**תובענות ייצוגיות**

**שיעור 1, 22.10.2020 - השלמה מדוד**

**כללי**

עד 5 נקודות מיטיב - השתתפות בשיעורים והשתתפות במנטי. במהלך הקורס: 4 מטלות, לבחור ולהגיש 2 מטלות - לכתוב עמוד בנייר עמדה. הרעיון הוא לכתוב עד עמוד של העמדה שלנו לגבי עמדה תיאורטית שישאל. נועד לפתח את החשיבה. המטלות יפורסמו מראש. בנוסף - יש מבחן של 80%.

**נושא 1' לסילבוס: מבוא לתובענות ייצוגיות: היחס בין אכיפה פרטית לאכיפה ממשלתית, שיקולי מדיניות**

1. תת אכיפה של זכויות במשפט הפרטי
2. גורמים לתת אכיפה
3. בעיות הנוצרות עם תת אכיפה: בעיה חוקתית: גישה לבתי המשפט כזכות יסוד; הבעיה החברתית: תת אכיפה על ידי אחד גורם בעקיפין נזק לאחר; הבעיה הפרטית: מימוש זכויות וקבלת סעד; והבעיה הממסדית: ניהול מספר רב של הליכים מקבילים יוצר ני קשיים מערכתיים, כפל עלויות ושרירותיות במימוש הזכות
4. פתרונות שונים לבעיות של תת אכיפה: מתוך המשפט הפרטי ומחוצה לו. מתוך המפט הפרטי: פיצוי לדוג'. ס' 31א לחוק הגנת הצרכן: אם לא תשלם, אפשר לתבוע פיצויים לדוגמא בסכום גבוה מעבר לנזק שנגרם לצרכן.

הרחבה:

1. **תת אכיפה של זכויות במשפט הפרטי**

למה יש לנו משפט פרטי?

1. מנגנון להגן על הזכויות הפרטיות מפני אנשים אחרים שרוצים לפגוע לנו בזכויות.
2. מסדיר התנהגות בין פרטים בחברה – נותן בסיס למערכות יחסים הן לשמירה על זכויות מפני פגיעה והן מערכות יחסים יזומות כמו חוזים.
3. הרחבה של זכויות מהספירה הציבורית לספירה הפרטית כמו הזכות פרטיות או איסור הפליה.
4. הגנה על צדדים חלשים מפני ניצול כמו חוק הגנת הצרכן / חוק הבנקאות ועוד.

מה הקושי שיכול להיווצר בתת אכיפה של משפט פרטי

המטרה של אכיפת זכויות היא כפולה: גם מימוש הזכות וגם הרתעה מפני ההפרה של זכויות. דוגמא: יש אכיפה חוזית שהיא מימוש הזכות. והתרעה ניתן לראות כאשר אכיפה יכולה להיות ציבורית למרות שהפרט לא מקבל סעד כמו מעסיקים שמפרים זכויות של עובדים למרות שהעובדים לא בהכרח נהנים מכך ולא ממשמשים את הזכות שנלקחה מהם.

למה צריך אכיפה ציבורית להשלים את האכיפה הפרטית? אם מישהו נהג בשכרות ופגע באדם, חוץ מהפיצויים שהוא ישלם בתביעה הנזיקית הוא גם יעמוד למשפט פלילי ויכנס לכלא, למה צריך להכניס אותו לכלא? כי התשלום לנפגע לא יוצר מספיק הרתעה, כי יש נזק שהוא מעבר לנזק של אותו אינדיבידואל. הסבר אחר הוא שהפרטים הנפגעים לא תובעים מספיק או לא מקבלים מספיק סעדים ולכן צריך מנגנון שישלים את הפיצוי. אז אם ככה, למה צריך אכיפה פרטית (שהכל יעשו דרך הציבורי)?

לפעמים הקורבן שמגיש את התביעה הפרטית הוא אוכף טוב יותר מהאוכף הציבורי, קרבן בתאונה טוב יותר בתביעה כיוון שרוב המידע נמצא אצלו, הוא זה שנפגע ולכן קל לו יותר להוכיח שהוא אכן נפגע. לכן אחד ההסברים מאכיפה פרטית היא שאכיפה פרטית אוכפת בצורה הרבה יותר יעילה מאשר אכיפה ציבורית. אכיפה ציבורית היא מאוד יקרה ולרוב פחות יעילה.

1. **גורמים לתת אכיפה**

מדוע קיימת בעיה של תת אכיפה באכיפה הפרטית?

1. עלות אישית אל מול תועלת אישית – כשהעלות שווה לתועלת או קרובה אליה, זה לא משתלם להגיש תביעות כי יש סיכוי שנפסיד ולא שווה לנו לבזבז זמן על הגשת תביעה שבתכלס לא יצא לי ממנה כלום. ומתי תהיה עלות גבוהה מאוד לניהול התביעה? כאשר קשה מאוד להוכיח קשר סיבתי (כמו תביעת הקישון) או הליכים מאוד מסובכים.
2. חסמי מידע – אין לי מושג שהזכות שלי נפגעה ולכן אני לא תובע. סוג ראשון: אני כל לא יודע שיש לי זכות, כמו אחריות של חברה על מוצר שקניתי והוא התקלקל. דבר שני, פגעו לי זכות ואני לא יודע שפגעו לי בזכות, דוגמא: בבנק לקחו לי שקל כל חודש ולא שמתי לב.
3. חסמי מוטיבציה – יש אמפטיה לנתבע ולכן אני לא רוצה לתבוע אותו (קשר משפחתי או סמכות דתית כמו רב או רפואית) או שהתובע מפחד לתבוע את הנתבע עקב תלות או חשש כלכלי (כמו עובד נגד המעסיק כי הוא פוחד שיפטרו אותו או מתדמית של עובד רע).

מה הבעיה עם תת אכיפה?

1. בעיה חוקתית – בעיה בגישה לביהמ"ש, אנו רואים בה כזכות יסוד ובשביל לממש זכויות אנו צריכים לאפשר גישה לביהמ"ש.
2. פוגע בצדדים שלישיים – מוגשות מעט מדי תביעות ולכן מזיקים פחות מפחדים להזיק כי לא ישלמו על הנזק. בעצם אנחנו מגדילים את הנזק הפוטנציאלי.
3. בעיית הניזוקים – הזכות הבסיסית של אדם לא נשמרת והפגיעה בו ממשיכה.
4. בעיה ממסדית – ניהול מספר רב של הליכים שניהול ההליך יקר שלא לצורך כיוון שהמידע שנדרש לכל התהליכים זהה וזה עלול גם ליצור פסיקות סותרות ואנו רוצים הלכה אחת וודאית, או פסיקות שנותנות לחלק סעד קטן ולחלק גדול.
5. **פתרונות לבעיות תת אכיפה**

*מתוך המשפט הפרטי ומחוצה לו*

1. פיצויים לדוגמא – אם הייתה הפרה אפשר להזהיר את המפר ולהגיד לו שאם המפר לא ישנה את ההתנהגות ניתן לניזוק פיצוי מעבר לפיצוי שמגיע לו (פיצויים לדוגמא). זה מתמודד עם בעיית ההרתעה כיוון שהנזק שהוא צריך לשלם גדול הרבה יותר מהנזק שהמזיק גרם בפועל.
2. ריבית מיוחדת – אם מבטח לא שילם תגמולי ביטוח אפשר לגבות ממנו ריבית פי 20 מריבית בשוק.
3. פיצויי הלנת שכר – גם ריבית מיוחדת.
4. תביעה קבוצתית – ס' 10 לחוק מניעת מפגעים (תביעה לצו ולא לפיצוי). מה השוני בין תביעה קבוצתית לתביעה אישית? שכאן אין פיצוי ולכן לכאורה אין מוטיבציה לתבוע. איך זה יפתור את הבעיה של תת אכיפה ולעודד אנשים לתבוע? תשובה: מי שמנהל את התביעה עבור הקבוצה מקבל שכר טרחה שיגבה מהנתבע בלבד.
5. **תובענות ייצוגיות ככלי להגברת האכיפה**

תובענה ייצוגית נועד להתמודד עם תת אכיפה הוא רוצה לאפשר ניהול יעיל של ההליך, גישה לערכאות ושמירה על זכויות הפרט. תביעות ייצוגיות לא מתאפשרת בכל מקרה אלא רק במקרים מסוימים המופיעים בתוספת השניה לחוק:

1. מקרים שקשה לאזרח הפשוט להתמודד עם התאגיד הגדול ובנוסף זה גם מקרים שמדובר על סכומים קטנים מאוד: בנק, ביטוח, ספקים גדולים.
2. מקרים בהם יש בעיות מידע קשות, צריך להראות הטעיות ונזקים שנגרמו וקשה מאוד להוכיח זאת בטח לאזרח הקטן כי העלות להוכיח היא גבוהה ביותר. לדוגמא: תחרות כלכלית, זירת סוחר, ניירות ערך.
3. קושי לאתר את הנזק – כמו במפגעים סביבתיים.
4. הפליות - בעיקרון התביעות הללו לא שייכות למשפט הפרטי, אך אנחנו בכל זאת משייכים זאת לתביעות ייצוגיות כיוון שיש קשיים חברתיים להגיש אותם, החברה לא אוהבת תביעות כאלו. בנוסף הפליות הם כנגד קבוצה בדר"כ ולכן כדאי לאחד את התביעות הללו. דוגמא: איסור בהפליה, הפליה בעבודה, שכר שווה, שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות.
5. בית דין לעבודה – מסכן את המוניטין של העובדים ולכן תובעים בשם כולם למען כולם בבית הדין לעבודה.

איך תביעה ייצוגית מתמודדת עם עלויות גבוהות? למעשה מנהלים הליך בשביל כולם ואף אחד מהם לא משלם כלום חוץ מהמייצג עצמו. אבל למה שמישהו יגיש תביעה בשם כולם? כי הוא מקבל שכר טרחה ראוי בשביל כולם.

איך תביעה ייצוגית מתמודדת עם תת אכיפה עקב פערי מידע? במקרה הזה מספיק שאחד יודע שיש לו זכות תביעה כדי לממש את זכות התביעה של כולם. ואחר כך ניידע את כולם ונפרסם להם שהם זכאים לפיצוי כי נפגעה להם זכות.

איך תביעה ייצוגית מתמודדת עם מוטיבציה? נותנים למישהו המון מוטיבציה כי נותנים גמול הם לתובע הייצוגי והן לעו"ד.

1. **רקע חקיקתי**

לא מצאתי את החלק הזה רלוונטי לסיכום חוץ מזה שבשנת 2006 נחקק חוק תובענות ייצוגיות.

1. **בעיות בכלי של תובענה ייצוגית**
2. הכלי נועד לתת מוטיבציה לייצג בתביעה ייצוגית, אך הוא עלול ליצור מוטיבציית יתר להגיש תביעות כאשר יש תביעות מופרחות והנזק עשוי להיות קטלני לנתבע ולכן אפשר להיות תובע "סחטן".
3. מוטיבציית יתר להתפשר על התביעה בשביל לקבל הרבה שכר טרחה ולסיים את התיק בשביל כולם והנתבע "יוצא בזול", כי הוא יקריב את חברי הקבוצה כדי לקבל שכר טרחה וגמול ולברוח מהתיק. התובע גם עשוי להיות בעל מוטיבציה להפסיד כי הוא עשה עסקה מאחורי גבם של שאר הנפגעים.
4. חלוקת הפיצוי - יהיו קשיים באיתור הנפגעים וחלוקת הפיצוי ביניהם.

**שיעור 2, 29.10.2020 - השלמה מדוד**

**נושא 2 לסילבוס: דרישות מקדמיות לאישור תובענה ייצוגית - דרך יעילה והוגנת**

באיזה תנאים, מתי ולמה נאשר תביעות ייצוגיות?

**אישור תובענות ייצוגיות**

מהם תכליות ההליך הייצוגי? אמרנו בשיעור הראשון: גישה לערכאות, אכיפה והתרעה, סעד הולם וניהול יעיל וממצה.

הסכנות של התובענה הייצוגית:

מצד הנתבע - **מפחדים מהליכי סרק (nev)** – אדם רציונלי לא אמור להגיש אותם כי התועלת נמוכה ביותר והעלות גבוהה. בתובענות ייצוגיות סכום התביעה לפעמים עצום ולכן תוחלת התביעה והנזק שעלול להיגרם לנתבע גבוהה מאוד ולכן התובעים מנצלים זאת ומגישים תביעות מופרחות, וזאת על מנת שהנתבע ישלם את הכסף להימנע מהתביעה ולהעיף אותה בשלב מוקדם ככל האפשר (לא שווה להם הרבה פעמים לנהל הגנה אלא לשלם "פרוטקשיין" ולגמור עם זה.

בדרך כלל ניתן לראות שהדרך הנפוצה ביותר בה מסתיימים הליכים היא ע"י הסתלקות של התובע. הסתלקות היא הליך מיוחד כי ביהמ"ש צריך לאשר הסתלקות וגם ניתן לאשר לתובע לקבל כסף בהסתלקות למרות שהוא מסתלק וזה לא יוצר מעשה בי"ד כי זה רק בקשת אישור (ניתן למחרת להגיש שוב פעם תביעה על אותו נושא שהסתלקו ממנו). מעשה בי"ד יכול להתקיים רק אחרי אישור בקשת התביעה ולא בזמן הליך בקשת האישור. עם זאת, לרוב בתי המשפט ידחו בקשות חוזרות שנדחו בשלב הבקשה אלא אם יש מידע חשוב חדש שלא הוצג בבקשה הקודמת.

בנוסף, הנתבע מנסה למנוע **ריבוי התדיינות**, שכל פעם יתבעו אותו מחדש וכל פעם הוא נדרש להתגונן.

מצד הקבוצה התובעת - הקבוצה לא קובעת מי ייצג אותה והתובע לא יודע מי חברי הקבוצה אותם הוא מייצג. עו"ד שמנהל את התביעה יש לו בעיית תמריצים. מבחינת ההשקעה בתביעה העו"ד לא ישקיע מספיק בניהול של תביעה ייצוגית כי התביעה בעלת השקעה עצומה, לעומת זאת הוא קיבל אישור ותשלום רק מהמייצג, ולכן יש לו תמריץ חסר, ולכן יש מנגונני תגמול. הבעיה אחרונה היא עשה בי-דין ולכן אפילו אם הייצוג יהיה גרוע והתביעה תידחה, הקבוצה לא תוכל להגיש תביעה חוזרת לא ייצוגית ולא אישית.

פשרה - יש חשש שמכיוון שהקבוצה גדולה והעו"ד והמייצג לא מכירים אותם, הם יעשו פשרה רעה לקבוצה אך יקחו כסף "מהצד" או שכ"ט גדול יותר בשביל לסיים את התביעה ואז גם התובע וגם הנתבע מרוצים, אך הקבוצה קיבלה פחות מהמגיע לה. במילים אחרות "למכור" את הקבוצה. זה לא קיים במקומות אחרים ששכ"ט נקבע בין התובע לנתבע או שמייצגים אנשים שלא מכירים אותם. זוהי בעיית הנציג.

אז הבנו שיש בעיה לאפשר ישר לתבוע אלה חייבים לאשר את התביעות הייצוגיות ולכן המחוקק הציב תנאים לאישור התובענה.

המרצה מציג את התנאים האמריקאים של תביעה אחידה על ידי קבוצה משותפת בתום לב וכו', בנוסף צריך לוודא שאם יהיו הליכים פרטניים אז ניהול הליכים פרטניים יפגע באינטרסים של חברי קבוצה אחרים ולכן צריך למנוע מהם לתבוע פרטני – דוגמא מעניינת היה נגד **חברות שמסננות דם**, חברה אחת לא סיננה את הדם כמו שצריך, ובהליכים הפרטניים היה בעיה שהחברה נלחמה בכל הליך חלקם הצליחו לדחות את התביעה ובחלקם היה פיצוי תמורת פשרה שהם חותמים שהיא חסויה ובכל מקרה אסור להם לתבוע שוב. מכאן השופט פוזנר למד שאין מקום לתביעה ייצוגית כי לכאורה אין הצלחה בתביעות פרטניות. בנוסף, תביעה לצו מניעה או סעד הצהרתי אין סיבה לנהל הליכים מקבילים ויש לעשותם בייצוגי.

דבר אחרון שהמחוק האמריקאי אומר שזה יהיה פייר ואפקטיבי – ככל שהוגשו יותר פרטניות ככה אתה מייצג קבוצה קטנה יותר ולכן ניטה לא לאשר, בנוסף, המטרה של התביעה הייצוגית לאפשר למי שלא תובע לתבוע, אבל אם הם כבר תובעים אין סיבה לחשוב שהשאר לא יגישו. בנוסף, שואלים על סרבול במובן המערכתי.

מהם התנאים לאישור התובענה בישראל?

1. שאלות מהותיות של עובדה או משפט משותפות לכלל חברי הקבוצה, וסיכוי גבוה שהן יוכרעו לטובתה (3 תנאים).
2. הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.
3. יסוד סביר להניח שהתביעה תיוצג ותנוהל בדרך הולמת.
4. יסוד סביר להניח שהתביעה תיוצג ותנוהל בתום לב.

מה ההבדל בין ייצוג לבין ינוהל?

יש גורם אחד שמגיש את הבקשה והתביעה מנוהלת ע"י עו"ד של אותו גורם. הייצוג הוא האדם שמגיש את התביעה והניהול זה ע"י עו"ד – 2 גורמים.

אין זה פותר חלק מהחששות שאמרנו לפני?

הפחתת תביעות סרק - תביעת סרק היא הליך שתוחלת התועלת קטנה(הסתברות שההליך ינצח כפול הרווח שיפיקו מההליך), וכאן אנחנו מבקשים שההסתברות תהיה גבוהה זאת אומרת תחולת התיק גבוהה יותר מהעלות.

רוצים שיהיה שאלת שותפות כדי למנוע אפשרות שנצטרך לדון בכל אחד לגופו וכך העלות של המשפט תהיה גבוהה מאוד, לכן מבקשים הליך עם סיכוי גבוה ועלות נמוכה בס' 1.

בעיית פשרות - נסמן את המייצגים שמייצגים לא הוגנים, אך איך נזהה את עורכי הדין והמייצגים שהם יהיו תמי לב? זוהי בעיה של בתי המשפט.

יעילה והוגנת - יעיל והוגן עבור מי? נראה את ס' 7 (תחרות תביעות ייצוגיות). 2 אנשים הגישו את אותה תביעה, כמובן שלא ננהל את אותה תביעה במקביל, אז את מי נעדיף? איך נבחר לפי יעילות והוגנות?

מה המתח? מבחינת יעילות היינו רוצים שהראשון יייצג, אך הוגנות, יכול להיות שכלפי הקבוצה זה לא הוגן שהראשון ינהל אלא השני כי הוא הרבה יותר טוב, אך כלפי המייצג הוגנות זה שהוא ייצג כי הוא הראשון. ואולי אפילו אנחנו מגנים על הנתבע שהוא התחיל להתכונן לראשון שהגיש ובסוך הוא צריך להתמודד עם השני שהגיש את התביעה.

ניתן לפרק את יעיל והוגן. כאשר יעילות תהיה מוטלת בספק כאשר עלות ניהול ההליך היא גבוהה או התוחלת מאוד נמוכה. העלות גבוהה אם התביעה דורשת ברור פרטני יקר, או התועלת נמוכה אם הקבוצה קטנה. זה יכול להיות עקב שונות ברכיבי הנזק, נניח נזקי גוף, שצריך לבחון את הנזק של כל אחד, ולכן נרצה לדחות את התביעה כי היא לא יעילה בכלל. כמו כן, נזק לא ממוני, צריך לשכנע את השופט על תחושות שליליות ונזק נפשי וזה כמובן לא יעיל. זה מחמיר כיוון שבס' 20(ה) אסור לביהמ"ש לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק.

איך בית המשפט מתמודד עם פיצויים ללא הוכחת נזק בפס"ד קול ברמה (נזק על הפלייה) ולכן לא יעיל לנהל את התביעה כייצוגית? דנציגר עונה על כך ואומר שלכאורה באמת נדרש ברור פרטני אך ניתן לעמוד את הנזק ולתת פיצוי ממוצע ולא פרטני. אין הליך יעיל לניהול התובענה האישית אך יוצרים הליך כזה כדי לנהל את התובענה הייצוגית.

הפתרון של דנציגר יכול להיות לא הוגן, למה? כי אז מי שנפגע יותר מקבל פחות ומי שכמעט לא נפגע מקבל הרבה יותר ממה שמגיע לו. אז מה הפיתרון? לאפשר לחברי הקבוצה שהולכים לאשר תביעה ייצוגית / לסגור פשרה ואז לשאול אותו אם הוא רוצה לצאת מהקבוצה, וכך לא יהיה מולו מעשה בית דין והוא יוכל להגיש תביעה אישית ולא לקבל את הפיצוי הקבוצתי.

 גם **בפס"ד פריניר** החילו את ההלכה של דנציגר – זה שאין הוכחת נזק מדויק, לא אומר שאין אנשים שנפגעו ולכן ננסה לעמוד את הנזק כעניין ממוצע ושיעור מושכל של הנזק כלפי כולם.

עלויות גבוהות יכולות להיות גם בנוגע לקשר סיבתי – קשר סיבתי פרטני דורש המון מידע מכל אחד. זה תופס גם בהטעיה צרכנית, העילה לא מחייבת הטעייה בפועל אלא התנהגות שיכולה להטעות, אך בקבלת הנזק צריך להוכיח שהוטעתה בפועל. אך לכל אדם צריך בירור פרטני ולוודא שהוא הוטעה. בבנוסף, יכול להיות שיש קשר סיבתי לכולם אך הוא שונה בין אחד לאחד.

ניתן לראות זאת ב**פס"ד אייקון** - ששם הכריחו אנשים לקנות ערכת חלקי חילוף ולא רק מה שנהרס, לכן אם רוצים לקנות מסך למכשיר אז צריך לכאורה לקנות מכשיר שלם. יש כאן כמה קבוצות – יש את אלו שהיו מחויבים לקנות בגלל ההפרה, ויש אחרים שלא קנו וסבלו מכך שלא היה להם חלק חילוף, יש אוכלוסייה שלישית שתקנו אצל מישהו שלישי שלא אייקון ואז הם איבדו את האחריות. הנזק הנגרם שונה והעילה שונה ואז עולה השאלה האם ניתן לייצג את 3 הקבוצות ביחד? זה עלול להכביד על ההליך כי יש סוגים שונים של תובעים.

בנוסף, יכול להיות תוחלת מאוד נמוכה כי היו מספר אנשים מצומצם שזה מפריע להם, וחוץ מזה התועלת האישית הייתה נמוכה. מלצר אומר שהתועלת האישית לא מעניית כי זו בדיוק הסיבה שיש תביעות ייצוגיות. לגבי הקבוצה, מלצר אומר שלא בטוח כלל שהקבוצה קטנה, אך אפילו אם הקבוצה עצמה קטנה, אין בעיה כי אם אף אחד בסוף לא יתבע פרטנית, אז במכלול השיקולים והרצון הציבורי עדיף לאשר תביעה ייצוגית אפילו אם הקבוצה קטנה מאשר שלא יהיו תביעות כלל, אפילו אם ניהול ההליך הייצוגי יהיה פחות יעיל.

בנוס, אם הגישו בעבר תביעות פרטיות זה גם יכול לפגוע ביעילות, דיברנו על כך שיעור קודם.

**בפס"ד ברניר נ' סלקום** - ס' 6 לפקודת הנזיקין אומרת על הרשאה של פעילות שנעשתה תחת הרשאה חוקית למרות שהפעילות עצמה אינה חוקית. ס' 6 זו הגנה כללית. ביהמ"ש דן בטענה הזאת ואומר שאם יש הגנה אני אדחה את כל התביעות הפרטיות גם ככה ולכן נדון בבקשת האישור מתוך כך שאם קיימת טענת הגנה לא יעיל לנהל את התביעה כי כל שאל התביעות ידחו.

