

## התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית\*

### אסתר חיות\*\*

ברשימה זו אעמוד על כמה מן האתגרים שמוסד התובענה הייצוגית מציב בפני המשפט הישראלי כשמונה שנים לאחר חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, תוך בחינת גוף הפסיקה והחקיקה שהותווה בנושא זה לאורך שנים אלה. בפרק הראשון אעמוד על התוצאות המאכזבות שהתגלו במחקר האמפירי שעמד במרכזו של הכנס שלקראתו נכתבה רשימה זו, שעיקרן ריבוי תביעות-הסרק, מחד גיסא, והעדר מעורבות ויוזמה של רשויות ציבוריות בהגשת בקשות באמצעות מוסד התובענה הייצוגית בתחומי פעילותן, מאידך גיסא. לאחר-מכן, בפרקים השני והשלישי, אתחקה אחר חלק מן המנגנונים החקיקתיים והפסיקתיים שבאמצעותם מוסד התובענה הייצוגית מגשים את המטרות והאינטרסים הציבוריים שלצורך קידומם הוא נוסד. בין מנגנונים אלה ניתן למצוא, למשל, את הרחבת דיני המעמד ואת הסטייה מעקרונות הפיזיו הנוהגים בדין הפרטי, בין היתר לעניין הוכחת הקשר הסיבתי ולעניין הוכחת הנוק.

מבוא

פרק א: התובענות הייצוגיות בישראל

פרק ב: התובענה הייצוגית ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים

פרק ג: יסוד הנזק והקשר הסיבתי בתובענות ייצוגיות

סיכום

---

\* הדברים מבוססים על הרצאה שנשאה המחברת ביום 16.12.2014 בכנס "תובענות ייצוגיות בפרספקטיבה אמפירית", שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה. תמליל ההרצאה הותאם לפרסום בכתב (כולל הוספת מראי-מקומות בהערות-שוליים) על-ידי דרור שריג ושחר פרידמן ממערכת כתב-העת **משפט ועסקים**.

\*\* שופטת בית-המשפט העליון.

## מבוא

לאחרונה נערך מחקר אמפירי חשוב בנושא תובענות ייצוגיות, שהוא פרי שיתוף-פעולה מבורך בין מחלקת המחקר של הרשות השופטת לבין בית-הספר למשפטים של המרכז הבינתחומי הרצליה.<sup>1</sup> המחקר נערך בניצוחם של ד"ר קרן וינשל-מרגל, אשר עד לאחרונה ניהלה את מחלקת המחקר של הרשות השופטת, ושל פרופ' אלון קלמנט מהמרכז הבינתחומי הרצליה, אשר שנים רבות מקדיש לנושא זה חלק נכבד מן המחקר האקדמי המרשים והמעמיק שלו. המחקר האמור היווה ציר מרכזי שסביבו נסב הכנס "תובענות ייצוגיות בפרספקטיבה אמפירית", אשר נערך בדצמבר 2014 במרכז הבינתחומי הרצליה, ואשר לקראתו נכתבה רשימה זו.

נקודת המוצא של המחקר היא אומנם חוק תובענות ייצוגיות, שנחקק במרץ 2006,<sup>2</sup> ואשר לו איחד את רובו של מאמר זה, אך לפני כן קצת היסטוריה וקצת נוסטלגיה. כמו פרופ' קלמנט, גם אני מלווה את מוסד התובענות הייצוגיות עוד מן הימים שבהם עשה את צעדיו הראשונים במשפט הישראלי, כאשר האכסניה שלו, מבחינת ההסדרים הנורמטיביים, הייתה מפורזת בדברי חקיקה שונים, כגון חוק הגנת הצרכן, חוק ניירות ערך ואחר כך חוק החברות, חוק ההגבלים העסקיים, ואפילו תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי (להלן: תקנה 29), אשר בימים עברו ניטשה לגביה מחלוקת פוסקים בשאלה אם יש בכוחה להוות מקור נורמטיבי להגשת תובענות ייצוגיות בנושאים שלגביהם לא הייתה הסדרה בדברי החקיקה הקונקרטיים.<sup>3</sup>

הן כשופטת בבית-המשפט המחוזי והן בבית-המשפט העליון, בדיון הנוסף בעניין א.ש.ת.<sup>4</sup> נמנית עם השופטים שסברו כי עד אשר יואיל המחוקק לאחד תחת קורת-גג

1 אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה "תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" (מחלקת מחקר של הרשות השופטת ובית ספר רדיונר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, 2014) 5%doc/20Division/Research/heb/court.gov.il/elyon1.pdf (להלן: "המחקר האמפירי").

2 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

3 ס' 35 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ס' 54א-54ב לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1966; ס' 207-218 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; ס' 46א-46ב לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; תק' 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ראו גם ס' 16א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; ס' 62א לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981; ס' 53 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005; אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 133-134 (2006) (להלן: קלמנט "פרשנות חוק התובענות הייצוגיות").

4 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן: עניין א.ש.ת.). ראו גם דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005), אשר אישר את עמדת הרוב בערעור. כן ראו 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).

אחת את כל הוראות-המסגרת לגבי תובענות ייצוגיות, מן הראוי לעשות שימוש גם בתקנה 29 כעוגן להגשת תובענות ייצוגיות בתחומים החורגים מדברי החקיקה הספציפיים שהסדירו מוסד זה. זאת, בשל השקפתי כי מדובר במכשיר משפטי חשוב שבאמצעותו ניתן לקדם מטרות חברתיות ואינטרסים ציבוריים מן המעלה הראשונה. כידוע, הייתה זו דעת המיעוט, ובעניין א.ש.ת. הכריע בית-המשפט העליון בדעת רוב, הן בערעור והן בדיון הנוסף, כי אי-אפשר לעשות שימוש כזה בתקנה 29. עם זאת, כל השופטים שישבו בדין בעניין א.ש.ת. – הן שופטי הרוב והן שופטי המיעוט – היו מאוחדים בדעה כי על המחוקק לגבש בהקדם הסדרה מפורטת ואחידה לגבי תחום חשוב ומורכב זה של תובענות ייצוגיות, על-מנת לעודד ולקדם את מוסד התובענות הייצוגיות, על מכלול הנושאים הכרוכים בכך, וכן לקבוע איוונים ובלמים שיביאו בחשבון גם את הצורך לרסן את כוחו.

בעקבות פסק-דין א.ש.ת., ובתוך פרק-זמן לא-ארוך יחסית מאז ניתנו פסקי-הדין בערעור ובדיון הנוסף, חוקקה הכנסת, בשנת 2006, את חוק תובענות ייצוגיות,<sup>5</sup> שהוא כאמור נקודת המוצא של המחקר שהוזכר לעיל, אשר תוצאותיו העיקריות יידונו בפרק הראשון של מאמר זה. המחקר האמור סקר וניתח את כל התובענות הייצוגיות שהוגשו למן חקיקת החוק לאורך פרק-זמן של כשש שנים, עד אוגוסט 2012, וזהו בהחלט פרק-זמן שיכול לתת אינדיקציה מחקרית בשאלה: התובענות הייצוגיות בישראל – לאן?

