1. מבוא- היחס בין אכיפה פרטית לאכיפה ממשלתית, שיקולי מדיניות והיסטוריה חקיקתית:

בעיות בתובענות ייצוגיות: מטרות התובענה הייצוגית/תביעות סרק/ בעיית הנציג/ בעיה בחלוקת הסעד.

פתרונות: עידוד ייצוג ע"י גמול+ שכ"ט+ ייצוג ע"י ארגון/ ביקורת ופיקוח על הגשת תביעה ייצוגית/ אישור פשרה והסתלקות/ מנגנוני קביעת סעד וסעד מקרב.

מטרות המשפט הפרטי: הגנה על זכויות כלפי עלמא (דיני נזיקין/ קניין), הסדרת התנהגות בין פרטים בחברה (דיני חוזים), הרחבת הזכויות מהזירה הציבורית לפרטים, הגנה על צדדים חלשים מניצול.

הממשק בין המשפט הפרטי לציבורי: אכיפת זכויות למען מימוש הזכות ולמען הרתעה מפני הפרת הזכות. האכיפה הציבורית **משלימה** של האכיפה הפרטית, האכיפה הפרטית מהווה הפרטה של האכיפה הציבורית ויעילה יותר- הקורבן הוא בעל הידע ולכן יכול לאכוף יותר טוב 🡨 אכיפה פרטית יעילה יותר מאכיפה ציבורית.

גורמים לתת אכיפה פרטית: **עלות מול תועלת** של הניזוק- לא משתלם לתבוע. **חסמי מידע** לקיום הזכות או לפגיעה בה. **חסמי מוטיבציה** חיוביים (אמפתיה כלפי הנתבע- רופא) ושליליים (חשש כלכלי- מנהל בעבודה).

**בעיות בתת אכיפה**: בעיה חוקתית: מונע גישה לביהמ"ש. בעיה חברתית: אין הרתעה על צדדים שלישיים. בעיה פרטית: זכותו של הפרט נפגעת והוא לא זוכה לסעד. בעיה ממסדית: מייצר ניהול הליכים מקבילים ועלול לגרום לפסיקות סותרות וכפל עלויות, רוצים הלכה אחת ודאית.

פתרונות לתת אכיפה: פיצויים לדוגמה, ריבית מיוחדת (התמודדות עם בעיית ההרתעה), מחוץ למשפט הפרטי ניתן להתמודד עם תת אכיפה ע"י משפט פלילי ורגולציה (הגברת הרתעה).

ההליך הייצוגי= פתרון לבעיית תת אכיפה.

לפי ס'3 לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית רק בשל אחד המקרים המפורטים בתוספת השנייה לחוק. לא יהיו פיצויים לדוגמה/ פיצויים ללא הוכחת נזק לפי ס'20(ה), אלא אם מדובר באחד המקרים המפורטים בפרט 9 לתוספת השנייה לחוק.

**מתי ניתן?** אזרח מול תאגיד, התמודדות של פערי מידע- תחרות כלכלית, כשיש קושי באיתור הנזק, כשיש קשיים חברתיים בתביעה, תביעות נגד בית הדין לעבודה.

יתרונות בהליך הייצוגי: פתירת בעיית פערי עלות תועלת- הליך אחד שמרכז הרבה תביעות, פתירת בעיית חסמי מידע, פתירת בעיית המוטיבציה ע"י גמול ושכ"ט לעו"ד.

**תכליות ההליך הייצוגי לפי ס'1 לחוק:**

1. מימוש זכות התביעה
2. אכיפת הדין- הרתעה
3. סעד הולם לנפגעים
4. ניהול הליך יעיל והוגן

**בעיות בהליך הייצוגי**: מוטיבציית יתר (סחטנות), בעיית נציג, חלוקת הפיצוי- קושי באיתור הנפגעים.

**מאמרו של שי לביא**: מחלק את תכלית התובענה הייצוגית לשתיים- 1. תכלית ציבורית 2. תכלית דיונית. התכלית הציבורית רואה את התובענה הייצוגית **ככלי לתועלת הציבור ולהרתעה מפגיעות, לאכיפה בצורה אופטימלית**. התכלית הדיונית רואה בתובענה הייצוגית **כלי לשימור הזכויות הפרוצדוראליות של הצדדים**. לחוק תובענות ייצוגיות ארבע מטרות: סעד הולם (תכלית דיונית), אכיפה (תכלית ציבורית), ניהול הליך יעיל והוגן (תכלית ציבורית) וסעד לקבוצה(תכלית דיונית). לדעת הכותב, החוק מתיישב טוב יותר עם מטרה ציבורית משום שדברי ההסבר לחוק מראים את החשיבות הציבורית וכי ההסדרים בחוק מדגישים הרתעה.

פס"ד אלקון: על מזהמי האוויר בחיפה שגרמו לתושבים לחלות בסרטן. זו בקשה הראשונה מסוגה המוגדרת כתובענה ייצוגית בעוולת נזיקין המונית. השופט רואה בתובענה הייצוגית ככלי מיוחד שמקדם תכליות פרטיות וציבוריות והאינטרס הציבורי בא לידי ביטוי בעיקר בהרתעת הנתבעים מפני ביצוע עוולות והפרת הדין לצד ניהול יעיל של הדין וחסכון במשאבים.

1. דרישות מקדמיות לאישור תובענה ייצוגית- דרך יעילה והוגנת:

 הדרישה המקדמית להליך יעיל והוגן מופיעה בס'8(א)(2) לחוק. יש כמה סכנות בהליך הייצוגי. מצד הנתבע יש **חשש לתביעות סרק (NEV**) בהן התועלת נמוכה והעלות הגבוה ולכן יוצרת פשרות שווא. בנוסף, יש חשש **מריבוי התדיינויות**. לקבוצת התובעים יש חשש **מתמריצי חסר של עורכי הדין וחשש מבעיית הנציג**. אם יהיה מעשה בין דין התוצאה הלא רצויה תישאר והקבוצה תסבול מסעד מופחת. בפשרה העו"ד לא באמת מייצג את הקבוצה, ולכן יש חשש שהוא יקבע שכ"ט גבוה יותר על חשבון הקבוצה- בעיית נציג.

דרישות ההליך הייצוגי בארה"ב: נדרשת קבוצה גדולה מידי כדי לנהל הכל בהליך אחד, יש שאלות משפטיות או עובדתיות משותפות, טענות הנציג מאפיינות את טענות הקבוצה, ייצוג בהוגנות ותו"ל. ההליך נועד להתגבר על קשיי גישה לערכאות.

**התנאים לאישור תובענה ייצוגית בישראל- ס'8(א) לחוק:**

1. שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכל חברי הקבוצה, ויש סיכוי סביר שיוכרעו לטובתה.
2. הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.
3. ייצוג וניהול בדרך הולמת (גם לתובע הייצוגי וגם לבא כוחו).
4. ייצוג וניהול בתו"ל (גם לתובע הייצוגי וגם לבא כוחו).

התנאים להגשת הבקשה נותנים מענה לסכנות בהליך. איך? הפחתת **תביעות סרק** ע"י דרישת סיכוי סביר שהתביעה תוכרע לטובת הקבוצה. כדי לפתור את בעיית **הנציג** ביהמ"ש בוחן את התובע ואת ב"כ וקובע האם הם תמי לב. כדי לפתור את בעיית **הפורום שופינג** (ריבוי התדיינויות) קובעים שההליך צריך להיות יעיל והוגן. יעיל יהיה כשהראשון שהגיש את התביעה ייצג בה, הוגנות כשהייצוג הכי טוב לקבוצה ייצג.

מלצר בעניין פריניר קובע שלביהמ"ש שק"ד לאשר או לדחות הליך והוא לא מוגבל לתנאים הקבועים בחוק בס'8(א). בנוסף קבע כי אישור התובענה הייצוגית מהווה שלב מקדמי ולא הסוף, אין להחמיר מתנאי המחוקק.

**יעילות**: מוטלת בספק בתביעות בהן עלות ניהול ההליך גבוהה/ התוחלת נמוכה.

* עלות גבוהה: בירור פרטני יקר (למשל ע"י שונות ברכיבי הנזק). בקול ברמה דנצינגר הציע אמידה ממוצעת של הנזק. זה היה כך גם בפריניר, כשיש קושי לקבוע את שיעור הפיצוי לכל אחד ניתן לתת סעד לציבור או סעד גמיש. אם התביעה מבקשת קש"ס פרטני (אייקון).
* תוחלת נמוכה: **אם הקבוצה קטנה** (לדעת מלצר כשהתועלת האישית נמוכה זה לא רלוונטי לשיקולי יעילות כי איחוד התביעות יוצר תועלת גבוהה בתוחלת)/ אם הוגשו **תביעות פרטניות רבות**.
* כשיש לנתבע הגנה על העוולה לא יעיל לקיים אותה: למשל, הגנה לפי ס'6 לפקנ"ז (סלקום). ס'6 לפקנ"ז נותן לנתבע הגנה כשהייתה הרשאה לפעול/ לא לפעול ע"י גורם מוסמך.

בעניין קול ברמה הפתרון של דנצינגר לבצע ממוצע לנזק יעיל אבל לא הוגן. בפיצוי ממוצע הניזוק עם הנזק הגבוה משלם לניזוק עם הנזק הנמוך. לכן, ניתן לאפשר לחברי הקבוצה בשלב אישור התביעה/ הפשרה לצאת מהקבוצה וכך אין מעשה בית דין. בנוסף, דנצינגר מתייחס לכך שבתובענה ייצוגית בגין איסור הפליה יש להוכיח נזק לפי ס'20(ה) למרות שבחוק איסור הפליה בהליך הרגיל לא צריך, וזה לא בהכרח יעיל= חסרון.

סייג ליעילות- אלקון (נזק גוף פרטני). נתגבר על בעיית היעילות כשלא ניתן לנקוט בהליך חלופי.

**הוגנות**: דרישה מהתובע ומעורך הדין. נבחן האם הייצוג פוגע בחברי הקבוצה (למשל ע"י מעשה בית דין).

מתח בין יעילות והוגנות: יותר יעיל לבחור בראשון, אך מאחר שהוא כנראה ניסה להגיש הכי מוקדם העבודה שלו כנראה פחות טובה מהשני שהגיש את התביעה. לכן, עבור הקבוצה הוגן יותר לבחור את השני. נשאל יעיל עבור מי והוגן עבור מי. עבור המייצג הכי הוגן שהראשון ייבחר.

1. דרישות מקדמיות: שאלות משותפות של עובדה ומשפט:

לפי ס'8(א)(1) לחוק יש להוכיח בתנאי זה: 1. הוכחת קיומה של קבוצה 2. הוכחת זהות השאלות לעניין העילה והנזק 3. הוכחת סיכוי סביר לנצח בתביעה- הכרעה לטובת הקבוצה.

