

**דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת
ההסדרים הקבועים בחוק תובענות
ייצוגיות, התשס"ו-2006**

מרץ 2023

תוכן עניינים :

3	מכתב פתיחה מאת יו"ר הוועדה
5	הצוות הבין משרדי
		תקציר מנהלים
12	א. הערכת מצב: חוק תובענות ייצוגיות
12	א.1. חוק תובענות ייצוגיות
17	א.2. התפתחות התובענות הייצוגיות לאורך השנים
23	ב. האתגרים שחוק תובענות ייצוגיות מציב
24	ב.1. תופעת תביעות הסרק
26	א. ריבוי בקשות ההסתלקות
31	ב. סכומי תביעה מופרזים בתובענה הייצוגית
33	ג. תחרות בין תביעות
34	ב.2. בעיית הנציג
36	א. סעד בעין במסגרת הסדרי פשרה
39	ב. שכר הטרחה והגמול
44	ג. גישור בתובענות ייצוגיות
47	ד. קושי במימוש הפיצוי על ידי חברי הקבוצה
48	ב.3. מערכת היחסים בין התובע הייצוגי ובא כוחו
49	א. עילה אישית
50	ב. חלוקת הסיכונים בין התובע הייצוגי ובא כוחו
50	ב.4. העילות להגשת תובענות ייצוגיות והגורמים הרשאים להגישן
50	א. העילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית
51	ב. הגשת תובענות ייצוגיות על ידי ארגונים
51	ב.5. תובענות ייצוגיות המתמקדות בנושאים שמפוקחים על ידי מאסדרים שונים
52	ג. תובענות ייצוגיות נגד רשות לפי פרט 11
52	1. פניה מוקדמת
53	2. הגבלת סעד ההשבה בתביעה נגד רשות
54	ד. המלצות הצוות
54	ד.1. בעיית תביעות הסרק
57	א. קביעת מנגנון לפניה מוקדמת
64	ב. ביטול חלק מהפטורים הקיימים במתווה האגרות
66	ג. התמודדות עם בעיית סכומי התביעה המופרזים בהגשת תובענות ייצוגיות
68	ד. הסדרת הסוגיה של הוצאות משפט
70	ה. התמודדות עם התופעה של "תובעים חוזרים"
70	ו. שינוי המתווה של תחרות בין תביעות
72	ד.2. בעיית הנציג
72	א. הסדרת שכר הטרחה והגמול
77	ב. התמודדות עם סעד בעין ותרומת מוצרים
80	ג. הסדרת הליך הגישור
82	ד. הסדרת סוגיית הפרסום לחברי הקבוצה

84	ד.3. מערכת היחסים בין התובע הייצוגי ובא כוחו
84	א. חלוקת הסיכונים בין התובע הייצוגי ובא כוחו
85	ב. דרישת "העילה האישית"
86	ד.4. הרחבת האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות
86	א. ביטול התוספת השניה לחוק או הוספת עילות נוספות
87	ב. הרחבת האפשרות להגשת תביעות על ידי ארגונים
88	ד.5. תובענות ייצוגיות המתמקדות בנושאים שמפוקחים על ידי מאסדרים שונים
89	ד.6. תובענה ייצוגית נגד רשות לפי פרט 11
89	א. פניה מוקדמת
93	ב. תקופת ההשבה בתובענה ייצוגית נגד רשות בפרט 11

מכתב פתיחה מאת יו"ר הוועדה

הריני מתכבדת להגיש את דו"ח הצוות הבין-משרדי שעסק בגיבוש המלצות לתיקוני חקיקה בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"). הצוות הוקם לאחר שנמצא כי בחלוף שנים מאז חקיקת החוק ולאחר שנצבר לאורך השנים ידע וניסיון מצד כל העוסקים בתחום, יש מקום לבחון בצורה מקיפה את ההתפתחות של כלי התובענה הייצוגית בישראל ואת התועלות שלו למשק, יחד עם האתגרים שהוא מציב, הן בפני הצדדים והן בפני הציבור וזאת לאור החשיבות הרבה הטמונה בכלי התובענה הייצוגית והרצון לעודד תובענות ייצוגיות ראויות.

הצוות התכנס בהרכבים שונים בהתאם לסוגיות שעלו ולאור היקפי הנושאים ומורכבותם. במסגרת עבודת הצוות פורסם קול קורא לקבלת התייחסות הציבור לתיקונים הנדרשים בחוק. בהמשך, נפגשו חברי הצוות עם גורמים חיצוניים אשר להם נקודות מבט מגוונות על החוק וזאת בטרם יגובשו המלצות הצוות ולצורך שקלול האינטרסים השונים שעל הפרק כדי שהאיזון ביניהם יהיה ראוי ונכון.

מבחינת מספרן של התובענות הייצוגיות בישראל, ניתן לראות שהחל מחקיקת החוק ישנה עליה דרמטית במספר התובענות הייצוגיות שמוגשות במהלך השנים. לצד העלייה בכמות התובענות הייצוגיות ניתן לראות מגוון רחב מאד של נושאים הנדונים בבתי המשפט אגב תובענות ייצוגיות ופיתוח פסיקה והלכות בתחומים שבעבר לא זכו לכך.

לצד היתרונות של מנגנון זה וקידומן של מטרות החוק, שאין חולק כי הושגו בחלקן, הרי שניתן להצביע גם על קשיים לא מבוטלים שהחוק יצר. מניתוח הממצאים שערך הצוות עלה כי אחת הבעיות המרכזיות הקיימות בתחום היא בעיית תביעות הסרק. בעיה זו מתבטאת בהגשת תביעות חסרות בסיס עובדתי ומשפטי וזאת לאור האפשרות הקיימת במסגרת תובענה ייצוגית לרווח מהיר הנובע מעצם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לצד זאת, קיימת תופעה של תובענות ייצוגיות רבות המוגשות ביחס להפרה של הוראות הדין, שערכן החברתי לרוב נמוך ומסתיימות בהסתלקות מן התביעה, תוך התחייבות הנתבעת לתיקון ההפרה. בעיה מרכזית נוספת שעלתה בניתוח הממצאים היא בעיית הנציג. כלי התובענה הייצוגית טומן בחובו, באופן אינהרנטי, בעיית ייצוג וזאת לאור המבנה של התובענה הייצוגית אשר מנוהלת על ידי נציגים, כאשר חברי הקבוצה אינם לוקחים חלק פעיל בניהול התובענה.

במסגרת המלצותיו, ביקש הצוות לתת מענה לקשיים אלו. כמו-כן, דן הצוות במספר נושאים נוספים כמו סוגיית הגישור בתובענות ייצוגיות, מערכת היחסים המיוחדים שבין התובע הייצוגי ובא כוחו, הגורמים הרשאים להגיש תובענות ייצוגיות והעילות להגשתן ותובענות ייצוגיות המוגשות נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק.

עבודה מקיפה זו לא היתה יכולה להתבצע בלעדי חברי הצוותים שהתמסרו לנושא, השתתפו בדיונים, ותרמו עד מאוד להבשלת ההמלצות. החברים השקיעו זמן רב בשמיעת כלל הגורמים, קריאת חומרי הרקע, השתתפות בדיונים שנמשכו שעות ארוכות ונדרשו לחשיבה משמעותית. השקעה זו של חברי הצוות ממרצם ומניסיונם המקצועי במסירות הובילה לגיבוש ההמלצות בדו"ח זה.

בראש ובראשונה ברצוני להודות למי ששימש כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), מר ארז קמיניץ, לגב' רני נויבואר, ראשת אשכול (אזרחי) שעמדה בראש צוותי המשנה, ולגב' ליאור ששון והגב' לירן חשין-ברוש, מרכזות תחום תובענות ייצוגיות במחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי), הן יחד הובילו את המלאכה המורכבת והביאו לגיבוש ההמלצות ולחיבור הדו"ח, נוסף על עיסוקן המשמעותי בגיבוש עמדות היועצת המשפטית לממשלה בתיקי תובענות ייצוגיות.

חברי הצוותים שתרכמו לתוצאה המבורכת ועל כן תודתנו נתונה להם :

חברי צוות המשנה שבחן את מנגנון התובענה הייצוגית: הגב' מיכל לייסר, מנהלת המחלקה למשפט העבודה, פרקליטות המדינה; הגב' מירב וולרשטיין, מנהלת המחלקה המסחרית, פרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי) (כיום פרקליטת מחוז תל אביב (אזרחי)); מר יואב שחם, המחלקה האזרחית, פרקליטות המדינה; הגב' הילה בוסקילה, הלשכה המשפטית, הנהלת בתי המשפט.

חברי צוות המשנה שבחן את ההגנות הניתנות לרשות מנהלית: מר עודד טאובר, המחלקה הפיסקאלית, פרקליטות המדינה (דאז); גב' מיכל רשף, ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מינהלי); מר אסף וכסלר, אגף תקציבים, משרד האוצר; הגב' תמר לומברוזו והגב' יעל נווה, סגניות בכירות ליועץ המשפטי, רשות המסים; הגב' אורית מלמד, ממונה לשכה המשפטית, משרד הפנים.

חברי צוות המשנה אשר בחן את היבטי האסדרה של החוק: הגב' חן פליישר, הלשכה המשפטית, בנק ישראל; מר ירון גולן, סגן בכיר ליועץ המשפטי, רשות שוק ההון, ביטוח וחסכון (דאז); הגב' לירון כהן דניאלי, מנהלת מערך אכיפה אזרחית, רשות ניירות ערך; הגב' אילנה מזרחי, הלשכה המשפטית, הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן; מר עופר מעוז, המחלקה המשפטית, רשות התחרות; הגב' אור אללו-פוקס, הלשכה המשפטית, המשרד להגנת הסביבה.

כמו כן תודתנו העמוקה לפרופ' אלון קלמנט, יועץ הצוות, שתרכם רבות לגיבוש ההמלצות, מידיעותיו, ניסיונו הרב ומחקריו הרבים בתחום.

נושא התובענות הייצוגיות מטופל במשרד המשפטים תוך שיתוף פעולה הדוק בין ייעוץ וחקיקה לבין הפרקליטות וזו הזדמנות עבורנו להודות לגב' אורית קוטב, משנה לפרקליט המדינה לעניינים אזרחיים, לגב' מיכל לייסר, מנהלת המחלקה למשפט העבודה, למר ישראל בלום, מנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה ולמר קמיל עטילה, מנהל המחלקה הפיסקאלית בפרקליטות המדינה על העשייה התדירה והעבודה הפורייה המשותפת בתחום זה כמו גם בתחומים אחרים.

לסיכום, אני סבורה כי יישום ההמלצות יביא לשיפור משמעותי בשימוש ראוי בכלי התובענה הייצוגית וכך, בין היתר, לצמצום מספרן של תובענות הסרק; ייעול הליך התובענה הייצוגית כך שתחומים מסוימים יסתיימו ללא צורך בפניה לבית המשפט; הגשת תובענות ייצוגיות איכותיות ומבוססות יותר; הגשת הסדרי פשרה ראויים יותר, תוך פיצוי אמיתי ומשמעותי לציבור ועוד.

לאחר קבלת הערות הציבור להמלצות המופיעות בדו"ח, בכוונתנו להביא את הדברים בפני שר המשפטים על מנת להציע בפניו את קידום תיקוני החקיקה העולים מהדו"ח.

בברכה,

כרמית יוליס

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (אזרחי)

הצוות הבין משרדי

במהלך חודש נובמבר 2020 הקים שר המשפטים דאז צוות בין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "הצוות" או "הצוות הבין-משרדי").

בשל מגוון הסוגיות הדורשות בחינה, הוחלט שהצוות יפעל במבנה של שלושה צוותי משנה: צוות משנה אשר יבחן את מנגנון התובענה הייצוגית; צוות משנה אשר יבחן את ההגנות הניתנות לרשות מנהלית לפי החוק וצוות משנה אשר יבחן את היבטי האסדרה של החוק.

חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק") נחקק במרץ 2006.¹ בדברי ההסבר לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 צוין כי התפיסה הכללית אשר אותה ביקש חוק תובענות ייצוגיות לקדם היא עידוד תובענות ייצוגיות ראויות על מנת לקדם אכיפה יעילה של החוק ומיצוי תביעות וזכויות של הציבור.² עוד צוין כי בצד היתרונות של כלי התובענה הייצוגית מתעוררים בו אף חסרונות שעיקרם נובע מעקרון הייצוגיות שעליו התובענה הייצוגית מושתתת וכי יש להתמודד כראוי עם ניסיונות לניצול כלי התובענה הייצוגית לעשיית רווח ללא השגת תועלת לציבור.

הצוות הוקם לאחר שנמצא כי בחלוף 14 שנים מאז חקיקת החוק ולאור הניסיון הרב בתחום, הגיעה העת לערוך בחינה מעמיקה של החוק ויישומו בשטח. לאור המעורבות הרבה של היועץ המשפטי לממשלה ושל המאסדרים השונים בהליכי תובענות ייצוגיות, הוחלט על הקמת צוות בין-משרדי שיבחן את הסוגיות השונות שהתעוררו לאורך השנים, כאשר הצוות יכלול נציגים העוסקים בנושא מזוויות שונות.

הצוות החל את עבודתו בחודש אוקטובר 2020. הצוות קיים דיונים בהרכבים שונים וזאת בהתאם לנושאים המגוונים שעמדו בפניו. על מנת לשמוע נקודות מבט נוספות לצורך גיבוש המסקנות, פרסם הצוות קול קורא ובו הזמנה לקבלת התייחסות הציבור לתיקונים הנדרשים בחוק. בעקבות פרסום זה התקבלו כ-26 הערות מגורמים שונים. עוד במסגרת עבודתו, נפגש הצוות עם גורמים חיצוניים רבים אשר נתנו כל אחד ואחד נקודת מבט שונה ומעניינת על החוק וזאת על מנת שהמלצות הצוות יגובשו מתוך תפיסת עולם מלאה, מורכבת ומאוזנת ככל הניתן. הצוות נפגש, בין היתר, עם שופטים בדימוס, מגשרים העוסקים בתחום, נציגות לשכת עורכי הדין, נציגי עורכי דין המייצגים תובעים ייצוגיים ונתבעים, נציגי המגזר העסקי ממספר ארגוני גג של עסקים ונציגי השלטון המקומי. דיונים אלה נמשכו לאורך תקופה ארוכה ולאורך שעות רבות. בנוסף, בשלב מתקדם של עבודת הצוות התקבלו התייחסויות של שופטים מכהנים (באמצעות הנהלת בתי המשפט) לסוגיות שעלו במסגרת עבודת הצוות. כמו כן, בחודש יוני 2021 מונה פרופ' אלון קלמנט מאוניברסיטת תל אביב, כיועץ חיצוני לצוות. הצוות מודה לכל אלה שתרמו מידיעותיהם ומומחיותם לעבודת הצוות ולגיבוש המסקנות.

¹ ס"ח 2054, 264.

² כן ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 234, 256 (להלן: "דברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית").

תקציר מנהלים והמלצות

תחום התובענות הייצוגיות, על מגוון השחקנים בו, יוצר אתגר רב להסדרה. השוק הוא שוק מבוזר, עם מגוון רב של משתתפים שונים, בעלי אינטרסים ופרספקטיבות שונות וההליך המתנהל נערך בין כותלי בית המשפט שלו שיקול דעת רחב בכל תיק המונח לפניו. האתגר של המערכת המבוזרת ומגוון השחקנים והאינטרסים מקשה על יצירת הסדר מונוליתי. ברי, עם זאת, כי קשיים שקיימים בתחום, עשויים להצטמצם עם טיפול נכון ובמקרים מסוימים אף עשויים לבוא לידי פתרון המלא.

בדיקה אמפירית של מספר התובענות הייצוגיות המוגשות מדי שנה הראתה כי מאז חקיקת החוק ישנה עליה דרמטית במספר התובענות הייצוגיות (להמחשה, בחמש השנים האחרונות הוגשו בממוצע כ-1,500 תובענות ייצוגיות בשנה). לצד זאת, מבחינת תוכן של התובענות הייצוגיות, ניתן לראות מגוון רחב מאד של נושאים הנדונים בבתי המשפט אגב תובענות ייצוגיות ופיתוח פסיקה והלכות בתחומים שבעבר לא זכו לכך. החוק אפשר את עיגון הנכון של התובענות הייצוגיות והרחיב את העילות והנושאים שבהם ניתן להגיש תובענות ייצוגיות. הרחבת הפרטים שבחוק אפשרה שינוי של ממש בסוגי התובענות הייצוגיות המוגשות והביאה לכך שגם תביעות שבעבר לא הצדיקו הגשת תביעה פרטנית, הפכו לכדאיות ובכך החוק הביא לאכיפה של הדין בתחומים שבעבר סבלו מתת אכיפה וכן לכלי דיוני המקדם מטרות ציבוריות. בכך, בין היתר, באה לידי ביטוי התפיסה כי הליך התובענה הייצוגית הוא הליך בעל חשיבות ציבורית אשר ביכולתו לתקן עוולות בתחומים רבים ולשמש ככלי לשינוי חברתי. בנוסף, ולא פחות חשוב, נראה כי התובענות הייצוגיות הביאו להפנמה של התנהגות מצייתת לחוק ועל כן נראה כי מנגנון התובענה הייצוגית אכן מהווה גורם מרתיע מפני הפרת הדין.

נתון מעניין נוסף נוגע למשקלן של תיקי התובענות הייצוגיות במערכת השיפוטית. ממחקר שנערך בחודש יולי 2021 במחלקת המחקר של הרשות השופטת עולה כי הדיונים בהליכים הייצוגיים הם מהדיונים ה"יקרים" ביותר, נכון להיום, מבחינת עומס על בתי המשפט והשקעת זמן שיפוטי בבתי המשפט.

לצד היתרונות והתועלות של מנגנון התובענה הייצוגית וקידומן של מטרות החוק, שאין חולק כי הושגו בחלקן, הרי שניתן להיווכח גם באתגרים משמעותיים שהחוק יצר. אופיו הייחודי של כלי התובענה הייצוגית מושתת על מערך תמריצים כלכליים לתובע הייצוגי ובא כוחו. כמובן, אין פסול בתמריץ הכלכלי והוא זה שמניע את התובענות הייצוגיות. עם זאת, התמריץ הכלכלי הטמון בחוק יצר בעיות מובנות שחלקן היה ידוע למחוקק כבר בעת חקיקת החוק.

הפחתת תביעות שאין בהן תועלת לציבור. מניתוח הממצאים שערך הצוות עלה כי אחת הבעיות המרכזיות הקיימות בתחום היא בעיית תביעות הסרק. בעיה זו מתבטאת בהגשת תביעות חסרות בסיס עובדתי ומשפטי וזאת לאור האפשרות הקיימת במסגרת תובענה ייצוגית לרווח מהיר הנובע מעצם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. החשש הוא שעל אף שמדובר בתביעת סרק, הנתבעות יעדיפו להתפשר ולשלם לתובע על מנת שלא יצטרכו לשאת בעלויות ניהול התביעה. פשרות מעין אלו מעודדות הגשת תביעות סרק נוספות, מטילות עומס על מערכת המשפט וכן פוגעות בנתבעות ובאינטרס הציבורי.

על תופעת תביעות הסרק ניתן ללמוד, בין היתר, מכמות התובענות הייצוגיות שאינן מסתיימות בפיצוי לציבור. ממחקר שערך פרופ' קלמנט, היועץ החיצוני של הצוות, עולה כי בין השנים 2016-2021, מתוך התיקים שהסתיימו ונכללו במחקר, רק בכ-22% מההחלטות השיפוטיות התוצאה היתה קבלת התובענה או סיומה בתוצאה המיטיבה עם הקבוצה המיוצגת (בפשרה, חדילה, או קבלת התובענה). בכל יתר התיקים שהסתיימו בשנים אלו, התובענה הסתיימה בהסתלקות התובע, מחיקה או דחיית הבקשה לאישור, דחיית התובענה הייצוגית וסילוק על הסף.

עם זאת, כבר בתחילת הדרך חברי הצוות סברו כי אין מקום להתייחס לכלל התביעות המסתיימות ללא סעד משמעותי לציבור, בייחוד בהסתלקות, כמקשה אחת ויש להבחין בין תביעות המסתיימות בהסתלקות כאשר מלכתחילה לא הייתה עילה ("תביעות הסרק"), לבין תביעות המוגשות ביחס להפרה של הוראות הדין ומסתיימות בהסתלקות תוך התחייבות הנתבעת לתיקון ההפרה. מבחינה של הסתלקויות אלו נראה כי ככלל, מדובר בתובענות המוגשות ביחס להפרה של הוראות רגולטוריות, לעיתים שולית, כאשר לא ברור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, אם בכלל. בתביעות אלו, ככלל, ככל שהנתבעת מוכנה לתקן את התנהלותה ביחס לעתיד, אין עוד טעם בניהול התובענה כייצוגית. שכן, כאמור, לא ברור האם נגרמו לחברי קבוצה נזקים המצדיקים מתן פיצוי. בדו"ח זה יכוננו תביעות אלו "תביעות קלות ערך".

הקטנת הסיכונים הנובעים מבעיית הנציג ושיפור הסדרי הפשרה. כלי התובענה הייצוגית טומן בחובו, באופן אינהרנטי, בעיית ייצוג וזאת לאור המבנה של התובענה הייצוגית אשר מנוהלת על ידי התובע הייצוגי ובא כוחו, כאשר חברי הקבוצה, לרוב, אינם שותפים בניהול ההליך. החשש העיקרי הוא מניגוד עניינים בין האינטרסים של התובע הייצוגי ובא כוחו לבין האינטרסים של חברי הקבוצה. חשש זה נובע מכך שהתובע הייצוגי ובא כוחו, אשר נושאים בכל עלויות ההליך, עלולים להעדיף את טובתם האישית ואת רצונם להשיא את הרווח האישי שלהם, על פני טובת הקבוצה והאינטרס הציבורי. על כן, בתובענה הייצוגית לצד התועלת שבה, טמונה סכנה לקבוצה והיא שעניינם לא ייוצג נאמנה על ידי התובע הייצוגי. בעיית הנציג מתעצמת כאשר הצדדים מגיעים להסדר פשרה, שכן בשלב זה, אין עוד יריבות בין הצדדים בתיק והצדדים מציגים חזית אחת ומבקשים - במשותף - מבית המשפט לאשר את הסדר הפשרה, כאשר חברי הקבוצה שהינם בעלי האינטרס, אינם שותפים למשא ומתן ואינם משפיעים על הסדר הפשרה המוצע. לכן, להבדיל מהליכים רגילים שבהם, ככלל, בית המשפט ייטה לאמץ הסדר פשרה, בפשרה שהושגה בתובענה ייצוגית, קובע החוק כי לא ייעשה הסדר פשרה אלא באישור בית המשפט וכי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

מהכרות מעמיקה של בקשות לאישור הסדרי הפשרה לאורך שנות טיפולו של היועץ המשפטי לממשלה בהם שבאה בפני הצוות, ההתרשמות של הצוות הייתה כי במקרים לא מעטים, הצדדים לתובענה מנסים להגדיל את שכר הטרחה והגמול מבלי להביא לשיפור משמעותי של הסדרי הפשרה. כך, בין היתר, מוכרת התופעה של הסדרי הפשרה המעניקים הטבות שונות לחברי הקבוצה, אשר ערכן מחושב באופן מנופח, ללא התחשבות בשאלה האם חברי הקבוצה מעוניינים בהטבות והאם הם אכן יממשו אותן בפועל שכן מדובר בהטבות שהנתבעת החליטה להעניק משיקולים שלה שאינם נוגעים לצורך או לרצון של חברי הקבוצה בהטבות אלו והן ניתנות ללא התחשבות בשאלת העלות בפועל לנתבעת (הסדרי "קופונים"). לרוב, הצדדים להסדר מציגים לבית המשפט את שווי ההטבה על פי מחיר ההטבה לצרכן ולא את עלות ההטבה בפועל לנתבעת, כאשר ניתן להניח כי קיים פער

משמעותי בין עלות השירותים לנתבעת לבין מחיר השיווק לצרכן. על כן, במרבית הסדרי הפשרה שכר הטרחה של ב"כ התובע הייצוגי נגזר מהשווי התיאורטי של ההסדר ולא מהעלות בפועל לנתבעת. פער זה מביא לכך שלצדדים יש תמריץ להציע פיצוי שאינו כספי, שכן מצד אחד הנתבעת תישא בסכום פיצוי נמוך יותר לקבוצה, ומהצד השני עורך הדין יוכל לקבל שכר טרחה גבוה יותר, על אף שהפיצוי אינו משמעותי וזאת לאור הפער האמור בין השווי התיאורטי של הפיצוי לבין שוויו בפועל.

עוד בעניין בעיית הנציג, דן הצוות בקושי הקיים פעמים רבות במימוש פיצוי על ידי חברי קבוצה במסגרת הסדרי פשרה או פסקי דין, גם במקרים שבהם נפסק פיצוי אישי לחברי הקבוצה. אחד מהקשיים נוגע לאופן פרסום הזכאות של חברי הקבוצה לקבלת הפיצוי, כאשר ברור כי אופן פרסום ההודעות לחברי הקבוצה הוא שיכריע פעמים רבות האם הפיצוי עליו הוסכם במסגרת הסדר פשרה או פסק דין יגיע בפועל אל חברי הקבוצה.

התאמת הליך הגישור לייחודיות שבתובענה ייצוגית. הליך הגישור חוסך התדיינות ארוכה בבית המשפט ועשוי להביא לתוצאות רצויות עבור הצדדים וחברי הקבוצה, בעזרתו של צד שלישי אשר נחשף לחומרים השונים של הצדדים ופעמים רבות מסייע בבירור העובדות ובהשגת פשרה הוגנת וראויה. לאור העלייה של הסדרי הפשרה המושגים באמצעות הליך גישור בשנים האחרונות, דן הצוות בסוגיה זו והתמקד, בין היתר, בחובות המוטלות על מגשר ובמורכבות עבודתו, בשים לב למאפיינים הייחודיים של הליך התובענה הייצוגית ולכך שחברי הקבוצה נעדרים מההליך.

הסדרת היחסים של תובע ייצוגי ובא כוחו. בשונה מהליך 'רגיל' שבו בעל הדין הוא 'אדון ההליך' ויכול להחליט כיצד לנהל את ההליך והאם להביא לסיומו ובאיזה דרך, בהליך הייצוגי הדברים הם שונים וההנחה היא שהתובענה הייצוגית נשלטת על ידי עורכי הדין ולא על ידי התובעים הייצוגיים. כמו-כן, במרבית המקרים תוחלת הרווח של עורכי הדין היא גבוהה יותר והם אלו שמחזיקים בדרך כלל בידע ובמומחיות הרלוונטית.

הרחבת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית. הצוות דן בסוגיית הגורמים הרשאים להגיש תובענות ייצוגיות והעילות להגשתן. כיום, אחד התנאים להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא שהבקשה מוגשת בשם המבקש להיות תובע מייצג, שנדרש להיות אדם בעל עילה אישית בתובענה. הדרישה לקיומה של עילה אישית מבטאת את ההעדפה שניתנה על ידי המחוקק לכך שבמסגרת ההליך יעמוד בפני בית המשפט נפגע ספציפי, שניתן יהיה להתרשם מהפגיעה בו באופן בלתי אמצעי. במסגרת הדיונים נדונה השאלה האם אכן ישנו צורך בתובע ייצוגי. בנוסף, נדונה הסוגיה של הגשת תביעות על ידי ארגונים. כיום, ארגון יכול להגיש תובענה ייצוגית בנושא המצוי בתחומי אחת מן המטרות הציבוריות שבהן הוא עוסק רק במקרה שבו יש קושי להגיש את התביעה בידי תובע בעל עילה אישית.

בעניין העילות להגשת תובענה ייצוגית, מפאת כוחה של התובענה הייצוגית והשפעתה הגדולה על הנתבעים, המחוקק לא יצר עילה כללית להגשת תובענות ייצוגיות אלא נבחר מודל מוגבל שבו נקבעות עילות בתוספת לחוק. במסגרת דיוני הצוות נדונה השאלה האם יש מקום לבטל את התוספת השניה לחוק על מנת לאפשר הגשת בקשות בכל הנושאים וכן האם יש מקום להרחיב את התוספת השניה ולהוסיף לה עילות. נושא שעלה בהקשר זה נוגע להרחבת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בגין פגיעה בפרטיות. כיום, תביעה בעילה לפי חוק זה אינה מהווה עילה נפרדת בתוספת

השניה לחוק, ועל כן ניתן להגיש תובענה ייצוגית בגין פגיעה בפרטיות רק כאשר היא נעשית במסגרת אחת ממערכות היחסית שבתוספת השניה (כאשר הרלוונטית ביותר היא יחסי עוסק ולקוח). עם זאת, לא כל תובענה בגין פגיעה בפרטיות נכנסת לאחת ממערכות היחסים האלו וכיום במקרים אלו, לא ניתן להגיש את התביעה כתובענה ייצוגית.

הגשת תובענות נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק. כידוע, במסגרת הליכי החקיקה, התעוררה מחלוקת בדבר הכללת הרשות בחוק. לבסוף הוחלט על מתווה פשרה לפיו תינתן אפשרות להגיש תביעות נגד הרשות, אך יהיה לה מעמד מיוחד בחוק. ההגנות לרשות נקבעו מתוך התחשבות בהשלכות התקציביות שעשויות להיות בעקבות הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות וכן בפגיעה באינטרס הציבורי הכרוכה בכך ובשירותים שנותנת הרשות לציבור. הדיונים בצוות נערכו לאור חלוף השנים מאז נחקק חוק תובענות ייצוגיות וכן לאור פסקי הדין שדנו באופייה הייחודי של התביעה לפי פרט 11 ודנו בהגנות של הרשות ובפרשנותן.

תקציר המלצות הצוות:

- **קביעת מנגנון לפנייה מוקדמת:** הצוות ממליץ על שילוב של שתי חלופות. האחת, קביעת חובה לערוך פניה מוקדמת בעילות שייקבעו בתוספת חדשה לחוק. בתוספת יכללו עילות אשר ברובן מסתיימות כבר היום בהסתלקות עם הסדרת הסוגיה כלפי העתיד בלבד וכן עילות קלות ערך שבהן הנזק לחברי הקבוצה, אם נגרם, אינו משמעותי. השניה, קביעת מסלול ייחודי לתביעות לצו עשה, צו מניעה או סעד הצהרתי ללא פיצויים שתכליתן אכיפת החוק, תוך שילוב מנגנון של פניה מוקדמת בתביעות אלו.
- **אגרות בפרט 9 לתוספת השניה:** הצוות ממליץ על ביטול הפטור הקיים בתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007, ביחס לפרט 9 לתוספת השניה לחוק הנוגע לענייני נגישות אנשים עם מוגבלות.
- **ביטול הפטור מחלקה השני של האגרה:** הצוות ממליץ על ביטול הפטור הקבוע בתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007 מתשלום חלקה השני של האגרה מטעמים מיוחדים שיירשמו בהסדר פשרה ובבקשת הסתלקות.
- **הסדרת סוגיית הוצאות משפט על תובעים ייצוגים ובאי כוחם:** מוצע לקבוע חובת הטלת הוצאות משפט סבירות והוגנות (למעט במקרים שבהם מתקיימים טעמים מיוחדים), כאשר ברירת המחדל תהיה חיוב בהוצאות על בא כוח התובע הייצוגי ולא על התובע הייצוגי וזאת לאור התפקיד הדומיננטי של עורך הדין בניהול התובענה הייצוגית ומתוך הכרה ביחסים המיוחדים שבין התובע לבא כוחו. בנוסף, במקרים חריגים יוסמך בית המשפט להטיל הוצאות גם על התובע הייצוגי ולא רק על בא כוחו, בהתאם לרשימת שיקולים פתוחה שתיקבע.
- **התמודדות עם בעיית סכומי תביעה מופרזים:** על מנת להתמודד עם התופעה של הגשת תובענות ייצוגיות בסכומים מופרזים ולאור פערי המידע בין הצדדים המקשים על התובע הייצוגי להעריך בעת פתיחת ההליך את הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה, המלצת הצוות היא בחירת חלופה אחת מבין שתיים. האפשרות האחת היא כי התובע הייצוגי לא יציין את סכום התביעה לחברי הקבוצה אלא יציין רק את סכום תביעתו האישית והאם

התובענה היא בסמכות בית המשפט השלום או המחוזי. האפשרות השניה היא כי התובע הייצוגי לא יציין את סכום תביעתו בגין הנזק הלא ממוני.

- **ציון מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בידי תובע ייצוגי:** לעניין התמודדות עם תופעת "התובעים החוזרים", המלצת הצוות היא לחייב תובעים ייצוגיים לפרט במסגרת הבקשה לאישור את מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו על ידם, על מנת שבית המשפט והצדדים יהיו מודעים לכך.

- **תחרות בין תביעות:** על מנת להביא להגשת תובענות ייצוגיות איכותיות ומבוססות יותר, הצוות מבקש לבחון את ההצעה שלפיה תיקבע תקופת זמן לאחר הגשת תובענה ייצוגית שבה ניתן יהיה להגיש בקשות נוספות לאישור תובענה ייצוגית באותו עניין, כאשר בסוף התקופה שתיקבע, לבית המשפט יהיה שיקול דעת רחב לבחור את התביעה הטובה ביותר ואת עורך הדין המוביל. בתביעות בניירות ערך בית המשפט יתייחס גם לשיקול של מי הוא התובע בעל האינטרס הכלכלי הממשי ביותר בפיצוי.

- **תרומות מוצרים:** הצוות ממליץ על תיקון חקיקה לפיו לא תתאפשר תרומת מוצרים וככל שיוחלט על תרומה במסגרת הסדר פשרה, תהיה חובה להעביר תרומה כספית לקרן לחלוקת כספים שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק.

- **התמודדות עם הסדרי "קופונים":** הצוות ממליץ על תיקון החוק כך שצדדים להסדר פשרה המבקשים להציע סעד בעין:

- במקרה שבו סעד אישי הוא מעשי, הצדדים יצטרכו להציע במקביל גם חלופה של פיצוי כספי. ברירת המחדל תהיה פיצוי כספי ככל שחבר הקבוצה אינו מודיע כי הוא מעוניין בסעד בעין.

- במקרה שבו סעד כספי אישי אינו מעשי, הצדדים יצטרכו להציע גם הצעה חלופית להעברת כספים לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק, כאשר לבית המשפט בעת בחינת הסדר הפשרה תהיה אפשרות לבחור בין שתי האפשרויות שהציעו הצדדים.

- **קביעת כללים אחידים וברורים לגמול ושכר טרחה:** מוצע כי ייקבע שיעור קבוע של שכר הטרחה והגמול יחדיו בהתאם לתועלת הממשית שהושגה מההליך לקבוצה, בכפוף לביצוע בפועל של פסק הדין. מתווה זה נותן וודאות לצדדים והוא פשוט לחישוב. בנוסף, בהתאם למתווה זה, קיים קשר ישיר בין הפיצוי של חברי הקבוצה לבין שכר הטרחה, כאשר קשר זה מתמרץ את עורך הדין להשיא את הפיצוי לחברי הקבוצה שכן כך הוא פועל גם להשאת שכרו.

עוד מוצע לקבוע כי שיעור שכר הטרחה ייקבע מהסכום הכספי שהנתבעת הצהירה שתעניק לחברי הקבוצה בפיצוי כספי או בהעברת הכספים לקרן לחלוקת כספים ככל שלא מעשי לאתנם ולא מהשווי המוצג של הסעד בעין.

בית המשפט ייקבע את החלוקה בין הגמול לשכר הטרחה בהתאם למידת מעורבות התובע הייצוגי בתיק. לצורך כך, על התובע הייצוגי ועורך דינו יהיה להציג בפני בית המשפט במסגרת ניהול ההליך את הסכם הייצוג.

- **קביעת מנגנון מסודר לאישור הסדר פשרה על ידי מגשר:** קביעת מנגנון לאישור הסדר פשרה על ידי מגשר שבמסגרתו יחולו חובות פירוט וגילוי על המגשר במקרים שבהם הוא ערך בירורים עובדתיים עם הצדדים ונחשף לנתונים, הגלויים לצדדים להליך, הנחוצים

לשם חישוב סכום הפשרה, אשר שימשו בסיס להסדר הפשרה. בנוסף, מוצע לערוך תיקון בתקנות הגישור כך שייקבע במפורש כי בגישור בהליך ייצוגי על המגשר יהיה לבחון גם את האינטרסים של חברי הקבוצה ולהגיש לבית המשפט רק הסדר שהוא הוגן וראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

- **פרסום הפיצוי לחברי הקבוצה**: המלצת הצוות היא לקבוע חובת פרסום באמצעים הדיגיטליים של הנתבעות או באמצעי הקשר של הנתבעת עם קהל לקוחותיה, במקרים המתאימים. בנוסף, מוצע לבחון לקבוע כי ההודעות לחברי הקבוצה יפורסמו גם באתר אינטרנט ייעודי שנתבעות יפרסמו בו ללא עלות.
- **הגשת תובענות ייצוגיות בידי ארגונים**: המלצת הצוות היא לבטל את דרישת הקושי להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילה אישית, הקבועה בסעיף 4(א)(3) לחוק בכל הנוגע להגשת תביעות על ידי ארגונים, כאשר על הארגון יהיה להראות שנגרם נזק מיוחד לאחר מחברי הקבוצה או שקיימת אפשרות סבירה לנזק כאמור.
- **הרחבת האפשרות להגשת תובענה ייצוגית בגין פגיעה בפרטיות**: המשך בחינת האפשרות להוספת פרט נפרד לחוק הגנת הפרטיות, תוך בחינת היקפו.
- **תקופת ההשבה של הרשות בתביעה בפרט 11 לתוספת השניה**: המלצת הצוות היא לאמץ את הפתרון שהוצע במסגרת הדיונים על התכנית הכלכלית לשנים 2021 ו-2022, שם הוצע לתקן את סעיף 21 לחוק ולקבוע שתקופת ההשבה תהיה מוגבלת ל-24 החודשים שקדמו להגשת בקשת האישור, אלא אם כן הבקשה אושרה כייצוגית והרשות לא הפסיקה את הגבייה. במקרה זה, בית המשפט יהיה רשאי לחייב את הרשות בנוסף לתקופת ההשבה המוקדמת, גם בהשבה החל ממועד אישור התובענה הייצוגית.
- **קביעת חובת פנייה מוקדמת לרשות**: בעניין זה, הצוות לא הכריע האם חובה זו תחול בתביעה לפי פרט 11 בלבד או בכל תובענה ייצוגית כנגד רשות.

הערכת מצב: חוק תובענות ייצוגיות

1.א. חוק תובענות ייצוגיות

תובענה ייצוגית היא הליך שנקבע בחיקוק שבו אדם או גוף תובעים בשם של קבוצת אנשים אחרים וזאת מבלי לקבל הסמכה מראש לפעול בשם אותם אנשים כדרישת הדין הכללי. התובענה הייצוגית מאפשרת אכיפה של זכויות במקרים שבהם אין תמריץ מספק להגשת תביעה פרטנית או במקרים שבהם תביעה כזו אינה יעילה, תוך שהיא מעניקה את הכוח לאדם לייצג קבוצה של אנשים מבלי שייפו את כוחו.

חקיקת החוק בשנת 2006, קודמה לאור החסמים בהגשת תביעות פרטניות ומתוך הכרה בתועלות של כלי זה ובמטרה לאפשר לציבור לאכוף את הזכויות המגיעות לו. משרד המשפטים קידם בזמנו הסדר מקיף להגשת תובענות ייצוגיות, לאחר שנקבע על ידי בית המשפט העליון שתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 אינה יכולה להיות בסיס להגשת תובענות ייצוגיות.³ החוק החליף גם את ההסדרים הפרטניים שהיו קיימים קודם לכן בחוקים שונים ואפשרו הגשת תובענות ייצוגיות בתחומי משפט מוגבלים בלבד ושיצרו אילוצים משמעותיים בנוגע להגשת תובענות ייצוגיות.⁴ החוק היה רפורמה של ממש בתחום ועיגן בחקיקה את ההסדר המפורט של הליך התובענה הייצוגית בישראל בחוק מסגרת כללי, תוך פירוט של הכללים החלים על ההליך. כפי שנפרט להלן, החוק אפשר הגשת תובענות ייצוגיות בפרטים מסוימים המנויים בתוספת השניה לחוק. להלן נפרט את עקרונותיו של החוק.

סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את מטרות התובענה הייצוגית: מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מפני הפרת הדין; ניהול יעיל הוגן וממצה של תביעות.

המחוקק לא קיבל את הגישה לפיה כל עילת תביעה מקימה זכות להגשת תובענה ייצוגית, על כן סעיף 3 לחוק תוחם את העילות להגשת תובענה ייצוגית לאלה המנויות בתוספת השניה לחוק. בהתאם לסעיף 30 לחוק, מוסמך שר המשפטים בהתייעצות עם שר האוצר ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת להוסיף עילות לתוספת השניה.

התוספת השניה מונה כיום 16 עילות להגשת תובענה ייצוגית. חלק מהעילות נקלטו כפי שהיו ערב חקיקת החוק מחוקים ספציפיים שבהם נקבעה תובענה ייצוגית, קודם לחקיקת החוק. אולם, חלק מהעילות הקיימות הורחבו בצורה משמעותית. כך, לדוגמא, הוסרה המגבלה להגשת תובענה ייצוגית נגד עוסק אך ורק בנוגע לעילות לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"). ההסדר הנוכחי מאפשר הגשת תובענה ייצוגית בכל התחום הצרכני (פרט 1 לתוספת), ללא הגבלה על עילה לפי חוק כזה או אחר. הרחבה נוספת היא האפשרות להגיש תובענה ייצוגית גם על ידי לקוח ולא רק על ידי צרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. הסדר דומה הוחל גם לגבי הגשת תובענה ייצוגית של לקוח נגד בנק או חברת ביטוח. דוגמא נוספת היא הרחבת ההסדר להגשת תובענות ייצוגיות בנושאים של איכות הסביבה ומפגעים סביבתיים. לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, ניתן היה לתבוע בתובענה ייצוגית בנושאים אלה סעד של צו מניעה בלבד ולאחר חקיקת החוק, נוספה אפשרות לתבוע גם סעד כספי, באופן היוצר תמריץ כלכלי להגשת תובענות ייצוגיות בנושא זה (פרט

³ דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005).
⁴ להרחבה ראו בדברי ההסבר לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 (להלן: "תזכיר חוק תובענות ייצוגיות").

6 לתוספת). החוק הביא להתקדמות משמעותית גם בתחום אכיפת דיני העבודה באמצעות התובענה הייצוגית. כך, נוספו עילות על פי חוק שכר מינימום, התשמ"ז - 1987 ועילות על פי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, וכן נקבעה עילת סל לגבי נושאים שבסמכותו של בית הדין לעבודה (פרטים 8-10 לתוספת). בנוסף, נקבעה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (פרט 7 לתוספת), התווספה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בתחום של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות (פרט 9 לתוספת) וכן נקבעה עילה ייחודית להגשת תובענה ייצוגית נגד רשות בגין גביה שלא כדין של תשלומי חובה (פרט 11 לתוספת).

סעיף 4 לחוק מונה את הגופים המורשים להגיש תובענה ייצוגית. הראשון הוא אדם שיש לו עילת תביעה המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם. בנוסף, החוק מאפשר הגשת תובענה ייצוגית בידי רשות ציבורית, בהתאם לרשימה הקבועה בתוספת הראשונה לחוק וכן בידי ארגון הפועל לקידום מטרה ציבורית בתחום שבו עוסקת התובענה הייצוגית. הארגון יוכל להגיש את התובענה הייצוגית אם שוכנע בית המשפט כי בנסיבות העניין קיים קושי להגיש את הבקשה על ידי אדם פרטי.⁵

סעיפים 5, 6 ו-7 לחוק עניינם בהליכים שונים הנוגעים להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית המשפט (להלן: "בקשה לאישור תובענה ייצוגית" או "בקשה לאישור"). מדובר בהסדר מפורט שנועד, בין היתר, ליידע את חברי הקבוצה הפוטנציאליים אודות הגשת הבקשה באמצעות פרסומה בפנקס התובענות הייצוגיות וכן לרכז תובענות ייצוגיות באותו נושא, במקרים המתאימים לכך, במסגרת הליך אחד בכדי לייעל את הדיון בתובענות ולמנוע פסיקות סותרות.

סעיף 8 לחוק קובע את התנאים לאישור תובענה ייצוגית. הוא מקנה לבית המשפט סמכות לאשר תובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו בה תנאים מוקדמים המבטיחים את אינטרס הציבור.⁶ מדובר בתנאי סף הנובעים מהייחודיות של התובענה הייצוגית ומהחשש להשפעות שליליות כאשר מדובר בתובענות שאינן ראויות או אינן מבוססות. כך, עולה חשש לפגיעה בחברי הקבוצה שאינם מיוצגים בהליך ומההשפעות של קבלת התובענה עליהם⁷ וכן עולה חשש לשימוש לרעה בכלי התובענה הייצוגית באמצעות הגשת תביעות סרק על מנת ליצור לחץ בלתי הוגן על נתבעות להתפשר על מנת לחסוך בעלויות הכרוכות בניהול תיק. בנוסף, תובענות ייצוגיות שהן תובענות סרק מזיקות למשק בכללותו שכן ניתן להניח שהעלויות שלהן מגולגלות אל הציבור בסופו של יום.

על מנת שהתובענה תאושר כיייצוגית על התובע להראות כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת הקבוצה, כי מדובר בדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת וכי קיים יסוד סביר להניח כי עניינה של הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

⁵ יצוין כי המועצה הישראלית לצרכנות רשאת להגיש תובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם פרטי (ראו סעיף 4(א)(3) לחוק).

⁶ אמנם התנאים הנקובים בסעיף 8(א) לחוק הם תנאי סף לאישור תובענה כיייצוגית, אולם גם כאשר הם מתקיימים, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת האם לאשר את התובענה כיייצוגית, בהתאם למכלול הנסיבות והשיקולים הרלבנטיים. ראו למשל בע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר**, פסי' 76 לפסק הדין של כב' השופט מלצר (נבו 4.9.2014) (להלן: "עניין פריניר"); ע"א 6007/21 **מסאלחה נ' עיריית עפולה**, פסי' 8-9 (נבו 26.12.2021); דני"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פסי' 160 לפסק דינו של כב' השופט מלצר (נבו 4.7.2021).

⁷ בהתאם לסעיף 24 לחוק פסק דין בתביעה לאחר אישורה יוצר מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה. לכן, פסק דין בתביעה שלא ייתן סעד ראוי לחברי הקבוצה יפגע בהם.

בנוסף על תנאים אלה, נקבעו הוראות נוספות לגבי אישור תובענות ייצוגיות נגד רשויות השלטון ונגד גופים פרטיים המספקים שירות חיוני לציבור, המביאות לידי ביטוי את אינטרס הציבור בתפקודן התקין.

סעיפים 11 ו-12 לחוק קובעים הסדרים בדבר היקפה של הקבוצה והכללתם או פרישתם של חברים ממנה, כאשר ברירת המחדל של החוק היא כי הגדרת הקבוצה מקימה חזקה שכל מי שחבר בקבוצה הסכים להגשת התובענה בשמו. סתירת החזקה מחייבת הודעה במעשה על רצון לצאת מן הקבוצה. הסדר זה מתאים לתביעות ייצוגיות שבהן אינטרס הפרט הוא יחסית פעוט, ולכן אין אינטרס חזק לפרט להגיש תביעה אישית או להודיע על הסכמתו המפורשת להכללתו בקבוצת התובעים. לצד זאת, החוק מאפשר במקרים החריגים המתאימים לכך ובתנאים הקבועים בחוק, לנהל תובענה ייצוגית במנגנון של הצטרפות, כך שהקבוצה המיוצגת תכלול רק אדם שנתן את הסכמתו הפוזיטיבית לייצוגו בהליך.

סעיפים 13, 14 ו-15 לחוק קובעים הוראות לגבי אישור התובענה הייצוגית. הם מעניקים, בין היתר, לבית המשפט סמכות לאשר תובענה ייצוגית בכל שינוי שיחליט עליו לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה וכן להורות על השתתפות של חברי הקבוצה וגופים שונים בדיונים בתובענה. כך מובטחת שקיפות של ההליכים וכן אפשרות פיקוח על התובע הייצוגי.

סעיף 17 לחוק מטיל חובה מפורשת על בא כוח התובע הייצוגי לפעול לטובת הקבוצה כאילו הייתה שולחתו.

סעיפים 16, 18 ו-19 לחוק נועדו להתמודד עם אחת הבעיות המשמעותיות ביותר בתובענה הייצוגית והיא בעיית הנציג של התובע הייצוגי ובא כוחו. כפי שיפורט להלן, בעיה זו מתחדדת בעת הסתלקות מהבקשה לאישור או התובענה וכן במסגרת הסדרי פשרה של התובע הייצוגי עם הנתבעת.⁸ בהקשר זה, חשוב להדגיש כי רוב התובענות הייצוגיות המאושרות להתנהל כייצוגיות, מאושרות במסגרת הסדר פשרה, וגם תובענות ייצוגיות בעלות סיכוי טוב להצליח מסתיימות לרוב בפשרה ולא מגיעות לשלב של הכרעה בתובענה לגופה. כמו כן, הליכים ייצוגיים רבים מסתיימים בהסדר הסתלקות.

החוק קובע הסדר מפורט שמטרתו לצמצם את האפשרות כי ההסתלקות מן התובענה וכן הסדר הפשרה יפגעו באינטרס של חברי הקבוצה כתוצאה מהסכמות בין התובע הייצוגי לנתבעת.

החוק מחייב פיקוח קפדני של בית המשפט על הבקשה להסתלקות, מחייב את אישור בית המשפט להסתלקות וכן מקנה אפשרות להחלפת התובע הייצוגי ובא כוחו במקרה שבו התובע הייצוגי מבקש להסתלק מהבקשה (סעיף 16 לחוק). בהמשך, בשנת 2016 תוקן חוק תובענות ייצוגיות (להלן: "תיקון מס' 10 לחוק").⁹ טרם התיקון, בסעיף 16 לחוק נקבע כי מבקש, תובע או בא כוחו לא יקבל טובת הנאה בקשר להסתלקותו אלא באישור בית המשפט. בתיקון מס' 10 לחוק, הוסיף המחוקק שני שיקולים שעל בית המשפט לשקול בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה בהסתלקות: האחד, אם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה כייצוגית, יש לבחון האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה. השני, על בית המשפט לבחון את התועלת שהביאה הבקשה לאישור

⁸ למען הבהירות, נתייחס במסמך זה ל"תובע ייצוגי" ו"נתבעת".
⁹ חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10), התשע"ו-2016, ס"ח 2567, 1079.

או התובענה לחברי הקבוצה. כלומר, הסתלקות מתוגמלת היא אפשרית אך מדובר בחריג לכלל ויש להיעתר לבקשות אלו רק במקרים המתאימים.¹⁰

בכל הנוגע להסדרי פשרה, סעיף 18 לחוק מחייב את אישור בית המשפט להסדר הפשרה. הסעיף ממשיך ומונה מגבלות לגבי הנושאים שיכללו בהסדר הפשרה, ובכלל זה הגמול לתובע הייצוגי ושכר הטרחה לבא כוחו. כמו-כן, קובע סעיף 18 לחוק כי לאחר שהוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, בית המשפט יורה על פרסום הבקשה וכן על העברת ההסדר לגורמים להם סמכות להגשת התנגדות להסדר הפשרה, ביניהם חברי הקבוצה והיועץ המשפטי לממשלה. לעניין סמכות זו, תיקון מס' 10 לחוק הרחיב, בין היתר, את מעגל הגורמים הרשאים להגיש התנגדות להסדר פשרה לכל אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה ולכל ארגון הפועל לקידום מטרה ציבורית בעניין התובענה וקבע כי אדם או ארגון שהגיש התנגדות לא יוכל לסלק את התנגדותו אלא באישור בית המשפט.

סעיף 19 לחוק קובע את התנאים המהותיים לאישור הסדר הפשרה כאשר בראש ובראשונה בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. החוק אף מטיל על בית המשפט חובת הנמקה מוגברת בהחלטתו לאשר או לדחות בקשה לאישור הסדר פשרה.¹¹ דרישה שהתווספה בתיקון מס' 10 לחוק היא כי התובענה עומדת לכאורה בתנאים לאישור תובענה ייצוגית, ככל שהסדר הפשרה הוגש בטרם אושרה התובענה כייצוגית. דרישה מהותית נוספת היא מינוי בודק בידי בית המשפט, שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת התובענה, אלא אם כן בית המשפט סבר כי חוות הדעת אינה נדרשת מטעמים מיוחדים שיירשמו.

סעיף 19 לחוק קובע גם את אופן הפיקוח על הסדר הפשרה. בתיקון מס' 10 לחוק נקבע כי בית המשפט רשאי לתת הוראות בדבר הגשת דין וחשבון על ביצוע הסדר הפשרה וכי רשאי הוא לקבוע כי תשלום שכר הטרחה יהיה מותנה, כולו או חלקו, במימוש הסדר הפשרה והשלמת ביצועו.

