10 בנובמבר, 2024
לכבוד:
חה"כ שמחה רוטמן, יושב ראש
חברי הועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הכלכלה
כנסת ישראל
באמצעות מייל: vhuka@knesset.gov.il

שלום רב,

הנדון: **<u>הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024</u>**

לקראת הדיון הקבוע ליום 11 בנובמבר 2024 בוועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הכלכלה בעניין הצעת החוק שבנידון, הקליניקה לתובענות ייצוגיות מתכבדת להגיש התייחסות ראשונית למספר סוגיות מהותיות (להלן, בהתאמה: "**הועדה**", "**תיקון 16**" או "**התיקון**" ו- "**הקליניקה**").

הקליניקה מברכת על הרצון לייעל ולפתח את ההליך הייצוגי תוך מתן מענה לאתגרים ולכשלים הקיימים בדין, כפי שמשתקפים מיישומו בפרקטיקה. לעמדת הקליניקה חלק נכבד מהשינויים המוצעים בתיקון חיוניים למניעת תביעות סרק והגשמת מטרות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן: "**החוק**").

בצד האמור, ישנן מספר הצעות לשינוי אשר לעמדת הקליניקה **מצרות על היכולת של הציבור לממש את זכויותיו באמצעות ההליך הייצוגי; ואף עשויות להוביל לפגיעה ביעילות ההליך ולהעמיס על בתי המשפט**.

על מנת שלא להכביד על חברי הועדה, להלן נתייחס בתמצית לחלק מהשינויים "הבעייתיים" תוך חלוקתם לשתי קטגוריות – א. שינויים אשר מגבילים את האפשרות לקבל פיצוי מלא בגין גביה שלא כדין באמצעות הליך ייצוגי; ב. שינויים אשר נדרשים לחשיבה מחודשת או להסדרה משלימה.

נשמח להציג את עמדתנו בדיון הקרוב בפני הוועדה.

א. שינויים אשר מגבילים את אפשרות הציבור לקבל פיצוי מלא בגין גביה שלא כדין

1. <u>החלת ההגנות שחלות על הרשות מפני חיוב בהשבה בגין גביה שלא כדין, על קופות החולים וגופים נוספים (ס' 8 ו- 14 לתיקון)</u>

על מנת להגן על הודאות התקציבית של הרשויות, המחוקק העניק להן הגנות משמעותית מפני חיוב בהשבה בגין גביה שלא כדין – **האחת**, מאפשרת לרשות להודיע על חדילה מגביה לאחר פתיחת ההליך ובכך להביא לסיומו, מבלי שתחוב בהשבה; **השניה** מגבילה את תקופת ההשבה לשנתיים בלבד לפני פתיחת ההליך וזאת גם אם החיוב שלא כדין התבצע הרבה מעבר לכך.

לאורך השנים הגנות משמעותיות אלו, והאפשרות להודעת חדילה בפרט, פטרו את הרשויות מהשבה של סכומי עתק. כעת, התיקון מבקש להחילן גם על קופות החולים, תאגידי מים ורשות מקרקעי ישראל. מדובר בשינוי משמעותי, אשר מאפשר לגופים אלו **לפטור את עצמם מהשבת כספים שנגבו שלא כדין באמצעות הודעה על חדילה**; ובמקום שלא ניתנה הודעה כאמור ובית משפט פסק שהגביה אכן אינה חוקית, **תוגבל תקופת ההשבה לשנתיים**. מהלך זה **שולל מהציבור זכות להשבת כספים משמעותיים שנגבו שלא כדין.**

התכנית לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן • אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801
The Clinical Law Program at the Buchmann Faculty of law • Tel Aviv University, Tel Aviv 6997801 Israel

העוול הגלום בכך צורם במיוחד ביחס לקופות החולים - גוף בעל מאפיינים פרטיים המונע משיקולים עסקיים מובהקים וככזה, אין מקום לשוות לו מעמד של רשות.[1] כך, בין היתר, קופות החולים ממלאות תפקיד ביצועי בעל שיקול הדעת מנהלי מצומצם; הקופות אינן מהוות מונופול אלא מתחרות זו בזו – כאשר לצרכנים פתוחה הדרך למעבר מקופה לקופה; ומימון הקופה נעשה, בנוסף לכספי ציבור, גם באמצעות דמי השתתפות של המבוטחים, אשר גבייתם ושיעורם נקבעים על יסוד שיקולים עסקיים, כלכליים ומסחריים.[2]