מה רמת הזהות של חברי הקבוצה? מה רמת ההוכחה? ככל שרמת ההוכחה גבוהה יותר זה מקל בהמשך אבל מקשה על אישור הבקשה.

**מהם סיכויי הכרעה:**

* עמדה מחמירה: השאלות יוכרעו לטובת הקבוצה אם **בוודאות** תהיה הכרעה לטובתה (מתיר את הצורך בניהול ההליך לאחר אישור הבקשה).
* עמדה מקלה: הסבירות צריכה להיבחן כמו בקשה לסילוק על הסף. נניח שכל מה שהתובע אומר נכון, האם במצב כזה סביר שהייתה הכרעה לטובת הקבוצה? זה **בסיס ראייתי** בסיסי וראשוני.

לא ניתן לסלק על הסף בשל אי עמידה בס'8 ניתן לסלק על הסף רק כאשר: 1. כשחלה התיישנות 2. כשיש מעשה בית דין 3. אין הלימה לתוספת השנייה לחוק. שלמה סיקסט- הייתה שאלה האם הם נכנסים לתוספת השנייה. מאחר שזה לא ודאי לא ניתן לסלק על הסף.

בעבר הגישה הייתה מחמירה יותר (ברזני). לאחר מכן היא הפכה לעמדה המקלה (סלקום נ' פתאל) וכיום יש קצת חזרה לגישה המחמירה (ציפוי מתכות).

**עד כמה צריך להוכיח את העילה בשלב בקשת האישור?** הטרקלין שלפני ההיכל- בסיס ראייתי ראשוני (סלקום נ' פתאל)/ רימון שנצרתו שלופה- בדיקה מעמיקה. פס"ד ציפוי מתכות: פוגלמן (מיעוט)- טרקלין שלפני ההיכל. ברק ארז (עמדת ביניים)- לא נדחה בשל אי הבאת מסמכים, אך מחזירה למחוזי בחידוד הדרישות. לכל הדעות- צירוף חוו"ד הכרחית רק לעניין הוכחת העילה (הגבלים עסקיים, הטעיה על ניירות ערך, מפגע סביבתי), לא להוכחת היקף הנזק.

**שאלות משותפות:**

רציונליים מאחורי ס'8(א)(1): פס"ד ברזני נ' בזק עוסק בהטעיה צרכנית. חשין סובר שההליך הייצוגי הוא רק **כלי פרוצדוראלי**, דרך נוחה לנהל תביעות פרטניות רבות ולכן התוצאה צריכה להיות זהה לכל הליך נפרד. בפועל, התרופות שונות מהותית מניהול הליכים אינדיווידואליים. אם תביעה ייצוגית פרוצדוראלית צריכות להיות כמה שיותר שאלות משותפו בין הקבוצה- יש צורך **בזהות** חברי הקבוצה, זה לא קורה בפועל. יש סעדים בתובענה שלא ניתן לקבל בתביעה פרטית (כמו חיוב הנתבע לתרום). **הלכה**: מדובר בהליך פרוצדוראלי ולכן **נדרשת רמת זהות גבוהה**. אם ההליכים לא דומים זה לזה לא חסכנו כלום בהליך הייצוגי.

**העמדה הרווחת כיום**: רמת זהות נמוכה. ביטוי לכך ניתן לראות בעניין קול ברמה שם קבעו סעד מופחת לחברי הקבוצה כדי שהרדיו לא יפשוט רגל לפי ס'20(ד).

פס"ד סילוורה נ' בנק לאומי: הבנק גבה יתר מחלק ובחסר מהחלק השני, הוא טען שזה מתקזז. ביהמ"ש לא הסכים. בחישוב הפיצוי לא כללו את מי שגבו ממנו בחסר ולכן המספר הממוצע היה גבוה מהעילה האמיתית של חברי הקבוצה.

פתרונות תיאורטיים לחוסר זהות בין חברי הקבוצה:

* **חזקת הזהות**: מניחים שהם דומים (קול ברמה, תנובה- לא יודעים מי נפגע וכמה).
* **תתי קבוצות**: לפי ס'10(ג) מחלקים את הנפגעים לקבוצות לפי הנזק שנגרם לכל קבוצה (אייקון- מכירת חלקי חילוף של אפל)
* **פיצול הליכים:** ההליך הייצוגי מקדמי להוכחת שאלות משותפות ולאחר מכן פניה להוכחת נזק אינדיווידואלי (אלפא ביו).
* **שיטות סטטיסטיות**: מעריכים את בסיס העילה באמצעים סטטיסטיים (חברת חשמל- מדגם).
* **מנגנון להערכת נזק פרטני**: ממנים ממונה שיבחון את הנזק הפרטי לפי ס'20(ב)(1) לחוק.

**שאלות משותפות בתביעות הטעיה צרכנית**: עולה שאלה הנוגעת למצג. האם האדם היה פועל אחרת אם היה יודע את המידע שלא גילו לו? האם מתקיים הקש"ס? במקרים כאלה ניתן לא לאשר את התובענה מהקושי להוכחת ההסתמכות. לחלופין, בעניין תנובה הסתכלו על דפוסי צריכה ועל קש"ס קבוצתי להוכחה. ברזני- הפרסומת הטעתה, אך הנפגע לא ראה אותה- מהווה קושי בהוכחת קש"ס. יפאורה- היו תאריכי תפוגה שקריים. טענו שגם ככה לא מסתכלים עליהם. ביהמ"ש קבע שבהתאם לקביעת המחוקק יש לשים תאריך תפוגה ואנשים כן מסתמכים. **ניירות ערך**- לפי חנס וקלמנט אם המסמך הטעה, גם אם לא הסתמכו עליו הסתמכו על השוק. השוק מפנים את ההטעיה ולכן ברגע שיש הטעיה בניירות ערך יש הסתמכות. קלמנט ופרוקצ'יה החילו את זה גם על תרמית מוצרים.

**רמת הזהות משפיעה על**: יעילות התביעה- כשיש יותר זהות הצורך בבירור אינדיווידואלי מופחת וזה מקל על ההליך (אלקון- הוכחת נזק וקש"ס אינדיווידואליים). הוגנות לתובעים- זהות יותר נמוכה משפיעה על הסעד, זה פוגע באלו שנזקם חמור וזה לא הוגן עבורם. ממוצע פוגע בגבוה לטובת הנמוך. מאזן הנוחות- ככל שהזהות יותר גבוהה עדיף לנתבע לנהל את ההליך כדי לחסוך עלויות, ואילו לתובע עדיף לנהל בנפרד כדי למשוך לפשרה.

פתרונות לחוסר זהות במידת הנזק בין חברי הקבוצה: 1. סעד הצהרתי (וולמארט) כך מתאים לכולם. 2. מכנה משותף הנמוך ביותר 3. סעד לקבוצה- יקבע לקבוצה כולה, מוותרים על הוכחת הנזק האינדיווידואלי. 4. מנגנונים לקביעת הנזק- ס'20(ג) נותן לביהמ"ש לקבוע איך לחלק את הסעד על דרך האומדנה בין הצדדים.

**קבוצה:**

**דרישת גודל הקבוצה**: אין מינימום (בניגוד לדין האמריקאי לפי ס'23(B)(3)). בעניין דובון צעצועים- 63 חברי קבוצה, בעניין זבידה 162, בזאפ גרופ היו כמה עשרות.

עם זאת, יש להוכיח כי הקבוצה ניזוקה:

**הוכחת קבוצה**: צריך להוכיח **פרקטיקה שיטתית, מדיניות מעוולת** של החברה. בוולמארט לא הצליחו להוכיח שזה שיטתי ולא פר חנות. בעניין נטוויז'ן נקבע שמסמך פנימי אחד של פרקטיקה לא מספיק, ניתן להוכיח באמצעות מדגם.

**דרישת אינטרס כספי**: סברו שצריך שהאינטרס הכספי של חברי הקבוצה יהיה נמוך, זה נדחה בעניין הראל פיה נ' לנדמארק.

**הרתעה**: ביהמ"ש ישקול את טובת החברה לציבור בקביעת היקף הפיצוי. אם החברה מיטיבה עם הציבור לא נרצה לגרום לפשיטת רגל (קול ברמה). זה שיקול שמשנה את הזכויות המהותיות (ברזני).

יש לבחון: **קבוצה**- אין מינימום, פרקטיקה ולא טעות נקודתית. **שאלות משותפות**- שיש זהות בעילה ובנזק בין חברי הקבוצה, ככל שיש יותר שאלות משותפות יעילות ניהול התביעה גוברת. **סבירות הכרעה לטובת הקבוצה**- טרקלין שלפני ההיכל/ רימון שנצרתו שלופה.

1. התובע הייצוגי והתביעה ע"י ארגון:

 ס'4 קובע מי רשאי להגיש תובענה ייצוגית: ס'4(א)(1)- **מי שיש לו עילת תביעה.** ס'4(א)(2)- **רשות ציבורית שעוסקת בתחום התובענה הייצוגית**. ס'4(א)(3)- **ארגון שעוסק בתחום התובענה הייצוגית בתנאי שיש קושי להגשת בקשה ע"י אדם**. לפי ברון חייב שיהיה תובע ייצוגי כבר בשלב הגשת הבקשה.

ס'3(א) קובע את העניינים שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגית ומפנה לתוספת השנייה של החוק.

ס'4(ב) קובע שצריך **להראות נזק לכאורה**. כלומר, הדיון בנזק עצמו יהיה בתובענה ולא בשלב האישור. קשה להוכיח נזק לא ממוני (קול ברמה)- בשלב האישור מוכיחים את עצם הנזק ולא את גובהו.

גם אם התובע רשאי להגיש, עליו לעמוד בתנאים בס'8(א)(3)- ייצוג בדרך הולמת, ובס'8(א)(4)- ייצוג בתו"ל.

* אם התובע לא מייצג בצורה **הולמת ובתו"ל** לפי ס'8(א)(3)(4) ביהמ"ש **רשאי** **לצרף** תובע מייצג או **להחליפו** לפי ס'8(ג)(1). עליו לצרף הודעה לפי תקנה 10.
* אם התובע הייצוגי **לא רשאי להגיש** תובענה לפי ס'4(א)(1)-(3) ביהמ"ש יאשר את התובענה אך **יורה** **להחליף** את התובע.

**רשות**: יכולה להגיש לפי ס'4(א)(2) אם זו אחת המטרות שהיא אחראית עליהן, אך כמעט ולא עושים את זה. אין צורך להוכיח קושי באיתור חברי הקבוצה. המועצה הישראלית לצרכנות הם רשות. פולסווגן: הפרקליטות ביקשה לפסול בטענה שכשהדבר נוגע לכלל הציבור ההליך צריך להיות מוגש על ידה.

