

## מעקב פסיקה

[דנ"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ \(נבו\) 4.7.2021](#) :

בית המשפט העליון, מפי המשנה לנשיאה (בדימי) השופט חנן מלצר (בהסכמת השופטים ניל הנדל, עוזי פוגלמן ודפנה ברק-ארז ובניגוד לדעתם החולקת של השופטים נועם סולברג, דוד מינץ ויעל וילנר), ביטל בדיון נוסף את ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין זליגמן, אשר ניתן על-ידי השופטים אורי שוהם, דוד מינץ ויעל וילנר.<sup>1</sup> בפסק הדין נושא הדיון הנוסף קבע ביהמ"ש כי מקום בו התבקשה והתקבלה עמדתו של המאסדר בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש ליתן להנחיותיו, יש להעניק מעמד בכורה לפרשנות זו, ובלבד שמדובר בפרשנות סבירה אשר מתיישבת עם לשון ההנחיות.<sup>2</sup> בנוסף, נידונה בעניין זה הגנת "זוטי דברים", תוך ציון כי ניתן להחילה בהליכים ייצוגיים.<sup>3</sup> בנסיבות העניין הגיע ביהמ"ש למסקנה כי רוב חברי הקבוצה לא היו טורחים להגיש בקשה לאישור נגד חברת הפניקס בגין העילה הרלוונטית, שכן מדובר בנזק של 4 אגורות לחודש עבור כל מבוטח.<sup>4</sup> באמרת אגב, נקבע כי מדובר ב"זוטי דברים", כך שבצדק דחה ביהמ"ש המחוזי את הבקשה ביחס לעילה זו.<sup>5</sup> עוד צוין כי יתכן והכלי היעיל לשם מניעת התעשרות שלא כדין בנסיבות אלו הוא פנייה למאסדר, וזאת בשונה מניהול הליכים ייצוגיים שעלותם גבוהה מהנזק שנגרם, ותכליתם העיקרית היא פגיעה בנתבעים.<sup>6</sup>

על פסק הדין בעניין זליגמן הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף, לה נעתר המשנה לנשיאה השופט מלצר.<sup>7</sup> בפסק הדין בדיון הנוסף נידונו שתי שאלות מרכזיות: האחת בדבר המעמד שיש להעניק לעמדה הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו, והשנייה – בה יתמקד מעקב פסיקה זה – ביחס לתחולתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות. באשר לשאלה הראשונה, קבע ביהמ"ש העליון כי אין מקום לאמץ כלל המעניק מעמד בכורה לעמדה הפרשנית של הגורם המאסדר ביחס להנחיותיו.<sup>8</sup> באשר לשאלה השנייה, קבע ביהמ"ש כי הגנת "זוטי דברים" אינה חלה בתובענות ייצוגיות, וזאת נוכח סתירה אפשרית בין הגנה זו לבין התכליות המרכזיות של התובענה הייצוגית.<sup>9</sup> יחד עם זאת, נקבע כי יש מקום להתחשב בחלק מהשיקולים העומדים בבסיס הגנה זו במסגרת המנגנון הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

<sup>1</sup> רע"א 9778/16 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' שולמית זליגמן (נבו) 31.5.2018 (להלן: "עניין זליגמן"). בפסק הדין נידונו ערעור ובקשת רשות ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי, שבגדרה אושרה בקשה לניהול תובענה ייצוגית נגד מספר חברות ביטוח בטענה לגביית סכומים מסוימים שלא כדין. המשיבות טענו כי הגביה נעשתה בהתאם לחוזרי המפקח על הביטוח, וכי ממילא מדובר ב"זוטי דברים". במסגרת ההליך הוגשה עמדת המפקח, שתאמה ברובה את עמדת המשיבות. ביהמ"ש המחוזי קבע כי עמדתו איננה חד-משמעית, וכי על אף שיש לתת למשקל לעמדתו ביחס לפרשנות החוזרים, בסופו של דבר ביהמ"ש הוא הגורם האמון על פרשנותם. בקשת האישור התקבלה ביחס למרבית העילות, ונדחתה ביחס לעילה ספציפית שהופנתה נגד החברות מנורה והפניקס. בין היתר, נקבע כי בכל הנוגע לחברת הפניקס מדובר בנזקים "זעירים, אם בכלל". ראו ת"א 1018/08 (מחוזי ת"א) שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, עמ' 7-11 (נבו) 19.7.2016.

