

## עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד

מאת

פרופ' סיני דויטש\*

מרבית התובענות הייצוגיות בישראל בעשור האחרון היו תובענות ייצוגיות צרכניות. ראוי להבחין בין תובענה ייצוגית צרכנית לבין תובענות ייצוגיות אחרות. הבחנה זו חשובה במיוחד לאור הכוונה לחוקק בישראל חוק תובענות ייצוגיות כללי.

המטרות העיקריות של התובענה הייצוגית הצרכנית הן הגנת האינטרס הצרכני והציבורי וסיוע באכיפת חוקי הצרכנות, הסובלים מ"תת אכיפה". הפנמת התובנה, שלפיה התובענה הייצוגית הצרכנית מהווה, למעשה, שיטה של אכיפה פרטית ואזרחית, עשויה לענות על מרבית חששות השופטים בתחום זה. מתברר, שחששות השופטים מפני אישור תובענות ייצוגיות אינם מבוססים, וכי ניתן להבטיח שחששות אלו לא יתממשו. אין, אפוא, הצדקה לגישה המצמצמת של בתי המשפט באישור תובענות ייצוגיות.

השוואה עם נתוני ההצלחה של תובענות ייצוגיות בקנדה מלמדת שיחסית לגודל האוכלוסייה נמוך מספר התובענות בקנדה מאשר בישראל, אולם, מצד שני, אחוז ההצלחה גדול באופן משמעותי. הדבר מלמד על כך שגישת בתי המשפט בישראל למוסד זה היא שמרנית וכן על כך שמוגשות לא מעט תובענות בלתי מבוססות. תזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 מציע הסדר כולל יותר לנושא התובענות הייצוגיות. יש לקוות, כי עם חקיקתו יביא החוק לשיפור ניכר ביכולת השימוש בתובענה הייצוגית בישראל.

- א. מבוא
- ב. ההבחנה בין תובענה ייצוגית צרכנית לתובענות ייצוגיות אחרות
- ג. רוב התובענות הייצוגיות בישראל בעשור האחרון הן תובענות צרכניות
- ד. מטרות התובענה הייצוגית הצרכנית
- ה. חששות השופטים מפני אישור תובענות ייצוגיות – אמיתיים או מדומים?
- ו. קשיי קליטת מוסד התובענה הייצוגית בישראל
- ז. תזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 – עיון ראשוני

\* פרופסור ודיקן בית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה. תודתי נתונה לדר' משה גלברד ולמר עופר לוי על הערותיהם המועילות למאמר זה.

## א. מבוא

עשר שנים חלפו מאז הוסף הפרק המאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בחוק הגנת הצרכן.<sup>1</sup> כיום, קיימים שמונה חוקים אשר נחקקו בין השנים 1988 ל-1999, המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות בישראל.<sup>2</sup> הניסיון שהצטבר ביישום חוקים אלו מאפשר לערוך סיכום ביניים של הנושא לקראת השינויים המכריעים שהוא עומד לעבור בשנים הקרובות. מתברר, כי מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו הוא משמעותי,<sup>3</sup> אולם התוצאות היו מאכזבות למדי. יותר מ-90% מהתובענות שהוגשו לא הגיעו לכלל אישור סופי<sup>4</sup> ולדיון לגופו של עניין. בשל מצב עניינים זה, ניסו בתי המשפט המחוזיים להרחיב את היריעה של תובענות ייצוגיות על ידי הכרה בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, כבסיס לתובענה ייצוגית. בית המשפט העליון בהלכת א.ש.ת.<sup>5</sup> קבע ברוב דעות שתקנה 29 אינה בסיס ראוי, בדרך כלל, לתביעות ייצוגיות במובן המודרני. בפסק הדין קראו השופטים לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות כללי. במהלך השנים 2003 – 2004 הכין משרד המשפטים טיוטות אחדות להצעת חוק תובענות ייצוגיות.<sup>6</sup> ב-23.3.05 פרסם משרד המשפטים את תזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005. בתזכיר שפורסם יש שינויים של ממש לעומת הטיוטות שהוצגו קודם לכן לעיון הציבור (להלן "תזכיר הצעת החוק"). ניתן להניח, שבשל הלחץ הציבורי והמלצת בית

- 1 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ס"ח 252.
- 2 החוקים לפי סדר חקיקתם הם: (1) חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, פרק ט (התיקון משנת התשמ"ח), הנושא מוסדר כיום בחוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיפים 207 – 218. (2) חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ס"ח 184, סעיפים 10 – 14. (3) חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, פרק ו (תיקון התשנ"ד). (4) חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230, סעיף 11. (5) חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, פרק ג (תיקון התשנ"ו). (6) חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, פרק ו (תיקון התשנ"ו). (7) חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, פרק ה (תיקון התשנ"ו). (8) חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, סעיף 41 (תיקון התשנ"ט).
- 3 ראו להלן הערות 147 – 148. 159 תובענות הוגשו עד לסוף 1999 וכ-500 תובענות הוגשו בשנים 2000 – 2003.
- 4 אמנם במספר מקומות במאמרי התייחסתי לכ-16% אישורים, ראו להלן הערות 156 – 160. אולם, אלו היו אישורים בבתי משפט מחוזיים וחלק נכבד מהם בוטל בבית המשפט העליון. רבים מהאישורים הם על בסיס תקנה 29 לתקנות סדר דין אזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685 (12.8.84) 2220, שגם היא אינה בסיס ראוי, בדרך כלל. ראו להלן גם הערה 177.
- 5 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ ואח', פ"ד נז(3) 220. (להלן פס"ד א.ש.ת.) ההחלטה בבית המשפט העליון ניתנה ברוב של שלושה שופטים נגד שניים.
- 6 טיוטות אלו הוכנו במקביל לשתי הצעות חוק פרטיות בנושא. בשל חשיבות הנושא מועברות הטיוטות השונות לעיון הציבור.

המשפט העליון<sup>7</sup> לחוקק חוק כללי, אכן תונח הצעה זו על שולחן הכנסת ותהפוך לחוק. הצעת החוק מעצבת מחדש את המטרות, את העקרונות ואת הכללים של תובענות ייצוגיות. ההצעה מרחיבה את מסגרת החוק ומפרטת ברמת פירוט גבוהה את הפרוצדורות הנדרשות בנושא.<sup>8</sup>

הצעת החוק החדשה תפתור חלק מהבעיות ומהקשיים שהתגלו ביישום החוקים העוסקים בתובענות ייצוגיות. בעיקר יש בה משום הרחבת היריעה של תובענות ייצוגיות. יחד עם זאת, ניתן לצפות שעם חקיקת החוק ייווצרו בעיות חדשות. יתר על כן, גם חוק טוב אינו יכול לפתור את בעיות היסוד של נושא מורכב. אם לא תהיה הבנה אמיתית של מטרותיו ותכליותיו, לא ישיג החוק את היעד של היישום הראוי למוסד התובענה הייצוגית. מטרת מאמר זה היא להציע מספר תובנות שיסייעו ביישום החוק המוצע, תוך שימוש בניסיון שהצטבר מיישום החוקים הקיימים בנושא, וזאת, על מנת למנוע את התוצאה שגם לאחר חקיקת החוק החדש, מה שהיה הוא שיהיה.

המאמר כולל שישה פרקים בנוסף לפרק מבוא. הפרק השני מציע להבחין בין תובענות ייצוגיות צרכניות לתובענות ייצוגיות אחרות. הפרק השלישי יצביע על כך שבעשור האחרון רוב התובענות הייצוגיות שהוגשו היו תובענות צרכניות. הפרק הרביעי יציע לשים דגשים שונים במטרות התובענה הייצוגית הצרכנית מול המטרות של התובענה הייצוגית בתחום ניירות הערך. בנושאים אחרים עדיין לא הצטבר ניסיון מספיק ויש להמתין ולראות כיצד יטופלו מקרים אלו בעקבות חקיקת החוק המוצע.<sup>9</sup> בפרק החמישי מוצעות תשובות לחששות השופטים. חששות אלו היו אחד הגורמים לדחיית אחוז כה גבוה של התובענות הייצוגיות הצרכניות. בפרק יוסבר, כי רוב החששות הם מדומים ולא אמיתיים. בפרק השישי יוצגו בקצרה הקשיים בקליטת מוסד התובענות הייצוגיות בישראל. קשיים אלו ישפכו אור על המגבלות הצפויות בחקיקת החוק החדש. תוצג השוואה בין התובענות הייצוגיות בישראל לבין התובענות הייצוגיות במספר מחוזות בקנדה. השוואה זו תדגיש עוד יותר את העובדה שמספר התובענות המוגשות בישראל הוא גבוה, בעוד שהתוצאות המושגות, בסופו של דבר, הן דלות. אם במאמר קודם<sup>10</sup> הצבעתי על הבעייתיות בתוכן החוקים המסמכים הגשת

7 ראו דנ"א 5163/03 א.ש.ת. נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (22.10.03), שם ציין השופט חשין שאם אישור הדיון הנוסף יקרב חקיקת חוק בנושא "והיה זה שכרנו".

8 תזכיר הצעת החוק משתרע על 12 עמודים מלאים וצפופים. התזכיר קובע קריטריונים מקיפים לאישור על ידי בית המשפט. התזכיר עוסק בנושאים שיוזכרו בקצרה להלן בפרק ז'. בתזכיר הצעת החוק 36 סעיפים ושני נספחים. התזכיר, כולל דברי ההסבר, משתרע על פני 45 עמודים.

9 נכון להיום, רוב התובענות הייצוגיות מעוגנות בתביעות צרכניות ובניירות ערך. ראו להלן טקסט ליד הערה 47. בתוספת השנייה של תזכיר חוק התובענות הייצוגיות המוצע מפורטים הנושאים שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגיות. הרשימה כוללת גם עניינים שאינם צרכניים וגם אינם נושאים של ניירות ערך.

10 ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ (התשס"ד) 375 – 299.

תובענות ייצוגיות, ובמאמר אחר הדגשתי את הפרשנות המצמצמת של בתי המשפט,<sup>11</sup> הרי שבמאמר זה נצביע על הבעייתיות שבהתנהלות עורכי הדין המייצגים את הצדדים בתביעות אלו, כגון הגשת תובענות שלא הוכנו כל צרכן, או הסחבת הארוכה בסיום תובענות שכבר עברו את שלב האישור. החוק החדש אמור לתת תשובות לקשיים שונים, אולם בנושאים אלו נדרש שינוי בהתנהלות עורכי הדין. שינויים בחוק בלבד לא יפתרו את הבעיות.

הפרק השביעי והאחרון, יציג בקצרה מספר מאפיינים עיקריים של תזכיר הצעת החוק החדשה. יהיה זה עיון ראשוני בלבד בתזכיר הצעת החוק. החוק, לכשיתקבל, יתעל את הדיון לסכסוך שבין הצדדים ולשאלות העובדתיות והמשפטיות השנויות במחלוקת, במקום להקדיש את מירב המאמצים לשאלות טכניות, כגון אם התובענה הרלוונטית עוסקת בהפרות חוזיות או בהטעיות טרום חוזיות.<sup>12</sup> עדיין התוצאות בתובענות הייצוגיות, גם אחרי שיתקבל החוק החדש, יהיו תלויות ברמת ההכנה של עורכי הדין ובגישת בתי המשפט לנושא זה. לפיכך, יש מקום חשוב להבנת המטרות והתכליות של מוסד זה. הבנה כזו עשויה להגדיל את הסיכוי להגיע לתוצאות ראויות יותר בנושא החשוב של תובענות ייצוגיות.

## ב. ההבחנה בין תובענה ייצוגית צרכנית לתובענות ייצוגיות אחרות

הגישה הקיימת היא לראות את נושא התובענות הייצוגיות כמכלול. אמנם יש שמונה חוקים<sup>13</sup> שונים המסדירים את הנושא בסוגיות שונות. אך הסדרת הנושא בחוקים שונים, תוך שוני בניסוח, היא יותר תוצאה של התפתחות היסטורית,<sup>14</sup> ולא תוצאה של הכרעה מסודרת הנובעת מסיבות ענייניות.

עיון בפרקים המסדירים את נושא התובענות הייצוגיות בחוקים השונים מלמד שיש דמיון רב בתוכם, והשינויים ביניהם אקראיים למדי. המגמה הרווחת כיום היא לאחד את כל נושא התובענות הייצוגיות בחוק תובענות ייצוגיות אחד כללי, כפי שמציע פס"ד א.ש.ת.<sup>15</sup> ואכן, הוכנה טיוטה של הצעת חוק ממשלתית בנושא,<sup>16</sup> המבטלת את ההוראות בחוקים השונים ובמקומם מציעה חוק מקיף אחד בנושא התובענות הייצוגיות.

- 11 ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצג השוא של המטעה" מאזני משפט ב (התשס"א-ס"ב) 97 – 153.
- 12 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 345 – 354 ובמיוחד בע' 348 – 351. לדיון מוקדם בנושא זה ראו ס' דויטש דיני הגנת הצרכן, כרך א', יסודות ועקרונות (התשס"א) 397 – 405.
- 13 ראו לעיל הערה 2.
- 14 ראו להלן פרק ה'.
- 15 ראו לעיל הערה 5.
- 16 ראו לעיל הערה 6. וראו להלן דיון ראשוני בתזכיר הצעת החוק בפרק ז'.

מטרתו של פרק זה, להצביע על קיומו של שוני מהותי בין תובענות ייצוגיות צרכניות לבין תובענות ייצוגיות בנושא ניירות ערך ובנושאים אחרים.<sup>17</sup> ההצעה להבחין בין תובענות ייצוגיות צרכניות לבין תובענות ייצוגיות אחרות, חשובה במיוחד לאור הצעת התזכיר לחוקק חוק תובענות ייצוגיות חדש וכללי יותר.<sup>18</sup> במקום שמונה חוקים, שיש בהם פרקים המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות במספר נושאים, יהיה חוק כולל שיתייחס למגוון עניינים רחב יותר.<sup>19</sup> עניינים אלו יכללו, בין השאר, עסקאות צרכניות במוכן הרחב, ביטוח, בנקאות, הגבלים עסקיים, ניירות ערך, מפגעים סביבתיים, איסורי אפליה בשירותים ציבוריים, איסור הפליה בעבודה, תביעות בגין שכר מינימום ועוד נושאים. ההכרה במגוון של תובענות ייצוגיות בהצעת החוק המתוכננת תחייב בידול בין קבוצות שונות של תביעות ייצוגיות, אף אם הדבר לא יכתב במפורש בחוק. נראה, שיהיה מקום להבחין בין תובענות ייצוגיות רגילות לתובענות ייצוגיות בגין זכויות עובדים, וכך בין תובענות ייצוגיות צרכניות לתביעות ייצוגיות בניירות ערך.

תזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות משנת 2005, בשונה מהטיוטות שהוכנו בשנים 2003 ו-2004, אינו מתייחס במפורש לעוללות נזיקיות, בעוד שבטיוטות הקודמות היו שניים מהעניינים שנכללו בחוק עוללות נזיקיות אין ברשימת העניינים בתוספת השניה לתזכיר הצעת החוק התייחסות מפורשת לעוללות נזיקיות.<sup>20</sup> לדעתי, הדבר לא ימנע בהכרח תביעות נזיקין המוניות, אולם תביעות כאלו תהיינה אפשריות רק אם התובענה תכנס לרשימת אחד העניינים המנויים בתוספת השניה של התזכיר, כגון יחסי ספק-לקוח. התזכיר אינו שולל הגשת תביעה בעילה נזיקית ואף מתייחס במפורש לנזקי גוף בסעיף 15(א) לתזכיר.

על ההבחנה בין תובענות ייצוגיות לבין תובענות בגין עוללות המוניות, עמדו לאחרונה במספר מחקרים.<sup>21</sup> ההבחנות שם ברורות ובמרכזן התובנה שבשל גודל

17 השתמשתי כאן במונח "נושאים אחרים" אף שבהמשך המאמר עיקר ההבחנה היא בין תובענות ייצוגיות צרכניות לבין תובענות ייצוגיות מכוח חוק ניירות ערך. הסיבה לכך היא, שיש מעט תובענות ייצוגיות בנושאים אחרים. ראו להלן טקסט ליד הערה 47. יש לקוות שעם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות כללי יותר יעלה משקלן של תובענות ייצוגיות בנושאים אחרים.

18 ראו לעיל הערה 6.

19 בתוספת השנייה לתזכיר הצעת החוק יש רשימה של 10 עניינים שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגית מכוח החוק המוצע. רשימה זו קצרה בהרבה מרשימת העניינים של טיוטות קודמות להצעות חוק בנושא שכללו לא פחות מ-20 עניינים.

20 שניים מהעניינים הנזיקיים הם תביעה בגין עוולה נזיקית (עניין 9) ותביעה בגין מוצר פגום (עניין 10).

21 ס' גולדשטיין וט' פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד (התשס"ד) 21 – 37; א' קלמנט "גבולות התובענה הייצוגית בעוללות המוניות" משפטים לד (התשס"ד) 301, 304 – 305.

התביעות האישיות בעוללות המוניות יש לקבל הסמכה אישית מכל תובע<sup>22</sup> להגשת תביעה. לעומת זאת, בתובענות ייצוגיות רגילות רשאי התובע לתבוע בשם קבוצה גדולה של תובעים ללא קבלת הסמכה מפורשת מחברי הקבוצה. במאמר זה אני טוען שיש מקום להבחין גם בין תובענות ייצוגיות צרכניות לבין תובענות ייצוגיות בנושא ניירות ערך מבחינת המטרות, היעדים והפרשנות להוראות החוק, אף שאין מקום לשוני בפרוצדורות של התובענות הייצוגיות. לפי הצעה זו, גם כאשר יחקק חוק תובענות ייצוגיות אחד, עדיין יהיה הבדל בין תובענה ייצוגית צרכנית לבין תובענות ייצוגיות אחרות. הצעה זו מבוססת על ניסיון העבר<sup>23</sup> ומטרתה לסייע בעיצוב הפרשנות העתידית של נושא זה.

