

Tecumseh Products Company

ע"י ב"כ ממושרד אגמון, רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין.
מרח' יגאל אלון 98, בניין אלקטרה, קומה 47, תל אביב, 6789141
טל': 03-6078607 ; פקס: 03-6078666

המבקשת

-נגד-

1. אמיר זילברברג

2. משה ברוך

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד עובדיה כהן או אורי ברעם או מיכאל דבורין או יצחק בם או אביאל קריא
ממושרד בם, דבורין, כהן ושות', עורכי דין
מרח' מונטיפיורי 27, תל אביב, 6579302
טל': 03-5257542 ; פקס: 03-5480868

3. Panasonic Corporation

1006 Kadoma, Kadoma City Osaka 571 – 8501, Japan

4. Danfoss A/S

ע"י ב"כ ממושרד ש. הורביץ ושות', עורכי דין (לפי ייפוי כוח מוגבל בלבד)
מרח' אחד העם 31, תל אביב, 6520204
טל': 03-5670700 ; פקס: 03-5660974

5. Whirlpool Corporation

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד פישר בכר חן וול אוריון ושות', עורכי דין (לפי ייפוי כוח מוגבל בלבד)
מרח' דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104
טל': 03-6944141 ; פקס: 03-6941351

6. Appliances Components Company (ACC)

Via Lino Zanussi 11 33170 Pordenone, Italy

7. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים ירושלים, 9777605
טל': 0733929630 ; פקס': 02-6467038

המשיבים

תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה לבקשת רשות הערעור

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

א. פתח דבר – תמצית עמדת היועץ המשפטי לממשלה

1. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא כשקבע, שאין לאשר את הסדר הפשרה בין המשיבים 1-2 (להלן גם: "התובעים"), לבין המבקשת מהטעם, שסכום הפיצוי לקבוצה שהוצע בהסדר הינו, על פניו, "סכום נמוך למדי" (סעיף 17 להחלטה), והיות שניתן להגיע לתוצאה של המצאה כדן, של הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית, לכל המשיבות לבקשת האישור, גם בלי קשר להסדר הפשרה דן: "אם תוכרע התובענה כך שהמשיבות תחויבנה בפיצוי, כולן תישאנה בתשלום הפיצוי לנזק שגרמו לכל חברי הקבוצה ושום משיבה לא תקנה את הסיכון בנזיד עדשים. על כן, נראה כי טובת הקבוצה דורשת שלא להיעתר לבקשת הצדדים להסדר הפשרה" (שם).
2. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה, שצדק בית משפט קמא כשלקח בחשבון את ההסכמה שהושגה בין התובעים למשיבה 3 (להלן: "פנסוניק"), לאחר הגשת הבקשה לאישור הסדר הפשרה שלפנינו, שבקשת האישור לניהול התובענה כייצוגית (להלן: "בקשת האישור") הומצאה כדן לפנסוניק, באופן שמאין את התועלת של הסדר הפשרה שלפנינו (שבין המשיבים 1-2 לבין המבקשת), כאמצעי להמצאת בקשת האישור לניהול התובענה כייצוגית לכל המשיבות, כפי שיפורט עוד להלן.
- היועץ המשפטי לממשלה יטעים בעניין זה, שבניגוד לטענות המבקשת, יש לבחון את התועלת של הסדר הפשרה לחברי הקבוצה בנקודת הזמן שבה מכריע בית המשפט בשאלת אישור ההסדר, ולא על פי מידת התועלת הצפויה במועד הגשת הבקשה לאישור ההסדר. בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק"), מוטלת חובה על בית המשפט לבחון באופן קפדני האם הסדר הפשרה הינו "ראוי הוגן וסביר בהתחשב בענינים של חברי הקבוצה" (סעיף 19(א) לחוק). אם לאור התפתחויות שונות, בנקודת הזמן של ההכרעה השיפוטית, אישור הסדר הפשרה אינו מתיישב עם האינטרסים של חברי הקבוצה, אין זה סביר, שבית המשפט יאשר את ההסדר מהטעם, שבמועד הגשת ההסדר הוא נחזה להיות הסדר ראוי.
3. עוד יפרט להלן היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, שהתועלת של הסדר הפשרה במתן אפשרות לכאורית להמצאה כדן של התובענה הייצוגית לכל המשיבות, אינה מצדיקה את אישור הסדר הפשרה. זאת, לא רק מחמת ההסכמה שהושגה עם פנסוניק, כאמור, שמשיגה את אותה תועלת ללא תלות בהסדר הפשרה שלפנינו, ולא רק מהטעם שהמצאת בקשת האישור לכל המשיבות מכוח תקנה 500(10) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות"), לה טוענים התובעים,¹ על בסיס הסכמת המבקשת לקבל עליה את סמכות בית המשפט לצורך אישור הסדר הפשרה, היא שאלה מורכבת. התועלת הנטענת אינה מצדיקה את אישור ההסדר גם מהטעם, שבהתאם לתקנה 500(א7) לתקנות סדר הדין האזרחי שפורסמה ברשומות ביום 11.12.2018, כיום, כאשר תובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ניתן להתיר המצאת כתב בי דין מחוץ לתחום המדינה, וזאת בתנאים הנקובים

¹ ראו בסעיפים 14, 26 לבקשה לאישור ההסדר, נספח 4 לבקשת רשות הערעור.

בתקנה.² היועץ המשפטי לממשלה סבור שתקנה זו חלה גם על הליכים שהוגשו לפני מועד פרוסום תקנה 500(א7) לתקנות ברשומות והיו תלויים ועומדים במועד הפרסום, דוגמת בקשת האישור שלפנינו. על כן, גם מטעם זה, הסדר הפשרה שלפנינו אינו נחוץ לצורך מתן אפשרות להמצאת בקשת האישור לכל המשיבות.

4. היועץ המשפטי לממשלה גם יפרט להלן את גישתו, השונה מגישת בית משפט קמא (בסעיפים 13-15 להחלטה), שלא היה מקום לאשר לעת הזו את הסדר הפשרה, גם אם ניתן היה להמציא כדין את בקשת האישור לכל המשיבות רק בזכות הסדר הפשרה. תועלת זו כשלעצמה אינה מצדיקה את אישור הסדר הפשרה, טרם שהתברר האם סכום הפיצוי עליו הוסכם ראוי ואינו מקפח את זכויות חברי הקבוצה, תוך בחינה עניינית ופרטנית של יתרונות ההסדר וחסרונותיו, כאשר הנתונים הרלבנטיים פרושים לפני בית המשפט. על כן, כפי שנאמר בעמדת המדינה שהוגשה לבית משפט קמא, גם אם המצאת בקשת האישור לכל המשיבות הייתה מתאפשרת רק בזכות הסדר הפשרה, עדיין, נדרש היה למנות בודק בהתאם למצוות סעיף 19 לחוק (שיבחן, בין היתר, את היקף הנזק לקבוצה, את חלקה של המבקשת בקרטל והיקף מוצריה שנמכרו בישראל), טרם שבית המשפט יכריע באישור הסדר הפשרה.

5. היועץ המשפטי לממשלה יפרט להלן פגמים מהותיים נוספים בהסדר הפשרה, שגם מחמתם לא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית.

ב. רקע דיוני נדרש

6. ביום 21.1.2016 הגישו המשיבים בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית נגד המבקשת ונגד המשיבות 3-6. הבקשה הוגשה בשמם של מי שרכשו בישראל קומפרסורים (מדחסים) או מוצרים הכוללים רכיב של קומפרסור (כגון: מקרר, מקפיא, קולר, מזגנים ועוד), בין יום 1.1.2004 ליום 9.2.2009. בקשת האישור הוגשה לפי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק (עילה לפי חוק ההגבלים העסקיים)³ תוך שנטען, שהמשיבות היו צד לקרטל בין-לאומי לתיאום מחירים וכמויות של קומפרסורים ולחלוקת שווקים אסורה. נטען, שבתקופת הקרטל נמכרו בישראל קרוב למיליון קומפרסורים, אשר מחירם נופת, דבר אשר פגע בצרכן הישראלי. בחוות דעת כלכלית (מאת מר חנן שרון) שצורפה לבקשת האישור הוערך הנזק לצרכנים בישראל מהקרטל, בסך של 64 מיליון ש"ח (עמודים 23-24 לחוות הדעת).⁴
7. היות שהחברות שנגדן הוגשה בקשת האישור היו כולן חברות זרות, התובעים הגישו בקשה להיתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט לפי תקנה 500(7) לתקנות סדר הדין האזרחי. בתחילה, התיר בית משפט קמא את ההמצאה, אולם לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין הצלחה⁵ שקבע ביחס למקרה דומה של נזקים שנגרמו לצרכן הישראלי כתוצאה מקרטל בין-לאומי, שלא ניתן להתיר המצאה מחוץ לתחום השיפוט כשהנזק בלבד אירע בישראל, ביטל בית המשפט המחוזי בענייננו את היתר ההמצאה של בקשת האישור למשיבות.
8. לאחר מכן, התובעים הגישו בקשה חדשה להתיר המצאה נגד פנסוניק בלבד (מכוח תקנה 482 לתקנות סדר הדין האזרחי, המצאה למורשה בהנהלת עסקים). בקשה זו לא הוכרעה, לאור ההתפתחויות הדיוניות שיפורטו להלן.

² יצוין שבית משפט קמא לא נדרש בהחלטתו מושא הליך זה, להשלכות תקנה 500(א7) לתקנות היות שהצדדים לא התייחסו אליה בטענותיהם והיות שבית משפט קמא סבר, שדין הבקשה לאישור הסדר הפשרה להידחות גם מבלי לדון בתקנה זו. ראו: סעיף 22 להחלטה.

³ כיום, נוסח פרט 4 תוקן והוא קובע: "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית". זאת בהתאם לשינוי שמו של החוק, לחוק התחרות הכלכלית.

⁴ עוד נכתב שם, שניתוח רגישות מלמד שטווח הנזק שנגרם לצרכן הישראלי הוא 34-101 מיליון ש"ח.

⁵ רע"א 925/17 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' AU Optronic Corporation (פורסם בנבו, 31.7.2017) (להלן: "עניין הצלחה").

9. ביום 8.4.2018 הגישו התובעים והמבקשת בקשה לאישור הסדר פשרה לבית משפט קמא.⁶ בהסדר נקבע, שהמבקשת תשלם לחברי הקבוצה סך של 100,000 דולר ארה"ב בלבד, הכולל הן את הפיצויים לקבוצה, הן את הגמול לתובעים המייצגים ושכר הטרחה לעורכי הדין המייצגים, הן החזר הוצאות לתובעים, והן כל הוצאה נוספת הכרוכה בהוצאה לפועל של הסדר הפשרה (סעיף 2 להסדר הפשרה). הוסכם שתשלום זה מהווה "מיצוי כולל וסופי של כל טענות המבקשים שנזכרו בבקשה לאישור", כלפי המבקשת (שם), וכן נקבע בהסדר, שעם אישור הסדר הפשרה יתגבש מעשה בית דין המונע העלאת כל טענה נגד המבקשת בכל עילה שנוכח בבקשת האישור (סעיף 22 להסדר הפשרה).