נדגים באמצעות עניין **בויטלר**.[3] בהתאם להסדר עם ממשלת גרמניה קופת חולים כללית קיבלה סכומי עתק לטובת מימון תרופות לניצולי השואה. הקופה הותירה את הכספים בכיסה וגבתה ממבוטחים ניצולי שואה דמי השתתפות משמעותיים בגין אותן תרופות – לעיתים בסך מצטבר של עשרות אלפי שקלים(!) למבוטח בודד. בגין גבייה לא חוקית זו הוגשה תובענה ייצוגית. בעולם שבו לקופות החולים האפשרות להודיע על חדילה, כללית היתה יכולה להשתמש במנגנון זה ובכך להותיר את ההון בכיסה. העוול הגלום בכך ברור.

כן יש לזכור, כי מלבד קופות החולים יש עוד שורה ארוכה של גופים המספקים שירות חיוני תחת פיקוח רגולטורי, לרבות חברות תקשורת, בנקים, חברות ביטוח ועוד. שלא בכדי, גופים אלו אינם מקבלים חסינות דה פקטו מתביעה יצוגית, כאשר אין כל הצדקה לסייג בעניין זה את קופות החולים, דווקא.

באם הליך ייצוגי יעלה חשש ממשי לפגיעה מהותית באיתנות הפיננסית של הקופה או במתן השירות למבוטחים, ממילא בית המשפט יוכל להתחשב בכך בעת בחינת בקשת האישור (ס' 8(ב) לחוק); וכן בעת פסיקת פיצוי (ס' 20(ד) לחוק), כפי שלעיתים נעשה בעבר.

רציונל דומה חל גם, אם כי במידה פחותה, ביחס לתאגידי מים ורשות מקרקעי ישראל. כך למשל, תאגידי מים פועלים להשאת רווחים וחלוקת דיבידנדים, תוך חיקוי עקרונות לקביעת מחיר כלכלי בשוק תחרותי. אופן ההתאגדות התאגידים, כחברה בע"מ וחיוב הצרכן במע"מ, מעידים אף הם על אפיונם כגוף פרטי.[4]

2. <u>הרחבת תקופת פטור מהשבה לרשות שגבתה כספים שלא כדין (ס' 14 לתיקון)</u>

כמצוין לעיל, לצד האפשרות להודעת חדילה, התקופה שבה ניתן לחייב רשות בהשבה הוגבלה בחוק לעד שנתיים לפני הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית (ס' 21 לחוק). על פי הדין הקיים, בנסיבות בהן התובענה התקבלה, בית המשפט **רשאי** לחייב את הרשות בהשבה גם בגין גבייה שנעשתה בתקופה שבין מועד הגשת בקשת האישור ועד החלטה על אישורה ("**תקופת הביניים**").[5] בסעיף 14 לתיקון מוצע לשלול אפשרות זו, כך שהרשות תהיה פטורה מהשבת הכספים שגבתה שלא כדין בתקופת הביניים, גם אם ניהלה הליך והפסידה.

תיקון זה ייצור תמריץ עודף לרשות שלא לחדול מהגביה במהלך תקופת הביניים. יתר על כן – הוא מתמרץ את הרשות לגרור את ההליכים (טרם האישור). בכך הוא מוסיף על העומס על בתי המשפט העוסקים בתביעות ייצוגיות, בניגוד גמור לכוונת התיקון. העוול הגלום בכך מקבל משנה תוקף בשים לב לכך שהתיקון מציע להחיל את תקופת הפטור המורחבת על גופים נוספים. עוד נדגיש כי:

---

[1] ראו עמדת היועמ"ש לפיה לקופות החולים מאפיינים פרטיים-צרכניים רבים שאינם מתיישבים עם הכרתן כרשות בבג"ץ 6451/18 **חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 19.7.2020) (להלן: "עניין **חיון**"), פס' 8 ו-33 לפסק דינה של השופטת ברון.

[2] **שם**, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברון.

[3] תצ 42864-07-10 **עזבון המנוחה גאולה בויטלר ואח' נ' שירותי בריאות כללית.**

4 עמדה זו תואמת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ**, וכן ראו בפס' 15 ו-28 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 17.12.2019)

[5] דנ"מ 8626/17 **מנירב נ' רשות המיסים** (פורסם בנבו, 11.11.2020).

