

## תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת

עלי בוקשפן\*

המאמר מתבונן על הליך התובענה הייצוגית ועל הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, שהיא מנגנון ייחודי שקיים בדין הישראלי, כעל "חוליה חסרה" משמעותית ועתירת פוטנציאל במפגש שבין המשפט לשיח התאגידי בעידן הנוכחי.

מעבר לשכיחותן הרבה של התובענות הייצוגיות במשפט הישראלי ולמגוון הנושאים הנדונים במסגרתן, תובענות אלה מוגשות בעיקר נגד גופים עסקיים, ולא שלטוניים. התעצמות מעמדם והשפעתם של התאגידים כיום, אשר מסבירה את נוכחותם המסיבית כנתבעים בעולמן של התובענות הייצוגיות, והעובדה שמטרתן של תובענות אלה היא בעיקרה מימוש זכויותיהם של בעלי עניין (stakeholders) שאינם בעלי מניות (stockholders), מזמינות לפיכך דיון עשיר ומעודכן בהיבטים החברתיים, הציבוריים והמעין-רגולטוריים הטמונים במנגנון התובענה הייצוגית ובביטוייו במשפט

---

\* בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה הוא פרי מחקר וחשיבה ממושכים כחוקר בתחום דיני החברות וכיושב ראש הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות (אף שהדעות המובאות בו משקפות את עמדותי האישית בלבד). תודות לרונון אברהם, לברק אתירם, לגלעד ברנע, לדפנה ברק-ארוז, לגיא זיידמן, לשרון ירון, לאלעד מן, לאסף פינק, לאלון קלמנט, ליניב רוזנאי ולרועי שפירא, ועל עזרת מחקר מצוינת לרנן ברנוביץ', לטומי דוידסון ולדביר עוזיאל. תודה גם למשתתפות ולמשתתפים ב- International Conference on the Resolution of Consumer Mass Disputes, Collective Redress, Class Actions and ADR (Faculty of Law at the University of Haifa, European Institute in Florence and City University of Hong Kong, March 28-29, 2017); ב- International Symposium on the Corporation in a Changing World, שנערך Shanghai University of Finance and Economics (SUFU), School of Law (December 8-9, 2017); ב- Vanderbilt Law School (August International Class Actions Conference שנערך ב- 2018); ובסמינר המחלקתי שנערך בבית הספר למשפטים במרכז הבינתחומי הרצליה ב- 21-24, 2019); תודות מיוחדות לכתב העת **משפט ועסקים** – לגל אגמון (עורכת), לבועז ארבל, לנעם לוי ולקורא/ת האנונימי/ת – על הארות מצוינות.

העסקי. היבטים אלה רחבים מאלה שמוזכרים בשיח המקובל בספרות המשפטית העוסקת בתובענות ייצוגיות, ואשר כוללים את זכות הגישה לערכאות, הרתעה מפני הפרת הדין על ידי מפירים פוטנציאליים והשגת יעילות דיונית.

המאמר מבקש להיכנס לשדה בלתי חרוש זה, כמו גם לדיון ראשון בקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, שהיא כאמור מנגנון ייחודי בישראל שאינו מוכר כמעט בדין המשווה. טענתו המרכזית של המאמר – אשר נשענת, בין היתר, על תיאור היסטורי והשוואתי של מנגנון התובענה הייצוגית – היא כי התובענה הייצוגית חוזרת כיום במובנים מסוימים, גם אם מכיוון שונה מבעבר, למקורותיה הציבוריים. טענה זו מומחשת בכינונה בישראל של הקרן הציבורית המסייעת במימון תובענות ייצוגיות ובקשות לאישור תובענות ייצוגיות "אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן". בדרך זו התובענה הייצוגית פועלת, בלוויית הקרן האמורה, כ"רגולציה חכמה" הממתנת את נחיצותה של אכיפה רגולטורית ישירה במגזר העסקי, ובעיקר משמשת אמצעי משפטי אפקטיבי להנגשת סעדים ולהטמעת ערכים חברתיים וציבוריים, לרבות זכויות אדם, המבססים את ההקשר החברתי-הכלכלי הרחב יותר שבו המגזר העסקי פועל ואת אחריותו החברתית והציבורית, אשר מגיעה בעת הזו לשיאים חדשים.

#### הקדמה

- פרק א: תובענות ייצוגיות בישראל – תכליות ומגמות
- פרק ב: תובענה ייצוגית, שינוי חברתי ואחריות חברתית של המגזר העסקי
1. תובענה ייצוגית ככלי לשינוי חברתי
  2. תובענה ייצוגית, אחריות תאגידית וזכויות אדם במגזר העסקי
- פרק ג: תובענה ייצוגית בעידן המדינה הרגולטורית
1. אכיפה ציבורית אל מול אכיפה פרטית
  2. תובענה ייצוגית כמנגנון אכיפה פרטית ממתן ומשלים לאכיפה הציבורית
- פרק ד: בין הפרטי לציבורי – הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות
- סיכום

## הקדמה

תופעת הלחול של המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי הינה אחת התמורות המרכזיות העוברות על המשפט בעשורים האחרונים.<sup>1</sup> תופעה זו, המשקפת שינויי עומק חברתיים אשר תורמים להתעצמותם של גופים לא שלטוניים, מחד גיסא, ולהיחלשותם של הגופים והפיקוח השלטוניים, מאידך גיסא, מייצרת מטבע הדברים שינויים לא רק במשפט המהותי, אלא גם במסגרתו של המשפט הדיוני, שאמור לסייע בביסוסו של הראשון.<sup>2</sup> דברים אלה מתאימים במיוחד ביחס להליך התובענה הייצוגית, אשר יכול להיחשב מעין "חוליה חסרה" במפגש שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי ובין המשפט בכלל לבין השיח התאגידי החם על אודות תכליתה של החברה העסקית, וזאת בשל היקף התובעים, מיהות הנתבעים וטיב העניינים הנדונים כיום לא אחת במסגרתו.<sup>3</sup> כך, לא רק

- 1 ע"א 294/91 חברת קרישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); עלי בוקשפן *המהפכה החברתית במשפט העסקי* (2007) (להלן: בוקשפן *המהפכה החברתית*); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" *משפט וממשל* ה 95 (1999). דוגמאות מרכזיות לכך ניתן למצוא, למשל, בספרות הרבה העוסקת בשאלת תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי: אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" *ספר אליקה ברק-אוסוסקין* 363 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012) (להלן: ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי"); עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" *עיוני משפט* מ 45 (2017); פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" *משפטים* כג 21 (1994); איל בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" *משפט וממשל* כ 11 (1994) HUMAN RIGHTS IN PRIVATE LAW (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., (1994); 2001). דוגמאות נוספות ניתן למצוא בספרות העוסקת בסוגיות של הפרטה (איל פלג *ההפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי* (2005); דפנה ברק-ארז "זכויות אדם בעידן של הפרטה" *עבודה, חברה ומשפט* ח 209 (2001)) וכן בספרות אשר דנה בגופים דו-מהותיים (ראו, למשל, אסף הראל *גופים דו-מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי* (2008)).
- 2 מתכונת זו מתיישבת עם הגישה המבנית שלפיה בשינויים פורמליים – באמצעות חקיקה המייצרת תמריצים המסוגלים לעצב או להגביל את התנהגותם של גופים לא שלטוניים במישורים החברתיים – יש כדי להביא לידי שינויים חברתיים ופוליטיים מהותיים לא פחות משינויי עומק תרבותיים המכוונים לאותה מטרה. השוו PIPPA NORRIS, ELECTORAL ENGINEERING: VOTING RULES AND POLITICAL BEHAVIOR 3–38 (2004). להרחבה בדבר הזיקה שבין מנגנון התובענות הייצוגיות – במיוחד ככל שהדברים נוגעים בתאגידי גדולים – לבין רפורמה מבנית ראו Owen M. Fiss, *The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979); OWEN M. FISS, THE LAW AS IT COULD BE 122–132 (2003); LEORA BILSKY, THE HOLOCAUST, CORPORATIONS, AND THE LAW: UNFINISHED BUSINESS 51–54 (2017).
- 3 קיומה של זיקה אפשרית בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי בתחומי המשפט הדיוני נשמע בכתיבה העוסקת בתכליותיו של המשפט הדיוני ובערכים העומדים בבסיסו. ראו יששכר רוזן-צבי *ההליך האזרחי* פרק 1 ("מטרות ההליך האזרחי") (2015); שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" *הפרקליט* מב 451 (1996); דורון מנשה "סדר-דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" *עיוני משפט* כב 205 (1999). ראו גם את הדין

שעיסוקה הטבעי של התובענה הייצוגית הוא מימוש זכויות של ציבור רחב של נפגעים, השימוש הנפוץ בה הוא נגד תאגידים עסקיים,<sup>4</sup> על מעמדם הציבורי המתגבר והשפעתם האפשרית על זכויות בעלות נופך חברתי. התעצמות מעמדם והשפעתם של תאגידים בעידן המודרני,<sup>5</sup> אשר המודעות לה הגיעה לאחרונה לשיאים חדשים,<sup>6</sup> מסבירה את נוכחותם המסיבית כנתבעים בעולמן של התובענות הייצוגיות, המיועדות ברוכב הגדול

- בשאלת הקנייתה של יריבות משפטית וזכות תביעה לצד זר לחוזה בעילות של "תום לב" ו"תקנת הציבור" אצל בוקשפן **המהפכה החברתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 169–174.
- 4 מחקר שהתבסס על ניתוח של 2,056 תיקי תובענות ייצוגיות, מאפריל 2006 ועד לאוגוסט 2012, בפילוח של סוגי הנתבעים לפי הנתבע הראשון בתיק, מצא כי ברוב המקרים הנתבעת היא חברה. כ-55% מהתיקים מדובר בחברה פרטית שאינה נסחרת בבורסה, וכ-25% מהתיקים הנתבעים הם חברות ציבוריות הנסחרות בבורסה. ראו קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 729 (2016).
- 5 השוו לדבריו של השופט ברק: "בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עיקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידים מבני אדם." ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 383, 364 (1991) (להלן: עניין **מודיעים**).
- 6 ראו את הצהרתו של ארגון ה-BRT (Business Roundtable) מאוגוסט 2019 בדבר תכליתה של החברה העסקית: The Business Roundtable Ass'n, Statement on the Purpose of a Corporation (Aug. 19, 2019), [opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/12/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures.pdf](https://www.opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/12/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures.pdf). ראו גם Alan Murray, *America's CEOs Seek a New Purpose for the Corporation*, FORTUNE MAG. (Aug. 19, 2019), [fortune.com/longform/business-roundtable-ceos-corporations-purpose/](https://www.fortune.com/longform/business-roundtable-ceos-corporations-purpose/) ("...On Aug. 19, the BRT announced a new purpose for the corporation and tossed the old one into the dustbin. The new statement is 300 words long, and shareholders aren't mentioned until word 250... Before that, the group refers to creating 'value for customers,' 'investing in employees,' fostering 'diversity and inclusion,' 'dealing fairly and ethically with suppliers,' 'supporting the communities in which we work,' and 'protect[ing] the environment'"); THE BRITISH ACADEMY, PRINCIPLES FOR PURPOSEFUL BUSINESS: HOW TO DELIVER THE FRAMEWORK FOR THE FUTURE OF THE CORPORATION (2019), [www.thebritishacademy.ac.uk/documents/224/future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf](https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/224/future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf) (דוח של האקדמיה הבריטית הבוחן את מטרתן של חברות בעידן הנוכחי); Klaus Schwab, *Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution*, WORLD ECONOMIC FORUM (Dec. 2, 2019), [www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution](https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution) (מניפסט של הפורום הכלכלי העולמי הקורא למעבר ממודל של shareholder capitalism למודל של stakeholder capitalism); Larry Fink, *Fundamental Reshaping of Finance*, BLACKROCK (2020), [www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter](https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter) (מכתב של יושב ראש קרן BlackRock – קרן ניהול הנכסים הגדולה בעולם – למנכ"לים בארצות הברית, ובו הוא ממליץ להם לאמץ גישה אשר תשרת את כלל בעלי העניין הקשורים לפעילותן של החברות שבניהולם). כן ראו עלי בוקשפן "הגיע הזמן לעשות לחוק החברות ניתוח לב פתוח" **TheMarker** 29.10.2019 [www.themarket.com/markets/1.8054985](https://www.themarket.com/markets/1.8054985).

למימוש זכויותיהם של בעלי עניין (stakeholders) שאינם בעלי מניות (stockholders), ומזמינה דיון מעודכן – לפני משבר הקורונה ומכוח קל וחומר גם במהלכו ולאחריו<sup>7</sup> – בהיבטים החברתיים והציבוריים הטמונים במנגנון התובענה הייצוגית ובביטוייה במשפט העסקי. היבטים אלה רחבים מאלה שמוזכרים בשיח המקובל בספרות המשפטית העוסקת בתובענות ייצוגיות, ואשר כוללים את זכות הגישה לערכאות, הרתעה מפני הפרת הדין על ידי מפירים פוטנציאליים, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין והשגת יעילות דיונית.<sup>8</sup>

מאמר זה מבקש להיכנס לשדה בלתי חרוש זה, תוך הבלטת ההיבט התיאורי והנורמטיבי של התובענה הייצוגית כאמצעי אפקטיבי במיוחד להטמעת ערכים חברתיים, ציבוריים וחוקתיים במשפט הפרטי בעידן התאגידי המודרני.<sup>9</sup> מטרה נוספת

7 עלי בוקשפן "הקורונה מחדדת את האחריות החברתית של תאגידים" **TheMarker** 1.6.2020; [www.themarker.com/opinion/1.8887134](http://www.themarker.com/opinion/1.8887134); מתן ברניר "כך זינק פי 5 מספר התביעות הייצוגיות שהוגשו בימי הקורונה" **גלובס** 20.5.2020 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=10013](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=10013) 29197.

8 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק), מונה את ארבעת אלה במסגרת מטרתו: "(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". לעניין זה ראו סטיבן גולדשטיין "תביעת ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" **משפטים** ט 416 (1979) (להלן: גולדשטיין "תביעת ייצוג-קבוצתית"); משה בר-ניב (בורנובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" **עיוני משפט** יט 251 (1994); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" **מחקרי משפט** כא 387 (2004); גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" **משפט ועסקים** ג 247 (2005); אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט 131 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); Alon Klement & Keren Weinshall-Margel, *Cost-Benefit Analysis of Class Actions: An Israeli Perspective*, 172 J. INST. THEOR. ECON. 75 (2016); David Rosenberg, *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*, 88 VA. L. REV. 1871 (2002); Alexandra D. Lahav, *Two Views of the Class Action*, 79 FORDHAM L. REV. 1939 (2011).

9 בכך מנגנון דיוני זה מצטרף למנגנונים מתחום המשפט המהותי המיועדים לאותה מטרה. ראו עלי בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית וביטוייה במשפט" **תאגידים** ז 1 (2009); עלי בוקשפן "עשרים ומאה שנים לשאלת תכלית החברה – הצעה להתאמת סעיף 11 לחוק החברות לעידן התאגידי המודרני" **המשפט** כו (צפוי להתפרסם ב-2020). דוגמה היסטורית וקלאסית לכך היא פסק הדין בעניין *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין *Brown*), שנחשב אבן יסוד במשפט החוקתי האמריקני, ואשר יידון בהמשך המאמר. לתיאור ההיסטוריה של התובענה הייצוגית בארצות הברית וזיקתם של סדרי הדין לאכיפתן של זכויות מהותיות, כמו גם לתיאור הערך המופק משילובם של הליכים קולקטיביים משפטיים עם מעורבות קהילתית ומחויבות קהילתית בחברה האזרחית, ראו ברק אתרים "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" **משפט**

של המאמר היא לבחון את השלכתה של התובענה הייצוגית על נקודת השקפה נוספת בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי – נקודה אשר מתבוננת על התובענה הייצוגית כעל חלופה נורמטיבית להתערבות שלטונית ישירה בפעילותו של המגזר העסקי, וזאת בשל אופייה של התובענה הייצוגית כ"מכפילת כוח" לציבור הנפגעים וכמנגנון של אכיפה פרטית.<sup>10</sup> הגם ששתי נקודות מבט אלה אינן נראות קשורות במבט ראשון, שתיהן גם יחד עוסקות בשאלות חדשות אשר מאתגרות את המשפט הפרטי בעת הנוכחית לנוכח התעצמותן של חברות עסקיות, ושתייהן מומחשות היטב בכינונה ובפעילותה של הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות אשר קיימת בישראל. תפקידה של קרן ייחודית זו, שהוקמה בחוק תובענות ייצוגיות הישראלי, הוא לסייע במימון תובענות ייצוגיות בעלות חשיבות ציבורית וחברתית, והיא שונה מאוד מקרנות אחרות למימון תובענות ייצוגיות המוכרות בעולם.<sup>11</sup> הקרן שהוקמה בחוק הישראלי היא קרן **ציבורית** למימון תובענות ייצוגיות מכספי המדינה, וככזו היא מוסד בלתי מוכר כמעט במשפט המשווה.<sup>12</sup> לנוכח

- וממשל כ 47 (2019). להרחבה נוספת ראו גם אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** (2017), במיוחד בפרק ג: "המטרות העיקריות בבסיס התובענה הייצוגית" (שם, בעמ' 65–90).
- 10 היבט זה הוזכר על ידי סטיבן גולדשטיין במאמרו על אודות מכשיר התובענה הייצוגית עוד בשנות התשעים. ראו Steven Goldstein, *Class Action in Israel*, in ISRAELI REPORTS TO THE XIII INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 45, 65 (Celia Wasserstein Fassberg ed., 1990).
- 11 לפי מחקר שפורסם במכון RAND, נכון לשנת 2010 היו בארצות הברית עשרים ותשע חברות העוסקות במימון חיצוני לתובענות, שחלקן אף נסחרות בול-סטריט. STEVEN GARBER, ALTERNATIVE LITIGATION FINANCING IN THE UNITED STATES: ISSUES, KNOWN, AND UNKNOWN 10, 16 (RAND Corp. 2010), [www.rand.org/content/dam/rand/pubs/occasional\\_papers/2010/RAND\\_OP306.pdf](http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/occasional_papers/2010/RAND_OP306.pdf). קרנות למימון תובענות ייצוגיות נפוצות גם באירופה, בעיקר באנגליה ובהולנד. ראו THE U.S. CHAMBER INST. FOR LEGAL REFORM, THE GROWTH OF COLLECTIVE REDRESS IN THE EU: A SURVEY OF DEVELOPMENTS IN 10 MEMBER STATES (2017), [www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/The\\_Growth\\_of\\_Collective\\_Redress\\_in\\_the\\_EU\\_A\\_Survey\\_of\\_Developments\\_in\\_10\\_Member\\_States\\_April\\_2017.pdf](http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/The_Growth_of_Collective_Redress_in_the_EU_A_Survey_of_Developments_in_10_Member_States_April_2017.pdf).
- 12 קרנות מסוג זה קיימות בקוויבק (ראו, למשל, FONDS D'AIDE AUX ACTIONS COLLECTIVES, *Class Proceedings Fund*, THE LAW (ראו [www.faac.justice.gouv.qc.ca/](http://www.faac.justice.gouv.qc.ca/)) ובאונטריו (ראו [www.lawfoundation.on.ca/class-proceedings-fund](http://www.lawfoundation.on.ca/class-proceedings-fund)) ובאונטריו (ראו [www.faac.justice.gouv.qc.ca/](http://www.faac.justice.gouv.qc.ca/)) ובאונטריו (ראו [www.lawfoundation.on.ca/class-proceedings-fund](http://www.lawfoundation.on.ca/class-proceedings-fund)) ובאונטריו (ראו [www.faac.justice.gouv.qc.ca/](http://www.faac.justice.gouv.qc.ca/)). בלבד. למעשה, בישראל קיימות שתי קרנות ציבוריות למימון תובענות ייצוגיות – קרן למימון תובענות ייצוגיות הקשורות לניירות ערך, וקרן למימון יתר התובענות הייצוגיות (בתחומים שונים, כגון דיני הגנת הצרכן, דיני התחרות הכלכלית, דיני בנקאות, דיני ביטוח, דיני הגנת הסביבה, דינים הנוגעים בשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, דיני עבודה ודיני הפליה במוצרים ובשירותים). מאמר זה יתמקד בקרן השנייה, זו המוסדרת בחוק תובענות ייצוגיות, ולא בזו המוסדרת בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, וזאת בשל מגוון הנושאים שהיא עוסקת בהם ואופיים, ובשל סמכות המימון שלה בעניינים בעלי חשיבות ציבורית וחברתית, החורגים מסוגיות תאגידיות קלאסיות. בדין המשווה, כאמור, לא מוכרות כמעט קרנות ציבוריות למימון תובענות ייצוגיות, אם כי קיימות הצעות שונות להקמת קרנות כאלה. כך, למשל, בהונג קונג הוקם צוות בין-משרדי שיבחן את אפשרות יישומה של

אפיוניה והסמכות שניתנה לה, יש בה כדי לשקף את הפוטנציאל הטמון בתובענה הייצוגית לקידום ערכים ציבוריים, בעיקר במסגרת פעילותו של המגזר העסקי, ובה בעת את יצירתה של דרך חדשנית לרגולציה חכמה המשלבת כוחות בין הרגולטור לבין הציבור במשטרו של המגזר העסקי. במילים אחרות, חידושו של המאמר עניינם בביסוס הטענה כי בעידן הנוכחי – שבו מתחדדת אחריותו הציבורית של המגזר העסקי, כולל לשמירת זכויות האדם של הפרט,<sup>13</sup> ואשר בו מתגברת גם הקריאה להפחתת הרגולציה השלטונית המוטלת על מגזר זה<sup>14</sup> – התובענה הייצוגית, באמצעות הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, יכולה להיחשב "ההצגה הטובה ביותר בעיר" בכל הנוגע באתגרים המשמעותיים שעומדים על פני החברות המודרניות בישראל ובעולם ובכל הקשור לשיתוף הפעולה בין המגזר הציבורי למגזר הפרטי במשטרו של המגזר העסקי.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: הפרק הראשון יתמקד בחשיפת יעדיה המצויים והרצויים של התובענה הייצוגית בישראל, באמצעות דיון בחוק תובענות ייצוגיות

---

קרון כזאת בדין המקומי, וזאת כחלק מרפורמה כללית להנגשת המשפט לציבור הרחב. ראו THE LAW REFORM COMMISSION OF HONG KONG, ANNUAL REPORT ON IMPLEMENTATION TO LEGCO (2013), available at [www.hkreform.gov.hk/en/implementation/](http://www.hkreform.gov.hk/en/implementation/) לשנים 2014–2019, שם. באופן דומה, בשנת 2008, במסגרת רפורמה להנגשת המשפט במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה, נבחנה האפשרות להקמת קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות ("The Justice Fund") בהשראת המודל הקיים בקנדה. לקריאה להקמת קרן זו ראו Mathew Dunckley, *Government Fund Needed for Class Actions*, SYDNEY MORNING HERALD (Feb. 27, 2017), [www.smh.com.au/business/government-fund-needed-for-class-actions-20170227-gulyfx.html](http://www.smh.com.au/business/government-fund-needed-for-class-actions-20170227-gulyfx.html). כחלק מתהליך יישומה של הרפורמה הוחלט לבסוף לא להקים קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות במסגרת תיקון חוק סדר הדין האזרחי במדינת ויקטוריה (Civil Procedure Act 2010 (Vic)). למידע נוסף על אודות המלצת הוועדה להקמת "The Justice Fund" ראו VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, CIVIL JUSTICE REVIEW: REPORT 14, 605–623 (2008), available at [www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/Chapter%2B10.%2BChapter%2B11.pdf](http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/Chapter%2B10.%2BChapter%2B11.pdf). Eli Bukspan, *The Israeli Public Class Action Fund: A New Approach for Integrating Business and Social Responsibility*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CLASS ACTIONS (Brian Fitzpatrick & Randall Thomas eds., Forthcoming 2020).

13 Eric De Brabandere & Maryse Hazelzet, *Corporate Responsibility and Human Rights: Navigating Between International, Domestic and Self-Regulation*, in RESEARCH HANDBOOK ON HUMAN RIGHTS AND INVESTMENT 221 (Yannick Radi ed., 2018); Eli Bukspan & Asa Kasher, *Human Rights in the Private Sphere: Corporations First*, 40 U. PA. J. INT'L L. 419 (2019).

14 על הצורך ביצירת נקודת איזון חדשה ביחסים שבין הרגולטור למגזר העסקי ראו את דבריו של עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה: אבי ליכט "יציבות, אמון, והדדיות – הצעה למערכת יחסים חדשה בין גופים מפוקחים למדינה" (הרצאה שנישאה במסגרת ערב לזכרו של עורך דין יששכר פישר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 24.6.2015) [www7.tau.ac.il/blogs/law/2015/07/06/1658](http://www7.tau.ac.il/blogs/law/2015/07/06/1658).

שנחקק בישראל לפני יותר מעשור, במטרותיו המסורתיות של החוק ובהתפתחויות חקיקתיות מן העת האחרונה המעידות על חיזוק מעמדה הציבורי של התובענה הייצוגית. בפרק השני ידון המאמר ביכולתן של תובענות ייצוגיות לקדם ערכים ציבוריים, תוך בחינת התאמתן לעשות כן בעולמו של המגזר העסקי, וזאת לנוכח התעצמותם של תאגידים עסקיים וחשיפתם ההולכת וגוברת לאחריות חברתית וציבורית, ובכלל זה לחובת השמירה על זכויות אדם. הפרק השלישי של המאמר יבחן את יתרונותיה של האכיפה הפרטית בהשוואה לזו הציבורית, ואת האפשרות לרתום את הליך התובענה הייצוגית, בעידן "המדינה הרגולטורית", ליצירת חלוקת עבודה חדשה בין הרגולטור לבין הציבור, במיוחד בעולמו של המגזר העסקי, הטוען לאסדרת יתר שלטונית. הפרק הרביעי של המאמר ידון בקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, אשר ממחישה ומדגישה בצורה חדשנית את זיקתה של התובענה הייצוגית ליעדים ציבוריים, חברתיים ודה-רגולטיביים. החלק האחרון יסכם.

