**מחברת קורס – תובענות ייצוגיות**

**שיעור 1 – מבוא – 03.03.2022**

במסגרת הדיון היא לא דין מהותי אלא בדרך בה הפרוצדורה מארגנת תביעות פרטיות בתוך הכלי של תובענה ייצוגית. התובענה הייצוגית אפשר לחשוב עליה כתאגיד. תאגיד – גוף שמייצג אינטרסים של אנשים שונים עם מנגנון של ייצוג משותף של האינטרסים שלהם. הבעיה – מי שמייצג יכול לייצג את האינטרסים שלו ולא של הקבוצה (בעיית הנציג). זו הבעיה בכל פעם שמישהו פועל לטובת קבוצה או מישהו אחר.

למה יש לנו משפט פרטי?

1. מנגנון להגן על הזכויות הפרטיות מפני אנשים אחרים שרוצים לפגוע לנו בזכויות. המשפט הפרטי נועד לשמור על הזכיות של כל אדם כלפי כל העולם. (בלטינית inrem) זכויות אלו הן קניין. אם אני הבעלים של נכס אף אחד לא ייקח לי אותו. אם אני בעלים של מקרקעין הזכות שלא יכנסו לי אליו הן שלי. דיני עשיית העושר דואגים שאחרים לא יוכלו להרוויח על חשבוני, לנצל את הזכויות שלי ללא הסכמה שלי. בעצם דיני הנזיקין ועשיית העושר (בפן הרכושי) משלימים את דיני הקניין.
2. מסדיר התנהגות בין פרטים בחברה – נותן בסיס למערכות יחסים הן לשמירה על זכויות מפני פגיעה והן מערכות יחסים יזומות כמו חוזים. לסוג זה מצטרפים גם זכויות אישיות שהן כלפי האחר לדוג' דיני חוזים. מקנה לכל צד לחוזה אחריות כלפי הצד השני ומחייב אותי לקיים את הצד שלי לחוזה.
3. הרחבה של זכויות מהספירה הציבורית לספירה הפרטית כמו הזכות פרטיות או איסור הפליה. פרטיות – זכות שאמרה שאסור למדינה לעקוב/לבלוש/לבצע פעולות במתחם שלי. מתרחב בשנות ה60-7- לדיני הנזיקין ואומר שפגיעה בפרטיות של אדם היא עוולה נזיקית. **השופט ברנדייס** קובע 4 עוולות של פגיעה בפרטיות שנקבעו לאחר בחוק. אפליה – שהייתה שמורה לספירה הציבורית חודרת לתוך המשפט הפרטי. בעבר למדינה היה אסור לשים סלקטור בכניסה ולמועדון מותר, כיום אסור גם למועדון. איסור הפליה במקומות ציבורים. גם בהקשר של דיני עבודה – חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה ושוויון מגדרי.
4. הגנה על צדדים חלשים מפני ניצול דרך המשפט הפרטי. יוצרים הגנה צרכנית (חוק הגנת הצרכן). מותר לאנשים לעשות חוזים אבל ניצור הגבלות. אנחנו נחייב הסדרים חוזיים.

שתי תכליות של המשפט הפרטי:

1. שמירה על הזכות – כדי לתת למישהו זכות מהותית אנחנו צריכים לתת לו לקבל, כדי שיוכל לתקן את המצב.
2. הרתעה מפני הפרה של הזכות – כדי שיהיה לי זכות ליד אני צריך שאנשים יפחדו לפגוע לי ביד. דרך אחת להרתיע זה "הוא יכול לתבוע אותך ותצטרך לשלם לו פיצוי" ולכן נפחד אקס אנטה לבצע את ההפרה.

זכויות הן של אנשים ולכן יש צורך לתת להם סעד.

החלטת אזרחים למען הסביבה נ' אלקין – השאלה המשפטית היא למה צריך תביעה ייצוגית במקרה של רגולציה סביבתית? ניתן היה לסבור שניתן להסתפק ברגולציה של הגנת הסביבה הקיימת. אז למה צריך את הכלי האזרחי? כי האוכף הפרטי, האדם שמגיש את התביעה כדי לאכוף את הדין, יכול להיות לו תמריץ שונה להגיש את התביעה ולנהל אותה, ייתכן שיש פגמים ברשויות ומנגד- יכול להיות שיש לפרטים אינפורמציה רבה יותר לעומת המדינה ולכן יש את הכלי האזרחי.

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.

מדוע קיימת בעיה של תת אכיפה באכיפה הפרטית?

* + - 1. **פערי עלות אישית מול תועלת אישית** – התוצאה של תביעה שהגודל שלה הוא קטן. הסעד יהיה נמוך יכולה להיות דרמטית. מקרה של תביעה ייצוגית נ' סלקום שהגיעה 3 פעמים לביהמ"ש העליון עסקה בפירוט שיחות. סלקום מסרה לאנשים שהם יכולים לקבל שהם נרשמים פירוט שיחות בחינם. באחת החשבוניות של תעריך פירוט השיחות יעודכן ל3 ₪ בחודש (בכתב קטן). לאחר מכן הם עדכנו זאת כל פעם ליותר ויותר והוגשה כנגדם בקשה לתובענה ייצוגיות. בתובענה נאמר גם אם מותר להם לעדכן חוזית חינם אתה לא יכול לעדכן. במיוחד שהצעת לאנשים את השירות בחינם. התביעה אושרה וסכום הפיצוי שנפסק הגיע לבר"ע וסלקום שילמה 32 מיליון ₪. לרוב האנשים הפיצוי היה פחות מ200 ₪. לכל אחד פיצוי קטן אבל לסלקום פיצוי ענק. סלקום העלתה את הכסף כדי לכסות על התשלום של הפיצוי. מחוזי מרכז ורום נ' אלפא ביו – עוסק במקרה שבו החדירו לאנשים חומר לעיבוי העצם בלסת. ישנם חללים בתוך הלסתות והיא משתנה בין אנשים. יש חברות שמזריקות חומר לעצם והוא הופך לרקמת עצם ואפשר לעשות השתלת שיניים. החומר לא הופך לעצם הופך לג'לי ולכן התביעה. הנזקים עשרות אלפי שקלים. כדי לבדוק את החומר ולהגיש תביעה זה ללכת למעבדות וניהול התביעה הוא יכול להגיע למאות אלפי שקלים. גם כאן מקרה של חסם של עלות מול תועלת. כמעט כל התביעות של הגבלים עסקיים תיפול בגלל חסם זה.
			2. **חסמי מידע** – עמוסי נ' הפניקס – בתוך החוזה של הביטוח לאובדן כושר השתכרות. היה חישוב איך מחשבים פיצוי של אובדן כושר השתכרות. בפועל הן לא שילמו לפי התניה בחוזה אלא לפי החישוב של המוסד לביטוח לאומי. זה היה הגיוני ואף עו"ד לא בדק את זה והם שילמו מחירים אחרים. בתביעה של עמוסי נ' הפניקס ישנם 4 תובעים. למה בכלל צריך תביעה ייצוגית? אנשים לא יודעים לחשוב שבתוך חוזה הפוליסה המסובך יש תניה כלשהי. יש מקרים בהם התניה הוא לגבי הדין. אם הדין הוא מאוד מורכב אנשים בעלי זכות לא ידעו להבין את הדין שנפגעה להם הזכות. הרבה פעמים זכויות שעומדות לפי חוק הגנת הצרכן שמקנים זכויות תביעה אזרחית ואף אחד לא מכיר את כולן.
			3. **חסמי מוטיבציה** – מוטיבציה שלילית: אני מפחד לתבוע מפערי כוחות, זמן, חוסן כלכלי, תלות (כמו עובד נגד המעסיק כי הוא פוחד שיפטרו אותו או מתדמית של עובד רע). מוטיבציה חיובית: לא חשש מהנתבע יש אמפטיה לנתבע ולכן אני לא רוצה לתבוע אותו (קשר משפחתי או סמכות דתית כמו רב או רפואית).

כל הזכויות האלו של תת אכיפה פוגעות לנו בזכויות וניתן לחשוב עליהן בכמה מישורים, אז 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. כמו שיש את חופש התנועה ואם משהו מגביל לי אותה אז זו בעיה חוקתית כך גם הגישה לערכאות.
2. **בעיה חברתית - 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 פרטית** – הזכות הבסיסית של אדם לא נשמרת והפגיעה בו ממשיכה. בעצם לאדם אין זכות. חסמים לאכיפה פוגעים בזכות הפרטית.
4. **בעיה ממסדית** – ניהול מספר רב של הליכים במקביל, 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.

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. סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן – אם הלכנו לעוסק שמפר הרבה סעיפים מהחוק ואמרנו לו שזה אסור והוא מתנער מההפרה, אנחנו זכאים לתבוע ויכולים לקבל פיצוי של 10,000 ₪ ואם הוא כבר הוזהר ניתן לקבל ממנו כפל פיצוי של 20,000 ₪.
2. **ריבית מיוחדת** - סעיף 28א לחוק חוזה ביטוח – קובע אם מבטח לא שילם תגמולי ביטוח אפשר לגבות ממנו ריבית פי 20 מריבית בשוק.
3. **פיצויי הלנת שכר** – גם ריבית מיוחדת המצטברת ככל שלא משלמים. נותן פיצוי אקסטרה ויוצר תמריץ לנתבע לסיים את ההליך מהר.
4. **תביעה קבוצתית** – ס' 10 לחוק מניעת מפגעים סביבתיים (תביעה לצו להסרת המפגע 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.

תובענות ייצוגיות ככלי להגברת האכיפה

אז מה עושה תביעה ייצוגית? היא מתמודדת עם הרבה מהכשלים של תת האכיפה. ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות אומר זאת ישירות. הוא מונה את מטרות התביעה הייצוגית. המטרה של התביעה הייצוגית היא לפתור את כל הבעיות הללו (החוקתית, החברתית, הפרטית והמוסדית).

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 תובענות ייצוגיות:

א. מקרים שקשה לאזרח הפשוט להתמודד עם התאגיד הגדול ובנוסף זה גם מקרים שמדובר על סכומים קטנים מאוד: בנק, ביטוח, ספקים גדולים.

ב. 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.

ג. קושי לאתר את הנזק – כמו במפגעים סביבתיים.

ד. 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.

ה. בית דין לעבודה – מסכן את המוניטין של העובדים ולכן תובעים בשם כולם למען כולם בבית הדין לעבודה.

התמודדות עם בעיות מהחסמים ותת האכיפה

* **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. במקרה של סלקום נ' פתאל – טל פתאל אמרה שהיא יודעת שיש לה זכות ושיגישו בקשה לתובענה ייצוגית.
* **איך תביעה ייצוגית מתמודדת עם מוטיבציה?** נותנים למישהו המון מוטיבציה כי נותנים גמול הם לתובע הייצוגי והן לעו"ד.

בעיות בכלי של תובענה ייצוגית

1. 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".
2. **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.
3. חלוקת הפיצוי - יהיו קשיים באיתור הנפגעים וחלוקת הפיצוי ביניהם.

**שיעור 2 – 10.03.2022**

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. בארה"ב הייתה תפועה של כרסום איטי במעמד של תובענה ייצוגית. באיזשהו שלב זה מתחיל להפריע לנתבעים כי פתאום הם מגלים שבמקום לנהל הליך אחד הם מנהלים מספר תהליכים במקביל. מכאן הגיעו לפתרון לדוג' של פגיעות גוף לא מאפשרים תביעות ייצוגיות אלא אחרי הרבה תביעות פרטיות לוקחים מספר עורכי דין ויוצרים הסכם פשרה אחיד.

הליכים ייצוגים הם נהדרים אך מה הבעיה? מה הסכנות ומה הקושי?

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 "פרוטקשן" ולגמור עם זה. במשפט בישראלי אם אתה מפסיד את התיק אתה צריך לשלם את ההוצאות המשפטיות של הצד השני. דרך להימנע מהליכי סרק.

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 :

* + - 1. הקבוצה לא קובעת מי ייצג אותה והתובע לא יודע מי חברי הקבוצה אותם הוא מייצג.
			2. 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 מנגנוני תגמול. אלון קלמנט ואופיר במאמרם - אומרים שצריך לדרוש לשילוב של שכר שעתי ואחוזים. בישראל ביהמ"ש קובע אחוזים מהסכום הסופי. מה שגורם לתמריצים להשפיע מעט במהלך התהליך.
			3. הבעיה אחרונה היא מעשה בית-דין (דוקטרינה של השתק מהליך נוסף) ולכן אפילו אם הייצוג יהיה גרוע והתביעה תידחה, הקבוצה לא תוכל להגיש תביעה חוזרת לא ייצוגית ולא אישית.
			4. **פשרה** - יש חשש שמכיוון שהקבוצה גדולה והעו"ד והמייצג לא מכירים אותם, הם יעשו פשרה רעה לקבוצה אך ייקחו כסף "מהצד" או שכר טרחה 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. החוק אומר שלא נאפשר תמיד להגיש תביעות ייצוגיות. מהלך האישור להגיש תובענה ייצוגיות היא שביהמ"ש מבקר את הפעולה של עו"ד ומייצר ייפוי כוח. הסברנו למה צריך לאשר אנחנו לא רוצים לכפות על אנשים להגיש תובענות ייצוגיות. מה יהיו התנאים לאישור? בהקשר הזה התנאים בישראל וארה"ב מעט שונים.

התנאים האמריקאים של תביעה אחידה הן: סעיף 23(A1) לחוק הפדרציה אומר :קבוצה גדולה מידי שאין אפשרות לצרף אותם להליך אחד (numerosity), לקבוצה יש שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לכולם, הטענות של הנציג הן טיפוסיות לטענות של שאר הקבוצה, הנציג ינהל בצורה הולמת והוגנת (בתום לב). סעיף 23(A3) לחוק הפדרציה אומר : אם יש שאלות משותפות של עובדה ומשפט, ניהול ייצוגיות הוא יותר יעיל מהחלופות האחרות וקיים חשש שניהול הליכים נפרדים יוביל להכרעות סותרות. (שיקול מוסדי). 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?**

 סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות מציג את התנאים :

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.

ס' 8(2) מעלה את הדרישה שתביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת. אפשר לחשוב על "יעילה" במובן שדיברנו עכשיו- תביעה ייצוגית היא יעילה אם הניהול שלה זול יותר מניהול ההליכים בנפרד, זה יהיה המשמעות של "יעילה". כשאנחנו אומרים "יעילה", השאלה היא יעילה למי? האם לתובע? האם למערכת? התשובה היא- יעילות חברתית, לכולם יחד- האם משיאים את התועלת של כולם יחד. אם תביעה פרטנית היא יקרה מדי ולכן לא מנהלים אותה, אפשר לטעון שתביעה ייצוגית אינה יעילה כי אם ננהל תביעה ייצוגית שתעלה לנו, החלופה היא שלא יהיה שום תיק.

התביעה הייצוגית היא יעילה כי העלות שלה נמוכה מהתועלת שהיא מביאה לחברה. מעבר של כסף מכיס לכיס או לא יעיל וגם לא- לא יעיל. לכן המעבר של הכסף אינו יעיל לכשעצמו. מה היתרון של הליכים כאלה? הרתעה. זה גורם לאחרים לפעול באופן שלא פוגע בתועלת המצרפית החברתית.

ככלל אצבע האם זה יעיל – אם הסעד הכולל מצדיק את ניהול ההליך כפול סיכוי ההצלחה. בגלל זה אנחנו יכולים להשתמש ולחשוב על יעילות לקבוצה אבל זה בעצם יעיל עבור החברה ואפקט של הרתעה. זו הראיה של יעילות. היא לא הדרישה היחידה נדרש גם הוגנות.

הוגן – הוגן 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. מה הבעיה הדרמטית בכל הקודם זוכה? מה התמריץ שאני זוכה? חשש מתביעות מהירות שלא יהיו טובות לקבוצה. היינו רוצים כלל מאזן ולכן הכלל היום העקום הוא כל הקודם זוכה אלא אם ביהמ"ש סבור שזה לא הולם.

יש עמדות סותרות בפסיקה, אין הכרעה של העליון בפסיקה ובמחוזי יש דעות לכאן או לכאן.

מתי ביהמ"ש ידחה תביעה כי היא לא יעילה? מקרה אחד יהיה **שהפרטים נורא שונים**. תביעה ששאלת העילה ברורה מאליה אבל הנזק לכל אחד שונה באופן דרמטי. מתנהל הליך ייצוגי סתמי, אין עלות דרמטית כי יש עילה מובנת מאליה וכעת נדרש לעשות תשאול פרטי של הפרטים. לכן במקרה כזה ניהול ייצוגי הוא לא יעיל. מקרה שני הוא נזק גוף או נזק לא ממנוי. סעיף 20ה אומר שביהמ"ש לא יפסוק אסור לביהמ"ש לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק.

פס"ד קול ברמה נ' קולך – עולה השאלה האם חברות הקבוצה זהות? והטענה היא שיש שונות אדירה בין חברות הקבוצה. דנצינגר 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 דנצינגר יכול להיות לא הוגן, למה? כי אז מי שנפגע יותר מקבל פחות ומי שכמעט לא נפגע מקבל הרבה יותר ממה שמגיע לו. אז מה הפתרון? 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.

פס"ד פריניר – הוציאו מוצר שאינו כשר לפסח ואמרו שהוא כשר לפסח. גרסה שונה אבל דומה נגד מסעדת צפרה אומר שהמנות שהוא מוכר במסעדה עשויות מבקר אבל בעצם מחזיר למרות שהמסעדה אינה כשרה. גם כאן מוגשת תביעה ייצוגיות. אין לדעת למי מהתביעה אכפת יותר או פחות. ביהמ"ש המחוזי אומר ששונות אדירה לא ניתן לקבל אך בערעור מלצר או שצריך לאשר את זה ולנסות להעריך את הנזק הממוצע ואולי לנסות להבין מה הנזק לכל אחד.

המשפט מאפשר להתמודד עם בעיה של קבוצות שונות ומאשר לפצל קבוצות. ניתן לראות זאת בפס"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 תועלת מאוד נמוכה כי היו מספר אנשים מצומצם שזה מפריע להם, וחוץ מזה התועלת האישית הייתה נמוכה. מלצר אומר שהתועלת האישית לא מעניינת 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.

פס"ד ברניר נ' סלקום - ס' 6 לפקודת הנזיקין אומר על הרשאה של פעילות שנעשתה תחת הרשאה חוקית למרות שהפעילות עצמה אינה חוקית. ס' 6 זו הגנה כללית. השופטת חיות - כי משרד התחבורה לא חייב להפעיל קווי מהדרין אך מתיר אותן. אנחנו מאשרים את זה בפועל גם אם יש הפרדה. הגברים עולים מקדימה ונשים מאחורה. משרד התחבורה מעולם לא אמר שהוא הולך לשים חוצצים ושלטים. יותר מזה אם משרד התחבורה היה פונה בשאילתה ולא היו עונים לו או אפילו אם ביהמ"ש היה אומר שזה בסדר זו אינה הרשאה חוקית. רק אם החוק היה מאשר את זה אז היינו מאשרים לך. 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.

פס"ד הצלחה נ' אללוף – השופט גרוסקוף דוחה בקשה לתובענה ייצוגית ואומר שאחד השיקולים הם שהתקנות בוטלו, אבל יש זכות תביעה אישית לכל מי שנפגע. היו תקנות ולא עמדו בהן ונגרם נזק למישהו ויש זכות תביעה להשבה בגין עשיית עושר שלא כדין. אנחנו לא רוצים ליצור הרתעה כי התקנות בוטלו.

**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 תצליח 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. הגישה הזו רוככה אח"כ באמצעים שונים והיום אפשר להגיש תביעות ייצוגיות ע"י צרכים אחרים. היום יעיל והוגן במובן של הוגנת כלפי חברי הקבוצה הוגנת גם יכולה להיות כלפי מערכת המשפט. העמדה המרכזית של הוגנות היא שהוגנות היא כלפי הקבוצה וגם תום לב וייצוג הולם יהיו כלפי הקבוצה עם סייג אחד שניתן לחשוב על דברים אלו כלפי מערכת המשפט גם.

**שיעור 3 – 24.03.2022**

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

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".

**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. שאלות משותפות של עובדה ומשפט.
3. אפשרות סבירה שההכרעה תהיה לטובתה.

השאלה היא מה הגישה שלנו ומירב הדיון מתמקד בשאלה האם יש סיכוי סביר שהן יוכרעו לטובת הקבוצה. עד כמה ביהמ"ש צריך לבחון זאת בשלב הבקשה. אם אני רוצה לבסס את סיכויי ההצלחה של התביעה, נראה שיש פחות מקום לנהל בהמשך עוד הליך. אם ביהמ"ש אישר את הבקשה זה אומר שהוא מאמין שההליך יוכרע לטובת הקבוצה. אז מה התפקיד של ההליך? מהקצה השני אפשר להתייחס לבקשת אישור כמו בקשת סילוק על הסף.

2 גישות קצה:

סיכוי סביר שהתביעה תתקבל רק אם התביעה מקבלת. אם זו העמדה לא ברור למה יש להעמיד הליך לאחר מכן.

הקצה השני: מדובר בבקשת אישור. סבירות ההכרעה לטובת הקבוצה צריכה להיבחן כמו שאנחנו בוחנים בקשה לסילוק על הסף.

**בקשה לסילוק על הסף** – בהליך משפטי רגיל מוגשת תביעה ואדם יכול לפנות מראש לביהמ"ש ולהגיד שאין טעם לתביעה. בקשה לסילוק על הסף יכולה להתבטל גם מטעמים פרוצדורליים – הוגש לביהמ"ש הלא נכון, אין לביהמ"ש עניין, לביהמ"ש אין סמכות עניינית בתביעה.