## פרק א: התובענות הייצוגיות בישראל

אקדים ואומר כי תוצאות המחקר שנערך לאחורונה בישראל בנושא התובענות הייצוגיות<sup>6</sup> גרמו לי אכזבה לא-מבוטלת בכמה מישורים. הואיל ומדובר במחקר שנערך בשיטת "מפקד האוכלוסין" – כלומר, במחקר שניתח את כלל האוכלוסייה הנחקרת, דהיינו, את כלל תיקי התובענות הייצוגיות שהוגשו בישראל בתקופת המחקר – התמונה שאנו מקבלים היא מבוססת ומעמיקה ביותר. מצד אחד עולה מן המחקר נתון מרשים שלפיו מאז נחקק חוק תובענות ייצוגיות (להלן: החוק) יש עלייה דרמטית ביותר במספר התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל. המחקר מלמד כי בעוד שבשנת 2007 הוגשו רק 28 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, בשנת 2012 גדל מספר הבקשות כמעט פי 30 ועמד על 820, ובסך-הכל הוגשו בשש השנים שבהן נערך המחקר יותר מ-2,000 בקשות.<sup>7</sup> זהו בהחלט מספר מרשים, המעיד על מודעות הולכת וגוברת בציבוריות

5 להליכי החקיקה בעניין זה ראו קלמנט "פרשנות חוק התובענות הייצוגיות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 132. ראו גם סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט ו 7, 13-7 (2007).

6 "המחקר האמפירי", לעיל ה"ש 1.

7 שם, תרשים 1 בעמ' 12.

הישראלית לדבר קיומו של מוסד התובענה הייצוגית. אולם מצד אחר, התבוננות על התכנים והנושאים שלגביהם הוגשו הבקשות מלמדת כי למרות שפע האפשרויות המנויות בתוספת השנייה לחוק באשר להגשת בקשות בתחומים רבים ומגוונים, יש תחומים חשובים – כגון איכות הסביבה, הפליה בעבודה, שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הגבלים עסקיים ועוד – שבהם לא הוגשו אלא בקשות מעטות מאוד לתובענות ייצוגיות, אם בכלל.<sup>8</sup>

מן המחקר עולה כי רוב-רובן של התובענות הייצוגיות הוגשו בתחום הגנת הצרכן, וכי הוגשו גם תביעות רבות נגד רשויות להשבת סכומים שנגבו לא כדין.<sup>9</sup> מובן שאין למעט מחשיבותם של תחומים אלה, אך מה שמטריד בתוצאות המחקר הוא שהסיבה השכיחה ביותר לסגירתם של תיקים כאלה במהלך תקופת המחקר הייתה הסתלקות התובעים מתביעתם בשל אי-קיום עילה מוצדקת להגשת התובענה או משום שסיכוי התובענה היו נמוכים. מדובר בכ-60% מתוך 1,397 התיקים שנסגרו בתקופת המחקר. במילים אחרות, מתוך כ-2,000 תובענות ייצוגיות שהוגשו באותה תקופה, כ-850 בקשות היו בלתי-מבוססות על פניהן. אם נוסיף על כך את 60 התיקים שסולקו מחוסר מעש, נראה כי קרוב ל-50% מן הבקשות שהוגשו בתקופת המחקר היו למעשה הליכי-סרק, וזהו נתון מדאיג ומאכזב. מדאיג לא פחות הוא נתון נוסף העולה מן המחקר, שלפיו גם בתיקים המגלים עילה קיים פער עצום בין הערכות הנזק שמבקשי האישור מציינים, המגיעות לעיתים למיליארדי שקלים, לבין הסכומים הנפסקים בסופו של יום בהסדרי פשרה או בפסק-דין. נתון זה יכול ללמד על נטייה בולטת להפרזה בסכומי הפיצוי הנדרשים, המרמזת כי הסכום שנגקב בבקשה, יותר משהוא מבטא את הנזק הממשי הניתן להוכחה, מבטא את מאוויי-הלב של התובע ושל בא-כוחו, בהינתן העובדה שהגמול ושכר-הטרחה אמורים להיגזר מן הסעד שייפסק. מאידך גיסא, נתון זה יכול להצביע גם על בעיה הפוכה – היא בעיית הנציג. כוונתי היא שבאותם תיקים המסתיימים בהסדרי פשרה לא הושגה אולי תוצאה מיטבית לחברי הקבוצה בשל להיטותם של התובע ובא-כוחו לסיים את העניין בהסדר ולקבל את הגמול ושכר-הטרחה.

עורכי המחקר מציינים כי מודל התובענה הייצוגית שאומץ בישראל רותם את התמריצים הפרטיים של עורך-הדין והתובע המייצגים – המעוניינים בהשאת רווח – להשגת המטרות הציבוריות המנויות בסעיף 1 לחוק. על-פי מודל זה, תובעים פוטנציאליים ועורכי-דין משקיעים משאבים באיתור עילות להגשת תובענות ייצוגיות, ואחר כך בהגשתן ובניהולן, מתוך שאיפה שתביעות אלה יסתיימו בפסקי-דין או בהסדרי פשרה שמתוכם יוכלו לגזור שכר-טרחה וגמול. חשוב להדגיש – וכך אכן צוין לא אחת

8 שם, בעמ' 15–16.

9 שם, בעמ' 12–13. נמצא כי מתוך כלל בקשות האישור שנבחנו במחקר, כ-67% מהן הוגשו לפי ס' 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, המסדיר תביעות צרכנות נגד עוסקים. כ-14% מהבקשות הוגשו נגד רשויות המדינה לפי ס' 11 לתוספת; כ-6% מהבקשות הוגשו נגד מבטחים, סוכני ביטוח או חברות מנהלות לפי ס' 2 לתוספת; וכ-4% מהבקשות הוגשו נגד תאגידים בנקאיים לפי ס' 3 לתוספת.

בפסיקתו של בית-המשפט העליון – כי בעצם ההפרטה של הטיפול בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית וחברתית ובעצם עידודה של היזמות הפרטית שהצמיח מוסד התובענות הייצוגיות אין בהכרח פסול, וכי אין לראות את התנהלותם של התובעים הייצוגיים הפוטנציאליים ועורכי-הדין, התרים אחר עילות לתובענות ייצוגיות ומשקיעים בכך משאבים, כהתנהלות לא-הולמת. עם זאת, באחד מפסקי-הדין התריע השופט רובינשטיין כי פעלתנות-יתר בתחום זה מעוררת חשש שהדבר ייפך ל"תת-התמחות" וייצר "תעשייה" מקצועית שאינה אלא מכשיר להפקת רווחים בלבד.<sup>10</sup> זו אכן אחת הסכנות האורבות לנו כתוצאה ממתן הכשר ליזמות פרטית כזו. אני חוששת כי מה שעולה מתוצאות המחקר הוא שההסדר המפורט והמורכב שבחוק תובענות ייצוגיות – המכוון, בין היתר, להתמודד גם עם חסרונותיו של מוסד התובענות הייצוגיות – אינו מצליח להתמודד באופן אפקטיבי עם שתי הבעיות המרכזיות שנטועות בו באופן מובנה, ואשר עליהן כבר עמד פרופ' קלמנט במאמריו.<sup>11</sup> כוונתי לבעיית הנציג ולבעיית תביעות-הסרק שהוזכרו לעיל, המשקפות שתיהן ניצול לרעה של הליך התובענה הייצוגית. במאמר מוסגר אציין כי ניסיון מסוים להתמודד עם קשיים אלה נעשה לאחרונה בדרך של הצעת חוק פרטית המבקשת להכניס תיקונים שונים בחוק בכל הקשור להסתלקויות ולהסדרי פשרה.<sup>12</sup> זאת, ברוח התפיסה הכללית שעמדה לכתחילה ביסוד חקיקת החוק, כעולה מדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שם נאמר כך:

"התפיסה הכללית שאותה ביקש החוק המוצע לקדם היא שיש לעודד תובענות ייצוגיות ראויות ולהסיר מחסומים דיוניים מעל דרכן. בצד זאת, יש להתמודד כראוי עם סיכונים לניצול המכשיר לעשיית רווח בלא השגת תועלת לציבור. בנוסף, ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דיוני של ניהול תביעות, אלא בראש ובראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים. חלק ניכר מהשינויים שנעשו בחוק המוצע משקפים תפיסה זו."<sup>13</sup>

10 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פס' טו-טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.9.2014) (להלן: עניין פריניר).

