תוכן

[רקע 2](#_Toc63871422)

[בקשת אישור 3](#_Toc63871423)

[דרישות מקדמיות לניהול בקשה לתובענה ייצוגית 3](#_Toc63871424)

[תנאים לאישור ייצוגית לאחר הבקשה 9](#_Toc63871425)

[תובענה ייצוגית נגד רשויות 10](#_Toc63871426)

[חלוקת פיצוי לחברי הקבוצה 12](#_Toc63871427)

[הודעת יציאה מהקבוצה ומעשה בי"ד 13](#_Toc63871428)

[שכ"ט וגמול מדוע ואופן החישוב 14](#_Toc63871429)

[פשרה והסתלקות 16](#_Toc63871430)

[תחרות בין מבקשים 17](#_Toc63871431)

[פרשת סלקום 18](#_Toc63871432)

# רקע

מטרות המשפט הפרטי:

* שמירה על זכויות in rem- הגנה על זכויות פרטיות כלפי עלמא: דיני נזיקין, דיני קניין, דיני עשיית עושר
* שמירה על זכויות in personam- הסדרת התנהגות בין פרטים בחברה: דיני חוזים
* הרחבה של זכויות מהזירה הציבורית לזירה הפרטית- פרטיות, הפליה
* הגנה על צדדים חלשים מפני ניצול- חוק הגנת הצרכן

הממשק בין משפט פרטי למשפט ציבורי:

**מטרת אכיפת זכויות היא כפולה: מימוש הזכות+ הרתעה מפני הפרת זכויות.** האכיפה הציבורית כמשלימה של האכיפה הפרטית- תאונת דרכים. לעיתים פיצוי לניזוק לא יוצר מספיק נזק, ולכן יש גם אכיפה פלילית.

האכיפה הפרטית כהפרטה של האכיפה הציבורית- הקורבן הוא "בעל הידע" ולכן יכול לאכוף טוב יותר. (סטיב שוקרמן מברקלי).

|  |  |
| --- | --- |
| תת אכיפה: | פתרונות אפשריים: |
| גורמים:   * **יחס עלות-תועלת** – כאשר נדרש ניהול הליך יקר ותוחלת התיק תביא לתועלת נמוכה או כי עלות הניהול גבוהה או כי הסעד המבוקש נמוך.   פס"ד עצמון- תביעות נזק גוף כוללות בירורים יקרים, וחוו"ד יקרות.   * **חסמי מידע**- הכולל אי ידיעה על ההפרה הן בשל העובדה שאנשים לא מודעים לזכויותיהם, והן בשל חוסר יכולת להבין את זכויותיהם ( גם אם ידעו שנפגעו), דברים הדורשים הבנה מעמיקה ומומחיות בתחום כגון: חוזים בנקאים וכדו'. * **חסמי מוטיבציה**- מוטיבציה חיובית כלפי הפוגע- קשר אישי אם הגורם הפוגע יביא לרצון שלא לתבוע, או מוטיבציה שלילית- חשש מפגיעה בתובע בשל תלות או קשר עם הפוגע ( יחסי עובד-מעביד וכדו). * **מחסום כספי-** להגשת תביעה.   הבעיות שנוצרות עקב תת אכיפה:   * **בעיה חוקתית** - אי גישה לערכאות. * **בעיה חברתית** - אין הרתעה מספקת של קיום זכויות. * **בעיה פרטית** - אי מימוש זכויות המגיעים לפרט. * **בעיה ממסדית** – ניהול הרבה תביעות קטנות ( לא בתת אכיפה, אבל דוגמא בו אם יוגשו התביעות בבעיות פרטיות כפרטניות ניצור עומס מיותר על המערכת) | משניים:   * ס' 31 לחוק הגנת הצרכן, קובע פיצוי מעל לנזק שנגרם בפועל * ס' 28 לחוק חוזה ביטוח, במקרה של אי תשלום ביטוח למבוטח שביקש תוך 30 יום, יש תוספת של ריבית מאוד גבוהה. * ס' 17 לחוק הגנת השכר, ריבית גבוהה על הלנת שכר   מטרת חיקוקים אלו לפתור את הבעיה החברתית של אי ההרתעה ומשנה את היחס בין עלות-תועלת כמו כן משנה את "חסם המוטיבציה".   * ס' 10 לחוק מניעת מפגעים סביבתיים מאפשר תביעה קבוצתית למתן צו. כבר פה הכירו ברעיון שהעו"ד והמבקש זכאים לפיצוי כספי, במטרה לנטרל אי מוטיבציה. כמו כן הדבר פותר את הבעיה הממסדית. * אכיפה פלילית ורגולציה מדינית. |
| עיקרי:  חוק תובענות ייצוגית מגיע להתמודד עם כלל הבעיות של תת אכיפה בהתאם לס' 1:   * **מימוש זכות הגישה**- פתרון הבעיה החוקתית. * **אכיפת סעדים והרתעה** מספקת- פתרון בעיה חברתית. * **מתן סעד הולם**- פתרון הבעיה פרטית. * **ניהול יעיל, הוגן וממצה**- פתרון הבעיה הממסדית.   בפועל:  התביעות המותרות לפי התוספת מתחלקות פר מטרה:   * תביעות של פרטים קטנים מול גוף חזק. * תביעות הקשורות לתחרות כלכלית- פערי מידע * תביעות סביבתיות- פותר את אי המודעות לפגיעה. * תביעות של זכויות מהמשפט הציבורי שהורחבו למשפט הפרטי, אשר יש צורך באכיפתן באופן קבוצתי להבטיח עמידה על זכויות וקיומן.   קיומה של תובענה ייצוגית פותרת את יחסי העלות תועלת, היות ויש קבוצה+ נקבע גמול ושכ"ט למבקש. פותרת בעיית פערי מידע- התובע הייצוגי מיידע את שאר הנפגעים על כך שזכותם נפגעה. בעניין אי יכולת להבין את טיב הפגיעה ( בארה"ב יש יכולת של עובד לתבוע חברה ע"י גילוי מידע פנימי – **דוגמת קוויטאם, ספלון**). וכן, חסם המוטיבציה זז הצידה ברגע שיש גמול ושכ"ט. |

**היסטוריה חקיקתית לקיומו של תובענה קבוצתית/ייצוגית**

**עד 1988**- לפי ס' 29 לתקנות סד"א, **ובהלכת פרנקישה**- נקבע כי ברגע שהסעד הכספי לכל פרט בקבוצה הינו סעד שונה אז לא ניתן לתבוע בקבוצה לפי ס'29.

**מ1988 עד 2006** הסדרים חקיקתיים ספציפיים שבהם ניתן להגיש בתביעה קבוצתית גם כאשר יש פער בזהות בקבוצה. כגון: חוק ני"ע, חוק למניעת מפגעים סביבתיים, חוק הגנת הצרכן, חוק החברות ( בחליף את ני"ע). הסדרים דומים אך לא אחידים.

**2006** נחקק חוק תובענות ייצוגיות אשר אינו חף מבעיות.

← הבעיות האפשריות של הכלי של ייצוגיות: מוטיבציית יתר להגיש, מוטיבציית יתר להתפשר, מוטיבציה להסתלק (או להפסיד), חלוקת פיצוי בהליך ותרומות.

# בקשת אישור

**סכנות בקיומן של תובענות ייצוגיות**

לפני התנהלות של ייצוגית, יש לקבל את אישור ביהמ"ש לפי ס' 5 לחוק תובענות ייצוגיות.

אמנם לקיומו של תובענה יש הצדק המוסבר בפירוט התכליות (ס'1 לחוק-פורט בטבלה), אך ישנם גם סכנות בקיומם של תובענות ייצוגיות הן מצד הנתבע והן מצד התובע.

**מצד הנתבע:**

* + - **חשש מהליכי סרק (NEV),** החשש בתובענות ייצוגיות מוגבר מתובענה רגילה היות ו"שווה" לחברה להשקיע כסף קטן ולהתפטר מתובענה- בפשרה/ הסתלקות מאשר לנהל תביעה מופרכת שסכומה גבוהה מאוד ( היות ויש הצטברות תובעים של כסף קטן).
* **חשש מריבוי התדיינויות-** ברגע שהוגשו תביעות סרק שהסתיימו בהסתלקות מתוגמלת זה עלול להוביל לתביעות נוספות כאלה ומביא לחוסר יעילות מערכתית.

**מצד הקבוצה:**

* **בעיות בניהול התביעה:**

**מוסדית-** התביעה בשם קבוצה אך היא לא בוחרת מי ייצג אותה- יפוי הכח בבקשת האישור של התובע הייצוגי ולא באמת מייצג את כל הקבוצה.

**תמריצים**- העורך דין מקבל סכום נמוך משווי התביעה כולה, ולכן הכמות שיהי מוכן להשקיע לו תהיה שוות ערך לשווי התביעה. חסר פרופורציה בין שווי התיק לשווי העבודה המושקע בה.

**מעשה בי"ד**- אם תדחה התביעה זה ייצור מעשה בית דין כלפי כל הקבוצה, על אף שלא בחרו בעו"ד לייצגם.

* **בעיות באי ניהול התביעה והגעה לפשרה:**

**בעיית נציג-** בגלל שיש תובע ייצוגי ועו"ד אשר מנהלים ומייצגים את הקבוצה יש חשש לחוסר פיקוח ולמצב של "מכירת הקבוצה" וויתור על סכומי פיצוי בשביל רווח נוסף למייצג ולעו"ד.

עקב הסכנות שמונו לעיל, נקבע בס' 3-9 לחוק, דרישות ותנאים הדרושים לצורך קבלת אישור להגשת תובענה ייצוגית.

# דרישות מקדמיות לניהול בקשה לתובענה ייצוגית

דרישות אלו הועתקו מהתקנות הפדרליות בארה"ב המונה תנאים מקדמיים להגשת בקשה:

**הדין הפדרלי בארה"ב:**

ס' 23(a)-

1. יש לבחון את יעילות צירוף התובעים וישימות.
2. שאלות משותפות של עובדה ומשפט
3. טענות הגנה משותפות ( יש אופציה של תובע בודד ונתבעים יחד)
4. יש לבחון האם הייצוג יגן באופן הוגן והולם על חברי הקבוצה.

ס' 23 (b)- יש להתחשב בכך ש:

ניהול התביעה יהיה פר ואפקטיבי, כאשר יש לשקול: 1.האינטרס בניהול קבוצתי 2.כמה תביעות פרטניות בנושא המבוקש כבר הוגשו (כמו בסינון דם).

**הדין הישראלי:**

ובדומה לכך נחקק **ס'**8 **הקובע תנאים לאישור תובענה ייצוגית-**

1. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.
2. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.
3. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה.
4. קיים יסוד סביר להניח כי עניינים של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

**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. הוכחה על קיומה של קבוצה
2. הוכחה של זהות השאלות (לעניין העילה+ הנזק)
3. הוכחה של סיכוי סביר לנצח בתביעה

**הוכחת קיומה של קבוצה**

ארה"ב- יש דרישה לגודל קבוצה והוכחה פרטנית.

**וולמרט**- תביעת הפליה, צריך להראות ברמת היחיד שיש הפליה לא מספיק אווירת הפליה ואי קידום, נתונים סטטיסטים אינם מספקים להוכחת קבוצה ויש דרישה לגודל קבוצה.

בישראל- אין דרישה לגודל קבוצה, וההוכחה אינה חייבת להיות אינדיבידואליסטית.

**גודל: ברזילי נ' פריניר**- השופט מלצר קבע שמספיק שיוכח שלא יעיל לתבוע באופן פרטני כדי לבסס את הטענה שיש לתבוע קבוצתית.

**דובון צעצועים נ' נהרייה**-63 בעלי עסקים תובעים ייצוגית על אגרה שנגבתה שלא כדין.

**זבידה נ' בלינסון-** 162 חברי קבוצה**. לוי נ' זאפ-** גם פה תביעה של עשרות בלבד!

**רמת הוכחה**: **גרסט נ' נטוויזן-** ניסיון להתנתק מנטוויזן כמעט בלתי אפשרי, ביהמ"ש קובע שניתן להוכיח זאת ע"י הוכחת פרקטיקה כזו פה היה מסמך פנימי, אבל לא ברור שאין מדובר בטעות נקודתית. יש להוכיח שמדובר בטעות סיסטמתית ומכוונת. צריך מדגם רחב של פגיעות עדיף משהו סטטיסטי (כמו סקר). **חברת החשמל-** יש מיליוני לקוחות וסטייה בעשירית אחוז עשויה להביא לתובענה ייצוגית.