על מנת לעודד הגשת תובענות ייצוגיות לצורך קידום האינטרס הציבורי והמטרות המנויות בחוק, נקבעה מערכת של תמריצים כלכליים לתובע הייצוגי ובא כוחו. התמריצים נקבעו מתוך הבנה שהמטרה הציבורית תושג באמצעות רתימת האינטרס הפרטי של עורך הדין המייצג ושל התובע הייצוגי למטרה הציבורית. סעיפים 22 ו-23 לחוק עוסקים בקביעת הגמול לתובע הייצוגי ושכר הטרחה לבא כוחו. הסמכות לקביעת הגמול ושכר הטרחה ניתנה לבית המשפט. בכך יש כדי לתת מענה מסוים לבעיית הנציג. יחד עם זאת, שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט הוא שיקול דעת רחב. החוק מעניק לבית המשפט סמכות לקבוע גמול ושכר טרחה ראויים וזאת בהתבסס, בין היתר, על הסיכון שנלקח, התועלת לחברי הקבוצה, מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, התנהלות ההליכים וכו'. סעיפים אלה מבקשים ליצור איזון בין בעיית הנציג בניהול ההליכים לבין הרצון ליצור תמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות.

לצד ההוראות המהותיות, קובע החוק מנגנונים שונים שיבטיחו את שקיפות ההליכים, ובכלל זה הטלת חובת פרסום הודעות לחברי הקבוצה (סעיף 25 לחוק) וניהול פנקס תובענות ייצוגיות בהנהלת בתי המשפט (סעיף 28 לחוק).

¹⁰ ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (נבו 05.08.2018) (להלן: "עניין מרקיט").
¹¹ רע"א 3832/17 לוינ' נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פס' 15-13 (נבו 04.07.2017) (להלן: "עניין לוינ").

כבר בעת חקיקת החוק ולאור החשיבות הרבה שהמחוקק ראה בעידוד תובענות ייצוגיות בעלות חשיבות ציבורית, הוקמה קרן שתפקידה לממן בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות בעלות חשיבות חברתית וציבורית (סעיף 27 לחוק).¹²

בנוסף, במסגרת תיקון מס' 10 לחוק, הוקמה בסעיף 27 לחוק קרן נוספת שתפקידה הוא לחלק את הכספים שהתקבלו במסגרת תובענות ייצוגיות במקרים שבהם אין זה מעשי לפצות את חברי הקבוצה באופן פרטני (להלן: "הקרן לחלוקת כספים" או "הקרן"). בהתאם להוראות החוק, על בית המשפט לייעד את הכספים המועברים לקרן לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה, במידת האפשר. כך העברת הכספים לקרן מביאה לסעד עקיף לטובת הקבוצה ולטובת הציבור כולו.¹³

ביחס לתובענות נגד המדינה ורשויות ציבוריות אחרות נקבע הסדר ייחודי. סעיף 9 לחוק עוסק בתביעות השבה נגד הרשות. על פי סעיף זה, בית המשפט לא יאשר בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה תביעה להשבה של תשלום חובה שגבתה הרשות שלא כדין (לפי פרט 11 לתוספת השניה), אם הרשות הפסיקה את הגבייה שלגביה הוגשה התביעה (חדילה). לשם כך העניק המחוקק לרשות תקופה של 90 ימים לשקול האם בכוונתה להפסיק את הגבייה, כאשר על הרשות להפסיק את הגבייה ולהודיע על כך לבית המשפט בתוך פרק זמן זה. אם החליטה הרשות להפסיק את הגבייה, מוסמך בית המשפט לקבוע גמול ושכר טרחה למבקש ולבא כוחו, למרות שהבקשה לא אושרה. הדבר נועד ליצור תמריץ להגשת תובענות ייצוגיות גם בתביעות השבה לפי פרט 11 לתוספת השניה, אם הושגה התכלית הציבורית שביסוד התובענה.

אם אושרה תביעת ההשבה נגד רשות, קובע סעיף 21 לחוק כי ניתן לפסוק לקבוצה השבה רק בנוגע לשנתיים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה.¹⁴ עם זאת, זכותו של כל חבר מחברי הקבוצה להגיש תביעה פרטנית בשל אותה עילה גם לגבי תקופות מוקדמות יותר אינה נשללת.

ביסוד הוראות אלה עומדים המאפיינים המיוחדים של תובענות ייצוגיות נגד רשויות; הצורך להגן על תקציבן ותפקודן התקין של רשויות מנהליות לטובת הציבור, שאין להן משלך דבר; ההנחה, שככלל, רשות אינה גובה בידועין שלא כדין; ומשנה התוקף שניתן בתובענות אלה לתכלית האכיפה מכאן ולהבא.

עוד יוזכר בקצרה כי בשנת 2018 הותקנו לראשונה אגרות בתובענות ייצוגיות,¹⁵ כאשר עד להתקנתן לא הייתה קיימת חובת תשלום אגרה בעת פתיחת הליך תובענה ייצוגית. לאגרות שהותקנו היו שתי תכליות מרכזיות. התכלית הראשונה היא כיסוי חלקי של העלויות הגבוהות של הליך התובענה

¹² בתקופת פעילותה תרמה הקרן לעידוד בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות בעלות חשיבות ציבורית וחברתית בתחומים מגוונים. להרחבה ראו ["בדו"חות השנתיים של הקרן](#) למימון תובענות ייצוגיות המפורסמים באתר "הקרן למימון תובענות ייצוגיות" https://www.gov.il/he/departments/general/representative_actions_fund. עוד יצוין כי במסגרת הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 14), התשפ"ב-2021, הי"ח הממשלה 1476, 282, הוצע להסדיר את פעילותה של הקרן באופן קבוע ובלא הגבלת זמן.

¹³ בתקופת פעילותה של הקרן הועברו כספים רבים למטרות ציבוריות ואיוות וחשובות. להרחבה ראו ["בדו"חות השנתיים של הקרן לניהול וחלוקת כספים](#) המפורסמים באתר "הוועדה לחלוקת כספים שנפסקו כסעד בתובענות ייצוגיות" https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/class_action_law ["האפוטרופוס הכללי והממונה על ענייני ירושה, משרד המשפטים"](#)

¹⁴ בהתאם להלכה שנקבעה בדנ"מ 8626/17 מנירב נ' רשות המסים (נבו 11.11.2020) (להלן: "דנ"מ מנירב"), הסעד עשוי לכלול גם את הגבייה שנעשתה לאחר הגשת בקשת האישור, בכפוף לנסיבות המקרה ולשיקול דעתו של בית המשפט במקרה הקונקרטי.

¹⁵ לתקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע"ח-2018, ק"ת 7980, עמ' 1748. במסגרת תיקון זה נוספה תקנה 7 לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007 (להלן: "תקנות האגרות").

הייצוגיות.¹⁶ התכלית השנייה היא הפחתת תביעות הסרק וצמצום שיעורן ביחס לכלל התובעות הייצוגיות המוגשות לבתי המשפט.

המתווה שנבחר לאגרות בתובעות ייצוגיות הוא אגרה בסכום קבוע המשולמת בשני שיעורים, בהתאם לערכאה שאליה מוגשת התובעה וכן בהתאם לפרט בתוספת השניה לחוק.¹⁷ חלקה הראשון של האגרה משולם עם הגשת הבקשה לאישור וחלקה השני משולם בסיום ההליך, כאשר, במקרים רבים הוא כלל לא משולם על ידי התובע מכיוון שכלל שההליך הסתיים בפסק דין המקבל את התובעה כולה או חלקה או בפסק דין המאשר הסדר פשרה, הנתבעת היא זו שתשלם את חלקה השני של האגרה ואף תשפה את התובע הייצוגי על סכום האגרה ששילם עבור חלקה הראשון של האגרה. בנוסף, נקבע פטור מאגרה לתובעה ייצוגית שתוגש בגין הפרטים הבאים: פרט 6 – תביעה בקשר למפגע סביבתי, פרט 7 – תביעה בעילה של אפליה, פרט 9 – תביעה בעילה שעניינה שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. הפטור נקבע, בין היתר, בשל החשיבות החברתית שמוקנית לתביעות אלו וכן בשל מיעוט התובעות הייצוגיות שהוגשו בנושאים אלו טרם התקנת האגרות. כן נקבע, בין השאר, פטור מאגרה לארגונים ללא מטרות רווח העומדים בתנאים שנקבעו בתקנות ובחוק. תובעות ייצוגיות בדיני עבודה (פרט 10) גם הן פטורות מאגרה מכיוון שתקנות האגרות אינן חלות על בתי הדין לעבודה. עוד נקבע כי במקרים שבהם ניתן פסק דין המאשר הסדר פשרה או הסתלקות, רשאי בית המשפט לפטור מתשלום החלק השני של האגרה מטעמים מיוחדים שיירשמו.

2.א. התפתחות התובעות הייצוגיות לאורך השנים

עיונו של הסדר התובעות הייצוגיות בחוק כללי על עקרונותיו, לרבות הרחבת העילות שלגביהן ניתן להגיש תובעות ייצוגיות, הביא לשינוי דרמטי בתחום. שינויים אלה באו לידי ביטוי, בין השאר, בכמות התובעות הייצוגיות, מגוון הנושאים שנדון בהן וכן בהתפתחות מקיפה של ענף התובעות הייצוגיות ככלי דיוני המקדם מטרות ציבוריות לצורך אכיפה של הדין הקיים וככלי המאפשר פיצוי של מי שנפגעו מהתנהגות מפרה.

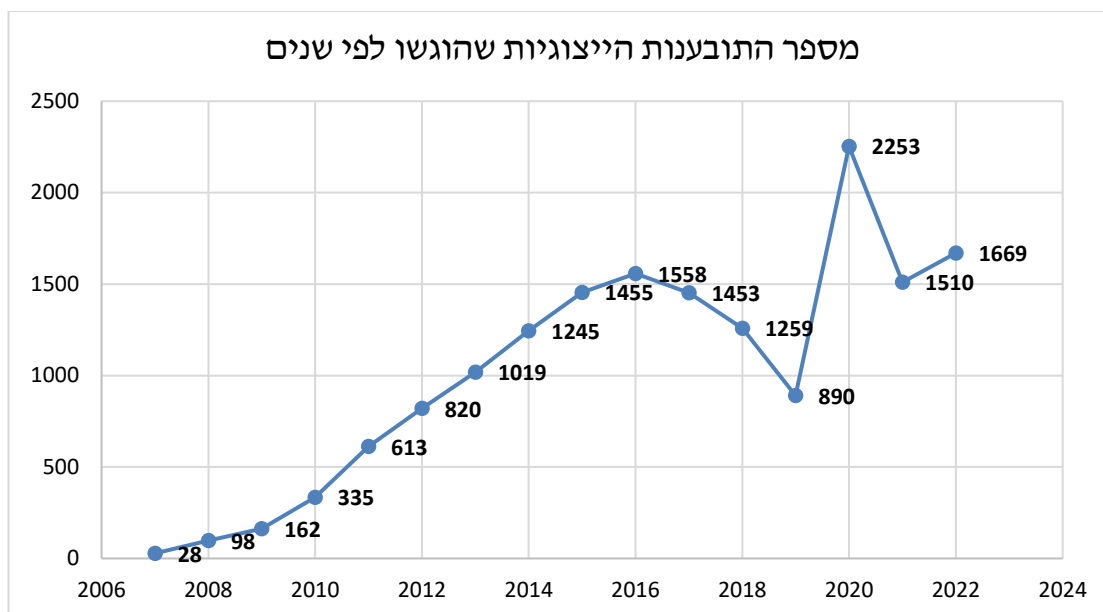
מבחינת מספרן של התובעות הייצוגיות בישראל, ניתן לראות שהחל מחקיקת החוק ישנה עליה דרמטית במספר התובעות הייצוגיות שמוגשות בכל שנה ושנה.¹⁸

ראו תרשים על מספר הבקשות לאישור התובעות הייצוגיות שהוגשו לפי שנים:¹⁹

¹⁶ מדובר בתכלית כללית בנוגע להתקנת אגרות. ראו למשל בעניין רע"א 9567/08 **כרמל אולפנינים בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק)** (נבו 5.1.2011) (להלן: "עניין תעשיות אלקטרוכימיות"): "ניהול ההליך המשפטי כרוך בעלויות גם למערכת השיפוטית, ואגרות בתי-המשפט נועדו להטיל על ציבור המתדיינים חובת השתתפות בעלות ההליך". בנוסף יצוין כי במחקר מטעם מחלקת המחקר של הרשות השופטת אשר בחן את הזמן השיפוטי הממוצע המוקדש לסיווג התיקים השונים נמצא כי תובעות ייצוגיות אזרחיות נמצאות במקום השלישי מבין כל סוגי התביעות מבחינת הזמן השיפוטי שהן עולות ותובעות ייצוגיות מנהליות מיד לאחריהן. מדובר אפוא בתביעות "כבדות", אשר מספרן כאמור אינו זניח, ולפיכך העומס שהדבר יוצר על משאבי הרשות השופטת אינו מבוטל. (קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס, מחלקת המחקר של הרשות השופטת "ייצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769, (2015)).

¹⁷ יצוין כי בהגשת תביעה לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק, האגרה משולמת במלואה בעת פתיחת ההליך. ¹⁸ נראה שבמדינות אחרות בעולם שבהן ניתן להגיש תובעות ייצוגיות, המספרים נמוכים בצורה משמעותית. עם זאת, כמובן שאין מקום לבחון רק את המספרים ויש גם לבחון את המאפיינים של כלי התובעה הייצוגית בכל מדינה וכן של הוראות הרגולציה הקיימות בכל מדינה. ראו נתונים על מספרי התובעות הייצוגיות בארצות הברית, קנדה ואוסטרליה בספרם של אביאל פלינט וחגי וויניצקי **תובעות ייצוגיות**, 193 (2017) (להלן: "ויניצקי ופלינט").

¹⁹ נתונים אלו נלקחו מהמחקר של אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה, "תובעות ייצוגיות בישראל - פרספקטיבה אמפירית", מחלקת המחקר של הרשות השופטת והמרכז הבינתחומי הרצליה (6.2014) (להלן: "המחקר האמפירי משנת 2014") וכן מנתונים שהתקבלו מהנהלת בתי המשפט.



התרשים מעיד על עליה כמותית גדולה במספרן של התובענות הייצוגיות המוגשות לאורך השנים החל ממועד חקיקת החוק. הירידה הזמנית במספר התובענות הייצוגיות בשנת 2018 ו-2019 התרחשה לאור כניסת האגרות לתוקף. העלייה הדרמטית במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בשנת 2020 באה בעקבות עליה דרמטית במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בתקופת משבר הקורונה נגד עוסקים רבים בעניין אי פרסום באתר האינטרנט אודות הנגשת המקום הציבורי לאנשים עם מוגבלות, כפי שיתואר בהמשך הדו"ח. בשנת 2021 נראית ירידה מסוימת במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו ובשנת 2022 נראית עלייה קלה, כאשר לא ברור האם מדובר במגמה לאורך זמן אם לאו.

לצד העלייה בכמות התובענות הייצוגיות ניתן לראות מגוון רחב מאד של נושאים הנדונים בבתי המשפט אגב תובענות ייצוגיות ופיתוח פסיקה והלכות בתחומים שבעבר לא זכו לכך. החוק אפשר את עיגון הנכון של התובענות הייצוגיות והרחיב את העילות והנושאים שבהם ניתן להגיש תובענות ייצוגיות. הרחבת הפרטים שבחוק אפשרה שינוי של ממש בסוגי התובענות הייצוגיות המוגשות והביאה לכך שגם תביעות שבעבר לא הצדיקו הגשת תביעה פרטנית, הפכו לכדאיות ובכך החוק הביא לאכיפה של הדין בתחומים שבעבר סבלו מתת אכיפה.²⁰ כך, למשל, הביא החוק לאכיפה של דיני העבודה והוגשו תביעות העוסקות באכיפה של זכויות כספיות של עובדים, אשר בעבר לא נתבעו, בעיקר בתחומים שבהם העובדים היו מן החלשים במשק. כמו-כן, נוספה, כאמור, אפשרות לתבוע את הרשות להשבת תשלומי חובה שנגבו שלא כדין. בכך, בין היתר, באה לידי ביטוי התפיסה כי הליך התובענה הייצוגית הוא הליך בעל חשיבות ציבורית אשר ביכולתו לתקן עוולות בתחומים רבים ולשמש ככלי לשינוי חברתי.

מבחינת מספר הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו כל שנה, לאורך השנים התחוללו שינויים בתחומים שבהם הוגשו תובענות ייצוגיות.²¹ כך, ניתן להיווכח בעליה דרמטית בשנים האחרונות

²⁰ ראו עניין **פרינר**, לעיל ה"ש 6. יצוין כי במסגרת הדיונים שנערכו בצוות גם גורמים המייצגים נתבעות התייחסו לתועלות של הכלי ככלי אשר הביא לתיקון עוולות ולקידומן של נורמות התנהגות ראויות.

הפרט בתוספת השניה	אחוז מסך התובענות - 2006-2012	אחוז מסך התובענות - שנת 2017	אחוז מסך התובענות - 2019 (נתונים)	אחוז מסך התובענות - 2020 (נתונים)	אחוז מסך התובענות - 2021 (נתונים)

בהגשת תובענות ייצוגיות בתחום שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, לצד ירידה מסוימת בהגשת תובענות ייצוגיות בתחומי הצרכנות, וזאת ככל הנראה לאור כניסת תקנות האגרות לתוקף בשנת 2018 לצד קביעת פטור במספר נושאים, ביניהם שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. כמו-כן, ישנה עליה במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בתחום השוויון, דיני עבודה ותביעות ספאם וישנה ירידה במספר התובענות הייצוגיות נגד רשות בפרט 11.

נתון מעניין נוסף הנוגע למשקלן של תיקי התובענות הייצוגיות במערכת השיפוטית נלמד ממחקר שנערך במחלקת המחקר של הרשות השופטת ופורסם בחודש יולי 2021. ממחקר זה עולה כי הדיונים בהליכים הייצוגיים הם הדיונים ה"כבדים" ביותר מבחינת עומס על בתי המשפט בישראל והשקעת זמן שיפוטי בבתי המשפט המחוזיים ובבתי הדין האזוריים לעבודה.²² המשמעות היא כי תיקי התובענות הייצוגיות הם מההליכים ה"יקרים" ביותר במערכת בתי המשפט בישראל נכון להיום.

בבחינת איכותן של התובענות הייצוגיות, ניתן לראות כי תובענות ייצוגיות הביאו להעלאת נושאים רבים לסדר היום, חלקם בעלי היבטים כלכליים משמעותיים ואחרים בעלי חשיבות ציבורית וחברתית. על מנת להבין את השינוי שחוק תובענות ייצוגיות הביא, נסקור בקצרה כמה מן התובענות הייצוגיות שהביאו להעלאת נושאים חשובים על סדר היום הציבורי ולשינויים משמעותיים.

מנהלת בתי המשפט	מנהלת בתי המשפט	ממחלקת המחקר של הרשות (השופטת)	(נתונים ממחלקת המחקר של הרשות השופטת)	(נתונים מהמחקר האמפירי משנת 2014)	
41.6	26.5	41.3	64.8	67.6	1
2.1	2.5	1.5	6.2	5.5	2
2.5	3	2.7	4.9	3.8	3
0.6	0.2	0.7	0.5	0	א3
0.7	0.7	1.2	0.8	0.7	4
0	0	0	0	0	א4
1.3	1.2	1.9	1.4	1.7	5
0.7	1.4	2.4	1.9	1.1	6
1.5	1.6	1.5	0	0.1	7
0	0	0	0	0.1	8
34	49	29.7	1.4	1	9
5	3	5.1	4.3	2.8	10
4.2	6.8	9.2	10.6	14	11
4.3	2.4	0.7	3	1.4	12
0	0	0	0.3	0	13
0	0	0	0	0	14
1.4	1.9				תיקים שלא סווגו

²² גלי אביב ודליה ארנטל, "עומס העבודה השיפוטית במערכת בתי המשפט בישראל" מחלקת המחקר של הרשות השופטת (07.2021).

כך למשל, בעקבות התובענה הייצוגית שהוגשה נגד קלאב הוטל,²³ בעניין הזכות לביטול חוזה, השתפר מעמדו של הצרכן הישראלי בכך שהוכרה זכותו לוותר על יחידת הנופש המחייבת תשלום דמי אחזקה שנתיים, בדרך של ביטול החוזה. תובענה זו נועדה להתמודד עם סירובן של המשיבות להכיר בזכותם של בעלי היחידות לסיים את ההתקשרות עמן. לעמדת המשיבות בתובענה הייצוגית, בעלי היחידות קשורים בהסדר הרכישה, עד לתום תקופתו (לרוב כ-100 שנים), והם מחויבים לשלם מידי שנה בשנה דמי אחזקה, ואינם רשאים לפרוש מן ההסכם. בהמשך לניהול ההליך תוקן גם חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ונקבע כי לכל בעל יחידת נופש נתונה הזכות לבטל את החוזה, ללא תלות בהוראות החוזה.²⁴ דוגמא נוספת מתחום הגנת הצרכן היא תובענה שהוגשה בעניין תוקף תווי קנייה והתנאים במימושים. התובענה הביאה לשינוי בנורמות המקובלות בשוק (במקביל לתיקון חקיקה נפרד בנושא) כך שתוקף התווים הוארך ל-5 שנים וכן הביאה למעבר לתווי קניה מגנטיים שפתרו את "בעיית העודף".²⁵

דוגמא לתובענה אשר עשתה שינוי משמעותי והעלתה על סדר היום הציבורי את זכותן של נשים חרדיות להישמע במרחב הציבורי היא התובענה בעניין קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ.²⁶ בעניין זה, הוגשה תובענה ייצוגית בטענה להפליה של נשים חרדיות על ידי תחנת רדיו המסרבת להעלות נשים לשידור. התביעה התקבלה ונפסק פיצוי של מיליון ש"ח שהועבר כסעד לטובת הציבור באמצעות הקרן לחלוקת כספים לצורך העצמת נשים מסורתיות, דתיות וחרדיות.²⁷ בית המשפט העליון עמד על החשיבות שבתביעה זו: "[...] פעם ראשונה שנעשה שימוש בכלי התובענה הייצוגית לקידום שוויון ולמניעת הפליה כאמור. המדובר אפוא בתובענה תקדימית ופורצת דרך, ולא ניתן להפריז בתועלת שהשיגה, הן לחברות הקבוצה שקולן נשמע עתה, הן לציבור הרחב בין היתר בהיבט של הרתעה מפני הפרה דומה של חוק איסור הפליה".²⁸

דוגמא לתביעה אשר חייבה קופת חולים להשיב סכומי כסף גדולים לניצולי שואה בגין עלויות תרופות וטיפולים רפואיים היא התובענה ייצוגית בעניין בויטלר. התביעה הוגשה בשם ניצולי שואה ובמסגרתה נטען כי קופת החולים קיבלה סכומי כסף מרשויות הפיצויים בגרמניה כנגד התחייבותה לשאת בעלויות הטיפול הרפואי של ניצולי שואה זכאים, ועל אף זאת גבתה מניצולי השואה דמי השתתפות עצמית עבור תרופות וטיפולים רפואיים בגין מחלות שהוכרו על ידי הרשויות הגרמניות. בתיק זה במסגרת הסדרי הפשרה הושבו לחברי הקבוצה סכום של כ-17 מיליון ₪ וכן הוסכם על מתן הטבות בסך של כ-15 מיליון ₪.²⁹

חוק תובענות ייצוגיות אפשר גם הגשת תובענות נגד המדינה ורשויותיה בגין גבייה שלא כדין של מסים, אגרות ותשלומי חובה. ואכן, הוגשו לאורך השנים תובענות ייצוגיות רבות אשר הובילו לתיקון עתידי של אגרות ומסים שבהם התעוררו קשיים וכן להשבת סכומי כסף שנגבו שלא כדין מאזרחים. דוגמא לשינוי התנהלות של הרשויות ולהעלאת סוגיה תקדימית ניתן לראות בתובענות

²³ ת"צ (מחוזי ת"א) 6070-04-11 יצחק דקל נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.) בע"מ (נבו 16.11.2016). חברת קלאב הוטל שיווקה בתחילת שנות ה-90 יחידות נופש שבועיות (זכות נופש לשבוע בשנה) בתמורה לתשלום חד פעמי של עשרות אלפי שקלים והתחייבות לתשלום דמי אחזקה שנתיים. היועץ המשפטי לממשלה התייצב בתיק ותמך בתובעים הייצוגיים. בית המשפט קיבל את התובענה וקבע כי הרוכשים יכולים לוותר על זכותם בדרך של ביטול חוזה.
²⁴ חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 37), התשע"ד-2014, ס"ח 2444, 402. התיקון הוחל על עסקאות שנכרתו טרם כניסתו לתוקף של החוק.

²⁵ ת"צ (מחוזי מרכז) 5763-09-11 חורב נ' שופרסל בע"מ (נבו 29.9.2013).

²⁶ ת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 קולך - פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (נבו 20.9.2018).

²⁷ ש.ס.

²⁸ ע"א 8025/18 קולך - פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה (נבו 30.6.2019).

²⁹ ת"צ (אזורי חי) 42864-07-10 נדב זיו נ' שרותי בריאות כללית (נבו 9.3.2021).

הייצוגיות שהוגשו כנגד רשויות בנוגע לגביית תשלומי חובה ללא התחשבות במדד השלילי לצורך הצמדה למדד, זאת מכיוון שבמקרים רבים נקבע בחקיקה חובה על הצמדה לפי שיעור "עליית המדד". הקושי נבע מכך שבסיטואציה של ירידת המדד, נראה היה כי פרשנות דווקנית פוגעת בתכלית ומביאה לכאורה לתוצאה לא צודקת. הנושא התעורר כאמור, בין היתר, במסגרת מספר תובענות ייצוגיות שהוגשו נגד הרשויות השונות.³⁰ היועץ המשפטי לממשלה אף התייצב באחד התיקים בנושא זה וקבע שיש לבחון את סעיפי ההצמדה למדד לפי פרשנות תכליתית מכיוון שהיצמדות לפרשנות לשונית צרה של סעיפי ההצמדה תביא לתוצאה שאינה מקיימת את תכלית החקיקה.³¹ כך, נכתב בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בתיק כי יש לפרש את סעיפי ההצמדה מתוך הבנה של תפקיד מנגנון ההצמדה למדד במשק ובראי השינוי הגדול שחל במדד המחירים לצרכן בעשורים האחרונים ולנוכח תכלית ההצמדה למדד, שעניינה שמירת הערך הריאלי של הכסף. התובענות הייצוגיות שהוגשו בנושא זה הביאו לשינוי ההתנהלות של הרשויות במקרים המתאימים.

דוגמא נוספת לתובענה ייצוגית שהעלתה סוגיה צרכנית משמעותית וחדשנית הממשיכה להעסיק את בתי המשפט בישראל היא התביעה שהוגשה נגד פייסבוק בטענה כי היא מפרה את דיני הפרטיות בישראל בכך שהיא מפעילה מנגנון ניטור להודעות הפרטיות של המשתמשים בשירותיה וקוראת את הודעותיהם. במסגרת התביעה נבחנה תניית שיפוט זר וברירת דין בתנאי השימוש של חברת פייסבוק האמריקאית, להן נדרש להסכים כל משתמש בטרם הוא פותח חשבון באתר. הסעיף שנדון שם הכיל תנייה בת שני חלקים: החלק הראשון, תניית שיפוט זר שקובעת כי סמכות השיפוט לדון בתביעות נגד פייסבוק נתונה לבית המשפט בקליפורניה; החלק השני, תניית ברירת דין המחילה את דין קליפורניה על כל התקשרות בין הצדדים. במסגרת פסק הדין בבית המשפט העליון נבחנו תנאי השימוש בראי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.³²

הגנה על זכויות צרכן עקיף בדיני תחרות גם היא מתבררת בעיקר במסגרת תובענות ייצוגיות, במסגרתן התחדדה שאלת הזכות לתביעת ניזוק עקיף (הנעדר קשר חוזי ישיר לחברות הקרטל). מספר פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים סברו שיש להכיר בעילה זו.³³ בעניין זה, הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר סבר כי יש עניין ציבורי ממשי בהכרה במעמדו של צרכן עקיף כבעל עילה מוכרת בעוולות הנוגעות לתיאום מחירים בין מתחרים (במקרים המתאימים ובכפוף כמובן לבחינת נסיבות המקרה הקונקרטי ובין היתר בכפוף לקיומו של קשר סיבתי בין עוולת חברות הקרטל לנזק שנגרם לצרכן העקיף), על מנת לאפשר אכיפה יעילה של גביית מחיר קרטליסטי ולשם מניעת תוצאה נפסדת לפיה הרווחים האסורים יישארו בקופת החברות המעוולות.³⁴

גם בתחום הבריאות, התובענה הייצוגית הביאה לשיפור באכיפה ודוגמא לכך היא למשל התובענה הייצוגית שהוגשה נגד רכבת ישראל בגין טענה להפרת החובות המוטלות עליה מכוח החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, תשמ"ג-1983. התובענה הייצוגית התקבלה ונקבע

³⁰ ת"צ (מנהליים מרכז) 2098-05-13 זיו ברגמן נ' משרד המשפטים - מדינת ישראל; ת"צ (מנהליים מרכז) 16306-04-13 פטרסקו נ' משרד התחבורה.

³¹ ת"צ 15872-01-16 (מנהליים מרכז) שיכמן נ' עיריית ראשון לציון.

³² רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (נבו 31.5.2018). בעניין תניית ברירת דין, ראו גם פסק הדין שניתן לאחרונה ברע"א 1901/20 טרוים מילר בע"מ נ' facebook Ireland limited (נבו 26.7.2022).

³³ ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (נבו 16.1.2019).

³⁴ ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ; רע"א 3183/20 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' הצלחה לקידום חברה הוגנת.

סכום פיצוי לחברי הקבוצה בסך של 4 מיליון ₪ שהועברו באמצעות הקרן לחלוקת כספים למטרות חינוך למניעת עישון ולמניעה וטיפול בנזקי עישון.³⁵

במסגרת חוק תובענות ייצוגיות ניתנה אפשרות גם לרשויות ציבוריות המנויות בתוספת הראשונה לחוק להגיש תובענות ייצוגיות. בשנת 2017 הוגשה תובענה ייצוגית על ידי נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נגד אגד בטענה להעדר נגישות בכך שהיא אינה מפעילה מערכת כריזה באוטובוסים העירוניים שפועלים מטעמה בירושלים.³⁶ במסגרת הסדר פשרה הוחלט מעבר להסדרה העתידית בנוגע להפעלת כריזה באוטובוסים בהתאם לדין, על הנגשה עודפת בדמות אפיון ופיתוח מערכת טכנולוגית, בין היתר, בשיתוף הנציבות ומשרד התחבורה, לצורך שיפור הנגישות לתחבורה ציבורית לאנשים עם מוגבלות על מנת לסייע לנוסע הממתין בתחנה בזיהוי הקו שמגיע וכן על מנת ליידע את נהג האוטובוס כי אדם עם מוגבלות ממתין בתחנת האוטובוס. מעבר לשיפור באכיפה יש בתובענה זו גם ערך ציבורי רב החורג מנושא התובענה.

בתחום דיני העבודה, השיגה התובענה הייצוגית שיפור בזכות הגישה לערכאות של עובדים מוחלשים אשר מתקשים לפנות לבתי המשפט כיחידים. נזכיר בהקשר זה את בג"ץ הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה שהתקבל בשנת 2015.³⁷ בעניין זה, קבע בג"ץ הלכה בפרשנות החריג הקבוע בפרט 10(3) לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. פרט 10(3) לתוספת השניה קובע כי לא תוגש תובענה ייצוגית של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים צד להסכם הקיבוצי, ובכך למעשה מבכר את יחסי העבודה הקיבוציים על פני התובענה הייצוגית. בבג"ץ זה נקבע כי בעת הגשת תובענה ייצוגית, על בית הדין לעבודה לבחון האם ארגון העובדים אכן פועל בפועל לקידום זכויות העובדים והאם פעילותו מבססת דרך אפקטיבית לאכיפתן של הזכויות הנתבעות, וזאת ביום הגשת התביעה ולא בשלב מאוחר יותר. ככל שארגון העובדים אינו אפקטיבי, תיסלל הדרך לניהול התובענה הייצוגית.

דוגמא למיצוי טוב יותר של זכויות באמצעות תובענה ייצוגית היא האכיפה הפרטית בניירות ערך שהביאה לשיפור האכיפה בעניין זכויות המשקיעים. כך למשל, התובענה בעניין בבילון.³⁸ הטענה העיקרית שעמדה בבסיס התובענה היא שהמשיבים הסתירו מהמשקיעים מידע מהותי אודות גורמי הסיכון אליהם החברה חשופה במערכת ההסכמים שלה עם גוגל. הסעד שנתבע הוא פיצוי בעלי המניות בחברה שרכשו מניות במחיר שלטענת התביעה מהווה מחיר גבוה מהמחיר הראוי בשל הדיווחים והמצגים המטעים שהציגה החברה. בעניין זה, הגיעו הצדדים להסדר פשרה שאושר בבית המשפט לפיו סכום ההשבה לחברי הקבוצה יעמוד על כ-14 מיליון ₪ וימונה ממונה אשר יפעל לאיתור חברי הקבוצה וחלוקת הפיצוי.

הנה כי כן, אין ספק שהתובענות הייצוגיות הביאו לשינוי משמעותי בכמה מובנים. קידומה של אכיפה פרטית משלימה לאכיפה הציבורית בישראל; היכולת להעניק סעד לחברי קבוצה מרובים, בין במצבים של סעד קטן יחסית אך גם במצבים של סעד משמעותי יותר; לצד מתן סעדים לקבוצה

³⁵ ת"צ (מחוזי י-ם) 38375-06-13 אליאס נ' רכבת ישראל בע"מ (נבו 9.9.2016), במחוזי נפסק פיצוי על סך של 6 מיליון ₪ אך לאחר ערעור שהוגש לעליון (ע"א 8468/16 רכבת ישראל בע"מ נ' אליאס (נבו 11.3.2018)) הופחת סכום הפיצוי ל-4 מיליון ₪.

³⁶ ת"צ (מחוזי י-ם) 37237-08-17 נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (נבו 5.7.2021)

³⁷ בג"ץ הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 30.8.2015).

³⁸ ת"א (מחוזי ת"א) 27022-05-17 בבילון בע"מ ואח' נ' שורץ ואח' (נבו 30.5.2019).

המיוצגת במסגרת ההליך המשפטי, לא פעם, ההליך הייצוגי גם מביא להעלאה לסדר היום הציבורי של סוגיות בעלות חשיבות; קידום של תובענות ייצוגיות איפשר תביעות מקצועיות, בליווי מומחים, בתחומים מורכבים, דבר שאין ספק שקשה היה לתובע יחיד לקדם; קידום של נגישות למשפט של קבוצות שהגישה למשפט קשה להן; ויותר מכל - הפנמה של התנהגות מצייתת לחוק אצל חברות ואחרים שנגזרת מן החשש שיוגשו כנגדן תובענות ייצוגיות. משיחות שערך הצוות עם גופים שונים בשוק עלה כי נראה שמנגנון התובענה הייצוגית אכן מרתיע מפני הפרת הדין ומצריך חברות לוודא עמידתן בהוראות החוק.

אם בוחנים את תחום התובענות הייצוגיות בישראל בראי מטרות החוק שמנויות בסעיף 1 לחוק הרי שניתן לראות כי מטרות אלה קודמו וכי קיימת תועלת מרובה בחוק.

האתגרים שחוק תובענות ייצוגיות מציב

לצד היתרונות והתועלות של מנגנון זה וקידומן של המטרות המנויות בסעיף 1 לחוק, שאין חולק כי הושגו למצער בחלקן, הרי שניתן להצביע גם על קשיים מסוימים, לא מבוטלים, שהחוק יצר. אופיו הייחודי של כלי התובענה הייצוגית מושתת על מערך תמריצים כלכליים לתובע הייצוגי ובא כוחו. כמובן, אין פסול בתמריץ הכלכלי והוא זה שמניע את התובענות הייצוגיות. עם זאת, התמריץ הכלכלי הטמון בחוק יצר בעיות מובנות שחלקן היה ידוע למחוקק כבר בעת חקיקת החוק.

על מנת לבחון את מכלול הקשיים העולים ביישום החוק, הצוות פגש מגוון רחב של גורמים בתחום התובענות הייצוגיות, ביניהם גורמים עסקיים, עורכי דין המייצגים תובעים ייצוגיים ואחרים המייצגים את הנתבעות, כולל נציגי השלטון המקומי. כמו כן, נפגש הצוות עם שופטים בדימוס ומגשרים העוסקים בתחום.

מפגישות אלה עלו מגוון רחב של קשיים ברמות ובהיקפים שונים, קשיים פשוטים לפתרון ומורכבים יותר. בהקשר זה יש לציין כי תחום התובענות הייצוגיות, על מגוון השחקנים שבו, יוצר אתגר רב להסדרה. השוק הוא שוק מבוזר, עם מגוון רב של משתתפים שונים, בעלי אינטרסים ופרספקטיבות שונות, ההליך המתנהל נערך בין כותלי בית המשפט שעל פי הכללים המקובלים בישראל אמנם קיימת הלכה פסוקה של בית המשפט העליון ותקדימים המחייבים את הערכאות דלמטה ואולם לבית המשפט בערכאה הדיונית מוקנה שיקול דעת רחב ביישום ההלכות המחייבות על נסיבות המקרה הקונקרטי שלפניו, שהרי אין לדין אלא מה שענינו רואות וככלל, ערכאת הערעור בישראל אינה מתערבת בממצאים עובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית. האתגר של המערכת המבוזרת ומגוון השחקנים והאינטרסים מקשה על יצירת הסדר מונוליתי בפועל. ברי, עם זאת, כי קשיים שקיימים בתחום, עשויים להצטמצם עם טיפול נכון ועל פי עקרונות אחידים ובמקרים מסוימים אף עשויים לבוא לידי פתרון המלא.

בפרק זה נציג את הקשיים המרכזיים העולים מן החוק ויישומו בשטח, כפי שנדונו במסגרת צוותי המשנה. כך, במסגרת צוות המשנה שבחן את מנגנון התובענה הייצוגית נדונו סוגיות בעיית תביעות הסרק, בעיית הנציג, מערכת היחסים שבין התובע לבא כוחו, הגורמים הרשאים להגיש תובענה ייצוגית והעילות להגשתן (אשר יפורטו להלן בפרקים 1.ב-4.ב). במסגרת צוות המשנה שבחן את היבטי האסדרה של החוק נדון היחס שבין תובענה ייצוגית לעבודת הרגולטורים אשר פועלים במקביל ובפרט תובענות ייצוגיות המתמקדות בנושאים שמפוקחים על ידי הרגולטורים השונים

(יפורט להלן בפרק ב.5.). במסגרת צוות המשנה שבחן את ההגנות הניתנות לרשות מנהלית לפי החוק, נדונה האפשרות להוספת מנגנון של חובת פניה מוקדמת לרשות טרם הגשת תובענה ייצוגיות נגדה וכן נדונה תקופת ההשבה בתביעה נגד רשות (יפורטו להלן בפרק ג.).

1.1. תופעת תביעות הסרק

מניתוח הממצאים שערך הצוות עלה כי אחת הבעיות המרכזיות הקיימות בתחום היא בעיית תביעות הסרק.³⁹ בעיה זו מתבטאת בהגשת תביעות חסרות בסיס עובדתי ומשפטי וזאת לאור האפשרות הקיימת במסגרת תובענה ייצוגית לרווח מהיר הנובע מעצם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית.⁴⁰ המחוקק היה ער לסוגיה זו בעת חקיקת החוק ולכן נקבעו מנגנונים לצורך אישור הגשת התביעה כתובענה ייצוגית.⁴¹ המטרה של מנגנון האישור היא למנוע את אישורן של תביעות שאין להן בסיס ונקבע כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו.⁴² החשש שהיה והתממש הוא שגם כשיהיה מדובר בתביעת סרק, הנתבעות יעדיפו להתפשר ולשלם לתובע ולעורך דינו על מנת שלא יצטרכו לשאת בעלויות ניהול התביעה. פשרות מעין אלו מעודדות הגשת תביעות סרק נוספות ומטילות עומס על מערכת המשפט וכן פוגעות בנתבעות.⁴³ בנוסף, הן פוגעות במערכת התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות שיקדמו את האינטרס הציבורי, ככל שניתן יהיה לקבל תגמול כספי על תביעות לא מבוססות.

בהקשר זה נעיר כי בכל הנוגע לפסיקת הוצאות על ידי בתי המשפט, במחקר האמפירי של מחלקת המחקר של הרשות השופטת יחד עם פרופ' אלון קלמנט, ביחס להליכים שהתנהלו בשנים 2006 עד 2012 (להלן: "המחקר האמפירי משנת 2014")⁴⁴ נמצא כי בכ-16% בלבד מהתיקים שהסתיימו מבלי שהועבר סעד כלשהו לקבוצה, נדרשו התובעים הייצוגיים לשאת בהוצאות משפט של הנתבעת. בתיקים אלו, מבחינת סכומי הוצאות המשפט שנפסקו, חציון הסכום עמד על כ-15,000 ₪ וממוצע ההוצאות היה כ-40,000 ₪ עם סטיית תקן גבוהה המלמדת על שונות רבה בסכומי ההוצאות. מבחינת תוצאות ההליך בתיקים שבהם הוטלו הוצאות משפט, הסיבה השכיחה ביותר הייתה החלטה שיפוטית הדוחה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית ולאחר מכן תיקים שנדחו או נמחקו על הסף. בתיקים שהסתיימו בחוסר מעש וכן בתיקים שהסתיימו בהסתלקות נפסקו הוצאות באחוזים נמוכים, גם כאשר סיבת ההסתלקות הייתה שאין עילה מוצדקת להגשת התביעה או כי סיכוייה נמוכים מאד.⁴⁵

³⁹ אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 317-332 (2004); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 390-392 (2011).

⁴⁰ עניין מרקיס, לעיל ה"ש 10, פס' 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

⁴¹ ראו סעיפים 3,4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות.

⁴² רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 633, פס' 41 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארו (2013): "מטרתו של שלב מקדמי זה היא למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה – ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד – כי הוא עומד בכל התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובכלל זה בדרישה לקיום עילת תביעה אישית [...]"; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 326-330 (1997).

⁴³ בר"מ 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ (נבו) 10.3.2021; עניין מרקיס, לעיל ה"ש 10, בפס' 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברון; אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 12-16 (2011) (להלן: "קלמנט" פשרה והסתלקות)."

⁴⁴ המחקר האמפירי משנת 2014, לעיל ה"ש 19.

⁴⁵ המחקר האמפירי משנת 2014, שם, בעמ' 31-32.

במסגרת דיוני הצוות, שמעו חברי הצוות כי מצב הדברים בשנים האחרונות לא השתנה וברוב המוחלט של התובענות הייצוגיות שמגיעות להכרעה לא מוטלות הוצאות משפט על תובעים וגם כאשר מוטלות הוצאות משפט, מדובר בסכומים שאינם משקפים את העלויות של הנתבעות בניהול ההליך.⁴⁶ מצד נתבעות ועורכי דין, נשמע הקושי הטמון בכך שלא נפסקות הוצאות משפט והשלכות מצב זה, בין היתר על כך שכאשר נתבעות נדרשות להחליט כיצד לקדם את ההליך במקרה שהן סבורות שמדובר בתביעת סרק, הן מעדיפות להגיע להסכמות עם התובעים בהסדר הסתלקות או פשרה תוך תשלום סכום כסף נמוך שכן ניהול ההליך יקר לאין שיעור ובסופו הן לא צפויות לקבל את החזר הוצאותיהן. מצב זה מייצר תמריץ להגיש תביעות סרק וזאת בשל נכונותן של נתבעות להתפשר על מנת לחסוך את עלות ההתדיינות המשפטית. מצד עורכי דין המייצגים תובעים ייצוגיים שמע הצוות כי חיוב תובעים ייצוגיים בהוצאות אינו פסול אך יש לעשות זאת במקרים המתאימים בלבד ובתביעות סרק. חיוב בהוצאות עלול לעורר חשש להתרעת יתר של תובעים ייצוגיים ועל כן נקבע בפסיקה כי יש לנהוג במתינות בחיוב הוצאות בעת דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית וכי "ככל שלא מדובר בתובענת סרק שהוגשה בחוסר תום לב... יש מקום להימנע מהטלת הוצאות, אשר עלולות להרתיע תובעים פוטנציאליים מלנסות להגן על אינטרסים ציבוריים".⁴⁷

על תופעת תביעות הסרק ניתן ללמוד, בין היתר, מכמות התובענות הייצוגיות שאינן מסתיימות בפיצוי לציבור. ממחקר שערך פרופ' קלמנט, היועץ החיצוני של הצוות, עולה כי בין השנים 2016-2021, מתוך התיקים שהסתיימו ונכללו במחקר, רק בכ-22% מההחלטות השיפוטיות התוצאה היתה קבלת התובענה או סיומה בתוצאה המיטיבה עם הקבוצה המיוצגת (בפשרה, חדילה, או קבלת התובענה).⁴⁸ בכל יתר התיקים שהסתיימו בשנים אלו, התובענה הסתיימה בהסתלקות התובע, מחיקה או דחיית הבקשה לאישור, דחיית התובענה הייצוגית וסילוק על הסף.

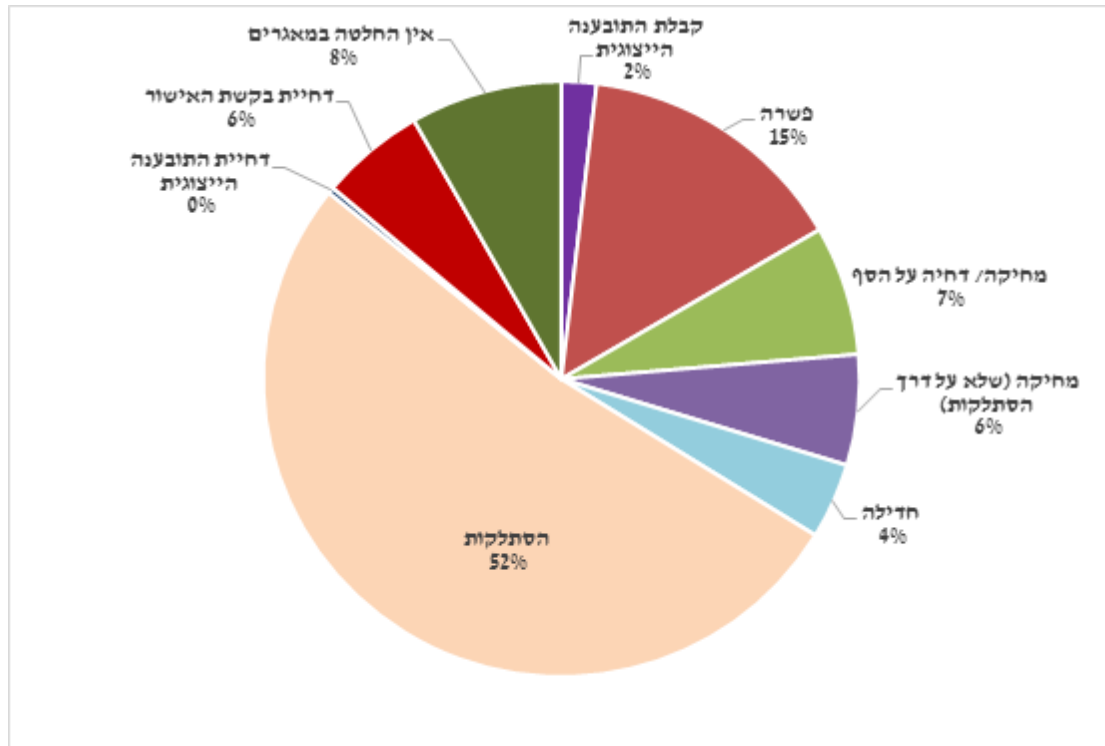
ראו בתרשים פירוט בנוגע לסיבת סגירת התיקים בתקופה שבין שנת 2016 לשנת 2021:⁴⁹

⁴⁶ ממידע שפורסם ב"לוח מחוונים – תובענות ייצוגיות" התמנון מידע ציבורי לכל <https://octopus.org.il/2021/01/31/class-action-dashboard/> (להלן: "אתר התמנון"), עולה כי מתוך התיקים שנסגרו החל ממאי 2020 עד מרץ 2021 (945 תיקים שנבדקו), הוטלו הוצאות משפט על התובע רק ב-13% מהתיקים שבהם לא הועבר טעם לקבוצה או לציבור. מבחינת סכומי הוצאות המשפט, חציון הסכום עומד על 5,000 ₪ והמוצע כ-11,500 ₪. עוד יצוין כי סיבת סגירת התיק השכיחה ביותר בתיקים שבהם הוטלו הוצאות היא מחיקה ודחייה (50 תיקים – מחיקת הבקשה, 38 תיקים – דחיית הבקשה, 9 תיקים – סילוק על הסף ו-4 תיקים – הסתלקות).

⁴⁷ ע"א 7928/12 אי.אר.אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פסי' 32 (נבו 22.1.2015). יצוין כי בבקשה לדיון נוסף בעניין זה, שנדחתה, קבעה הנשיאה (דאז) נאור כי לא ניתן להבין מפסק הדין כי בכל מקרה שבו הוגשה תובענה ייצוגית בתום לב ונדחתה יש מקום להימנע מהטלת הוצאות כדי לא להרתיע תובעים ייצוגיים פוטנציאליים, אלא שביט המשפט קרא לנהוג במתינות בבוא בית המשפט לחייב בהוצאות מבקשים שבקשתם נדחתה. עוד נקבע כי יש להישמר מפני ניצולו לרעה של ההליך להגשת תביעות סרק חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי "כיס עמוק" המוגשות בחוסר תום לב ואחת הדרכים היא השתת הוצאות ריאליות על תובע ייצוגי שבקשת סרק שהגיש נדחתה (דני"א 944/15 פלאפון תקשורת בע"מ נ' אי.אר.אמ טכנולוגיות בע"מ (נבו 29.3.2015)).

⁴⁸ הנתונים הם מתוך המחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות בשיתוף עם הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל-אביב, שעמלה על איסוף הנתונים (להלן: "המחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות"). המחקר התבסס על מדגם אקראי של 10% מהתובענות הייצוגיות שנסגרו בתקופה של חמש שנים משנת 2016 עד שנת 2021 (סה"כ 635 תיקים). הנתונים נלקחו מאתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46. יצוין כי בחישוב האחוזים של ההחלטות שבהן התוצאה הייתה קבלת התובענה או סיומה בתוצאה המיטיבה עם הקבוצה המיוצגת (22%), לא נספרו התיקים שבהם לא נמצאה החלטה במאגרים.

⁴⁹ הנתונים הם מתוך המחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות, שם. יצוין כי ביחס לתיקים שבהם לא נמצאה החלטה במאגרים (כ-8% מהתיקים), ההנחה של חברי הצוות היא כי גם תיקים אלו הסתיימו במחיקה של ההליך שכן כאשר ההליך מסתיים בפסק דין, בהסדר פשרה או בהסתלקות, ככלל, ההחלטה מפורסמת בפנקס התובענות הייצוגיות (ראו תקנה 17ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: "תקנות תובענות ייצוגיות").



עם זאת, כבר בתחילת הדרך, חברי הצוות סברו כי אין מקום להתייחס לכלל התביעות המסתיימות ללא סעד משמעותי לציבור, בייחוד בהסתלקות, כמקשה אחת ויש להבחין בין תביעות המסתיימות בהסתלקות כאשר מלכתחילה לא הייתה עילה ("תביעות הסרק"), לבין תביעות המוגשות ביחס להפרה של הוראות הדין ומסתיימות בהסתלקות תוך התחייבות הנתבעת לתיקון ההפרה. מבחינה של הסתלקויות אלו נראה כי ככלל, מדובר בתובענות המוגשות ביחס להפרה של הוראות רגולטוריות, לעיתים שוליות, כאשר לא ברור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, אם בכלל. בתביעות אלו, ככלל, ככל שהנתבעת מוכנה לתקן את התנהלותה ביחס לעתיד, אין עוד טעם בניהול התובענה כייצוגית שכן, כאמור, לא ברור האם נגרמו לחברי קבוצה נזקים המצדיקים מתן פיצוי. לצורך מסמך זה נכנה תביעות אלו "תביעות קלות ערך" שכן הן מוגשות, ככלל, ביחס להפרות שערכן החברתי לרוב נמוך ועל כן נפריד בין "תביעות קלות ערך" לבין תביעות סרק ללא עילה.