11 ראו, למשל, אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 9-16 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות"); קלמנט "פרשנות חוק התובענות הייצוגיות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 147-150.

12 הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ד-2014, פ/2409/19 www.knesset.gov.il/privatelaw/data/19/2409.rtf (להלן: הצעת החוק הפרטית לתיקון חוק תובענות ייצוגיות).

13 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257.

## פרק ב: התובענה הייצוגית ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים

כאמור, תוצאות המחקר גרמו לי דאגה ואכזבה בכמה מישורים, וברצוני להתייחס כעת לאכזבה נוספת לצד אלה שכבר ציינתי, במיוחד לנוכח התפיסה הכללית העולה מדברי ההסבר שציטטתי, שבהם מודגשת כאמור התפיסה כי החוק נועד בראש ובראשונה להיות כלי לקידום אינטרסים ציבוריים. האכזבה הנוספת שאני מכוונת אליה קשורה לעובדה שבמהלך שש השנים שהמחקר מתייחס אליהן לא הוגשה ולו בקשה אחת לאישור תובענה ייצוגית על-ידי איזו מן הרשויות הציבוריות שהחוק העניק להן, בסעיף 4(א)(2), מעמד של "מבקש ציבורי" לצורך הגשת בקשות בתחומים שבהם הן עוסקות. כוונתי לנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, לרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, ולנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. אלה הרשויות הציבוריות המנויות בתוספת הראשונה לחוק, ועל-פי נתוני המחקר, כאמור, הן לא הגישו כל בקשה לאישור תובענה ייצוגית בתחומיהן. זהו נתון מאכזב במיוחד לנוכח העובדה שהבעיות שהיזמות הפרטית לוקה בהן – דהיינו, בעיית הנציג ובעיית הניצול לרעה של הליך התובענה הייצוגית – אינן מאפיינות מטבע הדברים את פעילותן של רשויות ציבוריות אלה, האמורות להציב לנגד עיניהן אך ורק את האינטרסים הציבוריים שאותם נועדה התובענה הייצוגית לשרת. מכאן החשיבות הרבה שיש לייחס להשתלבותן של רשויות אלה בשדה התובענות הייצוגיות. ואם יסבור מישו כי העובדה שרשויות אלה לא הגישו ולו בקשה אחת בתקופת המחקר נובעת מכך שהכל תקין במחוזותיהן, אזי הצצה נוספת על נתוני המחקר תבהיר מייד כי בתחום של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, למשל, הוגשו לא פחות מ-20 בקשות על-ידי גורמים אחרים, רובם ככל הנראה אנשים עם מוגבלות, שביקשו לעמוד על זכויותיהם.<sup>14</sup> אחת מאותן בקשות, למשל, הוגשה בשנת 2012 על-ידי מבקש פרטי עם מוגבלות בראייה נגד מפעילה של שירותי תחבורה ציבוריים בערים שונות ברחבי הארץ. הבקשה עסקה בהנגשת אוטובוסים לאנשים עם מוגבלות בראייה, ובאותו עניין הושג לבסוף הסדר פשרה שאושר על-ידי השופט גרוסקופף ביוני 2013, בתמיכת היועץ המשפטי לממשלה ובהעדר התנגדויות.<sup>15</sup> בקשה נוספת בתחום זה

14 "המחקר האמפירי", לעיל ה"ש 1, טבלה 1 בעמ' 13, וכן עמ' 15–16, שם המחקרים מנתחים את הנתונים לגבי סוג התובעים: 99.3% מכלל התובעים היו אנשים פרטיים עם עילת תביעה אישית; שלוש הרשויות הציבוריות שקיבלו מעמד של "מבקש ציבורי" (נכון לאוגוסט 2012) לא הגישו כל בקשה לאישור תובענה כייצוגית. לציפייתי שהארגונים הציבוריים יגישו בקשות לאישור תובענות כייצוגיות מצטרף גם השופט רובינשטיין. ראו עניין פרינר, לעיל ה"ש 10, פס' יא לפסק-דינו: "...ישנו דיסוננס מסוים, לא מבוטל, בין הרכיב הציבורי של התובענות הייצוגיות לבין הרכיב הכלכלי הכרוך בהן ומהוה קטר להן. כשלעצמי הייתי מתקשה להיות בשלום ערכית עם צרימה זו, שהרי ישנה – כאמור – ציפיה ואפשרות למאבקים צרכניים, למשל מעמותות ללא כוונת רווח, ולא דווקא מכיוון של בעלי אינטרס כלכלי...".

15 ת"צ (מחוזי מר') 44052-07-12 ברון נ' קונקס תחבורה ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 9.6.2013).

הוגשה בשנת 2007 בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע על-ידי מבקשים פרטיים עם מוגבלות נגד רכבת ישראל בגין הפרת זכויותיהם לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, והיא אושרה בשנת 2010 כתובענה ייצוגית. תובענה ייצוגית זו – שבמסגרתה אושר הסכם פשרה אשר קיבל תוקף של פסק-דין ביום 14.5.2015 – התנהלה על-ידי התובעים הפרטיים כתובעים ייצוגיים, ולמרבח האכזבה בלא מעורבות כלשהי של הנציבות לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.<sup>16</sup>

גוף נוסף שהיה אפשר בהחלט לצפות למעורבות פעילה יותר שלו בתיקי תובענות ייצוגיות, במיוחד בהינתן העובדה שרוב הבקשות מוגשות בתחום דיני הצרכנות, הוא המועצה הישראלית לצרכנות, אשר קיבלה אף היא מעמד מיוחד של "מבקשת ציבורית" בסעיף 4(א)(3) לחוק, כפי שתוקן בשנת 2008.<sup>17</sup> מבדיקה שערכתי עולה כי יש למועצה מעורבות מסוימת בתיקי תובענות ייצוגיות, וכי במהלך תקופת המחקר היא אף יזמה הגשה של בקשות אחדות – למשל, בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד "הד ארצי" בעניין פרסום סמוי בקלטות ילדים, אשר נדחתה בבית-המשפט המחוזי והסתיימה בהסדר בבית-המשפט העליון.<sup>18</sup> המועצה מעורבת גם בהגשת התנגדויות להסדרי פשרה בהליכים נוספים, ובהקשר זה ראויה לציון מעורבותה המוצלחת של המועצה בהליך שהתנהל בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב לפני השופט בנימיני, שבו הייתה מעורבת גם הקליניקה לתובענות ייצוגיות שהוקמה במרכז הבינתחומי הרצליה בניהולה של עורכת-הדין רוני אבישר-שדה, אשר ייצגה את המועצה הישראלית לצרכנות באותו עניין. במקרה זה אושרה תובענה ייצוגית שהגיש תובע פרטי נגד חברת מולטילוק, בטענה כי היא מטעה את לקוחותיה ביוצרה אצלם את הרושם שהמפתח שהיא מייצרת אינו ניתן לשכפול בלא "כרטיס חכם" שנמסר ללקוח. לאחר אישור התובענה כייצוגית הגיעו הצדדים להסדר פשרה, אך המועצה הישראלית לצרכנות סברה כי מדובר בהסדר שטעון תיקון, ועל-כן הגישה התנגדות מפורטת להסדר. בהתנגדותה תמך גם היועץ המשפטי לממשלה, ובסופו של יום אושר הסדר פשרה מתוקן שהביא בחשבון את רוב טעמי ההתנגדות שהעלתה המועצה.<sup>19</sup> זו דוגמה אחת למעורבות חשובה של רשות ציבורית בהליך של תובענה ייצוגית, שבזכותה ניתן להגיע לתוצאות המגשימות באופן מיטבי את מטרות החוק. אך כפי שציינתי, תקופת המחקר מתאפיינת לאכזבתי במעורבות דלה עד אפסית של הרשויות הציבוריות בתיקי התובענות הייצוגיות, למרות המעמד המיוחד שהוענק להן לצורך כך בחוק.