10. בנוגע לדרך תשלום הפיצויים לקבוצה, ההסדר לא כולל מתווה מפורט וכל שנקבע הוא שהמבקשת מסכימה לכך, שהתובעים יהיו זכאים לטעון, שאין זה מעשי להעביר את סכום הפיצויים לחברי הקבוצה וכן יוכלו לטעון שלאור כך יש להעביר את סכום הפיצויים לקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד לפי סעיף 27א לחוק (להלן: "הקרן"). בהסדר נקבע שהתובעים יוכלו להעלות טענה כזו, "לפי שיקול דעתם". ראו: סעיף 19 להסדר הפשרה.

11. במסגרת הסדר הפשרה הסכימה המבקשת **"כי בוצעה לה המצאה כדין בישראל של התובענה וכתבי בית הדין בקשר עם הסכם פשרה זה באמצעות משרד בא כוחה וכי היא מסכימה ומקבלת את סמכותו של בית המשפט הישראלי לדון בתובענה נגדה בכל הנוגע להסכם הפשרה"** (סעיף 4 להסדר הפשרה). עם זאת, הסכמת המבקשת סויגה: **"הסכמת המשיבה (המבקשת – י.ש.) כאמור תתבטל ותהיה חסרת תוקף מדעיקרא כאילו לא ניתנה אם בית המשפט לא יקבל את הסכם הפשרה... במקרה כזה, הסכם הפשרה לא ישמש, במישרין או בעקיפין להעיד על המצאה כדין או הקניית סמכות שיפוט כלפי המשיבה... (שם).**

12. בסעיף 14 לבקשה לאישור ההסדר ציינו התובעים, כי הם סבורים **"כי אחד מיתרונותיו של הסכם הפשרה הוא... תקום עילה למתן היתר המצאה למשיבות הנוספות על יסוד הוראות תקנה 500(10) לתקנות סדר הדין האזרחי"**.
13. בסעיף 26 לבקשה לאישור ההסדר טענו הצדדים, שלמרות הפער העצום בין הסעד שהתבקש בתובענה (כ-64 מיליון ש"ח) לבין סכום הפיצויים שיינתן לקבוצה בהסדר הפשרה (100,000 דולר ארה"ב), הסדר הפשרה הוא "ראוי והוגן", בין היתר מהטעם, שהמבקשת טוענת שאין לה ידיעה על היקף הקומפרסורים מתוצרתה שנמכרו בישראל, והיות שלעמדת התובעים "אישור הסכם הפשרה יסייע בקידום התובענה נגד המשיבות הנוספות על פי תקנה 500(10)..."

14. בסעיפים 25-27 להסדר הפשרה הסכימו הצדדים, כי נגד תשלום סכום הפשרה מופטרת המבקשת מאחריותה כלפי חברי הקבוצה, והתובעים וחברי הקבוצה מתחייבים, כי בכל הליך שיתנהל נגד צדדים אחרים בגין העילות הנזכרות בבקשת האישור, הם יבקשו מבית המשפט לקבוע מה אמור היה להיות חלקה של המבקשת בפיצוי אלמלא הסדר הפשרה, והם יפחיתו מהסכום שייתבע מיתר המשיבות לבקשת האישור כל סכום שבית המשפט יקבע שהמבקשת הייתה אחראית לתשלום, אלמלא הסדר הפשרה. משמעות הדברים היא, שהקבוצה המיוצגת לא תוכל להיפרע מיתר המשיבות את הנזק שייוחס למבקשת, אף אם גובהו של נזק זה יעלה על סכום הפיצוי שהוסכם בהסדר הפשרה.

15. המדינה הגישה עמדה ביחס להסדר הפשרה לבית משפט קמא (מצ"ב ומסומן א'). בעמדה נאמר, בין היתר, **שיש למנות בודק טרם אישור הסדר הפשרה**, שיחווה את דעתו בנוגע להיקף הנזק לקבוצה מהקרטל; חלקה של

⁶ התרגום לעברית של הסדר הפשרה נחתם מחדש והוגש לבית משפט קמא ביום 7.6.2018 (נספח 5 לבקשת רשות הערעור).

המבקשת בקרטל ובנוזק לקבוצה; סכום הפיצויים שהוצע בהסדר הפשרה; והיכולת לאתר את חברי הקבוצה ולפצותם באופן אישי. בעמדה מטעם המדינה נטען, שללא נתונים אלה קיים קושי משמעותי בבחינת הסדר הפשרה. 16. בנוסף, המדינה הפנתה לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך בעניין הצלחה במחוזי,⁷ שבמסגרתו הוגש הסדר פשרה הדומה לענייננו. בעניין הצלחה במחוזי, היועץ המשפטי לממשלה הביע את עמדתו, שיש לבחון בזהירות יתירה הסדר פשרה המבוסס על הסכמה מותנית להמצאה מחוץ לתחום השיפוט הכפופה לאישור ההסדר, והביע חשש מעידוד הסדרי פשרה שאינם מיטיבים עם חברי הקבוצה, בדמות מירוח בין הנתבעות להגיע להסדר פשרה ראשון שלא יסקף את חלקה של אותה נתבעת בקרטל האסור. זאת, כאשר לכאורה, קיימת בעייתיות בתשלום פיצויים בחסר על ידי אחת הנתבעות, בכדי לאפשר את המצאת בקשת האישור ליתר הנתבעות. כך, במיוחד, כשחלוקת האחריות בין הנתבעות אינה ידועה. על כן, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה, שראו למנות בודק על מנת שהנתונים הרלבנטיים יהיו פרושים לפני בית המשפט, באופן שיאפשר בחינה עניינית של ההסדר לגופו.

17. ביום 22.4.2018 הגישו התובעים לבית משפט קמא בקשה לאישור "הסדר דיוני" עם פנסוניק. על פי ההסדר, פנסוניק תסכים שמסירת כתבי הטענות למשרד תדמור ושות', עורכי דין, תיחשב כהמצאה כדין של התובענה לפנסוניק. בבקשה נזכר הסדר הפשרה שלפנינו ונאמר, שבכוונת התובעים להגיש בקשה להמצאת בקשת האישור לכל המשיבות, מכוח תקנה 500(10) המאפשרת להתיר המצאה מחוץ לתחום, לבעל דין דרוש או בעל דין נכון בתובענה, שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה. זאת, לנוכח הסדר הפשרה דין במסגרתו הסכימה המבקשת להמצאת בקשת האישור אליה (לצורך אישור ההסדר). על כן, נאמר בבקשה לאישור ההסדר הדיוני עם פנסוניק, כי "נוכח כוונת המבקשים לפעול במסלול ההמצאה האמור" הגיעו התובעים ופנסוניק להסכמה על המצאת בקשת האישור לפנסוניק (מבלי לעשות שימוש בתקנה 500(10) לתקנות). הבקשה לאישור ההסדר הדיוני לא הכפיפה ולא התנתה את הסכמת פנסוניק להמצאה כאמור, באישור הסדר הפשרה בעניינה של המבקשת.

18. ביום 13.9.2018 התקיים דיון בבקשה לאישור הסדר הפשרה. בדיון, בא כוח המדינה הפנה את תשומת לב בית המשפט, להסדר הדיוני שבין התובעים לפנסוניק, שבעטיו, הבקשה להמצאת בקשת האישור לכל המשיבות (מכוח תקנה 500(10) לתקנות) אינה נסמכת רק על אישור הסדר הפשרה דין, אלא גם על ההסכמה הדיונית עם פנסוניק.⁸

19. ביום 26.2.2019 נתן בית משפט קמא את החלטתו והורה על דחיית הבקשה לאישור הסדר הפשרה. נקבע, שעקב ההסכמה שהושגה בין התובעים לפנסוניק, "עיקר חשיבותו של ההסדר, האפשרות למסור כתבי בי דין למשיבות האחרות, ניטלה ממנו" (סעיף 16 להחלטה), שהרי כעת, "ניתן כנראה להשיג את התוצאה של מסירת כתבי בי דין בחו"ל למשיבות האחרות, לרבות המשיבה 4 (המבקשת – י.ש.) גם ללא אישור הסדר הפשרה עם המשיבה 4" (שם). בהתחשב בכך, נקבע, כי "בענייננו מדובר בסכום נמוך למדי, וניתן להשיג את התועלת המוצעת בהסדר הפשרה באופן אחר, שלא יפגע בפיצוי לחברי הקבוצה. אדרבא, אם תוכרע התובענה כך שהמשיבות תחויבנה בפיצוי, כולן תישאנה בתשלום הפיצוי לנזק שגרמו לכל חברי הקבוצה ושום משיבה לא תקנה את הסיכון בנזיד עדשים. על כן נראה כי טובת הקבוצה דורשת שלא להיעתר לבקשת הצדדים להסדר הפשרה" (סעיף 17). ראו גם בסעיף 14 להחלטה, שבה נקבע, שסכום הפשרה "מהווה חלק מזערי מן הנזק שנגרם על ידי ההסדר הנובל".

⁷ ת"צ (מחוזי מרכז) 53990-11-13 הצלחה ב' AU (פורסם בנבו, פסק דין ניתן ביום 20.4.2019) (להלן: "עניין הצלחה במחוזי"). העמדה מצ"ב ומסומנת ב'.

⁸ ראו בעמודים 8-7 לפרוטוקול. הפרוטוקול מצ"ב ומסומן ג'.

20. בית המשפט דחה את טענת המבקשת, שהתחשבות בהסדר הדיני עם פנסוניק, המאוחר למועד הגשת הבקשה לאישור הפשרה כמוהו כ-"הפרה יעילה" של הסדר הפשרה. נקבע, שלא מדובר בהפרה כלשהי של הסדר הפשרה שהרי ההסדר כפוף לאישור בית המשפט, וקבלת הטענה עלולה להביא לפגיעה בכוחו של בית המשפט באישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות (סעיף 19 לחוק). בהקשר זה נקבע: **"בית המשפט צריך לשקול את המצב כהווייתו ולא להקפיא את מצב העניינים כפי שהיה בנקודת זמן כלשהי בעבר. אין לצדדים כל אינטרס מוגן בקיום הפשרה שעולה על האינטרס של הקבוצה והציבור בכך שיאושר הסכם ראוי והוגן לטובת הקבוצה"** (סעיף 20 להחלטה). ועוד נאמר: **"דחיית הסדר הפשרה היא לטובת חברי הקבוצה... המשיבה 4 (המבקשת-י.ש.) שאינה יכולה להסתמך על ההסדר לקניית סיכון בסכום נמוך בנסיבות העניין"** (שם).

21. בסעיף 24 להחלטתו, אישר בית המשפט את ההסדר הדיני בין התובעים לבין פנסוניק, שבו הוסכם, כאמור לעיל, שכתבי בי-הדין הומצאו לפנסוניק כדין.