- ההתדיינות בבקשת האישור עשויה להימשך שנים ארוכות. המשך הגביה שלא כדין במהלך תקופת הביניים עשוי להצטבר לכדי סכומים משמעותיים, אשר חברי הקבוצה לעולם לא יוכלו לתבוע את השבתם בהליך ייצוגי (כאשר מאחר ומדובר בסכומים לא משמעותיים יחסית, עבור האזרח הבודד, האפשרות המעשית לקבלם בהליך אישי לא קיימת, הלכה למעשה).
- חיוב הרשות בגין תקופת הביניים מלכתחילה נתון לשיקול דעת בית המשפט, כאשר ממילא לפי סעיף 20(ד)(1) לחוק, בית המשפט מוסמך להקטין את החיוב ואף לפטור את הרשות מתשלומו.
- כאמור לעיל, רשות אשר הוגשה כנגדה בקשת אישור בגין גביה שלא כדין, רשאית להודיע על חדילת הגביה ובכך לסיים ההליך. החלטת רשות שלא ליתן הודעה כאמור והמשך הגבייה במקביל לניהול ההליך הייצוגי, משמעותה ויתור ביודעין על האפשרות לגדר את הסיכון הכלכלי. אין הצדקה לגלגל סיכון זה על הציבור.

3. <u>מתן פטור מהשבת מיסים שנגבו שלא כדין על ידי גופים פרטיים, בכפוף להצטרפות רשות המיסים להליך (ס' 9 לתיקון)</u>

מוצע לקבוע כי ככל שתוגש תובענה ייצוגית נגד נתבע פרטי להשבת מיסים שנגבו ביתר ורשות המיסים תצטרף להליך, הנתבע הפרטי יזכה להגנות העומדות לרשות (הודעת חדילה והגבלת תקופת החיוב מהשבה) ובתוך כך, רשות המיסים תקבל הגנה דה-פקטו מפני תביעת שיפוי עתידית.

עיגון הסדר זה צפוי לעודד הפרות, ולכל הפחות לגרוע מהתמריץ של הנתבע הפרטי והרשות לפקח על חוקיות הגבייה. נזכיר שוב כי ממילא לבתי המשפט עומדים כלים להפחית את החיוב, למשל ס' 20(ד). לחוק.

ב. שינויים אשר נדרשים לחשיבה מחודשת או להסדרה משלימה

1. <u>עיגון סמכות לסילוק בקשות אישור בגין נזק מזערי, ללא תלות בטיב העילה והנסיבות (ס' 3 לתיקון)</u>

התיקון מציע לאפשר מחיקה על הסף של הליך ייצוגי בגין היותו טורדני או עוסק בנזק מזערי. לעמדתנו התיקון מיותר ואף מזיק. **התיקון מיותר** - לבתי המשפט יש ממילא סמכות לסלק בקשות לאישור מכוח תקנות סדר הדין האזרחי (תק' 41), ובמקרים המתאימים אכן נעשה בכך שימוש.[6] כן יש לזכור, כי תיקון 16 מציע לחולל שינוי הוליסטי ביחס לתביעות פעוטות ערך, וכי לצד התיקון בעניין הסילוק הוצע לעגן הסדרים נוספים, לרבות שלילת האפשרות להגיש תובענות כנגד עסקים זעירים; הגבלת הסעדים אותם ניתן לבקש בגין עילות המנויות בתוספת הרביעית והוספת חובת פניה מוקדמת; הפחתת שכר טרחה בתביעות שנפסקו ללא סעד כספי; וביטול האפשרות להסתלקות מתגמלת.

התיקון מזיק. ניסוחו העמום מעודד סילוק על הסף של תביעות ראויות ואף מרתיע מפני הגשתן. בפרט, בעייתי הנוסח "פגיעה מזערית" בחברי הקבוצה כעילה לסילוק, מבלי שנקבעו פרמטרים לאפיון הנסיבות והמקרים המתאימים. לכאורה, כל גביה שלא כדין של סכום זניח הינה פגיעה מזערית. החוק נועד לתת מענה למקרים אלו ולכן לא ייתכן שקריטריון זה יצדיק, כשלעצמו, סילוק. בדומה, גם פגיעה אשר ניתן

[6] ראו למשל ע"א (מחוזי י-ם) 35959-01-20 **טנוס, עו"ד נ' מדינת ישראל**, פס' 19-21 (נבו 20.1.2020).

ליישב באמצעות סעד הצהרתי הינה, על פני הדברים, בגדר פגיעה מזערית. כך למשל, המחוקק הכיר בלגיטימיות להגיש תביעה בעילות המנויות בתוספת הרביעית לסעד הצהרתי בלבד, בכפוף לפניה מוקדמת שנדחתה. בניסוח המוצע, גם תביעות אלו מועמדות לסילוק.