אך במקום לדשדש באכזבות, כדאי אולי לשוב ולהזכיר לעצמנו מהן המטרות שאותן הגדיר החוק בסעיף 1 שלו:

16 ת"א (מחוזי ב"ש) 1300-07 גונופולסקי נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2010; 14.5.2015).

17 ס' 7 לחוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008.

18 ע"א 9588/11 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2013).

19 ת"א (מחוזי ת"א) 2537/06 פרחן נ' מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2013).

- "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:
- (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."

מטרת אלה, שהחוק מכריז עליהן כבר בפתחו, לא נותרו כהצהרה בעלמא. עיון בסעיפי החוק וכן בגוף הפסיקה שהצטבר למן חקיקתו, בעיקר בבתי-המשפט המחוזיים, מלמד כי ההסדר הסטטוטורי החדש מתאפיין בהגמשת התנאים שתובעים ייצוגיים נדרשים לעמוד בהם, והכל לצורך הגשמת תכליתיה של התובענה הייצוגית, כפי שהוגדרו בסעיף 1 לחוק. בהקשר זה אני מבקשת להזכיר – בשלב זה בראשי-פרקים ובהמשך ביתר הרחבה – שני עניינים שבהם הגמשה זו באה לידי ביטוי מובהק. **האחד** הוא הוראת סעיף 8(ג) לחוק, המשקפת את הסטת הדגש מתביעתו של התובע המייצג אל תביעתם של התובעים המיוצגים. הוראה זו מאפשרת לבית-המשפט לאשר את התובענה הייצוגית תוך החלפת התובע המייצג, וזאת אם העניין עצמו ראוי להתברר כתובענה ייצוגית אך המבקש המקורי לא גילה עילת תביעה אישית או אינו ראוי מבחינות אחרות לשמש תובע מייצג.<sup>20</sup> **העניין האחר** נוגע ביסודות המרכזיים של עילת התביעה – יסוד הנזק ויסוד הקשר הסיבתי שבין מעשה העוולה או ההפרה שבוצעו לבין הנזק שנגרם. ההגמשה בהקשר זה באה לידי ביטוי, בין היתר, בהוראות סעיף 20 לחוק, המאפשרות הענקת סעדים באמצעות מנגנונים שונים וחדשניים למדי שנקבעו בו, בין היתר במקרים שבהם מי מחברי הקבוצה לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו, לא אותר או אי-אפשר לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, וכן במקרים שבהם פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי משום שאי-אפשר לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה או מסיבה אחרת. הגמשה זו בעניין הסעד מסיטה את הדגש מן הצורך בהוכחת היסודות המסורתיים הנדרשים להוכחת עילת התביעה בהליך פרטי אל עבר תכליות האכיפה וההרתעה שביסודו של חוק תובענות ייצוגיות, והיא מתרכזת בהטלת חיוב על המזיק בגובה הנזק שגרם, גם אם בנסיבות שנוצרו אי-אפשר מבחינת הניזוקים לקיים את התכלית הקלסית של דין הניזוקין – השבת המצב לקדמותו.

מגמה זו של מעבר מפרוצדורה למהות, העולה מחוק תובענות ייצוגיות ומן הפסיקה המפרשת אותו, משתלבת היטב במגמה כללית המאפיינת תחומים נוספים של המשפט הישראלי בעשורים האחרונים. עמד על כך פרופ' מנחם מאוטנר במאמרו "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", שנכתב עוד בתחילת שנות התשעים:

20 ראו גם קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 11, בעמ' 89–91.



"בפסיקה של שנות השמונים מסתמנת מגמה של פגיעה במעמדן של דרישות פרוצדורליות, תוך מתן משקל-יתר לשיקולי המהות העומדים ביסוד קיומן של דרישות אלה."<sup>21</sup>

מגמה זו נמשכת במשפט הישראלי, ומלבד חוק תובענות ייצוגיות, אשר נחקק כאמור בשנת 2006, ניתן לסמן שני מופעים נוספים – ואף קודמים – של אותה מגמה במשפט הישראלי, המתאפיינים אף הם בהסרת מחסומים דינמיים ואחרים על-מנת לאפשר בירור של סוגיות שהמשפט רואה חשיבות בהכרעתן לצורך הגשמת אינטרסים ציבוריים וערכיים. כוונתי להלכה שהתפתחה לאורך השנים בנוגע לזכות העמידה בבג"ץ ולמתן מעמד לעותרים ציבוריים לפניו, וכן להתפתחות ההלכה בדניי מכרזים שלפיה לצורך תקיפת מכרז ניתן מעמד גם למי שאינו צפוי בהכרח לזכות בו אם תתקבל תביעתו. המכנה המשותף שניתן למצוא בכל המופעים הללו, המתאפיינים במעבר מפרוצדורה למהות, נעוץ בתפיסה כי תפקידם של המשפט ושל בתי-המשפט אינו מתמצה רק בהכרעה בסכסוכים בין בעלי-דין קונקרטיים יריבים – תפיסה הרואה את המשפט ואת בתי-המשפט המפרשים ומיישמים אותו כמי שמופקדים על שמירת החוק ועל הגנת ערכי-היסוד והאינטרסים הציבוריים של החברה.

לעניין התפתחות ההלכה בכל הקשור לזכות העמידה בבג"ץ, הגישה המסורתית של דיני המעמד שנהגה בישראל עד תחילת שנות השמונים הייתה כזכור פורמליסטית ונוקשה, ולפיה עותר היה רשאי להביא עניין לפני בית-המשפט הגבוה לצדק רק ככל שהיה ביכולתו להצביע על אינטרס שלו שנפגע. הכרסום בגישה מסורתית זו החל בפרשה משנת 1977 בעניין **בר-שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל**, שם אמר השופט ברנזון דברים אשר בשינויים המחויבים ניתן לאמצם גם בשדה שלנו – שדה התובענות הייצוגיות. וכך אמר השופט ברנזון:

"לא כללים נוקשים כי אם גישה אמפירית, אבל גמישה ולא קפדנית ומחמירה. לא עוד בהכרח מבחן של ענין מובהק או נגיעה אישית ישירה או עקיפה, כי אם כנות הפניה ורצינותה, וחשיבותה הציבורית וצדקתה העניינית; וככל שחשיבותו של הענין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית-המשפט להכיר בזכותו של העותר, אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו לפניו."<sup>22</sup>

זו הייתה יריית-הפתיחה, ולאחריה באו פסקי-דין רבים נוספים אשר ביססו את מעמדו של העותר הציבורי בבג"ץ, תוך שימת הדגש בנושא שהעותר מבקש להעמיד לדיון, ולא דווקא בעניין האישי שיש לעותר עצמו בקבלת הסעד. ניתן להזכיר בהקשר

21 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503, 545 (1993).

22 בג"ץ 26/76 **בר-שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד לא(1) 796, 802 (1977).

זה, כמובן, את עניין ברזילי,<sup>23</sup> שבו נדונה פרשת קו 300, את בג"ץ רסלר בעניין גיוס בחורי הישיבות<sup>24</sup> ועוד ועוד.