## פרק א: תובענות ייצוגיות בישראל – תכליות ומגמות

שורשיה של התובענה הייצוגית בישראל נטועים בשנות השישים של המאה הקודמת, בעניין **פרנקישה**.<sup>15</sup> בעניין זה ביקשו התובעים לייצג ארבעים ושלושה נושים אשר רומו כאשר מסרו סחורות לנתבעים ולא קיבלו תשלום בעבורן. כבסיס לבקשתם הסתמכו התובעים על תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, שהייתה בתוקף באותה עת. אף שבקשת התובעים נדחתה, פסק בית המשפט העליון, בקביעה תקדימית, כי ניתן לבסס תובענה ייצוגית על תקנה זו. הלכת **פרנקישה** יושמה מאז באופן לא אחיד על ידי בתי המשפט המחוזיים, וזאת לצד עיגונה של התובענה הייצוגית בכמה חוקים ספציפיים,<sup>16</sup> וכך נוצר מצב חוקי מעורפל בנוגע להליך התובענה הייצוגית בישראל.<sup>17</sup> עניין זה הגיע להכרעתו של בית המשפט העליון בעניין **א.ש.ת.**<sup>18</sup> שם, ברוב של שלושה שופטים לעומת שניים, נקבע בשנת 2003 כי אי-אפשר לעשות שימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי לשם הגשת תובענה ייצוגית, והומלץ שהמחוקק יסדיר את

15 ע"א 86/69 **פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ**, פ"ד כג(1) 645 (1969) (להלן: עניין **פרנקישה**).

16 כך, למשל, בשנת 1988 אומץ חוק ניירות ערך (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 188. להרחבה על ההסדרים הספציפיים שאפשרו תובענות ייצוגיות בחיקוקים ספציפיים לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 57-58.

17 פלינט וויניצקי, שם, בעמ' 60.

18 רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן: רע"א **א.ש.ת.**). ראו גם דנ"א 5161/03 **א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(2) 196 (2005), אשר נדון במותב של תשעה שופטים והשאיר את פסק הדין מושא הדין הנוסף על כנו ברוב דעות, וזאת לנוכח תהליכי החקיקה שהחלו בנושא.



התובענה הייצוגית. וכך, ב-12 במרץ 2006 פורסם חוק תובענות ייצוגיות, שקבע הסדרים חדשים וכוללניים להגשתן ולניהולן של תובענות ייצוגיות בישראל, ואשר החליף את ההסדר הבלתי-ממצה שהתקיים עובר לחקיקתו, ולמעשה פתח את הדלת לשינוי דרמטי בעולמן של התובענות הייצוגיות בישראל.<sup>19</sup>

ככל שניתן לשפוט את הצלחתו של החוק החדש על פי מספרן של התובענות הייצוגיות המוגשות, הצלחה זו פנומנלית: מספר הבקשות לאישור תובענה כייצוגית נמצא בישראל במגמת עלייה מתמשכת, מעל ומעבר למגמות הכלליות במספרם של כלל התיקים האזרחיים המוגשים, אשר מתאפיינות ביציבות יחסית. כך, כפי שעולה ממחקר אמפירי שנערך בשנים 2006–2012, בעוד שבשנת 2007, מייד לאחר קבלת החוק, הוגשו 28 בקשות לאישור תובענות כייצוגיות, בשנת 2010 עלה מספר זה לכ-335 בקשות, ובשנת 2012 הוא טיפס לכ-820.<sup>20</sup> בארבע השנים 2012–2015 הוגש מספר חסר תקדים של כ-5,300 תובענות ייצוגיות, וזאת לעומת כ-2,000 בקשות שהוגשו בשש השנים שקדמו להן.<sup>21</sup> התבוננות על הבקשות לאישור תובענות כייצוגיות בפילוח לפי עילות הבקשה מלמד על מרכזיותן של תובענות בתחום הצרכנות, שבו הוגשו כ-67% מכלל הבקשות לאישור תובענות כייצוגיות.<sup>22</sup> לעומת זאת, כתביעות בעלות חשיבות ציבורית וחברתית החורגת מנזק ממוני ישיר – כגון תובענות בנושאים של איכות הסביבה,<sup>23</sup> הפליה<sup>24</sup> ושוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות<sup>25</sup> – הוגשו בקשות מעטות למדי: כ-2.3% באופן מצטבר מסך כל הבקשות שנבדקו.<sup>26</sup>

על פני הדברים, התובענה הייצוגית משמשת בראש ובראשונה מכשיר דיוני לאיחוד ולניהול של תביעות מרובות, אך ברור כי תפקידה אינו מתמצה רק בכך, וכי טמון בה גם פוטנציאל רב עוצמה לקידום של אינטרסים מהותיים ומשמעותיים נוספים,<sup>27</sup> כפי שהובהר במפורש גם בדברי ההסבר להצעת החוק.<sup>28</sup> לא בכדי מקובל לומר כי התובענה

19 פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 57.

20 ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 725.

21 הפער מלמד כי בארבע השנים 2012–2015 הוגשו 250% יותר תובענות מאשר בשש השנים שקדמו להן. ראו אסף פינק "חוק תובענות ייצוגיות – סיכום עשור" (הרצאה שנישאה במסגרת הכנס השנתי השישי לתובענות ייצוגיות, מרכז הלכה למעשה, 5.1.2016), הנתונים נגישים בכתובת [knowit.org.il/Uploads/Documents/asaf\\_schar.pdf](http://knowit.org.il/Uploads/Documents/asaf_schar.pdf).

22 מדובר בתובענות לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק, אשר מסדיר תביעות צרכנות נגד "עוסקים", כהגדרתם בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

23 פרט 6 לתוספת השנייה לחוק.

24 פרטים 7 ו-8 לתוספת השנייה לחוק.

25 פרט 9 לתוספת השנייה לחוק.

26 ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 726–727. למגמות חדשות בכל הנוגע בתובענות ייצוגיות בתחום הנגישות ושוויון ההזדמנויות לאנשים עם מוגבלות ראו להלן ה"ש 178.

27 פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

28 "ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דיוני של ניהול תביעות, אלא בראש וראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים. חלק ניכר מהשינויים שנעשו בחוק המוצע משקפים תפיסה זו." דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257.

הייצוגית אמורה לקדם ב-זמנית שני אינטרסים: האינטרס של הציבור והאינטרס של הפרט.<sup>29</sup> אינטרסים אלה מעוגנים בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, אשר פותח את החוק ומצביע על ארבע המטרות המרכזיות שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות התובענה הייצוגית: מימוש זכות הגישה לערכאות; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; וניהול יעיל, הוגן וממצה של התביעות.<sup>30</sup> בעוד התכליות הראשונה והשלישית – זכות הגישה לערכאות ומתן סעד הולם לנפגעים – מיועדות בעיקרן לקידום האינטרס של הפרט, התכלית של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, כמו גם התכלית הנוגעת בניהול יעיל של התביעות, נטועות יותר בעולמו של האינטרס הציבורי.

אכן, התובענה הייצוגית נובעת לרוב מאינטרס אישי של עשיית רווח מצד התובע המייצג, אך לא רק שהאינטרס הציבורי הטמון בתובענה לא נעלם עקב כך, אלא הוא אף מוגשם בעזרת תמריץ זה.<sup>31</sup> התובע הייצוגי משמש מעין זרז, אשר אלמלא יוזמתו לא היו מובאים לפני שעריו של בית המשפט מקרים הראויים להתברר כתובענות ייצוגיות. באמצעותו של התובע, כמעין "רובין הוד" דיוני, מוגשמות המטרות הציבוריות השונות העומדות בבסיסו של מכשיר זה. עם זאת, קיומם של אינטרסים אישיים העלולים לפגום בטיבו של ההליך אינו נעלם מעיני המחוקק, ובתי המשפט מפקחים על השימוש במכשיר התובענה הייצוגית, מסדירים אותו ומונעים שימוש אישי בלתי ראוי וסחטני במכשיר זה, אשר אינו מקדם את טובת הקבוצה המיוצגת, וממילא אינו משרת את תכליותיה של התובענה הייצוגית.<sup>32</sup>

המחוקק לא הגדיר אחת מבין המטרות המנויות בסעיף 1 לחוק כעליונה על האחרות. באופן דומה, גם פסיקת בתי המשפט לאורך השנים אינה יוצרת מדרג שיכול ללמד על תכלית עיקרית אחת מבין הארבע שהמחוקק מפירט. אדרבה, לרוב כל התכליות בחוק

29 סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 299, 301–302 (2004).

30 מלבד המטרות הקבועות בס' 1 לחוק, שאינן מהוות רשימה סגורה, קיימות מטרות נוספות שיכולות להיתפס כחשובות לא פחות. עם מטרות אלה ניתן למנות, למשל, את שלילת רווחי המפר ומניעת עשיית עושר ולא במשפט, קידום נורמות של הגינות ויושר דוגמת אתיקה מסחרית, קידום עקרונות השוויון, קידום ערך החירות, קהילתניות וקידום העיקרון של צדק חלוקתי. ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 81–94.

31 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 149; אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 372 (2012).

32 אחת הדרכים שבהן הדין מסדיר פער מצוי זה בין האינטרס האישי של התובע המייצג ובא כוחו לבין האינטרס של הקבוצה המיוצגת היא בעת פסיקת גמול ושכר טרחה. כך, אחד השיקולים שהחוק דורש מבית המשפט לשקול בעת פסיקת שכר טרחה לעורך הדין של הקבוצה וגמול לתובע המייצג הוא "מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית" (ס' 22(ב)(3) ו-23(ב)(3) לחוק). נושא זה יכול למצוא את מקומו גם בבוא בית המשפט לשקול אם לאשר תובענה ייצוגית, ובמיוחד בדרישה הקבוצה בס' 8(א)(4) לחוק כי ימצא ש"קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".

מוזכרות כבעלות משקל שווה, ובית המשפט מדגיש תכלית כזו או אחרת באופן קזואיסטי בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה.<sup>33</sup> עם זאת, למן חקיקת החוק ניתן לשמוע בפסיקותיו של בית המשפט רטוריקה המדגישה את התכליות הציבוריות של החוק.<sup>34</sup> הסבר אפשרי לכך יכול להיות, ברוח הנטען במאמר זה, חלחולם והשפעתם המתגברת של שיקולים ציבוריים בשיח המשפט הפרטי, במיוחד לאורה של המגמה הכללית במשפט לפעול לריסון הולך ומתגבר של התאגידים, שהם גם הנתבעים השכיחים ביותר בהליכי התובענה הייצוגית.<sup>35</sup>

33 דוגמאות לכך ניתן למצוא בכמה פסיקות שקדמו לחקיקת החוק, ביניהן רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996) ("ביסוד התובענה הייצוגית מונחים שני שיקולים מרכזיים: האחד, הגנה על אינטרס הפרט באמצעות מתן תרופה ליחיד שנפגע. אותו יחיד, ברוב המקרים, אינו טורח להגיש תביעה. לעתים בא הדבר בשל כך שהנזק שנגרם לאותו יחיד הוא קטן יחסית... השיקול השני עניינו אינטרס הציבור. ביסוד אינטרס זה מונח הצורך לאכוף את הוראות החוק שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית ערך מרתיע"); וכן ע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 322–323 (1997) ("לתובענה הייצוגיות משמעות כלכלית וחברתית גדולה ביותר... יש בה כדי להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה; יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית; יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק"). דברים דומים נאמרו לאחר מכן ברע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד נה(5) 276, 288 (2001).

34 ראו, למשל, ע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי שמש**, פ"ד סב(2) 437, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2007): "התובענה הייצוגית נועדה לשרת את אינטרס הפרט על-ידי מתן תרופה לנזק. היא נועדה להקנות סעד לחברי הקבוצה התובעת... עם זאת... מרכז הכובד הוא באינטרס הציבורי, החותר להרתיע גופים כלכליים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם אכיפתן של נורמות התנהגות ראויות". כן ראו את דבריו של השופט ג'ובראן בע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ**, פ"ד סז(1) 410, 515 (2014) (להלן: עניין **פריניר**): "התובענה הייצוגית שונה היא מתובענה רגילה. תובענה זו מקדמת גם ובעיקר **אינטרס ציבורי** שאינו מתמצה באינטרס הפרטי הרגיל של מרבית התובענות האחרות. עניינו של האינטרס הציבורי הוא חשיבות צרכנית או חברתית בבירור התביעות והרתעה מפני הפרת חוק. התובענה הייצוגית נחשבת למכשיר משפטי חשוב של אכיפה ורגולציה פרטית, ותרומתו לקידום שלטון החוק בתחומים הסובלים מתת אכיפה היא רבה" (ההדגשה במקור). אמירה דומה, ביחס להוראת ס' 20(ג) לחוק, עלתה בע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עובדן ראבי**, פס' 59 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם באר"ש, 4.12.2011) (להלן: עניין **תנובה**): "בכך הביע המחוקק את דעתו כי התכליות הציבוריות שאותן נועד מוסד התובענה הייצוגית לשרת ושעליהן עמדנו בהרחבה לעיל אינן נופלות בחשיבותן מן התכליות הפרטיות ועל כן יש לחתור להגשמתן של תכליות ציבוריות אלה גם כאשר לא ניתן בשל קשיים כאלה ואחרים להוכיח את מצרף הנזקים האינדיבידואליים המדויק שנגרם לקבוצה ולקיים מתאם בין ציבור הניזוקים לציבור המפוצים".

35 ראו פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן ברע"א **א.ש.ת.**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 236: "החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים התפתחויות חברתיות וכלכליות שבמהלכן צמחו גופים כלכליים רבי עוצמה וכות המרכזים בידם ייצור, תעשייה ושירותים לצריכה המונית. 'האדם הקטן' מפתח תלות באותם גופים, שאת מוצריהם או שירותיהם הוא צורך, ונחשף לאפשרות להיפגע ישירות מפעילותם. נוצר חוסר שוויון בין מעטים – שהשליטה במשאבים מרוכזת בידיהם – לבין מי

הגישה הציבורית והפרו-חברתית העומדת בבסיסו של חוק תובענות ייצוגיות נשמעת גם מדברי המלומדים, הגורסים כי התכלית של מתן סעד הולם לנתבע – אותה תכלית שלכאורה משרתת בעיקר את האינטרס האישי של הקבוצה המיוצגת – אינה עיקרית בהליך זה.<sup>36</sup> כמו כן היא עולה מהסדריו הספציפיים של החוק. נקודה זו תובהר במיוחד בפרק הרביעי של המאמר, אשר ידון בקרן למימון תובענות ייצוגיות שכוונה בסעיף 27 לחוק. אך גם ללא קשר לקרן האמורה, ניתן להפנות את תשומת הלב להוראת החוק שלפיה בקביעת שכר הטרחה לעורך הדין של הקבוצה או בקביעת הגמול לתובע המייצג, כאשר התובענה צולחת, יש לשקול את "מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית".<sup>37</sup> אופייה הציבורי של התובענה הייצוגית נשמע גם מגישתו המרחיבה של החוק בכל הנוגע בהשתתפותם של גורמים ציבוריים שונים בהליך ובייזומו. בעוד שלפני חקיקת החוק הגורם הבלעדי שהיה זכאי להגיש תובענה ייצוגית

שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן לעשות על-ידי הכרת המשפט בכלי התובענה הייצוגית. גם בית המשפט העליון בקנדה עמד על חשיבותו של מכשיר התובענה הייצוגית בעידן הנוכחי: "The class action plays an important role in today's world. The rise of mass production, the diversification of corporate ownership, the advent of the mega-corporation, and the recognition of environmental wrongs have all contributed to its growth... The class action offers a means of efficiently resolving such disputes in a manner that is fair to all parties" ראו *Shopping Centres v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 548–549 (Can.).

36 ראו, למשל, Kerry Barnett, Note, *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 YALE L.J. 1591 (1987); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Myriam Gilles & Gary B. Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343 (1995) כן ראו Friedman, *Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, 155 U. PA. L. REV. 103, 105–106 (2006) אשר סוברים כי "The most critical and controversial feature of this argument is that compensation is not really an important goal in small-claims class actions... We must also do the easy (or at least intuitive) work of showing that the deterrence of corporate wrongdoing is what we can and should expect from class actions". דעה זו עלתה גם בכמה פסיקות של בתי המשפט. ראו עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 34, פס' 50 לפסק דינה של השופטת חיות: "...האינטרס הדומיננטי מבין האינטרסים העומדים ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאותה אנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק וזכויות הצרכנים על ידי העוסק." כן ראו ע"ם 2978/13 **מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ נ' יונס**, פס' יז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 23.7.2015): "עינינו הרואות, כי בעיצובו של חוק זה שיוה המחוקק לנגד עיניו מטרות ציבוריות מובהקות באופיין. אכן, מצויה ביניהן גם מטרת מתן סעד הולם לפלוני שנפגע מהפרת דין, דבר שבודאי יש לראותו כבעל אופי פרטי, הממוקד בפיצוי האישי לכל תובע בנפרד (אף כי ניתן גם לראות בכך עקרונית הגשמה של האינטרס הציבורי להגינות וכיבוד הדין). ואולם, החוק מיצב את הליך התובענה הייצוגית בראש וראשונה כמכשיר חברתי וכלכלי רב עוצמה..."

37 ס' 22(ב)3 ר-23(ב)3 לחוק.

היה אדם יחיד עם עילה לתביעה שהייתה משותפת לו ולקבוצה,<sup>38</sup> סעיף (א)(4) לחוק מונה גורמים ציבוריים שונים, כגון רשות ציבורית או ארגון בעל מטרות ציבוריות,<sup>39</sup> הרשאים גם הם להגיש תובענות ייצוגיות בהתקיים תנאים מסוימים. חידוש משמעותי נוסף בחוק הוא מתן האפשרות לגורמים ציבוריים, באישור בית המשפט, להשתתף בדיונים בתובענה ייצוגית שלא הם יזמו.<sup>40</sup> כך, גורמים ציבוריים מעורבים לעיתים בהסדרי פשרה, וזאת כדי למנוע את ניצול הפשרה לטובת התובע המייצג, בא כוחו והנתבע על חשבון טובתם של חברי הקבוצה.<sup>41</sup>

המסקנה המתבקשת מהדברים עד כה היא כי הלכה למעשה, בצד כלל התכליות המנויות בחוק, הרוח המרכזית המרחפת מעל החוק מדגישה את האינטרס הציבורי הטמון במכשיר התובענה הייצוגית – אינטרס אשר מתבטא בעיקרו באכיפת הדין ובהרתעה מפני הפרתו. דרך תכלית זו ניתן להביא לידי "שיפור ההגנה על זכויות", כלשון סעיף 1 לחוק, ולהוביל לשינוי בהתנהגותם של גופים מפרי חוק, אשר לא היו מפנימים את נזקייהם בצורה מספקת אלמלא התובענה הייצוגית. מן הכיוון האחר התובענה הייצוגית מסייעת לעורר את ציבור הנפגעים מאדישותו הרציונלית, ללכד אותו ולמנף את הכוח המשותף הטמון בו.

האינטרסים הציבוריים הטמונים בתובענה הייצוגית אינם מתמצים בחוק בנוסחו המקורי, אלא מתחזקים ונשמעים גם בחידושים חקיקתיים ופסיקתיים משמעותיים שהתרחשו בעולמן של התובענות הייצוגיות בשנים האחרונות, ואשר מלמדים אף הם על העצמת ייעודן של תובענות אלה בהטמעת נורמות ציבוריות ובהידוק יחסי הגומלין בינו, כמנגנון של אכיפה פרטית, לבין מגווני האכיפה הציבורית. בשורות הבאות נעמוד על חידושים בחקיקה בכיוון זה, ובחלקו הרביעי והאחרון של המאמר, אשר עוסק בקרן למימון תובענות ייצוגיות, נעמוד על התפתחויות וחידושים דומים בפסיקה.

כפי שראינו, חוק תובענות ייצוגיות, אשר נחקק בישראל לפני יותר מעשור, הניב – או למצער אפשר – תנופה אדירה במספרן של התובענות הייצוגיות המוגשות מדי שנה בישראל, והציב את האכיפה הפרטית במקום של כבוד. מעבר להיבטים ציבוריים רבים הכרוכים בחוק ובהסדרים ספציפיים בו שפורטו לעיל, ומעבר לאלה שכרוכים בכינונה בחוק של הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות,<sup>42</sup> נזכיר בהקשר הנוכחי את הקמתה

38 ראו, למשל, רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 18, בעמ' 238–239 ו'278.

39 "רשות ציבורית", כהגדרתה בחוק תובענות ייצוגיות, היא אחד משלושת הגופים המנויים בתוספת הראשונה לחוק: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

40 ס' 15 לחוק.

41 ס' 18 לחוק; סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט ו' 7, 21–20 (2007) (להלן: גולדשטיין "הערות על החוק").

42 ס' 27 לחוק.

לאחרונה של קרן חדשה לניהול ולחלוקה של כספים שנפסקו כסעד.<sup>43</sup> מטרת הקרן הינה ציבורית בהגדרה, דהיינו לחלק את הכספים לטובת מטרת ציבוריות, והיא הוקמה לנוכח קשיים שהתעוררו בפסיקת פיצוי כספי בדרך של תרומה לציבור – הן בנוגע למטרות התרומה והן בנוגע לאופן החלוקה (בין היתר בשל חששות בדבר קשרים קודמים בין הנתבע לבין מקבל התרומה). קשיים אלה הובילו להצעה שהכספים שנועדו לטובת הציבור יועברו לקרן שתנהל את הכספים ותחלקם לתחום קרוב ככל האפשר לנושא התובענה.<sup>44</sup>

התפתחות נוספת הנוגעת באפיון הציבורי של התובענות הייצוגיות היא התקנתן של תקנות המטילות אגרות על הגשת תביעות ייצוגיות.<sup>45</sup> הגם שהתקנות התקבלו על ידי המתנגדים להן ככאלה שמחלישות את מוסד התובענות הייצוגיות, אי־אפשר להתעלם מכך שגם לשינוי תחיקתי זה יש הצדקות ציבוריות. לפי דברי ההסבר שבתזכיר התקנות, תכלית אחת העומדת בבסיס התקנות היא לתמוך בכיסוי חלק מעלויותיו של הליך התובענה הייצוגית, שהינו הליך משפטי ארוך ומורכב אשר צורך משאבים שיפוטיים רבים. לדעת יוזמי התקנות, אין מקום להחריג הליך זה מתשלום אגרה, בדומה לשאר ההליכים המתנהלים בבתי המשפט, כולל הליכים ציבוריים באופן מובהק, דוגמת הליך מנהלי והגשת עתירה לבג"ץ.<sup>46</sup> תכלית ציבורית נוספת שיוחסה לתקנות האמורות מניחה שתשלום האגרות יביא עימו הפחתה של תובענות סרק, וייצור הרתעה בקרב תובעים מניהול הליכים מיותרים. דברי ההסבר לתקנות אומנם מתייחסים לכך שאי־אפשר לקבוע מה שיעורן של תובענות הסרק המוגשות כיום, אך הם מציעים ללמוד על קיומן ממספרם הרב של הסדרי ההסתלקות, במיוחד לנוכח העובדה שרובם נעשים לפני אישור התובענה כייצוגית.<sup>47</sup>

43 ס' 27א לחוק. הסעיף הוסף בחוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10), התשע"ו-2016, ס"ח 1079.  
44 דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח 116.

45 מתווה התקנות שאושר לבסוף מטיל אגרה של 16,256 שקלים על הגשת תביעה בבית המשפט המחוזי, שבו מוגשות רוב התובענות הייצוגיות, ואגרה של 8,128 שקלים על הגשת תביעה בבית משפט השלום. נקבע כי החצי הראשון של האגרה ישולם לפני הגשת התביעה, וחצייה השני ישולם לאחר מתן פסק דין. ראו תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע"ח-2018, ק"ת 1748, וכן פרטים 4א, 4ב, 11א ו-11ב לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007. ראו גם ועדת החוקה, חוק ומשפט "אגרות תובענות ייצוגיות – מתווה פשרה מטעם יו"ר הוועדה" (2017) fs.knesset.gov.il/20/Committees/20\_cs\_bg\_394528.docx (להלן: ועדת החוקה, חוק ומשפט "מתווה הפשרה"). עם זאת, בתובענות ייצוגיות לפי פרטים 6, 7 ו-9 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות נקבע פטור מאגרה. ראו תק' 20(31) לתקנות בתי המשפט (אגרות). לפרטים נוספים על ההסדר ראו אפרת נוימן "אושרו האגרות על הגשת ייצוגיות: 16 אלף שקל במחוזי – 5,500 שקל עם הגשת הבקשה" *TheMarker* 29.11.2017 [www.themarker.com/law/1.4647179](http://www.themarker.com/law/1.4647179)

46 כך, למשל, תקנות בתי המשפט (אגרות) קובעות אגרה של 1,985 שקלים על הגשת עתירה מנהלית, ואגרה של 1,827 שקלים על הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק (פרטים 20 ו-24 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות)).

47 תזכיר תקנות בתי המשפט (אגרות) (תובענה ייצוגית), התשע"ז-2017.