ההתמודדות עם תביעות סרק היא מורכבת שכן ישנו קושי לדעת מראש מהי תביעת סרק שבה ככל הנראה הנתבעת פעלה כשורה ולכן אין אינטרס חברתי בניהולן ועל כן ישנו קושי לבלום באופן קטגורי תביעות אלו. הליך אישור התובענה הייצוגית והמנגנונים הקבועים בנוגע לאישור הסדר פשרה והסדר הסתלקות, צריכים לבצע את הסינון בין תביעות רצויות לכאלו שאינן רצויות. עם זאת, ברור שאין אפשרות לייצר מנגנון שהוא חף מטעויות ושיידע לסנן בצורה מלאה את התביעות שאינן רצויות.

בסוגיה זו עלו מספר נושאים:

ריבוי בקשות ההסתלקות

הסתלקות היא בקשה של תובע ייצוגי או בא כוחו למחוק את התביעה שהוגשה על ידו. בתובענות ייצוגיות גם בקשה להסתלק מההליך מאושרת בידי בית המשפט. בנוסף, בית המשפט מוסמך

לפסוק גמול ושכר טרחה בהסתלקות, במקרים המתאימים לכך, כאשר הושגה תועלת ממשית וקונקרטי לקבוצה המיוצגת כתוצאה מההליך.

הממדים של תופעת ריבוי ההסתלקויות התבררו לראשונה בעת פרסום המחקר האמפירי משנת 2014. במחקר זה נמצא כי סיבת סגירת התיקים השכיחה ביותר היא הסתלקות תובעים טרם אישור התובענה כייצוגית וכי יותר מ-57% מהתיקים שנבדקו נסגרו בדרך זו. עוד נמצא כי כמעט 60% מבקשות ההסתלקות הוגשו לאחר שהתובע הבין שאין לו עילה מוצדקת או שסיכויי התובענה נמוכים (בהתאם לנימוקי התובע בבקשת ההסתלקות). כ-20% מהבקשות הוגשו בעקבות הצהרת התובע כי הנתבע קיים את חובותיו לאחר התביעה ועל כן אין בה עוד צורך.⁵⁰ עוד נמצא כי בכ-29% מהתובענות שהסתיימו בהסתלקות אושר גמול ושכר טרחה, בסכומים נמוכים יחסית לסכומים ששולמו בתובענות שהסתיימו בפשרות, פסק דין והודעת חדילה.⁵¹

תופעה זו הצביעה על התפתחות רחבת היקף של פרקטיקה שבה הוגשו תובענות ייצוגיות שמגישיה הודו כי אין בהן תועלת לציבור מאחר שלא הייתה עילת תביעה. בתובענות אחרות נטען כי ההפרה תוקנה ועל כן אין צורך בניהול התובענה. כלומר, מספר רב מהתובענות הללו, מלכתחילה, אינו מתאים לבירור ואילו תובענות אחרות הביאו לתיקון ההפרה אולם לגביהן עולה השאלה האם המנגנון של התובענה הייצוגית שהוא מנגנון מורכב ויקר הוא הכלי המתאים לבירור, שכן שני הצדדים הסכימו על תיקון המעוות ולא ניתן פיצוי לחברי הקבוצה מעבר לכך. מנגנון התובענה הייצוגית הוא מורכב ויקר, הן לאור העלויות של נתבעות בניהול התיק גם כאשר הוא מסתיים בהסתלקות (כאשר ניתן להניח שעלויות אלו מגולגלות בחלקן אל הציבור) והן לאור העלויות של בקשות אלו למערכת המשפט, הן עלויות ישירות הנובעות מניהול הליכים שלא לצורך והן עלויות עקיפות הנובעות מהעומס על בתי המשפט מתיקים אלו (בעניין זה, כפי שצוין לעיל, תיקי התובענות הייצוגיות הם מההליכים ה"יקרים" ביותר במערכת בתי המשפט בישראל).

כאמור, אין מקום להתייחס לכל בקשות ההסתלקות כמקשה אחת ויש להבחין בין תביעות סרק לבין תביעות "קלות ערך". מאפיין חשוב של התביעות "קלות הערך" נוגע למודל הכלכלי שעליו הן מבוססות. הרושם המתקבל הוא שנראה כי בפועל תביעות אלו מוגשות מלכתחילה מבלי כוונה לנהלן כייצוגיות ומבלי כוונה לקבל בפועל סעד כספי ממש לטובת הקבוצה, על אף שבדרך כלל הן מוגשות גם עם דרישה לסעד של פיצוי חברי הקבוצה. לאור העובדה שתביעות אלו מסתיימות בהסתלקות ללא ניהול ההליך וכן לאור כך שתביעות אלו מסתיימות בשכר טרחה וגמול יחסית נמוכים, נראה שהמודל הכלכלי של תביעות אלו הוא הגשה מהירה של הרבה תביעות פשוטות, במקרים רבים "תביעות משוכפלות" (בקשות לאישור המוגשות לרוב בנוסח זהה כלפי מספר רב של גורמים, כאשר לרוב ההשקעה בהגשתן היא יחסית מזערית), שלא על מנת לנהלן אלא על מנת להסתלק מהן, תוך כוונה מלכתחילה לקבל סכום כסף יחסית נמוך לשכר טרחה וגמול על כל תביעה תוך השקעה מינימלית בכל תביעה. לפי מודל כלכלי זה, ריבוי התביעות המוגשות מביא לשכר טרחה נאה לעורך הדין המייצג, באופן מצטבר. בנוסף, על אף שכאמור תביעות אלו מסתיימות במסגרת

⁵⁰ המחקר האמפירי משנת 2014, לעיל ה"ש 19, בעמ' 21.

⁵¹ שם, בעמ' 29-30. הגמול הממוצע היה 13,605 ₪ וחציון סכום הגמול 5,000 ₪; שכר הטרחה הממוצע היה 35,260 ₪ וחציון סכום שכר הטרחה היה 25,000 ₪.

הסתלקות מתוגמלת, הן מוגשות לרוב תוך נקיבה בסכום פיצוי גבוה מאוד שאינו אקוויוולנטי לנזק ('סכום פיצוי מופרז') ושאינו משקף לעיתים רבות את הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה.⁵²

מבדיקה שנערכה ביחס לבקשות לאישור שהסתיימו בהסתלקות בתקופה שבין מאי 2020 למרץ 2021 (להלן: "תקופת הבדיקה"), נמצא כי חלק ניכר מבקשות האישור הן "תביעות משוכפלות". כך למשל, כ- 70% מההסתלקויות שהוגשו בנושא של פרסום הסדרי נגישות לאנשים עם מוגבלות באתרי המרשתת של נתבעות בתקופת הבדיקה, הוגשו בידי עורכי דין שהגישו כל אחד יותר ממאה בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בנושא זה.⁵³

בהקשר של תביעות משוכפלות, יש לציין כי קיימת גם תופעה של "תובעים סדרתיים". כלומר, תובעים ייצוגיים המגישים מספר רב של תובענות ייצוגיות.⁵⁴ במסגרת הדיונים בצוות נערך דיון בשאלה האם יש מקום להציע הצעות לתיקון בעניין זה. מחד גיסא, ככל שמדובר בבקשה מבוססת לאישור תובענה ייצוגית ברמה הקבוצתית אשר מקדמת את התכליות של החוק וככל שקיימת לתובע המייצג עילה אישית, נראה שככלל, אין חשיבות רבה לשאלת זהותו של מגיש הבקשה והאם הוא הגיש בעבר בקשות נוספות.⁵⁵ מאידך גיסא, צריך לבחון, במיוחד בנסיבות שבהן מדובר בתובע סדרתי שאכן קיימת עילת תביעה מבוססת (אישית וקבוצתית), שלא מדובר בתביעה שהוגשה כלאחר יד ללא ביסוס ראוי ושהתובע המייצג צפוי לייצג את הקבוצה באופן הולם ותם לב.

לאורך השנים נעשו מספר ניסיונות על מנת להתמודד עם תופעת ריבוי ההסתלקויות, בחקיקה ובפסיקה. כך, בסוף שנת 2014 ניתן פסק הדין בעניין **פסטה נונה** על ידי כבוד השופט (בדימוס) ענבר בבית המשפט המחוזי בתל אביב,⁵⁶ שם נקבע כי "חסרונותיהם של הסדרי הסתלקות מתוגמלת ונזקיהם גבוהים לאין שיעור מיתרונותיהם ותועלתיהם. מצב העניינים הקיים, שבו הולכים הסדרי הסתלקות מסוג זה והופכים לדרך הסיום הנפוצה של תביעות ייצוגיות בתחום סימון מוצרי מזון, מכרסם בתכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות, מכביד על הנתבעים ועל בית המשפט שלא לצורך וגורם לזילות מכשיר התובענה הייצוגית. הגשתן של תובענות סרק יוצרת הרתעה עודפת בקרב נתבעים, מחייבת אותם בהוצאות כספיות לצורך ניהול ההליכים ומבזבזת כספי ציבור בניהול הליכים משפטיים שלא לצורך בבתי המשפט. בית המשפט מצווה, אפוא, לפעול לצינון תמריציהם של התובעים הייצוגיים ושל באי הכוח המייצגים לערוך הסדרי הסתלקות מסוג זה, ודרך המלך לעשות כן הנה להימנע, ככלל, מאישור תשלום גמול ושכר טרחה למסתלקים".⁵⁷ חלק מהערכאות הדיוניות אימצו את פסק הדין בעניין פסטה נונה וחלקן דחו אותו.⁵⁸

⁵² עם זאת, חשוב לציין כי תופעה זו אינה רלוונטית רק לתביעות אלו והמדובר בבעיה רוחבית בתחום התובענות הייצוגיות הנובעת בין היתר גם מקושי ממשי בכימות התביעה בשלב הראשוני וזאת לאור פערי מידע בין הצדדים (להרחבה בנוגע לסוגיית "בעיית סכומי התביעה המופרזים בתובענות ייצוגיות" ראו בפרק ב.1.ב.).

⁵³ על פי נתונים מאתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46.

⁵⁴ ראו המחקר האמפירי משנת 2014, לעיל ה"ש 19, בעמ' 16. אף בשנים האחרונות, מוכרת התופעה של תובעים סדרתיים. כך למשל, תובע ייצוגי אחד בתחום השוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות הגיש 43 בקשות לאישור בשנת 2020 ותובעת ייצוגית בתחום הצרכנות הגישה 18 בקשות לאישור (נתונים מתוך מאתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46).

⁵⁵ בהתאם להוראות החוק ופסיקת בתי המשפט, אם קיימת עילה קבוצתית אך לא קיימת עילה אישית, בית המשפט לא ימחר לדחות או למחוק את התובענה והוא נותן הזדמנות למינני תובע מייצג חליפי בעל עילה אישית. בנוסף, ברע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ ואח' נ' ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ ואח' (נבו 6.9.2017) (להלן: "עניין שלמה תחבורה") עמדת היועץ המשפטי לממשלה היתה כי יצירה יזומה של עילת תביעה אישית על ידי תובעים ייצוגיים (על מנת להוכיח עילת תביעה אישית) אינה סיבה לדחיית התובענה אם התובענה טובה וראויה ברמה הקבוצתית ומקדמת את האינטרס הציבורי.

⁵⁶ ת"צ (מחוזי ת"א) 13-02-1469 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (נבו 26.11.2014).

⁵⁷ שם, בפסקה 14(א).

⁵⁸ יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה (דאז) הציג גישה מעט שונה מזו של כב' השופט ענבר (זאת, הן בהליכים שנדונו בבית המשפט המחוזי בעניין פסטה נונה, והן בהליך הערעורי שנדון בבית המשפט העליון בעניין מוקיט, לעיל ה"ש

בהמשך, כאמור, בשנת 2016 תוקן חוק תובענות ייצוגיות בתיקון מס' 10 לחוק. בתיקון זה נוספו שיקולים שעל בית המשפט לשקול בהחלטתו אם לאשר טובת הנאה בהסתלקות. מטרת שיקולים אלו הייתה להביא לכך שככלל הסתלקויות לא יתוגמלו, אלא במקרים חריגים המצדיקים זאת.

על מספר פסקי דין שהסתמכו על פסק הדין בעניין פסטה נונה וניתנו בסמוך לו, הוגש ערעור לבית המשפט העליון (עניין מרקיס).⁵⁹ בפסק הדין שניתן בשנת 2018 קבע בית המשפט העליון כי הסתלקות מתוגמלת היא אפשרית, אך מדובר בחריג לכלל הקבוע בסעיף 16 לחוק. בית המשפט העליון עמד על כך שהשיקולים שנקבעו בסעיף 16 לחוק במסגרת תיקון מס' 10 לחוק נועדו לסייע לבית המשפט לוודא שלא ייפסקו גמול ושכר טרחה במקרים של תביעות סרק. בנוסף, התועלת שהניב ההליך צריכה להיות ממשית, קונקרטית ורלוונטית לחברי הקבוצה על מנת שתזכה את התובע ובא כוחו בתגמול. כמו-כן, נקבע כי על בית המשפט לשקול גם שיקולי רוחב ובפרט את הסכנות הטמונות בהסתלקות מתוגמלת למוסד התובענה הייצוגית, שכן גמול ושכר טרחה הם מהכלים החשובים והמשפיעים המסורים בידי בית המשפט ולעמדת בית המשפט העליון יש לעשות בהם שימוש מושכל לשם התווית מדיניות ראויה בהגשה וניהול תובענות ייצוגיות. ככלל, נקבע כי על בית המשפט לעשות שימוש זהיר בכלי של פסיקת גמול ושכר טרחה בבקשת הסתלקות, תוך מודעות לסכנות הגלומות בהסדרים אלו לקבוצה, לציבור ולמוסד התובענה הייצוגית ובמטרה לקדם הגשת תובענות ייצוגיות ראויות ולמנוע הליכי סרק.

עם זאת, נראה כי לא הרבה השתנה בפועל. הנתונים מלמדים כי אף לאחר תיקון מס' 10 לחוק ולאחר פסק הדין בעניין מרקיס, הסתלקות היא עדיין סיבת סגירת התיק השכיחה ביותר, כאשר חלק ניכר מההסתלקויות הן מתוגמלות. כך, בתקופת הבדיקה (כאמור, התקופה שבין מאי 2020 למרץ 2021) כ-60% מהתיקים נסגרו בהסתלקות ולמעשה זו סיבת סגירת התיקים השכיחה ביותר.⁶⁰ בנוסף, 80% מן ההסתלקויות שאושרו בבתי המשפט בתקופה זו היו מתוגמלות.⁶¹

עם זאת, בכל הנוגע לסכומי שכר הטרחה והגמול בהסתלקות, מעניין לציין שבתקופת הבדיקה הם נמצאו נמוכים יותר מבעבר: הגמול הממוצע בתקופה זו להסתלקות מתוגמלת עמד על 3,800 ₪ וחציון סכום הגמול 1,500 ₪. שכר הטרחה הממוצע היה כ-15,582 ₪ וחציון סכום שכר הטרחה 10,000 ₪.⁶² לעומת זאת, במחקר האמפירי משנת 2014, הגמול הממוצע היה 13,605 ₪ וחציון סכום הגמול 5,000 ₪. שכר הטרחה הממוצע היה 35,260 ₪ וחציון סכום שכר הטרחה היה 25,000 ₪.⁶³

לעמדת הצוות, מצב זה מעלה תמונה בעייתית של חשש לעיוות תמריצים והחצנת עלויות בלתי רצויה על הציבור הרחב. מלבד העובדה כי כלי התובענה הייצוגית אינו, ככל הנראה, במקום מיטבי שכן מרבית הבקשות לאישור התובענה כייצוגית שמוגשות מסתיימות בבקשה של התובע הייצוגי ובא כוחו למחיקתן, הרי שכפי שצוין לעיל, לעצם הגשת הבקשה כייצוגית יש משמעויות משפטיות,

10), כשגלישה זו יש לבחון כל מקרה לגופו, האם קיימת בעניינו הצדקה לפסיקת שכר טרחה וגמול במסגרת הסדר הסתלקות, בשים לב לתכליות ההליך הייצוגי, לטיבה של עילת התביעה, ולמידת התועלת לקבוצה בהליך הקונקרטי. ⁵⁹ עניין מרקיס, לעיל ה"ש 10.

⁶⁰ בתקופה שבין מאי 2020 למרץ 2021 נסגרו 945 תיקים, מתוכם 574 הסתלקויות (כ-60%). הצוות נעזר בנתונים שפורסמו באתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46.

⁶¹ על פי נתונים שפורסמו באתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46, בתקופה שבין מאי 2020 למרץ 2021, אושרו 574 בקשות הסתלקות בבתי המשפט, מתוכם ב-459 בקשות אושר גמול ושכר טרחה.

⁶² במחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות, לעיל ה"ש 19, נמצא כי 55% מהתיקים הסתיימו בהסתלקות וכי כ-55% מתוך תיקים אלו הסתיימו במסגרת הסתלקות מתוגמלת.

⁶³ הצוות נעזר בנתונים שפורסמו באתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46.

⁶³ המחקר האמפירי משנת 2014, לעיל ה"ש 19. בנוסף נציין כי במחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות, לעיל ה"ש 48, נמצא כי הגמול הממוצע בהסתלקות עמד על כ-4,757 ₪ ושכר הטרחה הממוצע בהסתלקות עמד על 22,235 ₪.

כספיות וציבוריות.⁶⁴ כך, עצם הגשת הבקשה לאישור מחייבת את הנתבעות בהוצאות רבות לצורך התגוננות מפני התביעות, כאשר חלק מהעלויות מגולגלות בסופו של יום לציבור.⁶⁵ למשל בתחום הביטוח, קיים חשש להעלאת גובה פרמיות הביטוח. הנתונים המספריים מאששים את הטענות שנשמעו בפני הצוות מצד עורכי הדין, המייצגים תובעים ונתבעות, כי מאחר שעלויות הייצוג הן גבוהות, הנתבעות מעדיפות לשלם 'דמי הסתלקות' על פני תשלום הוצאות לצורך הייצוג בתיק.⁶⁶ בנוסף, ריבוי ההסתלקויות המתוגמלות מביא גם לזילות מוסד התובענה הייצוגית ולריבוי הגשת תביעות סרק.⁶⁷

במסגרת הדיונים, נציגי נתבעות התייחסו לעלויות הרבות הנובעות מעצם העובדה שהוגשה נגדן בקשה לאישור, גם כאשר סיכויי הבקשה אינם גבוהים. בהקשר זה הם התייחסו לריבוי הוראות הרגולציה בישראל ולכך שלטעמם ישנם עורכי דין ותובעים ייצוגיים ששמו להם למטרה להגיש תובענות ייצוגיות בגין כל הפרה של הוראת רגולציה, שולית ככל שתהיה והם מנצלים טעויות בתום לב של עסקים. בנוסף, הצוות דן בהשפעה של תביעות אלו על עסקים קטנים ובינוניים זאת מכיוון שלרוב לעסקים אלו אין ייעוץ משפטי שוטף והם צריכים לשכור עורכי דין על מנת לטפל בתביעה אף במקרים שבהם בסופו של יום התיק מסתיים בהסתלקות. עוד צוין כי בשנים האחרונות ובייחוד בתקופת התפרצות מגפת הקורונה חלה עליה חדה במספר הבקשות לאישור שהוגשו בנושא של פרסום הסדרי נגישות לאנשים עם מוגבלות באתרי המרשתת של עוסקים, כאשר רבות מהתביעות הוגשו נגד עסקים קטנים ובינוניים וכאשר רובן המוחלט של הבקשות לאישור הסתיימו בסופו של דבר במסגרת בקשת הסתלקות.

הצוות מצא כי יש מתאם ברור באופן שבו נחלקות ההסתלקויות לפי הפרטים שבתוספת לחוק. מבחינת הנושאים שבהם הוגשו בקשות הסתלקות, נמצא כי בתקופת הבדיקה, כ-54% מההסתלקויות המתוגמלות הוגשו בפרט של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, כאשר 83% מתוכן הוגשו בתחום של פרסום הסדרי נגישות. עוד נתון מעניין לציון הוא שבתחום של פרסום הסדרי נגישות כ-96% מהתיקים הסתיימו בהסתלקות.⁶⁸ בנוסף, 21% מההסתלקויות בתקופת הבדיקה הוגשו בתחום של הגנת הצרכן (29% מתוכן הוגשו בתחום של סימון מזון).⁶⁹

בהקשר זה נשוב ונזכיר כי בחודש מאי 2018 הותקנו לראשונה אגרות בתובענות ייצוגיות, כאשר עד אז לא הייתה קיימת חובת תשלום אגרה בעת פתיחת הליך תובענה ייצוגית. מהנתונים עולה כי האגרות אכן השפיעו בצורה מסוימת על תמריצי התובעים הייצוגיים ובאי כוחם. כך, ניתן לראות עליה דרסטית בהגשת תובענות ייצוגיות בחלק מהתחומים שפטורים מאגרה. למשל, התביעות בתחום הנגישות לאנשים עם מוגבלות גדלו בכ-2000% בתקופה של שנה לאחר כניסת האגרות לתוקף (מ-1.4% לפני כניסת האגרות ל-29.7% לאחר כניסת האגרות).⁷⁰ כמו כן, מספרן של התביעות

⁶⁴ ראו ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 192-193.

⁶⁵ עניין **מרקיס**, לעיל ה"ש 10, פס' 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברוך.

⁶⁶ רע"א 7763/21 **רפי ביסקר נ' ראובן רוזנפלד**, פס' 2 לפסק דינו של כב' השופט עמית ופס' 17 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף (נבו 14.11.2022) (להלן: "עניין ביסקר"). יצוין כי אמנם הש' גרוסקופף התייחס לתביעות נגזרות, אך כידוע קיים דמיון רב בין תביעות נגזרות לתובענות ייצוגיות והדברים שנאמרו שם ביחס לתביעות נגזרות יפים גם לענייננו.

⁶⁷ עניין **מרקיס**, לעיל ה"ש 10, פס' 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברוך.

⁶⁸ על פי נתונים שמפורסמים באתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46, בתקופה שבין מאי 2020 למרץ 2021. בנוסף, בתחום של פרסום הסדרי נגישות נסגרו 0.9% בפשרה, 1.8% סילוק על הסף, מחיקה 1.3%.

⁶⁹ שם.

⁷⁰ גלי אביב ואסף שטיין, "נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות", מחלקת המחקר של הרשות השופטת (05.2019) (להלן: "אביב ושטיין, נתונים כמותיים על אגרות").

בפרט 1 העוסק בנושאי צרכנות, ירד בשליש בתקופה זו.⁷¹ כלומר, נראה שעצם הקביעה לפיה יש עלות כניסה להליך, גם אם לא גבוהה, הביאה לשינויים בתחום.

עוד בעניין האגרות, נמצא כי בפועל, במקרים רבים מבקשים הצדדים כי בית המשפט יפטור אותם מחלקה השני של האגרה בנימוקים של הגעה לפשרה או הסתלקות בשלב מוקדם של ההליך.⁷² ברי כי גם מתן פטור מתשלום חלקה השני של האגרה משפיע על התמריצים הכלכליים של תובעים ייצוגיים.

סכומי תביעה מופרזים בתובענה הייצוגית

לאור העובדה שתשלום האגרה בהגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית אינו תלוי בסכום הנתבע כבתביעות כספיות אחרות, עולה חשש מפני הגשת בקשות לאישור בסכומים מופרזים. ואכן, סכומי הפיצוי המתבקשים בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות גבוהים מאד בהשוואה לתביעות אזרחיות "רגילות" וכן בהשוואה לסכומים שנפסקים בסיום הליכי התובענות הייצוגיות. לעניין זה יצוין כי במחקר האמפירי משנת 2014, ביחס להליכים שהתנהלו בשנים 2006 עד 2012 (כאשר בתקופה זו הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית לא חייבה תשלום אגרה כלל), עלה כי חציון סכום הפיצוי הנתבע עומד על 25,450,000 ₪ וממוצע סכום הפיצוי הנתבע מגיע ל-435,275,000 ₪ וכי מדובר בסכום פיצוי הגבוה פי 36 מסכומי הפיצוי הנתבעים בקבוצת היחס של תיקים אזרחיים בבתי המשפט המחוזיים. לעומת זאת, סכומי הפיצוי לקבוצה בסוף ההליך נמוכים בהרבה (חציון הסכומים בין 90,000 ₪ ל-1,500,000 ₪, בהתאם לסוג הסעד שניתן).⁷³

בדברים שנשאה השופטת (כתוארה אז) חיות בכנס "תובענות ייצוגיות בפרספקטיבה אמפירית" ביום 16.12.2014 התייחסה לתופעה זו: "מדאיג לא פחות הוא נתון נוסף העולה מן המחקר, שלפיו גם בתיקים המגלים עילה קיים פער עצום בין הערכות הנזק שמבקשי האישור מציינים, המגיעות לעיתים למיליארדי שקלים, לבין הסכומים הנפסקים בסופו של יום בהסדרי פשרה או בפסק דין. נתון זה יכול ללמד על נטייה בולטת להפרזה בסכומי הפיצוי הנדרשים, המרמזת כי הסכום שנקב בבקשה, יותר משהוא מבטא את הנזק הממשי הניתן להוכחה, מבטא את מאוויי הלב של התובע ושל בא כוחו, בהינתן העובדה שהגמול ושכר הטרחה אמורים להיגזר מן הסעד שייפסק".⁷⁴

כחלק מהניסיון להתמודד עם תופעה זו נקבע בחוק כי במסגרת פסיקת שכר הטרחה, על בית המשפט להתייחס גם לפער בין הסכום שנתבע לבין הסכום שנפסק בהליך.⁷⁵ כן נקבע בפסיקה כי על בתי המשפט ליתן משקל נכבד לשיקול זה במטרה למצמצם את תופעת הגשת תובענות ייצוגיות בסכום מופרז ובלתי מבוסס.⁷⁶

⁷¹ שם.

⁷² פסיקת בתי המשפט בבקשות לפטור מחלקה השני של האגרה במקרים של פשרה או הסתלקות אינה אחידה. ר' לדוגמה ת"צ (מחוזי י-ם) 28290-08-20 **צוקר נ' גורי ע.ע.ע. בע"מ ואח'** (נבו 23.1.2022) שם דחה בית המשפט את בקשת הצדדים לפטור וכן לדוגמה ת"צ (שלום ת"א) 60922-01-20 **דניאל נ' סלקום ישראל בע"מ** (נבו 29.11.2021) שם קיבל בית המשפט את בקשת הצדדים לפטור כאמור.

⁷³ המחקר האמפירי משנת 2014, לעיל ה"ש 19, בעמ' 17-18. על פי נתונים הלקוחים מאתר 'התמנון', לעיל ה"ש 46, סכום התובענה הייצוגית הממוצע (מתוך 13,481 תובענות שבהן קיימים נתונים אודות סכום התביעה) הוא 250,364,344 ₪.

⁷⁴ אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935, 938 (2016) (להלן: "השופטת חיות, התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית").

⁷⁵ סעיף 23(5) לחוק.

⁷⁶ ע"א 2046/10 **עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט**, פ"ס 2 לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס (נבו 23.5.2012) (להלן: "עניין רייכרט"); עע"מ 7741/15 **מנירב נ' רשות המסים**, פסקה 58 לפסק דינו של כב' השופט דניגר (פורסם בנבו, 22.10.2017), יצוין כי במסגרת דיון נוסף שונתה ההלכה שנקבעה בפסק הדין ואולם לא בעניין זה.

בתביעה רגילה לסכום קצוב, האגרה היא נגזרת של סכום התביעה, לכן לתובע יש תמריץ להעמיד את תביעתו על סכום ריאלי.⁷⁷ כלומר, מנגנון האגרה משמש כחסם מפני נקיטה בסכומים מופרזים. עם זאת, בתובענות ייצוגיות, האגרה משולמת בסכום קבוע ולא כנגזרת של סכום התביעה ועל כן חובת תשלום האגרה אינה מרתיעה תובעים ייצוגיים לנקוב בבקשות לאישור בסכומים מופרזים.

יוער כי אמנם הגשת תביעה על סכום מופרז אינה מלמדת כי מדובר בבקשת סרק וייתכן בהחלט כי מדובר בבקשה שיש בה ממש. עם זאת, התופעה של נקיטה בסכומים מופרזים קשורה, בין היתר, באיכותן של הבקשות לאישור שמוגשות ובתופעה של ניצול לרעה של כלי התובענה הייצוגית במובן של תביעות שמוגשות בפזיזות ועל מנת להוות כלי להפעלת לחץ על נתבעות. לכן, ועל אף שכאמור חלק מן התובענות המוגשות בסכומים מופרזים הן ראויות, הצוות דן בסוגיה זו בהקשר של תביעות סרק.

במסגרת הדיונים בצוות, צוין על ידי נציגי המגזר העסקי כי בתובענות ייצוגיות רבות, על מנת להגדיל את סכום התביעה, התובע הייצוגי ובא כוחו מוסיפים רכיב נזק לא ממוני משמעותי לצד נזק ממוני נמוך, במקרים שבהם לא נגרם נזק לא ממוני ממשי. עוד במסגרת הפגישות שערך הצוות, התייחסו נציגי המגזר העסקי לכך שהקושי בקביעת סכומים מופרזים, גם אם בסופו של הליך סכום הפיצוי הוא נמוך משמעותית נוגע, בין היתר, לכך שביחס לחברות ציבוריות, על פי תקנות ניירות ערך (דו"חות תקופתיים ומידיים), התש"ל-1970, בדו"ח התקופתי יבוא תיאור התאגיד והתפתחות עסקיו.⁷⁸ בהתאם לכך, על חברה ציבורית לדווח על הליכים משפטיים אשר התאגיד הוא צד להם. תיאור ההליכים יכלול, בין היתר, את הסעד המתבקש במסגרת ההליך. כלומר, על חברות ציבוריות לדווח על סכומי התביעה גם אם מדובר על תביעה שהסיכון שלה נמוך יותר וההערכה היא שהסכומים שישולמו במסגרת ההליך יהיו נמוכים משמעותית. בנוסף לכך, כאשר מדובר בעסקים קטנים ובינוניים אשר מוגשת נגדם תביעה על מיליוני שקלים, יש לכך משמעויות רחבות היקף על התנהלות העסק.

נראה כי לעיתים חלק מהפער בין סכום התביעה לסכום שנפסק בסיום ההליך נובע גם מכך שבתחילת ההליך ישנם ככלל פערי מידע מובנים בין הצדדים להליך אשר מאפיינים רבות מהתובענות הייצוגיות, ובמקרים רבים אין בידי התובע הייצוגי מידע על הנזק המדויק שנגרם לחברי הקבוצה או על גודל הקבוצה.⁷⁹ פערי המידע הם אחד מהטעמים שעמדו ביסוד קביעת מחוקק המשנה, שהאגרה לא תיגזר מתוך הסכום המוערך של התביעה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שבחלק מהמקרים מדובר ברצון להפעיל לחץ שאינו הוגן על נתבעות כך שמוגשות תביעות מבלי שקדמה להן בדיקה עובדתית או משפטית ראויה, כמנוף לחץ על נתבעות במטרה להגיע עמן להסדר מהיר.⁸⁰

⁷⁷ עניין תעשיות אלקטרוכימיות, לעיל ה"ש 16.

⁷⁸ ראו תקנה 8 לתקנות אלו שבה נקבע כי הדיווח יהיה בהתאם לפרטים ולעקרונות שבתוספת לתקנות ניירות ערך (פרטי התשקיף וטיוטת התשקיף – מבנה וצורה), התשכ"ט-1969.

⁷⁹ ראו למשל ברע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר ואח', פס' 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברון (נבו 16.4.2018); ע"א 7187/12 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פס' ע"ח-פ' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (נבו 17.8.2014).

⁸⁰ עניין מרקיס, לעיל ה"ש 10, פס' 26 לפסק דינה של כב' השופטת ברון; רע"א 2779/14 חברת דואר ישראל בע"מ ואח' נ' לבנשטיין ואח', פס' 4 לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס (נבו 8.5.2014).

א. תחרות בין תביעות

סוגיה נוספת שקשורה גם היא לנושא זה היא סוגיית התחרות בין בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות וזאת לאור הכללים הקבועים בסעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות הנותן משקל משמעותי, בין היתר, למועד הגשת בקשת האישור ומביא בפועל לכך שישנו 'מירוץ' להגשת התביעה הראשונה אשר מעודד את עורכי הדין להגיש בקשות במהירות וללא הקפדה על האיכות של הבקשה במטרה להיות עורך הדין הראשון שמגיש את הבקשה.

תופעה זו מביאה לכך שהבקשות לאישור שמוגשות לבית המשפט הן לעיתים באיכות שאינה מספקת. לכן על אף שלא מדובר בתביעות שבבסיסן הן בקשות נעדרות עילה, אי אפשר להתעלם מהאיכות של בקשות אלו ומכך שמדובר בשימוש לרעה בכלי התובענה הייצוגית. לאור האמור, דן הצוות בסוגיה זו בהקשר של תביעות סרק, מתוך מטרה להציע המלצות לצורך טיוב איכות התביעות.

נפרט במה דברים אמורים. סעיף 7 לחוק עוסק במספר בקשות לאישור תובענה ייצוגית או תובענות ייצוגיות המוגשות לבתי המשפט בנושאים דומים או זהים. התכלית של הסעיף היא מניעת כפל התדיינות בבקשות אישור או בתובענות ייצוגיות המעוררות עילות תביעה דומות וריכוז הבקשות על מנת למנוע פסיקות סותרות, תוך התחשבות בטובת הקבוצה שעניינה נדון.⁸¹

לפי סעיף זה, כאשר מוגשות בקשות דומות, אם הדיון בבקשה הראשונה כבר החל, מוקנית לבקשה הראשונה עדיפות על פני הבקשה השניה (הדיון בבקשה המאוחרת יועבר לאותו בית משפט ומותב הדן בבקשה המוקדמת), כאשר לבית המשפט יש שיקול דעת לסטות מן הכלל וזאת לצורך כך שעניינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הטובה והיעילה ביותר.⁸²

בפסיקה נקבע כי ככלל, יש ליתן עדיפות למבקש הראשון בזמן, שהניח תשתית ראייתית מספקת ('עיתוי הבקשה'), גם אם לבקשה המאוחרת יתרון מסוים בכל הנוגע לאופן ניסוחה והתשתית שביסודה וגם אם היא נשענת על יסודות ראייתיים או משפטיים איתנים יותר. זאת, כל עוד היא לא מוסיפה "נדבך משמעותי" לאיכות התביעה ("איכות הבקשה") בהשוואה לבקשה הקודמת בזמן וכל עוד לא מבוסס נזק קונקרטי העלול להיגרם כתוצאה מהעדפת הבקשה הראשונה והכל בהתאם לשיקול דעת הרחב הנתון לבית המשפט במקרה קונקרטי. כמו-כן תיבחן השאלה האם השוני האמור שבין הבקשות לאישור, המוקדמת והמאוחרת, הוא חיוני והכרחי ויש בו כדי לסייע בידי בית המשפט להכריע במחלוקת בין הצדדים באופן מקיף וממצה ולהגיע לחקר האמת.⁸³

⁸¹ ע"א 5503/11 אליהו דבח נ' מירון דינרי (נבו 18.1.2012) (להלן: "עניין דבח"); בש"א (מחוזי ת"א) 5317/09 חוה ברן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסי' 7 (נבו 31.8.2009).

⁸² עניין דבח, לעיל הי"ש 81, פסי' י"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין: "שיקול מרכזי הוא... שעניינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הטובה והיעילה ביותר". עוד ראו בהחלטתה של כב' הנשיאה (דאז) נאור בבש"א 3686/15 ישראל כרס בע"מ נ' מושקוביץ (נבו, 2.7.2015): "למותב שנקבע בהתאם להוראות סעיף 7(א) לחוק תובענות ייצוגיות מוקנה שיקול הדעת להכריע האם לאחד את הדיון בבקשות האישור השונות וכן האם למחוק אחת מהן... בשלב זה פוחת משקלו של שיקול המועד הכרונולוגי וניתן משקל מכריע לטיב הבקשה".

⁸³ ע"א 3293/17 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' שלומי טלמור (נבו 12.9.2018) (להלן: "עניין רבקה טכנולוגיות"). אמנם מדובר שם בתביעה נגזרת אך בע"א 7626/18 אמוץ חורב נ' אילן ורדניקוב (נבו 25.8.2020) צוין כי בקווים כלליים ובהתאמות הנדרשות הקביעות ביחס לתחרות בין תביעות יפות גם ביחס לתובענות ייצוגיות. בכל הנוגע להפעלת מבחן איכות הבקשה, נקבע שזו מסורה לשיקול דעתו הנרחב של בית המשפט, שעליו לשיקול שיקולים הנוגעים לניהול ההליך ולהצלחתו, כמו גם שיקולי מדיניות כלליים של הוגנות ותמריצים. כב' השופט הנדל פירט כי יש לבחון אם העדפת המבקש המאוחר היא הוגנת, לפי נסיבות המקרה, וכיצד היא תשפיע על תמריצים של מבקשים פוטנציאליים לפעול בעתיד לחשיפת עילות תביעה.

לבין האינטרסים של חברי הקבוצה. חשש זה נובע מכך שהתובע הייצוגי ובא כוחו, אשר נושאים בכל עלויות ההליך, עלולים להעדיף את טובתם האישית ואת רצונם להשיא את הרווח האישי שלהם, על פני טובת הקבוצה והאינטרס הציבורי.⁸⁸ על כן, בתובענה הייצוגית טמונה סכנה לקבוצה והיא שעניינם לא ייוצג נאמנה על ידי התובע הייצוגי. הדבר יכול לבוא לידי ביטוי, לדוגמא, בפשרות לא ראויות עם הנתבעת, שאינן משרתות את חברי הקבוצה ואף עלולות למנוע מחברי הקבוצה את האפשרות להגיש תביעה פרטנית. כאמור, המדובר בבעיה מובנית הקיימת בחוק לאור הבחירה במערכת תמריצים כלכליים ועולה חשש כי "המירוץ לגמול ולשכר הטרחה ישטוף ויטביע את המטרה הציבורית".⁸⁹

משכך, נקבעו בחוק מנגנונים שונים שמטרתם להביא לפיקוח על ניהול התובענה בכל שלבי הדיון בבקשה. כך, למשל, נקבע כי על בית המשפט לאשר את ההסתלקות של התובע הייצוגי ובא כוחו ובמידת הצורך בית המשפט מוסמך גם להורות על פרסום הבקשה על מנת להחליף את התובע הייצוגי או את בא כוחו,⁹⁰ לאור החשש שהתובע הייצוגי ובא כוחו יחליטו להסתלק מההליך על אף שקיימת עילה טובה וזאת על מנת לגרוף רווח קל ומהיר על חשבון טובתה של הקבוצה. בעיית הנציג מתעצמת כאשר הצדדים מגיעים להסדר פשרה, שכן בשלב זה, אין עוד יריבות בין הצדדים בתיק והצדדים מציגים חזית אחת, ומבקשים - במשותף - מבית המשפט לאשר את הסדר הפשרה, כאשר חברי הקבוצה שהם בעלי האינטרס, אינם שותפים למשא ומתן ואינם משפיעים על הסדר הפשרה המוצע. חרף זאת, ככלל, הסדר פשרה (בשונה מהסדר הסתלקות) מקים מעשה בית דין ומונע מחברי הקבוצה נקיטה בהליכים משפטיים נוספים הנוגעים לעילת התביעה. לכן, להבדיל מהליכים רגילים שבהם, ככלל, בית המשפט ייטה לאמץ הסדר פשרה, בפשרה שהושגה בתובענה ייצוגית, קובע החוק כי לא ייעשה הסדר פשרה אלא באישור בית המשפט וכי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא כי ההסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה".⁹¹ הסוגיה של הסדרי פשרה מעסיקה מאוד את העוסקים בתחום התובענות הייצוגיות, זאת מכיוון שהסדר הפשרה מאפשר לצדדים לסיים את ההליך תוך הסכמה על הסעד שיינתן לחברי הקבוצה ועולה כאמור חשש שהסדר הפשרה המוצע אינו לטובת הקבוצה, אינו מקדם את האינטרס שלה ואף יחסום את זכות הגישה שלהם לערכאות בעתיד באותו עניין.

המחוקק התווה באופן מפורט את הליך אישור הסדר הפשרה בסעיפים 18-19 לחוק, על מנת להתמודד עם החשש האמור.⁹² אחד המנגנונים שנקבעו בחוק על מנת להתמודד עם בעיית הנציג קבוע בסעיף 18(ד) לחוק ולפיו ככל שבית המשפט לא דחה על הסף את הסדר הפשרה שהוגש לאישורו, ניתנה אפשרות למספר גורמים הקבועים בחוק להגיש התנגדות מנומקת להסדר הפשרה ולהמלצת הצדדים בעניין הגמול ושכר הטרחה. בין הגורמים שלהם ניתנה האפשרות בחוק להגיש התנגדות להסדר פשרה נמנה היועץ המשפטי לממשלה, שלו יוחד בחוק תובענות ייצוגיות תפקיד משמעותי, בפרט בבחינת הסדרי פשרה המוגשים לאישור בית המשפט. היועץ המשפטי לממשלה הגיש לאורך השנים מאז חקיקת החוק עמדות רבות ביחס להסדרי פשרה ובקשות הסתלקות

⁸⁸ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 10.

⁸⁹ עע"מ 2978/13 מי הגליל-תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס, פסקה כ' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין (נבו 23.7.2015) (להלן: "הערעור בעניין מי הגליל").

⁹⁰ במקרים שבהם בקשת ההסתלקות מוגשת אחרי שאושרה הגשת התובענה הייצוגית, בית המשפט מחויב להורות על פרסום הבקשה (ראו סעיף 16(ד)(2) לחוק).

⁹¹ סעיף 19(א) לחוק.

⁹² עניין לזין, לעיל ה"ש 11, פס' 12 לפסק דינו של כב' השופט סולברג.

בתובענות ייצוגיות מתחומי משפט שונים.⁹³ מנתונים הקיימים במשרד המשפטים נמצא כי בשנים 2014-2021 בכ-48% מההסדרים שהועברו לבחינה מכוח סעיף 18(ד) לחוק, הוגשו עמדות ביחס לבקשה לאישור הסדר פשרה.⁹⁴

הנושאים שעלו בסוגיה זו :

סעד בעין במסגרת הסדרי פשרה

כפי שצוין לעיל, בעיית הנציג בתובענות ייצוגיות מתעצמת כאשר הצדדים מגיעים להסדר פשרה. אחת הבעיות הנפוצות היא שבמסגרת הסדר פשרה הצדדים קובעים כי חלף סעד כספי יינתן סעד בעין. הסעד יכול להיות מתן הנחה ברכישה של מוצר או שירות עתידיים וכן מתן הטבה ללא תשלום של מוצר או שירות. סעד בעין יכול להינתן באופן אוטומטי, על פי דרישה או לטובת צד שלישי (תרומה של מוצרים). הסוגיה קשורה במהותה לבעיית הנציג שכן לרוב הסכמת הצדדים על סעד בעין, חלף פיצוי כספי, מסייעת לצדדים להגיע להסכמה שתהיה טובה עבורם (לתובע ובא כוחו שיקבלו גמול ושכר טרחה הנגזרים מסכום גבוה של פיצוי לכאורה ולנתבעת שתעניק פיצוי שעלותו נמוכה עבורה בשל מימוש נמוך או מסיבות אחרות שיפורטו להלן) וזאת על חשבון טובת הקבוצה.

כידוע, דרך המלך היא מתן פיצוי כספי אישי לחברי הקבוצה שנפגעו מהפרת הדין. רק ככל שפיצוי כאמור אינו מעשי, ניתן להורות על מתן סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור.⁹⁵ על אף האמור, מהכרות מעמיקה של בקשות לאישור הסדרי פשרה לאורך שנות טיפולו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום, שבאה בפני הצוות, הרושם שהתקבל הוא כי במקרים רבים הפיצוי שניתן לחברי הקבוצה הוא סעד בעין ולא סעד כספי וזאת גם במקרים שנראה שקיימת לכאורה אפשרות מעשית להענקת סעד כספי לחברי הקבוצה.

מצב זה מעורר קושי שכן במקרים רבים סוג פיצוי זה אינו עולה בקנה אחד עם מטרות החוק בדבר הענקת סעד הולם לנפגעים וכן הרתעת הגוף הנתבע מפני הפרת הדין. בחלק זה נבקש לעמוד על הקשיים הטמונים בסוג פיצוי זה. לצורך כך, נציע לחלק אותם לשני נושאים עיקריים: קושי במימוש ההטבות על ידי חברי הקבוצה וקושי בהערכת שווי ההטבה.

חסרון עיקרי אחד, כאמור, נוגע לקושי במימוש ההטבות על ידי חברי הקבוצה, מהטעמים הבאים: ראשית, מדובר בהטבה שהנתבעת החליטה להעניק משיקוליה ועל כן עולה ספק בדבר מידת הצורך והעניין של חברי הקבוצה בה. לכן, על אף שכביכול במסגרת ההסדר חברי הקבוצה מפוצים, בפועל ייתכן שהם יוותרו ללא פיצוי כלל. שנית, במקרים רבים ההטבה הניתנת לחברי הקבוצה במסגרת פשרה היא הנחה לצורך רכישות עתידיות אצל הנתבעת או שהיא מותנית בתנאים נוספים. הטבה בדמות הנחה לרכישה עתידית מחייבת את חברי הקבוצה להוציא סכומי כסף נוספים, לעיתים משמעותיים, על מנת לזכות בהטבה.⁹⁶ שלישית, ככל שמימוש ההטבה על ידי חברי הקבוצה אינו

⁹³ עמדות היועץ המשפטי לממשלה המוגשות מביאות גם את עמדתם של הרגולטורים השונים לגבי התיקים שבתחום אחריותם.

⁹⁴ לא נבחנו נתונים ביחס להגשת עמדות להסדרי הסתלקות. יוער כי בהתאם לפסק הדין בע"א 1362/12 היועץ המשפטי לממשלה נ' סלקום ישראל בע"מ (נבו 13.5.2013), העברת בקשת הסתלקות ליועץ המשפטי לממשלה תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט בכל תיק ותיק.

⁹⁵ ראו סעיף 20 לחוק.
⁹⁶ ת"צ (מחוזי ת"א) 13-10-24675 יוסי הררי נ' צבאן בכור - תכשיטים בע"מ, פס' 56-55 (נבו 30.8.2020) (להלן: "עניין הררי"); ת"צ (מחוזי מרכז) 16-07-9852 זהר אוזדין נ' השטיח המעופף בע"מ, פס' 23 (פורסם בנבו, 30.8.2020) (להלן: "עניין אוזדין").

אוטומטי אלא מצריך ביצוע פעולות נוספות מצד חברי הקבוצה, ניתן להניח שמימוש ההטבה יפחת.⁹⁷ רביעית, לעיתים חברי הקבוצה לא יהיו מעוניינים להמשיך ולהתקשר עם הנתבעת שלכאורה פגעה בהם, ולכן חברי הקבוצה יעדיפו שלא לממש את שוברים שניתנו להם.⁹⁸

חסרון עיקרי נוסף נוגע לקושי בהערכת שווי ההטבה וכפועל יוצא מכך גם את מידת ההרתעה מפני הפרת הדין בעתיד. כך, כאשר מדובר בסעד בעין, במקרים רבים קיים קושי להעריך את שווי הפיצוי הממשי ולרוב הפער בין שווי ההטבה כפי שמוצג לציבור ולבית המשפט באופן תיאורטי (שווי הנחזה של הסעד), לבין השווי הממומש של הסעד, גדול יותר מאשר בסעד כספי. כלומר הסכום המוצג כפיצוי במסגרת ההסדר הוא אינו הסכום הממשי שהנתבעת צפויה לשאת בו.⁹⁹ ראשית, אם חברי הקבוצה כלל לא יממשו את ההטבה או יממשו באחוזים נמוכים, בין אם משום שהם אינם מעוניינים בה ובין אם משום שהם נדרשים להוציא סכומי כסף נוספים לצורך מימושה או שהתנאים למימושה אינם פשוטים – הפער האמור גדל. כלומר, על אף שהנתבעת לכאורה התחייבה במסגרת ההסדר להוציא מכיסה סכומי כסף לצורך פיצוי חברי הקבוצה, בפועל היא לא תיאלץ להוציא סכומים אלו אם חברי הקבוצה לא יבקשו לממש את ההטבה. שנית, במקרים רבים ערך ההטבה עבור חבר הקבוצה לא שווה למחיר ההטבה המוצג בהסדר הפשרה, שלרוב מחושב לפי המחיר מחירון לצרכן, שכן לא ברור אם חבר הקבוצה היה רוכש אותה במחיר השוק אילו לא הפשרה. על כך יש להוסיף כי מוצרים רבים כלל אינם נמכרים בשגרה במחיר המחירון אלא במחיר נמוך יותר. שלישית, פער נוסף בהקשר זה המשפיע על מידת ההרתעה הוא הפער שבין השווי של ההטבה לקבוצה לבין העלות של מתן ההטבה לנתבעת.¹⁰⁰ כאמור, לרוב הצדדים להסדר מציגים לבית המשפט את שווי ההטבה על פי מחיר ההטבה לצרכן ולא את עלות ההטבה בפועל לנתבעת, כאשר ניתן להניח כי קיים פער משמעותי בין עלות השירותים לנתבעת לבין מחיר השיווק לצרכן.¹⁰¹ רביעית, במתן הטבה במסגרת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית עולה חשש כי ההטבה המוצעת הינה אקט שיווקי של הנתבעת אשר משרת גם ואולי בעיקר את הנתבעת עצמה, אם בעידוד לקוחות לרכישות נוספות או בניסיון לרכישת לקוחות חדשים.¹⁰² כך, מתן הטבות עשוי להגדיל את מעגל הרוכשים הפוטנציאליים ואת המוניטין והפרסום של הנתבעת נוכח ההנחה המוצעת, באופן שיש בו להגדיל את רווחי הנתבעת ולשמש ככלי שיווקי לצורך קידום מכירות הנתבעת.¹⁰³ כך, עולה חשש

⁹⁷ עניין הררי, לעיל ה"ש 96, בפס' 57.

⁹⁸ שם, בפס' 55; ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 666; ת"צ (מחוזי חי') 45927-03-17 טל לדרמן נ' עמית החזרי מס בע"מ, פס' 35 (נבו 27.2.2018) (להלן: "עניין לדרמן"); עניין אוזדין, לעיל ה"ש 96; ראו גם בת"א (מחוזי ת"א) 2084/07 יוסף ורון נ' חברת HERBAMED וטעם טבע-אלטמן (נבו 30.11.2013) (להלן: "עניין ורון"); [...] בנסיבות ענייננו הדעת אינה נוחה מהסדר הכולל מבצעים והנחות על מוצרי הנתבעות, הן משום שהוא כובל את חברי הקבוצה אל הנתבעות, אשר למעשה הטעו את חברי הקבוצה בפרסומיהן [...]."

⁹⁹ להרחבה בסוגיה זו ראו במאמרו של אלון קלמנט "הפער בין שווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים 1 (התשע"ו) (להלן: "קלמנט, הפער בין שווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה"); ראו למשל בע"א 4467/10 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' גיא אלוני (נבו 17.4.2013) שם לכתחילה שווי ההטבה שהמבקשת התחייבה להעניק בהסדר הפשרה הוערך על ידה בכ-5 מיליון ₪ ולאחר שהיא הגישה דו"ח לגבי מועד מימוש הסדר הפשרה התברר כי המימוש על ידי חברי הקבוצה עמד על כ-580,000 ₪. בית המשפט העליון קבע כי המשיבה תגיש הצעה שתביא לכך שהפער הנזכר יקטן באופן משמעותי והתקיימו מספר דיונים בניסיון לצמצם את הפער שהתגלה בין שווי ההטבה שניתנה בפועל לבין שווי הצפוי של ההטבה בהתאם להסדר הפשרה (ראו בעיקר ההחלטות שפורסמו מן הימים 1.1.2014, 2.3.2014, 25.8.2014 ו-16.12.2014).

¹⁰⁰ קלמנט, הפער בין שווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה, שם, בעמ' 14-15.

¹⁰¹ עניין הררי, לעיל ה"ש 96, פס' 60: "[...] במרבית המקרים הצדדים מציגים לבית המשפט את מחיר ההטבה כפי שזו מופיעה במחירון ולא את מחיר העלות לנתבע (המחיר המשקף כמה הנתבע שילם עבור הפיצוי בפועל), באופן המקיים קושי מהותי להעריך את עלות ההטבה לנתבעים"; בעניין לדרמן, לעיל ה"ש 98, עמד בית המשפט על כך שכאשר בית המשפט מאשר הסדר פשרה שמבוסס על הנחות והטבות על ההסדר להבהיר גם כיצד חושב סכום הפיצוי לא רק מנקודת מבט של הקבוצה אלא גם מנקודת מבטו של הספק.

¹⁰² עניין לדרמן, לעיל ה"ש 98; עניין הררי, לעיל ה"ש 96, בפס' 61.