לפי ד"ר פלד, יש לחשב את אחוז הסטייה וכמות המקרים, לעומת גודל הקבוצה ככל הקבוצה גדולה יותר נדרוש אחוז סטייה נמוך יותר ולהפך.

**עומק זהות בקבוצה נדרשת: (הליך פרוצדוראלי בלבד מול פגיעה בזכויות מהותיות)**

**זהות גבוהה- ברזני נ' בזק-** הטעיה צרכנית, בקשר לתעריף שיחות טלפון. מדובר בתובענה על בסיס חוק הגנת הצרכן לפני קיומו של חוק תובענות ייצוגיות. ביהמ"ש קבע ע"י חשין כי תובענה ייצוגית ואיחוד התובעים היא הליך פרוצדוראלי אשר אינו פוגע במהות זכויותיו של הקבוצה. והצורך בזהות חברי הקבוצה פה הוא כדי להגיד ש"יעיל יותר".

⇐ עמדה זו כורסמה, וכיום התפיסה היא שיש שינוי ופגיעה בזכויות המהותיות כאשר מוגשת תובענה בדרך של תובענה ייצוגית- אשר מגיע לטוב ולרע. לטוב- בשיקולי מעשה בי"ד ולרע- נתחשב בשיקולי הנתבע ולהפחית מהסעד ( עוגן בחקיקה).

**זהות נמוכה- אבל כרסום בזכויות שיקבלו:**

**קול ברמה**- מדובר בפגיעה זכות מהותית, ולכן יש לשקול שיקולי מאזן ויעילות היות וזה הליך ייצוגי נכנסים שיקולי יעילות והוגנות ציבורית חברתית, ונאמר כי פיצוי ללא הוכחת נזק בייצוגית ראוי שיהיה נמוך מתובענה רגילה.

**פס"ד הימורים-** ביקשו להקטין את גובה הסעד כדי שהחברה לא תתמוטט, עמדת המועצה הצרכנית ההייתה שלא צריך לשמר פעילות של חברה כזו שאינה מועילה לחברה.

←האם ההפחתה בסעד פוגעת במטרת ההרתעה? מדברים על הרתעה בשוק של אחרים, כאשר מה שנבחן הוא האם אנו כחברה רוצים למוטט חברה מסוימת ( שזה העלות) במטרה להרתיע ( תועלת)? נבדוק איזה חברה ממוטטים – מה התועלת החברתית שלה ומה ההרתעה שנשיג.

רמת הזהות ושאלות משותפות משפיעה על:

* **יעילות התביעה**- ככל שהזהות יותר גבוהה, כך יש פחות צורך בהליכי בירור אינדיבידואלים וההליך יותר יעיל.
* **הוגנות לתובעים**- ככל שהזהות יותר נמוכה, ההכרעות פחות מדויקות לכל חברי הקבוצה, וחלקם עלולים להיפגע (חישוב פיצוי לפי ממוצע הנזקים, יפגע באלו שנזקם חמור. ככל שהנזקים יותר זהים- הפגיעה בהם תהיה קלה יותר)
* מאזן הכוחות-. יצוין, כי נתבע מעדיף לנהל ייצוגיות דווקא כשיש שאלות משותפות. היות וכאשר יש שוני עדיף לו לנהל פרטניות ולשלם רק למי שיצליח באמת ( ולנפות את אלו שיפלו...כמו **במנות הדם**)

←נראה כי גם כשאין זהות מוחלטת יש ערך לתובענה הייצוגית היות ואחרת אנו עשויים למנוע גישה לערכאות ולפספס מצבים בשל חסמי הכניסה ולכן נביא פתרונות אפשריים.

**פתרונות למצבים בהם יש חוסר זהות חלקית בין חברי הקבוצה:**

1. **חזקת זהות ואיחוד הנזק-** נתאר את התובעים השונים בקווים גסים ונבחן אותם יחד לדוגמא: נשים שהופלו. **(פס"ד קול ברמה).**
2. **איחוד הפיצוי**- **פס"ד תנובה-** לא יודעים מי סבל מתחושות שליליות בפועל.
3. **תתי קבוצות**- **פס"ד אייקון**- כאשר יש מדד אובייקטיבי הניתן להבחנה, במקרה הנ"ל אנשים שקנו מסך ביקר, אנשים שקנו מסך זול חלופי שפגע בהם וכו'.
4. **פיצול ההליך הייצוגי לשני חלקים**- **אלפא ביו-** השתלת עצם בלסת, כאשר חלק מההשתלות של המוצר מביאים לפגיעה ולנפילת שיניים. מה שביקשו היה בתחילה קבוצה אחת רחבה שמבקשת סעד הצהרתי- למנוע המשך ייצור המוצר הפגום. ואילו בשלב השני, יבקשו קבוצה מצומצמת ( אלו שנפגעו בפועל) סעד כספי לפי הצו ההצהרתי הראשוני שניתן. **(וולמרט)**
5. **שיטות סטטיסטיות**- **חברת החשמל, סילוורה**- חשבון חשמל מבוצע לפי שעון ורק כאשר אינו נגיש מבוצע הערכה. פה נעשה הערכה שלא כדין. כדי לקבוע מי היה צריך לקבל הנחה ולא קיבל לא נבדוק כל מקרה לגופו היות ודורש בדיקה פרטנית שזה מסובך ויקר אלא נתבסס על מדגם סטטיסטי.

**חוסר אחידות לעניין העילה ובעיה בהוכחת קש"ס:**

**ברזני-** שילם יותר מאשר בפרסומת, הבעיה שכדי להיות מוטעה צריך קש"ס שלפיו כל מי ששילם יותר מדי הוטעה על-ידי הפרסומת ולא התכוון לשלם מחיר מופרז- נקבע כי במצב כזה, לא ניתן לדעת מי הסתמך ומי לא- נדחה! יש פה הטעיה אבל מדובר במחדל.

**תנובה-** אין פה התנהגות מחדלית היות וכשנשאלה תנובה אם יש סיליקון בחלב היא שיקרה ואמרה שלא. ולכן מתייתר הצורך להוכיח קש"ס בין המצג השקרי היות והמצג השקרי נעשה במחשבה תחילה.

**פתרונות נוספים להוכחת הסתמכות:**

**יפאורה-** מוצר שפג תוקף, היות ויש רגולציה אפשר להסתמך על קביעת הרגולטור ולא צריך לבדוק באופן פרטני אם אנשים בדקו את התוקף או לא**. "הנחת הסתמכות פוזטיבית"** ( הערת מרצה: יצוין, כי גם רגולטור יכול לטעות).

**פתרון חנס וקלמנט- תיאוריית השוק היעיל** עושים הקבלה לעולם ני"ע ומסבירים שברגע ש"הבקיאים" בשוק פועלים לפי הטעיה מסוימת אז אפשר לקבוע הסתמכות עקיפה של כולם, היות והעולם פועל לפי כוחות שוק וכשהבקיאים עושים פעולות רכש יש בכך להשפיע על תפיסות הפרט ש"מעתיק" אותו ולומד ממנו**.**

**פתרון קלמנט ופרוקצה-** גם במוצרים רגילים יש את מוכנות הצרכן לשלם עבור מוצר X. ברגע שחלק מהאנשים סברו שמדובר במוצר X השווי של המוצר עולה, ולכן גם אלו שלא מזיז להם אם המוצר עצמו הוא X או Y עדיין הם נפגעו היות ושילמו על המוצר יותר בגלל האנשים בשוק שמוכנותם עלתה כתוצאה מההטעיה.

**חוסר אחידות ביחס לנזק-**

* שונות בקבוצה לעניין הנזק אין בה להשפיע על סעד מסוג צו הצהרתי או צו עשה. **(וולמרט)**
* פיצוי על המכנה המשותף הנמוך היותר- **פס"ד תנובה**- לא ניתן פיצוי על הגועל הפועל אלא על סכום המינימום שמשקף את הנזק.
* סעד לטובת הקבוצה כקבוצה- ויתור על סעד אישי לטובת סעד קבוצתי.**(קול ברמה)**
* קביעת מנגנונים לחישוב הנזק שלא בתוך הליך התביעה הייצוגי לפי ס' 20 לחוק. אומדן הנזק בסוף ההליך באופן פרטני.

**ולא מספיק רק שיש שאלות משותפות אלא יש צורך להוכיח סיכוי לנצח בתובענה אח"כ:**

עד כמה צריך להוכיח בשלב הראשון?

ככל שהדרישה בעת מתן הבקשה תהיה מחמירה יותר ככה יהיה קל יותר אח"כ בניהול בפועל.

ישנן 2 גישות:

1. **בקשת האישור צריכה להבחן באופן מקל-** **סלקום נ' פתאל-** בקשת אישור מהווה פרוזדור ולא החדר המרכזי, "הטרקלין שלפני ההיכל". ולכן לא צריך להיכנס לעובדות ודיון עובדתי מעמיק.
2. **בחינה מחמירה של בקשת האישור** -פסקי דין ישנים גרסו כי מדובר ב"רימון שנצרתו שלופה". שיטה זו גורסת כי תובענות ייצוגיות מאיינות ומאיימות על קיומן של חברות ועל כן יש לנהוג בזהירות ולבחון את השאלות לעומק ולדרוש ביסוס לטענות כבר בשלב הראשוני.

**פס"ד ציפוי מתכות-** הש' דפנה ברק ארז- נוקטת בעמדה מחמירה ואומרת כי על ביהמ"ש לעמוד על המשמר, התביעה חוזרת למחוזי. פוגלמן (בדעת מיעוט), טוען כי מדובר בטרקלין ולא היכל, ולפיו אין צורך בבדיקה מעמיקה.

**חוות דעת הכרחית בשלב הזה?** חוות דעת המבססת את העילה עצמה דרושה בשלב בקשת האישור לעומת זאת, אם החוות דעת רק באה לחזק את טענות הצדדים אין צורך בשלב הזה. דוגמאות בהם נדרשת חוות דעת: טענות לחלוקה אסורה שיבחן במבחן רווח, תביעת הגבלים עסקיים- מחיר תחרותי והטעיה בני"ע.

**ס' 8(2) יעיל והוגן:**

**מה הכוונה בהוגן?**

**אופציה א'**- לביהמ"ש סמכות לבחון את יכולתו של עוה"ד לייצג את הקבוצה, ובכך למנוע את בעיית הנציג. אופציה זו לא רלוונטית היות ושאלה זו תבחן במסגרת סעיפים- 8(3) ו8(4)

**אופציה ב'**- הוגנות ויעילות בהקשר למצב של תחרות בין תביעות ייצוגיות שהוגשו בו זמנית המופיע בס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות. עכשיו נבחן למי התובענה היעילה וההוגנת?

אם נבדוק יעיל והוגן לפי המגישים: אז הוגן יהיה לקבל את התובענה הייצוגית שהוגשה קודם אך אולי יעיל יותר לקבל את השני כי התביעה טובה יותר והשקיע בחוות דעת וכו'. לעומת זאת, הוגן ויעיל כלפי הקבוצה לא בהכרח יהיה שווה לראשון בזמן.

**אופציה ג'**- יעיל והוגן מבחינת התובענה עצמה, לדוגמא: פס**"ד קול ברמה**- החוק בס' 20(ה) שולל את מתן פיצויים ללא הוכחת נזק האם מדובר בתנאי יעיל והוגן.

**פס"ד שטנדל**- שאלת הוגנות בתביעה צרכנית בשל הטעיה, השופט ג'ובראן, בשלב התובענה יש להראות קש"ס, ואם לא יצליחו להוכיח ידחה התביעה לגופה ואז תישלל זכות תביעה שלא הייתה נשללת אם היו מגישים תובענה פרטנית.

**מה הכוונה ביעיל?**

**יעילות התביעה-** בבחינת יעילות תביעה נבחן את תוחלת התביעה, קרי עלות מול תועלת כאשר מצב בו התועלת נמוכה מאוד או עלות גבוהה מאוד עשויה להביא לחוסר יעילות.