הבנת השוני בין מטרות של התובענה הייצוגית הצרכנית לבין המטרות של התובענה הייצוגית בנושא ניירות ערך תשפיע על פרשנות הוראות שונות בנושא זה,<sup>24</sup> ובמיוחד על המבחנים הראויים לדרישה לפיה "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת".<sup>25</sup>

ההבחנה בין תובענות ייצוגיות צרכניות לבין תובענות ייצוגיות אחרות תהווה גם תשובה לרוב החששות שהועלו כנגד תובענות ייצוגיות צרכניות בפסקה.<sup>26</sup> ההבחנות בדין המהותי בין המשפט הישראלי לבין המשפט האמריקני תהיה תשובה לשאר החששות. התובענה הייצוגית הישראלית היא מודל מעורב. היא לקוחה מהמשפט האמריקני, אך אין היא זהה לה. התובענה הייצוגית הישראלית היא מוסד שעומד בין התביעות הקבוצתיות באירופה לבין התובענות הייצוגיות במובן האמריקני.<sup>27</sup> השוני

22 בתזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות (מארכ 2005) מוצע בסעיף 15 (א) שבתביעות של נזקי גוף או בתביעה לסכום כסף ששוויו ניכר לכל אחד מחברי הקבוצה בית המשפט רשאי להורות שהקבוצה תכלול רק את מי שהודיע בכתב על רצונו להצטרף לקבוצה. בתובענה לפי שיטה זו יש צורך לקבל הסמכה אישית מכל תובע (opt in) בשונה מתובענה ייצוגית רגילה שם השיטה היא (opt out) למי שאינו מעוניין. ראו לדוגמה סעיף 335(2) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

23 בין השאר, אני מסתמך על שלושת המאמרים שפרסמתי בנושא התובענות הייצוגיות. ראו לעיל הערות 10 ו-11 ולהלן הערה 27.

24 סעיף "מטרת החוק" הושמט מתזכיר תובענות ייצוגיות. סעיף המטרה היה הסעיף הראשון בטיטות של הצעות החוק בנושא תובענות ייצוגיות בשנים 2003 ו-2004. הוראה זו הושמטה מהתזכיר. ראו ביקורת על השמטה זו להלן בפרק ד' טקסט ליד הערות 183 – 188.

25 סעיף 335(3) בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, וכן בחוקים אחרים. לדוגמה, סעיף 16(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, סעיף 210(א)(3) לחוק החברות, התשנ"ט-1999. הוראה זו תישאר גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות בסעיף 7(א)(3).

26 ראו לדוגמה פסק דין מנחה בסוגיה, ע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט(5) 774, בפסקה 8.

27 S. Deutch "Consumer Class Actions: Are They a Solution for Enforcing Consumer Rights? The Israeli Model" 27 *J. Cons. P.* (2004) 179, 184-185.

מהמודל האמריקני נעוץ בנושאים רבים. אחד החשובים שביניהם הוא שההסדר הישראלי אינו מקיף את כל הנושאים. במצב הקיים הוא מוגבל ל-8 חוקים בלבד, וגם לאחר שייחקק חוק תובענות ייצוגיות הוא יהיה מוגבל ויעסוק רק בנושאים מוגדרים. סעיף 2(א) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות קובע כי "ניתן להגיש תובענה ייצוגיות בענין מהעניינים המנויים בתוספת השנייה". התוספת השנייה כוללת רשימה של 10 נושאים העוסקים ברובם בסוגיות שנדונו בשמונת החוקים הקיימים בנושא תובענות ייצוגיות. רשימת עשרת העניינים היא הרחבה של החוקים הקיימים וכן הוספה של מספר עניינים שלא נדונו בחוקים הקיימים.<sup>28</sup> למרות ההרחבה ברור שאין זה חוק תובענות ייצוגיות כללי ונושאים רבים אינם כלולים בחוק. יתר על כן, התזכיר אינו מאפשר הגשת תביעות כנגד המדינה כרשות ציבורית. למרות שסעיף 26 לתזכיר מורה כי "דין המדינה כדין כל אדם אחר", הרי שבשל הנושאים המפורטים בעשרת העניינים שבתוספת ברור שהמדינה כרשות ציבורית אינה כפופה לחוק זה. ברשימת העניינים כלולים יחסי ספק-לקוח, יחסי בנק-לקוח, יחסי מבטח ומבוטח, ניירות ערך ויחסי עבודה. כל אלו פעולות עסקיות ומסחריות. יוצא איפוא, כי פעולות המדינה כרשות ציבורית ולא כספק, מבטח, בנקאי או מעביד לא יהיו כלולות בחוק תובענות ייצוגיות המוצע.<sup>29</sup> התוצאה היא שהיקף העניינים הנכלל בתזכיר הצעת החוק אמנם רחב בהרבה מהמצב המשפטי הקיים, אך עדיין אין זו סמכות כללית להגשת תובענות ייצוגיות. שינויים אלו מהווים תשובה לחלק מהחששות שהועלו בפסיקה. דיון מפורט בחששות אלו ייערך להלן בפרק ד'.  
 ההיסטוריה של תובענות ייצוגיות בישראל, יחד עם דיון בקשיים שהתעוררו וניתוח מעמדם של התובענות הייצוגיות בישראל בסוף שנות ה-90 ובתחילת המאה ה-21, יאפשרו להציע דרכים לשיפור המצב עם חקיקת חוק כללי בנושא. לא ייערך ניתוח

28 לסקירה קצרה של הנושאים שהורחבו והנושאים שהוספו לתזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות מול המצב המשפטי הקיים ראו להלן בפרק ז' בטקסט ליד הערות 184 – 189.

29 בטיוטות קודמות של הצעת החוק הממשלתית (הטיוטה האחרונה פורסמה במאי 2004) נקבע בסעיף 3 (ב): "לא תוגש תובענה ייצוגית כנגד רשויות המדינה, רשויות מקומיות, פקידיהן וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, ובלבד שניתן לבקש את הסעד בעתירה כנגד אותה הפעולה בפני בית המשפט הגבוה לצדק...". בתזכיר הצעת החוק אין הגבלה מפורשת על האפשרות לתבוע את המדינה. לכאורה הוראת סעיף 26 קובעת ההיפך ש"דין המדינה כדין כל אדם". אולם מאחר שהחוק המוצע אינו כללי והוא מתייחס לסדרה של פעולות עסקיות, כגון שוק מוצרים או שירותים, פעולות בזיקה לביטוח, לבנקאות, לניירות ערך ועוד, מכאן שפעולותיה של המדינה לגבי הפעלת סמכויות שלטוניות על פי דין אינן כלולות בתזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות. נושא זה כבר נדון בקשר לחוק הגנת הצרכן. הוראת סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן קובעת: "דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר". הפרשנות של הוראה זו בחוק הגנת הצרכן היא שהוראה זו אינה חלה על פעולות המדינה כרשות שלטונית. ראו רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876. הוא הדין בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות.

מקיף ופרטני של הצעת החוק, שכן הדבר דורש מחקר מקיף ועצמאי בנושא, אולם, המאמר יצביע על חלק מהתובנות הדרושות לשם יישומו הסביר של החוק המוצע לאור עקרונות הנושא וכלליו. הבנת מטרותיה של חקיקה זו והעקרונות שמאחורי מוסד זה בישראל, חשובה לא פחות מניסוח החוק, שכן היא שתוביל ליישומו של החוק ברמה סבירה.

המאמר מניח שתזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות יתקבל, בסופו של דבר, אם כי בשינויים מסויימים. החוק יתקן חלק מהפגמים של החוקים הקיימים כיום וכן יתגבר על מגבלות בלתי הגיוניות הקיימות כיום. לדוגמה, ההלכה המקובלת כיום היא, שניתן להגיש תובענה ייצוגית צרכנית בגין מצג כוזב טרום-חוזי, אך לא בגין הפרות המוניות של חוזים צרכניים. הלכה זו נובעת מהגבלת התובענה הייצוגית הצרכנית לעילותיו של חוק הגנת הצרכן בלבד. עילות אלו פורשו בפסיקה כמתייחסות להטעיה טרום חוזית בלבד.<sup>30</sup> בתוספת השניה לתזכיר הורחבו התביעות הצרכניות לכל תביעה בזיקה ליחסים שבין ספק ללקוח. אין הגבלה לחוק מסויים או לעילה מסויימת. מכאן שלהבחנה בין מצג טרום חוזי לבין הפרה שוב לא תהיה חשיבות למטרות הגשת תובענות ייצוגיות. אולם, גם לאחר שיוסרו מכשלות אלו, עדיין תשארנה השאלות הבסיסיות הבאות: האם יש לאשר את התובענה הייצוגית? האם מתאים שהתובענה תתברר כתובענה ייצוגית, אם לא?<sup>31</sup> מהי רמת ההוכחה שיש לעמוד בה בשלב האישור לגבי סיכויי הזכייה בתובענה הייצוגית כתנאי לאישורה?<sup>32</sup> באיזו רמה יהא צורך לעמוד בדרישותיו השונות של חוק התובענות הייצוגיות המיועד? רשימת הדרישות שיש לעמוד בהן על מנת שבית המשפט יאשר תובענה ייצוגית בתזכיר הצעת החוק<sup>33</sup> גדולה, רחבה ומורכבת אף יותר מזו הקיימת כיום בחוקי התובענות הייצוגיות. גישה נוקשה בדבר מילוי כל הדרישות תסכל בקלות כמעט כל תובענה ייצוגית. הבנת המטרות והיעדים של התובענה הייצוגית הצרכנית, השוני בינם לבין אלה של תובענות ייצוגיות אחרות, וכן הסרת החששות מפני אישור תובענות ייצוגיות, הם שיגדילו את הסיכוי לאישור תובענות ייצוגיות ראויות בעתיד.

30 ראו לעיל הערה 10, בע' 348 – 354. אף שהנושא טרם הוכרע סופית בפסיקת בית המשפט העליון, זו הגישה המקובלת בבתי המשפט המחוזיים.

31 ראו לעיל הערה 24, התייחסות למבחן זה בחוקים הקיימים ובתזכיר הצעת החוק בנושא.

32 הדרישה לסיכויי זכיה סבירים מופיעה במספר חוקים הדנים בתובענות ייצוגיות, ובחוקים אחרים דרישה זו אינה מופיעה. אולם, בפסיקה נקבע שיש לשקול שיקול זה בכל מקרה. ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 331 – 332.

33 בסעיף 7(א) לתזכיר הצעת החוק יש רשימה ארוכה של תנאים שבית המשפט צריך להשתכנע בקיומם כתנאי לאישור תובענה ייצוגית. הרשימה מורכבת ומפורטת אף יותר מהדרישות הקיימות בחוקי התובענות הייצוגיות. יישום לא מושכל של דרישות אלו יסכל מראש כל תובענה ייצוגית בעתיד. וראו להלן פרק ז'.



### ג. רוב התובענות הייצוגיות בישראל בעשור האחרון הן תובענות צרכניות

מאמר זה הוא הרביעי<sup>34</sup> בסדרת מאמריו בנושא התובענה הייצוגית. יש בו משום סיכום ביניים של נושא חשוב זה שחדר למשפט הישראלי, תחילה בהיסוס ומאז סוף שנות ה-90 בסערה. בשנים 2000 עד 2003 הוגשו, יותר מ-500 תובענות ייצוגיות,<sup>35</sup> מספר משמעותי של תובענות ייצוגיות לפי כל קנה מידה.<sup>36</sup>

מהי תובענה ייצוגית? – תובענה ייצוגית היא מכשיר משפטי המאפשר לתובע ייצוגי אחד לתבוע בשם קבוצה של נפגעים, כאשר הסיכוי שחברי הקבוצה יתבעו באופן אישי את הנתבעים הוא נמוך בשל ערכה הנמוך של התביעה האישית, או בשל מורכבותה של התביעה. התובענה הייצוגית מאפשרת לתובע הייצוגי לתבוע בשמו ובשם כל הקבוצה בגין הנזק שנגרם לכל חבריה. המיוחד בתובענה ייצוגית הוא הסמכת התובע לתבוע בשמו ובשם הקבוצה, אף שלא קיבל הסמכה לכך מכל אחד מיחידיה. פסק הדין בתובענה הייצוגית מהווה מעשה בית דין לכל חברי הקבוצה, אלא אם כן הודיע מי מחברי הקבוצה לבית המשפט על רצונו שלא להיכלל בקבוצה (opt out).

התובענה הייצוגית מכוח חוק, בשונה מתובענות ייצוגיות שהוגשו מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי,<sup>37</sup> מעוגנת בשמונה חוקים.<sup>38</sup> למרות שרק אחד מהחוקים הוא חוק הגנת הצרכן, הרי שארבעה מהחוקים הם חוקים צרכניים מובהקים. ארבעתם עומדים באמות המידה המאפיינות חקיקה צרכנית, בשונה מחקיקה אזרחית,<sup>39</sup> והם חלק מרשימת החוקים להגנת הצרכן. ארבעת החוקים הם: חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, וחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. חוק הבנקאות וחוק הפיקוח

- 34 שלושת המאמרים הקודמים מאוזכרים לעיל, בהערות 10, 11 ו-27.
- 35 בשנת 2000 הוגשו 121 תובענות, בשנת 2001 – 125, בשנת 2002 – 141 ובשנת 2003 – 128 תובענות. יש לציין כי 24 מתוך 128 תובענות ייצוגיות בשנת 2003 הוגשו בבתי משפט השלום ורק 104 הוגשו בבתי משפט מחוזיים. בשנים קודמות מספר התובענות הייצוגיות בשלום זניח. סטטיסטיקה זו מבוססת על דו"חות של הנהלת בתי המשפט.
- 36 בשנת 2003 חלה ירידה מסויימת בכמות התובענות הייצוגיות בעקבות צמצום השימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. וראו להלן טקסט ליד הערות 147 – 156, השוואה עם המשפט הקנדי. הגשת יותר מ-100 תובענות ייצוגיות לשנה הוא מספר משמעותי.
- 37 הדיון בתובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי חורג ממסגרת מאמר זה. ספק אם תקנה 29 יכולה לשמש בסיס לתובענות ייצוגיות במובן המודרני לאור הלכת א.ש.ת., לעיל הערה 5, שקבעה שתקנה 29 אינה בסיס מתאים לתובענה ייצוגית כנגד המדינה. בינתיים הוגש דיון נוסף בנושא. ראו דנ"א 5161/03 א.ש.ת. נ' מדינת ישראל (לא פורסם). לדיון קצר בתקנה זו ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 309 – 314.
- 38 ראו לעיל הערה 2, רשימה של שמונת החוקים.
- 39 ראו ס' דויטש דיני הגנת הצרכן, יסודות ועקרונות (כרך א', התשס"א) 289 – 294 – המאפיינים של חקיקה צרכנית מול חקיקה אזרחית. וראו שם, בע' 294 – 299 את רשימת החוקים הצרכניים.

על עסקי הביטוח הם חוקים צרכניים, שכן מטרתם היא הגנת הלקוחות. הם נחקקו באותה שנה שבה נחקק חוק הגנת הצרכן – שנת 1981. היה צורך בחוקים אלו מאחר שבסעיף 39 לחוק הגנת הצרכן נקבע סייג לתחולתו לגבי שירותים של תאגידים בנקאיים ושל מבטחים. חוקים אלו גם הוכרו בפסיקה כחוקים צרכניים.<sup>40</sup> גם חוק ההגבלים העסקיים הוא חוק צרכני, שכן אחת ממטרותיו היא הגנת הצרכן והוא עומד גם באמות המידה האחרות המאפיינות חקיקה צרכנית.<sup>41</sup>

ארבעת החוקים האחרים<sup>42</sup> המכירים בתובענות ייצוגיות דנים בניירות ערך, בהשקעות משותפות בנאמנות, באיכות הסביבה, ובשכר שווה לעובד ולעובדת. את החקיקה בנושא ניירות ערך ניתן לראות במובנים מסוימים כחקיקה צרכנית, שכן מטרתה – הגנת "ציבור המשקיעים בניירות ערך מפני פעילויות פסולות של חברות המשתפות את הציבור בסיכון העסקי שלהן".<sup>43</sup> חוק זה עומד גם באמות מידה אחרות המבחינות בינו לבין חקיקה אזרחית.<sup>44</sup> בכל זאת, בשל המאפיינים המיוחדים של חוק ניירות ערך, שהוא חלק מהמשפט המסחרי, אין להגדירו כחוק צרכני ואין לראותו כחלק מרשימת החוקים הצרכניים.

במונח "תובענה ייצוגית צרכנית" כוונתי לתובענה שעניינה הגנת הצרכן במונח הרחב של המונח מול עוסקים ונותני שירותים. "הצרכן", במונח הרחב, הוא המשתמש הסופי במוצר או בשירות מבלי להגביל את אופי השירות או המוצר.<sup>45</sup> הגדרת הצרכן במונח "הצר" היא הגדרת חוק הגנת הצרכן. אולם, בחוקים הצרכניים האחרים, ההגנה מיועדת לרוכשי מוצרים או למקבלי שירותים ללא המגבלות המיוחדות של חוק הגנת הצרכן.<sup>46</sup> לנוכח ההגדרה של הצרכן במונח הרחב, אין ספק, שרוב התובענות הייצוגיות

40 יש עשרות פסקי-דין שהכירו בכך שמכלול "החוקים הצרכניים" מהווים רשימה רחבה בהרבה מחוק הגנת הצרכן. מספר דוגמאות: ע"א 7451/96 אברהם ואח' נ' בנק מסד בע"מ ואח', פ"ד נג(2) 337, בפסקה 12; רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרם הינדה ואח' נ' מרכז משען ואח', פ"ד נג(4) 145, פסקה 22; ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 383, 384.

41 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 39, בע' 294 – 299 את רשימת החוקים הצרכניים.

42 האזכורים לעיל בהערה 2.

43 המ' (ת"א) 11444/97 לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' רשות ניירות ערך, תק-מח 15971 (1) 98, שם קבע השופט א' גורן שניתן לראות בחוק ניירות ערך – "חוק מעין-צרכני".

44 ס' דויטש לעיל הערה 10, בע' 289 – 294. זו, כנראה, גם אחת הסיבות שחוק החברות אינו נכלל ברשימת החוקים של הקודקס האזרחי המוצע. ראו הקודקס האזרחי, חוק דיני ממונות, מדריך למשתמש (משרד המשפטים, אפריל 2004) בע' 4, רשימת נושאים שאינם חלק מהקוד.

45 שזו גם הגדרת הצרכן הן מבחינה לשונית והן לפי ההגדרה הכלכלית המקובלת. ראו שם, בע' 176 – 178.

46 לדין בהבחנה בין המונח "צרכן" במונח הצר ובמונח הרחב ראו שם, בע' 176 – 186. לדין במונח "צרכן" בחוקים אחרים ובפסיקה ראו באופן כללי, שם בע' 246 – 279. שם, בע' 270 – 276 גם

בישראל הן תובענות צרכניות, אף שלא כולן מעוגנות בהכרח בחוק הגנת הצרכן.<sup>47</sup> ניתוח הנתונים הבאים יוכיח טענה זו.