22. בנוגע לעצם הסדר הפשרה המבוסס על הסכמה מותנית של המבקשת להמצאה הכפופה לאישור הסדר הפשרה, ותמורת הסתפקות בסכום פיצויים נמוך, נקבע בהחלטה, **"שאין פסול בכך משנמצאה דרך חוקית לעשות כן"** (סעיף 13 להחלטה). בית המשפט דחה בהחלטתו שלפנינו את עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה (שהוגשה בעניין הצלחה), שסבר, שיש למנות בודק בכדי שבחינת ההסדר תיערך לאחר שתיוודענה תוצאותיו הכלכליות. בהקשר זה נקבע: **"אמנם, חלקה של המשיבה 4 בהסדר הכובל הנטען לא ידוע אך החשיבות העיקרית של הסדר הפשרה אינה בגובה התשלום כי אם בעצם הנכונות לקבל את עולו של בית המשפט הישראלי שממנה- כך יש להניח- ינובו אישורי המסירה לבעלי הדין האחרים בחו"ל. הסכום שהציעה המשיבה 4 לשלם מהווה חלק מזערי מן הנזק שנגרם על ידי ההסדר הכובל, אך התועלת נמדדת בעצם קיומה של התביעה... אם כך חלקה של המשיבה 4 בתשלום הנזק שנגרם פחות חשוב"** (סעיף 14 להחלטה). עוד נקבע, שההפליה בין לקוחות המבקשת (אם הסדר הפשרה היה מאושר) לבין לקוחות שאר המשיבות (אם התובענה נגדם תתקבל והן יחויבו בפיצוי גבוה יותר), עליה עמדה המדינה בעמדתה, אינה מצדיקה את דחיית ההסדר ויש מקום, לגישת בית משפט קמא, במקרים המתאימים, לאשר **"הסדר שמאפשר מתן פיצוי לחלק מחברי הקבוצה במחיר שכולל גם שלילת פיצוי או מתן פיצוי נמוך בלבד לחברים אחרים בקבוצה והכל מסיבות ראויות כגון עצם ההסדר שלפנינו"** (סעיף 15 להחלטה). מכל מקום, בית המשפט דחה את הבקשה לאישור הסדר הפשרה שלפנינו, מהטעם שניתן יהיה להגיע לתוצאה של המצאת בקשת האישור לכל המשיבות גם ללא אישור הסדר הפשרה ובנסיבות אלו, אישור הסדר הפשרה (כולל סכום הפיצויים הנמוך שנקבע) **אינו מתיישב עם טובת הקבוצה**.⁹

23. מכאן, בקשת רשות הערעור שלפנינו. המבקשת טוענת, שהנסיבות הרלבנטיות לבחינת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית הן הנסיבות ששררו במועד הגשת הסדר הפשרה לבית המשפט ואין להתחשב בשינוי נסיבות שחל לאחר מכן. עוד נטען, שהתחשבות בענייננו בהסכמה שהוגשה בין התובעים לפנסוניק כמוהו כ-"הפרה יעילה" של ההסכם ומנוגדת לעקרונות יסוד של דיני החוזים בישראל.

24. בתשובת התובעים לבקשת רשות הערעור (להלן: **"תשובת התובעים"**), נטען, שראוי למנות בודק חלף דחיית

⁹ למען שלמות התמונה, יצוין, כי ביום 28.2.2019 ניתנה החלטת כב' השופטת בן ארי (בסמכותה כרשמת בית המשפט המחוזי) שהתירה את המצאת בקשת האישור למשיבות 4-6 על פי תקנה 500(10) לתקנות, וזאת מכוח ההמצאה המוסכמת לפנסוניק, כאמור לעיל. נקבע: **"נראה כי בעלות הדין הזרות הן לכאורה בעלות דין דרושות וזאת נוכח הטענה שקרטל המדחסים שבסוד התובענה נעשה במשותף על ידי כל המשיבות... עיון בתובענה מעלה כי היא אינה משוללת כל יסוד, התנאי הנדרש בפסיקה לעניין עילת התביעה. נוכח האמור, אני מוצאת להיעתר לבקשה..."** יצוין, שהמשיבות 4-5 הגישו בקשות לביטול היתר ההמצאה אליהן. בקשות אלו טרם הוכרעו.

ההסדר: "אם יתברר שסכום הפיצוי הינו סביר... יש לקבוע כי ההסכם ראוי לגופו ולאשרו. אם יתברר לעומת זאת, שהיקף הקומפרסורים מתוצרת טקומסה והנזק הנגרם מכך גבוה באופן לא פרופורציונאלי לסכום הפיצוי שנקבע בהסכם הפשרה- אזי לא יהיה מקום לאשר את הסכם הפשרה" (שם, סעיף 15). בתשובת התובעים מצוין, ביחס לטענת המבקשת, כי לא ידוע לה היקף הימצאותם בישראל של מוצרים עם קומפרסורים מתוצרתה: "מבקשי האישור לא בדקו נכונות הצהרה זו" (סעיף 5 להחלטה); "טענה אשר אמיתותה לא נבחנה" (שם, סעיף 12). עוד מציינים התובעים: "עיון הסמכות על יתר המשיבות מכוח המסירה לפנסוניק, נטל את עיקר התועלת שהייתה גלומה לקבוצה מהסכם הפשרה עם המבקשת" (שם, סעיף 11).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

ג. האם בבחינת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, יש להתחשב בנסיבות שהשתנו לאחר הגשת הבקשה לאישור ההסדר לבית המשפט?

25. הטענה המרכזית בבקשת רשות הערעור היא, שאין מקום לדחות הסדר פשרה שהיה ראוי לאישור במועד הגשתו, וזאת מחמת שינוי נסיבות המאוחר למועד הגשת ההסדר: "הנסיבות הרלבנטיות לבחינת היותו של הסכם פשרה "ראוי, הוגן וסביר"... הן אלה ששררו במועד הגשת הפשרה לאישור" (סעיף 33 לבקשת רשות הערעור).

26. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות טענה זו. לגישתו, חובה על בית המשפט לבחון האם הסדר הפשרה "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה", כמצוות סעיף 19(א) לחוק, בהתאם למכלול הנסיבות הרלבנטיות הקיימות, במועד שבו ניתנת הכרעת בית המשפט בשאלת אישור הסדר הפשרה. אין הצדקה לאישור הסדר פשרה שאינו ראוי ואינו מתיישב עם האינטרסים של חברי הקבוצה, בהתאם למצב הדברים העדכני השורר במועד ההכרעה בבקשה, וזאת מהטעם שההסדר היה ראוי לכאורה לאישור במועד הגשתו לבית המשפט. באישור שכזה יחטא בית המשפט לתפקידו המיוחד באישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, כפי שיפורט להלן.

27. בית משפט זה עמד במספר הזדמנויות על התפקיד הייחודי שנתן המחוקק לבתי המשפט באישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. ראו למשל בדברי כב' השופט סולברג בעניין לוי¹⁰, בסעיפים 12-13:

"הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות מעוררים בעיות שונות שמקורן ב'בעיית הנציג', כלומר בחשש שהתובעים המייצגים ובאי-כוחם יבכרו את האינטרס האישי שלהם על פני האינטרס של הקבוצה כולה. חשש זה מתעצם בעת הגעתם של הצדדים להסכם פשרה, שעשוי להיטיב עם התובעים המייצגים על חשבון הקבוצה המיוצגת. המחוקק, אשר צפה את החשש האמור, התווה באופן מפורט את הליך אישור הסכם הפשרה בתובענה הייצוגית... באופן שיש בו כדי לפקח ולמזער את החשש... מטרתו של המסלול שהתווה המחוקק הוא לוודא שבית המשפט אינו מאשר את הסדר הפשרה כ'חותמת גומי', אלא בוחן ובודק, עד שהוא מגיע למסקנה כי "ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" (כלשון סעיף 19(א) לחוק)... אחת החובות שהטיל המחוקק על בית המשפט היא חובת הנמקה מוגברת להחלטה לאשר או לדחות הסדר פשרה".

"הליך אישורו של הסדר פשרה מטיל על בית המשפט תפקיד ייחודי, שהרי הוא שומע טיעון מסודר רק מן

¹⁰ רע"א 3832/17 לוי נ' פסגות (פורסם בנבו, 4.7.2017) (להלן: "עניין לוי"). עוד ראו: רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון (פורסם בנבו, 27.5.2015), בסעיפים 8-10; גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט, תשע"א 147-148; ת"צ (תל אביב) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שרותי בריאות בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2011) (להלן: "עניין ישראלי"), בעמודים 6-7 לפסק הדין, ובהחלטת בית המשפט בעניין ישראלי האמור מיום 27.12.2012, בעמוד 7 להחלטה.

הצדדים המתפשרים, ועליו להיות לפה, ולו לרגע, עבור הקבוצה כולה" (שם, סעיף 16).

28. לאור האמור, אין מקום, שבית המשפט יאשר הסדר פשרה למרות שבהתאם לנסיבות העדכניות הוא אינו מתיישב עם האינטרסים של חברי הקבוצה ועם האינטרס הציבורי, רק מהטעם שבמועד הגשת ההסדר לבית המשפט ההסדר הוא נחזה להיות ראוי. אישור שכזה אינו עולה בקנה אחד עם ההוראות המפורשות של סעיף 19 לחוק ועם פסיקת בית המשפט הנכבד.

כפי שקבע בית משפט קמא, בסעיף 20 להחלטתו:

"העתים משתנות ובית המשפט צריך לשקול את המצב כהווייתו, ולא להקפיד את מצב העניינים כפי שהיה בנקודת זמן כלשהי בעבר. אין לצדדים כל אינטרס מוגן בקיום הפשרה שעולה על האינטרס של הקבוצה והציבור בכך שיאושר הסכם ראוי והוגן לטובת הקבוצה, ותוך תשומת לב מירבית למטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות..."

29. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לדחות את טענת המבקשת כי התחשבות בענייניו בהסדר הדיוני עם פנסוניק, ובחינת התועלת העדכנית לקבוצה בהסדר הפשרה עם המבקשת, "נוטלת את הפרס מידי של המתפשר הראשון" (סעיף 62 לבקשת רשות ערעור). טענה זו אינה ממין העניין. **אישור הסדר פשרה אינו פרס, ודחיית הסדר פשרה אינה עונש**. טרמינולוגיה זו שגויה מיסודה. כאשר בית המשפט מכריע בבקשה לאישור הסדר פשרה הוא לא מחלק ציונים לתובע או למשיבה, אלא צריך לבחון האם **הסדר הפשרה ראוי, הוגן, סביר ומתיישב עם האינטרסים של חברי הקבוצה, במועד ההכרעה בבקשה**. אם התשובה לכך שלילית, בית המשפט מנוע מאישור ההסדר, גם אם במועד הגשת ההסדר הוא היה ראוי לכאורה לאישור.¹¹

30. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות גם את טענת המבקשת, שהתחשבות בנסיבות המאוחרות למועד הגשת הבקשה, "מכניסה רכיב עוצמתי של חוסר ודאות לסוגיית הפשרה" (סעיף 43 לבקשת רשות ערעור). **אין לצדדים זכות קנויה לכך שהסדר הפשרה יאושר**. כפי שקובע סעיף 18(א) לחוק: **"לא יעשה הסכם... אלא באישור בית המשפט"**. כמפורט לעיל, וכפי שנקבע בפסיקה, בית המשפט אינו "חותמת גומי", אלא נדרש לבחון את הסדר הפשרה באופן מוקדם. על צדדים המגישים בקשה לאישור הסדר פשרה לדעת שאין ודאות שההסדר הפשרה יאושר, ובית המשפט צפוי לבחון באופן מעמיק האם ההסדר מתיישב עם האינטרסים של חברי הקבוצה, תוך בחינה של כל הנסיבות הרלבנטיות במועד ההכרעה בבקשה. כך בכלל וכך ביתר שאת בענייננו, כשמדובר בהסדר שאינו טריוויאלי וקובע פיצוי נמוך לקבוצה (כפי שיוסבר להלן) תמורת האפשרות הלכאורית להמציא את בקשת האישור ליתר המשיבות. כפי שעמד על כך בית משפט קמא: **"לאור החדשנות שבהסדר הפשרה, נקודת המוצא לא יכולה הייתה להיות שההסדר יאושר כפשוטו"** (עמוד 6 להחלטה).