חוסר יעילות בשני מצבים עלות גבוהה או תועלת נמוכה ( אפשר גם וגם):

**עלות גבוהה לניהול ההליך:**

* **הסעד הוא על נזק לא ממוני**- האם תמיד כאשר יש פיצוי על נזק שאיננו ממוני נדחה תובענה ייצוגית ונקבע שזה לא יעיל?

**דנצינגר בקול ברמה-** ניתן לאמוד ממוצע של הנזק ולתת לפיו, כמו כן ניתן לתת את הפיצוי לעמותה ולא לחברי הקבוצה שניזוקו ישירות, כאשר לפני פסיקת מתן הפיצוי נאפשר לחברי הקבוצה לצאת כך שיוכלו להגיש פרטנית ולא ניצור מעשה בי"ד. ולכן זה יעיל והוגן ( כי יכול לצאת).

**פרי ניר-** אין פיצוי ללא הוכחת נזק אין פירוש שהתובענה הייצוגית תסתיים בלא פיצוי אלא ניתן להראות שיש חברי קבוצה ושנגרם להם נזק. ואומדן הנזק יעשה ע"י חישוב ממוצע.

* **פגיעות שונות בשל קש"ס אחד**- אמנם הקש"ס דומה אך התוצאה של ההטעיה הצרכנית הביאה לפגיעות שונות **אייקון**- תיקון מסך הצריך קניית ערכה חילופית מלאה. ולכן יש כאלו שקנו ואז שילמו ביתר, אלו שבאו ולא קנו בגלל זה וסבלו עם מסך שבור, אלו שהחליפו למסך לא מקורי בשל כך.

**קש"ס פרטני**-לדוגמא: תביעה נזיקית על זיהום סביבתי, או בתביעות של הטעיית צרכן שצריך להוכיח הטעיה ספציפית שהיא יקרה מאוד, עם זאת **בפס"ד תנובה**- העניין נהפך ונקבע שמספיק להוכיח התנהגות שעלולה להטעות צרכנים. אחרת מה שנדרש היה לבדוק אצל כל אדם שקנה את החלב אם היה קונה את החלב אם ידע שיש בו סיליקון.

**יש תועלת נמוכה בהליך:**

* **כמות הנפגעים קטנה**- **פס"ד ברזילי נ' פריניר-** מוצר שנאמר שכשל"פ ולא היה, אך טענו שכמות האנשים שזה מפריע להם זניחה. הש' מלצר- תועלת אישית אינה רלוונטית, גם תועלת אישית קטנה מתאימה להליך ייצוגי, כמו כן ברגע שהקבוצה גדולה מספיק שעדיף תביעה אחת על פני פרטניות אז לא צריך קבוצה "גדולה" ממש, זה היעילות החברתית.
* **הוגשו תביעות פרטניות בעבר**- הדבר מקטין את הקבוצה ופוגע בסיכויים לנצח **(פס"ד בארה"ב חברות סינון דם**)
* הגנה לנתבע- **ברניר נ' סלקום**- לפי ס'6 לפקנ"ז יש הגנה של חסינות מאחריות נזיקית כאשר הפעולה נעשתה בהרשאה חוקית, אם יש לנתבע הגנה נגד התביעה נדון בזה כבר בבקשת האישור.

← גם כאשר מתקיימים תנאי הסף של ס'8 ביהמ"ש רשאי לאשר את התובענה אך אינו מחויב.

**מתי לא תאושר תובענה ייצוגית?**

**פס"ד פריניר-** הש' גרוסקופ- כאשר מתקיימים תנאי ס'8 ואינם מקיימים את מטרות התובענה הייצוגית לפי ס' 1 לא יאשר ביהמ"ש את הגשת התובענה**.**

**פס"ד סוכני האוניות-** קונים אוניות מחו"ל בזול אבל בנמל יש כל מיני עמלות שנלקחו שלא כדין והיו תקנות שקבעו מה ניתן לקחת- בדיעבד בוטלו התקנותואז עלתה השאלה לגבי הבקשה לייצוגית אשר עמדה בתנאי ס' 8, אך לא הייתה הכרחית ולא עמדה במטרות ס' 1 לחוקולכן נדחה. בערעור לעליון טענו לדעת פרופ' קלמנט, כי תנאי היעיל והוגן בס1 מכיל את כל האמור בס'8 ואז אם סעיף 8 מתקיים אפשר להגיד שמקיים את מטרה "יעיל והוגן". ( ואומר את זה גם הש' מלצר, **בפס"ד פריניר**).

←באישור בקשה לייצוגית- עומד בתנאי 8(1)+(2), ובמטרות ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

**מי רשאי להגיש בקשה?**

**קיומו של תובע ייצוגי ותנאים שעליו לעמוד בהם:**

ס'4א לחוק קובע תנאים מי רשאי להגיש תובענה ייצוגית. כאשר קיומו של תובע ייצוגי הכרח כדי לנהל בקשת אישור.

**אדם כתובע ייצוגי**- ס'א (1), קובע כי אדם שיש לו עילה בהתאם לס'3א (לפי הרשימה המנויה בתוספת השנייה) או בהתאם להוראה חוקית המאפשרת לתבוע ייצוגית, אשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט משותפות לקבוצת אנשים.

ס'4ב (1)- אם התובענה מתבקשת לעילה שהיא נזק, מספיק להוכיח בבקשת האישור כי לכאורה נגרם נזק- ז"א, הדיון שיבוצע בהקשר לנזק הינו מצומצם היות ויש הוראה חוקית ברורה הן מבחינת הנזק של התובע הייצוגי והן מבחינת הנזק של חברי הקבוצה.

**הערת מרצה: צריך להראות שיהיה איך ניתן להוכיח את הנזק בהמשך.**

מלבד האמור, בשלב בקשת האישור ביהמ"ש יבחן את התובע הייצוגי לפי ס' 8(3)- ייצוג וניהול בדרך הולמת ו8(4)- בחינת תו"ל.

אך מה יש לבחון בהולמות ותו"ל של תובע ייצוגי, הרי בא-כוחו הוא המייצג והמנהל העיקרי?

סעיפים אלו בקשר לתובע הייצוגי פורשו במצבים בהם הוגש תביעה בשם תובע ייצוגי שאינו מודע להליך ואז מתנגד.

נציין, כי גם אם ביהמ"ש סבור כי התובע ייצוגי לא ראוי, ניתן לאשר את הבקשה ולקבוע שיש להחליף את התובע הייצוגי- ס' 8(ג)1 + ס' 8(ג)2

**מה קורה במצב שמתחילים עם אדם שהוא תובע ייצוגי ואז נעלם או נפטר?**

**בעת אישור בקשה להגשת ייצוגית:**

**פס"ד מכבי**- השופטת ברון טוענת כי לצורך ניהול בקשה לתובענה ייצוגית יש צורך בקיומו של תובע ייצוגי ואם נפטר באמצע תהליך יש לעצור.

**בעת ניהול תובענה לאחר שהוגשה בקשה ואושרה:**

**פס"ד תנובה-** התובע הייצוגי נפטר וההליך נמשך, אך מדובר בשלב שלאחר בקשת האישור ולפני הערעור לעליון (לפני ד"נ) + לאחר הערעור המועצה לצרכנות הצטרפה להליך בשלב זה ולכן לא עצרו את התובענה הייצוגית.

**רשות כתובע ייצוגי-** לפי ס' 4(א)2**,** רשות יכולה לתבועבעניינים שהם חלק מתחום פועלה, בפועל כמעט ולא נעשה.

**פס"ד פולקסווגן-** פליטת רכב הגורם לזיהום סביבתי באופן לא תקין, והונאה על-ידי זיוף בעת ביצוע בדיקות לרכב. הוגשו תביעות בכל העולם וכמו כן גם בישראל. אך מגיעה הפרקליטות האזרחית וטוענת שיש לפסול את התובענה היות ולדידם: שהליך שקשור לכלל אזרחי המדינה ראוי שיוגש על-ידי פרקליטות המדינה. טענה מוזרה, היות שיכלו להגיש בעצמה או דרך רשות לפי 4(א)2 על ידי המשרד להגנת הסביבה. ( כנראה שלא באמת מעוניינים בהליך- לא רוצים להתקע עם כסף לחלוקה).

**ארגון כתובע ייצוגי-** ס' 4(א)3**,** ארגון יכול לתבוע ייצוגית כאשר התובענה קשורה במטרות הארגון הפועל למטרות ציבוריות, לעמוד בתנאי סף שבו מוכיחה קושי להגיש על-ידי אדם פרטי כאשר נטל ההוכחה עליה.

**מהו ארגון?**

אסור שיהיה ארגון עם אג'נדה פוליטית או בזיקה למפלגה. פעמים רבות תובענות ייצוגיות באות ומבטאות אמירה פוליטית (ראו: **קול ברמה, פס"ד בראון**). אנו רוצים שמפלגות ישחקו במגרש שלהם (הכנסת), ולא יזלגו החוצה וישתמשו בכלים חיצוניים כגון: תובענות ייצוגיות. היה ניסיון להגיש בקשה לאישור **תובענה ייצוגית נ' סין** בעת הקורונה ע"י מפלגה רפובליקנית הפועלת בישראל (לא אפשרי).

**חריג: המועצה הישראלית לצרכנות-** מהווה חריג:

1. לכאורה איננה ממש עומדת בהגדרות "ארגון"- היות והוקמה מכח חוק המועצה הישראלית לצרכנות ולכן הוקמה עפ"י דין.
2. רשאית להגיש בקשה גם ללא הוכחת הקושי בהגשת התביעה ע"י אדם.

⇐ **לפי המרצה: הסיבה שהמועצה אינה צריכה להוכיח את התנאי סף של קושי בהגשה ע"י אדם פרטי היא שמבחינתנו היא ארגון שאנו רואים בה ממלאת תפקיד של רשות בהגשת ייצוגיות ולכן פועלת בתנאי ס'4(א)2, אשר אינו דורש הוכחת קושי כזה.**

יצוין, המועצה לצרכנות פעילה במגרש מגישה הרבה תובענות ומצטרפת גם כידיד בימ"ש (**תנובה**).

**הוכחת קושי לאיתור חברי קבוצה**

**קושי מעשי- פערי עלות תועלת-** אמנם יש זכיות בתובענות של סכומי עתק, אך בישראל ( בשונה מארה"ב שם יכול עו"ד להשתתף בהוצאות) על התובע הייצוגי לשאת בכל העלויות ואסור שהעו"ד ישתתף. לפעמים נדרשים חוות דעת יקרות מאוד ויש חוסר ודאות אם בכלל יאושר ההליך. יש סיכונים לדוגמא כמו שהיה ב**פס"ד אולסייל**- שני תובעים נגד 30 נתבעים שחוייבו לשלם לכל נתבע 35,000 ₪.

**אופן הוכחת הקושי:**

**פניות אל תובעים פוטנציאליים- פס"ד הצלחה-** הש' כבוב,יש להוכיח פעולות פנייה שכשלו כמו מכתבים, הפניות לעורכי דין וכו'. כאן מדובר על הצעת רכש שלא כדין וחברות וגופים ממסדיים לא תבעו גם לאחר שפנו אליהם. (נטל ההוכחה על הארגון שמבקש). **פס"ד אלקון-** עודף תחלואת סרטן בחיפה, מבצעים שיחות ומפרסמים כי יכולים לתבוע.

**קושי אינהרנטי באיתור חברי קבוצה-** ישנם מצבים שביהמ"ש מבין כילא יעיל או ישים לחפש חברי קבוצה כי אינם מעוניינים להיחשף והדרך היעילה יותר לתבוע מלכתחילה זה ע"י קבוצה- לדוגמא: עובדים זרים שמפחדים מהמדינה, או נשים חרדיות שלא רוצות להציג את עצמן -**קול ברמה**

**התובענה היא בתחום מטרותיו של הארגון:**

פרשנות צרה- חייב לעמוד המטרות הבסיסיות של הארגון ובלב ליבו.

פרשנות רחבה- גם אם התובענה נמצאת "בסביבת" מטרות הארגון נאפשר אותה.

← רוצים שהמגישים יפעלו בתחום מומחיותם כי זה ישכלל את התובענה. עם זאת, ביהמ"ש אינם דווקנים ומקבלים גם פרשנות מרחיבה.