הוגנות כלפי מי? ס' 8(3) ו 8(4) כלפי התובע והמייצג. הוגנות כלפי הקבוצה – השאלה היא האם הייצוג יכול לפגוע בחברי הקבוצה כמו במצב של מעשה בי"ד. בפס"ד שטנדל נאמר שאם נגיש תביעה ייצוגית יידרש להראות את הקשר הסיבתי, יכול להיות שתצליח להראות לי, ואם לא תצילח להוכיח ואז אני אדחה את התביעה כלפי כולם כיוון שקיימים חברי קבוצה שלא ראוי לדחות להם את התביעה ויש סיכוי סביר שהיו יכולים להוכיח קש"ס ואם נגיש את התביעה ונדחה אותה נפגע בשאר חברי הקבוצה כי אנו שוללים מאוד זכות לערכאות.

**שיעור 3, 05.11.2020**

**נושא 3 לסילבוס: דרישות מקדמיות לאישור תובענה ייצוגית - שאלות משותפות של עובדה ומשפט**

**אישור התובענה הייצוגית - שאלות משותפות של עובדה ומשפט**

המשך הדיון על אישור תובענה ייצוגית. נשיך בדיון מתי תאושר התובענה הייצוגית, הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

1. בסיס הדרישה לשאלות משותפות

**הדיון יישען על סעיף 8(א)(1) -** "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

1. **יסודות הדרישה** - צריך לפרק את הסעיף כדי להבין מה בית המשפט נדרש להכריע כשהוא מאשר תובענה ייצוגית על בסיס הסעיף הזה.
	1. **קבוצה** - קודם כל לראות שיש קבוצה שהתובענה מעוררת לגביה שאלות זהות או דומות בעיקרן.
	2. **אפשרות סבירה** שההכרעה תהיה לטובתה.
2. **העמדה העקרונית -** שאלות מכמה סוגים:
	* 1. איך אנחנו יודעים אם קיימת או לא קיימת קבוצה, כלומר מה רמת הזהות שאנחנו דורשים ביחס לעילות ולנזק של חברי הקבוצה
		2. עד כמה אנחנו עומדים בדרישה שבית המשפט יכריע שיש אפשרות שהן יוכרעו לטובת הקבוצה - הכרעה גסה או בחינת הראיות באופן מעמיק. קצה אחד - אישור התובענה, קצה שני - בסיס ראייתי מאוד בסיסי וראשוני, שבית המשפט נדרש רק להתרשם ממנו צריך לראות מה ההכרעה שעומדת בבסיס הקביעה הזו של הסיפא 8(א)(1). ככל שהרישה יותר מחמירה לעניין רמת ההוכחה של שלב הוכחת האישור יהיה יותר קל לנהל את ההליך המרכזי אבל יהיה יותר קשה לנהל את הבקשה.
3. עומק הזהות בין חברי הקבוצה
4. **בעניין ברזני (ברזני נ' בזק) -** שעוסק בתביעה על הטעיה צרכנית. שם, בזק פרסמה מחיר שהם דרשו מהלקוחות, והטענה הייתה שזה הטעה את הצרכנים שהם לא ידעו כמה הם הולכים לשלם על שיחות הטלפון בתקופה בה לבזק לא היו מתחרים. שם נקבע שההליך הייצוגי הוא פרוצדוראלי (חשין) = מאגדים את התביעות של חברי הקבוצה להליך אחד. אין שינוי בזכויות חברי הקבוצה.
	1. **כיצד זה מסביר את דרישת הזהות?** - העמדה לפיה ההליך שם דגש רק על ההיבט הפרוצדוראלי ולא משנה את הזכויות המהותיות של חברי הקבוצה לעניין זכות התביעה שלהם. אחרת לא היה אפשר לנהל את ההליך הזה. אם הם לא דומים מאוד אחד לשני, לא חסכנו כלום בהליך הייצוגי.
	2. **עד כמה העמדה הזו נכונה**? לטוב ולרע. התפיסה של ברזני התכרסמה מאוד בפסיקה המאוחרת היא שיש זהות בזכויות של חברי הקבוצה. (כשהיום ההליך הייצוגי משפיע מאוד על הזכויות המהותיות - בפסיקה וגם בחוק תובענות ייצוגיות: דוג': ביחס לסכום הפיצוי כשיש חשש שהנתבע לא יוכל לעמוד בסכומי הפיצוי - בית המשפט רשאי להפחית מהסעד לא ביחס לזכות שלו כנושה אלא מפחית מהותית שהסעד שמגיע נמוך יותר כי זה הליך של תובענה ייצוגית. דיון דומה על בפס"ד קול ברמה), לכן זו תפיסה ישנה. העמדה של ברזני שאומרת שההליך הייצוגי הוא רק פרוצדוראלי היא לא נכונה אחרי חוק תובענות ייצוגיות, מעבר לשאלה אם היא נכונה. היום בית המשפט יכול לקבוע שמהותית, הזכות לפיצוי היא נמוכה יותר.

**לעניין ההרתעה:** מצד אחד - כשהמטרה היא הרתעה כללית ולא של הנתבע הספציפי, צריך לחשוב על הנזק לנתבע הקונקרטי כעלות להשיג תועלת של הרתעה לאחרים. הרעיון של למוטט חברה כדי להשיג הרתעה זה לא מובן מאליו - זה שיקול שבית המשפט שוקל. הסתכלות על טובת החברה למשל, זו לא תמיד הטענה תהיה רלוונטית (ההבדל בין תובענה ייצוגית נגד רדיו שעלול להסגר או עסק להימורים שיותר קשה להגיד עליו שהוא טוב לחברה, אבל זהו שיקול שמשנה את הזכויות המהותיות שמופיע בפס"ד ברזני.

1. **דוגמא:** תביעות ייצוגיו על נזק גוף של סרטן מעישון.
* **שיקול של יעילות ההליך:** אם כל ההליך או רובו ינוהל במובן יחידני אחרי שתאושר התובענה ייצוגית, מבחינת היעילות אנחנו מוספים עלויות - שלב של ניהול תביעות אינדיבידואלי. אנחנו מאשרים הליך גדול שלא תוכל לאשר סעד מהותי, ואז נחיל לנהל דיון יחידני. לדוג': בארה"ב תובענות ייצוגיות על נזקים מחיסונים - להגיד שהחיסון היה פגום זה לא עושה את העבודה. צריך לשאול כל אחד בנפרד האם הנזק שנגרם לו נגרם מהחיסון הפגום, לכן החליטו פיצוי אוטומטי לכל מי שהוכיח קשר סיבתי - הרעיון מאחורי זה, זה כשבוחנים את ההליך הייצוגי, צריך לראות עד כמה הוא יהיה יעיל. ככל שיש פחות שאלות משותפות, כך יידרשו יותר בירורים פרטניים - כך שיהיה יותר זול ויעיל לנהל מראש אוסף של אירועים פרטניים.
* **הוגנות לתובעים - בחינת הסעד -** ככל שמנסים לצמצם את העלויות של ההליכים הפרטניים, זה עלול להיות לא הוגן לתובעים. לדוגמא: שוב סרטן העישון - פיצוי לפי הממוצע לכולם כדי לחסוך עלויות ולעשות תהליך אחיד, יהיה פתרון לא הוגן כלפי התובעים, כי הוא יפגע באפשרות שלהם לזכות בסעד שלחלק מהם היה עדיף לנהל את ההליך באופן פרטי. (תהליך שנקרא מיצוע).
* **מאזן הכוחות -** כשההליכים הפרטניים הם מאוד דומים, לנתבע עדיף הליך ייצוגי על אוסף של הליכים פרטניים. כשהאלמנטים דומים, עדיף לנתבע הליך ייצוגי. התובעים יעדיפו שניהול ההליך יהיה לנתבע יקר יותר, כך יהיה קל יותר להתפשר איתו.
1. **פתרונות תיאורטיים -** גם כשיש חוסר זהות בין חברי הקבוצה:
	1. **חזקות זהות -** התובעים לא דומים, אבל נניח שהם דומים (קול ברמה, תנובה) - מניח שהתובעים לא זהים, אבל כדי להתמודד עם מצב אחר בו אחרת הם לא היו תובעים כלל. לכן מניחים ויוצאים מנקודת הנחה שהם כן זהים. כך למשל עשו בקול ברמה ובתנובה: קול ברמה (אי שידור נשים) תנוס: הסיליקון בחלב שלא יוקצף התביעה - אנשים שלא רוצים לשתות חלב עם סיליקון, לא רק שלא ידעו שיש סיליקון, אלא שתנובה שיקרה בצורה בוטה לצרכנים שאין סיליקון בחלב. הבעיה בשניהם - לא יודעים מי סובל מהתופעות השליליות - לכן מניחים.
	2. **תתי קבוצות (המועצה הישראלית נגד אייקון) -** התחשבות במאפיינים הייחודיים של המקרה בחלוקת הקבוצה לתתי קבוצות ובזיהוי הנזק שנגרם לכל תת קבוצה. בתנובה למשל זה לא פתרון ישים - אי אפשר לדעת מי נגעל או מי לא נגעל, וגם אם נשאל, כולם יגידו שנגעלו. לכן רלוונטי למקרים בהם יש מדד אובייקטיבי. איקון - מכירת חלקי חילוף של אפל, פרקטיקה שהפרה את חוק הוראות הגנת הצרכן. שם היה רלוונטי לעשות תתי קבוצות - תשלום ביתר למי שקנה, כאלה שלא קנו את הערכה ותיקנו את הפלאפון במוצרים חלופיים מה שהפקיע את האחריות - מדדיים אובייקטיבים להוכיח נזק של כל תת קבוצה. יש אפילו רישום אצל הנתבעת אז אפשר לדעת.
	3. **תביעה ייצוגית בגין חלק מהסעד או בגין סעד הצהרתי** (אלפא ביו) - תובענה ייצוגית שמתנהלת כרגע על מוצר פגום שמושתל בלסת של אנשים, שמתגבש לעצם - תחליף עצם. במקרה הזה תחליף העצם לא התגבש עצם מוצקה מה שגורם לנזק. הבעיה שם זה שיש הבדל גדול בין האנשים שהושתל לבין נזק חמור אחר (כמו נפילת שיניים). הפתרון (אחד מהם) שהמבקשים הציעו בבקשת האישור זה קודם כל סעד הצהרתי - להוכיח שהמוצר פגום זה נורא יקר, לכן הם ביקשו את הסעד ההצהרתי שהמוצר פגום, ואז כל אחד יוכל להגיש תביעה נפרדת על זה שהושתל בהם מוצר פגום. בעצם פיצול ההליכים: הליך מקדמי שפותר שאלות עקרוניות לכולם ואז ללכת להליכים אינדיבידואלים.
	4. **שיטות סטטיסטיות (סילוורה, חברת החשמל) -** אמצעים סטטיסטיים כדי להעריך את הבסיס של התביעה. לדוגמא: תביעה נגד חברת חשמל על זה שכשבאים לעשות חשבון חשמל בודקים את השעון בפועל, אבל חברת חשמל אם היא לא מסוגלת לשלוח אנשים לעשות חשבון הארכה באופן יזום, מה שדורש ממנה לתת הנחה של 8 שקלים לחשבון החשמל. אם נשלח אדם אבל הם לא מסוגלים לגשת החשבון, הם עושים הערכה לא הנחה. התביעה מראה שיש המון מקרים של חשבונות הערכה וצריך לבדוק מי היה זכאי להנחה אבל לא קיבל. הפתרון: הערה סטטיסטית - שליחת סוקרים למקום מדגמי -ולבדוק כמה מתוכם זה היה מקום שבו הגיעה הנחה אבל לא קיבלו את ההנחה. משם להשליך על שאר חברי הקבוצה.
2. **המשמעות של הדרישה מבחינת עומק בחינת העילה**

כל אלה לגבי השונות. יחד עם זאת הסעיף מבקש גם הוכחה לקבוצה הוכחה שיש להם סיכוי טוב לנצח בתביעה אחר כך. לכן צריכים לשאול עד כמה אנחנו צריכים להוכיח את העילה בשלב הוכחת האישור. יש לנו שתי גישות:

1. **סלקום נגד פאטל -** הטרקלין שלפני ההיכל, הפרוסדור ולא החדר - המנה העיקרית היא התובענה הייצוגית והבקשה לאישור היא רק המתאבן - הבסיס הראשוני. אם על פניו זה תיק שנראה מתאים לתובענה ייצוגית ועל בסיס ראיות ייצוגיות נראה מספיק - זה מספיק לשלב הזה, לא צריך להיכנס מעבר.
2. **מצד שני, פסקי דין ישנים יותר מציגים עמדה הפוכה -** רימון שנצרתו שלופה. לכן בית ה משפט צרי להיזהר באישור התובענה הייצוגית ולכן הוא צריך לבדוק לעומק את אישור התובענה, הם צריכים להביא בסיס עובדתי איתן שבית המשפט צריך לברר לעומק לפני שהוא מאשר את התובענה.

יש מקרים בהם דרושה חוות דעת כלכלית כדי לבסס טענות עובדתיות בבית משפט. חלקן נדרשות כדי להעריך את הנזק, אולם חלק מהם נדרשות עוד לפני כן, כדי להוכיח את העילה. בקשת האישור שנתמכת בחוות דעת - העמדה בפסיקה היא די אחידה, לפיה חוות הדעת הכרחית במקום שחוות הדעת מבססת את העילה עצמה. אם מדובר בחוות דעת כלכלית היא חלק מהותי מהוכחת העילה. כשחוות הדעת נדרשת לביסוס העילה עצמה (ולא את הנזק) - במקרים כמו למשל: תביעות על זיהום אוויר, זיהום סביבתי. **נוגע למקומות בהם זה נדרש להוכחת העילה - כשהמידע הכלכלי שנדרש נוגע ליסודות העילה עצמו ולא לנזק -** כל מקרה של תביעת הגבלים עסקיים (יש מחיר על תחרותי שהמונופול או הקרטל פעם באופן אסור) כשה חלק מבסיס העילה צריך להוכיח את זה כבר בשלב האישור. באופן דומה - בניירות ערך, השפעה על מחיר נייר הערך בהטעיה על ניירות ערך זה שלב בסיסי מאוד.

בעניין ציפוי מתכות, העניין מגיע לוויכוח בין ברק ארז לפוגלמן - ברק ארז נוזפת בתובעים שהם לא ביקשו מסמכים נוספים בשלב אישור התביעה - היא אומרת שביתה משפט צריך לעמד על המשמר ולאפשר לצדדים לברר אותם היא מחזירה את הדיון למחוזי. פוגלמן מנגד במיעוט לא מבין את הרעיון הזה. בית המשפט הכריע על בסיס הראיות וזה בסדר - אנחנו בטרקלין שלפני ההיכל - בתביעה עצמה יבררו. אולם עמדתו לא התקבלה, אלא עמדת הביניים של ברק ארז שמוכוונת לבתי המשפט שישימו לב 0ולא משליטה זו על התובעים בלבד).

**חוסר אחידות בין חברי הקבוצה לעניין העילה**

קיים קושי אינהרנטי מובנה לזהות שאלות משותפות במקרים שנדרשת הסתמכות, לרוב במקרים שיש קושי בהוכחת הקשר הסיבתי.

* **עניין ברזני -** ברזני שהגיש את התובענה ששילם יותר, אמר שבכלל לא ראה את הפרסומת של בזק שלמעשה היא זו שהטעתה לגבי המחיר. הבעיה היא של שאר חברי הבוצה אבל לא של ברזני. לא יכולים לדעת מי הסתמך או לא הסתמך, לכן יש קושי בין חברי הקבוצה שקיים בין חברי הקבוצה.
* **עניין תנובה -** כשיש התנהגות לא מכוונת אנחנו לא יודעים אם מסתמכים או לא מסתמכים, אבל כשהיא משקרת באופן אקטיבי היא עושה את זה כדי שיסתמכו על השקר. זו **התנהגות מכוונת כהוכחה להסתמכות** של חברי הקבוצה. זה אומר שתנובה מניחה שתנובה רוצה שנסתמך על השקר שלה, לכן זה **קשר סיבתי קבוצתי.** הקבוצה ככלל הסתמכה על המצג השקרי.
	1. אמירת אגב - זוטי דברים בתובענה הייצוגית
* **העמדה בעניין יפאורה נ' שוקרון (תאריך התפוגה) -** הנחת הסתמכות - דיון על תאריך התפוגה, ברון אומרת שיש שני תאריכים של תפוגה - הרצוי והמסוכן בריאותית. הרגולטור רוצה שיהיה התאריך הזה. מכיוון **שהמחוקק לא משחית מילותיו לריק** זה אומר שכולם מסתמכים על זה. כעניין נורמטיבי זה דרך לפתור את התנאים המשותפים לחברי הקבוצה או פתרון הקשר הסיבתי, אבל זה שהרגולטור אמר משהו לא הופך את זה אוטומטית לנכון. **בעיית ההסתמכות -** הבעיה קיימת גם בניירות ערך - ההנחה שמישהו סחר על בסיס ההטעיה זה חלק מבסיס העילה.
* **הפתרון של חנס וקלקמנט -** (דילג עליה) הפתרון בהטעיה בניירות ערך (פרט מטעה בתשקיף) איך יודעים מי הסתמך על התשקיף ומי לא - הפתרון האלגנטי מגיע מהדין האמריקאי, לפיו גם מי שלא קרא את התשקיף הסתמך עליו, ברגע שהחברה מפרסמת מידע מטעה, יש שאנשים שיקפו את המידע המטעה במחיר הראיה, גם מי שלא ראה את התשקיף, הם עדיין מתסמכים עליו - על השוק.
* **הפתרון של קלמנט ופרוקצ'יה** - כל הרעיון של תרמית על השוק בנירות ערך רלוונטית באותה מידה בדיוק גם לתרמית במוצרים ולא רק בניירות ערך.

**חוסר אחידות בין חברי הקבוצה לעניין הנזק**

* מציאת המכנה המשותף הנמוך ביותר
	1. **סעד הצהרתי (פס"ד וולמארט) -** המקרה בוולמארט היה על קבוצת נשים שתבעו אותם בגין אפליה על תנאי השכר שלהם ואפשרויות קידום מצומצמות יותר לעומת גברים. הסעד שהם ביקשו היה סעד הצהרתי, שוואלמרט יפסיקו על הפרקטיקה המפלה. בנוסף, דרשו פיצוי ובק פאי. בית המשפט מתחיל עם סעד הפיצוי שאמר שאותו הם לא יכולים לתבוע, בגלל משהו פרוצדוראלי - הבחנה פרוצדוראלי בין ההליכים של תובענה ייצוגית בארצות הברית. את הסעד ההצהרתי לכאורה אפשר - אם היה בסיס עובדתי מספק. גם אם יש שונות גדולה בין העובדים, אפשר לתת סעד הצהרתי, צו עשה - ולהורות לפעול בצורה מסוימת, כל עוד השאלות המשותפות נוגעות לעילה ולא לנזק.
	2. המכנה המשותף הנמוך ביותר - אפשר גם לתת את המכנה המשותף הנמוך ביותר.
* סעד לקבוצה - אפשרות נוספות - פסיקת סעד לכל הקבוצה - בפסקי הדין שראינו כולם דנו על האפשרות הזו, ויתור הוכחת הנזק האינדיבידואלי (דוגמא לחריגה מהתפיסה בעניין ברזני - היא כבר לא אוסף תביעות אינדיבידואליות)
* **מנגנונים לחישוב הנזק - סעיף 20** - הרעיון לפיו ניהול ההליך הייצוגי וקביעת פיצוי ולאחריו ייקבע מנגנון נוסף שיחלק ת הפיצוי בין חלקי הקבוצה. המנגנון הזה קיים בסעיף 20. קביעת ממונה או גוף סמי שיפוטי שייקבע את הסעד לכל אחד. ביתה משפט יכול לקבוע שהסעד לכולם הוא סכום מסוים, ולקבוע מנגנון שייקבע את החלוקה בתוכו.
1. הוכחת קיומה של קבוצה
* דרישה לגודל הקבוצה - דרישה למינימום של חברי קבוצה.
* מהות הדרישה - המשמעות היא שלא ניתן לאשר תובענה ייצוגית את הקבוצה היא קטנה מדי, ואז כביכול לא תהיה הצדקה שלא ללכת להליך ייצוגי.
* איפה קיים? 23(b) (3) - קיים בארה"ב. לא קיין בכל המקרים. אם אין שום בירור אינדיבידואלי (הבירור נעשה רק מול המעוול ולא מול הקבוצה)
* לא קיים במפורש בישראל - רואים שבית המשפט בפועל דוחה את הדרישה הזו:
	1. **דובון צעצועים נ' עיריית נהריה** (63 בעלי עסקים) - אושה תביעה של 63 בעלי עסקים לגבייה של אגרה שלא כדין
	2. **זבידה נ' בלינסון** (162 חברי קבוצה, אושר הסדר)
	3. **לוי נ' זאפ גרופ בע"מ** - אין אמירה מפורשת של כמה חברי קבוצה אבל אמרו שיש עשרות ששילמו בעודף לזאפ.

פעם הייתה סברה שצריך להיות דרישה מסוימת לאינטרס כספי - אבל התפיסה הזו גם חלפה מן העולם. גם חברה שיש לה אינטרס של מיליון שקלים יכולה לנהל הליך של תובענה ייצוגית. האינטרס הוא שהתובע האישי יהיה לו אינטרס גדול שישפיע על שאר חברי הקבוצה.

* הוכחת קיומה של קבוצה -
	1. בוואלמרט לא הצליחו להוכיח, פשוט כי לא הצליחו להוכיח שוואלמרט מפלה. ניסו לטעון שיש אווירה של הפליה, אבל השילוב של חוסר ראיות משכנעות ושההחלטות נעשות ברמת החנות - לא מצליחות להוכיח את האפליה גם אם מוכיחים זאת על בסיס סטטיסטי.
	2. **גרסט נ' נטוויז'ן -** אדם שלוקח לו המון מאמץ להתנתק מנטוויז'ן. משיגים מסמך פנימי שמראה פרקטיקה, אבל זה לא היה מספק. כדי להוכיח קבוצה צריך אחד מאלה: שמדובר ב**פרקטיקה**, ואז מבן מאליו שיש קבוצה שנפגעה בגלל הפעולה הסיסטמטית. אם אין פרקטיקה, גם שלושה מקרים זה לא מספיק. שלושה מקרים עדיין יכולים להיות טעויות נקודתיות. בשביל להוכיח קבוצה צריך לבסס באמצעות **מדגם -** או מדגם סטטיסטי או מדגם של אנשים פרטיים. באמצעות סקר למשל - מדגם מייצג לש האוכלוסייה אפשר להראות שהאוכלוסייה סבלה מהפעולה המפלה.

**שיעור 4, 12.11.2020**

**נושא 4 לסילבוס: דרישות מקדמיות לאישור תובענה ייצוגית - הצורך בתובע ותביעה על ידי ארגון**

**אישור התובענה הייצוגית - התובע הייצוגי ותביעה על ידי ארגון**

1. **ההסדר בחוק -**

יכול להיות מצב תיאורטי בו מתקיימים התנאים של ס' 8 אבל בית המשפט בוחן אתה הסיבות מפני שזה לא משרת את התכליות והמטרות: סעד הולם לחברי הקבוצה למשל, ובעיקר, ס' 8 אמור מראש לסנן את המצבים האלה. לכן יהיה נדיר שמטרות ס' 1 לא יתקיימו על אף קיום התנאים של ס' 8. מתי כן? בדוגמא של סוכני האוניות: תקנות שהגבילו לסוכני אוניות לגבות עמלות בנמל (הסיכה להגבלה: מונופול במצבים שבהם אתה רוכש שירות בשוק חופשי אבל אז אתה כבול לנותן שירות אחר כמונופול).