¹⁰³ ת"צ (מחוזי ת"א) 1424/09 אלדד גוטמן נ' נביעות-טבע הגליל בע"מ (נבו 17.7.2011): "הדברים מקבלים משנה תוקף מקום שבו מדובר ב"פשרת קופונים" כבמקרה דנן – שאז לא מן הנמנע כי הסדר הפשרה משרת בעיקר את עניינם של

כי בחלק מן המקרים, לא רק שלא תיווצר לנתבעת הרתעה ממתן ההטבה, אלא היא אף עשויה להרוויח מכך. לכן ישנה חשיבות בבירור הרווח העקיף לנתבעת בפשרת קופונים.¹⁰⁴ בנוסף, בהרבה מקרים קיימת נטייה להשמיט או לצמצם את העובדה שמדובר בפיצוי שניתן במסגרת פשרה בתובענה ייצוגית ומדובר בעצם בתועלת פרסומית ושיווקית לנתבעת. חמישית, במתן הטבות קיים קושי לפקח על כך שהנתבעת לא תסכל את מתן הטבה בהעלאת המחירים בתקופת מתן ההטבה. לכן, פעמים רבות סעד בעין אינו מממש את תכלית ההרתעה ואינו גורם לנתבעת להפנים את משמעות הפרת הדין על ידה.

כאמור, סעד בעין יכול להינתן גם במסגרת של תרומת מוצרים. מעבר לקשיים שהוצגו לעיל ושכמובן רלוונטיים ברובם גם לתרומה של מוצרים, ישנם גם קשיים נוספים הנוגעים לכך שמדובר בתרומה ולא בפיצוי אישי. ראשית, ככלל, תרומה של כספי הפיצויים או ההשבה היא תרומה של כספי חברי הקבוצה ולא של כספי הנתבעות. בדרך של תרומת מוצרים נהנות הנתבעות מהעצמת המוניטין החברתי שלהן, כאשר לרוב קיימת נטייה להשמיט או לצמצם את הגילוי בדבר עובדת היות התרומה חלק מהסכמה שבהסדר פשרה ולהציגה כתרומה פילנתרופית. שנית, כאשר מדובר במוצרים, עולים קשיים דומים לפיצוי בדמות מתן מוצרים לחברי הקבוצה, הקשורים לעלות של המוצר עבור הנתבעת לעומת מחירו לצרכן וחשש שהנתבעות עלולות לבחור במוצרים שהן מעוניינות להפיץ (בין אם לאור עלותם הזולה ובין אם לשם חשיפתם ללקוחות פוטנציאליים) או כאלו שנשארו במלאי ואין להן עניין בהם. שלישית, קיימים קשיים הנוגעים לאופן בחירת העמותה או העמותות הזוכות בתרומת המוצר והעדפתן על פני אחרות. בין היתר, עולה חשש כי העמותה נבחרה משיקולים שמיטיבים עם הנתבעות או משיקולים המיטיבים עם התובע הייצוגי באופן אישי. רביעית, מתעוררים קשיים הנוגעים לאפשרות הפיקוח על העברת המוצרים. כאשר מדובר במתן תרומה, חברי הקבוצה אינם יכולים לפקח על ביצוע ההסדר, שכן הפיצוי ניתן לטובת גורם אחר. כך גם מתעורר קושי בפיקוח על כך שלא קיימים יחסי "יתן וקח", בין הצדדים להליך הייצוגי לבין העמותה הנתרמת, וכן קשה לפקח על כך שלא מדובר בתרומה שתוכננה בלאו הכי, בלי קשר להליך הייצוגי.¹⁰⁵

קשיים אלו שבמתן תרומות מוצרים מלמדים על פגיעה במטרת ההרתעה מפני הפרת הדין, שהיא מטרה מרכזית במקרים שבהם אין אפשרות לפצות באופן ישיר את חברי הקבוצה. בהקשר זה יצוין כי הקרן לחלוקת כספים הוקמה במסגרת תיקון מס' 10 לחוק וזאת על רקע קשיים דומים. כך, בהסדרי פשרה רבים הצדדים לתובענה היו בוחרים לאילו גופים להעניק את התרומה, במקרים שבהם סעד לטובת חברי הקבוצה לא היה מעשי. קשיים אלו היו, בין היתר, בנוגע למטרות התרומה, ואופן חלוקתה, קושי במנגנון פיקוח על העברת התרומה, חששות בדבר קשרים קודמים בין הנתבעת

התובע המייצג ובא כוחו הנהנים מגמול ושכר טרחה, ואת עניינה של הנתבעת הזוכה לקידום מכירות בהיקף כלל ארצי. חברי הקבוצה, לעומת זאת, נדרשים להקדים ולרכוש ממוצריה של הנתבעת בהיקף כזה או אחר על מנת להימצא זכאים לאותה "הטבה" מיוחדת. [...] נוסף על כך, במכלול השיקולים ובראייה של מטרות החוק, יש להביא בחשבון גם את התועלת הממשית לנביעות הגלומה על פניה בהטבה המוצעת [...]."; עניין לדרמן, לעיל ה"ש 98; ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 667; ראו גם עניין ורון, לעיל ה"ש 98: "[...] בנסיבות ענייננו הדעת אינה נוחה מהסדר הכולל מבצעים והנחות על מוצרי הנתבעות [...] והן משום שבעקבות המבצעים וההנחות הנתבעות ייהנו מהגברת המכירות בתקופה זו וזאת במקום שהיה עליהן לשאת בפיצוי בגין הטעייה ובכך תמצא ההרתעה חסרה. לכך יש להוסיף את העובדה שלרוב לא ניתן לפקח על העסקה באופן יעיל [...]."

¹⁰⁴ עניין אוזדין, לעיל ה"ש 96, בפס' 23.
¹⁰⁵ ראו למשל בת"צ (מחוזי מרכז) 44751-03-10 יוני בן סימון נ' הוט - מערכות תקשורת בע"מ (נבו 8.7.2012) שם בית המשפט התייחס לכך שהתרומה שהצדדים הציעו במסגרת הסדר הפשרה היא ככל הנראה תרומה שהמשיבה התכוונה לתרום ללא קשר להסדר הפשרה.

ובין מקבל התרומה, אופן בחירת העמותה ויתרונות שעלולים לנבוע עבור הנתבעת בהצגת תרומה פילנטרופית מטעמה כאשר מדובר בכספי הקבוצה.¹⁰⁶ לאור הקשיים הרבים והיקף תופעת התרומות במסגרת הליכי תובענות ייצוגיות, התעורר צורך ביצירת מנגנון חיצוני לצדדים לחלוקת תרומות, כך שהליך בחירת הגוף שיקבל את התרומה יהיה לפי מנגנון שקוף, שוויוני, נטול פניות ומנותק מן הצדדים ובאופן שיקיים זיקה קרובה ככל האפשר בין חברי הקבוצה לבין ייעוד התרומה. עם זאת, תיקון החוק ביחס לקרן מתייחס לפיצוי על דרך של תרומת כספים, ואינו חל במישרין על תרומות מוצרים. אף מבחינה מעשית, הקרן אינה ערוכה לטפל בתרומות מוצרים. מכיוון שהתיקון האמור אינו חל כאמור על תרומות מוצרים, לאורך השנים לאחר הקמת הקרן, דומה כי צדדים להסדרי פשרה ביקשו לעקוף את הוראת החוק וזאת באמצעות הסכמה על תרומות מוצרים חלף תרומה כספית שכן סעיף 20(ג) לחוק קובע כי בית המשפט יורה על העברת הכספים לקרן במקרה שבו הוחלט על פיצוי כספי לטובת הציבור והחוק לא מתייחס למקרים שבהם הצדדים מסכימים על תרומת מוצרים לעמותות. עם זאת, בית המשפט מוסמך להתנות אישור הסדרי פשרה במתן תרומה כספית לקרן חלף מתן תרומת מוצרים לעמותות וזאת בשים לב לקשיים שפורטו לעיל ולתכליות החוק. לעמדת חברי הצוות, הבעיות והחסרונות בתרומות לעמותות, במסגרת פיצויים בתביעות ייצוגיות, שרירות וקיימות ואף מתעצמות במקרה של תרומת מוצרים.

שכר הטרחה והגמול

כאמור, המחוקק בחר במערך תמריצים כלכליים על מנת לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ולצורך הגשמת המטרות הציבוריות העומדות בבסיס ההליך. כלומר, התמריץ להגשת התביעה וכן לניהולה באופן מיטבי נובע מהאפשרות לקבלת שכר טרחה וגמול בסוף ההליך. לכן, הדרך לפקח על התנהלות המייצגים בהליך ולהבנות בצורה נכונה את ההליך היא בראש ובראשונה באמצעות התייחסות לאותם תמריצים. מכאן נובעת החשיבות בעיצוב נכון של מנגנון שכר הטרחה והגמול ובפיקוח עליהם.

כיום, שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בעת פסיקת שכר הטרחה והגמול הוא שיקול דעת רחב, כאשר העקרונות המנחים לפסיקתם קבועים בסעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות.¹⁰⁷ מסעיפי חוק אלו עולה, כי במסגרת קביעת גמול ושכר טרחה יש לשקול, בין היתר, את האיזון הנדרש בין הרצון לעודד הגשת הליכים קבוצתיים ראויים לבין הצורך למנוע הליכי סרק; את התנהלות בא כוח התובע הייצוגי; את היחס בין הגמול ושכר הטרחה לבין הסכום שניתן לקבוצה בפועל בתובענה הייצוגית, מתוך הנחה שיש להימנע מפסיקת גמול ושכר טרחה המפחיתים באופן בלתי סביר את התועלת הצומחת לקבוצה וכן את הפער בין הסכום שנתבע בבקשת האישור לסכום שניתן לקבוצה בפועל בסיום ההליך.¹⁰⁸

מקובל לחלק את השיקולים בפסיקת שכר הטרחה לשלושה סוגים עיקריים:¹⁰⁹ סוג השיקולים הראשון הוא **שיקולי תשומה**, שנוגעים לעלויות ולסיכון שנטלו על עצמם התובע ובא כוחו, כגון

¹⁰⁶ ת"צ 11-07-22236 שרייר ואח' נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ ואח' (נבו 16.9.2014).

¹⁰⁷ אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים אלא בקווים מנחים בלבד: ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פס' 62 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 04.12.2011); עניין רייכרט, לעיל ה"ש 76, פס' 2 לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס; ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ, פס' 13 לפסק דינה של כב' השופטת ברון (נבו 7.5.2018) (להלן: "עניין נסאר").

¹⁰⁸ עניין רייכרט, לעיל ה"ש 76, פס' 2 לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס; עניין נסאר, שם, פס' 16 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

¹⁰⁹ אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131 (להלן: "קלמנט, קווים מנחים").

טרחה, סיכון, הוצאות ומורכבות ההליך.¹¹⁰ הסוג השני הוא **שיקולי תפוקה** לקבוצה המיוצגת, כלומר שיקולים הנוגעים לתועלת שהביאה התובענה לקבוצה.¹¹¹ הסוג השלישי הוא שיקולים הנוגעים לתועלת הציבורית מהתובענה הייצוגית והרצון לעודד הגשת תובענות שתועלתן הציבורית גדולה יותר.¹¹²

ההלכה המנחה לעניין קביעת שכר טרחה נקבעה בעניין **רייכרט**¹¹³ שם נקבע כי שכר הטרחה ייגזר מהתועלת בפועל (בשונה מהערכת התועלת התיאורטית של הפיצוי) של הקבוצה בעקבות התובענה הייצוגית וכי ככלל, כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות שבהן ניתן סעד כספי, יש לעשות שימוש בשיטת האחוזים לצורך קביעת שכר טרחתו של בא כוח התובע הייצוגי.¹¹⁴ כלומר, יש לשאוף לקשר ישיר בין הסעד שניתן בפועל לחברי הקבוצה בעקבות התובענה הייצוגית לבין שכר הטרחה שנפסק לב"כ הקבוצה בעקבות כך. הרציונל אשר עומד מאחורי הלכה זו הוא הרצון לקשור בין האינטרסים של ב"כ הקבוצה לבין האינטרסים של חברי הקבוצה על מנת לתמרץ את עורך הדין לפעול לשם השאת הסעד לקבוצה ובכך להביא לניהול ההליך בצורה מיטבית, בין אם במסגרת הסדר פשרה ובין אם במסגרת פסק דין בסיום ניהול ההליך. בדרך זו, אף נוצר תמריץ לב"כ הקבוצה לפעול לגיבוש הסדרי פשרה טובים יותר מראש, שבהם חברי הקבוצה ייהנו בפועל מן הפיצוי. ככל ששכר הטרחה ישולם במנותק מן הפיצוי לחברי הקבוצה, הרי שלב"כ הקבוצה אין תמריץ מספק לפעול להוצאתו של הסדר הפשרה או פסק הדין אל הפועל עד סופו ולהשיא את הפיצוי עבור חברי הקבוצה וממילא הדבר פוגם גם באופן ניהולו של ההליך מלכתחילה על ידי ב"כ הקבוצה.

פסק הדין בעניין **רייכרט** ממשיך וקובע מדרג ביחס לשיעור שכר הטרחה בהתאם לאופן שבו ההליך מסתיים. כך, נקבע כי שיעור שכר הטרחה בהליך שהסתיים בפסק דין לטובת הקבוצה יהיה גבוה משיעור שכר הטרחה בהליך שהסתיים בדרך של הסדר פשרה. כן נקבע כי ניתן להבחין בין סוגים שונים של הסדרי פשרה, כאלו שאליהם מגיעים הצדדים בשלב הדיון בבקשת האישור, לאחר שהתקבלה החלטה המאשרת את התובענה או לקראת סופו של ההליך. דירוג זה נקבע בפסיקה על מנת לתמרץ את ב"כ הקבוצה לפעול לטובת הקבוצה ולהביא תובענות ייצוגיות ראויות לביורר ולהכרעת דין תוך מיצוי זכויות הקבוצה.

בעניין **רייכרט** צוין כי בנסיבות העניין הפרטניות שם, ראוי ששכר הטרחה בגין סכום פיצוי שנגבה בפועל על ידי הקבוצה עד ל-5 מיליון ש"ח יהא בשיעור של 25%, שכר הטרחה בגין סכום פיצוי שנגבה בפועל בין 5-10 מיליון ש"ח יהא בשיעור של 20% ושכר הטרחה בגין סכום שנגבה בפועל מעל

¹¹⁰ כך למשל, ניתן להתחשב בעובדה שהדיון בתיק היה קצר ותמציתי, ראו למשל בת"צ (מחוזי חי') 32093-02-17 **אלוי כרמלי נ' רונלייט דיגיטל בע"מ** (נבו 17.10.2018), או להתייחס לכך שמדובר ב"שכפול" של תובענות אחרות דומות אשר הוגשו על ידי אותם תובעים או באי כוח. בתיקים שבהם נראה כי התביעה פשוטה ביותר, ניתן לטעון, ככל שהדבר רלוונטי, כי על פני הדברים נראה כי היקף העבודה שנעשה בתיקים אלו הוא מצומצם יחסית, שכן, השאלות העובדתיות והמשפטיות העולות בתובענות מסוג זה הן יחסית פשוטות ולא דורשות משאבים נרחבים לניהול התביעות. ראו למשל בע"א 7832/17 **אלינה מנדלין נ' טיב רשתות בע"מ** (נבו 5.4.2020): "[...] מן הצד השני, אין להפריז בהיקף העבודה שנדרש מהמבקשים. בוודאי לא בנסיבות המקרה דנן, כאשר באי הכוח המייצגים עמלו על סדרה של תביעות דומות שהוגשו כולן יחד ואשר ההבדלים ביניהן אינם מאד משמעותיים[...]."; ת"צ (מחוזי ת"א) 32754-11-18 **גבארין תיסר נ' סונול ישראל בע"מ** (נבו 14.1.2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 39781-11-18 **דורין מנשה נ' ל. קופי אנד קונספט בע"מ** (נבו 20.6.2020).

¹¹¹ ת"צ (מחוזי ת"א) 34082-11-16 **הסעות וטיולים אלמליח (1993) בע"מ נ' איווקס מערכות למניעת תאונות בע"מ** (נבו 30.8.2018).

¹¹² ת"צ (מחוזי י-ם) 45277-01-16 **ג'ואן אסרף נ' א. סיימן סחר בע"מ** (נבו 11.11.2018) שם בפסיקת שכר הטרחה והגמול התייחס בית המשפט לכך שמדובר בתובענה אשר חשיבותה הציבורית מוגבלת שכן היא נוגעת לסימון אריות מוצרים.

¹¹³ עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 76.

¹¹⁴ יש לשים לב שפסק הדין התייחס לפיצוי כספי ועל כן הדברים אינם חלים כפי שהם על תביעות בפיצוי שאינו כספי. כמובן במקרים שיתאימו לכך, ניתן לשקול עריכת היקש לעקרונות שנקבעו בפסק הדין בעניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 76.

10 מיליון ש"ח יהא בשיעור של 15%. הודגש שם שאחוזים אלה נקבעו לאורך של הנסיבות הספציפיות שבהן דובר בעניין **רייכרט**, שהתנהל במשך שנים ארוכות, ו"קשה יהיה להסיק ממנו לגבי מקרים אחרים של תובענות ייצוגיות ככל שמדובר בשיעור האחוזים ובמדרג שנקבע לגבי שכר הטרחה".¹¹⁵

מכיוון שמרביתם המוחלט של תיקי התובענות הייצוגיות אינם מתנהלים עד תומם אלא מסתיימים בהסכמות בין הצדדים, נתמקד בדו"ח זה לסוגיית שכר הטרחה והגמול הנפסקים במסגרת פסקי דין המאשרים הסדרי פשרה שבין הצדדים וליכולת של הצדדים להשפיע על הסכומים שנפסקים באופן שמשפיע על ניהול ההליך.

במסגרת מחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות, נבדקו התיקים שהסתיימו בהסדרי פשרה על מנת לבחון מהם האחוזים שנפסקים היום במסגרתם. מהמחקר עלה כי ממוצע שכר הטרחה בגין סכום פיצוי שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח הוא כ-14%, שכר הטרחה בגין סכום פיצוי שנגבה בפועל בין 5-10 מיליון ש"ח הוא כ-13% ושכר הטרחה בגין סכום שנגבה בפועל בין 10-30 מיליון ש"ח הוא כ-12%.¹¹⁶

ההנחה הבסיסית של הצוות היא כי במקרים רבים, שכר הטרחה והגמול המבוקשים במסגרת הסדר הפשרה באים בסופו של יום על חשבון הפיצוי לחברי הקבוצה. הסיבה לכך היא שבדרך כלל, עלות הפשרה מבחינתה של הנתבעת היא העלות הכוללת שהיא נכונה להוציא על ההליך בהתחשב בסיכונים הנשקפים לה במסגרתו מנקודת מבטה, כאשר העלות כוללת הן את הגמול ושכר הטרחה והן את סכום הפיצוי לחברי הקבוצה. על כן, ככלל, אין זה משנה מבחינתה כיצד תחולק עלות זו בין הפיצוי לקבוצה לבין תשלום שכר הטרחה והגמול לתובע ובא כוחו.¹¹⁷

מהכרות מעמיקה של בקשות לאישור הסדרי פשרה לאורך שנות טיפולו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום, שבאה בפני הצוות, ההתרשמות של הצוות הייתה כי במקרים לא מעטים, הצדדים לתובענה מנסים להגדיל את שכר הטרחה והגמול מבלי להביא לשיפור משמעותי של הסדרי הפשרה.

כך, למשל, כפי שנכתב לעיל, מוכרת התופעה של הסדרים המעניקים הטבות שונות לחברי הקבוצה, אשר ערכן מחושב באופן מופרז ללא התחשבות בשאלה האם חברי הקבוצה מעוניינים בהטבות והאם הם אכן יממשו אותן בפועל שכן מדובר בהטבות שהנתבעת החליטה להעניק משיקולים שלה שאינם נוגעים לצורך או לרצון של חברי הקבוצה בהטבות אלו. כפי שצוין לעיל, כאשר מדובר בסעד בעין, במקרים רבים קיים קושי להעריך את שווי הפיצוי הממשי ולרוב הפער בין שווי ההטבה כפי שמוצג לציבור ולבית המשפט באופן תיאורטי לבין השווי הממומש של הסעד גדול יותר מאשר בסעד

¹¹⁵ שם, פסקה 16

¹¹⁶ במסגרת המחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות לצורך בחינת שכר הטרחה בהסדרי פשרה, הוצאה מאתר 'נבו', בסיוע אנשי הצוות של האתר, רשימת תובענות ייצוגיות שהסתיימו בהסדרי פשרה בתקופה של חמש שנים (משנת 2016 עד שנת 2021), אשר מנתה 1,755 תיקים. מרשימה זו נלקח מדגם אקראי של 30% מהתיקים (להלן: "המחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות לעניין שכר הטרחה"). לצורך בדיקת האחוזים הנפסקים היום בהתאם למדרגות שנקבעו בעניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 76, ובתנ"ג (מחוזי מרכז) 10466-09-12 **אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ** (נבו 11.2.2018) (להלן: "עניין אוסטרובסקי"), הורצה גרסיה רבת משתנים.

¹¹⁷ ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 672, ע"א 7615/11 **מיכל גלבע נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ**, פס" 9 לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס (נבו 16.12.2012); וע"ע (ארצי) 12485-06-14 **ספרנסקי רומן - מרחב אבטחה שמירה נקיון ושרותים בע"מ (בפירוק)** (נבו 5.6.2018); אמיר וינצבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפטים** (מג' (1) 351, 392 (2012)); עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 76, פס" 2 לפסק הדין של כב' הנשיא (דאז) גרוניס; ע"א 6121/21 **אורי כרמי נ' שלמה תחבורה (2007) בע"מ** (נבו 27.12.2021); קלמנט, קווים מנחים, לעיל ה"ש 109, בעמ' 165-166.

כספי. כלומר הסכום המוצג כפיצוי במסגרת ההסדר הוא אינו הסכום הממשי שהנתבעת צפויה לשאת בו. במלים אחרות, על אף שהנתבעת לכאורה התחייבה במסגרת ההסדר לשלם סכומי כסף לצורך פיצוי חברי הקבוצה, בפועל היא לא תיאלץ להוציא סכומים אלו ככל שחברי הקבוצה לא יבקשו לממש את ההטבה. על אף האמור, במרבית הסדרי הפשרה, שכר הטרחה נגזר מהשווי התיאורטי של הפיצוי ולא מן העלות בפועל. פער זה מביא לכך שלצדדים יש תמריץ להציע פיצוי שאינו כספי, שכן מצד אחד, הנתבעת תישא בסכום פיצוי נמוך יותר לקבוצה ומהצד השני עורך הדין יוכל לקבל שכר טרחה גבוה יותר על אף שהפיצוי אינו משמעותי.

תופעה נוספת נוגעת להסדרי פשרה המבקשים, לצורך חישוב הגמול ושכר הטרחה, להגדיל באופן מלאכותי את סכום הפיצוי לחברי הקבוצה (שממנו נגזר שכר הטרחה כאמור) על דרך של הכללת ההסדרה והתועלת העתידית בסכום הפיצוי לקבוצה, על אף שלא מדובר בפיצוי לקבוצה אלא בהסדרה עתידית. כך, מבקשים הצדדים כי שכר הטרחה לא ייגזר מסכום הפיצוי אלא מסכום גבוה יותר (למשל, קביעה כי לצורך שכר הטרחה, יחושב הפיצוי כ-150% מסכומו בשל הסדרה עתידית שנקבעה בהסדר).¹¹⁸ בדרך זו, ניתן להגדיל את שכר הטרחה מבלי לשפר בצורה משמעותית את הסדר הפשרה ואת הפיצוי מכוחו לקבוצה.

דרך נוספת להעלאה מלאכותית של שכר הטרחה נוגעת לשאלה האם יש מקום לפסוק שכר טרחה וגמול בשיטת "נטו" או "ברוטו". כלומר, האם יש לחשב את שכר הטרחה רק ביחס לסכום שיועבר לפיצוי חברי הקבוצה ("נטו") או שיש לחשב את שכר הטרחה ביחס לכלל הסכום שהנתבעת מוציאה מכיסה, כולל גמול ושכר טרחה ("ברוטו") על אף שלא מדובר בתועלת שהושגה עבור חברי הקבוצה.¹¹⁹

עוד נציין כי בספרות הוזכרו מחקרים כלכליים שונים לפיהם סוגיית התמריצים הכלכליים בתובענות ייצוגיות גורמת לתובע הייצוגי ולבא כוחו לפעול לקידום הסדר פשרה בשלב מוקדם יותר מהשלב האופטימלי לחברי הקבוצה, זאת מכיוון שמייצגי הקבוצה מעוניינים לקבל תגמול מרבי על מאמץ מזערי ושהמועד המיטבי להם הוא לא בהכרח המועד שתואם את האינטרס של חברי הקבוצה.¹²⁰

המחוקק היה ער לסוגיה זו של קביעת שכר הטרחה והגמול בהסדרי פשרה כבר בחקיקת החוק. על כן, נקבע בסעיף 18(ז)(2) לחוק כי הצדדים אינם רשאים לכלול בהסדר הפשרה הוראה בדבר תשלום גמול ושכר טרחה, אך נקבע כי הם רשאים להגיש לבית המשפט המלצה בעניין גובה הגמול ושכר

¹¹⁸ כמובן ישנם מקרים שאכן התועלת העתידית היא משמעותית ומסבה תועלת ניכרת לחברי הקבוצה. במקרים אלו, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובעה במספר תיקים, היא שבית המשפט רשאי להתחשב בכך במסגרת קביעת גובה אחוזי שכר הטרחה כחלק ממכלול השיקולים ההולמים את נסיבות המקרה (כאשר, ככלל, האחוזים ייגזרו מהסעד שניתן לקבוצה בפועל בגין התנהלות הנתבעת שקדמה להגשת בקשת האישור) ולא באמצעות "ניפוח מלאכותי" של סכום הפיצוי לחברי קבוצה ממנו ייגזרו אחוזי שכר הטרחה והגמול. ראו גם בת"צ (מחוזי מרכז) 16-11-22715-11 **יובל לפינר נ' בנק מזרחי טפחות**, פס' 55 (נבו 4.8.2019), שם נקבע כי התוספת לשיעורי האחוזים המקובלים בפסיקת שכר טרחה בגין אכיפת הדין "צריכה להינתן במקרים המתאימים בלבד". עוד ראו בעניין ע"א 7593/21 **פיינטוד נ' אלוניאל בע"מ**, פס' 8, (נבו 9.6.2022) שם נקבע על ידי בית המשפט העליון, שכאשר עניינה של ההסדרה העתידית בקיום הוראות הדין או בקביעת נהלים שיבטיחו קיום זה, אין מקום לקביעת שכר טרחה נוסף בגין רכיב התועלת העתידית, שהרי הדברים מחויבים בדין ממילא.

¹¹⁹ בעניין **אוסטרובסקי**, לעיל ה"ש 116, קבע כב' השופט גרוסקופף בתביעה נגזרת כי שכר הטרחה והגמול יחושבו בהתאם לסכום נטו שיוותר בידי החברה לאחר תשלום הגמול ושכר הטרחה. ערעור שהוגש על ידי הצדדים לבית המשפט העליון (ע"א 2587/18 **אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'** (נבו 20.2.2020)) נדחה בהסכמת הצדדים, בעקבות המלצת בית המשפט לצדדים לחזור בהם מהערעורים. יצוין שבהליך הערעור בעניין אוסטרובסקי הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בהליך הערעור שתמכה בשיטת ה- "נטו". שיטת הנטו אומצה גם, בין היתר, בפסק דינה של כב' השופטת רות רונן בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 14-05-15310 **טל נ' ברנר**, פס' 21 (נבו 24.2.2021).¹²⁰ ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 673.

הטרחה. המלצה זו אינה מחייבת את בית המשפט, שסוגיית שכר הטרחה והגמול נתונה לסמכותו הבלעדית. כך, שגם כאשר בתי המשפט אינם מאמצים את המלצת הצדדים בעניין, הצדדים אינם רשאים לחזור בהם מהסדר הפשרה לאחר אישורו.¹²¹ מטרת הסעיף היתה לצמצם את ניגוד העניינים של הצדדים באמצעות יצירת הפרדה בין הסדר הפשרה עצמו לבין סוגיית הגמול ושכר הטרחה.¹²² עם זאת, מהנתונים עולה כי במרבית המקרים בתי המשפט נוטים לאשר את המלצת הצדדים לגמול ולשכר טרחה במלואה.¹²³ כך, מבדיקה של הסדרי פשרה שהגיעו לבחינת היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2017, ושבהם הוגשה המלצה מוסכמת על ידי הצדדים להסדר לעניין הגמול ושכר הטרחה, עלה כי בכ-79% מהמקרים קיבלו בתי המשפט את המלצת הצדדים לשכר טרחה במלואה ובכ-82% מהמקרים קיבלו את המלצת הצדדים לגמול במלואה. גם במקרים שבהם החליטו בתי המשפט להפחית מגובה שכר הטרחה, בכ-67% מפסקי הדין שבהם הופחת שכר הטרחה, אושר מעל 60% מהסכום שהתבקש.¹²⁴ נתונים אלו מלמדים על נטייה מובהקת של בתי המשפט לאשר את המלצת הצדדים לגמול ושכר טרחה בהסדר הפשרה. הסבר אפשרי אחד לממצא זה הוא כי הצדדים להסדרי פשרה מכוונים לסכומי שכר הטרחה והגמול המצויים בתחום שבית המשפט היה פוסק ממילא, גם ללא המלצת הצדדים בעניין. עם זאת, לעמדת הצוות, התמונה מורכבת יותר וההסבר שהוצג לעיל אינו מתמודד כראוי עם הייחודיות של ההליך הייצוגי ובין היתר עם העובדה שההליך בשלב הפשרה אינו אדברסרי. על כן, הנתונים מעוררים חשיבה לגבי המצב החקיקתי הרצוי בנושא זה.

סוגיה נוספת הנוגעת לשכר הטרחה, היא האפשרות של בית המשפט להתנות את שכר הטרחה במימוש הסדר הפשרה או פסק הדין. כפי שצוין לעיל, בהלכת **רייברט** נקבע כי שכר הטרחה ישולם מתוך הסכום ששולם בפועל לחברי הקבוצה. הדרך לעשות זאת היא באמצעות התניית שכר הטרחה במימוש הסדר הפשרה או פסק הדין. בתיקון מס' 10 לחוק נקבע במפורש כי בית המשפט רשאי לקבוע כי שכר הטרחה יהיה מותנה, כולו או חלקו, במימוש הסדר הפשרה או פסק הדין ובהשלמת ביצועו (ראו סעיפים 19(ו) ו-23(ד) לחוק). סעיפים אלו מטרתם לאפשר לבית המשפט לפקח על ביצוע הסדר הפשרה או פסק הדין באמצעות קביעה כי חלק משכר הטרחה יעוכב עד להשלמת ביצוע ההסדר או פסק הדין וזאת באמצעות יצירת זיקה בין הפיצוי לקבוצה לבין התשלום לבא כוח הקבוצה.¹²⁵ הרציונל לתיקון נבע מההבנה כי יש לקשור בין האינטרסים של הקבוצה לבין האינטרס של ב"כ הקבוצה וכי הדרך לעשות זאת היא באמצעות יצירת יחס בין התועלת שהושגה לקבוצה לבין שכר הטרחה. לכך, כאמור, יש השפעה גם על התמריצים של עורכי הדין בגיבוש הסדרי הפשרה

¹²¹ עניין **ביסקר**, פס' 27 לפסק הדין של כב' השופט גרוסקופף, לעיל ה"ש 66.

¹²² יוער כי בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 4, הוצע לקבוע כי הסדר פשרה לא יכלול כלל התייחסות לסוגיית הגמול לתובע ושכר הטרחה לבא כוחו ואלו ייקבעו על ידי בית המשפט, וזאת כדי למנוע ניגוד עניינים בין האינטרסים של הקבוצה לבין האינטרסים של עורך הדין והתובע המייצג ולמנוע ניצול לרעה של ההליך. במהלך הדיונים בכנסת (פרוטוקול ישיבה 13 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (26.12.2005) (להלן: "פרוטוקול ישיבה 13")), הוצע לשנות את הנוסח כך שיובהר שהצדדים יוכלו להגיש המלצה מוסכמת לבית המשפט בעניין הגמול ושכר הטרחה וזו תפורסם לחברי הקבוצה. בדיון זה, הובע חשש מצד עורכי דין בתחום שקביעה אחרת תפגע באינטרס הצדדים להגיע להסדרי פשרה, בשל חוסר הוודאות הקיים בעניין הגמול ושכר הטרחה.

¹²³ יצוין כי גם בארצות הברית המצב דומה ומחקרים שנערכו הראו כי ביותר מ-70% מהמקרים בתי המשפט שם נוהגים להעניק את הגמול ושכר הטרחה המוסכמים בין הצדדים (ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 674).

¹²⁴ בבדיקה זו נבחנו כל הסדרי הפשרה שנשלחו לבחינת היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2017, שבהם ניתן פסק דין ושבהם הצדדים הגישו המלצה מוסכמת לגמול ושכר טרחה (160 הסדרי פשרה).

נוסוף כי במחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות לעניין שכר הטרחה, לעיל ה"ש 116, שבו נבדקו 201 תיקים שהסתיימו בהסדרי פשרה בין השנים 2016-2021 ושבהם בית המשפט העריך את שווי הפשרה בסכום כספי, נמצא כי השיעור הממוצע של הגמול ושכר הטרחה שנפסקו ביחס לאלה שהומלצו על ידי הצדדים עומד על כ-0.95. 162 בפרשות מתוך 201 הפשרות הללו בית המשפט פסק את שכר הטרחה שהומלץ במלואו.

¹²⁵ ראו ע"מ 4728/21 **עריית רחובות נ' כרמי** (נבו 2.8.2021) וכן ע"מ 2748/15 **מי אביבים 2010 בע"מ נ' עדי ליבוביץ**, פס' 44 (נבו 1.9.2019).

מלכתחילה שכן הדרך להגדלת שכר הטרחה היא באמצעות השאת הפיצוי לקבוצה. לכן, ברור שככל שהקשר בין שכר הטרחה לבין מימוש הסדר הפשרה או פסק הדין יהיה הדוק יותר, כך יהיה לב"כ הקבוצה אינטרס לדאוג לכך שמלכתחילה בהסדר הפשרה הפיצוי לחברי הקבוצה יהיה ראוי יותר והן לפקח על ביצוע הסדר הפשרה או פסק הדין מתוך הבנה ששכר טרחתו תלוי בכך. בהתאם, ככל ששכר הטרחה ישולם במנותק מביצוע הסדר הפשרה או פסק הדין, הוא אינו מתמרץ את עורך הדין לנהל את ההליך בצורה מיטבית עבור הקבוצה ולכרות הסדר ראוי וכן הוא אינו מתמרץ אותו לפקח על ביצוע הוראותיו של פסק הדין או הסדר הפשרה והשלבנים הקבועים בו.

במציאות, דומה כי במקרים לא מעטים בתי המשפט אינם קובעים את שכר הטרחה בהתאם למימוש הסעד לקבוצה ובכך האפשרות המרכזית לתמרץ את באי כוח התובעים למקסם את התועלות לקבוצה אינה ממומשת בפועל.

הצוות התרשם כי פעמים רבות חלף קביעה ששכר הטרחה ישולם בהתאם לסכום הפיצוי שיינתן בפועל לקבוצה, נקבע כי שכר הטרחה ישולם בשתי פעימות, החלק הראשון ישולם בעת ביצוע הסדר הפשרה או פסק הדין והחלק השני ישולם לאחר ביצועו של הסדר הפשרה או פסק הדין. אמנם באפשרות זו ב"כ הקבוצה אינו מקבל את מלוא שכר הטרחה מיד עם מתן פסק הדין. עם זאת, שכר הטרחה אינו תלוי לאמיתו של דבר במימוש הסדר הפשרה, שכן ב"כ הקבוצה יקבל את אותו סכום בין אם יפעל להשאת הפיצוי לקבוצה ובין אם לאו. לכן, דרך זו אינה משפיעה על תמריצי הצדדים בעת עיצוב הסדר הפשרה באופן יעיל. לעומת זאת, הדרך היעילה היא קביעה כי שכר הטרחה ייגזר מהמימוש בפועל. כלומר, שכר הטרחה הכולל ייקבע רק בסוף ביצועו של הסדר הפשרה או פסק הדין, לאחר דיווח שיוגש בנוגע להשלמת ביצועו ובהתאם למימוש בפועל. כך, ניתן יהיה להבטיח כי התמריץ של ב"כ הקבוצה יישמר ויהיה לו אינטרס הן להביא לפיצוי ראוי לחברי הקבוצה בנייהול ההליך והן לפקח על מימוש פסק הדין או הסדר הפשרה.

גישור בתובענות ייצוגיות

בשנים האחרונות, הסדרי פשרה רבים בתובענות ייצוגיות מושגים באמצעות מגשרים. הליך הגישור חוסך התדיינות ארוכה בבית המשפט ועשוי להביא לתוצאות רצויות עבור הצדדים וחברי הקבוצה, בעזרתו של צד שלישי אשר נחשף לחומרים השונים של הצדדים ופעמים רבות מסייע בבירור העובדות ובהשגת פשרה הוגנת וראויה.

לאור העלייה של הסדרי הפשרה המושגים באמצעות הליך גישור בשנים האחרונות,¹²⁶ דן הצוות בסוגיה זו והתמקד, בין היתר, בחובות המוטלות על מגשר ובמורכבות עבודתו בשים לב למאפיינים הייחודיים של הליך התובענה הייצוגית.

¹²⁶ אלון קלמנט, ברשימה "חובות מגשר בתובענה ייצוגית והשפעתן על אישור הסדר הפשרה", **בלוג הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב** (21.3.2021)

<https://www.classaction.sites.tau.ac.il/post/%D7%97%D7%95%D7%91%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%92%D7%A9%D7%A8-%D7%91%D7%AA%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%A0%D7%94-%D7%99%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%92%D7%99%D7%AA-%D7%95%D7%94%D7%A9%D7%A4%D7%A2%D7%AA%D7%9F-%D7%A2%D7%9C-%D7%90%D7%99%D7%A9%D7%95%D7%A8-%D7%94%D7%A1%D7%93%D7%A8-%D7%94%D7%A4%D7%A9%D7%A8%D7%94>

(להלן: "קלמנט, חובות מגשר בתובענה ייצוגית"), מצא כי מתוך 174 החלטות שניתנו בשנת 2020 ודנו בהסדרי פשרה, 54 (כשליש) החלטות התייחסו בית המשפט להליך גישור שקדם להגשת ההסדר.

תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות הגישור"), הן התקנות שחלות על הליך הגישור והן אינן מתייחסות לגישור בתובענות ייצוגיות. כלומר, הליך הגישור במסגרת של תובענות ייצוגיות אינו מוסדר ולא נבחנה התאמתו להליך התובענה הייצוגית.¹²⁷

תפקידו של המגשר בהליך רגיל שבין שני צדדים הוא להביא להסכמה בניהם על יישוב הסכסוך.¹²⁸ בהתאם לפסיקה, ככלל, שיטת המשפט בישראל מעדיפה, הן מטעמים של דרכי שלום והן מטעמים של עלויות המערכת הציבורית, שצדדים לסכסוך ינהלו משא ומתן ויגיעו להסדר מוסכם מבלי להזדקק להכרעה שיפוטית, במקרים המתאימים לכך.¹²⁹ הצורך בבחינה של הליך הגישור בתובענות ייצוגיות נובע מכך שבעוד שהסכם גישור בהליך רגיל שבין שני הצדדים משפיע לרוב עליהם בלבד, בתובענה ייצוגית ההסכמה שבין הצדדים והסדר הפשרה יחולו על כלל חברי הקבוצה שאינם מעורבים בגיבוש ההסדר למרות שהוא מכריע בזכויותיהם, ובמקרים רבים מדובר על ציבור רחב. עוד חשוב לציין כי מהות הליך הגישור הוא כזה שבו המגשר אינו מביא פנימה את דעותיו והשקפותיו אלא עליו לסייע לצדדים להגיע להסדר. בנוסף, למגשר אין סמכות להכריע בסכסוך.¹³⁰ הקושי בתובענות ייצוגיות הוא הפער שנוצר בין רצונם של הצדדים להגיע לעמק השווה במסגרת הגישור לבין הדרישה החוקית, שנועדה להגן על האינטרס של הקבוצה, כי הסדר הפשרה שאליו הגיעו הצדדים יהיה ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

משיחות שערך הצוות עם מגשרים בתחום התבררה תמונה מורכבת, ממנה עלה, בין היתר, כי תפקיד המגשר, אשר בפניו מופיעים שני צדדים בלבד (התובע הייצוגי, הנתבעת ובאי כוחם) אינו מאפשר את בחינת ההסדר כפי שבית המשפט עושה זאת לפי סעיף 19 לחוק. כך, עלה כי קשה מאד למגשר, המקבל את שכרו מן הצדדים, להכשיל הסדר פשרה שהצדדים מעוניינים בו, כאשר לא ברור כיצד ינהג בית המשפט ועל כן לעיתים הצדדים מתעקשים להגיע להסדר גם כאשר המגשר סבור שאינו הוגן באופן מספק לטובת הקבוצה. עוד שיתפו מגשרים את הצוות בכך שלא אחת הם מציעים לצדדים מתווה של הסדר אשר קיבל אישור מבית המשפט במקרה אחר, על אף שלטעמם יכול להימצא פתרון ראוי יותר בנסיבות העניין. בהקשר זה, יש לציין כי אין אחידות ביחס לצירוף חוות דעת תומכת מצד המגשר להסדר הפשרה ובמקרים רבים מגשרים חותמים על ההסכם ללא צירוף חוות דעת. עוד צוין על ידי מגשרים כי במקרים שבהם אין הם תומכים בפשרה, הם לא יחתמו על הסכם הגישור. חלק מן המגשרים שנשמעו על ידי הצוות הדגישו, שכאשר ההסדר שמבקשים הצדדים אינו ראוי באופן ברור ומובהק (לעמדתו של המגשר) לא יאפשרו הגשת הסדר פשרה כזה לבית המשפט כתוצר של הליך הגישור. מכל מקום, הובהר לצוות שמדובר במקרים חריגים. עוד ציינו מגשרים בתחום כי ככל שתהיה דרישה משמעותית שהסדר הפשרה לא רק יעמוד בתנאי

¹²⁷ אמנם לא נקבעו הוראות מהותיות לעניין גישור בתובענה ייצוגית, אך במסגרת הרפורמה בסדר הדין האזרחי נקבעה במסגרת פרק ד' לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי החדשות") חובה לקיים הליך מקדמי בין בעלי הדין שלא בין כותלי המשפט וכן נקבעו הוראות ביחס לקיום פגישת מהו"ת, ולאור המאפיינים הייחודיים של התובענה הייצוגית, נקבע כי הוראות פרק זה לא יחולו על תובענות ייצוגיות ועל בקשות לאישור תובענות ייצוגיות (ראו תקנה 5(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות וכן **בדברי ההסבר** לתקנה 5 לטיטות תקנות תובענות ייצוגיות (תיקון), התשפ"א-2021 <https://www.tazkirim.gov.il/s/law-item/a093Y00001TTKwmQAH/%D7%98%D7%99%D7%95%D7%98%D7%AA-%D7%AA%D7%A7%D7%A0%D7%95%D7%AA-%D7%AA%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%A0%D7%95%D7%AA-%D7%99%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%92%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%9F-%D7%94%D7%AA%D7%A9%D7%A4%D7%902021?language=ar>).

¹²⁸ תקנה 2 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993.

¹²⁹ ראו למשל בע"מ 8769/08 פלוני נ' פלונית (נבו) 2008.12.31.

¹³⁰ ראו סעיף 79(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 המגדיר את הליך הגישור כהליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו.

הבסיסי של הסכמת הצדדים אלא יהיה ראוי עבור הקבוצה אזי ייקל עליהם לדרוש מהצדדים רף גבוה יותר.

במסגרת עבודת הצוות נבחנו ההתנגדויות שהוגשו מטעם היועץ המשפטי לממשלה ביחס להסדרי פשרה בתיקים שבהם ההסדר הושג בסיועו של מגשר. נמצא כי אחוז ההתנגדויות המוגשות לבתי המשפט ביחס להסדרי פשרה שגובשו בהליך גישור לא נמוך מאחוז ההתנגדויות הכללי.¹³¹

במהלך עבודת הצוות ניתן תחילה פסק דינה של כב' השופטת רונן בעניין **חורב** שבו הותוו מספר שיקולים לבחינת הסדר פשרה שגובש בסיוע מגשר המוגש לאישור בית המשפט.¹³² לעניין בעיית הנציג הבאה לידי ביטוי בהסדרי פשרה - לכאורה, קיומו של מגשר עשוי להחליש במעט את החשש מפני ניגוד העניינים המובנה של המבקש שכן המגשר הוא צד שלישי שאמור לסייע לצדדים להגיע להסכמה שהיא ראויה, הוגנת וסבירה עבור הקבוצה. עם זאת, עומדת השופטת רונן על כך שגם למגשר יש אינטרס "אישי" שעלול לעמוד בניגוד לאינטרס הקבוצה שכן הוא מעוניין לסייע לצדדים להגיע להסכמה שתחשב להצלחת הליך הגישור. מכאן עולה חשש מאישור הסדרי גישור בקלות רבה יחסית על ידי בתי המשפט שעלולים לתמרץ צדדים בהליכים עתידיים לפנות למגשרים שיסייעו להגיע לפשרות נוחות לצדדים הפוגעות בחברי הקבוצה, מתוך הנחה שבתי המשפט יאשרו הסדרים אלו ביתר קלות, לאור העובדה שהם הושגו בהליך גישור. על כן, לעמדת השופטת רונן, בית המשפט צריך להקפיד גם על בחינת הסדרי פשרה שהוגשו בגישור באופן מדוקדק ויסודי כדי לוודא שהם ראויים, הוגנים וסבירים עבור חברי הקבוצה. עם זאת, עמדה השופטת רונן על כך שהליך הגישור עשוי גם לסייע לבית המשפט בבחינת הסדרי פשרה, בעיקר כאשר המגשר ערך עם הצדדים בירורים עובדתיים שבהם עשויה להיות לו עדיפות על בית המשפט, שכן ביכולתו לברר נושאים עובדתיים, להיחשף לנתונים הנחוצים לחישוב סכום הפשרה, לעיין בחומרים השונים ועוד. ככל שתוצרי עבודת המגשר נפרשים בפני בית המשפט, בית המשפט יכול להיעזר בהם לצורך הערכת הסדר הפשרה. על כן, לעמדתה, יש חשיבות רבה מאד בכך שהמגשר יבהיר לבית המשפט את תהליך העבודה שלו ויפרט את הטעמים שהביאו אותו להמלצת הפשרה והנימוקים להערכה שלו את שיעורי הסיכון לצדדים. כך, בית המשפט יוכל לבחון האם הערכת המגשר מבוססת כראוי והאם הוא שותף לה. בנוסף, הצורך לפירוט בכתב של המגשר מגדיל את הסיכוי שהוא יביא בפני הצדדים הצעה שהוא אכן עומד מאחוריה מבחינה מקצועית וזאת על מנת לשמור על המוניטין המקצועי שלו.

בעניין חורב, בית המשפט החליט לקבל את המלצת המגשר, אשר היה בעל מומחיות בתחום ועמדתו ביחס לסכום הפשרה נומקה במכתב שצורף לבית המשפט, שם הוא הבהיר את הרקע העובדתי, את המידע שעמד בפניו לצורך החישובים שערך, החישובים והבסיס להם, הערכת סיכויי וסיכוני הצדדים ועוד.

¹³¹ מבדיקה לא ממצה שערך הצוות, עלה כי בשנת 2018 מתוך 184 הסדרי פשרה שהגיעו לבחינת היועץ המשפטי לממשלה, ב- 27 הליכים הצדדים פנו להליך גישור (14%). מתוך הסדרי פשרה אלו, היועץ המשפטי לממשלה התנגד ל- 8 הסדרי פשרה (29%) כאשר אחוז ההתנגדות לכלל הסדרי הפשרה עמד על 19% בשנה זו. בשנת 2019 מתוך 222 הסדרי הפשרה, ב- 58 הליכים הצדדים פנו להליך גישור (26%). מתוך הסדרי פשרה אלו, היועץ המשפטי לממשלה התנגד ל- 18 הסדרי פשרה (31%), כאשר אחוז ההתנגדות לכלל הסדרי הפשרה עמד על 19% בשנה זו. בשנת 2020 מתוך 197 הסדרי הפשרה, ב- 30 הליכים הצדדים פנו להליך גישור (15%). מתוך הסדרי פשרה אלו, היועץ המשפטי לממשלה התנגד ל- 8 הסדרי פשרה (26%), כאשר אחוז ההתנגדות לכלל הסדרי הפשרה עמד על 22% בשנה זו.

ראוי להדגיש כי במקרים רבים תיקים שבהם הצדדים פונים להליך גישור הם תיקים מורכבים ומשמעותיים יותר ועובדה זו גם היא משפיעה על אחוזי ההתנגדויות.

¹³² ת"צ (מחוזי ת"א) 48536-12-17 **חורב נ' פועלים אי.בי.אי – ניהול וחיתום בע"מ ואח'**, פס' 6-12 לפסק דינה של כב' השופטת רונן (נבו 19.5.2021) להלן: "עניין חורב"; בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 32383-06-20 **גוטמן נ' ישראל-בר שמנים ותבואות בע"מ ואח'** (נבו, 27.6.2021), כב' השופט חסדאי הסתמך על החלטת כב' השופטת רונן וביקש שהמגשר יגיש את עמדתו ביחס לאופי הפיצוי לטובת הציבור בשים לב לבעיית הנציג.

בהמשך לפסק הדין בעניין חורב, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור בעניין **ממן**¹³³ גם בפסק דין זה דן בית המשפט בייחודיות של הליך הגישור בתובענות ייצוגיות וצוין כי לצד היתרונות שבהסתייעות במגשר אשר מסייע לבית המשפט להוביל לפתרון יעיל, מהיר ומוסכם של התובענה הייצוגית, יש בהליך זה גם חסרונות ועולה חשש שהצדדים יגיעו להסכמות על חשבון חברי הקבוצה. כן צוין כי מטבע הדברים קיים גם למגשר, שהצדדים הם לקוחותיו ונושאים בתשלום שכרו, אינטרס בהצלחת הגישור ולכן ולנוכח בעיית הנציג, הצדדים להליך והמגשר עלולים לגבש הסדר פשרה ביתר קלות כך שעולה חשש שההסכמות שיגובשו על ידם לא יתחשבו במידה הראויה באינטרס חברי הקבוצה. לכן, על בית המשפט להקפיד על בחינת הסדרי פשרה גם כאשר אלו גובשו בהליך גישור והעובדה שההסדר המובא לאישור בית המשפט גובש בעזרת מגשר לא די בה כשלעצמה כדי להוביל לאישורו, בהינתן שגם בהסדר שגובש בהליכי גישור, הצדדים עלולים להגיע להסכמות שיבואו על חשבון חברי הקבוצה. עוד הוער שם, שניתן לצפות ממגשר שיפעל להשגת הסדר פשרה שיימצא ראוי כאשר יובא לבחינתו של בית המשפט.

עוד יצוין בעניין זה כי בפסק הדין שניתן בעניין **קמחין**¹³⁴ נקבע, שיש להציג בפני בית המשפט את הנתונים הרלבנטיים שעל בסיסם יגבשו הצדדים את ההסכמות על סכום הפיצוי במסגרת גישור, ולא די בכך שהנתונים הוצגו בפני המגשר, וזאת על מנת שבית המשפט יוכל לבחון באופן עצמאי, כנדרש, האם מדובר בהסדר פשרה סביר ראוי והוגן.

א. קושי במימוש הפיצוי על ידי חברי הקבוצה

במסגרת הדיונים בצוות צוין כי לעיתים ישנו קושי במימוש הפיצוי בידי חברי קבוצה במסגרת הסדרי פשרה או פסקי דין, גם במקרים שבהם נפסק פיצוי אישי לחברי הקבוצה.

אחד מהקשיים נוגע לאופן פרסום הזכאות של חברי הקבוצה לקבלת הפיצוי, כאשר ברור שלאופן פרסום ההודעות לחברי הקבוצה יש השפעה עצומה והוא זה שיכריע פעמים רבות האם הפיצוי עליו הוסכם במסגרת הסדר פשרה או פסק דין יגיע בפועל אל חברי הקבוצה אם לאו.

סעיף 25 לחוק קובע הוראות בדבר חובת פרסום לחברי הקבוצה בשלבים מסוימים בהליך ונקבע כי פרסום ההודעות יהיה בדרך ובמועד שיקבע בית המשפט. בית המשפט רשאי לקבוע דרכי פרסום שונות לסוגים של חברי קבוצה, בהתחשב, בין השאר, ביעילות דרך הפרסום, עלות הפרסום, היקף הפיצוי שעשוי לקבל כל אחד מחברי הקבוצה, המספר המשוער של חברי הקבוצה ויכולת האיתור שלהם במאמץ ועלות סבירים, היכולת למסור הודעות אישיות בעלות סבירה וכן מאפיינים מיוחדים של חברי הקבוצה, לרבות שפה.