כצפוי, תקנות אלה לא עברו ללא ביקורת.<sup>48</sup> אחת הטענות המרכזיות נגד הטלת האגרות הצביעה על החשש מפני פגיעה בתכליתו של חוק תובענות ייצוגיות לקדם את "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים",<sup>49</sup> ומפני יצירת מחסום גבוה לאותם נפגעים שמבקשים להתמודד עם עוולות ונזקים רחבי היקף שנגרמים על ידי תאגידים חזקים ורשויות שלטוניות שפועלים לא כדין.<sup>50</sup>

הדיון בנושא הטלת אגרות בהליך התובענה הייצוגית אינו חלק ממאמר זה, אך במאמר מוסגר נראה כי ניתן למצוא טעם בהטלת אגרה בהליכים שנועדו גם לטובת הציבור, ולו באופן סמלי, כפי שנהוג גם לגבי הליכים בבג"ץ.<sup>51</sup> כך במיוחד כאשר קיימת קרן ציבורית שנועדה לסייע במימון תובענות ייצוגיות ובקשות לאישור תובענות ייצוגיות שיש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובכירורן. בקרן זו יש כדי למתן את הגבהת סף הכניסה להליך זה בעקבות הטלת האגרות. לפיכך טוב עשה מתווה הפשרה שעמד בבסיס אישורן של תקנות האגרות כאשר קבע כי במקביל להטלת האגרה תסתיים "זמניות" קיומה של הקרן והיא תיהפך לקבועה, תיבחן האפשרות להגדלת תקציבה, ויהיה אפשר להגיש בקשה לסיוע

48 עידו באום "בזמן שאיילת שקד חוסמת את הגישה לבית המשפט, העליון מציע פתרון יצירתי" **TheMarker** 20.12.2017 [www.themarker.com/law/1.4760013](http://www.themarker.com/law/1.4760013). בכתבה זו הכותב מבקר את ההחלטה להטיל אגרות בהגשת תובענות ייצוגיות, ומזכיר פסיקה של בית המשפט העליון אשר התירה פטור מותנה מאגרה, כך שהאגרה תוטל רק אם מגיש התביעה יזכה בהליך. ראו גם דוד מזרחי "סוף לתביעות הייצוגיות? ארון קבורה למאבק הצרכן" **ynet** 30.11.2017 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5049595,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5049595,00.html); מתן פרידין "אגרת תובענה ייצוגית: איילת שקד בשירות הטייקונים" **סרוגים** 29.11.2017 [www.srugim.co.il/225472-%D7%90%D7%99%D7%9C%D7%AA-%D7%A9%D7%A7%D7%93-%D7%9E%D7%A2%D7%93%D7%99%D7%A4%D7%94-%D7%98%D7%99%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%93%D7%99%D7%A4%D7%94-%D7%98%D7%99%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%A2%D7%9C-%D7%A4%D7%A0%D7%99-%D7%94%D7%97%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97](http://www.srugim.co.il/225472-%D7%90%D7%99%D7%9C%D7%AA-%D7%A9%D7%A7%D7%93-%D7%9E%D7%A2%D7%93%D7%99%D7%A4%D7%94-%D7%98%D7%99%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%93%D7%99%D7%A4%D7%94-%D7%98%D7%99%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%A2%D7%9C-%D7%A4%D7%A0%D7%99-%D7%94%D7%97%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97). שרת המשפטים לשעבר שקד הגיבה בעמוד הפייסבוק שלה על הביקורות הרבות שנמתחו על היוזמה. ראו איילת שקד **Facebook** (30.11.2017) [www.facebook.com/ayelet.benshaul.shaked/posts/1452435908208164](https://www.facebook.com/ayelet.benshaul.shaked/posts/1452435908208164). בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, מחק עתירה לביטול התקנות, תוך הותרת הזכות לכל צד לשמור על טענותיו לאחר בדיקת ההסדר בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, וזאת "מתוך הכרה בחשיבות מוסד התובענה הייצוגית והצורך בבחינה זהירה של נושא האגרות שעומד על הפרק". בג"ץ 3646/18 **ידיד מרכזי זכויות בקהילה נ' שרת המשפטים** (פורסם באר"ש, 16.1.2019).

49 ס' 1(1) לחוק.

50 ועדת החוקה, חוק ומשפט "תובענות ייצוגיות (אגרות) מסמך הכנה לישיבה 29.11.17" [m.knesset.gov.il/Activity/committees/huka/Pages/CommitteeMaterial.aspx?ItemID=2023754](http://m.knesset.gov.il/Activity/committees/huka/Pages/CommitteeMaterial.aspx?ItemID=2023754) (28.11.2017).

51 ראו לעיל ה"ש 46.

מהקרן עוד לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית המשפט,<sup>52</sup> ולא רק במקרים מיוחדים, כנדרש בתקנות כיום.<sup>53</sup>

## פרק ב: תובענה ייצוגית, שינוי חברתי ואחריות חברתית של המגזר העסקי

התובענה הייצוגית נעוצה אומנם בעולמו של המשפט הדיוני, אך ייעודה המרכזי, כקבוע בסעיף 1 לחוק, הוא לפעול "לשם שיפור ההגנה על זכויות" ולהביא גם לידי הגשמתן של נורמות חברתיות ומשפטיות מהותיות. דוגמה יפה ומובהקת לכך יכול לשמש פסק הדין בעניין *Brown*,<sup>54</sup> שתחילתו בתובענה ייצוגית.<sup>55</sup> פסק דין זה, שנעסוק בו בהמשך, הוביל לשינוי חוקתי דרמטי בבטלו את מדיניות ה"נפרד אבל שווה" בארצות הברית, ולא בכדי הגדיר אותו הנשיא אהרן ברק כפסק הדין החשוב ביותר של בית המשפט האמריקני במאה העשרים.<sup>56</sup>

הפטנציאל החברתי והחוקתי הטמון בתובענה הייצוגית מקבל משנה תוקף בעידן המודרני, וראוי לחברו לשיח המתגבר בדבר תחולתן של נורמות מהמשפט הציבורי, לרבות זכויות האדם, על גופים לא שלטוניים. שיח זה קשור להתעצמותו של המגזר העסקי, מחד גיסא, ולירידה בדומיננטיות של המסגרת החברתית, הכלכלית והמשפטית המסורתית שהמדינה מספקת לאזרחיה מאידך גיסא, ונראה כי הוא אף נובע מתהליכים אלה.<sup>57</sup> השוואה בין כוחם הכלכלי של התאגידים הגדולים לבין עוצמתן הכלכלית של מדינות מגלה כי תאגידים מהווים כיום כשני שלישים מהסחר העולמי בסחורות

52 ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט "מתווה הפרשה", לעיל ה"ש 45; טיוטת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 11), התשע"ט-2018, מתוך סדר היום לשיבת ועדת השרים לענייני חקיקה, הכנסת ה-20 (23.12.2018) [www.gov.il/BlobFolder/reports/seder201218/he/seder\\_Hakika\\_seder20](http://www.gov.il/BlobFolder/reports/seder201218/he/seder_Hakika_seder20) 1218.pdf. ועדת השרים הביעה תמיכה בטיטת החוק – ראו "עמדות ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 23 בדצמבר 2018" (23.12.2018) [www.gov.il/BlobFolder/reports/seder201218/he/seder\\_](http://www.gov.il/BlobFolder/reports/seder201218/he/seder_) Hakika\_emdot231218.pdf – אולם מאחר שארבעה ימים לאחר מכן התקבל חוק התפוזות הכנסת העשרים, התשע"ט-2018, נעצר קידומה של הצעת חוק זו וחודש שוב רק ביוני 2020, באמצעות תזכיר חוק תובענות ייצוגיות (תיקונים שונים), התש"ף-2020, [www.tzkirim.gov.il/s/tzkirim?](http://www.tzkirim.gov.il/s/tzkirim?language=iw&tzkir=a093Y00001RdDGwQAN)

53 תק' 4(א) לתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), התש"ע-2010.

54 עניין *Brown*, לעיל ה"ש 9.

55 אתירם, לעיל ה"ש 9.

56 ארי שביט "אהרן ברק, אזרח מודאג" **הארץ** 9.4.2008 [www.haaretz.co.il/misc/1.1317752](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1317752).

57 רונית דוניץ-קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפיסה חדשה של אחריות" **משפטים** מג 1127, 1131 (2013).



ובשירותים; 51 מתוך 100 הגופים הכלכליים הגדולים בעולם הם תאגידים; 200 התאגידים הגדולים בעולם מייצרים 27.5% מהתוצר המקומי הגולמי בעולם, וההכנסה השנתית שלהם גבוהה מהכנסתן של 182 מדינות שמתגוררים בהן 82% מאוכלוסיית העולם.<sup>58</sup> עוצמה כלכלית זו מתורגמת בתורה לעוצמה חברתית, סביבתית, פוליטית ותרבותית לא מבוטלת, הן ברמה הבין-לאומית והן ברמה המדינתית.<sup>59</sup> גם פעילותם המגוונת של תאגידים בקשת רחבה של תחומים גוררת מאליה את המסקנה כי יכולתם של מרכיבי החברה (society) המודרנית להגשים את עצמם תלויה במידה רבה בעולם החברות (companies) שסובב אותם.<sup>60</sup> כך, לא יאה זה מוגזם לומר שבעידן הנוכחי מרבית האינטראקציות האנושיות נסמכות על פעילותן של חברות או של גופים מאוגדים אחרים,<sup>61</sup> ובלשונו הצלולה של השופט ברק, בהתייחסו באחד מפסקי הדין לשאלת הטלתה של אחריות פלילית על תאגיד, "בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עיקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידים מבני אדם."<sup>62</sup> בהתאם, אי-אפשר להפריז בכוחו ובהשפעתו של המגזר העסקי גם על זכויות האדם, אשר החשש להפרתן על ידי תאגידים הינו מעשי ומשמעותי כיום לא פחות מהחשש להפרתן על ידי רשויות השלטון.<sup>63</sup> דברים אלה נכונים לא רק ביחס להפרות חמורות של זכויות אדם "קלאסיות", כגון עבדות או תנאי עבודה מקפחים, אלא גם בסוגיות הנוגעות, למשל, בהגנת הפרטיות,<sup>64</sup> ברווחה נפשית וכלכלית, ובנושאים מגדריים כשוויון בתנאי העסקה, ולכן אין פלא שהשיח בנושא אחריותן החברתית של חברות עסקיות הגיע בעת הזו ל"צומת קריטי".<sup>65</sup> הגישה המוצעת במאמר זה היא כי מנגנון התובענה הייצוגית יכול לחדד את ההקשר החברתי-הכלכלי שבמסגרתו המגזר העסקי פועל, לתת מענה משפטי אפקטיבי לצורך בריסון כוחם המתגבר של התאגידים בעידן הנוכחי, ולסייע באכיפתן של נורמות ציבוריות במגזר הפרטי ובאמצעותו של מגזר זה.<sup>66</sup>

58 רונן שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי: על עיצוב מושג האחריות החברתית של תאגידים" דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל – לשמואל נח אייזנשטרט בהגיעו לגבורות 237, 237–238 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמעון צלניקר עורכים, 2007).

59 דוניץ-קידר, לעיל ה"ש 57.

60 עלי בוקשפן "על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי" משפט ועסקים א 229 (2004).

61 בוקשפן **המהפכה החברתית**, לעיל ה"ש 1.

62 עניין **מודיעים**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 383.

63 De Brabandere & Hazelzet, לעיל ה"ש 13, בעמ' 223–224; Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 13.

64 ראו, למשל, ת"צ 66426-06-17 **פרמינגר נ' Instagram LLC** ות"צ 17780-12-16 **פלוני נ' Facebook Ireland LTD**.

65 כהגדרתם של בבצ'וק וטלריטה במאמרם Lucian A. Bebchuk & Roberto Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, CORNELL L. REV. (forthcoming 2020), available at [ssrn.com/abstract=3544978](https://ssrn.com/abstract=3544978). ל"קצה הקרחון" של השיח התאגידי בתקופה האחרונה ראו המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 6.

66 נקודה זו מתחדדת לנוכח העובדה שרוב הנתבעים בתובענות הייצוגיות בישראל הם תאגידים (וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 4), ושעילות התובענות הן בעיקר בתחומים של דיני הגנת הצרכן,

## 1. תובענה ייצוגית ככלי לשינוי חברתי

באופן ציורי ניתן לדמות את התובענה הייצוגית ל"הפגנה" משפטית שבה נשמע קולו של הציבור – קול ציבורי ואפקטיבי ש"שיניים משפטיות" בצידו. ככזו, התובענה הייצוגית טומנת בחובה פוטנציאל לקידום תהליכי עומק חברתיים, כפי שניתן ללמוד מהסדריו הפרטניים של חוק תובענות ייצוגיות בישראל,<sup>67</sup> כמו גם מהניסיון במשפט האמריקני, אשר שימש מקור השראה להסדר הישראלי בתחום התובענות הייצוגיות.<sup>68</sup> השימוש בתובענה הייצוגית כמכשיר לשינוי חברתי לא רק שאינו זר למשפט האמריקני,<sup>69</sup> אלא שיש אף כאלה הסבורים כי המניע העיקרי לתיקון הנרחב שנעשה בשנת 1966 לתקנה 23 לתקנות סדרי הדין הפדרליות<sup>70</sup> נבע מהשינויים החברתיים שהתרחשו בארצות הברית באותה עת, מהעלייה בהכרה בחשיבותן של זכויות האזרח ובכוחן של תנועות חברתיות,<sup>71</sup> ומהתגבשותם של האמצעים הדיוניים שנדרשו לשם

דיני ביטוח, דיני בנקאות, דיני הגבלים עסקיים (או בשמם החדש – דיני התחרות הכלכלית), דיני איכות הסביבה, הפליה (כולל הפליה במקום העבודה והפליה של אנשים עם מוגבלות) ודיני עבודה. נושאים אלה קשורים לעניינם של ה-stakeholders, ופחות לעניינם של ה-stockholders, וכאלה הם מייצגים הגנה על אינטרסים המזוהים עם אחריותה החברתית של החברה העסקית, ולא רק עם אחריותה הכלכלית.

77 ראו את הדין לעיל בפרק הראשון וכן להלן בפרק הרביעי, שדן בקרן למימון תובענות ייצוגיות.

78 גולדשטיין "הערות על החוק", לעיל ה"ש 41.

79 בהקשר זה חשוב להדגיש היבט מהותי שמייחד את התובענה הייצוגית בארצות הברית, והוא תדירות השימוש הגבוהה בתק' (2)(b)23 ל-Federal Rules of Civil Procedure (להלן: Fed. R. Civ. P.). לפי תקנה זו, ניתן להגיש תביעה ייצוגית לסעד הצהרתי או לצו מניעה – סעדים שמתאימים באופיים לעילות מכוח המשפט החוקתי והמשפט המנהלי. בישראל, אף שהחוק אינו שולל את האפשרות לתבוע סעדים שאינם כספיים במסגרת תובענה ייצוגית, בפועל רק בקשות מעטות מאוד לאישור תובענות כייצוגיות פונות לאפיק זה. להרחבה ראו Alon Klement & Robert Klonoff, *Class Actions in the United States and Israel: A Comparative Approach*, 19 THEORETICAL INQ. (2018) L. 151; גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית", לעיל ה"ש 8, בעמ' 419.

70 Fed. R. Civ. P. Rule 23.

71 תק' 23 שצוינה לעיל הותקנה בשנת 1938 ועיגנה את התובענה הייצוגית המודרנית המוכרת כיום בארצות הברית. ברם, ההסדר שבתקנה לא הצליח לספק מענה הולם לכמה סוגיות שהתובענה הייצוגית מעוררת, ולכן מונתה ועדה מיוחדת לצורך ניסוחה מחדש. להרחבה על תקנה זו ועל ניסוחה מחדש ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 29–31. לעניין זה ראו גם DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTION DILEMMAS: PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN 12 (RAND Corp. 2000), available at www.jstor.org/stable/10.7249/mr969icj.1; John P. Frank, *Response to 1996 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions*, in 2 WORKING PAPERS OF THE ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES ON PROPOSED AMENDMENTS TO CIVIL RULE 23, 264 (1997), available at www.uscourts.gov/sites/default/files/working\_papers-vol2.pdf.

אכיפה אפקטיבית של זכויות של קבוצות אשר לא יכלו לממש את זכויותיהן כפרטים באמצעות מערכת המשפט.<sup>72</sup>

אין פלא, אפוא, שהתובענה הייצוגית יכולה לשמש דוגמה מובהקת לשימוש האפשרי בהתדיינות האזרחית לצורך קידומן של רפורמות ציבוריות, כפי שנטען במאמרו האיקוני של Chayes על "Public Law Litigation", אשר הציף את השימוש האפשרי בהתדיינות אזרחית וייצוגית לצורך השפעה על נושאים חברתיים וקבוצתיים (מעבר להסדרה המסורתית של סכסוכים בין פרטים בחברה).<sup>73</sup> התבוננות זו, המדגימה את יכולתו של ההליך האדוורסרי לקדם רפורמות חברתיות מן המעלה הראשונה,<sup>74</sup> מתחדדת לנוכח עיסוקם של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית בנושאים מרכזיים שעל סדר היום הציבורי באמצעות תובענות ייצוגיות.

בהקשר זה יהיה נכון לפרוש בקצרה את תהליך התפתחותה של התובענה הייצוגית. כפי שהראה ברק אתירם במאמר שפורסם לאחרונה,<sup>75</sup> בתחילת דרכה, ולהבדיל מן המקובל כיום, שימשה התובענה הייצוגית כלי במאבקן של קבוצות מוחלשות, ביניהן הקהילה האפרו-אמריקנית ומעוטי יכולת כלכלית, וכבר בכך הדגימה את הכוח הטמון בהתדיינות משפטית להטמעתן ולעיצובן של נורמות לא רק באמצעות המוסדות הציבוריים המסורתיים, דוגמת בית המחוקקים והממשלה.<sup>76</sup> דוגמאות לכך היו שורה של

72 אתירם, לעיל ה"ש 9.

73 Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1291 (1976) ("The class suit is a reflection of our growing awareness that a host of important public and private interactions – perhaps the most important in defining the conditions and opportunities of life for most people – are conducted on a routine or bureaucratized basis and can no longer be visualized as bilateral transactions between private individuals. From another angle, the class action responds to the proliferation of more or less well-organized groups in our society and the tendency to perceive interests as (group interests, at least in very important aspects)".

74 Lesley K. McAllister, *Revisiting a "Promising Institution": Public Law Litigation in the* 74 *Civil Law World*, 23 GA. ST. U. L. REV. 693, 693–694, 700–702 (2008). דברים דומים נאמרו גם על ידי נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות. ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935, 937 (2016).

75 אתירם, לעיל ה"ש 9.

76 לספרות ענפה אשר דנה בהשלכות של התדיינות משפטית, לרבות דרך מכשיר התובענה הייצוגית, לצורך השגת תפוקות פוליטיות ראו, למשל, Neal Milner, *The Dilemmas of Legal Mobilization: Ideologies and Strategies of Mental Patient Liberation Groups*, 8 LAW & POLY 105 (1986); Bryant G. Garth, *Introduction: Toward a Sociology of the Class Action*, 57 IND. L.J. 371 (1982); P.A. Paul-Shaheen & Harry Perlstadt, *Class Action Suits and Social Change: The Organization and Impact of the Hill-Burton Cases*, 57 IND. L.J. 385 (1982) (National Association for the Advancement of Colored People) NAACP כד, למשל, השתמשה במכשיר התובענה הייצוגית בצורה נרחבת בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת לצורך קידום זכויותיהם של אפרו-אמריקנים בארצות הברית. שם, בעמ' 387.

תובענות ייצוגיות בשנות השבעים אשר מכונות "Hill-Burton Cases".<sup>77</sup> תובענות אלה הוגשו נגד בתי חולים פרטיים בארצות הברית שקיבלו סיוע כספי מהממשלה מכוח Hill-Burton Act,<sup>78</sup> ונטען בהן כי קבלת סיוע כספי כאמור מטילה על בתי החולים את החובה לספק שירות רפואי ללא תשלום למעוטי יכולת כלכלית. בעקבות תובענות אלה הותקנו תקנות וכללים אשר חייבו את בתי החולים לספק סיוע רפואי ללא תשלום לאותה אוכלוסייה של מעוטי יכולת כלכלית.<sup>79</sup>

דוגמה מובהקת נוספת לפוטנציאל החברתי הטמון במנגנון התובענה הייצוגית היא פרשת *Brown*, שהוזכרה בפתח הפרק.<sup>80</sup> פרשה מפורסמת זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בארצות הברית על רקע מדיניות מושרשת במוסדות שונים בארצות הברית של הפרדה גזעית של האוכלוסייה האפרו-אמריקנית. מדיניות זו קיבלה גושפנקה משפטית עשורים קודם לכן בעניין *Plessy v. Ferguson*,<sup>81</sup> שם קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי הפרדה על רקע גזעי במקומות ציבוריים הינה חוקתית במסגרת דוקטרינת "נפרד אבל שווה" ("Separate but Equal").<sup>82</sup> נגד מדיניות זו הוגשו כמה תובענות ייצוגיות, ובית המשפט העליון מצא לבסוף במישור החוקתי כי מדיניות זו אינה חוקתית, באשר היא פוגעת בזכות לשוויון בהתאם לתיקון 14 לחוקת ארצות הברית.<sup>83</sup>

77 ראו Paul-Shaheen & Perlstadt, שם, בעמ' 395; Cook v. Ochsner Found. Hosp., 319 F. Supp. 603 (E.D. La. 1970), 61 F.R.D. 354 (E.D. La. 1972), aff'd, 559 F.2d 968 (5th Cir. 1977); Corum v. Beth Israel Med. Ctr., 373 F. Supp. 550 (S.D.N.Y. 1974); Lugo v. Simon, 426 F. Supp. 28 (N.D. Ohio 1976); Lugo v. Simon, 453 F. Supp. 677 (N.D. Ohio 1978); E. Ky. Welfare Rights Org. v. Shultz, 370 F. Supp. 325 (D.D.C. 1973), rev'd, E. Ky. Welfare Rights Org. v. Simon, 506 F.2d 1278 (D.C. Cir. 1974), vacated & remanded, 426 U.S. 26 (1976); Newsom v. Vanderbilt Univ., 453 F. Supp. 401 (M.D. Tenn. 1978).

78 Hill-Burton Act הוא חוק פדרלי שקרוי על שם של הסנטורים שיזמו אותו – Harold Burton ו-Lister Hill Hospital Survey and Construction Act, Pub. L. No. 79-725, 60 Stat. 1040 (1946). החוק הוא תוצר של המאמצים לסבסוד פדרלי של הקמת בתי חולים ותפעולם לאחר מלחמת העולם השנייה. ראו Paul-Shaheen & Perlstadt, לעיל ה"ש 76, בעמ' 390.

79 Paul-Shaheen & Perlstadt, שם, בעמ' 390–391.

80 עניין *Brown*, לעיל ה"ש 9.

81 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

82 ראו Paul Finkelman, *Original Intent and the Fourteenth Amendment: Into the Black Hole of Constitutional Law*, 89 CHI.-KENT L. REV. 1019 (2014).

83 תיקונים 13 ו-14 לחוקה האמריקנית עיגנו את ביטול העבדות ואת הזכות לשוויון זכויות לכל אדם בלא קשר לצבע עורו (U.S. CONST. amends. XIII & XIV). ההחלטה אוימנם לא הובילה באופן ישיר ומיידי לביטול המדיניות המפלה, במיוחד במדינות הדרום, שבהן גם לאחר פסק הדין נקטו מדיניות מפלה נגד האוכלוסייה האפרו-אמריקנית, אך היא ממחישה את העוצמה של מכשיר התובענה הייצוגית ואת הפוטנציאל הטמון בו לקידום ערכים חברתיים משמעותיים. ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 31. כך, למשל, במדינת ארקנסו שבדרום ארצות הברית אירע בשנת 1957 משבר, המכונה "משבר ליטל רוק", על רקע האינטגרציה הצפויה של תלמידים אפרו-

דוגמה נוספת לשילוב פעילות משפטית ייצוגית במאבקה החברתי-המחאתי של הקהילה האפרו-אמריקנית היא פרשת *Browder v. Gayle*.<sup>84</sup> תביעה זו עסקה במדיניות ההפרדה הגזעית בתחבורה הציבורית בעיר מונטגומרי, אלבמה. התובעים, אשר ביקשו לתקוף את מדיניות ההפרדה הגזעית באוטובוסים העירוניים בהתבסס על תיקון 14 לחוקה האמריקנית, עשו כן באמצעות שימוש במכשיר התובענה הייצוגית. תובענה זו הסתיימה גם היא בביטולה של מדיניות ההפרדה הגזעית בתחבורה העירונית ובניצחון לקהילה האפרו-אמריקנית.<sup>85</sup>

הליכים ייצוגיים חברתיים בולטים נוספים בארצות הברית היו אלה שדנו בתביעות ההשבה של נפגעי פשעי הנאצים וכן עתירות נגד איסור ההפלות. הראשונות נדונו בספרה החשוב של ליאורה בילסקי *The Holocaust, Corporations, and the Law*.<sup>86</sup> בילסקי מנתחת בספרה את תביעות ההשבה הייצוגיות שהובאו בשנות התשעים לפני בתי משפט פדרליים בארצות הברית נגד בנקים שווייציים וחברות גרמניות להשבת כספים שמקורם בפשעי הנאצים – תביעות המכונות "Transnational Holocaust Litigation". תביעות אלה הסתיימו אומנם בהסדרי פשרה בסכומים משמעותיים מבלי שהנתבעים נשאו באחריות משפטית, אולם אף על פי כן, לדבריה של בילסקי, אי-אפשר להפריז בחשיבותן הציבורית, החברתית וההיסטורית. טענתה של בילסקי היא כי מעבר לחשיבותן הכבירה של תובענות אלה לנושא שנדון בהן, הן המחישו גם את התאמתן של תובענות ייצוגיות ככלל למימוש רפורמות מבניות ולמימוש אחריות המתאימה לטיבה הבריקורטי של מעורבות תאגידית בהפרתן של זכויות אדם – יעדים שאי-אפשר להשיגם בהליכים פליליים, בהיותם פרטניים מטבעם.<sup>87</sup>

לצד הליכים אלה ראוי להתייחס לפסק דין בולט נוסף בארצות הברית, *Roe v. Wade*, אשר החל במסגרת דיונית של תובענה ייצוגית והביא לידי שינוי בפירושן של נורמות

אמריקנים בבתי הספר הציבוריים במדינה בעקבות החלטת התקדימית בעניין *Brown*. מושל המדינה התנגד בתוקף לקיום אינטגרציה מעין זו, ורק לאחר התערבות של הממשל הפדרלי, בראשות הנשיא דווייט אייזנהאואר, נאכפה החלטת בית המשפט העליון. עם זאת, תקופה קצרה לאחר מכן התקבלה החלטה במדינת ארקנסו לסגור את בתי הספר הציבוריים במדינה, כדי למנוע את האינטגרציה האמורה. להרחבה ראו *Martha Minow, Surprising Legacies of Brown v. Board*, 16 WASH. U. J.L. & POL'Y 11, 14 (2004).

*Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (M.D. Ala. 1956) 84

אתירם, לעיל ה"ש 9. 85

BILSKY, לעיל ה"ש 2. 86

87 בילסקי טוענת בספרה כי תביעות השבה ייצוגיות אלה אפשרו להרחיב את המבט אל מעבר לפושעים האנושיים הפרטניים, לכיוונם של הארגונים אשר היו שותפים לדבר עברה וסייעו להפרות שיטתיות וקיצוניות של זכויות אדם בתקופת השואה. היא מראה כיצד הצליחו תובענות אלה לבטל את החסינות דה פקטו של תאגידים מפני נשיאה באחריות בגין שימוש בעבודות כפייה, שוד וביזה בתקופת השואה, וזאת באמצעות הסרת מכשלות של זמן (התיישנות), מקום התרחשות וחולשתם של התובעים הפרטניים בזירה המשפטית. ראו שם, בעמ' 51.

חוקתיות.<sup>88</sup> פרשה ידועה זו החלה כתובענה ייצוגית שהוגשה נגד חקיקה של מדינת טקסס בארצות הברית שאסרה ביצוע הפלות, למעט במקרים חריגים של סכנה מוחשית לחיי האישה הנושאת את העובר. עם הקבוצה המיוצגת נמנו כל אותן נשים שביקשו לבצע הפלה ואשר בקשתן נדחתה לנוכח ההגבלה החוקית האמורה. בית המשפט העליון הכיר בזכות האישה לבצע הפלה כנגזרת של הזכות לפרטיות, תוך שהוא קובע כי חוקים המגבילים את יכולתה של האישה לבצע הפלה אינם חוקתיים. בשולי פסק דין זה ואחרים ניתן לומר כי תוצאה דומה הייתה עשויה להתקבל גם בתביעה מסורתית של תובעת יחידה, אך דומה שהסיכויים להגשת התביעה ולבירורה, כמו גם עוצמת ההדים שביכולתה ליצור, גדולים לאין שיעור בתובענה ייצוגית, אשר משמשת "מכפילת כוח" לציבור שלם שזכויותיו הופרו, ובכך מרוממת את השפעתו של אותו ציבור על מיגורה של הפגיעה שהוא מלין עליה.<sup>89</sup>

דוגמאות אלה מעניינות בהקשר הישראלי, שכן מנגנון התובענה הייצוגית בישראל התפתח במידה רבה באמצעות השוואתו לדין האמריקני,<sup>90</sup> אף שהשוואה זו נעדרת את ההקשר האמריקני של מאבקים חוץ-משפטיים למען זכויותיהם של פרטים המשתייכים לקבוצות מוחלשות.<sup>91</sup> לפיכך, ולמרות ההיסטוריה החברתית העשירה של התובענה הייצוגית במשפט האמריקני ככלי המוביל לשינוי חברתי ולהעצמת זכויות אדם, דומה שבישראל התובענה הייצוגית, כהליך משפטי-חברתי, יכולה להיתפס כאמצעי שיש לו חלופות, דוגמת עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים.<sup>92</sup> עם זאת, קיומן של

88 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). להשפעתו של פסק דין זה על מוסד ההפלות בארצות הברית ראו, למשל, Linda Greenhouse & Reva B. Siegel, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash*, 120 YALE L.J. 2028 (2011).

89 דוגמה נוספת יכול לשמש גם פסק הדין בעניין Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003), אשר עסק בתובענה ייצוגית שהוגשה נגד אוניברסיטת מישיגן בטענה שמדיניות ההפלה המתקנת (affirmative action) שהאוניברסיטה מקדמת פוגעת בזכות יסוד של התובעת גרץ, ושל הקבוצה שהיא מייצגת, באשר היא מקנה יתרון לא מידתי לאוכלוסיות מיעוטיות בעת הקבלה לאוניברסיטה. לפי המדיניות שהונהגה באוניברסיטה, כל מועמד בן מיעוטים קיבל באופן אוטומטי כ-20 נקודות מתוך ה-100 בעת חישוב נקודות הזכות לקבלה למוסד הלימודים. בית המשפט העליון קבע כי אף שהמדיניות כשלעצמה אינה פסולה, עליה לעמוד בגבולות סבירים, ודבר זה אינו מתקיים במדיניות שנקטה. מכיוון שדובר בהלכה של בית המשפט העליון, היא הובילה לשינוי של מדיניות ההעדפה המתקנת בכל מוסדות הלימודים בארצות הברית, ולא רק במוסד שמועמדיו נכללו בקבוצה שיוצגה בעניין Gratz.

90 ראו לעיל ליד ה"ש 68.

91 הדוגמאות שהובאו לעיל לתובענות ייצוגיות שהובילו לשינויים חברתיים מרחיקי לכת בארצות הברית מעניינות במיוחד לנוכח המחאות החברתיות והקבוצתיות שהתרחשו במקביל להליך המשפטי, ואשר הדגישו את החיבור הקבוצתי של האוכלוסייה המוחלשת לתביעה עצמה, מה שסייע כנראה בקיבועה של התובענה הייצוגית בתודעה הציבורית כמכשיר לשינוי חברתי ולאכיפת זכויות אדם. ראו אתירם, לעיל ה"ש 9.

92 שם. השוו, למשל, את הנושא החוקתי שנדון כתובענה ייצוגית בעניין Brown לזה שנדון בבג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009).

חלופות אלה אינו רלוונטי לתובענות ייצוגיות המופנות נגד חברות עסקיות, שבהן דן מאמר זה. מכיוון שחברות הן גופים לא שלטוניים, בתי המשפט המנהליים ובג"ץ אינם הערכאות הרלוונטיות לגביהן, ואף הדין הציבורי הטהור אינו חל עליהן. לפיכך חשוב להבהיר כי ההתייחסות במאמר זה להתפתחות ההיסטורית של התובענה הייצוגית בארצות הברית אינה מכוונת לומר כי ההיסטוריה שבה וחוזרת על עצמה. עם זאת, מעניין להיווכח שהמרכיבים הציבוריים שאפיינו את התפתחותה של התובענה הייצוגית בראשיתה, בקידומן של זכויות אדם באמצעות תובענות ייצוגיות, שבים ומרימים את ראשם בעידן התאגידי המודרני, בהתמרה ובשינויים המתבקשים, וזאת ביחס לסוגיות הקשורות לאחריותו החברתית של המגזר העסקי, אשר משפיע כיום יותר מאי פעם על חייהם ורווחתם של רבים.<sup>93</sup> נקודה זו מומחשת בדוגמאות שיוכחו בפרק הרביעי – עניין רדיו קול ברמה, עניין חברות הגז ועניין חברת חשמל;<sup>94</sup> בהרשאה שניתנה לכמה ארגונים ורשויות ציבוריות להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית;<sup>95</sup> בשכיחותם הרבה של תאגידי עסקיים כנתבעים בתובענות ייצוגיות;<sup>96</sup> בעילות התביעה שבגינן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית;<sup>97</sup> וכמובן בהקמתה של הקרן הציבורית המסייעת במימוןן של תובענות ייצוגיות שיש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן.<sup>98</sup>

ניתן לסכם את הדברים עד כה ולומר כי הליכי התובענה הייצוגית הינם הליכים אשר אוצרים בתוכם פוטנציאל לאכיפתן ולהטמעתן של נורמות ציבוריות במשפט הפרטי, וזאת לצד הליכים נוספים המיועדים גם הם להגן מפני פגיעה בזכויות בסיסיות של הפרט, דוגמת אלה המצויים במסגרת המשפט הציבורי, אם בדרך של הגשת עתירות לבג"ץ ואם בדרך של תביעות מנהליות נגד רשויות המדינה בבית המשפט המחוזי. עם זאת, ומבלי להיכנס להשוואת האפקטיביות של הכלים הדיוניים השונים בהתנעת

93 לשימוש בתובענה הייצוגית לקידומן של רפורמות ציבוריות ומבניות ראו Chayes, לעיל ה"ש 73; Fiss, *The Forms of Justice*, לעיל ה"ש 2.

94 רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (פורסם באר"ש, 9.12.2015); רע"א 9771/16 נובל אנרגי מדיטרניאן לימיטד נ' נורי (פורסם באר"ש, 28.9.2017) (להלן: עניין חברות הגז); רע"א 3456/13 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר (פורסם באר"ש, 28.9.2017) (להלן: עניין חברת חשמל).

95 ס' 4(א)(2) לחוק מאפשר לרשות ציבורית להגיש תביעה ייצוגית בתחום אחת המטרות הציבוריות שאותה רשות ציבורית עוסקת בהן בשם קבוצת בני אדם; וס' 4(א)(3) לחוק מאפשר לארגון להגיש תביעה ייצוגית כאשר התביעה עוסקת באחת המטרות הציבוריות שהארגון עוסק בהן.

96 וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 4.

97 החוק מגדיר את העילות שבגינן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ביניהן עילות בעלות אופי ציבורי-חברתי ברור, כגון תביעה בעילה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכנסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; תביעה בעילה של הפליה בעבודה לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, או לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ועוד (פרטים 7, 8 ו-1) (2) לתוספת השנייה לחוק).

98 ס' 27 לחוק.

שינויים חברתיים, אין חולק, כאמור, כי התובענות הייצוגיות הינן הליכים למימוש זכויות במשפט הפרטי, ובכך, למצער, הן מוסיפות נדבך חשוב לאכיפתן של נורמות ציבוריות כלפי גופים פרטיים, שלגביהם ההליכים המנהליים אינם רלוונטיים. לנוכח התרחבות התופעה – שאותה נסקור בחלק הבא – של פגיעות בנורמות ציבוריות המגיעות מצידו של המגזר העסקי (אשר לגביו, כאמור, שאלת הפנייה לבג"ץ או לבתי המשפט המנהליים אינה רלוונטית), התובענה הייצוגית נעשית כיום משמעותית יותר מאי פעם, וגם חוזרת בכך למקורותיה – הגנה על זכויות חברתיות.

## 2. תובענה ייצוגית, אחריות תאגידית וזכויות אדם במגזר העסקי

בעשורים האחרונים, ובמיוחד בעת האחרונה, גובר מאוד העיסוק בשאלת אחריות החברתית של תאגידים עסקיים, לרבות מחויבותם לכיבוד זכויות האדם של הפרט. בעידן הנוכחי מרחב ההשפעה של פעולותיהם של תאגידים חורג בהרבה מהתאגידים עצמם, ומעורר את שאלת האחריות והמחויבות של אלה לשקול שיקולים ציבוריים רחבים יותר בפעילותם.<sup>99</sup> כפי שנטען במאמר זה, התובענה הייצוגית, ובמיוחד הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, יכולות לשמש מעבדה תיאורית ונורמטיבית מעניינת לחשיפת מגמות אלה ולהטמעתן האפקטיבית מבחינה משפטית. אך לפני שנפנה לכך, ראוי להקדים מילים מספר לסקירת התפתחותה של האחריות החברתית במגזר העסקי ויחסה לעולם המשפט. תיאור זה יסייע, כמעין "פעולת מלקחיים", לקרב את הדיון בתת-חלק הקודם – אשר עסק ביכולתה העקרונית של התובענה הייצוגית לקדם יעדים חברתיים וציבוריים – אל הטענה בתת-חלק הנוכחי, שלפיה המגזר העסקי מאתגר כיום את השיח החברתי, המשפטי והציבורי לא פחות מהמגזר השלטוני, ועל-כן יהא זה מתאים לרתום את הפוטנציאל הטמון בתובענה הייצוגית גם להסדרת מגזר זה. לפי חלוקה אחת, ניתן להתייחס להתפתחותה של האחריות החברתית התאגידית (CSR) במונחים "דוריים".<sup>100</sup> "הדור הראשון" מתאפיין בפרשנות אחריותו החברתית של התאגיד העסקי כתפיסה של צדקה ופילנתרופיה גרידא. לפי תפיסה זו, אחריות התאגיד היא נקודתית, היא באה לידי ביטוי בעיקר בהענקת תרומות חד-פעמיות או מתמשכות, ומקורה בשיקול דעתו של התאגיד, ולא בחובות משפטיות. "הדור השני" של האחריות החברתית התאגידית, שגם הוא אינו מקים עדיין חבויות משפטיות, מתאפיין בתפיסה שלפיה על אחריות זו להיות קשורה לליבה העסקית של התאגיד, וכי על התאגיד לאמץ ולהטמיע שיקולים חברתיים וסביבתיים ארוכי טווח, לעגן אותם בקודים

99 בוקשפן **המהפכה החברתית**, לעיל ה"ש 1; Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 13. כן ראו לעיל ה"ש 6-8.

SIMON ZADEK, *THIRD GENERATION CORPORATE CITIZENSHIP: PUBLIC POLICY AND BUSINESS IN SOCIETY* 9–11 (The Foreign Pol'y Ctr. 2001); עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר "אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגר גבולות המשפט" **המשפט** יז 297, 304 (2012).



אתיים וליישמם בפעילותו השוטפת. "הדור השלישי" של האחריות החברתית התאגידית מתאר את מצב העניינים ההולך ומתהווה כיום בעולם העסקי, שלפיו לאחריות החברתית של התאגידים מתלוות גם השלכות משפטיות.<sup>101</sup>

תיאור "דורי" זה מסביר את התפתחותו וביסוסו של "משפט רך" שחל על תאגידים, ופעמים רבות גם מנוסח על ידיהם או לפחות בשיתוף פעולה עימם. משפט רך זה נוצר באופן וולונטרי, למשל באמצעות קוד התנהגות של אחריות חברתית, ולא נועד לאכיפה משפטית. כך, למשל, תאגיד יכול ליטול על עצמו מחויבות לוודא כי הן הוא והן העסקים הקשורים אליו (כגון הספקים שהוא מתקשר עימם) לא יעסיקו ילדים או עובדים בכפייה, יימנעו מהפליה ומהטרדה מינית, ויאפשרו לעובדים להתארגן. קודים אלה יכולים לכלול, למשל, התחייבות למדיניות של העדפה מתקנת בקליטת עובדים, הקפדה על מתאם בין הפרופיל האתני, הדתי או המיני של כוח העבודה לבין הפרופיל הדמוגרפי של האוכלוסייה הרלוונטית, או התחייבות להשקיע שיעור נתון מהרווח השנתי בפרויקטים חברתיים. חוליה נוספת של "המשפט הרך" באה לידי ביטוי בצמיחתם של גופים חוץ-שלטוניים המפתחים תקנים למדידת הביצועים החברתיים של תאגידים שונים. תקנים אלה מאמצים על ידי התאגידים באופן וולונטרי, וגם כאשר יש פיקוח על יישומם, הוא נעשה בדרך כלל בהזמנת התאגיד.<sup>102</sup> עם זאת, יש להניח כי אף שמדובר באימוץ וולונטרי, הוא מונע לא מעט על ידי לחץ ציבורי על תאגידים שבחרים לא לאמץ מדיניות של אחריות תאגידית – לחץ אשר מתבטא בעיקר באסטרטגיות של "ביוש", המיועדות לחשוף באופן פומבי פרקטיקות תאגידיות בעייתיות.<sup>103</sup> יעילותו המתגברת של לחץ מסוג זה ממחישה את הציפיות המתגברות מצד הציבור לאחריות חברתית תאגידית. אחריות זו עוברת תהליך מתגבר של בירוקרטיזציה וסטנדרטיזציה, ומכאן שהציפיות האמורות מסייעות בסופו של יום ליצור את התשתית והמנוף להתבססותו של "הדור השלישי" והמשפטי של האחריות החברתית התאגידית.<sup>104</sup> כך או אחרת, כיום יותר ויותר תאגידים מקיימים מדיניות של אחריות תאגידית חברתית (CSR), ומכבדים זכויות אדם כחלק מליבת העסקים שלהם,<sup>105</sup> אף אם רבות מן

101 בוקשפן "אחריות חברתית תאגידית וביטוייה במשפט", לעיל ה"ש 9.

102 שמיר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 249–251. במהלך השנים נהפך הנושא של מדידת ביצועים לחלק מרכזי בהתפתחות הפעילות הארגונית, וכיום גם ענייני זכויות האדם הם מדידים (למשל, באמצעות מדד ה-Global Reporting Initiative (GRI)). הרעיון במדידה הוא שימוש בטבע התחרותי של החברות אשר רוצות להפגין ביצועים גבוהים גם בתחום ההגנה על זכויות אדם, למשל. כך, כיום, מתוך 250 החברות הגדולות בעולם, 93% מדווחות על ביצועים ר-82% נעזרות במדד ה-GRI. למידע נוסף על המדד ראו (11.6.2020) [www.globalreporting.org/Pages/default.aspx](http://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx). GRI. לדיון נרחב והתפתחויות במדידה של נושאים הקשורים ל-ESG (Environment, Social, Governance) ראו SIR ו-RONALD COHEN, IMPACT: RESHAPING CAPITALISM TO DRIVE REAL CHANGE (2020).

103 סיטבון ודוניץ-קידר, לעיל ה"ש 100, בעמ' 302.

104 השור Cynthia A. Williams & John M. Conley, *Is There an Emerging Fiduciary Duty to Consider Human Rights?*, 5 INT'L J. CIV. SOC'Y L. 130 (2007).

105 ראו שמיר, לעיל ה"ש 58.

הפעילויות במסגרת האחריות החברתית התאגידית נעשות עדיין באופן וולונטרי, על ידי יצירת משטר של רגולציה עצמית בקרב התאגידים.<sup>106</sup> הסוציולוג רונן שמיר מכנה את המהלכים הוולונטריים שהמגזר העסקי מאמץ במסגרת רגולציה עצמית זו "אקונומיזציה של המוסר".<sup>107</sup> לדידו, העובדה שכל חברה יכולה לבחור את סוג האחריות החברתית שבה היא תתמקד ואת מידת האחריות שהיא תיטול על עצמה, לצד העדר פיקוח חיצוני-רגולטורי (מעבר לתמריצים החוץ-משפטיים וללחץ הציבורי המניעים את התהליך), מעלה שאלות לגבי האפקטיביות והמימוש של רעיון האחריות החברתית, ומעוררת חשש שהאחריות התאגידית מתפקדת "כמכשיר המשמש את התאגידים במאבקם נגד הניסיונות להכפיף את פעולותיהם במישור הגלובלי למסגרת חוקית בת אכיפה".<sup>108</sup> עמדה זו אינה סותרת את המגמה הנוכחית של "התעניינות" הולכת וגוברת של המשפט בעולמם של התאגידים, אשר נהפכים לשחקני מפתח גם בשיח הנוגע בשמירתן של זכויות האדם בעידן הנוכחי.<sup>109</sup> תופעה זו אינה מפתיעה לנוכח כוחם הכלכלי והפוליטי המתעצם של תאגידים עסקיים, הנובע גם מהעובדה שבעשורים האחרונים פונקציות ממשלתיות רבות עוברות הפרטה.<sup>110</sup> תמורות אלה בכוחם של התאגידים הניעו את המחוקק הישראלי לחוקק כמה חוקים המטילים אחריות מוגברת על גופים פרטיים, ביניהם – וזו דוגמה חלקית ביותר – חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, המטיל על גופים פרטיים את החובה לנהוג בשוויון במקרים המנויים בחוק; וכן חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, וחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, המטילים חובה על מעסיקים פרטיים להעניק אותם תנאים לגברים ולנשים העושים אותה עבודה.

זאת ועוד, הכפפתו המתגברת של המגזר הפרטי העסקי לנורמות חוקתיות באה לידי ביטוי נרחב גם בפסיקה, אשר אימצה את מודל "התחולה העקיפה" במשפט הישראלי. לפי מודל זה, החובה לכבד את זכויות האדם מוטלת לא רק על גופי השלטון, אלא גם על גופים פרטיים, באמצעות הדוקטרינות המשפטיות הקיימות במשפט הפרטי. כך, לגישתו של אהרן ברק, אשר פיתח והטמיע מודל זה במשפט הישראלי הן כחוקר משפט והן

106 וזאת, בין היתר, כחלק מנסיונם להקדים תרופה למכה ולמנוע את הכפפת פעילותם למסגרת חוקית בת אכיפה. ראו ליכט, לעיל ה"ש 14.

107 שמיר, לעיל ה"ש 58.

108 שם, בעמ' 254.

109 בוקשפן, לעיל ה"ש 9; Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 13; עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" **קריית המשפט ח** 107, 131–137 (התשס"ט); John Gerard Ruggie & Tamaryn Nelson, *Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges* 1–6 (Harvard Sch. of Gov't, Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 66, 2015), [www.hks.harvard.edu/publications/human-rights-and-oecd-guidelines-multinational-enterprises-normative-innovations-and](http://www.hks.harvard.edu/publications/human-rights-and-oecd-guidelines-multinational-enterprises-normative-innovations-and)

110 סיטבון, שם, בעמ' 135–136; דוניץ-קידר, לעיל ה"ש 57.

כשופט, מושגי השסתום במשפט הפרטי, דוגמת תום לב, תקנת הציבור, רשלנות וסבירות, כוללים בקרבם, בין היתר, את ההיבטים האובייקטיביים של הזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לחירות, לקניין, לפרטיות, לתנועה ולחופש העיסוק. באופן זה מושגי השסתום קולטים הלכה למעשה את ערכי השיטה ועקרונות היסוד, ומוחדרים גם לסוגיות הנדונות במשפט הפרטי.<sup>111</sup> גישה ראויה זו מחדדת את המגמה המכפיפה את המשפט הפרטי בכלל, ואת המגזר העסקי בפרט, לנורמות משפטיות ציבוריות, ואף מזמינה את אימוצו של מודל ה"תחולה ישירה", שלפיו זכויות האדם החוקתיות יחולו באופן ישיר גם בתחומי המשפט הפרטי.<sup>112</sup> לפי מודל זה, ניתן לראות את זכויות האדם כבעלות תחולה ישירה במשפט הפרטי, ובעיקר על המגזר העסקי, אשר האינטראקציות עימו הן כנראה השכיחות מכולן כיום.<sup>113</sup>

יתר על כן, גישה זו, המכפיפה באופן משפטי את המגזר העסקי לנורמות ציבוריות ולזכויות אדם, אינה נעצרת במשפט המקומי, אלא צועדת יד ביד עם השיח הבין-לאומי המתחזק בעולם המערבי בנושא זה. שיח זה ניכר כיום היטב ביוזמותיהם של ארגונים בין-לאומיים שונים, אשר משקיעים מאמצים רבים בפיתוח דרכים להחלת נורמות מהמשפט הציבורי על המגזר העסקי, ובמיוחד ביוזמת ה"Protect, Respect, Remedy" שהוצעה על ידי פרופ' Ruggie ואשר אומצה על ידי האו"ם בשנת 2011 במסמך הנחיות פורץ דרך שכותרתו "Guiding Principles on Business and Human Rights".<sup>114</sup> מסמך זה כולל הנחיות המתבססות על שלושה עמודי תווך – על חובת המדינה להגן על זכויות אדם, על חובת התאגידים לכבד זכויות אדם ועל החובה המשותפת למתן סעדים משפטיים במקרה של פגיעה בזכויות אדם – והוא חל על כל המדינות ועל כל סוגי התאגידים (רב-לאומיים ולאומיים כאחד), ללא תלות בגודלם, במגזר שבו הם פועלים, במיקומם, בבעלות עליהם ובמבנה שלהם.<sup>115</sup> יוזמה זו הייתה משמעותית עד כדי כך שממשלות, אנשי עסקים, ארגוני עובדים, NGOs ואחרים החלו להתייחס להנחיות האמורות כמעט באופן מיידי. המועצה לזכויות אדם של האו"ם אימצה הנחיות אלה, ולמעשה הייתה זו הפעם הראשונה שגוף של האו"ם אימץ טקסט נורמטיבי שלא התקבל לאחר משא ומתן בין הממשלות השונות.<sup>116</sup> יתרה מזו, המועצה האמורה הקימה קבוצת

111 ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי", לעיל ה"ש 1.

112 בוקשפן וכשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 63–65.

113 Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 13.

114 John Ruggie (Special Representative of the Sec'y-Gen. on the Issue of Human Rights and Transnat. Corp. and Other Bus. Enter.), *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (2011), available at [daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/17/31&Lang=E](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/17/31&Lang=E) (להלן: מסמך ההנחיות של האו"ם). להחלטתה של ועדת זכויות האדם של האו"ם לאמץ את מסמך ההנחיות ראו Human Rights Council Res. 17/4, U.N. Doc. A/HRC/RES/17/4, at 2 (June 16, 2011).

115 ראו מסמך ההנחיות של האו"ם, שם, בעמ' 6.