דוגמא מוכרת בישראל: שוק המעליות - מעליות נמכרות במחיר נמוך ואחרי זה ועדי הבתים משלמים מחיר גבוה בהמשך. דבר זהה עם סוכני האוניות, עם יבוא המכולה מתקשרים עם נציג ישראלי של חברת היבוא, האונייה מגיעה לישראל, מקבלת שרות מסוכן שאמון על הפריקה שחרור מהמכס והספקת הסחורה. בזמן התובענה הייצוגית בוטלו התקנות - והם יכלו לגבות. השופט גרוסקוף אמר שהקבוצה שנפגעה זכאית לפיצוי - הפרה משותפת לחברי הקבוצה. אבל, ההוראות בוטלו - אז זה לא מקדם שמירה על הדין, ויתרה מכך, שר האוצר ביטל אותן כי הוא חושב שהן אף פעם לא היו רצויות. וגם, הגורמים שתובעים הם אלה שגלגלו את הנזק, אבל מבחינה כלכלית הם לא ניזוקו או שאלה גופים ענקיים. כך, בנסיבות האלה אין בעיית גישה לערכאות או מטרה של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, בעיה של סעד הולם (כי הם יכולים לפנות באופן פרטני על בסיס פסק הדין הזה) לכן הוא לא מאשר את התובענה הייצוגית. - דוגמא לדחיית תובענה לאישור למרות שמתקיימים כל התנאים. **כלומר צריכה שתהיה חפיפה בין ס' 1 ל-ס' 8.**

1. **התובע הייצוגי והגשמת המטרות של התובענה הייצוגית**

**תובענה ייצוגית באמצעות עורך דין בלבד ללא תובע ייצוגי - למה בכל זאת צריך תובע ייצוגי?**

**אם לא רוצים שעו"ד ינהל תהליך לבד, אז מה הקשיים והאפשרויות של ארגון שיהיה חבר קבוצה או תובע ייצוגי?**

**ההסדר בחוק תובענות ייצוגיות**

תנאים לאישור התובע הייצוגי

1. זהות התובע הייצוגי מוגבלת עוד בשלב בקשת האישור ולא רק בשלב התובענה.

**ס' 4(א) -** "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה.

התובע צריך להיות אדם שיש לו עילת תביעה או עניין לפי ס' 3(א) - רשימת המקרים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית.

**ס' 4(ב) -** לעניין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות עילה הוא נזק - (1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק.

מספיק שהוא יראה שלכאורה נגרם לו נזק. הדיון בנזק יהיה בתובענה עצמה ולא בשלב האישור. הבחנה ברורה בחוק. הדיון בכמה שצריך להוכיח בשלב האישור הוא דיון פתוח, אבל ביחס לנזק, החוק מסביר באופן ודאי, שאת עניין הנזק והוכחתו יוכח בתובענה עצמה ולא בשלב האישור. יש פסיקה שאומרת שצריך להראות את הדרך שיוכח הנזק אחר כך.

**פסק הדין של ברון -** התנאי שחל על התובע הייצוגי חל כבר בשלב הגשת הבקשה לאישור. כשאין תובע ייצוגי או נעלם באמצע ההליך, אתה לא יכול לאשר את התובענה ולהמשיך בהמשך, אלא חייב לעצור הכל מיד. הפוך לפסק הדין בעניין רבין נ' תנובה - פסק הדין של הסיליקון בחלב. שני הבדלים: התובע נפטר אחרי שהבקשה לאישור אושרה, לפני הדיו בעליון - ואז אולי זה מספיק ואז אין סתירה, והדבר השני זה שמיד אחרי הערער המועצה הישראלית לצרכנות ביקשה להצטרף להליך. השופטת ברון אומרת שאם היה עוד מישהו בהליך היא לא הייתה עוצרת.

גם אם התובע רשאי להגיש את הבקשה, הבקשה תאושר אם התובע עומד בתנאים הקבועים בסעיף 8(3) ו -(4)

* ס' 8(3) - קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת
* ס' 8(4) - קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב

שאלת תום הלב של התובע הייצוגי ואפשר לשאול מהו ייצוג בתום לב. חבר הבוצה שמגיש את התביעה בשם כולם לא באמת לוקח חלק פעיל בניהול ההליך. אז איפה המקום שלו לחוסר תום לב או לייצג לא הולם. לרוב הסעיף פורש לחבר קבוצה שלא מודע להליך, שמתנגד להליך - ואז בתי המשפט לא מסכימים לאשר כי אז הוא לא ייצג את הקבוצה בדרך הולמת.

אם מתברר שהתובע לא עומד בתנאי סעיף 4, או לא עומד בתנאי סעיף 8, בית המשפט יורה על החלפה שלו -

* **ס' 8(ג)(1) -** בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים בסעיף קטן(א)(3), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אל בדרך של צירוף תובע מייצג
* **ס' 8(ג)(2) -** מצא בית המשפט כי התקיימו כל התנאים האמורים בסעיף קטן (א), ואולם לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)(1) עד (3) לפי העניין, יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג.

בשונה מהתנאים האחרים (אין שאלות משותפות או אם זו לא דרך הוגנת) ביחס לשאלה הל ייצוג בתום לב של התובע הייצוגי - זה לא סוף פסוק, אלא בית המשפט יכול להורות על החלפה של התובע הייצוגי.

תנאים לאישור רשות כתובע ייצוגי

זהות התובע הייצוגי מוגבלת עוד בשלב בקשת האישור ולא רק בשלב התובענה.

* סעיף 4(א)(2) מאפשר לרשות ציבורית להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין לפי ס' 3(א) שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסקת הרשות הציבורית - בשם קבוצת בני אדם אשר אותה התביעה או אותו עניין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה.

רשות ציבורית יכולה גם להגיש תובענה ייצוגית לפי הסעיף - רשות התחרות, או רשות להגנת הצרכן - מה שפוטר את חוסר המוטיבציה של התובע הייצוגי. הנקודה המעניינת - זה שאף רשות לא עושה את זה. הנקודה היותר מעניינת זה שהם לא עושים את זה למרת שהם רוצים ונראה שיש להם מוטיבציה. הדוגמא הטיפוסית:

* **פרשת פולסווגן ודיזלגייט -** חברה בגרמניה רימתה את הרגולטורים בארה"ב על כך שמשהו במכוניות לא היה כפי שהם הצהירו. התקינו מכשיר ברכב כך שכשבודקים את הפליטה הוא פולט מעט, אבל ככלל הוא פלט מעבר למה שקבע הרגולטור. זיוף והונאה ברמה הגבוהה ביותר. בכל העולם מוגשות תביעות אזרחיות ופליליות, וגם בישראל הוגשה תובענה ייצוגית - והמחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה הגישה בקשה לפסול את התביעה הייצוגית, בטענה שכאשר יש תביעה כזו, רצוי שההליך יוגש על ידי הפרקליטות בעצמה כמי שמייצג את כלל אזרחי המדינה. עמדה מוזרה, ודאי לטווח הארוך, כי לכאורה הם כלל לא היו צריכים את העמדה הזו, כי הפרקליטות יכולה להגיש בעצמה - דרך רשות או דרך המשרד להגנת הסביבה, להגיש תובענה ייצוגית בעצמם. לכן העמדה שהם כמדינה צריכים להגיש את זה לבד ולקבל את כל הסעד למדינה, היא עמדה מוזרה. אולי הסיבה היא שרצו שהכסף יגיע לאוצר.

תנאים לאישור ארגון כתובע ייצוגי

ועדיין, תביעה ייצוגית לא חייבת להיות מיוצגת על ידי אדם או רשות, אלא יכולה להיות מיוצגת גם על ידי ארגון (ס' 4(א)(3)= מלכ"ר שהוא לא חברה ממשלתית. עמותה או חברה שלא למטרות רווח, אבל החלק החשוב זה שזה יהיה לא חברה ממשלתית או לא גוף שפועל מטעם מפלגה או גוף פוליטי. למה לא? רוצים להפריד את מגרש המשחקים - מרץ פועלת בכנסת ולא תוכל להגיש תביעות הפליה, ואם היא רוצה למגר הפליה, שתעשה את זה דרך אחרת (תביעה ייצוגית על הפרדה של בתי ספר של שחורים ולבנים - סדרה של תביעות שהוא המוכר ביניהן, מגיע לעליון שפוגע בשחורים, בית המשפט נותן להם סעד אופרטיבי - צו עשה ומחייב רישום של תלמידים שחורים לבית ספר לבן. פסק הדין מוכר כי בית הספר והאוכלוסייה בעיר התנגדו בצורה נחרצת - התמונות המפורסמות) - אין ספק שפסק הדין הזה מקדם אג'נדה פוליטית, לכן לא ברור למה קיים האיסור הזה, הרי הרבה מהדברים שבתי המשפט עושים נשענים על תפיסות פוליטיות מסוימות. נקודה למחשבה - האם זה נכון נורמטיבית? קשה להגיד.

שתי תובענות ייצוגיות שהוגשו נגד סין בגלל הקורונה. לא מאוד אינטליגנטיות, אבל אחת מהן הוגשה על ידי גוף שקשורה לעמותה בארה"ב וקשורה למפלגה הרפובליקנית - האם הם לא יכולים כי הם לא ארגון? דיון מעניין לערוך.

בכל מקרה, הגשה על ידי חבר קבוצה עדיפה על פני הגשה באמצעות ארגון. ובלבד בית המשפט שוכנע כי קיים קוש בנסיבות העניין להגיש את הבקשה בידי אדם. החוק מעדיף באופן חד משמעי שהתביעה תוגש בידי אדם ולא בידי ארגון - אלא במקרים שקיים קושי למצוא. החריג - המועצה לצרכנות, להבדיל מכל ארגון אחר, יכולה להגיש את התביעה, גם אם אין קושי באיתור אדם של תובע. מה מעניין במועצה הישראלית לצרכנות? זה שהיא הוקמה על פי דין - לכאורה היא לא ארגון. אבל היא כן ארגון, ולא רק זה, היא ארגון עם חריג. למה? ס' 4(א)(2) מאפשר להגיש תביעה על ידי רשות, ואין את התניאם של להוכיח שיש קושי להגיש בידי חבר קבוצה, כך שבעצם החוק אומר לנו שהמועצה הישראלית לצרכנות היא כמו רשות, ורואים אותה כאילו היא רשות. בשונה מרשויות, המועצה הישראלית לצרכנות מגישה הרבה תובענות ייצוגיות ומבקשת להצטרף כידי בית המשפט לתובענות ייצוגיות.

1. **התובע הייצוגי ומטרות התובענה הייצוגית**

למה דרוש בכלל תובע מייצג? אולי אין בכלל צורך?

* השופטת ברון במכבי נ' דובין "לכאורה ניתן היה לקבוע מנגנון אחר, שבמסגרתו רשאי עורך דין ליזום ולנהל בעצמו הליכים ייצוגיים בשם הקבוצה - אף מבלי להיות חבר בה".

הרעיון שעורך דין ייזום את התביעה הוא לא רעיון מופרך מבחינת בית המשפט. היא אומרת שזה היה אפשרי אבל המחוקק לא הלך בדרך הזו, ואפילו נתנה לכך פרשנות די דווקנית. למרות זאת יש פסקי דין בהם עורך הדין פועל כיזם שבית המשפט אומר שלא יפסול את התיק כשעורך הדין פועל כיזם.

עורך הדין כיזם

אם התביעות שלו הן באמת חשובות, למה זה רע? גם בפסיקה לא רואים שהתביעות עצמן הן לא טובות (יש כאלה שמגישים את זה - עו"ד ידוע בתחום של תובענות ייצוגיות שמגיש נגד כל עירייה, בנוסח כמעט זהה, מספיק זהה שיתבלבל בשמות נגד ראשי הערים. זה בעייתי, אבל זה בעייתי כי הייצוג לא הולם, לא כי הגשת הרבה, אלא כי הגשת הרבה ויש בעיה שנובעת מהן.

החשש אז - תעשייה של תובענות ייצוגיות. כך, איתור של תביעות זה לא בהכרח רק, אלא התביעות הקנטרניות הן הבעיה האמיתי, התביעות הזניחות.

* **ש.א.מ.ג.ר -** דרישת גילוי אודות פעילות הייזום- מסביר מתי עורך הדין לא תם לב. נדבר עליו שבוע הבא בהרחבה. משרד עורכי דין שרוצה להגיד שחברות השכרת רכב לא בסדר בעניין תשלום על מיכל הדלק. גובים גם על הדלק וגם על עלויות הנסיעה למילוי מכל הדלק. עורכי הדין בעניין זה החזירו רכבים בחברות כאלה, שיש להם בכניסה נסיעה לתחנת דלק, אז לא יכול להיות שיש עלות למלא את הדלק, ועדיין גבו שם מחיר גבוה. המשרד שלח את המתמחה ואשתו של השותף לעשות פעולות דומות, ופעם עורך הדין היה מייצג ופעם חברי קבוצה. הם הסתירו את המידע הזה, הגישו 4 בקשות לארבע בתי משפט, נגד כמה חברות שונות. בית המשפט קובע ש**הם לא פעלו בתום לב. הם יצרו קושי לא רק לנתבעים שהיו יכולים לנהל את ההליך במאוחד, אלא הם עשו פורום שופינג והסתירו מידע והיו עלולים להביא להכרעות סותרות.** חוק תובענות ייצוגיות מבקש למנוע את זה בכוונה, עורך הדין חייב לבדוק ולספר אם יש תביעות דומות. לענייננו, נטען שם שהם חסרי תום לב גם בזה שהם יזמו את ההליך. **בית המשפט קובע שיוזמת ההליך היא לא חוסר תום לב.**
* עניין פריניר (מלצר, 95-96) -
* עניין קיסרי - הסיגריות במסעדה. בית המשפט דחה את הבקשה כי הוא צילם מעט מדי, נמצא עדיין בערעור.
* גיל גן-מור " הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי - בתיקי אפליה יש בעיה משמעותית (כמו בתיק של וואלמרט) שלא הצליחו להראות בראיות קונקרטיות שההתנהגות של וולמארט הפלתה נשים. אדרבא, הוא אומר שצריך לעודד תובענות ייצוגיות שהראו על בשרם שהם הופלו. המתח בין תביעות ייצוגיות ובין תום לב. הגישה בעבר הייתה שהיזון תביעה הייתה בעבר חסרת תום לב באופן מולט ולכן תביא לדחיית הבקשה. בתי המשפט לא תומכים בעמדה הזו באופן מלא, ועדיין יש דרישה שיהיה תובע ייצוגי. הצד ההפוך זה עורך דין שמייתג בעצמו.

אז למה בכל זאת דורשים תובע מייצג?

לא רק כתנאי לבקשה אלא גם כתנאי לניהול ההליך (עצירה מיידית של ההליך גם בשלב הסיכומים)

* + 1. **תכלית ראייתית:** רוצים ביסוס לכאורי. הדרך הכי טובה לעשות זאת זה באמצעות הבאת חבר קבוצה. גם מראה נזק, מראה הוכחה מינימלית לקבוצה - הוא חבר קבוצה הוא יכול להראות שלכאורה נגרם לו נזק - זו גם הדרישה. תכלית ראייתית: בעזקת תובע ייצוגי אפשר לבסס יותר טוב את כל הדרישות של סעיף 8:
	1. ביסוס העילה - אדם שיש לו עילה אבל לא היה תובע בתביעה פרטית.
	2. הוכחת קיומה של קבוצה (לכאורית) - הוא חבר קבוצה.
	3. ביסוס הנזק (?)
		1. **תובע ייצוגי שמגשים את התכליות של התביעה הייצוגית**
	4. **גישה לערכאות -** מצהיר על בעיה של גישה לערכאות, היה רוצה לתבוע אבל לא יכול לתבוע בהליך רגיל. יש קבוצה שיש לה בעיית גישה לערכאות, שהתובענה הייצוגית פותרת אותה. לכן מגשים את התכליות האלה
	5. **אכיפת הדין -** מראה שקיימת קבוצה לכאורית שמקיימת את מטרת אכיפת הדין
	6. **סעד הולם -** מקיים את מטרת הסעד ההולם (לא היה מתקבל בתביעה פרטנית)
1. **התובע הייצוגי כמפקח על הנציג**
	* 1. **בעיית נציג אינהרנטית -** נדון ע"י כבוב ובעניין מכבי, תובע כמי שמפקח על ההליך. העו"ד שמנהל את ההליך מגיע למו"מ לפשרה, שמסדיר שם גם את שכר הטרחה של עצמו - האינטרס שלו הוא להעביר כסף מהקבוצה אליו. היינו רוצים שמישהו מהקבוצה יהיה בחדר. **מפקח עליו לא רק בחדר המשא ומתן אלא בניהול ההליך.** נוכחות הלקוח משפיע על עורך הדין ומשפיעה על ההתנהגות שלו. אם כך, המשקל שנותנים לתנגדות של חבר הקבוצה (שהרי באותה מידה נמצא גם הוא בבעיית נציג, כי גם הוא היה רוצה להעביר כסף מהקבוצה אליו) -
	1. תמריץ להשקיע בניהול ההליך
	2. תמריץ להתפשר על חשבון הקבוצה -
		1. **תובע ייצוגי כחבר קבוצה נוכח**
		2. **משמעות ייפוי הכוח של עורך** **הדין**
2. פשרה - אשל היאור - המבקש בבקשת האישור התנגד לפשרה. בית המשפט פסק (בניגוד לייפוי הכוח שכרגע מייצגים את המבקש) ובכל זאת מותר להם להגיע לפשרה בניגוד לבקשתו של המבקש. גרוסקוף אומר שבפעולה לאישור הסכם פשרה, הם מבקשים להפסיק לייצג את המבקש רק אלא לייצג לעניין הזה את כל הקבוצה. במסגרת זאת ניתן להגיע לפשרה בניגוד לרצונות של התובע הייצוגי, אבל ההתנגדות שלו תירשם.
3. התנגדות לערעור - אותו דבר לגבי ערעור, אפשר לערער בניגוד לעמדתו של המבקש.
4. **קושי מעשי באיתור חברי הקבוצה**

**תנאים לאישור ארגון - קושי באיתור חברי קבוצה.**

* + 1. **למה שחבר קבוצה לא ירצה להיות תובע ייצוגי? בישראל יותר** קשה למצוא חבר קבוצה מארה"ב. חבר הקבוצה הרי מקבל גמול שיכול להיות מאוד משמעותי. בתביעות של מיליונים זה יכול להיות עשרות אלפי שקלים. אז למה בכל זאת קשה יותר לגייס חבר קבוצה? שיקולי עלות תועלת. כללי האתיקה אוסרים על שידול, קושי אחד. הוצאות ניהול ההליך הן יקרות (עשרים אלף שקל לעורך דין ואז אם יזכהיקבל את העשרים בחזרה ואול קצת יותר, ואם יפסיד ישלם הוצאות שכר טרחה.ההבדל בארה"ב - לעו"ד מותר שם להשתתף על הוצאות משפט, איסוף ראיות, עדין מומחים - בארץ לפי כללי האתיקה לעורכי דין אסור לעשות את זה, שילום הוצאות הלקוח נחשב שידול, לכן בארה"ב קל יותר. (ועדיין יש עו"ד בארה"ב שישב בכלא על עבירות שידול כאלה).  **כך, במצבים רבים חברי קבוצה במצבים רבים לא רוצים להיות תובעים ייצוגיים בגלל קשיי עלות תועלת.**
		2. **איך מוכיחים שקיים קושי?**  ארגון יכול להיות תובע ייצוגי כשקיים קושי, אבל איך מוכיחים שקיים קושי? כבוב בפסק דין הצלחה (שאומצה בעליון), **קובע שצריך להוכיח את הקושי בכך שהוא ינסה לאתר חבר קבוצה, ותראה שהיה ושי. שליחת מכתבים לאנשים שיכולים להיות חברי קבוצה, להסביר להם על ההליך, תשלח מכתבים, תסביר להם את כל הדברים בכללותם, ואם הם עדיין לא ירצו, הרי לך הוכחת הקושי.**
		3. **מי מוכיח שקיים קושי?** הארגון שמבקש להיות בנעליו של התובע
		4. **ארגון שבתחום אחת ממטרותיו: בפרשנות צרה:** נצמדים למטרות הבסיסיות המרכזיות של הארגון, ורק אם התביעה בלב של העניין, פרשנות רחבה - בערך ליד, ולא נתעקש על אחת המטרות. מה התכלית של הדרישה הזו? אם רוצים שתובע ייצוגי יהיה שם כי רוצים מישהו שייפקח על עורך הדין, לכאורה מטרות הארגון פחות חשובות, אלא אולי היינו רוצים שזה יהיה חלק מהמומחיות שלו. אם אכפת לנו מלב התיק, היינו רוצים שיגיש את זה ארגון שיודע על מה הוא מדבר. בפועל - פרשנות רחבה של בתי המשפט ולא מצומצמת.
		5. **איך יוצרים תריצים לארגון למלא את הפונקציות שלו?** ארגון שרוצה למלא את הפונקציות שלו צריך כסף כדי להתנהל. מציעים לו ווין - ווין - גמול מתובענה ייצוגית ובכך לקבל שתי ציפורים. הבעיה - הוא צריך לגייס תובעים, ואז כבר לא צריך אותו. בשלב הגשת הבקשה צריך להראות שניסה למצוא מישהו, ואם אחר כך ימצא מישהו אחרי שאושר כארגון שהגיש תובענה ייצוגית, חברי הקבוצה יוכלו לצרף אותם, ולא תישלל הזכות שלו בגמול. זו הפסיקה השנייה של כבוב בפס"ד כבוב.
1. **קושי אינהרנטי באיתור חברי הקבוצה**

**המשמעות של קושי אינהרנטי -** קבוצת אנשים שמקיימים את כל הבעיות, אבל יש להם בעיות של פעי שפה, כלכליות, גישה לעו"ד. זו הייתה העמדה של קולך נ' **קול ברמה** - פגיעה בנשים החרדיות בקהילה. **בית המשפט הכיר במצבים בהם קיים קושי אינהרנטי.** במקרים בהם יש קושי אינהרנטי לא צריך להוכיח שניסית להביא ולא הצלחת, אלא במצבים קיצוניים (חרדיות, עובדים זרים) להסתפק בקושי האינהרנטי הזה כדי לאשר את הקבוצה.

1. **איך זה מתקשר לבעיית תת האכיפה?**

**שיעור 5, 19.11.2020** - הרצאת אורח של גיל רון, עו"ד של תובעים.

**שיעור 6, 26.11.2020**

**נושא 5 לסילבוס: דרישות מקדמיות לאישור תובענה ייצוגית - תום ליבו של התובע, ייצוג הולם, ופניה מוקדמת**

**חובת לייצג בתום לב וחובת הייצוג ההולם**

**חשש מניגוד אינטרסים של התובע המייצג**

יצירת תמריצים לתובע ייצוגי ובאי כוחו

אם התובע לא מקבל יותר ואם עורך הדין לא יודע מה מקבל, אין לו מה להרוויח. הסכם שכר טרחה עם עורכי הדין לא רלוונטי, כי הוא לא מכיר אותם, והשכם סכר טרחה מול הלקוח הוא מוגבל. בארצות הברית ניתן לכך פתרון במסגרת חוק עשיית עושר - שם ניתן להגיע להסדר בו הלקוח יכול להגיע להסדר שכר טרחה על סכום שמגלם את כלשווי התביעה, כולל של כל האנשים, הוא מודיע מראש לכל חברי הקבוצה הפוטנציאליים, ואז כשהוא מגיש הליך ומנצח, הוא יכול לתבוע שכר טרחה מהנהנים.

* **במקור ההליך נועד ליורשים** - אדם נפטר ואחד היורשים מנהל את ההליך מכיסו, אחר כך הוא דורש משאר היורשים בעליות ניהול ההליך, מהתועלת שצחמה להם. אותה פרקטיקה למחזיקי אגרות חוב בחברות.

**הדוקטרינה מדיני עשיית עושר חלחלה לתוך דיני התובענות הייצוגיות. דוקטרינה שלא התקבלה בארץ. (עורך דין בארץ, לפי כללי האתיקה בארץ, בשונה מארה"ב לא יכול לשאת בעלות).**

**מסלול דומה אך אחר בחוק נקבע הדבר במסגרת שלושה סעיפים:**

1. **סעיף 19 (ו) לחוק -** נוגע לאישור הסדר פשרה, שיקבע בתוך כך גמול לפי סעיף 22 ושכר טרחה לפי סעיף 23. גמול - תשלום נוסף שניתן לתובע המייצג, ושכר הטרחה זה מה שמשולם לתובע המייצג.
2. **סעיף 22(א) לחוק -** מסדיר תשלום גמול בסוף תהליך הייצוגי הרגיל.
3. **סעיף 23(א) לחוק -** מסדיר תשלום שכר טרחה בסוף ההליך הייצוגי הרגיל.