עם זאת, חשוב להזכיר כי בית-המשפט העליון סייג את הרחבת זכות העמידה בבג"ץ, בקובעו כי מקום שקיים נפגע ישיר קונקרטי אין ככלל מקום להתערבותו של עותר ציבורי בעניין, אף אם הנפגע ישיר נמנע מפנייה לבית-המשפט. כפי שאראה בהמשך, אמות-מידה דומות מאוד לעניין הרחבת זכות העמידה נקבעו גם בחוק תובענות ייצוגיות.<sup>25</sup>

גם בעניין זכות העמידה בדיני מכרזים ניתן לראות התפתחות ומגמת הרחבה מכוון הפסיקה, שתחילתן בפרשת אי.איי.אם,<sup>26</sup> שם קבע בית-המשפט העליון לראשונה כי אין למנוע מתמודד במכרז מלתקוף את תוצאותיו גם אם הצעתו שלו נפסלה על-ידי ועדת המכרזים, וגם אם אין ודאות שביטול המכרז יביא לידי עריכת מכרז חדש. במילים אחרות, גם מי שנעדר אינטרס אישי בסעד שהתבקש רשאי לתקוף את הליך המכרז ולחשוף פגמים שנפלו בו. על הטעם העיקרי לכך עמד בית-המשפט העליון בפרשת אי.איי.אם ובפסקי-הדין שבאו בעקבותיו. כך, למשל, אמר השופט חשין באחת הפרשות:

"הרחבת זכות המעמד משרתת אפוא את תכלית משפט המכרזים, ובכוחה לטפח את טוהר המידות של מנהגות הרשות הציבורית... אכן, אם תדע הרשות הציבורית כי אין היא חשופה לתקיפה מצד מי שהשתתף במכרז – אף אם אינו יכול לזכות בו מטעם זה או אחר – תישמט ואיננה אחת המוטיבציות העיקריות כי תנהג כהלכה וכדין. ולהפך, ביודעה כי חשופה היא לביקורת גם מפי מי שאינו יכול לזכות במכרז, חזקה על הרשות הציבורית כי תקפיד בִּיתר בהליכותיה ובמעשיה."<sup>27</sup>

כפי שכבר ציינתי, הנמקה דומה ורציונלים דומים יפים, בשינויים המחויבים, גם לגבי ההגמשות שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות ובפסיקה שבאה בעקבותיו לעניין זכות העמידה, אם כי הנתבעות הפוטנציאליות בהליך התובענות הייצוגיות אינן רשויות השלטון, משום שהגשת תביעות נגד פעולותיהן סויגה בחוק וצומצמה עד-מאוד לעניין השבה בלבד.

כפי שניתן לראות, דיני התובענות הייצוגיות עברו אף הם התפתחות מרשימה בתחום

23 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986).

24 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

25 ס' 4 לחוק תובענות ייצוגיות.

26 ע"א 8416/99 אי.איי.אם. אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נד(3) 425 (2000).

27 ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 873, 883 (2001).

זה של דיני המעמד. תחילת הדרך, כמו בדיני המעמד בבג"ץ ובענייני מכרזים, התאפיינה בכללים נוקשים שלפיהם בקשה שהגיש מבקש אשר לא הייתה בידו עילת תביעה אישית או לא התאים מבחינה אחרת לשמש תובע מייצג נידונה לדחייה, ולא הייתה לה תקומה. דוגמה הממחישה זאת ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין ברזני, שם דחה בית-המשפט העליון בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת בזק בגין פרסום מודעות שלפיהן התשלום בעבור שיחת טלפון בין-לאומית בחיוב ישיר הוא רק "עבור הזמן המדויק ששוחחת", מבלי שההודעה מבהירה כי התשלום הוא בגין יחידות מנייה המעוגלות כלפי מעלה.<sup>28</sup> התובע הייצוגי ברזני, שהיה צרכן של בזק, ביקש לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ולבססה על עילת ההטעה. בית-המשפט העליון קיבל ברוב דעות את ערעורה של חברת בזק, בנימוק כי אין לברזני עילת תביעה אישית נגד החברה משום שהוא לא ראה את פרסומיה, לא הסתמך עליהם ועל-כן לא הוטעה על-ידיהם, וממילא לא נגרם לו כל נזק הקשור בקשר סיבתי לאותה הטעה.<sup>29</sup> בדיון נוסף שהתקיים באותה פרשה אימץ בית-המשפט אותה קביעה.<sup>30</sup> אני רוצה להעז ולומר כי אילו נדונה בקשתו של ברזני כיום, לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, ובהינתן העובדה שמדובר בסוגיה בעלת חשיבות צרכנית רבה הראויה להתברר בדרך של תובענה ייצוגית, היה בית-המשפט מאשר את ההליך ומורה על החלפת התובע המייצג מכוח סעיף 8(ג)(2).

על-מנת לא למנוע טוב מבעליו, אציין כי פרופ' משה בר-ניב עמד עוד בשנת 1994 על הצורך בהרחבת זכות העמידה לגבי תובענות ייצוגיות צרכניות, ובמאמרו "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" אמר:

"השקפתי היא, שבהקשר הצרכני של תביעת הייצוג יש לנהוג גמישות בעניין זכות העמידה, מחמת התת-אכיפה המובנית בתביעה הצרכנית... בעוד מנגנוני הסינון המחויבים על-מנת לקבל את אישור בית-המשפט מושתתים על קני-מידה מהותיים וענייניים, מנגנון הסינון שבדרישת זכות העמידה הינו פורמלי-טכני בעיקרו. על-מנת להגיע לרמת האכיפה הרצויה מבחינה חברתית, כנגזרת ממטרותיו של דין הגנת הצרכן, ראוי שיתבררו כל אותן תביעות ייצוגיות העומדות במבחנים המהותיים-הענייניים, ולא ראוי שיוכשלו באיבן בשל דרישה מחמירה-פורמלית של זכות עמידה."<sup>31</sup>

28 ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001).  
 29 שם, פס' 3 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "האם זכאי תובע לפיצויים בגין פרסום מטעה (כאמור בסעיף 2 לחוק), אם הוא לא עיין בפרסום, לא הסתמך עליו, ועל-כן רכישת המוצר לא נגרמה על-ידי הפרסום המטעה? תשובתי על שאלה זו היא בשלילה. ביסוד גישתי זו עומדת התפיסה העקרונית כי פיצויים הם סעד תרופתי, והם באים לפצות את הניזוק על הנזק שמעשה אסור גרם לו. נדרש אפוא קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין המעשה האסור לבין נזקו של הניזוק."  
 30 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003) (להלן: דנ"א ברזני).

31 משה בר-ניב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט 251, 258 (1994).

השקפה זו אומצה במידה רבה בהסדר הסטטוטורי שבחוק תובענות ייצוגיות – הן בדמות האפשרות להחלפת תובע מייצג, כהוראות סעיף 8(ג), והן בדרך של הרחבת קשת הגופים הרשאים להגיש לבית-המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית. חשוב לציין כי בין גופים אלה החוק מונה בסעיף 4(א)(3), פרט לרשויות הציבוריות שכבר הזכרתי, גם "ארגון" (כהגדרתו בסעיף 2 לחוק) אשר נושא הבקשה מצוי בתחומי אחת מן המטרות הציבוריות שבהן הוא עוסק, ובלבד שבית-המשפט שוכנע כי בנסיבות העניין קיים קושי בהגשת הבקשה על-ידי מי מבני הקבוצה הנפגעת. עיון בהגדרת המונח "ארגון" מלמד כי מדובר בתאגיד שהוקם לקידום מטרה ציבורית ולא למטרות רווח, הפועל באופן סדור וממשי במשך שנה לפחות ואשר פעילותו אינה פוליטית או מפלגתית. במילים אחרות, מדובר במאפיינים הדומים ביותר למאפייניהם של עותרים ציבוריים בבג"ץ, וגם הסייג שנקבע בסעיף 4(א)(3) דומה במידה רבה לסייג שקבעה ההלכה הפסוקה, כפי שציניתי לעיל, לעניין הגשת עתירות ציבוריות במקרים שבהם קיים נפגע ישיר. במאמר מוסגר יצוין כי לארגוני צרכנים, דוגמת המועצה הישראלית לצרכנות, היה מעמד כמבקש פוטנציאלי גם לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, וזאת מכוח הוראות מפורשות בחוק הגנת הצרכן.<sup>32</sup>