אין כמעט תובענות ייצוגיות מכוח סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994. אין כמעט תובענות ייצוגיות מכוח סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ויש רק תובענות ייצוגיות בודדות מכוח סעיפים 10 – 14 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992.<sup>48</sup> מכאן עולה, שמתוך שמונת החוקים, המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות, ארבעה הם חוקים צרכניים ושלושה מתוך ארבעת הנותרים הם חוקים שמספר התובענות הייצוגיות שהוגשו מכוחם הוא זניח.

נושא ניירות ערך, המוסדר כיום בחוק החברות, התשנ"ט-1999, הוא אכן נושא משמעותי ורב חשיבות בתחום התובענות הייצוגיות. לתובענות אלו חשיבות בשל האחוז הגבוה יחסית של אישור תובענות ייצוגיות בנושאי ניירות ערך ובשל הסדרי הפשרה המשמעותיים שהושגו בנושא זה.<sup>49</sup> אולם, אחוז התובענות הייצוגיות שהוגשו בנושא זה בשנים 1995 עד 2003 אינו עולה על 15% מכלל התובענות הייצוגיות.<sup>50</sup>

- הסברתי את הסיבה להגדרה הצרה של המונח "צרכן" בחוק הגנת הצרכן לעומת החוקים הצרכניים האחרים, ואף הצעתי להרחיב את תחולת החוק (שם, בע' 276 – 279).
- 47 בתזכיר הצעת החוק בנושא תובענות ייצוגיות, בתוספת השנייה, מתייחס העניין הראשון ליחסים "שבין מוכר, ספק או יצרן של מוצר או שירות לבין לקוח". הגדרה דומה למדי להגדרת "צרכן" במובן הרחב.
- 48 אחד המקרים היחידים הוא בר"ע (ב"ש) 901/99 החברה לשירותי איכות הסביבה (רמת חובב) בע"מ ואח' נ' עמותת מדעי הדרום ואח', פ"מ תש"ס(1) 57, יש עוד מספר מקרים שלא כאן המקום לפרטם.
- 49 ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות – קשיים", לעיל הערה 10, טבלה בע' 316, לפיה אושרו 15 מתוך 85 תובענות שהן כ-18%. אחוז זה נשמר גם בשנים 2002 ו-2003. בנושא ניירות ערך גם הושגו פשרות משמעותיות, כגון בת"א (ת"א) 19/92 זת חברה ליעוץ כלכלי בע"מ ואח' נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ ואח', תק-מח 93(2) 658 – על סך 14 מיליון דולר (שיחה עם ב"כ התובע הייצוגי ב-5.3.03). יש דוגמאות נוספות ואין צורך לפרטן כאן.
- 50 בסך הכול הוגשו בישראל, בין השנים 1991 (השנה בה הוגשה התובענה הייצוגית הראשונה) לסוף שנת 2003, 650 תובענות ייצוגיות. הנתונים מבוססים בראש ובראשונה על הדו"חות של הנהלת בתי המשפט אך גם על אתרי האינטרנט של "גלובס", אתרי אינטרנט משפטיים ומידע מעורכי-דין המתמחים בתובענות ייצוגיות. עד סוף שנת 2002 הוגשו 76 תובענות ייצוגיות בנושא ניירות ערך (מכתב רשמי של הרשות לניירות ערך לעו"ד יעקב סבו מיום 20.3.03). במהלך 2003 הוגשו 15 תובענות נוספות בנושאי ניירות ערך. (על פי רשימות של הנהלת בתי המשפט). בסך הכול הוגשו 91 תובענות בנושאי ניירות ערך מתוך 650 תובענות ייצוגיות שהן כ-15%.

אין ספק, כי תובענות ייצוגיות צרכניות מהוות את רוב התובענות הייצוגיות מכוח חוק.<sup>51</sup> אין להתעלם מכך שבשנים האחרונות אחוז התובענות הייצוגיות שהתבססו על תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי היה ניכר ביותר, והתקרב בחלק מהתקופה ל-50% מכלל התובענות. יחד עם זאת, אחוז התובענות הייצוגיות שהתבססו אך ורק על תקנה 29 לא עלה על 25%, וחלק מהן היו, למעשה, תובענות צרכניות. התובעים בחרו להסתמך על תקנה 29 ולא על החוקים הצרכניים בשל הקושי לעמוד בעילות המוגבלות ובסעדים המוגבלים של החוקים הצרכניים.<sup>52</sup> מכאן, שגם חלק ניכר<sup>53</sup> מהתובענות מכוח תקנה 29 היה תובענות ייצוגיות צרכניות. עם מתן פסק הדין בפרשת א.ש.ת. בתחילת שנת 2003 פחת באופן דרסטי מספר התובענות הייצוגיות המתבססות על תקנה זו ועלה שוב האחוז של תובענות ייצוגיות צרכניות.

סיכומו של דבר, במשפט הישראלי, כפי שהתגבש בעשור האחרון, ניתן לזהות שתי קבוצות עיקריות של תובענות ייצוגיות. הקבוצה הגדולה היא התביעות הצרכניות במובן הרחב, דהיינו תביעה של לקוח מול עוסק אף שאינה מסתמכת בהכרח על חוק הגנת הצרכן. זו גם הגישה שאומצה בתזכיר הצעת החוק החדש בנושא התובענות הייצוגיות, בתוספת השנייה להצעה. הקבוצה השנייה, כוללת תובענות הקשורות לניירות ערך. אלו גם שתי קבוצות חשובות בתובענות ייצוגיות במשפט האמריקני.<sup>54</sup> לדעתי, יש הבדל משמעותי בין שתי הקבוצות הללו בתכליות וביעדים של התובענות הייצוגיות, ולכן גם מערכת השיקולים של בתי המשפט צריך שתהיה שונה. השוני בנקודה זו יישאר גם כאשר יתקבל החוק המוצע הכללי בנושא תובענות ייצוגיות.<sup>55</sup> בפרק הבא נבחן מהן המטרות העיקריות של מוסד התובענה הייצוגיות ואיזה משקל יש לתת לכל אחת מהן.

- 51 שכן רק 15% מהתובענות הייצוגיות הן בנושאי ניירות ערך. בשלושת החוקים האחרים, שאינם צרכניים, לא נעשה כמעט שימוש בתובענות ייצוגיות.
- 52 ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות – קשיים" לעיל הערה 10, בע' 318 – 320, 346 – 347.
- 53 לא ניתן להתעלם מהעובדה שחלק ניכר מהתובענות הייצוגיות על בסיס תקנה 29 היו תובענות כנגד המדינה ורשויותיה. ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות – קשיים" לעיל הערה 10, בע' 336 והערות שוליים 171 שקרוב ל-60% מהתובענות הוגשו כנגד המדינה ורשויותיה. תביעות כנגד המדינה בפעולותיה כרשות ציבורית, בשונה מפעילותה כעוסק, אינן יכולות להתבסס על חוק הגנת הצרכן, שכן סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן אינו חל. וכך גם נקבע בפסיקת בית המשפט העליון. ראו רע"א 2701/97 מדינת ישראל ואח' נ' צ'רטוק ואח', פ"ד נו(2) 876.
- 54 הספר המקיף ביותר במשפט האמריקני הוא: H. Newberg, *Newberg on Class Action* (1995, 3<sup>rd</sup> ed.) Vol. 5. בספרו מתייחס ניוברג למספר קטגוריות, והעיקריות הן: (1) הגבלים עסקיים; (2) קניין רוחני; (3) צרכנות; (4) ניירות ערך; (5) תביעות כנגד השלטונות; (6) זכויות עובדים. למרות המגוון הרחב ביותר של התובענות יש מקום מרכזי לנושאי הצרכנות וניירות הערך.
- 55 אחד השינויים שיחול בעקבות חקיקת החוק החדש בנושא תובענות ייצוגיות הוא הרחבת מסגרת העניינים של תובענות ייצוגיות. בעקבות השינוי, חלק מעשרת העניינים המנויים בתוספת השנייה אינו בגדר נושאים צרכניים או נושאים בדיקה לניירות ערך.

#### ד. מטרות התובענה הייצוגית הצרכנית

המטרות הכלליות של התובענה הייצוגית נוסחו בפסק דינה של השופטת טובה שטרסברג-כהן בפס"ד א.ש.ת.,<sup>56</sup> כדלקמן:

החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים התפתחויות חברתיות וכלכליות, במהלכן צמחו גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח 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 שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן להעשות על ידי הכרת המשפט בכלי של התובענה הייצוגית.

ניתן להבחין בשלוש מטרות עיקריות לתובענות הייצוגיות כפי שהן מוכרות כיום ב-8 החוקים הקיימים.<sup>57</sup> המטרה הראשונה, היא מתן פיצוי לנפגעים בתביעות בהן אין הצדקה לתביעה אישית מאחר שהפגיעה בכל לקוח היא קטנה. זו הגנה על האינטרס הפרטי של התובע הייצוגי ושל חברי הקבוצה הייצוגית. לדעתי, קיימת בעיה כללית של תת-פיצוי בתרופת הפיצויים. הנטל המוטל על התובע להוכיח מהם הנזקים שנגרמו לו והצורך להוכיח כל פרט ופרט של הנזק, גורמים לכך שגם כאשר זוכה התובע ומקבל פיצוי, הפיצוי לא יכסה את כל הנזקים העקיפים וההוצאות שהיו כרוכות בהפרה, ובוודאי אין בהם כדי להרתיע את המפר.<sup>58</sup> אם זה המצב בתביעות לפיצויים משמעותיים, על אחת כמה וכמה כאשר הפגיעה בכל משקיע בניירות ערך ובכל לקוח של בנק או רוכש צרכני היא קטנה. לצרכן או למשקיע אין אינטרס להגיש תביעה, שכן הנזק שנגרם לו הוא קטן ואינו מצדיק את העלויות והמאמץ הכרוכים בהגשת תביעה. לפוגע, לעומת זאת, נוצר רווח גדול על חשבון מספר גדול של לקוחות. תובענה ייצוגית בשם כל חברי הקבוצה שנפגעו היא דרך אפשרית לפתרון בעיה זו.

56 ראו לעיל הערה 5, בפסקה 7 של פסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן.  
 57 מובן שעם הרחבת המסגרת של תובענות ייצוגיות, כפי שמוצע בתזכיר הצעת החוק החדשה (ראו לעיל הערה 8), תורחבנה גם מטרות החוק. ראו להלן הערה 187 וטקסט ליד הערות 183 – 188.  
 58 השו"א' זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השגת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארכוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית)" משפטים לד (התשס"ד) 91. במאמר ניתן למצוא סימוכין לבעיה של תת-פיצוי.

המטרה השנייה, היא הגנת האינטרס הציבורי וסיוע באכיפת החוק עת מתברר כי מנגנוני האכיפה האחרים אינם יעילים. האינטרס הציבורי הוא להביא לכך שעוסקים, בנקים, חברות ביטוח, בעלי חברות ומנהליהן, לא יתעלמו מהוראות החוקים הרלוונטיים ומזכויותיהם של הלקוחות או המשקיעים. למעשה, ניתן לראות במוסד התובענה הייצוגית הפרטה של מנגנון האכיפה המנהלי. מסיבה זו קבע בית המשפט,<sup>59</sup> שיש לתת פרשנות ליברלית ולא נוקשה מדי להוראות החוקים הדנים בתובענות ייצוגיות על מנת לקדם אינטרס זה. תובענות ייצוגיות באות לפתור את בעיית "תת-האכיפה"<sup>60</sup> של חוקים שנועדו להגנת הלקוחות. כמעט כל החוקים המאפשרים את הסעד של תובענה ייצוגית כוללים גם הוראות פליליות וסעיפי עונשין.<sup>61</sup> הניסיון מלמד שאין די בסעד הפלילי להרתעת העבריינים ולפיכך הוספו בחוקים אלו גם הוראות המאפשרות תובענה ייצוגית.

המטרה השלישית, היא האינטרס למנוע רווח בלתי מוצדק של העוסקים ובעלי החברות. מטרתו של שיקול זה היא מניעת עשיית עושר ולא במשפט של העוסקים ושל החברות על חשבון ציבור גדול של לקוחות. הנזק לכל לקוח הוא יחסית קטן, מה שמונע הגשת תביעות אישיות, אך הרווח למפירים הוא גדול. חיוב הנתבעים בהשבת הרווחים תמנע עשיית עושר ולא במשפט בהיקף ניכר. יש במטרה זו ביטוי גם לעקרון-העל שלא יהיה חוטא נשכר.

לשם השגת המטרות שפורטו לעיל הכיר המשפט האמריקני, ומאוחר יותר הכירו גם שיטות משפט אחרות ברחבי העולם,<sup>62</sup> במוסד של התובענות

59 ראו, ע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט(5) 774; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות, פ"ד נא(2) 312.

60 ראו, מ' בר-ניב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (התשנ"ד) 251.

61 בשבעה מתוך שמונת החוקים המסדירים את נושא התובענות הייצוגיות (ראו לעיל הערה 2) יש הוראות עונשיות. החוק היחיד שאינו קובע הוראות עונשיות הוא חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996. מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו מכוחו עד היום הוא מזערי. דבר זה מלמד יותר מכל שכאשר אין צורך בסנקציות פליליות, גם אין צורך ממשי בתובענות ייצוגיות.

62 ברוב מדינות אירופה יש הכרה בתובענות קבוצתיות, שהן מודל שונה מתובענות ייצוגיות, שכן במרכזן תביעות על ידי המדינה ועל ידי ארגוני צרכנים, ולא תביעות של אנשים פרטיים בדרך של אכיפה פרטית ואזרחית. להצגת הגישה המקובלת באירופה ראו, S. Deutch, לעיל הערה 27, בע' 184 – 181. למקורות עיקריים בנושא, ראו: Commission Green Paper of 16 November 1993 on Access of Consumers to Justice in the Single Market, COM(93) 576; C. Hodges "Multi – Party Actions: A European Approach" 11 *Duke J. of Com. & Int. L. Rev.* (2001) 321, 323, 327-328. בשנים האחרונות הוכרו תובענות ייצוגיות במספר מדינות מחוץ לארה"ב: המצב בקנדה, ראו – I. Ramsay "Class Action: Class Proceeding – Act 1992" 1 *Cons. L. J.* (1993) 39; W.K. Branch *Class Actions in Canada* (Auroro: J. Goldring, L. Maher & J. – Canda Law Book, 2001), במספר מדינות באוסטרליה, ראו – J. Goldring, L. Maher & J. – Canda Law Book, 2001). McMeough, *Consumer Protection Law* (4<sup>th</sup>. ed., NSW, 1993) 440-446; S. Clark &

הייצוגיות.<sup>63</sup> אחת משיטות המשפט הראשונות היתה שיטת המשפט הישראלי, שהכירה בתובענות ייצוגיות בנושא ניירות ערך, כבר בשנת 1988. לדעתי, יש חשיבות לשאלה על אלו משלושת הנימוקים יש לשים את הדגש. האם הדגש הוא על הפיצוי לנפגע האישי, או על הרתעת עוסקים מפני הפרת החוק והגנת האינטרס של מניעת עשיית עושר ולא במשפט? אם הנימוק הראשון הוא העיקרי, הרי שיש לאפשר תובענה ייצוגית רק כאשר קיים קושי ממשי בהגשת תביעה אישית.<sup>64</sup> ורק כאשר יש סיכוי של ממש שבסופו של הליך יקבלו חברי הקבוצה פיצוי אישי בגין הנזק שנגרם להם. אם הדגש הוא על השיקול השני ועל השיקול השלישי, הרי ששאלת הפיצוי הממשי לכל חבר מחברי קבוצה הופכת למשנית בחשיבותה מול השיקולים העיקריים שהם אכיפה אזרחית ופרטית של נורמות חוקיות, כאשר לא די בסעדים הפליליים והמנהליים כדי למנוע את ההפרות, וכן האינטרס שלא יהיה חוטא נשכר והשבת הרווח הבלתי מוצדק לכלל הלקוחות. לדעתי, שני השיקולים האחרונים הם בלב הנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות, ולפיכך המטרות העיקריות בתובענות צרכניות

C. Harris "Multi – Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective" N. Frenk – ובמספר מדינות באירופה, ראו 11 *Duke J. of comp. & Int. L.* (2001) 289,290. & E. Hondius "Collective Action in Consumer Affairs: Towards Law Reform in the Netherlands" 1991 *Eurp. Cons. L. J.* (1991) 17, 19; C. Hodges, *ibid* 63 ראו ס' גולדשטיין "תביעות-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט (התשל"ט) 416 – 451.

S. Goldstein "Class Actions in Israel" 13 *Int. Cong. Comp. Law Israel* : וראו גם *Report* (1990) 65, 45. וראו באופן כללי: Note "Developments in the Law: Class Actions" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1318-1644; R. Klonoff *Class Actions in a Nutshell* (West, 1999); H. Newberg, *Newberg on Class Actions* 5 Vol. (1995, 3<sup>rd</sup> ed.)

64 גם לפי גישה זו יש לנהוג בזהירות כדי שלא למנוע אישור תובענות ייצוגיות ראויות בטענה שגודלן מצדיק תביעה אישית. יש מספר פסקי-דין בהם השיקול של גודל התביעה היה אחד הנימוקים לדחיית אישור התובענה כתובענה ייצוגית. ראו ת"א (ת"א) 1324/02 קנכט נ' אמד פתוח נדל"ן והשקעות בע"מ, תק-מח (4)2003, 134, בפסקה 18; בש"א (ב"ש) 2604/99 גדי ואח' נ' המכללה למינהל, תק-מח (3)99 (1993); ת"א (י-ם) 1486/97 קפר איתי ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, דינים מחוזי לג(4) 716, בפסקה 24; ת"א (ת"א) 1373/96 א.ד. אבידן ביטוחים סוכנות לביטוח (1990) בע"מ נ' עיריית תל-אביב (לא פורסם), בפסקה 10. גם תביעה בסדר גודל של עשרות אלפי שקלים כנגד גופי ענק היא תביעה שיקשה מאוד לנהלה, במיוחד כאשר יש להוכיח נהגים פסולים הדורשים רמת הוכחה והבנה כלכלית מעמיקות. העלויות הרבות שבניהול תובענה כזו הופכות את ניהולה לבלתי מעשי במקרים רבים, ולכן אין לפסול תובענות ייצוגיות מסיבה זו בלבד. במקרים אלו ראוי שהצטרפות תהיה בדרך הסכמה מפורשת (opt in), כפי שהוצע בסעיף 15(א) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

הן אכיפת החוק והרתעת העוסקים על ידי מניעת הרווח הבלתי מוצדק שלהם.<sup>65</sup> פיצוי אישי לכל חבר בקבוצה הוא אינטרס חשוב, אך אין הוא אמור לשמש כשיקול יחיד ומכריע. עם הרחבת העניינים שבגינם ניתן יהיה לתבוע בתובענה ייצוגית, כפי שמוצע בתזכיר הצעת החוק הממשלתית, סביר להניח שהמטרות של התובענה הייצוגית תתרחבנה אף הן.