116 Ruggie & Nelson, לעיל ה"ש 109, בעמ' 5.

עבודה בנושא של זכויות אדם ותאגידים (Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises), שמטרתה העיקרית היא לקדם את יישומן האפקטיבי של ההנחיות.<sup>117</sup> במילים אחרות, הנחיות האו"ם האמורות זוכות בהכרה עולמית מתגברת, נחשבות הסטנדרט הגלובלי המרכזי בנושא של עסקים וזכויות אדם,<sup>118</sup> ואף שאין הן עדיין כלי משפטי שמחיל חובות חדשות ואופרטיביות על המדינות או על התאגידים,<sup>119</sup> הן מספקות מנוף של ממש להגברת הציפייה מהמדינות השונות למשטר את המגזר העסקי בשל השפעותיו הציבוריות והחברתיות ולתור אחר מסגרת קונספטואלית חדשה ליישומה של החקיקה הקיימת בתחום חשוב זה.<sup>120</sup>

מאמר זה, אשר עוסק בתובענות ייצוגיות, נכנס לתלם זה, ומרים את הכפפה ש"השליכו" הנחיות האו"ם בקריאתן למדינות לספק הגנה (משפטית) כנגד הפרת זכויות אדם על ידי המגזר העסקי ("Protect"), בצד הנגשת סעדים כנגד הפרות אלה ("Remedies"). מאמר זה בא להציע כי התובענה הייצוגית (והקרן למימון תובענות ייצוגיות) מסייעת לא רק במימוש חובתה של המדינה להגן מפני פגיעה של המגזר העסקי בזכויות אדם ("Protect"), אלא גם בהנגשת הסעדים בגין הפרות אלה ("Remedies"), ובעקיפין גם בתמרוץ התאגידים לכבד את זכויות האדם ("Respect"). ניתן לסכם את הדברים עד כה ולומר כי אם בעבר היה אפשר לפקפק בתמריציו של תאגיד פרטי לאמץ מדיניות המתמודדת באופן ישיר עם נושאים חברתיים, לרבות שמירה על זכויות האדם (תחום שהיה זר באופן מסורתי למשפט הפרטי בכלל ולמגזר העסקי בפרט), כיום תהייה זו מתמוססת. בעוד שבעבר הייתה אחריותו הציבורית והחוקתית של התאגיד העסקי תלויה בחסדיו של התאגיד ובאינטרסים הכלכליים שלו, שהם האינטרסים המצויים בליבת המגזר העסקי, כיום מבשילה ההבנה כי מעמדה של "אחריות תאגידית חברתית", הכוללת בתוכה גם הגנה על זכויות אדם וקידום, מתחזק בציפיות ובשיח הציבורי, כמו גם בפורמליזציה המשפטית המקומית והבינ-לאומית.

117 למידע נוסף על קבוצת העבודה בנושא של זכויות אדם, תאגידים רב-לאומיים וגופים עסקיים אחרים ראו WORKING GROUP ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, U.N. HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONer, [www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnational\\_corporationsandotherbusiness.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnational_corporationsandotherbusiness.aspx) (11.6.2020).

118 Ruggie & Nelson, לעיל ה"ש 109, בעמ' 5. לקריאה נוספת על ההנחיות של האו"ם והטמעתן ראו GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: IMPLEMENTING THE UNITED NATIONS "PROTECT, RESPECT AND REMEDY" FRAMEWORK (U.N. Doc. HR/PUB/11/04, 2011), available at [www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).

119 אף שנעשה גם ניסיון להעניק תוקף משפטי להנחיות – ראו BUILDING A TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: CONTEXT AND CONTOURS (Surya Deva & David Bilchitz eds., 2017).

120 Bukspan & Kasher, לעיל ה"ש 13.

התחזקות זו יוצרת בתורה שיקולים כלכליים מזן חדש, המתמרצים את המגזר העסקי לפעול לקידום של נושאים חברתיים וזכויות אדם במתכונת אשר ממזערת חשיפה משפטית וציבורית ואף תורמת לאסטרטגיה עסקית מועילה.<sup>121</sup> אין זה מפתיע על כן לראות כיום יותר ויותר תאגידים אשר נוטלים תפקיד פעיל בעיצוב האחריות החברתית באמצעות מערכת מהודקת של רגולציה עצמית, בין כדי להקדים תרופה לרגולציה צפויה<sup>122</sup> ובין כתגובה על רגולציה קיימת ומתגברת.<sup>123</sup> ככל שמדובר ברגולציה קיימת, מנגנון התובענה הייצוגית, ככלי קולקטיבי לאכיפת זכויות שנעשה בו שימוש בעיקר נגד המגזר העסקי, עשוי להתגלות כמנגנון אפקטיבי במיוחד לקידום של רפורמות מבניות.<sup>124</sup> מנגנון זה מתיישב עם זרמי העומק בשיח המקומי והבין-לאומי המחפשים דרכים שבהן המדינה יכולה לסייע באופן ישיר או עקיף במשטורו של המגזר העסקי, באמצעות מנגנונים וסעדים אפקטיביים לפרטים שזכויותיהם הבסיסיות חשופות כיום להפרות תאגידיות יותר מאי פעם.

במובן זה התובענה הייצוגית צועדת יד ביד עם שינויי העומק בהבשלת אחריותו המשפטית והציבורית של המגזר העסקי, וטמונה בה בשורה של ממש בנוגע לאכיפה ולהטמעה משפטית אפקטיבית של נורמות התנהגות ראויות בעולמם של התאגידים. טיבה הקולקטיבי של התובענה הייצוגית מקרב אותה ליעדים שהוסדרו בעבר במסגרת המשפט הציבורי, אלא שכעת יעדים אלה מוגנים באופן מהותי גם במסגרת המשפט הפרטי – הן בהקשרים ספציפיים (כגון שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, הגנה על הפרטיות,<sup>125</sup> איסור הפליה או שמירה על איכות הסביבה) והן באופן נרחב יותר.<sup>126</sup>

KPMG INT'L, ADDRESSING HUMAN RIGHTS IN BUSINESS: EXECUTIVE PERSPECTIVES 121 (2016), assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2016/11/addressing-human-rights-in-business.pdf.

122 שמיר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 249–251.

123 השוו De Brabandere & Hazelzet, לעיל ה"ש 13, בעמ' 223, ליד ה"ש 9.

124 ראו Fiss, *The Forms of Justice*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2 ( "Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations." ). ראו גם BILSKY, לעיל ה"ש 2, במיוחד בעמ' 2, שבו המחברת משווה בין תובענות ההשבה הייצוגיות, שבהן היא דנה בספרה, לתופעת האחריות החברתית המתגברת של תאגידים עסקיים ולמסמן ההנחיות של האר"ם, לעיל ה"ש 114.

125 רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו (פורסם באר"ש, 31.5.2018).

126 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 163–162 (2010). לשיטתו של ברק, זכויות היסוד מוחלות בדרך של "תחולה עקיפה" במסגרת המשפט הפרטי. ראו גם עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 530–533; ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000).

גישה זו תואמת את גישת ה-"Public Action Model" למנגנון התובענה הייצוגית,<sup>127</sup> שלפיה ההצדקה העיקרית לקיומה של התובענה הייצוגית טמונה ביכולתה לבצע אכיפה יעילה של הוראות חוק אשר נועדו לקדם ערכים ויעדי רוחב חברתיים.<sup>128</sup> זאת ועוד, וכפי שיפורט בפרק הבא, התובענה הייצוגית מסייעת בשיפור ההגנה על זכויות משפטיות, באכיפת הדין ובהרתעה מפני הפרתו, בדומה לפיקוח ולאכיפה של גופים שלטוניים המופקדים על נורמות בענפים שבתחום אחריותם. התובענה הייצוגית, בהשוואה לסדרי הדין הרגילים, מאפשרת לתובע המייצג ליטול על עצמו תפקיד מעין-רגולטורי,<sup>129</sup> ואפיונה זה כגורם ממתן ומשלים לאכיפה הציבורית לא יסולא בפז, ולא רק בתקופה שבה מתגבר השיח בנוגע להטלת זכויות חוקתיות על גופים לא שלטוניים,<sup>130</sup> אלא גם בתקופה שבה מתגבר השיח על אודות התעצמותה וגבולותיה של המדינה הרגולטורית – נושא שאליו נפנה כעת.

127 Martin H. Redish & Clifford W. Berlow, *The Class Action as Political Theory*, 85 WASH. U. L. REV. 753, 797 (2007); John Bronsteen & Owen Fiss, *The Class Action Rule*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1419 (2003). ראו גם FISS, THE LAW AS IT COULD BE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 122, שם הכותב טוען כי מכשיר התובענה הייצוגית צבר תנופה בארצות הברית בעת התעוררותן של תנועות שונות לקידום זכויות האזרח. למעשה, התובענה הייצוגית אפשרה את מימונו של מוסד ה-"private attorney general", המתייחס לתובע פרטי שפונה לבית המשפט למען מטרה ציבורית כללית (ולא פרטית), בדומה לעותר ציבורי, וזאת לנוכח יכולתו של בית המשפט לפסוק גמול לתובע זה בעבור מאמציו. להרחבה כללית על אודות מוסד ה-"private attorney general" בארצות הברית ראו, למשל, John C. Coffee, Jr., *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working*, 42 MD. L. REV. 215 (1983); Carl Cheng, *Important Rights and the Private Attorney General Doctrine*, 73 CALIF. L. REV. 1929 (1985); William B. Rubenstein, *On What a "Private Attorney General" Is – And Why It Matters*, 57 VAND. L. REV. 2129 (2004).

128 Chayes, לעיל ה"ש 73. גישה זו יוצרת העדפה לאינטרס הציבורי בכל הנוגע במטרות השונות המפורטות בס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות. השוו לדויטש, לעיל ה"ש 29.

129 J. Maria Glover, *The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law*, 53 WM. & MARY L. REV. 1137, 1179–1180 (2012). בהקשר זה יוזכר כי גם רשויות ציבוריות וארגונים יכולים למלא תפקיד זה (לפי ס' 4(א)(2) ו-4(א)(3) לחוק).

130 לעניין זה ראו דפנה ברק-ארו **עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** (1993). ברק-ארו גורסת כי התובענה הייצוגית יכולה להוות מכשיר יעיל ומתאים להגנה על זכויות שבמהותן בעלות מעמד חוקתי. כן ראו עניין **רדיו קול ברמה**, לעיל ה"ש 94, פס' 26–28 לפסק דינו של השופט דנציגר.

### פרק ג: תובענה ייצוגית בעידן המדינה הרגולטורית<sup>131</sup>

זווית נוספת להתבוננות על תכליתה של התובענה הייצוגית וזיקתה למשפט הציבורי היא יחסי הגומלין בין התובענה הייצוגית, כמנגנון של אכיפה פרטית, לבין אכיפה ציבורית. כזכור, אחת התכליות המסורתיות שחוק תובענות ייצוגיות מנסה להגשים היא אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.<sup>132</sup> ברור על כן שמכשיר התובענה הייצוגית נועד, למצער, לחזק את האסדרה השלטונית, להשלים אותה ואולי אף להחליפה לעיתים.<sup>133</sup> במובנה הרחב, רגולציה נועדה להגן על האינטרסים של הציבור בתחומים שונים, כגון בתחומי הרווחה או הכלכלה, וזאת בדרך של קביעת כללים וסטנדרטים ואכיפתם – באמצעות הגוף המפקח – על השחקנים השונים הפועלים בזירה הרלוונטית.<sup>134</sup> בהתאם להגדרה זו, ולנוכח העובדה שהתובענה הייצוגית פועלת, בין היתר, לשם השגת תכליות הקשורות לשמירה על האינטרס הציבורי שבאכיפת הדין ובהרתעה מפני הפרתו,<sup>135</sup> מוסד התובענה הייצוגית מתיישב עם ההגדרה הרחבה של רגולציה. לפי הגדרה זו, מנגנונים משפטיים, דוגמת התובענה הייצוגית, וכלים לבר-משפטיים, כאמצעי

131 על מושג המדינה הרגולטורית, היוצר קשר חזק בין מושג הרגולציה למושג המדינה, ראו Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 W. EUR. POL. 77 (1994); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47, 52–55 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

132 ס' 1(2) לחוק.

133 זה המקום לערוך הבחנה בין המונחים "אכיפה" ו"רגולציה". רגולציה מתייחסת למכלול רחב של כלים העומדים לרשות המדינה (ובכלל זה משרדי ממשלה, רשויות ממשלה, גופים ציבוריים ועוד) לצורך הסדרה של תחום עיסוק או ענף מסוימים, ובהמשך אף לפקח ולאכוף את ההוראות המסדירות. לעומת זאת, אכיפה, כשלעצמה, נחשבת פעולה נקודתית יותר, הנוגעת בוודאי ציות לדין. פעולה זו יכולה להיות חלק מרגולציה שהמדינה מוציאה אל הפועל, אך היא אינה מוגבלת למסגרת זו, שכן היא יכולה להיות מיושמת אף על ידי גופים או פרטים שאינם קשורים למדינה. להגדרת המונח רגולציה ראו שרון ידן "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 1, 6–9 (2014) ("פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה... באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה"), וכן ע"א 6187/15 **פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קרן הפנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ" נ' צולר**, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם באר"ש, 28.5.2018). במאמר זה ההתייחסות היא לרגולציה במובנה הרחב. לדיון מפורט במושג "רגולציה", תוך התייחסות לכך שאין לגביו עדיין "תורת משפט סדורה", ועל זיהויו גם עם גורמים לא מדינתיים, ראו הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 131, בעמ' 50–64.

134 David Levi-Faur, *The Odyssey of the Regulatory State: From a "Thin" Monomorphic* 134 *Concept to a "Thick" and Polymorphic Concept*, 35 LAW & POL'Y 29 (2013).

135 דויטש, לעיל ה"ש 29, בעמ' 302.

התקשורת, מהווים אף הם חלק בלתי נפרד מהרגולציה שמשפיעה על המגזר הפרטי.<sup>136</sup> גישה זו אינה מתיימרת לכרסם בתפקידו של הרגולטור המסורתי, אלא לסייע לו בהגשמת התכלית העומדת בבסיס הדין המהותי והנורמות שהוא מייצג. מכאן שהתובענה הייצוגית יכולה גם לסייע ביצירת נקודת שיווי משקל חדשה בחלוקת העבודה ובמערכת היחסים המשולשת הקיימת בין הרגולטור, המגזר הפרטי והציבור. המדינה, בכובעה כרגולטור, אינה השחקנית הבלעדית המופקדת על שמירת האינטרס של הציבור. בהתאם לכך ניתן להביט על מערכת האסדרה, במובנה הרחב, כמערכת "אקולוגית" אשר מזינה את כלל מרכיביה ומוזנת מהם.

התבוננות כזו על משולש היחסים שבין הרגולטור, המגזר העסקי והציבור מרחיבה את השפעת מדיניות ההפרטה של המדינה המודרנית: אין מדובר עוד רק בהעברת נכסים לציבור, אלא גם בהפרטה והעצמה של זכותו ויכולתו של הציבור לממש את זכויותיו בעצמו.<sup>137</sup> סממן מובהק להליך "הפרטה" מן הסוג הזה ניתן לראות בחוק תובענות ייצוגיות ובמספרן ההולך וגדל של התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל. לא זו אף זו, גם התבוננות על הפרטים הקבועים בתוספת השנייה לחוק מלמדת על מדיניותו של חוק תובענות ייצוגיות להשלים את מלאכת הרגולטור, בהכירו בעילות תביעה רבות, ובכלל זה גם בענפי משפט הכפופים לרגולציה ענפה ומורכבת, כגון תחומי הביטוח, הבנקאות ואיכות הסביבה. יש להניח, על כן, שהמחוקק, בחוקקו את רשימת העילות שבהן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, סבר כי אלה לוקות בתת-אכיפה ברמה כזו או אחרת באופן המצדיק את "הפרטת" אכיפתן.<sup>138</sup> גישה כזו נשמעת גם בפסיקותיהם של בתי המשפט, המשקיפים לא אחת על התובע הייצוגי כעל גורם הפועל כמעין רגולטור.<sup>139</sup> במבט צר אומנם אין מדובר ב"הפרטה" מלאה של הרגולציה, שכן לכאורה

136 שרון ידין רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החושים הרגולטוריים 22–23 (2016) (להלן: ידין רגולציה). למרות הגדרה רחבה זו, לגישתה של ידין ראוי לסווג כלים אלה כמתאימים יותר למושג "ממשליות" (governance), ולא למושג "רגולציה" (ראו שם).

137 כאנקדוטה, גם הוראת ס' 15 לחוק תובענות ייצוגיות ממחישה, הלכה למעשה, את משולש היחסים המתחזק בין הרגולטור, המגזר העסקי והציבור הרחב. סעיף זה מאפשר לרשות ציבורית, הפועלת לקידום מטרה ציבורית הקשורה לעניין שתובענה ייצוגית נתונה עוסקת בו, להשתתף בדיון מושא התובענה, אך לא כצד מסדיר. באופן דומה, גם ס' 3(א) לחוק, אשר קובע כי "לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי", מעודד הגשה ישירה של תובענות ייצוגיות על ידי הציבור בנושאים שבהם הרשות הציבורית אינה עושה כן.

138 בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות נכתב כי תחולתו של החוק מוגבלת לעניינים המנויים בתוספת השנייה, תוך שימוש במודל הדרגתי שלפיו יוספו בשלבים עילות, נושאים ותחומים: "תפיסת החוק היא שעדיפה בחינה נפרדת של התאמת ההליך לכל תחום בנפרד", בין היתר "תוך בחינה מהותית של מידת קשיי האכיפה שמעורר התחום". ראו דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 28, בעמ' 257.

139 ראו, למשל, בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 30.8.2015) ("התובענה הייצוגית משרתת את האינטרס הפרטי של התובע אך גם 'רותמת' אותו לטובת הכלל, על-ידי כך



רק המישורים של **פיקוח ואכיפה** "מופרטים" על ידי התובענה הייצוגית, בעוד מישור **הקביעה** של הנורמה נותר עדיין בידי הרשות השלטונית. עם זאת, במובן הרחב אי-אפשר להתעלם מהפוטנציאל הציבורי והלבר-אכיפתי של מוסד התובענות הייצוגיות, וזאת גם במקרים שבהם הן אינן מסתיימות בפסקי דין.<sup>140</sup>

במובנים אלה ההצדקה המעין-רגולטורית של התובענה הייצוגית – תחום אשר נתפס באופן מסורתי כשייך לממלכת המשפט הפרטי<sup>141</sup> – מטשטשת גם היא את הגבולות בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, ומצטרפת למסקנתו של הפרק הקודם שלפיה עילות התובענה הייצוגית מאפשרות כיום יותר ויותר לפעול לאכיפתן של נורמות בעלות אופי חברתי-ציבורי.<sup>142</sup> מסקנה זו אינה מפתיעה לנוכח טבעה של התובענה הייצוגית ככזו המיועדת לרתום את האינטרס הפרטי של התובע המייצג לטובת ציבור גדול יותר, ובאופן עקיף – לטובת הציבור בכללותו ולטובת התכלית ההרתעתית-החברתית.<sup>143</sup> מאמר זה מצטרף אם כן בהסכמה לגישה המובעת על ידי הוכמן, חספר ולרגמן שלפיה "התובענה הייצוגית היא מעין-רגולציה, משום שהפרט מבצע פעולות

---

שהיא מבטיחה פיצוי למי שמסייע לאכיפת הדין ולהרתעה מפני הפרתו באותם מצבים שבהם קיים 'כשל שוק' באכיפה. מבחינה זו, התובענה הייצוגית היא גם כלי רגולטורי, במובן הרחב של מונח זה"; ת"צ (מחוזי ת"א) 31111-01-10 **נתן נ' טעם טבע – אלטמן שותפות כללית**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת שבה (פורסם בנבו, 31.10.2012) ("יש לאזן בין חשיבותה של התביעה הייצוגית, נוכח תרומתו של התובע הייצוגי לחברה, הנוטל על עצמו לא פעם את תפקיד הרגולטור ומבצע את תפקידן של הרשויות..."). כן ראו את דבריו הנכוחים של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין בעניין **חברת החשמל**, לעיל ה"ש 94, פס' עח לפסק דינו.

140 גישה דומה עולה גם מהדיון שנערך לעיל ליד ה"ש 84–87 ובהערות עצמן, שממנו עולה כי עצם בירורן של תובענות ייצוגיות עשוי להשפיע על השיח הציבורי והחברתי המהותי ועל רפורמות מבניות. השוו גם *Fiss, The Forms of Justice*, לעיל ה"ש 2. כאמרת אגב ניתן להציע כי נוסחו של ס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות תומך גם הוא באופן משתמע בחשיבותה הרגולטורית, במובן הרחב, של התובענה הייצוגית, וזאת באמצעות הסמכת הקרן למימון תובענות ייצוגיות לממן תובענות ייצוגיות ובקשות לאישור תובענות ייצוגיות אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית "בהגשתן ובבירורן", מבלי להתייחס במפורש לסיכויי הצלחתן (כפי שנעשה ביחס לקרן המקבילה בס' 55ג(ב) לחוק ניירות ערך). בכך נראה כי המחוקק מכיר בחשיבות (ובמימון בהתאם) של השיח הציבורי על הנורמות המשפטיות והחברתיות שעשוי להתלוות לתובענה הייצוגית, גם אם זו לא תסתיים בהלכה סופית, כלומר, גם אם אין מדובר בפיקוח ואכיפה במובנם הצר.

141 ראו רע"א **א.ש.ת.**, לעיל ה"ש 18. בהקשר הנוכחי יפים דבריה של השופטת שטרסברג-כהן כי התובענה הייצוגית היא גם "אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי מקום שבו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות" (שם, בעמ' 237).

142 דוגמת הפליה, פגיעה בפרטיות, שוויון הזדמנויות בעבודה ושוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, אף שבהם עדיין לא רבות הבקשות לאישור תובענות כייצוגיות (למעט תחום הנגישות ושוויון ההזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, שבו ניכרת לאחרונה עלייה במספר הבקשות – ראו להלן ה"ש 178). ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 4; חיות, לעיל ה"ש 74, בעמ' 938.

143 ראו הלפטק, לעיל ה"ש 8.

'רגולטוריות' ואף בית המשפט הוא סוג של 'רגולטור', בפיקוחו באמצעות הכלי המשפטי על רגולטורים בשוק".<sup>144</sup>

התבוננות זו על התובענה הייצוגית מזמינה דיון נרחב יותר בשני נושאים קשורים: יחסי הגומלין בין אכיפה ציבורית לאכיפה פרטית, ומהותה של המדינה הרגולטורית. ככל שהדברים נוגעים באכיפה ציבורית ובאכיפה פרטית כשני סוגי אכיפה אפשריים, אכיפה ציבורית, כפי ששמה מרמז, מופעלת על ידי גוף שלטוני, אשר מפעיל את סמכויותיו עקב הפרה של הוראות הדין ומשלב אמצעי אכיפה שונים, דוגמת אמצעי אכיפה פליליים ומנהליים. אכיפה פרטית, לעומת זאת, מונעת על ידי תובע או תובעים פרטיים, שהסעדים השכיחים העומדים לרשותם הם סעדים אזרחיים: סעדי המניעה, ההצהרה והפיצויים.<sup>145</sup>

בעוד הגישה המסורתית, אשר מבחינה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, דוגלת במדיניות של מתן עדיפות למנגנוני האכיפה הציבורית לצורך הגשמת יעדיהן של הוראות הדין, נראה שכיום מתחזקת, גם במערכת האכיפה, תפיסה דואלית שלפיה לצד מנגנוני האכיפה הציבורית מתקיימת מערכת אכיפה מקבילה ואפקטיבית, היא האכיפה הפרטית, כפי שניתן ללמוד מהעלייה הדרמטית במספרן של התובענות הייצוגיות בישראל. סוג אכיפה זה – אשר גם אותו אפשר להסביר כתוצר לוואי של היחלשות המגזר הציבורי והתחזקות המגזר הפרטי, תופעות שנדונו בפרק הקודם – יכול לשמש מענה הולם לקריאות הנשמעות להפחתת הרגולציה הציבורית הישירה והגורפת, שלגביה נטען כי היא מכבידה ומסרבלת את פעילותו של המגזר העסקי, ולהמרתה במנגנוני שוק משפטיים שביכולתם להוביל לריסון עצמי וממוקד של התנהגות מפרת חוק ולהקטנת הנטל הרגולטורי שמייצרים מנגנוני הפיקוח הקיימים כיום בחוקים השונים.<sup>146</sup>

דיון זה, כאמור, אינו בלתי קשור לדיון בסוגיית "המדינה הרגולטורית" – סוגיה אשר מנתחת בצורה נרחבת יותר את המעבר ממעורבות ישירה של השלטון בהספקת מצרכים ושירותים לציבור למעורבות עקיפה של המדינה באמצעות רגולציה על גופים לא שלטוניים שמספקים מצרכים ושירותים אלה. אכן, מעבר זה אינו מוחלט, שהרי גם בעבר עשתה המדינה שימוש ברגולציה ובמעורבות עקיפה ככלי לקידום מדיניות, ומן העבר האחר, גם כיום המדינה מעורבת במישרין בהספקת מצרכים ושירותים לציבור. עם זאת, בעידן הנוכחי ניתן לזהות, בישראל ובמדינות רבות נוספות, צמצום של מקום

144 הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 131, בעמ' 62–63.

145 לסקירת היבטים שונים של האיזון ויחסי הגומלין בין אכיפה ציבורית לאכיפה פרטית ראו את המאמרים בספר REGULATION VS. LITIGATION: PERSPECTIVES FROM ECONOMICS AND LAW (Daniel P. Kessler ed., 2011), ובמיוחד את המאמר Richard A. Posner, *Regulation (Agencies)*, *Versus Litigation (Courts): An Analytical Framework*, שם, בעמ' 11–26. לגישה הרואה את התובענה הייצוגית כמצויה על התפר שבין פעילות "רגולטורית" לפעילות "משפטית" ראו הוכמן, חספר ולרגמן, שם, בעמ' 63–64.

146 השוו לדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20) (חיווק האכיפה והקלת נטל האסדרה), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 890.

