

בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית

מאת

אלון קלמנט * ורות רונן **

תקציר

מאמר זה דן באופן שבו יש לבחון את עילת התביעה בשלב אישורה של התובענה הייצוגית. המאמר משרטט קווים מנחים לבתי-המשפט כבואם לקבוע את מסגרת הדיון בהליך האישור ולהכריע בבקשות לסילוק על הסף ובבקשות גילוי במסגרת הליך זה. נוסף על כך המאמר מציע מתווה אישור חלופי, המבוסס על בררת-מחדל המשלבת רף הוכחה נמוך לאישור עם שלילת האפשרות לגילוי, אך גם על האפשרות של הצדדים להתנות על בררת-מחדל זו ולהסכים על רף הוכחה גבוה יותר עם גילוי. מתווה זה יוביל למקסום תועלתה ההרתעתית של התובענה הייצוגית, תוך מזעור השפעותיה המצננות על פעילות רצויה.

מבוא

- א. חלוקת ההליך המשפטי לשני שלבים – עיצוב מיטבי של שלב האישור
1. חלוקה לשני שלבים – השפעה על עלויותיהם של תובעים ונתבעים
(א) עלויות הנתבע
(ב) תמריצי התובע
 2. עיצוב השלב הראשון: רף הוכחה, כמות מידע ופערי מידע
 3. השפעת עיצובו של השלב הראשון על התנהגותם של נתבעים פוטנציאליים
(א) כמות המידע
(ב) העלאת רף ההוכחה
 4. חשיבותם היחסית של שיקולי הרתעה וצינון
 5. השפעתה של אפשרות הפשרה

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב.

** שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, המחלקה הכלכלית.

אנו מודים לרונן אברהם, ליעל ארידור, לעופר גרוסקופף, לשי נ' לביא, לאריאל פורת, לגיל רון ולחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם לגרסאות קודמות של המאמר. תודתנו שלוחה גם לבת-חן אברוצקי, לרוזה ליסנינסקי וללימור מורד על עזרתן המעולה במחקר.

ב. יישום

1. מהי המסגרת שבית-המשפט צריך להתוות לדיון בהליך האישור?
 - (א) הדין הנוהג
 - (ב) הגישה המוצעת
 2. מהן העילות האפשריות לסילוק על הסף ומהו רף ההוכחה הנדרש?
 - (א) הדין הנוהג
 - (ב) הגישה המוצעת
 3. האם ראוי לאפשר הליכי גילוי בשלב בקשת האישור וכיצד יש לעשות כן?
 - (א) הדין הנוהג
 - (ב) הגישה המוצעת
- ג. הצעה לשינוי המתווה של הליך האישור
1. תיאור המתווה המוצע
 2. המתווה המוצע מקל על נתבעים לא-חייבים מבלי לדלל הרתעה
 3. האם הצדדים יצליחו להגיע להסכמה על חריגה מבררת-המחדל?
 - (א) קושי להגיע לפשרה בתחילת ההליך – אופטימיות-יתר של הצדדים
 - (ב) המצב בהתאם לדיון הקיים – האם כיום צדדים מתנים על רף ההוכחה והגילוי?
 - (ג) הגדרת רף ההוכחה באופן שיהיה ניתן לאכיפה
 4. הסכמות דיוניות נוספות שיש לאפשר לנתבע ולתובע
 - (א) העברת עלויות הגילוי לתובע
 - (ב) המרת גילוי מסמכים בהעברה של נטל הראיה לנתבע
 - (ג) דיון בנוזק לקבוצה כבר בשלב האישור

מבוא

בית-המשפט מברר בהליך האזרחי את טענות הצדדים ומכריע ביניהן. בדרך-כלל הכרעתו מבוססת על הליך דיוני מלא, שבו מיושמים הכללים הפרוצדורליים והראייתיים הנוהגים. ההנחה היא שההליך המלא מאפשר לבית-המשפט לקבל החלטות מדויקות מבחינה משפטית, ולהכריע בסכסוך שלפניו באופן היעיל והצודק ביותר.¹ לעומת זאת, הליך התובענה הייצוגית מחולק לשני שלבים – שלב אישור התובענה כייצוגית ושלב הדיון בתביעה. בשלב הראשון, שלב האישור, לא מתקיים הליך מלא. בסיומו של שלב זה בית-המשפט צריך להחליט אם להמשיך בהליך או להפסיקו, והוא מסנן בין

1 ראו המטרות המפורטות בחלק א לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ח-2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי 2018).

תביעות שראוי להמשיך את הדיון בהן לבין אלה שלא. רק אותן תביעות שעברו את השלב הראשון יתנהלו בשלב השני ויידונו בו במלואן.²

מטרה מרכזית של החלוקה לשני שלבים והסינון בתום השלב הראשון היא לחסוך מנתבעים שאין הצדקה משפטית לקבלת התביעה נגדם (להלן: נתבעים לא-חייבים) את העלויות והסיכון הכרוכים בהליך המלא.³ אולם גם נתבעים שסיכויי התביעה נגדם גבוהים, ואשר יש הצדקה לקבלת התביעה נגדם (להלן: נתבעים חייבים), עלולים "ליהנות" מהסינון בשלב הראשון ולהתחמק כך מאחריות. התחמקות זו, כאשר היא מתאפשרת, משפיעה על מידת ההרתעה העתידית מפני הפרת הדין. השאלה, לפיכך, היא כיצד יש לעצב את שלב האישור באופן שימקסם את תועלתה של החלוקה לשני שלבים (קרי, יסנו את התביעות נגד הנתבעים הלא-חייבים) ובה-בעת ימזער את עלויותיה (קרי, לא יאפשר לנתבעים החייבים לחמוק מאחריות).

סעיף 8(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק), דורש מבית-המשפט, כתנאי לאישור התובענה כייצוגית (דהיינו, כתנאי לכך שהתביעה תעבור לשלב השני, שבו היא תידון לגופה), לבחון את עילת התביעה ולקבוע כי יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לחברי הקבוצה יוכרעו בתובענה לטובתם.⁴ אולם בחינתה של עילת התביעה נדרשת לעיתים לא רק לצורך קיום התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) סיפא, אלא גם לצורך הגדרת הקבוצה, הגדרת השאלות המשותפות וכן הקביעה כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת – תנאי הנדרש מכוח סעיף 8(א)(2) לחוק. כך, למשל, כאשר התובע טוען כי הנתבע מפר את חובותיו החוקיות כלפי חברי הקבוצה, עשויה להתעורר השאלה אם מדובר בהפרה שיטתית המקימה שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה, שאז הדיון בהליך הייצוגי עדיף על דיון בהליכים פרטניים נפרדים, או שמא מדובר בהפרות נקודתיות שאין ביניהן קשר. השאלה אם ההפרה הייתה שיטתית או נקודתית היא שאלה שבית-המשפט יידרש להכריע בה בתביעה לגופה, אולם

-
- 2 המאמר מתמקד בתובענות ייצוגיות. עם זאת, חלקים מרכזיים בטיעון ניתנים ליישום גם בתביעות נגזרות, בשינויים המחויבים מההבדלים בין ההליכים. לדיון בהליך האישור של תביעה נגזרת ראו יוסף גרוס חוק החברות החדש 331-337 (מהדורה רביעית, 2007). לניתוח מקיף של הדין הנוהג בגילוי מסמכים בתביעות נגזרות ראו יעל ארידור בר-אילן "גילוי מסמכים" כזירת הקרב המרכזית בהליכי תובענה נגזרת "קרית המשפט יא (עתיד להתפרסם ב-2019); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 1440-1441 (מהדורה 12, 2015).
- 3 לחלוקה לשני שלבים יש מטרת נוספות, הנוגעות בהתאמת ההליך הייצוגי לפתרון המחלוקת ובהתאמתם של התובע המייצג ובא-כוחו לייצוג. ראו חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס' 8(א)(1) רישא (הדרישה לקיומן של שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה), ס' 8(א)(2) (הדרישה כי התובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת לפתרון המחלוקת) וס' 8(א)(3) ו-8(א)(4) (הדרישה לייצוג הולם ובתום-לב). מאמר זה מתמקד רק בבחינתה של עילת התביעה במסגרת הדרישות לאישור.
- 4 ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 הפרקליט מט 131, 141-145 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים").

עליו להתייחס אליה כבר בשלב האישור, כדי לקבוע אם די בסיכוי שהוא יכריע בה לטובת הקבוצה לצורך אישור התובענה כייצוגית.⁵

במאמר זה אנו דנים בבחינת סיכויי התביעה, שהיא ברוב המקרים הבחינה העומדת במוקד הדיון בשלב האישור – בין במסגרת התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) סיפא ובין במסגרת הגדרת הקבוצה או הבחינה אם התובענה הייצוגית היא דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת.⁶ המאמר מחולק לשלושה חלקים. בחלקו הראשון מוצעת מסגרת תיאורטית לבחינת סיכויי התביעה בהליך האישור. כאמור, המטרה העיקרית בבחינת סיכויי התביעה בהליך האישור היא להגן על נתבעים לא-חייבים מפני הליך שיפוטי מלא. לעומת זאת, המחיר המרכזי של הליך האישור הוא דחייתן של תביעות נגד נתבעים חייבים. על-פי הגישה המוצגת כאן, הן מטרתו של הליך האישור והן מחירו צריכים להימדד על-פי האופן שבו הליך האישור משפיע על התנהגותם של נתבעים מראש. בפרט יש לשקול את המידה שבה קבלת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות מכבידה את פעילותם הרצויה של נתבעים לא-חייבים ומקטינה את התועלת החברתית מפעילות זו; ומאידך גיסא, את המידה שבה דחיית בקשות לאישור תובענות ייצוגיות מדללת את הרתעתם של נתבעים מפני הפרת חובותיהם החוקיות.⁷ הכרעה

- 5 בע"א 2112/17 גרסט נ' 013 נטוויז'ן בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2018) (להלן: עניין נטוויז'ן) הבחין בית-המשפט העליון בין הוכחת סיכויי התביעה לבין הוכחת קיומה של קבוצה והתאמתה להליך ייצוגי (פס' 40-44). לצורך העברת נטל הראיה מהתובע לנתבע בשלב האישור במקרים שבהם התובע טוען כי הנתבע הפר באופן שיטתי את חובותיו ואילו הנתבע טוען להפרות נקודתיות שאין ביניהן קשר. לגישתנו, ככל שנדרשת קביעה לכאורית ברבר קיומה של הפרה שיטתית, הבריר צריך להיעשות בהתאם לשיקולים המפורטים במאמר. ראו דיון להלן בחלק 4(ב). יצוין כי אף בארצות-הברית, שבה סיכויי התביעה אינם נבחנים כתנאי נפרד לאישור התובענה כייצוגית, עמד בית-המשפט העליון האמריקני, בעניין Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338, 350-55 (2011), על כך שלעיתים יש מקום לבחון את עילת התביעה לצורך בדיקת התנאים לאישור. באותו מקרה נדרש בית-המשפט לבחון אם הנתבעת פעלה באופן שהיווה הפליה שיטתית של חברי הקבוצה התובעת – שאלה הנוגעת בעילת התביעה ובסיכוייה – כדי לקבוע אם הדרישה ל-"commonality" בס' 23(a)(2) ל-Federal Rules of Civil Procedure התקיימה. לדיון באופן שבו סיכויי התביעה נבחנים בהליך האישור בתובענה הייצוגית בארצות-הברית ראו Arthur R. Miller, Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1785 (3rd ed. 2005); Geoffrey P. Miller, *Review of the Merits in Class Action Certification*, 33 Hofstra L. Rev. 51 (2004); Richard Marcus, *Reviving Judicial Gatekeeping of Aggregation: Scrutinizing the Merits on Class Certification*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 324 (2011).
- 6 ראו קרן וינשלי-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים 709 (2016).
- 7 במאמרים קודמים הציג אחד מאיתנו את ההשפעה של פשרה והסתלקות על הרתעת נתבעים חייבים ועל העלויות המוטלות על נתבעים לא-חייבים. ראו אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים 5 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות"); אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1 (2017).

בשאלות הפרוצדורליות והראייתיות הנוגעות בשלב האישור צריכה להיגזר משיקולים אלה.⁸ חלק זה מציג מודל אנליטי המאפשר לשקול את התועלת והעלות של שלב האישור על-ידי בחינת השפעתו של שלב זה על התנהגותם של נתבעים מראש. במסגרת זו נבחן גם כיצד אופן התנהלותו של שלב האישור משפיע על התנהגותם של תובעים פוטנציאליים,⁹ אשר אף בה יש כדי להשליך על אופן הפעולה העתידי של הנתבעים.

בחלקו השני של המאמר נבחנות כמה שאלות יישומיות על יסוד המסגרת התיאורטית שהוצגה בחלק הראשון: מהי המסגרת לבירור עילת התביעה בהליך האישור? עד כמה הבירור הראייתי והמשפטי הנעשה בו צריך להיות רחב ומקיף, ומה גדר הטעות שראוי לאפשר בשלב זה? באילו מקרים יש לאפשר סילוק על הסף של הבקשה לאישור, ומהו רף ההוכחה המספיק כדי לחסום בקשה כזו? כיצד על בית-המשפט לקבוע את רף ההוכחה הנדרש לצורך גילוי מסמכים בשלב האישור, ומה היקף הגילוי שעליו לאפשר בשלב זה? ובאיזה אופן, אם בכלל, ההתייחסות לשאלות אלה בשלב האישור שונה מההתייחסות אליהן בהליך הרגיל שאינו תובענה ייצוגית?

הניתוח בחלק זה מיועד לאפשר לבתי-המשפט בערכאות הדיוניות ליישם את המסגרת האנליטית שהוצגה בחלק הראשון כבואם להכריע בבקשות האישור. אנו מסבירים כיצד יש ליישם את השיקולים המוצעים בכל אחת מנקודות החלטה לאורך הליך האישור, ומשווים בין המלצותינו לבין הדין הנוהג.

החלק השלישי מציג רפורמה בהליך האישור, אשר תוביל להשגת מטרותיו בדרך יעילה יותר. אף שניתן ליישם את התובנות מהניתוח המוצע גם תחת הדין הנוהג, אנו סבורים כי המסגרת הפרוצדורלית הקיימת יוצרת הכבדה מיותרת הן על תובעים, הן על בתי-המשפט והן על נתבעים לא-חייבים. זאת, בניגוד למטרתו של הליך האישור. הפרדתו של הליך האישור להחלטות-ביניים, שהעיקריות מביניהן נוגעות בסילוק על הסף ובגילוי מסמכים, נותנת בידי

כמו-כן יש לציין כי לאחרונה תוקן חוק תובענות ייצוגיות והוספו לו הוראות המתייחסות לפשרה ולהסתלקות, שמטרתן להפחית השפעות אלה. ראו ס' 16(א) ו-19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שתוקנו בחוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10), התשס"ו-2006, ס"ח 1079 (להלן: תיקון מס' 10 לחוק). במאמר זה אנו מתמקדים בהחלטת בית-המשפט אם לאשר את התובענה הייצוגית, תוך התייחסות לאופן שבו האפשרות העתידית של פשרה תשפיע על תוצאותיה של החלטה זו.

8 נקודת המוצא של הניתוח במאמר היא שלכללים הפרוצדורליים יש השפעה על התנהגותם של צדדים להליך עוד לפני פרוץ הסכסוך. זו נקודת המוצא המקובלת בניתוח הכלכלי של כללי סדר הדין האזרחי, אולם היא אינה מקובלת בהכרח על חסידיהן של גישות אחרות. כמוכן, ככל שהשפעתו של שלב האישור על ההתנהגות מראש גדולה יותר, התועלת והעלויות הנדונים במאמר משמעותיים יותר. כפי שיובהר, על בית-המשפט לשער בשלב האישור מהן השפעותיו על נתבעים פוטנציאליים, ולנהוג בהתאם. לדיון בהשפעתם של כללים פרוצדורליים על התנהגות מראש ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז 75 (2007); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" **הגישה הכלכלית למשפט** 997 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: קלמנט "סדר הדין האזרחי").

9 למען בהירות הטיעון נתייחס לאורך המאמר ל"תובע" ול"נתבע", אף שלפני אישורה של התובענה כייצוגית מעמדם הוא של "מבקש" ו"משיב".

נתבעים חייבים הזדמנויות חוזרות "להימלט" מבירור חבותם בהליך מלא. במצב הנוהג כיום, הנתבע יכול לבקש לסלק על הסף את התביעה או להתנגד לבקשות גילוי של התובע מבלי לשאת ב"מחיר" של עמדתו הפרוצדורלית. אם בקשת הסילוק או ההתנגדות לגילוי נדחות, הנתבע ממשיך בניהול הליך האישור, ויכול אף לזכות בו. בדרך זו הנתבע מקבל יותר מאפשרות אחת להימנע מבירור מלא של התביעה נגדו. אפשרויות אלה מגדילות אם כן את העלות העיקרית של שלב האישור – החיית הבקשה נגד נתבע חייב ודילול ההרתעה מפני הפרת החוק כתוצאה מכך. מן הכיוון האחר, אפשרויות אלה אינן הכרחיות כדי לאפשר לנתבע לא-חייב להימנע מעלויות מיותרות. למעשה, ההפך הוא הנכון: האפשרות לדרוש גילוי רחב מאפשרת לתובעים להטיל עלויות על נתבעים גם בתביעות שסיכוייהן נמוכים, ומעודדת הגשת תביעות כאלה.

אנו מציעים לקבוע הליך אישור המבוסס על בררת-מחדל שבה התובע יצטרך לעמוד ברף הוכחה נמוך כדי שתביעתו תאושר כייצוגית, אולם על הנתבע לא תוטל חובת גילוי כלפי התובע. רף ההוכחה בבררת-המחדל ייקבע באופן כזה שסיכויי האישור נגד נתבע חייב יהיו גבוהים דיים להבטיח שמצבו לא ישתפר בהשוואה לדין הנוהג כיום. נוסף על כך, המתווה המוצע יאפשר לתובע ולנתבע להסכים על שילוב אחר של גילוי ורף הוכחה, ובית-המשפט יאכוף את הסכמתם בהחלטתו בהליך האישור.

כפי שאנו מראים, המתווה המוצע יצמצם את עלויותיו הישירות של הליך האישור במקרים רבים; יצמצם את האפשרות של נתבעים חייבים להכביד על תובעים באמצעות הגדלת עלויותיהם; יתמרץ תובעים להגיש בקשות לאישור הנתמכות בבסיס ראייתי ומשפטי רחב; ויצמצם את תמריציהם להגיש תביעות שבסיסן העובדתי והמשפטי רעוע ואשר כל מטרתן היא הפעלת לחץ על הנתבע.

יתרה מזו, המתווה המוצע יפחית את העלויות הצפויות לנתבעים לא-חייבים, וזאת מבלי להקל על נתבעים חייבים. הוא ייצור הפרדה בין הנתבעים על-פי חבותם הצפויה, שלגביה יש בידיהם מידע שאינו מצוי בידי התובע או בית-המשפט. באופן זה יסייע המתווה המוצע בפתרון הבעיה של פערי המידע בין הצדדים, ישפר את ההרתעה ויפחית את ההשפעה המצננת של ההליך המשפטי בהשוואה לדין הנוהג.

א. חלוקת ההליך המשפטי לשני שלבים – עיצוב מיטבי של שלב האישור

פרק זה מנתח את השיקולים העומדים ביסוד חלוקתו של ההליך השיפוטי לשני שלבים (שלב אישור התביעה כתובענה ייצוגית ושלב הדיון בתביעה עצמה, אם בקשת האישור מתקבלת), שהמעבר ביניהם מותנה בהוכחת סיכויי התביעה. הוא בוחן את ההשפעות שיש לחלוקת ההליך לשני שלבים, כאשר בתום השלב הראשון – שלב האישור – בית-המשפט יכול להחליט אם להמשיך לדון בתביעה עד מתן פסק-דין או לסלק אותה כבר בשלב זה.¹⁰

10 לניתוח כלכלי של חלוקת ההליך לשלבים ראו, Louis Kaplow, *Optimal Multistage Adjudication*, 33 J.L. ECON. & ORG. 613 (2017); Louis Kaplow, *Multistage Adjudication*, 126 HARV. L. REV. 1179 (2013); William M. Landes, *Sequential versus Unitary Trials: An Economic*

החלוקה לשני שלבים מגינה על נתבעים לא־חייבים מפני הליך משפטי מלא. היא מאפשרת להם "לחלץ את עצמם" מהצורך לקיים הליך משפטי מלא, על העלויות הכרוכות בכך. עלויות אלה עלולות להיות גבוהות, ולכלול בחינה מקיפה של המסכת העובדתית, איתור מסמכים וגילויים, חקירה של עדים פוטנציאליים וזימונם להעיד בבית־המשפט, הכנה של חוות־דעת, בדיקה של המצב המשפטי ועוד.

לכאורה, פסיקת הוצאות משפט על־ידי בית־המשפט הייתה יכולה לצמצם את החשש של נתבעים לא־חייבים מפני העלויות הכרוכות בהליך. אילו אכן היה אפשר לחלק את הנתבעים באופן ברור ודיכוטומי לחייבים וללא־חייבים, ואילו ירדע הנתבע הלא־חייב בוודאות כי בית־המשפט יפסוק לזכותו בתום ההליך את מלוא ההוצאות שהוא נשא בהן במסגרת ההליך, לא היה מקום לחשש מפני נשיאה בהוצאות מיותרות. במילים אחרות, בעיית ההוצאות שנתבעים לא־חייבים צריכים לשאת בהן לצורך ניהול ההליך – הוצאות שעולות להוביל לצינון הפעילות הרצויה שלהם (או להעלאת מחירה) – הייתה יכולה להיפתר על־ידי פסיקת שיפוי מלא בגין הוצאותיהם בסוף ההליך. אילו אכן זה היה המצב, לא היה לכאורה צורך בחלוקת הדיון לשני שלבים, משום שהיה אפשר להגן בצורה מיטבית על הנתבעים הלא־חייבים באמצעות פסיקת הוצאות לטובתם.

אולם המציאות שונה. בפועל נתבעים אינם יודעים בוודאות מה יהיו תוצאות התביעה שהוגשה נגדם, ובוודאי אין הם יודעים זאת מראש, לפני שהם מחליטים איך לפעול ואילו אמצעי זהירות לנקוט. לכן כל נתבע (גם כזה שלא הפר את הדין) חשוף לסיכון שהוא יימצא חייב, ואז ייאלץ לשאת הן בהוצאותיו שלו והן באלה של התובע. מעבר לכך שהנתבעים אינם יודעים אם בית־המשפט יפסוק לזכותם אם לאו, גם כאשר התביעה נגדם נדחית, בתי־המשפט אינם פוסקים לזכותם את מלוא ההוצאות שהם הוציאו בפועל לצורך ניהולה. מכאן שהסיכון שיוגשו נגדו תביעות חושף את הנתבע הפוטנציאלי לחשש מפני הוצאות, וחשש זה עלול לצנן את ההגנה (המוטיוציה) שלו לעסוק בפעילות שבה הוא עוסק, גם אם היא פעילות רצויה מבחינה חברתית.¹¹ הנחה זו היא הבסיס לניתוח שלהלן.

לחלוקה לשני שלבים יש אם כן שתי תוצאות: מצד אחד, היא מסננת חלק מהתביעות נגד נתבעים לא־חייבים ומביאה בכך לידי הוזלת עלויות ההליך מבחינתם; אולם בהיבט היא פותחת פתח לנתבעים חייבים לחמוק מאחריות ללא בירור של חבותם בהליך מלא. הניתוח להלן מתווה את הדרך שבה יש לקבוע את האיזון המיטבי בין שתי התוצאות הללו של שלב האישור.¹²

Analysis, 22 J. LEGAL STUD. 99 (1993); Kong-Pin Chen, Hung-Ken Chien & C.Y. Cyrus Chu, *Sequential Versus Unitary Trials with Asymmetric Information*, 26 J. LEGAL STUD. 239 (1997).

11 לדיון ולבחינה תיאורטית של השפעתן של הוצאות משפט על תמריצים ראו אלון קלמנט "רפורמה בהוצאות משפט בהליך האזרחי – מתווה לדיון" משפטים על אתר ט 107 (2015) (להלן: קלמנט "רפורמה בהוצאות משפט").

12 יצוין כי בארצות־הברית, בניגוד לישראל, הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מוגשת רק לאחר שהוגשה תביעה בשמו של התובע המייצג. בשלב הראשון של הגשת התביעה, היא רק בגדר putative class action. הנתבע יכול לבקש בשלב זה לסלק את התביעה על הסף, והדין בארצות־הברית מחייב את התובע לעמוד ברמת הוכחה גבוהה מזו שנדרשת בישראל לצורך

יש לציין כי החלוקה לשני שלבים עשויה להוליד גם תוצאה נוספת, והיא חיסכון בעלויותיה של מערכת המשפט, שכן לכאורה נמנעים הליכים שהיו מנוהלים עד סופם ומסתיימים בזכייה של הנתבע. אולם לגישתנו, חיסכון כזה אינו יכול להצדיק כשלעצמו את חלוקת ההליך לשניים. ראשית, מבחינה מעשית, אי־אפשר לקבוע איך החלוקה הזו משפיעה על עלויות המשפט הכוללות במערכת. גם אם תוחלת העלויות בהליך (של התובע, הנתבע ובית־המשפט) קטנה, התוצאה עלולה להיות הגשה של תביעות רבות יותר – בין לנוכח ההפחתה באפקט ההרתעתי וריבוי הפרות הדין על־ידי נתבעים, ובין לנוכח התמריצים הניתנים לתובעים לתבוע. לפיכך הקטנת עלויותיו של ההליך עלולה דווקא להגדיל את סך העלויות של מערכת המשפט; ולהפך – הגדלה של עלויות ההליך עשויה להוביל לצמצום מספר התביעות ולהקטנת סך העלויות של מערכת המשפט.¹³

שנית, מבחינה נורמטיבית, צמצום עלויותיה של מערכת המשפט אינו יכול לעמוד כמטרה בפני עצמה. האפקטיביות שיש להשקעה בהליך המשפטי על קיום הוראות הדין היא שצריכה להיבדק. צמצום עלויות המשפט הגורר דילול הרתעה והתנהגות רשלנית של נתבעים עלול להוליד נזק חברתי שיהיה גדול מהעלויות שנחסכו; ולהפך – הגדלת עלויות המשפט באופן המרתיע התנהגות שאינה רצויה יכולה להניב תועלת חברתית שתצדיק את העלויות הנוספות.

לפיכך יש להתמקד בהשפעה של אופן בירור התביעה הייצוגית על תמריציהם של הצדדים בהגשת התביעה ובניהולה וכן בהתנהגותם הצופה אפשרות לתביעה עתידית.¹⁴ המטרה צריכה להיות הגדלה של הרווחה החברתית, הכוללת את התועלת מפעילותו של הנתבע בניכוי הנזקים שנגרמים מפעילותו, העלויות שנדרשות להקטין נזקים אלה ועלויות

מניעת סילוק על הסף. לאחר הליכי הגילוי, הנתבע יכול לבקש לסלק את התביעה בהליך summary judgment. הליכים אלה מקדימים בדרך־כלל את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. בארצות־הברית אין בוחנים אם כן את סיכויי התביעה כתנאי נפרד לאישור התובענה הייצוגית. עם זאת, סיכויי התביעה נבחנים הן במסגרת בקשות לסילוק על הסף ובקשות ל־summary judgment והן במסגרתם של תנאים אחרים לאישור. לדיון בבחינת סיכויי התביעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בארצות־הברית ראו, למשל, Miller, לעיל ה"ש 5; Robert G. Bone & David S. Evans, *Class Certification and the Substantive Merits*, 51 *Duke L.J.* 1251 (2002); Geoffrey C. Hazard, Jr., *Class Certification Based on Merits of the Claims*, 69 *Tenn. L. Rev.* 1 (2001). ראו גם Richard A. Nagareda et al., *Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation* 264–84 (2nd ed. 2013).

13 ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 121.

14 באופן תיאורטי ראוי לשקלל את התועלת והעלות מההליך המשפטי, ולקבוע כללים מיטביים אשר יביאו לידי מקסום התועלת בניכוי העלויות. להרחבה ראו Steven Shavell, *The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, 11 *J. Legal Stud.* 333 (1982). מאחר ששקלול כזה הוא מורכב, ראוי להשתמש בכללים מקורבים המיועדים להשגת אותה מטרה.

ההליך המשפטי.¹⁵ לצורך הדיון נניח תחילה כי הצדדים מנהלים את ההליך עד סופו, ולאחר-מכן נבחן את השפעותיה של אפשרות הפשרה על מסקנותינו.

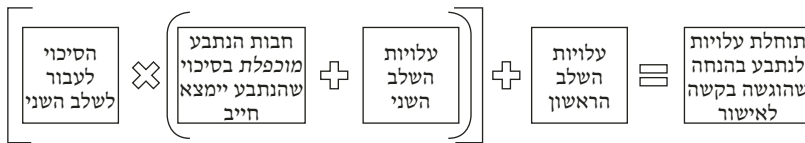
1. חלוקה לשני שלבים – השפעה על עלויותיהם של תובעים ונתבעים

כפי שהובהר לעיל, אנו מניחים כי חלוקת ההליך לשני שלבים נועדה לאפשר לנתבעים לא-חייבים לחסוך בהוצאות ניהול ההליך. לכן נתייחס להלן למכלול העלויות הצפויות לנתבעים. נוסף על כך נבחן גם את עלויותיהם של התובעים, שכן עלויות אלה משליכות על התמריץ של תובעים פוטנציאליים לתבוע, וככל שתמריץ זה גדול יותר, גם עלויותיהם של הנתבעים צפויות לצמוח.

כדי להבין את השפעתו של הליך האישור על נתבעים, צריך לבחון קודם-כל כיצד הוא משפיע על תוחלת העלויות הצפויות להם. נתאר זאת בעזרת שתי נוסחאות פשוטות, אשר יאפשרו לנו להבין את הדרך שבה מתקבלות החלטותיהם של הצדדים בהליך האישור.

(א) עלויות הנתבע

הנוסחה הראשונה מתארת כיצד חלוקת ההליך המשפטי לשני שלבים משפיעה על תוחלת עלויותיו של הנתבע, בהנחה שמוגשת בקשת אישור:¹⁶



נוסחה זו ממחישה כיצד החלוקה לשני שלבים משפיעה על עלויותיו של הנתבע. עלויות אלה כוללות את עלויותיו בשלב הראשון, את עלויותיו בשלב השני ואת חבותו הצפויה כלפי התובע. מאחר שעלויות השלב השני והחבות כלפי התובע מוכפלות בסיכוי לעבור לשלב השני, מובן שככל שסיכוי זה קטן יותר כן העלויות לנתבע קטנות יותר. כמו-כן יש לשים לב שגם אם עלויות השלב הראשון נחסכות מהשלב השני, כל העברה של עלויות מהשלב השני לשלב הראשון תגדיל את עלויותיו הצפויות של הנתבע. הסיבה לכך היא שעלויות השלב הראשון מוצאות על-ידי בוודאות, ואילו עלויות השלב השני

15 ניתן להתייחס להליך המשפטי גם מנקודת-מבטן של גישות שאינן מנסות למקסם את הרווחה החברתית הכוללת. ראו, למשל, יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 31-108 (2015). לעמדתנו, מאחר שמשאביהם של הצדדים ושל בתי-המשפט מוגבלים, אי-אפשר להשיג את כל המטרות האפשריות, ויש לערוך איזונים בין השגת המטרות לבין עלויותיהן. מרגע שמכירים במגבלת המשאבים, יש לבחון כיצד ניתן להביא לידי ניצולם המיטבי. ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 81-93.

