ספאם**). לדוגמה דומה ראו ע"א 3604/22 **פו נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (נבו 23.5.2023) (להלן: **עניין פו**) ("הקביעה של בית המשפט בהסכם הפשרה לפיה יתרת הפיצוי שהיה מיועד לחברי הקבוצה שלא אותו – תועבר לעמותה, מנוגדת לכאורה להוראת סעיף [החוק]. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה דנן ולאחר שהסכם הפשרה אושר ויצא לפועל, לא ראינו לנכון להתערב בנקודה זאת." שם, בס' 6; עם זאת, שכר הטרחה בגין יתרת הפיצוי שיועבר לעמותה הופחת ב-25% וראו גם את פסקי הדין המחוזיים הבאים: ת"צ (מחוזי ת"א) 17375-12-17 **גורוובסקי נ' RECKITT BENCKISTER (NEAR EAST) LTD**, פס' 22, 28 (נבו 8.1.2020) (להלן: **עניין גורוובסקי**) (אישור הסדר פשרה ובו תרומה כספית משמעותית, בסך של 234,000 ש"ח, לצד תרומת מוצרים, "שכן לטענת הצדדים תמהיל התרומה... מאפשר להטות את סכום הפיצוי הכולל כלפי מעלה" ולאור התרשמות בית המשפט "כי בחירת העמותות הנתרמות וכן בחירת תמהיל המוצרים הנתרמים נעשו ביורה נקייה ומקצועית ובהעדר כל התנגדות מצד חברי הקבוצה והיועמ"ש...". שם, בפס' 28); ת"צ (מחוזי ת"א) 16039-09-20 **דביר נ' אופטיקה הלפרין בע"מ**, פס' י"ג (נבו 30.4.2018) (להלן: **עניין דביר**) (בית המשפט דוחה את עמדת היועמ"ש וקובע כי אין "מניעה שהסכף ייתרם במישרין לעמותה שעיסוקה קרוב לנושאים שבהם התובענה עוסקת... במקום העברה לקרן לניהול כספים הנפסקים כסעד ולחלוקתם... בשני המקרים התוצאה אותה תוצאה, אך במקרה של תרומה ישירה הדרך קצרה יותר"). נעיר כי על פסק דין **דביר** המדינה הגישה, באופן חריג, ערעור. ע"א 5052/23 **היועצת המשפטית לממשלה נ' דביר** (נבו 5.6.2024) (להלן: ערעור המדינה בעניין **דביר**). ערעור זה תוקף את העמדה העקרונית לפיה אין מניעה להעביר הכספים ישירות לצדד ג', במקום העברתם לקרן. בפסק דין קצרצר זה שניתן לאחרונה, קיבל בית המשפט העליון את עמדת המדינה, תוך שהוא מורה להעביר את כספי התרומה לקרן, ומעיר כי "בעקבות כמה מקרים שבהם נפלה טעות בהקשר זה, נשוב לצטט... את הוראות [החוק] לפיהן "סעד כספי לטובת הציבור" יש להעביר "לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 א'" (ההדגשה במקור).

165 עניין **כספי**, לעיל ה"ש 78 (אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית בנידון בנקאות, שכולל תרומה בסך 100,000 ש"ח לעמותת "אבני דרך לחיים", למען צעירים אוטיסטיים, על אף התנגדות היועמ"ש ולמרות קשר קודם בין באי כוח הבנק לעמותה; התרומה הוציקה על רקע התרשמות בית המשפט "כי מדובר במטרה מבורכת וראויה... [ו]לכבד את העמותה שמטרתה כה חשובה... השתכנעתי כי מטרת העמותה ראויה ואף מרגשות...". שם, בפס' 9).

המכילים תרומות.¹⁶⁶ לפנינו, אם כן, תופעה רחבה – התעלמות ממצוות המחוקק ומתכליות תיקון מספר 10.

כעת, המחוקק הפנה את תשומת לבו שוב לתופעת התרומות. הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) שואפת לסגור את הפרצה הראשונה ולא לאפשר תרומת מוצרים. עם זאת, וכאמור, עמדנו במאמר על פרצות נוספות שלא מקבלות מענה שלם בהצעת החוק. זאת ועוד: עצם הדיון בהתנהלות בתי המשפט מאז תיקון החוק בשנת 2016 מסייע לנו לזקק את השיקולים העומדים בבחירת בתי המשפט לשוב לפתרון התרומות על אף קריאתו הברורה של המחוקק. מיצוי שיקולים אלו יסייע למחוקק בהטמעת האיסור על תרומות לעתיד לבוא. זוהי מטרת הפרק הנוכחי. להלן נציין את השיקולים והסיבות העיקריים העומדים בבסיס פסיקת בתי המשפט – תוך התמקדות בשיקולי הרתעה, סעד, ושיקולים מוסדיים.

1. שיקולי הרתעה

המצדדים במנגנון התרומות יכולים לטעון כי תרומת קופת הפיצוי מקיימת את תכלית ההרתעה, המנויה בחוק.¹⁶⁷ "ההסכמות בהעלאת תרומה לטובת אוכלוסיות חלשות, " כך נטען, יש בהן "כדי ליצור הרתעה מפני כשל חוזר".¹⁶⁸ לכאורה, עצם תשלום הכספים בהסדר מצד הנתבעת אכן מקיים את מטרת ההרתעה. אך, קיומה של מטרת ההרתעה לא מצדיק את מסלול התרומה דווקא. הואיל ומטרת ההרתעה תוגשם בלאו הכי על ידי תשלום מצד הנתבעת על הנזק שגרמה, הרי שאין מניעה שהתשלום יועבר לקרן לחלוקת כספים בהתאם להוראת המחוקק. יתרה מכך, הסברנו כיצד בתרומה לצד ג' קם החשש שהנתבעת משלמת פחות מכפי שהוסכם – ובכך נפגעת אותה מטרה.¹⁶⁹

הרתעת-יתר ותביעות סרק. טיעון מתוחכם יותר הקשור להרתעה ניתן לזהות בין השורות בפסיקת בתי המשפט. טענות רבות מושמעות כנגד ריבויין של תביעות סרק

¹⁶⁶ ראו למשל הדיון בפסיקת העליון, לעיל ה"ש 81-83 והכתוב לידן. לפער בין הרטוריקה לבין המעשה ראו גם את פסקי הדין אל-ספאם ופו, לעיל ה"ש 164. ראו גם את ראו עניין בלמס, בעליון, לעיל ה"ש 88.

¹⁶⁷ ס' 1(2) לחוק.

¹⁶⁸ ת"צ (שלום י-ם) 52511-12-15 הנגבי נ' שקדיה גבע תעשיות בע"מ, פס' 10 (נבו) 19.3.2017). לאמירות דומות ראו למשל גם ת"צ (מחוזי חי') 45675-12-15 ד"ר הלר נ' עוף הגליל בע"מ, פס' 70 (נבו) 11.2.2019); ת"צ (שלום חי') 9599-09-20 פרי נ' זול ובגדול בע"מ, פס' 16 (נבו) 16.12.2021); ת"צ (מחוזי מרכז) 13664-05-18 מנה קמעונאות בע"מ נ' אודליה ממן, פס' 50 (נבו) 25.8.2021).

¹⁶⁹ ראו לעיל בה"ש 31-37 והכתוב לידן. אינדיקציה לכך שתרומה מקלה על הנתבעת ניתן למצוא בפסיקת בתי המשפט בתקופת מגיפת הקורונה. בתקופה זו בתי המשפט נהגו להתחשב בנסיבות הכלכליות המיוחדות של נתבעים כדי להצדיק קבלת בקשתם להעביר תרומות שלא דרך הקרן. ראו למשל עניין מנצור, לעיל ה"ש 37, בפס' 78; ת"צ (מחוזי ת"א) 46098-06-18 מאור נ' מנה קמעונאות בע"מ, פס' 30-31 (נבו) 21.7.2020 (להלן: עניין מאור). פסיקות אלו משקפות את תת-ההרתעה שנוצרת לנתבעים דרך הסדרי התרומות.

שמאלצות את הנתבעות להתפשר.¹⁷⁰ ככל שבעיה זו היא בעיה ממשית, שיוצרת הרתעת יתר כלפי נתבעות, יש שסברו כי מתבקש להקל עימן, "לעגל פינות" ולאשר הסדרי פשרה מוקשים. ברוח זו בחר בית המשפט המחוזי, מפי השופטת נחליאל-חיאט, לאשר הסדר פשרה ובו הטבה צנועה לחברי הקבוצה:

"עיקר מלאכת השיפוט, בבוא בית משפט לאשר הסדר פשרה, היא שימוש ראוי ומאוזן בכלים שקבע המחוקק... כדי לבחון באופן קפדני את הסדר הפשרה המובא לאישורו, על מנת שיוכל להשתכנע שהסדר הוא אכן ראוי, יעיל והוגן בהתחשב בנסיבות המקרה הפרטני..."