**ארגון:** לפי ס'4(א)(3) כשהעניין לפי ס'3(א) והוא בתחום אחת מהמטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון ובלבד שיש קושי להגשת הבקשה ע"י אדם. על הארגון להוכיח: הלימה להגדרת ארגון+ יש קושי במציאת חבר קבוצה+ התביעה נוגעת למטרות הארגון. הגדרת ארגון לפי ס'2(א): קיים שנה לפחות+ מקדם מטרות ציבוריות+ אינו גוף פוליטי.

כלומר: אם הארגון קיים שנה לפחות, למטרות ציבוריות ולא פוליטי, התביעה נוגעת למטרות הארגון ויש קושי במציאת חבר קבוצה (להוכיח קושי/ קושי אינהרנטי) הארגון יכול להגיש בקשה פי ס'4(א)(3). לפי כבוב בהצלחה2 טענה בכך שהארגון לא עמד בקריטריונים **צריכה להעלות בשלב בירור הבקשה לאישור ולא בדיון טרום מקדמי.**

העמדה הרווחת כיום בפסיקה היא **כי יש לאפשר לארגונים לנהל תובענות ייצוגיות ולא להכביד בדרישות יתר על המידה** לאור החשיבות במהות ההליך (חיות וברק ארז, קול ברמה) גישה זו עולה גם בהצעה לתיקון 16 לחוק.

**למה קיים קושי**? שיקולי עלות תועלת, התובע נושא בעלויות התביעה ולא ב"כ. **איך מוכיחים קושי**? פס"ד הצלחה1, הש' כבוב- יש להוכיח קושי איכותי (איכות החיפוש) וקושי כמותי (כמות החיפוש). שליחת מכתבים, מודעות, ניסיון אקטיבי לחפש תובע. מוכיחים בשלב הגשת הבקשה.

**תכלית הארגון:** זהה לעניין הבקשה. ניתן לבחון זאת **באופן צר** (האגודה למלחמה בסרטן יתבעו על גרימת סרטן) **ובאופן רחב** (תכלית כלכלית בתביעת מניות למשל). אם דרישת התכלית היא כדי שהארגון יהיה מומחה בתחום נעדיף פרשנות צרה, ואם הדרישה היא לאזן תביעות היינו רוצים פרשנות רחבה. בעניין הצלחה- ביהמ"ש אימץ פרשנות רחבה.

**יצירת תמריצים לארגון**: התמריץ של הארגון להגשת התובענה הוא זכייה בגמול. אם הם ימצאו תובע הם לא יקבלו גמול. לכן נקבע בפס"ד הצלחה שאם מוצעים תובע הוא יצטרף לארגון ולא יחליף אותו.

במקום הוכחת קושי ניתן לטעון **לקושי אינהרנטי**- **כשברור שיש קושי**, מקרים ברורים של תת אכיפה שלא ייפטרו עם אינפורמציה. לרוב מבנה חברתי שמונע הגשה/ כשיש תלות של התובע בנתבע- חסמי מוטיבציה (קול ברמה). במקרים אלה לא צריך להוכיח קושי, מסתפקים בקושי אינהרנטי כדי לאשר את הארגון כתובע.

למה צריך תובע ייצוגי? בעניין מכבי ברון טוענת שלכאורה היה ניתן לקבוע שהעורך דין פועל כיזם ולנהל בעצמו הליכים.

**העורך דין כיזם**: מעלה חשש לתעשייה של תובענות ייצוגיות. איתור התביעות רע כשהתביעות קנטרניות, זניחות. ש.א.מ.ג.ר- היה ניסיון ליזום הליך שיפוטי ופנייה מקבילה לבתי משפט שונים, פורום שופינג, נטען שהיו חסרי לב גם ע"י היזימה וגם ע"י פורום שופינג. גילי גן מור- בתביעות אפליה חייבים לעשות נסיינים כדי לבחון שמדובר בפרקטיקה.

למה צריך תובע מייצג?

1. **תכלית ראייתית-** ביסוס לכאורה לעילה באמצעות חבר קבוצה, ראיה גם לקיומה של קבוצה.
2. **מסייע בהגשמת תכליות התובענה לפי ס'1-** גישה לערכאות, אכיפת הדין, סעד הולם.
3. **התובע הייצוגי מפקח על ב"כ הנציג**- בעיקר דרוש בהסכמים של פיצוי בצורת קופונים/ תרומה. עם זאת, גם התובע נציג.

**למה שלא ירצו להיות תובעים ייצוגיים**: עלות איסוף והצגת ראיות, עלות אגרה להגשת תביעה, עלות הסיכון במקרה של הפסד. פס"ד אולסייל: ביהמ"ש פסק הוצאות לסטודנטים שתבעו בסכום של 90,000 ₪ .

5. חובת הייצוג בתום לב, חובת הייצוג ההולם וחובת הפנייה מוקדמת:

מרגע שהגשת הבקשה לתובענה מאושרת הרוב המוחץ של התיקים מסתיים בפשרה. ביהמ"ש נכנס לעומק השאלות המשותפות. לכן, מרגע שנקבע כי יש סיכוי משמעותי שהתביעה תוכרע לטובת הקבוצה **לנתבע יש אינטרס להתפשר**. פאתל נ' סלקום: לא התפשרו. ביהמ"ש הציע פשרה שאופן חלוקת אמצעי התשלום (צ'קים) עולה יותר מהפיצוי. אם היו מתפשרים היו יכולים לקבוע את אופן התשלום.

**חשש מניגוד אינטרסים של התובע המייצג**: דורשים תו"ל של התובע בניגוד לתביעה רגילה כי יש פה מערכת יחסים משולשת: התובע הייצוגי וב"כ הקבוצה, הנתבע, חברי הקבוצה שאינם נמצאים בהליך. הפער יוצר חשש לניגוד אינטרסים בין אלה שנמצאים בהליך למי שמנהל אותו בפועל. **זו בעיית נציג**: כשיש נתק בין הבעלות במשאב והניהול שלו. לכן יש חובת תו"ל. החשש נובע גם **מהמריצים שהחוק מייצר** כדי לעודד הגשת תובענות ייצוגיות: **גמול ושכ"ט**. לכן, כדי למנוע ניגוד עניינים ביהמ"ש קובע את הגמול ושכ"ט/ מאשר אותם.

* התובע הייצוגי נושא בסיכון כלכלי: ההוצאות הקשורות להליך נופלות רק על התובע.
* העו"ד נושא בעלות אלטרנטיבית: זמן ומשאבים בניהול ההליך.

**שכ"ט לב"כ:** לפי ס'23(א) ביהמ"ש יקבע שכ"ט לב"כ בהחלטת ביהמ"ש או בשלב האישור. ס'23(ב) מונה מספר שיקולים לגודל שכ"ט: התועלת לחברי הקבוצה מהתובענה, מורכבות ההליך והטרחה שטרח בניהול ובהוצאות, מידת החשיבות הציבורית של התובענה, אופן ניהול ההליך, הפער בין הסעדים הנתבעים לסעדים שנפסקו.

**גמול לתובע המייצג**: לפי ס'22(א) ביהמ"ש יקבע גמול בסוף ההליך או בפשרה. ס'22(ב) מונה מספר שיקולים לגודל גמול: הטרחה שטרח התובע והסיכון שנט על עצמו, התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברה הקבוצה, מידת החשיבות הציבורית של ההליך.

**בעיה**: השכר נגזר מחשיבות התביעה למרות שמדובר בהליך כביכול פרוצדוראלי והתרופות אמורות להיות כמו בתביעות רגילות (תכלית **דיונית** לפי שי לביא). בפועל, תפקיד התובענה הוא לא אגד של תביעות פרטיות אלא מנגנון אכיפה פרטי של אינטרס ציבורי (גישה **ציבורית** לפי שי לביא). לכן, נרצה לקדם תביעות טובות וחוששים מתביעה הפוגעת בתכליות חברתיות.

ניגוד עניינים בניהול התיק:

* לעניין **ההשקעה** בתיק: העו"ד מפנים את כל העלויות האלטרנטיביות (זמן) אבל רק חלק מהתועלת (לא בהכרח יזכה). לכן, מידת ההשקעה שלו פחותה מהמידה הרצויה.
* לעניין **ההתפשרות**: כששכ"ט באחוזים יש תמריץ יתר להתפשר מהר כדי לחסוך עלות אלטרנטיבית, כששכ"ט לפי שעה יש תמריץ יתר למשוך את ההליך שעות רבות ותמריץ חסר להתפשרות.

ניגוד עניינים בניהול פשרה:

העו"ד והנתבע מגישים המלצה לשכ"ט. אם ביהמ"ש היה עושה תחשיב מתוחכם להמלצה לא היה ערך. יש חשש שהנתבע והעו"ד ישתפו פעולה על חשבון הקבוצה. החשש תקף גם לתובע הייצוגי. התובע וב"כ יכולים להציע הסדר שהסכום יראה גבוה (קופונים/ תרומות קודמות) וכך האחוז יהיה גבוה, למרות שבפועל הסכום נמוך משמעותית. ביהמ"ש מאשר את הגמול ושכ"ט ביחס למה שהצדדים ביקשו ולרוב הוא יקבע סביב אותו המחיר. לכן, גם אם יש פיקוח על התשלום, הוא לא מלא. לפי הצלחה2 ניתן להגיש גמול ושכ"ט ביחד ולא מופרדים במסגרת הסכם פשרה.

העלאת הטענה לייצוג בחוסר תו"ל: הטענה עולה לפי ס'8. הייצוג כלפי הקבוצה אבל הקבוצה לא מודעת להליך בשלב בקשת אישור התובענה. לכן, הטענה יכולה להעלות ע"י התובע הייצוגי/ העו"ד, הרשויות הרלוונטיות להליך, היועמ"ש, הנתבע, חבר קבוצה.

ניגוד עניינים של התובע והנתבע מול הקבוצה:

* **מעשה בית דין**: הקבוצה לא תוכל להגיש הליך אחר ותישאר עם סעד שלא הולם את הנזק (אלקון- זיהום סביבתי לעומת גרימת סרטן).
* **סכום הפשרה**: יסכימו לסכום נמוך וימכרו את הקבוצה עבור הגדלת שכ"ט וגמול.
* **מנגנון יישום הפשרה:** יסכימו על סכום לכאורה גבוה לפשרה, האחוזים נמוכים ובפועל הפשרה לא טובה (קופונים).