לדוג' – כתב התביעה מציג איזושהי עוולה שבוצעה אך הוגשה נגד האדם הלא נכון. האדם יגיד שלא מדובר בתביעה כנגדו שכן לא עשה עוולה ולכן יש עילה לסילוק על הסף. בתי משפט לא אימצו אף אחד מהגישות הקיצוניות הללו.

יש הליך של סילוק על הסף לאישור בקשה של תובענה ייצוגית – מדובר בחריג של החריג ולרוב הבקשות נדחות. אך ישנם מקרים בהם התובענה כל כך לוקה בהם יבקשו לסלק את התביעה על פגם בתנאים של סעיף 8, לא נסלק על הסף תביעה שכזו כי זו מהות הדיון. איפה היה יכול להיות מקום לסילוק על הסף של תובענה ייצוגיות – אם יש מעשה בית דין, או אם התביעה מתאימה לתוספת השנייה(הרשימה של העילות בהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית), אם אי אפשר להגיש תביעה ייצוגית ניתן יהיה לסלק על הסף את התביעה במידה וזה לא נכנס תחת אחד התנאים.

פס"ד שלמה סיקסט - הטענה בתביעה שמהותית מדובר במבטח. כעת נטען לשאול איפה זה נכנס בתוספת? מותר להגיש תביעה שעניינה בין לקוח לעוסק ואפשר גם להגיש תובענה בין לקוח לחברת ביטוח. כשאומרים ביטוח ניתן לפרש זאת באופן רחב. ואם מדובר על צד ג' נייחס אותם ללקוח וחברת ביטוח. שלמה סיקסט אומרים לא נכנס לפה ולפה. אנחנו לא חברת ביטוח לכן זה לא נכנס בפרט 2 ולא נכנס תחת פרט 1 כי הם לא בעסקה יחד איתו.

מה הבסיס הלוגי של כל סעיף 8? אם אנחנו חושבים על התביעה הייצוגית ועמדת ביהמ"ש העליון בעניין ברזני (חשין) – ההליך הייצוגי הוא רק פרוצדורלי, זה אומר שההליך הייצוגי הוא בעצם דרך נוחה לנהל הרבה תביעות יחד. אבל מהותית מדובר בהרבה תביעות אינדיבידואליות ולכן לא יכול להיות שההליך הייצוגי ישנה משהו מהותי בזכויות והחובות של הצדדים אחד כלפי השני. התוצאה של ההליך הייצוגי צריכה להיות זהה לוגית תוצאה שהייתה צריכה להיות אם היינו מנהלים כל תביעה בנפרד. היתרון הוא לתת לאלו שלא יודעים שיש הליך מתקיים לנהל הליך. אנחנו נראה שבפועל החוק ופסיקות מאוחרות של ביהמ"ש לא עומדות בהנחיות אלו. התוצאות הן שונות ממה שהיו מתקבלות בהליכים אינדיבידואלים.

**דרישת הזהות של השאלות היא הכרחית** – כי אחרת אין לי אפשרות לנהל את ההליכים יחד. חייבת להיות זהות מלאה בין חברי הקבוצה אחרת לא נוכל לנהל את ההליך יחד ולכן הדרישה להליך הייצוגי היא פרוצדורלית.

הערת מרצה – לדעתו הגישה שגויה הכלי של תובענות ייצוגיות הוא יותר לשאלות מהותיות. למה לדעתו היא לא נכונה? יש בחוק תובענות ייצוגיות הרבה פשרות שנועדו להתגבר על מחסומים ראייתיים או קשיים בחלוקת הקבוצה או איתורה. אלו הסדרים שנדרשים להגשים את המטרות של החוק (הסברנו שלא תמיד ניתן להגשים את כולן) לפעמים החוק אומר שאני אוותר על חלקן. לדוג' – אם לא ניתן להעביר כסף בצורה מדויקת לחברי הקבוצה יש חובה לתרום. זו תפיסה שונה מהתפיסה הפרוצדורלית. אין זכות כזו מוטמעת לנתבע לתרום במקום לשלם פיצוי. בהליך ייצוגי בנסיבות המתאימות אנחנו נעביר לתרומה. הדין כן מוותר על התפיסה של התובענה הייצוגית כאוסף של תביעות פרטניות והופך את זה לכלי מהותי.

**דוג' של סרטן מעישון** – הייתה מוגשת תביעה ייצוגית בשם כל חולי סרטן הריאה שמעשנים ומבקשים פיצוי בגין התחלואה שלהם בסרטן כתוצאה מהפגם במוצר (הסיגריות עושות סרטן). השאלה היא איך אנחנו בוחנים את שאלת ההומוגניות של הקבוצה ושאלת הדין שחל. לגבי המקרה הזה יש סוגייה מעניינת לגבי מה הקושי מבחינת ההומוגניות? הבדל אחד בין האנשים הוא הבדל בחשיפה שלהם לסיגריות שהיא לא אחידה. אם הקבוצה מכילה בפועל קבוצה של אנשים שחולים סרטן. סיגריות מגבירות את הסיכוי לחטוף סרטן ריאה. אבל זו לא השאלה. נדרש לשאול כמה סיגריות האדם הזה עישן? אם סיגריה אחת ביום הסיכוי נמוך ואם 2 קופסאות ביום הסיכוי גבוה וזה שינוי מהותי בין חברי הקבוצה. איך נתבע פיצוי בנזק שכזה? הנזקים בסרטן הריאה הן שונים על כל אחד מחברי הקבוצה – חלק ימותו הרבה יותר מהר וחלק אחרי הרבה זמן. חלק יסבלו מהטיפולים לכל חייהם(כריתת אונה לתמיד אל מול טיפול והחלמה), הגיל של המחלה משפיע על הנזק (גיל 20 ו70 זה סכום כסף אחר). יותר מזה בגלל שיש בעיה בהוכחת הקשר הסיבתי ביהמ"ש יכול לפתור את הקושי הראייתי באמצעות פיצוי לפי ההסתברות והסיכוי שיש קשר בין החשיפה לפיתוח הסרטן. עמדה זו התקבלה בעניין דנה מלול ע"י השופט ריבלין או מבחן העמימות המובנת של השופטת נאור. אם זו הגישה של פיצוי הסתברותי שוב חוזרים לבעיה של תביעה ייצוגית ונוצר איחוד לפיצוי. מבחינת שיקולי הרתעה – הרתעה יעילה.

פס"ד סילברה נ' בנק לאומי – סוגייה של הוגנות בין חברי הקבוצה. היה הסכם פשרה. התביעה באותו מקרה נגעה בזכות החזרה של חייבים לבנק. הטענה באותו הליך שהבנק גבה באופן שחורג ממה שמותר לו לגבות. הבנק טען שאמנם גבה יותר באותם מקרים אבל בהרבה מקרים גבה פחות ממה שמותר לו ולכן זה מתקזז. למרות זאת ביהמ"ש לא אישר זאת. הייתה פשרה שהבנק יוותר על 5% מסכום החוב ואם אנשים חייבים מעט הם יזכו להשבה של 5%.

החשש בפשרה שעושים סיבוב על חברי הקבוצה ולכן ניגע בזה לעומק, בהליך ישוב פשרה ביהמ"ש צריך למנות בודק שיבדוק את הפשרה. באותו מקרה הבודק אמר שסכום הפשרה גבוה מסכום התביעות של הקבוצה והבנק משלם יותר ממה שנדרש. במקרה שכזה אין בעיה וזו לא אשמת חברי הקבוצה. ביהמ"ש דוחה את הסכם הפשרה לא בגלל שהוא הוגן לחברי הקבוצה, הוא דחה אותה כי זה לא הוגן בין חברי הקבוצה בינם לבין עצמם בגלל שמחושב ע"י אחוזים ולא הסדר פיצוי אחיד.

איך אפשר לפתור את דרישת הזהות בין חברי הקבוצה:

1. **חזקת זהות** – ניתן להגיד שיש הבדל בין חברי הקבוצה אבל ניצור חזקה חלוטה. זה הפתרון שביהמ"ש מאמץ בעניין קול ברמה. אנשים שבשמם תובעים פה הן גם אם הן קיימות, חלקן זה מפריע אולי וחלקן בכלל לא. איך אפשר לפצות אותן? ביהמ"ש יוצר תפיסה אחידה ואומר כולן נפגעות במובן הנורמטיבי באופן אחיד. אם הן לא נפגעות זה חלק מהליך הפגיעה, הן לא שומעות נשים ברדיו לכן הן לא יודעות. פס"ד תנובה - אנשים קנו את החלב של תנובה ששמו שם סיליקון. אנחנו רוצים לתבוע אותם על פגיעה באוטונומיה על כך שהיא שיקרה. תחושת הגועל על זה ששתיתי סילקון ותחושת הפגיעה. על שם כך נניח שכולם דומים.
2. **תתי קבוצות** – אומנם בקבוצה יש שונות אבל לחלק בקבוצה יש דמיון לחלק אחר. נעשה תתי קבוצות שבתוכן יש דמיון. בעניין פס"ד אייקון – התביעה עסקה בערכת חלקי החילוף של אפל. צרכן היה נדרש לרכוש מכשיר חלופי למרות יש חובה בדין לספק חלקי חילוף. שואלים באייקון מי הם חברי הקבוצה? אלו שהמכשיר נשבר וקנו, אלו שנשבר אבל לא קנו ותיקנו אצל חאפר והביטוח פג תוקפו, אלו שנשבר לא רכשו ערכת חלקי חילוף וזה היה אחרי האחריות. מה הנזק שלהם שמדברים עליהם יחד? ניתן פיצוי נפרד או נחשב את הפיצוי לגבי כל אחת בנפרד.
3. **תביעות ייצוגיות בגין חלק מהסעד או סעד הצהרתי** - עניין ורום נ' אלפא ביו – הייתה בקשה לסילוק על הסף. התיק עסק בשאלה האם אנשים שהחדירו להם חומר ללסת שנועד להתגבש לעצם ולא התגבש זכאים לפיצוי. החברות הנתבעות אומרות איך אפשר להכריע בייצוגית שהמצב שלהם והנזק שונה. הם הגישו בקשה לסלק אותה על הסף. ביהמ"ש דוחה את הבקשה ואחד הנימוקים הוא שיש שאלה אחת שאפשר להכריע לטובת כולם והיא האם החומר שהזריקו פגום או לא? ניתן לתת סעד הצהרתי לכולם שיקבע האם החומר פגום או לא. הסעד הזה יעזור להם לתבוע פרטני שם יצטרכו להוכיח נזק גופני, אבל יחסך מהם השלב הדיוני להוכיח שהחומר פגום.
4. **שיטות סטטיסטיות** – סילברה לדוג' עשו שימוש בסטטיסטיקה כדי להעריך את הנזק שנגרם לקבוצה. במקרה אחר של תביעה במחוזי בחיפה נגד חברת חשמל על החיוב שהם גובים מלוקחות. חברת חשמל צריך לשלוח בן אדם שיקרא את השעון והם גם גובים על כך כסף. 8 ₪ לאדם שמגיע לקרוא. הם יכולים לא לעשות זאת ולתת חשבונית על סמך הערכה. אפשר לעשות זאת אם לא ניתן להגיע לשעון(שער עם כלב), אפשרות שנייה לדלג על הבית. חברת חשמל התביעה הייתה על זה שהם עשו חשבון הערכה כי הסוקר הגיע ולא היה אפשרות להגיע לארון אבל הראו מקומות שבהם כן היה מקום להגיע לשעון. התביעה הייתה על ה8 ₪. השאלה הייתה בכמה מקרים שניתנו חשבונות הערכה שלא ניתן לקרוא את השעון באמת לא ניתן היה לקרוא את השעון. לשלוח אדם לעבור את כל המקומות זה סכום עצום. עשו הערכה סטטיסטית ועשו מספר מקרים וביחס אליהם לקבוע כמה מהמקרים היה שגוי ונעשתה גבייה שלא כדין. הערכה באמצעות מדגם היא בעייתית כי היא דורשת קביעה של גודל מדגם.

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: בעבר היינו יותר קרובים לגישה המחמירה. בפס"ד פתאל - הטרקלין שלפני ההיכל, הפרוזדור 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. רואים כי אכן ישנה גישה מקלה. מצד שני, פסקי דין ישנים יותר מציגים עמדה הפוכה - רימון שנצרתו שלופה. לכן ביהמ"ש צריך 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. אל מול הגישה של פתאל יש ציטוטים שאומרים שיש להחמיר. הגישה היום התקבלה בציפוי מתכות – הגישה של דפנה ברק ארז שאומרת שאנחנו מתקרבים חזרה לעמדה המחמירה וביהמ"ש צריך לאשר לשם זה הליך נרחב של גילוי מסמכים, שאלונים וחקירות כדי לאפשר לגילוי האמת בשלב מוקדם ולא להסתפק ברף ראייתי נמוך. פוגלמן בדעת מיעוט – צריך להיצמד לעמדת פתאל. ההבדל ומה היום הדין אומר לגבי שלב סיכויי ההכרעה חטובת הקבוצה יש להבחין בין שאלת העילה לשאלת הנזק. לגבי העילה יש דרישה לבסס את העילה בראיות. במקום שבו הוכחת העילה מחייבת חוות דעת היא מיידית. לעומת זאת אם חוות הדעת נועדו לבסס את הנזק לא נדרש כבר בבקשה האישור ואפשר לנהל את האישור על הנזק בתובענה עצמה. לעניין הנזק ביהמ"ש מחייב שהתובעים יציגו איך אפשר להוכיח את הנזק במידה ויצטרכו.

**הטעיה צרכנית** – עולה שאלה של הסתמכות על מצג שווא. בברזני עולה השאלה אם הצרכנים היו מדברים אותה כמות דקות, הם היו ממשיכים לדבר ככה או לא? בתנובה – השאלה אם אנשים היו נמנעים מרכישת החלב אם הוא היה מכיל סיליקון או מתעלמים מזה. הנקודה זה שזה שונה בין חברי הקבוצה.

איך ניתן לפתור זאת?

1. לא נאשר תובענות ייצוגיות על הטעיה צרכנית. אנחנו לא יכולים לבסס הסתמכות ולכן לא ניתן לאשר את התביעה. פתרון נורא קשה במקרים בהם ברור לנו שלא יוגשו תביעות אישיות.
2. בתנובה – עשו שאלון ודפוסי צריכה. אנחנו יכולים להסתכל על קשר סיבתי לא אינדיבידואלי אלא קבוצתי. כמה הקבוצה הגיבה ביחד.
3. ביפוארה נ' שוקרון – הייתה טעות בתאריך התפוקה. השאלה הייתה האם אנשים היו יודעים האם היו רוכשים. ביהמ"ש אמרו שהבעיה הייתה שהתאריך לא הופיע. יפוארה טענו שאנשים לא קוראים את התאריך. המחוקק מבקש מכם לשים את זה ולכן אנחנו מניחים שהצרכנים היו מסתמכים על זה. מה הבעיה עם הנחת ההסתמכות? זה פיצוי יתר. בתנובה אמרנו שנעשה אומדן, ביפוארה אנחנו נותנים פיצוי גבוה מגובה הנזק שנגרם.
4. לקלמנט ופרוקצ'יה יש מאמר – לדעתם הפתרון צריך להיות על הנזק שנגרם לכולם. שיש הטעיה צרכנית חלק רוכשים וחלק לא והביקוש למוצר משתנה עקב ההטעיה. הביקוש הוא גבוה באופן מלאכותי. הביקוש עולה ואם המידע היה עובר המחיר היה יורד ואז הנזק הוא אחיד. הפתרון שלהם ביחס להטעיה הצרכנית ניתן לחשוב עליו כ"נגדיר מחדש את הנזק".
5. שרון חנס ואלון קלמנט – הטעיה בניירות ערך יוצרת שאלה דומה של הסתמכות. כמו מצג שווא צרכני. זה מעלה את השאלה האם מי שקנה את נייר הערך נמנע מלרכוש אותו אם החברה הייתה נותנת מידע אמיתי. השאלה מה היה קורה למחיר המניה. המחיר של המנייה היה קורס כי גילו את התרמית. אם רצית להיחשף לשוק המניה, נשאל מי היה שקנה בתקופת ההטעיה החזיק בסוף התקופה, הפיצוי שלו זה הפער בין המחיר מכירה לקריסה בסוף. אחרי שהגדרנו את הנזק הפיצוי הוא אחיד לכולם.

**איך קיימת קבוצה**?

בדין האמריקאי הדרישה מפורשת כי יש דרישה נוספת של numerosity אומרת שהקבוצה כל כך גדולה שלא ניתן באופן מעשי לנהל תביעה משותפת. מופיע בסעיף 23(A1) לחוק הפדרציה. בפועל בישראל אין דרישה כזו. בעניין דובון צעצועים נ' נהריה – אושרה תביעה ייצוגית נגד העירייה של 63 בעלי עסקים. בעניין זבדה אושרה תביעה של 162 חברי קבוצה. לוי נ' זאפ גרופ – גביה על פרסומות מעוסקים אושרה תביעה של כמה מאות בודדים.

שאלה אחרת האם יש בכלל קבוצה שניזוקה – נדרש להראות שבפועל יש קבוצה כזו. הסוגיה עלתה בעניין גרסט נ' נטוויז'ן – אנשים שרצו להתנתק מנטוויז'ן ואמרו להם שיש תקנות שצריך לנתק אדם תוך 3 ימים מהרגע שביקש. תירצו להם בקטע של עיכוב כדי שימשיך לשלם. הטענה הייתה שזו הפרקטיקה שלהם. איך מוכיחים שיש קבוצה שזה קרה לה? אדם אחד השמיע הקלטות שזה מה שקרה. נטוויז'ן אומרת לו הכל בסדר קח 20 ₪ שזה הפיצוי שמגיע לך אבל זו טעות נקודתית. החברה מקיימת את החוק. במקרה כזה אפשר להוכיח את קיום הקבוצה באחת מ2 דרכים – הראשונה להראות פרקטיקה נגיד אם החוזה קובע משהו שלא כדין אז כל הקבוצה לקוחות. השנייה באמצעות מדגם. הולכים לספרי החברה באמצעות כך שנראה שזה קורה הרבה פעמים ונעשה סקר צרכנים. הבעיה במדגם זו השאלה כמהה טעויות מוכיחות קבוצה ואל אוסף של טעויות נקודתיות. פס"ד של נטוויז'ן לא נותן פתרון. גרוסקופ לא אומר מה לדעתו שיעור הטעויות ונראה שזה תלוי בנסיבות העניין.

**שיעור 4 – 31.03.2022**

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

ישנן כלש מיני דרישות בנוגע לייצוג וייצוג הולם. ניתן לשאול מה ההסדר הקבוע בחוק. מה התכלית של להביא תובע ייצוגי? איך אפשר לחשוב על תובע ייצוגי כממשל תאגידי, מה עושים שיש קושי מעשי באיתור חברי הקבוצה ומה הקושי האינהרנטי.

**התנאים לאישור תובע ייצוגי**

התנאים לא דורשים לאישור בקשת האישור אלא תנאים להגשת הבקשה. אפשר לחשוב על אי עמידה בתנאי סעיף 4 כמקרה של סילוק על הסף. אם אתה לא עומד בתנאים של סעיף 4 אתה מראש לא יכול להגיש תביעה ייצוגית.

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 קושי בלבסס נזק לכל אדם אינדיבידואלי.

לדוגמא: נזק לא ממוני – קול ברמה – נזק לא ממוני מסוג תחושת השפלה מזה שלא נותנים להן לשמוע נשים ברדיו. ישנה הפליה מה הנזק? חוק איסור הפליה קובע זכאות לפיצוי בגין הנזק. בתובענות ייצוגיות לא ניתן פיצוי ללא הוכחת נזק. המחוקק סבור שכל מקרה של הפליה גורם לנזק. אנחנו נראה שמספיק שיש הפליה או תחושת השפלה זה יספיק לנו כדי להגיש את התביעה.

דוגמא 2 – הגבלים עסקיים. יש קושי פנימי בהוכחת נזק לא בגלל שהוא לא ממוני, הוא מאוד ממוני. המבנה של התביעה ההגבלית הוא מבנה מורכב. התגלה שבארה"ב 2 חברות שמייצרות חלקי חילוף לרכב עשו קרטל. הן העלו את המחיר באופן שמתגלגל לחלקי חילוף בארץ. נגיד בארץ יגידו שיש חילוף מקורי אבל בעצם שילמו על זה יותר מידי וזה התגלגל לצרכן. כדי לבסס את הנזק הישראלי נדרש להבין באיזה מחיר היה נמכר לצרכן בישראל אם זה היה נמכר בזול יותר ליצרן בחו"ל. יש כאן מקרה קשה ולכמת את הנזק זו משימה אדירה.

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.

הצלחה נ' אללוף – ביהמ"ש המחוזי דחה אישור בקשה לתובענה ייצוגית אחרי שקבע שמתקיימים כל התנאים של ס' 8 בגלל שהרישא של ס'8א אומר שביהמ"ש רשאי לאר אם מתקיימים התנאים. במקרה הקונקרטי הם בחרו לא לאשר למרות קיום התנאים. בערעור נאמר אם ביהמ"ש היה אומר שהתובע המייצג לא מתאים ומתקיימים שאר התנאים של 8א הוא לכאורה חייב לאשר. אבל אם מתקיימים כל התנאים והתובע מתאים פתאום יש שיקול דעת. ביהמ"ש דחה את הערעור ללא נימוק.

תקנה 10 לתקנות תובענות ייצוגיות מתירה לביהמ"ש לפרסם מודעה בדבר הצורך להחליף תובע מייצג ומורה למבקש לפרט את ההתאמה שלו לייצג. מתי לא צריך לפרסם הודעה? - כשיש כמה. אפשר להוציא אחד ולהשאיר את השאר. יש מקרים בהם עו"ד ממהרים להגיש אישור לתובענה ייצוגית והם מביאים תובע ייצוגי שלא מתאים. ואז מבקשים להחליף אותו כדי להמשיך בהליך, ביהמ"ש מבקרים התנהגות זאת.