בצד כל אלו לא ניתן להתעלם מהמציאות היומיומית השוררת בבתי המשפט... זמן שיפוטי יקר מוקדש להליכים שאין ערך של ממש מבירורם, ולא כל שכן מבירורם בבית משפט מחוזי. המקרה שלפני הוא אחד מהם."¹⁷¹

ואכן, נימוקים דומים רווחים בפסיקה אחרת שמאשרת הסדרי פשרה שנראים, על פני הדברים, בעייתיים לאור חולשת התיק. במספר פסקי דין צוין כי קשיי הוכחת שיעור מדויק של הנזק,¹⁷² ובאופן כללי קשיים בהוכחת התביעה, מצדיקים אישור תרומה בעייתית.¹⁷³ ובלשונו של בית המשפט העליון, מפי השופטת ברון, אמנם "התועלת הגלומה בבקשת האישור מבחינתם של חברי הקבוצה נחזית כמצומצמת", אך "בנסיבות המקרה... הסיכון כי בקשת האישור תידחה מבלי שיינתן סעד כלשהו לטובת הקבוצה הוא ממשי, ועיון בכתבי הטענות מלמד כי משוכות בלתי מבוטלות עומדות בדרכם של חברי הקבוצה לפיצוי המבוקש."¹⁷⁴ תביעות ספאם נראות כהקשר משפטי מובהק בו

¹⁷⁰ ראו למשל דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 24 ("אחת הבעיות המרכזיות הקיימות בתחום היא בעיית הביעות הטרק. בעיה זו מתבטאת בהגשת תביעות חסרות בסיס עובדתי ומשפטי וזאת לאור האפשרות הקיימת במסגרת תובענה ייצוגית לרווח מהיר הנובע מצדדים הגשת בקשה לאישור...").

¹⁷¹ ת"צ (מחוזי ת"א) 25766-01-19 בשן נ' הוט מובייל בע"מ, פס' 26-27 (נבו 9.2.2022). בהסדר הפשרה, בתביעה שעילתה ספאם, ניתנה האפשרות לחברי הקבוצה לקבל מהנתבעת הרחבת גלישה, בעוד ששכר הטרחה למייצגים לא הותנה במימוש. לפסק בעליון שמאשר את הפשרה ראו עניין שולץ, לעיל ה"ש 3.

¹⁷² עניין מאור, לעיל ה"ש 169, פס' 33; עניין פריגו, לעיל ה"ש 37, פס' 28; ת"צ (מחוזי חי') 6271-07-14 כהן נ' מפעל הפיס (חל"צ) (נבו 20.4.2016).

¹⁷³ ראו למשל עניין בשן, לעיל ה"ש 171, בפס' 29 ("עיקר הנזק... הוא לא ממוני והקושי בהוכחת הנזק הולך ומתעצם וממילא לא מן הנמנע שלא ניתן יהיה להוכיח את הנזק... לגבי חלק נכבד מחברי הקבוצה. לכן, העובדה שלא כל חברי הקבוצה מקבלים פיצוי משקפת את הסיכויים והסיכונים הנשקפים מהמשך ניהול ההליך..."). ראו גם בעניין שמואל, לעיל ה"ש 80, פס' 32; ת"צ (מחוזי ת"א) 1238-09 גבאי נ' מעברות מטרנה בע"מ, פס' 8 (נבו 7.3.2013).

¹⁷⁴ עניין שולץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 12-13 לחוות דעתה של השופטת ברון. וראו גם שם, בפס' 15 ("ההטבה המוצעת לקבוצה הולמת את התועלת המוגבלת הגלומה בבקשת האישור ואת סיכוייה שאינם מן המשופרים"). באותו עניין אישרר כאמור בית המשפט את הסדר הפשרה שאושר בעניין בשן, לעיל ה"ש 171, למרות ששכר הטרחה לא הותנה במימוש ההטבות, בניגוד לפסיקה קודמת. השו"ל לדעת המיעוט של השופטת רונן בעניין שולץ, שם. וראו גם את ע"א 1387/23 יגנדי נ' הולמס

"התועלת... נחזית כמצומצמת"¹⁷⁵ ועל כן נצפה לפשרות בעייתיות במיוחד בתביעות ספאם.¹⁷⁶

העמדה שרואה בחולשת התיק סיבה לאשר פשרות בעייתיות נראית לנו, בכל הכבוד, שגויה. חולשת התיק צריכה להוביל לתוצאה אחת – דחייתו. עמד על כך גם המחוקק באותו תיקון משנת 2016 בו הבהיר כי אף על פשרה שהוגשה טרם אישור התובענה כייצוגיות – אלו הפשרות הטיפוסיות בתיקים חלשים – לעמוד בתנאים לאישור תובענה ייצוגית.¹⁷⁷ בפרט, פשרות מוקדמות צריכות לעמוד בתנאי לאישור לפיו יש "אפשרות סבירה" שהשאלות המשותפות "יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"¹⁷⁸. המסר מתיקון מספר 10 הוא כי מוטב לבית המשפט לדחות את הצעת הפשרה ולהחזיר את הצדדים לשולחן המשא ומתן, מאשר לקבל פשרה המבוססת על עילה חלשה. יוצא מכך שעל בית המשפט לכל הפחות להסס טרם אישורן של פשרות בהן קיים "סיכון ממשי" להפסד, ו"משוכות לא מבוטלות" בדרך לסעד.¹⁷⁹ מעבר למצוות המחוקק נמצאים גם שיקולי מדיניות ברורים – עמדה המאשרת פשרות (בעייתיות) בתיקים חלשים מתמרצת תובעים להגיש תביעות סרק, מתוך מטרה להתפשר, ופוגעת בנחבעות ולקוחותיהן.¹⁸⁰ על כן, מן הראוי שלא לאשר פשרות בעייתיות, גם במקרים בהם בית המשפט סבור כי עילת התביעה חלשה.¹⁸¹

פלייס אינטרנשיונל (נבו 18.12.2023), בו דחה בית המשפט העליון את ערעור המייצגים באשר לגמול ושכר הטרחה, ובו העירה השופטת וילנר כי "במקום בו סיכויי התביעה אינם מן המשפריים – ייטה בית המשפט להסתפק באישור הסדרי קופונים". הסדר השוכרים מושא אותה תובענה נראה בעייתי במיוחד. חברי הקבוצה היו לקוחות שביטלו את המנוי לשירותי הנתבעת – ובפשרה הוסכם כי הנתבעת תעניק לחברי הקבוצה שוברי כניסה.

175 ראו למשל את דברי בית המשפט בעניין **בשן**, לעיל ה"ש 171, בפס' 27: "הליכי התובענה הייצוגית אינם שווים זה לזה מבחינת האינטרס הציבורי שבכירורן והליכים ייצוגיים רבים נעדי כל חשיבות ציבורית... כך למשל, דיון בתיקים בעילת הספאם... כיום, לאחר שהדין סביב עילה זו צמח והתפתח, וכבר נכתבו החלטות רבות ופסקי דין רבים ניתנו בסוגיה זו, שוב לא נראה מוצדק להמשיך ולהקדיש זמן שיפוטי יקר כל כך לתובענות בעילת הספאם".

176 ראו הדיון בעניין **שולץ**, לעיל ה"ש 3, ואת ה"ש 174 והכתוב לידה. ראו גם את הסכמת בית המשפט העליון לתרומת מוצרים בפשרות ספאם אחרות, לעיל ה"ש 81-86 והכתוב לידן.

177 ס' 19(א) לחוק.

178 ס' 8(א)(1) לחוק.

179 ראו הדיון בהקשר זה בעניין **שולץ**, לעיל ה"ש 3, ואת ה"ש 174 והכתוב לידה. הבעיה עליה אנו מצביעים היא כמובן בעיה כללית יותר, שחורגת מהדיון בתרומות. על פי רוב בתי המשפט לא בוחנים כראוי את תנאי ס' 19(א) לחוק, ומסרבים לדחות פשרות שמבוססות על עילות קלושות. השוו לרע"א 2298/19 **פינצ'בסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ** (נבו 4.8.2021), בו בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לאישור הפשרה על הסף, לאור חולשת התיק, והעליון, מפי השופטת ברון, הפך החלטה זו.

180 ראו את תיקון מספר 10, לעיל ה"ש 9, בעמ' 117 ("כדי לצמצם את התופעה של תביעות סרק... מוצע לקבוע כי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אם התובענה שהוגשה אינה עומדת, לכאורה, בתנאים להגשת תובענה ייצוגית ולאישורה..."). ראו גם קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 784-788.

181 ובאופן מקביל, ס' 16(א)(1) לחוק, כנוסחו לאחר תיקון מספר 10, קובע כי הסתלקות מתוגמלת תאושר רק אם "התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה". תובע ובא כוח מייצגים שהגישו תובענה לא מבוססת, ולו לכאורה, לא זכאים ליהנות מתגמול בעבור הסתלקותם. בשולי הדברים, ניתן להקשות ולשאול מדוע תביעות חלשות מוגשות מלכתחילה – וכיצד יש לטפל בתופעה זו. ואכן, חלק ניכר מרודח הצוות הבין-משרדי שקדם להצעת החוק עוסק בשאלה זו. והשוו גם לס' 3ג להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) (הרחבת האפשרות למחוק בקשה לאישור על הסף).