באשר להחלפת התובע המייצג, מעניין שלמרות האפשרות הנתונה לבית-המשפט להורות על החלפת התובע המייצג בהתקיים הנסיבות המפורטות בסעיפים 8(ג)(1) או 8(ג)(2), ואף שבית-המשפט העליון בעניין **נוני משנת 2007** ובעניין **פזגז משנת 2012** הדגיש כי זהות התובע הייצוגי אינה נושאת עוד משקל מכריע לצורך ההחלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית,<sup>33</sup> מנתוני המחקר עולה כי הערכאות הדיוניות עשו שימוש בסעיף זה פעמים ספורות בלבד בתקופת המחקר.<sup>34</sup> שימוש כזה נעשה, למשל, על-ידי השופטת רות רונן בעניין **סילביו**, שם נפטרו התובעים המייצגים, ובנם ביקש להתמנות תחתיהם כתובע מייצג.<sup>35</sup> במקרה נוסף – עניין **כהן** – אישרה השופטת מיכל נד"ב, מבית-המשפט המחוזי מרכז-לוד, תובענה ייצוגית בעניין הפרת החובה המוטלת על חברת החשמל להעמיד שירותי טלפון חינוך למתן מענה לפניות של לקוחות בנושאים הקשורים לליקויים או לפגמים בשירות. השופטת מצאה כי מדובר בעניין שראוי להתברר כתובענה ייצוגית, אך הורתה על החלפת התובע המייצג, משום שלא הוכח כי למבקשים באותו מקרה יש עילת תביעה אישית.<sup>36</sup> מקרה אחר שבו הורה בית-המשפט על החלפת התובע המייצג – עניין **בולוס** – נדון אף הוא לפני השופטת נד"ב.<sup>37</sup> באותו מקרה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת בולוס בכמה עילות תביעה,

32 ראו פרק 11 לחוק הגנת הצרכן, אשר בוטל בס' 33 לחוק תובענות ייצוגיות.  
 33 ע"א 9590/05 **נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 9.7.2007); רע"א 2458/10 **פופיק נ' פזגז בע"מ** (פורסם באר"ש, 5.2.2012).  
 34 "המחקר האמפירי", לעיל ה"ש 1, תרשים 4 בעמ' 20.  
 35 ת"צ (מחוזי ת"א) 1179-09 **סילביו נ' דקלה חב' לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 10.11.2013).  
 36 ת"צ (מחוזי מר') 11284-11-09 **כהן נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 11.8.2013).  
 37 ת"צ (מחוזי מר') 5286-08-07 **רוזנברג נ' בולוס גד תירות בע"מ (כפירוק)** (פורסם בנבו, 13.3.2011).

ביניהן פרטים מטעים שהופיעו בתשקיף וברוחות הכספיים השנתיים שלה. השופטת נד"ב קבעה כי התובענה, המעוררת שאלות המשותפות לקבוצת רוכשי האג"ח בעת ההנפקה ובשוק המשני, ראויה להתברר כתובענה ייצוגית, אך סברה כי המבקש אינו ראוי לייצג את הקבוצה לנוכח היותו "איש קש", ועל-כן הורתה על החלפתו לפי סעיף 8(ג).<sup>38</sup>

אחד היתרונות הטמונים באפשרות של החלפת תובע מייצג, שעליו עמד פרופ' קלמנט,<sup>39</sup> הוא שהדבר מפחית את תמריציו של הנתבע להתמקד בתובע המייצג ובעובדות הספציפיות הקשורות אליו במאמצו לדחות את אישורה של התובענה הייצוגית. בלשונו של פרופ' קלמנט:

"נתבע שיודע שגם אם יצליח להוכיח שהתובע המייצג אינו עומד בתנאי סעיף 4(א) לחוק, יזכה לכל היותר לתובע אחר, יעדיף שלא להשקיע משאביו במהלך כזה."<sup>40</sup>

במקום זאת, אני מוסיפה, יצטרך הנתבע להתמקד במהות הדברים ובזכויותיה של הקבוצה אשר נפגעו או הופרו על-פי הנתען. הדבר מזכיר מאוד את הנמקתו של השופט חשין בעניין הרחבת זכות העמידה בדיני מכרזים, שמהם ציטטתי קודם.<sup>41</sup> עם זאת, חשוב להזהיר מפני הישענות-יתר של מגישי בקשות על אפשרות ההחלפה הנתונה בסעיף 8(ג). בהקשר זה ציין הנשיא גרוניס בעניין **פינקלשטיין** כי הסעיף אינו מצדיק בשום אופן הגשת בקשות לאישור תובענה ייצוגית מקום שברור מלכתחילה כי אין לתובע הייצוגי עילת תביעה.<sup>42</sup> השופט גרוניס הוסיף וציין כי הדרך הראויה להתמודד עם תופעה פסולה זו היא הטלת הוצאות על התובע בסופו של הליך בקשת האישור, ובמקרים המתאימים גם הטלת חיוב בהוצאות על עורך-הדין של התובע המייצג, בהדגישו כי מדובר כמובן במקרים חריגים בלבד.<sup>43</sup>

זווית נוספת בהקשר של החלפת תובע מייצג האיר סגן הנשיאה יצחק ענבר בפסק-דין שנתן לאחרונה בפרשת **פסטה נונה**, וזאת בנוגע לסמכות הנתונה לבית-המשפט, על-פי סעיף 16(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, לכרוך במתן אישור להסתלקותם של מבקשים או באי-כוחם מבקשה לאישור תובענה ייצוגית פרסום הודעה שלפיה ניתן להגיש בקשה למינוי תובע מייצג או בא-כוח מייצג במקומם.<sup>44</sup> בהקשר זה ציין סגן הנשיאה ענבר כי האינטרס הציבורי המגולם במטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, ומגמת חיזוק מעמדה

38 שם, פס' 10(ד) לפסק-דינה של השופטת נד"ב.

39 קלמנט "פרשנות חוק התובענות הייצוגיות", לעיל ה"ש 3.

40 שם, בעמ' 137.

41 ראו לעיל ליד ה"ש 27.

42 רע"א 2074/11 **בנק הפועלים בע"מ נ' פינקלשטיין**, פס' 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 5.7.2011).

43 שם.

44 ת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 **לוי נ' פסטה נונה בע"מ** (פורסם בנבו, 26.11.2014).

של הקבוצה, תומכים אומנם בהפעלת הסמכות האמורה על-מנת לנסות לאתר מייצג חלופי, אך לצד שיקולים אלה קיימים שיקולים נוספים שעל בית-המשפט להביא בחשבון. כדבריו:

“פעולות יזומות לאיתור תובע ייצוגי חילופי חורגות מתפקידו המסורתי של בית המשפט לשמש גורם הכרעה ניטרלי בסכסוך, ועשויות להעמידו בעיני המתבונן כמי ששם עצמו כצד לסכסוך. בהינתן שמדובר בבקשת אישור ובתביעה שעדיין לא אושרה כייצוגית – על אחת כמה וכמה.”<sup>45</sup>

דברים אלה מעוררים בהחלט מחשבה.