הרושם שהצוות קיבל הוא כי ישנם מקרים שבהם במסגרת הסדר פשרה צדדים מבקשים לפרסם את ההסדר באופן שאינו מספיק אפקטיבי וישנה העדפה לפרסום באמצעות העיתונות המודפסת, גם כאשר יש דרכים יעילות יותר ליידע את חברי הקבוצה על זכאותם לפיצוי וזאת על אף שלרוב לפרסום בעיתונות יש אפקטיביות נמוכה למדי. כך, הפרסום הוא ככלל במסגרת העמודים האחרונים של העיתון יחד עם שלל מודעות שאינן בהכרח רלוונטיות, ולכן ניתן להניח שישנם חברי קבוצה רבים שאינם מודעים לזכותם לקבלת פיצוי. דוגמא לכך ניתן למצוא בת"צ (מחוזי ת"א) 27789-11-14 **ממן נ' Alia - Royal Jordanian Airlines Co** (פורסם בנבו, 25.7.2019) שם לאחר

¹³³ ע"א 7122/19 הו"ע המשפטי לממשלה נ' רויטל ממן (נבו 11.4.2022) (להלן: "הערעור בעניין ממן").
¹³⁴ ת"צ (מחוזי ת"א) 31016-10-18 **קמחין נ' ח.י. מעדני גורמה בע"מ**, פס' 67 (נבו 22.9.2022).

אישור הסדר הפשרה הודיעו הצדדים לבית המשפט כי מתוך כ-1410 חברי קבוצה, 19 חברי קבוצה בלבד פנו לקבלת הפיצוי, וזאת על אף סכום הפיצוי המשמעותי לכל חבר קבוצה (1,100 ₪ לכל חבר קבוצה על פי הסדר הפשרה).¹³⁵ נתון זה ממחיש היטב את אי האפקטיביות של הפרסום בעיתונות ואת הבעייתיות הרבה בהסתפקות בפרסום זה.¹³⁶ בית המשפט העליון בערעור על אישור הסדר הפשרה בעניין **ממן** התייחס לסוגיית פרסום הסדר הפשרה וציין כי ככלל, כאשר חברה מתקשרת בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית, מן הראוי שהדבר יפורסם באתר האינטרנט שלה כך שציבור לקוחותיה יהיה ער לכך.¹³⁷

3.3. מערכת היחסים בין התובע הייצוגי ובא כוחו

בשונה מהליך 'רגיל' שבו בעל הדין הוא 'אדון ההליך' ויכול להחליט כיצד לנהל את ההליך והאם להביא לסיומו ובאיזה אופן, בהליך הייצוגי הדברים הם שונים וההנחה היא שהתובענה הייצוגית נשלטת על ידי עורכי הדין ולא על ידי התובעים הייצוגיים.¹³⁸ המחוקק, שהיה ער לכך שהמדובר במנגנון ייחודי, התייחס במפורש בחוק לחובות של בא כוח הקבוצה וקבע כי במילוי תפקידו יפעל עורך הדין בנאמנות ובמסירות לטובת חברי הקבוצה, כאילו הייתה שולחנתו.¹³⁹ מדובר בחובות אמון הגבוהות ביותר במדרג חובות האמון המוכרות.

כידוע, בין התובע הייצוגי לבין בא כוחו לא מתקיימת מערכת יחסים של כפיפות ולכל אחד מהם תפקיד עצמאי. בפסיקת בית המשפט העליון הובהר כי לנוכח התפקידים השונים המוטלים על התובע המייצג ובא כוחו, אין לאפשר ניהול תובענה ייצוגית בידי אדם אחד, המחזיק בידיו את שני התפקידים הללו.¹⁴⁰ אחד מפסקי הדין המשמעותיים שעסקו במערכת היחסים בין התובע הייצוגי לבא כוחו הוא פסק דינו של כב' השופט גרוסקופף בשבתו כשופט בבית המשפט המחוזי בעניין **אשל היאור**.¹⁴¹ בפסק הדין נדונה השאלה האם תובע ייצוגי יכול לפטר את בא כוחו ונקבע כי מרגע שהוגשה הבקשה, עורך הדין אינו מייצג רק את התובע אלא את הקבוצה כולה ולכן התובע אינו רשאי להביא לסיום העסקתו של עורך הדין כמייצג הקבוצה (אך יכול לסיים את העסקתו כמייצגו באופן אישי). זאת בשונה מהליך 'רגיל' שבו עורך הדין הוא שלוח של בעל הדין והוא רשאי להפסיק את ייצוגו מכל סיבה שהיא.¹⁴²

דוגמא למודל היחסים הייחודי ניתן למצוא בהסדרת סוגיית שכר הטרחה בתובענות ייצוגיות. בשונה מהליך אזרחי רגיל שבו שכר הטרחה הוא עניין שבין התובע לעורך דינו, בתובענה הייצוגית

¹³⁵ ראו הערעור בעניין **ממן**, לעיל הי"ש 133.

¹³⁶ כן ראו בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 **שרה ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ**, עמ' 5 להחלטה (נבו 27.12.2012) שם מתוך 164,432 החברים במכבי אשר נגבו מהם כספים ביתר ולא היו לקוחות קיימים של מכבי (לקוחות קיימים בוצעה השבה אוטומטית), רק 12 בלבד, שהם פחות מפרומיל האחוז, פנו למכבי לצורך השבת הכספים, בהמשך למודעה שפורסמה בעיתונות.

¹³⁷ ראו הערעור בעניין **ממן**, לעיל הי"ש 133, בפס' 19 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

¹³⁸ רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ ואח'**, פ"ד נז(3) 220, פס' 7 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן (2003): "...התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות... ניהול ההליך המשפטי יוצא מידיהם של הצדדים ונשלט על-ידי אנשי המשפט: עורכי-דין ושופטים..."; ע"א 1834/07 **חיים קרן נ' פקיד שומה גוש דן**, פ"ד סה(3) 636, פס' 21 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (2012): "הניסיון מלמד כי במרבית המקרים חלקו הארי של ניהול התובענה ייעשה על ידי בא כוח התובע המייצג (ראו והשוו: קלמנט "קווים מנחים", בעמ' 147; טלגם, בעמ' 236 המציין כי "התופעה שעורך הדין מארגן את היזם [התובע המייצג, י.ד.], ומנהל את התביעה על חשבונו, מצויה ומתרחבת"; עניין **פרינר**, לעיל הי"ש 6.

¹³⁹ ראו סעיף 17 לחוק.

¹⁴⁰ ע"א 1582/20 **עו"ד יוגב חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ** (נבו 29.12.2021) (להלן: "עניין חלפון"); ע"א 4599/20 **ירון נ' המוסד לביטוח לאומי** (נבו 1.12.2021) (להלן: "עניין אור ירון").

¹⁴¹ ת"צ (מחוזי מרכז) 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (נבו 16.9.2014) (להלן: "עניין אשל היאור").

¹⁴² תקנה 172 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

הסמכות לפסוק שכר טרחה היא של בית המשפט בלבד.¹⁴³ היבט נוסף המדגיש את הייחודיות של מערכת יחסים זו נוגע לאפשרות של עורך הדין, במקרים המתאימים, להגיש ערעור גם ללא הסכמת התובע הייצוגי.¹⁴⁴ עוד יצוין כי לאור הייחודיות של מערכת יחסים זו התעוררה שאלה בפסיקה ביחס לאפשרות של ייזום תובענות ייצוגיות על ידי עורכי דין.¹⁴⁵

יודגש כי במרבית המקרים תוחלת הרווח של עורכי הדין לעומת התובעים הייצוגיים היא גבוהה באופן משמעותי ובנוסף עורכי הדין הם אלו שמחזיקים בדרך כלל בידע ובמומחיות הרלוונטית. על אף האמור, בהתאם לכללי האתיקה, התובע הייצוגי הוא זה שנושא במימון הוצאות ההליך.¹⁴⁶ בהקשר זה, שמע הצוות על קיומן של קרנות פרטיות שממנות הליכים ייצוגיים בתמורה להתחייבות לקבל אחוזים מן הגמול או שכר הטרחה שיקבלו התובע הייצוגי ובא כוחו במקרה של זכייה בהליך. קרנות מימון אלו משקיעות כסף של משקיעים בתובענות ייצוגיות במטרה להשיג תשואה על סכום כסף זה. על כן, ההנחה היא כי בוחרות הקרנות את התביעות שהן סבורות שיניבו תשואה גבוהה יותר בפרק זמן קצר יותר. מימון זה יהיה לכל הקשור בהליך ובין היתר מימון חוות דעת מומחה, מימון טרחתו והשקעתו של עורך הדין ומימון הוצאות משפט ככל שיוטלו על המבקש. בטרם סיום, יצוין כי נערכה פגישה עם נציגות לשכת עורכי הדין וכן עם נציג ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין במסגרת שיח על מורכבותו של חוק תובענות ייצוגיות בהקשר של מערכת היחסים בין התובע הייצוגי ובא כוחו, וזאת לצורך בחינה האם יש מקום לערוך שינוי בכללי האתיקה בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות.

נושאים נוספים שעלו בסוגיה זו :

עילה אישית

במסגרת הדיונים, נדונה השאלה האם אכן ישנו צורך בתובע ייצוגי. כידוע, אחד התנאים להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא שהבקשה מוגשת בשם המבקש להיות תובע מייצג, שנדרש, ככלל, להיות אדם בעל עילה אישית בתובענה.¹⁴⁷ הדרישה לקיומה של עילה אישית מבטאת את ההעדפה שניתנה על ידי המחוקק לכך שבמסגרת ההליך יעמוד בפני בית המשפט נפגע ספציפי, שניתן יהיה להתרשם מהפגיעה בו באופן בלתי אמצעי.¹⁴⁸ בנוסף, התובענה הייצוגית היא כלי דיוני

¹⁴³ ראו עניין פריניר, לעיל ה"ש 6, פס' 92 לפסק דינו של כב' השופט מלצר, שם עמד בית המשפט העליון על ייחודיות היחסים גם בהקשר של שכר טרחה וגמול.

¹⁴⁴ יודגש כי אין מדובר באפשרות אוטומטית. ראו החלטת כב' הרשמת עבדיאן בע"מ 2152/19 אנטני טפיו נ' רשות המסים (נבו 04.10.2020): "בהליך הייצוגי אין להקנות למבקש המייצג "זכות וטו" בשאלת הגשת ערעור על פסק דין הדוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ובמקרים שבהם מתגלעת מחלוקת בינו ובין בא-הכוח המייצג בשאלת הגשת הערעור, תועבר מחלוקת זו להכרעה בפני ההרכב שידון בערעור אשר יכריע בה בהתאם ליתר נסיבות העניין". בית המשפט העליון לא נדרש לשאלה זו מכיוון שנפסק כי באת כוח הקבוצה אינה מתאימה לנהל את ההליך עבור הקבוצה (ראו בפסק הדין בע"מ 2152/19 אנטני טפיו נ' רשות המסים (נבו 30.1.22)).

¹⁴⁵ כידוע, סעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 אוסר על עורך דין לשדל אדם למסור לידי עבודה מקצועית. בעניין פריניר, לעיל ה"ש 6, התעוררה מחלוקת בין השופטים בנוגע לסוגיה זו. בהחלטה בבקשה לדיון נוסף צוין כי העמדות שנשמעו מהוות אמרות אגב ואין בהן משום פסיקת הלכה (ראו דנ"א 5406/15 פריניר (הדס 1987) בע"מ נ' שי ברזילי (נבו 25.8.2015)).

¹⁴⁶ כלל 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.
¹⁴⁷ סעיף 4(א)(1) לחוק. בנוסף, קיימת אפשרות להגשת תובענה ייצוגית בהעדר תובע בעל עילה אישית. כך למשל רשות ציבורית המנויה בתוספת הראשונה יכולה להגיש תובענה ייצוגית (סעיף 4(א)(2) לחוק), וכך גם המועצה הישראלית לצרכנות (סעיף 4(א)(3) לחוק). כמו כן קיימת אפשרות להגשת תובענה ייצוגית על ידי ארגון וזאת במקרה שבו קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם שיש לו עילה אישית (ראו סעיפים 4(א)(2) ו-4(א)(3) לחוק).

¹⁴⁸ רע"א 2937/18 מכבי שירותי בריאות נ' המנוחה אנה דובין ז"ל, פס' 5 לפסק דינה של כב' השופטת ברון (נבו 26.5.2019). אמנם בהתאם לסעיף 8(ג)(2) לחוק אם מתקיימים כל התנאים לאישור הייצוגית אך התובע הוא ללא עילה אישית, על בית המשפט לאשר את התביעה תוך שיוורה על החלפת התובע המייצג. עם זאת, בהתאם להוראות החוק, יש למצוא תובע ייצוגי אחר בעל עילה אישית ואין מקום לנהל את ההליך ללא תובע ייצוגי. ראו גם בעניין אור ירון, לעיל ה"ש 140 ועניין חלפון, לעיל ה"ש 140.

לאיחוד תביעות פרטניות והיא אינה יכולה לייצר עילת תביעה לקבוצה, מקום שזו אינה קיימת לפי הדין המהותי לכל אחד מחברי הקבוצה. בהיבט המערכתי, החשש הוא מהגשת תביעות ייצוגיות תיאורטיות, מבלי שאכן ישנם חברי קבוצה שנפגעו בפועל. הדרישה לתובע ייצוגי בעל עילה אישית אמורה הייתה למתן חשש זה. בנוסף, כאשר התובע מעורב וההליך משמעותי עבורו, הוא יכול לתרום לניהול התיק, להביא להסדרים טובים יותר ולמתן את בעיית הנציג, בהיותו חלק מחברי הקבוצה.¹⁴⁹

עם זאת, בעולם המעשה ומשיחות שקיימו חברי הצוות עם גורמים שונים, נראה כי במקרים רבים התובע הייצוגי אינו מעורב בהליך ולעיתים עילתו נוצרת באופן מלאכותי לצורך הגשת תביעה.¹⁵⁰ במסגרת הדיונים שנערכו, שמע הצוות כי ישנם עורכי דין בתחום אשר מגישים תובענות ייצוגיות בשם אנשים שלא מודעים להגשת התובענה הייצוגית בשמם וישנם עורכי דין שבחיפוש אחר תובע בעל עילה אישית מפרסמים בציבור כי תוחלת הרווח גדולה וכי אין סיכונים כלשהם בהגשת ההליך. בנוסף, צוין כי לעיתים התובע הייצוגי עלול למנוע או להקשות על הסדרים ופשרות בתיק גם במקרים שההסדרים מקדמים את טובת הקבוצה, וזאת רק כדי למקסם אינטרסים אישיים ובכך לפגוע בקבוצה.

א. חלוקת הסיכונים בין התובע הייצוגי ובא כוחו

מערכת היחסים הייחודית בין התובע הייצוגי ובא כוחו והמאפיינים הייחודיים של התובענה הייצוגית מביאים לכך שבמקרים רבים ב"כ התובע הייצוגי נוטל חלק משמעותי בניהול ההליך אך לא נושא במרבית הסיכונים. בנוסף לכך, כאמור, האינטרס של עורכי הדין בתובענה הייצוגית גדול משמעותית מזה של התובעים הייצוגיים.

לכן, ביקש הצוות לדון בסוגיה זו ולבחון האם יש מקום לשקול התאמה של כלי הטלת ההוצאות לייחודיות של מערכת יחסית זו. בעניין זה, כידוע, לבית המשפט קיימת סמכות טבועה לחייב עורך דין בתשלום הוצאות אישיות, אך נפסק כי מדובר בצעד "חריף וקיצוני" ובית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו בנסיבות מיוחדות ולא כדרך שגרה.¹⁵¹

ב.4. העילות להגשת תובענות ייצוגיות והגורמים הרשאים להגישן

העילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית

מפאת כוחה של התובענה הייצוגית והשפעתה הגדולה על נתבעות, המחוקק לא יצר עילה כללית להגשת תובענות ייצוגיות אלא נבחר מודל מוגבל שבו נקבעו עילות שבהן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, כך שלא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בכל נושא. זאת, מתוך תפיסה שעדיפה בחינה נפרדת של התאמת ההליך הייצוגי לכל תחום בנפרד, תוך בחינה מהותית של מידת קשיי האכיפה שמעורר התחום, האמצעים האלטרנטיביים, התועלת הכוללת שבהליך הייצוגי לקידומו של תחום מסוים והסיכונים הכרוכים בהפעלתו באותו תחום.¹⁵² העילות והנושאים שבהם ניתן להגיש בקשה לאישור

¹⁴⁹ ראו גם בעניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 141, פסי' 23 לפסק דינו של כבי' השופט גרוסקופף, שם צוין כי מודל היחסים בתובענה הייצוגית מאפשר פיקוח טוב יותר שכן יש להליך שני נציגים ובכך מתמתנת בצורה מסוימת בעיית הנציג. כך הוטעם גם על ידי בית המשפט העליון, בעניין **חלפון**, לעיל ה"ש 140.

¹⁵⁰ עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 55.

¹⁵¹ ע"א 6185/00 **עו"ד חנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד (1) 366, 378; ע"מ 3778/12 **גלפנבוים נ' מדינת ישראל** (נבו) 29.9.2014; כן ראו בג"ץ 602/18 **עו"ד ד"ר צבי ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו) 11.7.2019. שם בוטל חיוב הוצאות אישיות שהוטל על ב"כ התובע הייצוגי, תוך שצוין שם שתנאי לפסיקת הוצאות הוא זכות טיעון לעורך הדין.

¹⁵² להרחבה ראו בדברי ההסבר לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 4.

תובענה ייצוגית מפורטים בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. פרטים אלה מבטאים את האינטרס הציבורי לקדם את אותן סוגיות שמנויות בפרטים אלה.

במסגרת הפגישות שערך הצוות וכן במסגרת ההתייחסויות שהתקבלו לקול הקורא מן הציבור נשמעו עמדות לפיהן התוספת השניה לחוק מוגבלת יתר על המידה ואינה כוללת עילות בעלות חשיבות המתאימות לתכליות של חוק תובענות ייצוגיות.

א. הגשת תובענות ייצוגיות על ידי ארגונים

ההגדרה של ארגון קבועה בסעיף 2 לחוק וכוללת מספר תנאים שבהם נדרש הארגון לעמוד. כך, על הארגון להוכיח כי הוא תאגיד אשר פועל באופן סדיר וממשי במשך שנה לפחות לקידום מטרות ציבוריות ואשר פעילותו אינה פוליטית או מפלגתית. תנאים אלו נועדו למנוע התאגדות ארגונים אך ורק לצורך הגשת תובענה ייצוגית וכן לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות רק על ידי ארגונים פעילים בתחומם ואשר אופיים הוא ציבורי באופן מובהק.¹⁵³

בנוסף לכך, ארגון יכול להגיש תובענה ייצוגית בנושא המצוי בתחומי אחת מן המטרות הציבוריות שבהן הוא עוסק רק במקרה שבו יש קושי להגיש את התביעה בידי תובע בעל עילה אישית (להלן: "דרישת הקושי").¹⁵⁴

במסגרת ההתייחסויות שהתקבלו מהציבור צוין כי הדרישה להוכיח קושי להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילה אישית, הקבועה כיום בחוק, מקשה מאוד על ארגונים להגיש תובענות ייצוגיות.

ב. תובענות ייצוגיות המתמקדות בנושאים שמפוקחים על ידי מאסדרים שונים

במסגרת הדיונים שנערכו בצוות, גורמים המייצגים נתבעות התייחסו לכך שיש תובענות ייצוגיות רבות אשר מוגשות בגין סוגיות שביחס אליהן יש פיקוח רגולטורי ואשר נבדקו או אושרו על ידי מאסדר. עוד נטען כי כלי התובענה הייצוגית נועד בהגדרתו לאכיפה אזרחית במקרים שבהם ידו של הרגולטור אינה משגת ועל כן אם רגולטור דן בסוגיה ואישר אותה, לא נדרשת בנושא כל אכיפה אזרחית ואין מקום לאפשר הגשת תובענה ייצוגית. עוד צוין כי תובענות ייצוגיות בנושאים אלו פוגעות פגיעה קשה בוודאות של המגזר העסקי הואיל ובעלי העסקים נתבעים בגין פעולות אשר נבחנו וקיבלו אישור של הרגולטור. חלק מהגורמים שהופיעו בפני הצוות טענו כי סוגיה זו מתחדדת בתובענות ייצוגיות שעוסקות בחוזים הנוגעים למוצרי ביטוח ארוכי טווח. צוין כי מדובר בתובענות הנוגעות לחוזים שנחתמו לפני עשרות שנים, בסביבה רגולטורית ומשפטית שונה ובחלק מהמקרים גם אושרו על ידי הרגולטור. נטען כי התובענות הייצוגיות מתמקדות בהחלת נורמות עדכניות בדיעבד על חוזים שנחתמו בתקופה אחרת שבה היה נהוג סטנדרט נורמטיבי אחר. בנוסף, צוין כי לא ניתן לתקן חוזים אלה באופן חד צדדי וחברות הביטוח אף עומדות בפני קשיים ראייתיים משמעותיים בשל הזמן הרב שחלף.

לאור כל האמור לעיל, הוצע על ידי גורמים המייצגים נתבעות לקבוע בחקיקה כי בשוק מפוקח ומאוסדר בקפידה, פעולות שזכו לאישור המאסדר, שנעשו בהתאם לחוזרים, צווים והנחיות של המאסדר או שנעשו בנושאים תחת סמכותו של המאסדר ושנעשו בידיעתו המלאה וללא התערבותו, יחסו תחת הגנה מפני הגשת תובענה ייצוגית.

¹⁵³ רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (נבו 9.12.2015) (להלן: "ערעור קול ברמה").
¹⁵⁴ סעיף 4(א)(3) לחוק.

תובענות ייצוגיות נגד רשות לפי פרט 11

אחד מהנושאים שהצוות עסק בהם נוגע להגשת תביעות לפי פרט 11 לתוספת השניה לחוק (להלן: "פרט 11") שעניינו בתביעה כנגד רשות מנהלית כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000. נושא זה נדון בנפרד לאור המאפיינים הייחודיים של תביעה לפי פרט זה. כידוע, במסגרת הליכי החקיקה, התעוררה מחלוקת בדבר הכללת רשות מנהלית בחוק.¹⁵⁵ לבסוף הוחלט על מתווה פשרה לפיו תינתן אפשרות להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות, אך יהיה לה מעמד מיוחד בחוק. הממשלה תמכה בפשרה ובכך הביאה לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות. ההגנות של הרשות כאשר היא נתבעת בפרט 11 הן הגנת החדילה המאפשרת לרשות להודיע בתוך 90 ימים מהמועד שבו הוגשה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית כי היא מפסיקה את הגביה שבשלה הוגשה הבקשה והתביעה נגדה לא תאושר (ראו סעיף 9 לחוק). בנוסף, אם הרשות מבקשת לנהל את ההליך, סעד ההשבה נגדה מוגבל, ביחס לעבר, לשנתיים שקדמו למועד הגשת הבקשה לאישור (ראו סעיף 21 לחוק).¹⁵⁶ ההגנות לרשות נקבעו מתוך התחשבות בהשלכות התקציביות שעשויות להיות בעקבות הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות (שפעמים רבות מבקשת סעד כספי משמעותי נגד הרשות) וכן בפגיעה באינטרס הציבורי הכרוכה בכך ובשירותים שנותנת הרשות לציבור. כך גם, לאור ההנחה שרשויות פועלות בתום לב ולא מפרות את הוראות הדין באופן מכוון ומודע לאור חזקת תקינות מינהלית ומאחר שאין הן פועלות למטרת רווח. כפי שצוין בדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**: "ההסדרים הייחודיים הללו ובכללם הסדר החדילה שבסעיף 9 לחוק נועדו לאזן בין עניינם של חברי הקבוצה ובין האינטרס הציבורי, בין היתר, בשל הצורך לשמור על הקופה הציבורית ולמנוע פגיעה בתפקודה של הרשות. זאת מתוך הכרה כי פגיעה בקופת הרשות עשויה בסופו של יום לפגוע בציבור אשר נדרש לשירותיה".¹⁵⁷

הדיונים בצוות נערכו לאור חלוף השנים מאז נחקק חוק תובענות ייצוגיות וכן לאור פסקי הדין שדנו באופייה הייחודי של התביעה לפי פרט 11, בהגנות של הרשות ובפרשנותן.

להלן יוצגו הנושאים שעלו בסוגיה זו:

1. פניה מוקדמת

הסוגיה המרכזית שנידונה בנוגע לרשות היא סוגיית הפניה המוקדמת. בהקשר זה יוזכר כי במסגרת הדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**, הוגשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז הודעה כי בכוונתו לבחון את סוגיית תשלום גמול ושכר טרחה ביחס לפניה מוקדמת שנענתה טרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות (וכן את שאלת הפניה המוקדמת לנתבעים פרטיים).

הנושא של פניה מוקדמת לפי פרט 11 נדון בפסיקה כאשר בתקופה מסוימת חלה חובה לערוך פניה מוקדמת בתביעה לפי פרט 11, בהתאם לפסק הדין בערעור בעניין **מי הגליל**.¹⁵⁸ לאחר מכן, הוחלט על קיומו של דיון נוסף ובפסק הדין בדיון הנוסף נקבע בדעת רוב כי אין בסיס בדיון הקיים לקביעת חובה כללית לפניה מוקדמת. כמו כן נקבע כי אין בסיס בדיון הקיים לחיוב בשכר טרחה וגמול ביחס

¹⁵⁵ רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' חגי טיומקין (נבו 13.2.2011) (להלן: "עניין טיומקין"); עע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' זיו'ו אבוטבול (נבו 25.12.2012); עע"מ 9962/16 שחף טקס בע"מ נ' עיריית תל אביב - יפו (נבו 4.10.2018).

¹⁵⁶ בהתאם להלכה שנקבעה בדנ"מ **מנירב**, לעיל ה"ש 14, הסעד יכול לכלול את הגבייה שנעשתה לאחר הגשת בקשת האישור.

¹⁵⁷ דנ"מ 5519/15 יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ (נבו 17.12.2019) (להלן: "הדיון הנוסף בעניין מי הגליל").

¹⁵⁸ הערעור בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 89.

לפניה מוקדמת שנענתה ואף אין בסיס בדין הקיים להגשת הליך משפטי בעניין זה. עם זאת, נקבע כי במקרים מסוימים, אי עריכת פניה מוקדמת עשויה לעלות משום חוסר תום לב, ככל שהנסיבות הקונקרטריות הצדיקו עריכת פניה מוקדמת.¹⁵⁹ ראוי לציין שבפסק הדין הובהר שאין מניעה מהסדרה של חובת פנייה מוקדמת בחקיקה, תוך שדעת הרוב הבהירה בעניין זה, שככל שתיקבע בחקיקה חובה כאמור, ראוי שהדבר יוסדר יחד עם קביעת אפשרות בדין למתן תגמול כלכלי מתאים לפונים שפנייתם נענתה.¹⁶⁰

במסגרת עבודת הצוות נבחנו הנתונים הקיימים בכל הנוגע לפניה מוקדמת ביחס לרשות המסים, שהיא הגורם העיקרי במדינה שגובה תשלומי חובה, וזאת בתקופה שבה היה חיוב לערוך פניה מוקדמת (התקופה שבין פסק הדין בערעור בעניין **מי הגליל** לבין פסק הדין בדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**). מהנתונים עולה, בין היתר, כי מתוך 51 הפניות מוקדמות שנערכו בתקופה זו, רק כ-10% מן הפניות (5 פניות) נענו בחיוב והיתר נדחו במכתב מנומק. בנוסף, ב-72% מהפניות המוקדמות שנדחו לא הוגשה לאחר מכן בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית המשפט. כלומר, מנתונים אלו עולה לכאורה כי מנגנון הפניה המוקדמת הוא יעיל ועשוי לחסוך משאבים והליכים בבתי המשפט.¹⁶¹

2. הגבלת סעד ההשבה בתביעה נגד רשות

כאמור לעיל, סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות שחל במקרה שבו הרשות לא הודיעה על חדילה מגביית הכספים, קובע כי בית המשפט לא יחייב את הרשות בהשבה לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. עם השנים התעוררה בפסיקה שאלה בנוגע לפרשנות סעיף 21 לחוק ולשאלה האם הסעיף פוטר את הרשות מהשבה קבוצתית בתקופה שלאחר הגשת התובענה, במקרים שבהם הרשות המשיכה לגבות את הכספים בתקופה שלאחר מועד הגשת בקשת האישור.

במהלך עבודת הצוות ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין **מנירב**.¹⁶² בפסק הדין בדיון הנוסף נקבע, בניגוד לפסק הדין מושא הדיון הנוסף, כי סעיף 21 לחוק מציב את הגבול התחתון של תקופת ההשבה אך אינו מתיימר לצמצם את גבולה העליון כך שהסעיף אינו שולל חיוב בהשבה ביחס לתקופה שלאחר הגשת בקשת האישור. משכך, יחולו לגבי התקופה שלאחר בקשת האישור, ההוראות הכלליות של חוק תובענות ייצוגיות, בנוגע להרחבת הקבוצה ובית המשפט יוכל לכלול בקבוצה, לפי שיקול דעתו ובמקרים המתאימים, גם מי שעילת תביעתו נולדה לאחר הגשת בקשת האישור – ובנסיבות חריגות, אף לאחר אישור התובענה, בהתאם לסעיף 10 לחוק.

במהלך עבודת הצוות התפרסמה להערות הציבור טיוטת הצעות החלטה לממשלה בדבר שינויים מבניים וזאת במסגרת הדיונים על התכנית הכלכלית לשנים 2021 ו-2022. במסגרת הפרק העוסק בייעול המגזר הממשלתי נכללה הצעת החלטה אשר במסגרתה הוצע לתקן את חוק תובענות ייצוגיות, ובין היתר, הוצע לתקן את סעיף 21 לחוק ולקבוע שתקופת ההשבה תהיה מוגבלת ל-24 החודשים שקדמו להגשת בקשת האישור בלבד ולא תכלול השבה לגבי סכומים שנגבו במועד מאוחר יותר, אלא אם כן הבקשה אושרה כייצוגית והרשות לא הפסיקה את הגבייה.¹⁶³ בהתאם למנגנון

¹⁵⁹ הדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 157, פס' 38 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות.

¹⁶⁰ שם, פס' 6 לפסק הדין של כב' השופט פוגלמן ובפס' 23 לפסק הדין של כב' השופט מלצר.

¹⁶¹ באופן כללי עולה מהנתונים כי ב-66% מסך הפניות לא הוגשה תובענה לאחר המענה ורק ב-34% מהפניות הוגש הליך לבית המשפט.

¹⁶² דנ"מ **מנירב**, ראו לעיל ה"ש 14.

¹⁶³ לשם הנוחות, להלן גרף המתאר את לוחות הזמנים של ההצעה. החצים הירוקים מתארים את התקופות שבהן ניתן היה לקבל סעד של השבה (התקופה של 24 החודשים שקדמו להגשת התביעה וכן ממועד אישור הבקשה לאישור

שנכלל בהצעה, הרשות תהיה רשאית להודיע בתוך 60 ימים מיום שהומצאה אליה ההחלטה המאשרת את התובענה כייצוגית האם היא מפסיקה את הגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור. אם הרשות לא הודיעה בתוך מועד זה כי הפסיקה את הגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור, בית המשפט יהיה רשאי במסגרת ההכרעה בתיק לחייב את הרשות בנוסף לתקופת ההשבה המוקדמת, גם בהשבה החל ממועד אישור התובענה הייצוגית. עם זאת, הרשות לא תחויב בהשבה על תקופה קודמת למועד זה. כלומר, הרשות לא תחויב בהשבה בתקופה שבין הגשת הבקשה לאישור ועד אישור התביעה הייצוגית. כמו כן, הוצע לקבוע כי לא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית נוספת נגד רשות באותה עילה ומי שמעוניין לקבל סעד עבור תקופות נוספות מעבר לתקופה הקבועה בסעיף המוצע, יוכל להגיש תביעה אישית בלבד. בהמשך לכך, ביום 1.8.2021 קיבלה הממשלה את החלטה מספר 241 שעניינה "שמירה על האינטרס הציבורי במסגרת תובענות ייצוגיות", אשר אימצה את נוסח הצעת ההחלטה. עם זאת, בהמשך בדיונים בוועדת שרים לחקיקה הוחלט בשלב זה שלא לקדם את תיקון החוק בנוגע לסעיף 21 לחוק.

א. המלצות הצוות

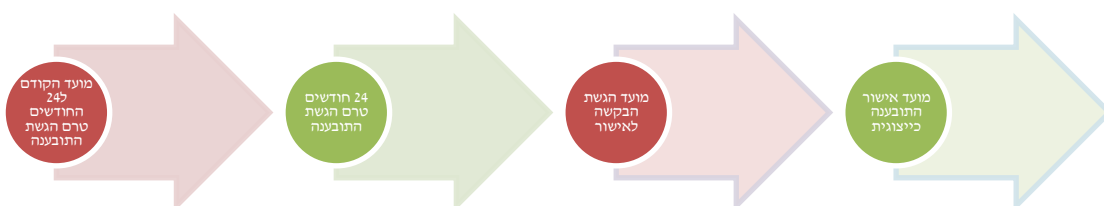
לאור האמור לעיל ביחס לתועלות והקשיים של החוק, התכנס הצוות על מנת לעמוד על הטעון שיפור בכלי חשוב זה, כאשר מטרת העל של הצוות הייתה לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות, להתמודד עם הכשלים הקיימים בחוק שפורטו לעיל וכן למצוא את הנקודה הארכימדית שבה הסדרי החוק יביאו למקסום התועלות שבו לצד צמצום של עלויות מיותרות לציבור.

בפרק זה נציג את המלצות צוותי המשנה ביחס לסוגיות המרכזיות שעלו בדו"ח זה בהתאם לסוגיות שעלו בכל צוות משנה כפי שפורט לעיל. ביחס לכל סוגיה, יפורטו תחילה החלופות לפתרון שעלו במסגרת הדיונים בצוות ולאחר מכן תוצג המלצת הצוות ביחס לאותה סוגיה.

ד.1. בעיית תביעות סרק

במסגרת דיוני הצוות עלו מספר הצעות לפתרונות לצורך התמודדות עם בעיה זו. חלק מהפתרונות שעלו לדיון ביקשו להתמודד עם הליך אישור התובענה כייצוגית. כך, צוין כי בישראל יש חוסר אחידות בין בתי המשפט ביחס לרמת נטל ההוכחה בשלב הבקשה לאישור ונטען כי התוצאה של הנמכת הרף האמור מעודדת הגשת תביעות סרק,¹⁶⁴ מכיוון שקיים סיכוי שבקשות לאישור יאושרו גם ללא עמידה ברף משפטי וראייתי משמעותי. בנוסף, בהעדר נטל ראיה משמעותי, נתבעות חוששות מכך שהבקשה תאושר כייצוגית ומסכימות לפשרות שאינן הולמות את הסיכויים של

תובענה כייצוגית). החצים האדומים מתארים את התקופות שבהן לא ניתן יהיה לקבל סעד של השבה (מועד הקודם 244 החודשים טרם הגשת התביעה וכן התקופה שבין הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עד מועד אישור התובענה כייצוגית):



¹⁶⁴ ראו גם ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 165-172, 195-191.

התיק. לכן, חלק מהגורמים סברו כי פתרון אפשרי לבעיית תביעות הסרק הוא, בין היתר, באמצעות הקשחת התנאים לאישור התובענה כייצוגית.

לאחר בחינת הסוגיה, הצוות סבר כי הקשחה של נטל ההוכחה לאישור תובענה כייצוגית עלולה לחסום תובענות ייצוגיות ראויות שעשויות לקדם את האינטרסים של חברי הקבוצה ואף את האינטרס הציבורי שכן גם כיום, נטל ההוכחה לאישור תובענה ייצוגית אינו פשוט וזאת בהינתן, שבמקרים לא מעטים, מלוא הנתונים מצויים בידי הנתבעות ולא בידי התובעים. לכן, הצוות לא מצא לנכון לשנות את נטל ההוכחה בשלב אישור התובענה כייצוגית.

במסגרת זו נבחנה גם חלופה של הרחבת האפשרות לסילוק על הסף. כידוע, מהותו של הליך הסילוק על הסף היא הכרעה בסוגיה נקודתית בעלת אופי מקדמי, אשר אם תתקבל יתייחר הצורך לדון בכל השאלות העולות מכתב הטענות.¹⁶⁵ תכליתו של הליך זה היא למנוע דיוני סרק והוצאת משאבי ציבור לשווא בניהול תביעות שאין להן תכלית.¹⁶⁶

תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018 (להלן: "תקנות סדר הדין האזרחי החדשות") מאפשרות לבית המשפט שתי דרכים לסילוק תביעה: מחיקה ודחייה.¹⁶⁷ מחיקת כתב תביעה אינה מהווה מעשה בית דין ובית המשפט רשאי להורות כך באחד מהמקרים הבאים: כתב התביעה אינו מגלה עילת תביעה; מכתב התביעה עולה כי התביעה היא טרדנית או קנטרנית; התובע מתמיד, באופן שאינו מניח את הדעת, להימנע מלקיים הוראה מהתקנות או נמנע מלקיים החלטה או הוראה של בית המשפט; כל נימוק אחר שלפיו בית המשפט סבור שראוי ונכון למחוק את התביעה או במקרים שבהם בית המשפט סבור שבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט. דחיית תובענה משמעותה כי על עילת התביעה חל מעשה בית דין והתקנות קובעות כי בית המשפט רשאי לדחות תביעה בשלוש עילות: בשל קיומו של מעשה בית דין, התיישנות או בשל עילת סל לפיה בית המשפט סבור כי ראוי ונכון לדחות את התביעה.

האפשרות לסילוק על הסף לפני הדיון בבקשת האישור קיימת אף בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. עם זאת, בית המשפט העליון קבע כי "טענות לסילוק תובענה ייצוגית על הסף מקומן להתברר במסגרת הדיון בבקשת האישור – שכן הליך אישור התובענה כייצוגית הוא עצמו הליך מקדמי, ופיצולו לתתי הליכים מביא לסרבולו ופוגם ביעילותו".¹⁶⁸ על כן, ככלל על בית המשפט לדון בבקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית רק "במקרים חריגים וקיצוניים שבהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה ולא כלום".¹⁶⁹ הדבר נכון בפרט בנוגע לטענות הנוגעות לעילת התביעה של המבקש.¹⁷⁰ מקרים שבהם בית המשפט קיבל את הבקשה לסילוק על הסף מטעמים הנוגעים בעילת

¹⁶⁵ יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 241 (2021) (להלן: "רוזן-צבי, הרפורמה בסדר הדין האזרחי").

¹⁶⁶ ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, פס' 24 לפסק דינה של כבי השופטת פרוקציה (2011).

¹⁶⁷ תקנות 41-43 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

¹⁶⁸ רע"א 7667/17 רוזנצוויג ואח' נ' חזן ואח', פס' 8 לפסק דינה של כבי השופטת ברוך (נבו) 3.12.2018; ראו גם רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר ר"ח נ' קדמי ואח', פס' 5 לפסק דינו של כבי השופט מלצר (נבו) 2.4.2009; רע"א Google LLC. 4243/19 (לשעבר Google Inc.) נ' ברם ואח', פס' 5 לפסק דינה של כבי השופטת ברוך (נבו) 16.7.2019; רע"א 2929/19 גולדברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פס' 10 לפסק דינה של כבי השופטת ברוך (נבו) 13.2.2020; רע"א 2094/16 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ ואח' נ' הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלנית הוגנת ואח', פס' 8 לפסק דינו של כבי השופט עמית (נבו) 30.3.2016.

¹⁶⁹ רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, 290 (2001).

¹⁷⁰ רע"א 6690/13 קבוצת גולף א.ק בע"מ נ' כהן, פס' 2 לפסק דינו של כבי הנשיא (דאז) גרוניס (נבו) 20.10.2013; רע"א 2074/11 בנק הפועלים בע"מ נ' פינקלשטיין, פס' 4 לפסק דינו של כבי השופט (כתוארו אז) גרוניס (נבו) 5.7.2011.

התביעה ובסיכוייה היו ככלל כאשר התביעה לא הייתה מסוג העניינים המנויים בתוספת השניה לחוק או כאשר נטענה טענת התיישנות.¹⁷¹

בדיוני הצוות, עלה בשיחות עם חלק מהגורמים כי יש להרחיב את האפשרות לסילוק על הסף בתובענות ייצוגיות על מנת לסנן בקשות לאישור שברור על פני הדברים שאינן צריכות להתברר. עוד עלה כי מכיוון שרובם המוחלט של ההליכים אינם ממשיכים לשלב השני של ניהול התובענה לגופה, בפועל הליך התובענה הייצוגית הוא הליך בעל שלב אחד בלבד. לאור האמור, חלק מן הגורמים שנפגשו עם הצוות סברו כי יש מקום לבחון פעם נוספת את הסוגיה של סילוק על הסף שכן ההנמקות שעמדו בבסיס ההלכה בעניין, לפיהן הליך אישור התובענה כייצוגית הוא עצמו הליך מקדמי ולכן אין מקום לפצלו לתת הליך נוסף של סילוק על הסף, כבר אינן מדויקות. מנגד, עלה כי במקרים רבים באי כוח הנתבעות מגישים בקשות מקדמיות רבות ובכך מאריכים ומסרבלים את הדיון ועל כן הרחבת האפשרות להגיש בקשות לסילוק על הסף עלולה לגרום להתארכות ההליכים ולהערמת קשיים על תובעים ייצוגיים.

בהקשר זה, הצעה נוספת שעלתה במסגרת הדיונים בצוות היא הוספת הליך מקדמי מקוצר. ביחס לכך, עלו מספר חלופות. חלופה אחת היא לקבוע כי הבקשה לאישור תובא בפני שופט אשר יהיה לו שיקול דעת האם לבקש תשובה מפורטת מהנתבעת, לזמן דיון מקדמי עם הצדדים או לסלק את הבקשה ללא תשובה במקרים שבהם בקשת האישור באופן מובהק אינה מגלה עלה. חלופה נוספת שעלתה מצד עורכי דין המייצגים נתבעות היא לאפשר לנתבעות להגיש בקשה לקיום הליך מקוצר חלף בירור בקשת האישור בדרך הרגילה וזאת בהתייחס למספר עניינים שייקבעו בחקיקה.¹⁷²

לאחר בחינת הסוגיה, הצוות סבר כי המדובר בסוגיה מורכבת שלה פנים לכאן ולכאן ועל אף התכלית הראויה של סינון תביעות סרק, יש להתייחס גם לטענות התובעים בנוגע לכך שריבוי בקשות מקדמיות עלול להערים קשיים שלא לצורך על תובעים ייצוגיים וכן ולהטיל עומסים נוספים על מערכת בתי המשפט. עוד הודגש כי גם בהתאם לפסיקה הנוכחית (לרבות פסיקתו של בית המשפט העליון) במקרים המתאימים מתקבלות בקשות לסילוק על הסף, ובמיוחד כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות לפי עילות מחוץ לתוספת השניה לחוק.¹⁷³

¹⁷¹ אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 44 (2019).

¹⁷² חגית בלייברג "תיקונים מוצעים לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 – בקשה לקיום הליך מקוצר" **בלוג הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב** (11.4.2021).

<https://www.classaction.sites.tau.ac.il/post/%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%9D-%D7%9E%D7%95%D7%A6%D7%A2%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%AA%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%A0%D7%95%D7%AA-%D7%99%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%92%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%AA%D7%A9%D7%A0-%D7%95-2006-%D7%91%D7%A7%D7%A9%D7%94-%D7%9C%D7%A7%D7%99%D7%95%D7%9D-%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%A9-%D7%9E%D7%A7%D7%95%D7%A6%D7%A8>

יוער כי גם כיום, ישנם מקרים שבהם בית המשפט מחליט לדון בסוגיה מסוימת לפני בירור הבקשה לאישור בכללותה. כך למשל, בת"צ (מחוזי ב"ש) 14253-08-18 **התאחדות הסוחרים הכללית והעצמאיים בישראל נ' חברת נמל אשדוד בע"מ** (נבו 10.6.2020) הוצע על ידי בית המשפט בהסכמת הצדדים כי הדיון יעסוק רק בשאלת התאמת ההליך לתובענה ייצוגית תוך התייחסות לשאלה האם מדובר בדרך היעילה וההוגנת וכן התייחסות למשקלן של השאלות המשותפות לחברי הקבוצה וזאת מבלי לדון ביתר השאלות (ראו פסי' 6 לפסק הדין), ומשנקבע כי התובענה לא מתאימה להתברר כייצוגית מכיוון שהיא אינה הדרך היעילה וההוגנת בניסיונות העניין, בקשת האישור נדחתה.

¹⁷³ ראו למשל עע"מ 4784/19 **גיא הרינג נ' משרד המשפטים - רשות האכיפה והגביה** (נבו 12.11.2020); עניין **אור ירון**, לעיל ה"ש 140; ע"א 4110/18 **פלונית נ' קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ** (נבו 7.11.2019) (להלן: "עניין קדימה מדע-חינוך לחיים").

אפשרות נוספת שעלתה היא להגביל בצורה משמעותית יותר את האפשרות לפסוק תגמול במסגרת בקשת הסתלקות מתובענה, כך שייקבע סכום מקסימאלי, תוך התחשבות בשלב הדיוני וחיוב בית המשפט להתייחס לשיקולים נוספים (דוגמת השפעה על עסקי הנתבעת, בקשות קודמות שהוגשו על ידי התובע הייצוגי ועוד). אפשרות אחרת שעלתה היא לקבוע כי שכר טרחה וגמול בהסתלקות יהיו רק במקרים מיוחדים שיירשמו.

הצוות סבר כי ייתכן שפתרון זה יוכל לסייע בצמצום התופעה של הסתלקויות מתוגמלות שכן תיקון זה יביא לכך שלא יהיה תמריץ להגיש תובענה ייצוגית רק לצורך הסתלקות מהירה מההליך תוך קבלת תגמול.

עם זאת, לצורך מציאת פתרון, ביקש הצוות להבחין בין "תביעות הסרק" לבין תביעות "קלות הערך", כפי שפורט לעיל. ביחס לתביעות "קלות ערך" שנועדו לצורך אכיפת הדין, נמצא כי הפתרון אינו מצוי בהגבלתו או שלילתו של התגמול במסגרת הסתלקות, אלא יש להציע מנגנון חלופי שיתמודד עם הייחודיות של תביעות אלו שכן יש בתביעות אלו תועלת מסוימת, גם אם מצומצמת. בנוסף, הצוות סבר כי התייחסות רק לסוגיית התגמול והגבלתו בחקיקה בנוגע להסתלקויות, עלולה להביא במקום להפחתת התופעה, להחרפת בעיה אחרת ולכך שחלק מהתיקים שהסתיימו עד היום בהסתלקות, יסתיימו בהסדרי פשרה בעייתיים עם פיצוי יחסית זניח. בנוסף, שלילת תגמול בתביעות כאלו עלולה לפגוע בהרתעת עוסקים מהפרת הדין.

הצוות סבר כי יש קושי בכך שמרבית התובענות הייצוגיות לא מתנהלות בפועל אלא מסתיימות בהסכמות ביחס להסדרה העתידית בלבד. בהקשר זה חשוב לציין כי מנגנון ההסתלקות נועד בעיקרו לאפשר לבית המשפט למחוק תובענות שמתברר כי סיכוייהן להצליח נמוכים או שמטעם אחר אין תועלת בהמשך ניהול ההליך.¹⁷⁴ לכן, עצם העובדה שמרבית התיקים מסתיימים בהסתלקות מצביעה על בעיה בכך שמרבית הבקשות לאישור שמוגשות אינן מתאימות להתנהל כייצוגיות לדעת מי שהגישן. אמנם יש לתביעות אלו תועלת מסוימת, אך ברור כי אין הצדקה להגישן במתכונת שבה הן מוגשות היום כתביעות לפיצויים ובאופן שאינו מבסס כראות את הסעד הנתבע, שכן הן מטילות עלויות רבות, הן למערכת בתי המשפט, הן לנתבעות ובסופו של יום מביאות לפגיעה בכלי התובענה הייצוגית. ההתמודדות עם תביעות אלו מהווה אתגר מורכב שכן לצד עלותן הכללית, עדיין הן מבוססות, כאמור, על הפרה של הוראות הדין. עם זאת, הצוות סבר כי העלות של תביעות אלו במתכונתן הנוכחית עולה על התועלת שלהן ונראה שאין אינטרס ציבורי משמעותי בניהולן כתובענה ייצוגית על כל המשמעות שלה. הצוות סבר כי במרבית המקרים ניתן להשיג את התועלת, הנוגעת כאמור להסדרה העתידית, באמצעות מנגנון פשוט יותר שאינו כרוך בהגשת תביעה לבית המשפט.

בהקשר זה הועלתה האפשרות של עריכת פניה מוקדמת, כפי שיפורט להלן. בחלק זה של הדו"ח נבקש להתמקד בתובענה ייצוגית שאינה נגד רשות לפי פרט 11. תביעות אלו ניתן להגיש הן נגד נתבעים פרטיים והן נגד הרשות בכובעיה האחרים ככל שמתקיימת עילה רלבנטית הכלולה בתוספת השניה לחוק כלפי הרשות. לפניה מוקדמת בתביעה לפי פרט 11, ראו בפרק ד.6.א.

קביעת מנגנון לפניה מוקדמת

בפניה מוקדמת הכוונה היא חיוב בפניה אל הנתבעת בטרם הגשת תובענה ייצוגית על מנת לנסות ולפתור את הסוגיה מחוץ לכותלי בית המשפט. החוק בנוסחו היום לא קובע חובת פניה מוקדמת

¹⁷⁴ עניין מרקיס, לעיל ה"ש 10, פסקה 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

מפורשת. הסוגיה נדונה בפסיקה במספר מקרים ובעיקר בכל הנוגע לתביעה נגד רשות בפרט 11 בעניין **מי הגליל**, שם נקבע בדיון הנוסף כי אין חובה לערוך פניה מוקדמת לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית.¹⁷⁵ עם זאת, בתי המשפט הכירו בכך שגם בגדר הדין הקיים, העדר פניה מוקדמת עשוי לעלות כדי חוסר תום לב במקרה קונקרטי שבו היה מקום לעריכת פניה כאמור ויכול להשפיע על השיקולים האם לאשר את התובענה כייצוגית,¹⁷⁶ וכן עשוי להשפיע במישור פסיקת שכר הטרחה והגמול.¹⁷⁷

סוגיה זו הועלתה בעיקר מטעם גופים המייצגים נתבעות אשר העלו את הצורך בקביעת חובת פניה מוקדמת, כחלק מההתמודדות עם תופעת תביעות קלות הערך ועל מנת לחסוך במשאבים ועלויות גבוהות מצדן בניהול תובענות ייצוגיות, תוך הבעת הסכמה מצדם לקביעת מנגנוני פיקוח ופרסום לציבור וכן למנגנוני תגמול לפונים שפנייתם תיענה בחיוב. גם מצד עורכי דין המייצגים תובעים ייצוגיים הועלה צורך בפניה מוקדמת במקרים המתאימים לכך, על מנת לשמור על חשיבות כלי התובענה הייצוגית בתיקים המורכבים הרבים הדורשים התייחסות מיוחדת מצד בית המשפט.

החלופות השונות שנדונו במסגרת עבודת הצוות ביחס למנגנון הפניה המוקדמת:

אחת החלופות שנדונו היא קביעה כי קיומה של פניה מוקדמת או היעדרה תישקל במסגרת קביעת שכר הטרחה והגמול (או באופן דומה יוטלו הוצאות על התובע כאשר יימצא שראוי היה לערוך פניה מוקדמת וזו לא נערכה). מדובר על חלופה יחסית 'רכה' שאינה קובעת חובה לערוך פניה מוקדמת ומאפשרת לבית המשפט שיקול דעת בסוף ההליך להחליט האם יש מקום להתייחס לקיומה או היעדרה של פניה כאמור במסגרת קביעת שכר הטרחה והגמול. בחלופה זו, על בית המשפט יהיה להתחשב, בין היתר, בשיקולים שיש בהם כדי לסייע לו לבחון מהם המקרים שבהם ראוי להפחית את שכר הטרחה והגמול בשל העובדה שלא נערכה פניה מוקדמת במקום שבו היה נכון לעשות כן. כך למשל, נכון לשקול האם הפניה הייתה מייצגת את ניהול ההליך ביחס לכלל הקבוצה וכן האם הוכיחה הנתבעת כי היא מקיימת מנגנון יעיל לטיפול בתלונות המאפשר טיפול רוחבי והאם במסגרתו מוענק סעד לפונים.