31. טענה נוספת של המבקשת בעניין זה היא הטענה, שהתחשבות בהסדר הדיוני עם פנסוניק "מהווה מעין הפרה יעילה" של הסדר הפשרה (עמוד 12 לבקשת רשות ערעור) ומדובר למעשה בהשתחררות של הקבוצה מחוזה "לטובת חוזה יותר אטרקטיבי" (שם, סעיף 55). נטען, כי: **"הסדר הפשרה שנחתם... הינו חוזה לכל דבר ועניין"** (שם). ולבסוף נטען: **"אל לו לבית המשפט לפעול בדרכים שאסור לחברי הקבוצה עצמם לפעול ולבכר הסדר פשרה מאוחר על פני פשרה מוקדמת"** (שם, סעיף 57).

היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש לדחות טענות אלה.

32. דומה, שיש מקום לקבוע, **שהסדר פשרה בתובענה ייצוגית חסר תוקף מחייב, כל עוד בית המשפט לא**

¹¹ כפי שיפורט להלן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרה דנן, גם במועד הגשת ההסדר לבית המשפט, לא היה ראוי לאשרו ללא מינוי בודק.

אישורו, שהרי נקבע בסעיף 18(א) לחוק: **"לא ייעשה הסכם ליישוב הסכסוך... אלא באישור בית המשפט"**. על כן, הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אינו מחייב את הקבוצה המיוצגת טרם אישורו על ידי בית המשפט כמתחייב בחוק, שהרי הסדר הפשרה לא השתכלל ונשלם כל עוד לא ניתן לו אישור כאמור, שאם לא כן, נמצאנו מאיינים את דרישת החוק לאישור בית המשפט. במובן זה, ובדומה להסכמים אחרים התלויים באישורו של בית המשפט כתנאי לתקפותם, הסדר פשרה בתובענה ייצוגית הוא חוזה על תנאי מתלה כמשמעותו בסעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אשר אין לו תוקף עד למתן האישור כאמור.¹²

33. לפיכך, טענת המבקשת שדחיית הסדר הפשרה דן כמוה כהשתחררות של הקבוצה מחוזה אינה הולמת את מצב הדברים, טרם אישור הסדר הפשרה. זאת ועוד: כאמור לעיל, אין לצדדים זכות קנויה שהסדר הפשרה יאושר, ועליהם לקחת בחשבון שההסדר ייבחן על ידי בית המשפט "לפני ולפנים", לרבות בהתאם לנסיבות העדכניות. כפי שנקבע בהחלטת בית משפט קמא, בסעיף 19: **"הסדר פשרה בתובענה ייצוגית תלוי באישורו של בית המשפט ואין להניח מראש כי יאושר כלשונו. כבר משום כך אין מדובר ב"הפרה" כלשהי של אותו הסכם"**. ועוד נקבע (שם): **"קבלת הטענה עלולה להביא לריסון עצמי בלתי ראוי של כוחו של בית המשפט באישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות"**.

34. מכל מקום, בנוסף לעמדה העקרונית והכללית המפורטת בסעיף הקודם ומבלי לגרוע ממנה, במקרה הקונקרטי שלפנינו, בוודאי שלהסדר הפשרה (טרם אישורו) אין תוקף מחייב ולכן ההתחשבות בנסיבות העדכניות אינה בגדר של הפרת חוזה. ראשית, מדובר בבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית **שטרם אושרה**, וממילא המבקשים בבקשת האישור לא אושרו על ידי בית המשפט להיות מייצגי הקבוצה. גם מטעם זה, חתימת המייצגים על ההסכם לא יכולה לחייב את הקבוצה.

35. שנית, **הסדר הפשרה לוקה בחוסר מסוימות יסודי**. בהסדר הפשרה לא נקבע האם הקבוצה תקבל את סכום הפיצויים עליו הוסכם, אם לאו. בסעיף 19 להסדר הפשרה נקבע רק, שהמבקשת מסכימה שהתובעים "זכאים לטעון" שאין זה מעשי להעביר את סכום הפיצויים לחברי הקבוצה ומסכימה "כי המבקשים רשאים לפי שיקול דעתם לטעון כי החלק המיועד לקבוצה מתוך סכום הפשרה... יועבר לקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד". שאלה זו נותרה פתוחה ולא הוסדרה בהסדר.¹³ **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהשאלה האם הכספים יגיעו לחברי הקבוצה באופן פרטני היא שאלה מהותית ויסודית, שלא ניתן לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ללא הסדרתה**. זכותם הדיונית והמהותית של חברי הקבוצה לדעת האם הם יקבלו פיצויים במסגרת ההסדר אם לאו, וזאת, בין היתר, לצורך שקילת הגשת התנגדות להסדר הפשרה או בקשת פרישה ממנו בהתאם לזכותם על פי חוק,¹⁴ טרם שבית המשפט יכריע באישור הסדר הפשרה. בהיעדר הסדרת סוגיה מרכזית זו, **הסדר הפשרה לוקה בחוסר מסוימות יסודי** ולכן, גם מטעם זה, **לא ניתן לומר שלהסדר הפשרה יש תוקף מחייב**.

36. זאת ועוד: בניגוד לאופן הצגת הדברים בבקשת רשות הערעור, לא מדובר בהעדפת הסדר פשרה מאוחר על פני פשרה מוקדמת ובהשתחררות מהסדר פשרה קודם. ההסדר הדיוני בין התובעים לפנסוניק **לא**

¹² ראו והשוו למשל: סעיפים 7, 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; ע"א 112/79 שרף נ' אבער, פ"ד (לד) (3), 178, 189-190 (12.3.1980).

¹³ הדבר משתקף גם בסעיף 2 להסדר הפשרה שם נקבע (בסעיף קטן (ה)), שמסכום הפיצוי לקבוצה יופחתו הסכומים שיידרשו לצורך: "איתור חברי הקבוצה הזכאים וחלוקת הכספים עבור חברי הקבוצה הזכאים".

¹⁴ ראו: סעיפים 18(ד) ו-18(ו) לחוק.

מהווה הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. מדובר בהסכמה נקודתית להמצאת בקשת האישור ולקבלת סמכותו של בית המשפט בישראל לדון בבקשת האישור. לא מדובר בהסכמה כלשהי לגוף בקשת האישור בין התובעים לפנסוניק. כל שנקבע בפסק הדין בעניין זה הוא, שבמסגרת בחינת הסדר הפשרה בין התובעים למבקשת, יש להתחשב בעובדות העדכניות והרלבנטיות ובכלל זה בהסדר הדיוני שהגיעו אליו התובעים ופנסוניק, שמשפיע על שאלת התועלת של הסדר הפשרה שבין התובעים למבקשת.

37. סיכום הדברים בעניין זה: היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא, כשלקח בחשבון את ההסדר הדיוני בין התובעים לפנסוניק ואת השפעתו על התועלת לקבוצה, הנובעת מהסדר הפשרה שלפנינו. בכך קיים בית המשפט את חובתו לבחון את הסדר הפשרה כדבעי, בהתאם למצוות המחוקק.

ד. הסדר הפשרה לא נותן לקבוצה תועלת מספקת שתצדיק את אישורו

38. הנימוק המרכזי להחלטת בית משפט קמא, שלא לאשר את הסדר הפשרה נעוץ בסכום הפיצויים הנמוך

שניתן לקבוצה בהסדר הפשרה (ותוך התחשבות בכך, שלאור ההסדר הדיוני עם פנסוניק הקבוצה לא מקבלת תועלת אחרת שעשויה הייתה להצדיק, לגישת בית משפט קמא, את סכום הפיצויים הנמוך):

"המשיבה 4, שמוכנה לשלם מחיר נמוך... (סעיף 13 להחלטה); "הסכום שהציעה המשיבה 4 לשלם מהווה חלק מזערי מן הנזק שנגרם על ידי ההסדר הכובל... (שם, סעיף 14); "לכאורה יפלה הסדר הפשרה את לקוחות המשיבה 4 אל מול לקוחות המשיבות האחרות. כנראה שאכן כך הוא... (שם, סעיף 15); "בענייננו מדובר בסכום נמוך למדי וניתן להשיג את התועלת המוצעת בהסדר באופן אחר, שלא יפגע בפיצוי לחברי הקבוצה. אדרבא, אם תוכרע התובענה כך שהמשיבות תחויבנה בפיצוי, כולן תישאנה בתשלום הפיצוי לנזק שגרמו לכל חברי הקבוצה ושום משיבה לא תקנה את הסיכון בנזיד עדשים. על כן נראה כי טובת הקבוצה דורשת שלא להיעתר לבקשת הצדדים להסדר הפשרה" (שם, סעיף 17); "נראה כי דחיית הסדר הפשרה היא לטובת חברי הקבוצה והניזוקה העיקרית ממנה היא המשיבה 4, שאינה יכולה להסתמך על ההסדר לקניית סיכון בסכום נמוך" (שם, סעיף 20).¹⁵

39. גם התובעים לא חולקים, שמדובר בסכום פיצויים נמוך. בסעיף 5 לתשובת התובעים לבקשת רשות הערעור נאמר שמדובר ב-"סכום נמוך". בסעיף 31 לבקשה לאישור הסדר הפשרה נאמר: "המבקשים ידגישו כי אין לראות את סכום הפשרה כממצה את התובענה". כך גם המבקשת עצמה מודה שמדובר בסכום ש"אינו גבוה" (סעיף 70 לבקשת רשות הערעור). בסעיף 26 לבקשה לאישור הסדר הפשרה, סכום הפשרה נומק בין היתר בטענת המבקשת, שאין לה ידיעה על היקף הקומפרסורים מתוצרתה שנמכרו בישראל. לא עלתה טענה, שסכום הפיצוי משקף ולו בקירוב את גובה הנזק שנגרם לקבוצה או את חלקה של המבקשת בקרטל האסור. כל שנטען הוא על חוסר ידיעה ותו לא. עוד ראו בסעיף 5 לתשובת התובעים לבקשת רשות הערעור, שם התייחסו הם לטענת המבקשת על אי ידיעה בנוגע להיקף מוצריה שנמכרו בארץ: "מבקשי האישור לא בדקו נכונות הצהרה זו". ובסעיף 12 לתשובת התובעים: "טענה אשר אמיתותה לא נבחנה".

40. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שלאור הפער העצום בין סכום התובענה (64 מיליון ש"ח), לסעד שניתן

¹⁵ גם בהחלטה מאוחרת יותר של כב' השופטת שטמיר בעניין הצלחה במחוזי, התייחסה היא להליך שלפנינו ולסכום הפיצויים הנמוך שבו מדובר בהסדר הפשרה שלפנינו, שבעטיו נדחה הסדר הפשרה דגן. ראו: עניין הצלחה במחוזי בסעיף 25 לפסק הדין. כב' השופטת שטמיר אבחנה זאת (שם), מהסכום הגבוה יותר שעליו הוסכם בעניין הצלחה.

לקבוצה בהסדר הפשרה (100 אלף דולר ארה"ב בלבד), אין הצדקה להתערבות ערכאת הערעור בקביעת בית משפט קמא, שסכום הפשרה הנמוך אינו מתיישב עם טובת הקבוצה ואינו מצדיק את אישור הסדר הפשרה. כך אף ביתר שאת, שעה שהמבקשת עצמה אינה טוענת שסכום הפשרה משקף את חלקה בקרטל ואת היקף מוצריה שנמכרו בישראל (אלא נסמכת בעיקר על התועלת הנטענת של ההסדר, בשעתו, להמצאת בקשת האישור לכל המשיבות – ראו סעיף 49 לבקשה) וגם התובעים מסכימים שמדובר בסכום נמוך ומציניים, שאינם יודעים האם הצהרת המבקשת על אי ידיעתה אודות היקף מוצריה בישראל היא הצהרה נכונה.

41. לא יהיה מיותר בהקשר זה לציין, שבהתאם להסדר, סכום הפיצוי (בסך 100 אלף דולר ארה"ב) כולל גם את סכומי הגמול, שכר הטרחה, החזר הוצאות לתובעים ותשלומים נוספים (ראו בסעיפים 2-3 להסדר הפשרה), וכפי שנאמר בעמדת המדינה שהוגשה לבית משפט קמא (בסעיף 11), המשמעות היא, שלמעלה מ-40 אחוזים מסכום הפשרה (שנראה כנמוך כשלעצמו, כאמור) כלל לא ישולם לקבוצה (!).

42. היועץ המשפטי לממשלה גם יפנה לסעיפים 25-27 להסדר הפשרה מהם עולה, שיתר המשיבות יופטרו מלפצות את חברי הקבוצה בגין סכום הפיצויים שייקבע שהמבקשת הייתה אחראית לתשלומם לולי הסדר הפשרה, ואף אם סכום זה יהיה גבוה מהסכום שהמבקשת תשלם לקבוצה במסגרת הסדר הפשרה.¹⁶ הפועל היוצא של הסכמה זו הוא, שצרכני המבקשת יקבלו פיצוי בחסר, מבלי שיתר המשיבות ישלימו חסר זה, גם אם התובענה תתקבל, והכל, תוך החלת מעשה בית דין על חברי הקבוצה (ראו סעיף 22 להסדר הפשרה). עניין זה מחדד את הקושי בסכום הפיצוי הנמוך עליו הוסכם בהסדר הפשרה, כאמור.

43. היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור שבנסיבות העניין יש למנות בודק בשלב זה חלף דחיית ההסדר (כפי שמציעים התובעים). כאשר על פני הדברים סכום הפשרה נראה נמוך באופן מובהק, כאשר בבקשה לאישור הסדר הפשרה לא מוסבר ואף לא נטען שהסכום הולם את הנזק שנגרם לקבוצה ואת חלקה של המבקשת בקרטל, וכאשר התובעים מודים שהסכום נמוך ומציניים שהם לא בדקו את טענות המבקשת בעניין היקף מוצריה בישראל, דין ההסדר להידחות, ובמיוחד כאשר הוברר, שהסדר הפשרה אינו מביא לקבוצה את התועלת שהוא מתיימר להביא בדבר המצאה כדין של בקשת האישור לכל המשיבות, שעה שניתן להשיג תועלת זאת ללא קשר להסדר הפשרה, כדלעיל וכדלהלן. עוד יובהר, כי התייחסות המדינה בעמדתה שהוגשה לבית משפט קמא הייתה למצב דברים אחר (שהוברר כעת שלא מתקיים בענייננו), שבו נטען, שהתועלת האמורה כן תיוחס להסדר הפשרה, ובמצב דברים כזה טענה המדינה, שאין לאשר את ההסדר ללא מינוי בודק, על מנת שתיבחן באופן ענייני מידת התועלת לקבוצה בהמצאת בקשת האישור לכל המשיבות כתוצאה מהסדר הפשרה, וכן תיבחן השאלה האם יש בתועלת זו כדי להצדיק את סכום הפשרה הנמוך, על בסיס נתונים שיוצגו בנוגע לנזק שנגרם לקבוצה, חלקה של המבקשת בקרטל והיקף מוצריה שנמכרו בישראל.

¹⁶ יצוין כי העיקרון המקובל בנוגע לפעילות חברות בהסדר כובל, הוא שקיימת אחריות של כל החברות לכל נזקי הקרטל ואחריותה של כל חברה אינה מוגבלת לנזקים שנגרמו ללקוחותיה. ראו: סעיפים 247-251 לבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית; סעיף 16 לתשובת התובעים לבקשת רשות הערעור. עוד ראו והשוו: ע"פ 1656/16 דוידוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.3.2017), בסעיפים 72, 93, 96 לפסק הדין; ת"פ (מחוזי י-ם) 28192-08-12 מדינת ישראל נ' אנגל (פורסם בנבו, 9.7.2015), בסעיפים 343, 571-572 לפסק הדין. להשלמת התמונה ייאמר, כי בדרך כלל, ברירת המחזל בחלוקת האחריות בפועל בין חברות השותפות לקרטל אסור היא בהתאם לחלק היחסי בשוק הרלבנטי, של כל אחת מהחברות.

ה. אין לזקוף לטובת הסדר הפרשה את התועלת של המצאת בקשת האישור לכל המשיבות,

גם לאור התקנת תקנה 500(א7) לתקנות סדר הדין האזרחי

44. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שדין טענות המבקשת להידחות, גם לנוכח התקנת תקנה 500(א7) לתקנות סדר הדין האזרחי (להלן גם: "התקנה החדשה") המאפשרת לכאורה המצאה כדין של בקשת האישור לכל המשיבות, בלי קשר להסדר הפרשה דנו ובלי קשר להסדר הדיוני עם פנסוניק.¹⁷

45. התקנה החדשה פורסמה ברשומות ביום 11.12.2018.¹⁸ התקנה קובעת, כי ניתן להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה, כאשר:

"התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של התובע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי..."¹⁹.

עובר להתקנת תקנה זו, על מנת לקבל אישור המצאה אל מחוץ לתחום המדינה בתובענה שעילתה גרימת נזק, נדרש המבקש להוכיח, שהמעשה או המחדל שגרמו לנזק נעשו בישראל ולא היה די בכך שהנזק נגרם בישראל.²⁰ לעומת זאת, בהתאם להוראות תקנה 500(א7) לתקנות ניתן להתיר כיום המצאת כתב בי-דין מחוץ לתחום המדינה גם במקרים שבהם רק הנזק נגרם בישראל (בכפוף לעמידה בתנאים הנקובים בתקנה) וזאת גם כאשר המעשה או המחדל שגרמו לו, נעשו מחוץ לישראל. תקנה זו רלוונטית, בין היתר, לנזקים שנגרמו כתוצאה מהתנהגות חברה בין-לאומית, ששירותיה או מוצריה שווקו בישראל, ונראה לכאורה, כי יש בה כדי לתת מענה נאות גם לבקשת האישור שלפנינו.

על כן, גם מטעם זה, אין לייחס להסדר הפרשה את התועלת של המצאת בקשת האישור לכל המשיבות, שהרי ניתן היה להגיע לכאורה לאותה תוצאה של המצאה כדין, גם ללא הסדר הפרשה, מכוחה של תקנה 500(א7) לתקנות

²¹.

46. התובעים טוענים בתגובתם לבקשת רשות הערעור (בסעיף 4), כי קיים ספק אם התקנה החדשה חלה על הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית שלפנינו, שהוגשה לפני התיקון. בעניין זה היועץ המשפטי לממשלה סבור, שתקנה 500(א7) לתקנות חלה גם על הליכים שהוגשו לפני פרסומה (התלויים ועומדים), ובכלל זה על בקשת האישור דנו. כך, הן לאור מושכלות יסוד בנוגע לחקיקה "דיונית", והן לאור עיון בלשון התקנה.²²

¹⁷ בסעיף 22 להחלטתו בית משפט קמא ציין תקנה זו אך קבע שלא ביקש את התייחסות הצדדים אליה כיוון שדין הסדר הפרשה להידחות גם מבלי להידרש לעניין זה. עם זאת נקבע: "לעיתיד לבוא יתכן שתהיה לתקנה זו השפעה במקרים דומים".
¹⁸ ראו: תקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984 (תיקון מספר 2), התשע"ט-2018 ק"ת 8120, 11.12.2018, בעמודים 1482-1483.
¹⁹ ראוי לציין שהוראות דומות נקבעו גם בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, בסעיף 166(5), אלא, שכידוע, תקנות אלה ייכנסו לתוקף רק ביום 6.9.2020. מכל מקום, כאמור, תקנות סדר הדין האזרחי התקפות כיום כבר תוקנו בעניין זה והתקנה החדשה (500(א7) לתקנות) כבר נכנסה לתוקף.

²⁰ תקנה 500(7) לתקנות מאפשרת להתיר המצאה מחוץ לתחום המדינה כאשר "התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה". בעניין הצלחה, לעיל, הערת שוליים 5, נקבע על ידי הנשיאה חיות שפירוש הדברים הוא: "המעשה או המחדל צריכים להתרחש בישראל ואין די בכך שהנזק אירע בישראל כדי להקים עילת המצאה על פי תקנה זו". אמנם, הנשיאה חיות ציינה שהדבר מעורר "אי נחת מסוימת" ו-"ספק אם התקנה בנוסחה הנוכחית הולמת את מגמות הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות בעולמנו" (סעיף 6 להחלטה). בין היתר, לאור הערה זו, הותקנה תקנה 500(א7) לתקנות.

²¹ וכמובן, מבלי לקבוע מסמרות בנוגע לבקשה להתיר המצאה ככל שתוגש על פי התקנה החדשה ולטענות שאפשר ויעלו בעניין. כאמור לעיל, בקשה לביטול היתר המצאה שניתן על בסיס תקנה 500(10) לתקנות תלויה ועומדת לפני בית המשפט המחוזי, והיועץ המשפטי לממשלה לא יקבע מסמרות בעניין.