### פרק ג: יסוד הנזק והקשר הסיבתי בתובענות ייצוגיות

הסוגיה האחרונה שאבקש להתייחס אליה היא ההגמשה והריכוך של המבחנים הפורמליים הנוהגים לעניין יסוד הנזק ולעניין יסוד הקשר הסיבתי בתובענות ייצוגיות. בתובענה רגילה על התובע להוכיח את נזקו במידת ודאות סבירה, וכן עליו להוכיח קשר סיבתי בין הנזק שנטען לבין מעשה העוולה או ההפרה המיוחסים לנתבע. הוכחת יסודות אלה הינה תנאי הכרחי להצלחת התביעה, וללא הוכחתם תידחה התביעה. במקרים חריגים, שבהם קשה להוכיח בדיוקנות את גובה הנזק, המשפט מוכן להסתפק בקביעת הנזק על-דרך האומדן, בהתבסס על נתונים שהציגו הצדדים, אך במוקד הדברים בתביעה רגילה עומדים הניזוק וצרכיו ועקרונות של צדק מתקן, המיועדים להשיב את המצב לקדמותו מבחינת אותו ניזוק, ככל שניתן לעשות זאת באמצעים כספיים.

בתובענה הייצוגית, לעומת זאת, האינטרס המרכזי העומד ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק, ועל-כן היצמדות לכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים עלולה להביא לידי החטאת הרציונלים והתכליות העומדים בבסיסו של מוסד התובענה הייצוגית. זאת, בשל כשלים מוכנים הקיימים לעיתים קרובות בהליך מסוג זה מבחינת היכולת להוכיח את הטעון הוכחה על-פי כללי הפיצוי הרגילים. כך, גם אם יש אפשרות להוכיח בחישוב מדויק את סכום הנזק הכולל, עשוי להיות קושי בחלוקתו בין חברי הקבוצה, בין משום שמי מהם לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לא אותר, ובין מכל סיבה אחרת. מענה למצב דברים כזה ניתן בסעיף 20(א)(3) לחוק, הקובע כי יש לחלק בין חברי הקבוצה את סכום הפיצוי באופן יחסי לנזקיהם, וככל שנותרה יתרת סכום לאחר החלוקה, ניתן להורות על העברתו לאוצר המדינה. יש מקרים שבהם פיצוי כספי של

45 שם, פס' 35(ב) לפסק-דינו של סגן הנשיאה ענבר.

חברי הקבוצה אינו מעשי כלל, אם משום שאי-אפשר לזהותם, אם משום שאיתורם כרוך בעלות בלתי-סבירה ואם מכל סיבה אחרת. במצב כזה, על-פי דברי ההסבר, ראה המחוקק ליתן בידי בית-המשפט, בסעיף 20(ג), סמכות לפסוק סעד "יצירתי" הסוטה לחלוטין מעקרונות הקורלטיביות העומדים ביסודם של מנגנוני הפיצוי הרגילים, וזאת על-דרך סעד גמיש לטובת הקבוצה או לטובת הציבור. סטייה זו מתבטאת, בין היתר, בכך שהמתווה לפסיקת פיצוי הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק מוותר על הצורך להוכיח את דבר קיומו של קשר סיבתי פרטני ביחסים שבין הניזוקים למזיק, ומאמץ למעשה במידה רבה את הדוקטרינה שעליה דיבר השופט מצא – עוד בטרם נחקק חוק תובענות ייצוגיות – במסגרת דעת המיעוט שלו בדיון הנוסף בעניין ברזני. בפסק-דינו שם גרס השופט מצא כי יש להכיר ב"קשר סיבתי צרכני", אשר קיומו בעניין ברזני מוסק מן השילוב שבין הפרסום המטעה לבין כוונת המפרסם שהפרסום יגיע אל הצרכנים, יטעה אותם וישפיע על התנהגותם.<sup>46</sup>

לאחר חקיקת החוק התייחס גם השופט ריבלין בפרשת אביב שירותים, אגב אורחא, לאפשרות שבתובענה ייצוגית, בהתאם לאופייה הקבוצתי, תאומץ גישה הבוחנת את קיומו של קשר סיבתי מנקודת-מבטו של "תובע-על", אשר מבטא את האינטרס המשותף של התובעים-בכוח כולם ורואה לנגד עיניו את הנזק המצטבר.<sup>47</sup> בפרשת תנובה התייחסתי גם אני לסוגיה זו, וצינתי כי מקום שהעולה הצרכנית מבוססת על הטעיה שבמחדל, דהיינו על אי-גילוי, יש מקום לריכוך ולהגמשה של הדרישה להוכחת קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק הנטען, משום שהדרישה להוכיח כי הנתבע היה נוהג אחרת אילו ידע את העובדות לאשורן היא דרישה שקשה עד בלתי-אפשרי לעמוד בה, במיוחד בתובענה ייצוגית.<sup>48</sup> מכל מקום, כך נקבע בפרשת תנובה, גם אילו נדרשה בנסיבות אותו מקרה הוכחה לכך שחברי הקבוצה לא היו רוכשים את החלב אילו ידעו כי הוא מכיל סיליקון, ייתכן שהיה אפשר למלא דרישה זו לקשר סיבתי על-דרך קביעת "קשר סיבתי קבוצתי", שאותו ניתן לבסס על ההנחה כי חברי הקבוצה, או למצער רובם, היו משיבים בשלילה אילו נשאלו מראש אם בדעתם לצרוך חלב שתנובה הוסיפה לו תוסף מלאכותי שטיבו אינו ידוע להם, בניגוד לתקן המחייב, כדי להתגבר על בעיה של הקצפת-יתר.<sup>49</sup>

בפרשת תנובה הוספתי ועמדתי על ייחודו של סעיף 20(ג) גם בהיבטים הקשורים להוכחת הנזק, ועל התכליות שההגמשה שנקבעה בהקשר זה בסעיף משרתת:

46 דנ"א ברזני, לעיל ה"ש 30, פס' 14 לפסק-דינו של השופט מצא.

47 ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, פס' 10 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.12.2008).

48 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עובון ראבי, פס' 36 לפסק-דיני (פורסם בנבו, 4.12.2011). (להלן: פרשת תנובה).

49 שם, פס' 37 לפסק-דיני.

"כשלים מובנים כגון אלה שעליהם עמדנו לעיל ביכולת להוכיח 'בחישוב מדויק' את סכום הנזק הכולל שנגרם לקבוצה או את הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מחבריה, אופייניים] במיוחד לתובענות ייצוגיות צרכניות. במקרים כאלה מתעצם, אפוא, הסיכון כי המזיק יצא נשכר והרווחים שהפיק כתוצאה מן העולה שביצע יוותרו בידיו רק מכיוון שקשה להוכיח בחישוב מדויק את הנזק המפורז על פני קבוצה גדולה של ניזוקים אותם לא ניתן לזהות...

אכן, סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות סוטה סטיה של ממש מעקרונות הקורלטיביות העומד ביסוד עקרונות הפיצוי הרגילים לפיו אמורה להתקיים חפיפה מלאה בין מעגל הניזוקים למעגל המפוצים. כספי הפיצויים אינם מועברים לידי הניזוקים והשימוש שיעשה בהם הוא 'לטובת הקבוצה' ככזו או 'לטובת הציבור' מתוך הנחה כי הניזוקים יפיקו מהם הנאה עקיפה...