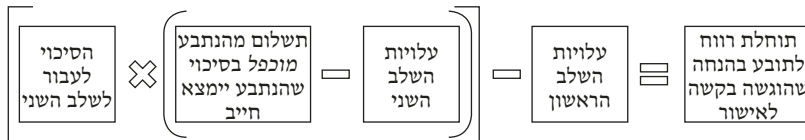
16 ההנחה המפשטת לצורך הדיון היא שבתי-המשפט אינו פוסק הוצאות לזכות הצד שזכה. פסיקת הוצאות לא תשנה באופן מהותי את הניתוח. לניתוח השפעתה של פסיקת הוצאות על תמריצי הצדדים בהליך הרגיל ראו קלמנט "רפורמה בהוצאות משפט", לעיל ה"ש 11.

מוצאות רק אם ההליך עובר לשלב השני.¹⁷ לכן כל הגדלה בעלויות השלב הראשון מגדילה את העלות הצפויה לנתבע. זו בוודאי התוצאה כאשר הגדלה בעלויות השלב הראשון אינה מניבה חיסכון בעלויות השלב השני.

לבסוף, ככל שהסיכוי שהנתבע יימצא חייב בשלב השני גדול יותר כן עלותו של המעבר לשלב השני גדולה יותר מבחינתו.

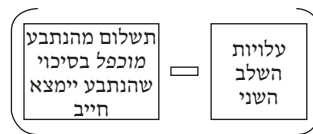
(ב) תמריצי התובע

הנוסחה שהצגנו לעיל לגבי עלויותיהם של נתבעים מניחה כי הוגשה בקשת אישור. אולם עיצובו של הליך האישור עשוי להשפיע גם על נכונותו של התובע להגיש את הבקשה. מאחר שהעלויות הצפויות לנתבע נמוכות יותר ככל שהסיכוי שהוא ייתבע נמוך יותר, יש להתייחס גם לאופן שבו החלוקה לשני שלבים משפיעה על תמריציו של התובע לתבוע.¹⁸ התובע הפוטנציאלי יגיש תביעה רק אם תוחלת הרווח שלו מהגשתה היא חיובית. תוחלת הרווח של התובע, בהליך המחולק לשני שלבים, מתוארת בנוסחה הבאה:



ניתן לראות שתמריציו של התובע לתבוע גדולים יותר ככל שהסיכוי לעבור לשלב השני גדול יותר, וככל שעלויות השלב הראשון נמוכות יותר. נקל לראות שגם כאן, אף אם עלויות שהתובע מוציא בשלב הראשון נחסכות לו בשלב השני, כל העברה של עלויות מהשלב השני לשלב הראשון תגדיל את עלויותיו הכוללות. בכך הפרמטרים המשפיעים על החלטותיו של התובע דומים לאלה המשפיעים על הנתבע.

אולם יש הבדל משמעותי בין התובע לנתבע: בעוד שלגבי הנתבע השלב השני תמיד מטיל עליו עלויות, ולכן הוא ירצה תמיד להפחית את הסיכוי שהתביעה תעבור לשלב זה, אצל התובע השיקולים מורכבים יותר. מבחינת התובע, השלב השני יכול להסתיים ברווח או בהפסד, בתלות בסיכוי שהנתבע יימצא חייב. החלק הבא בנוסחה שלעיל יכול להיות חיובי או שלילי:



17 נניח, לדוגמה, שעלויות ההליך הן 100, שהן מתחלקות בין השלב הראשון לשלב השני, ושהסיכוי לעבור לשלב השני הוא 0.5. כל הפחתה של 10 בעלויות השלב הראשון מקטינה את סך העלויות של הנתבע ב-5, משום שהיא מחליפה הוצאה ודאית של 10 בהוצאה וזה שהנתבע יוציא אותה בסיכוי 0.5 בלבד. כך, למשל, אם עלויות השלב הראשון הן 20, העלויות הכוללות של הנתבע הלא-חייב הן $20 + 0.5 * 80 = 60$; ואילו אם עלויות השלב הראשון הן 10, העלויות הכוללות של הנתבע הלא-חייב הן $10 + 0.5 * 90 = 55$.

18 ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 1001-1007.

מאחר שהתובע מעוניין להגדיל את הרווח הצפוי לו, הוא היה מעדיף לעבור לשלב השני רק כאשר הערך הצפוי לו בשלב הזה הוא חיובי. הבעיה של התובע היא שחסר לו מידע ביחס לסיכוי שהנתבע יימצא חייב בשלב השני. חלק מהמידע הזה קשור ליחסו של בית-המשפט לעובדות המקרה וליישום הכללים המשפטיים לגביהן, אולם חלקו האחר מצוי בידי הנתבע. בידי הנתבע עשוי להיות מידע שיסייע לו להעריך באופן טוב יותר מה סיכוייו להימצא חייב בשלב השני. הנתבע, היודע עובדות רבות הנוגעות בהתנהלותו לפני הגשת התביעה, יכול להעריך בצורה מדויקת יותר, בהסתמך על עובדות אלה, את הסיכוי שהתביעה תתקבל והוא יימצא חייב. ככל שהנתבע יודע שהתנהלותו הייתה בעייתית יותר, הוא צופה שסיכויי ההצלחה של התביעה יהיו גדולים יותר. מאחר שיש פערי מידע בין הנתבע לתובע, התובע יכול רק להעריך מה הסיכוי שהנתבע התנהל בניגוד לחוק, ובהתאם להעריך את הסיכוי שהוא יזכה בשלב השני.¹⁹ הערכת הסיכויי הזו משפיעה על הרווח הצפוי לתובע מהגשת תביעה, וכתוצאה מכך על נכונותו לתבוע.²⁰

לפיכך השלב הראשון עלול לסנן נתבעים אשר בשלב השני התובע היה זוכה בתביעה מולם, קרי, נתבעים חייבים. בכך הסינון מקטין את הרווח לתובע. אולם, בניגוד לאינטואיציה הראשונית, הסינון בשלב הראשון עשוי גם לסייע לתובע. זאת, משום שבשלב זה מסוננים חלק מהנתבעים שהסיכוי שיימצאו חייבים הוא נמוך מאוד, ואשר אילו עברו לשלב השני, היה התובע מפסיד בתביעה מולם, ולא היה מקבל כל תשלום בסוף ההליך. כדי למנוע מעצמו הוצאות מיותרות, התובע מעדיף לקבל מוקדם ככל האפשר מידע הן לגבי יחסו של בית-המשפט לטענותיו בהליך והן לגבי פרטים עובדתיים המצויים בידעתו של הנתבע בלבד. הסינון בשלב הראשון מאפשר לו בדיוק זאת, ולכן הוא מגדיל את הרווח הצפוי לו במועד הגשתה של בקשת האישור.²¹

19 פערי מידע עלולים להוביל גם להערכת-חסר של הסיכוי שהנתבע יימצא חייב, וזו עלולה להוביל לצפיית תוחלת רווח שלילית ולהימנעות מהגשת תביעה.

20 לניתוח כלכלי של התדיינות משפטית ופשרה במצב של פערי מידע ראו, למשל, Lucian A. Bebchuk, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, 15 RAND J. ECON. 404 (1984); Andrew F. Daughety & Jennifer F. Reinganum, *Settlement Negotiations with Two-Sided Asymmetric Information: Model Duality, Information Distribution, and Efficiency*, 14 INT'L REV. L. & ECON. 283 (1994); Urs Schweizer, *Litigation and Settlement Under Two-Sided Incomplete Information*, 56 REV. ECON. STUD. 163 (1989).

21 לדוגמה, נניח תחילה שההליך היה מתנהל בשלב אחד, שעלויות ההליך היו 100, ששווי התביעה היה 500, ושהתובע היה סבור כי סיכויי ההצלחה שלו הם 0.15. במקרה כזה לא היה התובע מגיש את התביעה, שכן תוחלת הזכייה שלו, 75, נמוכה מעלויותיו. נניח כעת שההליך מתחלק לשני שלבים, שעלויות השלב הראשון הן 10 ועלויות השלב השני הן 90, ושסיכויי ההצלחה בתביעה, אם היא עוברת לשלב השני, הם 0.5. כמו-כן נניח שהסיכוי לעבור לשלב השני הוא 0.1. אם נציב את הנתונים הללו בנוסחה שבטקסט, נראה שהשווי נטו הצפוי לתובע, לאחר ניכוי הוצאותיו, הוא $10 = 6 - 90 - (500 * 0.5) * 0.1$. דהיינו, אף שהסיכוי לעבור לשלב השני נמוך מסיכויי התביעה, התובע מעדיף זאת משום שהוא חוסך בכך את רוב עלויות ההליך המלא במקרים שבהם היה מפסיד בתביעה.

לכן, ככל שהסיון מוביל להגדלת הסיכוי שנתבעים שיימצאו חייבים בשלב השני יעברו לשלב זה ולהקטנת הסיכוי שנתבעים שלא יימצאו חייבים יעברו לשלב זה, כן הרווח לתובע גדל, ועימו הסיכוי שהוא יגיש את הבקשה. מסקנה זו חשובה להבנת האופן שבו הליך האישור משפיע על תמריציו של התובע, ואנו עושים בה שימוש בהמשך.

2. עיצוב השלב הראשון: רף הוכחה, כמות מידע ופערי מידע

חוסר הדיוק בהכרעה בשלב האישור נובע מהפער בינה לבין ההחלטה שתתקבל (או שהייתה מתקבלת אילו אושרה התובענה כייצוגית) בשלב הדיון בתובענה לגופה. לפיכך ההנחה היא שנתבע אשר הסיכוי שהוא יימצא חייב בשלב השני הוא גבוה עשוי בכל-זאת לא לעבור לשלב זה; ולהפך – נתבע אשר הסיכוי שהוא יימצא חייב בשלב השני הוא נמוך עשוי לעבור בכל-זאת לשלב זה. אף שגם ההחלטה בשלב השני אינה מדויקת, אנו מתייחסים לחוסר הדיוק הזה כאל נתון בבואנו לתכנן את שלב האישור.

המטרה של חלוקת ההליך לשני שלבים היא לצמצם את תוחלת העלות של הנתבע הלא-חייב. זאת, באמצעות הקטנת הסיכוי שתוגש תביעה נגדו, הפחתת העלויות הכרוכות בשלב הראשון (כאשר מוגשת תביעה) והפחתת הסיכוי שהתביעה שהוגשה תעבור לשלב השני. לעומת זאת, צריך שסיכוייו של הנתבע החייב להיתבע והסיכוי שלו לעבור לשלב השני יהיו גבוהים ככל האפשר.

ניתן להשפיע על הפרמטרים הללו באמצעות שני כלים עיקריים: רף ההוכחה הנדרש מהתובע כדי לעבור לשלב השני, וכמות המידע שתעמוד לפני בית-המשפט במסגרת הבירור העובדתי והמשפטי של טענות הצדדים. כמות המידע שבית-המשפט נחשף אליה במסגרת השלב הראשון משליכה על רמת הדיוק בשלב זה. מאחר שבשלב השני יוצג מידע רב יותר לפני בית-המשפט, ההכרעה בשלב השני תהיה מדויקת יותר מאשר בשלב הראשון. אולם ככל שיש בידי בית-המשפט מידע רב יותר כבר בשלב הראשון, האפשרות שלו לקבל בתום שלב זה הכרעה מדויקת יותר, אשר עולה בקנה אחד עם ההכרעה שהייתה מתקבלת אילו התקיים הליך מלא, היא גדולה יותר.

נדגים את ההבחנה בין רף ההוכחה לבין רמת הדיוק באמצעות דוגמה העוסקת בספק

שירות²²:

בקשה לאישור תובענה ייצוגית מוגשת נגד ספק שירותי טלפון בטענה כי כאשר פנו אליו לקוחות בבקשה להפסיק את ההתקשרות עימם, הוא הפר את חובתו לנתק את ההתקשרות בתוך שלושה ימים מיום הפנייה. טענת התובעת

22 הדוגמה מבוססת על עניין נטוויז'ן, לעיל ה"ש 5. באותו עניין מצא בית-המשפט העליון כי התובע לא עמד בנטל הנדרש להוכחה כי מדובר במדיניות מפרה של הנתבעת, ולא רק בטעויות נקודתיות. ראו גם ע"א 578/17 יבלינוביץ' נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2018), שבו קבע בית-המשפט העליון כי יש לעמוד בנטל זה ביחס לכל אחד מהנתבעים, ולהימנע מהגדרה רחבה מדי של הקבוצה המיוצגת, המתייחסת גם לנתבעים שביחס אליהם לא הוכחה "שיטה" (פס' 31-38 לפסק-דינו של השופט עמית). בשני המקרים לא התייחס בית-המשפט העליון לשיקולים העומדים ביסוד החלוקה של ההליך המשפטי לשני שלבים, ובפרט לא דן באופן שבו החלטתו משפיעה על שיקולי הרתעה וצינון, כמוצע על-ידינו להלן בחלק 4.

היא שהספק נוהג לא כדין בנוקטו מדיניות המשהה את הניתוק מעבר לשלושה ימים, כדי להקשות על לקוחותיו את הפסקת ההתקשרות. מאחר שאין מסמכים המעידים על מדיניות כזו, השאלה היא מהן הראיות אשר יצדיקו, אם יוצגו, את אישורה של התובענה כייצוגית. בפרט, השאלה היא אם התנהלותו של הספק עולה כדי פעולה מכוונת המונעת באופן שיטתי את קיום החובה לנתק את ההתקשרות בתוך שלושה ימים. נניח כי ידוע ש-100,000 לקוחות של הספק ביקשו להתנתק במהלך התקופה הרלוונטית, וכי הראיות היחידות שניתן להציג נוגעות במספר הלקוחות שפנו בבקשת התנתקות ולא נותקו בתוך שלושה ימים. נניח עוד כי איסוף הנתונים ביחס לכל הלקוחות של הספק שביקשו להתנתק בתקופה הרלוונטית הוא מסובך ויקר. עם זאת, נניח שאם יתברר כי לפחות 20,000 מבין כלל הלקוחות שביקשו להתנתק בתקופה הרלוונטית לא נותקו במועד הנדרש (קרי, בתוך שלושה ימים), יהיה מקום לקבוע כי מדובר במדיניות מכוונת, ולחייב את הספק בפיצוי.

מאחר שאי אפשר לבחון בשלב הדיון בבקשת האישור את כל הלקוחות שביקשו להתנתק, יש לדגום מספר לקוחות מצומצם יותר. מספר הלקוחות שיידגם משקף את כמות המידע שתהיה בידי בית-המשפט במסגרת השלב הראשון של ההליך. גודל המדגם יקבע את דמת הדיוק של הנתון שיימצא במדגם. ככל שמספר הלקוחות שיידגם יהיה גדול יותר כן הנתון שיימצא במדגם בדבר שיעור הלקוחות שביקשו להתנתק ולא נותקו בתוך שלושה ימים יהיה קרוב יותר לשיעור הנכון מקרב כלל לקוחותיו של הספק שביקשו להתנתק.²³ כך, למשל, אם התוצאה במדגם של 100 לקוחות שביקשו להתנתק היא ש-10 לקוחות לא נותקו במועד, האחוז שנובע מכך – 10% – הוא מדויק פחות מאשר תוצאה במדגם גדול יותר של 1,000 לקוחות ש-100 מתוכם לא נותקו במועד. כתוצאה מכך, הסיכוי שמספר הלקוחות שלא נותקו במועד מתוך 100,000 הלקוחות שביקשו להתנתק עולה על 20,000 (המספר שהנחנו כי די בהוכחתו להביא לידי קבלת התביעה) גבוה יותר במדגם הקטן מאשר במדגם הגדול. לעומת זאת, אילו הממצא במדגמים ביחס לאחוז הלקוחות שלא נותקו במועד מבין אלה שביקשו להתנתק היה 30%, אזי הסיכוי שמספר הלקוחות הכללי שלא נותקו במועד עולה על 20,000 היה גדול יותר במדגם הגדול מאשר במדגם הקטן. באופן כללי, ככל שהמדגם גדול יותר כן תוצאתו מדויקת יותר, ולכן הסיכוי לטעות – כלומר, הסיכוי שתתקבל בקשת האישור נגד נתבע שיימצא לבסוף לא-חייב או שתידחה בקשת האישור נגד נתבע שהיה נמצא חייב – יהיה קטן יותר.

רף ההוכחה קובע את הסיכוי המינימלי הנדרש בשלב הראשון לכך שייקבע בתביעה כי ספק השירות אכן הפר את חובתו. משנקבע רף ההוכחה, בית-המשפט צריך לשאול את עצמו מהו הסיכוי שהתובע יעמוד בנטל המוטל עליו בתביעה עצמה (קרי, בנטל של מאזן ההסתברויות), בהינתן המידע הקיים בידיו בשלב הנוכחי של הדיון ובהתחשב במידע שעשוי

23 במונחים סטטיסטיים, גודלו של המדגם קובע את הרווח בר-הסמך של התוצאות באוכלוסייה כולה ביחס לתוצאות המדגם. ראו DAVID M. DIEZ, CHRISTOPHER D. BARR & MINE ÇETINKAYA- RUNDL ET AL., OPERNINTRO STATISTICS sec. 4.2 (3rd ed. 2015), available at <https://www.openintro.org/stat/textbook.php>.

להיתוסף בשלב הבא של הדיון. על בית-המשפט להשוות סיכוי זה לרף ההוכחה, ולקבוע אם הסיכוי הזה גדול יותר מהרף שנקבע.

בהתייחס לדוגמה של ספק השירות, על בית-המשפט לקבוע תחילה מהו רף ההוכחה הנדרש בשלב הראשון. אם, לדוגמה, הרף שנקבע הוא 0.3, בית-המשפט יצטרך לקבוע, על-סמך המדגם שלפניו, אם הסיכוי שהתביעה תתקבל וימצא בסופו של ההליך כי 20,000 מהלקוחות לא נותקו במועד (קרי, התובע יעמוד בנטל ההוכחה בתביעה עצמה) הוא 0.3 לפחות. כפי שצינינו, בשלב הראשון של הדיון בית-המשפט אינו מקבל מידע מלא, כלומר, הוא אינו בוחן את כלל המקרים של הלקוחות שהתנתקו, אלא מקרים מדגמיים בלבד. נניח, למשל, שלבית-המשפט מוצג מדגם של 100 לקוחות שמתוכם 10 לא נותקו במועד. בית-המשפט יצטרך לקבוע אם בהינתן אחוז הלקוחות שלא נותקו שנמצא במדגם – 10% – וסיכויי הטעות במדגם זה לנוכח גודלו, הסיכוי שאכן 20,000 לקוחות לא נותקו במועד עולה על רף ההוכחה – 0.3.

הבחינה של בית-המשפט נעשית אם כן לאור המידע החלקי שיש לפניו בשלב בקשת האישור. יהיו מקרים שבהם אילו השלב הראשון היה השלב הסופי של הדיון, לא היה במידע החלקי שהוצג לבית-המשפט כדי לאפשר את קבלת התביעה (למשל, אף אם התוצאה במדגם של 100 לקוחות היא ש-30% לא נותקו במועד, בית-המשפט עשוי לסבור כי תוצאה זו, בהינתן הטעות האפשרית במדגם, אינה מאפשרת את קבלת התביעה נגד הספק). במקרים אלה בית-המשפט צריך לבחון מהו המידע הנוסף שעשוי להיחשף בשלב השני, ואם מידע זה עשוי לאפשר עמידה של התובע בנטל (כלומר, מהו הסיכוי שכאשר יעמוד לפני בית-המשפט המידע המלא על-אודות כל הלקוחות שלא נותקו, יתברר כי לפחות 20,000 לקוחות לא נותקו במועד). ככל שבית-המשפט סבור כי המידע שהוצג לפניו במהלך השלב הראשון של הדיון הוא מידע מלא, וכי אין סיכוי שהתובע יציג בשלב השני מידע נוסף, בית-המשפט יכול להעריך ברמה גבוהה של סבירות מה צפויה להיות התוצאה של השלב השני. במקרים אלה השפעתו של רף ההוכחה שנקבע על ההחלטה בשלב הראשון תהיה פחותה. לעומת זאת, ככל שכמות המידע בשלב הראשון מועטה יותר, ככל שרמת הדיוק שלו נמוכה יותר וככל שכמות המידע שצפויה להיתוסף בשלב השני גדולה יותר, כן תגדל השפעתו של רף ההוכחה על תוצאת השלב הראשון.²⁴

על בית-המשפט להביא בחשבון בהקשר זה גם את השלכתם של פערי המידע בין הצדדים. כפי שהסברנו לעיל, בתובענות ייצוגיות קורה לא אחת שעיקר המידע הרלוונטי לבחינת בקשת האישור והתביעה לגופה מצוי בידי הנתבע, והתובע אינו מודע לו. בנסיבות אלה, אם לא מתקיים הליך גילוי מסמכים, המידע שמוצג לבית-המשפט על-ידי הצדדים עשוי להיות מוטא לזכות הנתבע. זאת, משום שהנתבע יבחר להציג לבית-המשפט את המידע שיש בו כדי לסייע לו לשכנע את בית-המשפט כי יש לדחות את בקשת האישור נגדו ולחמוק מאחריות. בדוגמה של ספק השירות, למשל, הנתבע עשוי להציג את המקרים הרבים שבהם ניתוק הלקוחות נעשה במועד וכדין. התובע, לעומתו, יתקשה בדרך-כלל למצוא מקרים

24 בדוגמה של ספק השירות, ככל שהמדגם קטן יותר כן הסיכוי שהתוצאה הסופית תהיה שונה מתוצאת המדגם הוא גדול יותר, ולכן שינוי ברף ההוכחה ישפיע באופן משמעותי יותר על תוצאת השלב הראשון.

שבהם הלקוחות לא נותקו בתוך שלושה ימים. ניתן לחשוב על מצב זה כאילו המדגם שמוצג לפני בית-המשפט הוא מדגם מוטא לטובת הנתבע.

בבואו להכריע בבקשת האישור, על בית-המשפט להביא בחשבון שהוא מקבל מידע חלקי אשר מוטא לטובת הנתבע. כדי לאזן את פערי המידע, בית-המשפט יכול להורות – כבר בשלב הדיון בבקשת האישור – על גילוי מסמכים של הנתבע. אם התובע יחשף למסמכי הנתבע, הוא יוכל לעשות בהם שימוש כדי לשכנע את בית-המשפט ביחס לגרסתו, והמידע שיקבל בית-המשפט יהיה מוטא פחות ומאוזן יותר.

לחלופין, באותם מקרים שבהם בית-המשפט אינו מורה על גילוי מסמכים ופערי המידע נותרים בעינם, בית-המשפט יכול – תוך הכרה בהטיה שפערי המידע יוצרים וניסיון לצמצם את השפעתם – להנמיך את רף ההוכחה שנדרש מהתובע. התוצאה של הנמכה כזו של רף ההוכחה תהיה דומה לתוצאה של גילוי מסמכים וחשיפת המידע באופן סימטרי גם לתובע.²⁵ הנמכת רף ההוכחה משמעה שהתובע נדרש להוכיח כי יעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו בשלב השני של הדיון, קרי בתביעה עצמה, ברמה נמוכה יותר של סבירות.

3. השפעת עיצובו של השלב הראשון על התנהגותם של נתבעים פוטנציאליים

כיצד שינויים ברף ההוכחה ובכמות המידע במסגרת השלב הראשון של הדיון משליכים על התנהלותם של נתבעים פוטנציאליים?

התנהלותם של נתבעים פוטנציאליים מושפעת מכמה גורמים. ראשית, סכנת היחשפותם להליך משפטי מצננת את תמריצייהם לקיים את הפעילות מושא ההליך. ההשפעה המצננת שיש להקטינה היא זו הנוגעת בנתבעים לא-חייבים, והיא נגזרת מהעלויות הצפויות להם כתוצאה מניהול ההליך.²⁶ מאידך גיסא, סכנת היחשפותם של נתבעים פוטנציאליים להליך המשפטי היא שמניעה אותם לפעול כדין ולקיים את חובותיהם. התמריצים לקיים את החובות הללו נגזרים מהפער בין העלויות הצפויות למי שאינו מקיים אותן לבין אלה הצפויות למי שמקיים אותן. זו ההשפעה ההרתעתית על פעילותם של הנתבעים (המכוונת אותם לפעול כדין ולא להפר את התחייבויותיהם), ואותה יש להגדיל.²⁷

25 למשל, בעניין נטוויז'ן, לעיל ה"ש 5, קבע בית-המשפט כי המבקש לא הרים את הנטל שהוטל עליו חרף קיומן של 432 תלונות שהוגשו לבית-המשפט. נקבע כי גם בהנחה שתלונות אלה מוצדקות כולן, אין בהן כדי לבסס את הטענה בדבר קיומה של מדיניות של החברה או בדבר קיומה של רשלנות כללית בקשר להבנת בקשתם של הלקוחות להתנתק (לנוכח העובדה שבתקופה הרלוונטית התנתקו מהשירות כ-150,000 לקוחות). במילים אחרות, בית-המשפט התייחס לנתון על תלונות הלקוחות כאל מדגם שלא היה בו כדי לקבוע כי המבקש הרים את הנטל שהוטל עליו. אולם, אילו היה בידי המבקש מידע רב יותר על-אודות מספר המקרים שבהם החברה לא ניתקה את הלקוח בתוך פרק-הזמן הדרוש, ייתכן שהוא היה יכול להרים את הנטל הנדרש לצורך מעבר לשלב השני של הדיון.

26 בעוד ספרות המשפט והכלכלה עוסקת רבות בשיקולי הרתעה, ההשפעה על צינון פעילות רצויה לא זכתה בתשומת-לב כה רבה. לניתוח מעמיק של היחס בין השניים, כנגזרת של מאפיינים שונים של ההליך המשפטי, ראו Kaplow, *Multistage Adjudication*, לעיל ה"ש 10.

27 להליכי האישור של תובענה ייצוגית יש מטרת נוספת: להבטיח ייצוג הולם ובתום-לב לחברי הקבוצה המיוצגת; לברר שהתובענה הייצוגית מתאימה לפתרון המחלוקת בין הצדדים; ולוודא

מטרת החלוקה לשני שלבים היא אם כן לאפשר פעילות רצויה ולהקטין את עלויותיה, ובהיבט לתמרץ את מי שמקיים את הפעילות לנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים כדי לקיים את הדין ולמנוע פגיעה באחרים.²⁸ המתווה המיטבי של ההליך המשפטי המחולק לשני שלבים צריך למקסם את התועלת החברתית מהפעילות בניכוי ההוצאות שהיא גורמת, העלויות של נקיטת אמצעי הזהירות הנדרשים ועלויותיהם של ההליכים המשפטיים שנגרמים כתוצאה ממנה.²⁹ לצורך כך יש להביא בחשבון את שני הגורמים שצוינו לעיל – כמות המידע שבית המשפט נחשף אליה במסגרת השלב הראשון של ההליך ורף ההוכחה המוטל על התובע בשלב זה. להלן נבהיר איך השימוש בשני הגורמים הללו יכול להשליך על אופן ההכרעה של בית המשפט בבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

(א) כמות המידע

ככל שיש לבית המשפט מידע רב יותר, החלטתו בשלב הראשון מדויקת יותר. כתוצאה מכך הסיכוי של נתבעים שקיימו את חובותיהם לעבור לשלב השני יורד, בעוד הסיכוי המקביל של נתבעים שלא קיימו את חובותיהם עולה.

שהיא דרך יעילה והוגנת, ולכן עדיפה על הליכים אחרים. ראו ס' 3-8 לחוק תובענות ייצוגיות; קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 4, בעמ' 145-153. מטרת אלה אינן נבחנות בניחות להלן. ההחלטה לגביהן בתום השלב הראשון היא בדרך-כלל החלטה "סופית", אשר בית המשפט אינו בוחן אותה מחדש לאחר האישור. לפיכך מערכת השיקולים שמובאים בחשבון במסגרת התנאים השונים הנוגעים במטרות אלה שונה מזו שאנו דנים בה כאן. עם זאת, בחלק מהמקרים בחינת התנאים עשויה לדרוש גם בחינה של סיכויי התביעה. כך, למשל, בחינת השאלה אם קיימת קבוצה עשויה לכלול בדיקה של הסיכוי שהתובע יוכיח כי האירועים שהוא מתאר בבקשתו אכן קרו לקבוצה, באופן המצדיק את אישור התביעה כייצוגית.

28 לניתוח כלכלי של חלוקת המשפט לשלבים כנגזרת משיקולי הרתעה, מחד גיסא, ומשיקולים הנוגעים בחשש מפני צינון התנהגות רצויה, מאידך גיסא, ראו Kaplow, *Multistage Adjudication*, לעיל ה"ש 10. לניתוח כלכלי של כללי הטיעון לאחר פסיקת בית המשפט האמריקני בעניין Twombly ובעניין Iqbal, להלן ה"ש 73, ראו, למשל, Keith N. Hylton, *When Should a Case Be Dismissed? The Economics of Pleading and Summary Judgment Standards*, 16 Sup. Ct. Econ. Rev. 39 (2008); Samuel Issacharoff & Geoffrey Miller, *An Information-Forcing Approach to the Motion to Dismiss*, 5 J. Legal Analysis 437 (2013).

29 יש לציין כי פיצול ההליך לשני שלבים יכול לאפשר לתובע לאיים באופן אמין שהוא מתכוון לנהל את התביעה עד סופה גם כאשר ברור שמדובר בתביעה בעלת ערך שלילי: Lucian A. Bebchuk, *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, 25 J. Legal Stud. 1 (1996) לביקורת ראו Alon Klement, *Threats to Sue and Cost Divisibility Under Asymmetric Information*, 23 Int'l Rev. L. & Econ. 261 (2003); Warren F. Schwartz & Abraham L. Wickelgren, *Advantage Defendant: Why Sinking Litigation Costs Makes Negative-Expected-Value Defenses but Not Negative-Expected-Value Suits Credible*, 38 J. Legal Stud. 235 (2009). ככל שזו תוצאת הפיצול, היא עשויה להתרחש בין שרף ההוכחה וההשקעה בשלב הראשון הם גבוהים ובין שהם נמוכים, כאשר עלויות השלב הראשון נחסכות, לפחות בחלקן, מהשלב השני.