²² התובעים מפנים בתשובתם לבקשת רשות הערעור (שם), לפסק הדין הקצר שניתן בעניין רע"א 9463/17 Hotels.com L.P. נ' סיליס [פורסם בנבו] (16.1.2019). השאלה שנדונה שם נגעה להתיר המצאה מחוץ לתחום של תובענה שעסקה באתר במרשתת שמאפשר הזמנת חדרים בבתי מלון בכל העולם ובכלל זה בישראל, וזאת על פי תקנות 500(6) ו-500(7). בפסק הדין נקבע, שהתקנת תקנה 500(א7) "יש בה כדי לתת מענה נאות לתביעות בגין מקרים כדוגמת אלו... שיוגשו לאחר כניסת התיקון האמור לתוקף", ועל כן אין הצדקה למתן רשות ערעור לטענות שעלו בגדר פרשנות

47. חזקה היא, כל עוד לא נקבעה בחקיקה הוראה קונקרטית אחרת, שחקיקה דיונית חלה גם על הליכים תלויים ועומדים שהוגשו לבתי המשפט טרם שהחקיקה החדשה באה לעולם :

"קובע הדין חזקה, שאין לדבר חקיקה תחולה רטרואקטיבית למפרע משעת עשיית המעשה. אבל אין לאדם העומד לבצע מעשה, שהיה פלילי בעת עשייתו, שום זכות לעשות את חשבונו מראש, שיוכל לבצע עבירה פלילית ללא עונש, מפני שלפי דיני הראיות, הקיימים אותה שעה, לא יהיה בידי התביעה להוכיח את ביצוע העבירה. לעניין זה קובע הדין חזקה הפוכה, שלדיני הדיון יש תחולה רטרואקטיבית..."²³

"חוק דיוני חל על כל עניין הבא לפני השופט ואחת היא אם ההליך נפתח לפני צאת החוק האמור או אחריו"²⁴. "חוזרים אנו אפוא לאבחנה המסורתית בין נורמות מטריאליות לדיוניות, שהראשונות הן "פרוספקטיביות", והאחרונות הן, כביכול, "רטרופקטיביות". אמרתי כביכול... למעשה אין לנו כאן ענין בו הוחל חוק חדש על עיסקה שנעשתה לפני צאת החוק. 'חוק דיוני כוחו למפרע' אינו משמיע אלא זאת, שחוק כזה חל על כל ענין הבא בפני השופט ואחר שהוחק החוק, ואחת היא אם ההליך נפתח לפני צאת החוק האמור או אחריו"²⁵.

48. בענייננו, התקנה החדשה לא יוצרת זכות מהותית או עילת תביעה חדשה. מדובר בהוראה דיונית שעניינה בשאלת היתר המצאה לשם הקניית סמכות שיפוט בלבד. לא בכדי מצויה הוראה זו בתקנות סדר הדין האזרחי, אשר מאגדות את דיני הפרודצדורה האזרחית ומשכך מדובר באופן מובהק באסופה של כללים דיוניים.²⁶ על כן, האפשרות להתיר המצאה של כתבי בי דין מחוץ לישראל בגין מקרים שבהם הנזק (בלבד) נעשה בישראל, לפי התקנה החדשה, חלה גם על בקשת האישור שלפנינו שהוגשה לפני התקנת התקנה החדשה.

49. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף ויחדד, שיש מקום רב לומר, שקביעה לפיה יש להחיל את התקנה החדשה גם על הליכים שהוגשו לפני מועד פרסומה, כלל אינה עולה משום קביעת תחולה רטרואקטיבית לתקנה החדשה, אלא לאמיתו של דבר, מדובר בתחולה אקטיבית בלבד. ראו בספרו של כב' הנשיא ברק פרשנות במשפט²⁷ שכתב: "החלת ההוראה דיונית על עניינים שכבר הוחל בהם לפני צאת החוק החדש היא החלה אקטיבית של ההוראה הדיונית ובלבד שאין ההוראה הדיונית החדשה משנה מהתוקף המשפטי של פעולות דיוניות שנעשו בעבר ושנסתיימו... החלה רטרופקטיבית של דין כלשהו משמעותה שינוי לגבי העתיד של המעמד של התכונות או של התוצאות המשפטיות של פעולות או אירועים שנתרחשו לפני מועד כניסת החוק לתוקף. כאשר נכנס חוק דיוני לתוקף אין הוא משנה בדרך כלל את המעמד, את התכונות או את התוצאות של פעולות דיוניות שנעשו לפני כניסתו לתוקף. הוא משנה את הדין הדיוני מכאן ואילך. פעולתו אקטיבית ולא רטרופקטיבית..."

תקנה 500(7) לתקנות. מהקשר הדברים נראה שהכוונה הייתה שהתקנה החדשה נותנת מענה ראוי למקרים דוגמת אלו שנדונו בעניין סיליס, שיתעוררו בהליכים נוספים ויעלו שאלה דומה בנוגע להיתר המצאה מחוץ לתחום המדינה. לאור כך, התייטר הצורך בהכרעה עקרונית בפרשנות הראויה לתקנה 500(7) בהליך הקונקרטי בעניין סיליס, וזאת, גם בשים לב להלכה הפסוקה בנוגע לדיון בבקשת רשות ערעור בגלגול שלישי בבית המשפט העליון. על כן, נראה, שלא ניתן ללמוד מפסק דין סיליס, שתקנה 500(7א) לתקנות חלה רק על תביעות שיוגשו לאחר התקנתה.

²³ ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל פ"ד לח(2) 460, 457 (5.2.1981).
²⁴ ע"א 615/83 אלמרו נ' מדינת ישראל פ"ד מא(3) 606, 601 (פורסם בנבו, 12.10.1987). הדיון בעניין אלמרו נסב על שינוי בזהות הגורם הרשאי לתבוע את המפר (בדיני תכנון ובנייה), בתובענה אזרחית.

²⁵ בג"צ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד פ"ד לח(1) 292, 298-299 (23.9.1980).

²⁶ ראוי לציין בהקשר זה, כי האיסור על תיאום מחירים והסדרים כובלים מקובל בארצות בהן פעלו המבקשת והמשיבות, בדומה לדין בישראל ולמיטב הידיעה, לא קיים פער מהותי בדיני ההגבלים העסקיים בין ארצות אלה לישראל. בגין הקרטל שבו מדובר בבקשת האישור דגן אכן ננקטו הליכים בארה"ב, באירופה ובארצות נוספות כמפורט בבקשת האישור (בסעיפים 106-76). בקשת האישור אף נסמכת, בין היתר, על ההחלטות הזרות וההודאות שניתנו במסגרת ההליכים הזרים בעניין הקרטל בארצות השונות (ראו: סעיפים 108-145 לבקשת האישור) ועל פסיקה אמריקאית ואירופית (ראו למשל סעיפים 189-192, 218-221, 247-250 לבקשת האישור). בנוסף, גם לפני התקנת התקנה החדשה היה ניתן להתיר המצאה מחוץ לישראל על פי סעיפי המשנה השונים לתקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, כפי שלמשל נעשה (בהסכמה לבסוף) בעניין פנסוניק שלפנינו.

²⁷ אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשנ"ג), 638-639.

"הרטרופסקטיביות של ההחלה תתבטא רק אם הנורמה הדיונית החדשה משנה את האפקט המשפטי של פעולות דיוניות שנעשו ושנסתיימו בעבר. עד כמה שההוראה הדיונית החדשה אינה משנה את האפקט המשפטי של הליכים דיוניים שנתקיימו בעבר ונסתיימו תחולתה אינה רטרופסקטיבית אלא אקטיבית."²⁸

דברים דומים נקבעו על ידי כב' הנשיא ברק גם בפסיקתו.²⁹

בעניין שלפנינו, התקנה החדשה, "אינה משנה מהתוקף המשפטי של פעולות דיוניות שנעשו בעבר ושנסתיימו", שהרי מדובר **בהליך תלוי ועומד המצוי בשלב מקדמי ביותר**, ועל כן האפשרות לבקש היתר המצאה מחוץ לישראל, על פי התקנה החדשה, היא **"החלה אקטיבית"** (ולא רטרופסקטיבית) של התקנה החדשה, כך שבית המשפט ידון בהליך התלוי ועומד לפניו, בהתאם למצב הנורמטיבי העדכני ובהתאם לחקיקה התקפה והמחייבת כיום.

על כן, גם מטעם זה, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שניתן לבקש היתר המצאה מחוץ לישראל של בקשת האישור דין, על פי התקנה החדשה**, הגם שהיא הוגשה לפני פרסום התקנה.

50. מסקנה זו מתחייבת גם מתוך **עיון בנוסח התקנה החדשה**. ראו בעמודים 1482-1483 לתקנה (לעיל, הערת שוליים 18), שם קיימת **הוראת תחולה** הקובעת, שסעיפים 1-2 לתקנות יחולו רק על הליכים שיוגשו ביום תחולת התקנות (שנקבע ל-30 יום מיום פרסום התקנות) או לאחריו. סעיפים אלה עוסקים במועד להגשת כתב הגנה (שהוארך בתקנה החדשה ל-60 יום). לעומת זאת, **לגבי סעיף 4 לתקנות**, שהוסיף לתקנות סדר הדין האזרחי את תקנה 500(א7) לתקנות שבה אנו דנים, **לא נקבע מועד תחולה פרוספקטיבי** וממילא חל הכלל הרגיל שהוראות דיוניות שנקבעות בחקיקה חלות גם על הליכים תלויים ועומדים. אם מחוקק המשנה היה מבקש לקבוע תחולה פרוספקטיבית בלבד לתקנה 500(א7) לתקנות, הרי שהוא היה קובע זאת **מפורשות בתקנות**, כשם שעשה זאת ביחס למועד הגשת כתב ההגנה, שכאמור, נקבע, **באותו תיקון לתקנות עצמו**.

51. היועץ המשפטי לממשלה סבור עוד, שגם **מהבחינה התכליתית**, **אין כל טעם** בדרישה להגיש בקשת אישור חדשה דווקא, שעליה בוודאי תחול התקנה החדשה.

52. על כן, מסקנת הדברים היא, **שאין מניעה מהגשת בקשה להיתר המצאת בקשת האישור בענייננו מחוץ לישראל, על בסיס תקנה 500(א7) לתקנות**, וגם מטעם זה, **אין לייחס להסדר הפשרה את התועלת שיוחסה לו בעניין זה**.

ו. לא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה ללא מינוי בודק אף אם המצאת בקשת האישור לכל

המשיבות הייתה מתאפשרת רק בזכות הסדר הפשרה

53. לכאורה, ניתן היה לסיים כאן. אולם, בשל **השלכות הרוחב** של סוגיית ה-"המצאה המותנית", והסדרי פשרה נוספים שנקטו גם הם באותו מתווה שחלקם נדונים בבתי המשפט המחוזיים בימים אלה,³⁰ והיות שגם בית משפט קמא בהחלטתו שלפנינו נדרש לסוגיה עקרונית זו, היועץ המשפטי לממשלה יראה לפרט את עמדתו העקרונית בעניין³¹ (השונה מגישת בית משפט קמא הנכבד), **שלא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה**, טרם שימונה בודק, ומבלי

²⁸ שם, 641.

²⁹ ראו רע"א 7028/00 אי בי אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.2006), בסעיפים 13, 17 לפסק הדין של כב' הנשיא ברק, שם נקבע, שכאשר חקיקה חדשה מוחלת על הליכים תלויים ועומדים שהוגשו לפני תיקון החקיקה, אך אינה משפיעה על הליכים משפטיים שכבר הסתיימו, הדבר מוגדר **כתחולה אקטיבית** ולא כתחולה רטרופסקטיבית.