אופציה נוספת מעבר לחבר הקבוצה זוהי תביעה של ארגון או רשות ציבורית. 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. המועצה הישראלית לצרכנות לא צריכה להוכיח קושי היא יכולה להגיש תביעה במקום אדם. הרשות למעשה יש לה חופש פעולה מלא להגיש תובענה ייצוגית. כל ארגון אחר צריך להוכיח קושי לאתר תובע. 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.

רבין נ' תנובה – התובע נפטר במהלך הערעור לעליון ואז המועצה התערבה בהליך.

מהו ארגון? תאגיד או כמעט כל תאגיד לפי סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות: "ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1); ואולם, המועצה הישראלית לצרכנות כהגדרתה בחוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008, תהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)".

**למה דרוש תובע מייצג בכלל? אולי בכלל אין צורך?**

השופטת ברון מכבי נ' דובין – המחוקק בחר שיהיה תובע ייצוגי אבל היה אפשר לקבוע מנגנון אחר שהעו"ד יכול ליזום ולנהל בעצמו הליכים ולא חייב שיהיה תובע. המחוקק לא בחר באופציה זו. במקומות אחרים בעולם יש אבל לרוב לא. בהולנד לא רק שאפשר להגיש תביעה ללא חבר קבוצה אי אפשר להגיש תובענה ייצוגית עם חבר קבוצה.

**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.

פס"ד ש.א.מ.ג.ר –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 שהם 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**.

פריניר (מלצר, 95-96) – התובענה הייצוגית מובלת ע"י עורכי דין שמזהים תביעה טובה. ביהמ"ש מציע מנגנון של "טסטרים". אנחנו צריכים לבדוק אן יש פה טקטיקה, אנחנו צריכים לעודד ייזום תביעות.

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 שמייצג בעצמו.

מירב נ' IBI – תביעת אפליה נגד IBI על זה שהם לא עשו את הביטוח הנכון. יש ביטוח ורוד שהוא החלפת גלגל בחינם לנשים. גברים לא זכאים בחינם אלא עם תשלום. הטענה של הגברים שנמנעה מהם רכישת הפוליסה. הבסיס שעליו התקבלה התביעה היא לא על אפליה נגד גברים אלא ע"י נשים בטענה שזה מביש ומבזה. הפוליסה הורודה שהיא אומרת שנשים צריכות את העזרה. גרוסקופ אישר את התביעה.

דבורקין נ' חברה קדישא – אין עילה למת כי הוא מת. העילה היא לבני המשפחה שלו אבל גם לאנשים האחרים שמושפלים כתוצאה מההפרדה של המת.

**למה דרוש תובע מייצג בכלל?**

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

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: בעזרת 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 (?) – כי אמרנו שהתובע לא נדרש להוכיח את הנזק אבל כן מבסס את זה להוכיח את הנזק.
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 -לא ברור למה צריך תובע ייצוגי. כלומר אם אף אחד לא רוצה לתבוע, אבל יש עילת תביעה מצוינת לכל חברי הקבוצה והתכלית של ההליכים הייצוגים הם לאכוף את הדין. במקרים כאלה אנחנו נרצה שיהיה תביעה ייצוגית ללא תובע ייצוגי. **מראה שקיימת קבוצה לכאורית שמקיימת את מטרת אכיפת הדין.**
6. סעד הולם - מקיים את מטרת הסעד ההולם (לא היה מתקבל בתביעה פרטנית).

**התובע הייצוגי כמפקח על הנציג**

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 להתנגדות של חבר הקבוצה (שהרי באותה מידה נמצא גם הוא בבעיית נציג, כי גם הוא היה רוצה להעביר כסף מהקבוצה אליו) -

* תמריץ להשקיע בניהול ההליך.
* תמריץ להתפשר על חשבון הקבוצה .
* תובע ייצוגי כחבר קבוצה נוכח.
* משמעות ייפוי הכוח של עורך הדין.

לרוב שכר טרחת עו"ד יקבע ע"י הסכם פשרה. לדוג': שופרסל אומרת לכל תובע ניתן 50 ש"ח הנחה על כל קנייה מעל 300 ש"ח. ועלות לשופרסל היא 50 מיליון במידה ויש מיליון תובעים. ואז אומרים רוצים משהו צנוע של 2 מיליון לעו"ד. אך כמה מהתובעים באמת ממששים את הקופון? וזה גם יותר מעין פרסומת. זה נאסר לתת קופונים בפשרה. כי זה עולה לחברה הרבה פחות, והם מוכנים לתת לעו"ד שכר טרחה גבוה במידה והם סוגרים את הסכם הפשרה מול העו"ד. יש ניגוד עניינים בין עו"ד לקבוצה. ולכן במקרה כזה נכון לקבוע לא רק ששכר הטרחה יגזר מהפיצוי לקבוצה אלא הוא יתקבל באותו אופן.

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.

התנגדות לערעור - אותו דבר לגבי ערעור, אפשר לערער בניגוד לעמדתו של המבקש.

**קושי מעשי באיתור חברי הקבוצה**

תנאים לאישור ארגון - קושי באיתור חברי קבוצה.

1. למה שחבר קבוצה לא ירצה להיות תובע ייצוגי? מה העלות של להיות תובע ייצוגי? העלות של התובע הייצוגי מתרכזת בכמה היבטים: עלות של איסוף והצגת הראיות בהתחלה (היום הצטרפה עלות של אגרה) ואלמנט נוסף הוא של ההוצאות של התיק. מי שעלול לשאת בהן הוא התובע. התובע לא ירצה להתחייב לשלם עליהן ולעו"S אסור לשלם לו. התובע ייצוגי יצטרך לשלם את כל הוצאות ההליך. בעניין אולסייל - הוגשה תביעה נגד 30 מוכרים. 2 סטודנטים לתואר שני עשו מודל והראו שבאתר של המכירות נהיו כל מיני רוכשים פיקטיביים והיו מעלים את ההצעות של המכירות ומטרה הייתה שהגופים לא יסתכנו שזה נמכר במחיר נמוך. ביהמ"ש דוחה את הבקשה ואומר שהבאתם לכאן 30 נתבעים אני לא פוסק הרבה אלא 30,000 ₪ לכל אחד. 900,000 ₪ נדרשו לשלם 2 סטודנטים. זה בסיכון בלהגיש תביעה כזו. מה אתהה מקבל אם אתה מנצח אתה מקבל גם גמול וביהמ"ש ייתן לך גמול. בדר"כ זה יוצא 2-3% מסך התביעה.
2. איך מוכיחים שקיים קושי? אנשם מפחדים להגיש כי העלויות של הסיכון גדולות יותר מהניצחון. 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 קושי. 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 נדרש להוכיח קושי בשלב בתביעה. הארגון מגיש את התביעה, הנתבע צריך להוכיח שלא היה קושי מנגד. בפסיקה נקבע שבשלב בקשת האישור הוא נדרש לבסס בעת הבקשה את הקושי באיתור חבר קבוצה.
4. ארגון שבתחום אחת ממטרותיו:
5. **פרשנות צרה**: נצמדים למטרות הבסיסיות המרכזיות של הארגון, ורק אם התביעה בלב של העניין. לדוג': האגודה למלחמה בסרטן יכולה להגיש תביעה בנוגע למחלת הסרטן.
6. **פרשנות רחבה** - בערך ליד, נניח תכלית כללית, 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. בעניין הצלחה ביהמ"ש אמץ פרשנות רחבה – אם התכלית היא סביבה כלכלית הוגנת היינו יכולה=ים להכניס פנימה גם רכישת מניות.
7. איך יוצרים תריצים לארגון למלא את הפונקציות שלו? ארגון שרוצה למלא את הפונקציות שלו צריך כסף כדי להתנהל. מציעים לו WIN WIN - גמול מתובענה ייצוגית ובכך לקבל שתי ציפורים. הבעיה - הוא צריך לגייס תובעים, ואז כבר לא צריך אותו. הפסיקה השנייה של כבוב בפס"ד הצלחה – 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. אם הצלחה היו יוצאים החוצה בגלל כניסת חברי הקבוצה הם לא היו זכאים לתגמול ואנחנו לא רוצים ליצור תמריץ הפוך אלא לזכות אותם בגמול אחרת ארגונים לא ירצו להיכנס להליכים כאלו.

**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.

איך זה מתקשר לבעיית תת האכיפה? אם יש מצב בו אף אחד לא יתבע. יש פה בעיה שלא תוכל להיפטר בבעיות כלכליות. איך המחוקק מתמודד עם פערי עלות תועלת הוא יכול לחסוך בהוצאות הליכים. יקימו ביהמ"ש לתביעות קטנות. אין עורכי דין באולם ואז אין תשלום לעו"ד. זה פותר את בעיית האכיפה אם הקושי הוא כלכלי. אך אם הוא אינהרנטי כמו קול ברמה לא נפתר העניין ולא יהיה תביעה ייצוגית. הפתרון שיש לנו פה היא תביעה של ארגון בקושי אינהרנטי.

**שיעור 5 – 07.04.2022**

 **חובה לייצג בתום לב וחובת הייצוג הולם**

סעיף 8 תופס את מרבית מרחב הפעולה של תובענה ייצוגית. מרגע שתובענה מאושרת הסיכוי שיגיעו לפסק דין בתובענה עצמה הוא אפסי. במונחים אבסולוטיים. יש אלפי תובענות אך כמה מהם נכתב פס"ד? 0.5% מהם. ברוב התיקים של תובענה ייצוגית שמוגשים התובע מבקש מביהמ"ש להסתלק. בנוסף הרבה מן התיקים נסגרים בפשרה לפני החלטת ביהמ"ש. בפס"ד פתאל נ' סלקום – שהיה דיון במחוזי בעליון ואנחנו דיברנו על העליון. שם היה דיון כמה עמוק צריך להיכנס לניתוח הסוגיה. שם נפסק שביהמ"ש לא צריך להיכנס לעומק. אותו מקרה חזר למחוזי וניהול התיק והוא נגמר בפס"ד. על פס"ד הוגש ערעור לעליון והעליון הציע לצדדים להגיע לפשרה -הפשרה הייתה 50%. המחוזי קבע שנדרש לשלם לכל חב קבוצה בצ'ק. מגיעים למחוזי ואז סלקום פונה לביהמ"ש בבקשה לא לשלוח צ'קים לאלו שיש להם פיצוי נמוך. לאתר את הכתובת, לאתר את האדם, להפקיד ולכתוב את הצ'ק יעלה יותר ממה שמגיע לו בפיצוי. אם סלקום היו מגיעים לפשרה אחרי האישור היו יכולים לפתור את הסכסוך הזה. לכן יש עוד פקטור משמעותי שגורם לזה שלא יהיו פסקי דין לתובענה הייצוגית.

כעת נעבור לדיון בסעיף 8(א)(3) והיא חובה לייצג בתום לב והייצוג ההולם. אם בתביעה של אדם פרטי שמגיש 100 ₪. נגיד שהיא קנטרנית ונרצה לסלק אותה ואין לקיים עליה דיון, בתביעה ייצוגית אנחנו מנהלים תיקים של מיליונים אז נגיד שהיא קנטרנית ולא תמת לב? הבסיס לדיון של התובע הייצוגי ובא כוחו היא השאלה של ניגודי אינטרסים. הסיפור פה הוא לא בין התובע לנתבע. היא משולשת. בין התובע הייצוגי ובא כוח הקבוצה מולם יושב הנתבע ויש קבוצה שלישית וכל חברי הקבוצה שלא נמצאים בהליך. הפער הזה יוצר חשש אמיתי לניגוד אינטרסים. אלו שהם צד למו"מ לבין אלו שאמורים להיות מיוצגים. חוק תובענות ייצוגיות הוא כלי של ממשל תאגידי כי יש לנו פער בין אינטרסים לבין מי שמנהל.

חשש מניגוד אינטרסים של התובע המייצג

יצירת תמריצים לתובע ייצוגי ובאי כוחו. אם היו משאירים את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית כפי שהיה בתקנות סד"א אז מה היה אפשר לעשות – תובע ייצוגי היה מבקש לצרף תביעה ייצוגית בנוסף לתביעה אישית אבל זה מטוב לבו ואין לו אינטרס. עו"ד לא ייקח תיק ששווה מיליונים ששכר הטרחה שלו מוגבל לתביעה של 50 ₪. זה לא יתאפשר כלכלית. ביצירת תמריץ לבא הכוח והתובע המייצג שכר הטרחה של בא הכוח יוגבל למה שביהמ"ש יקבע. למה בא הכוח לא רשאי לקבל שכר טרחה במקום אחר? אנחנו לא יכולים לפנות למנהל בחברה ולהגיד לו בא לקבל כסף ממישהו אחר כדי יעשה פעולה כלשהי. מקביל לקבלת דבר במרמה או שוחד. דוג' למקרה כזה – תביעה נגזרת בלנגה נ' החברה לישראל -שם בעל השליטה נתן שכר עודף לנושאי משרה והם נדרשו להשיב את הכסף מבעל השליטה כי הם לא הגיעו מהחברה. מנגנונים כלכלים מתגמלים ובא כוח הקבוצה יקבל את שכר הטרחה שלו. סעיף 23(א) לחוק - מסדיר תשלום שכר טרחה בסוף ההליך הייצוגי הרגיל- ביחס לשיעור הגמול, ביהמ"ש יתחשב בטרחה של התובע המייצג, בסיכון שהוא נוטל על עצמו, בתועלת שהביא לקבוצה ובחשיבות הציבורית של התביעה. למה זה עולה לתובע? הוצאות הקשורות להליך על התובע לשלם, לעוה"ד אסור. לכן אם זה סוג של תיקים שיקר לשלם אותם, צריך לשלם. אבל אם הוא מגזים, נניח מביא חוות דעת מומחים בעשרות אלפי שקלים, האם יש לשלם את זה כולל גמול? לא, זה ייצור תמריץ שיוציא יותר כספים בכוונה כדי להרוויח. אם ההליך בפתיחה שלו יקר, זה מכפיל סיכון וצריך לקחת את זה בחשבון.

סעיף 22ב לחוק תובענות ייצוגיות אומר שביהמ"ש יתחשב בשכר הטרחה בשיקולים הבאים:

1. הטרחה שטרח התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו.
2. התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה.
3. מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.

ס' 22(ב) - מונה מס' שיקולים שיש לקחת בחשבון בקביעת שיעור הגמול. מה מפריע בס' הזה? כמו בס' 23(ב), המתח שהפריע לנו הוא שאם הגדרנו את תום הלב כחלק מהדרישה של הממשל התאגידי ומנגנון שנועד לשמור על הלימה בין האינטרסים של התובע ובא כוחו לבין האינטרסים של הקבוצה, לא ברור למה החשיבות הציבורית היא פקטור. צריך להבין שהדרישות מהתובע כלפי האינטרס הציבורי נוגעות גם לעניין הייצוג של הקבוצה. אנחנו חושבים על תובענה ייצוגית כעל מנגנון אכיפה פרטית של אינטרס ציבורי, בגלל זה היינו רוצים לקדם תביעות טובות- הכלי של תובענה ייצוגית נועד לשרת את האינטרס הציבורי. תפיסה מסוימת לגבי ייצוג הולם ותום לב לא רלוונטית לשאלה של שכר הטרחה אלא של מי מייצג ראוי.

באותה מידה השיקולים של ס' 23(ב) שנוגעים לשכר הטרחה- משקפים גם את התועלת של ההליך לחברי הקבוצה, את הסיכון שעוה"ד נטל על עצמו בהקשר של כמה זמן ייצג בהליך וכמה נדרש ממנו, אבל גם את החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית. התפקיד של התובענה הייצוגית היא לא רק אגד של תביעות ובמישור הפרטי. התובענה היא אינטרס ציבורי. בגלל זה היינו רוצים לקדם תביעות טובות וחוששים מתביעות גרועות. הכלי של תובענה ייצוגית נועד להגשים תכליות רוחביות. זה חוזר לעניין תו"ל והאינטרסים. ייצוג הולם ותו"ל רלוונטי למי מייצג ראוי ומי תם לב ותו"ל כלפי מי? באותה מידה השיקולים של סעיף 23(ב) שנוגעים לשכר הטרחה משקפים גם את התועלת של ההליך לחברי הקבוצה, את הסיכון שעו"ד ייצג בהליך וכמה נדרש ממנו להופעה. אבל גם את החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.

ניגוד עניינים בתיק

בתיק ששווה מיליון, שווה להשקיע עד מאה אלף ₪ בהגדלת 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 להשקיע מעט מידי בהגשת תביעות, בניהול תביעות ואפילו בפשרה. אם אומרים לעו"ד 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.

ניגוד עניינים בניהול פשרה

בפשרה 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. החשש הוא שיתוף פעולה של הנתבע ובא הכוח. הם מגיעים לחדר ומו"מ של פשרה. אומרים קודם כל נקבע שכר טרחה ורק אחרי זה פיצוי. החשש הוא שבמו"מ התובע והנתבע יקיימו שיתוף פעולה ויתקיים ניגוד עניינים בין העו"ד והקבוצה. אך מה עם התובע הייצוגי? אחת התכליות של תובענה ייצוגית היא פיקוח על העו"ד. למעשה כעניין של פרקטיקה זה מובנה בהליך הייצוג שהתובע הייצוגי ובא הכוח קובעים מה תהיה החלוקה שלהם בהמלצה לבימה"ש (למשל 1 ל4 גמול ושכר טרחה) אם נגיד נבקש מיליון ₪ יחד הקבוצה תקבל 800,000 ש"ח לקבוצה ו200,000 לבא הכוח. הגישה הייתה שביהמ"ש חייב לדעת והוא צריך לקבוע את שכר הטרחה ואת עניין הגמול. הצלחה נ' כהן פיתוח – בהחלטה של אישור הסכם הפשרה הצדדים ביקשו ביהמ"ש לפסוק שכר טרחה וגמול יחד ושהם יחלקו את זה ביניהם בלי שביהמ"ש יראה את החלוקה. במחוזי ביהמ"ש קובע שאין דבר כזה, השופט כאבוב קובע שאין אפשרות לקבוע גמול ושכר טרחה יחד באופן שלא שקוף לביהמ"ש והוא קובע סכומים בנפרד. הצדדים מערערים לעליון ובעליון ביחס לזה והעליון מקבל את עמדת הצדדים. לקבוע שכר טרחה וגמול יחד בלי התערבות בחלוקה. הדבר המצער שהם עשו זאת בלי דיון. אין דיון בהחלטה ולא ניתן לדעת מה השופטים חשבו ולמה אישרו זאת. היום כעניין טכני הוכרה האפשרות לעשות שכר טרחה וגמול במסגרת פשרה. בפס"ד אין אפשרות כזו.

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.

ביהמ"ש מפקח על התובע הייצוגי בשלב ראשוני על האישור האם להגיש תובענה ייצוגית. זה מעלה את השאלה מי מעלה בכלל את הטענה של תום לב? טוען בא כוח הקבוצה כי מתקיימים כל התנאים של סעיף 8. מה הוא צריך לרשום לגבי סעיפים 8(א)(3) ו8(א)(4). ביהמ"ש יכול לבדוק זאת ברמה של הכתיבה. אם היה צריך להביא חוו"ד ולא הובאה יכול להיות שהייצוג לא ראוי. כדי שתעלה טענה לגבי חוסר תו"ל מישהו צריך לעלות אותה. אנחנו זקוקים למידע, מי יודע על ניהול הליך. בשלב הגשת הבקשה יש הכנה כמה העו"ד מתאמץ על ההכנה להגשת הבקשה. בשלב זה אף אחד לא יודע אם הוא ראוי. אנחנו לא בוחנים זאת בשלב ההכנה אלא רק בסוף. גם הניהול ההליך ביהמ"ש לא בוחן באופן ישיר, יש לו בעיות בתוך ההליך. בפשרה ביהמ"ש לא נמצא בחדר ויותר מזה, לדוג' – בא הכוח בא ואומר לעו"ד שאכפת לו רק משכר הטרחה ולא אכפת לו מהקבוצה. אסור לו להגיד את זה לקבוצה, ולכן מו"מ לפשרה אינו נחשף. מי יכול להתנגד לפשרה? לאופן שבו מתנהלת הבקשה?

יש מנגנונים בדין שנועדו להביא עדות ולשמור על האינפורמציה בשלב זה. מי יכול להתנגד? הנתבע בנסיבות מיוחדות. לפעמים תהיה טענה מצד עו"ד, לפעמים עו"ד נגד התובע המייצג (בא כוח הקבוצה בא ואומר שנדרש להחליף את התובע המייצג כי הוא לא תם לב), אפשרות נוספת היא שצדדים חיצוניים להליך יפנו לביהמ"ש בטענה שלא מתקיימים התנאים של סעיף 8. זה יכול להיות היועץ המשפטי לממשלה. לכן שמגישים בקשה לתובענה ייצוגית נדרש להגישה גם לרשויות. מאשרים להם כדי להגיד שיש בעיה בייצוג. יש אפשרות לכל חבר קבוצה לפנות ולהגיד שההליך לא מתנהל טוב. בשלב אישור הבקשה צריך לפרסם לכל חברי הקבוצה שהוגשה בקשה ולתת להם אפשרות לצאת מהקבוצה ואם יש פשרה אז גם להתנגד לפשרה.

ניגוד אינטרסים של התובע והנתבע אל מול הקבוצה

התובע והנתבע שותפים באינטרס, כנגד האינטרס של הקבוצה ושל החברה בכלל. מה יכול להיות מקרה בו הנתבע האינטרס שלו יהיה כמו של התובע?

1. סכום הפשרה
2. מעשה בית דין
3. מנגנון יישום הפשרה

איך נפתר החשש לניגוד זה באמצעות סעיף 8?