החידוש בהצעתנו אינו בהצגת מטרותיה של התובענה הייצוגית, נושא בו נכתבה ספרות משפטית רבה, כי אם בשינוי הדגשים של מטרות התובענה. כתובעות ייצוגיות צרכניות ראוי שהדגש יהיה יותר על מניעת הפרות חוק הפוגעות בכלל הציבור ועל השבת הרווח הבלתי מוצדק, רעיון של עשיית עושר ולא במשפט, ולא על הנושא של הפיצוי האישי.

השוני בדגשים של מטרות התובענה הייצוגית הוא גם פועל יוצא של ההתפתחות של נושא התובענה הייצוגית כולו. מולדת התובענה הייצוגית היא ארה"ב, ומשם נקלט מוסד זה בישראל. בתי המשפט בישראל אינם מחוייבים ללכת בדרכו של דין זר כלשהו ומובן שאינם כפופים למשפט האמריקני.<sup>66</sup> עם זאת, אין סיבה שלא לקבל השראה מההתפתחות שהיתה בנושא זה בארה"ב.<sup>67</sup>

65 מבין שתי המטרות העיקריות של תובענות ייצוגיות צרכניות אין ספק כי החשובה היא המטרה של האינטרס הציבורי. אולם, על מנת להשיג מטרה זו יש צורך בהרתעת מפירי החוק. מניעת ההתעשרות שלא כדין משמשת כגורם מרתיע יותר מאשר הפיצוי בפועל לכל לקוח שנפגע. בגופים שלטוניים ניתן להשיג מטרה זו, לפחות באופן חלקי, על ידי השגת התחייבות של הגוף השלטוני לפעול בעתיד בהתאם לחוק. לדוגמה, בת"א (חי') 648/00, בש"א (חי') 8202/00 איסחאק נ' עיריית חיפה (לא פורסם) (פסק דין מיום 9.7.01) התחייבה עיריית חיפה לנהוג בהתאם להוראות צווי הארנונה, התקנות וחוק הסדרים במשק המדינה על פי השיטה המטריית, לפי הפרשנות הנטענת בכתבי התביעה המאוחדת, החל מה-1.1.02. במקרה זה הוסכם כי לא תחול על העירייה כל חובת השבה. הבקשה אושרה כתובענה ייצוגית. להסכם הפשרה ניתן תוקף של פסק-דין. בא-כוח הצדדים קיבלו תשלום בגין ניהול התביעה בסך מיליון ומאתיים וחמישים אלף ש"ח בצירוף מע"מ. במקרה זה ויתרו לחלוטין על המטרה של פיצוי הנפגעים (תושבי העיר) ואף ויתרו על המטרה של השבת הרווח של העירייה וכל זאת על מנת להשיג את המטרה של אכיפת החוק. אכיפת החוקים והתקנות במקרה זה הושגה באמצעות תובענה ייצוגית, אך הוסכם שתחולתה תהיה מכאן ולהבא, ולא למפרע.

66 השוו: ת"א (ת"א) 937/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל בע"מ, דינים מחוזי כו(5) 356, בפסקה 4, הקובע, כי גם בנושא התובענות הייצוגיות אין חובה ללכת בעקבות הדין האמריקני, במיוחד כאשר יש בדין המקומי הוראות מפורשות וברורות.

67 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 11, בע' 123, 132 – 148. גם שופטי בית המשפט העליון בפרשת ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ ואח' התייחסו באריכות למשפט האמריקני, תוך מתן משקל שונה לשיטת משפט זו. ראו: ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק ואח', פ"ד נה(4) 584; דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385.



הדגש בתובענות ייצוגיות, גם בארה"ב, עבר עם השנים מתחום דיני ניירות ערך לתחום הגנת הצרכן. כבר בתחילת שנות ה-70 עבר המשפט האמריקני את הטונספורמציה מהגנה על משקיעים בניירות ערך להגנה על הצרכנים. בפסק דין אמריקני מנחה,<sup>68</sup> הסביר בית המשפט העליון בקליפורניה מדוע יש לעבור מהגנה על משקיעים להגנה על צרכנים:

What was noteworthy in the milie three decades ago for stockholders is of far grater significance today for consumers, ... consumers as a category are generally in less favorable position than stockholders to secure legal redress for wrongs committed against them.<sup>69</sup>

ראוי לציין, כי גם במשפט הישראלי הוכרו תחילה תובענות ייצוגיות בניירות ערך עוד בשנת 1988,<sup>70</sup> ורק בשנת 1994 הוכר סעד זה בחוק הגנת הצרכן.<sup>71</sup> כפי שהסברתי לעיל, כמחצית מהחוקים המכירים בתובענות ייצוגיות הם חוקים צרכניים.<sup>72</sup> מתברר, כי בתובענות ייצוגיות צרכניות, שהן הרוב המוחלט<sup>73</sup> של התובענות המוגשות משנת 1995 ואילך, יש לעיתים קושי בחלוקת הפיצוי לנפגעים, שכן בשל מספרם הגדול של הצרכנים בעסקאות עם חברות ענק, יש קושי לאתרם וכן קושי בקביעת שיטה ראויה של חלוקת הפיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה.

עם העברת הדגש בתביעות ייצוגיות מניירות ערך, שם קל יותר לאתר את המשקיעים, אל הגנת הצרכן במובן הרחב, יש צורך גם לעבור מהדגשת הפיצוי, שהוא נושא מרכזי כלפי משקיעים בניירות ערך, להדגשת ערך ההרתעה והשבת הרווח הבלתי מוצדק, שהם לב הנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות.

המטרה העיקרית בתובענות ייצוגיות צרכניות היא הרתעה מפני הפרת חוקים שמטרתם הגנת הלקוחות. הרתעה זו נדרשת בשל הכשל שנכשלו הפיקוח המנהלי והפיקוח והפילי בתחום הגנת הלקוחות. ברור למדי שהכשל בתחומי הגנת הצרכן רב יותר מאשר בתחום ניירות הערך, שם רשויות הפיקוח, כולל הרשות לניירות ערך,

68 *Vasquez v. The Superior Court of San Joaquin County*, 484 P. 2d 964 (S. Ct. Cal. 1971).

69 שם, בע' 968.

70 פרק ט' בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, התיקון הוא משנת התשמ"ח-1988. בינתיים בוטל הפרק והועבר לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

71 פרק ו' בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. התיקון הוא משנת התשנ"ד-1994.

72 להגדרת חוק צרכני ראו ס' דויטש, לעיל הערה 39, בע' 289 – 299. ארבעה מהחוקים הצרכניים המופיעים שם בע' 297 כוללים הוראות בדבר תובענות ייצוגיות.

73 ראו, ס' דויטש, לעיל הערה 10, בטבלה שבע' 316. בטבלה זו הרוב המכריע של התובענות הוא מכוח חוק הגנת הצרכן וחוקים צרכניים אחרים וכן תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי שגם חלק ניכר מהתובענות הייצוגיות שמכוחה הן צרכניות. וראו לעיל, טקסט ליד הערות 51 – 54.

משמעותיות יותר מאשר בתחום הגנת הצרכן. גם מסיבה זו יש להעביר בתובענות ייצוגיות צרכניות את הדגש להרתעה ולמניעת רווח בלתי מוצדק, ולא לפיצוי האישי של הנפגעים.

דו"ח מבקר המדינה שפורסם ב-5.5.04<sup>74</sup> מאשש את המידע בדבר העדר פיקוח סביר בנושא הגנת הצרכן. על פי דו"ח המבקר, גם התקציב הזעום שעומד לרשות יחידת הממונה על הגנת הצרכן לא נוצל באופן מלא.<sup>75</sup> לממונה על הגנת הצרכן יש סמכות אכיפה מנהלית מכוח סעיף 28 לחוק הגנת הצרכן ומדובר באכיפה בעלת כוח הרתעה רב. אולם, בארבע השנים שנבדקו על ידי המבקר, ניתנו רק ארבעה צווים כאלה בשנה. יתר על כן, רוב פעולות האכיפה ננקטות בגין עבירות קלות יחסית להוכחה ושגם פגיעתן קלה יחסית. סיכומו של דבר, הגנת הצרכן אינה מקבלת במשרדי הממשלה את מקומה הראוי.<sup>76</sup> דו"ח זה מדגיש עוד יותר את הצורך בתובענות ייצוגיות צרכניות, ומבהיר את הצורך באכיפה אזרחית ופרטית על ידי ציבור הלקוחות, כאשר האכיפה הפלילית והמנהלית נכשלה.

קליטת המוסד של תובענות ייצוגיות צרכניות במשפט הישראלי במחצית שנות ה-90 מסמנת את המעבר מהדגשת הזכויות והחובות של הצדדים, כפי שהן מופיעות בחוק, להדגשת סיכויי היישום של זכויות אלו הלכה למעשה. לצרכן הישראלי זכויות רבות בדין המהותי של דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט וכן בדינים המיוחדים של דיני הגנת הצרכן. המציאות של שנות ה-80 והמחצית הראשונה של שנות ה-90 הוכיחה שקיומן של זכויות אלו בספר החוקים ואף בבתי המשפט לא הביא ליישום משמעותי של זכויות אלו הלכה למעשה.<sup>77</sup> זאת, בשל הקושי ביישומן ובשל חוסר ההיגיון הכלכלי שבניהול משפטים אלו על בסיס הפגיעה בכל צרכן בודד. קליטת מוסד התובענה הייצוגית נועדה לגרום לכך שזכויותיו המהותיות של הצרכן יגיעו גם לכלל מימוש. ואכן, לפחות בתחום אחד חל שינוי מהותי: מבצורת גמורה של פסיקה בנושא הגנת הצרכן עברו במשפט הישראלי לפסיקה רבה ומשמעותית<sup>78</sup> בנושאי הגנת הצרכן.

- 74 דו"ח מבקר המדינה, דו"ח שנתי 54 לשנת 2003, משרד התעשייה והמסחר "פעולות להגנת הצרכן" ע' 808 – 819.
- 75 ב-2001 עמד התקציב על מליון ש"ח והסכום שנוצל היה רק 629 אלף ש"ח, דהיינו 63% בלבד. בשנת 2002 ירד התקציב ל-818 אלף ש"ח מהם נוצלו רק 381 אלף ש"ח, שהם 47% בלבד.
- 76 לבקורת קשה, ראו ש' דונר "הגנת הצרכן? בישראל" מיום 9.5.04 (www.ynet.co.il/articles).
- 77 ראו ס' דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (התשנ"ב) 133, בע' 154 בהערה 156; "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" מחקרי משפט יב (התשנ"ה-נ"ו) 309, בע' 346 והערה 224.
- 78 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בסוף המאמר בע' 374 – 376, רשימה של יותר מ-100 פסקי דין שדנו בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. הרשימה מעודכנת עד למאי 2003. מאז ניתנו עשרות פסקי-דין נוספים.

אולם אליה וקוץ בה – בשל הגבלת התובענה הייצוגית הצרכנית למספר חוקים מיוחדים, שבראשם חוק הגנת הצרכן, ובמיוחד בשל ההגבלה לעילות ולסעדים המופיעים בחוקים אלו, הפכה השגת אישור לתובענה ייצוגית בבית המשפט לבלתי אפשרית כמעט. חוק הגנת הצרכן, למרות שמו המקיף, מתייחס לחלק קטן בלבד של זכויות הצרכן בעסקה. רוב זכויותיו המהותיות של הצרכן בישראל מעוגנות בדיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר, ולא בחוק הגנת הצרכן הדין במספר מוגבל של נושאים ועילות.<sup>79</sup> לבעיה זו מוצע פתרון בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, שם הגנת הלקוח הרוכש ממוכר, מספק או מיצרן, אינה ככולה עוד לחוק הגנת הצרכן. סיבה מרכזית נוספת להצלחה המועטה של התובענה הייצוגית הצרכנית היתה הפרשנות המצמצמת של בתי המשפט לזכויות שבחוק הגנת הצרכן ולפרשנות ההוראות בדבר התובענה הייצוגית הצרכנית.<sup>80</sup> נראה לי, שהדבר נובע, בין השאר, מחששות השופטים מפני יישום נרחב של מוסד התובענה הייצוגית הצרכנית. תשובה הולמת לחששות אלו חיונית להבטחת יישום סביר של מוסד התובענה הייצוגית.

הפרק הבא יבחן אם חששות אלו אמיתיים או מדומים.

### ה. חששות השופטים מפני אישור תובענות ייצוגיות – אמיתיים או מדומים?

החידוש בתובענות ייצוגיות הוא כפול. מוסד זה מאפשר לאדם להיות תובע בשם קבוצה גדולה של תובעים למרות שלא הוסמך לייצג את הקבוצה, והוא מאפשר לעורך דין לפעול בשם קבוצה, ללא ייפוי כוח מחברי הקבוצה. תובענה כזו עשויה להיות מוגשת בשם קבוצה גדולה של נפגעים, וכתוצאה מכך התובענות הן בסכומי כסף ניכרים. חידוש זה מעורר מספר חששות בספרות המשפטית<sup>81</sup>

79 שני הפרקים המהותיים של חוק הגנת הצרכן הם פרק ב' שכותרתו "הטעיה וניצול מצוקה" ופרק ג' שכותרתו "מכירות באשראי, מקדמות, רוכלות ומכירות מיוחדות". נושאים אלו מכסים חלק קטן בלבד מהקשיים בהם נתקלים הצרכנים בשוק. בסדרת מחקרים שנעשו על ידי תלמידי הסמינריון של "חוזים והגנת הצרכן" בביה"ס למשפטים של המכללה האקדמית נתניה בשנים 1997 ואילך, בבתי המשפט לתביעות קטנות במקומות שונים, התברר שרק כ-10% מהתובענות שהוגשו על ידי צרכנים התבססו על חוק הגנת הצרכן.

80 ראו באופן כללי, ס' דויטש, לעיל הערה 10, הערות 47 ו-54.

81 בארצות הברית יש ביקורת על ההליך של התובענה הייצוגית וחשש מפני ניצולו לרעה. ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 304 ושם בהערת שוליים 17. וראו גם "The Conference, Federalist Society: Civil Justice and the Litigation Process: Do the Merits and the Search for Truth Matter Anymore? Panel one: Class Action Litigation" 41 N.Y.L. Sch. L. Rev. (1997) 337-369. בפאנל השתתפו חמישה מרצים בכירים וידועים מהתקשורת, מבית המשפט, מהפרקטיקה, מהפרקליטות ומהאקדמיה. מעניין לציין כי נציג התקשורת והשופט

ובכתי המשפט.<sup>82</sup> לדעתי, חששות אלו, בהקשר של המשפט הישראלי<sup>83</sup> הם ברובם מדומים. חששות אלו מובילים לפרשנות שמרנית של החוקים הרלוונטיים ולדחיית רובן המכריע של תובענות ייצוגיות. לחששות השופטים נודעת השפעה על יישום ההלכות והדינים, וקיים פער ניכר בין השיח השיפוטי הליברלי בנושא לבין התוצאות השמרניות של רוב פסקי הדין בתחום הזה. חששות השופטים הם מופרזים וראוי להסביר מדוע אין לתת להם משקל רב מדי. החששות הם:

1. אישור התובענה הייצוגית מטיל נטל כבד על הנתבעת.<sup>84</sup>
2. החשש מפני תוצאות מכבידות בפסק הדין.
3. סכומי עתק של תובענות.
4. החשש שפירות ההצלחה לא יגיעו לחברי הקבוצה.
5. החשש מפני תשלום שכר טרחה מופרז לעורך הדין.

1. החשש הוא שאישור התובענה הייצוגית יטיל נטל כבד על הנתבעת<sup>85</sup> במקרים שהתובענה תידחה בסופו של הליך או שתוצאותיה יהיו צנועות ביותר. אם הנתבעת היא חברה הנסחרת בבורסה היא עשויה להיות חייבת לדווח על התביעה במסמכיה. כך יש לעשות בעת ביצוע הנפקה לציבור, שם קיימת חובה לפרסם תשקיף. בתשקיף יש סעיף

דיברו על הבעיות הכרוכות בהליך, בעיקר בהקשר של עוולות נזיקין המוניות ובעיקר על בעיית שכר הטרחה הגבוה של עורכי הדין. נציגת האקדמיה הציגה גישה נייטרלית למדי. ואילו נציגי הפרקטיקה והפרקליטות תמכו בהליך ודחו את הביקורת עליו. בכנס זה היתה השפעה מובהקת לתפקיד שמילאו המרצים על העמדות שביטאו.

82 בפסק הדין המנחה טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 26, בפסקה 8 של פסק דינו של הנשיא ברק, הוא מציין כמה מהחששות בנושא: "בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות... התובענה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה... תובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים מזיקות אף למשק בכללותו. כרוך בהם בזבוז משאבים". וראו גם: ס' גולדשטיין "תביעות ייצוג קבוצתיות – מה ועל שום מה?" משפטים ט (התשל"ט) 416, 428.

83 חלק משמעותי מהביקורת על תובענות ייצוגיות במשפט האמריקני מופנה לעוולות נזיקין המוניות. בתחום זה אין עדיין תובענות ייצוגיות בישראל. ראו, א' קלמנט, לעיל הערה 21, בע' 311 – 317.