³⁰ לפני בית המשפט המחוזי (מרכז) תלויה ועומדת בקשה לאישור הסדר פשרה בעניין ת"צ 62701-07-17 פ.מ.א ממירי מתח נ' פנסוניק, כשההסדר שם נוקט במתווה דומה לזה של ההסדר שלפנינו (הסכמה מותנית להמצאת בקשת האישור לאחת הנתבעות, הכפופה לאישור הסדר הפשרה שהוגש בינה לבין התובע, כשקיים פער משמעותי מאוד בין סכום הפיצוי לקבוצה בהסדר, לסכום התביעה). היועץ המשפטי לממשלה הגיש ביום 22.1.2020 את התנגדותו להסדר הפשרה בעניין פ.מ.א. ממירי מתח.

³¹ עיקרי עמדה זו פורטו גם בעמדת המדינה שהוגשה לבית משפט קמא בענייננו ובעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בעניין הצלחה.

שנערכה בחינה עניינית של היחס בין סכום הפשרה, לחלקה של המבקשת בקרטל ולנזק שנגרם לקבוצה, וזאת גם אם הסדר הפשרה היה מניב את התועלת של המצאה בקשת האישור לכל המשיבות.

54. יובהר, שכאמור לעיל בסעיף 43, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהיות שהתחוויר שאין לייחס להסדר הפשרה בענייננו את התועלת של המצאה כדין של בקשת האישור לכל המשיבות (כמפורט לעיל), דין ההסדר להיזכות ללא מינוי בודק, בהתחשב בסכום הפיצויים הנמוך שנקבע בהסדר הפשרה, שלא נמצאה לו הצדקה. בסעיפים הבאים, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לממצב דברים תאורטי אחר, שלא מתקיים בענייננו, שבו התועלת של המצאה כדין של בקשת אישור לכל הנתבעות כן תיוחס להסדר פשרה. התייחסות זו תפורט, בשל השאלה העקרונית שבנדון והשלכות הרוחב שלה. בנוגע למצב דברים תאורטי זה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, שיש למנות בודק טרם אישור הסדר הפשרה, כדלהלן.

55. בהסדר הפשרה, המבקשת הסכימה שבוצעה לה המצאה כדין בישראל של בקשת האישור, תוך שההסכמה סויגה בכך, שהיא תהיה בטלה מדעיקרא, אם הסדר הפשרה לא יאושר. כמו כן וכמפורט לעיל, הפיצוי שניתן לקבוצה הוא פיצוי נמוך באופן קיצוני, כאשר סכום הפיצויים הנמוך מוסבר על ידי הצדדים בין היתר בכך, ש"אישור הסכם הפשרה יסייע בקידום התובענה נגד המשיבות הנוספות בהקניית עילת המצאה לפי תקנה 500(10)..."³².

56. אם כן, השאלה הכללית היא, האם יש מקום לאשר הסדר שנותן לקבוצה פיצוי בחסר, "תמורת" התועלת בהמצאה כדין של בקשת האישור למשיבות האחרות, שיחויבו בפיצוי ראוי לקבוצה, אם התובענה תתקבל.

57. מבלי לקבוע מסמרות בשאלת מתן היתר המצאה של בקשת האישור דין לכל המשיבות (על סמך הסדר הפשרה דנן), לפי תקנה 500(10) לתקנות סדר הדין האזרחי,³³ לצורך הדיון בלבד, היועץ המשפטי לממשלה יניח שניתן להמציא את בקשת האישור לכל המשיבות על בסיס תקנה 500(10) לתקנות ועל סמך הסדר הפשרה. גם בהנחה זו (וגם אם הדבר היה מתאפשר רק בזכות הסדר הפשרה, מה שאינו נכון בענייננו, כמפורט לעיל), היועץ המשפטי לממשלה סבור, שלא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה ללא מינוי בודק וללא בחינה יסודית של הסדר הפשרה, שסכומה נמוך כאמור.

58. בהחלטת בית משפט קמא נקבע, בנוגע לשאלה העקרונית של אישור הסדר פשרה המבוסס על הסכמה מותנית להמצאה הכפופה לאישור ההסדר, "שאין פסול בכך משנמצאה דרך חוקית לעשות כן" (סעיף 13 להחלטה). בית המשפט דחה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שיש למנות בודק בכדי לבחון את ההסדר כאשר תוצאותיו הכלכליות ידועות. בהקשר זה נקבע: "אמנם, חלקה של המשיבה 4 בהסדר הכובל הנטען לא ידוע אך החשיבות העיקרית של הסדר הפשרה אינה בגובה התשלום כי אם בעצם הנכונות לקבל את עולו של בית המשפט הישראלי שממנה- כך יש להניח- ינובו אישורי המסירה לבעלי הדין האחרים בחו"ל. הסכום שהציעה המשיבה 4 לשלם מהווה חלק מזערי מן הנזק שנגרם על ידי ההסדר הכובל, אך התועלת נמדדת בעצם קיומה של התביעה... אם כך חלקה של המשיבה 4 בתשלום הנזק שנגרם פחות חשוב" (סעיף 14 להחלטה). עוד נקבע, שההפליה בין לקוחות המבקשת (אם הסדר הפשרה היה מאושר) לבין לקוחות שאר המשיבות (אם התובענה נגדן תתקבל והן יחויבו בפיצוי גבוה יותר), אינה מצדיקה את דחיית ההסדר ויש מקום, לגישת בית משפט קמא, במקרים המתאימים, לאשר "הסדר שמאפשר מתן פיצוי לחלק מחברי הקבוצה במחיר שכולל גם שלילת פיצוי או מתן פיצוי נמוך בלבד לחברים אחרים

³² ראו בסעיף 26 לבקשה לאישור הסדר הפשרה.

³³ כאמור לעיל, עניין ההמצאה לפי תקנה 500(10) לתקנות תלוי ועומד בענייננו, לפני בית משפט קמא.

בקבוצה והכל מסיבות ראויות כגון עצם ההסדר שלפניי (שם, סעיף 15).³⁴

59. עמדת היועץ המשפטי לממשלה שונה, בכל הכבוד. ראשית, יובהר, שהאמור בסעיף 13 להחלטה כאילו היועץ המשפטי לממשלה ראה במתווה המוצע בהסדר כ- "הכרח בל יגונה" **אינו משקף את עמדת היועץ המשפטי לממשלה**. לגישתו, עצם התועלת בדבר המצאת בקשת אישור לכל המשיבות **אינה מצדיקה כשלעצמה** לאשר הסדר פשרה, "במחיר שכולל גם שלילת פיצוי או מתן פיצוי נמוך בלבד", וזאת מבלי שנבדק היקף הנזק שנגרם לחברי הקבוצה; היקף חלקה של המבקשת בקרטל; והיקף מוצריה שנמכרו בישראל בתקופה הרלבנטית.

60. ניתן יהיה לבדוק באופן ענייני ומושכל, האם התועלת בהמצאת בקשת האישור ליתר המשיבות מצדיקה את אישורו, רק לאחר שלפני בית המשפט יוצגו באופן סדור ומפורט **הנתונים הרלבנטיים הנדרשים**, ובכללם, בין היתר: היקף הנזק המוערך לקבוצה המיוצגת מהקרטל; חלקה של המבקשת בקרטל והיקף מוצריה שנמכרו בישראל בתקופה הרלבנטית, שמהם ניתן לגזור לכאורה את ברירת המחדל בנוגע לחלקה היחסי בחבות בפיצויים לקבוצה, ביחס ליתר המשיבות. לאחר שיוצגו **נתונים הכרחיים אלה**, יוכל בית המשפט לשקול את הפער (במידה והוא קיים) בין חבותה המוערכת של המבקשת כלפי הקבוצה לו התובענה הייתה נדונה לגופה, לגובה הפיצויים שהיא תשלם בהסדר, ויוכל לשקול גם **האם התועלת בהמצאת בקשת האישור ליתר המשיבות עשויה להצדיק פער זה**.

סעיף 19(ג)(2)(א) לחוק מורה לבית המשפט להתייחס במסגרת החלטתו האם לאשר הסדר פשרה, בין היתר, ל- "**פער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה**". ברי, שבנסיבות העניין דנן, ללא הצגת הנתונים האמורים **לא ניתן יהיה לבחון את הסדר הפשרה**, באופן ענייני ומושכל, בהתאם **להוראות המחייבות** של סעיף 19 לחוק.

61. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שגם בהנחה שהמצאת בקשת האישור לכל המשיבות הייתה מתאפשרת בזכות הסדר הפשרה, **לא היה מקום לאשרו ללא מינוי בודק**, שיציג לפני בית המשפט את הנתונים הנדרשים שיאפשרו לבחון את הסדר הפשרה כראוי. כידוע, סעיף 19(ב) לחוק קובע, **שאין לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ללא מינוי בודק** "אלא אם כן סבר בית המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת מטעמים מיוחדים שיירשמו". טעמה של הוראה זו נעוץ בין היתר **בבעיית הנציג** הנובעת מכך, שקולה של הקבוצה המיוצגת אינו נשמע במישרין לפני בית המשפט, כאשר בעיה זו מתחדדת במיוחד בסיטואציה של הסדר פשרה, שבו לא מופיעים לפני בית המשפט צדדים מעומתים.³⁵ על כן, מינוי בודק מאפשר לבית המשפט לבחון, האם הסדר הפשרה מתיישב עם האינטרסים של הקבוצה בכללותה (ולא רק של המייצגים), וגם חושף לפני בית המשפט מידע חשוב ורלבנטי, שאחרת לא יוצג לפניו.

כך בכלל וכך גם בענייננו, ואף ביתר שאת שעה **שהמבקשת עצמה טוענת** (כאמור לעיל, בסעיף 39 לעמדה זו), **שלא ידוע לה** היקף מוצריה שנמכרו בישראל, והמייצגים טוענים שלא בדקו טענה זו.³⁶

62. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף ויטען, שעל פני הדברים **קיימת בעייתיות** בכך, שהצרכנים של המבקשת יקבלו **פיצוי בחסר** בכדי לאפשר לצרכנים של המשיבות האחרות לקבל פיצוי ראוי (כתוצאה מהמצאת בקשת האישור לכל המשיבות), אם וככל שייפסק כך בהליך לגופו. היועץ המשפטי לממשלה יפנה בהקשר זה לסעיפים 25-27 להסדר הפשרה מהם עולה, **שיתר המשיבות יופטרו מלפצות את חברי הקבוצה בגין סכום הפיצויים שייקבע שהמבקשת**

³⁴ אותו מותב (כב' השופטת שטמר) קבע קביעות דומות בעניין הצלחה במחוזי (לעיל, הערת שוליים 7) שם גם ראתה לאשר למעשה הסדר פשרה שנקט במתווה דומה להסדר שלפניו. אמנם, באותו מקרה בית המשפט ייחס משקל לכך, שהפיצוי שניתן עמד על "סכום משמעותי" של למעלה מ-2 מיליון דולר ארה"ב ועמד על כך, שהסכום גבוה יותר, מסכום הפשרה עליו הוסכם בענייננו (100 אלף דולר ארה"ב בלבד). ראה: סעיפים 25-23 לפסק הדין בעניין הצלחה במחוזי.

³⁵ ראו באסמכתאות שהובאו לעיל, בהערת שוליים 10.

³⁶ בנוסף, כפי שנאמר בעמדת המדינה שהוגשה לבית משפט קמא, מינוי בודק גם היה מאפשר לקבל ממצאים על עלויות האיתור של חברי הקבוצה, ולבחון את היחס בין עלויות אלו לסכום הפיצויים, בכדי לקבל החלטה האם ראוי בנסיבות, לדרוש תשלום פיצויים פרטני לחברי הקבוצה.