<sup>2</sup> להרחבה ראו עניין זליגמן, בפס' 40 לפסק הדין של השופטת וילנר. הדיון בקביעה זו חורג מגדרו של מעקב זה, אך ניתן לציין כי זו הובילה לדיון אקדמי נרחב ביחס להיקף הביקורת השיפוטית על קביעות פרשניות של הרשות מנהלית. ראו למשל יואב דותן "שברון בישראל: סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד (2020); מתן גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי" ICON-S-IL Blog (12.6.2018).

<sup>3</sup> עניין זליגמן, בפס' 49 לפסק הדין של השופטת וילנר.  
<sup>4</sup> שם, בפס' 50 לפסק הדין של השופטת וילנר.

<sup>5</sup> שם, בפס' 52 לפסק הדין של השופטת וילנר. כפי שהבהיר המשנה לנשיאה (בדימי) מלצר בדיון הנוסף, קביעה זו של השופטת וילנר ביחס להגנת "זוטי דברים" היא בבחינת אמרת אגב, שכן הנימוק הפורמלי שעמד בבסיס דחיית הערעור ביחס לעילה זו הוא הקביעה לפיה העילה נגד חברת הפניקס לא הוכחה כראוי. ראו הדיון הנוסף, להלן ה"ש 8, בפס' 140 לפסק דינו.

<sup>6</sup> עניין זליגמן, בפס' 51 לפסק הדין של השופטת וילנר.  
<sup>7</sup> דנ"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) 2.7.2019. בהחלטה זו הורה המשנה לנשיאה מלצר על קיום דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים.

<sup>8</sup> דנ"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) 4.7.2021 (להלן: "הדיון הנוסף"). להרחבה ביחס לקביעה זו ראו שם, בפס' 78-101 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימי) מלצר ופס' 6-23 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.  
<sup>9</sup> שם, בפס' 155 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) מלצר.

הגנת "זוטי דברים" (De Minimis), הקבועה בפקודת הנזיקין, קובעת כי לא יראו בעוולה מעשה ש"אילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך".<sup>10</sup> התכלית העומדת בבסיס הדוקטרינה היא מניעת התדיינות על פגיעות ונושאים שוליים, אשר עלולים להכביד על בתי המשפט שלא לצורך.<sup>11</sup> כפי שעולה מפסק הדין בדיון הנוסף, החלת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות מעוררת על פני הדברים קושי מסוים. מחד, עומד כאמור העיקרון בבסיס דוקטרינת "זוטי דברים", לפיו יש להימנע מעיסוק בפגיעות זניחות; מנגד, עומד מוסד התובענה הייצוגית, שמאפשר לקבץ תביעות רבות, גם אם כל אחת מהן קלת ערך לתובע הבודד, וזאת על מנת לקדם תכליות של מתן סעד, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.<sup>12</sup> אם כך, נשאלת השאלה האם השימוש בתובענה הייצוגית מאפשר לסטות מעקרון זה בשם מכפלת הנזקים, אף על פי שכל אחד מהם עשוי להוות "זוטי דברים" בפני עצמו.

בעניין **ברזני** עמד ביהמ"ש העליון על כך שהתובענה הייצוגית היא כלי דיוני, ומשכך אין בכוחה לגרוע מכללים מהותיים בדיני הנזיקין.<sup>13</sup> עם זאת, בדעת המיעוט עמד השופט מצא על התכליות הייחודיות העומדות בבסיס התובענה הייצוגית הצרכנית, וקבע כי יש מקום לערוך התאמות בדוקטרינות מסוימות בדיני הנזיקין הכלליים בעת החלתן בהקשרים אלו. במסגרת זו ציין כי החלת דוקטרינת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות תאיין את תפקידו העיקרי של הכלי, משום שתוביל לכך שלרבים מהתובעים הפוטנציאליים לא תקום כלל עילה אישית, ומפני שעיקר חשיבותה של התובענה הייצוגית טמון דווקא במקרים בהם כל אחת מהתביעות האישיות היא בגדר "זוטי דברים".<sup>14</sup>