ברוגמה של ספק השירות, כאשר המדגם קטן ולא־מדויק, תוצאותיו יהיו במקרים רבים זהות בין אם הספק פעל לא כדין ומנע באופן שיטתי מלקוחותיו את ההתנתקות ובין אם לאו. כפועל יוצא מכך תיפגע הרתעתם של ספקים מפני הפרת חובתם החוקית, שכן הם ידעו כי השאלה אם הם יעברו לשלב השני תושפע במידה מועטה מהחלטתם אם לקיים את החובה או להפר אותה. נוסף על כך, ההשפעה המצננת על פעילותם של ספקים הפועלים כדין תהיה גדולה יותר. ככל שהמדגם יהיה גדול יותר כן תוצאתו תהיה מדויקת יותר, וכפועל יוצא מכך יגדל ההפרש בין הסיכוי של ספק חייב לעבור לשלב השני לבין הסיכוי המקביל של ספק לא־חייב. המשמעות היא שהרתעתם של ספקים מפני הפרת החוק תגדל, ושצינון פעילותם של ספקים לא־חייבים יקטן. שתי ההשפעות הללו הן השפעות רצויות. מן הצד שכנגד, הגדלת כמות המידע כדי לאפשר את העלאת רמת הדיוק בשלב הראשון מגדילה גם את הוצאותיהם של הנתבעים בשלב הזה. גילוי המידע על־ידי הנתבע עשוי להיות כרוך בעלות – הן העלות של הפקת המידע והן העלות הנובעת מעצם חשיפתן של עובדות המצויות בידיעתו הבלעדית של הנתבע. ברוגמה של ספק השירות, הגדלת הדיוק כרוכה במדגם גדול יותר, שעלויותיו גדולות. הגדלה זו בעלויות משפיעה הן על נתבעים חייבים והן על נתבעים לא־חייבים. בחישוב כולל, עלויותיהם של נתבעים חייבים יעלו באופן משמעותי יותר מאשר עלויותיהם של נתבעים לא־חייבים, וזאת בגלל חשיפתם של הנתבעים החייבים לחבות המלאה בשלב השני. לכן ההגדלה בעלויות השלב הראשון אינה משפיעה על המסקנה שדיוק רב יותר מעלה את התועלת ההרתעתית משלב זה, אולם היא עלולה לשנות את השפעת הדיוק על צינון פעילות רצויה.

נוסף על כך, מידת ההעמקה בשלב הראשון משפיעה על נכונותם של תובעים לתבוע. ככל שהצינון מדויק יותר, התמריץ לתבוע גדל. זאת, משום שבמחיר של עלויות השלב הראשון התובע חוסך מעצמו את עלויות ההליכים המלאים נגד נתבעים לא־חייבים – הליכים שהוא עתיד להפסיד בהם – ומאפשר לעצמו לנהל רק את התביעות שסיכוייהן להצליח גבוהים. מן הצד שכנגד, השקעה גדולה יותר בשלב הראשון עלולה להגדיל את עלויותיו של התובע (שיידרש להתמודד עם כמויות גדולות יותר של חומר, לעבד אותו ולהסיק ממנו מסקנות), וכתוצאה מכך להקטין את תמריצי התביעה שלו.

ברוגמה של ספק השירות, אם התובע אינו יודע אם הספק אכן מנע באופן שיטתי מלקוחותיו את ההתנתקות, הגדלת המדגם תאפשר לו לקבל את המידע הזה כבר בשלב הראשון, ותחסוך ממנו ניהול הליך מלא נגד ספקים לא־חייבים. עם זאת, אם עלות עריכת המדגם תוטל על התובע, הדבר עלול להניא אותו מלהגיש תביעות, אף שחלקן מוצדקות. ניתן אם כן לסכם כך:

הגדלת כמות המידע ורמת הדיוק בשלב הראשון מובילה להרתעה יעילה יותר של נתבעים מפני הפרת חובותיהם ולהקטנת ההשפעה המצננת של שלב זה, אם אין לכך עלויות.
ברם, להגדלת כמות המידע ורמת הדיוק יש ברגיל עלויות. ככל שהן מוטלות על הנתבע, יש בכך כדי להגדיל את ההשפעה המצננת של השלב הראשון; ככל שהן מוטלות על התובע, התוצאה עלולה להיות הפחתה בתמריציו לתבוע, וכפועל יוצא מכך הפחתת ההרתעה היעילה.

(ב) העלאת רף ההוכחה

העלאת רף ההוכחה מובילה להקטנת הסיכוי של נתבעים לעבור לשלב השני, בין אם הם חייבים ובין אם לאו. לכן העלאת רף ההוכחה מובילה לצמצום ההשפעה המצננת על פעילות רצויה של נתבעים. בהיבט, העלאת רף ההוכחה "מסננת" יותר נתבעים חייבים ולכן מדללת את הרתעתם מפני הפרת החוק.

ברוגמה של ספק השיירות, העלאת רף ההוכחה עשויה להביא לידי כך שבית־המשפט יקבע כי אין די בתוצאות המדגם שהוצגו לפניו לעמוד ברף הגבוה ולהוכיח ברמה הנדרשת את הסיכוי שעמדת התובע תתקבל בשלב השני של הדיון. זאת, אף שייתכן שאילו אושרה הבקשה והתקיים הדיון המלא, היה התובע מרים את הנטל המוטל עליו בשלב השני, לאחר שכלל המידע על־אודות מספר הלקוחות שלא נותקו מהשיירות במועד היה נחשף לפני בית־המשפט.

השפעתה של העלאת רף ההוכחה על התובע אינה ודאית, משום שהיא מפחיתה את הסיכוי שתביעתו תעבור לשלב השני גם נגד נתבעים חייבים, שמולם היה זוכה בתביעה, וגם נגד נתבעים לא־חייבים, שמולם היה מפסיד. לפיכך העלאת הרף יכולה להוביל להגשת מספר גדול יותר או קטן יותר של תביעות, בתלות במשקלן היחסי של השפעות אלה, כפי שהסברנו לעיל.

לבסוף, ככל שהעלאת רף ההוכחה מטילה עלויות נוספות על אחד הצדדים או על שניהם,³⁰ השפעתן של עלויות אלה תהיה דומה להשפעה של הגדלת העלויות כתוצאה מהעלאת כמות המידע: מצד אחד, היא עלולה להגדיל את ההשפעה המצננת על פעילותם של נתבעים לא־חייבים, ומצד אחר, היא עלולה להקטין את תמריציהם של תובעים לתבוע. ניתן לסכם כך:

העלאת רף ההוכחה בשלב הראשון מובילה להקטנת ההשפעה המצננת על פעילות רצויה, אולם גם להפחתה בהרתעה היעילה של נתבעים מפני הפרת חובותיהם. ככל שהעלאת רף ההוכחה כרוכה בעלויות, יש בכך כדי להפחית מתועלתה בהקטנת ההשפעה המצננת על פעילות רצויה (כאשר העלויות הללו מוטלות על הנתבע) ולהפחית עוד יותר את ההרתעה היעילה של נתבעים (כאשר העלויות הללו מוטלות על התובע).

30 כאשר רף ההוכחה עולה, נתבעים צריכים לכאורה להשקיע פחות כדי להביא לידי דחיית בקשת האישור. עם זאת, במקרים רבים השקעתו הרבה יותר של התובע גוררת השקעה רבה יותר גם מצידו של הנתבע, בין היתר משום שכללי הפרוצדורה מחייבים אותו להשיב על כל טענה שנטענה וזוקפים לחובתו העדר תגובה. לניתוח כלכלי של החלטותיהם של צדדים על השקעתם בהליך האזרחי ראו, למשל, Avery Katz, *Judicial Decisionmaking and Litigation*, 8 INT'L REV. L. & ECON. 127 (1988); Kathryn E. Spier, *Litigation*, in 1 HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 259, 264–65 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007); Amy Farmer & Paul Pecorino, *Legal Expenditure as a Rent-Seeking Game*, 100 PUB. CHOICE 271 (1999); David Rosenberg & Kathryn E. Spier, *Incentives to Invest in Litigation and the Superiority of the Class Action*, 6 J. LEGAL ANALYSIS 305 (2014)

4. חשיבותם היחסית של שיקולי הרתעה וצינון

בהסתמך על הניתוח לעיל, בית-המשפט צריך לקבוע את נקודת האיזון המיטבית בין ההגנה על נתבעים לא-חייבים מפני הליך משפטי מלא לבין הרצון לוודא כי נתבעים חייבים ייחשפו לחבותם על-פי דין. כדי למצוא את נקודת האיזון, יש לבחון את השפעתו של הליך האישור על הפעילות לפני ההליך המשפטי. יש לקבוע את עלותה של כל "טעות", קרי, של כל אישור תובענה ייצוגית נגד נתבעים לא-חייבים ושל כל דחיית בקשה לאישור נגד נתבעים חייבים. עלות זו עשויה להשתנות בין סוגים שונים של נתבעים, בין סוגים שונים של פעילויות שהם מקיימים, ובהתאם למשקלם היחסי של שיקולי ההרתעה ושל השיקולים הנוגעים בחשש מפני צינון עתידי של ההתנהגות של הנתבעים העוסקים בפעילות זו. לכן, כדי לעצב את השלב הראשון באופן מיטבי, יש להביא בחשבון את מידת התועלת החברתית הכרוכה בפעילות, כמו-גם את שיעור הנזקים פוטנציאליים הכרוכים בה. ככל שמדובר בפעילויות שתועלתן החברתית גדולה יותר, וככל שההשפעה המצננת על פעילויות אלה גדולה יותר (דהיינו, ככל שהחשש מתביעות עתידיות לא-מוצדקות מרתיע באופן משמעותי נתבעים פוטנציאליים מלקיים את הפעילות), כן יש לנקוט אמצעים שיפחיתו את חשיפתם של נתבעים לא-חייבים להליך מלא. לעומת זאת, ככל שהנזקים החברתיים שניתן למנוע באמצעות הכוונת ההתנהגות גדולים יותר, וככל שההשפעה ההרתעתית גדולה יותר (דהיינו, ככל שהחשש מתביעות עתידיות מכוון את התנהגותם של נתבעים פוטנציאליים באופן אפקטיבי), כן יש לשים דגש באמצעים שיגדילו את חשיפתם של נתבעים חייבים לאחריות.

נמחיש את ההבחנה האמורה באמצעות השוואה בין שתי דוגמאות: האחת – דוגמת ספק השירות שפורטה לעיל³¹; והאחרת – דוגמת בית-חולים, שתפורט להלן.

דוגמת ספק השירות

במקרה זה לתובענה הייצוגית עשויה להיות תועלת הרתעתית גבוהה, בין היתר משום שההתנהגות שהתביעה הייצוגית מתייחסת אליה היא התנהגות מודעת ומכוונת – השחיית ניתוקם של הלקוחות מעבר לזמן הנדרש, כדי להניא חלק מהם מהתנתקות מהשירות. הספק יכול, בעלות לא-גבוהה, למנוע את רוב-רובן של התקלות הכרוכות בניתוק מאוחר של הלקוחות. לכן לחשיפת הספק לחבות של פיצוי במסגרת תביעה ייצוגית בגין האיחור בניתוק יש חשיבות רבה, והיא עשויה להביא לידי כך שנתבעים פוטנציאליים יפעלו בעתיד כדין וינתקו את הלקוחות במועד.

המסקנה מן האמור לעיל היא כי ביחס לתביעות דוגמת התביעה נגד ספק השירות יש מקום להפחית את רף ההוכחה, כדי להקל על תובעים פוטנציאליים ולהניעם להגיש תביעות נגד ספקי שירות. הגשת תביעות כאלה תגביר את רמת ההרתעה ביחס להפרות דוגמת התביעה נגד ספק השירות. באשר לכמות המידע, יש מקום לאפשר לתובעים בתביעות דוגמת התביעה נגד ספק השירות לקבל מידע כבר בשלב הראשון של הדיון (תוך השתת

31 ראו לעיל ליד ה"ש 22.

העלות של הפקת המידע על הנתבעים), כדי להגביר את מידת ההרתעה, גם אם במחיר צינור מסוים של פעילותם של ספקי השירות. נבחן כעת דוגמה נוספת, שבה היחס בין התועלת מהפעילות לבין התועלת מההרתעה עשוי להיות שונה.

דוגמת בית־החולים

בית־חולים עוסק מטבעו בפעילות רצויה של הצלת חיים ופיתרון בעיות רפואיות. בתוך כך הוא כפוף לחובות מסוימות הנוגעות ברמת התברואה בו. נניח שתקלות יכולות להיגרם בין אם בית־החולים מקיים את חובותיו ובין אם לאו, אך שהסיכוי לתקלות גדול יותר כאשר בית־החולים אינו מקיים את חובותיו. בדעבר, כאשר מתרחשת תקלה, המטופלים שנפגעו כתוצאה מכך אינם יודעים אם התקלה נבעה מהתנהלות רשלנית של בית־החולים או לאו.

בדוגמה זו יש לפעילותו של בית־החולים תועלת חברתית רבה. עם זאת, גם כאשר בית־החולים אינו מתרשל, אין באפשרותו למנוע לחלוטין מקרים של תחלואה ונזקים למאושפזים. לפיכך חשיפתו של בית־החולים לתביעות עלולה להשית עליו מחיר כבד בגין פעילותו. מחיר זה עלול להוביל לצינור הפעילות הזו (או לעלייה משמעותית במחירה), וזוהי תוצאה חברתית לא־רצויה.

הפחתת רף ההוכחה הנדרש בשלב הראשון עלולה לגרום עלייה בחשיפתם של בתי־חולים להליך שיפוטי מלא באותן תביעות שיוגשו. כתוצאה מכך הם עלולים לצמצם באופן משמעותי את פעילותם הרצויה, להשקיע השקעות מיותרות בהעלאת רמת התברואה או להעלות את המחירים שהם יגבו בעבור הפעילות. אם הנזק החברתי שייגרם כתוצאה מכך הוא גדול, זהו שיקול חשוב נגד הפחתת הרף. לעומת זאת, אם הפחתת רף ההוכחה תביא לידי כך שבתי־חולים יחששו מהיחשפות לאחריות כלפי המטופלים, וכתוצאה מכך ינקטו צעדים לשיפור רמות התברואה ולמניעת נזקים משמעותיים, זהו שיקול נגדי בעד הפחתת הרף. גם ההשקעה בשלב הראשון צריכה להיבחן בכלים אלה. אם כמות המידע שתיחשף בשלב הראשון תביא לידי כך שבתי־החולים שלא התרשל לא יידרש לעבור לשלב השני אולם בית־חולים שהתרשל יעבור לשלב הבא, אזי יש בהפרדה הרצויה הזו בין שני סוגי הנתבעים כדי לעודד בתי־חולים לשמור על רמות ראיות של תברואה. אולם, אם ההשקעה במידע רב יותר תגדיל את עלויותיהם הצפויות של בתי־החולים גם אם לא התרשלו, עלולה להיות לכך השפעה מצננת על פעילותם.

השילוב שייבחר של רף ההוכחה ושל כמות המידע שתיחשף בשלב הראשון ישפיע גם על התמריצים של תובעים לתבוע. יש לזכור שהתובעים אינם יודעים אם התקלה נבעה מהתנהלות רשלנית של בית־החולים או לא. העלאה של כמות המידע ורף ההוכחה הנדרש תוביל לסינון יעיל יותר מבחינת התובעים, אשר אין בידיהם מידע לגבי התנהלותו של בית־החולים ביחס לדרישות התברואה. הסינון היעיל יותר יעודד הגשת תביעות מוצדקות (וימנע הגשת תביעות לא־מוצדקות), ולפיכך יעודד הרתעה, אולם הוא עלול גם להגדיל את ההשפעה המצננת על פעילות בית־החולים, שכן הוא יעמיס עלויות גם על נתבעים

לא־חייבים.³² לעומת זאת, ככל שהעלויות הכרוכות בהגדלת כמות המידע ובהעלאת רף ההוכחה יוטלו על תובעים וירתיעו אותם מלתבוע, הדבר עשוי להפחית הן את ההרתעה והן את הצינון.

לכן, כאשר בית־המשפט שוקל את האפשרות לשינוי רף ההוכחה או להשקעה נוספת בשלב הראשון, עליו להביא בחשבון את השפעת השינוי על התנהגותם מראש של נתבעים חייבים ונתבעים לא־חייבים. עליו להעריך בכל מקרה ומקרה, בהתאם לנסיבותיו, כיצד ישפיעו השינויים הללו על התמריצים לתבוע, בעיקר כאשר לתובעים חסר מידע באשר להתנהגותו של הנתבע. על בית־המשפט לנסות להעריך את ההשפעות הללו, ולשקול את ההשפעה על התועלת ההרתעתית אל מול ההשפעה המצננת.³³

ככלל, ככל שמדובר בתביעות בנושאים המסיבים נזק חברתי משמעותי, וככל שהחשש מפני הפרות רבות שיש חשיבות גדולה במניעתן גדול יותר, כן יגדל משקלו של הצורך בהרתעה. כן יש להביא בחשבון בהקשר זה את מידת האפקטיביות האפשרית של ההרתעה (שהיא אפקטיבית יותר ככל שעילת התביעה נוגעת בפעולות מכוונות ומודעות). בתביעות כאלה החשש מפני מתן אפשרות לנתבעים חייבים לחמוק מאחריות הוא חשש משמעותי שמחירו גבוה. לכן ההשקעה הנדרשת בשלב הראשון צריכה להיות גבוהה, עלויותיה צריכות להיות מוטלות על הנתבעים, ורף ההוכחה צריך להיות נמוך מספיק, כדי להגדיל את התועלת ההרתעתית מהתביעה.

לעומת זאת, ככל שהתועלת החברתית מהפעילות מושא התביעה היא גדולה יותר, וככל שהתועלת במתן תמריצים לנתבעים פוטנציאליים לקיים את הוראות החוק היא קטנה יותר (בין היתר משום שהפרת החוק אינה נעשית באופן מכוון ומודע), כן יינתן משקל גדול יותר לחשש מצינון התנהגות רצויה. לשם כך יש לקבוע רף הוכחה גבוה די הצורך. ככל שהתוצאה של קביעת רף הוכחה גבוה היא דילול בתמריצים לקיום החוק, בית־המשפט יוכל לאזן את התוצאה הזו על־ידי הגדלת כמות המידע שתיחשף בשלב הראשון, אך תוך שקילת הטלתן של עלויות המידע הנוסף על התובעים.

מדובר אם כן במבחנים גמישים, אשר לצורך יישומם יש להביא בחשבון מכלול של גורמים ונסיבות ולאזן ביניהם כדי להגיע לתוצאות המיטביות במקרה הקונקרטי. בפרק הבא נדגים את יישומם של המבחנים הללו בניהול הליך אישורה של התובענה הייצוגית, תוך התייחסות לכמה סוגים של תובענות ייצוגיות. בכל אחד מהיישומים הללו נסביר כיצד יש לקבוע את השילוב המיטבי של כמות המידע שתוצג בהליך ושל רף ההוכחה שידרש בו.

5. השפעתה של אפשרות הפשרה

הניתוח עד כאן התמקד בהשפעת החלוקה של ההליך המשפטי לשני שלבים על נתבעים ותובעים בהעדר אפשרות של פשרה. מאחר שרוב הבקשות לאישור תובענה ייצוגית מסתיימת

32 הסיבה לכך שהגדלת מספר התביעות לא תוביל בהכרח להגדלת ההשפעה המצננת היא שחלק גדול יותר מהתביעות שיוגשו נגד בתי־חולים שלא התרשלו לא יעברו לשלב השני, עקב השיפור בסינון.

33 ראו Kaplow, *Multistage Adjudication*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1192–1203.

בהסתלקות או בפשרה עוד לפני ההכרעה בבקשה לאישור,³⁴ יש לבחון כיצד אפשרות הפשרה משפיעה על הניתוח.

ככלל, מאחר שנתבעים לא יתפשרו בסכומים העולים על עלויותיהם וחבותם הצפויה, ותובעים לא יתפשרו בסכומים שנמוכים מתועלתם הצפויה בניכוי עלויותיהם, ההשפעות של עיצוב השלב הראשון על צינור התנהגות ראוייה והרתעה מפני הפרת החוק יהיו באותם כיוונים שתיארנו לעיל.³⁵ השפעת ההליך המשפטי הן על ההרתעה והן על הצינור במקרה של פשרה יהיו מתוננות יותר, משום שנתבעים ישלמו פחות בפשרה מאשר בהתדיינות משפטית. אולם כל ההשפעות שנותחו לעיל ביחס לקשר בין רף ההוכחה הנדרש וההשקעה בכירור עובדתי ומשפטי לבין הרתעה וצינור יהיו באותם כיוונים שהוסברו.³⁶

עם זאת, יש כמה השפעות של אפשרות הפשרה שיש לתת להן את הדעת. הכתיבה התיאורטית על פשרה בהליכים משפטיים מצביעה על כך שהסיכוי לפשרה גָּדֵל ככל שהעלויות הצפויות לצדדים בהליך המשפטי גדולות יותר, ככל שהערכותיהם בנוגע לסיכויי ההצלחה של התביעה דומות יותר, וככל שפערי המידע ביניהם מצומצמים יותר.³⁷ כאשר לשווי הפשרה הכתיבה דלה יותר, אולם ככלל ניתן להראות שככל ששווי התביעה גדול יותר וככל שעלויותיו של התובע נמוכות יותר, הפשרה שהוא יהיה מוכן להסכים לה תהיה גבוהה יותר. זאת, משום שעלויות נמוכות של התובע מדרבנות אותו להיות "אגרסיבי" יותר במשא-ומתן לפשרה ולטיול סיכון גדול יותר. התוצאה היא פשרות שבהן נתבעים חייבים משלמים יותר.³⁸ מכאן ניתן להסיק כמה מסקנות ביחס להשפעה של הבניית הדיון בשלב הראשון על סיכויי הפשרה ושווייה:

ראשית, ככל שעלויותיו של השלב הראשון גדולות יותר, הסיכוי לפשרה בתחילת ההליך, לפני ניהול השלב הראשון, יהיה גדול יותר. בפרט, אם עלויות השלב הראשון גבוהות, נתבע לא-חייב יסכים להתפשר בסכומים שיהיו נמוכים מההשקעה הנדרשת ממנו בשלב זה. כתוצאה מכך עלול להינתן תמריץ להגשת תביעות גם כאשר התובע יודע כי סיכויי

34 ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 737-741.

35 לניתוח ביקורתי של טענה זו ראו Abraham L. Wickelgren, *The Effect of Settlement in Kaplow's Multistage Adjudication*, 126 HARV. L. REV. F. 145 (2013). לניתוח דומה, המציג כיצד אפשרות הפשרה עשויה להביא לידי כך שגילוי נרחב יוביל לדילול הרתעה, ראו Bruce L. Hay, *Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope*, 23 J. LEGAL STUD. 481, 510-14 (1994).

36 אופן עיצובו של הליך האישור יכול להשפיע על סיכויי הפשרה. ככל שההליך מאפשר גילוי מידע רב יותר כן יפחתו פערי המידע בין התובע לנתבע, וכתוצאה מכך יעלו הסיכויים לפשרה. גם רף ההוכחה יכול להשפיע על סיכויי הפשרה, מאחר שהוא ישפיע על התנהגותם האסטרטגית של הצדדים במשא-ומתן לפשרה. השפעות אלה אינן מנותחות בטקסט, משום שכיווני ההשפעה שנותחו ייוותרו כאמור בעינם, גם אם עוצמתם תשתנה. לדיון בהשפעתם של פערי המידע על סיכויי הפשרה ראו המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 20.

37 ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 1012-1015.

38 לדיון בגורמים המשפיעים על שווי הפשרה ראו Bruce L. Hay & Kathryn E. Spier, *Settlement of Litigation*, in 3 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 442, 445-46 (Peter Newman ed., 1998).

להצליח נמוכים. אכן, החוק דורש מבית המשפט לבחון את סיכויי התביעה הן במסגרת החלטתו אם לפסוק גמול ושכר-טרחה במסגרת הסתלקות³⁹ והן במסגרת אישורו של הסדר פשרה שגובש לפני אישורה של התובענה כייצוגית.⁴⁰ אולם בחינת סיכויי התביעה בשלבים אלה אינה פשוטה, בהעדר דיון אדוורסרי בין הצדדים, ובתי-המשפט נוטים לא לדרחות הסדרי פשרה רק מן הטעם שסיכויי התביעה היו נמוכים.⁴¹ לכן להגדלת העלויות של השלב הראשון עלולה להיות השפעה מצננת על התנהגות רצויה של נתבעים פוטנציאליים.

39 ס' 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי אם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית, על בית-המשפט לבחון "אם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה".

40 ברברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח 116, 117, נאמר כי "כדי לצמצם את התופעה של תביעות סרק מחד גיסא, ושל תביעות טובות שמסתיימות בהסדרי פשרה שאינם מועילים לקבוצה המיוצגת מאידך גיסא, מוצע לקבוע כי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אם התובענה שהוגשה אינה עומדת, לכאורה, בתנאים להגשת תובענה ייצוגית ולאישורה לפי סעיפים 3, 4 ו-8(א) לחוק".

41 מסקירת הפסיקה שעסקה באישור הסדרי הסתלקות לאחר תיקון מס' 10 לחוק עולה כי בתי-המשפט נוטים לא לדרחות את ההסדר בהתבסס על כך שלא מתקיימת עילת תביעה לכאורה. כדוגמאות למגמה זו ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 15982-08-16 אקשטין נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 19.12.2017); ת"צ (מחוזי חי') 13439-05-17 נסים נ' מאכלי עולם ר.ז. בע"מ (פורסם בנבו, 24.12.2017); ת"צ (מחוזי מר') 19849-06-16 גינזבורג נ' כלמוכיל בע"מ (פורסם בנבו, 22.1.2018); ת"צ (מחוזי ת"א) 29981-07-16 צור נ' גלובל גורמה פרודקטס בע"מ (פורסם בנבו, 22.8.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 12542-01-17 זאבי נ' קסטרו מודל בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 4136-04-17 דלה נ' דלק מנטה קמעונאות דרכים בע"מ (פורסם בנבו, 7.2.2018). למקרים חריגים שבהם לא אושר הסדר ההסתלקות היות שלא הוכחה עילת תביעה לכאורה ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 4774-02-16 פלדות נ' כ.צ.ט. תעשיות כימיות בע"מ (פורסם בנבו, 28.3.2017); ת"צ (מחוזי י-ם) 41804-08-16 סויסה נ' דלתא גליל תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 8.3.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 11613-08-16 בן דוד נ' גוסטמן ובניו החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 3.5.2017); ת"צ (מחוזי מר') 56607-11-16 מהודר נ' הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.2018). באשר לאישור הסדרי פשרה עולה כי בתי-המשפט אינם פוסלים בדרך-כלל את הסדר הפשרה בגין העובדה שהתובענה אינה עומדת בתנאים של ס' 3, 4 ו-8(א) לחוק. ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 7650-09-16 עוזיאל-אלברק נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 19 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.12.2017); ת"צ (מחוזי מר') 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017); ת"צ (מחוזי ב"ש) 18264-02-16 תורתי נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.2017); ת"צ (מנהליים ת"א) 13029-03-14 חבסוב נ' עיריית תל-אביב (פורסם בנבו, 28.9.2017). נציין כי פסקי-דין רבים אינם מתייחסים כלל לתנאי החדש שנוסף בתיקון מס' 10 לחוק. ראו, למשל, ת"צ (אזורי ת"א) 53207-04-15 בן חיים – נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות (פורסם בנבו, 3.10.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 23257-04-14 אור אן אושי אחזקות בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.2.2017); ת"צ (מנהליים מר') 6541-06-16 ויצמן שפירא נ' עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 4.3.2018).

שנית, ככל שכמות המידע שנחשפת בשלב הראשון גדולה יותר כן יתקרבו הערכותיהם של הצדדים בנוגע לסיכויי הצלחתם עם התקדמות ההליך, ופערי המידע ביניהם יצטמצמו. כתוצאה מכך, הסיכויים לפשרה עם נתבעים חייבים (שלגביהם יוכלו הצדדים להעריך ברמה גבוהה של סבירות שבית-המשפט יחייבם בפיצוי) יגדלו עם התקדמותם של הליכי האישור בשלב הראשון. ככל שפשרה בשלב זה משקפת את חבותו העתידית של הנתבע, היא תוביל לתוצאה הרצויה שבה נתבעים חייבים יסכימו להתפשר בסכומים גבוהים ואילו נתבעים לא-חייבים יתפשרו בסכומים נמוכים (אם הם יעריכו, ולו ברמת ודאות נמוכה, כי יש חשש שבית-המשפט ימצא אותם חייבים). תוצאה זו רצויה הן משיקולי הרתעה והן משיקולים של צינור התנהגות, בשקפה את תוחלת הסיכוי לפיצוי בסוף ההליך ברמה גבוהה יחסית של דיוק. לבסוף, ככל שרף ההוכחה בשלב הראשון גבוה יותר כן יגדלו הן הסיכוי לפשרה והן שווי הפשרה לאחר אישור הבקשה בתום השלב הראשון. הסיבה לכך היא שהחלטתו של בית-המשפט לעבור לשלב השני מצביעה על כך שסיכויי ההצלחה בתביעה גבוהים מרף ההוכחה. כתוצאה מכך, ככל שרף ההוכחה גבוה יותר, השונות האפשרית ביחס לסיכויי התביעה לאחר שלב האישור מצטמצמת, ולכן סיכויי הפשרה גדלים.⁴² השפעות אלה ממתנות את ההשפעה השלילית שיש להעלאת רף ההוכחה על הרתעת נתבעים פוטנציאליים מפני אי-קיום חובותיהם.

ב. יישום

פרק זה נועד להדגים את יישום המבחנים שהוצעו בפרק הקודם בכמה שלבים של הדיון. הוא נועד לבחון באופן קונקרטי את האופן המיטבי שבו על בית-המשפט לדרון בשלב הראשון של הליך האישור. נבחן שלוש שאלות הנוגעות בכך. השאלה הראשונה היא מהי המסגרת שבית-המשפט צריך להתוות לדיון בהליך האישור – האם היא צריכה להיות רחבה ולאפשר בירור עובדתי ומשפטי מעמיק וחשיפה לכמות גדולה של מידע, תוך קביעת רף הוכחה גבוה לצורך אישור, או שמא עליה להיות מסגרת צרה, שאינה כוללת מידע רב, תוך שימוש ברף הוכחה נמוך וצמצום של ההליך לבירור לכאורי בלבד של יסודות התביעה? השאלה השנייה נוגעת באפשרות לסילוק על הסף של הבקשה לאישור, ובפרט בעילות האפשריות לסילוק על הסף וברף ההוכחה שהתובע צריך לעמוד בו בכל אחת מהן כדי שבקשת האישור שהגיש לא תסולק על הסף. השאלה השלישית נוגעת בהליכי הגילוי בשלב האישור, ובפרט בהליכי הגילוי של מסמכי הנתבע: האם יש לאפשר הליכי גילוי כאלה? ומהם התנאים שהתובע צריך לעמוד בהם כדי לקבלם?