2. שיקולי סעד

סט אחר של שיקולים קשור לתכלית הסעד.¹⁸² ניתן לזהות כאן מספר שיקולים רלוונטיים.

הגדלת קופת הפיצוי. ניתן לטעון שבאמצעות היענות לררישת הצדדים לתרומה ניתן "להטות את סכום הפיצוי הכולל כלפי מעלה".¹⁸³ היגיון זה מבוסס, כך נראה, על ה"נכונות" של הנתבעת לשלם סכום גבוה יותר היכן שתשלום זה מגולם בתרומה, ולא בכסף ממש.¹⁸⁴ קו מחשבה זה בעייתי בעינינו. הנתבעת מעוניינת בהפחתת חבותה ואין יסוד להניח שתתנדב להעלות את קופת הפיצוי מיוזמתה. לעומת זאת, כפי שהראינו, האפשרות לתרום מאפשרת לנתבעת לשלם פחות – ובכך "לנפח" באופן מלאכותי את קופת הפיצוי (ובדומה, גם את שכר הטרחה שנגזר ממנה).¹⁸⁵ מכאן, שהגדלת קופת הפיצוי "תמורת" האפשרות לתרום לצד ג', חלף העברה לקרן, אינה מועילה לקבוצה. זאת ועוד: ניסיון העבר מלמד כי תרומות רחוקות מלממש את מטרת הסעד, מסיבות רבות ומגוונות, וכי הקשר בין חברי הקבוצה לתרומה לעיתים קרובות קלוש.¹⁸⁶ מכל מקום, גם אם האפשרות לתרומה מגדילה את קופת הפיצוי לקבוצה – למשל, משום שעלות הייצור של המוצרים הנתרמים נמוכה משווים לצרכן¹⁸⁷ – הרי שהיא טובה גם לנתבעת, ולכן פוגעת במטרת ההרתעה, המטרה העיקרית ברוב התובענות הייצוגיות.¹⁸⁸

¹⁸² תכלית הסעד מנויה בס' 31 לחוק.

¹⁸³ עניין **גורוחובסקי**, לעיל ה"ש 164, בפס' 28. ראו גם ת"צ (י-ם) 40942-01-21 **שמשון נ' ירוטקס טקסטיל בע"מ**, פס' 11 (נבו 6.12.2022) (להלן: עניין **שמשון**) ("בתרומת מוצרים באמצעות עמותות גלומים יתרונו, וביניהם, נכונות לתרומה בשווי כספי גבוה יותר").

¹⁸⁴ שם.

¹⁸⁵ השוו להצעה להעמיד בפני הנתבעת שתי חלופות: פיצוי באמצעות שוכרים לקבוצה או באמצעות העברה כספית לקרן, כאשר בית המשפט יבחר את המסלול הראוי, ובכל מקרה שכר הטרחה ייגזר מהסכום הכספי. דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 77-80. ס' 20(ג) להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16).

¹⁸⁶ ראו הדיון להלן בה"ש 194-196 והכתוב לידן.

¹⁸⁷ לקו מחשבה זה ראו למשל עניין **הירש**, לעיל ה"ש 76, פס' ו' ("אין מניעה... להמיר את כספי הפיצוי בחלוקת מוצרים או בהספקת שירות... לציבור. פיצוי כזה ראוי ביתר שאת כאשר שווי השירות עולה על הנזק המצריפי שלושה..."); עניין **שמשון**, לעיל ה"ש 183, בפס' 11; ת"צ (מחוזי י-ם) 4753-02-16 **חזן נ' רונלייט דיגיטל בע"מ**, פס' 50 (נבו 21.1.2021) (להלן: עניין **חזן**) ("חלוקת יתרת הסכום באמצעות מכשירים, מאפשרת כפי שהסבירו הצדדים, להעמיד את קופת הפיצוי על סכום שווי גבוה... באופן המיטיב עם חברי הקבוצה והציבור. זאת שכן מחיר הסמארטפון לצרכן גבוה מעלות ייצורו עבור [הנתבעת]"); ת"צ (מחוזי ת"א) 28150-07-12 **מנצור נ' טמפו משקאות בע"מ** (נבו 29.3.2016) ("מקובלת עליי עמדתם שלפיה חישוב כזה יגדיל משמעותית את הסכום שהוסכם לתרום, ומבחינתו של הצרכן שווי המוצר הוא המחיר שתמורתו הוא רוכש אותו").

¹⁸⁸ ככלל יש יסוד להניח שמטרת ההרתעה חשובה ממטרת הסעד, לפחות ככל שהעילות האישיות קטנות. ראו למשל ה"ש 197 והכתוב לידה. עמדה זו עולה בקנה אחד עם דעתה של היועצת המשפטית לממשלה. הייעוץ המשפטי סבור שיש עדיפות לתרומה כספית לקרן, וכי גם בתרומות מוצרים יש לגזור את הפיצוי משווי עלות הייצור, ולא שווי המוצר לצרכן. ת"צ (מחוזי ת"א) 2073-09 **נוסר נ' שופרסל בע"מ**, פס' 3 (נבו 4.12.2011); עניין **פי. אמ. איי**, לעיל ה"ש 70, פס' 52, 57-56 (נבו 4.12.2021). וראו גם הצעת התיקון בה"ש 185 (ובמקורות הנזכרים שם). בקיץ הדברים, ספק אם מטרת הסעד ממומשת באופן עדיף דרך תרומה טיפוסית, להבדיל מהעברה לקרן.

הטבה לקבוצה והשוואה לפעילות הקרן. שיקול ותיק בעד מנגנון התרומות הוא השאת רווחתה של הקבוצה, באופן ישיר או עקיף, באמצעות תרומה לעמותה שמקדמת מטרת ראויות.¹⁸⁹ ככל שתרומה מעלה את רווחת הקבוצה, ועושה זאת טוב יותר מהקרן, כך תרומה היא הדרך המועדפת לממש את מטרת הסעד. ואכן, ראינו את הטענות המהדהדות עמדה זו, לפיהן הקרן "איננה עומדת בקצב הנדרש לחלוקת כספים לציבור הנפגע".¹⁹⁰ ברוח זו לעיתים נטען גם כי הקצאות הקרן אינן מממשות כראוי את מטרת הסעד. כך, משום שהכסף מחולק על-ידי הקרן למטרות שרחוקות מעילת התובענה, ו/או מהייעוד אותו הגדיר בית המשפט.¹⁹¹ ואכן, ראינו כי בזמן מגיפת הקורונה כספי הקרן הופנו לצרכים לאומיים הקשורים למגיפה, ולא להטבת עניינם של הקבוצות הרלוונטיות.¹⁹² בדומה, נטען כי צדדי ג' הנתרמים עשויים להיות אפקטיביים יותר בהחזרת הכסף לקבוצה.¹⁹³

לכיוון חשיבה זה יש מספר תשובות. ראשית, נראה כאמור שלאחר התחלה מהוססת, הקרן "התניעה" והגבירה משמעותית את פעילותה בשנים האחרונות.¹⁹⁴ שנית, ספק רב אם החלופה של העברה לצדדי ג', משרתת טוב יותר את מטרת הסעד. נהפוך הוא: כאמור לעיל, כנגד מנגנון התרומות הושמעו תדיר הביקורות כי הוא אינו מקיים את מטרת הסעד עקב הזיקה הקלושה בין יעדי התרומה לבין עילת התובענה,¹⁹⁵ והיעדר חפיפה בין

¹⁸⁹ ראו למשל את פסקי הדין הבאים, שניתנו טרם תיקון מספר 10. ת"צ (מחוזי מרכז) 24033-02-13 **ארגס נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' 13 (ג) (נבו 7.4.2014); ת"צ (מחוזי חי') 6334-07-12 **גלזברג נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' כ"ה (נבו 22.10.2013). כאמור, תרומה יכולה להשיא את רווחת הקבוצה באופן עקיף, דרך ההטבה לציבור. לדוגמאות עדכניות ראו למשל ת"צ (שלום חד') 49515-12-21 **יצחק נ' בן עמי שבטי בע"מ**, פס' 23 (נבו 8.5.2022) (תרומת המוצרים "לעמותת אלו"ט... אינה מהווה פיצוי ישיר לחברי הקבוצה. עם זאת, מאחר שהפיצוי מועבר לעמותה הפועלת לקידום מטרה הנחשבת בעיני רוב רובו של הציבור כמטרה טובה וראויה, ניתן לראות בה פיצוי מסוים לחברי הקבוצה"); עניין **כספי**, לעיל ה"ש 78, בפס' 9; ת"צ (מחוזי ת"א) 14907-04-18 **בן דוד עוזרי נ' דלתא גליל תעשיות בע"מ**, פס' 39 (נבו 4.11.2019).