כאשר לקבוצה אין נזק אז הם רוצים שינוי בהתנהגות והם רוצים אותו שעת אחת קודם. הנתבע(הוא תם לב) והוא אחראי כי האחריות היא קפידה והוא לא עשה זאת בכוונה, הוא יהיה שמח לתקן את ההתנהגות שלו. מה הבעיה ברגע שהוגשה נגדו תביעה הוא יגיד שאם הוא ישנה את התנהגות הוא יצטרך לשלם פיצויים, גמול ושכר טרחה. עדיף לו לא לשנות את ההתנהגות ואז האינטרס של התובע יהיה אחר מהקבוצה. המקרים המעניינים שיש להם דפוס כזה הם סימון מוצרים. יש היום תקנות רבות שאומרות מה צריך להופיע על המוצר (ביצים : גודל, סוג, תאריך וכו') והיו תביעות על משקים בעיקר קטנים שלא סימנו את הביצים כמו שצריך ואמרו שישנו ויסמנו כמו שצריך. לאחר מכן אמרו שאין תכלית להמשיך את התיק וביהמ"ש מאשרים הסתלקות מתוגמלת. זו אינה פשרה כי הדבר הזה ייצור מעשה בית דין נגד כולם לתמיד. אנחנו מכירים בזה ששינוי ההתנהגות קרה ואנחנו מאשרים תשלום לבא הכוח. ייפסק סכום פיצוי ויסגרו על שינוי התנהגות.

האם אנחנו צריכים לדרוש הודעה מוקדמת בהליכים ייצוגים? האם לפני תביעה ייצוגית נדרש לתת הודעה מוקדמת לפני תביעה? בתביעה נגזרת (המנכ"ל גנב כסף מהחברה והחברה יכולה לתבוע אותו, מי שיקבל את ההחלטה בדר"כ בחברה זה המנכ"ל. עכשיו צריך להחליט האם החברה תתבע את עצמם. לרוב החברה תחליט נגד תביעה עצמית. כשיש לחברה זכות תביעה לא ממושמשת בעל המניות יכול לחייב אותה לממש זאת. אבל לפני שהוא יכול לפנות לביהמ"ש לממש את הזכות הוא חייב לפנות למנכ"ל/דירקטוריון ולהודיע כי הוא הולך להגיש תביעה נגזרת). הרעיון הזה קיים והשאלה האם זה טוב בהקשר הייצוגי? בהקשר של רשויות נדבר בהמשך הקורס ובהגנות שלהן. אם הרשות מפסיקה לגבות שלא כדין יש לה חסינות מפני תביעה ייצוגית והיא לא צריכה להחזיר את הכספים שהיא לא גבתה כדין. זה נקרא הודעת חדילה – הרשות מפסיקה לגבות את הסכומים שלא כדין ולא ניתן להחזיר את הכסף בתביעה ייצוגית. ממילא אם נגיש תביעה ייצוגית היא תודיע שהיא מפסיקה הפיצוי יהיה שכר טרחה על התביעה אבל הפיצוי יהיה ההפסקה של הגבייה. לקבוצה עדיף מכתב פנייה ראשוני כי הם יחויבו פחות ויש סיבה לקבוצה לפנייה מוקדמת. מבחינת הקבוצה עדיף לי פנייה מוקדמת. אינטרס של העו"ד לא להגיש הוא שהוא לא יקבל שכר טרחה. האינטרס מנוגד לקבוצה, אך האם באמת יש ניגוד אינטרסים בין הקבוצה לעו"ד? אנחנו לא נבדוק. אם אני יודע שאני צריך לפנות במכתב, ואז תהיה חדילה, אני לא אבדוק ומי יפסיד – כולם.

פס"ד יונס - האם לפני הגשת הליכים צריכים לתת הודעה מוקדמת למדינה? נקבע שאין חובה להודעה מוקדמת על בסיס התפיסה שאומרת שהאינטרסים אמורים להיות בין זהים התובע לנתבע. על פניו אין סיבה שתהיה זהות אינטרסים בשונה מבעל המניות והחברה.

האם בכלל חובת תום הלב לא נוגעת במערכת היחסים בין התובע והנתבע ולא בין התובע והקבוצה אולי היא נוגעת בין התובע ומערכת המשפט. בשונה מתביעה פרטית, תביעה ייצוגית תופסת משקל גם מבחינת המערכת. אלו הליכים שיש להם פרופיל ציבורי גבוה ויש להם חשיבות משפטית גדולה ויש להם השלכה פנימית על מערכת המשפט. לכן אפשר לחשוב שנרצה להטיל חובות על תום הלב של העו"ד כלפי הקבוצה אך גם כלפי המערכת.

פס"ד ש.א.מ.ג.ר – משרד עו"ד שלחו את העובדים של המשרד (עו"ד, מזכירה וכו') לחברת השכרת רכב לראות כמה יחייבו כל אחד מהם על החזרה של הנסיעה ללא תדלוק של הדלק שהם נסעו בסופה. התובעים הגישו תביעות ייצוגיות נגד כל חברת השכרה בנפרד והגישו אותן במחוזות שונים וזה הכעיס את ביהמ"ש. למה הם מפזרים את הסיכוי לנצח בתביעה. הם אומרים ששופטים הם לא אחידים ויש שופטים שהיו מסתכלים על זה אחרת. יש שופטים שלא אוהבים את הפרקטיקה ואין לדעת על איזה שופט ניפול. הם החליטו במספר מחוזות שונים ובגדול הם יקבלו כסף. זה לא יהיה יקר לנהל כי כתבי הטענות זהות וכתבי הנגד גם יהיו זהות. הם מפרים את הוראות החוק, מותר לך להגיש תביעות ייצוגיות במקומות שונים אך עליהם לברר לפני אם הוגשו תביעות דומות במקומות אחרים וביחס לאותם חברי קבוצה. המטרה היא לא לאחד את התיקים אבל אנחנו רוצים שאותו שופט ינהל את התיקים. היינו רוצים למנוע מבוכה של פסיקות סותרות. בעצם מה שהם רצו לעשות כאן זה לפזר את הסיכון להכרעות הם רוצים להשיג פסיקות סותרות. לביהמ"ש זה מאוד לא נעים ומגביל את העליון אחר כך בערעורים. יהיה מישהו שצודק ואנחנו רוצים שהכל יידון במאוחד אצל אותו שופט. בגלל זה אנחנו חושבים עלforum shoping להגיש תביעה אצל שופט שנוח לך ואנחנו חושבים על זה כמשהו חסר תום לב. בגדול זה לא פסול אבל מנצל חולשות של ביהמ"ש. אם מערכת צריכה להיות צודקת זה יהיה חסר תום לב. הפרקטיקה של הגשת תביעות מקבילות האם היא חסרת תום לב כלפי הקבוצה. כנראה שממש לא. אם זה משפר את הסיכוי של עו"ד להשיג תוצאה חיובית זה משפר את הסיכוי של הקבוצה. האם זה חסר תום לב לנתבעים? גם לא בהכרח אולי זה מייקר מעט את ההליכים. אבל בגדול לא פוגע בנתבע. בש.א.מ.ג.ר נפגעים כי זה פוגע בביהמ"ש. התפקיד בתביעה ייצוגית היא לא רק קידום אינטרס הקבוצה אל אינטרס ציבורי. בגלל זה אנחנו מטילים סנקציות שנוגעות לאינטרס הציבורי ופוגעות בהליך הציבורי עצמו.

אפשר לחשוב על זה גם בזבוז משאבים. זמן שיפוטי כבזבוז משאב חברתי. גם אם כולם יריעו אותו דבר אנחנו לא רוצים שיבזבזו את הזמן שלהם.

**שיעור 6 – 28.04.2022**

 **ניהול תובענה ייצוגית נגד רשויות**

* התובענה הייצוגית ככלי חברתי פוליטי
* ההגנות שעומדות למדינה בחור
* הודעת החדילה, גמול ושכר טרחה
* הודעת צד ג' נגד המדינה בהליך ייצוגי
* תקיפה עקיפה באמצעות תובענה ייצוגית

בעבר לא הייתה זכות תביעה כלפי המדינה במיוחד בנזיקין. תביעה בנזיקין מבוססת על עוולה אז בעבר לא היה ניתן לתבוע מדינה בנזיקין. התפיסה הזו השתנתה לאורך השנים והגישה התפתחה ב2 מישורים:

1. במישור הנזיקי – המדינה היא ככל אדם עם הגבלות מסוימות.
2. בתחום מסוים שהתפתח בארה"ב – המדינה הייתה יכולה להיתבע רק היא על עוולה שהיא ייחודית למדינה. למשל: עולות חוקתיות שהן אסורות רק למדינה. המדינה כפופה לחוקה האזרחים לא תמיד כפופים אל החוקה.

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. פס"ד Brown – 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 BROWDER V. GAYLE - הפרדה באוטובוסים. מגישים סדרה של תביעות ייצוגיות והתכלית שלהם היא ביטול פרקטיקה של מדינה.

רשלנות ופיקוח – אנחנו מכירים את זה במדינת ישראל נ' לוי – תביעה בנזיקין על אדם שרכש ביטוח מחברת ביטוח שקרסה. לפני שהיא קרסה המפקח על הביטוח אמר למבוטחים לא לרכוש מהם ביטוח אבל הוא עשה זאת ממש בשנייה האחרונה. לוי תובע את מדינת ישראל על זה שהם לא פיקחו כמו שצריך על חברת הביטוח והובילו לקריסתה. אם היו מתריעים מראש היה נמנע הנזק. ביהמ"ש מתווה את הדרך שבה ניתן לתבוע את המדינה על היעדר פיקוח. יש תביעות כאלו בנזיקין לדוג': אם המשטרה מתרשלת במתן היתרים וכתוצאה מזה נגרם נזק ניתן לתבוע את המשטרה.

סעיף 3א מחריג את זה – תובענה ייצוגית תוגש רק על עניין שנמצא בתוספת השנייה ושם יש (עוסק, מבטח, בנק וכו'). 3א אומר על אף האמור לא תוגש נגד רשות תביעה לפיצויים בגין נזק שנגרם לצד שלישי. התביעה נגד המשטרה על זה שלא פיקחה על גוף אחר אפשר אולי לתבוע אישית אבל לא ייצוגית. יש מחסום כולא על תביעות ייצוגיות של מחסום פיקוח. עולה השאלה האם לא ניתן להגיש תביעה ייצוגית נגד רשויות בכלל? הייתה גישה שאומרת שיש בתופסת השנייה סעיף שאומר שתביעה נגד רשות על סכומים שנגבו שלא כדין. דרך אחת לפרש את סעיף 3א על סכומים שלא כדין אבל לא ניתן לתבוע רשות על שום דבר אחר, זוהי פרשנות מרחיבה מידי. פרשנות אחרת ל3א וסבירה יותר מדברת על הסדרה. הרעיון הוא שבמקרים האלו יש את מי לתבוע, את המעוול שעשה את המעשה האסור. זה שהמדינה היא כיס עמוק לא אומר שניתן לתבוע אותה. להפך זה שהיא כיס עמוק תהיה נטייה לתבוע את המדינה ולא דווקא את הגורם המפוקח שהוא האחראי. כשהמדינה גורמת לנזק המדינה פועלת בכובע שלה כעוסק/ספק שירותים, ניתן לתבוע אותה בייצוגית ואין מחסום. המדינה פועלת כגוף מפקח על גוף אחר יש לה חסינות לפי חוק תובענות ייצוגיות.

**הסדר שקיים בחוק – הסדר הסל**



ההגנה לא נמצא רק בחסימת התביעות מראש אלא גם בדיעבד. אם הוגשה תביעה ייצוגית נגד מדינה, סעיף 8(ב)(1) ביהמ"ש רשאי לא לאשר את התביעה אם ההליך יגרום יותר נזק מאשר תועלת לציבור. יותר מזה סעיף 20(ד)(1) שעוסק בסעדים אומר שאם התביעה היא נגד רשות ביהמ"ש רשאי להתחשב בשיעור הפיצויים. לכאורה הסעיף אמור להוציא את סעיף 8(ב)(1) כי הוא אומר שאם זה אמור לפגוע במדינה תפחית את סכום הפיצוי. לאחר מכן אין בעיה לאפשר את 8(ב)(1) ואז להפחית את הפיצויים. בשאר המקרים 8(ב)(1) נשאר למקרים בהם עצם ניהול התובענה פוגע במדינה. מקרים כאלה לדוג: מידע שמתגלה תוך כדי ניהול התובענה הוא כזה שעלול לפגוע ברשויות או בציבור אם יתגלה.

גם ההסדר שאמרנו ב3א, 8(ב)(1) ו20(ד)(1) הם הסדרים של תובענה ייצוגית. ב20(ד)(1) יש משהו דרמטי בסדר דין אזרחי. הסעיף אומר שביהמ"ש יאשר את התביעה, יקנה את הסעד ואז יפחית את הסכום.

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. מה הרציונל לכך? הטענה היא שתביעות ייצוגיות יכולות לייצר סיטואציה של כולם נגד המדינה. לדוגמה- אם המדינה עיוולה ב10 ₪ כלפי כל אזרח, אז יכול להיווצר מצב שכל אזרח יקבל 10 ₪ אבל יהיה מחסור של מאות מיליוני ₪ בקופת המדינה וזה יגולגל בחזרה על האזרחים וגם- עוה"ד יגרפו המון כספים ולכן עלול להיווצר מצב שאף צד לא מרוצה בסופו של דבר. זה מסביר למה יש סיטואציות שבהן ברור לנו שתביעה נגד המדינה ברמה הייצוגית אינה יעילה. מה קורה אם זה לא כולם נגד כולם אלא כולם נגד "כמעט כולם"? למשל- גבינו מחלק 10 ₪ ומחלק יותר או פחות. התוצאה במצב כזה תהייה חלוקה מחדש של עושר, זה לא ישיא את התועלת, התביעה לא תועיל לאנשים או תשרת את מי שנפגע אלא זה הליך שיסדר מחדש את הכנסותיהם. בעצם כל תביעה נגד המדינה היא לא תביעה שתגדיל את הרווחה המצרפית אלא חלוקה מחדש של המשאבים בחברה וזה כשלעצמו יקר- נבזבז זמן שיפוטי יקר, עלויות רבות, בסוף כולם יקבלו פיצוי אבל כאמור- זה עלול להיות מגולגל בחזרה וכל זה- כדי לעשות חלוקה מחדש. חלוקה מחדש ניתן לעשות גם באמצעות מערכת המס ולכן זה לא יעיל לנהל תובענה ייצוגית נגד המדינה.

הגיע לבית דין לעבודה הסדר של השבה מקופות חולים. קופות חולים הן לא רשות ולכן לא נכנסים ל8(ב)(1). ביה"ד הארצי לעבודה קובע שאותה הגנה של 8(ב)(1) חלה גם בקופ"ח. היה על זה בג"צ שלא הוכרע וסולק מוקדם. המחוקק ביקש להכניס בהצעת חוק לתיקון חוק תובענות ייצוגיות את קופ"ח אך היא נפלה.

**הסדר שקיים בחוק – הודעות חדילה והתיישנות מקוצרת**

ההגנות לא נגמרות כאן. סעיף 9ב אומר שאם הגשנו תביעה מול רשות שלא גבתה כדין. היא מכירה בזו ואומרת שהיא תפסיק כאן נגמר התיק. אף אחד לא מקבל כסף חזרה. התוצאה היא לעתיד שמי שנגבה ממנו כסף לא יצטרך לשלם ככה. אם היא באמת חדלה מהגביה אין חובת השבה. זמן ההתיישנות על תביעה של גביית תשלום היא 7 שנים. אם היינו מגישים תביעה ייצוגית היינו מגישים על 7 השנים האחרונות. למעשה יכול להיות שההתיישנות ארוכה יותר כי הגבייה היא עוולה נמשכת. אבל החוק(סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות) מגביל את ההשבה רק ל24 חודשים. כל חבר קבוצה יכול להגיש תביעה על תקופות נוספות. נגד סעיף 9ב ו21 הוגש בג"ץ כהן בטענה שהוראת החוק אינה חוקתית. בג"ץ קבע שהסעיפים האלה לא פוגעים בזכות חוקתית. המנגנון של סדר דין אזרחי בתובענה ייצוגית לא פוגע בזכות חוקתית. בג"ץ אומר שאין פגיעה בזכות כי החוק אפשר זכות חדשה וזה לא אומר שהיא פגעה בזכות חוקתית. אבל זה בא עם כוכבית -למה אין פגיעה בזכות חוקתית כי זה לא שולל לנו זכות מהותית. החסינות היא פרוצדורלית ולא מהותית. אם החוק היה יוצר חסינות מהותית אז היינו צריכים לבדוק את תנאי פסקת ההגבלה. מה כן פוגע בזכות מהותית? – סעיף 20 שאומר שאפשר להפחית את הפיצוי ולתת מעשה בית דין פוגע מהותית. ניתן להגיד שנעשה מעשה בית דין ונשלול את הזכות שלך. סעיף 20 אומר שנשלול ממך את הפיצוי ואתה לא זכאי לתבוע יותר. ככה אנחנו רוצים לחדד נקודה כללית והיא התפיסה שהחוק הוא לא רק פרוצדורלי הוא משפיע על זכויות מהותיות. דוגמא נוספת שבא החוק משפיע על זכויות מהותיות זה ביחס להערכת הזנק – בתביעה פרטית הפיצוי מותנה בהוכחת נזק, בתביעה ייצוגית מאשרים מנגנונים גמישים. אדם לא יכול להגיש תביעה בנזיקין להוכחת נזק כאינדיבידואל הוא רוצה לפי הממוצע. בנזיקין אסור ובייצוגית מאפשרים.

פס"ד יונס נגד רשות המים – החובה למסור הודעה מוקדמת בדרישה לתום הלב. בדיני חוזים יש סוגה של הודעה הרבה פעמים(הצעה, קיבול וכו'), יש סעיף בחוק על הודעה עקב ביטול ויש פס"ד שהודעה יכולה להימסר כתב תביעה. דרך אחרת לפרש את יונס הוא שהדיון בנוגע להודעה מוקדמת בנוגע לתביעה אסורה היא מוטעה. הודעה מוקדמת שיכולה להיות מוגשת כתב תביעה. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר לרשות – לקבל כתב תביעה והיא לא צריכה לעשות כלום, הרשות יכולה לשלוח הודעה "הפסקנו". בנקודה הזו נגמר ההליך. ההבדל הוא שסעיף 9ג מאפשר לפסוק גמול ושכר טרחה. אבל גם ביהמ"ש ביונס התייחס לזה ואמר שאם תהיה הודעה מוקדמת והרשות תפסיק לגבות הוא יוכל לפנות לביהמ"ש ולבקש לפסוק שכר טרחה. בהקשר הזה מה השיקולים שנקבעו בעניין מוחני לעניין שכר טרחה לאחר הודעה חדילה? הייתה תביעה על הפחתה של שכר טרחה לעו"ד בתובענה ייצוגית נגד משרד לביטוח לאומי. ביהמ"ש הפחית את שכר הטרחה ונתן שני שיקולים עיקריים לגבי ההפחתה – הראשון, הוא שהתובע לא עשה כלום כי המוסד לביטוח לאומי שם לב שהוא טעה והתכוון לתקן זאת במילא. איך אנחנו יודעים שהוא התכוון לתקן את זה ממילא ולהחזיר לאנשים את הכסף? הוא החזיר באמת לאנשים את הכסף. ובעיקרון הוא לא חייב כי הוא נתן הודעת חדילה. החוק מחייב אותה להחזיר עד שנתיים והוא החזיר 7 שנים לאחור. המל"ל הראה לנו שהוא עשה הכל על מנת להשיב את כל הסכום. השני, הסיבה שצריך לשקול לפסוק שכר טרחה הוא לא לתמרץ את מי שהגיש את מוחני נ' המל"ל אלא את האדם הבא וירתיע ויוביל לשינוי של הפסקת הגבייה הבאה.

יש כאן שאלה בחסינות של המדינה – האם מהותית או פרוצדורלית? בעניין אגד הסוגיה עלתה בהקשר של הודעה צד ג'. אגד (תיק של קווי הדרה בין אשדוד לירושלים). בג"ץ נגד משרד התחבורה ותיק שמתנהל נגד אגד שבהם הייתה הפרדה(קווי המהדרין) היו במחיר נמוך יותר ממחיר הכרטיס הרגיל יותר וגם התנאים היו טובים יותר. זה קו שעבר בשכונות ולא יצא מהתחנה המרכזית ובמחיר זול יותר. כל מה שהיה צריך זו הפרדה מגדרית מול נשים וזהו הליך פסול. תביעה ייצוגית הייתה גם לפיצוי נגד אגד ומה הם אומרים? אנחנו לא חייבים פיצוי כי יש לנו הגנה. מה ההגנה שלנו? אנחנו האמנו בתום לב בקיומה של הרשאה חוקית. סעיף 6 לפקודת הנזיקין קובע את ההגנה הזו לכל עוולה. בגלל שחוק איסור אפליה מגדיר עוולות וכל ההסדרים של פקודת הנזיקין חלים על חוק ניירות ערך וחוק איסור אפליה וכו'. לכן סעיף 6 נמצא במקום חושב מאוד בדיון בתובענות ייצוגיות. אגד טוענים טענה חלופית שאם לא עומדת להם הגנה מסעיף 6 הם רוצים להגיש הודעת צג ג' נגד המדינה. כי המדינה כשלה בפיקוח עלינו, הם אמרו לנו שהם רשאים. הם חייבים בפיצוי גם. יש לחלק בינינו את הסעד, בין אגד והמדינה.