כשיש **סעד לעתיד** (לרוב בסימון מוצרים) הקבוצה רוצה שינוי התנהגות והנתבע מוכן לשנות ולהימנע מההליך. אך, זה לא משתלם לתובע שרוצה להמשיכו ולקבל גמול/ שכ"ט. במצב כזה ביהמ"ש מאפשר הסתלקות מתוגמלת- מכירים בשינוי ההתנהגות והנתבע משלם סכום צנוע לתובע וב"כ. התביעה נמחקת.

חובת הודעה מוקדמת בהליך ייצוגי: הוסדר בעניין יונס, שם נקבע כי **אין חובת פניה מוקדמת בדין הישראלי**. עם זאת, העובדה שאין חובת פניה מוקדמת לא שוללת את שק"ד ביהמ"ש על פי החוק ולבחון לפי נסיבות התביעה את ההשלכות שיש לייחס להעדר פנייה מוקדמת. למשל, בהעדר פנייה מוקדמת ניתן לבצע **הפחתה בשכ"ט וגמול**. הש' הנדל סבר בדעת מיעוט כי יש להחיל חובת **פניה מוקדמת לרשות מנהלית** בכל תובענה נגד רשות, אך זו איננה ההלכה כיום. לכן, ניתן להסיק מכך כי כיום אין חובת פניה מוקדמת והיא לכל היותר תביא לשינוי בגמול ושכ"ט לפי שק"ד ביהמ"ש.

חוסר תו"ל כלפי מערכת ביהמ"ש: בעניין ש.א.מ.ג.ר עשו פורום שופינג- מגישים תובענה ייצוגית בבתי משפט שונים כדי להגדיל את הסיכוי שתתקבל. זה נעשה בניגוד להוראות התובענה הייצוגית לפי ס'5(א)(2) המחייב לברר אם הוגשו תביעות קודמות ולדווח על כך בבקשת האישור. הם ניצלו את חולשת מערכת המשפט. לכן, הפרקטיקה של ניהול תביעות מקבילות היא חסרת תו"ל כלפי ביהמ"ש. בזבוז זמן שיפוטי= בזבוז משאב חברתי. בנוסף, יכלו לגרום להכרעות סותרות.

כדי **שהתובע המייצג ייחשב כבעל תו"ל והוגן** עליו להיות חלק מהקבוצה, בעל סיפור אישי הדומה לסיפורם של יתר החברים. בנוסף, לפי רובינשטיין בעניין ש.א.מ.ג.ר ביהמ"ש יבחן את מידת הידע של התובע עם פרטי המקרה, את מידת ההיכרות וההפנמה של תפקיד התובע המייצג, את מידת המוטיבציה והרצון של התובע להיות נציג לקבוצה, ואת מידת האמינות והמהימנות של התובע (רגע פלילי למשל). **כדי שב"כ ייחשב כבעל תו"ל והוגן** הכישרון והניסיון שלו ייבדקו ע"י מידת הניסיון של העורך דין, מידת המשאבים שהעורך דין מסוגל להשקיע, ניגודי העניינים, עבירות אתיות קודמות, קרבה משפחתית בין עורך הדין והתובע וכן אם העורך דין כתובע מייצג זה עלול לפגוע באינטרסים של שאר חברי הקבוצה כי אין מי שמפקח.

6. תביעות נגד המדינה:

בעבר לא היו תביעות נגד המדינה מתוך חשיבה שהריבון לא יכול לבצע עוולה נגד האזרחים. כיום ניתן להגיש תביעה נגד המדינה במישור **נזיקי** מתוך הנחה שהמדינה היא כמו כל אדם ובפן **החוקתי** משום שיש עוולות שייחודיות למדינה. צ'רלס המילטון הוביל מהפכה בארה"ב כנגד אפליית שחורים. הוא עודד תלמידים שחורים לנסות להירשם לבתי ספר לבנים וכשזה נדחה הוא הגיש תביעה ייצוגית בשם האנשים בטענה שאין שוויון בבתי ספר- פס"ד brown ולאחריו הוחלט שמדיניות ההפרדה לא חוקית ויש לבטל הפרדה בבתי ספר. בנוסף, פס"ד browder עסק בסדרת תביעות ייצוגיות נגד הפרדה באוטובוס.

**המדינה כנתבעת**: כשל בפיקוח בתור רגולטור/ מעוולת חוקתית ע"י פגיעה בזכות יסוד של אזרחים.

הגנת היעדר פיקוח צד ג': לפי ס'3(א) לא ניתן להגיש תובענה נגד רשות על **היעדר פיקוח צד ג'** שכתוצאה מכך צד ג' הפר= הגנה מפני תביעות ייצוגיות. מדינת ישראל נ' לוי: טענו שלא היה מספיק פיקוח על חברת ביטוח מה שהוביל לקריסתו ותבעו על כך את המדינה. הסטנדרט למדיניות הוא הרגולטור, ואם הוא נתבע ביהמ"ש לא יכול להכריע את הסטנדרט. לכן לא ניתן להכריע האם ההחלטה והמדיניות רשלנית.

מתי ניתן להגיש תביעה נגד המדינה: כשהמדינה **המעוול הישיר וגורמת לנזק ניתן לתבוע**, אך כגוף מפקח יש לה חסינות. זה שהמדינה כיס עמוק לא אומר שצריך להאשים אותה במקום את הגורם המפוקח. בתוספת השנייה כתוב שניתן להאשים את המדינה רק במקרים שהיא **גבתה סכומים שלא כדין**, זוהי הפרשנות **המצמצמת** למתי ניתן להגיש תביעה נגד המדינה ופחות ראויה.

לפי ס'8(ב)(1) ביהמ"ש רשאי לא לאפשר תביעה אם ההליך יביא יותר נזק ציבורי מתועלת.

הגנה למדינה מאפשרת הפחתת סעדים: ס'20 לחוק עוסק בסעדים. לפי ס'20(ד)(1) אם התביעה **נגד רשות** **ניתן להפחית את הפיצויים**. לפי ס'20(ד)(2) ניתן להפחית פיצויים **כשיש נזק לציבור**. ס'20(ד)(1) פוגע במטרת פיצוי הולם וכך יש מעשה בי"ד עם פיצוי מופחת, היה עדיף מראש לא לאשר את התביעה. **ההצדקה לכך**: בתביעות "כולם נגד כולם" (נגד רשות/ קופ"ח לפי קביעה של ביה"ד לעבודה) בפועל הממן הוא הציבור כי הפיצוי ייגבה ממשלמי המיסים. לא הרווחנו כלום והמורווחים היחידים הם העו"ד. לא נוצרת תועלת בתביעות כאלה. ניתן לדחות את התביעה גם לפי ס'8(א)(2) כי זו לא הדרך היעילה לתבוע- כשהתועלת החברתית מהתביעה נמוכה מהעלות היא לא יעילה ולכן לא תעבור את המנגנון בס'8.

ההבדל בין ס'8(ב)(1) לס'20(ד)(1): ס'8(ב)(1) הוא כשעצם ניהול התובענה פוגע במדינה, כשמידע שעלול להתגלות יפגע במדינה.

קיצור תק' ההתיישנות: לפי ס'21 לא ניתן לחייב השבה על יותר משנתיים אחורה. כתוצאה מכך הגישו בקשה כל שנתיים. בפס"ד יונס נקבע שחברי הקבוצה הם כל מי שעמדה להם הזכות שנתיים לפני הבקשה ועד אישור הבקשה. כלומר: **שנתיים לפני+ עד תקופת האישור**, לעומת 7 שנים בהליך רגיל. בג"ץ כהן הייתה עתירה נגד הסעיף בטענה לשלילת זכות תביעה. נקבע כי המנגנון של התביעה הייצוגית לא פוגע בזכות אלא יוצר זכות **וניתן להגיש תביעה מנהלית**. החסינות פרוצדוראלית בלבד, זוהי זכות חדשה שבאה עם הגבלה.

הגנה למדינה בתביעות נגד אגרת יתר אם הודיעה על חדילה: לפי ס'9(א) ביהמ"ש ידון בתביעה נגד רשות תשעים יום אחרי הגשת הבקשה. בנוסף, לפי ס'9(ב) כאשר הרשות גובה כסף שלא כדין והיא מפסיקה לגבותו עם הגשת התביעה נגמר התיק ללא פיצוי. **כלומר, יש הזדמנות לחדול אם יפסיקו לגבות אבל אין השבה**. לפי ס'9(ג) ניתן לפסוק במקרה כזה גמול ושכ"ט.

גמול ושכ"ט: לפי ס'9(ג) ניתן לפסוק כשהמדינה שלחה הודעת חדילה שכ"ט וגמול. אין חובה להגשת הודעה מוקדמת (אם כי זה מנגנון מובנה בחוק שכן ביהמ"ש לא פועל ונותן לרשות הזדמנות לתקן), אך לפי פס"ד יונס הודעה מוקדמת תהווה תו"ל ושיקול לשכ"ט וגמול כדי לתמרץ להגיש ולסיים את ההליך מהר. בפס"ד מוחני המייצג לא השיג תועלת (ביטוח לאומי במילא שמו לב לטעות והתכוונו לתקן- השיבו למרות שניתנה הודעת חדילה בהשבה של שבע שנים), אך שכ"ט אמור לתמרץ לאתר תביעה שלא כדין ולהתריע בפניה ולכן ניתן בכל זאת.

**מבחנים לקביעת גמול ושכ"ט כשיש חדילה** לפי הש' פרוקצ'יה: 1.השינוי בהתנהלות הרשות בעקבות הבקשה. 2.האם פסיקת גמול ושכ"ט תעודד הגשת תובענות. 3.האם התשלום יפגע בכספי הציבור. 4.היקף הטרחה, סיכון, תועלת וחשיבות של התובענה. 5.האם ראוי לפי הנסיבות לגבות גמול ושכ"ט ואם כן באיזה שיעור. סולברג קבע שבמקרה הזה יש להפחית את שכ"ט ולהשאיר את הגמול. ברק ארז טוענת שהשיקול העיקרי צריך להיות התמריץ להגשת תובענות לטובת האזרחים שנפגעים.