84 חשש זה נוגע למקרים בהם אושרה התביעה כייצוגית אך תידחה לגופו של עניין, שאז עצם אישור התובענה יטיל נטל כבד ומיותר על הנתבעת. מצב זה אינו שכיח בישראל, שכן במרבית המקרים עצם אישור התביעה כייצוגית הוביל להסכם פשרה ובמקרים ספורים לפסק-דין לטובת התובע. מצב זה נובע מהזהירות הרבה של אישורי תובענות ייצוגיות בישראל. כאשר 90% מהתובענות נדחות בשלב האישור הרי שה-10% שאושרו הם מקרים יצוקים בסלע. אכן, לא פלא שרובם מסתיימים בפשרה או בפסק-דין לטובת התובע. גישתי היא, שיש מקום להקל יותר באישור תובענות ייצוגיות, גם במקרים שלא מובטח מראש שההליך יסתיים לטובת התובע. העובדה, שאחוז כה קטן של תובענות ייצוגיות מקבל אישור, היא שמבססת את החשש שעצם האישור עלול לפגוע בנתבעים.

85 ראו, ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 355 – 359.

העוסק בהליכים משפטיים כנגד החברה. אין חובה כזו לגבי דיווח שוטף.<sup>86</sup> חשש זה מביא לכך שבתי המשפט יבדקו בחומרה את סיכויי התביעה.<sup>87</sup> בדיקה מכבידה של סיכויי התביעה בשלב הבקשה לאישור עשויה, כשלעצמה, לגרום לכך שהתובענה לא תאושר.<sup>88</sup>

חשש זה הוא מופרז. אחוז התובענות המגיעות לכלל אישור הוא כ-16%.<sup>89</sup> מאחר ועד סוף שנת 2003 הוגשו 650 תובענות ייצוגיות<sup>90</sup> הרי שמדובר על אישור של יותר מ-90 תובענות ייצוגיות. לא שמענו שעסקים של חברה גדולה כלשהי נפגעו בשל אישור תובענה ייצוגית. מה עוד שהתוצאות המאכזבות של תובענות ייצוגיות בישראל מלמדת שהחששות מופרזים בעליל. כמובן שמסקנה זו היא פועל יוצא של ניסיון העבר ולא ניתן לנבא את העתיד.<sup>91</sup> אך נראה שגם אם יהיה גידול באחוז התובענות שאושרו, החשש מפני פגיעה קשה בחברות הנתבעות אינו גדול, וזאת בשל שינויים מהותיים בין הדין הישראלי לבין הדין האמריקני.<sup>92</sup>

86 שם, בע' 355 והערת שוליים 255.

87 שם, בע' 361 והערת שוליים 287.

88 שם, בע' 331 – 332 והערת שוליים 141 המפרטת מספר דוגמאות. בנושא זה לא יחול שינוי של ממש בתזכיר הצעת החוק החדש, שכן בסעיף 7(א) נדרשת הוכחת סיכויי התביעה על בסיס ראיות מהימנות לכאורה.

89 ראו להלן הערות 157 – 160.

90 ראו להלן הערות 147 – 148, 159 תובענות בשנים 1991 – 1999, וקרוב ל-500 תובענות בשנים 2000 – 2003.

91 ראו להלן פרק ז' שלמרות הרחבת העילות לתובענות ייצוגיות בתזכיר הצעת החוק החדשה עדיין יעמדו בפני התובע הייצוגי קשיים רבים לפני אישור תובענה ייצוגית.

92 השינויים בדין המהותי בארה"ב לעומת המצב בישראל מבטיחים שגם אם תאושרנה יותר תובענות ייצוגיות בישראל אין חשש שנגיע לתוצאות הרווחות בארה"ב. נציין מספר הבדלים מהותיים: 1. בארה"ב מחליטים המושבעים על גובה הפיצויים. נקבעים סכומים עד למיליארדי דולרים. בישראל ההחלטות נתונות בידי שופטים מקצועיים, והחשש לפסקי-דין כאלו הוא קטן ביותר. 2. בארה"ב מכירים בפיצויים עונשיים. במשפט הישראלי פיצויים עונשיים הם נדירים, ובכל מקרה הם בסכומים נמוכים ללא כל השוואה. בסעיף 564 להצעת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי מאפריל 2004 הוסמך בית המשפט לפסוק פיצויים מוגברים. הם מוגבלים בסעיף 564(ב) ל-100,000 ש"ח בלבד. 3. בארה"ב תובענות ייצוגיות הן לפי כל עילה. בישראל הן מוגבלות לעילות מסוימות וגם בתזכיר הצעת החוק הממשלתית מתוחמות תובענות ייצוגיות למספר מוגבל של עילות. 4. בארה"ב אין דרישה להוכחת סיכויי התביעה כתנאי לאישור תובענה ייצוגית, בארץ קיימת דרישה כזו. 5. בארה"ב חלק משמעותי מתביעות הייצוג עוסקות בעוולות נזיקין המוניות, בארץ תחום זה למעשה אינו קיים. 6. קיימים הבדלים משמעותיים בנושא שכר טרחת עורכי דין בגין תובענות ייצוגיות בין ישראל לארה"ב. בישראל שכר הטרחה הוא בסביבות 10%. בארה"ב הוא שלישי ואף יותר. לאור כל ההבחנות האלו אין לראות בספרות האמריקנית, המתנגדת לתביעות ייצוג, בסיס להשוואה למשפט הישראלי. אם בארה"ב החשש הוא לשימוש מופרז, אזי בישראל הבעיה היא הפוכה – שימוש מועט מדי, מהוסס מדי ומחמיר מדי.

2. החשש מפני תוצאות מכבדות בפסק הדין, גם הוא אינו צריך לשמש שיקול מכריע באישורה של תובענה ייצוגית. נדיר שתובענה ייצוגית תגיע לפסק-דין סופי. כך המצב בישראל,<sup>93</sup> וכך הוא גם במחוז אונטריו קנדה<sup>94</sup> ובארה"ב,<sup>95</sup> מולדת נושא התובענות הייצוגיות. תובענות ייצוגיות ראויות שאושרו מגיעות, בסופו של הליך, לפשרה. במסגרת הפשרה מחזירה הנתבעת לכל היותר את הרווחים הבלתי מוצדקים שהרוויחה ומפצה את הלקוחות בגין הנזק שגרמה להם. הסכם פשרה מבוסס על הסכמה הדדית. הסכומים עליהם מסכימים בסופו של הליך בתובענות ייצוגיות צרכניות הם כאלו שאינם פוגעים בחברה. כך, שגם חשש זה הוא מופרז. גם תשובה זו מבוססת על הניסיון שהצטבר בישראל בעשור האחרון, 1995 – 2004. אם לא יהיו פריצות משמעותיות בסכומי הפשרות שיושגו בישראל ולא יחקו בעניין זה את הפסיקה בארה"ב,<sup>96</sup> הרי שגם חשש זה מופרז בישראל.

3. הבעיה של נקיבת סכומי עתק בתובענות היא אכן מטרידה. בשנת 2002 הוגשו ונדונו עשר תובענות ייצוגיות בסכומים של 900 מיליון ש"ח ומעלה.<sup>97</sup> שנת 2002 היתה שנת השיא של הגשת תובענות ייצוגיות. הוגשו 143 תובענות ייצוגיות, רובן בסכומים

93 נדירים המקרים שתובענות ייצוגיות הסתיימו בפסק-דין. אחד המקרים הבודדים הוא ת"א (ת"א) 1341/00 מזל נ' דיסקברי סוכנות דוגמנות בינלאומית בע"מ, דינים מחוזי לג(1) 223. במקרה זה החברה הנתבעת אינה פעילה והנתבע ברח לחו"ל, כך שפסק הדין אינו ניתן לביצוע.

94 באונטריו קנדה, מחוז שבו אוכלוסייה גדולה מישראל הוגשו בין השנים 1990 ל-2000, 280 תביעות. רק בחמש תביעות שהגיעו עד לסיום זכו התובעים. מדובר, אפוא, בפחות מ-2% וזאת בשיטה שכמעט שליש מהתובענות שהגיעו לדיון אושרו. ראו – W. Branch, J. McMaster & J. Kleerfield "Class Action Settlements: Issues and Approaches" (May 2002 – Google).

95 ראו Newberg, לעיל הערה 54, ושם בפרק 11.01.

96 ראו א' קלמנט, לעיל הערה 21, ע' 310, דוגמאות לפסקי-דין בגובה של מליארדים בארה"ב שהביאו לפשיטות רגל של עשרות חברות.

97 מבוסס על – www.globes.co.il.

4115/02 ת"א	900,000,000.- ש"ח
1779/02 ת"א	967,000,000.- ש"ח
3. לביא נ' מגדל וכלל	1,000,000,000.- ש"ח
4. וסלי נ' סלקום	1,620,000,000.- ש"ח
5. ת"א 1134/01	2,400,000,000.- ש"ח
6. וסלי נ' פלאפון תקשורת	2,430,000,000.- ש"ח
7. בריקמן נ' מנהל מקרקעי ישראל	4,200,000,000.- ש"ח
8. ת"א 2738/99	15,631,847,713.- ש"ח
9. ת"א 2165/99	17,000,000,000.- ש"ח
10. ת"א 1361/90	60,000,000,000.- ש"ח

גבוהים. עשר תובענות ייצוגיות בסכומים של 900 מיליון ש"ח ומעלה אומרות דרשני. בשנת 2003 הוגשו רק שלוש תביעות בסכום של מעל מליארד ש"ח<sup>98</sup> וכן נדחו תביעות של מליארדים משנים קודמות. מאחר שהגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית אינה כרוכה בתשלום אגרה<sup>99</sup> הנגזרת מגובה התביעה הכוללת, אין כל קושי לנקוב בסכומי עתק. תביעות ענקיות אלו לא עברו עדיין את השלב של אישור התובענות. חלקן נדחה, חלקן נמחק וחלקן טרם נדון. האפשרות לנקוב בסכומי עתק, לא רק שאינה מועילה לתביעה, אלא ההיפך – היא מגדילה את הסיכוי לדחייתה או למחיקתה.<sup>100</sup>

הפשרות שאליהן מגיעים בסופו של הליך בתובענות ייצוגיות צרכניות בישראל הן בסכומים סבירים. הפשרות שאליהן הגיעו בסופו של הליך היו בסדר גודל של מיליונים<sup>101</sup> ולא בסדר גודל של מאות מיליונים. מכאן, שאין משמעות לסכומי הענק הנקובים בחלק מהתובענות,<sup>102</sup> ואין זו סיבה להימנע מאישור תובענות, שכן, בסופו של דבר, לאור ניסיון העבר, תושג פשרה סבירה.

4. החשש שפירות ההצלחה לא יגיעו לחברי הקבוצה, כולל שני חלקים: הראשון הוא, החשש שבמהלך הפשרה שתושג בסופו של ההליך ידאגו לאינטרסים של עורך הדין, התובע הייצוגי והנתבעת, יותר מאשר לאינטרסים של חברי הקבוצה, שקולם במקרים רבים לא נשמע, ושאינן הם שותפים ממשיים להליך. השני הוא, החשש שבשל הפיצוי האישי הנמוך לא תימצא דרך נאותה לחלוקת הפיצוי לחברי הקבוצה בעלות סבירה.

- 98 ת"א (ת"א) 2319/03 פופיק נ' סופרגו – מליארד ש"ח; ת"א (ת"א) 2235/03 רכס נ' רמדיה – מליארד ש"ח; ת"א (ת"א) 1619/03 זינגר נ' בזק – שניים וחצי מליארד ש"ח.
- 99 ראו לדוגמה, סעיף 135 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 146 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
- 100 ראו ת"א (ת"א) 2245/00 עמותת קו חם לצרכן ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 2002(1) 1085; רע"א 6567/97 בזק נ' עיזבון המנוח אליהו גת, פ"ד (2) 713. וראו דיון בס' דויטש "תובענות ייצוגיות – קשיים", לעיל הערה 10, בע' 356 – 359.
- 101 שתי דוגמאות: ת"א (ת"א) 1718/00 קרן נ' סלקום (לא פורסם). הפשרה הושגה ב-8.7.01 על סך של יותר מ-8 מיליון ש"ח; ת"א (ת"א) 2189/01 לוי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, דינים מחוזי לג(2) 202. הפשרה הושגה ב-17.3.02 על סך 5.5 מיליון ש"ח וכן פיצוי לתובע, שכר טרחה לעורך הדין ותרומה לאגודה למלחמה בסרטן. בשנים 2003, ו-2004 הושגו פשרות משמעותיות יותר. לדוגמה הפשרה שהושגה בת"א (ת"א) 382/96 לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, דינים מחוזי לג(5) 184, על סך 14,000,000 ש"ח (14.7.04).
- 102 ראוי לציין שבתזכיר הצעת החוק הממשלתית בנושא תובענות ייצוגיות מוצע בסעיף 22(ב)(3) ששכר טרחת עורכי הדין יושפע מהפער בין הסכום שנתבע לסכום שנפסק. מכאן, שגם עורך הדין יינזק מפער בלתי סביר בין התביעה לתוצאה הסופית.

לדעתי, אין לתת משקל רב מדי לחששות בדבר סבירות הפשרה בשלב אישור הבקשה. פשרה אינה מקבלת תוקף אלא באישור בית המשפט.<sup>103</sup> בשלב אישור הפשרה תפקידו של השופט לבחון אם הפשרה שהושגה אכן מהווה פשרה הוגנת והולמת לכלל חברי הקבוצה, או שמא יש כאן פשרה הפוגעת בקבוצה. כאשר הפשרה פוגעת בקבוצה תפקידו של בית המשפט הוא שלא לאשרה.<sup>104</sup> אך אין זו סיבה שלא לאשר מראש את התובענה הייצוגית. במקרה כזה, לא יקבלו חברי הקבוצה פיצוי כלשהו, שכן התובענה הייצוגית לא אושרה.

החלק השני, הוא החשש שמא פירות ההצלחה לא יגיעו לחברי הקבוצה מאחר שבשל הפיצוי הנמוך אין דרך סבירה לאתר את חברי הקבוצה וכן אין דרך סבירה לשלם להם את הפיצוי, בשל העלות הגבוהה של חלוקת הפיצויים הנמוכים. חשש זה השפיע בעבר על אי אישור תובענות ייצוגיות. הגיעה השעה למתן חשש זה ולהסביר שגם חשש זה הוא, במידה רבה, חשש מדומה. הגישה המסורתית של סוף שנות ה-90 היתה שכאשר היה ברור מראש שלא ניתן יהיה להעביר את פירות ההצלחה לחברי הקבוצה זו סיבה שלא לאשר את התובענה הייצוגית. יש לכך מספר דוגמאות.

בפסק הדין בעניין בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות<sup>105</sup> נטען, כי רשות הרכבות גבתה תשלום בגין כרטיס שמור בקו הרכבת חיפה-ת"א, גם במקרים שהמקום לא היה שמור. בבית המשפט המחוזי דחו את הבקשה לאישור, בין השאר, בטענה שאין דרך יעילה להחזרת התשלום העודף לנוסעים, שכן עלות ההחזר לכל נפגע תעלה על גובה הפיצוי. בערעור לבית המשפט העליון הגיעו הצדדים לפשרה מסוימת, אך היא לא היתה משמעותית מבחינה כספית.

בעניין אלרגנט נ' מפעל הפיס,<sup>106</sup> הוגשה תובענה ייצוגית בטענה שבוצעה הטעיה על ידי מפעל הפיס. בית המשפט קבע, בין השאר:

משאין סיכוי כי אכן פרי התובענה, אם תצליח, יגיע לראויים לסעד, אין מקום להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית.<sup>107</sup>

הסיבה לכך היתה הקושי לאתר את הזכאים להשבה, והעלות הבלתי סבירה של חלוקת הכספים.

103 לדוגמה, סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, או סעיף 74 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

104 ראו, ת"א (ת"א) 2560/01 בירנבוים ואח' נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.) בע"מ, תק-מח 5671 (1)2003, שם ביטלה השופטת דרורה פלפל פשרה שהושגה בתובענה ייצוגית. ביטול זה אושר בפסק דין של בית המשפט העליון ברע"א 4066/03 קלאב הוטלס ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', תק-על 1303 (1)2004.

105 המ' (חי') 28404/97, פ"מ תשנ"ח(1) 337.

106 ת"א (ת"א) 1586/00, תק-מח 5937 (3)2000.

107 שם, בפסקה 7.



אכן, קיימים מקרים בהם ההשבה לכל אחד מחברי הקבוצה היא לא מעשית או שהיא בלתי סבירה. אין זו, לדעתי, סיבה מספקת לדחיית התובענה הייצוגית, שכן המטרות העיקריות של תובענות ייצוגיות צרכניות הן להרתיע מפני הפרת חוק ולמנוע עשיית עושר על חשבון הציבור. מטרות אלו ניתן להשיג בחיוב הנתבעת לשלם למטרות ראויות גם כאשר הנפגעים אינם מקבלים פיצוי אישי. כמובן, יש צורך למצוא פרוצדורה שתאפשר לחייב את העוסקים בתשלום פיצוי, גם כאשר אין שיטה ראויה להחזרת הכסף לכל אחד מהנפגעים.

הפתרון שנמצא לקושי זה במשפט האמריקני הוא השיטה של "fluid recovery" שנקבעה בפסק-דין של בית המשפט העליון בקליפורניה *Daar v. Yellow Cab*.<sup>108</sup> בתובענה ייצוגית נקבע כי חברת מוניות גדולה בסן-פרנסיסקו גבתה תשלומי יתר מציבור הנוסעים. החברה חויבה בהשבה, אך לא נמצאה דרך יעילה להשבת הכסף לנוסעים, וזאת בשל הקושי לאתרם והעלויות הבלתי סבירות להשבת הכסף לנפגעים. בית המשפט פסק שיש להוזיל את המחיר לכלל הנוסעים במוניות של אותה חברה, למשך תקופת זמן מסוימת. שווי ההוזלה היה שווה ערך למחיר הנוסף שנגבה שלא כדין. ברור שהנוסעים שיקבלו את ההנחה אינם אלו שנגבה מהם תשלום עודף, בין השאר, מהסיבה שרוב הנוסעים במוניות היו תיירים מזדמנים. בכל זאת, נקבעה שיטה זו, שכן בית המשפט העדיף את השיקולים של הרתעת העוסקים והחזרת הרווח הבלתי הוגן, על פני המטרה של הפיצוי הריאלי של הנפגעים.

גישה זו אינה נקייה מספקות או מביקורת.<sup>109</sup> יחד עם זאת, היא חלק מדיני התובענות הייצוגיות בארה"ב והיא נקלטה גם במשפט הישראלי. במספר חוקים הדנים בתובענות ייצוגיות בישראל, הוסמך בית המשפט להורות על סעד "לטובת הציבור" כאשר פיצוי כספי לחברי הקבוצה –

אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת.<sup>110</sup>

הוראה זו, משום מה, אינה קיימת בחוק הגנת הצרכן. קיימת מחלוקת בין השופטים בשאלה אם ניתן להשתמש בהוראה זו גם בחוק הגנת הצרכן בדרך של היקש, השלמה או פירוש. בעבר היתה הנטייה שלא לאשר תובענה ייצוגית במקרים כאלו, אך נראה שמסתמן שינוי בסוגיה זו.