¹⁹⁰ ת"צ (מחוזי ים-12-56644-11-12 **רוסר נ' אי-אינטראקטיב מערכות פרסום בע"מ** (נבו 3.5.2021) (הצדדים טענו כי הקרן לא יעילה בחלוקת הכספים, שם, בפס' 29; בית המשפט אישר הסדר פשרה שכלל סעד של תרומת שוברים). לטענה דומה מצד הצדדים ראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 48906-05-19 **טרגין נ' קל - אוטו שירותי מימון (1998) בע"מ**, פס' 39 (נבו 28.4.2021). לדין הכללי יותר בתפקוד הקרן, ראו לעיל ה"ש 56-61 והטקסט הצמוד להן.

¹⁹¹ ראו למשל את ת"צ (מחוזי מרכז) 14842-06-15 **הלר נ' הקרן לניהול וחלוקת כספים שנפסקו כסעד** (נבו 18.11.2021), שעסק בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית שעילתה התעללות בבעלי חיים, בו הועבר סך של 1.2 מיליון ש"ח לקרן. הקרן פרסמה קול קורא לפרויקטים "עבור הגנה על בעלי חיים המיועדים לתעשיית המזון", אך מכוח קול קורא זה חולקו 400,000 ש"ח בלבד. על כן פורסם קול קורא נוסף, שיועד לפעילות "בתחום רווחת בעלי חיים המיועדים לתעשיית המזון...". שם, בס' 4-5 (ההדגשות הוספו). נטען כי בשינוי הייעוד הקרן חרגה מסמכותה. בית המשפט דחה את הבקשה. ראו לעיל ה"ש 54 והכתוב לידה.

¹⁹² ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 16963-02-18 **סופר נ' מגה קמעונאות בע"מ**, פס' 33 (נבו 26.5.2022) (להלן: עניין **סופר**) ("לעמותה יש מידע פרטני ועדכני על חברי הקבוצה הנזקקים לתרומה... מובטח בהסדר באופן ראוי כי מלוא ההטבה... תועבר לחברי הקבוצה הנזקקים לכך ולא תיוותר בקופת המשיבה").

¹⁹⁴ ראו לעיל ה"ש 62 לעיל והטקסט הצמוד לה.

¹⁹⁵ ראו לעיל ה"ש 28-30 והכתוב לידן (תרומות בכסף, עובר לתיקון מספר 10); לעיל ה"ש 54 והכתוב לידה (תרומות בעין).

הקבוצה לבין הגוף הנתרם.¹⁹⁶ בדומה, מנגנון התרומות חשוד בקשרים קודמים בין הצדדים להסדר לבין יעד התרומה, שבגינם הנתבעת משלמת פחות ממה שאליו התחייבה או שמייצגי הקבוצה מקדמים את עניינם האישי על חשבון הקבוצה. חששות אלו מחלישים בדומה את מימוש מטרת הסעד. לבסוף, יש יסוד להניח שלפחות במרבית התובענות הייצוגיות מימוש מטרת הסעד מהווה תכלית מדיניות משנית.¹⁹⁷ וימחיש ריבוי המקרים בהם בתי המשפט אישרו הסדר פשרה ובו זיקה קלושה בין יעדי התרומה לעילת התובענה.¹⁹⁸

3. שיקולים מוסדיים

שיקולים אחרים אותם ניתן לזהות הם שיקולים מוסדיים.

עומס שיפוטי ופשרות. ניכר ששיקול העומס השיפוטי – והחתימה לסיום התיקים בהסדרים מוסכמים – הם שיקולים חשובים באימוץ מנגנון התרומות. כידוע, מערכת המשפט הישראלית סובלת מעומס מערכת משמעותי.¹⁹⁹ לכך ניתן לצרף את היותם של תיקי תובענות ייצוגיות תיקים "כבדים" בהשוואה לשאר סוגי התיקים האזרחיים, הדורשים זמן טיפול ארוך.²⁰⁰ ההשלכות ברורות – לשופטים יש תמריץ מוסדי חזק לכבד את הסכמות הצדדים. ואכן, נמצא זה מכבר כי שופטים עמוסים נוטים לאשר הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות.²⁰¹

ברם, עולם התובענות הייצוגיות שונה מסדר הדין האזרחי הרגיל. תובענות ייצוגיות מערבות השלכות רוחב, ובפרט, מעשה בית דין על חברי הקבוצה, שאינם בבית המשפט. לפיכך, בשונה מפשרות אזרחיות רגילות, בהן באופן טיפוסי אין כל פיקוח על תוכן הפשרה, מצופה מבתי המשפט ליטול חלק פעיל בפיקוח על הסדר הפשרה, ולדאוג

¹⁹⁶ טלו לדוגמה את עניין **סופר**, לעיל ה"ש 193. בתביעה שעניינה נגישות באינטרנט כנגד לקוחות מגה בית המשפט קיבל את טענת הצדדים כי "תרומת מוצרים לעמותה [לקידום סטודנטים עיוורים ודיסקלטיים] עדיפה על תרומה כספית לקרן שכן במסגרת תרומת המוצרים לעמותה יש ידיעה ברורה כי התרומה תגיע באופן ישיר לחברי הקבוצה..." שם, בפס' 23. אולם, ברור כי הגדרת חברי הקבוצה – כלל לקוחות חברת מגה – רחבה הרבה יותר מהנחמכים בידי העמותה, שעיסוקה הוא קידום סטודנטים. בדומה ובמקביל, גם הגדרת נתמכי העמותה רחבה מהגדרת הקבוצה, וכוללת למשל כאלו שאינם לקוחות חברת מגה.

¹⁹⁷ לפחות בתביעות בעילות אישיות נמוכות, כלומר, הרוב המכריע של התביעות, מטרת ההרתעה נראית חשובה יותר ממטרת הסעד. ראו והשוו לביא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 332-325, 371-369.

¹⁹⁸ ראו לדוגמה הדיון בפסק הדין תנובה לעיל בפרק א.1.

¹⁹⁹ דברי ההסבר לטיטוט תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ו-2016, בעמ' 1; ראו גם גלי אביב ודליה ארנטל **עומס העבודה השיפוטי במערכת בתי המשפט בישראל** (הרשות השופטת, מחלקת המחקר 2021). אביב וארנטל מסכמות וקובעות כי "בחינת כלל ממצאי המחקר המפורטים במחקר רחב זה, מציירת תמונה של עומס רב המוטל על שכמם של השופטים והרשמים במערכת המשפט הישראלית. עומס רב זה מתבטא, בין היתר, בכמויות התיקים העצומות, בתקינה חסרה, בשעות עבודה ארוכות לעומת המקובל בעולם המערבי, לרבות עבודה בימי חופש ומנוחה, בחוסר איוון בין העבודה לחיים הפרטיים ובעומס רגשי..." שם, בעמ' 131.

²⁰⁰ שם, בעמ' 99-91.

²⁰¹ ראו לעיל ה"ש 126 והכתוב לידה. ראו גם הדיון בעניין **בשן**, לעיל ה"ש 171, בו הנמקת בית המשפט נשענת על עומס שיפוטי.

לשנותו במקרה הצורך. במילים אחרות, מרחב התמרון שיש לצדדים בשיטה האדברסרית מצומצם יותר בהקשר הייצוגי.²⁰² שינוי בהסדר הפשרה ניתן להשיג, פרקטית, על ידי דחייתו והצעה לצדדים להסכים למתווה המתקן אותו.²⁰³ השיקול המוסדי לפשרה בהקשרנו, איפוא, לובש צורה מעט שונה. נדמה שבתי המשפט חוששים מכך שהתערבות שיפוטית בהסדר תוביל לכך שהצדדים לא יתפשרו מחדש, או שלא יסכימו לתיקון המוצע, ויילכו למשפט.²⁰⁴

טלו, למשל, את עניין קליין נ' מאפיית דוידוביץ, שעילתו הסדר כובל בין מאפיות.²⁰⁵ הסדר הפשרה אליו הגיעו הצדדים כלל תרומת מוצרים לעמותות המסייעות לנזקקים, בסך של כ-10 (!) מיליון ש"ח, לצד סך של כ-2 מיליון ש"ח שיועד לקרן לחלוקת כספים. היעוץ המשפטי לממשלה התנגד להסדר הפשרה, מסיבות ברורות. נטען כי החוק לא מתיר תרומת מוצרים לעמותות, ויש להעביר את קופת הפיצוי לקרן או לקבוצה; וכן הועלה החשש ששווי המוצרים לנתבעות נמוך משמעותית מהשווי הנקוב בהסדר.²⁰⁶ למרות הבעייתיות, בית המשפט אישר את הסדר הפשרה. צוין, כי לא ניתן לתקן את ההסדר במקרה זה. זאת כיוון ש"הובהר" על ידי הצדדים שההסדר ביניהם הגיע "לאחר מו"מ ממושך ועיקש... ולא קיימת גמישות נוספת בכל הנוגע למוסכם. העומד על הפרק הוא איפוא אישור ההסדר או דחייתו באופן שיחייב את המבקש בניהול הליך מלא כסדרו".²⁰⁷ בהתאם, נדמה כי שיקול זה מופיע אף ביתר שאת כאשר הצדדים מגיעים להסדר לאחר הליך גישור שנערך ביניהם.²⁰⁸

טיעון זה – החשש שהתערבות בהסדר פשרה בעייתית תוביל למשפט – מוקשה בעינינו. ראשית, רובם המוחלט של תיקי התובענות הייצוגיות מגיעים לסיומם בהסכמה. ואכן, נדמה שאף במקרה הטיפוסי בו פוסק בית המשפט על דחיית הסדר הפשרה או

202 ראו בפרט את הדרישות הפרוצדורליות והמהותיות לאישור פשרה, לעיל ה"ש 124-129 והכתוב לידן. השוו גם לס' 18(1)(2) לחוק שאינו מאפשר לצדדים לכלול בהסדר הפשרה הוראה מחייבת בדבר גמול ושכר טרחה.