ניגוד עניינים בניהול התיק

* בתיק ששווה מיליון, שווה להשקיע \_עד מאה אלף ש"חבהגדלת הסיכוי לזכות בתיק מ-20% ל-30%. הגבול העליון להשקעה של עורך הדין והתובע המייצג בשביל להגדיל את הסיכויים ב-10% הוא עד עשרת אלפים ₪. שניהם הולכים להשיקע מעט מידי בהגשת תביעות, בניהול תביעות ואפילו בפשרה. אם אומרים לורך דין שיקבל 10% מהתיק, תיק ששווה מיליון, יש לו 30% שיזכה, והוא יקבל 10% בלי עבודה. אם עלות העבודה לו היא גוהה - ההשקעה הזו לא טובה. אבל, אם הוא לא, הוא יוכל לעבוד במשך תקופה ארוכה, לקבל 30,000 ₪ - ברור שיהיה עדיף לקחת היום את ה-10. עו"ד שעובד על אחוזים, יש לו תמריץ חסר, והוא יעדיף לקחת את האחוזים עכשיו. עו"ד שעובד לפי שעה, יעדיף להשקיע הרבה שעות בניהול התיק. במקרה זה העורך דין ישקיע יותר מדי בתיק. עורך דין כזה לא יתפשר - כי משתלם לו יותר להמשיך לעבוד - יש לו תמריץ חסר מטורף להתפשר.
* כך יש לנו בעיה עם שני התגמולים - גם לפי אחוזים וגם לפי שעות.
* בישראל - אומץ שכר טרחה במנגנון האחוזים הדינמי - שיעור אבל שישתנה במידת ההשקעה בתיק. אתה יודע שאתה לא רק מקבל יותר כי התיק יהיה מוצלח, אלא כשאתה משקיע יותר, אתה תגדיל את האחוזים שלך. המנגנון האמריקאי שנקבע בליד סטאר - תובעים ייצוגיים מקבלים לפי שעות עבדוה.

ניגוד עניינים בניהול פשרה

עורך הדין מציע שכר טרחה יחד עם הנתבע. חלק מההליך הוא על המלצה שיגישו לבית המשפט לעניין שכר הטרחה. אם היינו חושבים שבית המשפט עושה תחשיב מתוחכם להמלצה לא היה ערך. אבל להמלצה כן יש ערך: בתוך טוחר שביתה משפט רואה כסביר הוא לרוב יאמץ את ההמלצה. אבל חשוב מזה, ההמלצה משמשת עוגן. אם ההצעה היא 300 אלף שקלים, הוא ייתן 50% בלבד - 150 אלף שקלים, אבל אם הם לא היו מציעים, יכול להיות שזה היה מגיע לחמישים אלף שקלים בלבד. לכן היא כן חשובה גם אם היא לא מתקבלת. זה ניגוד עניינים כשנוצרת מערכת יחסים של איחוד אינטרסים של התובע יחד עם הנתבע, בניגוד עניינים מול חברי הקבוצה.

התובע הייצוגי, שיושב גם בחדר המשא ומתן, לא בהכרח מפיג את החשש הזה. בשיחה הזו כבר קובעים מה הגמול של התובע הייצוגי יחד עם שכר הטרחה עבור עורכי הדין שנקבע. בכך מורידים את הסכום לחברי הקבוצה ומעלים מנגד לתובע הייצוגי ולבא כוחו.

מה יכולים לעשות חברי הקבוצה? מותר להגיש התנגדות לכאלה הסדרים, להחליף את התובע הייצוגי בגל ייצוג לא הולם וגם לפרוש מהקבוצה.

**המנגנון סעיף 8; מי מעלה טענה לייצוג בחוסר תום לב?**

המנגנון בחוק, והמגבלה של ההליך

אישור לפי סעיף 8

הדרך להתמודדות עם ייצוג לא הולם: לפי סעיף 8 (א)(3), בית המשפט לא יאשר את הגשת התובענה הייצוגית אם קיים חשש שההליך ינוהל בחוסר תום לב או שהייצוג לא יהיה הולם. הבעיה עם סעיף 8 הוא שהדיון בסיף מתקיים מוקדם מדי, בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. שם, השחקנים הם התובע הייצוגי ועורך הדין - חברי הקבוצה בכלל לא שם, כי ההליך עדיין לא אושר, הם לא נמצאים בחדר. כך, בשלב הגשת הבקשה לא נדע על ייצוג לא הולם.

לכן, בזמן הפשרה שולחים הודעות ומזמינים להצטרף להליך. כשבית המשפט ידון בהסדר פשרה הוא כבר לא ידון בסעיף 8 אלא בסעיף אישור הסדר פשרה. אם כך, מי יתנגד בכלל לתנאים של סעיף 8?

גורם אחד שיכול להיות רלוונטי אלה הרשויות או היועץ המשפטי לממשלה. עם כל הגשה של תובענה ייצוגית, יש חובה להודיע על היועמ"ש על בקשה לאישור, וחובה לשלוח עותק לבקשה לרשות הרלוונטית (רשות לניירות ערך, בנק ישראל נגד בנקים, צרכנות - העתק של הבקשה לרשות הצרכנות) לכאורה - עוד גרום שיכול לפקח על ניהול תום הלב של חברי הקבוצה. ועדיין, אף אחד מהם לא יודע איך מתקבלות החלות, התייחסויות וכו'.

אם כך, המתנגד לאישור הבקשה לאור סעיפי 8(א)(3)/(4) שיכול להתנגד אינו התובע (שאין לו אינטרס להעלות את הטענה הזו) או חברי הקבוצה שכלל לא נוכחים בשלב זה, אלא

ניגוד אינטרסים של התובע והנתבע אל מול הקבוצה

**התובע והנתבע שותפים באינטרס, כנגד האינטרס של הקבוצה, ושל החברה בכלל.**

**מעשה בית דין:**

**פס"ד אלקון -** תביעה נגד אלקון תעשיות בע"מ, שם הוגשה תביעה על מפגעי ריח בקריות. נזק קטן, חברי קבוצה רביםו ולא מזהוים. פשרה של 200 אלף ₪. בבקשת האישור של התביעה נכתב שהיא על זיהום האוויר והריחות הרעים. בסעיף מעשה בית דין כתב שהתובע הייצוגי וחברי הקבוצה מסכימים שהסכם הפשרה דוחה כל תביעה שנוגעת על זיהום אוויר ריחות רעים וכו'. הבעיה - החומרים שיצאו מהמפעל, נטען שהם מאוד מסרטנים. התביעה הוגשה על מפגעי ריח, ואלקון טוענים שהם קיבלו חסינות על נזקי גוף, כי הם קיבלו חסינות דרך מעשה בית ין. באי הכוח הסכימו לזה כי הם הגיעו להסכם יפה עבור הקבוצה, בסכום של 200 אלף ₪. **הקרבת תביעה של מיליונים, שאפילו לא נראית רע לבית המשפט, כי הוא השיג יותר לקבוצה שלו. אממה, זה נעשה על חשבון קבוצה אחרת - במעשה בית הדין. הוא בא להגן על נפגעי נזקי הרווח, אבל מעשה בית הדין נעשה גם כלפי אנשים עם נזקי גוף מהחומרים הסרטניים.**

מנסים להרחיב את מעשה בית דין בכל הסכם, אבל בית המשפט והחוק מגבילים זאת. ועדיין, זה סעיף שנתון לפרשנות. אם הסעיף לא מגדיר את הנזקים הספציפיים, נוצרת בעיה פרשנית שעלול ה להרחיב את הפשרה.

**סכום הפשרה:**

**מנגנון יישום הפשרה:**

אם עיריית תל אביב גבתה מכל תושב כמה שקלים שאסור לגבות. עיריות תל אביב ופתח תקווה ראו כי טוב וגבו מס לא חוקי גם הן. תושב תל אביב שולח מכתב התראה נגד תובענות ייצוגיות, עיריית תל אביב חודלת. לתושב אין אינטרס להמשיך ולבדוק גם את ההפרה ברחובות ופתח תקווה. כך, חובת ההודעה המוקדמת משרתת את האינטרס של הקבוצה לטווח הקצר אבל פוגע באינטר הציבורי ובאינטרס הקבוצה לטווח הארוך. לאף אחד אין עכשיו אינטרס ללכת ולבדוק עיריות אחרות אם גם הן גובות את המס הלוא חוקי.

כך גם במקרה סלקום משבוע שעבר - הבדיקה קריטית אצל חברות אחרות, שפתאום רואות שגם ה יכולות לעדכן מחיר מ-0 למשהו באופן לא חוקי. כמייצג של הקבוצה האם אני יכול להגיד שלא ימחקו המילים שחלף פסק הדין ושהוא לא מתבטל כי האמירה שזו פרקטיקה לא חוקית היא מאוד חשובה, כבר לא לחברי הקבוצה, אלא לשאר הציבור. אם סלקום מציעה עוד 10 מיליון שקלים לחברי הקבוצה בתמורה לכך שפסק הדין יבוטל, וכך חברות אחרות יוכלו לגבות כך. האם עורך הדין יפר את חובת תום הלב? את מי עורך הדין מייצג? את הקבוצה שלו שתרוויח יותר או את הציבור שייפגע כתוצאה מכך? סעיף 23(ב) כן לוקח בחשבון את החשיבות הציבורית: רוצים לתמרץ אותם לשרת גם את האינטרס הציבורי ולא רק את האינטרס של חברי הקבוצה. באופן רגיל היינו חושבים שחובת הנאמנות של עורך הדין היא רק לקוח, אולם פה אנחנו רואים שמבינת המנגנונים של יצירת תמריצים אכפת לנו גם מהאינטרס הציבורי.

כך, ניתן להבין גם את חובת תום הלב גם כלפי מערכת הציבור.

**חוסר תום לב כלפי מערכת המשפט.**

חובת תום הלב האחרונה שאפשר ללמוד היא חובת תום הלב כלפי בית המשפט.

**שיעור 7, 03.12.2020 - דוד**

**נושא 6 לסילבוס: תביעות נגד המדינה**

**הגנה:** ס' 6 לפקודת הנזיקין– אין אחריות לעוולה בנזיקין אם הייתה הרשאה חוקית או אם האמין המעוול בתום לב שיש לו הרשאה חוקית לבצע את המעשה (למעט רשלנות).

המדינה כנתבעת בהליך ייצוגי, היא יכולה לפעול כמעוול, להתקשר בחוזים והיא בעצם צד למשפט לכל דבר. יש ייחודיות למדינה כי נתנו למדינה תפקידים ב-2 הקשרים:

1. המדינה היא הרגולטור – תפקיד הרגולציה למנוע תאונות ונזקים, לכן לכאורה כל פעם שהרגולציה כושלת והרגולטור התרשל ולא חוקק כמו שצריך, ניתן לטעון שהרגולטור כשל וניתן לתבוע אותו על הנזקים שנגרמו. וזה בסיס גם לתביעה ייצוגית.
2. המדינה כמעוולת חוקתית – היא פוגעת בזכויות יסוד של אזרחים ולכן נתבעת לא בתביעה מנהלית אלא בתביעה על נזקים שנגרמו או בתביעה על צו עשה להפסיק את העוולה.

מי שהוביל את הקשר ה-2 הוא צ'רלס המילטון יוסטון שאומר שיש לעשות 2 פעולות מקבילות של המדינה כנגד השחורים בארה"ב:

1. נארגן התארגנויות פוליטיות.
2. נגיש תביעות ייצוגיות נגד המדינה.

חלק ממה שצ'רלס עושה במסגרת מלגות לתלמידים שחורים מכשיר הרבה עו"ד שחורים שיוכלו לקדם ע"י כלים משפטיים את המלחמה בהפליות. השיא זה עמותה של אזרחים שחורים שכולם היו סטודנטים של יוסטון ומארגנים את ההורים שלהם להגיש תביעות נגד וועדות החינוך המקומיות של מחוזות בארה"ב. העו"ד מבקשים מההורים לרשום את הילדים השחורים לבתי ספר לבנים והם כמובן נדחים. התביעה שמוגשת היא תביעה ייצוגית, ההחלטה לא הייתה לתקוף תקיפה חוקתית (תיקון 13 לחוקה מאפשר הפרדה אם יש שוויון בהפרדה ולכן זה בעייתי) אלא להגיש תביעות בשם האנשים עצמם ולהגיד שאין שוויון בין הבתי ספר בגלל המורים וכמות התלמידים, אך עדיין ממשיכים לפסול את התביעות שלהם. השיא היה באיחוד של מספר תיקים שנערך בביהמ"ש העליון של ארה"ב שקובע שההפרדה לא חוקית ומורה על ביטול ההפרדה בבתי הספר. זה היה תקדימי ביותר עד שילדים שנכנסו ללמוד בבתי ספר לבנים היו צריכים להיכנס לבתי ספר עם הצבא כדי שיגנו על הילדים.

פס"ד נוסף זה BROWDER V. GAYLE שמדבר על הפרדה באוטובוסים, היה מחיצה באמצע האוטובוס שהמדינה עשתה כדי שהלבנים יהיו מקדימה. בקייס הזה רצו להשיג את ביטול ההפרדה באמצעים משפטיים.

בישראל שנחקק חוק תובענות ייצוגיות ניתנו הגנות למדינה שזכתה לחסינות מפני תביעות ייצגיות. ההגנה הראשונה מופיעה בס' 3 לחוק שכאשר יש סמכויות פיקוח הסדרה או אכיפה של רשות אי אפשר לתבוע. רצו בישראל נגד לוי להגיש תביעה ייצוגית נגד העדר פיקוח. בתביעות של מדיניות מי שקובע את הסטנדרט זה רגולטור. כאשר תובעים את הרגולטור אין לביהמ"ש יכולת להכריע כי הגוף הפוליטי שצריך להכריע מה הסטנדרט הוא אותו רגולטור ולכן אין לי איך להכריע נגדו כי הוא המדיניות הוא הסטנדרט. בפס"ד הזה אין איך להכריע שההחלטה שקיבל המפקח על הביטוחים קיבל החלטה רשלנית. אין לביהמ"ש את הכלים להכריע כנגד מדיניות שקיבל הרגולטור (אלא במקרי קיצון חמורים ביותר).

אך כאשר ההתרשלות באה אחרי שנקבע מדיניות זה כן אפשר לתבוע כרשלנות נגד המדינה כי הסטנדרט קיים. ניתן גם לתבוע את המדינה כנגד הרשלנות של הסטנדרט שהיא הציבה, את החוק מונע מאיתנו להגיש תביעה ייצוגית נגד המדינה.

אנחנו רואים שיש הגנה למדינה בפני תביעות ייצוגיות על פיקוח של צד שלישי, זה לא יוצר חסינות מפני הגשת תביעה כי יש מי שגרם לנזק באופן ישיר (המפוקח).

עוד הגנה שניתנת לרשות ניתנת 8ב1 ו 20ד1, שהתביעה מוגשת נגד המדינה ביהמ"ש יכול לא לאשר אם הוא חושב שזה יכול לגרום נזק חמור לציבור לעומת התועלת לציבור, הוא כן יכול לאשר את התביעה בשינוי.



הגנה נוספת שניתנת לרשות ניתנת בס' 8(ב)(1) - בית המשפט יכול שלא לאשר תובענה ייצוגית אם הוא חושב שייגרם נזק לציבור לעומת התועלת שתהיה לקבוצה. יכול לאשר את התביעה בשיוניים. הסדר דומה קיים בס' 20(ד)(1) בסוף ההליך. בית המשפט רשאי להפחית את הפיצויים אם הוא חושב שעלול להיגרם נזק לנתבע, לעומת התועלת הצפויה לציבור.

הסדר הסל - גם לא לאשר תובענה ייצוגית - עצם האישור של בקשה לתביעה וגם הסעד בסוף, כולם יכולים להיות מוגבלים אם אתה חושבת שזה פוגע ברשות.

פרק של סאות'פארק בו כולם תובעים את כולם: באותו פרק הם צחקו על זה שבסוף כולם יתבעו את כולם. בתביעות נגד רשות החשש הזה קיים. במובן זה שהתביעה נגד המדינה שגבתה מכל אזרחי המדינה שקל אחד יותר מדי במיסים. 10 מיליון אזרחי המדינה שבה הם מבקשים שהם יקבלו מכולם שקל אחד חזרה. ההבדל הוא שלמדינה יש מקור אחד מרכזי שהוא המיסים. איך היא תממן את העשרה מיליון שקלים לכולם? על ידי גבייה של המיליון שקלים לכולם. בתביעה ייצוגית נגד המדינה על סכום של שקל לכולם, יוצא שזו תביעה של כולם נגד כולם, והיחידים שמרוויחים אלה עורכי הדין של ההליך. לחברי הקבוצה אין שינוי, אבל במובן החברתי אנחנו בהפסד - יש הוצאות על ניהול ההליך אבל אף אחד לא קיבל כלום. זה המקרה הקיצון, אבל זה לא חייב להיות כל אזרחי המדינה. זה למה אנחנו מקמצים למשל בתביעות נגד קופות חולים. עלתה השאלה מתי גובים על אגרת יתר? תביעות נגד קופות חולים שמתנהלות בבית הדין לעבודה - שמתייחס אל קופות החולים כאל רשות למרות שהן לא רשות לפי החוק, היגיון שיש לבית הדין הוא: בתביעות של כל חברי קופת החולים כשקופת החולים משלמת להם את הכסף זה כמו תביעה של כולם נגד כולם. בגלל שאלה גופים ללא מטרות רווח. תביעות שלא יוצרות שום תועלת חברתית.

הטענה עדיין קיימת כשהתביעה היא רק לחלק מהאזרחים: אם המדינה תבעה מחלק מהאזרחים, כמו למשל באגרות על תליית שלטים בעיר חיפה (באחד מפסקי הדין) ועולה השאלה האם השיקול הזה עדיין עומד?

אם המדינה לקחה אקסטרה של עשרה שקלים של נשים, והיא מחזירה את העשרה שקלים לכל אישה, היא תגבה את הכסף מכל האוכלוסייה, כך שמכולם היא תיקח 5 שקלים כשבפועל המצב הוא שגבר יעביר 5 שקלים לאישה - בגלל שהמדינה תלויה בכספים ובתקציב- המשמעות היא יותר חלוקתית מאשר הרתעתית. זה גם דרך להעביר ביקורת של ביהמ"ש על המדינה.

לכאורה לא צריך את ההסדר הזה כי זה כלול ב-8(1) דרך יעילה והוגנת. לכן כאשר התועלת היא מאוד נמוכה היה אפשר לדחות אותה לפי 8(1) דרך יעילה להכריח בתובענה.

חוץ מזה, יש תביעות נגד **אגרת יתר**, ס' 9(ב) קובע שלא יאשרו תביעה נגד רשות אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביית יתר. ברגע שהוא מודיעה הבקשה לאישור נדחית אוטומטית. אם ביהמ"ש מאפשר את התביעה הייצוגית, ס' 21 קובע שלא יחייבו את הרשות בהשבה יותר מ-24 חודשים אחורה. תקופת ההתיישנות בייצוגית מוגבלת לשנתיים.

תקופת התיישנות רגילה היא 7 שנים (חוץ ממקרקעין). תקופת התיישנות של תביעה ייצוגית היא שנתיים מלפני שמתחיל להתנהל ההליך , וההליך מתחיל להתקיים ממועד בקשת האישור. אז התיישנות כנגד רשות היא החל שנתיים לפני מועד הבקשה. החברים בקבוצה נקבעים בעת הגשת התביעה.

מה בפועל: חברי הקבוצה נגד רשות כוללים כל מי שהיה שנתיים לפני הגשת הבקשה ואת כל האנשים שנוספו בזמן עד אישור הבקשה עד אישור הבקשה. לגבי חברה רגילה היא מ-7 שנים לפני הגשת הבקשה עד אישור הבקשה.

התיישנות של תביעה רגילה לא נגד רשות היא 7 שנים גם לפי אגרה שלא כדין ולכן הוא יכול להגיש תביעה אישית גם על נזק שנגרם לו לפני 5-6 שנים. ואז אנו שואלים מהי בעצם מהות ההגנה? בבגץ כהן אומרים שלא החסרנו שום זכות, אלא רק הוספנו, זאת אומרת אפשר להגיש ייצוגית שנתיים לפני תחילת הבקשה ו-7 שנים כיחיד.



איך ס' 20ד1 גורע מזכויות מהותיות? הסעיף אומר שביהמ"ש רשאי להפחית מהפיצויים שהוא מאזן את הנזק שעלול להיגרם לרשות? כי ברגע שהושלמה התביעה הייצוגית יש מעשה בית דין. אם מ-1000 איש גבו 5000 שקל בטעות. בתביעה הייצוגית מורידים 80 אחוז מההחזר, זאת אומרת כל מי שלא היה חבר בקבוצה יכול היה לקבל 5000 ₪, וכל מי שהיה חבר בקבוצה יוכל לקבל רק 1000 ₪. כך התביעה הייצוגית גרעה מהזכויות המהותיות של מי שהיה חלק מהקבוצה.

חדילה כפניה מוקדמת - דם מגיש בקשה לאישור ייצוגית וביהמ"ש לא עושה כלום אלא נותנים למדינה להחליט האם לחדול מהגבייה שלא כדין. אנחנו רואים פה את אותה הבעיה של הפנייה המוקדמת, כיוון שאם אומרים למדינה אין גמול לתבוע ייצוגי ואף אחד לא יגיש בקשות כאלה כי אין שכ"ט וגמול (כמו בהודעה מוקדמת שאמרנו שהחברה מיד תתקן את עצמה ולכן לא יהיה תביעה). החוק פותר את זה ב 9(ג) שהוא אומר שניתן לקבוע שכ"ט וגמול למרות החדילה.

ביהמ"ש מתייחס לטרחה וגמול וקובע שלא צריך להתייחס לתשלומים מה-7 שנים האחרונות ולא להתייחס לשנתיים האחרונות כי היא נתנה הודעת חדילה ולכן לא צריכה להחזיר בכלל. אלא השכ"ט והגמול זה לא 7 שנים ולא שנתיים, אלא התובעים יצרו רק תועלת לעתיד. אם ביהמ"ש השתכנע שהביטוח הלאומי רצה בין כה להחזיר את הכסף הם לא יצרו שום תועלת. אז למה לתת להם משהו? כדי לעודד את הפרקטיקה ואנשים ערניים להגיש תביעות ייצוגיות. ביהמ"ש מחזיר על הטרחה של האנשים ולא על מה שהם הצליחו לחסוך, ולכן הורידו לו בשכר הטרחה.

הודעת צד ג' – היא הדרך לעקוף את 3א שאומר שאי אפשר להגיש תביעה על היעדר פיקוח של המדינה, ועולה השאלה בפס"ד אגד האם אפשר להגיש תביעה נגד המפוקח ואז המפוקח יגיש הודעת צד ג?

אגד הוא הליך שמזכיר לנו את BROWN ומדבר על קווי המהדרין בין חיפה לירושלים. בנוסף הם זולים יותר מהאוטובוסים רגילים. מוגש בג"ץ נגד המדינה על התרת משרת התחבורה של קווי מהדרין ובג"ץ קובע שזה לא חוקתי. מוגשת גם תביעה נגד אגד על הפליה בשירותים ציבוריים, אגד מעלה 2 טענות, הראשונה היא שיש להם חסינות כי אפליה היא עוולה לפי פקודת הנזיקין וניתן להם הרשאה חוקית לפי ס' 6. טענה שניה של אגד הייתה שאם לאגד יש אחריות אז וודאי שמשרד התחבורה אחראי לא פחות. אך יש בעיה להגיד תביעה נגד משרד התחבורה כי הם רשות ולא ניתן לתבוע אותם לפי 3(א). אך החסינות היא מפני בקשה לאישור, זכות פרוצדורלית. ואם כך, האם ניתן להגיש נגדם תביעות השתתפות? לא תביעה ייצוגית ישירה, אלא הודעה צד ג! לכאורה הם לא חסינים נגד הודאה צד ג ולא נגד תביעה כללית של אגד מול המדינה לקבל השתתפות על סכומי הפיצוי.