108 67 Cal. 2<sup>nd</sup> 695 (1967).

109 ראו לוטן ורוז תובענות ייצוגיות (התשנ"ו) 347 – 348, ביקורת על חידוש זה במשפט האמריקני.

110 ראו סעיף 16ט(2) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, סעיף 46ט(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, סעיף 62ט(2) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, והשוו גם עם סעיף 216(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

שינוי בנושא חל בפסק-דין תנובה נ' ראבי,<sup>111</sup> שם פסקה השופטת נאור כי גם בחוק הגנת הצרכן יש סמכות לבית המשפט להורות על חלוקת הכסף לטובת הציבור. אמנם, אין הוראה מפורשת בנושא בחוק הגנת הצרכן, בעוד שיש הוראות כאלו במספר חוקים אחרים, אך אין לראות בכך הסדר שלילי. ניתן להגיע לסעד זה מתוך השוואה לפסק-דין *Daar v. Yellow Cab*, וכן מכוח הסמכות הכללית של בתי המשפט הקבועה בסעיף 75 לחוק בתי המשפט.<sup>112</sup> אין לראות בהלכה זו תקדים מחייב, שכן השופט ש' לויין העדיף להשאיר שאלה זו בצריך עיון, שכן לדעתו בעיה זו אינה צריכה למנוע את אישור התובענה הייצוגית, ויהיה צורך לדון בה בהמשך הדיון בבית המשפט. יש לראות בפסק-דין זה פריצת דרך, אף שאין זו עדיין הלכה מוסכמת. בתזכיר הצעת החוק הממשלתית בנושא תובענות ייצוגיות<sup>113</sup> מקנים סמכות זו לבתי המשפט לגבי כל התובענות הייצוגיות.

הגישה החדשה באה לידי ביטוי גם בבית המשפט המחוזי בפסק הדין מפעל הפיס נ' מנלה,<sup>114</sup> שבו אישרו תובענה ייצוגיות כנגד מפעל הפיס בעילה של הטעיה צרכנית. ההטעיה היתה בכך שלא גילו לציבור שחברת הפיס המשיכה למכור כרטיסי חיש-גד גם לאחר שאחד הרוכשים זכה בפרס ראשון. אחד הטיעונים של מפעל הפיס היה שאין לאשר את התובענה מאחר שמרבית חברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי. בית המשפט קבע כי אין זו סיבה שלא לאשר את התובענה בשלב זה. אם התובענה תסתיים בזכיה, ניתן יהיה להעניק פיצוי קולקטיבי לכלל רוכשי הכרטיסים בעתיד.<sup>115</sup> שינוי מגמה זה יאפשר לאשר תובענות שבהן ברור מראש שקיים קושי ממשי לחלק את הפיצוי לחברי הקבוצה שנפגעו, אך עדיין יש לחייב את הנתבעת בפיצוי בגין הטעיית לקוחות.

5. החשש מפני תשלום שכר טרחה מופרז לעורך הדין. נראה לי שלשיקול זה, שלא צוין במפורש בפסקי הדין, יש משקל בחששות לאשר תובענות ייצוגיות. די אם נצטט מתוך פסק הדין המנחה בעניין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח'<sup>116</sup> את דברי הנשיא א' ברק כי:

בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות... התובענה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה.

111 ע"א 1338/97, תק-על 2003 (2) 1522.

112 והשוו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 334 והערות שוליים 201 – 202.

113 בסעיף 19(ו) בתזכיר הצעת החוק הממשלתית בנושא.

114 בש"א (ת"א) 14571/01, תק-מח 2002 (3) 6320. פסק הדין אושר ברע"א 10741/02 מפעל הפיס נ' מנלה, תק-על 2003 (1) 1610.

115 שם, בפסקה 8. וכך אמנם ארע בהסכם הפשרה אליו הגיעו ב-5.2.04. סוכם, בין השאר, על סדרה מיוחדת של כרטיסים מוזלים לרוכשים וכן התחייבות לגילוי מלא לרוכשי הכרטיסים בהחלטה מיום 11.2.04 נקבע שכ"ט של 600,000 ש"ח לעורך הדין ותגמול של 300,000 ש"ח לתובע הייצוגי.

116 רע"א 4556/94, פ"ד מט(5) 774, בפסקאות 8 ו-9.

גם אם אין מוזכר כאן במפורש נושא שכר הטרחה, הרי שאין ספק שבמילים "עלויות הכרוכות בניהול משפט", הכוונה היא, בראש ובראשונה, להוצאות שכר טרחת עורך הדין. לנושא זה חשיבות רבה, ויש לא מעט ביקורת על כך שבכתי המשפט פוסקים לעורכי דין שכר טרחה בסכומים נדיבים מדי.<sup>117</sup> הביקורת הזאת רווחת גם במשפט האמריקני<sup>118</sup> וגם במשפט הישראלי. פרופ' דניאל פרידמן מציין במפורש, כי התחושה הלא נוחה מהתוצאה בחלק מן המקרים נובעת לא רק מעצם פסיקת הסכום אלא גם מגובהו.<sup>119</sup> ביקורת זו מובאת במיוחד בהקשר של תובענה ייצוגית. פרופ' פרידמן מסיק מלשון החוק בנושא של תובענות ייצוגיות על כוונה להגביל את שכר טרחת עורך הדין, כפי שנקבע לדוגמה בסעיף 35 לחוק הגנת הצרכן:<sup>120</sup>

שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתובענה ייצוגית יהיה טעון אישורו של בית המשפט; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שאישר בית המשפט.

סבורני, כי דווקא אפשרות הפיקוח של בית המשפט על גובה שכר הטרחה שיקבל עורך הדין בתובענות ייצוגיות אמורה לשמש תשובה לחשש שהועלה. כאשר אין יחס ראוי בין המאמץ שהושקע והתוצאות שהושגו לבין שכר הטרחה שנקבע, יוכל בית המשפט להתערב.<sup>121</sup> לפיכך, אין זו סיבה שלא לאשר את התובענה הייצוגית. לדעתי, דווקא בנושא תביעות הייצוג קיימת תחושה שהשכר שמקבל עורך הדין בישראל בתובענות

117 ראו, ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (כרך א', מהדורה שנייה, התשנ"ח) 209 – 211, שם מביא פרופ' פרידמן מספר פסקי-דין, בהם פסקו בתי המשפט בהסתמך על ההסכם מאות אלפי דולר בגין עבודה שלא בוצעה או שלא הושלמה. לדעתו, אין מקום לפסיקה "נדיבה" בנסיבות של פסקי הדין שהובאו בספרו. ראו גם ד' פרידמן "שכר טרחה ראוי לעורך דין" המשפט ב (1994), בע' 105, 111 – 112 (1994).

118 ראו לדוגמה: "Lawyers and Involuntary Clients in Public Interest Litigation" Dawson 849 (1975) *Harv. L. Rev.* 88. וראו לעיל הערה 81, בפאנל שהתקיים בשנת 1997 הועלתה ביקורת רבה על גובה שכר טרחת עורכי הדין בתובענות ייצוגיות.

119 ד' פרידמן דיני עשיית עושר, לעיל הערה 117, בע' 198 – 200.  
120 יש שינויי נוסח לעניין סעיף זה בין החוקים השונים הדנים בתובענות ייצוגיות, אך ההבדלים אינם משמעותיים והמטרה היא דומה.

121 אמנם, אין הוראה מפורשת בעניין בחוק, אך נראה שאם בית המשפט הוסמך לאשר את סכום שכר הטרחה הוא יכול להתערב בעניין גם כאשר שכר הטרחה נקבע במסגרת פשרה. נושאים אלו הוסדרו במפורש בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות. סעיף 22(א) לתזכיר אוסר על עורך הדין לקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט ומסמיך את בית המשפט לקבוע את שכר הטרחה של עורך הדין שמייצג את התובע הייצוגי. קביעה זו תחייב על אף כל הסכם בין עורך הדין לבין התובע המייצג. בנוסף לכך קובע סעיף 18(ב) שבמקרה של הסכם ליישוב סכסוך (פשרה) בית המשפט הוא שייקבע את שכר טרחת עורך הדין. ההסדר לא יכלול שכר טרחת עורך-דין.

ייצוגיות בסופו של ההליך אינו מספיק.<sup>122</sup> לא תמיד מודע בית המשפט למאמצים הנמשכים על פני שנים רבות עד לאישור התובענה ולהשגת הפשרה הראויה בתובענה. לא פלא, אפוא, שבימים אלו מתברר ערעור<sup>123</sup> בבית המשפט העליון בשאלת גובה שכר הטרחה שאישר בית המשפט לעורך הדין בתובענה שהסתיימה בפשרה. נראה לי, כי דווקא בנושא של תובענות ייצוגיות, יש מקום לשכר טרחה נדיב יותר לעורך הדין בשל המאמץ הקשה שבהכנת תיק כראוי.<sup>124</sup> כמו כן, יש לתת משקל מסוים לעובדה שרק חלק קטן מהתיקים מגיעים לכלל פשרה, כאשר כל הוצאות המשפט והכנת התיק מוטלות על עורך הדין. סיכון זה, שנוטל על עצמו עורך הדין בתובענה ייצוגית, מן הראוי שיובא בחשבון. אין להתעלם גם מהחשש שאינטרס הציבור יפגע אם לא יינתן תיגמול הולם לעורך הדין המטפל בתובענה הייצוגית והמביא אותה לכלל גמר מוצלח. אם המסר שיגיע לעורכי הדין יהיה שאין תגמול ראוי למאמצים המושקעים בתיקי תובענות ייצוגיות, קיים חשש של ממש שעורכי הדין יפסיקו ליזום ולטפל בנושא זה.<sup>125</sup> שכר טרחה נמוך לעורכי הדין עלול לפגוע בקידום הליך זה, שחשיבותו למניעת הפרות חוק ולמניעת עשיית עושר ולא במשפט על חשבון הציבור, רבה יותר. במספר הסכמי פשרה שאושרו בשנים האחרונות בבתי המשפט<sup>126</sup> היתה נכונות לאשר תשלום הולם לעורכי הדין מתוך הכרה בתפקידם המרכזי בהשגת הסכם הפשרה ומתוך הבנה שלוליי המעורבות המשפטית שיזמו וניהלו עורכי הדין לא היה הנושא מגיע לתיקונו.

סיכומי של דבר, רוב החששות מפני אישור תובענות ייצוגיות צרכניות בישראל מוגזמים במידה רבה. ראוי היה שבתי המשפט יאמצו גישה ליברלית יותר לנושא על

122 ראו ע"א 8430/99 אנליסט אי.אם. אס ניהול נ' ערד השקעות ואח', פ"ד נו(2) 247, שם קבע בית המשפט 9% שכר טרחה מסכום הפשרה לפי מועד חתימת הפשרה. הערעור בנושא שכר הטרחה נדחה בבית המשפט העליון, בין השאר, מאחר שהסכום שנקבע אינו מבוטל.

123 בה"פ (ת"א) 485/03 עטר ואח' נ' נצבא – חברה להתנחלות בע"מ ואח', תק-מח 2004(1) 3612 נפסק לבאי-כוח התובעים שכר טרחה של 200,000 ש"ח בתוספת מע"מ. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון בע"א 2773/04 עטר נ' נצבא – חברה להתנחלות בע"מ ואח', תק-על 2004(2) 3161.

124 לדוגמה, בת"א (ת"א) 2189/01 לוי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, דינים-מח לג(2) 202 שהסתיים בפשרה ב-17.3.02 השתרעו מסמכי התביעה והנספחים על פני מאות עמודים, כולל חוות דעת של מומחים, ניתוחים כלכליים ועוד.

125 הכוונה אינה לשכר הטרחה המקובל במשפט האמריקני המגיע ל-33% מהתביעה ואף יותר. שם הביקורת היא דווקא על שכר הטרחה המופרז. נראה לי, שבעוד במשפט האמריקני יש הגזמה לצד אחד, המצב במשפט הישראלי הוא הגזמה לצד השני.

126 ראו לדוגמה ת"א (חי) 648/00, לעיל הערה 65, שם אישר בית המשפט שכר טרחה בגובה מיליון ורבע ש"ח בתוספת מע"מ, וכן ת"א (ת"א) 2512/99 מחשבה יעוץ וניהול בע"מ נ' גיא ייזום בע"מ (לא פורסם) (26.4.04) שם אישרה השופטת דרורה פלפל שכר טרחה של 180,000 ש"ח שהם כ-18% מסכום הפשרה מאחר שהוכח שאין הוא בא על חשבון המחזיקים במניות. פסק הדין המנחה בסוגיה הוא פסק דין אנליסט, שצוין לעיל בהערה 122.

מנת לתת לנושא זה סיכוי להגיע לרמת מיצוי סבירה. בפרק הבא נסקור בקצרה את מצב התובענות הייצוגיות בישראל ואת המסקנות שיש להסיק מכך לגבי העתיד.

## 1. קשיי קליטת מוסד התובענה הייצוגית בישראל

להיסטוריה של קליטת מוסד התובענה הייצוגית בישראל יש חשיבות, שכן ההיסטוריה החקיקתית<sup>127</sup> של קליטת נושא זה בישראל תשפוך אור על ההצעות לחוק חדש ועל הסיכוי ליישם מוסד זה לאחר שייחקק החוק החדש המוצע. הגישה הבסיסית של המשפט הישראלי היא הגישה האדברסרית. גישה זו רואה בהתדיינות במשפט האזרחי נושא לסכסוך בין הצדדים ואין מקום למי שאינו בעל עניין להתערב בסכסוך. מכל מקום, זו היתה הגישה בפסיקה בשנות ה-60 וה-70.<sup>128</sup> הניסיון לקלוט תובענות ייצוגיות בישראל על בסיס תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי נכשל בפסק דין פרנקישה.<sup>129</sup> ראוי לציין שבתקופה זו גם לא היתה חקיקה צרכנית משמעותית, כיוון שעיקר החקיקה הצרכנית נחקק בשנות ה-80 וה-90. בסוף שנות ה-70 פורסם מחקרו המקיף של פרופ' ס' גולדשטיין<sup>130</sup> בנושא, שבו הציע לאמץ ולפתח בישראל שיטה של תביעות ייצוגיות בהתאם למודל האמריקני של כלל 23 לכללי הפרוצדורה הפדרלית בארה"ב. הצעתו לא התקבלה בשל החשש<sup>131</sup> מפני הצפת בתי המשפט בתביעות ייצוגיות, דבר שיפגע בטיפול בתביעות רגילות.

127 לדין ראשוני בהיסטוריה החקיקתית של תובענות ייצוגיות ראו A. Zysblat "Consumer Class Actions in Israel – Some first Impressions" **Developments in European, Italian and Israeli Law** (A. M. Rabello, A. Zanotti – editors, 2001) 365-380 מבוסס על הרצאה שנתנה באוסטרליה בשנת 1998.

128 ראו ע"א 180/75 לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ, פ"ד ל(3) 225 – שם דחו את תביעת המערער כנגד הבנק בטענה שאין לו עניין ממשי בחברה ואין הוא יכול לעשות עצמו אפוטרופוס של בעלי המניות.

129 ע"א 86/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' בע"מ נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645. (להלן **Market and Co. v. Knight Steamship Co. Ltd.** שהסתמך על פסק דין [1910] 2 K. B. 1021).

130 ס' גולדשטיין פיתוח תביעות ייצוגיות כאמצעי להגנת הצרכן (ירושלים, 1978) עבור המועצה הישראלית לצרכנות. מאז פרסם פרופ' גולדשטיין מאמרים רבים בנושא. ראו: ס' גולדשטיין, 'עפרון' התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (התש"ס) 27, וראו שם בהערת שוליים 1 הפניה לשלושה מאמרים נוספים בנושא. מאז 1990 פרסם פרופ' גולדשטיין שני מאמרים נוספים בנושא, שלא כאן המקום לאזכרם. אין ספק שתרומתו לנושא היא ייחודית.

131 ראו A. Zysblat, לעיל הערה 127, בע' 368 – 369.

פריצת הדרך היתה בסוף שנות ה-80 בתיקון לחוק ניירות ערך.<sup>132</sup> נושא ניירות הערך נבחר כנושא הראשון של תובענות ייצוגיות מסיבות רבות: בניירות ערך קל יותר להגדיר את הקבוצה – בעלי המניות, הרשות לניירות ערך היתה מוכנה לסייע לתובעים, הערכת הנזק קלה יותר, ומעל לכל – הנושא מוגבל ומוגדר ולכן אין כל חשש להצפה של תביעות.

לאחר פריצת הדרך הראשונה נותרה עדיין בעינה ההתנגדות לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות כללי.<sup>133</sup> כפשרה הוחלט על הוספת פרק בנושא תובענות ייצוגיות בחוק הגנת הצרכן ב-1994,<sup>134</sup> ומאוחר יותר בחוקי הבנקאות והביטוח.<sup>135</sup>

ברור, אפוא, שההליך המקוטע, החלקי והבלתי רציף של חקיקת חוקי תובענות ייצוגיות בישראל, אינו מקרי. הדבר נעשה מתוך רצון לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בתחומים מוגדרים בלבד. לא היתה זו תקלה של המחוקק, אלא רצון ברור לאפשר תובענות רק בנושאים מוגבלים, בעילות מוגבלות ובסעדים מוגבלים. כפי שנראה בהמשך, כוונת המחוקק "הצליחה" מעל ומעבר, וקרוב ל-90% מהתובענות אף לא חלפו את השלב הראשון של אישור.

בתי המשפט המחוזיים שניסו לפרוץ מגבלות אלו, שכמעט לא איפשרו את מימוש ההליך, החלו להכיר יותר ויותר<sup>136</sup> בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כבסיס לתובענות ייצוגיות, וזאת למרות הלכת פרנקישה. אולם, נסיונות אלו נחסמו בפסק-דין א.ש.ת.<sup>137</sup> שצמצם מאוד את השימוש בתקנה 29 כבסיס לתובענות ייצוגיות.