42 ראו Bebuch, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 411. עם זאת, ככל שרף ההוכחה הגבוה יותר מביא לידי כך שחלק משמעותי מעלויותיהם של הצדדים בשלב השני נחסכות, הדבר עלול להוביל לדילול התמריצים לפשרה בשלב זה.

1. מהי המסגרת שבית-המשפט צריך להתוות לדיון בהליך האישור?

(א) הדין הנוהג

סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית-המשפט יאשר תביעה כייצוגית אם "יש אפשרות סבירה" ששאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה יוכרעו לטובתה. השאלה היא מהו רף ההוכחה שמציבה הדרישה ל"אפשרות סבירה" להכרעה בשאלות אלה לטובת הקבוצה, ובאיזו מידה יאפשר בית-המשפט בירור מלא של אותן שאלות בהליך האישור.⁴³

לעניין רף ההוכחה הנדרש, הפסיקה שניתנה לאחר קבלת חוק תובענות ייצוגיות אימצה את ההלכה הפסוקה שקדמה לקבלת החוק.⁴⁴ נפסק כי הסטנדרט של "אפשרות סבירה" מחייב מידת הוכחה גבוהה יותר מזו שנדרשת מתובע המבקש לדחות בקשה לסילוק התביעה על הסף מחמת העדר עילה בתביעה רגילה,⁴⁵ אולם מידת ההוכחה הזו נמוכה ממאזן ההסתברויות

43 יש לציין כי השאלה אם התביעה צריכה לעמוד ברף ההוכחה הנדרש ביחס לכל אחת מעילות התביעה או שמא די בכך שהיא תעמוד ברף ההוכחה ביחס לאחת מהעילות, שאז אין הכרח שבית-המשפט יבחן את סיכוייהן של יתר העילות, נותרה ב"צריך עיון". ראו רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (פורסם בנבו, 5.7.2012). לגישתו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין באותו מקרה (שם, פס' 17 לפסק-דינו), "כל אימת שקבוצת התובעים מבקשת סעד וזה שמבוסס על מספר עילות חלופיות, די בקביעה כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים כאחת העילות ואין הכרח לבחון את סיכויי קבלת יתר העילות" (ההדגשה במקור). לעומת זאת, לגישתו של השופט מלצר (שם, בעמ' 22), די בקביעה "כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת העילות כדי לפטור מהצורך לבחון את סיכויי קבלת יתר העילות". המשנה לנשיא נאור השאירה עניין זה ב"צריך עיון" (שם, פס' 5 לפסק-דינה). ברע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר (פורסם בנבו, 28.10.2018) קבעה השופטת ברון (שם, בפס' 28 לפסק-דינה) כי "מקום שבו עילות התביעה חלופיות זו לזו, ומבקשות לבסס סעד זהה, אין הכרח לברר את כולן בשלב הדיון בבקשת האישור, ודי בכך שאושר לנהל את התובענה כייצוגית בגין אחת מעילות התביעה".

נוסף על כך יצוין כי שאלת הנזק לקבוצה אינה נבחנת בשלב האישור. הנזק היחיד שנבחן הוא הנזק לתובע המייצג, וגם זאת רק אם אחד מיסודות העילה הוא נזק. ראו ס' 4(ב) לחוק תובענות ייצוגיות וכן ע"א 1509/04 דנוש נ' chrysler corporation, פס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.11.2007); ת"צ (כלכלית ת"א) 21795-03-15 רבי נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 104 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 7.9.2017); ת"א (מחוזי ת"א) 1437/09 פלד נ' אול יו ניד בע"מ, פס' 14 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.6.2012); ת"א (מחוזי מ"ר) 5625-08-07 אביעד נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, עמ' 23 (פורסם בנבו, 11.1.2009); בש"א (מחוזי ת"א) 1895/05 שאול נ' תיריאן מוצרי צריכה בע"מ, פס' 31 להחלטה (פורסם בנבו, 14.2.2008).

44 ראו, למשל, רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פס' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 26.4.2010); ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פס' 42 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') ארבבל (פורסם בנבו, 22.9.2014).

45 ראו ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא (2) 312, פס' 2 לפסק-דינו של השופט טירקל (1997); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה (5) 276, פס' 17-15 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2001).

הנדרש בסופו של ההליך.⁴⁶ עם זאת, אין הגדרה ברורה מהי מידת ההוכחה הנדרשת. קביעתה נגזרת ממידת ההעמקה הנדרשת בבירור עילת התביעה בשלב האישור, שלגביה קיימות שתי גישות עיקריות:

לפי הגישה האחת, רף ההוכחה המוטל על התובע בשלב הראשון הוא גבוה יחסית. בהתאם לגישה זו, על בית-המשפט לקיים בשלב הראשון דיון מעמיק ויסודי, ולבחון הן את המצב המשפטי והן את העובדות: "בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית...".⁴⁷ גישה זו מונעת מהרצון "להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית",⁴⁸ וזאת כדי למנוע "תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה".⁴⁹ בית-המשפט מדגיש כי רף ההוכחה שעל התובע לעבור גבוה מזה שעליו לחצות כדי למנוע סילוק על הסף בתביעה רגילה,⁵⁰ אך אינו מסביר היכן בדיוק יש להעמיד רף זה.⁵¹ הגישה האחרת מצדדת בבירור מעמיק פחות, תוך קביעה של רף הוכחה נמוך יותר בשלב הראשון. בהתאם לגישה זו, שלב האישור הוא מקדמי, ויש להימנע מבירור עיקר התובענה בשלב זה.⁵² בירור מעמיק כזה חורג מהאיזון שקבע המחוקק, ולכן אינו ראוי. הוא מוביל לכפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור, והוא מסכל את מטרת החוק להגן על נתבעים, שכן הוא חושף אותם לפגיעה במוניטין, לעלויות ולסיכון הדומים לאלה שהם נחשפים אליהם במסגרת הדיון בתביעה גופה.⁵³ בהתאם לגישה זו, גם רף ההוכחה צריך להיות נמוך יחסית: "די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת 'אפשרות סבירה' להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא."⁵⁴

- 46 ראו ת"צ (מחוזי מר') 13-05-9582 גינר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס' 25-28 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 27.3.2016); ת"צ (מחוזי מר') 11-12-33277 ליבוביץ נ' קרסו מוטורס בע"מ, פס' 8 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.5.2014).
- 47 ראו רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פס' 41 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 11.4.2013) (להלן: רע"א זבולון).
- 48 שם.
- 49 שם, פסק-דינו של השופט דנציגר.
- 50 ראו דיון בסילוק על הסף להלן ליד ה"ש 68.
- 51 ראו והשוו בין הקביעות בפרשת עמוסי, לעיל ה"ש 43, פס' 12-13 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין, ובע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פס' 71 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.9.2014), לבין הקביעות בפרשות הבאות: עניין קו מחשבה בע"מ, לעיל ה"ש 44; רע"א זבולון, לעיל ה"ש 47, פס' 41 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז; ע"א 6342/11 כהן נ' בוק בינלאומי, פס' ג לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.10.2013); פרשת אולסיל, לעיל ה"ש 44; ע"א 7928/12 אי. אר. אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 23-24 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.1.2015).
- 52 ראו פרשת עמוסי, לעיל ה"ש 43, פס' 15 לפסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין.
- 53 שם.
- 54 שם. ראו גם פרשת ברזילי, לעיל ה"ש 51; ת"א (מחוזי ת"א) 04-1327 בלום נ' מקורות חברת המים בע"מ, פס' 15-16 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 31.1.2013); ת"צ (מחוזי מר') 16-17616-

(ב) הגישה המוצעת

בחינה של פסיקת בית-המשפט העליון מצביעה על כך ששתי הגישות הנוהגות ביחס לבחינתה של עילת התביעה בשלב אישור התובענה הייצוגית חותרות להשגת המטרה העיקרית של הליך האישור – הגנה על נתבעים לא-חייבים מפני הליך מלא שיטיל עליהם סיכונים ועלויות מיותרים. לעמדתנו, החולשה העיקרית בגישות אלה היא ששתיהן מבקשות לתת פתרון אחד לכל סוגי התביעות, ומתעלמות מהשפעותיו של שלב האישור על הרתעת נתבעים וצינון פעילותם.

הגישה הראשונה מחייבת בירור מעמיק של השאלות המשפטיות והעובדתיות, ומציבה בפני התובע רף הוכחה גבוה יחסית. גישה זו מגדילה את כמות המידע ומשפרת את הדיוק בהכרעה בשלב הראשון, ולכן היא מקשה על נתבעים חייבים לחמוק מאחריות בשלב זה. מכאן שהיא משפרת את ההרתעה מפני הפרת הדין על-ידי נתבעים בעתיד. אולם גישה זו מתעלמת מכך שבעצם קיומו של בירור מעמיק, הכולל חשיפה של מידע רב, יש כדי להטיל עלויות וסיכונים גם על הנתבע הלא-חייב. זאת, בעיקר אם עלות חשיפת המידע מוטלת על הנתבע. כתוצאה מכך, גישה זו עלולה לפגוע בנתבעים לא-חייבים, אשר יידרשו להליך אישור ארוך ומיותר, ולצנן את פעילותם הרצויה.

הגישה השנייה, לעומת זאת, משלבת בירור לא-מעמיק (אשר המידע שנחשף בו הוא מועט יחסית) עם רף הוכחה נמוך. גם גישה זו עלולה להיות בעייתית. היא מנמיכה את רף ההוכחה גם במקרים שבהם החשש מתביעות-סרק מחייב דווקא העלאה של רף זה. כמור כן היא מצמצמת את כמות המידע שבית-המשפט נחשף אליה גם בתביעות שבהן החשש מדילול הרתעה על רקע פערי מידע בין התובע לנתבע מחייב השקעה משמעותית בבירור השאלות המשותפות.

ניתוח יישומם של השיקולים שנדונו בפרק הקודם מצביע על כך שהשילוב המיטבי של רף ההוכחה ושל כמות המידע שבית-המשפט נחשף אליה ומידת ההעמקה שלו בהליך האישור אינו אחד בכל סוגי התביעות. הוא נגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה: מהחשש מפני צינון התנהגות ראויה לנוכח סוג הפעילות, מהצורך ביצירת הרתעה הולמת, מהאפקטיביות האפשרית של ההרתעה לנוכח סוג ההפרה, ומהמידה שבה התביעה מתאפיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע.

קביעת המסגרת המיטבית להליך האישור צריכה להיעשות תוך הכרה בכך שהעמקת הבירור העובדתי והמשפטי בשלב האישור והגדלת כמות המידע העומדת לפני בית-המשפט בשלב זה יוצרות שתי השפעות מנוגדות על נתבעים לא-חייבים: מצד אחד, הן מגדילות את הסיכוי שהתובענה נגדם לא תאושר, ובכך מקטינות את עלויותיהם; אך מצד אחר, הן עלולות להגדיל את העלויות של שלב האישור, ובכך להגדיל את עלויותיהם.

על בית-המשפט לקבוע את השילוב הראוי של כמות המידע שתוצג בשלב האישור ושל רף ההוכחה שיידרש לאישור. בקביעת השילוב הראוי של השניים יש להתייחס מפורשות

10-09 לוינסון נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון, פס' 15-16 להחלטה (פורסם בנבו, 5.11.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 13-10-7347 פינקלשטיין נ' רעיונית בע"מ, פס' 1 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.6.2016); ת"צ (מנהליים ת"א) 15-08-4768 אבני נ' עיריית רמת גן, פס' 7 להחלטה (פורסם בנבו, 7.8.2016).

להשפעה המצננת שיש לתביעה על פעילות רצויה, ולהשפעה ההרתעתית שיש לה על התנהגות לא־ראויה (תוך התייחסות לסוג ההפרה – מכוונת או לא־מכוונת – ולאופן האפשרי שבו הנתבע יכול להימנע מהפרת הדין). ההשפעות הללו הן השפעות כלליות על נתבעים במצב דומה, והן פועלות מראש, לפני פרוץ הסכסוך. השפעות אלה הן שעומדות בבסיס האיזון המיטבי בשלב האישור בין השקעה לקביעת רף הוכחה, ובבסיס הרמה שתיקבע בשתייהן (גבוהה או נמוכה).

לכסוף, יש לעמוד באופן מפורש על הקשר בין פערי המידע בין הצדדים לבין השילוב המיטבי שצריך להיבחר. ככל שפערי המידע בין הנתבע לתובע גדולים יותר, רף ההוכחה צריך להיות נמוך יותר או שאפשרויות הבירור הראייתי וגילוי המידע העומדות לתובע צריכות להיות רחבות יותר.⁵⁵

נדגים זאת בשלושה תחומים: צרכנות, עבודה וניירות־ערך. בטרם נעשה זאת, נדגיש כי הדוגמאות הן כלליות. ככל שבית־המשפט סבור שהקטגוריה של התביעה שלפניו מצומצמת יותר ומאפייניה שונים, עליו לבחור בשילוב המתאים יותר של רף הוכחה וכמות מידע.⁵⁶ תביעות צרכניות בעילות של סימון מזוין⁵⁷ – לבתי־המשפט הוגשו בעבר בקשות אישור רבות בגין הפרות הנוגעות בסימון מוצרי מזון. תביעות כאלה התייחסו, למשל, למוצרים

55 ברע"א זבולון, לעיל ה"ש 47, בפס' 62 לפסק־דינה, התייחסה השופטת ברק־ארוז, אשר כתבה את דעת הרוב, לנושא פערי המידע, אך קבעה כי לרשותם של מבקשי האישור "עמדו כלים דיוניים זמינים שהם נמנעו כליל מלעשות בהם שימוש כדי להעמיד תשתית לכאורית לשם ביסוס בקשתם". היא הדגישה כי קיומם של פערי מידע אינו מאיין את משמעותו של שלב בקשת האישור ואת חובת המבקש להניח בסיס ראשוני לתביעה.

השופט פוגלמן, שכתב את דעת המיעוט באותו עניין, ציין אף הוא את קיומם המובנה של פערי מידע בין הצדדים בבקשות לאישור תביעות ייצוגיות. הוא הדגיש כי כל עוד המבקש לא עמד בנטל שהוטל עליו בשלב הראשון, זכותו לבירור עובדתי מקיף ומלא מצומצמת בהשוואה לזכותו המקבילה של תובע בהליכים אזרחיים רגילים. המגבלות בנוגע לאפשרות הבירור העובדתי המוטלות על מבקש האישור נועדו, לשיטתו, "למנוע הכבדה מיותרת על המשיב, ולהפחית את עלויות ניהול ההליך מצדו כל עוד המבקש לא עמד ברף הנדרש" (שם, פס' 13 לפסק־דינו של השופט פוגלמן).

56 כאמור לעיל בה"ש 43, שאלה נוספת היא אם כאשר תובע מעלה כמה עילות במסגרת בקשת אישור אחת, על בית־המשפט לבחון את רף ההוכחה הנדרש ביחס לכל אחת מהעילות או שמא די בכך שסיכויי הצלחתו של התובע בעילה אחת עולים על הרף הנדרש. לגישתנו, בית־המשפט צריך לבחון את השאלה מהי העלות השולית הנוספת שהדיון בכל עילה נוספת מטיל על הנתבע בשלב השני. ייתכנו מקרים שבהם מדובר בעילות הנוגעות באותה מסכת עובדתית, ולכן משעה שהתביעה אושרה ביחס לאחת מהן, העלות הנוספת המוטלת על הנתבע בשלב השני היא קטנה. אולם ייתכנו גם מקרים שבהם הדיון בעילה הנוספת יחייב הקצאת משאבים משמעותית (למשל, משום שהעילה הנוספת מתייחסת לסיפור מעשה אחר, לתקופה שונה וכדומה). במקרים כאלה העילה הנוספת דומה יותר לתביעה נפרדת. אם הסיכוי לזכייה בעילה הנוספת אינו עומד ברף ההוכחה הנדרש, ואף־על־פי־כן יידרש הנתבע הלא־חייב לדון בה בתביעה לגופה, יהיה בכך כדי להוביל לצינון התנהגות ראויה, ותוצאה זו אינה רצויה.

57 ראו פריט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. ההתייחסות בטקסט מוגבלת לתביעות צרכניות "פשוטות". יש תביעות צרכניות, בעיקר בתחום הביטוח והבנקאות, המתאפיינות

המשווקים כ"טבעיים", כמוצרי "מרציפן", כ"ממרח משמן זית" – וזאת חרף העובדה שהתקנות הרלוונטיות אינן מתירות (לנוכח תכולתם של המוצרים) לתארם כך.⁵⁸ במקרים אלה לא היו בדרך-כלל פערי מידע משמעותיים בין התובע לבין הנתבע, שכן לתובע היה מידע על-אודות רכיבי העילה שהוא נדרש להוכיח: אופן סימון המוצר, התכולה האמיתית שלו והתקנות הרלוונטיות הקובעות את התנאים לסימון. ככל שהיה נזק ממוני לחברי הקבוצה, הוא היה קשה מאוד להוכחה, ובדרך-כלל הנזק הנתבע היה נזק לא-ממוני. בחלק גדול מהמקרים הללו דובר בהפרות טכניות של הוראות אסדרתיות, הוראות שהתועלת מקיומן מוגבלת, בעיקר משום שהעלות הכרוכה במניעה מוחלטת של הפרתן עלולה להיות גבוהה מהתועלת הנובעת מכך.⁵⁹

במורכבות עובדתית, בפערי מידע ובתועלת הרתעתית משמעותית. מובן שבתביעות כאלה השילוב הראוי של רף הוכחה ומידת העמקה צריך להיות שונה.

58 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 39176-07-13 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.2014); ת"א (מחוזי ת"א) 2084/07 ורון נ' חב' HERBAMED (פורסם בנבו, 16.3.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 47729-07-12 הלר נ' ליימן שליסל בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 42272-07-13 מלול נ' טבעול תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2015); ת"צ (מחוזי חי') 50807-10-15 מרגלית נ' שקוף שזה טבעי בע"מ (פורסם בנבו, 25.7.2017); ת"צ (מחוזי מר') 13190-03-13 סבך נ' סודות המזרח בע"מ (פורסם בנבו, 9.3.2017).

59 לטיעון המגביל את האפשרות לתבוע בגין נזק לאוטונומיה כאשר התועלת ההרתעתית הנובעת מכך נמוכה מהעלויות הכרוכות בניהול התובענה הייצוגית ראו יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לו 7, 42-40 (2014). ליישום ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 52703-05-16 ענבר נ' טומין שיווק (2001) בע"מ (פורסם בנבו, 24.1.2018). יש לציין כי בתי-המשפט צמצמו את האפשרות לתביעת נזק לא-ממוני בגין פגיעה באוטונומיה במקרים שבהם הנזק לא היה משמעותי. ראו ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פס' 16 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.3.2014) (השופט עמית קבע כי היות שמדובר בפגיעה בעוצמה נמוכה ובנזק לא-ממוני של פגיעה באוטונומיה, זוהי פגיעה שעשויה להיחשב זוטי דברים, ולכן היא אינה מצדיקה פיצוי); ת"צ (מחוזי חי') 38449-04-11 שטיין נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ, פס' נט לפסק-הדין (פורסם בנבו, 18.12.2014) (התובעים לא הצליחו להוכיח את הנזק הממוני, ובאשר לנזק הלא-ממוני קבע בית-המשפט כי "הנזק הנטען אינו מסוג 'פגיעה באוטונומיה', אלא מסוג 'חוסר נוחות', שאף הוא אינו קל לכימות, ובהיעדר אינדיקציה ברורה לנזק משמעותי, הרי שניתן לקבוע כי הפגיעה, ככל שהיא אכן קיימת, היא בבחינת 'מעשה של מה בכך'"); ת"צ (מחוזי חי') 13026-07-13 דהאן נ' תנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' מה להחלטה (פורסם בנבו, 29.9.2014) (בית-המשפט קבע כי "חוסר הנוחות שנגרם ללקוחות, ככל שנגרם, הוא בבחינת נזק לא ממוני שאינו קל לכימות, והוא בענייננו כה קטן ושולי, עד שאין לראות בו, בפני עצמו, משום נזק"); ת"צ (מחוזי חי') 57403-02-14 אורן נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.8.2015) (על-אף קיומו של פגם בסימון מוצר ייתכנו מקרים שלא יצדיקו אישורה של תובענה כייצוגית); ת"צ (מחוזי מר') 15361-12-12 גרוס נ' ג. ויליפור אינטרנשיונל בע"מ (פורסם בנבו, 5.5.2014) (על-מנת לקבל פיצוי בגין נזק לא-ממוני במסגרת תובענה ייצוגית, יש להוכיח שעקב התנהגות המזיק נגרם נזק תוצאתי סובייקטיבי, המתבטא ברגשות של כעס, תסכול ועלבון. במקרה דנן לא דובר בפגיעה

לפי הניתוח שהוצג לעיל, הליך האישור בתביעות אלה צריך לתת מענה הולם בעיקר לחשש מצינון התנהגות מועילה. בהקשר זה התוצאה מריבוי תביעות נגד נתבעים לא־חייבים עלולה להיות השקעה מיותרת באמצעים שימנעו את ההפרות, ועלותה של השקעה זו תגולגל על הצרכנים.⁶⁰ הדרך לעשות זאת היא לקבוע רף הוכחה שיהיה גבוה דיו להרתיע תובעים מפני הגשת תביעות שהם יודעים כי סיכוייהן נמוכים, בעיקר משום שהבסיס המשפטי שלהן רעוע. בה־בעת יש להימנע מבירור עובדתי ארוך ויקר. מאחר שרוב המידע מצוי ממילא בידי התובע, ככל שעילתו טובה הוא יוכל לעמוד גם ברף ההוכחה הגבוהה. כמו־כן, הימנעות מהשקעה מיותרת בשלב האישור תמנע הטלת הוצאות מיותרות על נתבעים לא־חייבים, ולא תאפשר לתובעים להגיש תביעות־סרק רק כדי להשיג את ערך ההטרדה הנובע מעלותו של הליך האישור באמצעות פשרה או הסתלקות מוקדמים. פערי המידע הנמוכים יחסית בסוג זה של תביעות, והעובדה שמדובר בדרך־כלל בתביעות שהמחלוקות העובדתיות בהן אינן מורכבות, מאפשרים לבית־המשפט להגיע לתוצאות מדויקות יחסית כבר בשלב הראשון בעלות לא־גבוהה. כתוצאה מכך נוצרת הרתעה יעילה ביחס לנתבעים הפוטנציאליים, שיוכלו להניח כי אם יפרו את הוראות החוק, יש סיכוי גבוה שהתביעה נגדם תתקבל. בה־בעת, לנוכח העובדה שהדיון בשלב הראשון לא יטיל עלויות משמעותיות על הנתבעים, ולנוכח העובדה שתובעים יימנעו מהגשת תביעות־סרק, תצומצם ההשפעה השלילית של צינון התנהגות של נתבעים לא־חייבים, המיישמים כנדרש את הוראות הדיון.

תביעות בדיני עבודה⁶¹ – התובענה הייצוגית בדיני עבודה מתאפיינת בעילת תביעה שעשויה להיות מורכבת, במידע שחלק ניכר ממנו נמצא בידי המעביד, ובמחסור בתמריצים לעובדים לייצג ולתבוע. בה־בעת יש אינדיקציות רבות לכך שמעסיקים בתחומים שונים

באוטונומיה, והמבקש לא הראה נזק שמזכה אותו בפיצוי); ת"צ (מחוזי מר') 14-02-3962 מינדלין נ' טיב טעם רשתות בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2017). (בקשה לאישור נדחתה משום שלא הוכח נזק לא־ממוני משמעותי לחברי הקבוצה); ת"צ (מחוזי ת"א) 16-05-541 לופו נ' בלדי בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2018). (בית־המשפט דחה את בקשת האישור מאחר שהפגיעה באוטונומיה באותו מקרה אינה עולה כדי גרימת נזק בר־פיצוי).

60 חשוב להדגיש כי לתביעות הללו עשויה להיות תועלת הרתעתית. בהעדר אכיפה ציבורית, התובענה הייצוגית משמשת כלי מרכזי למתן תמריצים לקיום ההוראות האסדרתיות בתחום זה. עם זאת, השקעה מיטבית בקיום ההוראות הללו אין משמעותה הפחתת ההפרות לאפס. יתרה מזו, ייתכנו מקרים שבהם התביעה מוגשת אף שההוראות האסדרתיות לא הופרו, רק מתוך כוונה להניע את הנתבע להסכים להסתלקות מוקדמת של התובע כדי לחסוך את הוצאות ההליך. ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 66-68. לבסוף, ככל שקיומן של ההוראות האסדרתיות אינו מועיל לאיש, הרתעה מפני הפרתן אינה רצויה.

61 ראו פריטים 8, 19 ו־10 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. יש להבחין בין תביעות שעילתן הפרת חובה מהחובות הקבועות בדיני־המגן, שהיא עילה פשוטה יותר להוכחה, לבין תביעות שעילתן הפליה, אשר הוכחתן מסובכת ויקרה. לדיון בהבחנה זו ראו אלון קלמנט ושרון רבין־מרגלית "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369 (2009).

אינם מקיימים את חובותיהם החוקיות, ולכן הצורך בהרתעה גדול.⁶² מדובר לא אחת בהפרות מכוונות, אשר הרתעה אפקטיבית עשויה למנוע אותן. גם הנזק לקבוצת התובעים עשוי להיות משמעותי. יש לזכור גם שבחלק מהתביעות הללו המעסיק הנתבע נהנה מהגנות מיוחדות הנובעות מיחסי העבודה המאורגנים.⁶³ לפיכך, כאשר בית המשפט מוצא שהגנות אלה אינן מתקיימות, הצורך בהרתעה נעשה ברור עוד יותר.⁶⁴

לכן, בתחום דיני העבודה רף ההוכחה צריך להיות נמוך יחסית, באופן שיגביר את ההרתעה מפני הפרות אפשריות של הדין. באשר לכמות המידע שצריכה לעמוד לפני בית המשפט בדיון בבקשת האישור, ככל שיש פערי מידע בין המעסיק לבין העובדים, ובכלל זה התובע המייצג, יש לאפשר לתובע גילוי של המידע החסר. מידע זה יסייע לו, במקרים שבהם הנתבע המעסיק אכן חייב, לעמוד ברף ההוכחה הנדרש, ומצד אחר ייתן בידיו הזדמנות להסתלק מהתביעה אם הגילוי יצביע על כך שהנתבע המעסיק אינו חייב. תוצאה זו תחזק את תמריצי התביעה של תובעים פוטנציאליים, באופן שיגביר אף הוא את ההרתעה האפקטיבית מפני הפרת הדין. ככל שבית המשפט סבור כי יש לתת משקל רב להרתעה מפני הפרת הדין במקרים אלה, יוטלו עלויות הגילוי על הנתבע, באופן שסייע בחיזוק ההרתעה, גם אם במחיר הגברה מסוימת של החשש מפני צינון ההתנהגות הרצויה של הנתבע.

תביעות לפי דיני ניירות־ערך⁶⁵ – התובענה הייצוגית בניירות־ערך מהווה דוגמה מורכבת יותר, שבה הן החשש מצינון התנהגות רצויה והן הרצון לייצר הרתעה יעילה עשויים להיות משמעותיים. הדיון בתביעות אלה הוא מורכב במקרים רבים, הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית, וככזה הוא עשוי לחייב את הנתבעים להתייעץ עם מומחים ולהגיש חוות־דעת מטעמם.

מנהלי החברה עלולים להימנע מנטילת סיכונים אשר יעיל לנטולם, אם אלה עלולים להביא לידי הגשת תובענה ייצוגית כל אימת שהסיכון מתממש. בה־בעת, החשש מדלילת הרתעה עשוי אף הוא להיות משמעותי במקרים אלה, בשל הנזקים המשמעותיים הכרוכים לא אחת בהפרות מושא התביעות הללו.

62 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 376; מיכל תג'ר לעבוד בלי כבוד – זכויות עובדים והפרתן 53-74 (2006); קלמנט ורביץ־מרגליות, לעיל ה"ש 61, בעמ' 396, ובפרט הדוגמאות המובאות בהערת־שוליים 93; מרדכי (מוטי) מירוני "התפתחויות ומגמות במשפט העבודה הקיבוצי והאינדיווידואלי 2010-2011" דין ודברים ח 153, 157-158 (2014); Guy Davidov, *Enforcement Problems in "Informal" Labor Markets: A View from Israel*, 27 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 3 (2005).

63 ראו פריט 10 (3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות; ע"ע (ארצי) 53348-01-12 ישיב – ח.א.ש מערכות ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 29.8.2013); ת"צ (אזורי ב"ש) 43143-08-11 סטריזיבסקי – עמישב שרותים בע"מ (פורסם בנבו, 4.5.2017); ת"צ (אזורי ת"א) 8814-09-11 אלכסנדר – חברת השמירה בע"מ (פורסם בנבו, 2.4.2014).

64 ראו בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 30.8.2015); ע"ע (ארצי) 454/09 ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ – בן שלמה (פורסם בנבו, 29.3.2011).

65 ראו פריט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

בתביעות כאלה מתעוררת במקרים רבים גם בעיה של פערי מידע משמעותיים בין התובע המייצג לבין הנתבעים, באשר לא אחת המידע ההכרחי לתביעה נמצא בידיה של החברה ואינו גלוי לתובע. כאלה עשויים להיות פני הדברים, למשל, בתובענה ייצוגית המוגשת על-ידי בעלי מניות בחברה בגין דיווח מטעה או העדר דיווח מקום שהיה מקום לדווח.⁶⁶ במקרה כזה בעל המניות מודע רק למידע שהחברה דיווחה, וחסר לו לעיתים תכופות מידע רב על-אודות המצב בחברה כפי שהיה לאשורו במועד הדיווח. העדרו של מידע זה עלול להקשות על התובע גם בהערכת הנזק שנגרם לו וליתר חברי הקבוצה כתוצאה מהדיווח הלקוי. לפיכך, בבקשות מסוג זה על בית-המשפט לשלב רף הוכחה גבוה דיו עם בירור עובדתי מעמיק ואפשרויות גילוי נרחבות. ככל שהתביעה נושאת פוטנציאל הרתעתי גדול יותר כן הבירור העובדתי והמשפטי וגילוי המידע צריכים להיות רחבים יותר. רף ההוכחה צריך להיות מותאם באופן שיגביל במידה מספקת את ההשפעה המצננת על פעילות רצויה ויגן באופן מספק על נתבעים לא-חייבים.

2. מהן העילות האפשריות לסילוק על הסף ומהו רף ההוכחה הנדרש?