לחלופין הוצע לקבוע חובת פניה מוקדמת ביחס לכל הפרטים בתוספת השניה לחוק, כך שלא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית ללא פניה אל הנתבעת שבה תפורט ההפרה תוך בקשה לתקן את ההפרה ובמקרים המתאימים תוך בקשה לפיצוי חברי הקבוצה. ככל שהנתבעת תסכים לפעול לתיקון ההפרה ויוסכם גם על פיצוי לחברי הקבוצה, הצדדים יגישו בקשה לאישור הסדר פשרה או הסתלקות לאישור בית המשפט, בהתאם לעניין.

חלופה נוספת שנבחנה, הן לאור הצעות של נציגי נתבעות והן לאור הצעות של עורכי דין המייצגים תובעים ייצוגיים, היא קביעת חובת פנייה מוקדמת בעילות שייקבעו בתוספת חדשה לחוק. העילות שיכללו בתוספת הן בעיקר עילות אשר הערך החברתי שלהן הוא נמוך וככלל התועלת העיקרית הצפויה בהן היא הסדרת הסוגיה כלפי העתיד. ככל שהנתבעת תתקן את ההפרה שבגינה הוגשה הפניה המוקדמת ייקבע תגמול בסכום קבוע.

¹⁷⁵ סוגיית הפניה המוקדמת נדונה גם בפסקי דין שעסקו בנתבעים פרטיים, ראו למשל עניין **מרקיס**, לעיל ה"ש 10, ות"צ (מחוזי מרכז) 11-07-36086 עו"ד **חרסט ואח' נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) ואח'** (נבו 19.09.2012) (להלן: "עניין חרסט") אשר עסק בהרחבה בסוגיית הפנייה המוקדמת, ביחס לנתבעים פרטיים בתובענות ייצוגיות.

¹⁷⁶ ראו למשל הדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 157, פס' 38 לפסק הדין של כב' הנשיאה חיות; עניין **חרסט**, שם, פס' 29-30 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף.

¹⁷⁷ ראו בעניין **מרקיס**, לעיל ה"ש 10, פס' 30 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

בנוסף, נבחנה חלופה שמבוססת על הצעה של פרופ' קלמנט, היועץ החיצוני לצוות, בשיתוף הקליניקה לתובענות ייצוגיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. בהתאם לחלופה זו, ייקבע מנגנון ייחודי לפניה מוקדמת בתביעות לצו עשה או צו מניעה או סעד הצהרתי בלבד, ללא פיצויים.¹⁷⁸ חלופה זו מציעה מודל המורכב משני שלבים, במקרים שבהם מדובר בתביעה לסעד ללא פיצויים בלבד. לצורך שימוש במנגנון זה יוקם מרשם אינטרנטי שכל נתבעת פוטנציאלית תוכל להירשם אליו. בשלב הראשון בכל תביעה שבה התובע הייצוגי מבקש סעד שאינו לפיצויים, הוא יצטרך לבדוק האם הנתבעת רשומה במרשם. ככל שכן, יהיה עליו לערוך פניה מוקדמת לנתבעת ולא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית ללא פניה זו. הנתבעת תצטרך להשיב את תשובתה בתוך פרק זמן קבוע מראש. במקרה שבו הפניה תיענה בחיוב בידי הנתבעת, התובע יזכה לשכר טרחה בסכום קבוע וסביר שייקבע בתקנות. ככל שהנתבעת אינה רשומה במרשם, לא ניתן יהיה להגיש פניה מוקדמת באמצעות המנגנון המוצע. צוין כי שכר הטרחה יכול להיות קבוע בתקנות וכי לחלופין ניתן לקבוע מנגנון פשוט שלפיו לאחר שהנתבעת תיקנה את ההפרה, התובע והנתבעת יגישו הצעת שכר טרחה מנומקת ויהיה בורר מוסמך שייקבע אילו מההצעות הוא בוחר. אפשר יהיה לערער על החלטה זו לבית משפט שלום (עם אגרה מתאימה ופסיקת הוצאות). השלב השני הוא שלב שניתן לפנות אליו רק אם הנתבעת סירבה לתיקון ההפרה. בשלב זה התובע יהיה רשאי להגיש תובענה ייצוגית בהליך מקוצר לצו עשה או צו מניעה או סעד הצהרתי.

במסגרת הדיונים שנערכו בנושא ולאור מורכבותו, נדונו היתרונות והחסרונות הטמונים במנגנון הפניה המוקדמת.¹⁷⁹

היתרון המרכזי בקביעת חובת פניה מוקדמת הוא יעילות וחסכון במשאבים ביחס לכל הצדדים להליך וכן חיסכון של זמן שיפוטי במתן אפשרות לפתרון הסוגיה מחוץ לכותלי בית המשפט. כך, במקרים שבהם התביעה אינה מוצדקת ייתכן שהמידע המצוי בידי הנתבעת שייחשף לידי הפונה, יגלה כי אין בתביעה ממש וכך ייחסכו הליכי סרק. בהקשר זה יוער כי פעמים רבות במסגרת תובענות ייצוגיות, קיימים פערי מידע בין התובע הייצוגי לנתבעת וייתכן שלאחר עריכת הפניה ייחשף מידע חיוני בפני התובע השוקל את הגשת התביעה וכך יוכל התובע להחליט במקרים המתאימים שלא להגיש את התביעה ככל שיגלה שאינה מבוססת או שיחליט להגיש את התביעה בצורה מדויקת ואיכותית יותר. בנוסף, קיים גם חיסכון במשאבים במקרים שבהם הפניה תימצא מוצדקת והנתבעת תשיב לפניה המוקדמת בחיוב ותתחייב לתקן את התנהלותה מעתה והלאה וכן תעניק לחברי הקבוצה את הסעד שהתבקש, במהירות ויעילות וללא צורך בהגשת תביעה. כפי שפורט לעיל, במסגרת עבודת הצוות נבחנו הנתונים בכל הנוגע לפניה מוקדמת ביחס לרשות המסים וזאת בתקופה שבה היה חיוב לערוך פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית בפרט 11. מהנתונים עולה לכאורה שמנגנון הפניה המוקדמת הוא יעיל ועשוי לחסוך משאבים בניהול הליכים בבתי משפט.¹⁸⁰

על אף היתרונות הברורים של פניה מוקדמת, קיימים מספר חסרונות בולטים בקביעת חובה כאמור. החיסרון המרכזי טמון בקושי בפיקוח על הסכמות הצדדים. כאשר נערכת פניה מוקדמת

¹⁷⁸ בדומה לכלל 23(b)(2) ל-Federal Rules of Civil Procedure.

¹⁷⁹ ראו גם בערעור בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 89, שדן אף בפניה מוקדמת ביחס לנתבעים פרטיים ובשיקולים השונים ביחס לכך.

¹⁸⁰ מהנתונים עולה כי ב-66% מסך הפניות המוקדמות לא הוגשה תובענה ייצוגית לאחר המענה ורק ב-34% מהפניות הוגש הליך לבית המשפט. להרחבה, ראו בפרק העוסק בתובענה ייצוגית נגד רשות לפי פרט 11 (פרק ג.1).

לנתבעת עוד בטרם הוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אין פיקוח של בית המשפט על ההסכמות הנעשות, ככל שיש הסכמות, בין הצדדים. כפי שצוין ברקע הדברים, בהליך של תובענה ייצוגית קיימת באופן אינהרנטי בעיית נציג ועל כן נקבעו בחוק מנגנוני פיקוח מוגברים. על כן, עולה חשש מכך שיירקמו בין הצדדים הסכמות אשר לא יועילו לחברי הקבוצה. נראה כי אין די בקביעת חובת פרסום הפניה ותוצאתה שכן ישנו קושי לאכוף חובה זו במצב שבו הצדדים אינם מעוניינים בכך. כך למשל, תוכל נתבעת אשר מעוניינת להמשיך לנהוג שלא כדין, לשלם סכום כסף מספק לפונה ובא כוחו על מנת שלא יגישו את התובענה ובהיעדר תובע אחר, הפרת הדין תישאר בעינה וחברי הקבוצה לא יפוצו. למותר לציין כי הסכמים כאלו יכולים להיערך גם היום מבלי שהציבור מודע לכך. אולם, קביעת חובה קטגורית בחוק לעריכת פניה מוקדמת, בכל מקרה ומקרה, עלולה ליצור פלטפורמה נוחה להתנהלות פסולה שכזו.

קושי נוסף נוגע לעריכת פניה מוקדמת במקרה שבו עולה גם דרישה לפיצוי חברי הקבוצה על נזקים שנגרמו להם. במקרה זה, אף אם הנתבעת תהיה מעוניינת לתקן את דרכיה ולפצות את חברי הקבוצה, יתעורר הצורך לאשר את ההסדר בבית המשפט על מנת שייקבע מעשה בית דין כלפי הקבוצה ובכך ייחלש יתרון היעילות והחיסכון במשאבים. נוסף על כך, ככל שהצדדים יביאו את ההסדר לאישור בית המשפט עם פתיחת ההליך מתעצמת בעיית הנציג ומתעוררים קשיים בבחינת הוגנות ההסדר כלפי חברי הקבוצה זאת מכיוון שההסכמות התגבשו עוד בטרם הוגשה התובענה הייצוגית ובית המשפט לא נחשף כלל לשלב האדוורסרי של ההליך ואין בידיה להתחקות אחר כתבי הטענות, הסיבות שהובילו לגיבוש ההסדר, מה היו עילות התובענה מלכתחילה ועוד. כך למשל, עלולים להיות מקרים שבהם הצדדים יסכימו מראש להגיש תובענה המצמצמת את היקף החשיפה ועילות התביעה כלפי הנתבעת, וזאת ללא ידיעת בית המשפט.

חיסרון נוסף בקביעת חובת פניה מוקדמת הוא מפני צינור תמריציהם של תובעים ייצוגיים ובאי כוחם מהגשת תובענות ייצוגיות ראויות. כך, הנתבעת עלולה להתערב בשאלה מי יגיש את הפניה המוקדמת והיא עשויה לבחור את מי שעמו נוח לה יותר להגיע להסכמות ובכך לסכל את תביעתו של הפונה.¹⁸¹

לאחר בחינת הסוגיה הצוות סבר כי אין מקום להשאיר את המצב החוקי על כנו וזאת לאור היתרונות הברורים הקיימים בפניה מוקדמת וכן לאור המצב הקיים כיום לפיו ממילא מרבית התובענות הייצוגיות מסתיימות בשלב מקדמי בדרך של הסתלקות מתוגמלת. חברי הצוות סברו שמנגנון יעיל של פניה מוקדמת יאפשר חסכון של זמן שיפוטי רב למערכת וכן חיסכון במשאבים הן לתובע הייצוגי בהגשת תביעה והן לנתבעות שנאלצות לספוג הוצאות רבות ללא קשר לסיכויי התובענה רק בשל העובדה שהוגשה נגדן תובענה ייצוגית. עם זאת, הצוות סבר כי בקביעת המנגנון יש להתמודד גם עם החסרונות שהוצגו לעיל. כך, הצוות סבר כי אין מקום לקבוע חובת פניה מוקדמת גורפת ביחס לכלל התביעות ובייחוד אין מקום לחובה כאמור במקרים שבהם לחברי הקבוצה נגרמו נזקים ממוניים שנבעו מהפרת הדין על ידי הנתבעת וניתן להניח בסבירות גבוהה כי אם הבקשה לאישור התובענה הייתה מוגשת לבית המשפט, חברי הקבוצה היו מקבלים פיצוי במסגרתה.¹⁸² קביעת פיצוי כאמור במסגרת פניה מוקדמת יעורר קושי ממשי בפיקוח של בית

¹⁸¹ עוד על החסרונות שבקביעת חובת פניה מוקדמת, לגישתם של המלומדים בן נון וחבקין, ראו במאמרם "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" **עלי משפט** יב 7 (התשע"ו).
¹⁸² להמלצות הצוות ביחס לפניה מוקדמת בתביעות נגד רשויות (בכובעיהן השונים), ראו בפרק ד.6.א.

המשפט על הגינות ההסדר וכן עלול להוות מצע לעריכת עסקאות פסולות בין הצדדים ללא אישור בית המשפט, כמפורט לעיל.

בנוסף, הצוות סבר כי יש לשמור על מערך תמריצים מתאים וזאת על מנת לעודד הגשת פניות מוקדמות לצורך המשך אכיפה של הוראות הדין והרתעה מפני הפרתו. כמו כן, הצוות עמד על החשיבות בכך שבמסגרת המנגנון שיוצע יישמרו התכליות הנוגעות לאופיו הפומבי של ההליך.

לאור האמור לעיל, **לעמדת הצוות, המקרים שבהם נכון לערוך פניה מוקדמת הם בעיקר כאשר הפניה יכולה להוות תחליף מספק להליך הייצוגי ללא צורך בפניה לבית המשפט.** המקרה הקלאסי לשימוש במנגנון הוא בעיקר בתביעות "קלות הערך" שהסעד בהן הוא למתן צו עשה, שכן בתביעות אלו התועלת היא בעיקר ביחס לתיקון ההתנהלות העתידית וכאשר לא קיים בסיס עובדתי ומשפטי מספק לשם פסיקת פיצוי לחברי הקבוצה. במקרים אלו, נראה שהצורך במנגנוני פיקוח מוגברים הוא פחות מובהק ויכול להתבצע, לרוב, ללא התערבות שיפוטית, באמצעות פרסום ראוי של הפניה המוקדמת והמענה לה באופן שיאפשר פיקוח של הציבור על קיום ההתחייבויות.

ביחס לחלופה לפיה קיומה או היעדרה של פניה מוקדמת תישקל במסגרת קביעת שכר הטרחה והגמול, סברו חברי הצוות כי חלופה זו מתמודדת בצורה טובה עם החסרונות שהוצגו לעיל שכן היא לא מחייבת בעריכת פניה מוקדמת, באופן קטגורי בכלל התובענות הייצוגיות, וככל שבית המשפט יסבור כי פניה מוקדמת לא הייתה מסייעת במקרה קונקרטי לקבוצה ולא הייתה מייתרת את ההליך המשפטי, בית המשפט לא ייתן באותו מקרה להיעדר פניה מוקדמת משקל במסגרת קביעת הסכומים שייפסקו לשכר טרחה וגמול. על אף האמור, הצוות סבר כי חלופה זו אינה מהווה פתרון מספק, שכן כבר היום בתי המשפט רשאים להתייחס לשיקול זה במסגרת ההחלטה על שכר טרחה וגמול,¹⁸³ וחרף זאת הדבר לא נתן מענה מספק לעניין.

היתרון של החלופות שעניינן התמודדות מיוחדת עם תביעות "קלות הערך" הוא בכך שסוגי תביעות שממילא מסתיימות, פעמים רבות, בהסתלקות מתוגמלת ומבלי לתת פיצוי לחברי הקבוצה יסתיימו בצורה יעילה ומהירה, תוך צמצום העלויות, הן למערכת המשפט והן לצדדים והכל תוך אפשרות לתיקון העוולה במהירות ויעילות, כשזוהי המטרה העיקרית של הליכים אלו.

על כן, הצוות סבר כי יש להמליץ על שילוב של שתי חלופות:

האחת, קביעת חובה לערוך פניה מוקדמת בעילות אשר כיום התובענות הייצוגיות בגינן מסתיימות לרוב בתוספת חדשה לחוק, אשר בה יכללו עילות אשר כיום התובענות הייצוגיות בגינן מסתיימות לרוב בהסתלקות עם תועלת של הסדרת הסוגיה כלפי העתיד בלבד וכן עילות קלות ערך שבהן הנזק לחברי הקבוצה, אם נגרם, לרוב, אינו משמעותי (כמו תביעות להפרה של סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק הספאס")).

¹⁸³ ראו עניין **מרקט**, לעיל ה"ש 10, פס' 30 לפסק דינה של כבי' השופטת ברון, שם נקבע כי על פניו היעדר פנייה מוקדמת עשוי להוות שיקול רלוונטי במכלול השיקולים לפסיקת גמול ושכר טרחה וזאת באותם מקרים שבהם ברור כי אילו נעשתה פנייה כאמור, ניתן היה לחסוך את ההליך כולו; עניין **חרסט**, לעיל ה"ש 175; ת"צ (מחוזי ת"א) 58802-10-17 **שחר דוד נ' קליית חממה מרקט (2014) בע"מ** (נבו 23.5.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 47422-11-17 **פנחס מחדון נ' עיריית ראש העין** (נבו 29.1.2020); ת"צ (שלום ראש"צ) 19253-07-19 **רון תבל נ' רום הרקיע חינוכים בע"מ** (נבו 18.8.2019).

השניה, קביעת מסלול ייחודי לתביעות לצו עשה, צו מניעה או סעד הצהרתי ללא פיצויים שתכליתן אכיפת החוק, תוך שילוב מנגנון של פניה מוקדמת בתביעות אלו, בהתבסס על הצעתו של פרופ' קלמנט.

יתרון החלופה הראשונה הוא יצירת וודאות באילו נושאים יש לערוך פניה מוקדמת, ללא תלות בבחירת התובע ובא כוחו במסלול התביעה. בנושאים אשר יכללו בתוספת תהיה חובת פניה מוקדמת אשר ככל שתיענה בחיוב וההפרה תתוקן, לא תוגש תובענה ייצוגית בעניין (כמובן שניתן יהיה להגיש תביעות אישיות). החיסרון הוא בכך ששינוי התוספת יהיה כרוך בהליך חקיקתי ויש צורך לשמור על גמישותה של התוספת לאור המציאות בשטח. עם זאת, ניתן לקבוע כי השר יוכל לתקן את התוספת בצו. כמו-כן, ישנן עילות תביעה שיהיה קושי להגדיר כי אלו ייוחדו למנגנון הפניה המוקדמת (כך למשל, תובענות ייצוגיות מסוימות בעילה של הפרת חובת סימון מזון, שכן בתביעות אלו בחלק מהמקרים לא נגרם נזק אך יש גם מקרים שבהם יכול להיגרם נזק לציבור ואפילו נזק משמעותי כגון בסימונים בעלי השלכות בריאותיות ממשיות (אזהרות אלרגיים וכדומה)).

בחלופה השניה, על מנת לתמרץ את עורכי הדין והתובעים הייצוגיים לבחור במנגנון זה במקרים המתאימים לתביעת סעד ללא פיצויים בלבד, מוצע לקבוע כי ככל שתוגש תובענה ייצוגית לפיצויים והתביעה תסתיים בהסתלקות או בפשרה ללא פיצוי משמעותי לחברי הקבוצה, התובע ובא כוחו לא יזכו לגמול ושכר טרחה כלל. הציפייה היא כי עיצוב מערך התמריצים במסלול זה יביא לכך שתביעות שכל עניינן הוא הסדרת הדין לעתיד יוגשו במסלול זה, מכיוון שהתובע הייצוגי ובא כוחו מסתכנים בשלילת תגמול במקרה שבו יגישו הסדר ללא פיצוי משמעותי לחברי הקבוצה. יתרון נוסף של חלופה זו בכך שהיא אינה מחייבת את התובע הייצוגי לערוך פניה מוקדמת בכל מקרה ומקרה, אך לאור מערך התמריצים הטמון בה, ההנחה היא שעילות מסוימות שממילא מסתיימות בהסתלקות מתוגמלת בסכומים נמוכים, ינותבו למנגנון המוצע, אשר יהיה יעיל ויחסוך במשאבים של הצדדים ושל מערכת בתי המשפט. החיסרון העיקרי של חלופה זו הוא החשש כי תובענות ייצוגיות שמסתיימות היום בהסתלקות יוסטו לפשרות כאשר הצדדים ינסו לשכנע את בית המשפט כי הפשרה הביאה לפיצוי משמעותי לקבוצה ועל כן יטענו כי יש לפסוק להם גמול ושכר טרחה גבוהים יותר. חיסרון נוסף הוא שחלופה זו אינה מציעה פתרון לתובענות ייצוגיות שמוגשות בעילות קלות ערך חברתי שבהן הנזק לחברי הקבוצה, אם נגרם, אינו משמעותי, אך עדיין ניתן בהן פיצוי נמוך לקבוצה. למשל תביעות להפרה של חוק הספאם, שכיום לרוב מוגשות גם לסעדים כספיים ומסתיימות בעיקר בהסתלקות ובהסדרי פשרה עם ערך נמוך לקבוצה.

על כן, מוצע להמליץ על שילוב של שתי החלופות, במקביל: הוספת תוספת חדשה לחוק ובה עילות שבהן תהיה חובה של פניה מוקדמת בטרם הגשת תביעה כמו גם יצירת מסלול ייחודי וולונטרי לתביעות לצו עשה, מניעה או סעד הצהרתי ובו פניה מוקדמת. שני המנגנונים יאפשרו ביחד גמישות לאורך זמן על מנת לנתב את התביעות קלות הערך אל המנגנון המתאים יותר. יובהר כי אין במנגנונים אלו של פניה מוקדמת כדי להקים עילת תביעה שאינה קיימת בחוק תובענות ייצוגיות.

לאור מורכבות המסלול הוולונטרי המוצע לתביעות לסעד ללא פיצויים, להלן נציג בצורה מפורטת יותר את המאפיינים שלו. כאמור, בשלב הראשון בכל תביעה שבה התובע הייצוגי מבקש צו עשה, מניעה או סעד הצהרתי בלבד, בכל עילה שבה ניתן להגיש תובענה ייצוגית, יהיה עליו לערוך פניה מוקדמת ולא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית ללא פניה זו, ללא צורך ברישום כלשהו של נתבעות למנגנון זה. לצורך הליך הפניה המוקדמת נבחנת האפשרות להקים מערכת דיגיטלית לטיפול

בפניות. חשוב להדגיש כי לצורך שלב ראשון זה של פניה מוקדמת, נתבעת יכולה לטפל בפניה בהוצאות יחסית נמוכות, ובחלק מהמקרים ללא צורך בשכירת שירותיו של עורך דין, שכן כל שנדרש הוא תיקון ההפרה שבגינה הוגשה הפניה המוקדמת ותשלום גמול ושכר טרחה בסכום קבוע נמוך שייקבע בחקיקה. הסכמה של הנתבעת לתיקון עתידי במסגרת הליך כאמור לא תוכל לשמש כראיה במסגרת ניהול תובענה ייצוגית לפיצויים וזאת על מנת שלא לייצר תמריץ שלילי לנתבעות שלא להסכים לתיקון ההפרה. ככל שהנתבעת תסרב לתקן את ההפרה, התובע יהיה רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

מנגנון זה המוצע לפניה מוקדמת בסעד שאינו לפיצויים הוא מנגנון שתלוי בבחירת התובע. במובן זה, התובע הייצוגי יהיה רשאי לבחור באיזה מסלול הוא מעוניין להגיש את תביעתו – תביעה לצו עשה, מניעה או סעד הצהרתי או לחילופין תביעה לפיצויים. ככל שיבחר במסלול של תביעה לסעד שאינו לפיצויים, יהיה עליו לעבור בשלב הפניה המוקדמת בטרם תוגש התביעה.

על מנת לשמר את אופיו הפומבי של ההליך, הפניות המוקדמות שייענו בחיוב יפורסמו לציבור לאחר תקופה שתיקבע ממועד מתן התשובה של הנתבעת. מעבר לכך שפרסום הפניות שנענו תואם את תכליות ההליך הייצוגי כאמור, הפרסום גם יאפשר פיקוח מסוים על התנהלות הנתבעת. בהקשר זה חשוב להדגיש כי אם הוגשה פניה ועל אף שהנתבעת הסכימה לתקן את התנהלותה היא ממשיכה להפר את הדין, תובע ייצוגי יוכל להגיש תובענה ייצוגית וזאת ללא צורך בעריכת פניה נוספת, על מנת שלא לאפשר לנתבעות להמשיך בהפרת הדין מתוך ידיעה שלא תוגש נגדן תובענה ייצוגית. כך, בפרסום של הפניות שנענו יישמר אופיו הפומבי של ההליך ויתאפשר גם פיקוח מסוים על התנהלות הנתבעת. יוער כי במסגרת דיוני הצוות, נציגי נתבעות הביעו נכונות לפרסום הפניות המוקדמות שייענו בחיוב.

הצוות סבר כי הפתרון המוצע של שילוב שתי החלופות יסייע בהתמודדות עם תופעת התובענות המוגשות מלכתחילה על מנת להסתלק מהן בסעד צופה פני עתיד בלבד באופן יעיל. כלומר, ככל שתוגש תביעה באחת מהעילות שתיקבע בתוספת החדשה לחוק, תהיה חובה לערוך פניה מוקדמת ולא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית מבלי פניה כאמור. ככל שהפניה המוקדמת לא תיענה בחיוב ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית רק לצו עשה, מניעה או סעד הצהרתי, כאשר לצורך קבלת פיצוי ניתן יהיה להגיש תביעה אישית ולא ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית לפיצויים בעילה שתיקבע בתוספת החדשה וזאת לאור כך שיכללו בתוספת עילות שמסתיימות לרוב בהסתלקות עם הסדרה עתידית בלבד וכן עילות שערכן נמוך והנזק שנגרם לחברי הקבוצה, אם נגרם, אינו משמעותי. בנוסף, בכל עילה אחרת שאינה קבועה בתוספת החדשה, תהיה לתובע הייצוגי ולבא כוחו בחירה האם להגיש תובענה ייצוגית לצו עשה, מניעה או סעד הצהרתי או לחילופין תובענה ייצוגית לפיצויים. ככל שבחר התובע להגיש תובענה ייצוגית לסעד שאיננו לפיצויים, תחול עליו חובה לערוך פניה מוקדמת בטרם הגשת התביעה כאשר אם זו התקבלה בחיוב, הפונה יקבל תגמול בסכום קבוע שייקבע בחקיקה והפניה תפורסם לציבור. ככל שהפניה נענתה בשלילה או לא נענתה, יוכל הפונה להגיש את תביעתו. ככל שבחר התובע להגיש תובענה ייצוגית לפיצויים, לא תהיה חובה לפנות בפניה מוקדמת בטרם הגשת התובענה. עם זאת, ככל שתוגש תובענה לפיצויים אשר תסתיים בפיצוי שאינו משמעותי בנסיבות המקרה או בסעד שאיננו לפיצויים בלבד, התובע הייצוגי ובא כוחו לא יוכלו לקבל גמול ושכר טרחה כלל. יוער כי כמובן שעדיין תהיה אפשרות לבקש להסתלק מההליך בכל מקרה שבו התובע הייצוגי או בא כוחו אינם מעוניינים לנהל את ההליך, אלא שלא תהיה זכאות

לתגמול בהסתלקות שכזו כאשר התביעה הוגשה כתביעה לפיצויים ועל כן התמריץ להגשת תובענות ייצוגיות כאשר הסעד הצפוי הוא צופה פני עתיד בלבד, כאמור, יפחת.

← המלצת הצוות:

קביעת מנגנון לפנייה מוקדמת – הצוות ממליץ על קביעת חובה לערוך פניה מוקדמת בעילות שייקבעו בתוספת חדשה לחוק. בנוסף, הצוות ממליץ על קביעת מסלול ייחודי לתביעות לצו עשה, מניעה או לסעד הצהרתי שתכליתן אכיפת החוק, תוך שילוב מנגנון של פניה מוקדמת בתביעות אלו.

ביטול חלק מהפטורים הקיימים במתווה האגרות

בהתאם לנתונים שהוצגו ברקע המסמך, ניתן לראות כי הפטור שניתן מאגרה לתביעות בעילות מסוימות השפיע על התחומים שבהם מוגשות תובענות ייצוגיות. כך, ניתן לראות עליה דרסטית בהגשת תובענות ייצוגיות בפרט 9 לתוספת השניה לחוק, הפטור מאגרה. תביעות לפי פרט זה גדלו בכ- 2000% בתקופה של שנה לאחר כניסת האגרות לתוקף, מ- 1.4% לפני כניסת האגרות ל- 29.7% לאחר כניסת האגרות.¹⁸⁴ העלייה הדרמטית במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בשנת 2020 היתה במקביל לעליה דרמטית במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בתקופת משבר הקורונה נגד עוסקים רבים בעניין אי פרסום באתר האינטרנט אודות הנגשת המקום הציבורי לאנשים עם מוגבלות.

מבחינת הנתונים, עולה כי מרביתן של התביעות שהוגשו בפרט זה הסתיימו בבקשות הסתלקות. כך, נמצא כי בתקופה שבין מאי 2020 למרץ 2021, כ- 54% מההסתלקויות המתוגמלות הוגשו בפרט זה, כאשר 83% מתוכן הוגשו בתחום של פרסום הסדרי נגישות. עוד נתון מעניין לציון הוא שבתחום של פרסום הסדרי נגישות כ- 96% מהתיקים הסתיימו בהסתלקות.

כאמור, על אף שבקשה לאישור תובענה ייצוגית המסתיימת בהסתלקות אינה מנוהלת כתובענה ייצוגית, יש לה עלויות רבות למערכת בתי המשפט - עלויות ישירות הנובעות מניהול הליכים שלא לצורך (לרבות בחינת הסדר ההסתלקות עצמו על ידי בית המשפט) והן עלויות עקיפות הנובעות מהעומס על בתי המשפט לאור תיקים אלו. גם מבחינת הנתבעות, הגשת תובענה ייצוגית מצריכה עלויות רבות ולו מעצם העובדה כי הוגשה תובענה ייצוגית. לכן, נתבעות לעיתים מעדיפות לסגור תיקים כאלה בהסדר הסתלקות מחמת ההוצאות שהן יוציאו על עצם ניהול ההליך המשפטי.

במסגרת הדיונים בצוות נשמעה עמדה לפיה על מנת להתמודד ולהפחית את התופעה של תביעות הסרק, יש מקום לקבוע אגרה בכל הנושאים (ולבטל את הפטור שנקבע בתקנות לעילות מסוימות), שכן, קביעת מחיר כניסה להגשת התביעה עשויה להתמודד עם החשש לתביעות סרק, מכיוון שללא קשר לאופן סיום ההליך, בתחילת הדרך על התובע לשלם את החלק הראשון של האגרה בכל הבקשות שהוגשו (ככל שיבוטל הפטור לחלק מהעילות הקיים כיום). בנוסף, הועלתה הצעה להגדיל את גובה האגרה. מנגד, חלק מהגורמים שהופיעו בפני הצוות, גם גורמים המייצגים נתבעות, טענו כי האגרה אינה תורמת באופן משמעותי בהפחתת תביעות הסרק שכן היא מגולגלת בסופו של יום לנתבעת, ככל שהתיק מסתיים בפשרה ולעיתים גם כאשר מדובר בהסתלקות.

¹⁸⁴ אביב ושטיין, נתונים כמותיים על אגרות, לעיל ה"ש 70.

נושא נוסף שעלה במסגרת דיוני הצוות הוא הגשת תביעה אחת נגד מספר רב של נתבעות. נטען כי הדבר נעשה גם במקרים שבהם אין הצדקה עניינית לצירוף הנתבעות יחדיו וכי הדבר נעשה באופן מלאכותי על מנת להימנע מתשלום אגרה ביחס לכל נתבעת בנפרד.¹⁸⁵ כך למשל, צוין כי לעיתים המדובר בנתבעות שונות עם מסכת עובדתית שונה אך התביעה הוגשה במאוחד שכן העילה המשפטית היא זהה או דומה. חלק מהגורמים שהופיעו בפני הצוות טענו כי הגשת בקשה לאישור נגד מספר רב של נתבעות הופכת את ההליך למורכב יותר ואינה מאפשרת לבית המשפט לנהל את ההליך ביעילות ועל כן הציעו לקבוע אגרה ביחס לכל נתבעת בנפרד.

חברי הצוות סברו כי ישנו קושי לקבוע מראש ביחס לכל תיק ותיק באילו מקרים יש הצדקה עניינית לצרף מספר נתבעות ובאילו מקרים הדבר נעשה על מנת לחמוק מתשלום אגרה ביחס לכל הליך בנפרד והדבר כמובן תלוי בנסיבות כל תיק ותיק. לכן, נראה כי הפתרון לכך הוא בסמכותו של בית המשפט, בין היתר, בהתאם לסמכותו לפי תקנה 3 לתקנות סדר הדין החדשות, לבחון האם בנסיבות המקרה הקונקרטי העומד בפניו יש מקום לנהל את ההליך במשותף או שיש מקום להורות על פיצול ההליך.

המלצת הצוות היא לבטל את הפטור מאגרה הקבוע בתקנות האגרות בנוגע לפרט 9 לתוספת השניה לחוק. בעניין זה, יצוין כי לאור ההתחייבות של גורמי המקצוע במשרד המשפטים בדיונים שנערכו בוועדת העבודה והרווחה אגב דיון בהצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 19), התשפ"א-2021,¹⁸⁶ פורסמה ביום 13.6.2022 טיוטת תקנות בתי המשפט (אגרות) התשפ"ב-2022, לצורך קבלת הערות הציבור ובה הוצע לבטל את הפטור מתשלום אגרה בפרט 9 לתוספת השניה לחוק. יוער כי ככל שבעתיד יתפתח שימוש לרעה בפטור מאגרה אף בפרטים נוספים שבהם כיום אין תשלום אגרה (פרט 6, פרט 7 ופרט 10), תישקל האפשרות לערוך תיקון אף בפרטים אלו.

בנוסף, במסגרת דיוני הצוות עלתה הסוגיה של פטור מחלקה השני של האגרה במקרה של הסדר פשרה או הסתלקות (כזכור, האגרה בתובענות ייצוגיות מחולקת לשני חלקים, כאשר חלקה הראשון של האגרה משולם עם הגשת הבקשה לאישור וחלקה השני משולם בסיום ההליך). כאמור, התקנות קובעות פטור מטעמים מיוחדים שיירשמו מחלקה השני של האגרה במקרים של פשרה והסתלקות. בפועל, במקרים רבים הצדדים מבקשים מבית המשפט לפטור אותם מחלקה השני של האגרה מנימוקים כלליים של הגעה לפשרה או הסתלקות בשלב מוקדם של ההליך, כאשר לעמדת הצוות אין מדובר בנימוקים מספקים. כידוע, הליכים רבים של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות מסתיימים ממילא בדרך של גיבוש הסדר פשרה או הסתלקות בשלב מוקדם, באופן המייתר את הצורך בניהול ההליך עד תומו ועל כן אין מדובר בטעמים מיוחדים המצדיקים מתן פטור מאגרה.

¹⁸⁵ ראו למשל בת"צ (שלום חי) 40866-02-20 יגאל שמואלי נ' גרעיני עפולה טוב הארץ בע"מ (נבו 25.8.2020) שם בית המשפט סילק מטעם זה את התביעה. וכן ת"צ (מחוזי ת"א) 32638-12-18 מיכל אביטל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (נבו 22.1.2020) שם בית המשפט מחק את הבקשה לאישור מכיוון שמדובר בבקשות שאוחדו באופן מלאכותי על מנת לחמוק מתשלום אגרה. בהקשר זה יצויין כי בעבר חלו תקנות 21-22 לתקנות סדר הדין הישנות (תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984) שקיבלו פרשנות ליברלית על ידי בתי המשפט עת אפשרו צירוף נתבעות שונות בתביעה אחת כל אימת שהתביעה מעוררת שאלות עיקריות זהות, אשר קיימת הצדקה לדון ולהכריע בהן במסגרת תביעה אחת, כאשר מדובר בעסקה אחת או בסדרה של עסקאות בעלות שאלה עיקרית משותפת. תקנה 26 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות קובעת כי ניתן לצרף כנתבע כל אדם הדרוש לצורך הכרעה ביעילות ובשלמות בתובענה, ובלבד שהתובענה מעוררת שאלה עובדתית או משפטית משותפת לכל בעלי הדין. כלומר, התנאי לצירוף נתבעים לפי "הסעד נתבע בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה" לא קיים בתקנות החדשות ודי בכך שקיימת שאלה משפטית משותפת גם אם השאלות העובדתיות הן שונות. (ראו לעניין זה רוזן-צבי, הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 165, בעמ' 182).

¹⁸⁶ פרוטוקול ישיבה 126 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-24 (30.5.2022), פרוטוקול ישיבה 136 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-24 (13.6.2022).

לאור חוסר האחידות בפסיקה בעניין זה ומכיוון שבחלק מפסקי הדין ניתן פטור מחלקה השני של האגרה בשל עצם סיומו בשלב מקדמי בסיום ההליך, יש לכך השפעה על התמריצים של תובעים ייצוגיים בעת הגשת בקשה לאישור שכן, בפועל, במקרים רבים האגרה נמוכה יותר ממה שנקבע בתקנות, מכיוון שבהרבה מקרים כלל לא משולם החלק השני של האגרה (שהוא החלק המשמעותי יותר). כידוע, התמריץ להגעה להסדר פשרה או הסתלקות הוא מאוד גבוה ואין מקום להוסיף עליו באופן שיפגע בתמריצים למצות את ההליך הייצוגי לטובת השאת טובת הקבוצה, במקרים המתאימים לכך.

התכלית העומדת בבסיס הסדר תשלום האגרה בהגשת תובענות ייצוגיות, ממנה נגזרים גם "הטעמים המיוחדים" האמורים, מבקשת, בין היתר, לכסות את העלויות הגבוהות של הליך התובענה הייצוגית ולשמש כגורם הרתעתי לשם הפחתת תביעות הסרק. יצוין כי גם בחינת הסדרי הפשרה והסתלקויות מצריכה בדיקה מעמיקה של ההסדר בידי בית המשפט על מנת למנוע פגיעה בזכויות חברי הקבוצה ועל כן אף אם ההסדר חסך זמן דיוני, לא מתקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים פטור רק בשל העובדה שצדדים הגיעו להסכמות. אשר על כן, על מנת לשמור על תכלית האגרה, מוצע לבטל את הפטור הקבוע בתקנות מחלקה השני של האגרה מטעמים מיוחדים שיירשמו בהסדר פשרה ובבקשת הסתלקות.

יובהר כי נותרה על כנה הסמכות הקיימת לפי תקנה 14 לתקנת האגרות לפטור מאגרה בעל דין מחוסר יכולת.

← המלצת הצוות:

- הצוות ממליץ על ביטול הפטור הקיים בתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007, ביחס לפרט 9 לתוספת השניה לחוק.
- הצוות ממליץ על ביטול הפטור הקבוע בתקנות מחלקה השני של האגרה מטעמים מיוחדים שיירשמו בהסדר פשרה ובבקשת הסתלקות.

התמודדות עם בעיית סכומי התביעה המופרזים בהגשת תובענות ייצוגיות

הצוות בחן הצעות להתמודדות עם התופעה של תובענות מופרזות שמוגשות בסכומי תביעה שאינם מבוססים על נתונים ממשיים.

כך למשל, הוצע לקבוע בחקיקה יחס הולם בין הנזק הממוני לנזק הלא ממוני שניתן לתבוע בתובענה ייצוגית או לצמצם את המקרים שבהם אפשר לתבוע פיצוי בגין נזק לא ממוני וזאת בשל השימוש הנפוץ בנקיטה בסכומי תביעה מופרזים ביחס לגובה הנזק הלא ממוני. בנוסף, הועלתה הצעה לפיה לא ניתן יהיה לציין בתובענה ייצוגית את סכום הסעד המבוקש, אלא רק האם התובענה היא בסמכות בית משפט שלום או מחוזי. הצעה נוספת היא שימוש במנגנון שכר הטרחה כך שאם ישנו פער משמעותי בין סכום התביעה לסכום הפיצוי שניתן במסגרת התובענה הייצוגית, שכר הטרחה יופחת. כמו-כן, הוצע לשנות את מנגנון האגרה הקבוע כיום ולקבוע אגרה שתהיה בשיעור יחסי מסכום התביעה.

הצוות סבר כי שימוש במנגנון שכר הטרחה במקרים שבהם הפער בין סכום התביעה לסכום הפיצוי גבוה אינו פתרון יעיל מספיק, שכן אף היום בית המשפט מוסמך להתחשב בשיקול זה בקביעת שכר

הטרח (סעיף 23(ב)5) לחוק תובענות ייצוגיות) ולא נראה כי זה הביא להרתעה של עורכי דין המייצגים תובעים ייצוגיים. לעניין הגבלת האפשרות לתבוע סעד בגין נזק שאינו ממוני בתובענות ייצוגיות, הצוות סבר כי מדובר בפתרון שאינו ראוי שכן אין מקום להגביל את האפשרות לתבוע נזק לא ממוני בסכומים משמעותיים במקרים המתאימים לכך. בנוסף, הצוות סבר כי הנקיטה בסכומי תביעה מופרזים אינה רק במקרים של נזק לא ממוני וכי קיימת תופעה של נקיטה בסכומי תביעה מופרזים גם במקרים של נזק ממוני.

המלצת הצוות בעניין זה היא אחת משתי חלופות:

החלופה הראשונה היא קביעה כי התובע הייצוגי לא יציין את סכום התביעה לחברי הקבוצה במסגרת התובענה הייצוגית אלא יציין רק את סכום תביעתו האישית והאם התובענה היא בסמכות בית המשפט השלום או המחוזי. בהקשר זה יצוין כי בתקנות סדר הדין האזרחי נקבע פטור מציון סכום התביעה וזאת בתביעות בנוזקי גוף ותביעות שעילתן היא בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תש"א-1975.¹⁸⁷ בדברי ההסבר לתקנות אלו צוין כי בתביעות מסוג זה קיים פעמים רבות חוסר וודאות בנוגע לנזק שנגרם לתובע.¹⁸⁸ לאור פערי המידע בין הצדדים, המקשים על התובע הייצוגי ובא כוחו להעריך את הנזק שנגרם לקבוצה, כמו גם את גודלה של הקבוצה, סבר הצוות כי אין תועלת ממשית בציון סכום התביעה בעת פתיחת ההליך ועל כן ניתן להמליץ על חלופה זו. הצעה זו עולה בקנה אחד עם כך שהאגרה המשולמת על תובענות ייצוגיות היא קבועה ואינה נגזרת מהסכום הנתבע (בדומה לתביעה על נזקי גוף).¹⁸⁹

החלופה השנייה עליה ממליץ הצוות היא כי התובע הייצוגי לא יציין את סכום תביעתו בגין הנזק הלא ממוני.

כך, מחד, לא תוגבל אפשרותו של תובע להגיש תביעה לסעד בגין נזק לא ממוני, אך אי ציון סכום רכיב הנזק הלא ממוני עשוי לסייע בהקטנת התמריץ להגשת בקשות לאישור בסכומים מופרזים על מנת להפעיל לחץ שאינו ראוי על נתבעות.

כמובן ייתכנו גם פתרונות נוספים של שינוי מתווה האגרה, שיישקלו במסגרת תיקוני החקיקה, מתוך הבנה שהדרך העיקרית להכווין את התנהגות התובעים הייצוגיים בהקשר זה, היא בעיקר בשלב הגשת התובענה, בעת תשלום האגרה. לדוגמה, ניתן לשקול פתרון של שינוי מתווה האגרה למתווה שבו סכום האגרה המשולמת בעד הגשת התובענה יהיה בשיעור יחסי מסכום התביעה ובדומה לתביעה אזרחית לסכום קצוב, שם האגרה היא בשיעור יחסי לסכום הנתבע, כך שלתובע יש תמריץ שלא לנקוט בסכום מופרז מעבר לשוויה הריאלי של התביעה. כמובן, ניתן יהיה לשקול קביעת שיעור נמוך יחסית, באופן שלא יפגע בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות. פתרון אפשרי נוסף הוא לקבוע, בדומה לקבוע בתקנה 5(ג) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 לעניין נזקי גוף, כי ככל שהתנהל ההליך בבית משפט מחוזי וסכום הפיצוי שנפסק או שבעלי הדין התפשרו עליו נמוך משישים אחוזים מתחום סמכות בית משפט השלום ביום הבאת ההליך, תשלם הנתבעת, את האגרה כשיעורה בבית משפט שלום, והמבקש ישלים את האגרה החלה בבית המשפט המחוזי.

¹⁸⁷ ראו תקנה 10(9) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

¹⁸⁸ ראו **דברי ההסבר** לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 **משוד המשפטים** (20.4.2021) <https://www.gov.il/he/departments/news/16122020>

¹⁸⁹ ראו תקנות 5 ו-7 לתקנות האגרות.

← המלצת הצוות:

המלצת הצוות היא בחירת חלופה אחת מבין שתיים. האפשרות האחת היא כי התובע הייצוגי לא יציין את סכום התביעה לחברי הקבוצה אלא יציין רק את סכום תביעתו האישית והאם התובענה היא בסמכות בית המשפט השלום או המחוזי. האפשרות השניה היא כי התובע הייצוגי לא יציין את סכום תביעתו בגין הנזק הלא ממוני.

הסדרת הסוגיה של הוצאות משפט

לצורך התמודדות עם תביעות סרק, נידונה גם סוגיית פסיקת הוצאות.

חלק מן הגורמים שהופיעו בפני הצוות סברו כי יש לקבוע בחקיקה, כי מקום שבו נדחית בקשה לאישור, ברירת המחדל תהיה פסיקת הוצאות או הוצאות ריאליות במקרים שבהם מדובר בתובענת סרק באופן מובהק. בית המשפט יוכל להתחשב, בין היתר, בשאלה האם התובע הוא תובע סדרתי, האם הוגשה תובענה על סכום מופרז שאינו משקף את הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה בפועל ועוד. לעמדת מציעי חלופה זו, ככל שתוסף הוראה בחקיקה בנוגע להוצאות, יביא הדבר לשינוי של מערך האיזונים הקיים כיום אשר מביא לכך שמוגשות תביעות סרק.

הצוות רואה חשיבות בפסיקת הוצאות במקרים המתאימים, זאת מכיוון שפסיקת הוצאות היא כלי נוסף שדרכו ניתן להכווין את ההתנהלות של הצדדים במסגרת ניהול ההליך ולסייע בהפחתת תובענות הסרק שמוגשות ללא עילה מבוססת.

אמנם לא ניתן לפתור את כלל הכשלים הקיימים בתחום באמצעות פסיקת הוצאות ובעניין זה, לאור העובדה שרוב תיקי התובענות הייצוגיות אינם מסתיימים בדחיית הבקשה לאישור, לא צפויה לתיקון זה משמעות ניכרת בפועל. עם זאת, ברור שהמדיניות של בתי המשפט בנוגע לפסיקת הוצאות תשפיע על ניהול ההליכים בבתי המשפט, כיוון שהליך קבלת החלטות של הצדדים מושפע מהעלויות של ניהול ההליך והסיכונים שבו. מהצד של התובעים, אי פסיקת הוצאות במקרים לא מעטים בעת דחיית הבקשה לאישור או פסיקת הוצאות בסכומים נמוכים, משדרת מסר כי ההליך הייצוגי הוא הליך בעל פוטנציאל רווח ללא סיכון משמעותי ומשפיעה על התמריצים להגשת תביעות ללא מבוססות. מהצד של הנתבעות, פסיקת הוצאות עשויה להוות תמריץ חיובי שלא לסיים את התיק בפשרה רק לאור העלויות הגבוהות של ניהול ההליך (מה שמביא לעידוד הגשת תביעות סרק), אלא להמשיך ולנהל את ההליך במקרים שבהם הנתבעות סבורות כי הבקשה לאישור אינה מוצדקת, תוך קבלת שיפוי על חלק מהוצאותיהן בניהול התיק.

לכן, לעמדת הצוות, פסיקת הוצאות במקרים המתאימים בדחיית הבקשה לאישור היא חשובה לצורך טיוב השימוש בכלי התובענה הייצוגית.

יצוין כי בתקנה 152 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות נקבעה ברירת מחדל של חיוב בהוצאות כאשר על בית המשפט להצביע על טעמים מיוחדים על מנת שלא לעשות כן וכן נקבע כי ההוצאות שייפסקו יהיו סבירות והוגנות, כך שבית המשפט יפסוק את שיעור ההוצאות בהתאם לטיבו של כל הליך והליך. כידוע, תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת תחולה שיווית, בשינויים המחויבים, לתקנות סדר הדין האזרחי בכל עניין שבו אין בחוק תובענות ייצוגיות או בתקנות לו הוראה אחרת.

לאחר בחינת הסוגיה, סבר הצוות כי אין מקום להחיל את תקנה 152 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות במפורש על תובעים ייצוגיים ויש לקבוע הוראות ספציפיות לעניין פסיקת הוצאות ותובענה ייצוגית שיתחשבו בייחודיות ההליך,¹⁹⁰ לאור הרצון מצד אחד להפחית ככל הניתן תביעות סרק אשר מנצלות לרעה את כלי התובענה הייצוגית ומן הצד שני הרצון שלא להרתיע תובעים פוטנציאליים מהגשת תביעות ראויות, כאשר הנזק שנגרם לתובע הייצוגי מההפרה הוא ככלל יחסית נמוך. כמו-כן, הצוות סבר שאין מקום לקבוע ברירת מחדל בדבר השתת הוצאות ריאליות על תובעים וזאת על מנת שלא להביא לפגיעה בתמריצים להגשת תביעות ראויות. בנוסף, נושא פסיקת ההוצאות קשור במידה רבה גם לדיון ביחס למערכת היחסים בין התובע הייצוגי לבין בא כוחו, שכן ההנחה היא שהיחסים אינם דומים ליחסי לקוח ועורך דין בתביעות אחרות, מכיוון שהתובענה הייצוגית נשלטת במידה רבה על ידי עורכי הדין ועל כן על מנגנון פסיקת ההוצאות להתחשב ביחסים מיוחדים אלו (להרחבה בעניין הטלת הוצאות על עורכי דין ראו בפרק ד.3.א.). לעניין זה, יש להתחשב בתפקיד הדומיננטי של עורכי הדין בתחום התובענות הייצוגיות שהם הרוח החיה בתביעות אלה ומשמשים כמעין "יזמים" (ושעה שלתובע המייצג בדרך כלל נגרם נזק אישי נמוך), וכן מכך שבמקרה של תביעה מוצלחת עורך הדין צפוי לקבל, במקרים רבים, שכר טרחה משמעותי, ועל כן, יהיה זה הגון שבמקרה שהבקשה לאישור נדחתה ובית המשפט מוצא שיש מקום לחיוב בהוצאות, עורך הדין הוא שיישא בחיוב זה. הדבר לא צפוי לפגוע במערכת התמריצים להגשת תביעות ייצוגיות ראויות, שהרי הידיעה שעורך הדין צפוי לקבל שכר טרחה משמעותי במקרים שבהם התביעות יצליחו נותנת תמריץ מספק לשם כך.

לאור האמור, מוצע לקבוע הוראה, ברוח תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, ובה חובה של הטלת הוצאות משפט סבירות והוגנות במקרים שבהם נדחתה הבקשה לאישור, למעט במקרים שבהם מצא בית המשפט כי מתקיימים טעמים מיוחדים שלא לחייב בהוצאות, כאשר ברירת המחדל תהיה חיוב בהוצאות על בא כוח התובע הייצוגי ולא על התובע הייצוגי (במקרים שבהם בית המשפט סבור כי יש להטיל את ההוצאות על צד התביעה). במקרים חריגים יוסמך בית המשפט להטיל הוצאות גם על התובע הייצוגי ולא רק על בא כוחו. לעניין זה, מוצע לקבוע רשימה פתוחה של שיקולים, כך למשל במקרה שבו מדובר בתביעת סרק או תביעה שהוגשה בחוסר תום לב של התובע עצמו, במקרה שבו נעשה שימוש לרעה בהליך על ידי התובע עצמו, במקרה שבו במערכת היחסים שבין התובע ובא כוחו התובע הייצוגי הוא הגורם הדומיננטי בניהול ההליך ועוד.

← המלצת הצוות:

מוצע לקבוע חובת הטלת הוצאות משפט סבירות והוגנות בעת דחיית הבקשה לאישור (למעט במקרים שבהם מתקיימים טעמים מיוחדים), כאשר ברירת המחדל תהיה חיוב בהוצאות על בא כוח התובע הייצוגי ולא על התובע הייצוגי. במקרים חריגים יוסמך בית המשפט להטיל הוצאות גם על התובע הייצוגי ולא רק על בא כוחו.

¹⁹⁰ ראו גם במאמרם של פרופ' אלון קלמנט ונעמה הדסי "על יישומן הראוי של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות ותובענות ייצוגיות" פורום עיוני משפט מה (תשפ"ב).

התמודדות עם התופעה של "תובעים חוזרים"

על מנת להתמודד עם התופעה של "תובעים חוזרים", עלתה הצעה לקבוע מגבלה על מספר התובענות הייצוגיות שכל תובע יכול להגיש בשנה.¹⁹¹

אפשרות אחרת שעלתה היא חיוב התובע הייצוגי לפרט במסגרת הבקשה לאישור את מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו על ידו, על מנת שבית המשפט יהיה מודע לכך שמדובר בתובע סדרתי, מבלי לקבוע מגבלה על מספר התובענות המוגשות. ההיכרות עם תובענות אחרות שהוגשו עשויה לסייע לבתי המשפט בבחינת התאמתו של אותו תובע לשמש כתובע ראוי שייצג את הקבוצה באופן הולם ותם לב, כדרישת סעיף 8 לחוק.

בעניין זה, המלצת הצוות היא שלא להגביל את מספר התובענות הייצוגיות המוגשות בשנה על ידי תובע ייצוגי, שכן אפשרות זו חוסמת הגשת תובענות ייצוגיות ראויות בידי תובעים.