הודעת צד ג' נגד המדינה בהליך ייצוגי: זו דרך לעקוף את הגנת הפיקוח לפי ס'3(א). לפי פס"ד קורלטל גרוניס קבע שחייבים להגיש הודעת צד ג' בתחילת ההליך כשמגישים את התשובה לבקשת אישור. בפס"ד ברניר אגד גבו פחות באוטובוסים עם הפרדה מגדרית והיו תנאים יותר טובים. אגד טענה להגנה לפי ס'6 לפקנ"ז וביקשו להגיש הודעת צד ג' למדינה שכשלה בפיקוח. העליון קובע כי החסינות לפי ס'3(א) היא פרוצדוראלית ולא מהותית ולכן **ניתן להגיש בתובענה ייצוגית הודעת צד ג' נגד המדינה**. בעניין סלקום חברות הטלפונים גבו מע"מ ביתר על שיחות מחו"ל והעבירו למדינה. סלקום טענה להגנה לפי ס'6 לפקנ"ז והגישה הודעת צד ג'. רשות המס הודיעה על חדילה, אך התובעים רצו השבה מחברות הטלפון. ביהמ"ש קבע **שההגנה למדינה פרוצדוראלית ולכן חלה רק במישור הישיר של התביעה** נגד המדינה. כלומר, ניתן להגיש הודעת צד ג' ואין הגנות מתוקף ס'9,3, 21 לפי חיות. המדינה לא יכולה להגיש הודעת חדילה וההתיישנות היא 7 שנים ולא שנתיים.

תקיפה עקיפה באמצעות תובענה ייצוגית: לכאורה אמורים לתקוף החלטה מנהלית באמצעות עתירה לביהמ"ש מנהלי, אך זה נותן סעד הצהרתי ולא כספי. מנגד, באמצעות התביעה הייצוגית ניתן לקבל גם סעד כספי וגם סעד הצהרתי ולכן **התמריץ להגשת תביעה ייצוגית בעניין מנהלי גובר**. בפס"ד אלפריח דחו את התביעה הייצוגית כי הדרך היעילה וההוגנת להתמודד עם הסוגייה היא בהליך המנהלי.

בעניין שלמה סיקסט טענו שהמפקח נתן הוראה בחוסר סמכות. זו טענה מנהלית שניתנה בהליך ייצוגי כטענת הגנה. לכאורה לא ניתן לקבל טענה כזו אבל זה יכול לעורר בעיות. בעניין זליגמן נקבע שפרשנות הרגולטור לא בהכרח עדיפה כי יש לו בעיית תמריצים. ראשית, הוא ירצה **להצדיק את עצמו** ואם לא את עצמו **להצדיק את החברה** מתוך שיקולי דלת מסתובבת.

לכאורה מול רשות מנהלית יש 3 אפשרויות לתקוף: **תקיפה ישירה**- עתירה מנהלית, במצב כזה יהיה סעד הצהרתי עם תחולה רחבה (לכל הנפגעים) אך אין גמול ושכ"ט ולכן אין תמריץ להגיש. **תקיפה עקיפה**- בתביעה ייצוגית, יהיה גמול, שכ"ט ופיצוי בתחולה רחבה אך אפשרות הגשת התביעות מצומצמת (לא יתאפשר בהיעדר פיקוח על צד ג', כשיש בתביעה יותר נזק מתועלת, שיהוי רק לשנתיים ויהיו הפחתת פיצויים). ניתן לתבוע **בתביעה פרטית** את המדינה, אך התחולה צרה. לפי הש' מזוז באלרפיח תקיפה עקיפה תוצדק רק כשיש פגם חוקיות מובהק שלא שנוי במחלוקת או גלוי והתוצאה שלו ברורה כמו מעשה שנעשה ללא סמכות. כשתוקפים שק"ד שלטוני של רשות **לא ניתן** לעשות זאת בהליך ייצוגי🡨 **ניתן לאפשר תקיפה עקיפה של אקט שלטוני במקרים חריגים בלבד**.

קשת ההגנות למדינה רחבה ולכן הן יתפרשו בצמצום.

7. חלוקת פיצוי לחברי הקבוצה:

הסעד נקבע בסוף ההליך אך יש לו גם חשיבות בשלב אישור הבקשה. בשלב אישור הבקשה בוחנים שאלות משותפות של עובדה ומשפט ואם יש בעיה עם חישוב הסעד אולי לא נאשר את התביעה. גם באישור הפשרה יש לבדוק שהיא הוגנת כלפי חברי הקבוצה לפי ס'19(א). בתביעה אישית כל פרט צריך להוכיח את העוולה, הקש"ס. בתי המשפט יצרו מנגנונים למי שלא יכול להוכיח קש"ס לקבל סעד. גם אם התגברנו על קושי הוכחת העוולה המשותפת והקשר הסיבתי יש קושי באי אחידות הנזק. בתביעה הייצוגית **אם נדרש בירור פרטני** ביהמ"ש יידחה את הבקשה לאישור כי היא **לא הדרך היעילה להכריע במחלוקת**. ביהמ"ש ימנה בודק ניטרלי לבירור לפי ס'19(ב).

קושי בהוכחת הנזק: הנזק הוא אינדיווידואלי ויכולים להיות מקרים בהם לאדם בכלל לא היה נזק. למשל, כשיש נזק לא ממוני והוא אדיש אליו (תנובה). יש מספר פתרונות לעניין גובה הנזק התלויים במטרה שנרצה לקדם:

1. **מתן פיצוי כללי לקבוצה**: כשהמטרה היא **יעילות והוגנות**. זה יעיל כי מוותרים על חישוב אינדיווידואלי והוגן כי זה לא פוגע בנתבע שלא משלם ביתר ולא נדרש לשלם על בירור פרטני. כלפי התובעים זה יעיל, אך פוטנציאלית לא הוגן כי לא מקבלים סעד הולם. כשהנזק לכל אחד זניח זה הוגן כי עלות בירור יותר גבוהה משווי הנזק, והם לא היו תובעים בנפרד כנראה. נעשה ע"י חישוב מוערך.
2. **מתן פיצוי אינדיבידואלי**: כשהמטרה היא **סעד הולם** וניתן לבחון את הנזק האישי. במצב כזה לכל אחד יהיה פיצוי לפי הנזק שלו.
3. **מתן פיצוי ממוצע**: כשהמטרה היא **הרתעה** מאחר והפיצוי הממוצע שווה לנזק הממוצע בלי להתחשב בנזק הפרטני.

בפיצוי ממוצע לכאורה לא מוכיחים נזק. לפי ס'20(ה) **לא ניתן לקבוע פיצויים ללא הוכחת נזק או פיצויים לדוגמה**. פיצוי לדוגמה הוא פיצוי מעל הנזק. בהליך פרטי פיצויים ללא הוכחת נזק או פיצויים לדוגמא מפצים על חוסר הרתעה, אך בהליך הייצוגי **גורמים להרתעת יתר**. ס'31א לחוק הגנת הצרכן קובע שאם הצרכן התריע על הפרה והעוסק לא תיקן אז לצרכן מגיע פיצויים מעל 10,000 ₪ לגובה הנזק. בעניין קול ברמה העריכו את שיעור הנזק לפי תיקי אפליה אחרים שזה שווה ערך לאי הוכחת נזק. ניתן להתחשב גם בפגיעה שעלולה להיגרם לנתבע או לציבור כתוצאה מהטלת החיוב לפי ס'20(ד) . פתרון אפשרי להוכחת נזק: "ווילינג טו פאי"- בוחנים כמה מוכנים לשלם עבור משהו/ "ווילינג טו אקספט"- בוחנים כמה מוכנים לשלם על הפסקת הפעולה. אלו מדדים שעוזרים לבצע אומדן נזקים.

1. **סעד הצהרתי ופיצול סעדים**: כשהמטרה היא **גישה לביהמ"ש**. כלומר השאלות המשותפות מוכחות בהליך הייצוגי ולאחר מכן הוכחת הנזק בהליך פרטי ע"י הפניה בסעד הצהרתי. זו תביעה במנגנון "אופט אין" כלומר מי שרוצה להיות חלק מהתביעה מודיע על כך לפי ס'12. רלוונטי בעיקר לנזקי גוף ונזק אינדיווידואלי גבוה.

בנוסף, ניתן לבקש **סעד לתיקון המעוות** או **סעד לעתיד** להפסקת הפעולה העוולתית כשיש קשיי הערכה ובכך מתגברים על מתן פיצוי ללא הוכחת נזק. מאחר שאין פיצוי לרוב זה לא פתרון הולם לניזוקים. שחר ופורת מציעים פתרון לפיו לניזוק תהיה אופציית בחירה בין צו עשה ופיצוי.

**פיצוי דורש שני שלבים**: 1. קביעת סכום הפיצוי שניתן לפרטים (אינדיווידואלי מול קבוצתי) 2. הגעה לחברי הקבוצה (מנגנון החלוקה).

ס'20 קובע 3 מנגנוני פיצוי וכלים להכריע. לפי ס'20(א)(1) ניתן לפסוק פיצוי לכל חבר קבוצה **שמוכיח זכאות**/ לפי ס'20(א)(2) כל חבר קבוצה צריך להוכיח **זכאות** לסעד **ונזק** **אינדיבידואלי**/ לפי ס'20(א)(3) ניתן לפסוק **פיצוי כולל** **ע"י בודק ממונה** (לרוב בתביעות כלכליות).

בעיות בהוכחת נזק אינדיבידואלי:

1. **קושי בחלוקת הפיצוי לחברי הקבוצה**: עלויות גבוהות של מנגנון החלוקה. פס"ד פלג נ' פריגו תבעו על שינוי בהרכב התרופה ללא יידוע. במסגרת הסדר הפשרה נקבע סכום כולל וכל אחד יגיע לוועדה עם תיעוד רפואי של תופעות לוודאי וכך יקבעו הפיצויים. המנגנון הזה היה יותר יקר מהסעד שניתן. בנוסף, בפס"ד סילוורה הבנק לעיתים הטיל חובות שלא אושרו ולעיתים לא גבה חובות שאושרו. לכן מחלק גבה ביתר ומחלק גבה בחסר. עלות הבירור ממי נגבה כמה יקרה ולכן הבנק **העדיף לפצות את כולם ביתר**.
2. **בעיית איתור התובעים**: כשיודעים מה הנזק אבל קשה לאתר את הנפגעים. למשל, בעניין לנדמארק הייתה הטעיה בשווי אגרות חוב. יודעים מה שיעור ההטעיה ולכן קל להעריך את הנזק. עם זאת, לא יודעים מי קנה וסחר באגרות כי המרשם בבורסה.
3. **חישוב הנזק בדיעבד כשיש אינטרס**: כשהנזק לא ממוני. בהליך הייצוגי לא חוקרים בביהמ"ש את הנפגעים כדי לבדוק מה הנזק הלא ממוני ולכן קל לשקר. בפס"ד תנובה עשו סקר ושאלה אחת בו הייתה כמה היו נגעלים אם היו מגלים שיש להם סיליקון בחלב. בגלל שזו שאלה אחת מיני רבות שלא ידעו מה התכלית שלה קבעו לפי הסקר את הנזק ה רגשי הממוצע של חברי הקבוצה.