המדינה בהספקת מצרכים ושירותים לציבור והתרחבות של השימוש ברגולציה שלטונית ככלי לקידום מדיניות ממשלתית. התפיסה העומדת בבסיסה של מגמה זו היא שהשוק החופשי, להבדיל מהמדינה, "ייתב לספק לציבור מצרכים ושירותים, בכפוף לפיקוח ממשלתי, שיפעל לתיקונם של כשלי שוק ('רגולציה כלכלית') ולקידומן של מטרות חברתיות ראויות ('רגולציה חברתית')".<sup>147</sup> בהתאמה, אחת מתוצאות הלוואי הישירות של הסטת כוחה של המדינה למעורבות עקיפה במשק היא התגברות השימוש של המדינה בכללים משפטיים להסדרת פעילותם של הגופים המפוקחים במגזר הפרטי. בהקשר זה מקובל לדבר על רגולציה במתכונת של "ציווי ושליטה", שעיקרה פרסום כללים משפטיים המתווים את המותר והאסור בתחום מסוים וגיבויים בסנקציות פליליות או אזרחיות.<sup>148</sup> עם זאת, על טכניקה רגולטורית זו נמתחת ביקורת רבה, בין היתר בטענה שהיא מנביעה כללי רגולציה סבוכים וקשיחים הכרוכים בעלויות משמעותיות, עודף רגולציה, התערבות מוגזמת בחופש הפעולה של מנהלי הגופים המפוקחים, ופגיעה ביוזמה, בתחרות ובחדשנות בתחום העסקי. ביקורת נוספת, אשר חשובה במיוחד בהקשר של המאמר הנוכחי, גורסת כי טכניקה רגולטורית זו אינה יעילה, שכן היא מחילה באופן גורף כללי התנהגות אחידים על קשת רחבה של גופים מפוקחים, ללא התייחסות למאפיינים הקונקרטיים של כל גוף מפוקח.<sup>149</sup>

ביקורות אלה מובילות למסקנה כי במקרים רבים הביורוקרטיה הנלווית לרגולציה הממשלתית, כמו גם העלויות הנגזרות ממנה, יוצרות חסם של ממש לצמיחה ולשגשוג של הכלכלה, בין היתר משום שהן מקטינות השקעות, מקשות פתיחת עסקים, ומהוות חסם בפני סחר בין-לאומי והשקעות זרות. אין להתפלא אפוא שמדינות וארגונים בין-לאומיים (וישראל בכלל זה)<sup>150</sup> החלו ליזום, בעיקר בעשור האחרון, מהלכים לטיוב

147 יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 224–225 (2017). עלייתה של "המדינה הרגולטורית" יכולה להיות הסבר נוסף לכוח המתעצם של המגזר הפרטי, אשר נדון לעיל בחלקו השני של המאמר. כך, יותר ויותר מהתפקידים ה"מסורתיים" של המדינה מופקדים בידי המגזר הפרטי באמצעות תהליכי הפרטה לצד פיקוח מדינתי, ורווחת הציבור מושפעת כיום במידה ניכרת מהתנהלותם של תאגידים פרטיים רבי עוצמה. להרחבה על אודות תופעת "המדינה הרגולטורית" ראו Karen Yeung, *Chapter 4: The Regulatory State, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION* 64 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2010).

148 רויטמן, שם, בעמ' 230–231.

149 שם.

150 ראו החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014). להחלטה זו יש שני מרכיבים עיקריים: האחד הוא מיפוי ושיפור כלל הרגולציה הממשלתית הקיימת במסגרת תוכנית חומש, עם יעד כללי של הפחתת 25% מנטל הביורוקרטיה בתוך חמש שנים; והאחר הוא החלת החובה לקיים תהליך של הערכת השפעות הרגולציה לגבי כל רגולציה חדשה. להרחבה על אודות התוכנית ראו אתר הרגולציה הממשלתי [regulation.gov.il/](http://regulation.gov.il/). כיש שנים מיום קבלת ההחלטה (נכון לכתובת שורות אלה), נראה כי היא לוקה עדיין בחבלי לידה. מירב ארלוזורוב "האם נתניהו יטיל את הגרזן? על ליצמן?" **הארץ** 25.5.2017 [www.themarket.com/news/politics/1.4123301](http://www.themarket.com/news/politics/1.4123301); לשכת המסחר תל אביב והמרכז "איגוד לשכות המסחר בדרישה למבקר המדינה: בדוק את עודף

הרגולציה הממשלתית.<sup>151</sup> המשותף ליוזמות ולמהלכים הללו הוא חיפוש אחר שינוי בתפיסה המשפטית שיוביל להפחתת השימוש בכלים הרגולטוריים המסורתיים הנובעים מטכניקת הציווי והשליטה ולהחלפתם בכלים רגולטוריים משוכללים, מורכבים ודינמיים, אשר מתאימים לעת המודרנית ולשינויים שחלו באופיים של התאגידים הענקיים. בין כלים אלה ניתן למנות רגולציה הסכמית באמצעות משא ומתן וחוזים רגולטוריים, זכיונות ורשיונות, וכן רגולציה באמצעות חובות גילוי והספקת מידע לציבור, לצרכנים, לעובדים ולמשקיעים.<sup>152</sup> מאמר זה מבקש להוסיף על יוזמות מגוונות אלה גם את מכשיר התובענה הייצוגית ואת הקרן למימון, אשר יכולים להעניק פלטפורמה משפטית פרטית וממוקדת הפרה, שעשויה לפעול הן כגורם מרתיע ex ante והן כגורם סנקציוני ex post. לדיון זה בדבר הפוטנציאל הטמון בתביעה הייצוגית של הקרן למימון תובענות ייצוגיות בהקשרו של השיח הנוגע במדינה הרגולטורית נקדיש את המשך הפרק, לאחר שנקדים מילים מספר על מנגנוני האכיפה הציבורית המסורתית, על יתרונותיהם וחסרונותיהם בהשוואה למנגנוני האכיפה הפרטיים, ועל היתרון בשילובם של שני סוגי המנגנונים.

## 1. אכיפה ציבורית אל מול אכיפה פרטית

הדוגמה המובהקת ביותר לאכיפה הציבורית היא הליך האכיפה הפלילית. עם זאת, אף שמדובר בכלי רב עוצמה שיכול להשיג הרתעה משמעותית מפני הפרת הדין, ההליך הפלילי מוגבל בהיקפו לנוכח הדרישה המחמירה שהדין מציב לשם הרשעה בהליך זה. לצד ההליך הפלילי קיימים הליכי אכיפה מנהלית, שבמסגרתם הרשות השלטונית רשאית להטיל סנקציות מנהליות בדמות עיצומים כספיים על גופים מפרים, ובכך להשיג הרתעה כמו גם לוודא ציות לדין, וכל זאת תוך הימנעות מהקלון שמלווה לרוב את ההרשעה בפלילים. אמצעי אכיפה זה, אשר השימוש בו הולך וגובר בשנים האחרונות, הינו גמיש ויעיל יותר בהשוואה לאכיפה במישור הפלילי, היות שהוא דורש רף הוכחה נמוך יותר.<sup>153</sup>

הרגולציה" (הודעה לעיתונות, 7.11.2017) [www.chamber.org.il/newslobby/press/81891](http://www.chamber.org.il/newslobby/press/81891). בהמשך החלטת הממשלה האמורה ביקש משרד ראש הממשלה מה-OECD לבצע עבודת ייעוץ לממשלה לצורך בחינת המהלך שנעשה וגיבוש המלצות לעתיד לאור הניסיון הבין-לאומי. בעקבות הדוח שהוכן התקבלה ביום 23.12.2018 החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון ה-OECD ותיקון החלטת ממשלה" (23.12.2018).

151 המכון הישראלי לדמוקרטיה **טיוב הרגולציה בישראל והקלת נטל הבירוקרטיה – הצעה לתכנית רב-שנתית (2017)**. ראו גם חוק החברות (תיקון מס' 27), התשע"ו-2016, ס"ח 576 (שעניינו מתן הקלות בממשל תאגידי).

152 שרון ידין "בג"ץ מתווה הגז הטבעי והחווה הרגולטורית: שינוי פרדיגמה במנהל ובמשפט הציבורי" **משפט וממשל** יט 565, 602–603 (2018) (להלן: ידין "בג"ץ מתווה הגז והחווה הרגולטורית").

153 כך נאמר בעניין פריינר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 510: "מן המפורסמות כי בחלק מן העבירות הכלכליות יש מגמה למעבר ממשפט פלילי ככל משפטו וחוקתו לאכיפה מנהלית, לרבות הטלת עיצומים

בין יתרונותיה של האכיפה הציבורית ניתן למנות את המומחיות שהרשות הציבורית מביאה עימה בעת תהליכי האסדרה של הענף שהיא מפקחת עליו. נוסף על כך, בהיותה חלק מהמערך המדינתי, לרשות הציבורית יש סמכויות ומשאבים רבים לצורך פיקוח וניטור של פעילויות מפרות ונקיטת צעדי אכיפה בהתאם לצורך. כפועל יוצא מכך לרשות הציבורית יש אף עדיפות מידעית בהשוואה למנגנוני האכיפה הפרטית, בין היתר בשל יכולתה לדלות מידע על אודות הפרות הדין באמצעות הפיקוח והניטור שהיא מבצעת.<sup>154</sup>

לכאורה היה אפשר לצפות שפיקוח ציבורי על פעילותו של המגזר הפרטי ואכיפה ציבורית של הדינים המסדירים אותה יובילו להטמעה יעילה של הדין, לצד הרתעה מספקת מפני הפרתו, במיוחד לנוכח תפיסת הישות המדינתית כבעלת סמכות טבועה לאכיפת הדין.<sup>155</sup> אולם אי-אפשר להתעלם מכך שלעיתים מנגנון האכיפה הציבורי אינו פועל כהלכה, ושלצד יתרונותיו יש לו גם חסרונות בהשוואה לאכיפה הפרטית. כך, למשל, יש הגורסים כי הרגולציה המיושמת על ידי רשות שלטונית עלולה להיות מושפעת ממניעים שלא נועדו לשרת את האינטרס הציבורי, ובראשם יעדים פוליטיים. גישה קיצונית אף יותר גורסת כי הרגולציה מושפעת מקבוצות עניין שונות שהישות המדינתית אמורה לפקח עליהן, כך שהיא משרתת את יעדיהן הכלכליים של אותן קבוצות עניין, ולא דווקא את עניינו של הציבור.<sup>156</sup> לפי גישות אלה, האכיפה הציבורית נגועה באופן פוטנציאלי ב"פוליטיזציה", שעלולה להוביל להסטה מן האינטרס שלמענו היא נועדה לפעול. חיסרון בולט נוסף המיוחס לאכיפה הציבורית, אשר נובע

---

כספיים... יתר על כן, יש שסנקציות בעלות אופי כלכלי יוצרות הרתעה אפקטיבית יותר מן הפליליות (ראו דברי ההסבר לפרק ד' המוצע בהצעת חוק הגנת הפרטיות... המציעה סנקציות מנהליות כאכיפה חלופית, דבר המיוחס גם למגמה עולמית).

154 בהקשר זה ראו את מאמרם של Polinsky ו-Shavell, הגורסים כי אכיפה ציבורית יעילה יותר מאכיפה פרטית במקרים שבהם אי-אפשר לזהות את המעוול או את מפר הדין בשל עלויות מידעיות. ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, 38 J. ECON. LIT. 45 (2000). ראו גם Glover, לעיל ה"ש 129. עם זאת, במקרים מסוימים תיתכן עדיפות מידעית דווקא לגורם הפרטי שחשוף ישירות לפעולה של הגורם המפר. העדיפות המידעית לפרט תימצא בעיקר בהפרות "זניחות". ראו Steven Shavell, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, 13 J. LEGAL STUD. 357 (1984); Samuel Issacharoff, *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*, 34 TEX. INT'L L.J. 135, 138-139 (1999). כך, למשל, Issacharoff טוען כי הנגישות המוגבלת של הפרות צרכניות לגוף המפקח עלולה להקשות את האכיפה במקרים של הפרות כאלה, וזאת בהשוואה למצב שבו אוכף פרטי נתקל בהפרות מעין אלה.

155 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** ב 67, 69 (2005).

156 תופעה זו מכונה בספרות "Capture Theory" ("הרגולטור השבויה"), ולפיה קבוצות עניין בתעשיות שונות מתאימות לעצמן באופן הדרגתי את הרגולציה המוחלטת עליהן על ידי הרשויות המדינתיות. ראו באופן כללי George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971); Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 335 (1974).

מהמשאבים הרבים העומדים לרשות הרשות השלטונית, הוא הבירוקרטיה הכרוכה בייזום פעילויות אכיפה. חיסרון זה מוביל לכך שהאכיפה הציבורית לוקה בהעדר גמישות ובחוסר יעילות בעת הפעלתה, וזאת בניגוד למערכת האכיפה הפרטית, שהינה גמישה יותר באופייה.<sup>157</sup>

לנוכח האמור, מן הראוי שאכיפה פרטית וממוקדת של הדין, במיוחד באמצעות כלי התובענה הייצוגית, תמיר או למצער תשלים את פועלם של מנגנוני האכיפה הציבוריים.<sup>158</sup> השלמה כזו ניתן לראות, למשל, בתופעת ה-"Coattail Class Actions", המתרחשת במצבים שבהם נפתחים הליכים של אכיפה פרטית, באמצעות ההליך של תובענה ייצוגית, במקביל לאכיפה ציבורית של ההפרה על ידי רשות ציבורית או סמוך לאחריה.<sup>159</sup>

## 2. תובענה ייצוגית כמנגנון אכיפה פרטית ממתן ומשלים לאכיפה הציבורית

מן האמור עד כה, ומבלי להתיימר להכריע בשאלה כבדת המשקל אם קיימת עדיפות למערכת האכיפה הציבורית או לזו הפרטית, נראה כי לכל הפחות יש טעם רב בשילוב שתי המערכות, כך שהן יופעלו ב"פעולת מלקחיים", יחד ולחוד, בהתאם ליתרון היחסי

Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 HARV. L. REV. 1193 (1982). נוסף על כך יש לזכור כי לא רק שאכיפה מלאה של הדין אינה מעשית, היא גם אינה מיטבית מבחינה כלכלית, שכן התוספת השולית מאמצעי אכיפה ציבורי נוסף לא תניב תוצאה יעילה מבחינה מצרפית בהשוואת עלות האכיפה הציבורית המלאה לתשואת ההרתעה שתושג. לנקודת מבט נוספת ושונה על השפעת משאביו הכלכליים של הרגולטור על פעולת האכיפה שלו ראו את דברי השופט ברון בעניין **צולר**, לעיל ה"ש 133, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברון ("הרגולטור ככל גוף מנהלי פועל במגבלות תקציביות ותחת סדרי עדיפויות. על כן, שיקולים רבים ומגוונים עשויים להנחות את פעילותו; ואין לראות בהיעדר פעולת אכיפה מצד הרגולטור כהיעדר צורך באכיפה").

158 כן, למשל, נקבע בעניין *Deposit Guar. Nat'l Bank of Jackson v. Roper*, 445 U.S. 326, 339 (1980): "The aggregation of individual claims in the context of a classwide suit is an evolutionary response to the existence of injuries unremedied by the regulatory action of government". להרחבה בנוגע לכך שמנגנוני האכיפה הפרטית, ובכלל זה מכשיר התובענה הייצוגית, נועדו להשלים את מנגנוני האכיפה המסורתיים במשפט, בדמות האכיפה הציבורית, ראו Rubenstein, לעיל ה"ש 127. ראו גם משה בורנובסקי "על האכיפה העונשית והפרטית של דיני הגבלים עסקיים" **עיוני משפט** טו 537 (1990), אשר טוען כי בתחומים שונים, כגון תחום ההגבלים העסקיים (התחרות הכלכלית), קיימים "מפקחים" פרטיים שיכולים להביא לידי שיפור באכיפה וציות לדין לצד התפקיד הפיקוחי שהמדינה נוטלת על עצמה כישות ריבונית.

159 Gilles & Friedman, לעיל ה"ש 36; Howard M. Erichson, *Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and the Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*, 34 U.C. DAVIS L. REV. 1 (2000). בדרך זו הפרט מתגבר על המכשול שניצב בפניו לעיתים קרובות בשל חוסר הסימטריה במידע ביחס לגורם המפר, באמצעות קבלת המידע הדרוש לו כדי לייזם אכיפה פרטית דרך פעולת האכיפה של הרשות הציבורית.

שניתן למצוא בכל אחת מהן.<sup>160</sup> דברים אלה נכונים במיוחד בעידן "המדינה הרגולטורית", בעיקר כאשר מביאים בחשבון את יתרונותיו של הליך התובענה הייצוגית כהליך קולקטיבי – אך כזה שממוקד בהפרה ובגורם המפר – המצוי בידיהם של הפרטים לצורך קידום הליכי אכיפה ללא מעורבותן הישירה של רשויות ציבוריות.<sup>161</sup> טבעה זה של התובענה הייצוגית ממחיש היטב את היותה מתכונת מפותחת של ליטיגציה אזרחית, שאותה כינה Chayes כבר בשנת 1976 "public law litigation",<sup>162</sup> והיא מתיישבת עם ההצדקות גם להתפתחותה של הרגולציה ההסכמית כמתכונת רגולציה חדשנית.<sup>163</sup> אפשרות קיומה של מערכת אכיפה פרטית באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית לא רק מבטאת חלוקת עבודה מרוסנת יותר בין הרגולטור לבין הציבור, אלא גם עשויה לאפשר לרגולטור להקצות משאבי פיקוח וניטור באופן יעיל וממוקד יותר,<sup>164</sup> בוודאי כאשר עלויות הפיקוח והניטור שלו גבוהות מן התועלת שצפויה לצמוח מגילוי ההפרה. כך, ייתכנו מצבים שבהם דווקא לגורמים הפרטיים יש היכולת המיטבית לשקול שיקולי עלות מול תועלת לפני נקיטת אמצעי אכיפה.<sup>165</sup> הקצאת משאבים משופרת זו צפויה לשפר את מערכת האכיפה בכללותה, כך שהרשות הציבורית תוכל לתעל את משאביה המוגבלים לאותם מקרים ייחודיים ונרחבים המצדיקים את התערבותה. יתר על כן, האכיפה הפרטית עשויה להוביל גם לחדשנות משפטית (legal innovation), הנובעת לעיתים מנסיונם של תובעים להציע גישות חדשות ויצירתיות ליישוב סכסוכים.<sup>166</sup> נוסף על כך, בין יתרונותיה של האכיפה הפרטית ניתן למנות גם את העדרה של תופעת השבי הרגולטורי, אשר נפוצה בקרב רשויות ציבוריות מסוימות.<sup>167</sup> העדר זה מאפשר להביא

160 Matthew C. Stephenson, *Public Regulation of Private Enforcement: The Case for* ראו *Expanding the Role of Administrative Agencies*, 91 VA. L. REV. 93 (2005). ראו גם ידין "בג"ץ מתווה הגז והחווה הרגולטורית", לעיל ה"ש 152.

161 Jonathan R. Hay & Andrei Shleifer, *Private Enforcement of Public Laws: A Theory of* ראו *Legal Reform*, 88 AM. ECON. REV. 398 (1998).

162 Chayes, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1307–1309.

163 ביניהן הצדקת היעילות, הצדקת המדינה הרגולטורית, ההצדקה הדמוקרטית והצדקות נוספות, כמפורט בספרה של שרון ידין **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי** 129–154 (2018) (להלן: **ידין רגולציה חדשה**). ראו גם ידין "בג"ץ מתווה הגז והחווה הרגולטורית", לעיל ה"ש 152, בעמ' 607–615.

164 Hay & Shleifer, לעיל ה"ש 161.

165 כך, למשל, קיים סיכוי גבוה יותר שפרט הנפגע ישירות מגבייה לא חוקית של עמלות על ידי תאגיד בנקאי יזהה את ההפרה האמורה, יתומרץ לפעול למניעתה, ויפעל בהתאם כדי להביא לידי אכיפת הוראות הדין, בהשוואה לציפייה שהפיקוח על הבנקים יקיים מעקב כזה ויאכוף את זכויותיהם של הנפגעים.

166 Stephenson מסביר במאמרו כיצד חדשנות כזו הובילה, למשל, להטמעה של "פרויקטים לאכיפה משלימה" (SEPs) במישור של דיני איכות הסביבה, שבהם הנתבע מתחייב, במסגרת הסדר פשרה, לבצע פרויקטים הקשורים לאיכות הסביבה או לסייע במימונם, גם אם פרויקטים אלה אינם נובעים ישירות מההפרות שהוא נדרש לתת עליהן את הדין. Stephenson, לעיל ה"ש 160, בעמ' 112–113.

167 על תופעת השבי הרגולטורי ראו ידין **רגולציה**, לעיל ה"ש 136, בעמ' 156–157.

תביעות אל פתחי בית המשפט תוך נטרול התערבותם האפשרית של גורמים מעוניינים ופוליטיים. במילים אחרות, לתובענה הייצוגית יש יתרונות הן אל מול הכלים הרגולטוריים המסורתיים והן אל מול כלים רגולטוריים מודרניים אחרים:

יתרון ראשון של התובענה הייצוגית נוגע בגמישות ובספציפיות של הטיפול ה"רגולטורי". כך, קבוצה הנפגעת מפעולה הנעשית על ידי תאגיד מסוים יכולה, במסגרת הליך התובענה הייצוגית, להביא לידי ביטוי את האינטרס שלה באופן שיוכיל לשינוי מציאות, ללא צורך בחקיקה או בהתערבות רגולטורית גורפת, בהסתמכות על תמיכה ציבורית או ביצירת שדולה. באופן זה, במקום יצירת כללים נוקשים ופיקוח יקר שיחולו על ענף שלם באמצעות חקיקה, הציבור עצמו מסייע בגיבוש המדיניות הרגולטורית באופן מיטבי, תוך התבססות על תשתית עובדתית רחבה, המתבררת במסגרת ההליך האדוורסרי. יתרון זה דומה במובן מסוים ליתרונה של מתכונת רגולטורית חדשה יחסית המכונה "חווה רגולטורי" – מתכונת אשר יוצרת דיאלוג בין הרגולטורים לבין הגורמים המפוקחים במטרה ליצור התאמה ממוקדת ומיטבית בין המדיניות הרגולטורית לבין התאגידים בענף מסוים, באופן שימנע פגיעה בשוק כולו.<sup>168</sup> בדומה לחווה הרגולטורי, גם התובענה הייצוגית משמשת פלטפורמה לדיאלוג משפטי (גם אם כפוי), ולמצער לביורור משפטי המתמקד באינטרס החברתי שנפגע באופן ספציפי על ידי גוף או ענף מסוימים.

יתרון שני של התובענה הייצוגית, הקשור ליתרון הראשון, נוגע באפשרות לחסוך במשאבים הרגולטוריים ולהימנע מחוסר היעילות המתלווה לעיתים לרגולציה המסורתית, שהיא כוללנית מטבעה ובעלת תחולה רחבה. התייחסות כוללנית, מידע חלקי והעדר שיתוף פעולה מצד המגזר המפוקח מובילים פעמים רבות לרגולציה לא יעילה, אשר מוטלת ומיושמת באופן רחב על השחקנים בשוק כולו, לעיתים ללא הבחנה, תוך יצירת חסמי כניסה, פגיעה בתחרות, הקצאת משאבים לא יעילה ועלויות אכיפה ופיקוח גבוהות לקופה הציבורית.<sup>169</sup> לעומת זאת, ההליך האדוורסרי מאלץ את הצדדים לחשוף ולשתף מידע חיוני, אשר מסייע לשופט לפסוק על בסיס עובדתי רחב ולאחר דיאלוג מובנה בין הצדדים (גם אם בחסות בית המשפט, כאמור), ובכך מוביל ליצירת מדיניות רגולטורית "רזה" ומותאמת, המתחשבת בצורכיהם של כלל השחקנים שנטלו חלק בהליך המשפטי.

יתרון שלישי של הליך התובענה הייצוגית טמון בהרתעה הנוצרת מעצם קיומו הפוטנציאלי של ההליך. החשש מהעלויות המשפטיות בתביעות מסוג זה, שלעיתים נלוות אליהן ביקורת ציבורית ופגיעה פוטנציאלית במוניטין של התאגיד, עשוי להביא לידי כך שייוצרו לתאגידים תמריצים כלכליים ורחבים להחיל על עצמם מלכתחילה סטנדרטים גבוהים יותר בתחומים שבהם אין רגולציה ספציפית או רגולציה ברורה דייה, ולו כדי למנוע פסיקה מחייבת או יצירת רגולציה מפורטת יותר.

168 ידין "בג"ץ מתווה הגז והחווה הרגולטורי", לעיל ה"ש 152, בעמ' 609.

169 עוד על הטיעון העוסק ביעילות בהקשר של חווה רגולטורי ראו ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 163, בעמ' 131–142.



יתרון רביעי בהליך הייצוגי נוגע בשקיפותו של ההליך המשפטי. להבדיל מהשימוש ברגולציה מסורתית ואף מהשימוש בחוזים רגולטוריים שנרקמים לעיתים בין הרגולטור לבין פירמה פלונית או אלמונית,<sup>170</sup> ההליך המשפטי הינו שקוף ופומבי. טבעו זה של ההליך המשפטי עשוי לתרום להפגת החשש מהשפעת אינטרסים פוליטיים על גיבושה של המדיניות הרגולטורית ומתופעת "הדלת המסתובבת",<sup>171</sup> כמו גם לסייע בהעצמת כוחו של הציבור או נציגיו בפיקוח, באכיפה ובהרתעה, וכל זאת באופן שקוף, גלוי ופתוח לביקורת תקשורתית וציבורית. פומביות ההליך עשויה אף להעצים את היסודות הדמוקרטיים במסגרת הפרוצדורה הרגולטורית החדשה, וזאת באמצעות השקיפות המובנית בהליך המשפטי וכן בסיועה של התקשורת.<sup>172</sup>

אכן, גם האכיפה הפרטית אינה מושלמת, וגם לה יש מגבלות המצדיקות את קיומה כמערכת משלימה וממתנת למערכת האכיפה הציבורית, ולא כמערכת חלופית לה. בין מגבלות אלה ניתן להזכיר את האפשרות שהאכיפה הפרטית, ובמיוחד זו הקולקטיבית והייצוגית, בהיותה כלי רב עוצמה, מעלה חשש לשימוש סחטני בה,<sup>173</sup> במיוחד כאשר הרווח האישי של התובע הייצוגי יכול לבוא על חשבון הקבוצה המיוצגת.<sup>174</sup> נוסף על כך, שימוש הולך וגובר באכיפה פרטית עלול להציף את בתי המשפט בתובענות רבות אשר אינן מבוססות ואינן ראויות להתברר באמצעות הליך זה.<sup>175</sup> במובן זה, אף על פי שאחת התכליות המרכזיות שתובענה ייצוגית נועדה לקדם

170 ידין "בג"ץ מתווה הגז והחווה הרגולטורית", לעיל ה"ש 152, בעמ' 610.