(א) הדין הנוהג

מעבר לשאלת הדין בבקשת האישור לגופה, יש לבחון גם את אמות-המידה לבחינתן של בקשות-ביניים המוגשות לא אחת במסגרת הדין בבקשה זו, ובכלל זה בקשה המוגשת על-ידי הנתבע לסילוק על הסף של בקשת האישור בטרם דנים בה לגופה (וכן בקשות לגילוי מסמכים, שאליהן נתייחס בתת-פרק הבא). בחינה כזו מחייבת התייחסות לאותן אמות-מידה שנדרונו לעיל בהקשר של הדין בבקשת האישור לגופה.

תקנה 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי 1984), מקנה לבית-המשפט סמכות לסלק תובענה "רגילה" על הסף, עוד בטרם דנים בתביעה לגופה, כאשר "אין הכתב מראה עילת תביעה".⁶⁷ בתי-המשפט קבעו באופן עקבי כי סילוקה של תביעה על הסף צריך להיעשות בזהירות ורק במקרים חריגים.⁶⁸ סילוק על הסף מחמת העדר עילה הוא אמצעי "הננקט בליט ברירה".⁶⁹ אם יש אפשרות, ולו קלושה, שהתובע

66 ראו ת"צ (כלכלית ת"א) 6730-08-13 היילברון נ' קבוצת עזריאלי בע"מ (פורסם בנבו, 19.2.2015).

67 הסדר דומה נקבע בתק' 41(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי 2018.

68 ראו ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד (1) 144, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (2011); ע"א 5118/16 דיאלטי בע"מ נ' Sahajanand Laser Technology Private Ltd, פס' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.10.2017); ע"א 109/84 ורבר נ' אורדן תעשיות בע"מ, פ"ד מא(1) 577, פס' 3 לפסק-הדין (1987); ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לז(4) 721, 724 (1983); ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לכיטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577, 582 (2003); רע"א 1689/97 גראונר א.ש. בע"מ נ' אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 10.4.1997); ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרויקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, פס' יב לפסק-הדין (פורסם בנבו, 4.6.2007).

69 ראו גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 345; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 409; ע"א 693/83 שמש נ' רשם המקרקעין תל-אביב-יפו, פ"ד מ(2) 668, 671, פס' 8 לפסק-הדין (1986); עניין ורבר,

יזכה בסעד בהתאם לעילות שפורטו בכתב התביעה, די בכך למנוע את סילוקה של התביעה על הסף.⁷⁰ לצורך בחינת האפשרות לסלק תביעה על הסף, בית-המשפט נדרש לבחון את כתב התביעה ולקבוע אם העובדות המצוינות בו מגלות עילה, קרי, אם התובע – בהנחה שיצליח בשלב הבא של הדיון להוכיח את כל העובדות שאותן ציין בכתב התביעה – יהיה זכאי לסעדים המבוקשים על-ידיו.

ההנחה העומדת מאחורי הלכה זו היא כי סילוק על הסף מחמת העדר עילה הוא תוצאה "טכנית", וכי רצוי לאפשר דיון במחלוקות בין הצדדים לגופן, ולא למנוע אותו באמצעות סילוק מקדמי. יש לקרוא את ההלכה על רקע הדרישות הראייתיות המצומצמות בהגשת כתב התביעה. ככלל, הגשת כתב תביעה אינה מחייבת את התובע לפרט אלא את "העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה, ואימתי נולדה".⁷¹ בשלב הגשת התביעה התובע אינו נדרש לתמוך את גרסתו בתצהיר או לגבות אותה בראיות כלשהן. הוא אף אינו נדרש לפרט את הטיעונים המשפטיים, ובוודאי אין לו חובה לגבות טיעונים אלה באסמכתאות. די בציון העובדות כשלעצמן, ואילו הוכחתן והבירור המשפטי נדחים לשלב הבא של הדיון.⁷² לכן הפסיקה הישראלית אינה מאפשרת בחינה מקדמית של סיכויי התביעה בשלב זה, גם כאשר הסיכויים שהיא תתקבל הם נמוכים.⁷³

לעיל ה"ש 68, פס' 2 לפסק-הדין; ע"א 50/89 ליטן נ' אילתה, פ"ד מה(4) 18, 25, פס' 13 לפסק-הדין (1991); ע"א 642/89 עיזבון שניידר נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(1) 470, 476, פס' 7-6 לפסק-הדין (1992).

70 ראו רע"א 359/06 מועין נ' פרג', פס' 3 להחלטה (פורסם בנבו, 26.4.2006); עניין חסין, לעיל ה"ש 68, בעמ' 724; רע"א 751/05 החברה הלאומית לאספקת פחם בע"מ נ' "צים" חברת השיט הישראלית בע"מ, פס' 8 להחלטה (פורסם בנבו, 1.9.2005); ע"א 796/89 עיזבון חסיד נ' עיזבון וכט, פ"ד מה(5) 558, 562 (1991); בר"ע 59/81 ארדיטי נ' עיזבון ארדיטי, פ"ד לה(2) 811, 813 (1981); ע"א 590/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ, פ"ד כט(2) 141 (1975); רע"א 661/17 אלמשרק חברה לכיטוח בע"מ נ' אלסנרוק (הקרן) אלפלסטיני לפיזיו נפגעי תאונות דרכים, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 16.2.2017); רע"א 10091/02 Siemens Aktiengesellschaft נ' תעשיות אלקטרוכימיות (1952) בע"מ (פורסם בנבו, 14.3.2004); רע"א 2387/13 אי.די.איי חברה לכיטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 26.12.2013); רע"א 9070/11 אייזיקוביץ' נ' קלוגר (פורסם בנבו, 16.1.2012); ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני, פ"ד לו(2) 151, פס' 3 לפסק-הדין (1981).

71 תק' 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי 1984. בתק' 11(3) לתקנות סדר הדין האזרחי 2018 יש דרישה דומה שלפיה על התובע להביא את "תמצית העובדות הנחוצות לביסוסה של עילת התביעה ומתי נולדה".

72 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 409; ע"א 378/68 דנינו נ' מפעלי "סרן" מאוחדים בע"מ בפירוק, פ"ד כג(2) 704, 710 (1969); ע"א 76/86 פיינשטיין נ' ה.ש. מלונות בע"מ, פ"ד מג(3) 124 (1989); עניין חסין, לעיל ה"ש 68; רע"א 1383/07 חברת שמעון צרפתי בע"מ נ' שתולים מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ, פס' 19 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.4.2010).

73 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 409-411. בארצות-הברית גברה הנטייה לסלק על הסף אחרי שני פסקי-דין משמעותיים אשר העלו את הרף הנדרש מן התביעה על-מנת שתוכל לעמוד בפני סילוק על הסף; Ashcroft v. Iqbal, 550 U.S. 544 (2007); Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

האפשרות לסילוק על הסף קיימת גם בתובענה ייצוגית, לפני הדיון בבקשת האישור. בניגוד לתביעה רגילה, כאשר מוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, התובע נדרש לא רק לפרט את העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה, אלא חובת הפירוט המוטלת עליו רחבה בהרבה. תקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת כי בבקשה לאישור תביעה ייצוגית על התובע לפרט את "טיעוניו, כולל אסמכתאות", בין היתר ביחס ל"עובדות המקימות את עילת התביעה של הקבוצה, הוראות הדין המקימות את עילת התביעה לקבוצה והנימוקים שעל פיהם באה עילת התביעה בגדרו של הפרט בתוספת השנייה [שאותו ציין המבקש כבסיס לבקשתו]"⁷⁴.

מאחר שבמסגרת בקשת אישור התובע אינו יכול להסתפק בפירוט העובדות שהוא טוען להן, אלא עליו להציג לבית-המשפט מסכת מלאה של עובדות, ראיות וטענות משפטיות, לכאורה קל יותר לבית-המשפט להעריך – עוד לפני הדיון בבקשת האישור לגופה – את הסיכויים שהיא תתקבל. אולם, אל מול חובת הפירוט הרחבה הזו יש לזכור כי הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה ממילא שלב ראשון בהליך דו-שלבי, שאינו קיים ביחס לתביעות רגילות.

בית-המשפט העליון לא שלל את האפשרות לסילוק על הסף של בקשת האישור, אולם קבע כי ככלל בקשות כאלה לא יתקבלו, בשל אופיו של הליך בקשת האישור כשלב ראשון בלבד בדיון בתביעה הייצוגית לגופה.⁷⁵ נקבע כי מאחר שבחינת השאלה אם קיימת עילת תביעה נערכת ככל מקרה במסגרת הדיון באישור התובענה כייצוגית, פיצול נוסף של ההליך

-
- Daphna Kapeliuk & Alon Klement, לדיון בפסקי-דין אלה ראו, 129 S. Ct. 1937 (2009) *Contracting Around Twombly*, 60 DEPAUL L. REV. 1, 6–8 (2010); Arthur R. Miller, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure*, 60 DUKE L.J. 1, 10 (2010). לדיון ברף ההוכחה הנדרש כדי לעמוד בפני סילוק על הסף בהקשר של תובענות ייצוגיות ראו, William H.J. Hubbard, *A Fresh Look at Plausibility Pleading*, 83 U. CHI. L. REV. 693, 723–30 (2016); Matthew J.B. Lawrence, *Courts Should Apply a Relatively More Stringent Pleading Threshold to Class Actions*, 81 U. CIN. L. REV. 1225 (2013); Robin J. Effron, *The Plaintiff Neutrality Principle: Pleading Complex Litigation in the Era of Twombly and Iqbal*, 51 WM. & MARY L. REV. 1997 (2010)
- 74 תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות). ראו גם בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.11.2012); פרשת אולסייל, לעיל ה"ש 44, פס' 40 לפסק-הדין. לגישה זו גם לפני חקיקת החוק ראו פרשת רייכרט, לעיל ה"ש 45.
- 75 ראו רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר רו"ח נ' קדמי, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 2.4.2009); רע"א 4381/17 תועלת לציבור נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 7 להחלטה (פורסם בנבו, 2.10.2017); פרשת רייכרט, לעיל ה"ש 45, בעמ' 290; רע"א 2074/11 בנק הפועלים בע"מ נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 5.7.2011). לעניין תביעה נגזרת ראו רע"א 1365/17 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פס' 19 להחלטה (פורסם בנבו, 9.3.2017); תנ"ג (כלכלית ת"א) 20087-11-11 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זקן חמו, פס' 16 להחלטה (פורסם בנבו, 14.6.2012); תנ"ג (כלכלית ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור, פס' 26 להחלטה (פורסם בנבו, 14.4.2015).

עלול לגרום לסרבולו.⁷⁶ לכן על בית-המשפט לדון בבקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור רק כאשר הדיון בבקשה זו "הוא פשוט, מהיר ויכול להוביל למסקנה ברורה וחד-משמעית".⁷⁷ בחינת יישומה של הלכה זו אכן מצביעה על זהירות רבה שבית-המשפט העליון נוקט בשוקלו סילוק על הסף של בקשות אישור.⁷⁸ רוב הבקשות שנדונו על-ידי בית-המשפט בהקשר זה התייחסו לשאלות משפטיות שניתן לבחון אותן בלא צורך בבחינת הראיות שבידי הצדדים.⁷⁹ מקרים שבהם קיבל בית-המשפט את הבקשה לסילוק על הסף מטעמים הנוגעים

- 76 ראו רע"א 7096/11 קומם נ' רוזובסקי (פורסם בנבו, 28.8.2012); ת"צ (מחוזי מר') 28098-05-11 הרפז נ' רשות שדות התעופה, פס' 4 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 5.12.2012).
- 77 עניין קדמי, לעיל ה"ש 75, פס' 5 להחלטה.
- 78 ראו רע"א 2094/16 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלנית הוגנת, פס' 8 להחלטה (פורסם בנבו, 30.3.2016) (להלן: עניין אל על); רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 13.8.2007) (להלן: עניין הבנק הבינלאומי); רע"א 7667/17 רוזנצוויג נ' חזן (פורסם בנבו, 3.12.2018); פרשת רייכרט, לעיל ה"ש 45.
- למקרים שבהם לא התקבלה הבקשה לסילוק על הסף ראו ת"צ (מחוזי מר') 47768-09-13 ABB Ltd. נ' חנא (פורסם בנבו, 23.4.2014); רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא (פורסם בנבו, 23.11.2010); עניין קומם, לעיל ה"ש 76; רע"א 5653/16 סרגון נטוורקס בע"מ נ' חזן (פורסם בנבו, 13.10.2016).
- 79 יש להבחין לעניין זה בין סילוק על הסף מטעמים הנוגעים בעילת התביעה ובסיכוייה לבין סילוק על הסף מטעמים אחרים, כגון התנהלותו של התובע (ראו, למשל, עניין אל על, לעיל ה"ש 78, פס' 9 להחלטה; ת"צ (מחוזי מר') 34564-05-15 עמותת אזרחים למען הסביבה נ' קומפוסט שלוחות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פס' 17 להחלטה (פורסם בנבו, 28.2.2017); ת"צ (מחוזי מר') 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלנית הוגנת נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פס' 13 להחלטה (פורסם בנבו, 3.2.2016); ת"צ (מחוזי מר') 33094-07-17 זינאתי נ' אוניברסל פרטס א. ב. בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.2018), חוסר סמכות עניינית (ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 18252-07-16 מיטב דש גמול ופנסיה בע"מ נ' כהן צידון (פורסם בנבו, 11.1.2017); ת"צ (מחוזי מר') 36947-04-17 עירית תל-אביב-יפו נ' עזר (פורסם בנבו, 17.12.2017) או תניה בדבר שיפוט או ברירת דין זר (ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 46065-09-14 Facebook Inc. נ' חמו נ' (פורסם בנבו, 10.6.2016)).

בעילת התביעה ובסיכוייה היו כאשר התביעה לא הייתה מסוג העניינים המנויים בתוספת השנייה לחוק⁸⁰ או כאשר נטענה טענת התיישנות.⁸¹

(ב) הגישה המוצעת

כפי שהסברנו, מטרתו של הליך האישור היא לסנן חלק מהתביעות שאינן ראויות. לפיכך הוספת הליך סינון נוסף בדרך של סילוק על הסף מחייבת בחינה וזיהור מיוחדות. יש לבחון כיצד האפשרות לסילוק על הסף משפיעה על העלויות המוטלות על נתבעים לא-חייבים ועל צינן פעילותם המועילה, ומן הצד האחר, כיצד היא משפיעה על סיכוייהם של נתבעים חייבים להיחלץ מתביעה מוצדקת נגדם. נוסף על כך יש לשקול כיצד האפשרות להגשת בקשה לסילוק על הסף על-ידי נתבעים משפיעה על תמריציהם של תובעים ועלויותיהם. יתרונותיה של הבקשה לסילוק על הסף מבחינתם של נתבעים לא-חייבים תלויים במסגרת הקבועה להליך האישור. העלויות שבהן יישא הנתבע הלא-חייב אם תידחה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הן העלויות של שלב הבקשה בלבד (הוא יידרש לשאת במלוא עלויותיו של ההליך רק אם בקשת האישור נגדו תתקבל לאחר הדיון בה לגופה). ככל שהעלויות הללו נמוכות יותר כן החיסכון כתוצאה מסילוק על הסף הוא קטן יותר. לפיכך ההשפעה של בקשות סילוק על הסף על צינן התנהגות רצויה עשויה להיות מועטה כאשר הליך האישור עצמו אינו ארוך ויקר. לעומת זאת, כאשר הליך האישור כרוך בעלויות גבוהות ומאפשר גילוי וביור עובדתי ומשפטי נרחבים, יש יתרון באפשרות לסילוק מוקדם על הסף מבחינת הנתבעים הלא-חייבים – יתרון שיש בו כדי לצמצם את ההשפעה המצננת של ההליך. לעומת זאת, קיים חשש משמעותי שסילוק מוקדם על הסף ידלל את ההרתעה כלפי נתבעים השוקלים להפר את הוראות הדין. מתן אפשרות לנתבע לעתור לסילוק הבקשה על הסף מאפשר גם לנתבעים חייבים להעמיס עלויות על התובעים, וזאת כמעט ללא מחיר מצידם של הנתבעים.⁸² זו אפשרות חד-צדדית העומדת לזכות הנתבעים בלבד, והיא מקנה להם ורק להם – כמעט ללא סיכון ובעלות נמוכה יחסית – סיכוי לחמוק מאחריות עוד לפני

-
- 80 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי י-ם) 25015-10-10 דאוס נ' סיטיפס בע"מ (פורסם בנבו, 11.5.2011); ת"צ (מנהליים נצ') 24612-09-12 גדיר נ' מועצה אזורית עמק יזרעאל (פורסם בנבו, 3.2.2013); ת"צ (כלכלית ת"א) 43443-11-13 תהודה – חברה, תודעה ותקון נ' אוצר התיישבות היהודים בע"מ (פורסם בנבו, 12.6.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 62739-01-14 לילמנסטונס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.8.2014); ת"צ (מחוזי י-ם) 11319-04-11 Google Inc. נ' בראונר (פורסם בנבו, 23.11.2011); ת"צ (כלכלית ת"א) 43340-05-17 נחום נ' התאחדות בוני הארץ אגודה עות'מאנית (פורסם בנבו, 25.1.2018); ת"צ (מחוזי נצ') 34471-06-16 שמואל נ' מועצה אזורית עמק המעיינות (פורסם בנבו, 19.7.2017).
- 81 ראו עניין הבנק הבינלאומי, לעיל ה"ש 78, פס' 6 להחלטה; ת"צ (אזורי ת"א) 2527-11-16 שקולניק – התעשייה האווירית לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.12.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 21564-05-16 נווה אופיר חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' לבנת (פורסם בנבו, 28.3.2017).
- 82 יתרה מזו, מתן אפשרות ערעור על החלטת בית-המשפט לדחות את בקשת הסילוק על הסף מוסיפה עלויות נוספות, ומדללת עוד יותר את תמריציו של התובע להגיש את התביעה.

הדיון בבקשת האישור לגופה.⁸³ הפיצול הנוסף של הדיון מקנה אם כן יתרון ברור לנתבעים, הן משום שהוא מעמים עלויות נוספות על התובעים והן משום שהוא מאפשר לפחות לחלק מהנתבעים החייבים לחמוק מאחריות.

הדברים הללו נכונים ביתר שאת באותם מקרים שבהם יש מחלוקות עובדתיות בין הצדדים,⁸⁴ ובעיקר כאשר יש ביניהם פערי מידע, דהיינו, כאשר התובע המייצג אינו חשוף למלוא המידע הרלוונטי לצורך הוכחת תביעתו, שכן מידע זה מצוי בידיעתו הבלעדית של הנתבע. בסוג זה של מקרים המשך הדיון בבקשת האישור לגופה עשוי לאפשר לתובע להוכיח את טענותיו העובדתיות. הוא יוכל לעשות זאת באמצעות גילוי מסמכיו של הנתבע (ככל שהוא יהיה זכאי לגילוי כזה), באמצעות חקירת העדים מטעם הנתבע או בהתבסס על העברת נטל הראייה אל הנתבע.⁸⁵ במהלך ניהול ההוכחות בשלב האישור, בית-המשפט עשוי ללמוד באופן מדויק יותר מהם סיכויי התביעה, והתוצאה עשויה להיות קבלה של בקשת האישור. לפיכך בחינה נפרדת במסגרת בקשת סילוק על הסף, המבוססת על הערכת האפשרות שבקשת האישור לגופה אכן תתקבל, וזאת ללא כל "מחיר" שהנתבע משלם בגין הגשת בקשה כזו (למעט החשש מתשלום מוגבל של הוצאות הבקשה), היא אפשרות לא-רצויה. לנוכח משקלם של שיקולים אלה, וחרף התועלת המסוימת הכרוכה באפשרות לסילוק על הסף מבחינת הנתבעים הלא-חייבים, רף ההוכחה שיימנע את סילוקה על הסף של הבקשה לאישור חייב, לגישתנו, להיות נמוך מאוד. נוסף על כך, הן משום טבעה של בקשת הסילוק על הסף והן משום הרצון למנוע הכבדה יתרה על תובעים פוטנציאליים, ההשקעה בכירור

83 לגישה דומה ראו את הנמקתו של השופט גרוניס לדחיית האפשרות של שימוש בטענת "אין להשיב לאשמה" בהליך האזרחי ברע"א 3312/04 אשורנס ג'נרל דה פרנס נ' הכונס הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה בע"מ, פ"ד ס(3) 245, 258-259 (2005) (להלן: עניין אשורנס ג'נרל).

84 ראו ת"צ (כלכלית ת"א) 62018-10-13 ברנדייס נ' בבילון בע"מ (פורסם בנבו, 22.3.2015), שם נקבע כי "קיומן של מחלוקות עובדתיות אינו שולל בהכרח ובכל מקרה סילוק על הסף – שהוא אפשרי מקום בו ברור וקל לקבוע כי יש לסלק את הבקשה על הסף גם אם יתקבל במלואו הרקע העובדתי לו טוען מבקש האישור. אלא שבמקרה דנן, אינני סבורה כי מדובר במקרה ברור וחד-משמעי, במסגרתו שניתן לקבוע כבר בשלב זה של הדיון כי דין הבקשה לדחייה"; ת"א (מחוזי נצ') 24822-12-10 פלג הגליל חברה האזורית למים וביוב בע"מ נ' אלפסי (פורסם בנבו, 14.10.2012), שם נאמר כי "המקרה הנדון, אינו בא בגדר החריגים הנ"ל אשר מצדיקים דיון בבקשת הסילוק על הסף בנפרד מהדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, שכן מדובר בבקשת אישור המצריכה כירור עובדתי באשר לשאלת אחריותה הנטענת של המבקשת לנזקי המשיב 1 ויתר חברי הקבוצה"; תנ"ג (כלכלית ת"א) 12839-08-12 העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים נ' בן לביא (פורסם בנבו, 14.3.2013), שם נאמר כי "מאחר שמדובר כאמור בשאלות רבות, המערבות כירור עובדתי ומשפטי שלא ניתן לקבוע כי הוא פשוט וקצר – אני סבורה כי אין מקום לסלק את הבקשה לאישור התביעה כתביעה נגזרת על הסף, וכל טענות הצדדים ייבחנו במסגרת הדיון בבקשת האישור עצמה"; ת"צ (כלכלית ת"א) 53358-05-16 משמרת – חברה לשירותי נאמנות בע"מ נ' ויסולי (פורסם בנבו, 6.2.2017).

85 ראו דיון בהצעה לאפשר לנתבע לבחור בין גילוי רחב לבין העברת נטל הראייה בחלק 4(ב) להלן.

בקשת הסילוק צריכה להיות מינימלית. יש לסלק את בקשת האישור על הסף רק באותם מקרים שבהם פיצול ההליך לשלב נוסף של בירור טענות־הסף אינו מגדיל את העלות לתובעים הפוטנציאליים, וכאשר מבקש האישור אינו עומד גם בנטל המינימלי שמוטל עליו בשלב זה. זהו המקרה כאשר השאלות שמתעוררות במסגרת הבקשה לסילוק על הסף הן כאלה שבית־המשפט יכול לבחון אותן ברמת דיוק מלאה כבר בשלב המוקדם, לפני הדיון בבקשת האישור, ובהשקעה נמוכה יחסית. דוגמה מובהקת לשאלות כאלה הן שאלות משפטיות שבירורן אינו מצריך כל בחינה עובדתית.⁸⁶ כאשר אלה הן השאלות היחידות השנויות במחלוקת, בית־המשפט יכול להעריך ברמה גבוהה מאוד של סבירות, כבר בשלב הבקשה לסילוק על הסף, את הסיכוי שבקשת האישור תתקבל או תידחה, כמו־גם את תוצאת הדיון בתביעה לגופה. לכן יש להגביל את האפשרות להגשת בקשת סילוק על הסף לשאלות משפטיות שאינן מצריכות בירור עובדתי מסובך, ואשר ההכרעה בהן עשויה לחסוך מהצדדים ומבית־המשפט את המשך הליך האישור.⁸⁷

ביחס לשאלות כאלה עלות הבירור אינה גבוהה (שכן הבירור אינו מצריך חקירות של מצהירים, אלא רק טיעון משפטי). יתרה מזו, ביחס לשאלות כאלה יכולתו של בית־המשפט להגיע להכרעה מדויקת ולערוך סינון אפקטיבי עוד לפני הדיון בבקשת האישור לגופה היא גבוהה. בית־המשפט יכול לקיים בירור מלא ומדויק של המצב המשפטי גם לפני שמיעת בקשת האישור וחקירות המצהירים במסגרתה. לכן בירור מקדמי של טענות משפטיות אינו אמור להרתיע תובעים פוטנציאליים מהגשת בקשות אישור.

86 ראו, למשל, עניין גדיר, לעיל ה"ש 80, שבו נתבעו פיצויים מרשות בגין נזק שנגרם על־ידי צד שלישי, וזאת בניגוד להוראת ס' 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות; ת"צ (מנהליים י-ם) -14469-07-15 מועצה מקומית גבעת זאב נ' קוסובסקי (פורסם בנבו, 18.11.2015), שבו הועלתה טענה בדבר העדר סמכות; ת"צ (מחוזי מ"ר) 11-11-39947 אשכנזי נ' מרחבים ירוקים - גאון (2001) בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.2012), שבו נטענה טענה בדבר העדר עילה והעדר יריבות; ת"צ (כלכלית ת"א) 15-09-18096 דרון נ' אלטשולר שחם גמל ופנסיה בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2016), שבו נערך בירור פרשני פשוט של תקנה; עניין דאוס, לעיל ה"ש 80, שבו התייחס בית־המשפט להתאמתה של בקשת האישור לפריטים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות; ת"צ (מחוזי נצ') 11-07-39713 קובטי נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 10.12.2012), שם נקבע כי לנוכח חסיון המסמכים, בית־המשפט אינו יכול לבחון את טענת ההפליה שהעלו המבקשים; ת"צ (מחוזי ב"ש) 16-09-69990 תורתי נ' Dolpin Netherlands BV (פורסם בנבו, 17.5.2018), שם הועלתה טענה בדבר "מעשה בית־דין" במסגרת פסק־דין שאף כלל תניית פטור.

87 הגישה המוצעת דומה לאחד המבחנים לעניין מתן רשות ערעור על החלטה המאשרת בקשה לתביעה ייצוגית, שנקבעו על־ידי השופט גרוניס ברע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 6.5.2010). בית־המשפט קבע שם כי ככל שהשאלות המשפטיות והעובדתיות שהוכרעו בהחלטת האישור הן פשוטות, ולעומתן השאלות שנתרו פתוחות הן רבות ומורכבות, כן תיטה הכף לטובת דיון בבקשת רשות הערעור. באופן דומה, ככל שהשאלות המשפטיות והעובדתיות המועלות בבקשה לסילוק על הסף הן רבות, ומחייבות בירור עובדתי מורכב, כן תיטה הכף לכיוון דחיית בקשת הסילוק ובחינתן של שאלות אלה במסגרת הדיון בבקשת האישור לגופה. ראו גם ה"ש 84 והפסיקה המאוזכרת שם.

זאת ועוד, בירור מקדמי של טענות משפטיות עשוי להועיל לתובעים פוטנציאליים במקרים שבהם המצב המשפטי אינו ברור. האפשרות של בית-המשפט להגיע למסקנה ברורה כבר בשלב זה של הדיון עשויה לחסוך גם מהתובע את עלויות הבירור של שלב האישור לגופו, וזאת כאשר ניתן להיווכח כבר מלכתחילה ששלב הבירור לא ישנה את התוצאה, כלומר, שהעלויות הנוספות של התובע המייצג יוצאו לחינם. לחלופין, כפי שאנו מסבירים בפרק הבא, ניתן לאפשר סילוק על הסף באופן רחב יותר, אולם זאת רק אם המחיר שיושת על הנתבע במקרה שבקשת הסילוק תידחה הוא שהבקשה לאישור התובענה הייצוגית תתקבל כתוצאה מכך.⁸⁸

3. האם ראוי לאפשר הליכי גילוי בשלב בקשת האישור וכיצד יש לעשות כן?

לצורך הכרעה בכל הליך, ובכלל זה בתובענות ייצוגיות, בית-המשפט נדרש לקבוע מהי התשתית העובדתית הרלוונטית. מקורות המידע שבתמי-משפט מסתמכים עליהם כדי לבסס את הקביעות העובדתיות שלהם כוללים, בין היתר, תצהירי עדים, חוות-דעת מומחים, מסמכים המוגשים לבית-המשפט באמצעות העדים וחקירות נגדיות. כל אלה מוגשים בשלב ההוכחות.⁸⁹ ככל שבית-המשפט נחשף למקורות מידע רבים יותר, וככל שהבירור של מקורות אלה מעמיק יותר, כן הסיכוי שבית-המשפט יוכל להגיע לחקר האמת בצורה מדויקת יותר גדל. להליכי ההוכחות קודמים הליכי גילוי מסמכים ושאלונים. הליכים אלה מאפשרים לכל צד לגלות מידע המצוי בידי הצד שכנגד. המידע שיתגלה יכול לתמוך בטענותיו של הצד שהחזיק בו או להחלישן. חלק מהמידע יהיה קביל כראיה בבית-המשפט, ואילו חלקו האחר לא יהיה קביל. למעשה, חלק מהמידע שיתגלה לא יוצג לפני בית-המשפט, אולם הוא יאפשר לצד שהמידע לא היה בידיו לחפש אחר מידע אחר שאותו יוכל להציג במשפט. לפיכך מטרתם של הליכי הגילוי היא לצמצם את פערי המידע בין הצדדים, ולאפשר לכל אחד מהם להגיע לראיות שאותן יוכל להציג לפני בית-המשפט.⁹⁰

בניגוד להליך ההוכחות, שבו בית-המשפט יכול לשלוט בהצגת הראיות ולוודא שהיא נתבצע באופן יעיל שסייע בבירור המחלוקות בין הצדדים וימנע עלויות מיותרות, הליכי הגילוי מתבצעים בין הצדדים, ולא תחת עינו הפקוחה של בית-המשפט. יתרה מזו, הליכי הגילוי מתייחסים למסמכים שרק אחד הצדדים יודע את תוכנם. הן בית-המשפט והן הצד שכנגד אינם יודעים מה תוכנם של המסמכים, ולעיתים הם אף אינם יודעים אם הם קיימים.

88 יש לציין כי בעניין אשורנס ג'נרל, לעיל ה"ש 83, הזכיר השופט גרוניס את הגישה במשפט האנגלי המתנה את אפשרותו של הנתבע להעלות במשפט אזרחי טענת "אין להשיב לאשמה" בוותור שלו על הגשת ראיות מטעמו. גישה זו נובעת מהרצון להשית סיכון על הנתבע הנוקט דרך זו, ולמנוע ממנו את היתרון החד-צדדי מטענה כזו. הצעתנו, המתייחסת לבקשת סילוק על הסף בשלב האישור, מסתמכת, בין היתר, על רציונל דומה.