פתרונות לעלות חישוב הנזק:

* **פיצוי אינדיבידואלי בקירוב** כפי שעשו בעניין סילוורה ע"י מדגם ובסופו עשו ממוצע. עם זאת, בחישוב הממוצע לא הכניסו את החייבים ביתר לבנק והסכום שלהם נחשב כאפס. הבנק הגיע להסדר עם סכום גבוה של פיצוי אך הוא היה יותר נמוך מהעלויות.
* **פיצוי לפי נזק ממוצע**: כל אחד מקבל את סכום הנזק בממוצע ולא לפי הסכום האינדיבידואלי.
* **פיצוי לפי מנגנון ממוצע**: מנגנון שקובע פיצוי ממוצע בהתחשב בנסיבות כמו גיל, מצב משפחתי וכו. בישראל רלוונטי בעיקר בשוק ההון. זה נקרא פרוקסי, משתמשים במדד שיש לו קשר סביר לנזק להסקת המחיר.
* **פיצוי בסכום כולל לקבוצה**: קובעים פיצוי כולל ואז מחלקים אותו. באינטרטייד עלות איתור חברי הקבוצה ולחלק את הסכום יותר גבוה. בסלקום כתיבת הצ'קים הייתה יותר יקרה מהצ'ק עצמו כי הסכום לכתיבת הצ'ק קטן. מעביר את הקושי מהפיצוי האינדיבידואלי לחלוקת הפיצוי לקבוצה. למעשה לא באמת פתרון.

פתרונות הקיימים לבעיות העולות בעקבות אופן חלוקת הפיצוי (להסתכל בקריאה עמ' 21-22):

* **החזרת פיצוי עודף לנתבע**: הנתבע שם כסף בקופת חלוקה ומה שנשאר חוזר אליו כמו מזיק שלא נתבע. עושים זאת ע"י **קופונים והנחות**. אחוז המימוש נמוך ולכן בפועל יש החזר לנתבע. הבעיה: הנתבע לא באמת משלם את כל הסל, זה שווה לו יותר. למונופולים אסור לתת מחיר נמוך מידי כי זה מחסל מתחרים, ופה המדינה מורה על מונופול לתת מחיר נמוך. אין סעד הולם כי מי שהשתמש בקופון לא בהכרח ניזוק. פתרון **יעיל** אך **לא הולם ולא מרתיע**.
* **חלוקת שארית הכסף בין חברי הקבוצה פרו ראטה (באופן יחסי לנזק)**: המלצה של ה ALI חלוקת הפיצויים לחברי הקבוצה שאותרו ואם נשאר מחלקים שוב באותו יחס. ס'20(א)(3) מאפשר חלוקה באופן יחסי עד למלוא הפיצוי האישי. כשיש הפחתה בסעד (למשל לגבי רשות) אבל נשאר עודף כי לא מצאו את מלוא הקבוצה, ניתן לחלק מחדש לפי הסעיף עד מלוא הפיצוי האישי. ניתן להסביר את ס'20(א)(3) מצד אחד משום שמגישים לביהמ"ש **סעד מנופח** ולכן לביהמ"ש יש סמכות הפחתה ע"י חלוקת הפיצוי רק למי שאותר ואז אין פיצוי יתר. מצד שני, ניתן להסביר את ס'20(א)(3) משום שהסעד המבוקש מנופח ולא באמת רלוונטי לנזק, ולכן אפשר לתת פיצוי בשיעור נמוך יותר לקבוצה בשיעור עד אליו- יוצא בפועל יותר מהסעד האישי. לא רוצים לתת מתנת שמיים.
* **העברת הכסף לאוצר המדינה**: היה ברירת המחדל בחוק עד תיקון 10. שונה כי זה כמו הטלת מס על חברי הקבוצה, לוקחים את הסעד לטובת קופת המדינה. זה טוב כשהתביעה הייצוגית קשורה לכולם ואז ישלמו פחות מיסים. בעניין פולסווגן נטען שהוא נוגע לכולם והפרקליטות תבעה בשם כולם ולכן חוסכים הוצאות אם הפיצוי מועבר למדינה. הבעיה היא שזה תמריץ למדינה לא לאכוף ודרך לגייס כסף. יתרונות: יעילות, הרתעה. חסרונות: מס אישי לחברי הקבוצה, השפעה על תמריצי המדינה (זליגמן) אי פיקוח.
* **קרן גמישה והסדרי הנחות**: בעניין תנובה **ניתן היה** לפסוק הנחה על החלב מתוך היגיון שמי שצרך את המוצר ונפגע יצרוך אותו שוב. הבעיה היא שזה מעודד אנשים לצרוך את המוצר. אמנם החברה מפסידה כי המחיר יורד אבל הביקוש עולה אז היא מפסידה פחות ממה שזה נראה. יוצר **קושי בגילוי הנזק האמיתי** ופוגע במתחרים. נוגד את עילת המחיר ההוגן. יתרון: סעד לחברי הקבוצה.
* **Cy press**: ביצוע בקירוב ע"י תורמת הכסף למטרה שמעניינת את הקבוצה לפי ס'20(ג) כשלא ניתן לתת סעד כספי בנסיבות העניין. מגשימים את תכלית **ההרתעה** כי הפיצוי בגובה הנזק ופיצוי **הולם** לחברי הקבוצה כי המטרה חשובה להם (למשל תביעה על זיהום סביבתי ותרומה לניקוי נחלים). זה **יעיל והוגן** כי אין משאבים לזיהוי ואיתור חברי הקבוצה. הבעיה היא שביהמ"ש עלול לפרש באופן רחב את המטרה המתאימה (נוטלי משכנא כאוהבים כלבים). בנוסף, הנתבעים יכולים להשתמש בתרומות קודמות כדי לטעון שמדובר בפיצוי לנזק (בן סימון נ' הוט). פתרון לכך הוא לפתוח קרן שמטרתה חלוקת הפיצוי לפי ס'27(א) ואז המטרה בהכרח חופפת וגם ההרתעה. אך זה לא יעיל כי יש עלויות מנהליות וזה מעניק כוח לוועדה הייעודית המעלה חשש מניצול לרעה.

פתרונות תיאורטיים:

* **הגרלות**: פתרון ששי לביא הציע במאמר גלגל המזל. ניתן לבצע הגרלה כך שתוחלת הזכייה של כל אחד שווה לסעד המגיע לו. בסוף אחד זוכה עם סכום משמעותי וכך מלוא הנזק בוודאות ימומש ולכן זה מרתיע באופן מלא ויעיל כי אין עלות. הסעד הולם כי התוחלת שווה לו, זה כמו לתת כרטיס הגרלה על סכום התביעה.
* **אכיפה בקירוב לא בתרומה**: מתן לניזוקים אפשרות לבחור העדפה בין סעד כספי נמוך או סעד בעין גבוה בתביעות שהנזק לא ממוני אך משקף אינטרס מסוים. אפשרי למשל בתביעת פולסווגן, היה ניתן לתת אפשרות בחירה בין סעד כספי ובין הפחתת גזי חממה. כך מי שנפגע כי רצה מכונית ירוקה מקבל פיצוי במעין סעד הצהרתי ומי ששילם יותר על הרכב אף על פי ששווה פחות מקבל סעד כלכלי🡨 סעד **הוגן**. **יעיל** כי אין השקעה במתן סעד אינדיבידואלי. **ומרתיע** משום שמשקף את שווי הנזק. לא מתאים לכל תובענה.

8. הודעת יציאה מהקבוצה ומעשה בי"ד:

המנגנון כיום הוא opt out כך שכל הקבוצה נכללת בתביעה אלא אם ביקשו לצאת. לכן, ס'25(א) מורה **מתי יש לפרסם הודעות לחברי הקבוצה כדי שיוכלו להתנגד ולצאת**: צריך להודיע לפי ס'25(א)(1) כשיש **החלטה לאשר תובענה ייצוגית**. לפי ס'25(א)(2) צריך להודיע כשיש **הסתלקות/ נבצרות/ מינוי תובע מייצג/ ב"כ מייצג/ החלטה על מחיקת התובענה**. לפי ס'25(א)(3) צריך להודיע על **הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה**. לפי ס'25(א)(5) יש לפרסם לקבוצה **פסק דין** של ביהמ"ש בתובענה ולרבות **הוראות והחלטות** שנתן. לפי ס'25(ב) ביהמ"ש יכול להורות על פרסומים נוספים.

אופן הפרסום: בעיתון בעמ' 35 בכתב 4 בשפה בה מדברים חברי הקבוצה. לפי ס'25(ד) נוסח ההודעה צריך להיות מאושר ע"י ביהמ"ש לפני הפרסום. לפי ס'25(ה) ביהמ"ש **רשאי לקבוע דרכי פרסום שונות** בהתחשב במספר שיקולים כמו ההוצאות, היקף הפיצוי, מספר משוער של חברי קבוצה, היכולת למסור הודעה אישית לחברי קבוצה ומאפיינים מיוחדים של חברי קבוצה כמו שפה.

**התכלית בפרסום**: מימוש זכות התביעה. במנגנון opt out לעו"ד אין תמריץ להודיע כדי שלא יצאו חברי קבוצה.

**יציאה מהקבוצה:**

* **באישור התובענה:** בשלב אישור הבקשה עוד אין קבוצה אז אין צורך להודיע. לאחר מכן הם כבולים להליך, ולכן נודיע על כך כשהתביעה מאושרת ומרגע זה לפי ס'11(א) יש לקבוצה **45 ימים** להודיע על יציאה מהקבוצה או מועד מאוחר יותר שיקבע ביהמ"ש.
* **מרגע בקשת הפשרה**: גם בפשרה הקבוצה כפופה לסעד שלעיתים לא יעיל עבורם ומנגד הם יכולים לנהל הליך אישי בוודאי אחרי שהוכרע כי נפגעה זכות. לכן, יש חובה לתת זכות יציאה שלא יוצרת מעשה בי"ד. ניתן לצאת מהקבוצה תוך **45 ימים** מרגע פרסום **הודעת** הפשרה לפי ס'18(ו)+18(ד) וניתן לקבוע הסדר יציאה בהסדר פשרה עצמו לפי ס'19(ד)(1). ביהמ"ש רשאי להורות על כך.

**הבעיה:** מי שיוצא הוא מי שלא משתלם לו להישאר🡨**בעל הנזק הגבוה** בעל תמריץ לתבוע באופן פרטי. לכן, כשיוצאים מהקבוצה ממוצע הנזק יורד אך התביעה נשארת על אותו סכום. הניזוקים שיצאו יתבעו בהליך פרטי וכך הנתבע משלם יותר. זה חשש שלא מתממש בארץ והוא תיאורטי. רלוונטי בעיקר לנזקי גוף (נזקים גבוהים ואינדיבידואליים) כפי שעלה במפרץ חיפה. דיויד רוזנברג הציע מנגנון no opt – במקרים בהם הנזק רחב ואפשר לעשות ממוצע נחייב את כל חברי הקבוצה להישאר ולא נאפשר תביעות אישיות. ג'ון קופי מציע שחבר קבוצה שיוצא בשלב הפשרה ישלם לעו"ד מס שכר.