171 עוד על תופעת "הדלת המסתובבת" ראו ידין **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 163, בעמ' 140–141.

172 שם, בעמ' 152–154.

173 Stephenson, לעיל ה"ש 160, בעמ' 116.

174 מול גישה זו ניצבת הגישה האוהדת, אשר גורסת כי המשפט עשוי דווקא להיות מעוניין, במסגרת מכשיר התובענה הייצוגית, ליצור "מעין יזמים" (Quasi Promoter), אשר יבצעו אכיפה פרטית של זכויותיהם של כלל חברי הקבוצה, אף אם המניע העיקרי יהיה רווח אישי לתובע המייצג. ראו פס' 19 לפסק דינו של השופט דנציגר בע"א 1834/07 **קרן נ' פקיד שומה גוש דן**, פ"ד סה(3) 636, 658 (2012): "...בהחלט אפשר לומר כי התובע המייצג הוא-הוא שבוחר ליטול על עצמו את התפקיד ולקדם למען עצמו ולמען שאר חברי הקבוצה את התובענה על כל המשתמע מכך – כאשר ברקע ניצבת האפשרות (אשר בעקבותיה קמה הציפייה הלגיטימית) לעשיית רווח כלכלי בדמות הגמול האמור...". כן ראו הלפטק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 313–315. בכל מקרה, חוק תובענות ייצוגיות מעמיד כלים לבקרת נושא זה בהליך אישור התובענה, כמו גם במהלך אישור הסדרי הפשרה המוצעים במסגרתה. לעניין זה ראו רע"א 7064/17 **ארד נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ**, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם באר"ש, 11.12.2018), אשר מעניק רוח גבית לגורמים המסייעים בהגשת תביעות – בתמורה או בהתנדבות – לצורך מימוש זכויות בבית המשפט, ובכלל זה הקרן למימון תובענות ייצוגיות.

175 Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1 (1991). הצפת בתי המשפט בתובענות ייצוגיות היא בעיה שהמחוקק הישראלי ניסה לפתור לאחרונה על ידי קביעת אגרה בהגשתן – ראו את הדין בפרק הראשון לעיל (ליד ה"ש 45–53).

היא השגת הרתעה מפני הפרת הדין, הפעלה תכופה מדי שלה צפויה ליצור מצב של הרתעת יתר, לנוכח התמריץ האישי העומד בבסיסה לשכר טרחה וגמול, בהשוואה לתמריץ הציבורי שאמור להימצא בראש מעייניה של הרשות השלטונית בפיקוח ובאכיפת הדין בתחומים שבאחריותה.<sup>176</sup> כאמור, האינטרס הרכושי העומד ברגל בבסיס התובענה הייצוגית אינו פסול כשלעצמו,<sup>177</sup> אך עלולות להתלוות אליו התעלמות של תובעים פרטיים מהחצנות אפשריות שהם יוצרים כלפי הציבור, כמו גם זניחה של תחומים חשובים מבחינה חברתית שאין בהם תמריצים מספקים להגשת תובענות ייצוגיות, כגון איכות הסביבה, הפליה בעבודה ושוויון זכויות – תחומים שלא מוגשות בהם כמעט תובענות ייצוגיות.<sup>178</sup> על קושי זה, של מיעוט תובענות ייצוגיות בתחומים מסוימים, ניתן להשיב כי הקרן למימון תובענות ייצוגיות, שבה נעסוק בפרק הבא של המאמר, נועדה לסייע, בין היתר, במזעור הבעיה על ידי תמרוץ הגשת תובענות ייצוגיות בתחומים "מוזנחים" באמצעות סיוע במימון כספי.<sup>179</sup>

176 בעניין זה ראוי להחריג את התובענות שאינן מוגשות על ידי תובע יחיד בעל תמריץ אישי כאמור, אלא על ידי עמותה או רשות ציבורית (כהגדרתן בתוספת הראשונה לחוק), הרשאיות לעשות כן על פי ס' 4 לחוק תובענות ייצוגיות.

177 ראו עניין קרן, לעיל ה"ש 174, פס' 53 לפסק דינו של השופט דנציגר: "הנה כי כן, יוצא כי לא זו בלבד שאינטרסים כלכליים פרטיים אינם עומדים בהכרח בסתירה לקידומן של מטרות חברתיות 'ציבוריות' חשובות, אלא שהם אף עשויים להיות מתועלים לשם קידומן של אותן מטרות."  
178 חיות, לעיל ה"ש 74, בעמ' 937-939. ככל שמדובר בתחום הנגישות ושוויון ההזדמנויות לאנשים עם מוגבלות יש לציין כי ניכרת עלייה ניכרת במספר הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות. ראו משה גורלי "אנשים עם מוגבלויות מנתרים באחוז הייצוגיות" כלכליסט 8.7.2018 [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3741826,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3741826,00.html); אבישי גרינצייג ומתן ברנר "הייצוגיות בעניין נגישות לנכים, הטענות לסחיטה והמלחמה שהכריזו החברות הנתבעות" גלובס 18.6.2020 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001332667](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001332667).

179 ראו תק' 3(ב)(3) לתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), אשר מסמיכה את הנהלת הקרן למימון תובענות ייצוגיות לשקול בעת דיון בבקשת מימון, בין היתר, את השאלה "האם הוגשו בקשות לאישור באותה עילה או בעילה דומה לעילה שבעדה הוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נושא הבקשה לסיוע, או האם מתנהלות תובענות ייצוגיות באותה עילה או בעילה דומה לעילה שבעדה מתנהלת התובענה הייצוגית נושא הבקשה לסיוע". לעניין זה יצוין כי החל בשנת 2016 מוכנסת לעמודים הפותחים את הדוחות השנתיים של הקרן "דיאגרמת עוגה" אשר מסייעת להמחיש את מספר הבקשות שהוגשו לקרן ואת מספר הבקשות שהיא אישרה בפילוח לפי תחומים. זאת, כדי להציף בצורה פומבית את התחומים הפחות-מבוקשים, ובכך לעודד, ולו בעקיפין, הגשת תובענות ייצוגיות בתחומים אלה. ראו משרד המשפטים דו"ח פעילות הקרן למימון תובענות ייצוגיות לשנת 2016 (2017) [www.gov.il/BlobFolder/generalpage/representative\\_actions\\_fund/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%A4%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A7%D7%A8%D7%9F%20%D7%9C%D7%A9%D7%A0%D7%AA%202016.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/representative_actions_fund/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%A4%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A7%D7%A8%D7%9F%20%D7%9C%D7%A9%D7%A0%D7%AA%202016.pdf) (להלן: דוח פעילות הקרן לשנת 2016). חשוב לציין כי לפי הדין הקיים הקרן אינה יכולה לזוּם מימון בצורה פרו-אקטיבית.

הנה כי כן, הליך התובענה הייצוגית, כהליך של אכיפה פרטית, טומן בחובו פוטנציאל משמעותי לאכיפה יעילה של הדין ולהרתעה מפני הפרתו. חשיבותו של ההליך מרכזית בעיקר בנסיבות שבהן המערך הרגולטורי שהרשויות הציבוריות מפעילות אינו כולל – או כולל בצורה תת-מיטבית – ניטור ופיקוח על פעילותו של המגזר הפרטי. התובענה הייצוגית פועלת לפיכך לא רק כ"מכפילת כוח" אשר מעצימה את הפרטים ומאפשרת להם לפעול בעצמם במקרים המתאימים בצורה יעילה ומשמעותית, אלא גם כגורם אשר מפחית את הצורך בהתערבותו של הרגולטור בפעילותו של המגזר העסקי – התערבות שהיא מטבעה פטרנליסטית, רחבה, גורפת ולא ממוקדת דייה.

### פרק ד: בין הפרטי לציבורי – הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות

השימוש בתובענה הייצוגית כאמצעי להטמעת נורמות חברתיות וחוקתיות במשפט הפרטי, במיוחד במסגרת פעילותו של המגזר העסקי, אשר נדון בחלקו השני של המאמר, כמו גם תכליתה של התובענה הייצוגית להעצים את האכיפה הפרטית ולמתן את האכיפה הציבורית, אשר נדונה בחלקו השלישי של המאמר, מהדהדים היטב בכינונה בחוק של קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות אשר יש בהגשתן ובבירורן חשיבות ציבורית וחברתית. קרן זו שהוקמה בישראל מהווה תקדים עולמי כמעט.<sup>180</sup> הקרן הוקמה בסעיף 27 לחוק לתקופה של שבע שנים, ולאחרונה החלו הליכי חקיקה לקיבוצה.<sup>181</sup> לצד קרן זו קיימת בישראל קרן נוספת, ברשות לניירות ערך, שמיועדת למימון תובענות הקשורות לניהול זירת סוחר ולעילות הנובעות מזיקה לנייר ערך או ליחידה, כהגדרתן בחוק ניירות ערך ובחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, בהתאמה.<sup>182</sup> שתי הקרנות הינן ציבוריות, וככאלה מחדדות את ההיברידיות והשניות של מנגנון התובענה הייצוגית כמנגנון של אכיפה פרטית אשר מסתייע בחלקו בהכרה ובמימון ציבוריים. אולם הקרן הראשונה (להלן: הקרן הכללית), אשר תפקידה "לסייע לתובעים מייצגים במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות, אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן",<sup>183</sup> מחדדת גם את זיקתה האפשרית של התובענה הייצוגית להטמעתן של נורמות ציבוריות וחברתיות.<sup>184</sup> לפיכך הקרן הכללית למימון

180 כיום קיימות קרנות בעלות אופי פעילות דומה אך ורק בקנדה – באונטריו ובקוויבק. ראו לעיל ה"ש 12.

181 ראו טיוטת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 11) ותזכיר חוק תובענות ייצוגיות (תיקונים שונים), התש"ף-2020, לעיל ה"ש 52.

182 ס' 55 לחוק ניירות ערך, המפנה לעילות שבפרטים 4 ו-5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. 183 ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

184 בהקשר זה מעניין שהמחוקק ערך הבחנה בין המטרות שלאורן שתי הקרנות בישראל מוסמכות להחליט אם להיעתר לבקשה לסיוע במימון. בעוד הקרן שהוקמה מכוח חוק ניירות ערך מוסמכת

תובענות ייצוגיות – בהיותה קרן ציבורית, וגם כזו אשר חברים בה נציגי הרגולטורים השונים המייצגים את מגוון התחומים שבהם מוגשות תובענות ייצוגיות<sup>185</sup> – משקפת את ההכרה, התמיכה ושיתוף הפעולה העקיף של הרגולטור הציבורי עם מנגנון התובענה הייצוגית כמנגנון של אכיפה פרטית. באותה נשימה, ואולי זה העיקר, יפוי הכוח של הקרן הכללית לממן תובענות ייצוגיות אשר יש "חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן" מעיד בצורה מובהקת על ההכרה והתמיכה של המחוקק בייעודה של התובענה הייצוגית לקדם נושאים בעלי חשיבות חברתית וציבורית.

אכן, תובענות ייצוגיות, כבר מעצם קיומן, נועדו לשרת מטרה ציבורית חיונית של שיפור אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.<sup>186</sup> הקרן למימון תובענות ייצוגיות משמשת זכוכית מגדלת למטרה זו, וצובעת אותה בצבעים עמוקים בהושיטה סיוע כספי אקטיבי לתובענות בעלות חשיבות חברתית וציבורית יתרה.<sup>187</sup> בהקשר זה המחוקק מעניק סמכות רחבה לקרן, בקובעו כי "...תפקידה לסייע לתובעים מייצגים במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות, אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן",<sup>188</sup> מבלי שהוא תוחם בצורה מוגדרת וברורה את שיקול דעתה של הקרן. מטבע הדברים, ואף שתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות) מזכירות כמה שיקולים,<sup>189</sup> קשה – ולמעשה בלתי אפשרי – לקבוע מראש ובאופן

---

לאשר מימון לתובענה שיש בה "עניין לציבור... [ו]יש סיכוי סביר שבית המשפט יאשר אותה כתובענה ייצוגית" (ס' 55ג(ב) לחוק ניירות ערך), הקרן הכללית זוכה במתחם שיקול דעת רחב יותר, כאשר בסמכותה לסייע במימון של תובענות ייצוגיות ובקשות לאישור תובענות ייצוגיות אשר יש "חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן" (ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות). הבדל זה מעיד לכאורה על סמכות רחבה יותר שהמחוקק ראה לנכון להעניק לקרן הכללית למימון תובענות ייצוגיות, בהשוואה לקרן שהוקמה מכוח חוק ניירות ערך.

185 ס' 27(ב) לחוק מונה את הנציגים השונים שינהלו את הקרן, אשר כוללים, בין היתר, נציג של הממונה על הגנת הצרכן; נציג של הממונה על התחרות (לשעבר הממונה על ההגבלים העסקיים); נציג של המפקח על הבנקים; נציג הממונה כהגדרתו בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005; נציג המשרד לאיכות הסביבה; נציג נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; נציג היועץ המשפטי לממשלה; נציג ציבור בעל ידע וניסיון בתחום פעילותה של הקרן; ואדם שאינו עובד מדינה ואשר כשיר להיות שופט של בית משפט מחוזי, שיהיה יושב ראש הקרן.

186 ראו ס' 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות וגם את דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 28.

187 השוורונן אברהם "מימון התדיינות על-ידי צד שלישי" **משפט ועסקים** כ 131 (2017); Catherine Piche, *Public Financiers as Overseers of Class Proceedings*, 12 N.Y.U. J.L. & Bus. 779, 801–802 (2016).

188 ס' 27(א) לחוק.

189 תק' 3(א) לתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות) קובעת כי "בבואה של ההנהלה לדרון ולהחליט בכל בקשה לסיוע היא תשקול את נסיבותיו של העניין, תוך יישום שוויוני וענייני של הוראות תקנות אלה והיא מוסמכת לאשר סכום לסיוע השונה מהסכום המבוקש בבקשה"; תק' 3(ב) קובעת כי נוסף על כך "תשקול ההנהלה את מידת החשיבות הציבורית והחברתית של התובענה הייצוגית ואת תרומתה לקידום הערכים שעליהם מבקשות להגן עלילות התביעה המפורטות בתוספת השניה לחוק וכן רשאית ההנהלה לשקול, בין השאר, את השיקולים

שיטתי רשימה סגורה של שיקולים כאלה. אולם מהשוואה בין נוסחו של חוק תובענות ייצוגיות באשר לשיקול דעתה של הקרן הכללית למימון תובענות ייצוגיות לבין נוסחו של חוק ניירות ערך בנוגע להיקף שיקול דעתה של הקרן המקבילה למימון תובענות ייצוגיות בתחום ניירות ערך<sup>190</sup> עולה כי המחוקק מבקש ככל הנראה להרחיב את שיקול דעתה של הקרן הכללית לא רק לתובענות שיש בהן "עניין לציבור" אלא גם לכאלה שיש בהן "חשיבות ציבורית וחברתית". זאת גם כאשר מתקיימת חשיבות ציבורית וחברתית "בהגשתן ובכירורן", כלומר, אף ללא צורך ב"סיכוי סביר שבית המשפט יאשר אותה כתובענה ייצוגית", כפי שנדרש בחוק ניירות ערך. מהבדלי נוסחים אלה, כמו גם מהרכבה המגוון של הנהלת הקרן הכללית למימון תובענות ייצוגיות (נציגי הרגולטורים השונים, נציג היועץ המשפטי לממשלה, נציג ציבור וכן אדם שאינו עובד מדינה ואשר כשיר לשמש שופט של בית משפט מחוזי),<sup>191</sup> המשמשת מעין "חבר מושבעים", נראה שהמחוקק מכוון להקניית שיקול דעת מקצועי, ציבורי, משפטי ולבר-משפטי רחב למנהלות ולמנהלים של הקרן, ברוח הדוגמאות האנקדוטליות שיובאו בהמשך פרק זה. לקרן הכללית יש תקציב שנתי מוגבל ובלתי נצבר של כמיליון ורבע שקלים, אשר נועד לכסות בעיקר – אם כי לא רק – מימון חוות דעת מומחה, החזר הוצאות משפט במקרים שבהם התביעה נכשלת, ולאחרונה גם אגרות. אולם נוסף על סיוע כספי ישיר זה נטען כי להחלטותיה של הקרן עשויה להתלוות, ולו באופן לא פורמלי, השלכה אקספרסיבית ומאותתת.<sup>192</sup> הכתיבה בנושא זה אינה רבה, אך ניתן לשער כי איתות זה

האלה: (1) הבקשה לסיוע הוגשה בתום לב; מבקש הסיוע חשף לפני ההנהלה כל מסמך או פרט מהותי וכן כל מסמך או פרט לפי דרישתה; (2) הוגשה בקשת הסיוע בטרם אושרה התובענה כתובענה ייצוגית – סיכוייה של הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית להתקבל על ידי בית המשפט; ואולם אין בהחלטות ההנהלה כדי להוות ראייה בנוגע לסיכויי הצלחתה של הבקשה לאישור; (3) האם הוגשו בקשות לאישור באותה עילה או בעילה דומה לעילה שבעדה הוגשה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נושא הבקשה לסיוע, או האם מתנהלות תובענות ייצוגיות באותה עילה או בעילה דומה לעילה שבעדה מתנהלת התובענה הייצוגית נושא הבקשה לסיוע; (4) קיומם של גורמים המכבידים על הגשת תובענות ייצוגיות בנושאים שבהם עוסקת התביעה, בכלל זה: מורכבות הנושא, מורכבות דרכי ההוכחה, עלות גבוהה של ההליכים, חוות הדעת או הוצאות אחרות הכרוכות בהליך; (5) עומדים לרשות המבקש מקורות מימון נוספים להטחת [להבטחת] מימון משוער של ההליך; ותק' 3(ג) קובעת כי "הנהלת הקרן רשאית להתנות את החלטתה על העברת כספי סיוע בתנאים שעל מבקש הסיוע או בא כוחו לקיים" (כל ההדגשות הוספו).

190 ס' 55(ג) (לחוק ניירות ערך ("שוכנעה הרשות כי יש בתובענה עניין לציבור וכי יש סיכוי סביר שבית המשפט יאשר אותה כתובענה ייצוגית, רשאית היא לשאת בהוצאות התובע, בסכום ובתנאים שתקבע").

191 ס' 27(ב) לחוק.

192 אברהם, לעיל ה"ש 187, בעמ' 167–168. הכותב מציין כי במחקר שערך נמצא מתאם – אך לא בהכרח קשר סיבתי – בין מימון התובענה על ידי הקרן למימון תובענות ייצוגיות לבין סיכויי הצלחתה של התובענה וגובה הפיצוי שיינתן. ייתכן שמתאם זה נובע "מהאיתות שבמימון". לגישה נוספת, המתייחסת לאפשרות שהאיתות הגלום בהחלטת הקרן עלול לפגוע בזכותם של הנתבעים לדיון בבקשתם ללא דעה קדומה מצידו של בית המשפט, ראו מוטי ארד "דעה: הקרן

יכול לפעול לא רק במסגרת ההליך השיפוטי, אלא גם מחוץ לו, לנוכח האפשרות שהמגזר העסקי יירתע ויגיב על ההזדמנות הציבורי שעשוי להתלוות לפומביותה של התובענה הייצוגית, במיוחד אם היא ממומנת על ידי קרן ציבורית.<sup>193</sup>

הקרן מתכנסת אחת לרבעון, והמגמה העולה מפעילותה עד כה היא של גידול מתמיד במודעות של הציבור לפעילותה ובנפח פעילותה.<sup>194</sup> במהלך שנות פעילותה נענתה הקרן לבקשות מימון של תובענות בקשת רחבה של נושאים. חלק הארי של הבקשות שאושרו היו בנושאי צרכנות, בדומה לחלקן של עילות אלה מתוך כלל התובענות הייצוגיות המוגשות מדי שנה. לעומת זאת, שכיחותם של תחומי ההגבלים העסקיים (תחרות הכלכלית), הגנת הסביבה, ההפליה והביטוח בהחלטות המימון של הקרן הייתה בינונית, ואילו תחומי הבנקאות, דיני העבודה, שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והשבת כספים שנגנבו לא כדין זכו בנתח קטן בלבד מסך המימון שאושר.<sup>195</sup>

בקשות המימון שנענו בחיוב על ידי הקרן ממחישות את עוצמתה הפוטנציאלית של התובענה הייצוגית הן כאמצעי להטמעת נורמות ציבוריות וחוקתיות במסגרת פעילותם

193 תשפ"א על בית המשפט "כלכליסט" 17.6.2010 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3408358,00.html. למקרה שבו העלה ארגון טענה להתאמתו לנהל הליך ייצוגי וניסה לתמוך אותה, בין היתר, במשמעות האינדיקטיבית הטמונה לדעתו בהחלטתה של הקרן למימון תובענות ייצוגיות לסייע במימון הבקשה, ראו ת"צ (מחוזי מ"ר) 10538-02-13 עמותת הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס' 105 (פורסם בנבו, 19.1.2020).

194 להרחבת הדיון בהיבטים הלא-פורמליים שעשויים להתלוות להחלטות של גורם ציבורי ראו שרון ירין "המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?" **משפט ועסקים** כג (צפוי להתפרסם ב-2020). בצד שיטת ה"מקל" מן הראוי להזכיר את הפוטנציאל הטמון באיתות החיובי ובהוקרה הציבורית שעשויים להתלוות לאימוצם של מנגנונים פנים-תאגידיים מניעתיים, דוגמת הטמעה אפקטיבית של קוד אתי המותאם לערכי החברה הנוגעת בדבר. איתות זה יכול לפעול כ"גזר", ולהפחית את הסיכונים המשפטיים שהתאגידים והפועלים מטעמם חשופים אליהם, בין היתר לנוכח אפשרות הגשתה של תובענה ייצוגית. ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" **משפט ועסקים** ב 159 (2005).

194 משרד המשפטים "הקרן למימון תובענות ייצוגיות – תמונת מצב" (2016) www.gov.il/Blob/Folder/generalpage/representative\_actions\_fund/he/%D7%94%D7%A7%D7%A8%D7%9F%20%D7%9C%D7%9E%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%9F%20%D7%AA%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%A0%D7%95%D7%AA%20%D7%99%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%92%D7%99%D7%95%D7%AA-%20%D7%AA%D7%9E%D7%95%D7%A0%D7%AA%20%D7%9E%D7%A6%D7%91.pdf.

195 בשנת 2016, 46% מבקשות המימון שאושרו נגעו בתביעות בנושאי צרכנות, 13% בהגבלים עסקיים (תחרות כלכלית), 11% בהגנת הסביבה, 8% בביטוח, 8% בהפליה, 6% בגביית כספים לא כדין על ידי רשויות, 4% בבנקאות, 2% בשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ו-2% בדיני עבודה. שיעורים אלה תואמים את פילוח הבקשות למימון שהוגשו. כך, בשנת 2016, 48% מהבקשות שהוגשו היו בנושאי צרכנות, 11% בהגבלים עסקיים (תחרות כלכלית), 8% בהגנת הסביבה, 9% בביטוח, 6% בהפליה, 6% בגביית כספים לא כדין, 5% בבנקאות, 2% בשוויון לאנשים עם מוגבלות ו-3% בדיני עבודה. **דוח פעילות הקרן לשנת 2016**, לעיל ה"ש 179.

של תאגידים והן כמכשיר מעין-רגולטורי לאכיפה פרטית המשלימה את האכיפה השלטונית. דוגמאות מובהקות לכך הן שלושה פסקי דין חשובים שניתנו בבית המשפט העליון בשנים האחרונות בתביעות שזכו במימון מטעם הקרן למימון תובענות ייצוגיות. פסקי דין אלה כוללים את עניין **רדיו קול ברמה**,<sup>196</sup> אשר הדגיש את זיקתה האפשרית של התובענה הייצוגית להגנה על זכויות האדם החוקתיות, ולצידו שתי החלטות תקדימיות נוספות שבהן אושרו תובענות ייצוגיות המרימות על נס את מקומה המעין-רגולטורי של התובענה הייצוגית: עניין **חברות הגז**<sup>197</sup> ועניין **חברת החשמל**.<sup>198</sup>

בעניין **רדיו קול ברמה** דובר בתובענה בסוגיה חוקתית שבמרכזה הפליית נשים על ידי תחנת רדיו המסרבת להשמיע קול אישה בשידור. בעניין זה אישר בית המשפט

196 עניין **רדיו קול ברמה**, לעיל ה"ש 94. בשנת 2014 אישרה הקרן בקשה של ארגון "קולך" למימון בדיקות מקצועיות במסגרת הליך הגשת התובענה הייצוגית בעניין **רדיו קול ברמה**, ומימנה 90% מעלות הבדיקות הנדרשות. משרד המשפטים **דו"ח פעילות הקרן למימון תובענות ייצוגיות לשנת 2014** (2015) [www.gov.il/BlobFolder/generalpage/representative\\_actions\\_fund/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%A4%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A7%D7%A8%D7%9F%202014.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/representative_actions_fund/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%A4%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A7%D7%A8%D7%9F%202014.pdf) (להלן: **דוח פעילות הקרן לשנת 2014**). כמו כן העבירה הקרן 90,000 ש"ח בעבור חוות דעת מומחים. משרד המשפטים **דו"ח פעילות הקרן למימון תובענות ייצוגיות לשנת 2017** (2018) [www.gov.il/BlobFolder/generalpage/representative\\_actions\\_fund/he/activity\\_report\\_2017\\_0.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/representative_actions_fund/he/activity_report_2017_0.pdf).

דוגמה נוספת לשימוש במכשיר התובענה הייצוגית ככלי להובלת שינוי חברתי בתחומן של זכויות האדם במגזר הפרטי ניתן למצוא בת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 **מירב נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ**, פס' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.8.2016). תביעה זו עסקה בשאלה אם הצעה לביטוח רכב המעניקה שירותי החלפת גלגל בחינם למבוטחות נשים אך לא למבוטחים גברים נוגדת את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, ובכך פוגעת בזכויות של קבוצת הגברים המבוטחים. במסגרת החלטתו בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, התייחס השופט גרוסקופף (בכובעו כשופט בבית המשפט המחוזי) ל"חלוקת העבודה" הראויה בין תביעה אישית בגין הפליה, המתאימה להתמודדות עם מקרים של הפרה נקודתית של עקרון השוויון, לבין תביעה ייצוגית בעילה דומה, המתאימה להתמודדות עם מקרים שבהם מוכחת מדיניות של הפליה.