אם ניתן בדיעבד לתבוע את המדינה, למה המדינה רוצה שיגישו נגדה צד ג'? כי היא רוצה לוודא שיהיה מעשה בי"ד. גרוניס קבע שההגשה של צד ג' צריך להיות כבר בבקשת רשות התביעה ולא אחרי שהוכרע שיהיה ייצוגית.

באותו דיון מורכב בהרכב רחב יש גם הליך של אגד וגם הליך של סלקום. באותו מקרה חברות הסלולר גבו מע"מ על שיחות טלפון מחול, והוגשה ייצוגית על כך שלא צריך מע"מ. המדינה מסרה הודעת חדילה על המע"מ , אך התביעה לא הוגשה נגד המדינה אלא נגד חברות הסלולר. עולה השאלה האם ניתן להגיש הודעת צד ג? אם חברות הסלולר חבות בכל הסכומים שהם גבו, ניתן לתבוע אותם 7 שנים עד מועד האישור. מכך, הגנת המדינה מצטמצמת כאשר התביעה מוגשת נגד עוסקים שהעבירו את הכסף מהמדינה ואז חברות הסלולר יצטרכו לתבוע את המדינה על החזר לא כתביעה ייצוגית. ככה גם נפסק גם באגד.

תקיפה עקיפה מצג ההגנה – כאשר מתקבלות החלטות מדיניות, הדרך לתקוף את ההחלטה היא בעתירה ישירה נגד הרגולטור.

העירייה גבו 10 שקלים יותר מדי מהאזרחים. יש לנו 2 אפשרויות, תביעה ייצוגית או עתירה מנהלתית. מה הבעיה בתקיפה עקיפה בהליך ייצוגי? הבעיה היא התחולה המצומצמת של תקיפה עקיפה לעומת ישירה, כי ישירה היא כנגד כל העולם ועקיפה היא כנגד אותו מקרה ספציפי. ביהמ"ש אומר שהמסלול הנכון הוא עתירה מנהלית ולא ייצוגית. למה? אם תזכה בעתירה מנהלית מישהו אחר ירוץ להגיש את התביעה הייצוגית בשביל הכסף, הרי בעתירה מנהלית אין גמול ושכ"ט אלא רק בייצוגית. ביהמ"ש אומר שהוא יגביל את התקיפה עקיפה ורק במקרים מאוד חריגים נאפשר תקיפה עקיפה, נניח כאשר אין אפשרות להגיד עתירה. ביהמ"ש לא מוכן לתת תחולה רחבה בתביעה ייצוגית כי זאת לא המטרה של תקיפה עקיפה לייצג אנשים רבים.

**שיעור 8, 24.12.2020**

**נושא 7 לסילבוס: חלוקת פיצוי לחברי הקבוצה - מנגנונים והגשמת מטרות ההליך**

**סעד בעין, סעד הצהרתי וחישוב הנזק**

סעדים שונים בתובענה הייצוגית

* **התביעה הייצוגית כאוסף של תביעות אינדיווידואליות:** עולה השאלה של הזכאות האינדיווידואלית, גם אם מוכיחים את העילה הקבוצתית, יש קושי אמיתי בהוכחת העילה האישית. אפילו אם הייתי מוכיח שיש עילה שרלוונטית לכל חברי הקבוצה, ויהיה אפשר להוכיח שלכולם יש נזק שקשר סיבתית לעילה, אבל הנזק הוא לא אחיד, אני עדיין סובל מקושי שנובע מהוכחת הנזק.
* **בסעדים בתביעה אינדיבידואלית** יש קושי בהוכחת העוולה וקושי בהוכחת הקשר הסיבתי.
* פתרון לבעיית הנזק האינדיווידואלי **ולקושי להוכחת הנזק** הוא מתן פיצוי כללי לקבוצה. פתרון אחר שעומד על הזכות של הסעד האינדיווידואלי הוא להגיד אם יש כוח לאמוד את הנזק האישי, יוזמנו חברי הקבוצה, ייערך בירור ולכל אחד יינתן פיצוי לפי הנזק שלו. פתרון שלישי יגיד שמאחר והפיצוי הממוצע שווה לנזק הממוצע - אפשר לתת גם את הפיצוי של התחשיב האוטומטי של הנזק. אם אכפת לי מגישה שלהם לבתי משפט אולי צריך לתת סעד הצהרתי - ופיצול סעדים. נותן לו גישה לבית המשפט - מתחילים עם סעד הצהרתי, ומשם כל אחד ימשיך בעצמו.

אם כך, מספר פתרונות לבעיית הקושי בהוכחת הנזק:

* + - * 1. יעיל והוגן - פיצוי כולל
				2. סעד הולם - פיצוי אינדיבידואלי
				3. הרתעה - פיצוי ממוצע שווה לנזק הממוצע (פיצויים לדוגמא ופיצויים ללא הוכחת נזק - 20(ה). שלילה של פיצויים ללא הוכחת נזק היא בתביעה אינדיבידואלית צריך לתקן בעיה של תת אכיפה - כי מעט אנשים תובעים אז נותנים לו פיצוי אקסטרה (עידוד אנשים להגיש תביעות והרתעת המזיק - בכך שהוא משלם יותר מהנזק שגרם בפועל). אבל, בתביעה ייצוגית, מתביעה של נזק אמיתי, הפכנו לתביעה מאוד לא סבירה שעלולה ליצור הרתעת יתר, לכן בפיצויים ללא הוכחת נזק זה יותר קשה, כי זה אמור לשקף את הנזק האמיתי - בתביעה ייצוגית יש אנשים שלא סבלו מנזק אמיתי. עדיין לא פותר את הקושי בתביעות ייצוגיות של אפליה, כמו של קול ברמה - שם זה פיצוי ללא הוכחת נזק של אפליה, אבל לא כל הנשים ניזוקו מזה באותה המידה. גם אם הנזק אחיד, יש קושי לאמוד את הפיצוי. בחוות הדעת שניתנה שם ע"י יופי תירוש ויפעת ביטון - הם העריכו את הנזק מתיקי אפליה. הפתרון לקוי כי הסתמכות על הפסיקה שפסקה לפי הסדר של פיצוי ללא הוכחת נזק בחוק, עוקף את הדין שאומר שלא לתת פיצוי ללא הוכחת נזק. דה פקטו זה כמו להחיל את הסדר הפיצוי ללא הוכחת נזק. איך מתגברים על האיסור של פיצוי ללא הוכחת נזק? מציאת מנגנונים אחרים (א התעלמות - לא מכבד את החוק) - מנגנון של פורת ובן שחר, לפיו מאפשרים לאנשים לבחור לבין פיצוי לבין סעד בעין, שלא ישולם להם אבל משקף את הנזק הלא ממונים שנגרם להם - יכול להיות טוב במנגנונים מתאימים, כמו המקרה הפרדיגמטי של פולקסווגן.

פתרון אחר:

* + - * 1. גישה לבית המשפט - סעד הצהרתי ופיצוי סעדים.

**אפשרויות נוספות:**

* + - * 1. תיקון המעוות/ צו עשה -
				2. סעד לעתיד/צו מניעה -

כלומר התגברות על האיסור של לתת פיצוי ללא הוכחת נזק בתובענות ייצוגיות היא לא לבקש פיצוי אלא צו עשה, סעדים הצהרתיים, סעד לעתיד או צו מניעה (סעד שאוסר על בנק להמשיך לבצע פעולה אסורה למשל) - דרכים שהם אומרים שקשה לי לאמוד את הנזק אז לא אתן פיצוי - זה לא חכם כי זה שולל את הפיצוי שאנשים רוצים לקבל. לכן צריך בכל זאת איך אנחנו מפצים את חברי הקבוצה:

**פיצוי דורש למעשה שני שלבים:**

1. **פיצוי אינדיבידואלי מול פיצוי לקבוצה, בפסק דין ובפשרה -** יכול לעזור בפיצוי בנזק של אפלייה: הווילינגנס טו פאי או ווילינגנס טו אקספט. למשל - רוצים ללמוד משפטים בבר אילן - מוכנים לשלם על זה וולינגנס טו אקספט, זה הסכום שאומר שאני מוכנה להפסיק ללמוד תמורתו. אם אומרים שלא - אז הסכום נמוך מדי. הכום הזה זה הווילינגנס טו אקספט. השאלה היא כמה אנשים היו מוכנים לשלם כדי להפסיק את התחושה הקשה. למשל, כמה אישה הייתה מוכנה לשלם כדי לעלות ברדיו ולדבר. הסכום הכלכלי הוא ששווה את הנזק - יש בעיה באמידה הזו, כי לאנשים יש אינטרס, אבל לכלכלנים יש דרכים לאמוד את זה. אולי זה לא מדויק מאוד, אבל זה יותר מדויק מכלום. התפיסה הבסיסית נשמעת נכונה אינטואטיבית, אבל יש על השיטה הזו ביקורת.
2. **מנגנון חלוקה של פיצוי לקבוצה, והכרעה בין הקבוצה לסכום -**

**הוכחת הזכאות לסעד ותשלום פיצוי כספי**

20.    (א)  הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1)   על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2)   על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;

(3)   על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א; בית המשפט ייעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה; נוכח בית המשפט כי העברת הכספים לתחום קרוב כאמור אינה מתאפשרת בנסיבות העניין, רשאי הוא להורות כי הכספים ייועדו לתחום אחר, הקרוב ככל האפשר לנושא התובענה.

הסעיף חשוב וקובע איך בתי המשפט פוסקים פיצוי. בית המשפט רשאי לתת פיצוי או סעד כספי אחר לחברי הקבוצה, ולהורות על פיצוי אינדיבידואלי או על פיצוי כספי בסכום כולל, ואופן חישוב לחלקו של כל חבר קבוצה. למעשה, יש לנו שלושה מנגנוני פיצוי בסעיף 20(א):

* + - 1. תשלום פיצוי כספי לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו
			2. כל חבר קבוצה יוכיח גם זכאות וגם נזק אינדיבידואלי
			3. סכום כולל לכלל חברי הקבוצה באופן שמתיישב עם הראיות שהוצגו לבית המשפט

הדרך הבסיסית ביותר שמגשימה את התובענה הייצוגית כאוסף של תביעות אינדיבידואליות זה תשלום אינדיבידואלי (20(ב)). בהקשר הזה צריך להבין את הקושי שעולה ממנגנון הוכחת הנזק האינדיבידואלי, שכרוך בעלויות של מימוש המנגנון. שני פסקי דין שמנגישים את הבעיה:

**בעיית חלוקה לחברי הקבוצה**

**הדרך הבסיסית ב יותר שמגשימה את התובענה הייצוגית כאוסף של תובענות אינדיבידואליות הוא סעיף 20(ב) :**

**מנגנון הוכחת נזק אינדיבידואלי:**

* **פס"ד יפית סילווה נ' בנק לאומי -** שני דברים שיוצרים קושי: - תשלומים שהחייב מחייב מפחיתים מהחוב, והוצאות גבייה - שלחתי לחייב מכתב התראה שעלה לי כסף, אני לא רוצה לשלם את הכסף מכיסי אלא אני רוצה לגבות את זה מהחייב, לגבות מהחייב את ההוצאות האלה. אם נפתח תיק הוצאה לפועל, אפשר לחייב בהוצאות האלה רק באישור הרשם של הוצאה לפועל. בנק לאומי מנהל חשבון בבנק ובחשבון ההוצאה לפועל, הוא גבה את הרישום לחייבים לפי הרישום בבנק ולא לפי הרישום של הוצאה לפועל, כך שחייבו בהוצאות שלא אושרו על ידי הרשם. לכן החוב היה מותר מהחוק החוקי. במקביל היו חובות שאושרו להם לגבות על ידי הרשם של הוצאה לפועל, והבנק התרשל ולא כלל אותם בחיוב. זה אומר שלכל חייב גבו הוצאות שהיו אסורות בדין ולא לקחו ממנו חוב שהיו יכולים לקחת. כל הדיון הוא על גובה החוב - חייבים 50 או 30 אלף שקלים. בשביל לבדוק את החיוב האמיתי, צריך לבדוק את החיוב של כל אחד מהחייבים, וכל הפרוצדורה מסביב. הבנק טען שעלות הבירור היא אלפים רבים של שקלים רק בשעות עבודה, לכל אחד מהלקוחות ואילו הנזק המקסימלי לכל לקוח - הוא פחות מההוצאה הזו. הנזק של החייבים הוא לא אלפי שקלים כי רובם כבר ככה בחוב של 50 אלף שקלים לבנק, אם הם לא מסוגלים לשלם לבנק אז הם גם לא ישלמו אותו - בסוף הבנק יגיע להסדר, יבקש סכום מסוים ויעיף אותו. בפועל האנשים משלמים רק חלק קטן מהחוב שלהם כך שממילא הנזק הוא קטן.
* **פס"ד פלג נ' פריגו (אלטרוקסין) -** הקושי שנוצר מזה שלא יודעים כמה יעלה לכל נתבע להוכיח את הנזק שלו. לא יודעים לאמוד את העלות של כל אחד. הליך פשרה, בו החברה שמוכרת את תרופת האלטורקסין על נזקי גוף שנגרמו עקב שינוי בהרכב של תרופת אלטרוקסי. הם קובעים מנגנון להוכחת נזק אינדיבידואלית, מעל 2.5 מיליון שקלים, הוועדה שמונתה קבעה שצריך סכום עצום בשביל עלות הוכחת הנזק - 24 מיליון שקלים רק להוכחת נזק אינדיבידואלית.

**בעיה נוספת שיכולה להיות זה באיתור התובעים:**

יש הרבה חברי קבוצה ובהרבה תביעות אין שום דרך לדעת מי הם. יש תביעות בהן זה קל:

**איתור התובעים**

* **הראל פיה נ' לנדמארק -** פיצוי אוטומטי לחשבון הבנק, הדרך שנקבע לאתר את התבועים הוא באמצעות פיצוי אוטומטי - זכאים כל מי שרכשו נייר ערך בתקופה מסוימת (על הטעיה בניירות ערך). כסף שנכנס אוטומטית לחשבון.

**בעיה קשה יותר בחישוב נזק בדיעבד, כאשר הנזק הוא אמורפי וכשלאנשים יש אינטרס:**

**חישוב הנזק בדיעבד, כאשר קיים אינטרס:**

* **ראבי נ' תנובה -** לא היינו אומרים שרוצים לפצות רק את אלה שלא מוכנים לשתות מהחלב אם יש בו סיליקון. כל מי שהיה מצהיר על זה והיה זכאי לקבל פיצוי של 250 שקלים - מי לא היה מצהיר? הרי קיים אינטרס להצהיר אם בונים על אמון.

**עלות חישוב הנזק:**

* **פיצוי אינדיבידואלי בקירוב** - פיצוי לפי ממוצע (אפשר לעשות סקר, אראה מה הנזק הממוצע שנגרם לאנשים, ואז לא אתן פיצוי אחיד אלא פיצוי לכולם לפי אותו מנגנון) אפשר גם פרוקסי לנזק: בגלגול הראשון בפשרה בעניין **סילוורה נ' בנק לאומי** היה לתת 5% מהחוב שיש בבנק כפיצוי. מונה מומחה לבדוק את הסכם הפשרה, אמרו שהפרוקסי חמוד אבל הוא רע - בדקו תיקים במדגם אקראי, מצאו שהנזק לא תלוי בגובה החוב. כלומר הבנק גבה ביתר של 800 שקלים בממוצע, בין כאלה שהיו חייבים 200 אלף שקלים לבין כאלה שהיו חייבים 20 אלף שקלים. לכן ההסכם שונה לכך שזה יהיה סכום אחיד. מצא גם שהפיצוי גבוה פי 10 מהנזק בפועל, והבנק הגיע להסדר עם סכום גבוה של פיצוי פי 10 היה עדיין יותר נמוך מעלויות הבירור של הנזק האינדיבידואלי. בסוף - בסוף בית המשפט פסק פיצוי אחיד בגובה מאוד משמעותי.

**פיצוי לקבוצה**

**פתרון אחר לנזק אינדיבידואלי הוא פיצוי לקבוצה**

* הפתרון להוכחת נזק אינדיבידואלי הוא פיצוי לקבוצה. עדיין לא פותר את כל הקשיים כי עדיין יש צורך לחלק סכום. הבעיות הרבה פעמים יישארו זהות. למשל: פס"ד אינטרטרייד, תביעה נ' פלאפון שנקבע בה פיצוי לפי נזק שנגרם בפועל, כשעלות הנזק הייתה 20 שקלים והעלות של מציאת חבר הקבוצה היה מעל 20 שקלים. לכן מנגנון הפיצוי עצמו גבוה מהסכום המשולם, בפסק דין סלקום - מנגנון הפיצוי עצמו גבוה מהסכום המשולם - בעניין פתאל נ' סלקום, הייתה החלטה להחזיר את כל הכסף שנגבה ביתר - פסק הדין קבע צ'ק בדואר לכל חברי קבוצה. סלקום לעומת זאת, אומרת שהעלות של הצ'ק והבול גבוהים מהסכום שנשלח לעומת הפיצוי (למשל חברי קבצה שרק חודש אחד סלקום גבתה מהם גביית יתר) . אפילו עלות הפקדת הצ'ק בבנק גבוהה מהשווי של הצ'ק - הוא יפסיד את הסכום עכי להפקיד את הצ'ק עולה יותר. לא יעיל כך לחלק את הכסף אפשר לחשוב על מנגנונים זולים יותר לחלוקת כסף - בדיון על הקוי מהדרין, מע"מ על שיחות בחו"ל, כשבאותו עניים מגיעים הצדדים לפשרה - החזר של כספים דרך חשבון הטלפון. למה זה מעניין? כי זה היה לפני 15 שנים, ורוב הלקוחות החליפו חברות.

כך,, למעשה זה לא באמת פתרון: מעביר את כל הקשיים מהפיצוי האינדיבידואלי לחלוקת הפיצוי של הקבוצה:

 העלות של איתור וחלוקה גבוהים מהסכום (אינטרטרייד נ' פלאפון)

מנגנון הפיצוי עצמו גבוה מהסכום המשולם (סלקום)

קבלת התשלום גבוהה מהפיצוי (סלקום)

אפשרות להתמודדות: החזרת הפיצוי לנתבע

* לתת פיצוי רק לאלה שהיה להם נזק מעל חמישים שרלים (נדחה בסלקום)
* הנתבע מפקיד כסף לקופת החלוקה ומה שנשאר חוזר אליו - לא בהכרח מופרך
* למשל, קופונים - קופונים שלא מומשו הם כסף שנשאר אצל המפצה, בידי הנתבע. גם אם עושים מימוש מלא של קופונים, זה יכול לקרות: 50 ₪ ברכישת ספר בצומת ספרים, אם כל חברי הקבוצה עושים קופון כזה, הספר עולה הרי מעל 50 ₪, הם משלמים חלק מהספר, ואפילו יכול להיות שזה ספר שהוא רצה לקנות - אבל זה משפיע להם על החלטת הקנייה - במקום להתלבט אם לקנות בסטימצקי או בצומת ספרים, הם בטוח יקנו בצומת ספרים - והיא מפסידה פחות מחמישים על כל קופון כזה שהיא נותנת. בפועל בתביעות קופונים המימוש הוא לא מלא, בממוצע, בתביעות שמעניקות קופון הנחה לעתיד, יש מימוש של 10% ל מימוש הקופונים - הנתבעים גם רוצים ללכת לכיוון של קופונים בגלל שיעור השתתפות נמוך. לכן זה לא מממש את אף אחת מהתביעות הייצוגיות (אין הרתעה, לא הדרך היעילה - ולא מממש את שאר המטרות שהזכרנו בהתחלה).

**פתרון אחר: החזרת הפיצוי העודף לחברי הקבוצה פרו ארטה**

נניח שאיתרנו 300 אלף חברי קבוצה מתוך מיליון, עם סכום פיצוי כולל שנחלק ל-300 אלף. כלומר נחזיר את הסכומים העודפים לחברי הקבוצה שאותרו. סעיף 20(א)(3) כאילו מאפשר את זה, אבל עד למלוא הפיצוי ולסעד המגיע. כלומר נניח יש מיליון חברים שכל אחד ניזוק ב-200 שקלים. לפי הסעיף הם לא יכולים לקבל את יתרת הסכום כי הם כבר קיבלו פיצוי מלא. למה זה קיים? לפי ההסדר בסעיף 20(ד)(1) שאומר אם רשות מרשויות המדינה נתבעת והיא צריכה לשלם פיצוי אז אפשר להפחית מהפיצוי אם חושים שה יפגע בתפקוד של הרשות. אותה הגנה חלה גם על נתבעים בסעיף קטן 2. משכך, יש סמכות הפחתה.

דרך אחת להסביר את סעיף 20(ד)(3) - בגלל שהתביעות תמיד בסכומים משמעותיים, יש סמכות הפחתה לבית המשפט. כך, בחלוקה מחלקים למי שאותר את הסכום שנקבע, בכך אין פיצוי יתר.

דרך שנייה להסביר את סעיף 20 (ד)(3) - הסעד הוא מנופח. כי הסעד המגיע הוא הסעד שנתבע, אבל אם הוא משמעותי ולא באמת רלוונטי לנזק, אפשר לתת פיצוי בשיעור נמוך יותר לקבוצה, ובכל אופן לחלק לחברי הקבוצה שיאותרו במקסימום בסעד שנתבע.