באופן פרדוקסלי התיקון עשוי להכביד על ההליך – התיקון נועד להקל על המערכת, אולם ניסוחו העמום ואי הבהירות ביישומו, עלולים לתמרץ נתבעים להגיש בקשה למחיקה על הסף (עוד טרם הגשת תשובה לגוף העניין), כעניין שבשגרה, "בשיטת מצליח" ובכדי לגרור את ההליך – על כל המשתמע מכך לעניין הכבדה על המערכת. לפיכך, ובשל הכלים שגם כך קיימים לבתי המשפט, ראוי לבטלו.

2. <u>עיגון הסדרים ייחודיים לעסקים קטנים וחובת פניה מוקדמת, ללא הסדרה נדרשת (ס' 2 ו-30 לתיקון)</u>

התיקון קובע מדרג של עסקים (זעיר, קטן ובינוני ("**עסקים קטנים**")) ומעניק להם הגנות בהתאם לגודלם, בין היתר באמצעות חובת פנייה מוקדמת רחבה יותר ושלילת האפשרות לנהל הליך ייצוג כנגד עסק זעיר. בעוד שיש טעם בהגנה על עסקים קטנים ובהטלת חובת פנייה מוקדמת, אין להחילן ללא הסדרה מלאה בחוק. נפרט.

סיווג עסק על פי גודלו מבוסס על קריטריונים אשר לרוב אינם נגישים לאזרחים או באי כוחם, כגון מספר העובדים ומחזור העסקאות.[7] סיווג זה אקוטי להתנהלות נפגע המעוניין להגיש ייצוגית, אך הצורך ביישומו מטיל על אותו נפגע או מי מטעמו, חובה בלתי סבירה לבירור נתונים אשר אין להם גילוי פומבי. האתגר הכרוך בכך עלול להרתיע מנקיטת הליכים או להכשילם. לפיכך, התיקון אינו יכול להיכנס לתוקף, טרם הסדרת היבטים אלו. פתרון אפשרי (כפי שהצענו בעבר) הינו התניית ההגנות המוצעות לעסקים קטנים ברישום במרשם פומבי של עסקים קטנים, אשר יפוקח על ידי משרד המשפטים, ויועמד לעיון הציבור.

באופן דומה, יש להתנות את תוקף השינויים בעניין חובת פניה מוקדמת, בהסדרה מפורטת בחוק של אופן פרסום הפניה ועריכתה. כך, בין היתר, יש להסדיר כינון מרשם פניות אינטרנטי; הטלת החובה לרישום הפניה על הפונה; וניסוח טופס אחיד להגשת פניות (כך שלא תהיה מחלוקת האם נוסח הפניה מהווה פניה מוקדמת). הסדרה זו נדרשת במיוחד לאור העדיפות שניתנת לפונה בתחרות בין תביעות (ס' 7(ב1) לחוק).

3. <u>הענקת סמכות בלתי מוגבלת לשר לשלול אפשרות לקבל פיצוי כספי בהליך יצוגי (ס' 22 לתיקון)</u>

על פי התיקון, לא ניתן יהיה לקבל פיצוי כספי בהליך ייצוגי בגין עילות המנויות בחלק א' לתוספת הרביעית. כן מוצע כי שר המשפטים יוכל לשנות את רשימת העילות הללו בצו.

הקניית סמכות זו עשויה לחשוף את השר ללחצים להרחבת העילות ותאפשר לו לצמצם במחי יד את האפשרות לקבל פיצוי אפקטיבי – ללא הליך חקיקה סדור הנתון למנגנוני פיקוח ובקרה משמעותיים. ניתן לתקן זאת על ידי הגבלת סמכות השר לגריעת פריטים מהתוספת הרביעית, אך לא להוסיפם. הסדר זה קוהרנטי להסדר הקבוע בסעיף 30(2) לחוק ביחס לסמכות השר להוסיף עילות אשר ניתן להגיש בגינן תובענה ייצוגית, אך לא לגרוע מהעילות הקבועות בדין.

[7] וליתר דיוק – מספר העובדים *או* מחזור העסקאות. כך למשל, ההגדרה בתזכיר ל"עסק זעיר" מפנה לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. בחוק זה "עסק זעיר" הוא זה שמעסיק עד חמישה עובדים או שמחזור העסקאות השנתי שלו אינו עולה על 2 מיליון שקלים חדשים.