**הודעת צד ג'** – תביעה בין א' לב'. ב' אומר שאם תתקבל התביעה נגדי יש לי טענה טובה למה הפיצוי צריך להיות משולם חלקי/מלא ע"י צד שלשיי. אני יכול לחכות לסיום ההליך מולי ולתבוע את אותו צד בסוף ההליך ואני יכול גם להגיש הודעה כבר בהליך הראשוני. למה לצרף אותו בתחילת ההליך? חיסכון זמן לנתבע. יותר דרמטי מעניין הזמן הוא עניין הסיכון. בעת הגשת הודעת צד ג', אם אחכה שהתהליך יסתיים ואחכה לתביעת שיפוי במערכת היחסים הוא לא כפוף להכרעות של ההליך הקודם. ישנו סיכון שלא יתייחסו כלל להכרעה הקודמת.

פס"ד קורלטל – גרוניס קובע שחייבים להגיש הודעה צד ג' בתחילת הליך הדיון בבקשת האישור. מתי שמגישים את התשובה לבקשת האישור תגיש גם הודעה למתן צד ג'. ביהמ"ש יכול לדון ולהכריע באפשרות לתת הודעת צד ג' ואז מצרפים אותו לבקשת האישור כדי למנוע ממנו להצטרף בשלב מאוחר יותר. זה היה באופן כללי ועכשיו עולה השאלה כלפי המדינה? בעניין אגד – האם הנוסעים היו יכולים להגיש נגד משרד התחבורה? לא כי הם חסינים. הם יכולים להגיד שאפשר הודעת שיפוי. ביהמ"ש העליון בדיון בהרכב מורחב של 7 קובעים – החסינות של המדינה בסעיף 3 היא פרוצדורלית לא מהותית ולכן אפשר להגיש נגדם הודעה צד ג'. אין מחסום. מה קורה שהעילה היא גבייה שלא כדין? זו הסוגיה שהייתה בהליך של סלקום – שימוש בטלפון בחו"ל, סלקום היו גובים מע"מ על שיחות שנעשות בחו"ל. מע"מ נדרש לשלם רק על מוצר שנקנה במדינה ואם אני בחו"ל אתה לא יכול לגבות מע"מ. סלקום מעבירה את המע"מ למדינה, שואלת את רשות המס האם היא נדרשת לשלם מע"צ והם אומרים שכן. התביעה אומרת שלא. ההגנה של סלקום היא סעיף 6. אם סעיף 6 לא חל יש להם עילה של סלקום נגד המדינה בעילה של עשיית עושר. בתביעה של סלקום מוגשת תביעה לביהמ"ש, סלקום מבקשים להעביר הודעת צד ג' למחוזי ורשויות המס מודיעים חדילה. מפסיקים לגבות על כל מה שנמצא בחו"ל. אומרים התובעים מה זה חדילה? לא תבענו את המדינה אלא את סלקום. אנחנו רוצים השב של 7 שנים וזה מעלה 2 סוגיות:

1. האם סלקום חסינה מהשבה בעקבות הודעת החדילה? האם הם יכולים בכלל להגיש הודעת חדילה?
2. אם כן או לא? מה לגבי ההתיישנות האם היא שנתיים? או 7 שנים?

ביהמ"ש אומר, בהמשך לאותו ו שההגנות למדינה הן פרוצדורליות, מותר להגיש הודעת צד ג' בנוגע לגבייה בניגוד לדין, לא רק שניתן להגיש הודעה צד ג' המדינה לא יכולה להגיש הודעת חדילה (כי היא לא נפגעת ישיר) וההתיישנות היא 7 שנים. בהצעת חוק ביקשו להוסיף שהודעת החדילה חלה וההתיישנות המקוצרת חלים גם על סלקום כשהמדינה הייתה צד שלישי. ביקשו להוסיף שכל תביעה נגד המדינה חייבת בהודעה מוקדמת.

**מחסום מהותי יכול להיות בעיה של תקיפה עקיפה של החלטה מנהלית**

פס"ד אלפריח נ' עיריית חיפה – עוסק בגביית אגרה על שלטים שתולים על עסק. באגרה מס יכול להיות נגבה מכל מיני סוגים ותצורות. המדינה יכולה לגבות מחיר עבור שירות, המדינה יכולה לגבות אגרה שזה מס שניתן עבור שירות ספציפי, המדינה יכולה לגבות מס כללי שלא ניתן עבור שירות אלא כלל הספק שירותים אחרת (לדוג' ארנונה) וכך גם מע"מ. יש הלכות שקובעות שאגרה צריכה להיות פרופורציונלית ביחס לשירות. בתביעה הייצוגית נגד עיריית חיפה נטעם שהארה שעיריית חיפה גובה עבור שירות היא גבוה מידי ביחס לתשומות של העירייה ביחס לשילוט. יש שאלה אחת עקרונית האם אגרות נכנסות לפרט 11 לתוספת השנייה? האם אגרה היא בגדר גביה של רשות שניתן לתבוע עליה. איך אמורים לתקוף החלטה מנהלית. עתירה לבית משפט מנהלי. זו הדרך לנהל הליך של תקיפה לתביעה מנהלית, נכון זה לא נותן סעד כספי אלא הצהרתי אבל זה המסלול. התביעה הייצוגית עוקפת את זה ואומרת ההחלטה אינה נכונה וגם להשיב את הכסף. לכן ככלל אין לאשר באופן כללי הליכים של תקיפה עקיפה. יש מגבלות לתקיפה עקיפה זה שהיא לא מאפשרת סעד כספי אז התמריץ לנהל את זה מוגבל. הטענה היא שהליך ייצוגי יכול לפתור את המתח הזה. ביהמ"ש אומר זו לא הדרך. דחו את התובענה הייצוגית בין השאר כי זו לא הדרך היעילה והוגנה, הדרך היעילה וההוגנה היא פנייה לביהמ"ש מנהלי. חוץ מזה בעתירה מנהלית עומדת למדינה ההגנות שצריכות לעמוד לה והדיון צריך להיות שם. ביהמ"ש אומר שזה חלק מהמסגרת של ההגנה על מדינה.

יש שאלה מעניינת של תקיפה עקיפה כטענת הגנה – לדוג': חברות השכרת רכב חייבות רישיון כדי לפעול. תנאי הרישיון נקבעים ע"י המפקח על התעבורה במשרד התחבורה. בחוק הפיקוח למחירים נקבעו למפקח סמכויות למשל בעניין ביטוח. המפקח אומר לחברות השכרת רכב שהם חייבות לרכשו ביטוח צד ג', אבל אתם רשאים לא לרכוש ביטוח צד ג' אם אתם תסלקו תביעות צד ג' כאילו אתם תהיו ביטוח בעצמכם. חברות השכרת הרכב לא עושות את זה. בתביעה ייצוגית נגד שלמה סיקסט – שלמה סיקסט אומרת שההוראה של המפקח ניתנה בחוסר סמכות. הם אומרים שההוראות שהם עוברים עליהם לא חלות עליהם כי יש פגם בהחלטה המנהלית. יש שאלה שעוד לא נדונה בפסיקה מה הדין של טענות של תקיפה עקיפה במסגרת טענת הגנה. על פניו נראה כי לא ניתן לקבל טענות אלו ביתר שאת. הבעיה היא שהמדינה תצטרף לאמירה הזו. הבעיה היא שלפעמים המדינה תצטרף לאמירה הזאת. מתי מוגשת תביעה נגד גוף פרטי שהוא מצפצף על הוראות הרגולטור? כאשר הוא מצפצף הרבה זמן. אז הבעיה משולשת: יש הוראות, הגוף המפוקח מצפצף עליהם והגוף המאסדר כושל בפיקוח. מה אומר הגוף המאסדר? אני בסדר כי באמת התכוונתי שהוא לא יקיים את ההוראה הזאתי ולכן לא פיקחתי. או להגיד שהיא לא תקפה או שהיא פסולה ולכן לא פיקחתי.

פס"ד זליגמן ואחריו דיון נוסף באותו עניין – שהרגולטור מסביר לי למה הוא התכוון נצמד לפרשנות של הרגולטור ובדיון הנוסף הדעה התהפכה. מלצר אמר שאין סיבה להניח שהפרשנות של הרגולטור עדיפה כי אנחנו מבינים שלרגולטור יש בעיה בתמריצים כי הוא ירצה להצדיק את עצמו וגם דלת מסתובבת.

**שיעור 7 – 12.05.2022**

 **חלוקת פיצוי לחברי הקבוצה – מנגנונים והגשמת מטרות ההליך**

בתורת המשחקים יש שאלה "איך אני מחליט אם לאשר בקשה לאישור" אחד המנגנונים או האסטרטגיות היא לשאול "מה יהיה בסוף?" ואז נגיד אם זה מה שיקרה בסוף מה יקרה לפני וככה להגיע להתחלה. נניח שמאשרים את הבקשה לאישור והתובע זוכה וכו' מה יהיה. לכן אם נבין מה יקרה בסוף ההליך שביהמ"ש יכריע לטובת הקבוצה ונגיע למצב של חוסר אונים, יכול להיות שהליך ייצוגי הוא לא הדרך הנכונה לנהל את התביעה. לכן יש חשיבות לחשוב מה יקרה בסוף ההליך.

זה מתבטא בעוד סוגיה שתידון בשיעורים הבאים – על ניהול הליך וסוגיות שעולות בייצוג וכו' ואז נדבר על פשרות. הסוגיה תעלה בשאלה הם ביהמ"ש צריך לאשר פשרה. מה הפחד שלנו במקרה של פשרה? שעורך הדין המייצג יגיד שהוא מכיר בקשיים שיש בתביעה אז הוא ייתן סכום נמוך לקבוצה וסכום גבוה לו. אם הוא היה פועל לאינטרס הקבוצה הוא היה נותן סכום גבוה לקבוצה ונמוך יותר לעצמו. לכן בהליכים של ייצוג אנחנו נדרשים לאשר את הפשרה. לפי ההיגיון הזה ביהמ"ש צריך לראות שזה הוגן כלפי הקבוצה, אם זה נורא לא הוגן לנתבע זה לא שיקול שביהמ"ש יתערב בו.

איך זה חוזר לשאלת הסעדים? ביהמ"ש יצטרך להכריע מה החלופה. אם הוא לא מאשר את הסדר הפשרה וההליך ממשיך, האם מצב הקבוצה טוב יותר? השאלה הזו של איך מתמודדים עם התביעה בסוף ההליך חוזרת בפשרה גם כן.

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.

ככלל אם נדרש (**להשלים**) מתחמקים ופותרים זאת באמצעות פיצוי לפי הסתברות. אז פיצוי לפי הסתברות לקבוצה. איך אפשר לפתור הוכחת נזק אינדיבידואלי בתובענה ייצוגית. יכול להיות שלא לכולם בכלל יש נזק. לדוג' נזק לא ממוני, נגיד שיש חבר'ה אדישים שכאשר גילו שמכרו להם חלב עם סיליקון ולאחר זאת הם הרגישו עוגמת נפש ויש כאלה שלא כל כך היה אכפת להם. קשה להבדיל ביניהם. השאלה היא איך מתמודדים עם ההבחנה בין חברי הקבוצה לעניין גובה הנזק אל מול התכליות של תובענות ייצוגיות: יעיל והוגן, סעד הולם, הרתעה וגישה לבתי משפט.

1. **יעיל והוגן** - אפשר לחשוב מבחינת יעיל והוגן, מה יעיל? נגיד אם היינו נותנים פיצוי כולל. לצורך העניין הערכת נזק לכל הקבוצה ואז נחייב את הנתבע לשלם את הסכום ההוגן כי זה יעיל כי נוותר על הבירור האינדיבידואלי. זה הוגן כי פוגע בנתבע. אם התביעות של התובעים האינדיבידואליות הם סכומים זניחים אז זה יעיל.
2. **סעד הולם** – פיצוי אינדיבידואלי. אם התכלית של דיני תובענות ייצוגית זה להקל על הגעת הסעד לאדם זה הסעד היחידי שיכול להיות.
3. **הרתעה** – היינו רוצים להוביל לזה שהפיצוי הממוצע יהיה שווה לנזק הממוצע וככה נגיע להרתעה אופטימלית. למעשה קיימות הוצאות כאלו. נראה כי קיימות גם פרקטיקות כאלו. בנזיקין יש פס"ד שמדבר על חישוב פיצוי לפי הנזק הממוצע. מגדל נ' אבו חנא – בעניין זה ביהמ"ש אומר שמגיע אליו קטין הוא לא מסתכל על כלום למעט שני מקרים חריגים הוא נותן לכולם פיצוי לפי שכר ממוצע במשק. הפתרון הממוצע יוצר אותה הרתעה כפי שנעשה סעד אינדיבידואלי רק קל יותר. פיצוי ללא הוכחת נזק הם פיצויים שאפשר לחשוב אולי שמשקפים נזק ממוצע. בהקשר הזה סעיף 20(ה) אומר שבתובענה ייצוגית לא ניתן לתבוע פיצויים לדוגמא או פיצויים לא הוכחת נזק. השאלה כרגע היא האם ההיגיון של שני ההסברים האלו הוא שונה למה אנחנו שוללים את שניהם. הרעיון הוא שאם היינו נותנים סעד גבוה מעל הנזק עבור כל חברי הקבוצה החבות של המזיק הייתה הרבה יותר גבוה מהנזק שהוא גרם – זה יוצר **הרתעה יתר**. ניתן להבין למה סעיף 20(ה) שולל פיצויים לדוגמה. אבל פיצויים ללא הוכחת נזק נשאל מה התפקיד של ההסדר הזה. אם תפקידו נועד לעמוד בממוצע את הנזק אז המכפלה היא בסדר. פגיעה בפרטיות היא פגיעה של 50,000 ₪ ואם פגעת בפרטיות של 500 אנשים תשלם להם. ואם פירשו שזה עד 50,000 ופסקו 3,000 אז הנזק הממוצע הוא 3,000. יש טענות כאלו גם בייצוגית וזה לא מופרך. פס"ד של ביהמ"ש העליון במקרה של לשון הרע – חוק איסור לשון הרע אומר שמי שהוציאו את דיבתו יכול לקבל פיצוי. מישהו תבע על לשון הרע אבל לא את מי שפרסם את התמונה. הוא לא יכול לתבוע אותם לפי חוק איסור לשון הרע כי הם לא פרסמו אלא על רשלנות. אתר היכרויות סביר ימנע העלאת פוסטים כאלה שיגידו שהם שקריים. הוא זוכה בהכל ומקבל פיצוי של 200 ₪. לאחר מכן בערעור 400 ₪. בעליון יש הערכה של נזק ולמרות שאין הסדר פיצוי, ניתן ללמוד על פיצוי הנזק ולכן הגדילו לו את הפיצוי ל2,000 ₪.
4. **גישה לבית משפט** – יכולנו להגיד " מה מונע מחברי קבוצה להגיע לבתי משפט מה שמונע מהם הוא להוכיח את העוולה/קשר סיבתי כי זה יקר ומורכב. יכלנו להגיד שהסעד שניתן להם הוא בכלל סעד הצהרתי. תדעו שיש לכם עילה ואם בא לכם תתבעו.
5. **תיקון המעוות באמצעות צו עשה -** סעדים שלא קשורים לגובה הנזק. בחוק למניעת מפגעים סביבתיים סעד ברירת המחדל הוא לא פיצוי. אפשר לתבוע את יוצר המפגע לתקן את המעוות. זה אומר לתקן את הנזקים שנגרמו.
6. **סעד לעתיד באמצעות צו מניעה –** אתה גובה בניגוד לדין. אפשר לפסוק סעד שאומר לך שאסור לך להמשיך לעשות את זה.

בעצם פיצוי דורש שני שלבים:

1. לקבוע מה הפיצוי בין אם אינדיבידואלי או לקבוצה. צריך לקבוע מה הפיצוי.
2. איך מגיעים לאנשים בתביעות אינדיבידואליות. ישנו קושי לדעת מי הם האנשים שזכאים לתבוע והרבה פעמים לא ניתן לברר בדיעבד מי חבר קבוצה ומי לא.

בעצם בגלל הקושי העקרוני להכריע בסעדים, סעיף 20 נותן סט כלים מאוד רחב להכריע בסעדים בתובענה ייצוגית. סעיף 20(א) אומר שביהמ"ש יכול לפסוק פיצוי לכל חבר קבוצה שמוכיח זכאות. הוא יכול לדרוש פיצוי בסכום כולל וגם לקבוע איך הוא יחושב הסכום של כל חבר קבוצה אך זה מוגבל לזה שהסכום הכולל יהיה נתון לגבול הגיוני. (**להשלים**)

בעניין סילוורה נ' בנק לאומי – עלה קושי עם הוכחת הפיצוי האינדיבידואלי. התיק המקורי הוכרע כפשרה. חבים בהוצאה לפועל צריך להחזיר את החוב שלהם לבנק. החוב שלהם תופח לא רק ע"י ריבית(שהייתה מאוד גבוהה כי על חובות חלה ריבית אחרת), ברגע שנפתח תיק להוצאה לפועל, פעולות שהבנק מבצע במטרה לגבות את החוב אלו פעולות שניתן לחייב את החייב. הבעיה היא שבגישה הזו הבנק יכול לחייב סכום כראות עינייו. כדי להתמודד עם הבעיה, חוק הוצאה לפועל קובע כי צריך לאשר חיובים שרוצים להטיל על החייב אצל רשם ההוצאה לפועל. בסיפור שלנו הבנק עשה הרבה פעולות וחלק מהם הלך להוצאה לפועל לאשר וחלק אישר וחלק לא. הבנק עשה שתי טעויות. הרבה פעמים שאושר לו להטיל חיוב על החייב הוא לא הטיל את החוב והרבה פעמים הטילו על החייבים חובות שלא אישרו להם. יפית סילברה שילמה בפועל כמה אלפי שקלים מעבר למה שהייתה חייבת לשלם לפי מה שאושר. הבעיה של הבירור הפרטני פה שכדי לברר ביחס לכל אחד מה שחייב, צריך להושיב בן אדם שיעבור על דף החשבון שורה שורה מול דף החשבון של הרשם ולהבין מה אושר ומה לא ויש מלא חברי קבוצה. הבירור הפרטני אפשרי אבל מאוד יקר. בפלג נ' פריגו – תביעה על אלטרוקסין(תרופה) והיא שינתה את הרכב התרופה. פריגו שינו את החומר הלא פעיל בתרופה ולא עדכנו אף אחד וזה גרם לתופעות לוואי. פריגו מגיעים להסדר פשרה ואמרו מה יהיה הסדר הפיצוי הכולל לקבוצה אבל שזה יהיה הוגן הם הגיען להסדר שכל אחד יגיע לוועדה ויראה את התיעוד הרפואי ולפי זה הועדה תקבע מה יהיה סכום הפיצוי. העלות של הועדה לבסוף הייתה יותר יקרה מסכום הפיצוי. מאז פריגו מנסים פעם אחרי פעם לבטל את המנגנון. זו הסכנה של הוכחת נזק אינדיבידואלי.

סילוורה נ' בנק לאומי – עלויות הבירור היו מטורפות ולא דומות לגביה ביתר שהייתה. הגביה ביתר על הנייר של חייבים לבנק היא לא באמת גביה ביתר בפועל. רוב האנשים שחייבים עשרות אלפי שקלים לבנק לא מחזירים את הכסף אם בכלל.

בעיות בהוכחת נזק אינדיבידואלי - איתור תובעים

בהראל פיה נ' לנדמרק- התביעה הייתה מאוד פשוטה. חברת לנדמרק היא חברת נדלן והם פרסמו על זה שיש להם שטח ממש טוב להשקעה בארה"ב (דלוואר) ויש שם מגרש גולף ליד. השטח כל כך טוב שהם הגיעו להסכם עם יזם להשקעה משותפת של 50 מיליון דולר כל אחד לפי שווי של 200 מיליון דולר לפני השקעה. הם לא סיפרו שהיזם שאמר שישקיע אמר שאולי ושזה תלוי בהערכת שווי וזה אולי 20 ולא 50. מסתבר שהייתה שם הטעיה בשווי של אגרות החוב. אנחנו יודעים כמה אגרות חוב נסחרו וכמה נמכרו. כל הדברים האלו ידועים אז אנחנו יודעים כמה נזק בדיוק נגרם לקבוצה. הבעיה היא שאנחנו לא יודעים מי קנה וסחר באגרות החוב. מי שעושה זאת צריך להיות רשום אבל לא אצל החברה אלא אצל סוכני בורסה.

בעיות בהוכחת נזק אינדיבידואלי – חישוב הנזק בדיעבד, כאשר קיים אינטרס

יכול להיות קשה במיוחד במקרים של נזק לא ממוני. איך היינו מחשבים את הנזק היינו אומרים "זה עצבן אותך?" כי אנחנו רוצים לתת לך פיצוי אם זה עצבו אותך. זו בעיה בהליך פרטני כי אנשים עם אינטרס תהיה להם נטייה לשקר אבל הם נתונים לחקירה מול שופט. אתה נתון לחקירה נגדית. לעומת זאת בתביעה ייצוגית אולי נעשה הליך של הצהרה אבל הבעיה היא שלשקר זה זול. אפשר להתמודד עם זה אם אנחנו הולכיכם לאנשים שדומים לחברי הקבוצה ושואלים אותם שאלות שקשורות לנזק. ראבי נ' תנובה – עשו סקר צרכנים ואמרו כמה היו נגעלים מהידיעה שהם שתו סיליקון. כשעושים סקר שכזה והשאלה הזו אחת מהרבה שאלות בסקר ואנשים ככל הנראה לא ישקרו בשאלה הזו. ביהמ"ש אומר שנפסוק לפי פיצוי ממוצע. בממוצע הנזק הוא X לקרטון חלב.