ביהמ"ש העליון נדרש לסוגיית תחולתה של הגנה זו בעניין **תנובה השני**, שם טענה הנתבעת כי הפגיעה הנטענת באוטונומיה של הצרכנים היא בבחינת "זוטי דברים". ברוח דבריו של השופט מצא בעניין **ברזני**, קבע ביהמ"ש העליון כי הכלל בדבר "זוטי דברים" לא חל כפשוטו על יסוד הנזק בתובענה ייצוגית, וזאת משום שאחד ממאפייניה המרכזיים הוא הצטברות של נזקים קטנים, שכל אחד מהם לבדו לא היה מניע הליך משפטי פרטני. לפיכך, נקבע כי יש לבחון את הפגיעה מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, כשהשאלה מהי פגיעה מזערית שאינה מצדיקה פיצוי תיבחן בהתאם לנסיבות המקרה.<sup>15</sup> בתוך כך, נקבע כי עצם העובדה שקבוצת תובעים גדולה טוענת לצבר של נזקים קטנים לא שוללת בהכרח את האפשרות כי מדובר ב"זוטי דברים". ואולם, בנסיבות העניין נדחתה הטענה לגופה לנוכח גודלה של הקבוצה וחומרת הנזק הנתענן.<sup>16</sup> היבטים אלו הודגשו בשני מקרים נוספים שנידונו בפני ביהמ"ש העליון בהקשר דומה. בעניין **HP סבר** ביהמ"ש כי עצם העובדה שהתביעה עוסקת בהפרת חובת סימון גורפת ורחבת היקף, אשר הסבה נזק לא-ממוני לקבוצה גדולה של צרכנים, מובילה למסקנה שאין לראות בה "זוטי דברים".<sup>17</sup> בעניין **חוגלה**, בו נידונה טענה לגרימת נזק לא-ממוני בדמות עוגמת נפש וחוסר נוחות לאור פגמים שהתגלו בחיתולים, קיבל ביהמ"ש

<sup>10</sup> ס' 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

<sup>11</sup> עמוס הרמן דיני נזיקין 316-317 (2020).

<sup>12</sup> אלעד אופיר תובענות ייצוגיות בישראל 132-133 (2017).

<sup>13</sup> דני"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6), 385, פס' 22 לפסק הדין של השופט חשין (להלן: "**ברזני**"). באותו עניין נידונה תובענה ייצוגית שהוגשה מכוח חוק הגנת הצרכן, בטענה כי בזק הציגה פרסומת מטעה. בדיון הנוסף נקבע כי לצורך סעד של פיצוי, על המבקש להוכיח שהתקיימו כלל יסודות העוולה, לרבות נזק, הסתמכות וקשר סיבתי.

<sup>14</sup> שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מצא.

<sup>15</sup> ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, פס' 32 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו) 4.12.2011 (להלן: "**תנובה השני**"). באותו עניין נידונו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שאישר ניהול תובענה ייצוגית נגד חברת תנובה, בטענה כי הוסיפה סיליקון לחלב עמיד מבלי לציין זאת על גבי המוצר.

<sup>16</sup> שם.

<sup>17</sup> רע"א 5119/17 **Hewlett Packard Company נ' עזרא**, פס' 10 (נבו) 25.12.2017. באותו עניין נידונה בקשת רשות ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי, שבגדרה התקבלה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד יצרנית מחסניות הדי HP והיבואניות שלהן לישראל, בטענה כי החברות שיוקו מחסניות דיו ללא סימון וללא צירוף הוראות אזהרה בעברית על גבי האריזה.