89 ראו תק' 158(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי 1984; עניין אשורנס ג'נרל, לעיל ה"ש 83, בעמ' 250.

90 ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 8. להליכי הגילוי יש מטרה נוספת, והיא לחסוך עלויות וזמן בהליך ההוכחות, אולם מטרה זו אינה מרכזית לדינונו כאן.

מאחר שבמקרים רבים מדובר במספרים גדולים מאוד של מסמכים, אשר רק חלק מזערי מתוכם רלוונטיים להליך המשפטי, בית-המשפט אינו יכול לבחון כל אחד מהמסמכים ולהכריע אם יש לגלותו לצד שכנגד. לפיכך הכרעתו של בית-המשפט בבקשה לגילוי מסמכים היא הכרעה באפלה – בית-המשפט אינו יודע עד כמה המידע במסמכים נחוץ לצד שכנגד, אם המידע הזה אכן יסייע בגילוי האמת העובדתית בסכסוך, או אף מהן העלויות הכרוכות בגילוי. מאפיינים אלה מקשים מאוד את ההכרעה בבקשת הגילוי, וזאת להבדיל מהכרעות הנוגעות בשלב ההוכחות.⁹¹

קושי זה קיים בכל הליך, וממילא מתקיים גם בשלב הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. על קושי זה מיתוסף בשלב האישור קושי נוסף הנובע מכך שמטרתו של הליך האישור שונה ממטרת ההליך המלא, כפי שהוסבר לעיל. דהיינו, בשלב האישור על בית-המשפט להכריע בבקשת האישור באופן שיממש בדרך מיטבית את מטרתו של הליך האישור (צמצום ההשפעה המצננת על פעילות רצויה) ובהיבט ימזער את עלויותיו (דילול ההרתעה). בחלק זה אנו עומדים על האופן שבו יש להכריע בבקשת גילוי מסמכים בשלב האישור בהתאם למאפייניה הכלליים של בקשה זו ובהתאם למאפיינים המיוחדים לשלב האישור.

(א) הדין הנוהג

תקנות סדר הדין האזרחי 1984 מאפשרות לכל צד בהליך אזרחי רגיל לדרוש מהצד שכנגד גילוי מסמכים הנוגעים בעניין הנדון אשר מצויים – או היו מצויים – ברשותו או בשליטתו ואשר אותרו על-ידיו לאחר חקירה ודרישה. תקנה 112 לתקנות מתייחסת להליך גילוי מסמכים כללי, ואילו תקנה 113 מתייחסת לבקשה לגילוי מסמך ספציפי.⁹² עיקרון מנחה בהליכי גילוי בתביעה אזרחית רגילה הוא שההליך צריך להתנהל ב"קלפים פתוחים".⁹³ מאחר שהליכי גילוי המסמכים מנוהלים בראשיתו של ההליך, אם מבקש הגילוי מצביע על כך שלמסמך עשויה להיות רלוונטיות למחלוקת בין הצדדים, די בכך להצדיק את הגילוי, ואין הוא נדרש להוכיח רלוונטיות וראית של המסמך שאת גילויו הוא מבקש.⁹⁴ מסמך עשוי להיות רלוונטי גם אם הוא לא יהיה קביל כראיה במשפט.⁹⁵ כן נקבע כי אין מקום לבחינה דקדקנית של טענות הצדדים בשלב גילוי המסמכים. על-כן, אם הטענה

91 שם, בעמ' 1035-1036. לניהול הדיון על-ידי בית-המשפט ראו גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 501-502.

92 יצוין כי תק' 57 לתקנות סדר הדין האזרחי 2018, אשר עוסקת בגילוי, אינה מבחינה בין גילוי ספציפי לגילוי כללי.

93 גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 237.

94 ראו תק' 120(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי 1984; גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 241; רע"א 9322/07 Gerber Products Company נ' חברת רנדי בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2008); ע"א 40/49 כיאט נ' כיאט, פ"ד ג 159, 162 (1950).

95 ראו גורן, לעיל ה"ש 2. ברע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 60 (1995), נקבע כי מסמך הוא רלוונטי "במידת האור שהמסמך עשוי לשפוך על המחלוקת שבין הצדדים".

שמנסים להוכיח באמצעות גילוי המסמכים אינה "חסרת שחר", אין לומר שמדובר במסמך לא-רלוונטי.⁹⁶

אולם הדרישה לרלוונטיות של המסמכים אינה עומדת לכדה, ויש לאזן בין הצורך ליתן צו גילוי לבין אינטרסים העומדים כנגד זה.⁹⁷ כך, למשל, על בית-המשפט לשקול את העלויות שהליך הגילוי מטיל על הצד שהמסמכים בידיו, ולבחון אם ההכבדה עליו לא תהיה בלתי-סבירה בנסיבות העניין.⁹⁸ אחד הטעמים העיקריים לשלילת הבקשה לגילוי מסמך הוא חסיונו של המסמך. אולם ככלל, באיזון האינטרסים שבין חיסיון לבין גילוי, הכלל הוא גילוי והחריג הוא חיסיון.⁹⁹ אומנם, העיקרון של גילוי האמת עשוי לסגת מפני חיסיון יחסי או מפני אינטרסים מוגנים אחרים, כגון הגנת הפרטיות.¹⁰⁰ אולם רק במצבים מיוחדים וחריגים יוכרו חיסיון או אינטרס נוגד ככאלה שיש בכוחם לגבור על הערך של גילוי האמת.¹⁰¹ במקרים כגון דא לא יינתן צו הגילוי המבוקש.¹⁰²

נקודת האיזון בשאלה אם יש לחייב צד אחד לגלות לצד שכנגד מסמכים שנדרשו נקבעת אם כן בהליך הרגיל על-סמך הרלוונטיות של המסמך למחלוקות בין הצדדים, מחד גיסא, ועל יסוד העלויות הכרוכות בגילוי (הן העלויות הכספיות הישירות והן אלה הכרוכות בפגיעה באינטרסים מוגנים של הצד המגלה), מאידך גיסא. לנוכח החשיבות הרבה שבית-המשפט העליון מייחס לגילוי האמת בהליך האזרחי, נקודת האיזון בין התועלת שבגילוי המסמכים לבין העלויות הכרוכות בכך נקבעת באופן הנוטה לצד הגילוי.¹⁰³

בטרם הותקנו תקנות תובענות ייצוגיות, הכיר בית-המשפט העליון תחילה בזכותו של הנתבע לקבל צו לגילוי מסמכי התובע ולעיון בהם.¹⁰⁴ לאחר-מכן, בפסק-דין יפעת נ' דלק מוטורס, הוכרה זכות התובע לגילוי מסמכיו של הנתבע.¹⁰⁵ פסק-הדין קבע כי הגילוי בתובענה ייצוגית מותנה בשני תנאים נוספים על אלה הנדרשים בתביעה אזרחית רגילה:

-
- 96 ראו פרשת Gerber Products Company, לעיל ה"ש 94, פס' 7 להחלטה; רע"א 6649/07 המועצה המקומית שלומי נ' שכטמן ושות' חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פס' 3 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.12.2007).
- 97 ראו גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 241.
- 98 ראו רע"א 6297/97 רכאח נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פס' 6 להחלטה (פורסם בנבו, 26.1.1998); פרשת Gerber Products Company, לעיל ה"ש 94, פס' 8 להחלטה.
- 99 ראו יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247, 263 (בועז סנג'דו עורך, 2007). אולם ראו גם שם, הערת-שוליים 58, המציינת כי מפקודת הראיות עולה דווקא כי חיסיון הוא הכלל ואילו גילוי מסמך חסוי הוא החריג.
- 100 שם, בעמ' 266.
- 101 רע"א 7598/14 הפטריארך היווני אורתודוכסי של ירושלים נ' הימנותא בע"מ (פורסם בנבו, 6.1.2015) (להלן: פרשת הפטריארך היווני); רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה, פס' 16 להחלטה (פורסם בנבו, 29.3.2016).
- 102 ראו פרשת הפטריארך היווני, לעיל ה"ש 101.
- 103 עמית, לעיל ה"ש 99, בעמ' 262-263 ו-273.
- 104 ראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (1996).
- 105 ראו רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513 (2003).

תנאי אחד הוא שהמסמכים שגילויים מבוקש הם רלוונטיים לשלב אישור התובענה כייצוגית; והתנאי האחר הוא שהתובע העמיד "תשתית ראייתית ראשונית" לגבי קיומם של התנאים לאישור הקבועים בס' 8(א) לחוק.¹⁰⁶ תקנות תובענות ייצוגיות אימצו מבחנים אלה לגילוי, והם קבועים כיום בתקנה 4.¹⁰⁷

בהחלטות אחדות מן השנים האחרונות דן בית-המשפט העליון בשאלה של גילוי מסמכים במסגרת בקשות לאישור תביעות ייצוגיות.¹⁰⁸ ההחלטות עסקו, בין היתר, בשאלה מהי התשתית הראייתית הנדרשת כדי שביית-המשפט ייעתר לבקשה לגילוי מסמכים המוגשת בשלב הדיון בבקשה לאישור, ובשאלה מהו היקף המסמכים שיש להורות על גילויים.¹⁰⁹ בהתייחס לדרישה לקיום תשתית ראייתית ראשונית נקבע כי התשתית הנדרשת מצויה ב"רף הנמוך" – היא גבוהה מהדרישה להוכיח כי אין מדובר בתביעת-סרק, אולם נמוכה מזו הנדרשת לצורך אישור התובענה הייצוגית.¹¹⁰ עם זאת הובהר כי קיימת עדיין משוכה שעל התובע לצלוח אותה.¹¹¹ למשוכה זו יש חשיבות מיוחדת במסגרת בקשות לאישור לנוכח החשש מפני תביעות-סרק.¹¹² בית-המשפט ציין כי המונח "תשתית ראייתית ראשונית" הוא מונח עמום וחמקמק, שביית-המשפט נדרש ליצוק בו תוכן בכל מקרה ומקרה.¹¹³

106 שם, פס' 9 להחלטה. לדיון בדרישות אלה ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 4, בעמ' 144-143.

107 עניין זליכה, לעיל ה"ש 101, פס' 10 להחלטה; רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר, פס' 17 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 16.4.2018) (להלן: עניין פרטנר).

108 בהתייחס לבקשות לאישור תביעה נגזרת נדונו הן בקשות לגילוי במסגרת הדיון בבקשת האישור והן בקשות שהוגשו עוד בטרם הוגשה בקשת האישור, מכוח ס' 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

109 ראו עניין קומם, לעיל ה"ש 76, פס' 10 להחלטתו של המשנה לנשיאה (ברימ') ריבלין; רע"א 494/16 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עזר, פס' 13 להחלטה (פורסם בנבו, 19.5.2016); עניין פרטנר, לעיל ה"ש 107; רע"א 1361/18 אסם השקעות בע"מ נ' סורוקר, פס' 7 להחלטה (פורסם בנבו, 26.6.2018); ת"צ (כלכלית ת"א) 28110-09-12 מלכה נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, פס' 29 להחלטה (פורסם בנבו, 11.7.2013). החלטות דומות ניתנו גם לגבי בקשות לאישור תביעות נגזרות: תנ"ג (כלכלית ת"א) 17542-11-15 הרפז נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 27 להחלטה (פורסם בנבו, 14.11.2016); רע"א 4121/14 טל נ' קו אופ ישראל אגודה שיתופית בע"מ, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 5.2.2015); רע"א 1360/18 ר'בקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 11.10.2018).

110 ראו עניין עזר, לעיל ה"ש 109, פס' 13 להחלטה; עניין פרטנר, לעיל ה"ש 107, פס' 20 לפסק-הדין; עניין מלכה, לעיל ה"ש 109, פס' 29 להחלטה.

111 ת"צ (מחוזי מר") 12241-09-10 יבלינוביץ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 11-12 להחלטה (פורסם בנבו, 2.6.2011); רע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פס' 10 להחלטה (פורסם בנבו, 6.5.2015).

112 ראו, למשל, רע"א 7327/16 ברק נ' גזית-גלוב בע"מ (פורסם בנבו, 6.12.2016); עניין יפעת, לעיל ה"ש 105; עזר, לעיל ה"ש 109; עניין הרפז, לעיל ה"ש 109, פס' 33 להחלטה.

113 ראו עניין ברק, לעיל ה"ש 112, פס' 7 להחלטה; רע"א 4725/16 בוקסר נ' לנגהולץ, פס' 20 להחלטה (פורסם בנבו, 26.10.2016). בעניין עזר, לעיל ה"ש 109, פס' 13 להחלטה, הדגיש בית-המשפט כי אין מקום להעמקה רבה מדי בשלב הבקשה לגילוי, כדי לא להפוך בקשה זו

הנטל להוכיח קיומה של תשתית ראייתית ראשונית מוטל על התובע, והוא נבחן על-סמך האמור בבקשת האישור ובמסמכים המצורפים לה.¹¹⁴ הליך הגילוי אינו מעביר את נטל ההוכחה בשלב זה. אם התובע המבקש לקבל צו גילוי לא יצליח לבסס את טענותיו באמצעות המסמכים, בקשתו תידחה.

אם התובע עומד בדרישה להצגת תשתית ראייתית ראשונית לצורך בקשה לגילוי מסמכים, בתי-המשפט מוסיפים ובוחנים את השאלה מה צריך להיות היקף הגילוי. בהליכים מקדמיים של אישור תובענה ייצוגית נקבע כי קיימים מקרים שבהם יורה בית-המשפט על גילוי בהיקף רחב, במיוחד כאשר לפני בית-המשפט מונח מקרה מורכב המצריך הסתמכות על "מסד נתונים רחב" על-מנת שהשופט הדין בהליך יוכל להגיע להחלטה מושכלת.¹¹⁵ התרת גילוי בהיקף רחב יכולה להיעשות בכפוף לעיון ולבדיקה של בית-המשפט.¹¹⁶ שאלת היקף הגילוי מושפעת מהשלב שבו מצויים בהליך. זכותו של התובע לגילוי בשלב הראשון – קרי, בשלב בקשת האישור – מצומצמת יותר בהיקפה מאשר בשלב השני, וכוללת רק מסמכים הנוגעים בדיון בבקשת האישור.¹¹⁷ כמו-כן התייחסו בתי-המשפט לפערי המידע בין הצדדים, ולשאלות הנוגעות באיזון בין האינטרס של התובע לקבל מידע לבין האינטרס של הנתבע באי-מסירתו. בהקשר זה נדונו טענות הגנה שונות, כגון הכבדה כספית על הנתבע,¹¹⁸ קשיים בהפקת המסמכים¹¹⁹ וחסיון (חסיונות עסקיים, סודות מסחריים, חסיון עורך-דין-לקוח וחסיון הנוגע בפגיעה אפשרית בפרטיות).¹²⁰

(ב) הגישה המוצעת

היקף הגילוי בתובענה הייצוגית משליך על הסיכוי של התובע לעמוד בנטל המוטל עליו במסגרת בקשת האישור ולעבור לשלב הבא של הדין בתביעה לגופה. כפי שהסברנו, פערי מידע בין הנתבע לתובע מובילים להטיה מובנית נגד התובע, ותוצאתם דומה להגבחה רף ההוכחה. לפיכך, פערי המידע מקטינים את הסיכוי של התובע להצליח בבקשת האישור, ומרתיעים אותו מפני הגשת בקשות כאלה. התוצאה היא דילול הרעתם של נתבעים מפני

ל"חזרה כללית לקראת הדין בבקשת האישור, שהוא, מצדו, מעין חזרה כללית לקראת הדין בתובענה עצמה, למקרה שתאושר".

114 ראו רע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל, פס' 15 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 6.9.2016).

115 עניין זליכה, לעיל ה"ש 101, פס' 18 להחלטה.

116 שם.

117 ראו עניין הרפז, לעיל ה"ש 109, פס' 36 להחלטה.

118 ראו רע"א 6676/17 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' דיין (פורסם בנבו, 17.9.2017), שם ציין בית-המשפט את האפשרות של שיפוי הנתבע בגין עלות הגילוי ופסיקת הוצאות נגד התובע אם יתברר בדיעבד כי הפקת המסמכים הייתה בלתי-מוצדקת. בהקשר זה נאמר כי בקשה לגילוי מסמכים תידחה מטעמי הכבדה רק כאשר הטרחה שתיגרם לא תהא פרופורציונלית לחשיבותם ולנחיצותם של המסמכים או המידע להליך. ראו עניין זליכה, לעיל ה"ש 101, פס' 13 להחלטה.

119 ראו רע"א 6715/05 מחסני ערובה נעמן בע"מ נ' איזנברג, פ"ד ס(3) 264, פס' 7 לפסק-הדין (2005).

120 ראו עניין זליכה, לעיל ה"ש 101, פס' 16 להחלטה; רע"א 6753/14 סופר נ' פרל, פס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 20.1.2015).

הפרת חובותיהם. הליכי הגילוי הם המכשיר העיקרי המסייע בצמצום פערי המידע בין התובע לנתבע, וכתוצאה מכך – בצמצום הבעיה של דילול הרתעה בשלב האישור.¹²¹ מכאן שככל שהחשש מפני דילול הרתעה עקב פערי מידע גדול יותר כן האינטרס בגילוי משמעותי יותר. כפי שהובהר לעיל, היקף הגילוי וכמות המידע שתיחשף במסגרת השלב הראשון של ההליך קשורים לרף ההוכחה המוטל על התובע במסגרת בקשת האישור. ככל שהתובע המייצג מקבל אפשרות להיחשף למסמכים רבים יותר שבידי הנתבע, החשש מהטיה מובנית נגדו קטן, ויש הצדקה להעלות את הרף המוטל עליו לצורך אישור בקשתו (עד לרמה של מאזן הסתברויות במצב של גילוי מרבי). מן הכיוון האחר, ככל שרף ההוכחה בבקשת האישור גבוה יותר כן יש לאפשר לתובע גילוי רחב יותר של מסמכים המצויים בידי הנתבע.

לבסוף, הליך הגילוי עלול להגדיל באופן משמעותי את הוצאותיו של הנתבע בשלב האישור. גילוי מסמכים כרוך בשני סוגים של עלויות אפשריות: העלות הישירה של איתור המסמכים והפקתם, והעלות העקיפה הנובעת מעצם חשיפתם לצד שכנגד. העלות של איתור המסמכים והפקתם עשויה להשתנות בהתאם לטיב המסמכים שגילויים מבוקש. יש מקרים שבהם ניתן לאתר ולהפיק את המסמכים בקלות רבה ובעלות נמוכה מאוד, אולם יש מקרים שבהם מדובר בהליך מורכב של איתור וסינון, המחייב עבודה מרובה והשקעת משאבים רבים. השאלה מהי עלות הפקת המסמכים היא שאלה עובדתית, ובית המשפט יכול לבררה בדיון בבקשת גילוי המסמכים.¹²²

העלות של עצם חשיפת המסמכים קשה הרבה יותר לכימות ולהערכה, ומשמעותה עשויה להיות שנויה במחלוקת. היא נובעת מחוסר הרצון של הנתבע לחשוף לפני התובע מידע הנוגע באופן התנהלותו או פרוטוקולים של דיונים שהוא מעוניין לשומרם חסויים, וכן מאינטרסים אחרים שלו אשר ראויים לטענתו להגנה (סוד מסחרי, לדוגמה). בירור עובדתי של השלכות הגילוי על הנתבע, ושל השאלה אם השלכות אלה פוגעות באינטרסים הראויים להגנה, הוא מסובך בחלק מהמקרים. אולם יש מקרים רבים שבהם בית המשפט יכול לבחון את הרכיבים העובדתיים בטענות הנתבע באמצעות עיון במסמכים ובדיקה אם המסמכים שהתובע רוצה לעיין בהם אכן מכילים סוד מסחרי, מידע פרטי או מידע אחר שיש טעם לגיטימי להסתירו מהתובע.¹²³ נוסף על כך, בית המשפט יכול לדרוש מן התובע להתחייב לשמור על סודיות ביחס למידע שמועבר אליו, ובדרך זו לצמצם את העלות הזו.¹²⁴ העלויות של הליך הגילוי יוצרות אפקט מצנן על פעילותם של נתבעים לא־חייבים, שכן הן מוטלות גם על נתבעים אלה, ובכך מכבידות את פעילותם מראש, גם כאשר זו ראויה. השפעתן של עלויות הגילוי על פעילותו של נתבע לא־חייב היא כפולה: ראשית, יש השפעה ישירה הנובעת מעלויות אלה, המכבידות את פעילותו; שנית, יש השפעה עקיפה הנובעת מכך שתובעים עלולים להגיש תביעות חסרות בסיס, בידיעה שבשלב האישור

121 ראו דיון בפרק א לעיל.

122 ראו רע"א 5290/04 שירותי בריאות כללית נ' שויג, פס' 6 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 6.2.2005); עניין איזנברג, לעיל ה"ש 119, פס' 10 לפסק־הדין.

123 ראו תק' 119 לתקנות סדר הדין האזרחי 1984; רע"א 5806/06 עיזבון נמירובסקי נ' שימקו, פס' 11 להחלטה (פורסם בנבו, 13.6.2007).

124 עניין זליכה, לעיל ה"ש 101.

יתפשרו עימם הנתבעים רק כדי למנוע מעצמם את עלויות הגילוי. לכן ההשפעה המצננת של הגילוי עלולה להיות משמעותית.

מאידך גיסא, יש לשים לב שבמקרים שבהם פערי המידע משמעותיים, ההחלטה בבקשת הגילוי מוסיפה שלב נוסף שבו מסוננות חלק מן התביעות, ובכך היא דומה להחלטה בבקשת סילוק על הסף. אומנם, התובע יכול להמשיך בבקשת האישור גם אם בקשתו לגילוי נדחתה. אולם, מאחר שרף ההוכחה הנדרש לצורך גילוי הוא נמוך מהרף הנדרש לאישור התובענה הייצוגית,¹²⁵ ומאחר שבהעדר גילוי לא יהיה בידי התובע מידע נוסף על זה שהיה בידי בבקשה לגילוי, הסיכוי לדחיית בקשת האישור הוא גבוה.¹²⁶ סינון זה מכביד על תובע שאין בידי ראיות, ובכך מוביל לדילול נוסף בהרתעתם של נתבעים חייבים. התוצאה היא שלנתבע יש תמריץ להתנגד לבקשת הגילוי גם כאשר עלויות הגילוי מבחינתו אינן גבוהות.¹²⁷ לאור שיקולים אלה ניתן לבחון את שני התנאים לגילוי בתקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות. כזכור, התנאי הראשון דורש שהמסמכים הנדרשים יהיו רלוונטיים לשלב האישור. ככל שהמסמכים מתייחסים לעילת התביעה, אין לכאורה הבדל בין הרלוונטיות שלהם בשלב האישור לבין הרלוונטיות שלהם בשלב הדיון בתביעה לגופה. אולם, לנוכח מטרותיו של הליך האישור (צמצום עלויות ההליך המשותף על נתבעים לא-חייבים, תוך מזעור הפגיעה באפשרות חיובם של הנתבעים החייבים), היקף הגילוי בשלב זה צריך להיות נמוך בהשוואה לשלב הדיון בתביעה לגופה. היקף הגילוי ייקבע לא רק על-פי הרלוונטיות של המסמך להוכחת העילה, אלא גם בהתאם לרף ההוכחה שהתובע נדרש לעמוד בו בבקשת האישור. ככל שרף ההוכחה הזה נמוך יותר, התשתית הראייתית שהוא נדרש להציג לפני בית-המשפט מצומצמת יותר, וממילא גם היקף המסמכים שיש לגלות לו מצומצם יותר.

125 חשוב להדגיש את ההבדל בין התשתית הראייתית הנדרשת לצורך הגילוי לבין רף ההוכחה הנדרש בשלב האישור. מאחר שתועלתו של הגילוי בסינון אינה זהה לתועלתו של הליך הבירור המלא בשלב האישור, ומצד אחר, מאחר שעלויות הגילוי נמוכות מעלויותיו של הליך הבירור הזה, רף ההוכחה בשניהם שונה. יתרה מזו, השאלה שעל בית-המשפט לשאול כאשר מוגשת בקשה לגילוי היא מה הסיכוי שהגילוי יאפשר לתובע לחצות את רף ההוכחה הנדרש לצורך אישור. זו שאלה שונה במהותה מהשאלה שבית-המשפט שואל בהחלטת האישור גופה. ככל שעלויות הגילוי גבוהות יותר והתועלת הצפויה מהגילוי בהליך האישור נמוכה יותר, רף ההוכחה הנדרש לצורך קבלת הבקשה לגילוי יעלה, ובאופן תיאורטי הוא יכול להיות גבוה אף מזה הנדרש בבקשה גופה. לדיון בטענה כי בשלב הראשון של הליך המורכב מכמה שלבים יש לקבוע רף הוכחה מחמיר יותר מאשר בשלבים המאוחרים יותר ראו Kaplow, *Multistage Adjudication*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1218-1221.

126 הבקשה לתקבל רק אם הראיות שיציג הנתבע או חקירתם הנגרית של עדיו יספקו את התשתית הראייתית הנדרשת לאישור.

127 עם זאת, כפי שהסברנו לעיל, הסינון פועל גם לטובתו של התובע, בכך שהוא חוסך ממנו את ניהול הליך האישור במקרים שבהם בקשת האישור עתידה להידחות. ככל שעלויותיו של הליך האישור גבוהות יותר, וככל שקיימות שאלות משפטיות רבות יותר שתלויות בעמדתו של בית-המשפט, אשר אינה ידועה לתובע, יש לתובע אינטרס שרף ההוכחה הנדרש לצורך גילוי לא יהיה נמוך מדי.

מסגרת הבירור בשלב האישור צריכה לקבוע שילוב מיטבי של כמות המידע שאליה ייחשף בית־המשפט ושל רף ההוכחה הנדרש. היקף הגילוי משתלב במסגרת זו: ככל שהשילוב המיטבי מוליך להיקף בירור מינימלי עם רף הוכחה נמוך, גם היקף הגילוי יהיה מצומצם; ולהפך, ככל שהיקף הבירור בשלב האישור צריך להיות רחב בשילוב עם רף הוכחה גבוה, יש לאפשר גילוי נרחב יותר. קביעת השילוב המיטבי בשלב האישור היא שצריכה להנחות את היקף הגילוי הנדרש.

כך, למשל, בדוגמת ספק השירות שהובאה לעיל ייתכן שבית־המשפט יקבע לשלב האישור רף הוכחה נמוך, הדורש מהתובע להציג מספר קטן של מקרים שבהם הופרה חובתו של הספק, כדי שיוכח ברמה הנדרשת בשלב זה כי הספק נקט מדיניות מכוונת של אי־ניתוק. בנסיבות כאלה יוכל בית־המשפט להסתפק בבחינת המקרים שהוצגו לפניו כדי להכריע בבקשת האישור או לדרוש עריכת מדגם מצומצם.

לעומת זאת, בדוגמת בית־החולים, ככל שבית־המשפט סבור כי רף ההוכחה הנדרש צריך להיות גבוה יותר (כדי לצמצם את ההשפעה המצננת על פעילות בית־החולים), עליו לשקול את האפשרות לדרוש מהנתבע מידע שיאפשר להגדיל את המדגם, תוך התחשבות בעלויות הגבוהות יותר הנובעות מכך, ותוך שקילת העברה של חלק מהעלויות הללו או כולן אל התובע במקרים שבהם החשש מתביעות־סרק ומצינון פעילות רצויה הוא גדול.

התנאי השני דורש כי התובע יעמיד תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור. תנאי זה מוסיף למעשה בחינה מקדמית נוספת של בית־המשפט ביחס לסיכויי הבקשה. לפיכך, עוד לפני הגילוי, שמטרתו לסייע לתובע להוכיח את עילת התביעה ברמת ההוכחה הנדרשת בשלב האישור, התובע נדרש להעמיד תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של עילה כזו – תשתית שדי יהיה בה לשכנע את בית־המשפט לקבל את בקשת הגילוי.

כדי לעמוד ברף ההוכחה הנדרש לצורך הליך הגילוי, על התובע לשכנע את בית־המשפט בקיומו של סיכוי גבוה מהרף שנקבע כי החומר שמצוי לפני בית־המשפט בתוספת המסמכים שיגולו לתובע במסגרת הליך הגילוי יאפשרו לתובע לעמוד ברף הנדרש כדי שבקשת האישור תתקבל.¹²⁸ רף ההוכחה הנדרש לצורך גילוי נגזר מעלות הגילוי, מפערי המידע בין הנתבע לתובע, ומהחשש שללא גילוי ייתכן שתביעות נגד נתבעים חייבים לא יאושרו וכתוצאה מכך תדולל הרתעתם מפני הפרת החוק – עניין שחשיבותו גוברת ככל שהנזק הפוטנציאלי מההפרה גדל. ככל שעלויות הגילוי נמוכות יותר, ככל שפערי המידע משמעותיים יותר וככל שהמשקל של דילול ההרתעה גדול יותר, כן יש להנמיך את רף ההוכחה הנדרש מהתובע כדי שבקשתו לגילוי תתקבל.

128 לנוכח האמור לעיל היה אפשר לכאורה לסבור כי בית־המשפט יכול לבחון בעצמו את המסמכים שהתובע מבקש שהנתבע יגלה לו, כדי לבחון מה הסיכוי שמסמכים אלה, יחד עם החומר שהתובע הציג, יובילו למסקנה שלפיה יש לקבל את בקשת האישור. אולם מסקנה זו אינה נכונה לנוכח האפקט המצנן המשמעותי שיש לה על נתבעים פוטנציאליים. אם נאפשר לתובעים לחייב נתבעים לחשוף מסמכים לפני בית־המשפט גם על־סמך מידע קלוש ביותר, התוצאה תהיה הגשת תביעות רבות ללא ביסוס עובדתי ומשפטי מספיקים. בית־המשפט העליון בעניין נשר, לעיל ה"ש 111, הגיע למסקנה דומה שלפיה אי־אפשר להסתמך על תוכנם של המסמכים שהתובע מבקש את גילויים כדי להכריע בבקשת הגילוי.