בעיות בהוכחת נזק אינדיבידואלי – עלות חישוב הנזק

סילוורה נ' בנק לאומי – הגיעו להסדר פשרה שבו אמרו: חישוב הנזק כל כך יקר לברר אז פשוט ניתן אחוז מתוך החוב. אנחנו נברר ל 8% מכל החוב מבלי שנעשה בירור פרטני. גרוסקופ במחוזי אומר שהוא רוצה לוודא שזה לא פוגע בקבוצה ושזה הוגן. הוא מעביר את זה לבודק ועשו מדגם. הם דגמו 30+ תיקים מבין החייבים ועשו הערכה וגילו כמה דברים: רוב האנשים חייבים לבנק יותר ולא פחות כך שבממוצע הנזק לקבוצה הוא שלילי, נשאל לגבי שאר האנשים שהבנק חייב להם – עדיין יש בעיה כי החוב לגביהם הוא לא באחוזים. הגביה ביתר היא בגרך כלל בסכום גבוה. מה שהשופט מחליט הוא שהוא דוחה את הסדר הפשרה כי הגביה של חלק מהסכום מפצה את אלו שבחסר. ההסדר אחר כך שהם מגיעים הוא שביהמ"ש יפסוק סכום אחיד, הנזק אומר שהסכום צריך להיות הוא 0 כי לא נגרם נזק לקבוצה למרות שהם הסכימו לשלם 200 מיליון ₪. בסוף נפסק 150 מיליון לאנשים אבל הרוב היו בחוב כך שהפיצוי לא היה גבוה.

פתרון אפשרי – פיצוי אינדיבידואלי בקירוב

פיצוי לפי ממוצע – הוא לא מאוד מתוחכם.

פיצוי לפי מנגנון ממוצע – ראינו זאת בסילוורה. מה סכום הנזק הממוצע ונפסוק אותו לכולם. זה אינדיבידואלי אבל לא לפי תחשיב אינדיבידואלי. נגיד שכל אחד יקבל את הכסף לפי איזה מנגנון חישובי שנגיד לוקח בחשבון: גיל, מין, מצב משפחתי ועוד. נכניס את המשתנים ויהיה פיצוי. בישראל עושים מנגנונים כאלה בעיקר בשוק ההון. בארה"ב עשו מנגנונים כאלה. תביעה של כבאים אחרי פיגוע התאומים כי נגרם להרבה אנשים נזק קשה וממשלת ארה"ב רצתה לפצות אותם אבל היה קשה להעריך כמה ומי. עשו תחשיב ואמרו לכל אחד זה מה שהוא יקבל על פי ממוצע.

פיצוי לקבוצה

הפתרון להוכחת נזק אינדיבידואלי הוא פיצוי לקבוצה. החוק אומר, סעיף 20 אומר שאם יש קושי בהוכחת נזק אינדיבידואלי תפסוק פיצוי כולל ותחלק אותו. עדיין יש בעיה לחלק אותו כי אם זה לפי הנזק שנגרם לכל אחד חזרנו לנקודת ההתחלה. כל הקשיים והפתרונות שהצגנו מעלה רלוונטיים.

בעניין אינטרטרייד נ' פלאפון – עלות איתור חברי הקבוצה ולחלק את הסכום יותר גבוהים מסכום הפיצוי. לכן יש בעיה עם הפתרון.

סלקום נ' פתאל – ביהמ"ש אומר שאתם יודעים מי נפגעו ומה סכום הפיצוי אז תרשמו להם את הצ'ק. העלות של כתיבת הצ'ק, שליחתם והעלות הבנקאית היא עלות יקרה יותר מהצ'ק עצמו. בהקשר של סכום פיצוי נמוך כמו 8 ₪ מה הוא עושה איתו? יעלה יותר כסף להפקיד אותו. אנחנו אומרים שנוצרת בעיה.

החזרת הפיצוי לנתבע

יש רעיון שהנתבע שם כסף בקופת חלוקה, מאתרים אנשים ומחלקים להם כסף ומה שנשאר חוזר לנתבע. כעניין פרקטי עשו את זה הרבה פעמים. בארה"ב יותר מישראל. מה ההיגיון בזה? הצענו לאנשים לבוא לתבוע ומי שלא בא אז זה כאילו לא תבעו את זה. יש פה היגיון. במידה רבה ראינו את זה עם קופונים. חייבנו אותך לקנות חלק ובפעם הבאה שתקנה תקבל 5 ₪ הנחה. בקופונים המימוש הוא נמוך ובעצם זה פיצוי לנתבע. דרך אחת להתמודד עם מימוש הוא להגיד אנחנו ניתן את הקופונים אוטומטית עד שייגמר. אפילו בהנחה של מימוש מלא ישנה בעיה והיא שהנתבע לא באמת משלם את כל הסך. פסקו נגדי 200 מיליון ₪ ואני אתן עכשיו 20 ₪ הנחה ל100,000 אנשים. אני הופך את עצמי ליותר אטרקטיבי. נחשוב על זה בהקשר של חוק התחרות הכלכלית. מונופולים אסור להם לתת מחיר לא הוגן. זה נכון למחיר נמוך מידי וגבוה מידי. מחיר נמוך מידי זה מחיר שמונופול יכול לסחרו בו לתקופה מוגבלת ומטרתו לסלק מתחרים. קופונים גורמת לנזק למתחרים כי הוא לא יכול לתבוע אותך כי זה בהחלטת ביהמ"ש. לצורך העניין טרה נפגעת מזה שתנובה תוריד מחירים טרה מאוד נפגעת ותנובה בהמשך מרוויחה כי היא יותר אטרקטיבית. היא תחזיק יותר נתח שוק כי טרה נפגעה. יש לנו בעיה פנימית עם הקופונים וזה גם מביא סעד לא הולם לקבוצה כי מי שמממש את הקופון לא בהכרח הוא נפגע.

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

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.**

**שיעור 8 – 02.06.2022**

 **המשך - חלוקת פיצוי לחברי הקבוצה – מנגנונים והגשמת מטרות ההליך**

אפשרות נוספת נוגעת למנגנוני חלוקת פיצוי שדורשים מחברי הקבוצה להזדהות. מנגנון התובענה הייצוגית בישראל הוא מנגנון "אופט אאוט" הבקשה היא לצאת מהקבוצה ואם לא בחרת אתה נשארת בקבוצה. מנגנון חלוקת הסעדים היא לתת לכולם. אפשר לחשוב על ניהול ההליך של שבו ננהל בשם כולם ונבקש בסופו להזדהות ובכך אתה מבקש להיכנס להיות חבר קבוצה. נחשוב שבתנובה אמרו שהם צריכים לשלם מיליוני שקלים ועכשיו כל מי שקנה פעם חלב ומרגיש שהוא נפגע שיבוא ויגיד ויקבל פיצוי. הבעיה במנגנוני "אופט אין" מעט מאוד באים. במיוחד אם יודעים שכולם באים הפיצוי יהיה נורא נמוך. יש מקרים בהם אנשים שמגיעים ואומרים שמגיע להם פיצוי ולא כולם זהים. אם אני רוצה לחלק את הפיצוי בין אלו שמגיעים והם לא זהים נחלק "פרו ראטה" - באופן יחסי. הבעיה היא שאף אחד לא יבוא אם אנשים יקבלו את הכסף שהם זכאים לו, אנחנו רוצים להגשים את המטרות של התובענה הייצוגית ונחלק את הכסף פרו ראטה ואת זה מזכיר סעיף 20(א)(3) - חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום... עד למלוא הפיצוי או הסעד המגיע". השאלה היא אם אין כאן כפילות או טעות? מה זה מלוא הפיצוי או הסעד שמגיע? האם הפיצוי הוא לא הסעד שמגיע? איך מסבירים את ה שהתכוון המחוקק? מתי מלוא הפיצוי יהיה יותר נמוך מן הסעד? הסעיף אומר שביהמ"ש ייתן לאנשים את הסעד לפי הנזק היחסי בהתאם לפיצוי. לדוגמא אם התובעים מבקשים 100,000 וביהמ"ש פסק פיצוי של מיליון. הוא ישלם להם את שאר הסכום לפי החלק היחסי. דרך שבה עומר מסביר היא שביהמ"ש רשאי להפחית את הפיצוי מתחת לסעד שמגיע. אם מגיע לכל אחד 1000 ₪ וסך הפיצוי שמגיע להם הוא 100 מיליון והאינטרס הוא לא למוטט את הנתבע אז ביהמ"ש מוסמך להוריד את הפיצוי. הוא יקבע את מלוא הפיצוי אך פחות מהסעד המגיע. דרך אחרת שעומר פחות אוהב היא שאפשר לחשוב על זה כעל מלוא הפיצוי שנתבע והסעד שנפסק. ואם הפיצוי שנתבע הוא מנופח אז נלך לא למלוא הפיצוי שנתבע אלא לסעד שמגיע. ביהמ"ש יכול לחשוב שמלוא הסעד הוא X ויכול להיות שלא ניתן פיצוי מלא אלא חלקי. לכן החלופה תהיה מלוא הפיצוי ו הסעד שמגיע והוא יהיה הנמוך מביניהם.

אפשרות אחרת אם קשה לי למצוא אנשים וחלק היא להעביר את הכסף לאוצר המדינה. הבעיה? זה מס משונה. להעביר את הכסף לקופת המדינה זה אומר שלחברים יש אינטרס כלכלי שמגיע להם זה אומר שהם משלמים מס שאחרים לא. אין שום הגיון מיסוי למס הזה. מס זה לקחת נכסים מאזרחים במדינה ולהעביר אותם לטובת המדינה. אם ניקח את האינטרס הכלכלי של חברי הקבוצה זה כמו נישומים שלוקחים להם מס ושזה לא יעיל לחלק להם את הכסף. זה שולל מהם את האינטרס שלהם לטובת האינטרס של המדינה. יש להם זכות שמגיעה להם ואני לא מצליח להגיע אליהם, אם היינו מוצאים אותם היינו מחלקים להם. בגלל זה הוא נשלל ב2016. התיקון של חוק תובענות ייצוגית אמר שלא נעשה את זה לטובת המדינה אלא נעשה פתרון אחר של קרן יעודית. מתי זה טוב לכאורה? תביעה של כולם נגד כולם זה טוב שאנחנו חושבים שהתביעה היא של כולם. במקום לחלק לכולם 3 ₪ ניתן את הכסף למדינה ובסוף כולם נהנים מזה. ההנאה תההי פרוגרסיבית וזה יכול להיות משהו חיובי. המדינה מאמצת את המדיניות הזו בעניין דיזלגייט נ' פולקסווגן – לא אנחנו צריכים להיכנס בנעליים של התובעים, התביעה צריכה להיות של כל המדינה. שם התביעה של מס נגד ההיגיון תהיה לקיחת מס של כולם ובסוף לחלק לכולם. מה הבעיה עם זה? זה יכול ליצור מנגנון מטופש למדינה לייצר כסף. לדוג': נגיד מזהים שיש גוף שעושה עוולה לציבור. לא קרה בפועל אבל נגיד שיחה באוצר שאומרים בואו ניתן לזה להמשיך ולא נתבע אנחנו אלא נספר לעו"ד שיגיש ייצוגית כי בסוף נקבל את הכסף. היינו מעדיפים שאגף שוק ההון יעצור את זה מוקדם ולא כדי לגדול כמנגנון לייצור כסף. תמריצים כלכליים משפיעים על המדינה. הסיבה שמטילים אחריות על המדינה היא בדיוק כי המדינה מונעת מתמריצים כלכלים. לא היינו רוצים ליצור תמריץ שלילי למדינה דרך תובענה ייצוגית. זה מתקשר במידה מסויימת לדיון שלא דנו בו לגבי מעורבות המדינה בתביעות ייצוגית וכשלים לפיקוח. הרבה מתובענות ייצוגיות נוצרות מרגולציה שלא מופעלת. זה מה שמקנה את התובענה הייצוגית. הבעיה שגוף מפר רגולציה מצביעה על כשלון של הרגולטור. מצד שני זה לא טעות של הרגולטור אולי הרגולציה הייתה פגומה. יכול להיות שגם מה שמתבטא כהפרה של הרגולציה היא בכלל הבנה לא נכונה שלה. בזליגמן עלתה הטענה הזו לגבי פרשנות של המפקח על הביטוח. המפקח התערב ונתן איזושהיא עמדה לגביה הפרשנות שלו ובפס"ד על הערעור ביהמ"ש קבע כלל של שאנחנו נותנים לו סמכות רחבה לקבוע את הפרשנות. זה הכלל בתנאים מסוימים במשפט האמריקאי הפדרלי. בארץ זו הייתה ההלכה בערעור ובדיון הנוסף מלצר בדעת רוב הופך את ההלכה שניתנה ומסביר אנחנו לא יכולים להסתמך על הפרשנות שהרגולטור נותן כי יש לו תמריץ להגיד שהפרשנות שלו נכונה. בנוסף יש פרשנות רכה וזה חשש שהם יבואו לפרש את הרגולציה שלהם עצמה ואומר שאין הזדקקות אוטומטית לעמדה של הרגולטור. מקשיבים לה אבל ביהמ"ש צריך להפעיל שיקול דעת.

קרן גמישה והסדרי הנחות

אפשרות אחת היא כפסיקה של ביהמ"ש זה לתת הנחה כמו שעשו בתנובה. יש הצעה כזו בדיני תחרות. מונופול שקבע מחיר מנופח וגבו מכל אדם 1 ₪ יותר ממה שהיה צריך. כעת אין לדעת מי הם אותם אנשים. אפשר לבקש להפחית את המחיר ב2 ₪. הבעיה היא שהמשעות של הנחה זה לעודד אנשים לקנות את המוצר. במונופול אני יוצר שוב חסם. המונופול מפסיד מזה שהוא היה יכול להרוויח יותר הוא עדיין מרוויח. הוא לא מפסיד ולכן הנזק שלו לא מסתכם במכירות. הוא מוכר יותר כי יש הנחות. יש לנו קושי לה=זהות מה הנזק האמיתי לנתבע ואנחנו פוגעים בתחרות לכל התקופה הזו של פסק הדין. למעשה יש פגיעה בהגבלים של מחיר נמוך מידי. אם אנחנו קובעים מחיר נמוך מידי אנחנו נותנים לו אישור לבצע פעולה שהיא הגבלית. תרגיל שיקגו – אתה מציע רעיון טוב, אם זה כזה טוב ואף אחד לא הציע את זה אז הרעיון לא טוב. יכול להיות שבכלל עשינו טובה למונופול ומנענו כניסה של מתחרים לשוק והעצמנו את המונופול. עכשיו בפס"ד אנחנו מכריחים אותו להוריד מחיר.

תרומות

Cy pres – דוקטרינה של ביצוע בקרוב. בתובענות ייצוגיות לקחו את זה למקום מופרט. אני לא יכול לאתר את חברי הקבוצה אנחנו נתרום את הכסף למטרה שמעניינת את חברי הקבוצה וכך זה יקיים את המטרות של תובענות ייצוגית. זה מגשים את ההרתעה ופיצוי לחברי הקבוצה כי אנחנו לא יודעים לזהות אותם וניקח את המטרה שחשובה להם ונתרום אותה למה שרלוונטי לתביעה. מגשים גם יעיל והוגן כי זה לא דורש מאיתנו משאבים של לזהות את חברי הקבוצה. היום, בסעיף 20(ג) החוק קבע שמוקמת קרן שהכסף שניתן בסעד לקירוב ומגיע אל הקרן. הקרן תחלק את זה. הבעיות שהיו לפני הקרן שהוקמה בחוק – היה שיקול לביהמ"ש לקבוע תרומות, פשרה בדרך של תרומה(החוק לא מאפשר את זה), מה הייתה הבעיה? נהיה הקשר בין חברי הקבוצה לתרומה נהיה יותר ויותר רחוק. תרומה לנזקקים בתיק של בעלי חיים. התרומה כבר לא קשורה. יש פס"ד של ביהמ"ש המחוזי בת"א של נותני משכנתא שאמרו שיתרמו והשופטת קבעה שהתרומה תעבור לצער בע"ח, כי בעלי בתים אוהבים כלבים. גם שזה מגיע לסמכות של ביהמ"ש ולא נתון להכרעת הצדדים זה יכול להיות תוצאות שגויות. נותנים לביהמ"ש לקחת סכומים נכבדים של כסף ולשים אותם במקומות אפילו לא באופן מכוון, אלא מושפע מהעדפות אישיות שלו. בעיה במנגנון הקודם שפוגע במנגנון ההרתעה היא תרומות ישנות וחדשות. בן סימון נ' הוט – סירבו לתרום מחשבים בבאר שבע. הבעיה הייתה שהם דיווחו על התרומה שנתיים לפני תום ההליך. הם סיכמו בהסכם הפשרה על תרומה בתום ההליך שבכלל הסכימו לעשות לפני ההליך. הפתרון שניתן היא קרן ייעודית בסעיף 20(ג).

הגרלה

הפתרון של שי לביא – הוא ההגרלה. הוא אומר שזה מאוד נחמד לקבל צ'ק על סך נמוך מאוד אבל זה לא נותן כלום. בארה"ב ברירת המחדל היא שאם לא הפקדת את הצ'ק הוא חוזר לנתבע ואז אין הרתעה. אפשר להגריל בצ'ק. שולחים צ'ק אחד לאנשים מזוהים כבר. זה מרתיע באופן מלא כי הפיצוי הוא פיצוי מלא שימומש ע"י אדם אחד שיזכה במיליונים. זה יגרום לאנשים להיות שותפים בהליך כי בסופו יש סעד שיחולק. לגבי סעד הולם הוא בתוחלת. אם כל אחד זכאי לפחות מדולר והסכום הכולל הוא מיליון דולר. התוחלת היא של פחות מדולר. זה אילו נתתי לכל אחד מחברי הקבוצה כרטיס הגרלה למיליון דולר ומה הסיכוי של זה בדיוק הסעד.

אכיפה בקירוב – ולא בתרומות

הפתרון של פורת ובן שחר. אמרו בואו נדבר על תביעות שהנזק שלהם הוא לא ממוני שמשקף איזה אינטרס מסוים. אני לא יודע למי נגרם נזק ולמי לא מחברי הקבוצה. נגיד שניתן סעד בעין או כסף לבחירה של חבר הקבוצה. הסעד בעין יהיה גובה והכסף יהיה בסכום נמוך יותר. במה זה משרת אותנו? אלו שחברי הקבוצה לא אכפת להם ייקחו את הכסף. אלה שבאמת אכפת להם ירצו שישלם את הסעד המלא גם אם זה לא מגיע אליהם כי הסעד משקף את הנזק שנגרם. הרעיון עם דיזלגייט נ' פולקסווגן -מכוניות פלטו יותר גזי חממה ממה שהם אמרו. חלק מהאנשים ממש אכפת להם. לחלק לא חשוב והם ייקחו את ה100 דולר. אלו שאכפת להם ירצו שפולקסווגן ישלמו 1000 דולר לתשלום על הפחתת פליטת גזי חממה בעולם ואני לא אקבל כלום כי זה באמת חשוב להם. מבחינת הרתעה זה יוצר הרתעת יתר כי יש אנשים שלא אכפת להם שיקבלו פיצוי. אבל זה יוצר לנו סעד הולם כי זה מבחין בין חברי הקבוצה שמגיע להם פיצוי. זה יעיל כי אנחנו מאפשרים לנתבע ליצור את ההבדלה בין שהוא יודע שהוא הולך לשלם עכשיו פחות ולשלם סעד בעין.

 **הודעה, יציאה מהקבוצה ומעשה בית דין**

פרסום הודעה

החוק קובע שצריך לפרסם הודעות לגבי כל מיני נושאים.

סעיף 25. (א) על כל אלה תפורסם הודעה לחברי הקבוצה, בהתאם להוראות סעיף זה:

(1) החלטת בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית, לפי הוראות סעיף 8; בפרסום לפי פסקה זו יפורטו הפרטים המנויים בסעיף 14(א);

(2) החלטת בית המשפט לאשר את הסתלקותם של כל התובעים המייצגים או של כל באי הכוח המייצגים מתובענה ייצוגית או קביעת בית המשפט בדבר נבצרותם של התובעים ובאי הכוח כאמור להמשיך בתפקידם, כאמור בסעיף 16(ד)(2), מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג כאמור בסעיף 16(ד)(4) או החלטה על מחיקת תובענה ייצוגית כאמור בסעיף 16(ד)(5);

(3) הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה, כאמור בסעיף 18(ג);

(4) החלטת בית המשפט לאשר הסדר פשרה לפי הוראות סעיף 19; בפרסום לפי פסקה זו יפורטו הפרטים המנויים בסעיף 19(ג)(1) ו-(2);

(5) פסק דינו של בית המשפט בתובענה ייצוגית, לרבות הוראות והחלטות שנתן לפי סעיפים 20, 22 ו-23.

סעיף 25(ב) בית המשפט רשאי להורות על פרסום הודעות, נוסף על ההודעות המפורטות בסעיף קטן (א), אם מצא כי הדבר דרוש לשם הבטחת ניהול ההליך וייצוג הקבוצה באופן הוגן ויעיל.

איך מפרסים הודעה - 2 עיתונים יומיים בעמוד מסוים. היום יש נטייה של בתי משפט לדרוש שאפשר גם הודעה בדורור ישיר.

אופן פרסום ההודעה

25(ד) נוסח ההודעות כאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), צורתן ואופן הצגתן יובאו לאישור בית המשפט בטרם פרסומן; הודעה שענינה החלטה או הוראה של בית משפט או הסדר פשרה, תכלול את עיקרי ההחלטה, ההוראה או הסדר הפשרה, לפי הענין, וכן הפניה לפנקס ולמקומות אחרים שבהם ניתן לעיין בנוסחם המלא, לרבות נספחיהם.