את קביעת הערכאה הדיונית לפיה היקף הצרכנים, טיב הפגם, כמות הפניות לחברה והנזק הנטען מצביעים יחד על כך שלא מדובר ב"זוטי דברים", תוך שהודגש כי הפגם הנטען יורד לשורש הפונקציה שהמוצר נועד למלא. עוד צוין, מבלי לקבוע מסמרות בעניין, כי גם תחת ההנחה כי הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה איננו רב, המוקד בתובענה הייצוגית הוא הנזק המצרפי שנגרם לקבוצה.<sup>18</sup> לעומת זאת, בעניין **סלומון**, בו נידונה טענה בדבר פגיעה באוטונומיה על רקע הימצאותו של יסוד מתכתי רעיל בכמות אסורה במוצר מזון, נקבע כי לנוכח העובדה שמדובר בפגיעה בעוצמה נמוכה ("אם בכלל"), ובנזק לא-ממוני קשה לכימות, הפגיעה עשויה להיחשב ל"זוטי דברים", ומכאן שאינה מצדיקה פיצוי, אף לא בהקשר ייצוגי.<sup>19</sup>

גישה מעט שונה ניתן לזהות בפסק הדין בעניין **חרסט**. באותו עניין עמד ביהמ"ש המחוזי על כך שהסתירה בין דוקטרינת "זוטי דברים" לבין התובענה הייצוגית היא לכאורית בלבד. לגישתו, בתובענה ייצוגית צרכנית יש לעיתים קרובות תועלת חברתית בבירור המשפטי, ועל כן היא אינה עומדת בשני התנאים המצטברים של הדוקטרינה – הפרה קלת ערך מנקודת מבט חברתית, וכזו שאדם סביר לא היה מתלונן עליה. כך לדוגמה, במקרה בו בנק מסוים גובה מלקוחותיו באופן שיטתי אגורה אחת שלא כדין הגבייה אינה מהווה "זוטי דברים", הן משום שמדובר במעשה בעל משקל מבחינה חברתית, והן משום שאדם סביר היה רואה בכך עילה לתלונה, גם אם היה נמנע מהגשתה משיקולים פרקטיים, כמו העלות הכרוכה בכך.<sup>20</sup>

ומנגד, ישנם קולות המתנגדים לגישה לפיה סכום התביעה הפרטני אינו רלוונטי כלל. לגישת פלינט וויניצקי, גם במקרה בו מדובר בקבוצה רחבה למדי, נזק של אגורה אחת הוא נזק שאדם סביר לא היה מתלונן עליו, ומכאן שמדובר ב"זוטי דברים". בפרט, נטען כי במקרים בהם עלויות הדיון גבוהות באופן משמעותי מסכום הפיצוי אשר עשוי להתקבל בסופו, ספק אם התובענה הייצוגית עונה על דרישת ה"הוגנות" הקבועה בחוק. על כן, נטען כי הפתרון היעיל וההוגן בחלק מן המקרים הללו הוא פניה למאסדר.<sup>21</sup>

כפי שעולה מסקירה זו, כלל המקרים בהם נדרש ביהמ"ש העליון לדיון בדוקטרינה זו עובר למתן פסק הדין בעניין **זליגמן** עסקו בנזק שאינו ממוני, ועוררו לעיתים שאלות שקשורות בעצם קיומו של הנזק. בכך נבדלים הליכים אלו מעניין **זליגמן**, שעניינו גביית יתר הניתנת לכימות באופן אובייקטיבי.<sup>22</sup> על רקע הבחנה זו, ולנוכח פסיקה סותרת בערכאות השונות, הגיע ביהמ"ש למסקנה כי לא נקבעה הלכה חד-משמעית בסוגיה, ודן בהתאמת הדוקטרינה להליך הייצוגי באופן כללי.<sup>23</sup> במסגרת זו עמד ביהמ"ש על כך שהחלת ההגנה בדבר "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות יוצאת מתוך נקודת הנחה לא מדויקת, לפיה יש לבחון אך ורק את עלות ניהול התובענה אל מול הנזק המצטבר שנגרם, מבלי לקחת בחשבון את הנזקים החברתיים שנגרמים כתוצאה מן ההפרות או את התועלת החברתית הגלומה בשימוש במנגנון, שמתבטאת בין השאר בקידום

<sup>18</sup> רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי, פס' 16 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 6.7.2015). באותו עניין נידונה בקשת רשות הערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי לאשר ניהול תובענה ייצוגית נגד החברה, שהוגשה בטענה כי שיווקה חיתולי כותנה פגומים, באופן שהסב נזק ממוני ולא-ממוני לחברי הקבוצה.