לפיכך, המלצת הצוות היא לחייב תובעים ייצוגיים לפרט במסגרת הבקשה לאישור את מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו על ידם.

← המלצת הצוות:

ציון מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בידי תובע ייצוגי, על מנת שבית המשפט והצדדים יהיו מודעים לכך.

א. שינוי המתווה של תחרות בין תביעות

במסגרת הדיונים בצוות נשמעו מספר הצעות ביחס לסוגיה זו. בכל הנוגע לתביעות בדיני ניירות ערך, הוצע לאמץ את ההסדר הקבוע בארצות הברית לפיו התובע שייבחר לנהל את התביעה הוא זה אשר לו האינטרס הכלכלי הממשי ביותר.¹⁹²

בנוסף, פרופ' קלמנט, היועץ החיצוני לצוות, הציע לשנות את הכלל הקבוע היום כך שתהיה עדיפות לתביעה האיכותית יותר וזאת לצורך טיוב התביעות המוגשות וכן על מנת להביא לכך שהתביעות ינוהלו בצורה איכותית יותר. בהתאם להצעה זו, תיקבע תקופת זמן, מראש במסגרת תקנות או בדיעבד על ידי בית המשפט שאליו הוגשה הבקשה, כאשר בסופה הבחירה בעורך הדין המייצג תהיה לפי המידה שבה תרם לגיבוש עילת התביעה.

הצוות התרשם כי מצב הדברים לפיו תביעות רבות מוגשות בחיפזון וללא בחינה מעמיקה במטרה להיות התביעה הראשונה שמוגשת, מביא לכך שהתביעות שמוגשות הן לעיתים באיכות שאינה מספקת. איכות התביעה משפיעה גם על אופן ניהול התביעה ויכולה להביא לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה, ככל שהתביעה אינה מבוססת דיה. בהקשר זה יצוין כי אמנם הפסיקה מבכרת במקרים מסוימים את הבקשה המאוחרת בזמן וזאת ככל שהיא איכותית יותר. עם זאת, הדבר נתון לשיקול דעתו של בתי המשפט ולעורכי הדין אין וודאות מה תהיה פסיקתו של בית המשפט. בפסיקה גם נקבע, כמפורט לעיל, שכדי לבכר תובענה מאוחרת נדרש שהיא תוסיף "נדבך משמעותי", ובמקרים מסוימים ניתנה בכורה לתביעות מוקדמות בזמן בשל מועד הגשתן, הגם

¹⁹¹ בהשוואה, בבית משפט לתביעות קטנות ניתן להגיש עד 5 תביעות קטנות בשנה (ראו סעיף 60(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).

¹⁹² 15 U.S. Code § 78u-4 - Private securities litigation

שבית המשפט ציין שהיו יתרונות מסוימים לתביעות המאוחרות, בכל הנוגע לאופן ניסוחן והתשתית שביסודן, וגם אם התביעה המאוחרת נשענה על יסודות ראייתיים או משפטיים איתנים יותר.¹⁹³ חוסר וודאות זה מביא לכך שלעורכי דין איכותיים לעיתים אין תמריץ להשקיע בבקשות לאישור שכן ייתכן שבית המשפט יעדיף את הבקשה הראשונה בזמן ועבודתם תרד לטמיון.

מעבר לכך שבחירת עורך הדין הראשון מתמרצת הגשת בקשות חפוזות, הצוות סבר שברמה המהותית, לאור האחריות הרבה הקיימת בניהול תובענה ייצוגית ובייצוג מיטבי של האינטרסים של חברי הקבוצה, אין מקום שבחירת המייצגים המובילים והתביעה המובילה תוכרע בעיקרה על בסיס שאלת המהירות בהגשת התביעה, אלא נכון שבית המשפט יבחן את כל מי שמעוניין לייצג הקבוצה וזאת בהתאם למידה שבה הם תרמו לגיבוש עילת התביעה ולביסוסה ולא בהתאם לשאלה מי הוא עורך הדין שהספיק להגיש את הבקשה ראשון. כאמור, החשש העיקרי הוא שככל שהתביעה תהיה פחות מבוססת, לאור הצורך להזדרז בהגשתה, הדבר יביא לכך שיהיה קושי גם בגיבוש הנזק שנגרם לקבוצה, בין היתר באמצעות צירוף חוות דעת מומחים, והתביעות לא יסתיימו בתוצאות מיטיבות לקבוצה.

לאור האמור, הצוות סבר שיש מקום לשקול פתרון שיביא להגשת תובענות ייצוגיות איכותיות ומבוססות יותר. לאור זאת, **הצוות מבקש לבחון את ההצעה שלפיה תיקבע תקופת זמן שבה ניתן יהיה להגיש בקשות נוספות, כאשר בסוף התקופה שתיקבע לבית המשפט יהיה שיקול דעת רחב לבחור את התביעה הטובה ביותר ואת עורך הדין המוביל.** במסגרת זו יבחנו ההיבטים התפעוליים והאופן שבו תיושם ההצעה ככל שימצא שיש לקדמה.

אחד החסרונות העיקריים בכך שאין עדיפות מוחלטת לבקשה הראשונה בזמן הוא החשש מפני הגשת בקשות מאוחרות המסתמכות ברובן על הבקשה הראשונה. לכן, מוצע לקבוע כי הבקשות יפורסמו בפנקס התובענות הייצוגיות במלואן רק לאחר חלוף התקופה שתיקבע להגשת תובענות נוספות. בתקופת הביניים יפורסם רק דבר הגשת התובענה ועילתה. לעמדת הצוות, מנגנון זה יביא לכך שבבתי המשפט ינוהלו התביעות האיכותיות ביותר. בנוסף, ייפסק המירוץ להגשת התביעה הראשונה והדבר יתמרץ את עורכי הדין להגיש תביעות מבוססות יותר. אמנם נכון שיש קושי עם כך שייתכן שעורך הדין שהשקיע מאמצים וחשף את העוולה שבבסיס התביעה, לא ינהל את התביעה בסופו של יום לאחר המאמצים שהשקיע בגיבוש התביעה. עם זאת, בחלק לא מבוטל מן המקרים שבהם יש מעין מירוץ להגשת תביעות, הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מוגשת כאמור לאחר שנחשף בחדשות אירוע מסוים, כך שממילא הפרשה שבבסיס התביעה לא נחשפת על ידי עורכי הדין. בנוסף, ככל שאכן מדובר בעוולה שנחשפה על ידי עורך הדין שהגיש ראשון את התביעה (או ערך את הפנייה המוקדמת הראשונה ככל שהדין דרש עריכת פנייה כאמור), ברי כי בית המשפט יתייחס לשיקול זה כשיקול משמעותי בעת בחירת עורך הדין והתביעה המובילים. אולם, משקלו של שיקול זה יהיה פחות בהשוואה למצב כיום, וייתן משנה חשיבות לשיקול של איכות הבקשה.

בנוסף, בכל הנוגע לתביעות בדיני ניירות ערך, במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט בבחירת התביעה המובילה, בית המשפט יתייחס גם לשיקול של מי הוא התובע בעל האינטרס הכלכלי הממשי ביותר בפיצוי הנתבע, וזאת בדומה למצב בארצות הברית.

¹⁹³ עניין חפץ, לעיל הי"ש 83.

← המלצת הצוות:

הצוות ממליץ לבחון את ההצעה לקבוע תקופת זמן לאחר הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה ניתן יהיה להגיש בקשות נוספות לאישור תובענה ייצוגית באותו עניין, כאשר בסוף התקופה שתיקבע, לבית המשפט יהיה שיקול דעת רחב לבחור את התביעה הטובה ביותר ואת עורך הדין המוביל. בתביעות בניירות ערך בית המשפט יתייחס גם לשיקול של מי הוא התובע בעל האינטרס הכלכלי הממשי ביותר בפיצוי הנתבע.

2.ד. בעיית הנציג

הסדרת שכר הטרחה והגמול

הדוגמאות שהובאו ברקע הדברים והכרות מעמיקה עם הסדרי הפשרה מלמדות על כך שסוגיית שכר הטרחה והגמול אינה מוסדרת בצורה מספיק טובה כיום בחקיקה והיא מותירה פתח לניסיונות של הצדדים להגדלת שכר הטרחה והגמול וזאת ללא קשר לתועלת הממשית של הקבוצה מהתובענה. בנוסף, האפשרות של הצדדים להשפיע על קביעת שכר הטרחה והגמול באמצעות המלצותיהם והסכמותיהם מביאה לחוסר אחידות בתחום בכל הנוגע לפסיקת שכר טרחה וגמול.

כאמור לעיל, שכר הטרחה והגמול לתובע הייצוגי ובא כוחו הם הגורמים העיקריים המשפיעים על עיצוב הליך התובענה הייצוגית בהיותם התמריץ הכלכלי להגשתו. לכן, הבניה נכונה שלהם יכולה להביא להגשת תביעות ראויות יותר ולהתמודדות עם כשלים הקיימים בתחום.¹⁹⁴

במסגרת הדיונים בצוות, נידונו מספר הצעות לפתרון.

חלק מההצעות שעלו נגעו להסדרת סוגיית שכר הטרחה והגמול בשלב אישור הסדרי הפשרה, מתוך הבנה שממילא הקושי העיקרי הוא בשלב הזה, שבו בעיית הנציג מתעוררת באופן מוגבר, שעה שהצדדים אינם מעומתים אלא נמצאים "באותה חזית" וקולם של חברי הקבוצה אינו נשמע במישרין. בהתאם לאחת ההצעות, הצדדים יוכלו להגיש טיעונים לעניין גובה שכר הטרחה והגמול רק לאחר שבית המשפט יאשר את הסדר הפשרה. המטרה של הצעה זו היא לנתק בין שלב המשא ומתן לפשרה וההסכמה על הפיצוי לקבוצה לבין שלב קביעת הגמול ושכר הטרחה על מנת להביא ליצירת הסדרי פשרה טובים יותר עבור חברי הקבוצה. ככל שהשלב יופרדו ושכר הטרחה ייקבע רק לאחר אישור ההסדר, ייתכן שהדבר יביא את הצדדים לכריתת הסכמים טובים יותר עבור הקבוצה מלכתחילה בהתחשב בכך שתחילה תיבחן השאלה האם מדובר בפיצוי ראוי בפני עצמו (על בסיס חוזקה של העילה, הראיות שהוגשו ומכלול הנסיבות) ובית המשפט יפסוק את הגמול ושכר הטרחה בשלב השני, בהתחשב בתועלת שהסדר הפשרה הביא לקבוצה. כך, שכר הטרחה והגמול ייקבעו על בסיס הפיצוי שייקבע בשלב הראשון באופן "נקי".

הצעה נוספת שנבחנה היא קביעה כי לא ניתן יהיה להגיש המלצות או טיעונים לשכר הטרחה והגמול ובית המשפט יקבע את הסכומים בהתבסס על התנהלות הצדדים בהליך והתועלת שהפשרה הביאה

¹⁹⁴ ראו למשל בעניין **מרקיט**, לעיל ה"ש 10, פס' 27 לפסק דינה של כב' השופטת ברון: "כידוע, גמול ושכר טרחה הם מהכלים החשובים והמשפיעים המסורים בידי בית משפט בעולם התובענות הייצוגיות, ויש אפוא לעשות בהם שימוש מושכל לשם התוויית מדיניות ראויה בהגשה וניהול של הליכים ייצוגיים". כן ראו רע"א 2362/08 **תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול**, פס' 7 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס (כתוארו אז) (נבו 14.12.2011): "[...] ברי, כי פסיקת שכר הטרחה הינה מנגנון חשוב באמצעותו ניתן ליצור תמריצים לניהול תובענות ייצוגיות בדרך יעילה והגונה".

לקבוצה. בדיוני הצוות נשמעה עמדה לפיה כאשר יש המלצה של הצדדים, גם אם בית המשפט לא מחויב אליה היא מהווה נקודת התייחסות לצורך פסיקת הגמול ושכר הטרחה. לכן, נכון לקבוע שבית המשפט יהיה הגורם הבלעדי שיקבע את שכר הטרחה, ללא קבלת המלצה מן הצדדים. כך, האפשרות שצדדים ינסו לערוך תמרונים כדי להגדיל את שכר הטרחה והגמול פוחתת.

הצעה נוספת שעלתה היא שייקבעו אחוזי שכר טרחה וגמול בתקנות בהתאם לעקרונות שייקבעו על ידי המחוקק. כך, להסכמות הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול לא תהיה השפעה על הסכומים שיפסקו, אלא הסכומים ייקבעו באופן ברור ואובייקטיבי, באופן שיקל גם על בית המשפט בקביעת שכר הטרחה.

לאחר בחינת החלופות השונות, הצוות סבר כי יש להציע מתווה שיתמודד עם הקשיים שהוצגו על מנת שלצדדים תהיה פחות יכולת להשפיע בהמלצותיהם והסכמותיהם על הסכומים שנפסקים, באופן שאינו קשור לתועלת של הקבוצה מההסדר שהיא תכלית ההליך הייצוגי. בנוסף, הצוות סבר כי קיימת חשיבות בקביעת כללים אחידים וברורים שיקנו וודאות לצדדים במסגרת ההליך ויאפשרו לבתי המשפט לקבוע בצורה פשוטה יותר את שכר הטרחה והגמול.

החיסרון העיקרי בהצעה לפיה שכר הטרחה והגמול ייפסקו רק לאחר אישור הסדר הפשרה ובהצעה לפיה לא ניתן יהיה להגיש המלצות או טיעונים לשכר הטרחה והגמול ובית המשפט יקבע את הסכומים בהתבסס על התנהלות הצדדים והתועלת שהפשרה הביאה לקבוצה, הוא שעדיין תשרור חוסר אחידות בתחום בין בתי המשפט השונים. חוסר האחידות בתחום גם מביא לכך שלמייצגים יש חוסר וודאות מהו סכום התגמול שצפוי להם במסגרת ההליך ולכן אין בחלופות אלו כדי להביא להכוונה מיטבית של "השוק" לכיוונים הרצויים.

לאור האמור, מוצע כי בתביעות שבהן ניתן פיצוי, ייקבעו שיעורים קבועים של שכר הטרחה והגמול וזאת בהתאם לתועלת הממשית שהושגה מההליך לקבוצה.¹⁹⁵ מתווה זה נותן כאמור וודאות לצדדים והוא פשוט לחישוב. בנוסף, בהתאם למתווה זה קיים קשר ישיר בין הפיצוי של חברי הקבוצה לבין שכר הטרחה, כאשר קשר זה מתמרץ כאמור את עורך הדין להשיא את הפיצוי לחברי הקבוצה שכן כך הוא פועל גם להשאת שכרו.¹⁹⁶ כיוון שהגמול ושכר הטרחה ייקבעו באופן ברור ומובנה בחקיקה, מומלץ לבטל את האפשרות של הצדדים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לגובה הגמול ושכר הטרחה ובית המשפט הוא שיקבע את גובהם. בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקה, מוצע כי אחוזי שכר הטרחה והגמול ייקבעו כנגזרת של השיקולים הבאים:

1. **סכום הפיצוי לקבוצה** – ככל שסכום הפיצוי גבוה יותר, אחוז שכר הטרחה והגמול מתוכו ירד (באופן מדורג) כפי שנקבע בהלכת **רייכרט ואוסטרובסקי**.¹⁹⁷ כידוע, הליכים של תובענות ייצוגיות מאופיינים מטבעם בכך שהסעד לקבוצה עשוי להיות בסכומים משמעותיים מאוד. כך, פסיקת שכר טרחה ללא הפחתת האחוזים ככל שהסכומים עולים,

¹⁹⁵ יצוין כי בגלגולים השונים של הצעת חוק תובענות ייצוגיות נדונה האפשרות לקבוע את שכר הטרחה באחוזים. ראו למשל בפרוטוקול ישיבה 13, לעיל ה"ש 122. עוד יצוין כי גם בדברי חקיקה אחרים העוסקים בשכר טרחה לעורכי דין או לבעלי תפקידים אחרים נקבע לעיתים מדרג הקושר בין שכר הטרחה לבין הסכומים שנגבו או השלב שבו הסתיים ההליך. כך, למשל בתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981 נקבעו אחוזי שכר הניהול ושכר המימוש שיוכל בעל תפקיד לקבל מתוך התקבולים שנתקבלו על ידו. דוגמא נוספת ניתן למצוא בכללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), התשל"ז-1977 שם נקבע תעריף שונה לשכר טרחה בהתאם לשלבים בהליך.

¹⁹⁶ עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 76, פס' 7 לפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) גרוניס; קלמנט, קווים מנחים, לעיל ה"ש 109, בעמ' 170.

¹⁹⁷ עניין **רייכרט**, שם ועניין **אוסטרובסקי**, לעיל ה"ש 116.

עשויה להביא לפסיקת שכר טרחה מופרז שאינו משקף את נסיבות המקרה ואת היחס ההולם בין סכום הפיצוי לקבוצה לבין שכר הטרחה וכמות ההשקעה בהליך. ועוד בעניין זה, הצוות ממליץ כי במקרים שבהם בהליך תובענה ייצוגית אחת ישנן מספר נתבעות (או מקום בו מצא בית המשפט כי נכון היה לנהל את התובענה יחדיו נגד מספר נתבעות) והתובע הייצוגי מגיע להסדר פשרה נפרד עם כל אחת מן הנתבעות, בית המשפט יוכל לשקול לקבוע כי סכומי הגמול ושכר הטרחה יחושבו מתוך הסכום הכולל של הפיצוי מכלל הנתבעות, בהיבט מדרגת שכר הטרחה הרלוונטית. המלצה זו עשויה להיות משמעותית בהליכי תובענות ייצוגיות המנוהלים יחדיו ומסתיימים בסכומים גבוהים לכל נתבעת בנפרד (למשל, בתובענות ייצוגיות בדיני תחרות).

2. **השלב שבו הסתיים ההליך** – גובה האחוז שייקבע לשכר הטרחה והגמול (מתוך סכום הפיצוי לקבוצה) בהליך שהסתיים בפסק דין לאחר בירור ההליך לגופו יהיה גבוה מאחוז שכר הטרחה והגמול בהליך שהסתיים בהסדר פשרה לפי סעיף 19 לחוק. בנוסף, יש להבחין בין הסדר פשרה שהושג לפני אישור התובענה לבין הסדר פשרה שהושג לאחר החלטת האישור. דירוג זה נקבע על מנת לתמרץ את התובע הייצוגי ובא כוחו לפעול לטובת הקבוצה ולהביא תובענות ייצוגיות ראויות לבירור ולהכרעת דין.

בקביעת האחוזים הצוות התבסס על עניין **רייכרט** תוך הפחתה מסויימת של השיעורים שנקבעו שם. זאת מכיוון שכפי שצוין בעניין **רייכרט**, השיעור שנקבע שם היה גבוה והתאים לנסיבות הייחודיות של ההליך שהיה תקדימי ובעל חשיבות מיוחדת ושונה במשך שנים רבות בכמה ערכאות. בנוסף, המדרגות נקבעו גם בהתחשב בעניין **אוסטרובסקי** ועניין **מיטב דש**.¹⁹⁸

ראו בטבלה שלהלן את המלצת הצוות בנוגע לשיעורי שכר הטרחה והגמול:

סכום הפיצוי	פסק דין	הסדר פשרה לאחר אישור התובענה	הסדר פשרה לפני אישור התובענה
עד 5 מיליון ₪	23%	18%	13%
5-10 מיליון ₪	18%	13%	8%
10-30 מיליון ₪	13%	8%	8%
30-60 מיליון ₪	12%	7%	7%
60-100 מיליון ₪	10%	5%	5%
100 מיליון ₪ ומעלה ¹⁹⁹	1%	1%	1%

¹⁹⁸ ת"צ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 **ישראל גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ** (נבו 2021.8.25) (להלן: "עניין מיטב דש"). יצוין כי בעניין **אוסטרובסקי**, לעיל ה"ש 116, ובעניין **מיטב דש** נקבעו בחלק מהמדרגות אחוזים גבוהים יותר בהינתן הנסיבות המיוחדות של ההליכים שם, של תובענות חדשות בעלות תעוזה ובעלות חשיבות מיוחדת. יצוין כי עניין **מיטב דש** מצוי בערעורים (ע"א 1036/22, ע"א 7771/21, ע"א 1451/22 **גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ**), לרבות בסוגיית שכר הטרחה ומובן שהצוות אינו מביע כל עמדה ביחס להליך הערעור בתיק הקונקרטי.

¹⁹⁹ בכל הנוגע למדרגה של מעל 100 מיליון ₪, נפנה לעניין **מיטב דש**, שם: "[...] ככלל מעבר לסכום של מאה מיליוני שקלים יש לקבוע תוספת שולית לסכומי פיצוי גבוהים יותר, ככל שאכן אין קשר בין תוספת הפיצוי לבין התשומות של המייצגים" וכן "בתובענות שבהם נפסקים סכומים גבוהים [...] ראוי להפריד בין השפעתם המשמעותית של השיקולים [...] על תוצאת קבלת התובענה ועצם הפיצוי לחברי הקבוצה, לבין השפעתם הפחותה על הסכומים הגבוהים שקיבלה

במסגרת המנגנון, מוצע כי לבית המשפט תהיה סמכות לסטות מהאחוזים הקבועים בטבלה עד ל- 2% (הן למעלה והן למטה), וזאת בהתאם לשיקולים הקבועים היום בסעיף 23(ב) לחוק. לעניין זה בלבד, יוכלו הצדדים לטעון האם במקרה הקונקרטי יש הצדקה לסטייה זו. בנוסף, בתביעה נגד רשות, בית המשפט יהיה מוסמך להתחשב בעובדה שהתביעה הוגשה נגד רשות ושכר הטרחה ישולם מהקופה הציבורית.²⁰⁰

שכר הטרחה ייגזר רק מסכום הפיצוי הכספי אותו תציע הנתבעת וזאת בהתאם למנגנון שיפורט בהמשך הדו"ח בכל הנוגע להתמודדות עם סעד בעין, להרחבה ראו בפרק ד.2.ב.

שכר הטרחה יחושב בשיטת ה"נטו". כלומר, רק ביחס לסכום שיועבר לחברי הקבוצה בפועל ולא ביחס לכלל הסכום שהנתבעת מוציאה מכיסה כולל גמול ושכר טרחה, וזאת כדי לתמרץ את השאת טובת הקבוצה בהתאם לתכליות החוק.

יצוין כי השיעור המוצע כולל הן את הגמול והן את שכר הטרחה. לעמדת הצוות, על בית המשפט לקבוע את החלוקה בין הגמול ושכר הטרחה בהתאם למידת מעורבות התובע הייצוגי בתיק ולצורך כך הוא רשאי לבקש את המלצת הצדדים בעניין חלוקת הגמול ושכר הטרחה. על מנת לסייע לבית המשפט להחליט כיצד לחלק את הסכומים, קיימת חשיבות בכך שבית המשפט יהיה מודע להסכמה המוצעת על ידם ביחס לאופן חלוקת הסכומים ביניהם, ולכן יש לעמוד על כך שהסכם הייצוג יוצג לבית המשפט. באופן זה, הסכם הייצוג יהיה גלוי לבית המשפט, שיוכל להתרשם בחלוקת הסיכונים, ההוצאות והרווחים שבין התובע המייצג ובא כוחו. כך בית המשפט יוכל גם לבחון האם ההסכמות בין התובע המייצג לבא כוחו הן ראויות, האם הן תואמות את אופן מעורבותם של הצדדים בהליך הייצוגי הקונקרטי כפי שעולה מהתיק והאם לא התקיים לחץ לא הוגן או לא ראוי של אחד מצדדים אלה על משנהו. אמנם כיום נהוג לשמור הסכמי ייצוג אלו בין התובע המייצג ובא כוחו בלבד, אך ישנה חשיבות בהליכי תובענות ייצוגיות, הנוגעים ומשפיעים בהגדרה על קבוצת אנשים משמעותית ולעיתים ציבור רחב, לחשוף את הסכמי הייצוג בפני בית המשפט ולתת להם פומבי. באופן זה, יהיה גלוי וידוע בכל הליך מה מערך היחסים בין התובע המייצג ובא כוחו, מיהו הנושא העיקרי בסיכון וברוח, מיהו הגורם המוביל את התביעה ומיהו הגורם המשמעותי להטלת הוצאות משפט, ככל שיוטלו (וכאמור לעיל, הצוות ממליץ, שכלל, ברירת המחדל תהיה שהוצאות שיוטלו, יושתו על עורך הדין ולא על התובע). באופן זה תימנע אף האפשרות של באי כוח לצרף תובעי קש לתובענה ייצוגית מבלי לחשוף בפניהם את הסיכונים שבהליך. **לאור האמור, הצוות ממליץ כי על התובע הייצוגי ועורך דינו יהיה להציג בפני בית המשפט במסגרת ניהול ההליך את הסכם הייצוג וכאמור בית המשפט הוא שיחליט האם לאשר את המלצת הצדדים ביחס לחלוקת**

הקבוצה שאינם תוצאה ישירה של פעולת המייצגים, אלא נובעים ממאפייני [...] הקבוצה המיוצגת [...] מהתשואות שהניבה מיטב דש לעמיתיה, מספר העמיתים ומשך השנים בהם נגבו סכומים אלה...". ויפים גם הדברים של ויניצקי ופלינט, לעיל ה"ש 18, בעמוד 679, המצוטטים שם בפסק הדין: "הגשת תביעה ייצוגית מוצלחת-חשובה ככל שתהיה- אינה שקולה לזכייה בפיס ואינה אמורה להביא להתעשרות של הצדדים המעורבים בן לילה".
²⁰⁰ ראוי לציין בהקשר זה, שבית המשפט העליון קבע שיש לתת ביטוי לכך ששכר הטרחה משולם מהקופה הציבורית בעת שהוא קובע את גובה שכר טרחה המושת על רשות ציבורית. ראו למשל: הערעור בעניין מי הגליל, לעיל ה"ש 89, פסי' מ"ב לפסק דינו של כ"י השופט רובינשטיין; עע"מ 2395/07 אכדיה נ' מדינת ישראל, פסי' 32 לפסק דינה של כ"י השופטת פרוקצ'יה (נבו) 27.12.2010; עע"מ 8608/11 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב נ' די אנד אי ייזום בניה בע"מ (נבו) 12.9.2013.

שכר הטרחה והגמול והוא שיהיה מוסמך לקבוע את אופן החלוקה ביניהם. יובהר כי הסכם הייצוג יוצג רק לבית המשפט ויהיה חסוי מפני הנתבעת.

סוגיה נוספת שהצוות ביקש להסדירה בעניין בעיית הנציג, הקשורה לסוגיית שכר הטרחה, נוגעת לפיקוח של בית המשפט על יישום הסדר הפשרה או פסק הדין שניתן בסוף ההליך. כידוע, ללא קביעת הוראות מתאימות, לצדדים לתובענה אין אינטרס ממשי בביצוע ההסדר.²⁰¹ סעיפים 19(ד) ו-20(ו) לחוק, שהוספו בתיקון מס' 10 לחוק קובעים כי בית המשפט רשאי לתת הוראות בדבר הפיקוח על ביצוע הסדר הפשרה או פסק דינו, לרבות הוראות בדבר הגשת דין וחשבון סופי המתאר את ביצוע הסדר הפשרה.²⁰² בנוסף, סעיפים 19(ו) ו-23(ד) לחוק קובעים כי בית המשפט רשאי לקבוע כי תשלום שכר הטרחה יהיה מותנה, כולו או חלקו, במימוש הסדר הפשרה או פסק הדין ובהשלמת ביצועו.

לאור האמור ברקע הדברים, מוצע לקבוע כי על שכר הטרחה להיות משולם בהתאם לביצוע בפועל של הסדר הפשרה או פסק הדין. יוער כי ניתן יהיה לשלם עם אישור פשרה או מתן פסק דין שכר טרחה ראשוני, וזאת לאור המשאבים שהושקעו לטובת הקבוצה עד אותו שלב, ובהינתן ששלב מימוש של פשרה או פסק דין ייצוגי לוקח זמן ולפעמים שנים (בנוסף לשנים שעוברות לעיתים עד שהצדדים מגבשים פשרה) ומן הראוי לשפות את המייצגים על פעולתם עד השגת הפשרה או פסק הדין, בכדי לתמרץ הגשת הליכים ופשרות ראויות. עם זאת, סכום זה ישולם על חשבון השכר הכולל שייקבע בהמשך בשיעור מהפיצוי שיינתן לקבוצה בפועל.

הוראות אלו הקושרות בין ביצועו בפועל של הסדר הפשרה או פסק הדין לבין שכר הטרחה יתמרוזו את עורכי הדין לפעול להוצאתו לפועל של הסדר הפשרה או פסק הדין ולהשיא את הפיצוי לקבוצה וכן לקבוע מראש הסדרי פשרה טובים יותר עבור הקבוצה שצפויים להביא לפיצוי מיטבי בפועל.

← המלצת הצוות:

- **מוצע כי ייקבע בחקיקה שיעור קבוע של שכר הטרחה והגמול יחדיו בהתאם לתועלת הממשית שהושגה מההליך לקבוצה.**
- **בית המשפט ייקבע את החלוקה בין הגמול לשכר הטרחה בהתאם למידת מעורבות התובע הייצוגי בתיק. לצורך כך על התובע הייצוגי ועורך דינו יהיה להציג בפני בית המשפט במסגרת ניהול ההליך את הסכם הייצוג.**
- **מוצע לקבוע כי על שכר הטרחה להיות משולם בהתאם לביצוע בפועל של הסדר הפשרה או פסק הדין.**

²⁰¹ הפסיקה והספרות התייחסו לחשיבותם של מנגנוני פיקוח מצד בתי משפט בהתייחס להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. ראו: גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט 147 (התשע"א); קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 50; ת"צ 2786/07 שרה ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ, פס"כ 3(ב) לפסק דינה של כב' השופטת אגמון-גונן (נבו 30.8.2011): "במקרה שלפניי יש לעשות שימוש בסעיף 19(ד) וליתן הוראות לעניין הפיקוח על ביצוע ההסדר. למעשה, ניגוד העניינים בין הצדדים לחברי הקבוצה ממשיך גם בישומו וביצועו של הסדר הפשרה. בתובענה ייצוגית, אין לאף אחד אינטרס ממשי לפקח על ביצוע ההסדר ככתבו וכלשונו...".

²⁰² בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח הכנסת 116, 637 צוין כי רבים מפסקי הדין והסדרי הפשרה בתחום התובענות הייצוגיות אינם ממומשים, בחלקם או במלואם, משום שלאחר אישור הסדר הפשרה או מתן פסק הדין אין לנתבע ולתובע אינטרס במימוש ההסדר או פסק הדין.

התמודדות עם סעד בעין ותרומת מוצרים

לאור הקשיים הרבים הקיימים בפיצוי של סעד בעין ותרומת מוצרים ולאור העובדה שפיצוי מסוג זה נפוץ מאוד כיום בהסדרי פשרה ומביא לכך שנוצר פעמים רבות פער משמעותי בין השווי הנחזה של הסדר הפשרה לבין שוויו בפועל, סבר הצוות שככלל יש להעדיף סעד כספי על פני סעד בעין וכי יש להציע במסגרת הצוות פתרון לצורך התמודדות עם הקשיים הקיימים בסעד בעין.

הצעה אחת שעלתה, היא כי במסגרת קביעת שכר הטרחה על ידי בית המשפט, ככל שהצדדים בחרו כי הפיצוי בהסדר הפשרה יינתן באמצעות סעד בעין, בית המשפט יפחית את שכר הטרחה בשיעור שייקבע.

הצעה נוספת שעלתה היא שבמסגרת הסדר פשרה הצדדים כלל לא יוכלו להציע פיצוי של סעד בעין. כלומר, ככל שניתן לאתר את חברי הקבוצה ופיצוי כספי אישי הוא מעשי, הפיצוי יהיה חייב להיות פיצוי כספי ואם לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה או שפיצוי כספי אינו מעשי, תהיה חובה להעביר את סכום הפיצוי לקרן לחלוקת כספים ולא תהיה אפשרות לתרומה של מוצרים.

עוד הוצע כי אם ניתן לאתר את חברי הקבוצה אך עדיין הצדדים מעוניינים להציע להם סעד בעין מכיוון שלעמדתם חברי הקבוצה יעדיפו סעד זה, תהיה חובה להציע להם גם אפשרות של סעד כספי. כך שאם חבר קבוצה לא הודיע כי הוא מעוניין בסעד בעין, ברירת המחדל תהיה הפיצוי הכספי.

אפשרות אחרת שעלתה היא כי במסגרת הסדר פשרה וככל שלא ניתן לאתר את חברי הקבוצה או שאין זה מעשי לפצות את חברי הקבוצה בפיצוי כספי אישי והצדדים מעוניינים להציע פיצוי אחר שאינו פיצוי כספי, על הצדדים יהיה להציע גם אפשרות של העברה של סכום כספי לקרן לחלוקת כספים, כאשר הסמכות להכריע איזה פיצוי ראוי יותר בנסיבות העניין תהיה של בית המשפט בהתאם לנסיבות התיק.

במסגרת עבודת הצוות נידונו האפשרויות השונות. לגבי האפשרות של הפחתת שיעור שכר הטרחה במקרה של סעד בעין או במקרה של תרומת מוצרים, הצוות סבר כי אמנם מדובר בפתרון ראוי שיכול לסייע מעט בהכוונת התנהגות הצדדים בעת גיבוש הפשרה. עם זאת, נראה כי פתרון זה לבדו אינו מספק שכן, כפי שצוין לעיל, שווי הסעד נתון לתמרונים רבים על די הצדדים, באופן שלא תמיד ניתן למעקב ולפיקוח. לכן ייתכן שעל אף הפחתת שיעור שכר הטרחה ולאור הפערים המשמעותיים בין סעד בעין לבין סעד כספי, עדיין ישתלם לצדדים להציע במסגרת הסדר פשרה סעד בעין או תרומת מוצרים.

לגבי האפשרות שעלתה לפיה כלל לא ניתן יהיה להציע סעד בעין במסגרת הסדר פשרה, סברו חברי הצוות כי פתרון זה אמנם יפתור את הבעיה אך ישנה עדיפות להציע, בשלב זה, פתרון אחר, מורכב וגמיש יותר, שלא יגרום לטלטלה בעולם התובענות הייצוגיות. בנוסף, פתרון לפיו לא ניתן יהיה כלל להציע סעד בעין אינו מתאים למקרים שבהם נתבעות יהיו מעוניינות להציע לחברי הקבוצה סעד בעין, שיהווה פיצוי משמעותי שחברי הקבוצה עשויים להעדיף על פני סעד כספי נמוך יותר.

בדיוני הצוות עלה כי פעמים רבות הקושי בהסדרי פשרה המציעים סעד בעין הוא שלבית המשפט אין אפשרות לערוך שינוי בהסדר ללא הסכמת הצדדים. כלומר, בפני בית המשפט עומדות למעשה מספר אפשרויות, לאחר שהוא מתרשם שהסדר הפשרה שמונח לפניו הוא סביר אך ייתכן שניתן לטייבו באמצעות שינוי מתווה הפיצוי. אפשרות אחת, היא לדחות את ההסדר ובמקרה זה התיק ימשיך להתנהל, על אף שכאמור ייתכן שמבחינת הסיכונים והסיכויים בתיק הגעה להסדר פשרה

היא דרך הסיום היעילה בנסיבות העניין, לדעת בית המשפט. אפשרות שניה, היא להציע לצדדים לערוך תיקונים בהסדר. עם זאת, ככל שהתיקונים לא מקובלים על הצדדים, אין כאמור לבית המשפט סמכות לאשר הסדר עם שינויים ועליו להחליט האם לדחות את הסדר הפשרה ולהמשיך את הדיון בתיק או האם לאשרו.

לכן, סברו חברי הצוות כי על הפתרון שיוצע להתמודד עם קושי זה ולאפשר לבית המשפט שיקול דעת לערוך שינוי בהסדר תוך אישורו. עם זאת, כמובן שיש גם להתייחס לכך שבסופו של יום מדובר על הסדר פשרה שהצדדים צריכים להסכים לו ויש קושי עם שינויו ללא קבלת הסכמתם לכך.

לכן ולאחר שקילת החסרונות והיתרונות של כל מנגנון, חברי הצוות ממליצים כי במקרים שבהם ניתן לאתר את חברי הקבוצה ולפצותם באופן אישי, ברירת המחדל תהיה פיצוי כספי אישי לחברי הקבוצה. ככל שנתבעת תהיה מעוניינת להציע סעד בעין, יהיה עליה להציע זאת כחלופה לפיצוי כספי ורק במקרים שבהם חבר הקבוצה יבחר באופן אקטיבי בסעד זה, חלף פיצוי כספי, הנתבעת תוכל להעניקו. פתרון זה יאפשר גמישות לנתבעות להציע סעד בעין לחברי הקבוצה, אך יתמרץ אותן להציע סעד בעין בשווי משמעותי על מנת שחברי הקבוצה יהיו מעוניינים בו שכן ברירת המחדל במקרים שבהם חברי הקבוצה לא הודיעו אחרת תהיה סעד כספי. נתבעות בהליך ייצוגי לא יוכלו עוד להסתפק במתווה פיצויים בדרך של מתן קופונים ושלל הטבות שחברי הקבוצה אינם מעוניינים בהם, במקרים שבהם ניתן לאתרם. הצוות סבר כי אפשרות זו אף תסייע לתובעים ייצוגיים להביא להסדרי פשרה טובים יותר עבור הקבוצה מלכתחילה בניהול המשא ומתן אל מול הנתבעות.

בנוסף, במקרה שבו לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה או במקרה שבו פיצוי אישי לחברי הקבוצה אינו מעשי והצדדים מעוניינים להציע פיצוי שאינו כספי לקבוצה, כולה או חלקה או לקבוצה דומה או לטובת הציבור, הצדדים יצטרכו להציג בפני בית המשפט שתי אפשרויות המקובלות עליהם לצורך פיצוי במסגרת הפשרה, כאשר ההכרעה שבין האפשרויות תהיה של בית המשפט ולא של הצדדים לתיק. נפרט, במקרה שבו הצדדים סבורים כי פיצוי אישי אינו מעשי והם מעוניינים להציע אפשרות של פיצוי בעין (למשל, מבצעי הנחות ללקוחות או לציבור), יהיה עליהם להציע בנוסף הצעה חלופית להעברת סכום שעליו יסכימו, לקרן חלוקת כספים, כאשר בית המשפט יכריע איזו אפשרות סבירה יותר מבחינת האינטרסים של חברי הקבוצה. בהקשר זה, יובהר כי הצדדים יוכלו להציע סכומי פיצוי שונים ביחס לכל אפשרות פיצוי וזאת בהתאם לשיקול דעתם ואין כוונה שגובה שווי הסעד בעין המוצע על ידם יהיה שווה לגובה הסכום שהצדדים יציעו להעביר לקרן. כמובן הצדדים יוכלו גם להציע בהסדר אפשרות אחת בלבד של מתן סעד כספי.

כלומר, בשונה מהמצב היום שבו הסמכות של בית המשפט באישור הסדר היא יחסית מוגבלת ותלויה בעיקר בהסכמת הצדדים לעריכת שינויים בהסדר, בהתאם להצעה זו, לבית המשפט תהיה סמכות לקבוע איזו משתי האפשרויות שהציעו הצדדים מקובלת עליו. פתרון זה יאזן מצד אחד בין הרצון לאפשר לצדדים לקבוע פשרה שמקובלת עליהם ומביאה בחשבון את הסיכונים והסיכויים בתיק לדעת הצדדים ומן הצד השני, היא תאפשר לבית המשפט לבחור את האפשרות המתאימה ביותר בראי האינטרסים של חברי הקבוצה וכמובן בראי הסיכונים והסיכויים של הצדדים לתיק. יוער כי על החלטה זו של בית המשפט הצדדים לא יוכלו להגיש ערעור שכן בית המשפט יבחר בין שתי חלופות שיציעו הצדדים ואשר שתיהן, כאמור, מקובלות עליהם.

לעניין הערכת שווי הפיצוי לצורך קביעת שכר הטרחה נעיר, כי כפי שהורחב במסגרת הדו"ח, בסעד בעין יש שוני בין העלות של הסדר הפשרה לנתבעת לבין השווי של הסדר הפשרה לחברי הקבוצה

והסכום המוצג כפיצוי במסגרת הסדר הפשרה הוא אינו הסכום הממשי שהנתבעת צפויה לשאת בו.²⁰³ הערכת השווי לכל אחד מחברי הקבוצה היא בחינה מסובכת ובמקרים רבים אינה אפשרית. לעומת זאת, הערכת עלות הסדר הפשרה לנתבעת היא אפשרית ומאפשרת להתקרב לערכה האמיתי של הפשרה.

בנוסף, יש לבחון את הסעד לא רק מנקודת המבט של חברי הקבוצה אלא גם מנקודת המבט של הנתבעת שכן תכלית נוספת שהתובענה הייצוגית נועדה לשרת היא אכיפת הדין הקיים והרתעה מפני הפרות חוק עתידיות (סעיף 1(2) לחוק). הדברים מתחדדים במקרים שבהם ניתן סעד בעין וההטבה ניתנת לציבור שאינו בהכרח חברי הקבוצה. במקרים אלו, המטרה העיקרית שמתממשת היא המטרה ההרתעתית. לכן, מעבר לקושי היישומי בהערכת שווי הפשרה, במקרים אלו יש גם הצדקה נורמטיבית לבחון את ערכו של הפיצוי לקבוצה לפי עלותו לנתבעת.

עם זאת, הצוות סבור כי אין צורך לבחון בכל הסדר פשרה את העלות של הסעד לנתבעת שכן ההנחה היא כי הסכום שהנתבעת הצהירה כי תעניק לחברי הקבוצה בפיצוי כספי או בהעברת הכספים לקרן (ככל שלא מעשי לאתרם) הוא ממילא סכום קרוב לעלות בפועל שבה הנתבעת מוכנה לשאת ואשר ממנה נכון לקבוע את התגמול למייצגים. על כן, מוצע כי שכר הטרחה והגמול ייקבעו מהסכום הכספי שהנתבעת הצהירה שתעניק לחברי הקבוצה בפיצוי כספי או בהעברת הכספים לקרן ככל שלא מעשי לאתרם, גם אם הוחלט להעניק סעד בעין. פתרון זה ייתר, כאמור, את הצורך לכמת את העלות בפועל לנתבעת מהטבות.

לאור חדשנותו של מתווה זה, להלן נציג בצורה מפורטת יותר את אופן חישוב שכר הטרחה במקרה שבו הצדדים הציעו חלופה של סעד בעין. כאמור, בכל הסדר פשרה שכר הטרחה ייגזר רק מהסעד הכספי שמוצע כחלופה בהסדר הפשרה. כלומר, אם במסגרת הסדר פשרה מוצעת לחברי קבוצה אפשרות לבחור בין סעד כספי לבין סעד בעין, שכר הטרחה ייגזר מסכום הסעד הכספי וממימושו של הסעד בפועל על ידי חברי הקבוצה. בהתאם, גם במקרה שבו לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה או שפיצוי אישי אינו מעשי והצדדים מעוניינים להציע בפני בית המשפט אפשרות של סעד כספי להעברה לקרן או סעד בעין לחברי הקבוצה או לציבור, שכר הטרחה המקסימלי ייגזר מהסכום שהצדדים מציעים להעביר לקרן, גם אם בית המשפט החליט לבחור באפשרות של סעד בעין לטובת הציבור וכן יהיה תלוי בשיעור מימוש הסעד. כאמור, ההנחה שסכום הסעד הכספי המוצע בהסדר הוא הסכום שבו הנתבעת מוכנה לשאת במסגרת ההליך ומתווה זה נועד להתמודד עם הקשיים הקיימים עם סעד בעין תוך שימנע ניסיונות של הצדדים לנפח בצורה מלאכותית את שווי הפיצוי לחברי הקבוצה על מנת להגדיל את שכר הטרחה והגמול.

לאור האמור, הצוות ממליץ על תיקון החוק כך שצדדים להסדר פשרה המבקשים להציע סעד בעין, במקרה שבו סעד אישי הוא מעשי, יצטרכו להציע במקביל גם חלופה של פיצוי כספי, אשר תהיה ברירת המחדל ככל שחבר קבוצה אינו מודיע כי הוא מעוניין בסעד בעין. בנוסף, במקרה שבו סעד אישי אינו מעשי והצדדים יבקשו להציע סעד בעין לטובת הקבוצה או הציבור, הם יצטרכו להציע גם הצעה חלופית להעברת כספים לקרן, כאשר לבית המשפט בעת בחינת הסדר הפשרה תהיה הסמכות לבחור בין שתי האפשרויות שהציעו הצדדים.

²⁰³ להרחבה ראו בקלמנט, הפער בין שווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה, לעיל ה"ש 99.

בנוסף להמלצה זו, סבר הצוות כי לאור החסרונות המשמעותיים בתרומת מוצרים לעמותות שפעמים רבות אינה מתיישבת עם תכלית ההרתעה כפי שפורט לעיל (ראו פרק ב.2.א), לנוכח היקף תופעת תרומות המוצרים וכן לאור ניסיונות הצדדים לעקוף את ההוראה בעניין העברת פיצוי כספי לטובת הציבור לקרן, יש להציע תיקון חקיקה גם בעניין זה.

לאור האמור, הצוות מצא להמליץ על תיקון חקיקה לפיו לא תתאפשר תרומת מוצרים בהליך ייצוגי ולכן תרומה לטובת הציבור תתאפשר רק בכסף לקרן לחלוקת כספים.

← המלצת הצוות:

- **התמודדות עם הסדרי "קופונים":** הצוות ממליץ על תיקון החוק כך שעל צדדים להסדר פשרה המבקשים להציע סעד בעין יחולו ההוראות הבאות:
 - במקרה שבו סעד אישי הוא מעשי, הצדדים יצטרכו להציע במקביל גם חלופה של פיצוי כספי. ברירת המחלל תהיה פיצוי כספי ככל שחבר קבוצה אינו מודיע כי הוא מעוניין בסעד בעין.
 - במקרה שבו סעד כספי אישי אינו מעשי והצדדים מעוניינים להציע סעד בעין לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, הצדדים יצטרכו להציע גם הצעה חלופית להעברת כספים לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק, כאשר לבית המשפט בעת בחינת הסדר הפשרה תהיה אפשרות לבחור בין שתי האפשרויות שהציעו הצדדים.
- שיעור שכר הטרחה ייקבע מהסכום הכספי שהנתבעת הצהירה שתעניק לחברי הקבוצה בפיצוי כספי או בהעברת הכספים לקרן (ככל שלא מעשי לאתרם) ולא מהשווי המוצג של הסעד בעין וכן יהיה תלוי בשיעור מימוש הסעד בפועל.
- **תרומות מוצרים:** הצוות ממליץ על תיקון חקיקה לפיו לא תתאפשר תרומת מוצרים. תרומה לציבור תתאפשר רק בתרומה כספית באמצעות הקרן לחלוקת כספים.

הסדרת הליך הגישור

במסגרת הצוות נדונו מספר אפשרויות להתמודדות עם סוגיית הגישור במטרה להפוך את הגישור ליעיל ואפקטיבי יותר לטובת הקבוצה.

אפשרות אחת נוגעת לפרשנות של הוראות הקיימות כבר היום בתקנות הגישור כמגנות גם על אינטרס הקבוצה בתובענה ייצוגית.²⁰⁴ כך למשל, תקנה 5(א) קובעת כי "במילוי תפקידו ינהג המגשר בהגינות, בתום לב וללא משוא פנים", כאשר בתובענה ייצוגית ניתן לפרש את חובת ההגינות כחלה לא רק כלפי הצדדים הישירים להליך הגישור אלא גם כלפי מי שהפשרה תשפיע עליו. בנוסף, תקנה 8(ב)(7) קובעת כי המגשר רשאי להפסיק את הגישור, בין היתר אם הוא סבור כי "כתוצאה מהסדר הגישור עלול להיגרם נזק של ממש לצד שלישי". בפרשנות המותאמת לתובענות ייצוגיות,

²⁰⁴ בקלמנט, חובות מגשר בתובענה ייצוגית, לעיל ה"ש 126, מציג פרופ' קלמנט מספר גישות באשר לחובות המגשר בתובענות ייצוגיות. על פי גישה אחת, על המגשר לדאוג גם לזכויותיהם של חברי הקבוצה ועליו להימנע מלתמוך בהסדר שהוא סבור שאינו הוגן, ראוי וסביר עבורם. בסיס לגישה זו ניתן למצוא בתקנות אלו.

לאור האמור, המלצת הצוות היא כי נכון לקבוע בחוק חובות פירוט וגילוי על המגשר במקרים שבהם הוא ערך בירורים עובדתיים עם הצדדים ונחשף לנתונים, הגלויים לצדדים להליך, הנחוצים לשם חישוב סכום הפשרה, אשר שימשו בסיס להסדר הפשרה. במקרים אלו, פרישת תוצרי עבודת המגשר בפני בית המשפט תוכל לסייע בידי בית המשפט לצורך הערכת הסדר הפשרה ובחינה מדוקדקת שלו. יוער כי נתונים אלו יוכלו במקרים המתאימים ובאישור בית המשפט (וכאשר בית המשפט מצא הצדקה עניינית לכך) להיות מוגשים במעטפה סגורה לבית המשפט ולעיונו של היועץ המשפטי לממשלה ולא להיות גלויים לציבור.

בנוסף, מוצע לערוך תיקון בתקנות הגישור כך שייקבע במפורש שבגישור בהליך ייצוגי על המגשר יהיה לבחון גם את האינטרסים של חברי הקבוצה ולהגיש לבית המשפט רק הסדר שהוא הוגן וראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.²⁰⁶

← המלצת הצוות:

קביעת מנגנון להגשת הסדר פשרה שגובש על ידי מגשר שבמסגרתו יחולו חובות פירוט וגילוי על המגשר במקרים שבהם הוא ערך בירורים עובדתיים עם הצדדים ונחשף לנתונים, הגלויים לצדדים להליך, הנחוצים לשם חישוב סכום הפשרה, אשר שימשו בסיס להסדר הפשרה. בנוסף, מוצע לערוך תיקון בתקנות הגישור כך שייקבע במפורש כי בגישור בהליך ייצוגי על המגשר יהיה לבחון גם את האינטרסים של חברי הקבוצה ולהגיש לבית המשפט רק הסדר שהוא הוגן וראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

א. הסדרת סוגיית הפרסום לחברי הקבוצה

מכיוון שאופן פרסום ההודעות לחברי הקבוצה בדבר הפיצוי שעליו הוסכם במסגרת הסדר פשרה או פסק דין, הוא שיכריע פעמים רבות האם הפיצוי יגיע בפועל אל חברי הקבוצה, ולאור חוסר האפקטיביות של פרסום בעיתונות הכתובה כפי שפורט לעיל, נראה כי יש מקום למצוא דרכים אפקטיביות נוספות ליידוע חברי הקבוצה על זכאותם לקבלת פיצוי. בנוסף, הפרסום משמעותי גם על מנת ליידע את חברי הקבוצה שיש בעניינם הליך שמתנהל או הסדר פשרה על מנת שיוכלו להגיש התנגדות להסדר או בקשה לצאת מהקבוצה.

אחת האפשרויות שנבחנו היא קביעת חובת פרסום באתרי אינטרנט מסחריים (לדוגמה באתרי החדשות האינטרנטיים). אפשרות נוספת שנבחנה היא פרסום באמצעים דיגיטליים של הנתבעות או באמצעי הקשר של הנתבעת עם קהל לקוחותיה, במקרים המתאימים.

ביחס לאפשרות של פרסום באתרי אינטרנט מסחריים, הצוות סבר כי מדובר באפשרות מורכבת ויקרה יחסית. ראשית, העלויות של פרסום דיגיטלי הן יקרות בצורה משמעותית מפרסום בעיתונות. שנית, מבחינת המאפיינים של פרסום ברשת נראה שישנו קושי רב לפקח על הפרסום ועל רמת החשיפה של הציבור לפרסום. לצורך הדוגמה, פרסום דיגיטלי יכול להופיע בעמודים הראשונים של האתר אך יכול גם להופיע בעמודים אחרים אשר נצפים פחות. לכן, גם במקרה זה מתעוררות שאלות ביחס לאפקטיביות של הפרסום.

²⁰⁶ ראו גם הערעור בעניין ממון, לעיל הי"ש 133.

הצוות סבר כי בעידן של היום שבו למרבית החברות במשק יש דפי אינטרנט וכן חשבונות ברשתות החברתיות השונות, ניתן להניח שהאפשרות ליידע את הלקוחות של הנתבעות השונות היא גדולה יותר באמצעות אמצעים אלו ובעלות מינימלית. בנוסף, בהרבה מקרים כאשר מדובר בנתבעות שיש להן קשר מתמשך עם הלקוחות יש להם את פרטי הקשר שלהם וניתן ליצור עמם קשר ישיר ופרטני באמצעות דיוור דיגיטלי או באמצעי קשר אחר שיש לנתבעת.