בתובענות ייצוגיות, ובעיקר אלה שעניינן בעוללות צרכניות, 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... שאם לא כן, יצאו נשכרים מזיקים שהם גופים גדולים הנותנים שירותים למספר עצום של לקוחות ועל כן מפזרים את הנזק על פני מספר גדול של ניזוקים שזהותם לא ידועה, והרווחים שהפיקו כתוצאה מן העולה שביצעו (ill-gotten gains), יוותרו בידיהם. הטבת נזקו של הניזוק האינדיבידואלי לעומת זאת הוא אינטרס דומיננטי פחות בתובענות ייצוגיות מסוג זה, בהינתן העובדה כי בדרך כלל הנזק הנגרם לצרכן הבודד בהקשר זה הוא מינורי יחסית.<sup>50</sup>

מן המחקר שהוצג לפנינו עולה נתון מעניין שלפיו סעדים לטובת הציבור, על-דרך תרומות לגופים שונים, או לטובת הקבוצה, על-דרך הנחות וקופונים, הם הסעדים הנפוצים ביותר הנפסקים במסגרת הסדרי פשרה וכן בתובענות ייצוגיות שאושרו. חשוב לזכור, עם זאת, כי הגם שלצורך חישוב הסכום לפי סעיף 20(ג) אין מניעה מנקיטת דרך של אומדנה – שהיא דרך מוכרת ומבוססת לכימות נזק במשפט הישראלי כאשר אין אפשרות לחשב במדויק את הנזק – האומדן צריך להיות מבוסס על עוגנים מתאימים וראיות המוצגות לפני בית-המשפט, ויש להקפיד שהריכוך וההגמשה של כללי הדין לא יובילו למצב שבו המזיק מחויב בסכום שגבוה מסכום הנזק שגרם. זאת, משום שבית-המשפט מחויב לשמור על הגינות כלפי הנתבע, ולדאוג לכך שזכויותיו המהותיות והדיוניות לא ייפגעו. עוד חשוב לזכור כי אף שהתכלית ההרתעתית עומדת במוקד מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, החוק חסם את האפשרות לפסיקת פיצויים עונשיים במסגרת תובענה ייצוגית. בעניין זה מורה סעיף 20(ה) לחוק כי –

50 שם, פס' 49–50 לפסק-דין.



"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון."<sup>51</sup>

כמו-כן ראוי ליתן את הדעת לבעיות מסוימות העלולות להתעורר מקום שבית-המשפט פוסק סעד לטובת הציבור. על קשיים אפשריים כאלה עמד לאחרונה סגן הנשיאה ענבר בפסק-הדין שנתן בעניין שרייר.<sup>52</sup> באותו מקרה התבקש בית-המשפט לאשר הסדר פשרה שאליו הגיעו הצדדים, שבמסגרתו הם הסכימו לתרום סכום לא-מבוטל לחמישה מוסדות שנבחרו על-ידי המבקשים. היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות הגישו עמדות לעניין הסדר הפשרה האמור, ובהן הדגישו את הקשיים הכרוכים בניחוח כספי הפיצוי המיועדים לטובת הציבור אל עמותות ציבוריות שייקבעו על-ידי הצדדים. בהחלטתו אישר בית-המשפט עקרונית את הסדר הפשרה, אך עמד על קשיים אלה. הוא ציין, ראשית, את החשש שהצדדים ובאי-כוחם ישתמשו במתן התרומה כפלטפורמה לקידום סדר-יום פרטי שלהם ולהאדרת שמם, לרבות הפקת תועלת פרסומית ושיווקית במקרה של תרומת מוצרים, תוך הצנעת העובדה שאין מדובר כלל בתרומה פילנתרופית שלהם, כי אם בפיצוי לטובת הציבור, השייך למעשה לחברי הקבוצה המיוצגת.<sup>53</sup> עוד הביע בית-המשפט שם את החשש שהנתבעת בחרה בעמותה או בעמותות שהיו אמורות לקבל את התרומה ממילא, אם מכוח הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אחרת ואם מכוח הסכם קודם בין הגופים, וכן את החשש שבין הצדדים להליך או אחד מהם לבין הגורם הנתרם קיים קשר שיאפשר קבלת טובת-הנאה מן הגוף הנתרם כנגד הבחירה בו, אם במישרין אם בעקיפין, כך שחלק מסכום התרומה שיועד לרווחת הציבור ימצא את דרכו, למעשה, לכיסו של אחד מהצדדים להליך.<sup>54</sup> חשש נוסף שצוין באותו עניין הוא שהצדדים בחרו בגורמים נתרמים שכשירותם והתאמתם לא נבחנו כדבעי ואשר אין עליהם פיקוח, מה שעלול להוביל לכך שייעשה בתרומות שימוש החורג מייעודן. חשש אחרון זה מתקיים, כפי שציין בית-המשפט, גם מקום שניתן פסק-דין בתובענה הייצוגית לא על-דרך אישור של הסדר פשרה, שאז על בית-המשפט – ולא על הצדדים – להחליט מיהו הגורם שיקבל את הפיצוי שנפסק לטובת הציבור, וזאת מבלי שיש בידיו כלים לקבוע זאת או לפקח על הביצוע.<sup>55</sup>

קשיים אלה ראויים בהחלט לתשומת-לב מרבית, וייתכן שמענה מסוים יינתן להם באמצעות הצעת החוק הפרטית שכבר הזכרתי קודם, שבמסגרתה מוצע להקים קרן אשר

51 ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

52 ת"צ (מחוזי ת"א) 22236-07-11 שרייר נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ (פורסם בנבו, 16.9.2014).

53 שם, פס' 10(א) ו-25 לפסק-דינו של סגן הנשיאה ענבר.

54 שם, פס' 10(ב)–(ג) לפסק-דינו של סגן הנשיאה ענבר.

55 שם, פס' 10(ד) ו-21–22 לפסק-דינו של סגן הנשיאה ענבר.

תפקח על חלוקת כספים שנפסקו כסעד לטובת הציבור, ותוודא כי הם מוקצים בראש ובראשונה למטרות הקרובות לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה.<sup>56</sup>

## סיכום

המחקר האמפירי שלכבודו נערך הכנס "תובענות ייצוגיות בפרספקטיבה אמפירית", ואשר הרשימה הנוכחית מתייחסת אליו, הציג לפנינו תוצאות מאכזבות למדי באשר לשימוש במוסד התובענות הייצוגיות בעידן שלאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006. זאת, לנוכח העובדה שלצד העלייה הדרמטית במספר הבקשות שהוגשו למן חקיקת החוק, חלק ניכר מהן התבררו עד כה כתביעות-סרק והסתיימו בהסתלקות בשל העדר עילה לפני אישור התובענה הייצוגית או בשל חוסר מעש. אכזבה נוספת נובעת מן העובדה שהרשויות הציבוריות שקיבלו מעמד של מבקשות ציבוריות לצורך הגשת תובענות ייצוגיות לא גילו עדיין מעורבות ויוזמה בהגשת בקשות בתחומי פעילותן, אף שקיימים בהחלט נושאים אשר היה אפשר לצפות כי יניעו אותן לפעולה. עם זאת, המטרות החשובות והאינטרסים הציבוריים שאותם נועד חוק תובענות ייצוגיות להגשים עומדים בעינם, ולצורך כך אף רוככו והוגמשו כללי הדין, ונקבעו בחוק הוראות חדשניות ומרחיקות-לכת אשר מרחיבות את דיני המעמד וסוטות מעקרונות הפיצוי הנוהגים בדין הפרטי, בין היתר לעניין הוכחת הקשר הסיבתי והנזק. יש לקוות כי הנתונים המשתקפים במחקר הם סוג של "מחלות ילדות" ביישום החוק, וכי בשנים הבאות תימצא הדרך לעשות בו שימוש ראוי ונכון לטובת החברה בישראל

56 ראו הצעת החוק הפרטית לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 12. ראו גם עניין שרייר, לעיל ה"ש 52, פס' 12 לפסק-דינו של סגן הנשיאה ענבר.