**זה הרעיון של חלוקה לקבוצה פרו ראטה.**

* ההמלצה של ה-ALI **-**
* מטרות התובענה הייצוגית
* סעיף 20(א)(3) - חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום... עד למלוא הפיצוי או הסעד המגיע" (טעות"
* הסבר לאור הסמכות להפחית את הפיצוי, בסעיף 20(ד)
* הסבר אחר - הסעד הנתבע ה"מנופח" -

**אפשרות נוספת: העברת הפיצוי לאוצר המדינה**

* העדפת המחוקק בעבר (עד לתיקון של 2016) (ברירת מחדל)
* יעילות - יתרון, יעיל מאוד, העברה אחת בלי הרבה כאבי ראש
* הרתעה - יוצר הרתעה, כי הנתבע משלם את כל הנזק שהוא גרם.
* מטרת הסעד - מתי כן? מתי לא? לא משלים את מטרת הנזק לנפגע. בכל זאת אפשר לחשוב שלפעמים זה כן יותר סעד הולם. למשל: בתביעה של כולם נגד כולם - אם רוצים לתת כולם סעד, המשמעות של לתת למדינה, והיא צריכה לגבות פחות מיסים, כולם מרוויחים בעקיפין, אז זה כן מגשים את הסעד. דוגמא נוספת: העוולה גרמה לבעיה מסוימת שהמדינה אחראית עליה (למשל: נזק באיכות הסביבה בפארק) המדינה כאחראית על זה, היא הגוף לטפל בזה. פתרון אחר: כל מי שאותר - יקבל את הפיצוי בפועל, וכל השאר ילך למדינה. המחוקק קבע שהתובע לא יקבל יותר מהנזק שנגרם לו - אחרת זה גם לא סעד הולם.
* הבעיה - מס אישי לחברי הקבוצה - מס תביעה ייצוגית, מיסוי על מאה אחוז ממה שהגיע מהתביעה. זו המשמעות של העברה לאוצר המדינה.
* השפעה על התמריצים של המדינה - ברמת התמריצים למדינה - אם מישהו עלול לזהם, היא אומרת כמה שווה לה לעצור אותו - אם היא תתחיל לרדוף אחריו זה דבר אחד, אבל אם יהיה תובע פרטי - היא תקבל כסף, אז אם הכלל אומר שאת כל הכספים יעברו למדינה, ייפגע התמריץ של המדינה לעצור את העוולות האלה.
* מחשבה נוספת על הדיון (שלא ערכנו) ביחס למערבות המדינה בתובענות (כישלון בפיקוח) - החשש בפעילות התמריצים עלול לגרום למדינה לפעול בצורה לא יעילה. אנחנו לא רוצים בזה. לכן יש עדיפות להפריד את זה, בעבר זו הייתה ברירת המחדל עד 2016, ובתיקון 10 זה בוטל לגמרי מהסיבה הזאת. אפשרות נוספת: הנחות - קרן גמישה והסדרי הנחות

בתביעת חלב - אפשר להניח שמי ששתה חלב של תנובה בעבר הוא מי שישתה חלב של תנובה בעתיד. (התנהגות עבר לפי הפסיכולוגיה היא המנבא הכי טוב). במצב כזה נבקש תקופה מסוימת שבה תהיה הנחה על החלב. זה הוצע ומדורבן בתביעות הגבלים של תחרות כלכלית - בתביעות מחיר מופרז או קרטל (עילה שקיימת בחוק הישראלי ובדין האירופי, מונופול שקובע מחיר גובה מהמחיר בשוק), הוא צריך לשלם לניזוקים את הפער בין המחיר האסור הגבוה מדי לבין המחיר שהוא היה צריך לשלם בתנאי תחרות. לא יודעים אבל מי האנשים האלה ששילמו מחיר מופרז על מוצרים אלה. איך מאתרים אותם? אני אחיים את קוקה קולה למכור בזול - ככה הגענו לכל מי שקרה, יצרנו הרתעה אופטימלית, הגענו לחברי הקבוצה בקירוב. הבעיה היא שזה לא רק כמו דוגמת הקופונים של צומת ספרים, אלא שזה לא שכיר. קופונים אפשר לכאורה למכור ועדיין להרוויח. המשמעות שזה רק בהנחה, זה שאנשים שקודם לא היו קונים קולה - הנחות יוצרות עיוות, והמשמעות היא השמדה של התחרות בשוק. הוא משלם פיצוי אבל הוא מקבל הטבה בדמות שחקן בודד בלי תחרות - נותן רישיון למחיר טורפני מחיר נמוך מדי, פעילות אסורה לפי חוק התחרות הכלכלית. אלה הבעיות בקביעת הנחה. בארה"ב וגם בישראל, היה מנגנון חלופי שהציע סי פרס - דוקטרינה חוזית של ביצוע בקירוב - למשל אי אפשר להשיב ולתת הנאה לאנשים מהנזק שגרמתי ליער שליד הבית שלהם, אני אדאג להקים יער חלופי ליד הבית שלהם. תרומה לארגון. זה לא נותן פיצוי לחברי הקבוצה בכספי, אבל זה נותן פיצוי בעין ומגשים את המטרות שהם רצו לשרת. אם זה בסכום משמעותי נותן גם הרתעה. בתקופה מסוימת זה היה השיא בישראל במנגנון תרומות. פעם זה גם היה מאוד פתוח עד 2016, שזה גרם גם לכל העיוותים הרעים במנגנון התרומות: בתיה משפט פירשו את האינטרס בצורה מאוד רחבה - תרומה לנזקקים בתביעה על התעללות בבעלי חיי - הקשר הלך ונפער: שופטת פסקה שנזק מגביית יתר מחברת ביטוח יינתן לצער בעלי חיים כי ברור שכל האנשים שעושים ביטוח לבית גם אוהבים כלבים - אין שום קשר ביניהם. היד החופשית לשופטים יצרה גם פער גדול בין תביעה לסעד שניתן. קם גם חשש בארה"ב למשל ששופטים מקומיים היו מעבירים כספים בהתאם לבחירות - תרומות לתורמים שלהם לקמפיין בחירות שלהם - חשש אמיתי לשוחד, או בכלל תרומות לעמותות שלשופטים יש להם אינטרס בהם. בארץ היו כתבות מסוימות על השופטת ברון ביחס לתביעות נגד מפעל הפיס בהם היא פסקה שיש לדחות תביעות נגד מפעל הפיס כי הוא עושה דברים חשובים, הבן שלה נהרג ואחרי שהוא מת היא הקימה עמותה בתמיכת מפעל הפיס, כך החשש שיש החלטות פסולות שהיא שופטת את מפעל הפיס - החשש הוא קיים.

הפתרון של שי לביא - במקום לתת פיצוי לכל אחד, לאתר כמה מהם, נגריל ביניהם סכום תביעה גדול בהרבה מהנזק שלהם. היתרון - במקום לחלק לחמישים אל איש, נחלק רק ל5000, נאפשר להם לסחור לזכות ואז הם מקבלים סעד הולם.

הפתרון של פורת ובן שחר במאמר שלהם - במקרים בהם הנזק הוא לא ממוני הם מבקשים למצוא משהו כוא ב לניזוק שאיתו הוא מתקן את הנזק. במכוניות - מכרו מכוניות מזהמות במסווה של מכוניות ירוקות - ואלה שרצו לקנות מכונית ירוקה זיהמו. לחלקם נגרם נזק לא ממוני כשהם זיהמו כשלא רצו לזהם. איך נדע להבדיל ביניהם: היתרי פליטה שפולסווקן תקנה, וכך היא תפחית פליטה של מזהמים - היא תקנה היתרים אבל היא לא תעה בהם שימוש. פתרון שלא מתאים לכל מקרה, למשל - לא מתאים למקרים של פגיעה בפרטיות.

**שיעור 9, 31.12.2020 - דוד**

**נושא 8 לסילבוס: הודעה, יציאה מהקבוצה ומעשה בית דין**

1. הודעה

**הודעה לחברי הקבוצה**

פס"ד בר - למה עניין בר הוא ערעור על פרוצדורה? היה תביעה ייצוגית על אופן חישוב ריבית בתיקי ביטוח, ומה שהיה ייחודי באותו מקרה שהיה תיק מוקדם יותר של הסכם פשרה שכלל הסדר לעתיד ובעצם התביעה נוגעת להסדר שנקבע לעתיד. התנאי בהסדר הפשרה קבע משהו לעתיד והם מגישים תביעה ייצוגית שבהסדר פשרה נוגד את הדין והשאלה היא אם יש השתק או אין השתק.

בסוף הדיון נאמר שהיה פגמים בהליך הקודם שגרמו לכך שלא יהיה מעשה בית דין בהליך הנוכחי, אחד מהדברים זה שלא ניתנה הודעה לחברי הקבוצה. האישור של הפשרה היה פגום כי לא הייתה אפשרות לצאת מהקבוצה ולכן לא היה מעשה בית דין כלפי אותם שרצו לצאת מהקבוצה ולכן ניתן לתבוע שוב. המשמעות היא שאפשר לערער על הליך פגום ע"י הגשת תביעה ייצוגית נוספת ולא ע"י ערעור לערכאה גבוהה יותר..

החוק קובע בס' 25 על הצורך לפרסם הודעה לחברי הקבוצה. על מה צריך לפרסם הודעה? על החלטה לאשר הסתלקות, לאשר מינוי של תובע חלופי או בא כוח חלופי לאחר הסתלקות ועל האפשרות למחוק תובענה ייצוגית, על החלטה לאשר הסדר פשרה, את פס"ד של בית המשפט וכל הודעה אחרת שנדרש מביהמ"ש.

מזה פס"ד של בימ"ש ב25(א)(5)? או דחיה של בקשת האישור ופסק הדין בסוף ההליך אחרי שאושר (הפניה לפסק הדין או את עיקרי הדברים וביהמ"ש אומר מה חשוב לפרסם, בעיקר מהו הסעד ואיך ניתן לקבל אותו, כנ"ל גם את הסדר הפשרה אם היה כזה).

למה צריך לפרסם בקשה להסדר פשרה? כדי לשמוע התנגדויות מניזוקים שונים ואם ביהמ"ש מתרשם שהפשרה לא טובה אז שידחה אותה. אם ביהמ"ש חושב שמבקש מגיע להסדרים לא טובים לקבוצה אז מעבר לכך שהוא לא מקבל את הסדר הפשרה הוא מדבר על כך שהייצוג לא הולם ויכול להיות שיהיה מקום להחליף ייצוג באופן אקטיבי אם תובע אחר מבקש אישור לתבוע ייצוגית.

פרסום על בקשה להסדר פשרה מאפשרת לצדדים גם לצאת מהקבוצה אך אין להם סיבה לצאת בשלב הזה מהפשרה, כי אם הם רק מתנגדים להסדר הם יגיעו להסדר טוב יותר. כאשר ההתנגדות מוצלחת ביהמ"ש יכול לפסוק למתנגד גמול.

למה לפרסם את האישור שניתן לתבוע ייצוגית? לכאורה אנחנו כבר באמצע ההליך ושלב הוכחות גדול כבר מאחורינו, לכן זה פחות בשביל קבלת ראיות. בנוסף, אנחנו לא מפחדים שמישהו יגיש שוב תביעה כי זה כבר מפורסם בפנקס התביעות הייצוגיות. אלה אנחנו רוצים לאפשר לאנשים לצאת מהקבוצה בשלב שבו הם קיבלו אישור לייצג אותי, והמועד הוא בשלב קבלת האישור לייצג את הקבוצה בתביעה.

איך נפרסם את ההודעות? ביהמ"ש מאשר את הנסח וההודעה צריכה לכלול את הדברים הבאים:

1. עיקרי ההחלטה
2. הפנייה למקורות אחרים שניתן לעיין בנוסחם המלא.

אופן הפרסום והמועד של הפרסום הוא לפי מה שקובע ביהמ"ש (סעיף קטן ה) : מיקום המודעה, גודל הפונט, באיזה שפות, באיזה עיתונים וכו'.

1. יציאה מהקבוצה

**יציאה מהקבוצה**



ס' 11 א – קובע הסדר לצאת מהקבוצה כאשר אושרה הבקשה ניתן להודיע בתוך 45 יום שאני לא חלק מהקבוצה.

ס' 19(ד)(1) – הסדר פשרה בבקשת האישור עושה 2 דברים. 1. הסדר פשרה שיוצר פס"ד בהליך העיקרי. 2. מעשה בי"ד– **שעה 16:51 להסתכל.** מתי ביהמ"ש ירצה לקבוע תנייה לפי ס' 19? אם הסדר הפשרה ניתן בשלב בקשת האישור הוא לא חייב, הצדדים בכל מקרה צריכים לאפשר יציאה מהקבוצה ולכן ביהמ"ש לא מוסיף כלום בעצם. אך כאשר עברנו את השלב הזה, ביהמ"ש מפחד שיש אנשים שירצו לצאת מהקבוצה כדי לתובע לבד, לכן צריך לכלול בזמן הפשרה אפשרות לצאת מהקבוצה ועליהם לא יכול מעשה בי"ד, וזה הפחד בגלל שכבר היה אישור לתביעה ייצוגית וכיוון שהם חלק מהקבוצה לכאורה היינו סוברים שכן יחול עליהם מעשה בי"ד, וזה החשיבות של ס' 19(ד)(2). למה בחוק מאפשר לצאת מהקבוצה בשלב הסדר הפשרה? מחשש שהמייצג מוכר אותנו, אבל אם הוא מוכר אותנו למה ביהמ"ש מאפשר את ההסדר? למקרים שבהם הקבוצה הטרוגנית מאוד ויש הבדלים גדולים בין חברי הקבוצה כך שלחלקם לא שווה להישאר בקבוצה אחרי שהם ראו כמה הם יקבלו לעומת הנזק שנגרם להם.

מה הבעיה עם יציאה מהקבוצה? האם יש כאן נזק להליך הייצוגי?

תחשבו על עולם שבו יש עו"ד שמנהל הליך בלתי נסבל ארוך ומייגע, הוא מביא בקשה לאישור הסדר הפשרה ומציע לחברי הקבוצה את כל הראיות שהוכחו, והוא עושה את כל העבודה מצפייה לקבל שכר בסוף מהשכר שיינתן לחברי הקבוצה. אך יש חברי קבוצה שירצו לצאת מהקבוצה כדי לקבל סעד גדול יותר.

החשש בארה"ב אפילו חמור יותר כיוון שהמערכת משפט שלהם המחולקת לכל מדינה באופן אישי ולשני סוגים פדרליים ומדינתיים יגרום לעו"ד לשכנע אנשים לצאת מהקבוצה ולתבוע אישית וכך השכר לעו"ד יהיה קטן ביותר. לכן ג'ון קופי אומר שברגע שאתה רוצה לצאת מהקבוצה רק בשלב של הסדר הפשרה עליך לשלם מעין מס שכר לעו"ד.

בישראל כאשר מדובר בתביעות ללא הוכחת נזק כדי להם לכאורה לצאת בשלב מוקדם אך עדיין ההליך יעלה להם כסף ולכן יש יתרונות וחסרונות.

1. מעשה בית דין כלפי התובע המייצג

ביחס לתובע בבקשת האישור, המבקש היה נדרש להגיש תביעה אישית ובקשה להפוך אותה לתביעה ייצוגית (עד שנת 2006). עם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות נקבע שתובענה ייצוגית נפתחת בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בלי תביעה פרטית. לכאורה במצבים הללו, התביעה הפרטית של חבר הקבוצה לא נדחית כי היא מעולם לא הוגשה, ולכן דחייה בבקשת אישור לא אמורה להפיל שום סנקציה נגד חבר הקבוצה. אבל בתי המשפט במסגרת הדיון בס' 14 דנים בחלטה בבקשת אישור בעילה של חבר הקבוצה כאשר הם בוחנים אם הוא חבר קבוצה ראוי. בהחלטה בפס"ד בר יש החלטה שיש עילה אך ביהמ"ש דוחה את הבקשה ביחס לכל הקבוצה כי לא הוכח שיש קבוצה. בעניין הזה לכאורה אמור להיות סעד למבקש, בפועל המבקש יש לו הכרעה בפלוגתה בינו ובין המשיב אך אם הוא רוצה סעד הוא צריך להגיש תביעה פרטית.

בכיוון ההפוך זה לא המצב, אם ביהמ"ש קובע שאין עילה אישית אז התביעה האישית נדחית והוא לא יכול להגיש גם תביעה ייצוגית, אלא מישהו אחר צריך להגיש את הייצוגית כי אין נגד מישהו אחר מעשה בית דין אלא רק כלפי מי שנדחה בפועל.

1. מעשה בית דין כלפי הקבוצה

שטרן נ' וריפון – למרות שלא ניתנה לשטרן הודעה, הוא היה שותף בהליך וההליך נדחה, ולכן יש נגדו מעשה בי"ד אפילו שהיה פגם בהודעה כי בפועל הוא ידע על ההליך, ולכן פגם ההודעה כאילו לא נחשב.

יש מקום להבחין בין הסכם פשרה ובין פס"ד – בהודעה על פס"ד, המטרה היא לאפשר לאנשים להשתתף, בהודעה על הסכם פשרה, חשוב לאנשים לדעת כדי לקבל סעד וכדי לצאת מההסכם, מה שלא ניתן בשלב בו ניתן פס"ד (כי מה שביהמ"ש קבע זה סוף פסוק). אם לא יידעו על הסדר פשרה שללו את האפשרות לצאת מהקבוצה ולכן שללו את האפשרות להגיש תביעה אישית ולהימנע ממעשה בי"ד.

האם ביהמ"ש לא אמור לוודא שההודעה נעשתה כמו שצריך? לכאורה הוא כן, אך בוריפון ההודעה הייתה באמריקה ולכן יש בעיה בהודעה הזו, כי מצד השופטים בארה"ב זה תקין אך ביחס להודעה בישראל זה לא תקין.

1. מעשה בית דין כלפי צדדים שלישיים



ס' 24 לחוק – בפס"ד בר הוא אישר הסדר פשרה עם סעד לעתיד, בשם כל המבטוחים נגרם להם נזק עד שנת 2008 עם עתידית לשנת 2010. מוגשת תביעה ייצוגית על המבוטחים של שנת 2009-2012 והם לא היו בתביעה הראשונית, אך חברות הביטוח אומרת שכבר ניתן לגביהם פס"ד. ביהמ"ש פוסק שלא נמסר להם הודעה והם לא יכלו לצאת מהקבוצה כי הם לא היו "קיימים" משפטית בזמן פס"ד, לא ניתנה להם מעולם הזכות להתנגד, ולכן אם ההודעה מכשירה מעשה בי"S כאן היא כמובן לא תכשיר כי לא היה להם הודעה ולא היה להם יכולת להתנגד.

אך בכל זאת הייתה פשרה לאותם אנשים ע"י הקבוצה שתבעה. אז בכל זאת שואלים האם זה חוקי? נפסק שלא כי זה לכאורה לא ייצוג הולם ולא לטובת חברי הקבוצה בורה היעילה ביותר.

קבלה של הסתלקות ודחיה של בקשת אישור לא יוצר מעשה בית דין כי אין אף פעם קבוצה מיוצגת, לא יכול להיות שזה יוצר מעשה בית דין לפני מי שלא היה "משפטית" בעולם באותו זמן. לכן בתי משפט מקבלים פעמים רבות על בקשות שהקודמות שלהם נדחו או הסתלקו. אמנם אין מעשה בית דין אך בתי המשפט יודעים שזה עלול לפגוע בבקשה חדשה במסגרת יעיל והוגן כי אנחנו מודעים שבקשות קודמות נדחו. אין מעשה בית דין אך הקודמת נדחתה ולכן נדרש להראות בבקשה שיש דבר נוסף שלא נבחן בבקשה הקודמת כי אם לא היא עשויה להידחות על הסף מטעמים של יעיל והוגן.

**שיעור 10, 31.12.2021 -דוד**

**נושא 9 לסילבוס: שכר טרחה וגמול**

1. למה צריך מנגנונים לשכ"ט? למה צריך להתערב בזה?
2. מה ההתפתחות של המנגנון?
3. מה הדין אומר בפועל?

צריך מנגנון שיוצר תמריצים והם צריכים להיות אופטימליים בשביל הגשה וניהול של הליך תביעה ייצוגית. אם עו"ד לא היו מקבלים שכר לא היו תביעות, ואם הם היו מקבלים יותר מדי שר היו יותר מדי תביעות. לכן צריך לשאול מה התועלת מניהול הליך? הלקוח יקבל סעד כספי אם ינצחו בהליך, אם ההליך זוכה יכולה להיות תועלת גם לצדדים שלישיים שהם לא הלקוח והם יהנו מיידית מפסק הדין. כמו תביעה על מוצר פגום – כל מי שמחזיק במוצר הזה ישתמש בהכרעה לטובתו.

תועלת חברתית עקיפה היא השלכה על פעילות נתבעים. אותו נתבע שהפסיד בהליך של המוצרים הפגומים, יעשה recall למוצרים הפגומים ויבדוק את כל שאר המוצרים שלו. בנוסף, יצרנים אחרים שראו שהיצרן משלם פיצויים יבדקו גם הם שאין להם מוצרים פגומים כדי שלא ישלמו כספי פיצויים – זה נקרא התרעה כללית.

במטרות התובענות הייצוגיות הוא מתייחס למטרות הללו בנפרד – גם עזרה לחברי הקבוצה וגם הרתעה יעילה.

התועלת החברתית היא לפעמים גדולה הרבה יותר מהתועלת לחברי הקבוצה. גיל רון מספר על הליך שסלקום לא גבו תשלום על שירות מסוים ואז התחילו לגבות על השירות הספציפי 3 שקלים והתביעה היא על 3 שקלים. מה התועלת מהליך? לתובע הספציפי זה קבלת תשלום עבור נזק שנגרם לו, התועלת החברתית הישירה היא כל הקבוצה שקיבלה פיצוי, אך התועלת העקיפה שכל החברות שמקיימות איתנו מערכת יחסים לומדות שאם הם אמרו לנו שמשהו בחינם אסור להם להתחיל לגבות עליו כסף, וזה שווי אדיר! הרבה יותר מהקבוצה שקיבלה פיצוי מסלקום.

אל מול התועלות בניהול הליך משפטי עומדת העלות של ניהול ההליך שהיא עלות הזמן של העו"ד של שני הצדדים. איך מתמודדים עם העלות החברתית של הקשב השיפוטי (העלות של ביהמ"ש)? ע"י תשלום אגרה. האגרה מתאימה את עצמה (ניתן לבקש החזר של אגרה) לפי משך המשפט. המשמעות היא שהאגרה היא מנגנון כפול הן להפנים את העלות החברתית של ההליך השיפוטי וגם לתמרץ אותו לנהל את ההליך באופן יעיל.

ניתן לראות זאת גם בתביעות ייצוגיות שהיו שם המון תביעות סרק כי לעו"ד שהם תובעים ייצוגיים אין עלות בהגשת ההליך וניהולו ולכן יגישו מאות בקשות.

בהליך הייצוגי יש לו מאפיינים ייחודיים כי התועלת ללקוח הספציפי ביחס לגודל הליך הוא אפסית. אך התועלת החברתית לכל הקבוצה היא גדולה כי יש המון אנשים שהולכים לקבל כסף.

מה שמעניין בעלות ניהול הליך ייצוגי זה שכ"ט, מי שנושא בעלות לאורך ההליך זה לא הלקוח. מי שנושא בעלות של ניהול ההליך הוא רק עורך הדין.

**מי נושא בהוצאות ההליך**– בישראל בכל סוגי התביעות זה תמיד הלקוח, לעורך הדין אסור לשאת בעלויות של מומחים או של הפקת ראיות. בארה"ב המצב שונה ועורך הדין יכול לשלם עבור הכל חוץ מלתת מקדמה ללקוח על בסיס הזכייה שלו בתיק. זאת אומרת שהלקוח יודע שהוא ישלם הרבה כסף בשביל הוצאות הליך. ולכן צריך לתת לו תמריץ כדי שהוא ירצה לתבוע וזה הגמול.

הבעיה היא, שצריך ליצור תמריץ לעורך הדין לנהל את ההליך וללקוח שמשקיע כסף בעלויות ההליך (לפעמים הלקוח הוא רק תירוץ כדי שהעו"ד יוכל לתבוע, סוג של איש קש).

יש להבחין בין 3 תובעים ייצוגיים:

1. תובע שלא נושא בשום סיכון כי לעו"ד יש כבר את כל המידע ולכן אין לו כמעט הוצאות.
2. תובע שאין לו הוצאות אך אנחנו צריכים אותו כי יש לו את הראיות והוא איתר את העוולה.
3. תובע ייצוגי שזיהה את ההליך אבל התביעה היא על מחיר מופרז וכדי להוכיח מחיר מופרז צריך לבנות מבחן כלכלי שבודק עלות ייצור, תשואה ראויה ולגזור מזה האם המחיר מופרז. ניהול הליך כזה הוא יקר מאוד. הנזק לחבר קבוצה 500 ₪ ולא שווה לו להשקיע בתביעה כי הסיכון עצום אל מול 500 (למרות שהתביעה היא מיליונים).

אם לקוח מנהל המון תביעות ובכל אחת הוא צריך להוציא 100 שקלים והסיכוי שלו לזכות זה 50%. צריך לכסות את הסיכון כדי שהוא ירצה לתבוע (קצת יותר מ-100 שקל). בפועל, אם הוא יפסיד הוא ישלם גם הוצאות לצד השני, לכן צריך לכסות לו גם על הזמן וגם על ההוצאות וגם על מכפיל שישקף את הכסף שישלם אם הוא יפסיד).

שכר טרחה של עוד

1. לפי שעות עבודה – מה הבעיה? אם הסיכוי שלה להצליח הוא אפסי ולא משיגה הרבה תועלת? יש לו תמריץ להשקיע המון שעות והוא לא התפשר או לא יקדם פשרה גם אם זה יעיל כי מבחינתו הוא רוצה עוד כסף.
2. לפי אחוזי הצלחה – מה בעיה? מבחינת עלות תועלת זה שכל שעת עבודה נוספת לא שווה לו כי התועלת של ההצלחה תהיה שווה פחות. לכן הפחד הוא שיהיה השקעת חסר.

הפתרון לפי שעות עבודה – להכפיל את הסכום לפי הסיכוי. הסכום שנשלם לו יהיה שכרו השעתי חלקי ההסתברות שלו להצליח ואז זה יהיה שכר שעתי שמותנה הצלחה רק אם הוא ניצח בהליך.

דוקטרינת הקופה המשותפת בדיני עשיית עושר: **16:58 להשלים.**

**דוגמא 1 – ביטוח חלקי -**

**דוגמא 2** – ירושה משותפת של מספר אנשים -

**דוגמא 3 –** קבוצה של בעלי אג"ח שיש להם זכות מימוש נגד המנפיק, לגוכמא המנפיק עבר על הוראות אג"ח ויש זכות לקבל תשלום מיידי על כל אגרות החוב. מי שמנהל את ההליך הולך לשלם כסף ולהביא כסף לכל בעלי האג"ח בסוג של קבוצה משותפת, הוא יוכל לגבות כסף מתוך הקופה.