נשים לב כי ישנו בעיה בדרישה שיחפשו תובע ייצוגי, כי אז אמנם הבאתי לתועלת חברתית אך מה התמריץ שלי? בסוף היום אנשים רוצים כסף...

**בשלב האישור:** יש לחפש תובע ייצוגי, ככה נאמר בחוק- ואם ימצאו אז יש 2 אופציות:

אופציה א- יפגעו היות והתובע מחליף אותם

אופציה ב'- יחול ס'7 של תחרות בין תובענות ייצוגיות אחד של הארגון ואחד של התובעים שנמצאו וביהמ"ש יכריע מה עדיף לפי איכות הבקשה, קדימות, ושיקול אחרון של קיומו של חבר קבוצה.

**לאחר שלב האישור:**

**פס"ד הצלחה 2-** אם מופיע תובע ייצוגי בשלב שלאחר אישור הבקשה, יצורף להליך כתובע נוסף ולא במקום הארגון.

**מדוע יש צורך בתובע ייצוגי?**

**לא צריך בתכלס-** לכאורה ניתן היה לתאר מצב בו לא היינו צריכים את התובע הייצוגי כשחקן, אין מדובר ברעיון מופרך אך החוק קובע אחרת ולכן חייב תובע ייצוגי. ( הש' ברון **במכבי**).

**החוק מחייב** בשל כמה סיבות:

**תכלית ראייתית**- מקל על הוכחת העילה, וביסוס הנזק.

**גישה לערכאות**- מנגישים את בית המשפט לתובעים שלא היו מגישים לולא האופציה לייצוגית.

**פיקוח על ההליך**- בשל בעיית הנציג בין עוה"ד לקבוצה, אנו רוצים שיהיה מישהו מתוך הקבוצה שיפקח על העו"ד שלא ימכור את הקבוצה (בעיקר בפשרה) , אבל גם לתובע הייצוגי יש ניגוד אינטרסים מסוים.

**אשל היאור-** עלתה השאלה עם עו"ד יכול לחתום על הסכם פשרה שנסגרת לפני הבקשה לאישור התובענה, וזאת בניגוד לרצון המבקש ( פעולה בניגוד לייפוי כח מטעם המבקש). הש' גרוסקופ קובע, ניתן להגיע לפשרה בניגוד לדעת המבקש, היות ומדובר בשלב בו הופך העו"ד ממיופה כוחו של המבקש בלבד לכזה המייצג את כלל הקבוצה וצריך לדאוג לטובתם. ולכן אפשר לעשות משהו שטוב לקבוצה גם אם המבקש עצמו מתנגד אך ירשמו את התנגדותו ורק אז יגישו בקשה לפשרה ( ואז בתכלס ביהמ"ש יכול לפקח ולבדוק את ההתנגדות מוצדקת).

בערעור- גם פה עו"ד יכול לערער על פס"ד או בקשת אישור בניגוד לעמדת המבקש.

**האם חובת קיומו של תובע ייצוגי פוסל אפשרות ל"ייזום תביעה" על-ידי עורך דין ולא התובע?**

ייזום תביעה אינה מהווה חוסר תו"ל במידה ומגלה את פעולות הייזום אחרת עשוי לעלות כדי חוסר תו"ל ואז יפסלו את התביעה.

**ש.א.מ.ג.ר**- חברות השכרה גובות מחיר מופקע למילוי דלק, כדי להוכיח זאת שלח עו"ד את אשתו של אחד השותפים ואת המתמחה לבדוק את העניין ולהפוך אותם לניזוקים. הבעיה הייתה שהגישו תביעות ב4 בתי משפט, לא איחדו את התביעות ולא דאגו לציין שהגישו תביעות מקבילות ולכן ביהמ"ש קבע שפועלם מהווה "פורום שופינג" על-ידי שהגישו תביעות מקבילות כדי להגדיל סיכויי ניצחון ( שיטת מצליח), וכן נקבע שהסתרת המידע מביהמ"ש על כך שמדובר בפגיעה מכוונת יזומה מהווה חוסר תו"ל ז"א אם היו מגלים שיזמו ויש פגיעה היה תקין.

**קיסרי-** פס"ד מהמחוזי בחיפה בולא אומצה גישת שאמגר. מדובר במקרה של תביעה בגין עישון בבר ברמת ישי. הש' דחה את התביעה בטענה כי המבקש חסר תו"ל היות וגם לאחר שקרה המקרה בו ראה שעישנו, הוא חזר למקום כדי לסופג עישון ( פגיעה נוספת) רק לצורך התביעה, צילם אנשים ללא ידיעתם (חוסר תו"ל) , וחסר עובדות משותפות של עובדה צילם 70 ימים ויש עוד 290 ימים. (בערעור)

טענות מוזרות בקצת היות ומאידך, אינו בסדר כי צילם הרבה מדי אנשים, ומחד גיסא אינו בסדר כי לא צילם מספיק ימים...

**פריניר-** הש' מלצר-פעולות יזומות של עו"ד לאיתור נפגעיםאינה כשלעצמה בעייתית ומוכר גם בארה"ב**,** אך יש לעשות זאת בצורה מכובדת ולא באופן בוטה או פוגעני**.** אשר יבחן לפי ס' 8(3) +8(4) לחוק תובענות ייצוגיות, ופנייה בוטה של עו"ד עשויה להביא גם להעמדה לגין משמעתי לפי ס' 56 לחוק לשכת עוה"ד. וכמובן ששימוש פסול בכלי של תובענה ייצוגית למניעים פסולים- כגון: פגיעה במתחרים עסקיים, רצון לסחוט פשרה או לייצר לחץ ותחרות לא הוגנת על כאלו עם "כיס עמוק" ייחשב כמעשים של שימוש בהליכי משפט בחוסר תו"ל וכמובן יביאו לדחיית בקשות.

**\*\*יצוין- כללי האתיקה אוסרים על שידול ולכן צריך להיזהר**

**גיל גן מור-** במאמרו מבקש גיל לטעון כי יש להפעיל טסטרים שישלחו על-ידי ארגונים לחשיפת אפליות, לדידו יש לעודד פגיעה מכוונת בתביעות אפליה- אחרת לא יעמדו במבחן ההוכחה כפי שהיה **בוולמרט** ולא נצליח למגר את תופעת האפליה. יש מתח בין קידום יוזמות של תובענות ייצוגיות כאלה לתו"ל.

שיש ללקוח מידע ואי פעולה מצידו להתנגדות מהווה הסכמה. בקשת אישור אושרה ולבסוף הלכו לגישור.

# תנאים לאישור ייצוגית לאחר הבקשה

**גמול ושכ"ט:**

אנו רוצים לעודד הגשת תובענות ייצוגיות כדי לעשות זאת נבטיח שכ"ט וגמול לתובע מייצג ולעו"ד. הבעיה ששכ"ט בד"כ מהווה נגזרת מהיקף התיק, במקרה של הסכם בין תובע ייצוגי לעו"ד יש בעיה כי שווי התיק נגזר גם מתביעות של אחרים שאינם חלק מההסכם.

**בארה"ב-** חוק עשיית עושר מאפשר הסדר COMMON FUND"", שקובע שכ"ט הכולל את אלו שלא הסכימו לו מלכתחילה. הרעיון מיובא מדיני בירושה, ששם יש מצב של מנהל ירושה עיקרי שבחלוקת הירושה גוזר אחוזים מהירושה של השאר כי בזכותו נולדה להם תועלת. הדבר השתרש אצל מחזיקי אגרות חוב שתובעים על הפרת תנייה באג"ח ונוצרת קופת פיצויים, דוקטרינה זו לא התקבלה בארץ.

**בארץ-** קביעת גמול ושכ"ט נעשה לפי סעיפים:

19 (ו) – סמכות ביהמ"ש לקבוע גמול ושכ"ט בפשרה לפי סעיפים 22+23

22 – גמול לתובע

23 - שכ"ט לעו"ד

**גמול**- אנו מבינים כי בישראל תובע לוקח סיכון, היות שנושא בעלויות ועלול להפסיד ( **פס"ד אולטרייד-** התובע הייצוגי היה צריך לשלם 30,000 ₪ שכ"ט לכל אחד מ30 הסוחרים- קרי 2 מליון ₪ לא הפסד של מה בכך...) וצריכים לגרום לסיכון להיות "שווה".

**בעיות בשל מנגנוני גמול ושכ"ט חובת תו"ל ס' 8(3)+8(4)**

**ס' 8(3) ו8(4) מעלים טענות לבחינת ייצוג הולם ובתו"ל**

הבעיה: יש קושי לבחינת טענות אלו בעת בקשה לאישור, לא ברור מי יעלה את הטענה.

**בבקשה רגילה לאישור**-- הקבוצה טרם יודעת על התובענה.

**פתרון** - התנגדות של היועמ"ש או הרשות שקשורה לתיק (אשר חובה ליידע בעת הגשת הבקשה לייצוגית).

**בפשרה ( שלפני בקשת האישור)** – עדיין לא הוגשה בקשה ולכן אין רשות או יועמ"ש מה עושים? **פתרון**- מזמינים את "חברי הקבוצה הפוטנציאליים" להצטרף להליך הפשרה שכן בבחינה על-ידי ביהמ"ש כל שיבחן הוא תנאי הפשרה ולא ייצוג בתו"ל וכו'.

**ניגוד עניינים בניהול תיק** **וקביעת שכ"ט-** אם נציע תשלום לפי שעה, עורכי דין ישקיעו הרבה מדי ולא ירצו להתפשר. לעומת זאת אם נשלם באחוזים, נביא למצב בו יעדיפו להשקיע מעט ואולי גם להתפשר מהר (כסף קל). הפתרון: שכ"ט בישראל הוא לפי מנגנון אחוזים דינאמי שמושפע מרמת ההשקעה בתיק ( אפשר ללמוד זאת משלב ההליך וכמה פעולות בוצעו וכדו'). בארה"ב לפי שעות.

**ניגוד עניינים בניהול פשרה וקביעת גובה שכ"ט-** אמנם בפשרה ביהמ"ש הוא שיפסוק את גובה שכ"ט וגמול, אך בהתאם לס' 19 לחוק הצדדים ממליצים לביהמ"ש על סכום. להמלצה יש משקל ולכן בעייתית ( הטיה קוגניטיבית של שופט)**.** ולא ברור כי התובע הייצוגי מפיג את החשש הקיים.

הפתרון בפשרה: ניתן להגיש התנגדויות, לצאת מהקבוצה או לדרוש החלפת ייצוג.

← בארה"ב יש תמריץ יתר לנהל תיק ולא להתפשר ובישראל תמריץ חסר לניהול ויתר להתפשר.

**מועד פשרה והסיבה לפשרה:**

לפעמים נתבע לא ירצה להתפשר בעקבות פנייה מוקדמת כי רוצה ליצור מעשה בי"ד ובשל כך רוצה הנתבע להגיע לפשרה במועד שלאחר אישור הייצוגית אחרת מה העניין בהתפשרות? לא נוצר השתק.

הבעיה בשלבים הראשוניים גם התובע הייצוגי וב"כ יכולים להעדיף להתפשר ולא לנהל את הליך ולכן יש צורך במנגנון פיקוח של הסדרי פשרה וגובה שכ"ט וגמול.

**סכום פשרה:**

**פס"ד סילוורה-** הסכם פשרה שבו הבנק התחייב להחזיר אחוזים מחובות, לאחר שיש הסכם נשלח לבודק שקובע כי סכום הפשרה גבוה מדי, מדובר בנזק אחיד ולא לפי אחוזים מחשבון הבנק. הפשרה שנקבעה הייתה נמוכה יותר ואז אושרה.

**ניגוד עניינים בפשרה בין תובע ייצוגי+נתבע מול קבוצה שלימה:**

**פס"ד אלקון-**מפגעי ריח של זיהום אויר בשל חומרים שנפלטים המפעל בקריו. סכום פשרה 200,000 ₪ . כעת בבקשת אישור הפשרה הנתבע מבקש "לתקן" את בקשת אישור הפשרה כדי שיכלול יותר מקרים ואף מוכנים לשלם יותר כסף- הסיבה לכך היא הרחבת רוחב היריעה של מעשה בי"ד, התובע הייצוגי המקורי הינו בעל אותו אינטרס היות ומקבל יותר כסף על חשבון אחרים ( ההרחבה לא על חשבונו).