203 ראו עניין קליין, לעיל ה"ש 35, בפס' 36 ("אכן, לעיתים קרובות סבור בית המשפט כי ראוי לתקן את הסדר הפשרה, והצדדים מקבלים את דעתו"). והשוו גם לפרקטיקה השיפוטית של "המרת" הסעד בעין בסעד כספי לקרן, ללא הסכמת הצדדים. לעיל ה"ש 73 והכתוב לידה.

204 Christopher R. Leslie, *A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation*, 49 UCLA L. REV. 991, 1062-1063 (2001) והמקורות שאזכרו שם.

205 עניין קליין, לעיל ה"ש 35.

206 שם, בפס' 23-24.

207 שם, בפס' 36.

208 שם, בפס' 35. וראו גם את ההשפעה של הליכי גישור בהקשרים דומים, בעניין בן סימון נ' שטראוס גרופ, לעיל ה"ש 141, פס' 57; עניין כהן זאדה, לעיל ה"ש 141, בפס' 51; על הבעייתיות בהסדרי גישור במסגרת תובענות ייצוגיות ראו James R. Coben, *Creating a 21st Century Oligarchy: Judicial Abdication to Class Action Mediators*, 5 PENN. ST. Y. B. (2013) 162, ARB. & MEDIATION. ויהונתן בן-יוסף ומאיר בן חנן, נייר מדיניות: עיון מחודש בהליכי גישור במסגרת תובענות ייצוגיות (בידי המחברים). מהבחינה התיאורטית, הליך גישור עשוי להעזיר על השקעת הצדדים בהליך עד כה. ככל שהצדדים השקיעו יותר, כך שההשקעה הצפויה בהליך (אם לא תהיה פשרה) נמוכה, וכתוצאה מכך הסיכוי לפשרה קטן. ראו, ROBERT G. BONE, *The Economics of Civil Procedure* 91-94 (2003).

ההסתלקות המתוגמלת ועל המתווה לתיקונו, הצדדים יסכימו לבסוף להסדר המתוקן.²⁰⁹ הדעת נותנת, אם כן, שגם אם ההסכם הבעייתי ייפסל – ימצאו הצדדים את הדרך להגיע לפשרה חדשה, טובה יותר לציבור ולקבוצת הנפגעים.²¹⁰ בדומה, לטעמנו קשה לייחס משקל ואמינות לאמירות הצדדים בדבר "מו"מ ארוך ועיקש", ועל כך שמה שעומד על הפרק הוא בחירה דיכוטומית בין אישור ההסדר לבין ניהול הליך מלא.²¹¹ שנית, גם אם הצדדים לא יתפשרו לבסוף במקרה של פסילת ההסדר, גם לגישה שמאפשרת הסדרים בעייתיים יש מחיר. הסדרי הסתלקות ופשרות בעילות פעוטות ערך עלולים לעודד, למשל, תיקי סרק.²¹² בדומה אך מנגד, הסדרי בעייתיים אחרים יוצרים תת-הרתעה ומתמרצים את הנתבע להמשיך בפעולתו המזיקה.

בהמשך לכך, ובשולי הדברים, נעיר כי השיח בפרקטיקה המבליט את שיקול העומס והצורך בהקלתו נראה בעינינו כמבטא תפיסה "רזה" של ההליך המשפטי. הספרות עמדה על היתרונות בקיום הליך משפטי, להבדיל מפשרה.²¹³ נדגיש במיוחד את השיקול התועלתני. לדיוק בהליך משפטי יש ערך הרתעתי. החתירה לאישור פשרות מעמעמת את ההבדלים בין נתבעים מסוגים שונים, ומחלישה את ההרתעה שיוצר ההליך.²¹⁴ פרספקטיבה זו כמובן אינה שוללת פשרות; פשרות המבוססות על האשם של הנתבע, והמבחינות בין סוגי נתבעים, הן כמובן מבורכות.²¹⁵

חסכון כספי ציבור. טיעון נוסף לטובת מנגנון התרומות נוגע לאפשרות לחסוך בעלויות מנהליות על ידי תרומה ישירה לצד ג' – במקום העברת התרומה לקרן ומשם מסירתה לצדדי ג' כגון עמותות.²¹⁶ נדמה שההיגיון בטיעון זה מתחדד במקרים של תרומה בסכום מינימלי, או כאשר מנגנון התרומה מהווה חלופה לסעד העיקרי (למשל, שוברים לחברי הקבוצה כאשר שווי יתרתם הלא מנוצלת תועבר לתרומת מוצרים).²¹⁷ בדומה, חלק מפסקי הדין הדגישו את הקושי וחסור היעילות באיתור חברי הקבוצה כדי

²⁰⁹ ראו לעיל ה"ש 203 והכתוב לידה. לדוגמה בה תוקן הסדר הפשרה מספר פעמים, בעקבות הערות בית המשפט והתנגדויות שהתקבלו, ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 29255-01-18 **כהן נ' הוט מובייל בע"מ** (נבו 4.5.2023).

²¹⁰ זאת ועוד: בהינתן מדיניות משפטית סדורה שפוסלת הסדרי בעייתיים, הצדדים יימנעו מלהציג לבית המשפט הסדרי פשרה שכאלו מלכתחילה.

²¹¹ מובן שלצדדים יש תמריץ להציג את עניינם ככזה שלא מאפשר פשרה – לבר מהפשרה שהושגה.

²¹² השוו לפרק הדין של השופט ענבר בעניין **פסטה נונה**, לעיל ה"ש 135.

²¹³ השוו למאמר המכונן בעניין: (1984) 93 *YALE L.J.* 1073 *Owen Fiss, Against Settlement*.

²¹⁴ להדגשת ערך הדיוק, גם על חשבון הפשרה, מזווית תועלתנית ראו למשל Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 *J. LEGAL STUD.*

Ezra Friedman & Abraham L. Wickelgren, *Chilling, Settlement*, ; 307 (1994)

and the Accuracy of the Legal Process, 26 *J. L. ECON. & ORG.* 144 (2008)

²¹⁵ והשוו ל-Shay Lavie & Avraham Tabbach, *The Promise of Bargaining-Protocols*, 15 *J. LEGAL ANALYSIS* 79 (2023)

בו מוצע מנגנון דינוי להכונת הצדדים לפשרה עדיפה, מבחינה ציבורית.

²¹⁶ ראו את אמרתה הישירה של השופטת אלמגור בהקשר זה, עניין **דביר**, שצוטטה לעיל בה"ש 164.

²¹⁷ ראו למשל עניין **שסטוביץ**, לעיל ה"ש 65, בפס' 22; עניין חזן, לעיל ה"ש 187, בפס' 50; ת"צ (מחוזי ת"א) 40746-07-21 **בנדלק נ' הום קולקשן בע"מ**, פס' 33 (נבו 27.12.2022) (מנגנון פיצוי הטרונגי הכולל גם הטבות לציבור וגם תרומה הוא ראוי); ת"צ (מחוזי ת"א) 30637-07-13 **אסתר לוי נ' ננובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (נבו 29.1.2017).