**מעשה בי"ד:**

כשהתביעה נדחית: יש מעשה בי"ד **כלפי התובע/ מי שביקש להצטרף להליך** כי היה מיוצג, אך לא כלפי הקבוצה.

פס"ד שטרן נ' Verifone: וריפון הטעתה בדוחות הכספיים שלה והתהלו על כך תביעות ייצוגיות בישראל וארה"ב. בארה"ב יותר קשה להוכיח (צ"ל כוונה להטעות) ובישראל יש משטר של אחריות קפידה (בלי י"נ). לכן, הפשרה בארה"ב נמוכה יותר וביקשו שתוחל גם בישראל. שטרן הגיש התנגדות להסדר פשרה וביקש להוציא ממנו את הישראלים אך ביהמ"ש דוחה את הטענות. בישראל הוא גם טוען שאין לאכוף את הפס"ד. הש' גרוניס טוען שכלפי שטרן יש מעשה בי"ד כי קיבל את יומו באופן אישי- **קבעו נגדו החלטה**. אך **למי שלא ניתנה הזדמנות להתנגד לפשרה ולא ידע עליה לא יהיה כנגדו מעשה בי"ד**. הודעת הפשרה של ארה"ב פורסמה באנגלית ואז תורגמה לא נכון, ולכן לשאר הישראלים אין מעשה בי"ד.

מעשה בי"ד כלפי קבוצה: כשיש פס"ד **חלוט או בפשרה** בכפוף לדרישת היידוע לפי וריפון. לפי בר על קבוצה **עתידית** לא חל מעשה ב"יד.

הסתלקות/ דחיית הבקשה: **לא יוצר מעשה בי"ד** כי אין קבוצה. אך הגשת בקשה זהה לזו שנדחתה מהווה מעשה לא יעיל והוגן לפי ס'8(א) ולכן אולי תידחה על הסף בכפוף להגנה לפי ס'6 לפקנ"ז. ביהמ"ש ידון בבקשות חוזרות רק אם יוכח שקיים בהן דבר נוסף שלא היה קיים בבקשה שנדחתה.

עבור התובע או מי שביקש להצטרף להליך מרגע אישור הבקשה חל מעשה בי"ד.

9. פשרה והסתלקות:

הסדר פשרה והסתלקות שולל מהקבוצה את הזכות לאוטונומיה לפי שטיין.

**הסתלקות**: לפי ס'16 הסתלקות זה הסדר שמסיים את ההליך באישור ביהמ"ש וניתן לאשר גם גמול ושכ"ט. ביהמ"ש לא יאשר הסתלקות כשיש תביעה טובה. להסתלקות שני שלבים: 1. בקשה להסתלק 2. אם הבקשה אושרה יחליטו האם יאותר מחליף.

* הסתלקות מתוגמלת: ההליך נגמר והתובע מושך את התביעה אך הנתבע משלם גמול ושכ"ט.
* לא מתוגמלת: ההליך נגמר ללא גמול ושכ"ט.
* הסתלקות המתגמלת את חברי הקבוצה: מסתלקים מההליך בתמורה לסעד לקבוצה.

ההבדל בין הסתלקות לפשרה: מעשה בי"ד. בהסדר פשרה יש מעשה בי"ד ובהסדר הסתלקות אין מעשה בי"ד. אפשר להגיש שוב תביעה.

בהליך רגיל הצדדים מתפשרים כי הם רציונליים ומבחנים את טווח הסיכון ועלויות ניהול ההליך. במעל ל90% מההליכים מתפשרים. בהליך הייצוגי יש בעיה בשני סוגים של פשרות לפי המאמר של חי ורוזנברג:

* **Sweetheart deal- פשרה נמוכה מידי:** לתובע/ ב"כ יש תמריץ להתפשר על סכום נמוך מידי כדי לחסוך את עלות ניהול ההליך. התובע עושה זאת משום שהוא משלם את כל העלויות אבל מפנים חלק מהתועלת. כשיש פשרות נמוכות זה פוגע בתכלית **גישה לערכאות** **והרתעה** של התובענה הייצוגית.
* **Blackmail settlement- פשרה גבוהה מידי:** תביעות סרק (NEV) המעודדת את הנתבע להתפשר על סכום גבוה מידי. אם לא הייתה אופציה להתפשר התביעות לא היו מוגשות. הנתבע מעדיף לשלם קצת כדי לסלק את התביעה מאשר לשלם הרבה בהליך. פוגע ביעילות ובהוגנות.

הפשרה יעילה מצד אחד כי היא **חוסכת עלויות משפט** ומצד שני גורמת להגשת תביעות סרק ובכך **יוצרת עלויות משפט**. הדרך להתמודד עם תביעות סרק זה תשלום **אגרה** על הגשת תובענה ייצוגית, אך היא גם מפחיתה הגשת תביעות אמיתיות. קלמנט הציע פתרון:

1. יישום דווקני של הפרוצדורה בחוק (ס'18-19 בדבר אישור פשרה וקביעת גמול ושכ"ט) ומינוי בודק שיבחן זאת
2. יצירת תמריצים ראויים לשופט לא לאשר תביעות כאלה
3. הנתבע יקבל הגנה לתוכן הפשרה בתובענה אם יוכיח שעמד במנגנון ובפרוצדורה. כלומר אם עמד בתנאים לא ניתן לתקוף אותו בנוגע לתוכן (מעין BJR).

לרוב הליך ייצוגי יסתיים בהסתלקות מתוגמלת להעדפת ביהמ"ש ולא פשרה כי (הפרוצדורה יותר ארוכה) **מעלה חשש לבעיית נציג**.

בעיית נציג: כשיש נתק בין הבעלות במשאב והניהול שלו. בעלי האינטרסים (הקבוצה) לא נוכחים בהליך. בפשרה לעו"ד יש יכולת להשפיע על קביעת שכ"ט בשורה מפס"ד. זה בסדר שהעו"ד ישאף לקצר את ההליך, אך הבעיה נוצרת כשהעו"ד מוכר את הקבוצה ומפר את כללי האתיקה. בנוסף, כשיש **סעדים בעין** כמו תרומות או קופונים ניתן להטות את סכום הפשרה כך שיראה גבוהה לגביית אחוז שכ"ט. ס'18(ז)(2) קובע איסור הסכם בין הצדדים על שכ"ט וגמול, רק המלצה. הבעיה: זה לא מעשי וזה קורה בכל זאת. צריך פיקוח של ביהמ"ש

תביעות סרק: תביעות שלא מקיימות את ס'8(א) לחוק בדבר **אפשרות סבירה** שהתביעה תתקבל. אך מתפשרים בכל זאת מכמה סיבות:

* אין פיצוי על מוניטין: חברות מפחדות שעצם הגשת התובענה תפגע בשם ויהיה קשה לשקם את שמם הטוב לאחר מכן.
* מעדיפים לשלם עכשיו מאשר להשקיע במשאבי ניהול ההליך
* תלות בשק"ד ביהמ"ש: חשש מהסיכוי הקלוש שהתביעה תוכרע לצד התובע לאור התלות בשופט.

לכל אלה קוראים "**ערך מטרד**"- הגשת תביעה כדי לייצור מטרד לתובע ולגרום לפשרה בסכום נמוך. ככל שההליך יסתיים מהר יותר כך תהיה יותר היתכנות לפשרה. כשההליך נמשך סיכוי התובע פוחת כי התביעה לא טובה וכבר יש עלות שקועה בניהול ההליך. עורכי דין יכולים להכניס המון כסף מההסתלקויות. "אלוף ההסתלקויות השנתי"- עורך דין שהסתלק בהכי הרבה תיקים.

לנתבע הסתלקות טובה כי הוא קונה פוטנציאל לשקט בזול (אין מעשה בי"ד). לטובת הנתבע עדיף שלא יהיו התפשרויות כי במצב כזה התובע לא היה מנהל את ההליך מלכתחילה. אך העו"ד תמיד ימליץ להתפשר כדי לקנות שקט בזול.

בעניין פסטה נונה נקבע שאין לעשות הסתלקות מתוגמלת כמנגנון התמודדות עם **NEV** ומתן שכ"ט וגמול בהסתלקות יהיה **חריג מאוד**. בעניין מרקיט נקבע שאין לעשות הסתלקות מתוגמלת כמנגנון התמודדות עם **סוויטהארט סטלמנס**. כך ניסו להפוך את האיום לאמין.

הבעיה בתביעות סרק: **פוגע ביעילות המשק** (החברות שמות כסף בצד כביטוח תובענות במקום להשקיע בשוק), **גורם להתנהגות מגננתית** (על כך עסקה יהיה מנגנון פיקוח דווקני מהחשש להיתבע) ופוגע **בהרתעה** (ככה או ככה יתבעו אותי אז מה אכפת לי). לפי ברון במרקיט הן גם גורמות **לזילות ההליך** הייצוגי ועלויות ההסתלקות יכולות **להתגלגל** לחברי הקבוצה ולציבור כולו.

הקשיים: קושי להעריך את סיכויי התביעה והנזק שנגרם לקבוצה וקושי להעריך את שווי הפשרה. אנחנו לא יודעים מעצם הנטייה להתפשר האם מדובר בתביעת סרק או בתביעה ראויה.

אופן הפשרה: ס'19 קובע איך יתבצע אישור הסדר הפשרה. לפי ס'19(א) הפשרה צריכה להיות יעילה, הוגנת וסבירה בהתחשב בענייני הקבוצה. יבחנו את הפער בין הסעד בהסדר לזה שהיה מתקבל בסוף, בסיכון והסיכוי בהמשך ניהול ההליך.

התמודדות עם בעיית פערי מידע: לפי ס'18(ב) יש לצרף לבקשת הפשרה **תצהירים של הצדדים ועורכי הדין** וכל מה שמתקבל במסגרת הסדר הפשרה חייב להופיע בתצהיר. בפועל התצהיר דל ולא מגלה הרבה מידע. לא עוזר בהערכת היעלות אלא רק מפחית חשש לניגוד עניינים. בנוסף, לפי ס'19(ב) יש **למנות בודק להסדר הפשרה** שיבחון האם ההסדר ראוי לחברי הקבוצה וטובתם בלבד. הבודק צריך לבחון האם הפשרה ראויה (מומחיות בסטטיסטיקה, ראיית חשבון וכלכלה) אבל זה **לא מיושם** ובפועל מוצאים טעמים למה לא למנות. למשל, בעניין סבו ביהמ"ש הציע את הפשרה ולכן לדעת השופטים לא יכול להיות שההצעה לא ראויה.