\*\* יצוין, גם תיקון מחייב אישור בימ"ש ולכן אי אפשר לעשות כרצונם.

**ניגוד עניינים באופן יישום הפשרה כאשר לעו"ד המייצג ולנתבע אינטרס משותף**

שכ"ט של עורך הדין נגזר מהפשרה שהתקבלה, הנתבע יכול לנסות להכיל פשרה אשר מייצרת מצג של השבה כמעט מלאה אשר תביא לעו"ד שכ"ט יפה ( כי זה נגזר מסכום ההשבה), ועל הדרך יגזרו קופון (תרתי משמע) על הקבוצה- לדוגמא: מתן שוברי זיכוי ( יודעים שלא ממומש בפועל ולכן הפשרה המשולמת נמוכה מזו המוצהרת). אך הפכנו את זה לפחות כדאי עבור החברה הנתבעת היות שנקבע כי סכום פשרה שלא מומשה לא נשמרת אצלם אלא מועברת לקרן ייעודית של ייצוגיות שמשקיעה בעמותות ותרומות ספציפיות.

**ניגוד אינטרסים בין תובע מייצג לבין הקבוצה והנתבע :העלאת טיעונים של חוסר תו"ל מצד התובע**

טענות שיטען הנתבע:

**תו"ל באי מיצוי הליכים – ( בפועל אין חובה כזו), פס"ד יונס-** גביית של רשות מים היא אגרה או מס, אם זו אגרה אז מספיק שהרשות תחדל ואינה חייבת לפיצוי. ועלתה השאלה אם יש חובה להודעה מוקדמת?. היתרון בהודעה מוקדמת- הפסקת נזק וקבלת פיצוי מהר. אבל בטווח הארוך נביא לפגיעה כי לא ייזמו תביעות ייצוגיות ואז הרשויות יפעלו בשיטת מצליח.

**חובת תו"ל כלפי הציבור-** עמידה דווקנית על זכות מסוימת בשל אינטרס ציבורי יכול לגרוע מטובת הקבוצה כמו **בפס"ד סלקום**- אולי יכלו לקבל יותר כסף אם עוה"ד לא היה מתעקש על המילים "חלף פסק הדין" עם זאת, ס' 22(ב)(3) מדבר על חשיבות ציבורית של תובענה ייצוגית ומשם אנו מסיקים כי תפקיד התובענות הן ציבוריות ואינן באות לשרת לקוח בלבד אלא אינטרס ציבורי**.**

חוסר תו"ל אחר שניתן להעלאות בכללי:

**חובת תו"ל כלפי מערכת המשפט**- הגשת תובענות להרבה בתי משפט **(ש.אמ.ג.ר).**

# תובענה ייצוגית נגד רשויות

ס' 6 לפקנ"ז קובעת כי אין אחריות נזיקית ( למעט רשלנות) אם יש הרשאה חוקית לפעולה שנעשת בתו"ל ובאמונה כי יש לכך הרשאה חוקית. **האם אי פיקוח מדיני מאפשר הגנה מאחריות?**

**ארה"ב**

למדינה 2 תפקידים ייחודיים: 1) רגולטור המפקח על גופים אחרים 2) עושה פעולות הפגועות בזכויות חוקתיות (כגון אפליה וכו) וכמובן נתבעת על הנזקים או בבקש לצו מניעה וכדו'.

במקום תקיפה חוקתית, מציע צארלס המילטון לפעול בשני מישורים הן התארגנות פוליטית והן במישור משפטי על-ידי תובענות ייצוגיות כמו- תובענות נגד הפלייה במלגות, תובענה נגד הפרדה בבתי ספר- **BROWN, BROWDER** – הפרדה באוטובוסים.

**ישראל**

**הגנה 1-** ס' א3 לחוק מקנה הגנה לרשות כאשר מדובר בסמכויות פיקוח ( פשרה פוליטית).

**פס"ד לוי**- תביעה אזרחית ( לא ייצוגי בכלל) נגד המפקח על הביטוח. הש' שמגר- לביהמ"ש קשה לבחון בכלים משפטיים אם קבלת ההחלטות אצל הרגולטור היה כדין הסטנדרט הוא שיקול מדיניות של הרגולטור. הגבלות על העדר פיקוח בכללי הם מוגבלות.

יש להפריד בין 2 סוגי החלטות:

**החלטה של שיקולי מדיניות**- כפי שהיה **בלוי,** ביהמ"ש נמנע מלהתערב (הרגולטור הוא הסטנדרט).

**החלטה של סמכות ביצוע**- אם יש חריגה משיקולי מדיניות שקבעה הרשות עצמה אז ביהמ"ש יתערב.

**יש הגנה דומה בדין המהותי שדומה לס'3 אז מדוע יש אותה פה? מדוע מגינים מפני רשלנות בפיקוח?**

**הסבר 1-** ההגנה צריכה להתפרש היות בצמצום, כך שנכיר בפגיעה ע"י מדינה המקנה פיצוי במידה וניתן להגיד כי בתביעה פרטית הייתה זכאית התובעת לפיצוי.

**פרשת יונס**- ניסיון לפירוש ס' 3א באופן שלא ניתן לתבוע רשות אלא אם התובענה היא להשבת סכומים שלא כדין ( לפי התוספת השנייה). אבל נקבע שאם הרשות עוסקת בגביית תשלום שאינו חובה נטען לתבוע אותה ישירות כמעוול ולראות בה כעוסק פשוט לא נתבע אותה בתור "מפקח" אלא בכובע אחר. טענה שהמדינה יכולה לטעון זה שאשר לתבוע את המעוול המרכזי ( שגרם את הנזק).

תובענה על חוסר פיקוח אפשרית אבל לא כייצוגית.

**הגנה 2-** ס' 8ב1 תובענה ייצוגית אף אם עומדת בתנאי ס' 8 רישא, אך יגרם נזק חמור לציבור מול התועלת שנשיג יש מצב שביהמ"ש לא יאשר את הבקשה או שיאושר בכפוף לשינויים.

בדומה ל20(ד)(1)- סעיף סעד המאפשר הפחתת פיצוי בשל מאזן נזק ותועלת.

סיבה-בעיה של כולם נגד כולם, לא יוצר תועלת חברתית אלא עלויות משפטיות מיותרות על הציבור.

כאשר הנזק לחלק מהאוכלוסייה יש משקל שונה לשיקול שלעיל אך עדיין קיים^ **פס"ד חיפה והשלטים**. אם יש תביעה נגד המדינה בגבייה שלא כדין מחלק אחד ונצבע להחזרת הכסף לאלו שנגבו מהם יותר זה צודק – למטרה חלוקתית (פחות הרתעתי) **פס"ד קופות חולים**- לא גוף למטרות רווח ולכן מהווה הוצאה מכיס אחד והעברה לכיס אחר. בקיצור אם לא מדובר בגוף למטרות רווח שמחזיר את הכסף מרווחיו אז אין הצדק לתביעה.

יצוין, לכאורה לא צריך את הגנה ס'3א- כי אפשר להפיל את הבקשה לפי ס' 8(1) לא יעיל והוגן.

**הגנה 3-** ס' 9(ב), בקשה לייצוגית לגבי אגרה שנגבתה לא כדין- יש תקופת צינון של 30 ימים בהם העירייה יכולה לחדול ואז תדחה התביעה.

גם בקשה שאושרה- הרשות לא חייבת להשיב כספים לגבי תקופה העולה על 24 חודשיים לפי ס' 21 לחוק.

היה פס"ד שביקש לטעון כי יש התיישנות לשנתיים, אבל זו טענה מטופשת, היות ובייצוגית הבקשה לאישור ועד ניהול התביעה עצמה אורך שנים, והתיישנות לשנתיים סותרת את לשון החוק ותביא לתובענות ייצוגיות חוזרות כל שנתיים שזה אבסורד- הלכה זו בוטלה (**יונס)** וההלכה שהולכים שנתיים לפני הגשת הבקשה ועד מועד הגשת התובענה אחרי אישור הבקשה.

**בג"ץ כהן-** תביעה אישית לאגרה שלא כדין היא בכפוף להתיישנות רגילה ולא שנתיים בשונה מס'21 בתובענה ייצוגית. וגם ס' 9 הודע חדילה שוללת תובענה ייצוגית אך לא שוללת זכות אישית. וביקשו לבטל את הסעיפים. טענת המדינה, יש פה רק הוספת זכויות ולא נגרעת זכות אישית. החוק פרוצדוראלי לגמרי.

**המרצה**: ס' 20( ד) (1) כן גורע מזכויות מהותיות – אפשר לתת סעד חלקי וברגע שקיבלתי סעד חלקי יש מעשה בי"ד ואני מנוע מלתבוע באופן פרטי- לעומת מי שלא היה בייצוגית שזכותו לא נגרעת.

**פס"ד ביטוח לאומי**- הודעה על חדילה על גבייה לא חוקית, אמנם בד"כ לא מביא לשכ"ט או גמול, אך ביהמ"ש יכול לפסוק כפי שנעשה פה בשל התועלת שהתובענה הייצוגית הביאה שבזכותה נקבע חדילה:

1. גבייה לא חוקית שנפסקה.
2. התחייבות להחזרת כספים.
3. התחייבו להחזיר 7 שים אחורה.

העליון מתקן- כי אין להתחשב בתועלת של ה7 שנים אחורה כי זה לא רלוונטי, או בהחזרים אחרוה- יש הודעת חדילה וזה לא רלוונטי. אלא בקביעת שכ"ט וגמול יש להתייחס רק לתועלת לעתיד שנוצרה. ( במקרה הזה אין תועלת לעתיד- ולכן סולברג אומר שלא ברור שמגיע להם) אבל עדיין פסקו פה שכ"ט לעודד תובענות כאלו.

**תקיפה עקיפה של הגנת ס' 3א לחוק:**

הדרך לתבוע את המדינה כמפקח ע"י צירופו ותביעת המדינה בהגשת תביעה של צד ג'.

**אגד-** תביעה נגד אגד (המפוקחת) שמפעילה קווי מהדרין ואז אגד תובעת כצד ג' את המדינה שמתירה את ההליך כמפקחת. אגד טענה לחסינות ס'6 לפקנ"ז, אם להם אחריות גם למשרד התחבורה- מעוולים יחד הבעיה שמשרד התחבורה חסינה לפי 3א (אבל זו זכות פרוצדוארלית ולא מהותית (לוי) ), אבל הודעת צד ג' אין לה בעיה. ואם לאגד אפשרות אח"כ לתבוע את המדינה אז לכן גם המדינה תעדיף להכנס כצד ג' ולהיות חלק מההליך הייצוגי ושתיווצר גם מולה מעשה בי"ד.

**פס"ד קורלטל**- הודעת צד ג' תוגש לפני הבקשה לאישור.

**ברניר נ' סלקום**- תביעות נגד חברות סלולר על גביית מע"מ לחבילות סלולר בחו"ל שנעשתה שלא כדין. המדינה הודיעה על חדילה אבל התביעה הייתה חוזית נגד החברות ולא נגד המדינה. ניתן להגיש צד ג' ע"י הסלולר, אמנם יש גבייה שלא כדין אבל תקופת ההתיישנות נשארת 7 שנים ולא מקוצרת כי התובענה היא נגד העוסק והגנת המדינה כרשות לפי ס' 3א אינה רלוונטית. (צמצום ההגנה).

**תקיפה ישירה ועקיפה של הרגולטור**

**תקיפה ישירה-**עתירה מנהלית, שתבחן את ההחלטה במבחנים מנהליים ואם נעמוד במבחנים הבחינה תבוטל.

**תקיפה עקיפה-** תקיפת תקנת משנה במקרה ספציפי- יכול רק בהליך הפרטי ולא אוהבים את זה.

הבעיה בתקיפה עקיפה בהליך ייצוגי- זו תחולה מצומצמת של תקיפה למקרה ספציפי ובעייתי כי ייצוגי אמור להיות כלפי עלמא. **פס"ד אפלריח**- אגרה על תליית שלטים בעיר חיפה, תקפו בתקיפה עקיפה של ייצוגית כדי לקבל שכ"ט וגמול למרות שזה פרוצדוראלית לא נכון. ביהמ"ש אומר שיגביל תובענות כאלו רק כאשר אין אפשרות לתקוף בתביעה מנהלית.