שזוכים מקבלים רק את החלק היחסי של עלויות הניהול אך שמפסידים לא מקבלים כלום, לכן בתוחלת מי שמגיש תביעה כזאת מפסיד כי אם הוא ינצח הוא יקבל חלק ואם הוא מפסיד הוא משלם הכל. לכן צריך לתכנן את הפיצוי כך שיהיה לו שווה להשקיע בתביעה גם אם הוא ינצח וגם אם הוא מפסיד כי הסיכון גדול מידי לעומת הרווח הפוטנציאלי.

**גמול לתובע מייצג**

22.    (א)  הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, לרבות בדרך של אישור הסדר פשרה, יורה על תשלום גמול לתובע המייצג, בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב), אלא אם כן מצא, מטעמים מיוחדים שיירשמו, שהדבר אינו מוצדק בנסיבות הענין.

          (ב)  בקביעת שיעור הגמול יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1)   הטרחה שטרח התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בפרט אם הסעד המבוקש בתובענה הוא סעד הצהרתי;

(2)   התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;

(3)   מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.

          (ג)   בית המשפט רשאי, במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו –

(1)   לפסוק גמול למבקש או לתובע המייצג אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית או שלא ניתנה הכרעה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, לפי הענין, בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב);

(2)   לפסוק גמול לארגון שהשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית לפי הוראות סעיף 15, אם מצא שהדבר מוצדק לאור הטרחה שטרח והתרומה שתרם בהשתתפותו בדיונים כאמור.

**שכר טרחה של בא כוח מייצג**

23.    (א)  בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור; בא הכוח המייצג לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט כאמור.

          (ב)  בקביעת שיעור שכר הטרחה של בא כוח מייצג לפי סעיף קטן (א), יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1)   התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;

(2)   מורכבות ההליך, הטרחה שטרח בא הכוח המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, וכן ההוצאות שהוציא לשם כך;

(3)   מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית;

(4)   האופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך;

(5)   הפער שבין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה הייצוגית.

          (ג)   בית המשפט רשאי לקבוע לבא כוח מייצג שכר טרחה חלקי על חשבון שכר הטרחה הכולל, אף בטרם הסתיים הליך הבירור של התובענה הייצוגית, אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות הענין, וככל הניתן, בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב).

          (ד)  בית המשפט רשאי לקבוע כי תשלום שכר הטרחה לבא כוח המייצג יהיה מותנה, כולו או חלקו, במימוש פסק הדין ובהשלמת ביצועו.

לכן, מי שקובע את שכ"ט ואת מנגנון שכ"ט הוא השופט בסיום ההליך, אתה לא יודע מה המנגנון עד סיום ההליך. בנוסף, איזה קריטריונים לוקחים בחשבון בקביעת שכר הטרחה והגמול. ס' 22 אומר שיפסק גמול לתבוע ובקביעת הגמול יתחשבו בטרחת התובע, הסיכון שנטל על עצמו ובפרט אם הסעד המבוקש הוא הצהרתי ואז אין סכום כספי שניתן לדבר עליו. בנוסף, מתחשבים במידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, האופן שניהלו את ההליך והפער בין הסעדים שיתבקשו לסעדים שנפסקו – רוצים למנוע הרתעה מיותרת אצל עו"ד שלא ינפחו את התביעות, זאת ועוד, רוצים להפחית מהלחץ של המחוזי ולכן אומרים שאם ינפחו את התביעה כדי להגיע לתביעה במחוזי ולבסוף אין שום צורך במחוזי העו"ד יקבלו סנקציה.

מה השיקולים בשכ"ט לפי הדין הישראלי?

ברייכרט מדובר על שיטת load star (לפי שעות) ושיטת האחוזים. גרוניס מכריע בפס"ד ששכ"ט יקבע לפי אחוזים, זה צריך לפצות את עו"ד על העלויות שלו אך לפי אחוזים. המנגנון של האחוזים יעשה 2 דברים: **1.** קטן עם שיעור הפיצוי לקבוצה, ככל שהשיעור גבוה יותר האחוז פיצוי קטן, כיוון שזה נועד לשקף את העלויות, ומאחר שאין קשר לינארי בין שעות העבודה לגודל הפיצוי לקבוצה. **2.** צריך לשקף את השלב שאליו הגענו, אם עו"ד צריך לקבל פיצוי על פי העבודה, השלב שבו הוא הגיע משקף במידה רבה כמה עבודה הוא השקיע בתיק. אם מיד הגיע לפשרה לא עבד הרבה, אך אם היה ערעורים וכו' אזי הוא עבד הרבה מאוד.

במקרה של פשרה הצדדים נותנים הצעה לביהמ"ש והוא קובע כמה גמול ושכ"ט לתת. ביהמ"ש יכול לדחות את ההצעה ולתת לצדדים לנהל שוב משא ומתן לפי הכוונה שלו. בפס"ד באזן המייצג והעו"ד רצו לקחת 50% שכר טרחה מהפיצוי הכללי, ביהמ"ש דחה את ההצעה ואמר להם גם מספר מקסימלי של אחוזים שמותר להם לקחת.

בתביעה הייצוגית יש לתת תמריצים גם לתובע וגם לעו"ד, ובגלל שהתובע נושא בסיכון משמעתי גדול יותר מהעו"ד, הם מחושבים בצורה נפרדת. גמול ושכ"ט בגלל שהם נפרדים במהות שלהם יוצרים ניגוד עניינים בעיקר בשלב הפשרה. עו"ד יכולים להגיע וצריכים להגיע מראש עם התובע הייצוגי לחוזי ייצוג שכולל הסכמה שתפתור כל חוסר הסכמה עתידית.

סיפור עו"ד ומייצג ביקשו שכר אחיד שהם יחלקו ביניהם, המחוזי לא מאשר זאת והעליון בערעור מסכים לשכר אחיד אך לא מוכן להגדיל את הסכום הניתן במחוזי. הייתרון הוא שזה מונע ניגוד עניינים ומחלוקות, ושומר על אינטרס מיוחד בשלבים מאוחרים של ההליך, אך זה נוגד את המטרות של שכר טרחה וגמול. אז זה רק בנושא פשרות.

**בפס"ד אשל היאור** – התובע והעו"ד רבים כי הנתבע ישר מוכן לתת 100% פיצוי לקבוצה ונשאר רק להגיד לביהמ"ש כמה שכ"ט וגמול. התובע פיטר את בא הכח. הרי אמרנו שהמנגנונים שלהם שונים ולכן השופט גרוסקופף קובע שבמידה מסוימת הם שותפים ובגלל זה התובע לא יכול לפטר את בא כוח הקבוצה, אלא התובע יכול לצאת מהקבוצה ולא להיות תחת עורך הדין.

**עקרון ההפנמה היחסית (משטר רעיוני)**

ראינו שיש בעיה במנגנון שכ"ט של עורכי דין, גם בשכר לפי שעות וגם לפי אחוזים וזה לא נפתר במנגנון התביעה הייצוגית, והפתרון שניתן לעשות זה הפנמה מלאה – עו"ד ייצג את עצמו (נוותר על התובע הייצוגי) והוא יקבל 100 אחוז ממה שניתן לקבוצה ויש לו תמריץ אופטימלי לניהול ההליך. זה גם משיג הרתעה יעילה וגם תמריץ אופטימלי למצוא מי שיכול לנהל את ההליך ורוצה בכך. באותה מידה אם רוצים שאנשים יפעלו באופן יעיל, העיקרון הוא שצריך להפנים את כל העלות ואת כל התועלת מהמעשים שלהם, אם העו"ד נושא בכל הסיכונים ומקבל את כל התועלת (כל מה שייפסק לכל הקבוצה) הוא יפעל באופן יעיל.

מה הבעיה עם זה? זה פוגע במטרות האחרות שאנשים שיש להם זכות לסעד שרוצים שהסעד יגיע אליהם, ולכן התובע הייצוגי מפנים רק את החלק שלו (פלוס הגמול) ולא את הסעדים של כולם. איך ניתן ליצור תמריצים יעילים לעוד שהוא מקבל רק אחוזים? עושים את זה ע"י הפנמה חלקית של העלויות על ידי העו"ד (זמן עבודה), אם שעת העבודה שלו שווה 500 שקל (זה השכר שבדר"כ משלמים לו) ובמקום 500 נשלם לו 400 כי נשלם לו רק חלק משעות העבודה ולא הכל, בפרופורציה משלימה לתועלת לקבוצה. וכך אנחנו נעשה את העבודה שלו יעילה כי הוא לוקח חלק מההוצאות.

זה דומה לקופה משותפת כי התובע מפנים רק חלק מהתועלת אבל אם הוא זוכה הוא מקבל גם רק חלק מהעלות כי האנשים בקופה המשותפת משתתפים איתו בעלויות. ככה גם בשותפות, כל אחד מפנים שיעור זהה מהעלויות של השותפות והתועלת של השותפות. חלוקה פרופורציונאלית של הרווחים והעלויות שגורה בזה שהם משתתפים בשותפות באופן יעיל. ניתן להסתכל ככה על עו"ד שהוא שותף עם חברי הקבוצה שהוא מבקש מהם להשתתף איתו בעלויות ולכן הוא משלם חלק והם חלק כי הוא מקבל בסוף שכ"ט גדול מהתועלת הקבוצתית.

**שיעור 11, 14.01.2021**

**נושא 11 לסילבוס - הסדרי פשרה והסתלקות**

**מבוא**

**החוק מסדיר את הפשרה במספר סעיפים:**

* + - 1. **סעיף 16 שעוסק בהסתלקות -** משמע, הסתלקות הוא הסדר שמסיים את ההליך בין התובע, המבקש את בקשת האישור והנתבע, באופן כזה שיכול להיות שהנתבע משלם משהו לקבוצה, ושגם התובע מקבל גמול ובא כוחו מקבל שכר טרחה כלומר, גם בהסתלקות יש סעד גמול ושכר טרחה. ההבדל מהותית בין פשרה להסתלקות הוא האם קיים מעשה בית דין כלפי חברי הקבצה. פשרה יוצרת מעשה בית דין, לעומת הסתלקות שלא יוצרת מעשה בית דין עבור הקבוצה.
			2. **סעיף 18-19** - שעוסקים בפשרה שיוצרים מעשה בית דין.

**הבעיות בפשרה בתובענה הייצוגית**

**התפקיד של פשרות ביצירת הרתעה -** פשרה כמו פס"ד כשניתנת כלפי נתבעים שצריך להרתיע אותם ויוצרת סעד ראוי, יוצרת הרתעה. הפשרה בה הוא משלם סכום מהותי גורמת להרתעה ספציפית והרתעה כללית (נתבעים דומים רואים ולומדים). אם כך, הבעיה בפשרה הן בעיות משני סוגים:

**סוויטהארט סטלמנט** - פשרה בנזיד עדשים, הנתבע משלם סכום קטן שפותר את כל התביעות אך לא מגלם את התועלת מהמעשה העוולתי, ולכן לא יוצרת הלוואה

**בלאקממיל סטלמנט** - הפשרה ניתנת על ידי הנתבע, ובכך סחטו את הנתבע להגיע לפשרה. קורה את התביעה היא תביעת סרק

עלות הפשרה בתובענה המוצדקת ובתביעת הסרק:

פשרה כחוסכת ויוצרת עלויות משפט: , במובן הזה צריך לחשוב על תביעות סרק ופשרה בתביעות סרק כעל יצירת עלויות משפט וחיסכון עלויות משפט - החיסכון - עצירת המשפט בשלביו הראשונים והמוקדמים מאוד (שלב בקשת תובענה ייצגית). במקרים האלה העלות של ניהול ההליך פוחתת. הבעיה: תובעים שיודעים שקל מאוד להגיע לפשרה מהירה, גם במקרים שהתביעה חסרת ערך, לא נרתעים מלהגיש תביעות - לא ישלמו הרבה, מגיעים לפשרה מהירה, משכך אין תמריץ מלהימנע להגיש תביעות סרק ולכן זה יותר עלויות משפט..

עלויות ניהול ההליך מול כמות התביעות המוגשות

יחס בין האגרה והיקף ההליך - ככל שהאגרה גבוהה יותר כ התמריץ להגיש תביעות סרק פוחת, כי הסיכון בתביעות סרק עולה. החשש השני הוא בבעיית הנציג - התובע והנתבע מקיימים קשר ביניהם והקבוצה נמכרת ונפגעת

התובע הנתבע והקבוצה בפשרה -

הפתרון של קלמנט

יישום דווקני של הפרוצדורה בחוק

יצירת תמריצים ראויים

אפשרות לתקיפה עקיפה של הפשרה בייצוגית מאוחרת, לצד הגנת

בעיית הנציג: הבעיה המרכזית של ההליך הייצוגי. עניין העלויות: התובע הייצוגי ובא הכוח

לכן, אם יש צפי שמתוך הסכום הכולל ייפסקו לו רק 10% ולא 15% כמו בפסק דין, יסכים לכל סכום מעל 2.5 מש"ח 250 אש"ח שכר טרחה). הקבוצה מקבלת פחות מ-2.25 מש"ח עבור זכות ששווה בתוחלת 4 מש"ח. כול תובע מקבל 225 ₪ עבור זכות ששווה 400 ₪. בגלל שהתובע מפנים את כל העלויות ורק שבריר מהתועלת, הוא מתפשר מהר מדי.

**בעיית הנציג הוא התמריץ להתפשר מהר מדי בסכומים נמוכים מדי, כי כך עורך הדין צריך להשקיע את שעות העבודה שלו והוא יכול להתפנות לתביעה הייצוגית הבאה.**

**תביעות סרק**

**הבעיה של תביעות סרק, דורש להבין מהי תביעת סרק.** תביעת הסרק קשה להגדרה (תביעות מופרכות, חסרות בסיס עובדתי ומשפטי ראוי), דה מינימיס (מעשה של מה בכך, ס' 5 לפקודת הנזיקין), בדיני נזיקין ההסדר שקבוע בס' 4 קובע שבית המשפט יכול לסלק תביעה של מה בכך, לא ברור איך היא רלוונטית לתובענה ייצוגית. ברור לנו מהקצה השני שתביעות מופרכות חסרות בסיס הן תביעות ברק. לצורך העניין שלנו ניתן להגדיר תביעת סרק לפי סעיף 8(א) - אפשרות סבירה. לכן היינו מצפים שכל תביעות הסרק יפסלו במועד הבקשה לאישור בגלל סעיף 8(א). מכך עולה השאלה שאם כך אנחנו מגדירים תביעות סרק, אז למה יש עדיין חשש לתביעות סרק?

החשש יכול להיות קיים מאיום לא אמין. הנתבע מגיש בקשה לאישור, ואומר שאם לא יתפשר הוא ינהל את הליך. אם הצד השני מתוחכם - הוא אומר לו נהל - כי ניהל ההליך עולה לו כסף. משכך מבקשים בקשה לאישור, גם כאלה שמגישים עם טעויות בשמות, קופי פסט מכתבי טענות אחרים - תביעות שהרבה מהן תביעות סרק בגלל שאין עלות להגיש את התביעה, בטח בתקופה שלא הייתה אגרה. עם זאת, ניהול התביעה לוקח זמן. לכן יש איום מצד הנתבע, איום לא אמין - כי ניהול הליך הוא הפסד של כסף.

אז למה הן קיימות? תמיד יש את החשש לשופטים מופרכים, ואפשר ליפול על שופט הזוי שיאשר את הדבר הזה. לכן חייבים להעמיד הגנה ולנהל אותה, ואף אם אין חשש להחלטה שגויה, יקר לנהל הליך. כי נתבע לוקח את גיל אוריון מפישר בכר שייצג אותו, צריך להשקיע הרבה כסף בשביל לנהל את ההגנה שלו. גם כל זמן שמתנהל הליך יש חשש למוניטין - כל מה שאפשר להגיש כתב תביעה, מתפרסמים קטעים מן הבקשה לאישור בעיתון ובחדשות. לעלויות האלה אנחנו קורים נוסנס וליו - מטרד, היתוש באוזן שבהגשת תביעת סרק - תהיה מוכנת לשלם קצת, לא הרבה, כדי להפטר מהרעש הזה. יש משרדי עו"ד בארה"ב בהשגת כסף כדי להפטר מרעשי הרקע האלה.

ככל שההליך נמשך הסיכוי שהנתבע יתפשר יוריד, ועלות התובע עולה (משקיע יותר זמן, ושווי התביעות נוסנס האלה יורד) אולם ככל שההליך נמשך, הסיכון של הנתבע פוחת, כי התביעה מאוד לא טובה, בנקודת זמן הזו אפשר להשקיע כבר בהמשך ניהול ההליך - מבחינת הנתבע - כי הוא יקבל את הכסף חזרה. לכן ההליך בנוי כך שפשרה צריכה להיות מהירה.

"אלוף ההסתלקויות השנתי" - עורך הדין שהסתלק מהכי הרבה תיקים, עורכי דין שהכניסו למשרדים מיליון שקלים ויותר בשנה מהסתלקויות מתוגמלות מתביעות ייצוגיות. המודל אומר להגיש תביעה לפני שיש תשובה בתהליך - הצד אומר תן לי משהו, ואסתלק - אם הגשת מספיק תביעות, הגעת ליותר ממיליון שקלים עם השקעה מאוד מועטה של זמן. מודל שיכול לעבוד. עורך הדין מגיש בקשה לתובענה יצוגית, מגיש הסתלקות, מקבל כסף בהסתלקות מתוגמלת. אם עושים זאת מספיק פעמים ועושים במקביל, מרוויחים לא מעט בלי הרבה עבודה. לכאורה לנתבע זה טוב כי הוא קונה פוטנציאל שקט בזול (אין מעשה בית דין) - הנתבע הכי היה וצה שיהיה לו מנגנון שבו הוא יכול להגיד לתובע שהוא לא מתפשר איתו - האפשרות של הנתבע להתפשר פוגעת בנתבע. אם הנתבע לא יוכל להתפשר, התובע לא יוכל להתפשר בהליך. אם הנתבע לא מסוגל להתפשר, התובע לא ינהל את ההליך.

**בפס"ד פסטה נונה** נקבע שאסור לעשות הסתלקות מתוגמלת - אם התביעה היא תביעת סרק, אין שום סיבה שהמסתלק יקבל משהו, למרות שיש אפשרות לגמול ושכ"ט במקרה של הסתלקות, נקבע שזה יהיה חריג מאוד. כך אומרים לתובעים הפוטנציאלים, גם אם ירצו להתפשר אתכם, אנחנו לא נאשר את זה - לכן אל תגישו תביעות סרק. למה כל כך לא רוצים תביעות סרק? הרי הן לא גורמות לפגיעה בהרתעה? למה חברתית זה מפריע לנו ולבית המשפט? תביעות הסרק מייקרות את עלות ניהול העסקים בישראל - עלות של תביעות סרק היא עלות של ניהול עסק - מגולגלת לצרכנים ויוצרת חסמים. חושבים על העלויות האלה כפוגעת בצרכנים כמו הרתעת חסר. מעבר לזה, תביעות סרק, שמוגשות ויוצרות עלויות למי שפועל באופן תקי - פוגעות בהרתעה, כי התעה היא לא סנקציה שמוטלת על מי שפועל באופן לא סביר או עוולתי, אלא הפער במחיר בין לפעול באופן תקין לבין אופן עוולתי. מה העלות של להיות מעוול - ההפרש בין להיות מעוול לבין לפעול באופן תקין. אם מוטלות עלויות גם כשפוגעים באופן תקין, הפער מצטמצם - כך זה פוגע בהרתעה, אם גם ככה מגישים תביעות, שהן תביעות סרק. לכן מעבר לטענה המוסדית שהיא חשובה, יש גם בעיות תמריצים שיוצרות תביעות סרק.

קשיי הערכה

מלבד זאת, פשרות יוצרות קשיי הערכה. אישור הסדר פשרה צריך להיות לפי ס' 19. בית המשפט צריך לבדוק אם הסדר הפשרה הוא ראוי הוגן וסביר, ומסתכל בפער בין הסעד בהסדר וזה שהיה מתקבל בסוף ההליך, שלב ההליך, סיכונים וסיכויים בהמשך ניהול ההליך, ההשפעה של בית דין (19(ג) - השיקולים האלה הם מראה של שיקולי הצדדים, וזה מה שבית המשפט צריך לשקול. הבעיה היא שלפעמים קשה להעריך את הסיכוי של התביעה ואת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, כמה חברי קובצה יש ושווי הפשרה.

פשרות קורות מהר ברוב המצבים, מה שיקשה להעריך את סיכויי התביעה והנזק. קשה גם להעריך את שווי הפשרה, כי הרבה פעמים יש פער בין המוצג והשווי הממומש, ופער בין שווי לקבוצה והעלות לנתבע וקשיים להעריך אותם (כסף, קופונים, סעדים של צו עשה וצו מניעה).

היעדר דיון אדוורסרי

בעיה אחרונה נוגעת לזה שבפשרה בשונה מהליכים ארים הדיון הוא לא אדוורסרי. אין אף אחד שאומר בפשרה שהפשרה רעה. יש לחברי הקבוצה אפשרות להתנגד להסדר הפשרה, אבל אין התנגדויות בפועל, לכן בית המשפט צריך לברר אם הפשרה היא טובה, לכן ההליך הוא אינקוויזטורי ולא אדברסרי. הבעיה היא בניגוד למדינות הקונטיננט, שם הכל אינקוויזטורי, כאן השופט האדברסרי לא יודע לנהל הליך אינקוויזטורי. פרקטיקה בה השופטים לא מערימים קשיים על שני הצדדים כשהם תמימי דעים. והוא צריך, כי יש כאן אינטרס משותף. משכך העדר ההליך האדוורסרי הוא שגורם לבעיה של פשרות לא ראויות, פשרות סרק ובעיות הערכה.

**סוגי פשרות אפשריים בתובענה ייצוגית**

אפשר לחלק פשרות לארבעה סוגים:

* + - 1. שלב ניהול ההליך
* פשרה לפני אישור הבקשה לנהל תובענה
* פשרה אחרי שהבקשה אושרה
	+ - 1. מעשה בית דין
* פשרה
* הסתלקות

הסיכוי שזו תביעת סרק אחרי שאושרה הבקשה או מאוד נמוך, כי התביעות עברו סינון של בית המשפט לפי סעיף 8. אנחנו נרצה מנגנונים שמשקפים את מערכת החששות שבגרף, כפי שהמנגנונים בחוק קובעים.

**יישום החוק**

קלמט במאמר שלו בוחן עשור לחוק תובענות ייצוגיות: בוחן פשרות שהתקבלו בפועל בין 2007 ל-2009. במאמר אחר הוא סוקר את התביעות בתקופה ארוכה יותר: רוב ההסתלקויות הן לפני אישור התובענה כייצוגית.

מעל ל-70% מהתיקים שנסגרים נסגרו לפני שאושרה התובענה ייצוגית - בהסתלקות או בפשרה - הרוב המוחלט של התיקים.

**מגמות ביישום החוק:** תמריץ יתר להתפשרות.

**פתרונות פרוצדורלים לבעיות הפשרה**

לבית המשפט מספר כלים כדי להתמודד עם בעיית הנציג, להפחית את הלחץ על פשרות בתביעות סרק ולאפר לבית המשפט להעריך את התביעה.

הכלים שונים לפשרה ולהסתלקות, ולשבים שונים של ההליך

אישור הסדר הפשרה ..... להשלים משפט

**התמודדות עם בעיית הנציג**

אסור לשנות עילה והוספת צדדים בהסדר פשרה בשונה מהבקשה - סעיף 18(ז)(1) (אפשר לעקוף את זה באמצעות בקשה לתיקון בקשת האישור ולהרחיב אותה, אחרי שנוספו יותר עילות ובעלי דין - כך הוא הנתבע מבקש להחיל מעשה בית דין נגד קבוצה יותר רחבה)

בעיה נוספת שיכולה להיווצר היא שאם תביעת מטרד מבקשת גם צו מניעה וגם פיצוי כפסי. אם מתפשרים על צו מניעה, בהיעדר בקשה לפיצול סעדים, חברי הקבוצה לא יכולים לבקש בקשה נוספת לפיצוי כספי - הם קיבלו רק את צו המניעה בהליך אחד, בלי אפשרות לפתוח בהליך נוסף כדי לקבל את הפיצוי.