כך, למשל, בדוגמת ספק השירות, בהנחה שהעלויות הכרוכות בעריכת מדגם בקרב לקוחות שביקשו להתנתק הן נמוכות, מאחר שפערי המידע בין הספק לבין התובע הם משמעותיים, ומכיוון שיש חשיבות רבה להרתעה ראויה של ספקי השירות מפני הימנעות מכוונת מניתוק, רף ההוכחה הנדרש כדי לאפשר את הגילוי צריך להיות נמוך. יתרה מזו, ככל שהגילוי מטיל עלויות פחותות, ייתכן שיהיה די בהצגת מספר קטן של מקרים להצדקת הגילוי, שיאפשר לתובע ולבית-המשפט לבחון אם אכן מדובר בבעיה שיטתית או שמא מדובר בכשל נקודתי שאינו מצדיק אישור תובענה ייצוגית.¹²⁹

לבסוף, כפי שהוסבר לעיל, ראוי להדגיש כי ההכרעה בשאלת הגילוי אינה מצטמצמת לשתי אפשרויות – לאשר את הגילוי או לא לאשר – אלא ניתן לקבוע היקפי גילוי שונים. עלויות הגילוי הישירות נמוכות יותר ככל שהיקף הגילוי מצומצם יותר. באופן דומה, העלויות העקיפות הנובעות מחשיפת מסמכים ניתנות לצמצום על-ידי הגדרה מצומצמת של המסמכים שיש לגלות או הסתרת חלק מהמידע המופיע במסמכים הללו.¹³⁰ לכן, ככל שבית-המשפט יכול לעשות שימוש באמצעים אלה כדי לצמצם את היקף הגילוי מבלי לפגוע באופן משמעותי בחשיפת המידע הרלוונטי לבקשה, עליו לעשות זאת.

ג. הצעה לשינוי המתווה של הליך האישור

כפי שצוין לעיל, הבחינה של סיכויי התביעה בשלב אישור התובענה הייצוגית מיועדת להקטין את העלויות לנתבעים לא-חייבים. זאת, כדי לצמצם את ההשפעה המצננת של ההליך המשפטי על פעילויות שיש להן תועלת חברתית ואשר נתבעים פוטנציאליים יימנעו מהן או שמחירן יעלה אף כאשר נתבעים אלה אינם מפריים את חובותיהם על-פי דין. הבעיה בסיון על יסוד סיכויי התביעה היא האפשרות שניתנת לנתבעים חייבים להתחמק מאחריותם לנזק שגרמו. בעיה זו חמורה יותר ככל שפערי המידע בין התובע לנתבע גדולים יותר. ראשית, פערי המידע מגדילים את הסיכוי שתביעות נגד נתבעים חייבים לא יאושרו. שנית, לנוכח פערי המידע הללו וסיכויי האישור הנמוכים, תובעים נרתעים מהגשת תביעות נגד נתבעים, שחלקם חייבים.

הפתרון לבעיית פערי המידע הוא גילוי רחב ובידור מקיף ומלא של ראיות בשלב האישור או לחלופין הנמכת רף ההוכחה. אולם ככל שהגילוי והבידור הראייתי רחבים יותר כן עלויותיו של שלב האישור גדלות, ועימן גדלה גם ההשפעה המצננת על פעילות רצויה של נתבעים פוטנציאליים לא-חייבים. השפעה דומה יש להנמכת רף ההוכחה. לפיכך כל ניסיון למזער את הבעיה של דילול הרתעה גורר עימו החמרת הבעיה של צינון פעילות רצויה; ולהפך – הפחתת ההשפעה המצננת של ההליך המשפטי על פעילות רצויה גוררת עימה בעיה של דילול הרתעה. על בית-המשפט למצוא את נקודת האיזון המיטבית בין שתי התוצאות הללו.

129 יש לזכור, עם זאת, שלהליך האישור יש עלויות מעבר להליכי הגילוי, ולפיכך אין לאפשר גילוי כעניין שבשגרה, פן יינתן תמריץ להגשת תביעות ללא בדיקה מוקדמת של התובע.

130 האפשרות למחוק חלק מהמידע המופיע במסמכים עלתה בעניין סופר, לעיל ה"ש 120, פס' 10 לפסק-הדין. ליישום גישה זו ראו, למשל, ת"צ (אזורי ת"א) 35374-10-16 אסולין – פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פס' 32 להחלטה (פורסם בנבו, 19.8.2018).

בפרק הקודם הסברנו כיצד יש לקבוע את השילוב המיטבי של כמות המידע בהליך האישור ושל רף ההוכחה הנדרש מהתובע כדי לעבור לשלב הדיון בתובענה הייצוגית גופה. כמו־כן בחנו שתי סוגיות מרכזיות בהליך האישור – הבקשה לסילוק על הסף ובקשת הגילוי. הסברנו כיצד ניתן ליישם את המסגרת התיאורטית שהוצגה כדי לקבוע בכל אחת מהסוגיות הללו את האיזון הראוי בין מטרתו של הליך האישור לבין עלויותיו.

אולם המסגרת שהוצגה היא מיטבית "בממוצע". בית־המשפט צריך לקבוע מסגרת שתאזן באופן מיטבי בין ההשפעות על נתבעים חייבים להשפעות על נתבעים לא־חייבים, מבלי שהוא יודע מה חבותו הצפויה של הנתבע שלפניו, מהם המסמכים והראיות שבידו ומהן עלויות הפקתם. אילו היה לבית־המשפט מידע רב יותר על מאפייניהם של התביעה והצדדים, הוא היה יכול לקבוע מסגרת מדויקת ויעילה יותר.

יתרה מזו, הצדדים להליך עלולים לנסות לנצל את היתרונות שהמסגרת הזו מקנה להם, אף אם בכך הם מפחיתים מיעילותה. כך, למשל, תובע המבקש גילוי רחב עלול לעשות זאת רק כדי לאיים בהטלת עלויות הגילוי (הישירות והעקיפות) על הנתבע, גם כאשר הלה מילא את חובותיו החוקיות ובסוף ההליך לא יימצא חייב.¹³¹ כאמצעות הטלת עלויות הגילוי על הנתבע, התובע מאלץ אותו למעשה להסכים לפשרה גם בתביעה שיסודותיה רעועים. באופן דומה, נתבע המתנגד לבקשת הגילוי עלול לעשות זאת רק כדי לנסות למנוע מידע מן התובע, כדי להטיל עליו עלויות נוספות, וכדי לחסום, כתוצאה מכך, את בקשת האישור. זאת, גם כאשר אותו נתבע הפר את חובותיו ולפיכך היה נמצא חייב אילו התנהל ההליך עד סופו. נוסף על כך, נתבע המבקש לסלק את הבקשה על הסף עלול לבקש זאת רק כדי לקבל סיכוי להימנע מהליך מלא, מבלי שהוא נושא בעלות משמעותית גם כאשר בקשתו נדחתה. בכל אחד מהמצבים הללו צד להליך האישור מבקש לזכות ביתרון בהליך מבלי שהוא נושא במחיר כלשהו, תוך פגיעה ביעילותו של הליך האישור בהשגת מטרותיו.

בפרק זה אנו מציעים מתווה להליך אישור שיתנהל באופן שונה, על־מנת להביא לידי מימוש אפקטיבי יותר של מטרותיו ולצמצם את האפשרויות להתנהגות אופורטוניסטית של הצדדים. הצעתנו מבוססת על שני יסודות: קביעת בררת־מחדל שבה התובע נדרש לעמוד ברף הוכחה מינימלי ללא הליכי גילוי; ומתן אפשרות לתובע ולנתבע להסכים על שילוב אחר של גילוי ורף הוכחה גבוה יותר.

1. תיאור המתווה המוצע

היסוד הראשון על־פי המתווה המוצע הוא שינוי בררת־מחדל בהליך האישור. על־פי בררת־מחדל המוצעת, התובע יידרש לעמוד ברף הוכחה מינימלי, אולם תישלל ממנו הזכות לגילוי. כלומר, התובע לא יהיה זכאי לדרוש מהנתבע גילוי מסמכים, וההליך יתנהל בהתאם לחומר שצירף התובע לבקשת האישור, ועל־סמך תשובת הנתבע והראיות שצורפו אליה, ככל שהנתבע בחר להשיב.

131 D. Rosenberg & S. Shavell, *A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value*, 5 INT'L REV. L. & ECON. 3 (1985); Lucian A. Bebchuk & Alon Klement, *Negative-Expected-Value Suits*, in 8 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 341 (Chris W. Sanchirico ed., 2d ed. 2011)

לאחר הגשת בקשת האישור, יוכל הנתבע לבחור אם להשיב עליה או לא. בין אם בחר להשיב על הבקשה ובין אם לאו, מטרתו של הנתבע תהיה לשכנע את בית-המשפט שהתובע לא עמד גם ברף ההוכחה המינימלי המוטל עליו מכוח כררת-המחדל. אפשרות זו של הנתבע דומה ל"בקשה לסילוק על הסף". אלא שבניגוד לבקשה לסילוק על הסף, כפי שהיא מתנהלת כיום בהתאם לדין הנוהג, התוצאה של בחירה כזו של הנתבע היא שאם בית-המשפט לא יקבל את גישתו, בקשת האישור תתקבל, והצדדים יעברו לשלב השני של הדיון בתביעה לגופה. התוצאה במקרה כזה תהיה אם כן הדרדית: אם התובע לא יעמוד ברף ההוכחה הנמוך ההתחלתי שנקבע, בקשת האישור תידחה; אולם אם התובע יעמוד ברף זה, הבקשה לאישור תתקבל, וההליך יעבור לשלב השני של הדיון. זאת, בניגוד לבקשת סילוק על הסף, שבה הנתבע מקבל הזדמנות לחסום את בקשת האישור בשלב מוקדם מבלי לשאת בסיכון מקביל של אישור התובענה כייצוגית אם בקשת הסילוק תידחה.

את רף ההוכחה שנדרש כבררת-מחדל יהיה צריך לקבוע בהתייחס לאותם שיקולים של הרתעה וצינון שנדרונו לעיל. כפי שהבהרנו, כאשר נערך הליך של גילוי מסמכים, בית-המשפט מעלה את רף ההוכחה שהתובע צריך לעמוד בו לאחר הגילוי. לפיכך, רף ההוכחה במתווה המוצע יהיה נמוך יותר מרף ההוכחה הרצוי תחת הדין הנוהג. אולם, ככל שרף ההוכחה לאחר גילוי היה מוצב גבוה יותר, גם רף ההוכחה שהתובע צריך לעמוד בו ללא גילוי, לפי המתווה המוצע, צריך להיות גבוה יותר. הסיכוי לאישור התובענה הייצוגית ללא גילוי נגד הנתבע החייב צריך להיות דומה לסיכוי לאישורה עם גילוי תחת רף ההוכחה הגבוה יותר שהיה נקבע במקרה כזה, וזאת כדי שהמתווה המוצע לא יוביל לשיפור במצבו של הנתבע החייב. יש לבחון אם כן את הסיכוי שבית-המשפט היה מאשר את התביעה כייצוגית לאחר גילוי מסמכים נגד הנתבע, בהתאם לרף ההוכחה הגבוה. הסיכוי לאישור התביעה תחת המתווה המוצע צריך להיות גבוה לא פחות. כך, למשל, אם תחת רף ההוכחה הגבוה יותר שבית-המשפט היה קובע לפי הדין הנוהג כיום, גילוי המסמכים על-ידי נתבע חייב היה מעמיד את הסיכוי שהתביעה נגדו תאושר על 90%, אזי רף ההוכחה ללא גילוי צריך להוביל לפחות לאותו סיכוי לאישור. מאחר שהסיכוי הזה גבוה מאוד, רף ההוכחה ללא גילוי צריך להיות נמוך מאוד. לעומת זאת, אם בית-המשפט היה קובע רף הוכחה שהסיכוי לעמוד בו, גם לאחר גילוי נגד נתבע חייב, הוא נמוך יותר – למשל, 70% – אזי רף ההוכחה שייקבע ללא גילוי צריך להיות גבוה דיו להבטיח שהסיכוי לאישור יהיה דומה.¹³²

היסוד השני שהמתווה המוצע מבוסס עליו הוא האפשרות הניתנת לצדדים להסכים ביניהם על ניהול הדיון לא בהתאם לכררת-המחדל. התובע יהיה רשאי לפנות לנתבע בבקשה לגילוי מסמכים או למתן תשובות לשאלון, אולם הנתבע לא יהיה חייב להיענות לבקשות אלה. הנתבע יהיה רשאי להתנות את היענותו לבקשות הגילוי בהעלאת רף ההוכחה שבו יידרש התובע לעמוד לצורך קבלת בקשת האישור. הצדדים יהיו רשאים אם כן להגיע להסכמות

132 למעשה, הסיכוי לאישור ללא גילוי צריך להיות גבוה יותר, משום שעלויות הגילוי נחסכות לנתבע. כדי שנתבע חייב לא יצא נשכר מרף ההוכחה הנמוך יותר, צריך שתוחלת העלויות שלו תהיה שווה בשתי האפשרויות. הצבה בנוסחה המתארת את העלויות הצפויות לנתבע, לעיל בחלק 1א(x), מראה שאם נחסכות לנתבע עלויות גילוי בשלב הראשון, צריך שהסיכוי לעבור לשלב השני יגדל מספיק כדי "לפצות" על כך.

דינויות ביניהם, אשר יתייחסו הן לכמות הגילוי שהנתבע יעמוד בו והן לרף ההוכחה שהתובע יצטרך לעמוד בו. נתבע שייענה לדרישת הגילוי יזכה ב"תשלום" המוסכם של רף ההוכחה המוגבה. לעומת זאת, נתבע שיסרב לדרישת הגילוי של התובע "ישלם" על כך את המחיר הנובע מרף ההוכחה הנמוך, אשר במקרה כזה ייוותר בעינו.

מטבע הדברים, ככל שהגילוי שיתבקש יהיה רחב יותר, העלאת רף ההוכחה שאותה ידרוש הנתבע בתמורה תהיה משמעותית יותר, ותתקרב לרף ההוכחה המוטל על התובע בשלב השני, בדיון לגוף התובענה (הוא הרף הגבוה של מאזן ההסתברויות).¹³³ אולם, מאחר שהמחיר שהוא ידרוש צריך להיות מוסכם על התובע, יהא על הנתבע "לרסן" את דרישותיו. בכל מקרה, רף ההוכחה שיוסכם בין הצדדים ייאכף על-ידי בית-המשפט.

נמחיש את המתווה המוצע באמצעות הדוגמה של ספק השירות:¹³⁴ על-פי המתווה המוצע, ייקבע רף הוכחה נמוך שבו יצטרך התובע לעמוד כדי שביית-המשפט יאשר את התובענה כייצוגית. רף הוכחה כזה יכול לקבוע, למשל, שכדי שהתובענה תאושר כייצוגית, על התובע להציג לפני בית-המשפט מספר קטן של מקרים שבהם נותקו לקוחות לא כדין, כלומר, לאחר המועד שבו היה על הספק לנתקם. לעומת זאת, התובע לא יוכל לדרוש גילוי של מסמכים או נתונים המצויים בידי הספק. הספק והתובע יוכלו להתנות על השילוב הזה של רף הוכחה נמוך ללא גילוי. הם יוכלו להסכים, לדוגמה, שיערך מדגם, למשל בגודל 100, שבו ייבדק אחוז הלקוחות שלא נותקו בזמן. נוסף על כך יוכלו הצדדים להסכים מה יהיה אותו אחוז מינימלי של לקוחות שלא נותקו בזמן אשר מציאתו במדגם תביא לידי אישור התובענה כייצוגית.

במסגרת המתווה המוצע לא יוכלו התובע או בית-המשפט לכפות על הנתבע גילוי כלשהו. מאחר שכל גילוי שהתובע מבקש ואשר הנתבע מסכים לו "יתומחר" באמצעות רף ההוכחה שיוסכם ביניהם, שום צד לא יוכל להטיל על הצד שכנגד עלויות וסיכון מבלי שיישא במחיר בגינם. תובע לא יוכל לכפות גילוי על הנתבע רק כדי להטיל עליו עלויות וסיכון, שכן במקרה כזה הנתבע יהיה רשאי לא להיענות לדרישת התובע ולהימנע מגילוי, אם יסבור כי ה"מחיר" שהתובע מוכן לשלם בעבור הגילוי אינו מצדיק אותו. נתבע יסרב לבקשת הגילוי בין משום שלטעמו התובע אינו מוכן לשלם מחיר גבוה די הצורך בעבור חשיפת המסמכים (וזאת כאשר המחיר של חשיפת המסמכים מבחינת הנתבע הוא גבוה) ובין משום שהנתבע סבור כי הוא יוכל להתמודד עם טענות התובע גם תחת רף ההוכחה הנמוך (ללא הגילוי המבוקש).

מן הצד שכנגד, הנתבע לא יוכל להטיל על התובע עלויות הכרוכות בבקשת סילוק על הסף מבלי שיישא בסיכון הנובע מכך – אישור התביעה כייצוגית במקרה של דחיית בקשת הסילוק. בכך יהיה כדי לצמצם התנהגות אסטרטגית של נתבעים מבלי לפגוע באפשרות

133 לכאורה, בשלב הראשון התובע צריך לשכנע את בית-המשפט שיש "אפשרות סבירה" שהשאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה לטובתם. מדובר בסיכוי נמוך יותר מרף ההוכחה הנדרש לצורך הכרעה בשאלות אלה בדיון לגופו. אולם ברור שהצדדים יכולים להסכים שכבר בשלב הראשון יצטרך התובע לשכנע את בית-המשפט להכריע לטובתו בעילת התביעה לגופה.

134 ראו לעיל ליד ה"ש 22.

לניהול יעיל וקצר של בקשת האישור על-סמך כתבי הטענות, ככל שהצדדים בחרו לדבוק בבררת-המחדל.

2. המתווה המוצע מקל על נתבעים לא-חייבים מבלי לדלל הרתעה

בהנחה שהבקשה לאישור וכתב התביעה הניחו תשתית ראייתית ראשונית מספיקה, נתבע לא-חייב חשוף תחת המתווה המוצע לסיכוי גבוה שהתובענה הייצוגית תאושר והוא יאלץ לנהל הליך מלא. זאת, לנוכח רף ההוכחה הנמוך שייקבע כבררת-המחדל למקרים שבהם לא מתקיים גילוי. נתבע כזה עשוי להסכים לגלות לתובע מידע המצביע על כך שהסיכוי שהוא ימצא חייב בשלב השני הוא נמוך, ובלבד שהסיכוי למעבר לשלב השני יופחת במידה מספקת. הנתבע הלא-חייב יסכים לגלות מידע גם אם מדובר בגילוי שמטיל עליו עלות מסוימת, כל עוד הוא יקבל "תמורה" בדמות הפחתת הסיכון של מעבר לשלב השני, וכל עוד העלות הכרוכה בגילוי נמוכה מהעלות הנוספת של ניהול השלב השני.¹³⁵ יתרה מזו, ככל שהגילוי ישכנע את התובע שאכן מדובר בנתבע לא-חייב, התובע עשוי להסתלק מהתביעה או להסכים לפשרה נמוכה, ובכך יופחתו עוד יותר עלויותיו של הנתבע הלא-חייב.¹³⁶ לכאורה היה אפשר לחשוב שהתובע לא יסכים לעסקה כזו עם שום נתבע, משום שאם הנתבע מציע אותה, היא תשפר כנראה את מצבו, ומכך נובע לכאורה שמצבו של התובע יורע. אולם, כפי שהסברנו לעיל, התובע אינו מעוניין לנהל את השלב השני נגד נתבע שהסיכוי שהוא ימצא חייב נמוך. אם הסיכוי שהתביעה תידחה בתום הדיון בשלב השני הוא גבוה, יאלץ התובע לשאת כתוצאה מכך בעלויות נוספות ללא צורך.¹³⁷ לכן האינטרס בעסקה עם הנתבע הלא-חייב הוא הדדי – הן הנתבע והן התובע מרוויחים ממנה. לעומת זאת, התובע אינו מעוניין לאפשר לנתבע חייב תנאים נוחים יותר מאלה שהלה כפוף להם במסגרת בררת-המחדל. זאת, משום שהתובע מעוניין לנהל את התביעה בשלב השני נגד הנתבע החייב. לפיכך כל התניה על בררת-המחדל שתהא טובה לנתבע החייב משום שהיא תפחית את סיכוייו לעבור לשלב השני תהא בהכרח גרועה לתובע. לכן התובע לא יסכים למחיר הגבוה שהנתבע החייב דורש. הוא יסכים רק למחיר נמוך יותר – מחיר אשר רק נתבע לא-חייב יאות לקבלו כתמורה לגילוי. לכן המתווה המוצע מאפשר הפרדה בין נתבעים חייבים לנתבעים לא-חייבים, אולם הוא עושה זאת מבלי לחייב את כל הנתבעים בגילוי, ולפיכך הוא מקל על נתבעים לא-חייבים.

135 במקרים שבהם עלויות הגילוי מופחתות מעלויות השלב השני, נכונותו של הנתבע לגלות תהיה גדולה אף יותר.

136 חשוב להדגיש כי הסתלקות של התובע לאחר הגילוי צפויה רק כאשר מתוכנן של המסמכים יוכל התובע להיווכח בסיכוי גבוה כי מדובר בנתבע לא-חייב. הסתלקותו של התובע מהתביעה נסמכת לא רק על ההנחה שרק נתבעים לא-חייבים מסכימים למחיר הגילוי הנמוך, אלא גם על תוכנם של המסמכים המגולים. זהו מרכיב משמעותי בשיווי-משקל שבו מתקיימת הפרדה בין נתבעים חייבים לנתבעים לא-חייבים. בלעדיו תובעים לא היו מסתלקים מתביעה לאחר גילוי, משום שהסתלקות צפויה כזו הייתה מעודדת כל נתבע – חייב או לא-חייב – לגלות.

137 ראו את ניתוח תוחלת הרווח של התובע לעיל בחלק א(ב).

נתבעים אלה מקבלים את אפשרות הבחירה בין חיסכון של עלויות הגילוי לבין הפחתה של עלויותיהם הצפויות באמצעות גילוי והגבהה של רף ההוכחה.

התובע מקבל אם כן מנגנון המאפשר לו להפריד בין נתבע חייב לנתבע לא-חייב בעלות נמוכה. הוא ינהל הליך אישור קצר נגד נתבע חייב, בעוד מול נתבע לא-חייב, שיגלה לו את המידע המראה על סיכויי ההצלחה הנמוכים של התביעה, הוא עשוי לבחור בהסתלקות או בפשרה. כתוצאה מכך יפחתו העלויות הצפויות של התובע, ותמריצו להגיש תביעות ראיות יגדלו. לעומת זאת, תמריצו להגיש תביעות-סרק שכל מטרתן הסתלת עלויות על הנתבע (הלא-חייב) יפחתו, משום שהוא לא יוכל לכפות על הנתבע את העלויות הללו.

נמחיש את האופן שבו הפרדה כזו יכולה להיעשות באמצעות הדוגמה של ספק השירות: בהמשך לדוגמה לעיל, נניח שהתובע הציג חמישה מקרים של לקוחות שלא נותקו מהשירות במועד הנדרש, אולם בית-המשפט טרם הביע את דעתו אם די במספר זה של לקוחות שהוכחה לגביהם הפרה לצורך אישור התובענה הייצוגית. עם זאת, מאחר שרף ההוכחה נמוך, הצדדים יודעים שיש סיכוי גבוה שבית-המשפט יקבע כי די בראיות שהוצגו לצורך אישור. נניח שהסיכוי הזה מוערך על-ידיהם בכ-75%. נזכיר עוד את הנחתנו כי אם בסוף ההליך (קרי, בתום השלב השני) ימצא בית-המשפט שאחוז הלקוחות שלא נותקו במועד מתוך כלל הלקוחות שביקשו להתנתק עולה על 20%, הוא יקבע כי הספק חייב בפצוי.

נניח עוד כי במקרה שבו ספק השירות אינו מעכב באופן מכוון ולא כדין את ניתוק הלקוחות (הספק הלא-חייב) יש בכל-זאת 15% שאינם מנותקים במועד (עקב תקלות לא-מכוונות), וכי במקרה שבו הספק מנסה במכוון ולא כדין למנוע לקוחות מלהתנתק (הספק החייב), 25% אינם מנותקים במועד. לבסוף, נניח כי מאחר שמדובר במדגם בלבד, התוצאות יהיו בטווח של 10% משיעורם האמיתי של הלקוחות שלא נותקו במועד מתוך כלל הלקוחות שביקשו להתנתק בתקופה הרלוונטית. לפיכך, כאשר ספק השירות אינו חייב, האחוז שיימצא במדגם יהיה בין 5% ל-25%, ואילו כאשר ספק השירות חייב, האחוז שיימצא במדגם יהיה בין 15% ל-35%.

ברדגמה הזו, הספק הלא-חייב לא יציע לקיים מדגם מבלי שהתובע יסכים לשנות את רף ההוכחה, אם הוא סבור שתוצאות המדגם עלולות להגדיל את הסיכוי לאישור התובענה הייצוגית. למשל, אם הוא סבור שכל תוצאה מעל 10% תוביל לאישור התובענה הייצוגית, אזי מאחר שהסיכוי שתימצא תוצאה כזו במדגם גבוה מ-75%¹³⁸ מצבו יורע. לפיכך, כדי להיטיב את מצבו, הוא ידרוש שרף ההוכחה יהיה גבוה יותר. כך, למשל, הצדדים יכולים להסכים שהתובענה תאושר כייצוגית רק אם תוצאת המדגם תהיה מעל 15%. מאחר שהסיכוי לכך הוא 50%, ובהנחה שעלויות המדגם אינן גבוהות מדי, הספק הלא-חייב יסכים לכך.

לעומתו, הספק החייב לא יסכים לעריכת המדגם בתנאים אלה. מאחר שתוצאות המדגם אצל הספק החייב יהיו תמיד מעל 15%, הסכמה שלו לעריכת המדגם תוביל בוודאות לאישור התובענה הייצוגית, מה שירע את מצבו ביחס לסיכוייו ללא מדגם, העומדים על-פי ההנחה על 75%.

138 התוצאות האפשריות אינן מתחלקות באופן אחיד בין הקצוות, אלא מרוכזות בעיקר סביב הממוצע. לכן הסיכוי שתוצאת המדגם תהיה גבוהה מ-10% במקרה של ספק לא-חייב גבוה מ-75%.

התוצאה אם כן היא הפרדה בין הספק החייב לספק הלא-חייב. מצבו של הספק החייב נותר כשהיה, ואילו מצבו של הספק הלא-חייב משתפר באמצעות ההסכמה בינו לבין התובע. יתרה מזו, ייתכן שהתובע יחליט להסתלק מהתביעה או להתפשר בה בסכום נמוך לאחר עריכת המדגם, גם אם תוצאתו תהיה גבוהה מ-15% והתובענה תאושר כיייצוגית. הסיבה לכך היא שהתובע יודע כי עצם הסכמתו של הנתבע לעריכת המדגם מאותתת כי הוא אינו חייב, ולפיכך הוא עתיד להפסיד בתביעה, שכן בסופו של דבר, בתום השלב השני של הדיון, יתברר כי אחוז הלקוחות שלא נותקו נמוך מ-20%. אם אכן כך יקרה, מצבו של הספק הלא-חייב ישתפר עוד יותר בעקבות ההסכמה עם התובע, שכן ההסכמה תמנע ממנו את הדיון בשלב השני. גם מצבו של התובע ישתפר, משום שהוא יחסוך עלויות התדיינות מול ספק לא-חייב.

התוצאה מן המתווה המוצע תהיה שנתבעים לא-חייבים יהיו חשופים לעלויות נמוכות יותר מאשר תחת הדין הנוהג, ואילו חבותם הצפויה של נתבעים חייבים לא תשתנה. לכן ההשפעה המצננת של תובענות ייצוגיות על פעילותם של נתבעים פוטנציאליים תפחת, ואילו רמת ההרתעה מפני הפרת החוק לא תיפגע.¹³⁹

3. האם הצדדים יצליחו להגיע להסכמה על חריגה מבררת-המחדל?

מאחר שהמתווה המוצע מאפשר לצדדים להתנות על בררת-המחדל, שאלה חשובה היא אם צדדים אכן ינצלו את האפשרות הזו. ניתן להעלות שלוש טענות משמעותיות בהקשר זה: ראשית, ניתן לטעון כי הצדדים מתקשים במקרים רבים להגיע לפשרה בתחילת ההליך, ולכן גם הסיכוי שהם יגיעו להסכמה דיונית בדבר השילוב הראוי של גילוי ורף הוכחה הוא נמוך; שנית, לכאורה גם כיום הצדדים רשאים להתנות על רף הוכחה ורמת הגילוי, אולם נראה שלא רבים עושים זאת; לבסוף, ניתן לתהות בדבר יכולתם של הצדדים להגדיר את רף הוכחה ביניהם באופן שיהיה ניתן לאכיפה על-ידי בית-המשפט. נבחן את הטענות הללו להלן.

(א) קושי להגיע לפשרה בתחילת ההליך – אופטימיות יתר של הצדדים

הסיבות העיקריות לכך שצדדים אינם מגיעים לפשרה בשלבים מוקדמים של ההליך נובעות מפערי המידע ביניהם ומהערכות שונות (אופטימיות) שיש לכל אחד מהם לגבי סיכויי הצלחה של התביעה.¹⁴⁰ אולם, כפי שהסברנו לעיל, ההסכמה שאנו מצפים לה אינה בין התובע לבין כל נתבע, אלא רק בין התובע לבין נתבעים לא-חייבים, וגם אז רק כאשר הסכמה כזו תיטיב את מצבם של הנתבעים הללו.

מאחר שהמחיר שנתבעים לא-חייבים ידרשו בעבור הגילוי נמוך מזה שידרשו נתבעים חייבים, רק נתבעים לא-חייבים יגיעו להסכמה עם התובע ביחס לגילוי כזה. התובע יבחר

139 למעשה, כל אימת שתתקיים הפרדה בין הנתבע החייב לנתבע הלא-חייב, התועלת מכך תהיה גדולה יותר, משום שההפרדה תאפשר פשרות מדויקות יותר עם שני סוגי החייבים. ניתוח ההשפעה על הפשרה עם הנתבע החייב הוא מורכב מדי למאמר זה, ואנו מתכוונים לערוך אותו במחקר-המשך.

140 ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 1013.

בהסכמה על גילוי עם העלאה "מתונה" של רף ההוכחה – כזו שרק נתבעים לא־חייבים יסכימו לה – משום שבדרך זו הוא יצליח להפריד בין נתבעים חייבים לנתבעים לא־חייבים. הסינון שיקבל יחסוך לו עלויות לאחר האישור בהשוואה לבררת־המחדל ללא גילוי. לפיכך ההפרדה שתיווצר תהיה טובה לתובע ולנתבעים לא־חייבים, אולם לא לנתבעים חייבים (שכן הרף הנמוך תחת בררת־המחדל יביא לידי כך שהם יעברו לשלב הבא בסיכוי גבוה). נוסף על כך, כאשר הצדדים אופטימיים ביחס לסיכוי שבקשת האישור תתקבל (תובעים) או תידחה (נתבעים), הסיכוי להסכמה דיונית ביניהם עשוי לעלות.¹⁴¹ בעוד אופטימיות של הצדדים מקטינה את הסיכוי שהם יגיעו לפשרה ביחס לתביעה לגופה, אותה אופטימיות עשויה דווקא להגדיל את הסיכוי להתנאה מוסכמת על רף ההוכחה והגילוי. זו תהיה התוצאה בפרט אם הצדדים אופטימיים ביחס להשפעה של העלאת רף ההוכחה על סיכויי האישור. אם התובע סבור שהעלאה כזו לא תקטין באופן משמעותי את הסיכוי לאישור, ואילו הנתבע (בפרט – הנתבע הלא־חייב) סבור שהעלאת הרף תוביל להקטנה ניכרת של הסיכוי לאישור, יהיה לשניהם תמריץ להסכים על גילוי והעלאת הרף. זאת, בעוד אופטימיות דומה תביא לידי כך שתחת סטנדרט כפוי של רף הוכחה גבוה עם גילוי, שני הצדדים לא יצליחו להגיע להסכמה על פשרה בתביעה לגופה, משום שהנתבע לא יהיה מוכן לשלם בפשרה את הסכום המינימלי שהתובע יסכים לקבל כדי לוותר על הכרעה בבקשה לגופה.¹⁴²

(ב) המצב בהתאם לדין הקיים – האם כיום צדדים מתנים על רף ההוכחה והגילוי?