25(ה) פרסום הודעה לפי סעיף זה ייעשה בדרך ובמועד שיקבע בית המשפט, ורשאי הוא לקבוע דרכי פרסום שונות לסוגים של חברי קבוצה, והכל בהתחשב, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1) ההוצאות הכרוכות באופן הפרסום ומידת יעילותו;

(2) היקף הפיצוי הכספי או הסעד האחר שעשוי לקבל כל אחד מחברי הקבוצה אם התובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה וגובה הנזק שעלול להיגרם לכל אחד מחברי הקבוצה אם תידחה התובענה הייצוגית;

(3) המספר המשוער של חברי הקבוצה, והיכולת לזהותם ולאתרם במאמץ ובעלות סבירים;

(4) היכולת למסור הודעה אישית לחברי הקבוצה באופן ובעלות סבירים, לרבות במסגרת קשר רציף הקיים בין בעל דין לבין חברי הקבוצה, כולם או חלקם;

(5) מאפייניהם המיוחדים של חברי הקבוצה, לרבות שפה.

יציאה מהקבוצה

מה התכלית של ההודעה? התכלית של ההודעה מתקשרת למהות של התובענה הייצוגית. התובענה היא מנגנון של ייצוג ללא פיקוח. הקבוצה לא יודעת שמייצגים אותם. בשלב הבקשה לאישור יש חברי קבוצה ובשלב הזה המנגנון הוא "אופט אאוט". בתביעות "אופט אין" חייב להיות ידוע. אם אנשים לא ידעו שיש תביעה הם לא יוכלו להצטרף. שהתביעה היא "אופט אין" אנחנו לא דואגים שיהיה יידוע כי יש עו"ד שירצה שאנשים יצטרפו. אם התביעה היא "אופט אאוט" לעו"ד אין סיבה ליידע כי הוא לא רוצה שאנשים יצאו מהתביעה ולכן יעדיך שלא יידעו. אנחנו פוגעים ברעיון של ההליך כי אנחנו לא נותנים לאנשים את האופציה לא להיות חברי קבוצה. לכן יש חשיבות להודעה. החשיבות שלה עולה כשיש ספק בנוגע לרצון של חברי הקבוצה להיות חברי קבוצה. גם במקומות בהן נדרש ההודעה משקפים את זה. מתי נדרשת הודעה? בשלב הבקשה לאישור לא חייב להודיע לחברי הקבוצה. למה אין נזק? כי הם לא כפופים. הוגשה בקשה לתובענה ייצוגית וחבר קבוצה יכול לעשות תביעה פרטית. לעומת זאת כאשר מאשרים את התביעה כייצוגית הוא עבר מיוצג. הוא כבול להליך ולכן בשלב האישור לתובענה ייצוגית אנחנו רוצים ליידע את חברי הקבוצה כדי לתת להם אפשרות ליידע את ביהמ"ש שהם רוצים לצאת. אותו דבר בשלב הפשרה. שלב הפשרה מכפיף את כל חברי הקבוצה להסדר שייתן להם משהו ולפעמים כלום. אני שולל להם זכות תביעה, יוצר כלפיה מעשה בית דין והם לא מקבלים שום סעד אישי. בשלב הזה ברור שחבר קבוצה שמתעניין בהליך היה מעדיף לנהל הליך עצמאי ובנפרד. במיוחד בשלב הזה כי הוכחה הזכות שנפגעה. לכן אם אני יודע שיש חבר קבוצה בזמן הפשרה שהיה רוצה לנהל הליך פרטי חייב לתת לו לצאת מהקבוצה. מהטעם הזה נקבע כי יציאה מן ההסדר לא יוצרת מעשה בית דין. יש בהקשר הזה 2 שלבים:

1. הסדר אחד הוא לפני אישור הסדר פשרה. ביהמ"ש מורה על הודעה לפי אישור הסדר פשרה ואז נותנים לאנשים להתנגד לפשרה או לצאת מהקבוצה והרעיון הוא לאפשר לנהל את ההליך ולא להכפיף את הסדר הפשרה.
2. במסגרת יישום הפשרה - החוק מעודד לקבוע בתוך הסדר הפשרה גם הסדר יציאה לאחר הסדר הפשרה. גם אם אושרה הפשרה יהיה אפשרות לחברי הקבוצה לאצת ולא תיחשב מעשה בית דין.

מה הבעיה עם יציאה מהקבוצה?

היא יכולה לייצר חוסר קוהרנטיות בהליכים. מי יוצא מהקבוצה? אלה שהנזק שלהם הכי גבוה. אם ייתנו פיצוי ממוצע לכולם אני אדפק. לי במיוחד אם יש לי תביעה טובה אני רוצה לצאת. אלו הם אלו שיוצאים ומקבלים פיצוי גבוה. מה הבעיה? הממוצע השתנה. אבל אין דרך לאסוף את האינפורמציה לגבי השינוי בממוצע. בתי המשפט פוסקים את הממוצע של אלו שיצאו ואת הפיצוי האישי לאלו שביקשו לא להיות בקבוצה. בארץ אין חשש ממש. החשש הזה כעניין תיאורטי עלה בעניין מפרץ חיפה – הייתה בעיה יותר קשה. הפיצוי שמבוקש הוא על הנזק לסרטן. נזק מאוד אינדיבידואלי ותלוי בשני גורמים. 1. הנזק (תוחלת החיים של האדם, הגיל וכו') 2. הסיכוי שאתה חולה בסרטן מהזיהום (אלו שעישנו כל החיים זה סיכוי אחר) – הפיצוי צריך לשקף את שני הגורמים הללו. הרעיון הוא למנוע adverse selection יציאה של אנשים עם תביעות טובות מהתביעה הייצוגית. מה הפתרון? דיוויד רוזנברג אמר במיוחד בהקשר של תביעות ייצוגיות והציע במקום מנגנון "אופט אין" ו"אופט אאוט" מנגנון של "נון אופט". חיוב בתביעה ייצוגית. מקרים כאלה שהנזק הוא מאוד גדול ורחב וקשה לאתר את הנזק האינדיבידואלי והממוצע אפשר. הפתרון הוא לחייב את כל חברי הקבוצה להיות חברי קבוצה ולמנוע מהם להגיש תביעה פרטנית.

מעשה בית דין כלפי המבקש

אמרנו שאם מוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית והיא נדחית, אין מעשה בית דין לחברי קבוצה כי אף פעם לא היה ייצוג. לעומת זאת חבר הקבוצה היה והביא את התביעה. אם התובע הוא חבר קבוצה ולא ארגון, אז כלפיו יש מעשה בית דין כי הוא כן היה מיוצג. מעניין לחשוב שאותה טענה תחול לגבי מי שביקש להצטרף להליך. בעניין שטרן נ' וריפון – תובענה ייצוגית נגד וריפון שפעם רכשה חברה ישראלית אבל במקום לשלם כסף מזומן היא שילמה במניות. בעלי מניות של חברה ישראלית קיבלו מניות בחברת וריפון. חייב לאפשר במקרה כזה לבעלי המניות לסחור במניות. מחייבים את וריפון בבורסה בתל אביב ומקבלת עליה את דיני ניירות ערך הישראלים. הוכיחו המעניין היא שוריפון מטעה בדוחות הכספיים שלה. יש פס"ד בעניין בראון בארה"ב שקובע שדיני ניירות ערך אמריקאים נגד אמריקאים. מה עושים ישראלים תובעים בישראל. מתנהלות שתי תביעות ייצוגיות במקביל אחת בישראל ואחת בארה"ב. ברקע של זה דיני ניירות ערך בארה"ב לא זהים בישראל. בישראל יש אחריות קפידה מבלי להוכיח יסוד נפשי ובארה"ב צריך להוכיח כוונה להטעות. בגלל זה הפשרות בארה"ב תביעות ייצוגית נגד תביעה בניירות ערך הן נמוכות יותר כי קשה להוכיח כוונה להטעות. בעניין וריפון בארה"ב היה הסדר פשרה שמה שביקש לקבוע להחיל את הפשרה גם על משקיעים בישראל. שטרן נסע לארה"ב עם עו"ד שלו לקליפורניה והגישו התנגדות להסדר הפשרה. תוציאו את הישראלים מהסדר הפשרה. ביהמ"ש דוחה את הטענות שלהם והם מגיעים לארץ ומגישים טענה שאין לאכוף את פס"ד בישראל. גרוניס בפס"ד האחרון שלו מתייחס לאלמנטים שונים של מעשה בית דין. ביחד לשטרן כלפייך יש מעשה בית דין. אתה קיבלת הכרעה בענייך וקבעו נגדך החלטה. גם אם היינו דוחים את הבקשה לאישור כלפי מישהו שביקש להצטרך כלפיו יש מעשה בית דין כמו התובע המייצג. בשטרן נ' וריפון מסבירים על חשיבות ההודעה כדי לייצר מעשה בית דין. אם לא הייתה לך הזדמנות להתנגד לפשרה, לצאת ממנו או להשתמש בה לא נעשה נגד מעשה בית דין. בהתחלה ההודעה הייתה באנגלית ואז תרגמו אותה לעברית לא ברורה ולכן ההסדר שוריפון הגיעה הוא לתת עוד הזדמנות להשתתף בפשרה ולצאת מהקבוצה . אפשר לשאול האם צריך להיות הבדל בין השתתפות בהליך לבין הסכם פשרה. לכאורה החשש שלנו גדול יותר הוא הסכם פשרה. אנחנו חושבים על ניגוד עניינים מובנה בין התובע הייצוגי לבין הקבוצה. לכן היינו חושבים שהאינטרס יותר משמעותי.

מה ההשלכה של מעשה בית דין נגד צדדים שלישיים

בעניין בר – נדונה סוגיה. החלטה של ביהמ"ש מחוזי שם היה תיק של תובענה ייצוגית על פרשנות של סעיף בחוק חוזי ביטוח על עניין זמן למועד תשלום ריבית. הגיעו לפשרה של תשלום כסף ולאמץ לעתיד את עמדת הביטוח. אחרי זה הוגשה עוד תביעה ייצוגית עבור אנשים שלא היו בתביעה הקודמת. חברות הביטוח אמרו שלא יכול להיות כי הם הסיכמו בסעד לעתיד כי זו תהיה הפרשנות של הטעיה כזו שתהיה לרעת המבוטחים. השופט אמר להם לא. אתם לא יכולים ליצור הסדר פשרה שיצור מעשה בית דין לקבוצה עתידית. יש שאלה מסדר משני. נניח שנפסק סעד לעתיד, והם פעלו בהתאם לסעד העתידי שנפסק. את זה הוא לא מכריע. יכולה לעמוד להם טענה לא של מעשה בית דין שזה לא יעיל והוגן שפסקו נגדם סעד לעתיד, הם פעלו בהתאם לסעד שנפגע וזה לא יעיל והוגן לתבוע אותם שפעלו בהתאם לפסק הדין. הוא לא הכריע והשאיר אותה פתוחה שתעמוד להם הגנה מסעיף 6 לפקודת הנזיקין. האם שביהמ"ש פוסק סעד לעתיד זו הרשאה חוקית.

**שיעור 9 – 09.06.2022**

**פשרה והסתלקות**

מאמר של שטיין- כל פעם שפוגעים לי בזכות אני יכול להחליט האם אני עומד על מימוש הזכות או מוותר ולכן החלטתי האם לעמוד על זכויותיי היא זכות מסדר משני שנוגעת לאוטונומיית הפרט ביחס לזכויותיו.

הבעיה בתובענה הייצוגית היא שאנחנו שוללים מאנשים את הבחירה מה לעשות עם הזכויות שלהם.

זו סיטואציה שהיא ייחודית כי במקרה הרגיל הפשרה היא לא רק ויתור על זכות אלא גם מימוש זכות האוטונומיה הנלווית לזכות. אז בתביעה ייצוגית, את האלמנט הזה אנחנו שוללים בערך של פשרה ואותו דבר בהסתלקות שהיא ויתור על זכות התביעה ולכן עולה השאלה האם אנחנו באמת יכולים לאפשר לתובע ייצוגי לוותר על זכות התביעה בשם אנשים אחרים.

**ההסדר בחוק**

**ס' 16 לחוק מגדיר את תנאי ההסתלקות. ס' 18-19 עוסקים בשפרה ובאישורה בביהמ"ש.**

**הסתלקות-** יכולה להיות מתוגמלת או לא מתוגמלת. הסתלקות מתוגמלת היא מצב שבו ההליך נגמר, התובע מסתלק מהתביעה שלו אבל הנתבע משלם לו- לתובע ולעוה"ד. המשמעות האופרטיבית של ההבחנה- **מעשה בית דין.**

הסתלקות מתוגמלת- התובע בורח מההליך ולא מקבל כלום.

הסתלקות יכולה גם להעניק סעד לקבוצה- הצדדים אומרים לביהמ"ש שהם רוצים להסתלק מההליך, שהנתבע הסכים בתמורה לתת משהו לחברי הקבוצה ועולה השאלה- אם הסתלקות מהקבוצה יכולה להיות מתוגמלת, מה ההבדל בין הסתלקות לפשרה? הרי בפשרה יכול להיות סעד לקבוצה וגם שכר טרחה וגמול וכך גם בהסתלקות.

**מה ההבדל בין הסתלקות לבין פשרה? העניין של מעשה בית דין.**

אם הייתה פשרה, יום לאחר מכן אין כלום- חברי הקבוצה שמרגישים שהפשרה לא טובה להם, לא יכולים לעשות עוד כלום כי זה יוצר מעשה בית דין.

**בהסתלקות-** אין מעשה בית דין. חברי הקבוצה יכולים להגיש את התביעה שוב. יש כאלה שמגישים שוב ושוב תביעות כאלה כדי שתהייה הסתלקות ואז יוכלו לקבל עוד ועוד סעדים לחברי הקבוצה.

בהליך רגיל- אנחנו חושבים על שני צדדים רציונליים שמנהלים את ההליך ואומרים שניהולו כרוך בסיכון ובהוצאות. אפשר לחסוך את ההוצאות ולמזער סיכון ע"י פשרה. לדוגמה, אם לכל צד עולה 10 לנהל את ההליך, התביעה היא על סכום של 100 והצדדים חושבים שהסיכוי שלהם לנצח הוא 50%, מה יהיה טווח הפשרה? הסכום המקסימלי שהנתבע יהיה מוכן לשלם הוא 60 והנתבע יהיה מוכן לקבל מינימום 40. הטווח הוא 40-60 וזה למעשה טווח הפשרה. בעצם, היינו מצפים שבכל הליך שבו הצדדים הם רציונליים, הם יגיעו לפשרה כי תמיד יש טווח וחיסכון עלויות של ניהול ההליך. הסיבה שצדדים לא מגיעים לפשרה בהליך היא כי יש להם הערכה לא נכונה של ההליך. למעלה מ90% מההליכים יש פשרות. הפשרה יכולה להיות בשלבים שונים של ההליך.

**מה הבעיה בתובענות ייצוגיות?** במאמר חשוב של חי ורוזנברג, הם אומרים שאם למשל טווח הפשרה הוא בין 40-60, יבוא התובע לנתבע ויגיד שהוא מסכים לעשות פשרה ב-30, כלומר מתחת לטווח (תמריץ לתובע להתפשר על סכום נמוך מדי). דבר נוסף שמהווה בעיה שהם אומרים- תמריץ לנתבע להתפשר על סכום גבוה משווי התיק.

אם אמרנו שבהליך רגיל יש פער בין התובע לנתבע, אז הטענה שלהם היא שבתובענה ייצוגית יש בעיה של מעל ומתחת לטווח הפשרה הזה, כאמור. ביחס לתמריץ להתפשר על סכום נמוך מדי, רוזנברג וחי אומרים שאם אני מתפשר בשם הקבוצה שאני מייצג, אני יכול לחסוך מעצמי את עלות ניהול ההליך תמורת פשרה נמוכה יותר לחברי הקבוצה- הסיכוי שלי להגיע לפשרה הוא יותר גבוה כי אני מקריב בשם חברי הקבוצה ואני מוכן לזה כי עוה"ד המנהל את ההליך מקבל חלק קטן מתועלת ניהול ההליך אבל הוא נושא לבד בעלויות. **לדוגמה:** 10,000 חברי קבוצה, נזק לכל אחד- 1,000 ₪. סיכוי זכייה- 50%, תוחלת התיק- 5,000,000 ₪. שכר טרחה- 15%, גמול- 5%. תוחלת התיק בניכוי שכ"ט וגמול- 4,000,000 פחות 20%. שווי הזכות לכל חבר קבוצה- 400 ₪. שווי הזכות עבור בא כוח הקבוצה- 750 ₪ בניכוי הוצאות. אם נניח שניהול ההליך המלא עולה לעוה"ד 500 אש"ח (1,000 שעות, 500 ₪ לשעה), מה סכום הפשרה המינימאלי שעוה"ד יסכים לה, כדי לחסוך בהוצאות ניהול ההליך? אפילו אם שכר טרחה בפשרה רק 10% (ולא 15% כמו בפס"ד), כל 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. כל תובע מקבל 225 ₪ עבור זכות ששווה 400 ₪.

**חשוב לזכור** שפשרה מעודדת גם תביעות סרק ותביעות שאין להן באמת ערך. הרעיון הוא שלפעמים יוגשו תביעות שאין להן ערך אמיתי, כל תכליתן זה להגיע לפשרה. הנתבע מעדיף לשלם קצת כדי לסלק תביעה כזו מאשר לשלם הרבה כדי לנהל את ההליך, לכן במובן הזה, **מנקודת המבט של מערכת המשפט-** הפשרה גם חוסכת אבל גם דורשת משאבים. **מה טוב בפשרה מבחינת מערכת המשפט?** חיסכון בזמן שיפוטי שהוא משאב מאוד יקר. לכן יש היגיון רב בלקצר את הזמן. **למה זה מצד שני מייקר עלויות משפט?** כי יגישו עוד תביעות. אז בטוטאל, האם זה מוסיף עלויות או מפחית עלויות? תלוי כמה תיקי סרק הוגשו רק כדי להגיע לפשרה.

**מה האפשרויות להתמודד עם זה?**

**הטלת אגרה-** כך נוודא שלא יוגשו תביעות סרק אבל הבעיה היא שזה יגרום גם להפחתת תיקים שהם לא תיקי סרק. בנוסף, היא יכולה להגיע לסכומים מאוד גבוהים, למשל-בהטלת אגרה לפי סכום התביעה, אם זו תביעה על סכום מאוד גבוה, אז האגרה תהייה בהתאמה גבוהה מאוד ויתקשו לשלם אותה.

**הפתרון של קלמנט:**

* יישום דווקני של הפרוצדורה בחוק (ס' החוק הרלוונטיים לפשרה).
* יצירת תמריצים ראויים- התמריץ של השופט הוא לסגור תיקים כאלה.
* אפשרות לתקיפה עקיפה של הפשרה בייצוגית מאוחרת, לצד הגנה פרוצדורלית (BJR).

**בעיית הנציג**

דיברנו בהרחבה על בעיית הנציג כבעיה המרכזית של ההליך הייצוגי. חוק תובענות ייצוגיות כמנגנון ממשל תאגידי. הבסיס לבעיית הנציג- בעלי האינטרס לא נוכחים בהליך. התובע ועוה"ד נושאים בכל העלות ורק בחלק מהפירות. הבחנה בין חוסר אתיות והשפעה על מערך השיקולים. צריך להבחין בהקשר הזה בין התנהגות שהיא ממש לא אתית לבין התנהגות אופורטוניסטית אבל שאינה הפרת כללי האתיקה. למשל- עוה"ד מחליט לצאת מוקדם מהמשרד- זה לא הפרת כללי האתיקה. זה סוג אחד של בעיה- הרעיון שעוה"ד ירצה לחסוך זמן ויתפשר מהר מדי. בעיה נוספת של בעיית נציג שמתעוררת כאן- מכירה אקטיבית של החברה. קלמנט אומר במחקר אמפירי שלו ששכר הטרחה באחוזים גבוה יותר מהפשרה בפס"ד שזה בדיוק הפוך ממה שהיינו רוצים. על זה, יש להוסיף קושי נוסף בחישוב שכ"ט שניתן לנצל אותו בפשרה, למשל- תרומות. העניין הוא- מה סכום הפשרה? אנחנו מבינים שלא כל הפשרה ניתנת בתשלום מזומן, יש גם סעדים בעין.

**תביעות סרק**

תביעת סרק קשה להגדרה. יש תביעות מופרכות, חסרות בסיס עובדתי ומשפט ראוי. תביעות שלא מקיימות את התנאי בס' 8(א) לחוק ("אפשרות סבירה").

**מדוע פשרה יוצרת חשש לתביעות סרק?**

* חשש מטעות בהכרעה שיפוטית.
* עלויות ניהול ההליך, גם אם אין חשש להכרעה שגויה.
* עלויות מוניטין (אין הגנה בחוק איסור לשון הרע- הוחל על פרסומים בתקשורת על בסיס כתבי טענות).
* חובת הפרשה בדו"חות או חובת נימוק.

לכל זה קוראים- "ערך המטרד", מגישים את התביעה כדי ליצור מטרד לנתבע ולגרום לו להתפשר על סכום נמוך. עלות הגשת תביעת מטרד אינה גבוהה ועשויה להצדיק פשרה נמוכה בהתמודדות עם ערך מטרד. ההיתכנות הכלכלית מצד בא כוח הקבוצה והתובע הייצוגי תלויה ביכולת להתפשר במהירות. ככל שההליך נמשך, העלות השקוע והיכולת להתפשר יורדת. יש עו"ד שהכניסו למעלה ממיליון ₪ רק מתביעות סרק שהסתלקו מהן.

**האם לעוה"ד של הנתבע כדאי להגיד לו שלא ישלם?** עדיף להתפשר מהר כי זו קניית שקט בזול. מנגנון יעיל יכול להיות מנגנון לפיו לא מתפשרים כפתרון. פתרון נוסף- מנגנון לפיו אי אפשר להסתלק בהסתלקויות מתוגמלות וכך לא תהיינה תביעות סרק.

למה תביעות סרק רעות? כי מצננות פעילויות חשובות של חברות וכו' ודבר שני- מתמרץ לפעילות שלילית ופעילות הגנתית מצד הנתבעים ויוצר נזק. הפתרון- הפיכת האיום לאמין ע"י מנגנון שמונע פשרות (פסטה נונה).