<sup>19</sup> רע"א 4333/11 דניאל סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פס' 16 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 12.3.2014). באותו עניין נידון ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, בגדרו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בטענה להימצאות קדמיום בכמות אסורה במוצר "גרבר". בעניין זה הדגיש השופט עמית כי הבקשה התבססה על תוצאות בדיקות משרד הבריאות, שהתבררו כשגויות תוך ארבעה ימים מיום הגשת התביעה.

<sup>20</sup> ת"צ (מחוזי מ"ר) 36086-07-11 עו"ד אסף חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) ואח', פס' 39-45 (נבו 19.9.2012). באותו עניין נידונו 17 בקשות לאישור שהוגשו נגד אתרי שיווק קופונים בטענה לשליחת ספאם. בתגובה, טענו המשיבות כי תלונות המבקשים הן עניין של "מה בכך".

<sup>21</sup> אביאל פלינט וחגי וויניצקי תובענות ייצוגיות 233-235 (2017). ראו והשוו: ת"צ 5567-06-08 תמי בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ, פס' 39 (נבו 20.12.2010), שם העיר השופט גרוסקופף כי גם במקרים בהם הטעיה צרכנית חורגת מגדר "זוטי דברים", יתכנו מצבים בהם ראוי ויעיל יותר לאפשר מנגנון חלופי להליך המסורבל והיקר של התובענה הייצוגית. לשם כך, הציע למחוקק לשקול לאפשר הגשת תביעה אישית שתלווה בזכות לפסוק פיצוי סטטוטורי משמעותי לפי חוק הגנת הצרכן.

<sup>22</sup> הדיון הנוסף, לעיל הי"ש 8, בפס' 138 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר.

<sup>23</sup> שם. יוער כי שניים משופטי המיעוט התנגדו להבחנה זו, משום שלשיטתם ס' 4 לפקודת הניקין לא כולל הבחנה כזו, וכך גם הפסיקה שעסקה בנושא. ראו שם, בפס' 64-67 לפסק דין של השופטת וילנר ופס' 8 לפסק הדין של השופט סולברג.

אכיפת הדין והרתעת מעוולים פוטנציאליים.<sup>24</sup> במובן זה, דומה כי דעת הרוב אימצה את העמדה שהובעה בעניין **חוסט**, לפיה תובענות ייצוגיות צרכניות מגלמות על פי רוב תועלת חברתית אינהרנטית.<sup>25</sup> בפרט, ציינה השופטת ברק-ארז בחוות דעתה כי לנוכח תכליות המנגנון הייצוגי, השיקול בדבר "זוטי דברים" אינו יכול לעמוד לבדו, שכן יתכנו מקרים בהם היקף הפיצוי לקבוצה הוא זעום, אך ניהול התובענה עשוי לתרום לשינוי פרקטיקות באופן שצפוי לקדם את האינטרס הציבורי הרחב.<sup>26</sup>

נימוק נוסף העומד בבסיס הקביעה לפיה אין להחיל הגנה זו בהליכים ייצוגיים הוא קיומו של מנגנון פנימי בחוק תובענות ייצוגיות לבחינת שיקולי יעילות והוגנות. סעיף 8(א)(2) לחוק קובע כי אחד התנאים לאישורה של תובענה ייצוגית הוא שמדובר ב"דרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין". בעמדת הרוב בדיון הנוסף נקבע כי השימוש במנגנון הפנימי הקבוע בחוק עדיף על פני השימוש בדוקטרינה הייצוגית, וזאת משום שהוא מבטא את האיזון שביקש המחוקק לערוך בין השיקולים הנוגעים למאטריה הייחודית של המנגנון הייצוגי.<sup>27</sup> בתוך כך, הובהר כי עצם העובדה שהנזקים האינדיבידואליים אינם ניכרים לא מעידה בהכרח כי התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת לביטול המחלוקת. לפיכך, יתכן מקרה בו תביעה אישית תידחה בנימוק כי מדובר בזוטי דברים, אך תביעת הנזק במסגרת תובענה ייצוגית תתקבל.<sup>28</sup> יחד עם זאת, נקבע כי במסגרת שאלת הוגנות ההליך יוכל ביהמ"ש לבחון האם גובה הנזק המצטבר מצדיק את הבירור המשפטי. כך, במקרים בהם יגיע למסקנה כי קבוצה סבירה של פרטים לא הייתה מגישה בקשה לאישור בשל המעשה הנטען, יוכל להפנות זרקור לשאלת המניע שעמד בבסיס הגשתה, תוך בחינת שיקולי תום לב והוגנות.<sup>29</sup> לצד זאת, הודגש כי ניתן להתחשב בשיקולים שעניינם תועלת וחשיבות חברתית, כמו למשל האם מדובר בפעולה בעלת השפעה על האינטרס הציבורי; האם מדובר בהפרה חד-פעמית או שיטתית; האם מדובר בפעילות רשלנית או מכוונת; והאם נגרם נזק למספר רב של פרטים.<sup>30</sup>