# חלוקת פיצוי לחברי הקבוצה

בתביעה קבוצתית עשוי להיות שוני בין חברי הקבוצה, אך עדיין נעדיף לתבוע כקבוצה כי הוכחת קש"ס אינדיבידואלי קשה יותר או קושי בהוכחת העוולה עצמה. לדוגמא: **פס"ד מפרץ חיפה**- עודף תחלואה בסרטן באזור מסוים. אך גם הנזק ביניהם אינו אחיד. ויוצר קושי בהוכחת הנזק.

בפתרונות לאומדן נזק יש כמה אופציות ותלוי מה מטרותינו:

* **יעילות** - פיצוי בסכום כולל לקבוצה וכך נחסוך בירור פרטני מסובך.
* **סעד הולם**- עדיפות לסעד אינדיבידואלי המפצה על פי רמת הנזק.
* **הרתעה**- 1) פיצוי ממוצע אוטומטי לכל נפגע 2) פיצויים לדוגמא עד 10,000 ₪

1. פיצוי ללא הוכחת נזק ס' 20ה' מקרים שברור כי קשה יהיה להוכיח נזק.

**פתרון פרופ' תירוש וביטון-** גזירת שווי פיצוי לאפליה על בסיס ממוצע בתיקי אפליה שהיו- פתרון לקוי המבקש לעקוף את הקביעה שאין פיצוי ללא הוכחת נזק (התעלמות מוחלטת מקיום איסור לכך בחוק).**מנגנון של פרופ' פורת-** מתן אפשרות לבחור בין פיצוי קטן כספי, לסעד בעין המשקף את נזקם ולפי בחירתם נבחין בנפגעים המרכזים ותיקון הנזק יהיה מציאותי יותר.

^כתוצאה מהאמור לעיל יש הרתעת חסר- בכמות התביעות המוגשות, והרתעת יתר במקרים בהם מוגשת תביעה בפועל בשל חוסר הקשר בין הנזק לסעד בפועל.

* **גישה לערכאות**- גם כאין אפשרות להעריך נזק, ניתן פיצוי בדמות:

**קביעת סעד הצהרתי ללא סעד בפועל**- ס' 12 לחוק מאפשר מנגנון מיוחד לאישור בקשב אשר חבריה אינם אלו שהוגש בשמם כברירת מחדל אלא אלו שישלחו הודעה אקטיבית על רצונם להיות בהליך. שימוש במנגנון זה יכול להיעשות בתביעות גוף ככה נפתור בעיות גישה לבימ"ש אך מנגד נפריד בין ההליכים.

**קביעת צו עשה או צו מניעה** אשר אינו דורש הערכת נזק אינדיבידואלי.

**מנגנוני פיצוי**

ס' 20(א) כולל שלושה מנגנוני פיצוי:

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

**ס' 20(ב)-** כל חבר קבוצה יוכיח גם זכאות וגם נזק אינדיבידואלי.

**קשיים במנגנון הוכחת נזק אינדבדואלי:**

* **עלות גבוהה בהוכחת נזק:**

**פס"ד סילוורה-** בנק לאומי דהיה מוכן לשלם פיצוי גובה ואז נעשה אומדן ושונה הסכום. הבעיה שהנזק לכל לקוח עולה פחות מבירור הנזק.

**פס"ד פלג-** חברת תרופות שנתנה פיצוי על נזקי גוף, יצרו מנגנון שלפיו יקבעו את אומדן הנזק של כל חבר קבוצה והשוקע במנגנון 2.5 מליון ₪ סכום עתק!!!!! ( התביעה 25 מליון).

* **איתור תובעים:**

**פס"ד הראל**-הטעייה בני"ע מנגנון הפיצוי פשוט כי יודעים מי החזיק באותם ני"ע ויש את פרטי אז אפשר לעשות זיכוי אוטומטי לכל חבר קבוצה ישירות לחשבון.

לעומת זאת, **פס"ד תנובה** קשה לדעת מי קנה חלב וגם אם נתאר אין הכרח שניזוק כי קנה.

פס"ד אינטרטייד נ' פלאפון- עלות איתור חבר קבוצה הייתה שווה לעלות הנזק שנגרם.

פתאל נ' סלקום- פיצוי נמוך לכל חבר קבוצה ברמה שהבול, מעטפה ושיק יקרים מהפיצוי ( מגוחך).

**פס"ד נגד חברות הסלולר-** מע"מ חו"ל מנגנון האיתור אמנם מסובך אבל החזרת הכסף יבוצע דרך חשבונות טלפון קיימים.

**פתרונות:**

* **פיצוי רק למי שיש לו נזק של למעלה מסכום מסוים**- אמנם פיצוי חלקי אך לא הזוי (הרי קופונים ממשים באופן חלקי בלבד).
* **פיצוי בסבבים**- **פרו-ראטה-** סבבי איתור תובעים לאחר סיום האיתור במידה וישאר כסף נחלק את הנותר בין כל החברי הקבוצה. קצת בעייתי לפי ס' 20א (3) הקובע כי סעד יינתן רק עד פיצוי מלא ולא יותר.

^יישוב הבעייתיות ע"י פירוש פרו ראטה למקרים שבהם יש הפחתת פיצוי מלכתחילה ולכן כל ניזוק קיבל בסבבים הראשונים פיצוי חלקי ויתרת הפיצוי אינה מהווה פיצוי יתר

* **פיצוי לאוצר המדינה**- יעיל וזול, במקום לחלק את הסעד לאנשים שלא אותרו או שנותר כסף שלא חולק נעביר למדינה. בעיות: מיסוי אישי גבוה של כל חבר קבוצה, השפעה שלילית על המדינה למנוע עוולות עתידיות, כשלון בפיקוח. בשל האמור ההסדר הנ"ל היה קיים עד 2016 ואז בוטל.
* **הנחות על מוצרים-**לא בדבר סחיר ( בשונה מקופון) הנחות גורמות לעיוות בשוק ואף מגדילות את המכירות של הנתבעת- הטבה מתחת למחיר שוק תביא לפעילות אסורה ומנוגדת לתחרות כלכלית.
* **תרומות**- יש בעיה בקשר בין מקבל הסעד לנזק, יכול להיות תלוש לגמרי עמותה לצער בע"ח מקבל תרומה מחברת ביטוח. אם מדובר בסכום משמעותי אולי יצור הרתעה וגם זה בספק ראו:

**פס"ד בן סימון נ' הוט-** התחייבו לתת מחשבים ניידים לילדים במסגרת הסדר פשרה, בדיעבד התברר כי התחייבו לתת את המחשבים כתרומה לפני קיומה של הסדר הפשרה ולכן בכלל לא היה הרתעה או תשלום עבור הנזק.

^ חשש משמעותי בתרומות הוא השחתת מערכת משפט, כאשר כל שופט מעביר כספים לעמותות כראות עינם או אף גרוע מכך בשל קשר אישי- הש' ברון למפעל הפיס ( מנציחים את בנה)

* **קרן ייעודית**- פתרון לתרומות כי מטרתה לבתע תרומות למטרות חברתיות הקשורות להליך התובענה הייצוגית

**פתרונות תיאורטיים:**

* **הגרלה-** פתרון של שי לביא, נוזיל עלויות נאתר מספר תובעים ואז נגריל סכום תביעה גדול. לפיו זכות ההשתתפות בהגרלה מהווה סעד הולם, מביא להרתעה אופטימלית ועלות יישום נמוך ויעיל.
* **אכיפה בקירוב**- פורת ובן שחר, נמצא מה כואב למזיק ונביא אותו לבצע תיקון מעשיו. לדוגמא: **פולקסוואגן** יכולה לשלם על היתרי פליטת גז כאשר לא תשעה בהם שימוש ואז תפחית את רמת זיהום האויר. ( קצת בעייתי בתביעה על אפליה).

# הודעת יציאה מהקבוצה ומעשה בי"ד

**חובת הודעה:**

ס' 25 לחוק קובע חובת פרסום הודעות שונות בנוגע לתובענה ייצוגית בשלבים השונים.

ס'25א(ה)- פס"ד בתובענה ייצוגית יכול להיות:

1. החלטה הדוחה את בקשת האישור
2. פס"ד בסוף הליך שאושר

**מדוע יש חובה לפרסום את אישור הבקשה להסדר פשרה?**

על-מנת לאפשר התנגדויות של חברי קבוצה פוטנציאליים ולאפשר יציאה מהקבוצה עכשיו כדי שבדיעבד לא תוכל לטעון לכך ויהיה לך השתק.

ישנו הסדר של הודעות אישיות אשר מטרתו להביא לידיעת הקבוצה את מצבם המשפטי ולאפשר מעורבות ( נגיד במצב של החלפת תובע ייצוגי וכו).

ס' 11א- מסדיר את היציאה מהקבוצה תוך 45 יום במועד שלאחר בקשת האישור.

ס' 19(ד)1- הסדרת תנאי של יציאה מהקבוצה בסדר פשרה ( מדובר באישור יציאה מועד ב') אשר אינו חייב להנתן אינו זכות מוקנית כמו בס' 11.

מדוע שמישהו יצא מקבוצה בשלב של פשרה? בעולם ריאלי פחות קורה בעולם תיאורטי יש כאלו שיעדיפו לתבוע פרטנית ואף ישיגו יותר. **דוגמת סילוורה-** שם לבסוף נקבע נזק ממוצע, ויש כאלו שאם היו עושים בירור היו מקבלים יותר, פשוט לא ריאלי כי בירור שכזה הוא דבר יקר לשעצמו.

**יציאה מהקבוצה בשלב מאוחר ותשלום קנס:**

**ג'ון קופי-** הליך תובענה ייצוגית בלתי נסבל אשר בשלב מסוים יש יתרון להליך אישי על פני התובענה הייצוגית ראוי בשלב היציאה ישולם מס עזיבה לעורך דין עבור הראיות שצמחו לך בעקבות עבודתו(בשל אופי ההליך בארה"ב, לא בעיה בישראל).

**מעשה בי"ד:** מעשה ב"יד מותנה בכך שנמסרה הודעה ויתנה הזדמנות לצאת מהקבוצה אחרת יוגבל מעשה בי"ד.

**מעשה בי"ד כלפי התובע הייצוגי:**

**פס"ד בר-** יש עילה אינן קבוצה ולכן נדחית- צריך להגיש תביעה פרטנית. במצב הפוך, לכאורה מביא למעשה בי"ד כלפי כל הקבוצה בפועל- ביהמ"ש יתן להן לצאת או שיציעו להחליף את התובע המייצג.

**פס"ד שטרן נ' וריפון**- במקרה רגיל של פגם בהודעה של חברי קבוצה, אז לא יווצר מעשה בי"ד לעומת זאת במקרה הספציפי שטרן התנגד בהליך עצמו ולכן לא יכול להסתמך על פגם באי קבלת הודעה.

**מעשה בי"ד כלפי קבוצה:**

**שטרן נ' וריפון-** פרסום ההודעה לקבוצת המשקיעים הישראלית נעשתה בצורה לא ראויה בגלובוס בשימוש בגוגל טרנסלייט ולכן מדובר בהודעה לא תקינה ואין מעשה בי"ד כלפי חברי הקבוצה הישראלים שלא קיבלו הודעה (למעט שטרן)**.**

**מעשה בי"ד כלפי צדדים שלישיים:**

ס' 24 לחוק מעשה בי"ד זה לכל חברי הקבוצה

**בר ביטוח-** הסכם פשרה ב,2008 כלל הוראות לענין תובעים עתידים שיהיו ב2010, ניסו להשתיק אותם ולהגיד שיש מעשה בי"ד. בפועל ביהמ"ש קבע שלא אפשרי, כי לא יכלו להתנגד או לצאת מהקבוצה, לא ידעו בכלל שניזוקו עדיין ולכן לא קיבלו הודעה כדין.