ביישום ההליך של התובענה הייצוגית הצרכנית בישראל התגלו קשיים רבים. הבעיה הראשונה היתה, שברוב החוקים (למעשה בכלם, למעט הנושא של ניירות ערך), ניתן להגיש תובענה ייצוגית רק לפי העילות המנויות בחוק. התברר שהחוקים הצרכניים מוגבלים הן מבחינת העילות והן מבחינת הסעדים. העילות של חוק הגנת הצרכן עוסקות ברובן בפגמים בשלבי כריתת ההסכם ולא בתוכנו, בכיצועו או בהפרתו.

132 ראו חוק ניירות ערך (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 188, הוספת פרק טו לחוק בנושא תובענות ייצוגיות.

133 בשנת 1993 הוגשה הצעת חוק פרטית של ח"כ חיים אורון בנושא תובענות ייצוגיות. ראו ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 130, בע' 35.

134 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ס"ח 252. הוספת פרק וו לחוק בנושא תובענות ייצוגיות.

135 בנושא בנקאות ראו: חוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996, ס"ח 306, הוספת פרק ג' לחוק; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח (תיקון מס' 7), התשנ"ז-1997, ס"ח 212, הוסף פרק ה'.

136 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 311 – 314, 316 – 320, 323. מתוך הנתונים שהוצגו מתברר כי בשנים 1995 – 2000 הוגשו כ-40% מהתובענות על בסיס תקנה 29. בתחום זה הושגו יותר אישורי תובענות מאשר אלו שהסתמכו על חוק הגנת הצרכן (ראו טבלה – שם, בע' 316). עם השנים עלה וגדל אחוז התובענות הייצוגיות על בסיס תקנה 29, עד שהפכו לרוב התובענות הייצוגיות. ראו שם בע' 318 ו-323.

137 ראו לעיל הערה 5.

חוק הגנת הצרכן, למרות שמו הכולל, דן לפי הפרשנות המקובלת רק בתקלות טרום חוזיות, הטעיה צרכנית הוגבלה לשלב הטרם-חוזי.<sup>138</sup> תוצאה זו היא בעייתית לגבי "חוזי יחס" שהם חוזים צרכניים ארוכי טווח, כגון חוזי התקשרות עם בנקים, עם חברות תקשורת, חברות כבלים ועוד. אי קיום הבטחות מצד גופים מסחריים אלו במהלך החוזה, לפי הפרשנות המקובלת, אינה מוסדרת בחוקי הגנת הצרכן,<sup>139</sup> והתוצאה היא שבמקרים כאלו גם אם התבצעו הפרות המוניות לא ניתן להסתייע בכלי החשוב של תובענות ייצוגיות. שנית, הסעדים האזרחיים העיקריים הוגדרו בחוקים הרלוונטיים כעוולות נזיקיות.<sup>140</sup> הפרשנות שהתקבלה בפסיקה<sup>141</sup> היא, שכל דיני הנזיקין חלים על הסעדים הצרכניים האזרחיים. לפרשנות זו יש תוצאות מגבילות על האפשרות להגיש תובענה ייצוגית. לדוגמה, נדרש כי תוכח הסתמכות הצרכנים על המצג הכוזב שבפרסומת מטעה. דרישה כזו מגבילה מאוד את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית במקרים של פרסומת מטעה באמצעי תקשורת המוניים.<sup>142</sup>

הבעיה השנייה היתה הפרשנות המהוססת שניתנה להוראות המסדירות את נושא התובענות הייצוגיות.<sup>143</sup> הפרשנות שנקטה עוגנה בזהירות יתר, בדומה לפרשנות חוק החוזים האחידים בנוסחו המקורי משנת 1964.<sup>144</sup> מוסד התובענות הייצוגיות בישראל

138 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 348 – 354, וראו שם בע' 349 והערות שוליים 222 – 223 רשימות של פסקי דין התומכים בגישה זו, עליה מתחתי ביקורת בספרי על דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 12, בע' 398 – 404. וראו לדוגמה: ת"א 2474/02 תומר ואח' נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ ואח', דינים מחוזי לד(4) 447 (27.5.04). שם נקבע שהעילות של חוק הגנת הצרכן מוגבלות לשלב שיכלול העסקה ולא לשלב הביצוע. זו היתה הסיבה העיקרית לדחיית התובענה הייצוגית בתביעה זו מכוח חוק הגנת הצרכן, אף שבית המשפט קבע שהמעשים שעשו הנתבעים ראויים לגינוי.

139 לדוגמה, הוראות העיקריות של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, דומות להוראות העיקריות של חוק הגנת הצרכן. הן מתייחסות לשלב כריתת החוזה ולא לשלב ביצועו של החוזה.

140 ראו לדוגמה, את סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן, את סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ואת סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

141 ראו ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, לעיל הערה 67, וכן דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, לעיל הערה 67.

142 על גישה זו נמתחה ביקורת בס' דויטש, לעיל הערה 11. ראוי לציין שבשני פסקי הדין היה מיעוט משמעותי בקרב השופטים שסבר שאין לדרוש הסתמכות אישית על המצג הכוזב. בדיון הנוסף סברו כך שלושה משופטי ההרכב.

143 לדיון מקיף בביקורת על פרשנות בתי המשפט בנושא תובענות ייצוגיות צרכניות ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10.

144 הביקורת של האקדמיה המשפטית על יישום חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964, הובילה לחוק חדש. במקרה זה צוינה תרומתה של האקדמיה במבוא להצעת חוק החוזים האחידים. ראו הצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 30. בעקבות החוק החדש משנת 1982 ושינוי גישת

הוא יחסית חדש. בזמן שהתקבל בישראל היו רק מדינות בודדות בעולם שאימצו את ההליך של תובענות ייצוגיות. ניתן להבין שהיו חששות בזמן שמוסד זה נקלט בישראל. אולם, בזמן שחלף מאז, אומץ מוסד זה במדינות נוספות.<sup>145</sup> נצבר גם ניסיון המלמד כי החששות מפני תובענות ייצוגיות היו מוגזמים.<sup>146</sup> הגיעה השעה לתיקון יסודי בנושא זה בישראל.

סקירה קצרה של ההתדיינות בנושא התובענות הייצוגיות הצרכניות תוך השוואה למדינות אחרות עשויה לשמש קנה מידה למידת ההצלחה של מוסד זה בישראל ותצביע על הצורך בתיקונים משמעותיים בתחום זה.

מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בשנות ה-2000 היה משמעותי. אם בשנות ה-90 הוגשו מדי שנה עשרות בודדות של תובענות ייצוגיות,<sup>147</sup> הרי שבשנים 2000 – 2003 הוגשו מדי שנה למעלה מ-100 תובענות ייצוגיות.<sup>148</sup> החששות שהועלו בעבר בדבר האפשרות, שלמרות ההכרה במוסד התובענות הייצוגיות לא יוגשו תובענות ייצוגיות,<sup>149</sup> התבררו.<sup>150</sup>

ניתוח התובענות הייצוגיות שהוגשו בישראל בשנים 1995 – 2003 מציג שתי שאלות כמותיות. הראשונה, האם מספר התובענות הייצוגיות שהוגשו הוא סביר, לעומת המקובל בארצות אחרות? והשנייה, האם התוצאות שהושגו בתובענות ייצוגיות בישראל הן תוצאות סבירות? לא ניתן להציג ערכים מוחלטים כתשובה לשאלה זו. השוואה עם ארה"ב היא בעייתית בשל פערי הגודל ובשל כך שהמוסד קיים שם מאז שנת 1938 והוא חלק אינטגרלי מהמשפט האמריקני שנים רבות. לכן נערכה השוואה עם מדינות בסדר גודל דומה לישראל.

בתי המשפט הפך החוק לבן בית בפסיקת בתי המשפט. יש כיום מאות פסקי-דין הדנים בחוק. הטענה בדבר תנאי מקפח בחוזה אחיד מתקבלת כמו כל טענה משפטית אחרת.

145 ראו S. Deutch, לעיל הערה 27.

146 ראו לעיל פרק ד'.

147 הנתונים מתבססים על נתוני הנהלת בתי המשפט ודו"חותיה. בשנים 1991 – 1999 הוגשו 159 תובענות. ממוצע של כ-16 תובענות בשנה. היו עליות וירידות, אולם באופן כללי החל מאמצע שנות ה-90 הוגשו כ-25 תובענות ייצוגיות בשנה, בעיקר בנושאי ניירות ערך, הגנת הצרכן ומכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.

148 בשנת 2000 הוגשו 121 תביעות; בשנת 2001 – 125 תביעות; בשנת 2002 – 141 תביעות ובשנת 2003 – 104 תביעות. כל אלו תביעות שהוגשו בבתי משפט מחוזיים. ראוי לציין, כי בשנים קודמות כמעט שלא הוגשו תובענות ייצוגיות בבתי משפט השלום. בשנת 2003 הוגשו 24 תובענות ייצוגיות לבתי משפט השלום. מבדיקה בשטח שערכתי מתברר שכתריסר מהן הוגשו על ידי עורך-דין יחיד. התוצאות שהושגו בתביעות אלו היו זניחות למדי.

149 ראו S. Goldstein "Class Actions in Israel" *Israeli Reports to the XIII International Congress of Comparative Law* (1990) 45, 69.

150 ראו ס' גולדשטיין, לעיל הערה 130, עלי משפט א, בע' 45 – 48. מעניין לראות את הנימוקים שהובאו שם.



השוואה עם מחוז אונטריו בקנדה שאוכלוסייתו גדולה מישראל, עשויה להיות השוואה ראויה. בשנות ה-90 הוגשו באונטריו כ-12 עד 13 תובענות ייצוגיות בשנה<sup>151</sup> ובשנים 1990 עד 2002 הוגשו 280 תובענות ייצוגיות, שהן יותר מ-20 תובענות מדי שנה.<sup>152</sup> במחוז בריטיש קולומביה שהוא קטן באוכלוסייתו מישראל הוגשו בשנים 1995 – 2000, 108 תובענות ייצוגיות,<sup>153</sup> שהן כ-15 לשנה. מבחינה מספרית, אפוא, כמות התובענות הייצוגיות המוגשות כל שנה בישראל גדול במידה ניכרת מהתובענות המוגשות במחוזות שונים של קנדה, אף ששם התובענה הייצוגית היא כללית ואינה מוגבלת לנושאים מיוחדים.

יש פערים של ממש באחוזי האישור של תובענות ייצוגיות שהוגשו ובפשרות שהושגו בקנדה מול ישראל. באונטריו, לדוגמה, מתוך 280 תובענות שהוגשו במשך 12 שנים, 94 הגיעו לשלב של אישור.<sup>154</sup> מתוכן 70 אושרו, שהן רבע מכלל התובענות שהוגשו. בהנחה שחלק מתוך התובענות שטרם הגיעו לדיון יאושרו גם הן, הרי שאחוז התובענות הייצוגיות שאושרו בקנדה גדול לאין שיעור לעומת המקובל בישראל. מתוך 70 תובענות שאושרו בקנדה, ב-30 מקרים הגיעו הצדדים לפשרה, שגם זה אחוז גבוה באופן משמעותי מהמקובל בישראל, ואף היו 9 מקרים בהם המשפט התנהל עד הסוף, וב-5 זכו התובעים.<sup>155</sup> הנתונים במחוזות אחרים בקנדה דומים למדי.<sup>156</sup>

השוואת נתונים אלו עם תוצאותיהן של התובענות הייצוגיות בישראל מביא למסקנות עגומות למדי. סטטיסטיקה של פסקי דין והחלטות שהושגו עד סוף שנת 2001 בתובענות ייצוגיות שהוגשו בשנים 1995 – 2000 מלמדת, כי אושרו 25% מהתובענות בנושאי ניירות ערך, 18% על בסיס תקנה 29 ו-8.5% על בסיס חוק הגנת הצרכן. בסך הכול הממוצע של האישורים עומד על 16% (34 תובענות מתוך 215 שאותרו).<sup>157</sup> אין

151 ראו A. Zysblat לעיל הערה 127, בע' 375.

152 מאמר חשוב המסכם את נושא התובענות הייצוגיות בקנדה הוא מאמרם של W.K. Branch, J. MacMaster & J. Kleenfield "Class Action Settlements: Issues and Approches" (publish in Google) p.6 (Vancouver British Columbia, May 2002); נוסח מקיף יותר מופיע ב-W. K. Branch **Class Actions in Canada** (Loosleaf) (Aurora: Canada Law-Book, 2001) para. 4, 1970.

153 ראו, לעיל הערה 152, "Class Action Settlements", בע' 5.

154 ראו, לעיל הערה 152, "Class Action Settlements", בע' 6 וראו גם: Class Actions in "Canada" para. 4, 1960.

155 שם (תובענות ייצוגיות מוכרות בקנדה גם במחוזות קוויבק, ססקצ'ואן, וניופנלנד ולברדור).  
156 לדוגמה, במחוז בריטיש קולומביה הגיעו 39 מקרים לשלב האישור מתוך 108 תובענות ייצוגיות שהוגשו. ב-19 מקרים לא היתה התנגדות לאישור. ב-20 מקרים בהם היתה התנגדות אושרו 9 ו-11 לא אושרו. ב-15 מקרים הגיעו לפשרה. אף תובענה ייצוגית לא נוהלה עד לפסק דין סופי. בסך הכול, מסקנות דומות למדי לאלו של מחוז אונטריו. הנתונים על פי המקורות לעיל בהערת שוליים 152.

157 נתונים אלו וניתוח שלהם מבוססים על הטבלה שפורסמה בס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 316.

להתעלם מהעובדה שחלק ניכר מהתובענות שאושרו בבתי המשפט המחוזיים היו על בסיס תקנה 29, לגביה נפסק בפרשת א.ש.ת. שאין היא בסיס ראוי, בדרך כלל, לתובענה ייצוגית, כך שהאחוז הריאלי של אישורים נמוך בהרבה.

אחוז הפשרות שהושגו נמוך עוד יותר ועומד על אחוזים בודדים בלבד.<sup>158</sup> הנתונים בשנת 2002 טובים במעט<sup>159</sup> והנתונים בשנת 2003 דומים לאלו של שנת 2002.<sup>160</sup> אין כמעט פסקי-דין סופיים לטובת התובעים.<sup>161</sup> בסך הכול תוצאות עגומות למדי. חשוב לציין, עם זאת, שלמרות שיעורי ההצלחה הנמוכים בתובענות ייצוגיות לא ירד מספרן באופן משמעותי.<sup>162</sup> עורכי-דין אינם נמנעים מהגשת תובענות ייצוגיות למרות הסיכון הכרוך בכך. השוואה זו בין ישראל למספר מחוזות בקנדה מובילה לשתי מסקנות: האחת, שבקנדה מוגשות הרבה פחות תובענות ייצוגיות מאשר בישראל, וזאת למרות שההוראות בנושא תובענות ייצוגיות הן כלליות ואינן מוגבלות לנושאים מיוחדים. השנייה, שאחוז ההצלחות בקנדה באישור התובענות, בפשרות המוגשות בין הצדדים ובפסקי-דין סופיים, גדול בהרבה מהמצב בישראל.

הפער בין הכמות הגדולה של תובענות ייצוגיות המוגשות בישראל מול המספר הקטן של התובענות שהצליחו לצלוח את שלב האישור ולהגיע לפשרה סבירה מעיד על שתי בעיות. האחת, שהחקיקה בנושא ופרשנות בתי המשפט לחוקים הרלוונטיים הם בעייתיים, דבר הדורש תיקון. השנייה, שיש יד קלה של עורכי-דין בהגשת תובענות ייצוגיות ללא בדיקה מספקת וללא הכנה מספקת. בשנים האחרונות היתה לי הזדמנות לקרוא בעיון מספר תובענות ייצוגיות שהוגשו. חלקן הוכן כהלכה,<sup>163</sup> אך היו גם

158 שם, וראו שם בע' 319.

159 אחוז התובענות שאושרו דומה לאלו של שנים קודמות (כ-16%), יש אמנם עלייה במספר הפשרות, אולם רק בודדות מהן היו פשרות משמעותיות. ראו שם, בע' 323.

160 בשנת 2003 עלה אחוז האישורים ל-18% ואחוז הפשרות ל-6%. וזאת, על בסיס מסד נתונים של 86 תובענות שנדונו בשנת 2003. מקרים אלו אותרו באמצעים מורכבים שלא כאן המקום לפרטם. בשנת 2004 הושגו מספר פשרות משמעותיות. האחוז הוא עדיין נמוך, אך נראה שיש התקדמות בנושא. ראויה לציין היא הפשרה שהוגשה בת"א (ת"א) 382/96 לנגברט נ' מדינת ישראל-מנהל מקרקעי ישראל, דינים מחוזי לג(5) 184, על סך 14,000,000 ש"ח (14.7.04).

161 יוצא מהכלל אחד הוא ת"א (ת"א) 1341/00 מזל נ' דיסקברי סוכנות דוגמות בינלאומית בע"מ, דינים מחוזי לג(1) 223.

162 אפילו לאחר פסק דין א.ש.ת., לעיל הערה 5, המשיכו להגיש תביעות ייצוג רבות. בשנת 2003 הוגשו יותר ממאה תובענות ייצוגיות לבתי המשפט המחוזיים בישראל. ראו לעיל הערה 148. בשנת 2004 היתה ירידה קלה ומספר התובענות הייצוגיות שהוגשו היה כ-80.

163 דוגמה לתיק שהוכן כהלכה והסתיים בפשרה סבירה הוא ת"א (ת"א) 2189/01 לוי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, דינים מחוזי, לג(2) 202. התביעה הוגשה ב-2001 והפשרה הושגה ב-17.3.02. ראוי להשוות זאת עם המקרים שיפורטו להלן בטקסט ליד הערות 167 – 176, שם נמשכים התיקים במשך שנים בלי להגיע לכלל סיכום חיובי. הפשרה כללה החזרת זמן אוויר ללקוחות בשווי של 5.5 מיליון ש"ח, שכ"ט עו"ד 480,000 ש"ח, 200,000 ש"ח לתובע הייצוגי, \$20,000 לכיסוי חוות

תובענות שלא הוקדש להן המאמץ הראוי לפני הגשתן, לא פלא שנדחו כבר בשלב האישור.

הבהילות שבהגשת תובענות נובעת, בין השאר, מהחשש של בא כוח התובע שמא יקדימו אחר. חשש זה אינו סיבה מספקת להגשת תובענה ייצוגית שלא הוכנה באופן מלא, כיוון שגישת הפסיקה היא שכאשר יש תחרות בין שתי תובענות ייצוגיות מוסמך בית המשפט לבחור את זו שהוכנה טוב יותר ושסיכוייה טובים יותר.