לבסוף, ניתן להזכיר סוגיה נוספת שהתעוררה אגב הכרעה זו, ומתחברת לשאלה העיקרית שנידונה בפסק הדין בדבר "חלוקת העבודה" בין ביהמ"ש לבין הגורם המאסדר. כאמור, בפסק הדין נושא הדיון הנוסף הועלתה האפשרות לפיה בנסיבות בהן נגרם לחברי הקבוצה נזק זעום יש להעדיף פנייה למאסדר על פני שימוש בכלי עוצמתי כמו תובענה ייצוגית.<sup>31</sup> במאמרו הצביע ד"ר שפירא על כך שמדובר בקביעה בעייתית, משום שהתובענה הייצוגית מהווה פתרון מסוים לבעיית הפעולה המשותפת, כך שללא התמריץ המובנה בתובענה הייצוגית סביר כי לאיש לא יהיה תמריץ לפעול באופן אפקטיבי נגד גביית יתר מהסוג המתואר בהליך.<sup>32</sup> דעת הרוב בדיון הנוסף אימצה עמדה זו, וציינה כי בהיעדר תמריצים דומים, לא ברור האם הפנייה למאסדר מהווה פתרון אפקטיבי דיו.<sup>33</sup> מלבד זאת, צוין כי התובענה הייצוגית עשויה להוות פתרון חלקי לחשש מפני השפעת-יתר של הגורמים המפוקחים על המאסדר.<sup>34</sup> במובן זה, ניתן לראות בפסק הדין של דעת

<sup>24</sup> שם, בפס' 152 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר.

<sup>25</sup> שם, בפס' 149 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר.

<sup>26</sup> שם, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

<sup>27</sup> שם, בפס' 156 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר.

<sup>28</sup> שם, בפס' 159 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר. בשולי הדברים הותיר המשנה לנשיאה (בדימו') בצריך עיון את השאלה האם ניתן להחיל את הגנת "זוטי דברים" על רכיב הנזק בתובענה ייצוגית שכבר אושרה. לשיטתו, יתכן וניתן יהיה לשקול זאת במקרים בהם הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה הוא נמוך במיוחד – ראו שם, בפס' 162.

<sup>29</sup> שם, בפס' 157 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר. כך, במקרים בהם עלות ניהול התביעה גבוהה מהפיצוי שעשוי להיפסק בסופו של ההליך, הדבר עשוי להוות אינדיקציה לכך שהבקשה הוגשה ממניע פסול.

<sup>30</sup> שם, בפס' 158 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר.

<sup>31</sup> ראו ה"ש 6 לעיל.

<sup>32</sup> [רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על "שבי רגולטורי" 14-15 פורום עיוני משפט מד \(2020\).](#)

<sup>33</sup> **הדיון הנוסף**, לעיל ה"ש 8, בפס' 99 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר.

<sup>34</sup> שם. על החשש הכללי מפני "שבי רגולטורי" ראו שם, בפס' 52-61 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר, ובפס' 6-7 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

הרוב ככזה שמחזק את מוסד התובענה הייצוגית ככלי אכיפה פרטית, אשר עשוי לאזן ולהשלים בתורו את פעולת הגורם המאסדר.