הסתלקות ודחיית בקשת אישור לא יוצר מעשה בי"ד אף פעם כי אין קבוצה מיוצגת בשלב הזה. מה שכן אפשר לטעון שלא יעיל או הוגן לדון בבקשה כאשר הקודמת לא התקבלה ויכול במקרים חריגים להביא לדחייה על הסף של בקשת אישור.

# שכ"ט וגמול מדוע ואופן החישוב

**רקע לגמול:**

**תועלות:**

**תועלת ללקוח הספציפי-** עבור הנזק**.**

**תועלת חברתית ישירה-** צדדים שלישים שנהנים מפס"ד.

**תועלת חברתית עקיפה-** הרתעה כללית שגורמת להנאה של כלל החברה.

⇐ חשוב להשיג תועלות חברתיות ולא רק תועלת ללקוח ספציפי ( דוגמת סלקום וההתעקשות של גיל-רון).

**עלויות:**

**אגרה-** כדי לצמצמם עלויות של ניהול משפט אז יש החזרי אגרה כאשר מתפשרים בשלב מוקדם. **שכ"ט-** של עו"ד בתביעה ייצוגית אינו משולם על-ידי הלקוח, אלא רק בסוף התיק.

**איתור הפקת ראיות וכו'**- הלקוח (תובע ייצוגי) נושא בעלויות, היות ואסור לעו"ד להשתתף ( לפי חוקי האתיקה הישראלים).

**ש.אמ.ג.ר**- חוסר אתיות מרכזית בהגשת תביעות לבתי משפט שונים.

שלושה סוגים של תובעים:

1. תובע שלא נושא שום סיכון, יש מידע מלא לעו"ד ורק צריך אותו עו"ד מאתר אותו.
2. תובע שקרה לו עילה והוא מחפש עו"ד אבל אין הוצאות בהליך**(פרטנר).**
3. תובע שיש לו את העילה, נזק קטן אבל בשביל הוכחת העילה יקרה מאוד- לדוגמא: מחיר מופרז על מוצר **(דוגמת קוטג תנובה).**

**הרקע לשכ"ט:**

הסברנו את התועלות ועכשיו השאלה איזה מנגנון תשלום יוביל להכי הרבה תועלת בהליכי תובענות ייצוגיות? ( שכ"ט נקבע ע"י ביהמ"ש)

**שכ"ט לפי שעות**- יביא לתמריץ חיוביים: לפתוח תיקים, ולהשקיע הרבה עבודה בניהול תמריץ שלילי להתפשר כי מעדיף להרוויח עוד מהתיק.

**שכ"ט לפי אחוזים**- תמריץ חיובים להתפשר- רוצה לגזור קופון מהיר, וכן תמריץ לפתוח תיקים ותמריץ שלילי בניהול לגבי פתיחת תיקים.

**פתרונות:**

* הדרך לקבוע מנגנון שעתי מתוקן- לגזור שווי שעת עבודה לפי סיכוי הניצחון בתיק, ואז נתמרץ להצליח בתיק ולא סתם להשקיע שעות מיותרות בהליכי סרק. הבעיה שאין שכ"ט אם לא מנצח.
* תיקון במנגנוני האחוזים והשעות- ניצור השוואה בין הפנמת עלויות להפנמת תועלות: 1) הפנמת כל העלויות וכל התועלות- מנגנון יעיל אך פוגע בזכות הסעד של חברי הקבוצה. 2) הפנמת חלק מן העלויות וחלק מן התועלות- תשלום חלקי על שעות עבודה בפרופורציה מתאימה לתועלת הקבוצה. כך הוא מפנים חלק מעלויות ההליך, וחלק מהתועלות (דומה לדוקטרינת הקופה המשותפת שהיא:

דוקטרינת "COMMON FUND"- הרעיון שכתובע שמנהל הליך שמביא תועלת לצדדים שלישים, ואז רשאי לגבות מהם אחוזי שכ"ט וגמול כאשר מנצח בסוף. יש פה מעין קופה משותפת וזה בא לידי ביטוח במספר דינים שונים:

1. דיני ביטוח בו יש תביעה מרכזית ואז מתפצל לתביעות פרטניות, כאשר זכייה בתביעה פרטית לאחר הפיצול תחייב בתשלום אחוז מסוים לקופה המרכזית בתביעה הראשית.
2. ירושה שמנוהלת ע"י מנהל ירושה- ואז האנשים האחרים שירשו משלמים למנהל שהביא לקבלת הירושה לכל היורשים.
3. בעלי אג"ח- ניהול תביעת אג"ח נגד מנפיק כאשר במקרה שמנצח בתביעה אז יש הרבה נהנים שמחזיקים באג"ח ומנהל התביעה מקבל כסף עבור פועלו.

← הבעיה בקופה משותפת זה שבמקרה של נצחון התובע המרכזי יקבל הרבה כסף, אבל בהפסד הוא לא מקבל כלום- אין השתתפות בהפסד שלו וזה פוגע התוחלת.

**חוק תובענות ייצוגיות ישראלי בעייתי בשל:**

1. שכ"ט- ס' 23 השופט קובע בסוף ההליך את שכ"ט והמנגנון שיקבע.
2. הקריטריונים לקביעת שכ"ט בהליך רגיל – לוקחים בחשבון תועלת של לקוח+ עלות לעו"ד רגיל. לעומת זאת, בס' 22ב' (1) קובע את הקריטריונים בהם מתחשב בימ"ש בקביעת גמול:
3. טרחה וסיכון של תובע מייצג 2) תועלת לקבוצה 3) חשיבות ציבורית להליך.

ס' 23- קריטריונים לקביעת שכ"ט בהליך ייצוגי דומה ( אבל לא זהה) לשיקולים בקביעת גמול:

1. תועלת לקבוצה 2) טרחה וסיכון+ נדבך של מורכבות ההליך ( נבחן יותר מאשר בגמול) 3) חשיבות ציבורית 4) אופן ניהול ההליך ע"י העו"ד 5) פער בין סעד נתבע בבקשה לבין סעד שנפסק בביהמ"ש **רייכרט-** הש' גרוניס**-**אין צורך להעריך את שווי התביעה בהתחלה בטח כשאין שום מושג על סכומה.

**הערת מרצה: טעות מטופשת של עו"ד היא קביעת הסכום בתחילת התיק.**

בעיות שנוצרות בעקבות קביעת סכום שכ"ט בתחילת הליך:

* **פרוצדוראלי טכני** – פוגע בתובע ומצדיק כל בקשת של נתבע בניהול ההליך
* **תדמיתי** -יוצר פער בין הסעד הראשוני לסכום שנפסק ומביא פגיעה בתדמית התביעה ( נפסק רק... כשהתבקש X)
* **משפטית**- ניפוח תביעה כדי להגיע למחוזי.

^ ביהמ"ש לא אוהב את זה- ולכן חוקק ס' 23ב(5) אשר בו ביהמ"ש יכול להתחשב "לרעה" בקביעת סכום מופרז".

**שיטות לפסיקת שכ"ט: רייכרט-** השופט גרוניס מביא 2 שיטות:

**שיטת LOADSTAR**- שעות עבודה על תיקXשווי שעות X סיכון ( המודל האמריקאי)

**שיטת אחוזים**- יש לשקול את האחוזים בצורה \* האחוז קטן עם שיעור הפיצוי לקבוצה \* האחוז גדל לפי שלב בו נמצאים בהליך, ככל שהגיעו רחוק יותר מעיד על השקעה מרובה ולכן יש להגדיל את האחוזים. ( המודל שנקבע בארה"ב).

מה עושים בפשרה? ביהמ"ש קובע שכ"ט וגמול, אבל הצדדים נותנים המלצה איך זה משפיע על ביהמ"ש? יש 2 שיטות:

1. מדובר בהמלצה בלבד ביהמ"ש לא מחויב, יכול להתייחס לא חייב **(רייכרט)**
2. ביהמ"ש יכול לקבוע כי ההמלצה של שכ"ט וגמול אינם ראויים ואז השופטת שולחת את הצדדים לפתוח את המו"מ מחדש. (פחות מצוי, ולא הלכת רייכרט אבל נעשה)**פס"ד בזן-** השופטת מתערבת ואומרת תפחיתו שכ"ט ותגדילו גמול.

מתח שכ"ט וגמול תמיד קיים בפשרה, ולכן הפתרון היא שמראש התובע הייצוגי וב"כ יכולים לעשות הסכם מראש שיהווה בסיס להמלצה במקרה של פשרה.

**פס"ד כהן ביטוח-** בהגעה לפשרה ביקשו מביהמ"ש לקבוע שכ"ט וגמול יחד ואז יתחלקו ביניהם- המחוזי דוחה את זה ומוגש כערעור לעליון שמתקבל וקובע שאפשרי.

הערת מרצה: **הבעייתיות בהסכם בין תובע מייצג לעו"ד זה שלא בהכרח מגלם את מה שעומד מאחורי השכ"ט והגמול. מצד שני זה מביא ליעילות.**

**פס"ד אשל היאור-** נתבע מוכן לתת 100% פיצוי, התובע מפטר את ב"כ הקבוצה ואז ביהמ"ש מתערב וקובע שלא ניתן לפטר את ב"כ הקבוצה ע"י תובע הייצוגי אלא רק יכול לפטר אותו ו"לפטור" את עוה"ד מהייצוג שלו ספציפית (ולא של כל הקבוצה)

# פשרה והסתלקות

ההבדל בין פשרה להסתלקות זה שהסתלקות אינו יוצר מעשה בי"ד.

**פשרה**

בהתאם לס' 18-19 בחוק, מטרת פשרה ליצור הרתעה. ס' 16 עוסק בהסתלקות המחייבת אישור בימ"ש.

יש כמה סוגי פשרות והסתלקויות שנעשים בשלבים שונים:

1. פשרה/ הסתלקות לפני אישור הבקשה
2. פשרה/ הסתלקות אחרי אישור בקשה

2 בעיות בפשרה או הסתלקות מהירה:

1. **SWEETHART SETTELMENT**- פשרה בנזיד עדשים, משולם סכום שאינו מגלם את הנזק בפועל אך פותר את התביעות שהוגשו לעת עתה. מדובר בבעיית נציג ש"מוכר" את הקבוצה.
2. **BLACKMAIL SETTELMENT**- תביעות סרק, בהם הנתבע נסחט ומסכים לשלם כדי להעיף את התביעה ולא כי באמת יש עילה.

פתרונות לבעיות שהוצגו לעיל:

* **מניעת תביעות סרק-** קביעת אגרה גבוהה יחסית שתביא לכך שלא ירצו להגיש אם אין עילה.
* **פשרה בנזיד עדשים**- פתרון הבעיה הוצע ע"י קלמנט כאשר אומר שיש מנגנון מפקח על אישור פשרה ואם שופטים יהיו נאמנים לחוק וידרשו שיפעלו לפי ההליך הקבוע בחוק נמנע את בעיית הנציג.

מחד גיסא, הפשרה חוסכת עלויות משפט משום שהמשפט נעצר בשלב מוקדם, וכך יש חיסכון בניהול עלויות הליך. ומאידך, הפשרה יוצרת עלויות משפט- תובעים מגישים תביעות סרק במטרה להגיע לפשרה מהירה וזכות בגמול.

**תביעת סרק-** לא מדובר בתביעה על סכום נמוך, ס'4 DEMINIMIS מנזיקין אינו רלוונטי לתובענה ייצוגית. **הגדרת תביעת סרק היא כזו שלא תעבור את תנאי ס' 8 ולכן לא תאושר.**

**מדוע אנו מפחדים מתביעות כאלו שגם ככה יפלו בבקשת האישור?**

יש תמיד סיכון שתביעה מופרכת תאושר בגלל שופטים הזויים, מוניטין של חברה נפגעת מקיומו של הבקשה, יש עלות לעורכי דין של נתבעים אשר עשוי להיות גבוה מפשרה נמוכה. וכן דיווח של חברה ציבורית שעשוי לפגוע בערך החברה.

**הבעיות בתביעות סרק/ פשרות מהירות בשלב שלפני הבקשה**:

טענה מוסדית- פגיעה בבתי משפט.

טענה חברתית- פגיעה בחברה כולה כי מעלה את המחיר של "DOING BUSINESS".

פגיעה בהרתעה- תביעות סרק גורמות לכך ששווה להיות מעוול.