קשיי הערכה

* אישור הסדר פשרה "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" (ס' 19).
* השיקולים- התחשבות בפער בין הסעד בהסדר הפשרה ובין התוחלת של הסעד בהמשך ניהול ההליך, סיכונים וסיכויים בהמשך ניהול ההליך, ההשפעה של מעשה בית דין.

**קיימות 2 בעיות שמקשות על ההערכה:** קשיים להעריך את סיכויי התביעה ואת הנזק שנגרם לקבוצה וגם קשיים להעריך את שווי הפשרה- הסעד לקבוצה והעלות לנתבע. אנחנו לא יודעים מעצם הנטייה להתפשר האם מדובר בתביעות ראויות או בתביעות סרק.

**איזה פשרות יש?**

פשרה לפני אישור הבקשה לנהל תובענה, פשרה אחרי שהבקשה אושרה. לגבי פשרה לפני אישור התובענה- אישור הפשרה יכלול אישור התובענה הייצוגית כולל בחינה של עמידה בס' (לפי ס' 8).

היינו רוצים שביהמ"ש ישמש כאינקוויזטור (כי הרי שני הצדדים יטענו שצריך לאשר את הפשרה), ולכן הוא יצטרך להביא גורם מומחה שאינו מטעם אחד מהצדדים שיבדוק את הפשרה. כשהפשרה יוצרת מעשה בית דין, ברירת המחדל היא להביא בודק של הפשרה לפי ס' 19 שצריך להכריע האם זו פשרה טובה וראויה לכל חברי הקבוצה.

מעשה בית דין: פשרה/הסתלקות.

**פתרונות פרוצדורליים לבעיית הפשרה**

לביהמ"ש מספר כלים כדי להתמודד עם בעיית הנציג, להפחית את הלחץ על פשרות בתביעות סרק ולאפשר לביהמ"ש להעריך את התביעה. הכלים שונים לפשרה ולהסתלקות ולשלבים שונים של ההליך. אישור הסדר פשרה לפני אישור התובענה מציב תנאים נוספים שעיקרם בחינת התנאים לאישור בקשת האישור.

**תמריצים ראויים לפשרה והסתלקות**

לאשר כל הסתלקות וכל פשרה ולוודא שמגבילים תגמול בהסתלקות **(פס"ד פסטה נונה בע"מ)** ומצד שני נרצה שהתגמול יתגמל את כל חברי הקבוצה.

**שיעור 10 – 23.06.2022**

**תחרות בין מבקשים**

**תמריצים ועלויות**

הסוגיה היא שייחודית לתובענה ייצוגית – מה קורה שמייצרים יותר מידי התלהבות? רצינו שאנשים יגישו תביעות ייצוגית ואם לא ניתן להם תמריצים אך אחד לא יגיש. הפתרון היה גמול לתובע המייצג ושכ"ט לעו"ד המייצג. זה נועד לגרום לחברי קבוצה להיות עם מוטיבציה להגשה. הבעיה היא שיש כאן קבוצה וכל אחד מהם עם מוטיבציה להיות תובע ייצוגי. הפוטנציאל של הגשת מספר תביעות ייצוגיות קיים גם שתביעה מתנהלת. בהקשר הזה אמרנו אם יהיה ריבוי הליכים? יהיו הרבה בעיות. אם יהיו שני תהליכים ארוכים חופיים ייוצר חשש של תביעות סותרות. יש לנו כאן זמן שיפוטים ומשאבים של הקבוצה שמתבזבזים לריק. הנתבע מוטרד מאוד שהוא מגלה שיש לו עוד תביעה להתמודד מולה. יש הבדל בין 3 הגורמים.

ביחס לבתי המשפט – השאלה של בזבוז זמן משפטי יכולה להיות רלוונטי אפילו אם הקבוצות אינה אותו דבר. לדוג': נגד עיריית תל אביב מוגשת תביעה על דו"חות חנייה ויש גם אחת כזו מול גבעתיים. הסוגיות זהות והכל זהה. חוק תובענות ייצוגיות מכיר בזמן ולחסוך בכך שלא יהיו החלטות סותרות. היינו רוצים לרכז את ההליכים יחד. החוק מאפשר לבית המשפט לקחת בחשבון את שני המקרים – לאחד בין ההלכים גם אם מדובר בקבוצות זהות וגם אם הן אינן זהות.

הבעיות שאנו מדברים עליהן הם בעיות של אינפורמציה והליכים. שאלת האינפורמציה היא האם נגיש הליכים באותה סוגיה או הליך פעמיים? או איך נמנע את הגשת ההליכים? כדי למנוע את זה אנחנו זקוקים שעו"ד ידעו שיש הליך שמוגש וגם ביהמ"ש צריך לדעת. אנחנו צריכים להעביר אינפורמציה בין הגורמים, לגבי ההכנה של ההליך (אם אנחנו רוצים לחסוך את העלויות הללו אנו רוצים שעו"ד ידעו), אם רוצים לדעת שהוגשה בקשה, אישור – כל המידע הזה היינו רוצים שיעבור ויש לנו חשש שלא יעברו. ביחס לתמריצים היינו רוצים תמריצים שתוגש תביעה אחת באותו נושא ולא כמה (גם תמריץ להגיש תביעה וגם תבעה אחת). היינו רוצים שהתביעה תוגש מהר והיינו רוצים שהיא תהיה מבוססת. ככל שאנחנו מעכבים את התביעה חברי הקבוצה מאבדים את הזכות שלהם (התיישנות) תמריץ שני הוא לחכות שהנזק יגדל.

לגבי איטיות – עוד סוגייה למה אנשים בתביעה ייצוגית עלולים לחכות בכוונה. אני מבחינתי מרוויח אם הנזק לקבוצה גדל. האם תגיש תביעה שהנזק הוא נמוך, אני אתן לתביעה לחכות והנזק יגדל פי 2 ואז נגיש. חברתית זה רע כי אנחנו לא רוצים לחכות. יש לנו פער בין המהירות לבין איכות ההגשה.

לגבי סוגיית האינפורמציה יש לנו מנגנון מדיני הקניין. יש את העקרון של היישום והזכויות במקרקעין שדרושות רישום. הרעיון של הרישום הוא למנוע את התופעה של עסקאות נוגדות. נגיד הגשת התובענה היא העסקה. הדרך שלנו לעשות זאת היא ע"י רישום. מה קורה שמישהו מתעכב ברישום נגיד שהוא גרם לתאונה הנדרשת. בתובענה ייצוגית יש את פנקס התובענות הייצוגיות סעיף 6(א) חובה להודיע לביהמ"ש על הגשת בקשה לאישור. עבורנו החשיבות היא הרישום בפנקס. יש חובה למי שהגיש בקשה לפי סעיף 5(א)(2) לבדוק בפנקס התובענות הייצוגיות ולדווח לביהמ"ש על הבקשה לאישור תובענה שעלולה להיות באותו נושא. אני רוצה שביהמ"ש ידע כדי שנמנע הכרעות סותרות.

החשש של עסקאות נוגדות עולות שיש לנו פעולות חד צדדיות. בתובענות ייצוגיות אין כאן שני צדדים. יש רק צד אחד שמעוניין להגיש תביעה. החשיבות של הפנקס גדולה מאוד.

ריכוז הליכים – סעיף 7(א)(1) 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. צריך לעדכן את ביהמ"ש השונה שהוגשה בקשה לאישור תובענה.

ס' 7(א)(2) - כאשר הקבוצה זהה או דומה לקבוצה הקודמת - הוא חייב להעביר, ולא רשאי. גילית שזו אותה תביעה אין לך שיקול דעת אתה חייב לעדכן את ביהמ"ש. זה לעניין הריכוז זה עדיין לא אומר מה קורה להליכים. השאלה הזו הולכת לסעיף 7(ב).

****

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 הרשומים בסעיף 7(ב)(3). בפועל, בתי המשפט לא נוטים לאשר.

**מתח בין השיקולים**

אנחנו רוצים מצד אחד לא לבזבז משאבים. אם הוגשה בקשה אנחנו לא רוצים שתהי הוצאה נוספת בהגשה של תביעות אחרות. כדי לעשות את זה אנחנו צריכים שעו"ד ידעו שהייתה ברשה מוקדמת. אנחנו רוצים להגיד שמי שצריך לזכות בייצוג זו הבקשה הראשונה. אל מה התמריץ שזה מייצר? לרוץ להגיש. כל כך תמריץ שזו תופעה שלילית שקיימת. אם התפרסם משהו בחמישי בעיתון ביום ראשון בבוקר יש עו"ד שעומדים מול המזכירות של ביהמ"ש והם רבים ביניהם למי הראשון שייתן למזכירה מתוך מחשבה שגויה שההגשה הראשונה בהפרש של 7 שניות תוביל באיזה מובן להעדפת הבקשה שלהם. זה לא מה שאומר סעיף 7. בכל מקום זה התמריץ השלילי.

היינו רוצים לתמרץ את עו"ד להגיש בקשות איכותיות ולכן היינו רוצים לקבל את הבקשה שמייצגת הכי טוב את הקבוצה. זה משפר את המצב של התיק ויכול לחסוך זמן שיפוטי. שעו"ד רץ להגיש בקשה מהר הוא מגיש אותה רע. בכתב המשפט השופט אומר שהוא לא יכול לקרוא את זה הוא יגיש בקשה לתיקון כתבי טענות יחד עם הלכה שאומרת שצריך לאפשר בבקשות לאישור תובענה ייצוגית להקל על הטענות. יש אמירה עקרונית נכונה שצריך לאפשר לתקן אך יחד עם התמריצים להגיש מהר זה יוצר עיוות. היינו מעדיפים דווקא את הבקשה שהייתה ראויה יותר.

הנטייה לפי סעיף 7(ב) היא אם אושרה הראשונה זה למחוק את השנייה. התובעים הרי כבר בפנים. אתה מגן על הקבוצה. הדוגמא למתח בין שתי השיקולים מתבטאת בפס"ד דבח נ' דינרי – מדבר על סוגיה של מבקש לתובענה ייצוגית ואז מבקש נוסך הגיש חצי שנה אח"כ. למה? כי הראשון לא רשם את הבקשה בפנקס ולא הי דרך לדעת שהייתה בקשה מוקדמת. השופטת שטרר במחוזי דנה בזה ומעדיפה את השנייה בזמן כי היא הוגשה נגד נתבע נוסף ויש לזה יתרון אבל הטענה המרכזית היא שבשיקול הזמן הוא הראשון שרשם. מי הבקשה הראשונה? הראשונה שנרשם בפנקס התובענות, זה נובע מפרשנות תכליתית. המחוקק חייב לרשום. רובינשטיין מאמץ במידה מסויימת מתוך אותו נימוק כדי לתמרץ לרשום. מלצר מגיע לאותה תוצאה בדרך אחרת – הראשון זה מי שתבע ראשון והשני זה שני. אך מגיע לאותה תוצאה כי החובה של רישום היא חלק מהחובה של הליך הולם. לא רשמת אז זה לא רושם. הטענה של מלצר היא חזקה יותר כי ייצוג הולם זה יותר חשוב. אם אדם לא עומד בחובות הוא לא עומד בדרישת השיקולים לייצוג הולם של הקבוצה.

עוד סוגייה נוספת נוגעת למועד הגשת הבקשה לעניין הגדרת הקבוצה. לפעמים הבקשה המאוחרת תהיה רחבה יותר מהמקודמת. עו"ד אוהבים לעשות את זה. מוגשת בקשה לתובענה ייצוגית (בדרך כלל לוקח לזה המון זמן חודשים/שנים). אחת האסטרטגיה שעו"ד אוהבים לעשות היא להגיד על קבוצות של אנשים שונים במרחב זמן מסוים. מבחינת הנתבע יש אינטרס לאשר את הבקשה השנייה. לנתבע עדיף לנהל תביעה אחת עם קבוצה גדולה יותר. בכל זאת אם הדלתא מספיק גדולה יש תמריץ לניהול פעם אחת.

המועצה לצרכנות נ' תנובה – תביעת מחיר מופרז. חוק התחרות הכלכלית קובע שמונופול חייב לא לקבוע מחיר לא הוגן. בספרות מחיר לא הוגן פורש כמחיר תורפני(נמוך מידי). מה הרעיון של המחיר הזה? מדכא תחרות. המונופול יכול להוריד מחירים ולהשתלט על השוק ואז להעלות מחירים. פרופסור דייויד גילה כממונה על רשות התחרות הוציא את העמדה שאומר שאין ברעיון של מחיר תורפני אין היגיון. החשש ממחיר אנטי תחרותי זה לדחוק את המתחרים ואז להעלות מחירים. הבעיה עם מונופול היא מ2 הקצוות. מותר להם להרוויח מחיר מסוים אבל לא מחיר מופרז. מחיר מונופוליסטי לא הוגן. העמדה הזו תואמת מאוד את הגישה של רשות התחרות האירופאי. בארה"ב לא התקבלה העמדה והן מעדיפות להוריד חסמי כניסה. מכל מקום יש שאלה האם העילה קיימת בישראל? הוגשה תביעה נגד תנובה על מחיר מופרז. המחיר היה מפוקח וריווחי ובזמן שהמחיר המפוקח היה רווחי חלק מהגבינה הצבוה יצא מפיקוח והוא עלה ב40%. לכן המחיר שהוא 40% מעל המחיר הרווחי מקודם הוא כבר מחיר מופרז. הוגשה התביעה והקבוצה היא מ7 שנים לפני הגשת התובענה עד מועד הגשת התביעה עד שהבקשה אושרה. באותו מקרה השופטת אלמגור מאשרת את התביעה ייצוגית נגד תנובה. תנובה מגישה בקשת ערעור בטענה שאין כזה דבר מחיר מופרז. באותו זמן בעליון מתנהלת תביעה מול קוקה קולה על מחיר מופרז. בעליון אומרים לתנובה תעצרו פה ותחכו. אנחנו נגיע להכרעה לגבי קוקה קולה ואז נחזיר את ההליכים שלכם. יש הקפאת הליכים במחוזי וגם בעליון בעניין תנובה. עוברים חודשים ובזמן הזה מישהו אומר שהבקשה של תנובה אושרה והמחיר ממשיך להיות מופרז. הוא מגיש בקשה לאישור נוספת מול תנובה על מחיר מופרז על התקופה נוספת מאוחרת יותר. הוא מנצל את זה שתנובה כבולה במועד האישור. תנובה פונה למחוזי ואומרת שיש סעיף 10(ב) מאפשר להרחיב את עילת התביעה גם לאחר התובענה. אנחנו מתכוונים אחרי שההליך יחזור מהקפאה. אם ביהמ"ש יכריע שאין עילה אז אין תביעה. אך אם יש עילה אז אנחנו מבקשים להכריע שבעצם סעיף 7 ולאפשר מיצוי הליך של תביעה אחת. ביהמ"ש הקפיא את ההליך השני גם כי אין הכרעה אבל יש היגיון רב של ניהול הליכים אחד.

**תחרות בין תובעים בארה"ב**

מאוד נפוץ ויותר נפוץ מישראל. הסיבה לזה נגועה בשינוי המבנה של הסיכויים של תובעים ונתבעים. למה יש בעיה כזו בארה"ב? בארה"ב הסיכון של התביעה מונח רק על הכתפיים של עו"ד הוא צריך למצוא מבקש והמבקש צריך לדעת שהוא נושא סיכון זה תשלום הוצאות, חוו"ד ואגרות. בארה"ב אפשרו לממן את זה ופתאום אין תחרות בין מבקשים אלא רק בין עו"ד שנושאים בעלויות. הראשון בזמן מקבל משקל. אין פנקס שמרכז אבל חובה לעדכן את הרשות הפדרלית. F2F זה הראשון להגיש. תביעה רגילה של כל אחת שלא ניירות ערך. מסתכלים על העו"ד האם הוא מסוגל כלכלית לממן את התיק. איכות הבקשה, האם יש לו אמצעים ועוד.

החריג - בתביעה בניירות ערך בוחרים רק את התובע והחבירה היא כמעט אוטומטית והיא נעשית לפי התובע הגדול ביותר זה מי שיש לו הכי הרבה ניירות ערך – יש לו הכי הרבה אינטרס לנהל את התביעה.

בקשה כזוב ישראל הוגשה בהראל פיא נ' לנדמרק – לנדמרק מגישה בקשה לסילוק על הסף מנגד הראל פיה כי היא לא מתאימה להיות תובע ייצוגי. אתם הראל פיה הגדולים לא צריכים את מנגנון התביעה ייצוגית כדי לנהל תיק. לכם יש גישה לערכאות אתם יכולים להגיש תביעה כלכלית רגילה. השופט גרוסקוף דוחה את התביעה וטוען לפי התביעה בארה"ב. אדרבא בניירות ערך יש לנו משקיעים כדולים היינו רוצים שהתובע יהיה בעל האינטרס הגדול ביותר הוא ימצא את עו"ד הכי ראויים. יותר מזה אין שום הגיון לשלוח אותם לתביעה אישית או שיתנהלו כמה תביעות אישיות וככל שלא יהיו תביעות אישיות אנשים בעלי סכומים קטנים יותר לא יגישו תביעות כאלו. הראל פיה ינהלו את התיק הכי טוב ואין שום סיבה שלא ינהלו את התיק ואין סיבה שלא תהיה תביעה ייצוגית.

**שיקולים בבחירות בין הבקשות**

הראשון בזמן לפי סעיף 7(ב)(2) יהיה רלוונטי רק אם החל הדיון. בעניין סטורזי נ' הוט המונח דיון פורש באופן רחב- קדם דיון ראשון. אם לא החל דיון אז יילקחו בחשבון שיקולים כמו סוג הבקשה, איכות הבקשה ועיתוי הגשת הבקשה. העיתוי הוא ראשון בסדר העדיפויות (ימים ולא דקות).

כשעוד לא התחיל דיון בוחנים כמה שיקולים:

1. עיתוי – שמדברים על ראשון מי שהגיש באותו יום לא אכפת לנו. אבל כדי למנוע מלחמת התשות נקבע בעניין טלמור - שאנחנו לא נסתכל על הראשון אלא על הראשון שהגיש עם תשתית ראייתית ראשונית. אז השאלה מה זה אומר לנתבע. הוא צריך לדעת האם התשתית הראייתית הראשונית מספיקה? זה עדיין מקשה להסביר מה זה הראשון ומשאיר שק"ד לביהמ"ש. זה אמור למנוע את ההעתקות ותוספות מינוריות. כדי למנוע דברים אלו אמרנו לא. אם עשית הגשה ראשונית ויש לך תשתית אז אתה הראשון.
2. איכות הבקשה – המאוחרת תזכה אם היא הוסיפה נדבך משמעותי להליך. הוא יכול להיות עבודתי, משפטי או ראייתי. הנדבך העובדתי אם אני מתאר משהו עובדתי שלא תואר קודם. הנדב הראייתי הוא אם הייתה מסכת עובדות שיש ראיה מחזקת שתתמוך בעובדות הללו. לדוג': בקשה מאוחרת שהוגשה עם חוו"ד תקבל משקל גבוה יותר. 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.

מדיניות משפטית רצויה יכולה לעודד הגשה של תביעות מבוססות יותר אבל לא מבוססות מידי. הוגשה בקשה לאישור ללא חוו"ד במקרה שלא צריך בו חוו"ד. מה החשש? יבוא העו"ד המתחכם ויגיש 3 חודשים אחרי זה ויגיד שיש לו חוו"ד, אך היא לא הייתה דרושה. החשש הוא שאם חושבים על טובת הקבוצה, טובת הקבוצה תעדיף את השנייה כי היא מוסיפה ראיות. הבעיה של מדיניות משפטית זה לא טוב כי אנחנו מעודדים את הפרקטיקה במובן הבא. אנחנו גורמים לעו"ד להגיש מראש עם חוו"ד לא רצויות או מרגע שהוגשה בקשה ללא חוו"ד להעתיק אותה. זה תמריץ שאנחנו לא רוצים שיקרה.

**התביעה הנגזרת – לא למבחן**

מהי התביעה נגזרת - תביעה שדומה במהות שלה מוגשת ע"י דירקטור או בעל מניות בחרה שמבקש להגיש תביעה בשם החברה. החברה מחזיקה בעילת תביעה ולא מממשת את זכות התביעה שלה בגלל ניגוד עניינים.

שלחברה יש זכות תביעה חוק החברות קובע שבע"מ או דירקטור יכול להגיש תביעה במקומה. כשיש זכות תביעה פוטנציאלית כזו החוק קובע מנגנון יותר מורכב מבקשה לאישור תובענה ייצוגית. קודם כל בתובענה ייצוגית אין חובת פנייה מוקדמת. בתביעה נגזרת חייב לפנות קודם כל לחברה ולבקש ממנה לממש את זכות התביעה.

מה שמעניין זה התפקיד של סעיף 198(א) לחוק החברות שאומר שמי שרשאי להגיש תביעה נגזרת רשאי לבקש מהחברה הליך של גילוי מסמכים לפני התביעה. הרעיון והא לבקש מהחברה מסכמים כדי שיבדוק אם יש מקום להגיש בקשה להגשת תביעה נגזרת. זה הליך מאוד ייחודי כי הוא הליך מקדים להליך מקדים.

עכשיו השאלה היא מי הראשון בזמן? 3 אנשים – אחד פנה לחברה לפני התביעה הנגזרת, אחד פנה לביהמ"ש לפני המסמכים ואחד פנה לביהמ"ש לבקשת תביעה נגזרת. מי הראשון בזמן לפנייה לחברה? לגילוי המסמכים? להגשת התביעה הנגזרת?

ההלכה היא – יש משקל לא מכריע שהוא הפנייה לחברה. יש משקל שווה למועד הבקשה לגילוי מסמכים ולבקשת התביעה הנגזרת לפי סעיף 198(א).