197 עניין **חברות הגז**, לעיל ה"ש 94. בעניין זה אישרה הקרן סיוע במימון חוות דעת מטעם מומחים בסכום מרבי של 150,000 ש"ח. למידע נוסף ראו **דוח פעילות הקרן לשנת 2014**, שם.

198 עניין **חברת החשמל**, לעיל ה"ש 94. בעניין זה אישרה הקרן מימון הוצאות משפט בסך 50,000 ש"ח ככל שייפסקו נגד המבקש, או 80% מסך ההוצאות, לפי הנמוך מביניהם. ראו **דוח פעילות הקרן לשנת 2016**, לעיל ה"ש 179. בקשה לדיון נוסף על החלטה זו נדחתה בדנ"א 7161/17 **שני נ' שליידר** (פורסם באר"ש, 4.2.2018). לעניין זה ראו אורה קורן "אור ירוק לייצוגית נגד חברת החשמל: התשלום הלא חוקי לעובדים נגבה מהצרכנים" **TheMarker** 4.2.2018 [www.themarker.com/dynamo/1.5787939](http://www.themarker.com/dynamo/1.5787939); עידו באום "אולי בפעם השנייה מנדלבלית יבין" **TheMarker** 5.2.2018 [www.themarker.com/law/1.5788644](http://www.themarker.com/law/1.5788644).

מידע נוסף על פעילות הקרן ועל הבקשות שהיא אישרה ניתן למצוא בדוחות השנתיים שלה, המופיעים באתר משרד המשפטים – [www.gov.il/he/Departments/General/representative\\_actions\\_fund](http://www.gov.il/he/Departments/General/representative_actions_fund).

העליון את הגשת התובענה הייצוגית, בטענה שהמדיניות שנקטה תחנת הרדיו היא בבחינת הפליה אסורה. בעניין **חברות הגז** דובר בבקשה לאישור התובענה הייצוגית הגדולה ביותר בתולדות ישראל,<sup>199</sup> שבה הועלתה הטענה כי מונופול הגז מנצל לרעה את כוחו בכך שהוא גובה מחברת החשמל מחיר מופרז, אשר מגולגל בסופו של דבר לצרכני החשמל.<sup>200</sup> בעניין **חברת החשמל** דובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה נטען כי תעריפי החשמל לצרכנים "נופחו" לא כדין, שכן הם כללו בתוכם חריגות שכר שנמצאו על ידי הממונה על השכר במשרד האוצר. בשני פסקי דין אחרונים אלה נדונו עניינים הנוגעים בפיקוח על מחירים. נושא זה הוא מתפקידיה העיקריים של הרגולציה הכלכלית בישראל, ולכן מצוי לכאורה בתחום הכפוף באופן בלעדי ומסורתי לאכיפה הציבורית. אף על פי כן מצא בית המשפט העליון לנכון להרחיב את השערים לביקורת שיפוטית של המעשים הנטענים באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית כמנגנון משלים לאכיפה הציבורית<sup>201</sup> וככלי הרתעתי המופנה כלפי גופים הפועלים לא כדין בכספי הציבור.<sup>202</sup> דברים אלה מהדהדים היטב בלשונו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין בעניין **חברת החשמל**:

199 כפי שהוגדרה בכמה כתבות עיתונאיות. ראו, למשל, אלה לוי-וינריב ומלכה רדוקוביץ' "דין סוער בתביעת הענק הייצוגית על המחיר המופרז לגז הטבעי" **גלובס** 31.1.2018 [www.globes.co.il/](http://www.globes.co.il/) news/article.aspx?did=1001221802; אלה לוי-וינריב "העליון: הייצוגית ב-45 מיליארד ש' נגד שותפות הגז לא תימחק" **גלובס** 28.9.2017 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001206530](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001206530); ארו רביב "על הדוכן: מחיר הגז" **דבר העובדים בארץ ישראל** 1.2.2018 [www.davar1.co.il/107986/](http://www.davar1.co.il/107986/).

200 בתביעה נטען כי המחיר בהסכמים עם חברת החשמל עומד על כ-5 דולרים ליחידת חום, אף שהוא צריך לעמוד על פחות ממחצית – 2.34 דולר ליחידה. עניין **חברות הגז**, לעיל ה"ש 94, פס' 4-1 לפסק דינה של השופטת חיות. בהתאם לכך הועמדה התביעה הייצוגית על סכום של 50 מיליארד שקלים.

201 עד לפסקי דין אלה גרסו היועץ המשפטי לממשלה כמו גם בתי המשפט כי אין להתיר תקיפה עקיפה של התעריפים. גישה זו עלתה בקנה אחד עם הגישה המקובלת בארצות הברית, שלפיה אין אפשרות להגיש תביעות שתוקפות באופן עקיף תעריפים שנקבעו על ידי רגולטור מקצועי. ראו, למשל, עניין **חברת החשמל**, לעיל ה"ש 94, פס' כח לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין. גישה זו, המכונה "Filed Rate Doctrine", הוזכרה גם בעניין **חברת החשמל**, שם, פס' א לפסק דינו של השופט מלצר. לדבריו, הגישה מעוררת ביקורת רבה בארצות הברית. מעבר לכך, הרגולציה בארצות הברית נעשית על ידי רשויות עצמאיות באופן מקצועי, על בסיס משפטי-כלכלי, ולא על ידי הממשלה, ולכן גישה זו אינה תואמת את שיטת המשפט הישראלית. לגישה שונה ולביקורת שלפיה פסיקה ברוח הפסיקה החדשה עלולה לסכן את האינטרס הציבורי, באשר היא מחלישה את הרגולטור, ראו חנה זיכל "בית המשפט העליון מחליש את הרגולציה" **TheMarker** 29.10.2017 [www.themarker.com/opinion/1.4551740](http://www.themarker.com/opinion/1.4551740). להרחבת הדיון בנושא חלוקת העבודה בין הרגולטור לבית המשפט ראו הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 131, בעמ' 75-84.

202 ראו, למשל, עניין **חברת החשמל**, שם, פס' סו לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין: "בנסיבות מעין אלה יש ליתן משקל אף לתכלית ההרתעתית של ההשבה בענייננו, הנגזרת מן העיקרון שלא ייצא חוטא נשכר, ומן הערכיות המוסרית שאין עשייה 'כבתוך שלך' בכספי ציבור."



"...יש לזכור כי ההליך הייצוגי משרת בראש וראשונה תכליות **ציבוריות**, וביניהן אכיפת החוק במישור האזרחי. והנה בנידון דידן נראה, כי אכיפה בדמות השבתם של רווחים שעשתה המערערת על חשבוננו של הציבור שלא כדין, תוך מודעותה לאי החוקיות אשר דבק[ה] בהם, יכולה לשמש בנסיבות השלמה נאותה למנגנונים הרגולטוריים שנועדו לפקח עליה."<sup>203</sup>

אף שפסקי דין אלה התמקדו במקרים קונקרטיים, קשה להפריז בחשיבותם הציבורית, וימים יגידו אם השלכותיהם אכן רחבות הרבה יותר ברוח הנטען והמוצע במאמר זה.<sup>204</sup>

דוגמאות רבות נוספות מצטרפות לשלושה פסקי הדין הללו של בית המשפט העליון. כך, וככל שהדברים נוגעים באחריותו החברתית של המגזר העסקי, ניתן להדגים זאת בסיועה של הקרן למספר רב של תובענות ייצוגיות שהוגשו בגין מפגעים סביבתיים של זיהום אוויר חמור אשר נגרמו תוך חריגה מהתקנים שקבע הרגולטור בחקיקה ובתקנות.<sup>205</sup> תביעות אלה מופנות לרוב כלפי תחנות רכבת או מפעלים גדולים, ומשלבות טענות בדבר מפגע בריאותי הנגרם לציבור רחב השוהה במקומות הציבוריים החשופים למפגע הסביבתי.<sup>206</sup> תחום נוסף של בקשות הוא תביעות ייצוגיות בגין הפרה

203 שם, פס' עח לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (ההדגשה במקור). על השילוב של תובענות ייצוגיות עם פעולת הרגולטור ראו גם את דבריה של השופטת פלפל בת"א (מחוזי ת"א) 2474/02 **רוחם נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ** (פורסם בנבו, 28.2.2007).

204 ראו, למשל, עידו באום "כלי הנשק החדש למלחמה בשחיתות" **TheMarker** 3.9.2017 [www.themarker.com/law/1.4406008](http://www.themarker.com/law/1.4406008), אשר סבר כי מעתה ניתן למעשה לתבוע כל חברה ממשלתית שהתעריף שהיא גובה מהציבור מקפל בתוכו תשלומים שנופחו באופן לא לגיטימי, כגון תשלומי יתר בגין מכרזים מושחתים, חריגות שכר לא חוקיות ואף רשלנות ניהולית.

205 למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 45641-09-15 **הרשקוביץ נ' VOLKSWAGEN AG** (פורסם בנבו, 7.9.2016).

206 לטענה בדבר מפגע סביבתי חמור של זיהום אוויר בתחנות רכבת שונות ברחבי הארץ, תוך חריגה מהתקן הקבוע בחוק וסיכון בריאותי של השהים במקום, ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 4373-01-15 **גורדש נ' רכבת ישראל בע"מ**; ת"צ (מחוזי י-ם) 20901-03-15 **ריטר נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.5.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 45897-01-17 **שחר נ' רכבת ישראל בע"מ**; ת"צ (מחוזי ת"א) 14412-04-17 **אברהם נ' רכבת ישראל בע"מ**. בת"צ (מחוזי מר') 34564-05-15 **עמותת אורחים למען הסביבה נ' קומפוסט שלוחות** (פורסם בנבו, 20.3.2018) ובת"צ (מחוזי ת"א) 11278-10-19 **קליין נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ** נטען למפגעים סביבתיים ובריאותיים שנגרמו על ידי מפעלים. בת"צ (מחוזי ת"א) 44000-06-12 **חדאד נ' אסם השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 19.10.2017) נטען לגרימת מטרד ליחיד באירוע של דליפת אמוניה מהמרכז הלוגיסטי של הנתבעת. נוסף על כך, בעת האחרונה אושרה בקשה מטעם "עמותת אורחים למען הסביבה" לסיוע במימון תביעה ייצוגית ראשונה מסוגה בארץ העוסקת בעוולה המונית ("Mass Torts"), שעתידיה להיות מוגשת נגד המפעלים המזהמים הגדולים במפרץ חיפה, וזאת בגין גרימת תחלואה עורפת במחלת הסרטן לתושבי האזור. לאחריות חברתית ומשפטית תאגידית בתחום דיני הגנת הסביבה ראו עלי

של חוק ההגבלים העסקיים (התחרות הכלכלית), שבמסגרתן נטען כי חברות מנצלות את כוחן המונופוליסטי על ידי קביעת מחירים מופרזים או חתימה על הסדרים כובלים, וזאת תוך הפרת הוראות החוק ופגיעה בציבור הצרכנים.<sup>207</sup> בקשות אחדות נוספות למימון מדגימות את יכולתו של הצרכן להיעזר בתובענה הייצוגית לשם ניהול הליך אזרחי נגד חברה זרה, בעיקר חברות ענקיות שפעילותן חוצה גבולות,<sup>208</sup> ובמיוחד כאשר הרשות הרגולטורית מוגבלת ביכולתה לאכוף את הוראות החוק על חברה זרה.<sup>209</sup> דוגמאות אחרונות אלה מדגימות כי גם בתחום הגנת הצרכן, שהוא התחום המשפטי שבו מוגשות רוב התובענות הייצוגיות, קיימות תביעות ייצוגיות בעלות ערך מוסף חברתי וציבורי מעבר לזה שכבר קיים בהן ממילא, באופן פוטנציאלי, מעצם היותן תובענות ייצוגיות. סוג אחר של בקשות מדגים את הפוטנציאל של התובענה הייצוגית להעלות את הנושא של זכויות חוקתיות וציבוריות במגזר הפרטי לסדר היום הציבורי.<sup>210</sup> דוגמאות לבקשות אלה כוללות תובענות המופנות נגד גופים ותאגידים שונים בטענה להפרת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, אם באמצעות אי-הנגשה של מקום ציבורי לאנשים עם מוגבלות,<sup>211</sup> אם על ידי מניעת אפשרותם ליהנות משירות ציבורי<sup>212</sup>

בוקשפן, איריס האן וגלעד רוט "הענק וגננו – על חברות, דיני החברות ואיכות הסביבה" **משפט ועסקים יג 101** (2010).

207 בת"צ (מחוזי מר") 46010-07-11 **נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 12.6.2018) (החלטה) ובת"צ (מחוזי י-ם) 57534-02-14 **זליכה נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.5.2018) (החלטה) נטען כי חברת תנובה מנצלת לרעה את מעמדה כמונופול בקובעה מחירים לא הוגנים למוצרים שונים; בת"צ (מחוזי י-ם) 31011-08-15 **קליין נ' מאפית דוידוביץ' ובניו בע"מ** (פורסם בנבו, 19.9.2019) נדונה הפרה של חוק ההגבלים העסקיים (כיום חוק התחרות הכלכלית) על ידי מאפיות אשר הסכימו ביניהן על פעולה להעלאת מחירי הלחם והימנעות מתחרות על לקוחות.

208 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 44244-02-16 **לב נ' BOOKING.COM B.V**; ת"צ (מחוזי י-ם) 63423-10-17 **גרינברגר נ' eBay Inc**; ת"צ (מחוזי ת"א) 41239-04-18 **שטיינקריצר נ' WhatsApp LTD**; ת"צ (מחוזי ת"א) 27761-09-17 **גל נ' Facebook Ireland Ltd**; עניין **פרמינגר**, לעיל ה"ש 64; ת"צ (מחוזי ת"א) 17737-01-18 **HOTELS.COM נ' הכהן**. כן ראו עניין **בן חמו**, לעיל ה"ש 125.

209 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר") 9615-09-17 **אירדל נ' VIAGOGO AG**. בעניין זה מדובר בחברה זרה שהפעילה אתר העוסק בספסרות בכרטיסים למופעים, אף שעיסוק זה אסור לפי החוק בישראל. הקרן סייעה לתובעים במימון של תרגום כתבי בית הדין והמצאתם. באופן דומה ראו עניין **לב**, שם, שבו נטען כי המשיבה, הפועלת בחוץ לארץ, אינה מאפשרת ללקוחותיה לקבל כסף לאחר ביטול עסקה.

210 דוגמת עניין **רדיו קול ברמה**, לעיל ה"ש 94.

211 ת"צ (מנהליים ת"א) 16317-06-12 **צוברי נ' עיריית תל אביב יפו** (פורסם בנבו, 25.12.2013); ת"צ (מחוזי מר") 21458-03-14 **ברון נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 26.2.2018) (החלטה) וכן ת"צ (מחוזי ת"א) 47863-07-15 **הכט נ' קסטרו מודל" בע"מ** (פורסם בנבו, 19.12.2018) עוסקות באי-הנגשה של מקומות ציבוריים, דוגמת תחנות אוטובוס וחנייות בגדים, כנדרש לפי החוק.

212 ראו ת"צ (מחוזי מר") 29387-09-14 **דבוסקין אבידב נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית**

ואם על ידי הימנעות מהספקת שירות שהגוף או התאגיד מחויבים לספקו מכוח החוק.<sup>213</sup> בקשות נוספות קשורות לתובענות ייצוגיות בעילה של הפרת הוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, דוגמת תביעות ייצוגיות שבהן נטען כי החברות הנתבעות הפלו בפעילותן בין קבוצות שונות מחמת מין,<sup>214</sup> גיל<sup>215</sup> או לאום.<sup>216</sup> בקשות מימון נוספות שאושרו בהקשר זה עוסקות בפגיעה בפרטיות הלקוחות<sup>217</sup> ובהפרה של זכויות העובד.<sup>218</sup>

- בע"מ** (פורסם בנבו, 6.12.2017) (פסק דין חלקי); ת"צ (מחוזי ת"א) 57824-06-15 **רשף נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 1.5.2019); ת"צ (מחוזי ת"א) 28211-09-16 **ברק נ' התיאטרון הלאומי הבימה בע"מ**. כל התובענות הללו עוסקות באי-התקנה של מערכות עזר לשמיעה לשם הנגשת שירותים שונים, כגון טלוויזיה והצגות תיאטרון, לאנשים עם מוגבלות בשמיעה.
- 213 ראו ת"צ (מחוזי י-ם) 43232-05-12 **פלונן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 17.9.2013) (החלטה), שבה נטען כי המשיבות סירבו לבטח את המבקשים עם ציון דבר מוגבלותם, ללא הנמקה ספציפית ואישית, וזאת בניגוד להוראות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ת"צ (מחוזי ת"א) 7789-06-15 **כרמי נ' שלמה תחבורה (2007) בע"מ**, שבה נטען כי המשיבות הפרו את חובתן מכוח החוק כמשכירות רכבים להחזיק ולהשכיר לפחות שני רכבי הסעה נגישים לבעלי מוגבלויות.
- 214 עניין **רדיו קול ברמה**, לעיל ה"ש 94; ת"צ (מחוזי ת"א) 26994-08-18 **בכר נ' ר.ג.ע ניהול ברים בע"מ** (פורסם בנבו, 13.1.2020).
- 215 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 38385-08-15 **דיין נ' כלל חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 20.1.2019) (החלטה), שבה נטען לקיפוח של קשישים באמצעות העלאת רף ההוכחה הנדרש לצורך מתן עזרה סיעודית.
- 216 ת"צ (מחוזי ת"א) 48927-08-15 **בסן נ' דקלה – חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 3.5.2017) (החלטה); ת"צ (מחוזי חי') 39672-01-16 **ואכים נ' שופרסל בע"מ** (פורסם בנבו, 25.1.2018) (החלטה); ת"צ (מחוזי י-ם) 59462-01-16 **אבו פריח נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 24.12.2017) (החלטה). ההחלטות לעיל עוסקות בהפליה של האוכלוסייה הערבית בגישה לשירותים בסיסיים, כגון שירותי מזון ושירותים בנקאיים, עקב אי-הספקת משלוחים או אי-פתיחת סניפים ביישובים ערביים. בת"צ (מחוזי נצ') 19886-07-12 **אבו אסחאק נ' חברת דואר ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 25.6.2013) נטען כי המשיבות נקטו הפליה פסולה כלפי אזרחים ישראלים בני הלאום הערבי בכך שהגדירו אותם במסמכיהן "בני דודים" והציעו להם הצעות במחיר גבוה מזה המוצע לאזרחי ישראל שאינם בני הלאום הערבי. אף שחלק מהבקשות הללו נדחו לבסוף, נראה שיש חשיבות בעצם בירורן ובהעלאת המודעות והדיון בנושאים אלה לסדר היום הציבורי-המשפטי. השור לעיל ה"ש 140.
- 217 ראו ת"צ (מחוזי מר') 22141-03-15 **גרינברג נ' חברת סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 27.8.2017) (החלטה), שבה נטען כי המשיבה הפרה את פרטיות לקוחותיה בכך שעקבה עשרים וארבע שעות ביממה אחר תנועות הלקוחות, תוך תיעוד החומרים בשרתים ענקיים ומכירתם לצדדים שלישיים.
- 218 ראו ת"צ (אזורי ת"א) 53030-05-16 **דניאל – פוקס-ויזל בע"מ** (פורסם בנבו, 19.8.2018) (החלטה), שבה נטען להפרת הוראות חוק הזכות לעבודה בישיבה ובתנאים הולמים, התשס"ז-2007, בכך שהחברה לא סיפקה לעובדיה מושב תקין ומתאים לעבודה. מידע נוסף על הבקשות לסיוע במימון שאושרו על ידי הקרן ניתן למצוא בדוחות הפעילות השנתיים שלה, המופיעים באתר משרד המשפטים, לעיל ה"ש 198.

לסיכום האמור, הקרן למימון תובענות ייצוגיות היא גוף שהוקם תחת משרד המשפטים, אך שיקול דעתה אוטונומי לגמרי, וחברים בה נציגי הרגולטורים השונים. ככזו, הקרן מבטאת את מעורבותה ותמיכתה של המדינה – אם כי רק בעקיפין באמצעות תקציבה – במאמציהם של פרטים להגיש ולברר תובענות ייצוגיות בנושאים בעלי חשיבות ציבורית וחברתית. נושאים אלה מדגישים את מעמדה המעין-רגולטורי של התובענה הייצוגית בכלל ושל הקרן למימון תובענות ייצוגיות בפרט.<sup>219</sup> תובענות אלה מוגשות חלף התערבות הרגולטור הישיר המופקד על נושא התובענה או נוסף על התערבותו. בהתאם, תובענות כאלה מדגימות ומדגישות את יכולתן לתרום להטמעה של אחריות ציבורית וחברתית של הגופים הנתבעים, המשתייכים ברובם הגדול למגזר העסקי, ובה בעת גם לתרום להפחתת הצורך באכיפה שלטונית ולהעברת האחריות בנושא זה לציבור ול"כוחות השוק" המשפטיים.

## סיכום

הטמעת אחריותם החברתית והחוקתית המתגברת של תאגידים בעידן הנוכחי<sup>220</sup> – הכרוכה בצורך להנגיש סעדים אפקטיביים לציבור, אשר זכויותיו מופרות כיום יותר מאי פעם על ידי המגזר העסקי – מאיצה פיתוח ושיפור של מנגנונים הרתעתיים ואכיפתיים משמעותיים.<sup>221</sup> אחד המנגנונים המשפטיים המבטיחים לצורך כך הוא התובענה הייצוגית, אשר ממוקמת במשפט הפרטי ועל כן מתאימה למשטרו של המגזר העסקי. רתימתה של התובענה הייצוגית למטרה זו מתיישבת היטב עם תמורות עומק מודרניות במשפט הפרטי המהותי והדיוני, כמו גם עם החשיבות החברתית והציבורית שטמונה באופן אינהרנטי בתובענה הייצוגית, ואשר ליוותה אותה למעשה כבר בתחילת דרכה בארצות הברית, גם אם לאו דווקא בהקשר של עוצמתו המתגברת של המגזר העסקי. במוכן מסוים נראה על כן שהתובענה הייצוגית חוזרת כיום יותר ויותר למקורותיה החברתיים, אך הפעם כאלה המיועדים להתמודד בעיקר עם מוקדי כוח תאגידיים ופרטיים מזן חדש. במשימתה זו, התובענה הייצוגית משתלבת עם השיח המקומי והביין-לאומי על אודות אחריותו הציבורית המתגברת של המגזר העסקי בעידן המודרני, ועם החיפוש אחר מנגנונים של רגולציה "חכמה" שיוכלו להשלים, לייעל ולמתן את האכיפה השלטונית המסורתית.

219 השוו להוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 131, בעמ' 63 ("ככל שתופסים את התכלית הציבורית כדומיננטית יותר בכלי התובענה הייצוגית, כך אפשר לומר שמדובר בכלי אכיפה בעל אופי רגולטורי יותר").

220 בוקשפן **המהפכה החברתית**, לעיל ה"ש 1. ראו גם לעיל ה"ש 6.

221 השוו לשלושת העקרונות (ובמיוחד לזה השלישי) העומדים בבסיס הנחיות האו"ם העוסקות בזכויות אדם ותאגידים – ראו לעיל ליד ה"ש 114–115.

תובנותיו של המאמר נשענות לא רק על ההיסטוריה שליוותה את התפתחותה של התובענה הייצוגית בארצות הברית, אלא גם על החידוש, התקדימי כמעט, המייחד את חוק תובענות ייצוגיות בישראל. חוק זה הקים בישראל קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות, לצד קרן דומה ותיקה יותר שנקבעה בחוק ניירות ערך. קרן ציבורית זו, שחברים בה נציגי הרגולטורים השונים המופקדים על תחומי החיים הנפוצים שבהם מוגשות תובענות ייצוגיות, הוקמה לצורך סיוע במימון תובענות ייצוגיות ובקשות לאישור תובענות ייצוגיות "אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובכירורן".<sup>222</sup> ככזו, הקרן מהווה זכוכית מגדלת (או תיבת תהודה) להבלטת התכליות הציבוריות, כמו גם אלה המעין-רגולטוריות, הגלומות בתובענות ייצוגיות. המאמר מציע כי תכליותיה של הקרן, הרפבה ותקדימיותה מאפשרים להתייחס אליה כאל "מעבדה", גם במישור הבין-לאומי, לזיקתה של התובענה הייצוגית לשיח המתגבר העוסק בהטמעת אחריות חברתית על המגזר העסקי; לשיח העוסק בהנגשתם לציבור של סעדים אפקטיביים למקרים של הפרת זכויות, כולל זכויות אדם, על ידי תאגידים; ולשיח העוסק בחיפוש אחר חידושים רגולטוריים – דוגמת שיתוף פעולה בין גוף ציבורי המסייע באופן עקיף לאכיפה פרטית – שיוכלו לסייע בפעולות השוק בדרכים ממוקדות ומתונות בהשוואה לרגולציה המסורתית.

ובנימה אישית, לאחר שנים של מחקר בתחום אחריותו הציבורית של המגזר העסקי, אחריות אשר מאתגרת מגוון שלם של תחומי המשפט המהותי והדיוני, ולאחר יותר מעשור של היכרות קרובה עם פעילותה של הקרן הציבורית למימון תובענות ייצוגיות, תחושתה היא שהקרן היא דוגמה יפה, מקורית ואפקטיבית במשפט הישראלי לחיזוק הקשר בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי ולשיפור יחסי הגומלין ההולכים ומתהדקים, בעולם המשפט ומחוץ לו, בין החברה (company) – שהיא הנתבעת המרכזית בתובענות ייצוגיות – לבין החברה (society).

222 ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