לכאורה גם כיום, בהתאם לדין הקיים, הצדדים יכולים להתנות על השילוב הנוהג של רף הוכחה וגילוי. כפי שהבהרנו לעיל, על־פי הדין הנוהג, התובע צריך לבקש גילוי, ולנתבע כדאי תמיד להתנגד לבקשה. אולם היה אפשר לחשוב שלאחר שהמהלכים הללו נעשו, ובוודאי לאחר שבית־המשפט הורה על גילוי, יסכימו הצדדים על שילוב של גילוי ורף הוכחה המתאימים להם. שאלה היא, אם כן, אם צדדים מגיעים כיום להסכמות כאלה. ניתן למצוא מקרים שבהם צדדים מוותרים על גילוי או על חקירת עדים,¹⁴³ אולם אין אינדיקציה לכך שהרבר נעשה תמורת הקלה ברף ההוכחה שבו נדרש התובע לעמוד. לעומת זאת, יש מקרים שבהם הסכימו הצדדים על בירור עובדתי מעמיק בשילוב עם העלאת רף

141 לטענה כי אופטימיות של הצדדים יכולה להוביל להסכמה דיונית, למשל על פסיקת הוצאות, ראו John J. Donohue III, *Opting for the British Rule, or If Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will?*, 104 HARV. L. REV. 1093 (1991).

142 לדיון באופטימיות ובפשרה ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 1012-1015.

143 למקרים שבהם הגיעו הצדדים להסכמה דיונית שלפיה לא ייערכו חקירות נגדיות ראו, למשל, ת"צ (מחוזי חי') 43823-07-12 מזרחי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2013); בש"א (מחוזי ת"א) 25842/06 שפילברג נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2008); ת"צ (מחוזי מ"ר) 30028-04-11 יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח (פורסם בנבו, 21.11.2016).

ההוכחה.¹⁴⁴ נוסף על כך נראה שיש מקרים שבהם הצדדים מגיעים לפשרה לאחר שבית-המשפט מורה על גילוי, וזאת כדי לאפשר לנתבע להימנע מהגילוי האמור. כאשר צדדים מנמעים כיום מהסכמה על ויתור על זכויות דיוניות, לרבות גילוי, ייתכן שהדבר נובע מכך שתחת הדין הנוהג הם מעמידים את עצמם בסיכון שהסכמותיהם הדיוניות לא יכובדו על-ידי בית-המשפט. אכן, בית-המשפט העליון לא כיבד הסכמה דומה שאלה הגיעו הצדדים ברע"א זבולון.¹⁴⁵ באותו עניין הגיעו הצדדים להסכמה דיונית ביחס לכמות המידע שתעמוד לפני בית-המשפט בהליך. בתחילה הגישו התובעים בקשות לגילוי מסמכים ועיון בהם, אך בית-המשפט המחוזי דחה אותן לנוכח התנגדותן של הנתבעות. על החלטה זו של בית-המשפט לא הוגשה בקשת רשות ערעור. לאחר-מכן הגיעו הצדדים להסדר דיוני שבמסגרתו הם ויתרו באופן הדדי על חקירותיהם של המצהירים והגישו סיכומים בבקשת האישור. בהסתמך על הראיות שעמדו לפניו, קיבל בית-המשפט המחוזי את בקשת האישור.¹⁴⁶ בבית-המשפט העליון נקבע כי שאלות עובדתיות חשובות להנחת התשתית הראייתית הנדרשת לתביעה הייצוגית לא התבררו לפני בית-המשפט המחוזי די צורכן. משום כך הוחזר הדין לבית-המשפט המחוזי, תוך קביעה כי יהיה עליו להשלים את התשתית העובדתית לדיון, בין על-דרך חקירת המצהירים ובין על-דרך גילוי מסמכים.¹⁴⁷ לנוכח פסק-דין זה לא יהא זה מפתיע אם צדדים יירתעו מפני ויתור על זכויות דיוניות, שכן הם עלולים רק להפסיד מכך, כפי שקרה ברע"א זבולון. לעומת זאת, על-פי המתווה המוצע, על בית-המשפט לכבד את הסכמתם של הצדדים.

(ג) הגדרת רף ההוכחה באופן שיהיה ניתן לאכיפה

ברמה המעשית יותר, הנוגעת באפשרות לאכוף את ההסכמות בין הצדדים ביחס לרף ההוכחה, במקרים כמו הדוגמה של ספק השירות והמדגם, הצדדים יכולים להגיע להסכמה מדויקת בדבר התוצאה האפשרית של המדגם שתצדיק קבלה של בקשת האישור. מעבר לכך, הסכמות הצדדים בדבר רף ההוכחה שיוטל על התובע יכולות להתבסס על כמה רמות הוכחה אשר צדדים ובתי-משפט מכירים אותן ומודעים להן, גם אם אי-אפשר להגדירן באופן מדויק.¹⁴⁸ רמות ההוכחה הקיימות נעות בין רף ההוכחה הנמוך ביותר, הנדרש כיום כדי שבית-המשפט יימנע מסילוקה של בקשת האישור על הסף,¹⁴⁹ לבין רף ההוכחה הגבוה ביותר המוכר במשפט האזרחי – רף ההוכחה של מאזן ההסתברויות.

144 ראו ת"צ (מחוזי מר") 52979-11-11 בלומברג נ' בזק בינלאומי בע"מ, פס' 26-27 להחלטה (פורסם בנבו, 13.3.2016).

145 רע"א זבולון, לעיל ה"ש 47.

146 כש"א (מחוזי ת"א) 9594/06 חברת ציפוי מתכות עמק זבולון בע"מ נ' מגדל חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2009).

147 רע"א זבולון, לעיל ה"ש 47, פס' 46 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארו.

148 ראו Kapeliuk & Klement, *Contracting Around Twombly*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 22-28.

149 ראו דיון באשר לרמת ההוכחה בסילוק על הסף בתת-פרק 2 לעיל.

בין הרמות הללו ניתן לאתר כמה "עוגנים" אשר נזכרו והוגדרו בהלכה הפסוקה. כך, רמת הוכחה נמוכה מאוד נזכרה בפסיקה שהתייחסה להליך גילוי מסמכים.¹⁵⁰ כאמור לעיל, הפסיקה קבעה כי רמת הוכחה הנדרשת לצורך גילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית מצויה ברף הנמוך – היא גבוהה מהדרישה להוכיח כי אין מדובר בתביעת סרק, אולם נמוכה מרף הוכחה הנדרש לצורך אישור התובענה הייצוגית.¹⁵¹ רמת הוכחה גבוהה יותר נקבעה בפסק־דין עמוסי.¹⁵² כפי שהבהרנו, באותו עניין התייחס בית־המשפט לרמת הוכחה הנדרשת במסגרת בקשת האישור. בית־המשפט קבע כי כדי להצליח בבקשתו, על התובע לעמוד ברף הוכחה נמוך, שלפיו די בכך שבית־המשפט מתרשם, ללא בירור מעמיק, כי קיימת "אפשרות סבירה" להכרעה לטובת הקבוצה. רמת הוכחה גבוהה עוד יותר היא זו שנזכרה בפסק־הדין ברע"א זבולון,¹⁵³ שבו נקבע כי על בית־המשפט "לבחון היטב" אם מתקיימים התנאים לאישור התביעה כייצוגית. בית־המשפט קבע שם כי המחסום בפני התובעים צריך להיות לא גבוה מדי, אולם גם לא כזה שיעמיד נטל "קל כנוצה". הנטל צריך להיות אם כן משמעותי אך לא "כבד מנשוא". ה"עוגנים" הללו אינם מכוננים לרמות הוכחה מדויקות, אולם הם מספקים "תמרורי דרך" ביחס ל"סולם" של רמות הוכחה השונות, שמשמעותם ברורה יותר לצדדים ולבתי־המשפט. מרגע שהצדדים הסכימו על שילוב מסוים, בית־המשפט אוכפו. לפיכך האפשרות להתניה על־ידי הצדדים אינה מגדילה את חוסר הוודאות הקיים ביחס לכלל הנוהג; להפך, היא מפחיתה אותו בהשוואה לדין הנוהג כיום, אשר טרם הכריע בין רמות הוכחה השונות. מעבר לכך, ככל שהדבר ניתן ליישום, הצדדים יוכלו להסכים גם על רמות־ביניים בין רמות הוכחה הללו, ולהתאימן לכמויות גילוי משתנות.¹⁵⁴

4. הסכמות דיוניות נוספות שיש לאפשר לנתבע ולתובע

הבחירה שניתנת לצדדים במסגרת המתווה המוצע היא בין רמות שונות של גילוי ורף הוכחה. אולם ניתן להרחיב את מסגרת ההסכמות האפשריות גם לנושאים אחרים הנוגעים בהוכחת סיכויי התביעה. יש להדגיש כי מתן האפשרות לצדדים לערוך בחירות מוסכמות אלה אינו מותנה באימוצו של המתווה המוצע, והוא אפשרי גם תחת הדין הנוהג כיום.

150 ראו עניין עזר, לעיל ה"ש 109, פס' 5 להחלטה (התשתית הראייתית הראשונית הנדרשת לצורך גילוי מסמכים קטנה מן התשתית הראייתית הנדרשת לצורך אישור הבקשה עצמה).

151 ראו שם, פס' 13 להחלטה.

152 ראו פרשת עמוסי, לעיל ה"ש 43, פס' 12-15 לפסק־דינו של המשנה לנשיא (כדימ') ריבלין.

153 ראו רע"א זבולון, לעיל ה"ש 47, פס' 41 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארוז.

154 לכאורה עלולה להיווצר בעיה אם תתעורר מחלוקת בנוגע לפער אפשרי בין הגילוי שניתן על־ידי הנתבע לבין הגילוי שהוסכם על־ידי הצדדים. אולם החשש ממחלוקות כאלה אינו עתיד להיות משמעותי, משום שההסכמה תבסס על דרישת הגילוי של התובע, ותפרט לאילו חלקים של דרישת הגילוי היא מתייחסת.

(א) העברת עלויות הגילוי לתובע

הסכמה אחת שהצדדים יכולים להגיע אליה היא שהתובע יישא בעלויות הגילוי של הנתבע, וזאת כתחליף להגשת בקשת הגילוי להכרעתו של בית-המשפט. הסכמה כזו מפרידה גם היא בין נתבעים חייבים לנתבעים לא-חייבים. בעוד העלות לנתבעים לא-חייבים מתבטאת בעיקר בעלויות הגילוי הישירות והעקיפות, העלות לנתבעים חייבים גבוהה יותר, משום שהגילוי עלול להעלות באופן ניכר את הסיכוי שהתביעה הייצוגית נגדם תאושר. לכן, ככל שהצדדים מסכימים על כך, על בית-המשפט לאכוף את הסכמתם.

עם זאת, יש שני קשיים שעלולים להביא לידי כך שנתבע לא-חייב ותובע לא יגיעו להסכמה כזו. קושי אחד נובע מבעיות נזילות של התובע, ומהאיסור החל כיום על עורך-דינו לממן את הוצאות הגילוי של הנתבע.¹⁵⁵ הקושי האחר הוא שהגילוי (ללא שינוי ברף ההוכחה) עלול להביא לידי כך שסיכוייו של הנתבע הלא-חייב לעבור לשלב השני יעלו. ככל שהנתבע יבחר לא להסתלק מהתביעה לאחר הגילוי, בעיקר אם הצדדים חלוקים באשר לשאלות משפטיות שבית-המשפט נדרש להכריע בהן, הסכמתו של הנתבע לגילוי מציבה אותו במצב גרוע יותר בהשוואה למצב שבו היה אלמלא הגילוי. מאחר שהנתבע הלא-חייב חווה זאת מראש, הוא ידרוש תשלום גבוה יותר מאשר עלויות הגילוי. יתרה מזו, ככל שאכן מדובר בנתבע לא-חייב, התובע יעדיף שסיכוייו לעבור לשלב הבא דווקא יפחתו, ולכן בוודאי לא ירצה לפצות את הנתבע הלא-חייב בגין סיכוייו המוגברים לעבור לשלב הבא. אומנם, הצדדים יכולים לקבוע מראש שאם הגילוי לא יעלה מסמכים שמצביעים על חבותו של הנתבע, התובע יסתלק מהתביעה. אולם הסכמות כאלה אינן פשוטות להגדרה ולהסכמה מראש.

(ב) המרת גילוי מסמכים בהעברה של נטל הראיה לנתבע

הסכמה נוספת שניתן לאפשר לצדדים היא המרת גילוי המסמכים בהעברת נטל הבאת הראיות לנתבע.¹⁵⁶ שימוש במכשיר זה מאפשר לנתבע לבחור את ראיותיו, להבדיל מהליך גילוי שבו הוא נדרש לחשוף את המסמכים שהתובע מבקש לעיין בהם. בדרך זו ניתן לצמצם את העלויות הישירות והעקיפות של הגילוי, וכתוצאה מכך לצמצם את ההשפעה המצננת שיש להליך הגילוי על פעילותו הרצויה של הנתבע. המשמעות של העברת נטל הראיה לנתבע היא שאם הנתבע לא יעמוד בנטל זה, ולא יציג מסמכים וראיות התומכים בטענותיו, יסיק בית-המשפט מסקנות לרעתו ויפסוק לטובת התובע. יש להעיר כי במקרים רבים ההבדל המעשי בין הטלת חובת גילוי על הנתבע לבין העברת נטל הראיה אליו לא יהיה גדול.

155 ס' 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

156 יש להדגיש את ההבחנה בין נטל הבאת הראיות לבין נטל השכנוע. נטל השכנוע מטיל על בעל-הדין את החובה להוכיח את טענותיו, ואילו נטל הראיה מטיל על בעל-הדין את החובה להביא ראיות בהתאם לסטנדרט הראייתי הנדרש. לדיון מקיף בהבחנה בין נטל הראיה לבין נטל השכנוע ראו אליהו הרנון דיני הראיות חלק ראשון 189-193 (1970); יעקב קרמי על הראיות חלק שלישי 1505 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003). ההצעה היא לאפשר לנתבע ליטול על עצמו את נטל הבאת הראיות, אולם להותיר את נטל השכנוע על התובע.

בהקשר זה העיר בית־המשפט העליון בעניין צמח כי לעיתים, בשל פערי מידע ונחיתות מובנית של התובע הייצוגי, קשה לסתור את טענת הנתבע כי המקרה שהתובע מתייחס אליו בבקשתו הוא תולדה של טעות נקודתית שהתרחשה בעניינו של התובע בלבד, ואשר לא חלה בעניינם של צרכנים אחרים.¹⁵⁷ בית־המשפט העיר כי אין בגילוי מסמכים, שהוא מוגבל בשלב הזה, כדי לפתור את הקושי המתואר, ולפיכך פתרון אפשרי הוא להעביר את נטל הראייה לנתבע, בעוד שנטל השכנוע ייוותר על כתפי התובע.¹⁵⁸

עם זאת, בתי־המשפט נזהרים בהעברת נטל הראייה לנתבע. כך, נקבע כי העברת נטל הראייה במקרים של העלאת טענה של "טעות נקודתית" אינה יכולה לפטור את התובעים מלהוכיח, לפחות לכאורה, כי עומדת להם עילת תביעה וכי נגרם להם נזק. אי־אפשר לחמוק מהנטל באמצעות שימוש בטענת "הדבר מדבר בעדו".¹⁵⁹ עוד נאמר בפסיקה כי אין לראות את הדברים שנאמרו בעניין צמח כהלכה שלפיה מרגע שהוצג מקרה יחיד שלא ניתן לו הסבר מספק, הוא נהפך לחזות הכל ומקים חזקה נגד הנתבע כי מדובר בכשל מערכתי.¹⁶⁰ המקרה היחיד ממש אינדיקציה ראשונית לכלל זה, ובעקבות הצגתו מוטל הנטל על הנתבע להביא ראיות המלמדות מהו אופן התנהלותו הרגיל. משהביא הנתבע ראיות כאלה, נטל השכנוע כי קיימת אפשרות סבירה שיוכח כשל מערכתי בהתנהלות הנתבע נותר על התובע, והמקרה היחיד אינו מהווה ברגיל ראייה מספקת לעניין זה.¹⁶¹ באותו עניין פירט בית־המשפט המחוזי אינדיקציות שמאפשרות לתובע לעמוד בנטל בשלב בקשת האישור.¹⁶²

כפי שצוין לעיל, בפסק־הדין בעניין נטוויז'ן התייחס בית־המשפט העליון לאפשרות של העברת נטל הראייה מהתובע לנתבע בשלב האישור, וראה קושי לעשות זאת כאשר מדובר בהוכחת קיומה של קבוצה והתאמתה להליך ייצוגי. בית־המשפט ציין כי האפשרות

157 ראו ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל (פורסם בנבו, 17.8.2014). ראו גם את עמדתה של השופטת ברק־ארז באוביטר בעניין לפינר, לעיל ה"ש 43, המתייחסת לאפשרות של העברת נטל ההוכחה לנתבע כאשר הלה "הציף" את לקוחותיו – חברי הקבוצה התובעת – במידע שהיה קשה לבור מתוכו את החלקים הרלוונטיים להחלטה אם לרכוש את השירות או המוצר.

158 ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 4, בעמ' 144–145; עניין צמח, לעיל ה"ש 157; ת"צ (מחוזי ת"א) 13–01–1651 דמיטרי נ' סלקום ישראל בע"מ, פס"כ 16–17 להחלטה (פורסם בנבו, 5.10.2016); ת"צ (מחוזי ת"א) 12–06–10172 ציטרין נ' קווי חופשה בע"מ, פס"כ 6 להחלטה (פורסם בנבו, 4.2.2016); ת"צ (מחוזי ת"א) 13–07–17879 סוירי נ' צפרה בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017) (בעניין זה לא התקבלה הטענה בדבר טעות נקודתית, וזאת משום שבית־המשפט העריך כי "הסיכוי הסטטיסטי לשגיאת 'טעות אנוש' באופן שימצא בשר חזיר דווקא באותן שתי מנות אקראיות שנרכשו על ידי המשיבה [צ"ל המבקשת] או מי מטעמה הינו נמוך ביותר עד אפס" (שם, פס"כ 34 להחלטה). בדיקת מעבדה הוכיחה כי מדובר בבשר חזיר, ובכך, לדברי בית־המשפט, עמדה המבקשת בנטל השכנוע).

159 ראו ת"צ (מחוזי חי') 13–09–24398 ח'ריש נ' תנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 13.11.2014).

160 ראו עניין גינר, לעיל ה"ש 46, פס"כ 29 לפסק־הדין.

161 שם.

162 שם, פס"כ 31 לפסק־הדין.

של הפיכת הנטל מתאימה יותר לבחינת סיכויי התובענה, ופחות לבחינתם של התנאים האחרים לאישורה של התובענה הייצוגית. שאלת קיומם של התנאים הללו, כך נקבע שם, מתבררת עד תום בשלב הראשון של הדיון, בניגוד לשאלת סיכויי התביעה, אשר נבחנת בשלב הראשון אך עתידה להתברר לעומקה גם בשלב השני.¹⁶³

אנו סבורים כי גם הברר של שאלת עצם קיומה של הקבוצה, ככל שהוא נוגע בקביעה הלכאורית בדבר קיומה של הפרה שיטתית, צריך להיעשות בהתאם לשיקולים שפירטנו לעיל, ובכלל זה האפשרות להעביר את נטל הראיה במקרים המתאימים לנתבע. באופן כללי יותר, ככל שעל בית-המשפט להכריע בשאלות שנגזרות מעילת התביעה (בין ששאלות אלה מתייחסות לסיכויים לכאורה שהתביעה תתקבל ובין שהן נוגעות בקיומה של קבוצה או בכך שהתובענה הייצוגית היא דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת), עליו לשקול שיקולים זהים לאלה שתיארנו. אומנם, לכאורה שאלת קיומה של קבוצה היא שאלה שבית-המשפט נדרש להכריע בה באופן סופי כבר בשלב הראשון, בעוד שאלת סיכויי התביעה היא שאלה שבית-המשפט אמור לחזור ולהידרש אליה גם בשלב השני. אולם למעשה, כל הכרעה בשלב האישור אשר נגזרת מברר עילת התביעה אינה הכרעה סופית, ובית-המשפט ידרש אליה באופן מלא בדיון בתביעה לגופה, אם תאושר כיייצוגית.

בחירה מוסכמת של הצדדים בין גילוי לבין העברת נטל הראיה מיתרת את בדיקתו של בית-המשפט אם ראוי להעביר את נטל הראיה לנתבע, וממילא גם את ההבחנה בין תנאי האישור שמצדיקה את העברת הנטל.¹⁶⁴

יש להדגיש כי בחירה בהעברת נטל הראיה אינה פוגעת במטרת ההרתעה, משום שהנתבע צריך להציג ראיות שישכנעו את בית-המשפט כי התובע לא הצליח לעמוד ברף ההוכחה המוטל עליו. ככל שהנתבע הציג ראיות כאלה, ואם הצדדים הסכימו לאפשרות זו במקום גילוי, בוודאי היה זה משום שבכך הפחית הנתבע את עלויותיו, אולם המידע שהוצג אפשר לבית-המשפט להכריע בבקשת האישור. כתוצאה מכך תוקטן ההשפעה המצננת של ההליך המשפטי על פעילותו הרצויה של הנתבע מבלי לפגוע בהרתעה.¹⁶⁵

(ג) דיון בנזק לקבוצה כבר בשלב האישור

ככל שהצדדים מעוניינים בכך, יש לאפשר להם לדון בגובה הנזק כבר בשלב האישור. אומנם, סעיף 4(ב) לחוק קובע כי בשלב האישור יש לדון רק בנזק של התובע המייצג (ואף זאת, רק כאשר הנזק הוא אחד מיסודות העילה), אולם אין מניעה שהצדדים יסכימו להקדים

163 עניין נטוויז'ן, לעיל ה"ש 5, פס' 41 לפסק-הדין.

164 יש לציין כי תחת הדין הנוהג כיום ייתכן שהתובע לא יסכים להמיר את הגילוי בהעברת נטל הראיה, וזאת משום שהוא מעוניין להטיל על הנתבע הלא-חייב את עלויות הגילוי כדי לסחוט ממנו פשרה. הצדדים עשויים להגיע להסכמה כזו לפני ההכרעה בבקשת הגילוי, כאשר כל אחד מהם חשוף לסיכון שהוא יפסיד בבקשה זו.

165 ייתכנו מצבים שבהם הנתבע יבקש להימנע מגילוי, ויעדיף אפשרות של העברת הנטל, משום שהוא חושש שבמסמכים שהגילוי שלהם מתבקש מצוי מידע על-אודות הפרות נוספות שלו, שהוא מבקש לא לחושפן במסגרת הליך הנוגע בנושאים אחרים. אינטרס זה של הנתבע אינו בעייתי מנקודת-מבט של הליך שבו הצדדים מסכימים על העברת הנטל.

את בירור הנזק לקבוצה – אף אם בירור זה נעשה באופן לכאורי בלבד – לשלב האישור. הסכמה כזו תאפשר לנתבע שחבותו הכוללת נמוכה (בין משום שמספר חברי הקבוצה קטן ובין משום שנזקיהם נמוכים) להוכיח זאת בשלב מוקדם, ולמנוע התדיינות ארוכה ומיותרת. בדומה לניתוח ביחס להסכמות האפשריות לגבי גילוי תחת המתווה המוצע, גם כאן הצעה לדון בנזק בשלב הגילוי תוצע על-ידי נתבע שסבור כי הפיצוי שבו הוא יחויב – ככל שהוא יימצא חייב – הוא נמוך.

גם האינטרס של התובע בהקדמת הדיון בגובה הנזק דומה. ככל שהנזק נמוך יותר, התועלת לתובע מניהול התובענה הייצוגית פוחתת. ברוב המקרים לנתבע יש מידע עדיף לגבי גובה הנזק הכולל לחברי הקבוצה. לכן הוכחת הנזק בשלב מוקדם מאפשרת לתובע הפרדה – דומה לזו שדנו בה לעיל – בין נתבעים שחבותם הכוללת (בהנחה שיימצאו חייבים) גבוהה לבין נתבעים שחבותם נמוכה.

עם זאת, התובע עשוי לדרוש, כתנאי להקדמת הוכחת הנזק שנגרם לקבוצה לשלב האישור, שהנתבע יוותר על טענותיו לעניין החבות בשלב זה. ככל שהנתבע יתעקש לכפור בחבותו ויבקש לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית גם על בסיס זה, התובע עלול לא להסכים לכך. זאת, משום שללא ויתור של הנתבע על בחינת אחריותו בשלב האישור, יידרש התובע להשקיע בהוכחת הנזק בשעה שהתועלת מהשקעתו מופחתת בשל הסיכוי שהתביעה לא תאושר.¹⁶⁶

הדוגמאות הללו מצביעות על האפשרויות הטמונות במתן בחירה לצדדים להסכים על שינוי הכללים הדייוניים החלים בשלב האישור. מאחר שהתובע לא יסכים להתנות באופן שישפר את מצבו של הנתבע החייב, הסכמות אלה יובילו בדרך-כלל לשיפור ההרתעה ולהפחתת ההשפעה המצננת של ההליך המשפטי.¹⁶⁷

עם זאת, יש להדגיש כי בית-המשפט חייב לוודא שההסכמה הדייונית אינה נובעת מבעיית הנציג של התובע, ואינה מסכנת את עניינם של חברי הקבוצה. הדוגמה המובהקת ביותר לתנאים אשר אסור לאפשר לצדדים להתנות עליהם הם התנאים שנקבעו בתיקון מס' 10

166 ראו דיון בתמריציו של התובע בהגשת התביעה בחלק א(ב) לעיל.

167 להרחבה בנושא הסכמות דייוניות, לפני פרוץ הסכסוך ולאחריו, ראו אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דייוניים" עיוני משפט לג 187 (2010); Michael L. Moffitt, *Customized Litigation*; 75 GEO. WASH. L. REV. 461 (2007); Robert G. Bone, *Party Rulemaking: Making Procedural Rules Through Party Choice*, 90 TEX. L. REV. 1329 (2012); Kevin E. Davis & Helen Herschkoff, *Contracting for Procedure*, 53 WM. & MARY L. REV. 507 (2011); Daphna Kapeliuk & Alon Klement, *Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures*, 91 TEX. L. REV. 1475 (2013); Colter L. Paulson, *Evaluating Contracts for Customized Litigation by the Norms Underlying Civil Procedure*, 45 ARIZ. ST. L.J. 471 (2013); J.J. Prescott & Kathryn E. Spier, *A Comprehensive Theory of Civil Settlement*, 91 N.Y.U. L. REV. 59 (2016); Robert E. Scott & George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, 115 YALE L.J. 814, 856–78 (2006).

לחוק בנוגע לאישור הסדרי פשרה והסתלקות. תנאים אלה מיועדים להתמודד עם בעיית הנציג ובעיית תביעות-הסרק הנובעות מהסדרי הפשרה וההסתלקות, ומוכן שהצדדים ירצו במקרים רבים לבטלם.¹⁶⁸ ביטול כזה אינו ראוי, ואין לקבלו.

סיכום

מאמר זה מנתח את המצב החוקי הקיים כיום בישראל בנוגע לתביעות ייצוגיות, שבו קיימת חלוקה של הדיון בתביעות אלה לשני חלקים – שלב אישור התובענה כייצוגית ושלב הדיון בתביעה לגופה. סיכויי התביעה נבדקים תחילה במסגרת השלב הראשון, ופעם נוספת – בהליך יסודי ומקיף יותר ותחת נטל הוכחה גבוה יותר – במסגרת השלב השני. המאמר מסביר כיצד בית-המשפט צריך לבחון את סיכויי התביעה בשלב האישור, ובפרט כמה משאבים עליו להשקיע בבדיקה זו, מה רמת הגילוי וההוכחה שהוא צריך להתיר, ומה רף ההוכחה שעליו לדרוש מן התובע. המאמר משרטט קווים מנחים לבתי-המשפט כבואם לקבוע את מסגרת הדיון בהליך האישור ולהכריע בבקשות סילוק על הסף ובבקשות גילוי במסגרת הליך זה. לבסוף, המאמר מציע מתווה אישור חלופי, המבוסס על בררת-מחדל המשלבת רף הוכחה נמוך לאישור עם שלילת האפשרות לגילוי, ועל מתן אפשרות לצדדים להתנות על בררת-מחדל זו ולהסכים על רף הוכחה גבוה יותר עם גילוי. מתווה זה יוביל למקסום תועלת ההרתעתית של התובענה הייצוגית, תוך מזעור השפעותיה המצננות על פעילות רצויה.

גם לאחר הדיון במאמר זה נותרת בעינה השאלה אם רצוי לבחון את סיכויי התביעה בשלב האישור, כתנאי נפרד העומד בפני עצמו. המתווה המוצע על-ידינו מפחית במידה רבה את משקלה של בחינה זו (שכן הוא מציע בררת-מחדל שבה רף ההוכחה נמוך ואין גילוי), אולם הוא אינו מבטלה. ייתכן שהתוצאה, גם בהתאם למתווה המוצע, טובה פחות מחלופה שבה בחינת סיכויי התביעה אינה תנאי לאישור. כדי לבדוק זאת יש להשוות את התועלות החברתיות הכוללות, בהתחשב בשיקולים של הרתעה וצינון פעילות רצויה, עם התנאי האמור ובלעדיו. בחינה כזו אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן היא מחייבת בדיקה של התנהגותם של נתבעים פוטנציאליים מראש, לפני הגשת התביעה, כתלות בתנאי האישור. בדיקה כזו היא כמעט בלתי-אפשרית.¹⁶⁹ מטרתנו במאמר הייתה להציג את האופן שבו יש לבחון את יעילותו של התנאי, ולהציע דרכים למקסום התועלת המושגת ממנו. את הבחינה האמפירית של טענותינו אנו מותירים למחקר עתידי.

168 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 7.

169 ראו Alon Klement & Keren Weinshall-Margel, *Cost-Benefit Analysis of Class Actions: An Israeli Perspective*, 172 J. INST. & THEORETICAL ECON. 75 (2016).