לאשר תרומות,²¹⁸ וחלק המשיכו קו מחשבה זה וקיבלו את הטענה שהגופים הנתרמים אפקטיביים יותר מהקרן בכל הנוגע לזיהוי חברי הקבוצה.²¹⁹

גם טיעון זה מעורר תהייה בעינינו. מנגנון התרומה מעורר קשיים רבים, ולכן הוא נדחה על ידי המחוקק. הקרן לחלוקת כספים באה לעולם על רקע חוסר יכולתו של בית המשפט לברור בין נתרמים פוטנציאליים. גם אם יש חסכון מנהלי מסוים בהעברה ישירה לצדדי ג', לעומת העברה לקרן ומשם לצדדי ג', הרי שהשמירה על הפרוצדורה שהתווה המחוקק – העברה לקרן ומשם הלאה – מאפשרת תהליך סדור ונקי מניגוד עניינים, שמקדם את מימוש תכליות החוק. על כן, קשה לומר שיש שקילות בין העברה ישירה לצד שלישי חיצוני לבין העברה לקרן (ומשם לנתרם).²²⁰ ברוח זו, איננו רואים טעם להבדיל בין תרומה גדולה לקטנה, או בין תרומה כמנגנון ראשוני לבין תרומה כחלופה. הקשיים במנגנון התרומה נותרים בעינם, וכך גם תכליות תיקון מספר 10. בנוסף, נדמה שקו מחשבה זה לוקה בחוסר הבנה של עבודת הקרן. כאמור לעיל, הקרן, בניגוד לפרקטיקת התרומות בבתי המשפט, לא בוחרת נתרמים כאוות נפשה, אלא מפרסמת קולות קוראים לפרויקטים הקשורים לנושאי התובענה הייצוגית, כאשר לפרויקטים אלו מגישים מועמדות גופים שונים; על כן, הקרן "מאגמת" סכומים (צנועים) שנצברו מפסקי דין רבים לכדי מאגר כספי משמעותי שעל בסיסו מתפרסם קול קורא לציבור.²²¹ מכאן, שאין משמעות לגובה הסכום הנתרם. משום כך, תרומות, קטנות כגדולות, יש להעביר לקרן.²²²

* * *

מסקירת השיקולים שפורטו לעיל, והפופולריות של פתרון התרומות למרות האיסור החוקי ותכליותיו, ניתן לזהות מספר כשלים רחבים יותר בפרקטיקה השיפוטית בתובענות ייצוגיות.

כשל ראשון הוא ניגודי אינטרסים בין התפקיד של בית המשפט בתובענות ייצוגיות, כ"שומר סף" שתפקידו לפקח על בעיית הנציג המובנית בין מייצגי הקבוצה לחבריה; ובין הלחץ המוסדי על בית המשפט להקל את עומס התיקים ולעודד את הצדדים להגיע לפתרון בדרכי שלום. זהו כשל מוכר וידוע בספרות.²²³ ראינו כיצד כשל זה בא לידי ביטוי

²¹⁸ ראו למשל בעניין חדידה, לעיל ה"ש 80, פס' 22; עניין אמרגי, לעיל ה"ש 80, פס' 33; ת"צ (מחוזי ת"א) 14912-21-36812-11-21 אפללו נ' ג'קסון דוד בע"מ (נבו 10.4.2022); ת"צ (מחוזי מרכז) 14912-05-20 עמר נ' ש. שסטוביץ בע"מ, פס' 12 (נבו 14.2.2022); ת"צ (מחוזי חי') 42351-10-17 סבג אלרון נ' דין שיווק וקליה בע"מ, פס' 15 (נבו 19.3.2019).

²¹⁹ ראו הדיון הקצר בעניין סופר, לעיל ה"ש 193 וה"ש 196, בפס' 33.
²²⁰ לטיעונים ברוח זו ראו את הערעור שהגישה לאחרונה המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר תרומה כספית (!) לעמותה. ערעור המדינה בעניין דביר, לעיל ה"ש 164.

²²¹ ראו ה"ש 55 ו-56 לעיל והטקסט הצמוד להן.
²²² נעיר, שלאור סדרי עבודתה של הקרן, הטיעון בעד תרומות מתחזק במידת מה בתובענות ייצוגיות בהן קבוצת התובעים נישתית, ונתרם סכום צנוע. במקרים כאלו יקשה על הקרן "לאגם" את הכספים לקול קורא, תוך הקפדה על מטרת הסעד. השוו לה"ש 115 לעיל.
²²³ ראו למשל לעיל ה"ש 126 והכתוב לידה.

במלוא עוצמתו. מובן כי לצדדים נוח יותר להגיע לפשרה שכוללת תרומה.²²⁴ מובן גם המתח בין הרצון לעודד פשרות ובין הצורך לפקח עליהן, ולכן ניתן להבין פסיקות בהן שופטים מתבקשים לאשר את הסכמת הצדדים להעביר את קופת הפיצוי לתרומה בדרך זו או אחרת – ונענים לבקשה, על אף תיקון מספר 10 שביקש למנוע תרומות. עם זאת, נדגיש שוב כי עולם התובענות הייצוגיות שונה מסדרי הדין הרגילים. בעוד שבסדר הדין הרגיל בתי המשפט מאמצים ברגיל את הסכמת הצדדים ללא בחינה,²²⁵ תובענות ייצוגיות נושאות עימן השלכות משמעותיות לאלו שאינם מיוצגים בבית המשפט, ובשל כך מצופה מבתי המשפט לפקח "בשבע העיניים... ללא לאות, בכל שלב ושלב של התובענה הייצוגית".²²⁶ לטעמנו, אם כן, סיפור התרומות מראה כי המוטלת השיפוטית נעה באופן מוגזם לכיוון הפשרה בתובענות ייצוגיות. לשון אחר: בתי המשפט חוטאים לתפקידם הסטטוטורי בקבלה כמעט אוטומטית של עמדת הצדדים שלפניהם, לפעמים תוך מעקף של המגבלות כדין שמטרתן הגנה על חברי הקבוצה שאינם לפנייהם.

כשל שני, וקשור, הוא ראייה צרת טווח, שמתמקדת במקרה הספציפי; להבדיל מראייה רחבה וארוכת טווח, שעניינה בתמריצים של השחקנים שאינם צדדים להליך הספציפי. התמקדות במקרה הבודד, למשל, תיטה לאשר גם פשרה בעייתית שאליה הגיעו הצדדים. גם שיקול זה מוכר בספרות העוסקת בפרוצדורה.²²⁷ יתר על כן, בשדה התובענות הייצוגיות בישראל ניכרים מופעים נוספים של כשל זה. כך, הנטייה של בתי המשפט לאשר הסתלקויות מתוגמלות – נטייה מובנת בראיית המקרה הבודד – הובילה לשטף של תביעות פערטות ערך, שהוביל, בתורו, לשינוי חקיקה ולהקשחת התנאים לאישור הסתלקויות מתוגמלות ואולי אף לביטול מנגנון זה לחלוטין.²²⁸ בדומה, גם הרצון להקל עם הנתבעות בתביעות חלשות, ולאשר את הסדרי הפשרה המוצעים במסגרתן, צפוי להוביל לשטף של תביעות כאלו – וסופו לפגוע בנתבעות הפוטנציאליות.²²⁹

לבסוף, כשל שלישי, בעינינו, הוא חוסר הבנה מעמיקה של הייחודיות של תובענות ייצוגיות. טלו לדוגמה את הטענה הגורסת כי תרומה תאפשר לנתבעת להסכים על פיצוי גבוה יותר לקבוצה, ולכן תקיים טוב יותר את מטרת הסעד.²³⁰ מקורה של טענה זו, כפי שהראינו, הוא בהבנה שגויה של דינמיקת המשא ומתן בין הנתבעת לבין מייצגי הקבוצה.²³¹ דוגמה ברוח דומה היא הנטייה לקבל הסדר פשרה תוך הסתמכות על עמדת הצדדים לפיה, אם לא יאושר הסכם הפשרה התיק יגיע לפסק דין; גם כאן, מבט מעמיק

²²⁴ האינטרס של הנתבעת ברור; אך במקרים רבים גם למייצגי הקבוצה יש אינטרס חזק "לנפח" את קופת הפיצוי, ממנה נגזר שכר טרחתם, או לחלף את הכספים לגופים שהם מבקשים בטובתם.

²²⁵ לדין בתופעה זו – והצעות לשיפורה – השוו ל-Lavie & Tabbach, לעיל ה"ש 215.

²²⁶ ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פד סז(1) 410, פס"ט ל"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2014) (ההדגשה במקור).

²²⁷ לדין קצר והפניית ראו Shay Lavie & Avraham Tabbach, *Litigation Signals*, 58 (2018). SANTA CLARA L. REV. 1, 47-48 (2018).

²²⁸ ראו לעיל ה"ש 145-149 והכתוב לידן.

²²⁹ ראו לעיל ה"ש 170-180 והכתוב לידן.

²³⁰ ראו לעיל ה"ש 183-188 והכתוב לידן.

²³¹ שם, ובפרט ראו לעיל ה"ש 185 והכתוב לידה.