לאור האמור, **המלצת הצוות היא לקבוע ברירת מחדל של חובת פרסום באמצעים דיגיטליים של הנתבעות או באמצעי הקשר של הנתבעת עם קהל לקוחותיה.** הצוות סבר כי יש לקבוע כי ככל שלנתבעת קיימים פרטי חברי הקבוצה, ברירת המחדל היא העברת המידע באופן אישי לחברי הקבוצה באמצעות אמצעי הקשר של הנתבעת עם לקוחותיה. בנוסף, במקרה שבו לנתבעת אין את פרטי חברי הקבוצה או שלא ניתן לזהות ולאחר את חברי הקבוצה בעלויות סבירות, ברירת המחדל תהיה פרסום באתר המרשתת של הנתבעת בפרסום ברור ובולט וכן בכל אמצעי דיגיטלי אחר שבו לנתבעת יש קשר עם קהל לקוחותיה. פרסומים אלו הם בעלות נמוכה ולא דורשים השקעה רבה אך מנגד ניתן להניח כי מידת האפקטיביות של פרסומים אלו תהיה יחסית גבוהה.

דומה שניתן להגיע למסקנה זהה גם בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק הקיים כיום, אולם הצוות סבור שיש תועלת בהבהרה קונקרטית יותר של הדברים בחקיקה, כאמור.

בנוסף, מוצע לבחון לקבוע כי ההודעות לחברי הקבוצה יפורסמו גם באתר ייעודי שיוקם בתקציב ציבורי, שנתבעות יפרסמו בו באופן מרוכז וללא עלות. אמנם ניתן להניח כי חברי קבוצה שאינם יודעים שהוגשה בעניינם תובענה ייצוגית לא ייכנסו לאתר. עם זאת, ייתכן שהפרסום במיקום אחד יאפשר לגורמים פרטיים להשתמש במידע זה לצורך הגברת הידוע של חברי הקבוצה. מכיוון שמדובר בהצעה בעלות יחסית זניחה, מוצע לבחון לקבוע כאמור בנוסף להמלצה העיקרית שהובאה לעיל.

לעמדת הצוות, יישום המלצות אלו בחקיקה יביא לכך שבמרביתם המוחלט של המקרים לא יהיה עוד צורך בפרסום הסדרי הפשרה בעיתונות, שכן, כפי שצוין לעיל, לרוב לפרסום בעיתונות יש אפקטיביות נמוכה למדי אשר מביאה לכך שהנתבעות מוציאות סכומי כסף משמעותיים על פרסום שאינו יעיל דיו.

← **המלצת הצוות:**

המלצת הצוות היא לקבוע ברירת מחדל של חובת פרסום באמצעים דיגיטליים של הנתבעות או באמצעי הקשר של הנתבעת עם קהל לקוחותיה.

בנוסף, מוצע לשקול לקבוע כי ההודעות לחברי הקבוצה יפורסמו גם באתר ייעודי שנתבעות יפרסמו בו ללא עלות.

3.ד. מערכת היחסים בין התובע הייצוגי ובא כוחו

חלוקת הסיכונים בין התובע הייצוגי ובא כוחו

על מנת להתמודד עם הקושי לפיו חלוקת הסיכונים בתובענה ייצוגית בין התובע הייצוגי ובא כוחו אינה מתאימה לתוחלת הרווח ומידת המעורבות שלהם בהליך, הועלתה הצעה לפיה בית המשפט יהיה רשאי להטיל הוצאות על עורכי הדין וזאת מתוך הכרה ביחסים המיוחדים שבין התובע לבא כוחו. בעניין זה, נטען כי העובדה שמי שנושא בסיכונים בהליך הוא התובע הייצוגי, מייצרת עבור עורכי הדין תמריצים להגשת תובענות ייצוגיות לא מבוססות וכי פסיקת הוצאות לעורכי דין תיישב בין המעמד של העורך דין והשפעתו לבין האחריות שיש ליחס לו אם ההליך ייכשל.²⁰⁷

בנוסף, הועלתה הצעה לערוך שינוי בכללי האתיקה כך שעורכי הדין יוכלו לשאת בהוצאות לצורך מימון ההליך, בהתחשב בכך שכאמור עורכי הדין הם הגורם הדומיננטי בניהול התובענה הייצוגית. בנוסף, לעיתים לתובעים ייצוגיים לא משתלם להוציא סכומי כסף משמעותיים לצורך מימון ההליך שכן תוחלת הרווח שלהם נמוכה יותר. הצעה נוספת שעלתה היא כי הסכם הייצוג של התובע הייצוגי אל מול עורך הדין יוצג בפני בית המשפט, כך שבית המשפט יוכל לבחון את חלוקת הסיכונים, ההוצאות והרווחים בין התובע הייצוגי לבין עורך דינו.

הצוות סבר כי לאור תפקידו הייחודי של עורך הדין בתובענה הייצוגית כך שעורך הדין הוא שותף להליך ולא רק מייצג בו, ולאור הייחודיות של מערכת היחסים בין התובע הייצוגי לבא כוחו ותוחלת הרווח הגדולה יותר לעורכי הדין, הכלל הרגיל לפיו הוצאות המשפט מוטלות על בעל הדין, אינו מתאים.

כאמור, נקודת המוצא היא כי הליך התובענה הייצוגית הוא מיזם כלכלי ולכן יש להתייחס לתמריצים הכלכליים של הצדדים ונראה כי יש היגיון בכך שהסיכון בכך שהמיזם נכשל לא יוטל רק על התובע הייצוגי אלא גם על עורך דינו וזאת במקרים המתאימים. כך, הצד השני של המשוואה לכך שכאשר הליך התובענה הייצוגית הביא לתועלת לקבוצה עורך הדין מקבל על כך תגמול משמעותי, הוא שבמקרה ההפוך, עורך הדין יישא בהוצאות.

כיום, נראה שישנו כשל מובנה במערך התמריצים הקיים להגשת תובענה ייצוגית וזאת לאור העובדה שהסיכוי שיוטלו על עורכי הדין הוצאות הוא מזערי. בכך נוצר עיוות מסוים שכן לעורך הדין יש תמריץ גבוה להגשת תובענות ייצוגיות, כאשר הסיכון במקרה של דחיית התביעה, מוטל בעיקרו על התובע הייצוגי.

יצוין כי גם בספרות נשמעה עמדה לפיה פסיקת הוצאות והטלתן על עורכי דין תיישב בין המעמד של העורך דין והשפעתו לבין האחריות שיש ליחס לו אם ההליך ייכשל. כן צוין שנראה כי השתתפותו של עורך הדין בהוצאות המשפט תביא להפנמה של חלק מעלויות ההליך.²⁰⁸

לאור האמור לעיל, סבר הצוות כי יש להסדיר את סוגיית ההוצאות בהקשר של עורכי הדין וזאת לצורך טיוב השימוש בכלי התובענה הייצוגית. במסגרת זו בית המשפט ישקול גם את ההוצאות שהוצאו על ידי הנתבעות לצורך התגוננות בתביעה. כך, ייווצר איזון נכון לפיו לצד האפשרות לרווח

²⁰⁷ ראו גם ברועי פדל "אחריותם של שני אדונים – מודלים לחלוקת אחריות אופקית בין התובע הייצוגי לבין עורך הדין המייצג, ככלי לצמצום חוסר האיזון הכפול בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות" המשפט כג 263 (2017).
²⁰⁸ שם.

כספי, ישנן גם חובות אשר נובעות מן הרצון לנהל הליך של תובענה ייצוגית. יודגש כי אין מדובר בהוצאות עונשיות, אלא בהוצאות שמבטאות את מעמדו של עורך הדין בהליך התובענה הייצוגית.

כפי שצוין לעיל, בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות (בתקנה 152) נקבעה ברירת מחדל של חיוב בהוצאות על הצדדים להליך. בהתאם לכך, הצוות מבקש להמליץ כי ברוח תקנות סדר הדין האזרחי תיקבע חובה להטיל הוצאות משפט סבירות והוגנות במקרים שבהם נדחתה הבקשה לאישור, למעט במקרים שבהם מצא בית המשפט כי מתקיימים טעמים מיוחדים שלא לחייב בהוצאות. במקרים שבהם בית המשפט סבור כי יש להטיל את ההוצאות על צד התביעה, ברירת המחלל תהיה חיוב בהוצאות על באי כוח התובע הייצוגי ולא על התובע הייצוגי.

בכל הנוגע להמלצה על חשיפת הסכם הייצוגי, ראו בפרק ד.2.א.

בנוסף, לאור העובדה שכללי האתיקה הם בסמכותה של המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, הצוות ממליץ כי תיערך פניה ללשכת עורכי הדין לצורך בחינת האפשרות לערוך שינוי בכללי האתיקה כך שעורכי דין יוכלו לשאת בניהול הוצאות ההליך.

← המלצת הצוות:

מוצע לקבוע ברירת מחדל של חיוב בהוצאות על עורכי דין במסגרת הליכי תובענות ייצוגיות, במקרים שבהם בית המשפט יחליט להטיל הוצאות, למעט במקרים שבהם מצא בית המשפט כי מתקיימים טעמים מיוחדים שלא לחייב בהוצאות את עורך הדין אלא את התובע הייצוגי.

א. דרישת "העילה האישית"

במסגרת דיוני הצוות בסוגיית מערכת היחסים בין התובע הייצוגי ובא כוחו, נידונה גם הדרישה ל"עילה אישית" של התובע הייצוגי במסגרת ההליך.

בדיוני הצוות, הוצע על ידי חלק מהגורמים שהופיעו בפני הצוות לוותר על הצורך בעילה אישית של תובע ייצוגי ולאפשר לעורכי דין להגיש תובענות ייצוגיות ללא תובע ייצוגי. הם ציינו בהקשר זה כי בפרקטיקה ישנו חוסר אחידות גדול בין השופטים ולא כולם אכן בוחנים שיש עילה אישית. גורמים אחרים המייצגים תובעים ייצוגיים שהופיעו בפני הצוות סברו כי ראוי להותיר את הדרישה לעילה אישית על כנה ואין מקום לוותר עליה, מהסיבות שפורטו לעיל.²⁰⁹

במסגרת הדיונים בצוות, נדונה האפשרות של הוספת מסלול נוסף להגשת תובענה ייצוגית ללא תובע ייצוגי תוך שיוכח שקיימים חברי קבוצה שנפגעו בפועל.

לאחר בחינת הנושא, הצוות סבר כי אין מקום לאפשר הגשת תובענות ללא תובע ייצוגי וכי יש להותיר את המנגנון הבנוי הן על תובע ייצוגי והן על עורך דין. זאת, מתוך הבנה כי מנגנון זה מביא לכך שבעלי התפקידים יאזנו זה את זה, באמצעות אי יצירת תלות ביניהם.²¹⁰ בנוסף, מהות התובענה הייצוגית היא אוסף של עילות אישיות ולכן עולה חשש כי וויתור על תובע בעל עילה אישית יביא להרחבת התופעה של תביעות הסרק.

²⁰⁹ ראו הדיון במסגרת פרק ב.3.א.

²¹⁰ ראו גם בעניין חלפון, לעיל ה"ש 140, פסי' 48 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף.

4.ד. הרחבת האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות

ביטול התוספת השניה לחוק או הוספת עילות נוספות

במסגרת הפגישות שנערכו בצוות וכן במסגרת התגובות שהתקבלו לקול הקורא נשמעו עמדות לפיהן יש מקום לבטל את התוספת השניה לחוק על מנת לאפשר הגשת בקשות בכל הנושאים או להרחיב את התוספת השניה ולהוסיף לה עילות. אחד הנושאים שחזרו ועלו נוגע להרחבת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בגין פגיעה בפרטיות. כיום, תביעה בעילה לפי חוק זה אינה מהווה עילה נפרדת בתוספת השניה לחוק, ועל כן ניתן להגיש תובענה ייצוגית בגין פגיעה בפרטיות רק כאשר היא נעשית במסגרת אחת ממערכות היחסים שבתוספת השניה (כאשר הרלוונטיות ביותר היא יחסי עוסק ולקוח). עם זאת, לא כל תביעה בגין פגיעה בפרטיות נכנסת לאחת ממערכות היחסים האלו וכיום במקרים אלו, לא ניתן להגיש את התביעה כתובענה ייצוגית.²¹¹ כך, צוין כי האפשרות להגיש תובענה ייצוגית רק במקרה של יחסי עוסק-לקוח מביאה לכך שבמקרים רבים לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית על הפרה של חוק הגנת הפרטיות.

בכל הנוגע לאפשרות להורות על ביטול התוספת השניה לחוק, הצוות סבר כי המודל שנקבע בחוק הוא מודל ראוי ואין לערוך בו שינוי כך שתתאפשר הגשת תובענה ייצוגית בכל עניין. הניסיון המצטבר מלמד כי התובענה הייצוגית היא כלי משמעותי ביותר ויש לו השפעה משמעותית ביותר על כלל הציבור. לאור האמור, נראה כי התפיסה לפיה עדיפה בחינה נפרדת של התאמת ההליך לכל תחום בנפרד, תוך בחינה של קשיי האכיפה שמעורר התחום, האמצעים האלטרנטיביים שעומדים בפני הציבור והסיכונים הכרוכים בהפעלת הליך זה, עודנה נכונה ואין מקום לאפשר שימוש בכלי זה ללא בחינה מהותית של כל תחום. בנוסף, מפגישות שערך הצוות וכן בבחינה של ההערות שהתקבלו לקול הקורא נראה כי לאמיתו של דבר מלבד הסדרת האפשרות להגיש תביעות בגין הפרה של פרטיות גם נגד מי שאינו עוסק, כמעט לא עלתה דרישה נוספת להוספת תחומים נוספים לתוספת השניה לחוק. לכן, נראה כי אין מקום להמליץ על תיקון החוק בעניין זה. יובהר כי במהלך השנים הוספו פרטים מתאימים לתוספת.

לעניין הוספת עילה בגין פגיעה בפרטיות לתוספת השניה לחוק, במסגרת עבודת הצוות עלה שכיום, בייחוד בעידן הדיגיטלי שצובר תאוצה, המידע האישי הפך מטבע עובר לסוחר וערכו הכלכלי עלה. משכך, גורמים רבים מחזיקים מידע על פרטים גם כאשר אין בין הצדדים מערכת יחסים חוזית, ולו למשל כשמידע נמכר לגוף מסחרי אחר או שמקורו של המידע בפגיעה בפרטיות שלא כדין.

לאור האמור, ביקש הצוות לשקול את האפשרות לתקן את התוספת השניה לחוק ולהוסיף עילה נפרדת לחוק הגנת הפרטיות.

מחד גיסא, לעמדת הצוות, רבות מהפגיעות בפרטיות תואמות את ההיגיון של חוק תובענות ייצוגיות, בין היתר בשל המאפיינים הבאים: במקרים רבים הנוק הכספי הנפרד לכל נושא מידע (משתמש או לקוח) קטן מהסף המתמרח אותו לפתוח הליך בעצמו; הרווח בצד ההפרות עשוי להיות משמעותי; לעיתים מזומנות העוולות מבוצעות כלפי קבוצה גדולה של נושאי מידע; רבות מן

²¹¹ ראו למשל בעניין **קדימה מדע-חינוך לחיים**, לעיל ה"ש 173, שם הוגשה תובענה ייצוגית נגד חברה אשר אחראית לספק חינוך לילדים חולים וזאת בהתאם למכרז של משרד החינוך. במסגרת התובענה נטען כי שמות התלמידים וההורים העושים שימוש בשירותים דלפו מהאתר שבאמצעותו ניתנו השירותים על ידי החברה. בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן להגיש במקרה זה תובענה ייצוגית, בין היתר, מכיוון שמדובר בשירותי חינוך הניתנים מכוח חובה על פי דין וללא כל עלות ולכן מדובר בפעילות בעלת אופי שלטוני-ציבורי ולא במסגרת יחסים של עוסק-לקוח, ולכן, התביעה לא נכנסת לפרטים בתוספת השניה לחוק.

ההפרות מבוצעות בידי תאגידי ענק, ודאי אלה המספקים את השירותים הפופולאריים שבהם משתמש הציבור. במקרים אלו, פערי הכוחות בינם לבין נושאי המידע משמעותיים והפרקטיקה של שימוש במידע אישי נפוצה ובעלת היקפי סיכון משמעותיים, בין השאר בכל הנוגע לאחזקת מאגרי מידע.

מאידך גיסא, הצוות סבר כי אין להתעלם מהקשיים הקיימים היום במנגנון התובענה הייצוגית, כפי שפורטו במסגרת דו"ח זה. החשש הוא שהוספת פרט נוסף לחוק תובענות ייצוגיות, תחריף את הבעיות הקיימות בתחום ותביא לשימוש לרעה בכלי זה. ראשית, מדובר בהוספה של נתבעות פוטנציאלים רבות, כך שהחשש מפני תביעות סרק מתגבר. שנית, עולה חשש כי כפי שקרה בתחומים אחרים, תהיה הצפה של תובענות ייצוגיות ביחס להפרות של הוראות חוק שבהן לא ברור שנגרם נזק לחברי הקבוצה (למשל תביעה על אי רישום מאגר מידע). בהקשר זה יובהר כי אמנם הצוות הציע המלצות שנועדו לתת מענה לקשיים הקיימים בחוק תובענות ייצוגיות. עם זאת, מאליו ברור כי בעת הוספת פרט חדש לחוק תובענות ייצוגיות, ובהמשך לידע שנצבר בתחום ביחס לשימוש בכלי התובענה הייצוגית, יש לבחון כיצד ניתן לצמצם, מלכתחילה, את הכשלים הקיימים כיום בתחום.

לאור כל האמור לעיל, הצוות סבר כי יש טעם והיגיון ביצירת פרט נפרד לחוק הגנת הפרטיות, בד בבד עם אימוץ יתר ההמלצות בדו"ח זה ובפרט אלה לגבי תביעות קלות ערך. לאור הקשיים שהוצגו במסגרת דו"ח זה, יש לבחון את היקפו של הפרט בטרם יוחלט על הוספתו לתוספת השניה לחוק ולהגדירו היטב על מנת להעצים את ההגנה על הפרטיות ולמעט בתופעות שאינן רצויות שמלוות את התחום.

← המלצת הצוות:

המשך בחינת האפשרות להוספת פרט נפרד להפרה של חוק הגנת הפרטיות, תוך בחינת היקפו.

א. הרחבת האפשרות להגשת תביעות על ידי ארגונים

במסגרת ההתייחסויות שהתקבלו צוין כי דרישת הקושי להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילה אישית הקבועה כיום בחוק, מקשה מאוד על ארגונים להגיש תביעות וכי לא ברורה ההצדקה לדרישה זו ככל שהארגון מוכיח קיומה של קבוצת נפגעים. לכן, הוצע לקבוע כי ארגונים יוכלו להגיש תובענות ייצוגיות גם במקרה שבו אין קושי להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילה אישית.

בהתאם לפסיקה, נקודת המוצא בכל הנוגע להגשת תביעות על ידי ארגונים היא שיש ערך רב בשילובם של ארגונים הפועלים למטרות ציבוריות במוסד התובענה הייצוגית וההלכה היא שיש להימנע מגישה מרחיבה ביחס לדרישת הקושי.²¹² מכל מקום, עדיין על ארגון להוכיח בכל מקרה ומקרה כי בנסיבות העניין יש קושי כאמור.

הצוות התרשם כי לא קיימת תופעה ממשית של שימוש לרעה של ארגונים בכלי התובענה הייצוגית.²¹³ עוד סבר הצוות כי הרחבת האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות על ידי ארגונים

²¹² רע"א 6641/20 י.ו.א.ל. ירושלים אויל אקספלוריישין בע"מ נ' משה הייט (נבו 29.11.2022) (להלן: "עניין הייט"); ערעור קול ברמה, לעיל ה"ש 153.

²¹³ ראו גם עניין הייט, שם, בפס" 16: "כיום, בחלוף זמן מאז חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, ניתן לומר בבטחה כי החשש מפני ניצול לרעה של המנגנון הייצוגי על ידי ארגונים התבדה במידה רבה. יש בהחלט מקום לעודד הגשה וניהול

המקדמים מטרות ציבוריות, תואמת תכלית זו ומשתלבת עם התפיסה הכללית שאותה ביקש חוק תובענות ייצוגיות לקדם שהיא עידוד תובענות ייצוגיות ראויות והסרת מחסומים דיוניים מעל תביעות אלו.²¹⁴ בנוסף, לעמדת חברי הצוות, בעיית הנציג מתמתנת כאשר התובענה הייצוגית מוגשת על ידי ארגון, שכן ככלל מדובר על ארגונים אשר מגישים תביעות לא לשם רווח כלכלי אלא לצורך הגשמת מטרות ציבוריות וחברתיות.²¹⁵

לאור האמור, המלצת הצוות היא כי יש מקום לבטל את דרישת הקושי הקבועה בסעיף 4(א)(3) לחוק בכל הנוגע להגשת תביעות על ידי ארגונים. יובהר כי כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק והתביעה מוגשת על ידי ארגון, על הארגון להראות שנגרם נזק מיוחד לאחד מחברי הקבוצה או שקיימת אפשרות סבירה לנזק כאמור.²¹⁶

← המלצת הצוות:

הצוות ממליץ לבטל את דרישת הקושי להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילה אישית, הקבועה בסעיף 4(א)(3) לחוק בכל הנוגע להגשת תביעות על ידי ארגונים, כאשר במקרה שבו נזק הוא אחד מיסודות העילה, על הארגון יהיה להראות שנגרם נזק מיוחד לאחד מחברי הקבוצה או שקיימת אפשרות סבירה לנזק כאמור.

5. ד. תובענות ייצוגיות המתמקדות בנושאים שמפוקחים על ידי מאסדרים שונים

הצוות סבר כי אחד מהחששות שעולים ממתן הגנה לנתבעות שפעלו בהתאם להנחיית המאסדר נוגע לכך שנתבעות "ייסתתרו" מאחורי הטענה כי הן פעלו בהתאם להנחיית המאסדר ובכך ישילו מעצמן אחריות לעמוד בהוראות החוק, תוך גלגול האחריות על המאסדר וגרירתו לתוך ההליך ואף העברת הנטל אליו.²¹⁷ בנוסף, מתן הגנה כאמור עלול לשנות את אופן ההתנהלות של המפוקחים כך שיהיה ניסיון לבקש אישורים מראש גם במקרים שאין בכך צורך. בהקשר זה יש גם להתייחס לחשש לפיו בכל הליך נתבעות ינסו לטעון כי פעלו בהתאם להנחיית המאסדר ואף יבקשו להסתמך על אישורים

של הליכים ייצוגיים בידי ארגונים הפועלים לקידום מטרות ציבוריות, באופן העולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות".

²¹⁴ ראו דברי ההסבר לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 4; ראו דברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית, לעיל ה"ש 2; ראו בפסק הדין בערעור בעניין **במי הגליל**, לעיל ה"ש 89, פסי' כ"ב לפסק הדין של כבי' השופט רובינשטיין. אמנם הוחלט על דיון נוסף בתיק זה, אך לא בסוגיה זו; ראו השופטת חיות, התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית, לעיל ה"ש 74, בעמ' 942-946, שם היא עומדת על מגמה של מעבר מפרוצדורה למהות המשתלבת היטב במגמה כללית בתחומים נוספים.

²¹⁵ ראו גם בדיונים בהצעת החוק, פרוטוקול ישיבה 660 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 33 (7.2.2006), שם עמדו עו"ד תמי סלע (היועצת המשפטית של הוועדה) וגב' שרית דנה (המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז) על היתרונות שבייצוג ע"י ארגון ציבורי. וכן ראו פרוטוקול ישיבה 5 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 81-82 (3.8.2005).

²¹⁶ מושכלות יסוד הן כי על מנת להגיש תביעה לפיצוי בגין נזק, על הניזוק להראות כי נגרם לו נזק מיוחד (ע"א 448/87 **צבי המרמן, קבלן לבנין בע"מ נ' עיד אברהים חסן**, פ"ד מג(3) 810) כידוע, התובענה הייצוגית היא כלי דיוני לאיחוד תביעות פרטניות והיא אינה יכולה לייצר עילת תביעה לקבוצה, מקום שזו אינה קיימת לפי הדין המהותי לכל אחד מחברי הקבוצה. לכן, בעצם הגשת התביעה על ידי ארגון אין כדי להקנות לחברי הקבוצה עילת תביעה שלא הייתה מוקנית לכל אחד מהם בתביעה אישית. יובהר כי בהתאם לדוקטרינות מוכרות מן המשפט המקובל, בתביעות המוגשות בשל נזקים שנגרמו לכלל הציבור, המדינה היא התובע הנכון בשם כלל הציבור (עמדה זו הוגשה לבית המשפט על ידי היועץ המשפטי לממשלה במספר תיקים).

²¹⁷ בע"א 6187/15 **פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קרן הפנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ" נ' מיכאל צולר**, פסי' 37 לפסק דינה של כבי' השופטת ברון (נבו 28.5.2018), עמד בית המשפט העליון על כך שאין בהיעדר הפעלת סמכויות אכיפה על ידי מאסדר כדי לגרוע מהאחריות של הגוף המפוקח, וזאת בשים לב, בין היתר, גם למגבלות תקציביות של המאסדר וכן העובדה שהוא פועל תחת סדרי עדיפויות ושקולים רבים ומגוונים עשויים להנחות את פעילותו.

שניתנו באופן לא פורמלי.²¹⁸ בנוסף, בחלק מהמקרים מדובר בעניין של פרשנות כך שניתן לפרש את הנחיית המאסדר במספר דרכים וכלל לא בטוח שהפרשנות של המפוקח תואמת את הרציונל של המאסדר בהנחייתו.

הצוות סבר כי מדובר בנושא מורכב ואכן יש מצבים שבהם המפוקח פעל בהתאם למדיניות של המאסדר ועל כן ייתכן שישנם מקרים שבהם אין הצדקה לניהול תובענה ייצוגית או שקיימת הצדקה להתחשב בכך בקביעת גובה הפיצוי. במסגרת זו, הצוות סבר כי ייתכן שבמקרים אלו יש מקום לכך שהמאסדר ישקול, לצד השיקולים הנוספים הרלוונטיים, הגשת עמדה בהליך, על מנת להביא בפני בית המשפט את התשתית העובדתית המלאה הנוגעת לתובענה ואת הפרשנות שלו לדין שחל במועד שנתן אישור, ככל שנתן ועל בית המשפט יהיה להתייחס גם לעניין זה במסגרת החלטתו האם לאשר את התובענה. עם זאת, חברי הצוות סברו כי אין מקום לשנות את ברירת המחדל על ידי קביעת כלל קטגורי של חסימת תובענות ייצוגיות בכל מקרה ומקרה, כך שלא ניתן יהיה במקרים אלו להגיש תובענה ייצוגית או שתהיה לנתבעות הגנה אוטומטית ולא תופעל ביקורת שיפוטית בהתאם למכלול נסיבות המקרה הפרטי (ובין היתר בשים לב לטיבה של ההנחיה הקונקרטית, היקפה ומידת ההסתמכות עליה בפועל). לאור מורכבות הנושא וההשפעה שלו על השוק, הצוות סבר כי יש להמשיך ולדון בנושא.

ד.6. תובענה ייצוגית נגד רשות לפי פרט 11

פניה מוקדמת

לאור היתרונות הבולטים בפניה מוקדמת, כפי שהתחדד לצוות מנתוני רשות המיסים (לפירוט ראו פרק ג.1.), שהראו כי מנגנון הפניה המוקדמת הוא יעיל ואכן חוסך משאבים והליכים בבתי המשפט, סברו חברי הצוות כי ראוי לקבוע מנגנון של פניה מוקדמת לרשות.

הצעה אחת שעלתה היא לקבוע חובת פניה מוקדמת לרשות בפרט 11 בלבד. בהתאם להצעה זו, את סוגיית הפניה המוקדמת יש לבחון בעיקר בשים לב לאופייה הייחודי של התובענה הייצוגית בפרט זה שתכליתה המרכזית אינה מתמקדת בהשבת כספים שנגבו שלא כדין, אלא באכיפת הדין מכאן ולהבא, כך שהרשות תפעל כדין.²¹⁹ כך, כאשר מוגשת נגד הרשות תובענה ייצוגית היא רשאית להודיע על חדילה מגביית הכספים והתביעה נגדה לא תאושר. בדיונים הכלליים שנערכו על הפניה המוקדמת, התייחסו חברי הצוות לכך שהמקרים שבהם נכון לחייב בעריכת פניה מוקדמת הם כאמור בעיקר כאשר הפניה יכולה להוות תחליף יחסית מלא להליך הייצוגי. לכן, בעריכת פניה מוקדמת לרשות בטרם הגשת תביעה נגדה בפרט 11 ניתן להגיע לתכלית המרכזית של ההליך שהיא הפסקת הגביה ללא היזקקות להליך משפטי ובכך להגשים ביעילות את תכליתה של התובענה הייצוגית בפרט זה תוך חיסכון במשאבים לכל הצדדים ולמערכת השיפוטית. בנוסף, במקרים לא מעטים, הפניה המוקדמת עשויה להבהיר לפונה שטענותיו בטעות יסודן ואין כל דופי באופן פעולת הרשות, שגבתה את הכספים כדת וכדין. כך, הפניה המוקדמת תחסוך ניהול הליך משפטי מיותר. כלומר, היתרונות שהוצגו בפרק שעסק בפניה המוקדמת (ראו פרק ד.1.א.), מתחדדים במקרה שמדובר בתביעה לפי פרט 11.

²¹⁸ ראו למשל בע"א 9294/16 אושרת שמעון נ' חברת איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ (נבו, 4.2.2020) ובדנ"א 1953/20 איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ נ' אושרת שמעון (נבו 2.3.2021) שם התייחס בית המשפט העליון לקשיי הסתמכות העולים מאופי המסמכים שמהם נלמדה עמדת המאסדר.
²¹⁹ ראו בעניין טיומקין, לעיל ה"ש 155, פס' 25 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז) חיות.

כך גם לאור ההגדרה בחוק של הליך התובענה הייצוגית נגד רשות לפי פרט 11 כתובענה **מנהלית**, כאשר משמעות הדברים שחלה על הליך זה דואליות נורמטיבית, ובמסגרת זו, חלים על ההליך, בין היתר כללי המשפטי המנהלי, גם אם בהתאמות הנדרשות לאופיו הייחודי של ההליך הייצוגי. ככלל, לפי כללי המשפט המנהלי, אדם המעוניין להביא לשינוי החלטת רשות מנהלית, צריך להקדים ולפנות אליה בעניין בטרם ינקוט הליך משפטי, תוך מיצוי סביר של דרכי הפעולה המקובלות. בהתאם, קביעת חובת פנייה מוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית מנהלית נגד רשות, תואמת את כללי המשפט המנהלי ואת עילות הסף הנהוגות בהליכים מנהליים.

לעניין החסרונות של הליך הפניה המוקדמת, כאמור, אחד החששות המרכזיים שעולים בהקשר של פניה מוקדמת הוא החשש הנוגע לכך שפנייה מוקדמת תביא להיענות של הנתבעת כלפי התובע המייצג בלבד, ולא כלפי הקבוצה כולה. עם זאת, כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות המוגשות כנגד רשויות מנהליות, ככלל, לא קיים חשש כזה, שהרי הרשויות מחויבות לנהוג בשוויון, ולפיכך חזקה היא, שכל שינוי שיעשה בעקבות הפנייה המוקדמת יוחל ביחס לקבוצה כולה. עוד יצוין, כי גם קביעת מנגנון פיקוח והחלת חובת שקיפות, כמפורט מטה, יכולה לתת מענה לחשש זה.

חסרון נוסף נוגע לחשש מהעדר פיקוח מצד בית משפט על אופן פעילות הרשות. כפי שצוין לעיל, בתובענות ייצוגיות יש פיקוח הדוק של בית המשפט לאורך כל שלבי ההליך. בפניה מוקדמת שנענית, מכיוון שההליך לא מנוהל בבית משפט, אין פיקוח מצד בית משפט והאחריות היא על הפונה לוודא שאכן הרשות חדלה בפועל. עם זאת, ברור שככל שהתובע הייצוגי ובא כוחו קיבלו את הגמול ושכר הטרחה התמריץ לעקוב אחר פעילות הרשות פוחת. אחד החששות שעלו הוא למשל מקרה שבו על אף שהרשות הצהירה כי היא תפסיק את הגביה, בפועל לא מתבצעת חדילה מלאה. אמנם חששות אלו פחותים באופן משמעותי כאשר מדובר ברשות וזאת לאור חזקת התקינות המנהלית.²²⁰ עם זאת, הצוות סבר כי על המנגנון שייקבע להתמודד גם עם נושא זה. מעבר לצורך בפיקוח, ניהול ההליך בבית משפט מאפשר גם יידוע של הציבור ושל תובעים פוטנציאליים נוספים אודות ההליך. גם בדיון הנוסף **בעניין מי הגליל** חלק מחברי ההרכב הביעו חשש מעריכת פניה מוקדמת ללא פיקוח של בית המשפט וצוין כי לגישתם ככל שתיקבע חובת פניה מוקדמת יש צורך לקבוע מנגנון פיקוח ממצה לפניה המוקדמת אשר במסגרתו אף ייקבעו חובות גילוי לצורך יידוע חברי הקבוצה והציבור.²²¹

הצעה נוספת שעלתה בצוות היא קביעת חובת פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות גם ביחס לתביעה נגד רשות בפרטים האחרים בתוספת השניה לחוק. בהקשר זה יצוין כי בדיון הנוסף בעניין **מי הגליל** עמדת היחיד של כב' השופט הנדל (שאימצה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשה באותו הליך) תמכה בהרחבת התחולה של חובת הפניה המוקדמת נגד רשות גם בפרטים אחרים.²²² הוא סבר כי בנוסף לעקרונות המשפט המנהלי הדורשים עריכת פניה מוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית לפי פרט 11, קיימים אדנים נוספים הדורשים עריכת פניה מוקדמת כאמור טרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות, בכל עילה. השופט הנדל סבור, שחובות תום הלב והייצוג בדרך הולמת, תכלית החוק בדבר ניהול יעיל והוגן של תביעות ייצוגיות והדרישה לקדם

²²⁰ ראו גם בדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 157, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן וכן בדעת המיעוט של כב' השופט הנדל, פס' 20, 16.

²²¹ שם, פס' 45-47 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות.

²²² שם, פס' 18-21, 16 לפסק דינו של כב' השופט הנדל. יודגש כי המדובר בדעת יחיד בדיון הנוסף, אשר השופטים האחרים לא התייחסו אליה לגופה.

את טובתה ותועלתה של הקבוצה מבססות כשלעצמן את חובת הפנייה, יחד עם ההנחה כי פנייה כזאת מקדמת יעילות ואפקטיביות ובכוחה להביא להפסקה מהירה של פעילות שלא כדין על ידי הרשות ולחיסכון במשאבים. לגישתו של השופט הנדל, עקרונות אלה מחייבים, פנייה מוקדמת גם במקרים שבהם מקור התובענה כנגד רשות נעוץ במישור האזרחי-מסחרי, ובהתחשב במאפיינים הייחודיים של המדינה ורשויותיה. שהרי גם כשמדובר בהליך אזרחי חלה על הרשות חובת הגינות מוגברת כלפי הפרט והיא משמשת כנאמן הציבור וכפועל יוצא מכך ההנחה היא שהרשות תבחן באופן מעמיק פניות מוקדמות ותתקן את התנהלותה כשהדבר יידרש ותנהג באופן הגון, ראוי ושוויוני ולא תיתן מענה סלקטיבי רק לפונה הקונקרטי. בהתאם להצעה זו, יש לקבוע חובת פניה מוקדמת בטרם הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות בכל הפרטים שבתוספת השניה לחוק, משעה שקיימים יתרונות מובהקים בפניה מוקדמת של חיסכון בהליכים (כאשר יובהר לפונה שהתביעה חסרת עילה והוא לא יגיש תביעה), צמצום המחלוקות בהליכים שיתבררו וייעול ומיקוד הדיון, חיסכון במשאבים לבתי המשפט וחיסכון במשאבי הרשות והתובעים כאחד, וכאשר מצד שני, ככלל, אין חשש לעסקאות "מתחת השולחן" וחזקה על הרשות שהיא תפעל באופן כללי והגון כלפי הקבוצה כולה. עוד הטעימו חלק מחברי הצוות, שקביעת חובת פנייה מוקדמת כאמור, ובהתחשב במאפיינים המיוחדים של תביעה נגד רשות, עולה בקנה אחד עם ערכי היעילות העומדים, בין היתר, בתשתיתן של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

בסוגיה זו של היקף החלת חובת הפניה המוקדמת – ביחס לפרט 11 בלבד או ביחס לכל הפרטים שבתוספת השניה, הצוות לא הגיע להכרעה. עם זאת, כל חברי הצוות הסכימו שביחס לפרט 11, ראוי לקבוע בחקיקה חובת פנייה מוקדמת.

במסגרת הדיונים בסוגיית הפניה המוקדמת, נדונה גם הסוגיה של קביעת שכר טרחה וגמול ביחס לפניה מוקדמת שנענתה. בעניין זה, הצעה אחת שעלתה היא לחייב בפנייה מוקדמת לרשות לפני הגשת תובענה ייצוגית בלא קביעת תגמול בצידה. בהקשר זה צוין כי המשאבים והעלויות הנדרשים מתובע ייצוגי ומבא כוחו לצורך עריכת פניה מוקדמת הם נמוכים משמעותית בהשוואה להגשת בקשה לבית משפט, על כל המשתמע מכך. בנוסף, יש להימנע מהפיכת כל מעשה של אזרחות טובה לאמצעי לקבלת תגמול כספי, בייחוד במקרים שבהם הפניה לא היתה כרוכה במשאבים משמעותיים. כן צוין כי יש הליכים נוספים שבהם יש חובת פניה מוקדמת לרשות ושבהם הרשות אינה נדרשת לשלם שכר טרחה, למשל בפניה מוקדמת לפני הגשת עתירה מנהלית או עתירה לבג"ץ, כאשר גם במקרים אלו ברור שיש לפניה המוקדמת חשיבות ציבורית והיא אף יכולה להביא לשינוי המדיניות של הרשות.

מנגד, עלתה הצעה לקבוע חובת תשלום תגמול לפונה בפניה מוקדמת לרשות. לעניין זה, נטען כי בהסדרת הסוגיה של פניה מוקדמת יש להתייחס גם לכך שמדובר בחלק מההליך הייצוגי, כאשר התובענה הייצוגית מבוססת על מערך תמריצים כלכליים. בהקשר זה, ובניגוד לעתירה מנהלית, שם העותר עותר לרוב בשם אינטרס אישי, בתובענה ייצוגית מדובר לרוב באינטרס קבוצתי, כאשר התועלת לפונה הספציפי עשויה להיות נמוכה. כך, גם כאשר הוגשה כנגד הרשות תביעה לבית המשפט והיא מודיעה על חדילה לפי סעיף 9 לחוק, בית המשפט רשאי לפסוק גמול ושכר טרחה. התכלית של הוראה זו היא לאזן בין ההגנה של הרשות לבין הרצון לעודד תובענות ייצוגיות ראויות נגד הרשות.²²³ גם בדיון הנוסף בעניין **מי הגליל** בית המשפט העליון קבע כי אף אם תיקבע חובת

²²³בג"ץ 2171/06 שני כהן ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פס' 42 לפסק דינה של כב' הנשיאה (דאז) ביניש (נבו 29.8.2011).

פנייה מוקדמת בחקיקה, יש להקפיד על כך שיישמר מערך תמריצים שיגשים את תכליות ההליך הייצוגי.²²⁴ ככל שלא יקבע כלל תגמול לפניה מוקדמת שנענתה, עולה חשש לפגיעה במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות ולתמרוץ פניות מוקדמות ראויות לרשות.

בעניין זה, **המלצת הצוות היא כי יש לתגמל פונים על פניה מוקדמת שנענתה בחיוב**. בהמשך לכך, הצוות דן בשאלה כיצד נכון לקבוע את הגמול ושכר הטרחה ביחס לפניה מוקדמת שנענתה בחיוב. הצוות סבר כי גם בהליך הפניה המוקדמת יש להבנות את שכר הטרחה והגמול ואין מקום להותיר זאת לשיקול דעתם הבלעדי של הצדדים להליך. בנוסף, בהתאם להמלצה בעניין תגמול הפניה המוקדמת הכללית, גם כאן סבר הצוות כי יש לקבוע כללים אחידים ופשוטים ביחס לתשלום שכר הטרחה אשר יעניקו וודאות לפונים וכן לא יאלצו את הרשות לנהל משא ומתן בכל תיק ותיק. **לאחר בחינת האפשרויות השונות, הוחלט לקבוע כי הפניה המוקדמת תתוגמל בסכום קבוע שייקבע בחקיקה.**

הצוות סבר כי אין מקום לקבוע את שכר הטרחה בשיטת האחוזים בהתייחס לתועלת העתידית הספקולטיבית מהפניה המוקדמת. כאמור, הטעם העיקרי לשימוש בשיטת האחוזים בפסיקת שכר טרחה בהליכים ייצוגיים הוא על מנת לתמרץ את התובע הייצוגי ובא כוחו להשיא את הפיצוי לחברי הקבוצה. נימוק זה אינו רלוונטי לפניה מוקדמת שכן לא נפסק סעד לטובת הקבוצה אלא התועלת היא במישור הפסקת ההתנהלות המפרה. בנוסף, הפניה המוקדמת נערכת בשלב ראשוני מאוד ולכן גזירת שיעור מהתועלת העתידית תעורר קשיים מעשיים ויתעוררו מחלוקות ביחס לכימות התועלת העתידית לצורך גזירת אחוזי שכר הטרחה.²²⁵ ועוד, המשאבים המושקעים על ידי המייצגים בפניה המוקדמת, בדרך כלל, אינם רבים, וגם מטעם זה, מתן שכר טרחה בשיטת האחוזים עלול להביא לשכר גבוה יתר על המידה, שאינו הולם את השלב המקדמי של הדברים ואת היקף המשאבים שהושקעו (וביתר שאת, בהינתן ששכר הטרחה משולם מהקופה הציבורית).²²⁶

היתרון העיקרי במתווה של סכום תגמול קבוע הוא יעילות וודאות עבור הצדדים וחיסכון במשאבים למערכת המשפט והציבור. ככל שייקבע מתווה של תגמול משתנה מתיק לתיק או של מדרגות שונות של תגמול, החשש הוא שבהיעדר הסכמה בין הצדדים, מרבית הפניות המוקדמות יגיעו להכרעת בית המשפט בנוגע לתגמול ובכך היעילות והחיסכון במשאבים שלשם נועדה הפניה המוקדמת בתיקים אלו, ייפגעו. החיסרון העיקרי במתווה של סכום תגמול קבוע הוא שהוא אינו מותאם לנסיבותיו הייחודיות של כל תיק ובין היתר, למידת המורכבות של התיק וכן למידת התועלת שצמחה לחברי הקבוצה. חשש נוסף שעולה הוא כי הפונים יתבנו את הפניות המוקדמות דווקא לתיקים הפשוטים יותר שבהם יש להם אפשרות לרווח יחסית מהיר ולא דווקא לתיקים המורכבים

²²⁴ הדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 157, ראו למשל בפס' 6 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן ופס' 23 לפסק דינו של כב' השופט מלצר.

²²⁵ למען שלמות התמונה יצוין כי בערעור בעניין **מי הגליל**, לעיל ה"ש 89, נדונה שאלת יישום שיטת האחוזים על בסיס התועלת העתידית המשוערת, בהקשר של פסיקת שכר טרחה במקרה שבו הרשות הודיעה על חדילה לאחר הגשת הבקשה לאישור. שם צוין כי אכן פסיקה באופן זה מאופיינת באי ודאות שכן לעיתים קשה להעריך את התועלת. עם זאת, צוין כי במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט בפסיקת גמול ושכר טרחה, רשאי הוא (אך אינו חייב) ליישם את שיטת האחוזים תוך התחשבות גם בסעד שהיה נפסק אם התובענה הייתה מתנהלת והן על סמך התועלת המשוערת והכל כחלק ממכלול השיקולים ובהתאם לנסיבות המקרה (ראו פס' נ"ו-ס"ג לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין). אולם, הדברים שם התייחסו לבקשת אישור שהוגשה לבית המשפט ולאחריה הודיעה הרשות על חדילה, והדברים אינם דומים למקרה שבו פניה מוקדמת נענתה על ידי הרשות וכלל לא הוגשה בקשת אישור לבית המשפט. וכפועל יוצא מכך גם המשאבים שהשקיעו המייצגים בפנייה המוקדמת הם בדרך כלל נמוכים באופן משמעותי בהשוואה לבקשת אישור שהוגשה לבית המשפט.

²²⁶ לפסיקת בית המשפט העליון בעניין התחשבות בשיקול הקופה הציבורית בקביעת שכר הטרחה והגמול בתביעה נגד רשות, ראו לעיל ה"ש 200.

אשר דורשים השקעה רבה יותר ושבהם התועלת הציבורית גדולה יותר, שכן מבחינת הפונה אין הבדל בתגמול שהוא יקבל. עם זאת, הצוות סבר שגם במקרים המורכבים עדיין קיימים תמריצים לעריכת פניה מוקדמת שכן אם הרשות לא תתקן את התנהלותה, ניתן יהיה להגיש נגדה תובענה ייצוגית ותוחלת הרווח תהיה בהתאם לתועלת שהופקה לחברי הקבוצה בזכות התובענה הייצוגית. בנוסף, הצוות סבר כי אף מבחינת המשאבים והטרחה של הפונה, בדרך כלל מדובר בפניה ראשונית וזאת בשונה מהגשת תביעה לבית המשפט. **לכן, הוחלט להמליץ על תגמול לפונה בפניה מוקדמת בסכום קבוע** שיהיה סכום מתון שיהלום את השלב המקדמי שבו מדובר ואת המשאבים המצומצמים הנדרשים בשלב הפנייה המוקדמת.

בנוסף, לאור אופיו הפומבי של הליך התובענה הייצוגית, חברי הצוות סברו כי יש מקום לקבוע בחוק חובת פרסום של הפניות שנענו בחיוב והמענה שניתן להן. לגבי אופן הפרסום, הצוות סבר כי יש לפרסם את הפניות הן באופן מרוכז, באותו מנגנון שבו יפורסמו הפניות המוקדמות שאינן לרשות (ככל הניתן באתר הרשות השופטת לצד פנקס התובענות הייצוגיות) והן באתר האינטרנט של הרשות הרלוונטית. כמו-כן, בדומה להמלצה שהתקבלה בכל הנוגע לפניה המוקדמת הכללית, הוחלט כי רק הפניות שנענו בחיוב יפורסמו. ההנחה היא שערך הפומביות גדול יותר כאשר הפניה נענתה (כך לציבור יש אפשרות גם לתבוע סעד אישי במקרים המתאימים וכך הציבור יוכל גם לוודא שהפסקת הגבייה מתקיימת בפועל ולא מתרחשות תקלות). בנוסף, עלה חשש שפרסום כלל הפניות עלול להביא לפניות סרק של עורכי דין שלא יועילו לציבור.

בשלב זה הצוות לא דן בהיבטי התפעול של מנגנון הפניה המוקדמת ואלו יידונו במסגרת תיקון החקיקה. כך, כפי שצוין לעיל, תיבחן האפשרות להקים מערכת דיגיטלית לצורך טיפול בפניות המוקדמות. במסגרת תיקון החקיקה ייקבעו, בין היתר, זמן המענה לקבלת פניה מוקדמת מצד הרשות, אופן הפרסום של הפניה המוקדמת והמענה וכן ההשלכות של הגשת תובענה ייצוגית שהוגשה ללא עריכת פניה כאמור.

← המלצת הצוות:

קביעת חובת פנייה מוקדמת לרשות. בעניין זה, הצוות לא הכריע האם חובה זו תחול בתביעה לפי פרט 11 בלבד או בכל תובענה ייצוגית כנגד רשות. לצד חובת הפנייה וביחס לפניות שייענו על ידי הרשות בחיוב, תיקבע בחוק זכאות לתגמול כספי בסכום קבוע שייקבע. כמו-כן, תיקבע חובת פרסום של הפניות המוקדמות שנענו בחיוב.

א. תקופת ההשבה בתובענה ייצוגית נגד רשות בפרט 11

לעניין סעיף 21 לחוק העוסק בתקופת ההשבה בתובענה ייצוגית נגד רשות בפרט 11, נדונו בצוות מספר הצעות לפתרון:

אפשרות אחת היא שלא לתקן סעיף זה ובכך לשמור על פרשנות הסעיף כפי שהוחלט בדיון הנוסף בעניין **מנירב**, כך שבמקרה שבו מתקבלת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות בפרט 11 והרשות לא חדלה בהתאם לסעיף 9 לחוק, ניתן יהיה לכלול, לפי שיקול דעתו של בית המשפט ובמקרים המתאימים, בקבוצה המיוצגת גם את מי שעילת תביעתו נולדה לאחר מועד הגשת הבקשה, גם אם מדובר בתקופה ארוכה של ניהול הבקשה.

אפשרות שניה שעלתה בדיוני הצוות היא תיקון סעיף 21 לחוק כך שיובהר בו כי בתביעת השבה נגד רשות בפרט 11, תקופת ההשבה תוגבל לשנתיים שקדמו להגשת הבקשה וזאת על מנת לשמור על הוודאות התקציבית ומתוך התחשבות בהשלכות התקציביות שעשויות להיות בעקבות הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות וכן בפגיעה באינטרס הציבורי הכרוכה בכך ובשירותים שנותנת הרשות לציבור, שעומדים בבסיס ההגנות שנותן החוק לרשות וגם בהינתן שחזקה על הרשות המנהלית שלא גבתה בידועין כספים שלא כדין ואף אם נעשתה טעות הרי שהיא נעשתה בתום לב.

אפשרות נוספת שעלתה היא לאמץ את הפתרון, שהוצע במסגרת התכנית הכלכלית לשנים 2021-2022. בעניין זה, כאמור, הוצע לתקן את סעיף 21 לחוק ולקבוע שתקופת ההשבה תהיה מוגבלת ל-24 החודשים שקדמו להגשת בקשת האישור בלבד ולא תכלול השבה לגבי סכומים שנגבו במועד מאוחר יותר, אלא אם כן הבקשה אושרה כייצוגית והרשות לא הפסיקה את הגבייה. בהתאם למנגנון המוצע, הרשות תהיה רשאית להודיע בתוך 60 ימים מיום שהומצאה אליה ההחלטה המאשרת את התובענה כייצוגית האם היא מפסיקה את הגבייה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור. אם הרשות לא הודיעה בתוך מועד זה כי הפסיקה את הגבייה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור, בית המשפט יהיה רשאי במסגרת ההכרעה בתיק לחייב את הרשות בנוסף לתקופת ההשבה המוקדמת, גם בהשבה החל ממועד אישור התובענה הייצוגית. עם זאת, הרשות לא תחויב בהשבה על תקופה קודמת למועד זה. כלומר, הרשות לא תחויב בהשבה בתקופה שבין הגשת הבקשה לאישור ועד אישור התביעה הייצוגית.

בעניין זה, סבר הצוות כי מדובר בסוגיה מורכבת וכי הפתרון אשר הוצע במסגרת התכנית הכלכלית, משקף בצורה ראויה את האיזון בין האינטרסים השונים בנוגע לתביעת השבה נגד רשות בפרט 11. כך מחד גיסא ניתנת לרשות אפשרות אמיתית לנהל את התובענה במקרים שבהם היא סבורה כי הגבייה היא כדין והיא אינה נתונה בסיכון שתחויב בעתיד בהשבה של תקופה ארוכה ובלתי קצובה, ללא וודאות תקציבית. מאידך גיסא, ככל שבית המשפט החליט לאשר את התובענה כייצוגית, הוא הבהיר כי כפות המאזניים נוטות לכיוון קבלת התביעה ועל כן ככל שהרשות מחליטה בשלב זה שלא להפסיק את הגבייה במסגרת ניהול התובענה, היא בסיכון כי תחויב בהשבה החל ממועד זה ועד לפסק הדין בתובענה.

על כן, המלצת הצוות היא לתקן את סעיף 21 לחוק כך שתקופת ההשבה תהיה מוגבלת ל-24 החודשים שקדמו להגשת בקשת האישור בלבד ולא תכלול השבה לגבי סכומים שנגבו במועד מאוחר יותר, אלא אם כן הבקשה אושרה כייצוגית והרשות לא הפסיקה את הגבייה ובמקרים אלו בית המשפט יהיה רשאי לחייב את הרשות גם בהשבה ממועד אישור התובענה כייצוגית.

← המלצת הצוות:

תיקון סעיף 21 כך שתקופת ההשבה תהיה מוגבלת ל-24 החודשים שקדמו להגשת התביעה בלבד, אלא אם כן הבקשה אושרה כייצוגית והרשות לא הפסיקה את הגבייה ובמקרים אלו בית המשפט יהיה רשאי לחייב את הרשות בהשבה אף ממועד אישור התובענה כייצוגית.