איסור התניה בשכר טרחה וגמול - ס' 18(ז)(2) אסור שהסכם המשא ומתן יכלול הסכם על שכר טרחה וגמול, ותינתן רק המלצה. מה הבעיה? זה לא מעשי כי הם עדיין מנהלים משא ומתן על הפשרה והמו"מ על שכר הטרחה. לכן הסעיף לבדו לא פותר את בעיית הנציג, אך הוא בחלט מפחית אותה, לכן צריך לשמור שלבית המשפט יהיה סאיי אחרון בשכר טרחה וגמול.

**התמודדות עם קשיי ההערכה**

בית המשפט יכול לדרוש לקבל מידע מהצדדים, יכול לבקש בודק שיבדוק את הליך ולקבוע תנאים לפיקוח ויישום תנאי הפשרה.

לקבל קבלת מידע, סעיף 18 ב אומר שיצורפו תצהירים של הצדדים וערכי הדין (ייחודי למקרה זה) - גילוי מלא של כל הפרטים שנוגעים להסדר הפשרה, במטרה ליצור חובת גילוי רחבה מאוד לבית ה משפט - כל מה שהתקבל במסגרת הסדר הפשרה - הכל חייב להופיע בתצהיר בפועל זה לא קורה, כי עורכי הדין מצהירים תצהיר של חצי עמוד. זה לא עוזר לבית המשפט בהערכת היעילות של הסדר הפשרה. זה רק מפחית חשש לניגוד ענינים.

הסדר חשוב יותר קבוע בסעיף 19(ב) - שקובע שבית ה משפט נדרש למנות בודק להסדר הפשרה שצריך לבדוק את הסדר הפשרה וראוי ומפצה היטב את חברי הקבוצה. תפקידו לבדוק זאת לטובת חברי הקבוצה בלבד. לסעיף הזה הייתה התנגדות מקיר לקיר - מעו"ד שלא רצו שיתערבו, ושפטים שלא רצו בודק חיצוני שיתערב להם. הצדדים טוענים כי זה בעל תפקיד נוסף שצריך לשלם לו שמייקר את הפשרה. מנגנון הפשרה מתייקר, מה שמפחית את הסיכוי לפשרה. לכן בפועל בתי המשפט לא ממנים. יש כל הזמן טעמים מיוחדים שנרשמים ובגלל זה לא ממנים בודקים כמעט אף פעם. הוא צריך היה לבחון אם הפשרה היא ראויה - מומחיות בסטטיסטיקה, ראיית חשבון וכלכלה - לכן פה ראוי שיהיה מומחה, אבל זה לא מיושם בפועל.

בעניין סאבו - העליון מצרף לעליהום על המחוקק ואומר שהוא נתן הצעה להסדר פשרה, ולא יכול להיות שאתה בא לעליון ומבקשים בודק להצעה של העליון ולא ייתכן שההצעה שלהם לא ראויה. הבעיה היא שהעליון אומר את זה בלי שום בחינה קונקרטית של הסעד לקבוצה. מצמצם עוד יותר את הסיכוי שיתנו בודק. המחוזי הרחיבו את סבו גם כשההצעה היא של המגשר שהיה שופט עליון (גרוניס למשל) אז ברור שזו פשרה ראויה. לכן הצדים פונים לשופטי עליון בדימוס כמגשרים בתובענה ייצוגית בין השאר כניסיון להתחמק ממינוי בודק.

התמודדות נופסת עם קשיי הערכה - בית ה משפט יכול לקבוע הסדרים ופיקוח על יישום של הסדר הפשר (סעיף 19(ד) - בית ה משפט מאשר מינוי של מפקח, לרוב רו"ח, שמפקח ומוסר דוחות לבית המשפט על התממשות הסדר הפשרה בפועל. דרך אחרת הוא הצמדת השכר של עורך הדין למימוש ל חבר הקבוצה. מפקח יותר נפוץ היו מממונה. דרך נוספת - חיוב העברת יתרה לפי סעיף 20(א)(3)

**תחליפים להליך האדוורסרי**

מנגנונים שנועדו להתמודד עם זה ולהוות תחליף:

* פרסום הסכם הפשרה שמטרתו יצירת הסדר בית דין כאפשרות יציאה או התנגדות (לא מעשי אלא פורמאלי - כי יש עלות לצאת, גם אם נמוכה - ואם משלוח ההודעה עולה יותר מהסיבה לצאת, אז אנשים לא יעשו את זה) אבל נקודת נוספת היא האפשרות להתנגד (גופים שונים רשאים להתנגד - רשות, היועמ"ש וארגון, ואנחנו רואים בהמון בקשות לאישור הסדר פשרה התנגדות של היועמ"ש, או תגובה (נדיר יותר) - לרוב האישורים עוברים אישור של היועמ"ש -כלומר המדינה, היועמ"ש הופכת את ההליך לאדוורסרי יותר. ארגונים שונים צרכניים מתנגדים להסדר פשרה, הקלניקה לתובענות ייצוגיות בתל אביב עושה את זה המון יחד עם המועצה לצרכנות. לכן ההתנגדות של חברי הקוצה לא אפקטיבית, אבל יש עוד גופים שמתנגדים.

**שיקול דעת של בית המשפט באישור הפשרה**

**אישור הפשרה לפני שאושרה בקשת האישור**

הסדר הפשרה יכול להיות מאושר לפני בקשת האישור ואחרי שהוגשה בקשת האישור החשש שלנו מתביעות סרק גדול יותר לפני שאושרה הבקשה. סעיף 19(א) נועד להפחית את החשש - אם אישור הסדר הפשרה מאושרת לפני שאושרת התובענה ייצוגית, אז בית המשפט יאשר את בקשרת אישור הסדר פשרה, רק אם מתקיימים התנאים של 3 4 ו-8 לחוק - כל התנאים שלהם לקיומה של תובענה ייצוגית.

**פשרה מול הסתלקות**

החשש המרכזי לתביעות סרק הוא להסתלקות - קלמנט, 70% נגמרו מהסתלקות לפני שהוגשה בקשת האישור. בבקשת ההסתלקות יש שני שלבים - בקשה להסתלק, אם אושר, החלטה האם יאותר מחליף - מישהו שייכנס בנעליו, בלי שיהיה צורך להגיש מחדש. אם ההליך הסתיים בשלב בקשת האישור בהסתלקות, בית המשפט רשאי אך לא חייב להציע למחליף להגיע - לדרוש פרסום לטובת מחליף. אם לעומת זאת אנחנו לא בשלב בקשת האישור , אלא כבר אושרה הבקשה, ביתה משפט חייב לפרסם מליף שיחליף את המסתלק. למה? אם היא צריכה להתנהל, כי היא כבר אושרה - אז צריך לנהל אותה. בגלל זה בשלב הזה בית המשפט חייב לפנות לבקש מחליף.

**יצירת תמריצים ראויים**

**באותה מידה צריך לחשוב על התריצים הראויים לפשרה והסתלקות**

* תמריצים בגובה שכר הטרחה
* בפסטה נונה, השופט ענבר קובע שככלל בהסתלקות לא ראוי לקבוע שכר טרחה וגמול, כדי למנוע תביעות שהמטרה שלהן לקבוע שכר טרחה וגמול בהסתלקות (הנונסנס). תיקון 10 קובע גם את הרעיון של טובות הנאה. הוא אומר שהמסתלק לא יקבל במישרין או בעקיפים טובות הנאה אלא באישור בית המשפט - כלומר בשיקולים אם לתת הסתלקות מתוגמלת צריך לראות אם הייתה עילה לכאורה(התנאי של 8(א) - רק אם זאת לא הייתה תביעת סרק - תהיה הסתלקות מתוגמלת - כך המחוקק מכניס לחוק את עמדת בית המשפט בפסטה נונה לתוך החוק. אנחנו מבינים שהמנגנונים שנקבעו בחוק יכולים למנוע ולהפחית תביעות סרק. ביחס לתמריצים של פשרות נאפשר את הפשרה רק אם היו כל המנגנונים - התנגדויות, מיצוי הפרוצדורה עד תום. צריך לזכור שבשביל לייצר תמריצים טובים, צריך לזכור ששכר הטרחה בפסק דין צריך להיות גבוה מפשרה (פסק הדין בעניין ריכהרט) אבל בתי המשפט לא מיישמים את זה בפועל - כי בתי המשפט רואים את המספרים מול העין - עו"ד שרוצה להגיע לפשרה טובה, הוא שם סכום גבוה. בא כוח התביעה רוצה אחוזים בלי להגיד מספר, היא בגלל שהסכומים גבהים, לבית ה משפט יש נטייה לחשוב ששכר הטרחה נדיב, למרות שבתביעות נזיקיון הסכומים עשויים להיות גבוהים באותה מידה.

על המבחן: משך המבחן שעתיים, והוא יהיה מורכב מ-5 שאלות לא ארוכות, כאשר חלקן יהיה מחולק לשני סעיפים. כל שאלה תהיה שווה 20 נקודות (ואם אם תכלול שני סעיפים - כל סעיף יהיה שווה 10 נקודות), מבחן בחומר פתוח מודפס.

**שיעור 12, 21.01.2021**

**תחרות בין מבקשים לפי ס' 7**

**בעיית ריבוי הייצוג**

**תמריצים ועלויות**

באופן עקרוני יש קבוצה שיכולה להגיש תביה ייצוגית, יכולים כל אחד מחברי הקבוצה להגיש. מנגנון התביעה הייצוגית דרוש כי לא כולם הולכים להגיש תביעות פרטניות. הבעיה היא שאם התמריצים טובים ושזה רווחי לנהל תביעות יצוגיות - הרבה חברי קבוצה יכולים להגיש תובענה ייצוגית - כמה חברי קבוצה. מה הבעיה?

1. יוצר בזבוז גדול מאוד של כסף של חברי קבוצה -אז כל מיני עו"ד משקיעים זמן בבנייה של בקשת אישור, ורובם לא הולכים להפיק תועלת נוספת מהניהול שלהם, הם לא תורמים לקבוצה, כי מספיק אחד - לכן יש בזבוז. בזבז כי יש כבר מי שמנהל את זה
2. נתבע שהולך לקבל כל מיני בקשות אישור מאותו דבר בדיוק - זה מוטרד נורא - זה לא משיג גם תועלת נוספת. המצב לא משתפר אם הוא מתמודד עם כמה תביעות
3. שופטים שהולכים לבזבז את הזמן שלהם על ניהול הליך ועוד הליך - לכן ניהול הליכים במקביל זה רע.

ניהול הליכים במקביל זה גרוע, לכן לא רוצים לנהל הליכים במקביל.

 לכן ס' 7(א) קובע: שבית המשפט רשאי להורות על העברת בקשת האישור למותב שדן בבקשת האישור הקודמת. כאשר מתנהלת בקשת אישור דומה מול מותב אחר, בית המשפט רשאי (ולא חייב) להעביר אותה.

ס' 7(א)(2) כאשר הקבוצה זהה או דומה לקבוצה הקודמת - הוא חייב להעביר, ולא רשאי.

כלומר, הצעד הראשון הוא ריכוז ההליכים בפני אותו מותב. עולה השאלה מה הצעד הבא?

הוגשה בקשה באותו עניין שהוגשה בקשה אחרת, עוד לא החל הדיון - בית המשפט רשאי

****אם עוד לא החל הדיון, בית המשפט צריך להכריע ביניהן - ויכול לאחד. אם התחיל הדיון - יעדיף את הראשונה, אלא אם קיימים שיקולים מיוחדים. אם כבר אושרה הבקשה, ואז הוגשה שוב בקשה לאישור בית המשפט יידחה את הבקשה השנייה אלא אם קיימים טעמים מיוחדים. בפועל, בתי המשפט לא נוטים לאשר.

**שיקולים בבחירת התובע הייצוגי**

**מתח בין שיקולים**

מחיקת כל הבקשות מלבד אחת. יש מקרים בהן מוגשות בין 4-5 בקשות, וצריך למחוק את כולם מלבד אחת, נשאלת השאלה מהם השיקולים: איך יוצרים מנגנון ששומר על ייצוג הולם של הקבוצה שההליך ימצה את עצמו ללא בזבוז משאבים?

1. **אם כבר הוגשה בקשה -** לא יושקעו משאבים בבקשת בקשות נוספות. אנחנו רוצים ליצור מנגנון שיגרום לעורכי דין לא להשקיע משאבים בבקשת אישור - לכן צריך ליידע אותם שהוגשה בקשה קודמת. איך מיידעים שהוגשה בקשה קודמת? רשימה בפנקס התובענות הייצוגיות. לא רק לרשום, מחייב גם לבדוק בפנקס אם הוגשה בקשה קודמת.
2. **שמירה על ייצוג הולם של הקבוצה** - עדיפות לזו שמייצג את הקבוצה טוב יותר, כדי ליצור תמריץ שלא להגיש מהר מדי ושהתביעות יהיו ראויות. לתת עדיפות לבקשה הראויה - יוצר גם חיסכון בהוצאות וזמן שיפוטי - אם התכלית זה להיות הראשון שמגיש - זה פוגע בקבוצה, בקשה גרועה לא מבוססת בלי ראיות ותצהירים - ואז אחרי חודש מגישים בקשה ראויה ומתוקנת - זה מבזבז זמן שיפוטי יקר, ויוצר תמריצים לרוץ מהר, אבל אם לא יאשר, הקבוצה תפגע בצורה אנושה, כי אין לה קייס והבקשה היא גרועה לכן הפרקטיקה היא שבתי המשפט מאשרים בקשות לתיקון בקשות אישור. אם אנחנו לא מבכרים רק את הראשון בתור, אנחנו מבכרים את האיכות על פני המהירות.
* **עניין דבח נ' דימרי -** הגשה בקשה שנייה, כאשר הבקשה הראשונה כבר הוגשה אבל לא נרשמה בפנקס. העדיפו את השנייה. רובינשטיין - הראשונה עדיפה רק אם היא נרשמת בפנקס (כמו פטנט, תהיה זכאי להגנות הדין אם רשמת, אם לא - אבוד לך9 רובינשטיין מפרש את 7ב2 רק לעניין בקשה שנרשמה - העדיפות תהיה רק אם נרשמה. מלצר - לא מקבל את זה, לא נדרש ממנו ולא מסכים. הראשונה עדיפה, ואם החל בה הדיון היא עדיפה - אבל - היא תהיה עדיפה רק כשיש בה ייצוג הולם. אבל אם עו"ד לא רשם - בין אם התרשל ובין אם במכוון - זה לא ייצוג הולם, לכן אין אישור שהם יקבלו. טענה לייצוג לא הולם שאפשר לסתור אותה. בעוד שהעמדה של רובינשטיין היא עמדה עקרונית פורמליסטית, העמדה של מלצר היא ראייתית - כך הוא בוחן את הייצוג הלא הולם. בעניין הזה יש את שני השיקולים האלה.
1. **מיצוי ההליך -** גם לנתבע יש תמריץ - מעדיף במידה מסוימת הליך שמתנהל רע. אם ההגשה היא גרועה, גם אם מבקשים לתקן אותה וביתה משפט מאשר - הניהול הוא לא טוב. יכול להיות שנתבע יעדיף עו"ד שיוצרים רושם לא טוב על ניהול ההליך. מצד שני, הנתבע יעדיף הליך שימצה את הליכים. אם בקשה ראשונה מגדירה את הקבוצה באופן חלקי ותביעה שנייה באופן רחב יותר - אם הבקשה המצומצמת יותר זוכה, הבקשה הנרחבת יותר לא נמחקת, אלא יימחק ממנה רק החלק שבתחום החפיפה. ואז נתבע כזה יידרש לנהל שני הליכים. לכן נתבע עדיף שמבחינת ההוצאת שלו שתהיה בקשה אחת שתנהל את הכל. בתנובה - אחרי בקשת הבקשה ועד האישור - מוגשת בקשה נוספת ביחס לקבוצה שהוחרגה בשלב בקשת האישור. תנובה מגישה עמדה ותומכת בהרחבת התובענה הראשונה שכבר אושרה, ולא בקבוצה השנייה (שצריכה לעבור את כל האישורים). האינטרס של הנתבע בהקשר הזה הוא הסתכלות על הוצאות ניהול ההליך - ההוצאות הן גדולות, מכאן האינטרס של תנובה להרחיב את הקבוצה בבקשה הראשונה ולא לנהל הליך נוסף. עדיין לא הוכרע - העליון צפוי לקבל החלטה עקרונית בשאלת התיק המפורז בתיק קוקה קולה. ההלכה שתקבע ממילא תפתור את הדיון בכל התיקים האחרים.

איך אנחנו פותרים בין השיקולים? מה המנגנון?

**ההסדר הקיים באר"הב**

הליך נפוץ מאוד. השיקול של הראשון להגיש, הוא שיקול שמקבל משקל מאוד נמוך - יש לו חשיבות, אבל מאוד זניחה. במקרים של תביעה רגילה, בוחנים את באי הכוח ועורכי הדין המייצגים, ובית המשפט מכריע איזה משרד עו"ד ראוי שייצג. בוחנים את הניסיון של המשרד במשאבים שעומדים לרשות המשרד, הניסיון שלו - מגישים דוח כמה עורכי דין הם מקדישים לניהול ההליך, כפסים וכו'. הבחינה היא של באי הכוח ולא של התובע - את החוסן הכלכלי של משרד עורכי הדין. בישראל מי שמשלם את הוצאות ההליך אלה המבקרים, לכן בארץ נסתכל על המבקש עצמו. בארה"ב זה לא המצב ועורכי הדין משלמים את כל העלויות של ניהול ההליך: חוות הדעת, ההוצאות שלהם, ומאחר שהכלל שחל הוא שכל צד משלם את הצד שלו - אף אחד לא משלם הוצאות משפט בסוף ההליך. מכאן הפער בין גמול לשכר טרחה - בישראל גמול הוא מאוד משמעותי (2-5%) ובארה"ב הגמול הוא מאוד זניח. זה לא מפריע לתובע הייצוגי כי אין לו סיכון - הוא לא משלם כלום, ורק יכול לזכות בכסף בסוף. בישראל תובע ייצוגי נמצא מול סיכון יותר משמעותי, כולל אגרה, שכ"ט וכו'. בגלל זה מערביים חוסן כלכלי וניסיון יחד עם המהות.

בישראל היכולת הכלכלית של המבקש היא לא שיקול רלוונטי (קיימת בארץ גם קרן ממשלתית שעוזרת במקרים מסוימים להגשת תובענות ייצוגיות).

**בחירת התובע הייצוגי ובא כוחו**

חריג בתביעה בניירות ערך. ההליך שם הולך אחרי התובע - ההכרעה הכמעט אוטומטית הוא שמי שמייצג את הקבוצה הוא בעל האינטרס הכלכלי הכי גדול. למה? **הראל פיה נ' לנדמאק** - אינטרס כלכלי גדול ומשמעותי. התובע עם האינטרס הכי גדול הוא בעל מומחיות בדיני ניירות ערך - יש לו ידע שיכול לתרום לניהול הליך התובענה ייצוגית. יהיה לו אינטרס להיות מעורב, והוא יהיה עם מישהו שיש לו יותר מומחיות. בישראל הבחירה היא כמו שאמרנו היא השאלה אם החל דיון - עניין סטורזי נ' הוט - מקדם המשפט הראשון זה כבר נחשב שהחל דיון - פרשנות באופן רחב.

אם לא התחיל הדיון, יש שלושה שיקולים:

1. עיתוי הבקשה -
	1. עדיפות אפריורית לראשון בזמן - רק אם האחרים היו יכולים לדעת על התביעה הראשונה. הגשות בהפרשים של ימים בודדים, אין עדיפות הכרחית לראשון בזמן.
	2. בעיית מלחמת ההגשות
	3. אולם - לראשון בזמן שנתן תשתית ראויה (נ' טלמור) - הבעיה: האם אפשר להכריח בס' 7 מבלי להכריע בשאלת האישור, והאם זה הוגן לנתבע? האם זה לא מעגלי או לא הוגן לנתבע?
	4. מניעת העתקות ותוספות מינוריות - הבחנה בין סוגי תביעות.
2. סוג הבקשה-
3. איכות הבקשה -
	1. הבקשה המאוחרת תזכה אם הוסיפה נדבך משמעותי -
	2. טובת הקבוצה במקרה הקונקרטי אל מול המדיניות המשפטית הרצויה - השיקול כשהן מוגשות בהפרש אבל לא בו זמנית
	3. נסתכל על איסוף הראיות כמותית ואיכותית - איך הצדדים ביססו את הראיות ועל חוות הדעת שהם הגישו. יש חשש שהוגשה בקשה אחת, ומגישים אחרת עם חוות דעת כדי שהשנייה תזכה. נסתכל אם חוות הדעת מטריאלית לאישור - כשהיא נוגעת לעילה, מוסיפה נדבך משמעותי. לעומת זאת, אם חוותה דעת מתמודדת רק עם טענה היפוטית, טענה הגנה, אין חובה לצרף אותה, ולכן יש חשש שחוות הדעת מהסוג הזה נועשה רק לאפשר לתביעה השנייה לזכות. אותו דבר גם לעניין הוכחת הנזק - אין סיבה להעדיף חוות דעת שמבססת את גובה הנזק - זה לא תורם תרומה משמעותית.

הוחל גם על תובענת ייצוגיות - חורב נ' ורדיניקוב

**התביעה הנגזרת**

פס"ד טלמור לא עוסק בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. הוא דן בהליך של תביעה נגזרת.

תביעה נגזרת דומה לתביעה ייצוגית, אבל זו לא תביעה בשם קבוצה, אלא אדם שמבקש לחייב חברה להגיש תביעה לממש זכות תביעה שיש לה. החברה לא מממשת את זכות התביעה שלה, ולבעל המניות או לדירקטור יש זכות לפנות לבית המשפט ולחייב את החברה להגיש את החברה הזו, ולאפשר את בא כוחו לייצג את ההליך כתובע נגזר.

הסיבה לא תגיש תביעה כשיש לה זכות תביעה טובה, במקרים בהם קיים ניגוד עניינים מסוים (הדירקטוריון מתרשל ועשה פשלה למשל) או כאשר התביעה היא נגד הדירקטוריון או נגד המנכ"ל - לכן במקרים האלה יהיו לרוב נגד נושאי משרה בחברה או כאלה שכבר לא מכהנים בחברה ואז עלול לקום חשש של ניגוד עניינים משני סוגים, כאשר יש כשל מבני - מנכל שלא מגיש תבעת נגד מנכלים קודמים ומצפה שלא תוגש נגדו תביעה לאחר מכן - יצירת תרבות שנועדה להגן על עצמם.

האם גם בתביעה ייצוגית שאין בה חובת פנייה מוקדמת (יונס) אבל אפשר לעשות זאת ולדרוש צעדים - האם זה הופך לראשון בתור לתובענה ייצוגית - התפיסה היא שלא, כי אין חובה כזאת.

**בקשה לגילוי מסמכים לפני תביעה נגזרת**

**סעיף 198א(א) לחוק החברות -** חוק החברות מאפשר למגיש תביעה נגזרת לדרוש גילוי מסמכים. בפועל רוב ההליכים של תביעה נגזרת מתחילים בגילוי מסמכים. עולה השאלה מה קורה אם הוגשה בקשה לגילוי מסמכים ואז בקשה לאישור תביעה נגזרת. האם זה שהראשון הגיש רק מסמכים והשני הלך ישר לבתיעה נגזרת - נעדיף את הראשון או את השני - האם נעדיף את השני כי הוא בלב מתקדם של ההליך? בטלמור נקבע שלא, ושבית המשפט לא יבחין בין וגי ההליכים- כי ההחלטה היא אסטרטגית ולא מהותית, ונקבע שבין אם זו בקשה לגילוי מסמכים ובין אם בקשה לתביעה נגזרת - אין לזה משמעות.