יוביל למסקנה שונה.²³² לבסוף, גם ההימנעות מהעברת סכומים קטנים לקרן – מעידה על חוסר הבנת פעילות הקרן.²³³

סיכום ומסקנות

הראינו את פריחת פתרון התרומות ואת השיקולים נגד אימוצו, אשר הובילו לתיקון החקיקה בשנת 2016. תיקון חקיקה זה, שמטרתו המוצהרת הייתה למנוע תרומות לצדדי ג', נפרץ במספר מוקדים. כך, בעלי דין, בגיבוי בתי המשפט, עקפו בקלילות את האיסור על תרומה ב"סעד כספי" על ידי סעד בעין, כלומר, תרומות מוצרים; הסכימו על תרומות בהסדרי הסתלקות; הגדירו צדדי ג' לצורך מימוש הסדרה עתידית של פעילות הנתבעות; ו"המליצו" לקרן להעביר את קופת הפיצוי לגופים מסוימים. מעקפים אלו נתמכים בשיקולים שונים; אך הראינו ברשימה זו כי השיקולים הללו אינם משכנעים, וכי הגיבוי השיפוטי לפתרון התרומות – ובעצם, להסכמת הצדדים – מעיד על כשלים רחבים יותר. מהם, איפוא, הלקחים שאותם אפשר ללמוד מסיפור התרומות?

התייחסות לגוונים השונים של תרומה. תיקון מספר 10 ביקש לחסום את האפשרות לתרומה בהסדרי פשרה באופן כללי. דוח הצוות הבין-משרדי והצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) מבקשים לחסום את המעקף לתיקון מספר 10, ולמנוע מפורשות גם תרומות מוצרים. הראינו כי זוהי רק פרצה אחת, ראשונה, מבין מספר פרצות, מוכרות פחות. מתבקש לסגור גם את יתרת הפרצות על ידי הצעה לתיקון חקיקתי. ניתן לעשות כן על ידי שינויי חקיקה מינוריים יחסית.

דרך אחת היא הוספת סעיף נפרד בחוק שיאסור על בית המשפט הדן בתובענה ייצוגית להורות על העברה כלשהי לצדדים שאינם בפני בית המשפט. דרך זו תחסום את הפרצה הראשונה (תרומות מוצרים); השנייה (תרומות דרך סעדים שמגדירים את התנהלות הנתבעת בעתיד); הרביעית (תרומות דרך הסדרי הסתלקות); ומופעים של הפרצה השלישית (כאשר בית המשפט מורה במפורש לקרן להעביר את קופת הפיצוי לנתרם ספציפי). ניתן להשיג תוצאות דומות על ידי חקיקה ספציפית יותר. כך, את בעיית התרומות בהסתלקות ניתן לפתור על ידי "העתקת" הסעיפים שאוסרים על תרומות בהסדרי פשרה, סעיפים 20(א)(3) ו-20(ג)(2), לסעיף 16, שעוסק בהסתלקויות. בדומה, ניתן "לאטום" את הפרצה השלישית על ידי צמצום השפעת בית המשפט בכל הנוגע לייעוד הכסף המועבר לקרן.²³⁴

²³² ראו לעיל ה"ש 209-211 והכתוב לידן.

²³³ ראו לעיל ה"ש 219-222 והכתוב לידן. בדומה, גם ייעוד של כספי התובענה הייצוגית לעמותה ספציפית מעיד על חוסר הבנת פעילות הקרן, ראו הדין בעניין **מגדוב** בפרק 4. למאמר זה.

²³⁴ כך, למשל, ניתן לבטל את הסיפא של ס' 20(א)(3) ו-20(ג)(2) לחוק, לפיו "בית המשפט ייעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית...". לחלופין, ניתן להוסיף הנחיה דומה – המופנית לקרן לחלוקת כספים – לייעוד את הכספים לתחום קרוב לנושא התובענה הייצוגית. בשולי הדברים, אנו סבורים כי תיקון חקיקתי כזה עשוי גם לייעל את עבודת הקרן, שכזכור "מאגמת" סכומי כסף מפסקי דין שונים לכדי קול קורא אחד, וככלל מחלקת כסף לפרויקטים, ולא לנתרמים ספציפיים. לעיל ה"ש 221-222 והכתוב לידן.

כיווני מחשבה לעתיד. מקרה התרומות, והאופן בו בעלי הדין ומייצגיהם, בגיבוי בתי המשפט, מוצאים דרכים יצירתיות לעקוף את מגבלות החוק, מעיד על כשלים עמוקים יותר בפרקטיקה השיפוטית בתובענות ייצוגיות. כשלים אלו, שמוכרים גם בהקשרים אחרים, נעוצים בנטייה לאשר את הסכמות הצדדים תוך התעלמות משיקולים רוחביים, ארוכי טווח. מסיפור התרומות, אם כן, ניתן לגזור לקחים רחבים יותר שנכון יהיה להתייחס אליהם בהצעות עתידיות לרפורמה בחוק. בעוד שדיון מלא בלקחים אלו חורג מהיקפו של מאמר זה, נבקש להעלות לדיון מספר כיווני חשיבה לשינויים אפשריים.

כיוון ראשון קשור ליכולתם של בתי המשפט להתערב בהסדרי פשרה. הראינו כי בתי משפט מתקשים להתערב בהסדרי פשרה מתוך חשש שפסילת הסדר הפשרה תוביל להמשך התדיינות. כך, כברירה אם לקבל הסדר בעייתי או לדחותו ולהסתכן בהתדיינות יקרה, בתי המשפט בוחרים לרוב באפשרות הראשונה.²³⁵ האם ניתן, בין שתי חלופות אלו, "לרבע את המעגל"? האם ניתן להעניק לבתי המשפט כלים נוספים? במובן מסוים, כלים כאלו קיימים כבר כיום – בידי בית המשפט חלופה נוספת, שלישית, היא תיקון ההסדר הפשרה על ידו. ואכן, חלופה זו, שמאפשרת בעצם לבית המשפט "לכפות" תיקון על הצדדים, נכללת בחוק במפורש. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר לצדדים להסכים על שכר טרחה בהסכם פשרה, אך מותיר את ההחלטה הסופית בדבר גובהו לבית המשפט.²³⁶ ואכן, בתי משפט משתמשים חדשות לבקרים בסמכותם זו, ומפחיתים את שכר הטרחה עליו הסכימו הצדדים.²³⁷

פרקטיקה זו – שמאפשרת לכפות על בעלי הדין שכר טרחה, על אף הסכמתם בהסדר המקורי – ניתן לשכפל גם להקשרים אחרים. ואכן, בפסיקה ניתן למצוא הדים לרעיון לפיו ניתן, ללא הסכמת הצדדים, להעביר חלק משכר הטרחה לטובת הגדלת קופת הפיצוי לקבוצה.²³⁸ בהקשר התרומות, למשל, ניתן להסמיך את בית המשפט, במפורש, לבטל את הסכמת הצדדים להעביר סך לתרומה, ובמקום, להורות על העברת סכום זה לקרן.²³⁹ ניתן כמובן לחשוב על הסדרים דומים בהקשרים בעייתיים אחרים.

ברור שהסמכה מפורשת לשנות את הסדר הפשרה עלולה, כמובן, ליצור בעיות אחרות. היא משנה את מאזן הסיכויים והסיכונים, ובכוחה "לצנן" את תמריצי הצדדים

²³⁵ ראו לעיל ה"ש 205-211 והכתוב לידן. כאמור, אנו סבורים שחשש זה נעדר ביסוס אמפירי, וכי, בחלק ניכר מהמקרים, פסילת הסדר הפשרה תוביל את הצדדים להסכמה על הסדר פשרה אחר, נכון יותר ציבורית.

²³⁶ וליתר דיוק, ס' 19(ו) לחוק קובע כי "רשאי בית המשפט להתחשב בהמלצה מוסכמת שהוגשה לו על ידי הצדדים" במסגרת הסדר הפשרה.

²³⁷ דוח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 43 (בתי משפט הפחיתו את שכר הטרחה והגמול בכחמישית מהסדרי הפשרה). ראו גם הדוגמאות בהקשר של תרומות, לעיל ה"ש 80 והכתוב לידה. ראו הדיון לעיל בה"ש 80.

²³⁸ יצוין שיש שופטים שנקטו בדרך זו אף בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק. ראו את פסקי הדין לעיל בה"ש 73 וכן את עניין **גבירץ**, לעיל ה"ש 141, בפס' 44 (ביטול תרומה בהסדר הסתלקות); עניין **פיינטון**, לעיל ה"ש 96, פס' 51 (ביטול תרומה כספית לעמותות והעברתה לקרן); עניין **טבקמן**, לעיל ה"ש 78, פס' 10 (בית המשפט העביר לקרן את התרומה הכספית, אך לא את שווי תרומת המוצרים).

להגיע להסדר מוסכם. אך לפחות בעניינים מסוימים, הסמכה מפורשת תרתיע את הצדדים מהסכמות בעייתיות ותוביל אותם להסכמות עדיפות.