פיקוח על הפשרה: לפי ס'19(ד) ביהמ"ש יכול לקבוע הסדרים ופיקוח על יישום הסדר הפשרה באמצעות מינוי מפקח/ הצמדת שכ"ט למימוש הפיצוי של חברי הקבוצה/ חיוב העברת יתרה לפי ס'20(א)(3).

**הסתלקות** יוצרת חשש **מתביעות סרק** **ופשרות** יוצרות חשש **לבעיית נציג**. אחרי שהבקשה אושרה ביהמ"ש בחן הלימה למבחנים בס'8 ולכן פחות נחשוש מתביעות סרק, אלא בעיית נציג וההפך. יש ארבע סוגי פשרות לפי יצירת מעשה בית דין ושלב ניהול ההליך:

1. **פשרה לפני אישור הבקשה לניהול תובענה**: בוחנים את אישור התובענה לפי ס'8,4,3 שמסנן NEV ובחונים את הפשרה לפי ס'19+18. החשש לתביעות סרק מופחת אך עדין מתקיים חשש לבעיית סוויטהארט סטלמנט.
2. **אישור פשרה אחרי אישור התביעה**: מעוררת בעיית נציג כי יש לתובע עלויות שירצה להימנע מלשלם בהליך.
3. **אישור הסתלקות לפני בקשת האישור**: ביהמ"ש רשאי להציע מציאת מחליף. ביהמ"ש לא כפוף לבחינת ההסדר לפי החוק (קלמנט).
4. **אישור הסתלקות אחרי בקשת האישור**: ביהמ"ש חייב לדרוש פרסום עבור מחליף. אם התביעה אושרה ראוי שתתנהל.
* גמול על הסתלקות: תיקון 10 לס'16 מחיל את הרעיון של פסטה נונה לפיו המסתלק לא יקבל טובת הנאה אלא באישור ביהמ"ש שיבחן האם יש **עילה לכאורה** לפי ס'8(א) ולא מדובר בתביעת סרק (הפער בין הסעד שהיה מתקבל לסעד המבוקש) ויבחן האם יש **תועלת לקבוצה** (קונקרטית ורלוונטית) בהגשת התביעה. לפי כך יפסוק או שלא. אם יפסוק שכן לדעת קלמנט יש לבחון את התשלום לפי השיקולים בס'22-23.
* גמול על פשרה: ביהמ"ש יאשר פשרות שעמדו בהליך הפרוצדוראלי בלבד. הנטייה היא לפסוק שכ"ט גבוה יותר בפשרה מאשר בפס"ד כדי לתמרץ לסיים את ההליך וזה מהווה תמריץ יתר לפשרות (רייכהרט). אם הסכום גבוה לקבוצה הפשרה תאושר (סילברה).

10. ששכר טרחה וגמול:

בימה"ש מאשר שכ"ט לפי ס'23 לחוק וגמול לפי ס'22 לחוק. הרציונל לכך טמון בתועלות מול העלויות של ניהול התביעה.

* תועלת: **ללקוח** זכייה בסעד. התועלת **הישירה** מההליך היא סעד לקבוצה **והעקיפה** שצדדים שלישיים שגם יזכו בסעד והרתעה.
* עלות: **זמן שיפוטי** יקר (עלות חברתית) ניתן להתמודד עם העלות באמצעות **אגרה** ובכך להפחית את תביעות הסרק ע"י הפנמת העלות. עלות נוספת היא **הזמן של שני עורכי** הדין (עלות אלטרנטיבית). העלות לתובע היא **ההוצאות** בהליך (חוו"ד וראיות).

סוגי תובעים: תובע שלא נושא סיכון (דחליל) משום שהעו"ד איתר את כל המידע כמו בעניין ש.א.מ.ג.ר. תובע יזם שלא נושא הוצאות ויש בידיו ראיות כמו בעניין אשל היאור. בנוסף יש תובע שאיתר את העוולה, אך ההליך כרוך בהוצאות הוכחה גבוהות (תנובה עילת המחיר המופרז).

כלומר כדי לעודד תביעות יש לייצר תמריצים אופטימליים כך שלא יגרמו לתביעות יתר אבל יתמרצו הגשת תביעות טובות.

**שכר טרחה:**

* שכ"ט לפי שעות: יגרום לב"כ להשקיע יתר זמן בתיק ולבזבז זמן שיפוטי יקר ומהווה תמריץ חסר להגיע לפשרה.
* שכ"ט לפי אחוזים: תמריץ יתר להת0פשרות ותמריץ חסר להשקיע שעות עבודה. בשלב מסוים כל שעת עבודה נוספת לא משתלמת.

גם **לשופט** יש בעיית תמריצים לסיים את ההליך כמה שיותר מהר וגם **לב"כ הנתבע** יש בעיית תמריצים מהצד שלו.

פתרון: שכר שעתי מותנה הצלחה וסיכוי כך שמחלקים את השכר השעתי בהסתברות להצליח. בנוסף, ניתן לייצר יעילות על ידי השוואת הפנמת העלויות להפנמת התועלות כך שתהיה הפנמה מלאה (עקרון ההפנמה היחסית).

עקרון ההפנמה היחסית: הפנמה מלאה זה מצב בו מפנימים את כל העלויות וכל התועלות. אם העו"ד יהיה גם מייצג וגם תובע יש לו **תמריץ אופטימלי** לניהול ההליך ולכן לכאורה זה הכי יעיל. אך לעורך דין אין סעד, הוא מפנים רק את החלק שלו ולכן זה פוגע בסעד לקבוצה. ניתן ליצור לעו"ד **הפנמה חלקית** של העלויות ע"י תשלום חלקי על **העלות האלטרנטיבית** שלו (זמן) בפרופורציה שמשלימה לתועלת הקבוצה. כך הוא גם לוקח חלק מההוצאות ועבודתו הכי יעילה. זה דומה לקופה המשותפת. הוא מפנים רק חלק מהתועלת אבל גם רק חלק מהעלות כי חברי הקבוצה משתתפים בעלויות באופן פרופורציונלי ולכן זה מצב יעיל.

בפס"ד רייכרט נקבע ששכ"ט יקבע לפי אחוזים. שיטת הloadstar נדחתה (מקבלים שכ"ט רק אם מצליחים בהליך ומכפילים את התוחלת לפי הסיכון כך שככל שהסיכון יותר גבוה ככה בזכייה מקבלים יותר. למשל, כשיש 50% להרוויח 50 הרווח מההליך יהא 100). האחוזים לעניין שכ"ט יקבעו לפי:

1. **ככל שסכום הזכייה גדל כך אחוז שכר הטרחה קטן** (מדרגות הפחתה כך שבטווח סכום יותר גדול מקבלים פחות).
2. **לפי שלב ניהול ההליך**. ככל שההליך הסתיים בשלב מאוחר יותר כך נקודת ההנחה היא שהושקע בו יותר עבודה והאחוזים יגדלו.

 דוקטרינת הקופה המשותפת של דיני עשיית עושר: אם אדם מנהל הליך שהצמיח תועלת ישירה לצדדים שלישיים הוא רשאי לגבות מהם דמי השתתפות בהצלחת ההליך. דוקטרינה הקיימת בארה"ב.

אחוזי שכר הטרחה יקבעו לפי הקריטריונים בס'23(ב) לחוק: (1) התועלת לקבוצה (2) מורכבות ההליך (3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית (4) אופן ניהול ההליך (5) הפער בין הסעד המבוקש לסעד שנפסק שמטרתו הפחתת תביעות מנופחות. הצדדים מגישים לביהמ"ש **המלצה** לשכ"ט והוא צריך לאשר/ לקבוע סכום אחר/ לשלוח את הצדדים להמלצה אחרת כפי שקרה בעניין באזן שם הצדדים הסכימו על 50% שכ"ט וגמול וביהמ"ש החזיר אותם לקבוע מחדש. לפי ס'23(ד) השכר **מותנה במימוש פסק הדין ובהשלמת ביצועו** כדי להתגבר על בעיית המימוש והשווי הריאלי (קופונים). ניתן לקבוע שכ"ט חלקי לפי שההליך הסתיים בהינתן שק"ד לפי ס'23(ג).

**גמול**:

התובע המייצג בסיכון גדול יותר מעורך הדין בגלל הוצאות המשפט ולכן מחשבים גמול ושכ"ט אחרת.

ביהמ"ש קובע את הגמול לפי הקריטריונים בס'22(ב) לחוק: (1) הטרחה והסיכון בהגשת התובענה ובניהולה. במיוחד אם הסעד הוא סעד הצהרתי. (2) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה (3) מידת החשיבות הציבורית מהתובענה הייצוגית. לפי ס'23(ג) ביהמ"ש יכול לתת גמול גם אם התובענה הייצוגית לא הוכרעה לטובת הקבוצה לפי שק"ד.

**היחס בין גמול ושכ"ט בהסדר פשרה**: אם קביעת הגמול ושכ"ט בהסדר הפשרה בין הצדדים לא הולם את ס'22 וס'23 ביהמ"ש יכול לקבוע הסדר שונה. כך לצדדים יש תמריץ שההסדר ביניהם יותאם להסדר בחוק. הדרך לעקוף זאת היא להגדיל את הסכום לקבוצה ע"י תרומות/ קופונים אבל לשם כך יש את המנגנון בס'23(ד) המתנה את שכ"ט במימוש הסכום לקבוצה. זה אמור להיבדק ע"י בודק אך לרוב לא ממנים. ניתן לקבוע סכום שכ"ט וגמול מאוחד שיחולק בין התובע ובא כוחו לפי הערעור לעליון בעניין כהן ביטוח.

בעניין אשל היאור התובע ובא כוחו לא הגיעו להסכמה בנוגע לגמול ושכ"ט. גרוסקוף קבע שהתובע לא רשאי לפטר את עוה"ד אלא רק לצאת הקבוצה. משלוש סיבות. **סיבה דוקטרינרית**- ביהמ"ש כבר בחן את התאמת ב"כ לתפקיד ולאחר האישור לא ניתן לפטר. **סיבה מהותית**- מרגע פתיחת ההליך ב"כ שלוח של כל הקבוצה ולא רק של התובע המייצג. לא נרצה שניגוד העניינים ישפיע על קבלת החלטות בדרך לא ראויה ע"י איום לפיטורין. **סיבה מהותית**- יוצר קושי בהערכת השכר לב"כ שמשולם ע"י ביהמ"ש.