הייתה אחראית לתשלומי לולי הסדר הפשרה, ואף אם סכום זה יהיה גבוה מהסכום שהמבקשת תשלם לקבוצה במסגרת הסדר הפשרה.³⁷ הפועל היוצא של הסכמה זו הוא, שצרכני המבקשת יקבלו פיצוי בחסר, מבלי שיתר המשיבות ישלימו חסר זה, גם במידה והתובענה תתקבל, תוך החלת מעשה בית דין על חברי הקבוצה (ראו סעיף 22 להסדר הפשרה), וזאת למען תועלתם של לקוחות המשיבות האחרות. הדבר בעייתי אף ביתר שאת, במצב הדברים שלא ידועה חלוקת האחריות (הפנימית) לנזק בין המבקשת למשיבות, חלקה בקרטל של כל חברה, ומספר המוצרים שנמכרו על ידי כל אחת מהן בישראל בתקופה הרלבנטית (כאמור, המבקשת עצמה טוענת, שלא ידוע לה כמה ממוצריה נמכרו בישראל). גם מנימוקים אלה, **נדרש היה למנות בודק טרם אישור הסדר הפשרה** (אף אם המצאת בקשת האישור לכל המשיבות הייתה מתאפשרת בזכותו), שיציג את הנתונים הנדרשים כמפורט לעיל, באופן שיאפשר **לבחון את ההסדר באופן ענייני ומושכל, ולשקול את יתרונותיו אל מול חסרונותיו**, כראוי.

63. קושי נוסף בהסדר הפשרה נוגע **לעצם מתווה ה- "המצאה מותנית"**. המבקשת הסכימה, שבוצעה לה המצאה כדין בישראל של בקשת האישור, תוך שההסכמה סויגה בכך שהיא תהיה בטלה מדעיקרא, אם הסדר הפשרה לא יאושר (סעיף 4 להסדר הפשרה). על פני הדברים, ראוי, שצדדים המגישים לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית יקבלו עליהם את סמכות בית המשפט **באופן בלתי מותנה**. הודעה מצידו של בעל דין לבית המשפט שהוא מקבל את סמכותו בכפוף לתוצאות ההכרעה השיפוטית עשויה לעורר קשיים. הסכמה מותנית שכזו **פוגעת ביכולתו של בית המשפט לבחון באופן ענייני ו- "נקי" את הסדר הפשרה**, כאשר ידוע שאם הסדר הפשרה לא יאושר, לא ניתן יהיה לקדם את הליך בקשת האישור לגופו בהיעדר הסכמה לקבלת סמכות בית המשפט. על כן, **ראוי שהסדר פשרה בתובענה ייצוגית, אשר עצם קיומו תלוי ב- "המצאה מותנית", ייבחן בזהירות יתרה**. גם מטעם זה, לא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה ללא מינוי בודק, הצגת הנתונים הנדרשים ובחינתם לעומקם.

64. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף, שמתווה ההמצאה המותנית אף עלול לעודד **הסדרי פשרה שאינם מיטיבים עם הציבור**. הדברים יפים במיוחד למקרים, שבהם נתבעת אחת מבין כמה נתבעות זרות אחראית לגרימת מרבית הנזק לקבוצה או כאשר חלוקת האחריות בין הנתבעות אינה ידועה. לאותה נתבעת, ייווצר תמריץ להגיע להסדר פשרה במסגרתו תשלם פיצוי לקבוצה בשיעור הנמוך באופן משמעותי מגובה חבותה האמיתית, בעוד שהתובע המייצג, יתפתה להסכים להסדר פשרה כזה, היות שבתמורה יוכל להמציא את בקשת האישור לנתבעות האחרות. הדבר עלול להביא **ל- "מירוץ" לא ראוי ל- "תחתית"**, מי תהיה הנתבעת הראשונה שתחתום על הסדר פשרה שאינו משקף את היקף חבותה האמיתית, ואגב כך יחול עליה מעשה בית דין, תוך שלקוחות הנתבעת הראשונה יקבלו **פיצוי בחסר**, כאמור. על כן, הסדרי פשרה דוגמת זה שלפנינו דורשים **בחינה מוקפדת וזהירה, ומינוי בודק, טרם אישורם**.

65. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס גם להערת בית משפט קמא, שאלמלא הסדר הפשרה (לו ההמצאה לכל המשיבות הייתה מתאפשרת רק בזכות ההסדר) **"יתכן שלנפגעים כולם לא היה פיצוי"** ועל כן, **"אין לשלול אפשרות שבמקרים הנכונים יאושר הסדר שמאפשר מתן פיצוי לחלק מחברי הקבוצה, במחיר שכולל גם שלילת פיצוי או מתן פיצוי נמוך בלבד לחברים אחרים בקבוצה"** (סעיף 15 להחלטה).³⁸

היועץ המשפטי לממשלה סבור, שככלל, **לא תהיה הצדקה לאשר הסדר פשרה שנותן לקבוצה פיצוי בחסר משמעותי וניכר** (וככל שמדובר בכך), **תוך החלת מעשה בית דין על חברי הקבוצה, מבלי שהדבר מעוגן בסיכויי התביעה או בשיקולים ענייניים ורלבנטיים אחרים**. קושי דיוני (ככל שקיים) בהקניית סמכות דיונית לבית המשפט בישראל **אינו**

³⁷ כאמור לעיל, בהערת שוליים 16, העיקרון המקובל בנוגע לפעילות חברות בהסדר כובל הוא, שקיימת אחריות של כל החברות לכל נזקי הקרטל ואחריותה של כל חברה אינה מוגבלת לנזקים שנגרמו ללקוחותיה.

³⁸ קביעה דומה נקבעה על ידי בית המשפט בעניין הצלחה במחוזי, לעיל, הערת שוליים 7: **"אלמלא ההסדר, יתכן שהקבוצה לא היתה זוכה במאומה"**.

מהווה, ככלל, הצדקה מספקת לכך. על קושי דיוני זה ניתן להתגבר, אם בהגשת התובענה בארצות אחרות שיש להן סמכות שיפוט, ואם בהקניית סמכות שיפוט לבתי המשפט בישראל על פי סעיפי המשנה השונים של תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי והכל בהתאם לנסיבות המקרה. כך במיוחד, כשבית המשפט העליון הביע (בעניין **הצלחה**, לעיל, הערת שוליים 5) "חוסר נחת" מהמצב המשפטי שקדם להתקנת תקנה 500(א7) לתקנות, ובהתחשב בהערה זו מחוקק המשנה התקין תקנה זו, עוד לפני שבית משפט קמא הנכבד הכריע בבקשה לאישור הסדר הפשרה, הרי שבוודאי לא היה זה נכון להתייחס למצב הדברים ככזה, שהחלופה לדחיית הסדר פשרה המקבע פיצוי בחסר משמעותי, היא שהקבוצה תיוותר בלא כלום.

מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהותרת הקבוצה המיוצגת עם פיצוי זעום (ככל שבכך מדובר), תוך החלת מעשה בית דין ותוך שחברי קבוצה אלו יצאו כ"שידיהם על ראשם", וזאת רק בשל קושי דיוני בהקניית סמכות שיפוט לבית המשפט בישראל, **אינה מתיישבת, ככלל, עם תכליות חוק תובענות ייצוגיות.**

66. סיכום הדברים בעניין זה: היועץ המשפטי לממשלה סבור, ששגה בית משפט קמא הנכבד בקביעתו של הסדר הפשרה היה גורם לתועלת של המצאת בקשת האישור ליתר המשיבות, היה מקום לאשרו. מכל הטעמים שפורטו לעיל, הרי, שגם בהנחה שההמצאה לכל המשיבות הייתה מתאפשרת רק בזכות ההסדר (הנחה שאינה נכונה בנסיבות העניין), **לא היה מקום לאשר את ההסדר ללא מינוי בודק** והצגת הנתונים הנדרשים ותוך בחינה מעמיקה של יתרונות וחסרונות ההסדר על בסיסם של נתונים אלה.

מכל מקום, משעה שבנסיבות העניין אין לייחס להסדר הפשרה את התועלת של המצאת בקשת האישור לכל המשיבות (כמפורט לעיל), ומשעה שהפיצוי עליו הוסכם בהסדר נראה כנמוך באופן מובהק כפי שנקבע בהחלטת בית משפט קמא (ועל כל פנים הצדדים לא הציגו הסברים מספקים בעניין), **צדק בית משפט קמא, כשהורה על דחיית הסדר הפשרה.**

ז. סוגיית הפיצוי הפרטני של חברי הקבוצה

67. כפי שצוין לעיל, בהסדר הפשרה לא נקבע האם הקבוצה תקבל את סכום הפיצויים עליו הוסכם, אם לאו. בסעיף 19 להסדר נקבע רק, שהמבקשת מסכימה שהתובעים "זכאים לטעון" שאין זה מעשי להעביר את סכום הפיצויים לחברי הקבוצה ומסכימה: "כי המבקשים רשאים לפי שיקול דעתם לטעון כי החלק המיועד לקבוצה מתוך סכום הפשרה... יועבר לקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד".

68. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהשאלה האם הכספים יגיעו לחברי הקבוצה באופן פרטני היא **שאלה מהותית, שלא ניתן לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ללא הסדרתה**. זכותם הדיונית והמהותית של חברי הקבוצה לדעת האם הם יקבלו פיצויים במסגרת הסדר הפשרה, וזאת, בין היתר, לצורך שקילת הגשת התנגדות להסדר או בקשת פרישה ממנו, בהתאם לזכותם הדיונית הקבועה בחוק,³⁹ טרם שבית המשפט הכריע בשאלת אישור הסדר הפשרה.

69. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שכלל שבית המשפט הנכבד לא יראה להותיר על כנה את החלטת בית משפט קמא לדחות את הסדר הפשרה מכל הטעמים שפורטו לעיל, לכל הפחות, יש להורות לצדדים, כתנאי לאישור הסדר הפשרה, לתקן את ההסדר, כך שייקבע בו ברורות האם חברי הקבוצה יזכו במסגרתו לקבל פיצוי פרטני, ותוך שיתאפשר לחברי הקבוצה לשקול הגשת התנגדויות להסדר/בקשות פרישה, לאחר תיקון הסדר הפשרה. והכל, ככל

³⁹ ראו: סעיפים 18(ד) ו-18(ו) לחוק.

- שבית המשפט הנכבד לא יראה להותיר על כנה את החלטת בית משפט קמא, שדחתה את הסדר הפשרה.
70. למען הסר ספק, היועץ המשפטי לממשלה יציין שהוא עומד גם על ההערות במישור שכר הטרחה וההוצאות, כפי שפורטו בעמדה מטעם המדינה שהוגשה לבית משפט קמא (בסעיפים 8-11 לעמדה).
71. סיכום הדברים: לאור כל האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום לאשר את הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית. על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שפורטה ולהותיר על כנה את החלטת בית משפט קמא לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה.



יואב שחם, עו"ד
המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

היום: ל' שבט ה'תש"פ; 25.2.2020