הצענו, אם כן, לצייד את בתי המשפט בכלים חזקים יותר להתערבות בתוכן הפשרה. אך ניתן כמובן לטעון שמקור הבעיה הוא לא הכלים שבידי בתי המשפט, אלא הרצון להפעילם. כיוון המחשבה השני, איפוא, נוגע לתמריצי בתי המשפט – למשקל הרב שניתן לפשרות; לעומת המשקל הנמוך שבתי המשפט מעניקים לשיקולים ארוכי טווח. מן המפורסמות שעל שופטים מונח לחץ מוסדי "לחסל" תיקים, וכי הם נמדדים, בין השאר, בכמות התיקים שאותם סיימו.²⁴⁰ תמרוץ בתי המשפט לסיים תיקים בדרך של פשרה מובן לאור העומס הרב, אך הוא מוצדק פחות בהקשר הייצוגי.²⁴¹ גם אם שופטים צריכים להימדד לפי מספר התיקים, בהקשר הייצוגי מן הראוי שהמערכת תיתן משקל נמוך יותר למספר התיקים, ותשאף להעריך שופטים באופן אחר. וכזכור, יש לקחת בחשבון גם את הערך השלילי של פשרות לא מבוססות, למשל על הדיוק בהליך.²⁴²

בדומה, מתבקש פיקוח הדוק יותר על החלטות בית המשפט לאשר את הסכמות הצדדים. היעדר דיון אדברסרי מחליש את יכולתה של השופטת לפקח על הסכמת הצדדים; ובמקביל מצמצם את הסיכוי לערעור על החלטתה. לכך ניתן לצרף את התמריצים הברורים העומדים בפני בית המשפט. פרמטרים אלו מובילים כולם להחלשת הפיקוח על פשרות. על כן, אנו תומכים במגמה להרחבת מעגל המתנגדים האפשריים לפשרה.²⁴³ כפי שראינו, בעוד שפשרות נמצאות בעין הציבורית, הסדרי הסתלקות מאושרים במחשכים.²⁴⁴ יידוע ציבורי והרחבת מעגל המתנגדים יתרום לשיפור הפיקוח על הסדרי הסתלקות ויקשה על בתי המשפט לאשר הסתלקויות בעייתיות. כאשר לפשרות, יש השלים את מגמת הרחבת ההתנגדויות לפשרות באמצעות הרחבת היכולת לערער עליהן. המערערת האולטימטיבית היא היועצת המשפטית לממשלה, שלה הכלים והתמריצים לוודא מדיניות אחידה. אך הייעוץ המשפטי משתמש בסמכותו זו במשורה. נציין כי לאחרונה הוגש ערעור על ידי היועצת המשפטית לממשלה בשאלה העקרונית של הפניית כספי הפיצוי לתרומה, בניגוד למצוות תיקון מספר 10; ואכן, ערעור זה התקבל, תוך שבית המשפט העליון מבהיר את חשיבות השמירה על הדין הקיים.²⁴⁵ אנו מקווים כי הגשת ערעור זה – וקבלתו בידי בית המשפט העליון – מעידים על מגמה מבורכת לעתיד לבוא גם בהיבט זה.²⁴⁶

240 ראו Rabinovich-Einy & Sagy, לעיל ה"ש 128.

241 ראו לעיל ה"ש 223-226 והכתוב לידן.

242 ראו לעיל ה"ש 213-215 והכתוב לידן.

243 ראו לעיל ה"ש 124, 149-150 והכתוב לידן.

244 ראו לעיל ה"ש 123-127 והכתוב לידן.

245 ראו הדיון בעניין דביר, לעיל ה"ש 164.

246 זוהי, כמובן, לא תרופת פלא. מצאנו שגם שופטי העליון מאשרים פשרות בעייתיות. ראו לעיל ה"ש 166 והכתוב לידה. אך יש להניח כי שופטי בית המשפט העליון יתייחסו באופן קפדני יותר לערעור הנתמך בעמדת הייעוץ המשפטי.

בהמשך לאמור לעיל, אנו סבורים כי יש מקום לשקול את קיומה של ערכאה ייחודית לתובענות ייצוגיות.²⁴⁷ תחום התובענות הייצוגיות דורש מומחיות מיוחדת, והבנה מעמיקה של הדינמיקה בין הצדדים, בפרט בהסדרי פשרה והסתלקות.²⁴⁸ בהיעדר מומחיות שיפוטית, החשש מאישור הסדרי פשרה והסתלקות שטובים לצדדים אך בעייתיים ציבורית, גובר. ואכן, דומה שבעיית ההסתלקויות המתוגמלות חמורה במיוחד בערכאת השלום, בה, באופן טבעי, נצברה פחות מומחיות בתיקי ייצוגיות.²⁴⁹ יצירת ערכאה נפרדת לתובענות ייצוגיות, בדומה למחלקה הכלכלית, עשויה לטעמנו לסייע בהתמודדות עם הבעיות הכרוניות בתחום.

לבסוף, מתבקשת אמירה כללית יותר על תיקוני החקיקה המוצעים. דוח הצוות הבין-משרדי והצעת החוק בעקבותיו הם מהלכים מבורכים. הצענו מספר תיקונים קונקרטיים – וכיווני חשיבה רחבים יותר – על מנת לייעל את יישומם בשטח. עם זאת, תחום התובענות הייצוגיות בישראל הוא תחום דינאמי, שמתפתח במהירות שיא.²⁵⁰ הניסיון שנצבר ביישום החוק מראה כי, לעיתים קרובות, הצעות לחוד ומציאות לחוד. לעיתים הוראות חוק מפורשות אינן נאכפות, למשל, ההוראה בדבר מינוי בודק.²⁵¹ לעיתים קיים פער בין הרטוריקה החקיקתית ובין אופן היישום בערכאות הנמוכות.²⁵² לעיתים, הסדרים חקיקתיים שנתפסו כשוליים בזמן חקיקת החוק, כגון הסדר ההסתלקות, הפכו במציאות לדרך המלך לסיום תביעות;²⁵³ קשה להאמין ששטף של תביעות פעוטות-ערך, שעניינן הפרות תקנים רגולטוריים ישנים ושמתטימות בהסתלקות מתוגמלת, עמד לנגד עיניהם של יוזמי החוק.²⁵⁴ במאמר זה הראינו תופעה דומה – כיצד כוונת המחוקק, בענייננו, מניעת תרומות לצדדי ג', מעוקרת מתוכן על ידי מעקפים שמבצעים בעלי הדין, בגיבוי בתי המשפט. ניסיון נצבר זה מצריך, אפוא, צניעות מחשבתית מסוימת. הוא מעלה בספק את העדיפות של אכיפה פרטית על פני

²⁴⁷ הראל שחם ונתלי דרגות "הגיעה העת להקים בית משפט לתובענות ייצוגיות" **TheMarker** (9.5.2018) <https://www.themarker.com/opinion/2018-05-09/ty-article/0000017f-e2c6-d7b2-a77f-e3c7fdd30000>.

²⁴⁸ מדיניות: פורום ייחודי לתובענות ייצוגיות (בידי המחברים). ראו גם בר אולמרט ולי תל ארי, נייר

²⁴⁸ ראו הדיון לעיל בה"ש 227-229 והכתוב לידן.

²⁴⁹ לעיל ה"ש 148.

²⁵⁰ ראו למשל Christoph Engel et al., *Diffusion of Legal Innovations: The Case of* *Israeli Class Actions*, 15 J. EMP. LEGAL STUD. 708 (2018). ראו גם Lavie, לעיל ה"ש 134, בעמ' 504-503 [it] "Israel features American class litigation on steroids . . . (presents a similar] rise-and-fall pattern of the class action mechanism"

²⁵¹ לעיל ה"ש 128.

²⁵² ראו למשל את היישום בפועל של התנאים המצומצמים (לכאורה) לאישור הסתלקות מתוגמלת, לעיל ה"ש 136-140 והכתוב לידן.

²⁵³ ואכן, ניתן לראות את תשומת הלב החקיקתית שהוקדשה להסדרי פשרה ולהסתלקות הן בדיונים לחוק והן בחוק עצמו. בהסתלקות עוסק סעיף בודד, ס' 16 לחוק, ואילו בפשרות עוסקים באופן ישיר ס' 18-20 לחוק. השוו לה"ש 141 לעיל, העוסקת בתחולת ס' 20 על פשרות והסתלקויות. למרות זאת, ועל אף שהסדר ההסתלקות הוא הסדר עצמאי, שאין לו מקבילה במשפט האמריקני, הסתלקויות מהוות את אופן הסיום הנפוץ ביותר של תובענות ייצוגיות בישראל. לעיל ה"ש 132 והכתוב לידה.

²⁵⁴ ראו Lavie, לעיל ה"ש 134, בעמ' 527 ("the transition to a class action regime") implicates unintended consequences. In the Israeli context, it is the over-enforcement of regulatory violations through paid dismissals".

אכיפה ציבורית. יש יסוד להניח, שגם ההצעות בדוח הצוות הבין-משרדי ובהצעת החוק לא יובילו בהכרח לתוצאה המיוחלת. בדומה, ככל שהמציאות בשטח הולכת ומתרחקת מכוונות המחוקק, אנו תקווה כי המחוקק יקפיד לעמוד על המשמר ולתקן הליקויים ביישום החוק.