התכנית לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן • אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801
The Clinical Law Program at the Buchmann Faculty of law • Tel Aviv University, Tel Aviv 6997801 Israel

4. <u>החרגת סעדים שעניינם פיתוח סביבתי והנגשה מההסדר המוצע ביחס לסעד שאינו כספי (ס' 13 לתיקון)</u>

לאורך השנים הפסיקה, הספרות והניסיון המצטבר בפרקטיקה הצביעו על קשיים מהותיים במתן סעד שאינו כספי (כגון הטבות, קופונים ותרומות) בהליך ייצוגי וזאת, בין היתר, בשל קשיים בהערכת השווי; שיעורי מימוש נמוכים; ופערים מהותיים בין השווי הנחזה (והמנופח) של הסעד, לבין השווי בפועל. קשיים אלו גורעים מהאפקטיביות של ההליך הייצוגי. התיקון מכיר בכך ובהתאם מצמצם משמעותית את האפשרות לסעד שאינו כספי (למשל, על ידי דרישה להצגת חלופה כספית לבחירת הנפגע).

חרף זאת, הצעת החוק מאפשרת מתן סעדים שאינם כספיים בתביעות שעניינן פיתוח סביבתי או הנגשה. לעמדת הקליניקה החרגה זו אינה מוצדקת ואין לאשרה. לשם המחשה – אין הבדל בין תרומת מוצרי מזון לבין התחייבות להצבת "אקסטרא" מאפרות בשטח ציבורי. בשני המקרים קיים קושי להעריך את העלות הריאלית לנתבע; קיים ספק לגבי התועלת; וקיים קושי לפקח על הביצוע ולוחות הזמנים. מוטב כי יפסק סעד כספי אשר יועבר לחברי הקבוצה או לקרן, לטובת ייעוד נדרש.

5. <u>עיגון הסדר ייחודי לחברות ביטוח (ס' 9 לתיקון)</u>

התיקון מציע לקבוע הסדר קונקרטי ביחס להליכים כנגד מבטח או חברה מנהלת בעילה של הפרת "חוזה ארוך טווח". לפי הסדר זה, בעת בחינת התקיימות תנאי האישור (ס' 8(א)(2) לחוק והמילה "רשאי" בס' 8), בית המשפט יידרש לרשימת שיקולים, לרבות קיומו של אישור אסדרתי ועוצמת הפגיעה בנתבע. כן תתבקש עמדת היועמ"ש. לעמדתנו, התיקון מיותר ומזיק.

התיקון מיותר. כבר כיום בתי המשפט נותנים את הדעת בשלב האישור לקיומו של אישור אסדרתי, לשינויי חקיקה ולכללי אסדרה.[8] אין צורך בחקיקה נוספת. גם ההנחיה לפנות ליועץ המשפטי לממשלה אינה נחוצה, שכן זו כבר ממילא מעוגנת בפסיקת בית משפט העליון.[9]

התיקון מזיק. עיגון חובה קונקרטית בנוגע לשיקולים אשר רלוונטיים לגופים שונים, אך ורק ביחס למבטח, יוצר הבחנה לא רלוונטית בין הנתבעים ועלול להסליל את הערכאות ליחס שונה ללא הצדקה. כך לדוגמא, עיגון חובה לבחון אישור מאסדר ביחס להליך ייצוגי כנגד מבטח דווקא, עלול להביא לכך ששיקול זה יקבל משקל יתר במקרים אלו ומשקל חסר בכל אותם מקרים שלא עוגנה בהם הנחיה מפורשת. התיקון יצריך פרשנות ויכביד על בתי המשפט.

ב/ ד"ר שי נ' לביא, עו"ד

נועה מלצר צ'רמברודה, עו"ד

הקליניקה לתובענות ייצוגיות,
אוניברסיטת תל אביב

[8] ראו למשל פסק דינו של השופט גרוסקופף בת"צ (מרכז) 49512-01-16 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאלוף ושות ספנות בע"מ** (22.9.2019) (ערעור וערעור שכנגד נדחו בבית המשפט העליון ע"א 7560/19 **הצלחת התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאלוף ושות' ספנות בע"מ** (נבו 18.10.2021))

[9] רע"א 7169/17 **פלאפון תקשורת נ' פירט**, פס' 10 (נבו 3.2.2019); רע"א 4836/21 **שליידר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פס' 18 (נבו 20.2.2022)).

התכנית לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן • אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801
The Clinical Law Program at the Buchmann Faculty of law • Tel Aviv University, Tel Aviv 6997801 Israel