טענה של הנתבע- אפשרות להתפשר בשלב מקדמי פוגעת בנתבע כי מביא להליכי סרק מיותרים.

**פס"ד פסטה נונה**- איסור על הסתלקות מתוגמלת כי מונע תביעות סרק.

תיקון 10 מיישר קו עם פסטה נונה וקובע שככלל הסתלקות מתוגמלת לא ראויה, ואפשרית רק אם יש עילת תביעה לפי 8(1) (ולא סתם תביעה). רק נתגמל מה שאולי היה לו סיכוי.

**בעיות קונקרטיות:**

* **קשיי הערכה**- פשרה מהירה פוגעת ביכולת להעריך את שוויי הפשרה, סיכויי ההליך ואת גודל הקבוצה והנזק שנגרם כנדרש בס' 19 כמו כן, ברור כי זה גורם לקושי בהפרדה בין פשרה ראויה כי יש עילה שנגמרת מהר בגלל נתבע שמםחד לבין תביעת סרק שמסיימת מהר בגלל לחץ תובע שרוצה ל"עשות קופה"
* **העדר דיון אדוורסרי**- בפשרה כולם באים עם אותו אינטרס (כל הצדדים), רוצים את אישור הפשרה ואין מתנגדים
* **בעיית נציג המביאה לפשרות**- שכ"ט שנקבע ע"י ביהמ"ש אחרי שלב הבקשה אינו כ"כ גבוה ולכן יש תמריץ מסוים להתפשר דווקא עכשיו בתחילת ההליך.

**פתרון לבעיות הקונקרטיות:**

* **בעיית נציג ופשרה לא ראויה-** מנגנוני פיקוח בחוקס' 18(ז)(1**)-** אי יכולת לבצע הרחבת אישור הבקשה**,** ולכן לא יוכלו להשיג מעשה בי"ד מורחב**.** כמו כן אסורלפצל סעדים ו"לוותר"על חלק מהסעדים שנדרשים. מעקף הפיקוח- ע"י תיקון התביעה המקורית ולא תיקון הסדר הפשרה. אסור להתנות שכ"ט וגמול כתנאי לסיכום הפשרה- ס' 18(ז)(2).
* **בעיה של קושי בהערכה**- קבלת מידע מהצדדים הכולל תצהרירם וכדו' ס18(ב) חובת מינוי בודק של הסכם הפשרה ס' 19(ב)- בודק רק את נזק התובע. הרבה ביקורת על הסעיף, מוסיף עלויות+ ביהמ"ש לא אוהב שמתערבים להם בהחלטה. הערת מרצה: מומחה זה ראוי ולא מיושם בפועל.**פרשת סבו-** אי אפשר לטעון שיש למנות בודק, שהרי בעצם חותרים לאמירה נגד קביעת ביהמ"ש העליון. הבעיה: ביהמ"ש לא בדק את זה ולא מבוסס. ← הלכה זו הורחבה ולכן אנשים מתפשרים אצל שופטים בדימוס ואז יהיה קשה לערער על קביעתם.
* **העדר דיון אדברסרי-** ס' 18(ג) מורה על פרסום הסדר פשרה, ויש אפשרות לצאת מהקבוצה. אך עם זאת לא הרבה יוצאים מה שכן, יש התנגדויות של היועמ"ש או גופים רלוונטים בהתאם לס' 18(ד).

# תחרות בין מבקשים

בשל התמריצים שמנינו, ישנו מצבים בהם בשל קיומם של אותם תמריצים נגיע למצב של ריבוי ייצוג אשר לא כדאי:

* בזבוז כסף
* לא יעיל
* בזבוז משאבי ציבור וניהול שיפוטי מיותר

ס' 7א דן במצב של תחרות בין תביעות וקובע חובת רישום תובענה ייצוגית בפנקס התובענות וכן את שיקולים לבחירת תובע ייצוגי כאשר הוגשו במקביל ( פער קטן ולכן לא יכלו לדעת).

איחוד מותבים- ס' 7(א)- אם יש בקשת אישור דומה המתנהלת מול מותב אחר, ביהמ"ש רשאי להעביר את התביעה. ס' 7(א)(2)- כאשר הקבוצה דומה או זהה לקבוצה של בקשת אישור אחרת, בימה"ש חייב להעביר.

הכרעה בין תובעים- ס' 7(ב)(1)- אם טרם החל הדיון באף אחת מהבקשות, ביהמ"ש יחליט על מחיקה של התביעות מלבד אחת/ צירוף תביעות. ס' 7(ב)(2)- אם כבר החל הדיון האחת הבקשות- שאר הבקשות ידחו, אא"כ קיימים טעמים מיוחדים שירשמו להחליט אחרת- ס' 7ב)(3). מתי "החל דיון"? סטורזי נ' הוט- החל משלב קדם המשפט הראשון.

**מתח בין שיקולים בבחירת בקשות:**

* תמריץ לא לבזבז משאבים- אנחנו רוצים שמרגע שהוגשה בקשה, לא יושקעו משאבים בבקשות נוספות. לכן יש חיוב לרשום בקשות בפנקס+ חיוב לבדוק בפנקס לפני הגשת בקשות.
* שמירה על ייצוג הולם של הקבוצה- בשל הקדימות שיש לבקשה שהוגשה ראשונה, הייתה פרקטיקה של הגשת בקשות במהירות למרות שהן גרועות, ואחרי זמן מה- הגשת בקשה לתיקון בקשה- הכפילות הזו מבזבזת זמן שיפוטי. וכן עשויה לגרום לדחיית הבקשה- דבר שיפגע בקבוצה. לכן נקבע שתינתן עדיפות גם לזו שמייצגת את הקבוצה הכי טוב.

מתח בין שני השיקולים הראשונים- דבח נ' דימרי- בקשה ראשונה הוגשה אך לא נרשמה בפנקס, הוגשה בקשה נוספת וביהמ"ש העדיף אותה. רובינשטיין- טיעון פורמליסטי: ס' 7(ב)(2) מקנה קדימות רק לעניין בקשה שנרשמה. מלצר- טיעון מהותי: הס' אמנם מקנה קדימות לראשונה, אך מתנה זאת בייצוג הולם. אי רישום בפנקס (ברשלנות/ מכוון) מהווה ייצוג לא הולם.

* מיצוי ההליך- יש עדיפות לתביעות שממצות את ההליך. זה עדיף גם לנתבע כי כך לא מוגשות בקשות נוספות נגדו. המועצה לצרכנות נ' תנובה- תנובה תמכה בהרחבת חברי הקבוצה במסגרת התובענה כדי להגיע למיצוי ההליך.

בארה"ב- הקדימות בהגשת הבקשה מקבלת משקל נמוך. בוחנים בעיקר את עורך הדין: ניסיון, חוסן כלכלי של המשרד וכו'. חריג: תביעה בניירות ערך- שם בוחנים בעיקר את התובע, ובתובע יהיה (כמעט תמיד) החבר בעל האינטרס הכלכלי הכי גדול. משום שהוא בעל מומחיות בתחום וכן בעל אינטרס להיות מעורב. דוגמא מישראל- הראל פיה נ' לנדמאק- בעל האינטרס הגדול היה התובע.

בישראל- העו"ד לא נושא בעלויות, לכן בודקים בעיקר את המבקש.

**שיקולים בבחירת התובע:**

אם החל הדיון- (סטורזי נ' הוט- משלב קדם המשפט הראשון.)- עדיפות לראשון שהגיש.

אם טרם החל דיון- 3 שיקולים: נקבעו ברבקה טכנולוגיות נ' טלמור לעניין תביעה נגזרת, והוחלו בחורב נ' ורדיניקוב גם לעניין תובענה ייצוגית:

1. עיתוי הבקשה- עדיפות לראשון בזמן. לא מדובר על הפרשים קצרים, משום שאלו לא יכולים לעודד חיסכון בזמן. שהגיש תשתית ראויה- טלמור. השאלה היא איך מכריעים בכך מבלי להכריע בשאלת האישור.
2. סוג הבקשה- פנייה מוקדמת/ הגשת בקשה- מי ייחשב ראשון? מאחר ואין חובה בתובענות ייצוגיות להגיש פנייה מוקדמת (-יונס), זה לא ייתן קדימות.
3. איכות הבקשה- הבקשה המאוחרת תזכה אם הוסיפה נדבך משמעותי- תוספות מינוריות לא יחשבו עניין משמעותי- השאלה היא האם התוספת מטריאלית לאישור או לא. נניח חוו"ד שאינה נוגעת לעילה אלא לטענת הגנה/ שנוגעת להוכחת סכום הנזק שעוד לא נדרש בשלב זה- לא יהוו תרומה משמעותית.

# פרשת סלקום

**סלקום 1**

**רקע:**

מדובר בפרשה בה בוצע עדכון "עלות פירוט שיחות" ל3 ₪ כאשר עד אותו זמן בכלל לא חויב בפירוט שיחות אז איך יש עדכון? בחיוב רגיל אפשר לעדכן אבל בדבר שלא היה חיוב איך אפשר להתחיל לחייב פתאום? יוסי שזר מבחין בכך ושולח מכתב לסלקום (מעין פנייה מקדימה) ומשהבעיה לא טופלה במרץ 2008 הוגשה בקשה לייצוגית. 2009 השופטת קובעת כי עדכון אינו יכול להיות חיוב חדש ואין סעיף בחוזה הקובע כי ניתן להחליף שירות חינם בתשלום. עוד יצוין, שיש אנשים שקיבלו הודעת "עדכון" ואילו אחרים קבלו הודעת "חיוב". ביהמ"ש מאשר את התביעה אך קובע כי בחישוב הפיצוי לא ינתן השבה מלאה אלא יש להתחשב בכך שחלק באמת צרכו את השירות מרצון.

סלקום מערערת לעליון- הצעת פשרה בה תבחן תקופה שבה יכולים הלקוחות להתנתק או להישאר ולפי כך יתחלקו לקבוצות. אלו שמבקשים החזר יקבלו החזר מלא ואלו שלא יראו הסכמה לצריכת המוצר- סלקום התנגדו.

**מבחנים למתן רשות ערעור לייצוגית בעליון (2010 מפי גרוניס):**

1. המשמעות של קבלת התובענה מבחינת הנתבע
2. משקל השאלות שהתעוררו בבקשת רשות הערעור לעומת שאר הדיון בגוף התובענה
3. סיכויי בקשת הערעור.

⇐מדובר בהלכה חדשה, היות ועד לעת הזו ערעור לעליון הביא לדיון מלא בעניין.

חוזרים למחוזי, יודעים את עמדת המחוזי ( ראו לעיל), מפנים שאלון לסלקום כדי לנסות לבסס את הצדק השבה מלאה כי אין פה עשיית עושר.

2011 השופטת במחוזי נותנת השבה מלאה 22 מ' ₪ , הייתה רוצה להפחית אבל אין פה הפחתות שהוכחו במאזן. ( אמירה מוזרה כי אין סיבה להפחית בחוזה צרכנות...), ופסקה 10% שכ"ט.

סלקום שוב מערערים לעליון, מציעים שם פשרה של 50% מהתביעה ( המקורית עמדה על 33 מליון), הצדדים הסכימו. אבל עו"ד גיל התעקש שלא ייכתב שזה מבטל את פסק הדין במחוזי (בשל המשמעות הצרכנית).

ערעור נוסף- כי סלקום החליטה שמשלמת רק 50% מהסכום שנפסק במחוזי ולכן רק 11 מליון ₪ .

**סלקום 2-** גבייה בעת קיומו של התובענה, המשיכו לגבות ואף העלו את המחיר ל13 ₪. סלקום טוענת כי ההסתמכות על פסק הדין מהמחוזי פסולה היות ובוטלה. הש' בלטמן במחוזי אומרת כי חלף פסק הדין אומר שלא בוטל ולכן ההסתמכות הייתה כדין. ערעור לעליון ע"י סלקום- חיות קובעת שלכאורה חלף פסק הדין= ביטול, אך במקרה הנ"ל ברור כי זו לא הייתה כוונת המשורר. הערעור נדחה ומוחזר למחוזי. מחלקים את התביעה לתקופות כדי להבין את הסתמכות הלקוחות- כאשר בשלב השלישי כאשר יש השבה ופרסומים בעיתון וכו' יש טענת מניעות היות