בבש"א (ת"א) 16458138/99 הוגשה תובענה ייצוגית בנושא כספי הפנסיה הגרמנית. בסיס התביעה היה שבמקום להעביר את הכסף לזכאים, הועברו רוב הכספים לעורך הדין שמימן את תשלומי הפנסיה. הוגשו בנושא שתי תובענות ייצוגיות. האחת של זלצר ב-26.9.99 והשנייה של רוזנפלד ב-6.1.00, משא ומתן לאיחוד התובענות נכשל. השופטת חיות העדיפה מסיבות ענייניות את התובענה המאוחרת על פני זאת שהוגשה ראשונה. בין השאר הסתמכה השופטת על פסק דין שמש נ' רייכרט,<sup>165</sup> שם הדגיש הנשיא ברק כי זריזותו של תובע בהגשת תובענה ייצוגית לא תשמש כשיקול המכריע את הכף. על בית המשפט לשקול שיקולי מהות. הציבור זכאי לייצוג הולם על ידי פרקליט הבקיא בדין ובעובדות. זו גם עמדת המשפט האמריקני. בית המשפט קבע שהעדפת זריזות יתר עלולה להביא לכך שבית המשפט יפסיד את בחירת התובע הייצוגי הטוב יותר. במקרה זלצר יוצגו שני המבקשים על ידי משרדים מנוסים. אלא שהשוואת כתבי הטענות לימדה על היתרון שבכתב הטענות של רוזנפלד. ייתכן כי דווקא האיחוד הוא שהביא לכתב טענות משופר.<sup>166</sup> עדיף אפוא להקדיש את הזמן הנדרש להכנת תובענה ייצוגית מבוססת ומשכנעת על פני הגשת תובענה חפוזת.

בעיה שנייה בהתנהלות של תובענות ייצוגיות היא הזמן הממושך שאורכים הדיונים עד לאישור והקושי להגיע לפשרה מוסכמת. גם בתיק טוב יש למצוא את הדרך להגיע לפשרה סבירה, ולא למשוך תיק על פני שנים. מספר מקרים ידגימו את משך הזמן הארוך של ההתדיינות (נכון למועד כתיבת המאמר, ללא תוצאות).

בפרשת זילברשלג נ' אל-על<sup>167</sup> הוגשה התביעה ב-1997. מאז התקיימו 11 הליכים שונים בבתי משפט מחוזיים ובבית המשפט העליון שפורסמו.<sup>168</sup> התובענה אושרה

הדעת הכלכלית ותרומה של 420,000 ₪ לאגודה למלחמה בסרטן, כפיצוי לחברי הקבוצה שפרשו בינתיים מחברת פלאפון. כתב התביעה והאסמכתאות שצורפו אליו, כולל חוות דעת כלכליות, כללו מאות עמודים. העבודה שהושקעה בתיק על ידי עורך-דין צעיר השתרעה על פני שנה. העבודה שהושקעה בתיק הובילה לפשרה סבירה. תביעה המוגשת בקלות קיים סיכון גם שתדחה בקלות.

164 זלצר נ' הארגון למימוש האמנה לבטחון סוציאלי ואח', תק-מח 2002 (2) 2070.

165 רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט ואח', פ"ד נה(5) 276.

166 ראו גם בבש"א (ת"א) 14936/02 עציון דניאל נ' הרשקוביץ ואח', תק-מח 2002 (3) 10994.

167 ת"א (נצ') 744/97 זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר בע"מ, תק-מח 98 (2) 2851.

168 בתקליטור הפסיקה של "תקדין".

כתובענה ייצוגית ב-1999<sup>169</sup> ושנית בשנת 2002,<sup>170</sup> אך טרם אושרה כתובענה ייצוגית בבית המשפט העליון, שבע שנים לאחר שהוגשה. בפרשת ראבי נ' תנובה<sup>171</sup> הוגשה תביעה לפיצויים בגין הוספת סיליקון לחלב העמיד של תנובה בתקופה שבין סוף 1993 לספטמבר 1995. רק לאחר סערה ציבורית הודתה תנובה בעובדות. הוגשה תביעה פלילית כנגד תנובה והוטל עליה הקנס המקסימלי בגין אותה עבירה, בסך 28,000 ₪. התובענה הייצוגית הוגשה כבר בסוף 1995 ואושרה כתובענה ייצוגית בבית המשפט המחוזי בשנת 1996. בשנת 1999 הצטרפה המועצה הישראלית לצרכנות כצד לתובענה.<sup>172</sup> הערעור על האישור הוגש לבית המשפט העליון כבר ב-1997. רק בשנת 2003 אושרה התובענה כתובענה ייצוגית בבית המשפט העליון.<sup>173</sup> גם במקרה של הוספת חומר שאינו למאכל ובניגוד לתקן לחלב, הוספה של סיליקון, התקשו שלושת שופטי העליון לאשר את התובענה פה אחד. השופטת נאור חידשה הלכה, שלפיה ניתן לאשר פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הצרכן גם כאשר קשה להוכיח נזק.<sup>174</sup> לעומתה סברה השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט שיש לדחות את התובענה. גם אם יינתן פסק-דין סופי לטובת התובע וקבוצת התובעים, תיוותר הבעיה כיצד להעביר את הפיצוי למשתמשים בחלב. השופטת נאור הציעה פתרון<sup>175</sup> והשופט ש' לוי העדיף להשאיר שאלה זו בצריך עיון. חלפה יותר משנה מאז שהתובענה אושרה סופית ועדיין אין פסק דין סופי או פשרה בנושא. הדבר מצביע, לכאורה, על קושי ביכולת הצדדים להגיע לפשרה. מקרים אלו ואחרים<sup>176</sup> דוגמתם מצביעים על העדר נכונות מספקת של הצדדים להגיע לסיום ההתדיינות בדרך של פשרה, וגם על קשייה של המערכת המשפטית להביא לקיצור משך ההתדיינות ולהבאת הסכסוך לכלל גמר.

מקרים אלו מצביעים על כך שהקשיים בסיום תיקי תובענות ייצוגיות נובעים לא רק מהבעייתיות של נוסח החוקים הרלוונטיים ושל הפרשנות המצמצמת של בתי המשפט, אלא גם מחפזונם של עורכי הדין בהגשת תובענות ייצוגיות ומהקושי שלהם להביא את הסכסוך לכלל פתרון מתקבל על הדעת.

169 ת"א (נצ') 785/98 זילברשלג נ' אל-על נתיבי אוויר בע"מ, תק-מח 99(3) 1521.

170 בש"א (נצ') 1440/99 זילברשלג נ' אל-על נתיבי אוויר בע"מ, תק-מח 2002(2) 1828.

171 ת"א (ת"א) 1372/95 ראבי ואח' נ' תנובה מרכז שיתופי לשוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, תק-מח 2004(3) 150.

172 ת"א (ת"א) 1388/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' ראבי תופיק, תק-על 99(3) 302.

173 ע"א 1388/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' ראבי תופיק, תק-על 2003(2) 1522.

174 ראו שם, פסקה 10 בפסק דינה של השופטת נאור בהסתמך על ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526.

175 שם, פסקאות 16 – 20 בפסק דינה של השופטת נאור.

176 לדוגמה, בת"א (ת"א) 1566/99 אחרק נ' החברה האמריקאית, תקדין 2000(2) 14639, הוגשה בשנת 1999 תובענה ייצוגית כנגד חברות הגז בגין גביית הכספים לבדיקת בטיחות מכלי הגז. בדיקות שלא בוצעו. התובענה אושרה כייצוגית עוד בשנת 2000. מאז, היו מספר הליכים, כולל בבית המשפט העליון, אך למרות הזמן שחלף לא הגיעו הצדדים לפשרה.

למרות האמור לעיל, הקושי הגדול ביותר בתחום התובענות הייצוגיות בישראל הוא האחוז הנמוך של אישור תובענות אלו בבית המשפט והאחוז הזעום של פשרות משמעותיות. המשך המגמה של דחיית 90% ויותר<sup>177</sup> של התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל, עלול להביא נושא זה לכלל משבר ולהחלטה של עורכי הדין שאין טעם להמשיך ולהגיש תובענות ייצוגיות, וזאת, גם במקרים שראוי שתוגשנה תובענות כאלו. למעשה, עורכי הדין מממנים את העלויות הכרוכות בהגשת תובענה ייצוגית כאשר שכר טרחתם מבוסס על אחוזים מההצלחה בתיק, וזאת, באישור בית המשפט.<sup>178</sup> אם יתברר שלמרות השנים שחלפו והניסיון שהצטבר הסיכויים לאישור התובענה ולפשרה סבירה נשארים נמוכים ביותר,<sup>179</sup> הרי שבשלב מסוים ירימו עורכי הדין ידיים ותהיה נפילה דרסטית במספר התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל מדי שנה.

יחד עם זאת, אין להתעלם מקיומם של שיקולים אחרים העשויים להמשיך ולהמריץ עורכי דין ליזום ולהגיש תובענות ייצוגיות בישראל. בהרצאה שניתנה בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת במאי 2003, במושב בנושא תובענות ייצוגיות, ציין עו"ד יעקב סבו, המתמחה בתובענות ייצוגיות, כי יש סיבות רבות לכך שעורכי דין מגישים תובענות ייצוגיות והשיקול הכספי אינו בהכרח השיקול המוביל. בין השאר צוינו הנימוקים הבאים: תחום מאתגר מבחינה מקצועית, תחום המאפשר ביטוי לחשיבה משפטית מקורית, יצירתיות ופריצת דרך, התמודדות מול עורכי דין אחרים ב"ליגת על", יוקרה, פרסום, תרומה לחברה, מודעות חברתית וצרכנית ורק בסופו של דבר, הסיכוי לשכר טרחה משמעותי. למרות הטיעונים המשכנעים, אם אחוז התובענות שיאושרו ישאר נמוך ואחוז התיקים שיסתיימו בפשרה משמעותית ישאר זעום, הרי שקיים חשש ממשי שמוסד התובענות הייצוגיות, שהוא רק בתחילת דרכו בישראל, ייפגע קשות.

התפתחויות הנוטות תקווה לנושא זה הן הסיכוי לקבלת עמדת המיעוט בפרשת א.ש.ת. במסגרת הדיון הנוסף בה<sup>180</sup> והסיכוי לחקיקת חוק כללי בנושא. ההחלטה בעניין א.ש.ת. ניתנה ברוב של שלושה שופטים נגד שניים ואם לא יאושר בהקדם חוק מקיף בנושא תובענות ייצוגיות קיים סיכוי שהחלטת בית המשפט העליון תישקל מחדש בדיון

177 אמנם בעמודים קודמים התייחסתי לאישור של 16% מהתובענות, לעיל הערה 157, ואחוזים דומים לגבי השנים 2002 ו-2003, לעיל הערות 159 – 160. אולם שם התייחסתי לאישורים בבית המשפט המחוזי. בלא מעט מקרים האישור מתבטל בבית המשפט העליון. ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 319 והערה 77. כמו כן יש לנטרל כמעט את כל התובענות הייצוגיות שאושרו מכוח תקנה 29 לאור הלכת א.ש.ת. שקבעה שתקנה זו אינה בסיס ראוי, בדרך כלל, לתובענות ייצוגיות. יש לנטרל את כל התובענות שאושרו בבתי המשפט המחוזיים אולם האישור בוטל בעליון. הדוגמאות הן רבות, ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 319 ושם בהערת שוליים 77.

178 ראו לעיל טקסט ליד הערות 116 – 126.

179 יחד עם זאת, חל שיפור קל בהשגת פשרות בתובענות ייצוגיות בשנים 2003 – 2004. ראו לעיל הערות 159 – 160.

180 ראו לעיל הערה 7.

נוסף. סגירת המסלול של תקנה 29 בפרשת א.ש.ת. כשלעצמה חסמה קרוב ל-50 מהתובענות הייצוגיות, ויש צורך חיוני בחוק כללי בנושא. קיימות ציפיות לחקיקת חוק כללי יותר בנושא תובענות ייצוגיות ואכן במארכ 2005 הוגש בנושא תזכיר הצעת תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, שידון בקצרה להלן, במסגרת הפרק האחרון של מאמר זה.

## ז. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 – עיון ראשוני

תזכיר חוק תובענות ייצוגיות שהוכן על ידי משרד המשפטים ופורסם ב-23 במארכ 2005, כולל מספר חידושים חשובים. החשוב שבהם הוא שבמקום שמונה חוקים שונים המסדירים אותו נושא, אשר כוללים הבדלים שונים<sup>181</sup> שאינם חיוניים ואינם נחוצים, יחוקק חוק אחד כללי שיסדיר את הנושא. לפי המוצע בתזכיר, יבוטלו ההוראות הנפרדות בנושא תובענות ייצוגיות בשמונת החוקים הקיימים.<sup>182</sup> תזכיר חוק אינו מסמך מחייב.<sup>183</sup> זו טיוטה מתקדמת יותר של הצעה שהוכנה על ידי משרד המשפטים לשם קבלת תגובות מציבור המשפטנים ולפני ניסוח הצעת חוק ממשלתית, לגביה יש נוהל ברור של הכנה ופרסום. תזכיר חוק הוא מסמך מתקדם יותר מהטיטות הפנימיות שהוכנו על ידי משרד המשפטים בשנים 2003 ו-2004 שגם הן הופצו לגורמים שונים לשם קבלת הערות. סביר להניח שיהיה קשר הדוק בין התזכיר לבין הצעת החוק, אף כי ייתכן שעדיין יהיו בהצעה שינויים משמעותיים. התזכיר כולל 36 סעיפים, שתי תוספות, דברי מבוא ודברי הסבר, המפורטים על פני 45 עמודים המודפסים בצפיפות. למטרות מאמר זה אציג בקצרה את חידושי העיקריים של תזכיר החוק וכן תוצג ביקורת על התזכיר. ביקורת זו עשויה לסייע בשיפור ההצעה בשלב המעבר מתזכיר חוק להצעת חוק. תחילה אציג כמה מעיקרי תזכיר החוק.

181 לדוגמה, בחלק מהחוקים הדנים בתובענות ייצוגיות קיימת דרישה לתום לב, כגון בחוק הגנת הצרכן, בחוק החברות ובחוקים נוספים. דרישה זו אינה קיימת בחוקים אחרים, כגון חוק הבנקאות וחוק ההגבלים העסקיים. אין כל הצדקה להבחנה זו. בחלק מהחוקים נדרש התובע להוכיח את סיכויי ההצלחה של התובענה הייצוגית, כגון בחוק ההגבלים העסקיים ובחוק הבנקאות. בחוקים אחרים, כגון חוק הגנת הצרכן וחוק החברות, דרישה זו אינה מופיעה. גם כאן ההבחנה אינה ברורה. ברוב החוקים מוגבלת התובענה לעילותיו של החוק בלבד, אולם בתובענה בזיקה לניירות ערך אין הגבלה לעילות של חוק החברות בלבד. הבדלים אלו נובעים מחקיקה לא רצופה במשך שנים ללא מסגרת ברורה.

182 סעיפים 28 – 35 בתזכיר.

183 המונח "תזכיר חוק" מופיע ביותר מ-20 פסקי דין. לענייננו ראו את ע"א 1186/93 מדינת ישראל נ. בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד מח(5) 353. השופט חשין (שם, בפסקה 18) קובע כי תזכיר הצעת חוק אינו אלא חוות דעת של משפטן, בכיר ככל שיהיה. התזכיר אינו יכול לשמש בסיס לפרשנות חוק קיים, אך אין הוא נטול כל חשיבות.

סעיף 2 לתזכיר קובע שחוק תובענות ייצוגיות יהיה מוגבל לעניינים המנויים בתוספת השנייה. התוספת כוללת עשרה עניינים.<sup>184</sup> עניינים אלו רחבים יותר מהעניינים הכלולים בשמונת החוקים הקיימים.<sup>185</sup> רשימת העניינים המופיעה בתוספת השנייה להצעת החוק פותרת חלק מהבעיות שנבעו מגבולות התובענה הייצוגיות הצרכנית. בחוק התובענות הייצוגיות המוצע לא תהיה חשיבות להגדרת "צרכן", שכן התביעות יהיו פתוחות לכל לקוח של מוכר, ספק או יצרן<sup>186</sup> ולא דווקא ל"צרכן".<sup>187</sup> רשימת העניינים אינה מגבילה את התובענה הייצוגית הצרכנית לעילות מסוימות וניתן יהיה להגיש תביעת השבה לפי כל דין, תביעות נזיקיות ועוד. סביר להניח, כי בעתיד יעבור הדגש בדיונים בתובענות הייצוגיות הצרכניות מדיון בשאלות טכניות לדיון בשאלות מהותיות של דין ועובדה: האם היתה פגיעה בציבור הלקוחות? כיצד להשיג את מטרות ההרתעה ויישום החוק? כיצד למנוע את ההתעשרות שלא כדין של הספק?<sup>188</sup> רשימת העניינים שהתזכיר עוסק בהם קצרה ומצומצמת בהרבה לעומת רשימת העניינים שהופיעה בטיוטא של הצעת חוק תובענות ייצוגיות שהוכנה על ידי משרד המשפטים בשנת 2004.<sup>188</sup> ברור שתזכיר זה אינו מציע חוק כללי של תובענות

184 עשרת העניינים המנויים בתוספת השנייה הם: 1. תביעות כנגד מוכר או ספק של מוצר או שירות; 2. תביעות כנגד מבטח או סוכן ביטוח בזיקה לחוזה ביטוח; 3. תביעות כנגד בנק בזיקה ליחסים שבין לקוח לבנק; 4. תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים; 5. תביעה בזיקה לנייר ערך כמשמעותו בחוק ניירות ערך, או בזיקה ליחידה כמשמעותה בחוק השקעות משותפות בנאמנות; 6. תביעה בגין מפגע סביבתי; 7. תביעה בגין הפליה בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; 8. תביעה שעניינה הפליה בעבודה מכוח מספר חוקים; 9. תביעה לאכיפת חובות מעביד לפי פרק ב' לחוק עובדים זרים, (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991; 10. תביעה לפי סעיף 7 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987. העניינים המפורטים בהצעת שוליים זו הובאו בקצרה ואינם כוללים את הנוסח המלא של התוספת השנייה לתזכיר.

185 ראו לעיל הערה 2. ששת העניינים הראשונים וחלק מהעניין השמיני מכסים את שמונת החוקים הקיימים ואף מרחיבים אותם. ארבעת העניינים הנוספים הם חדשים.

186 סעיף 1 לתוספת השנייה של תזכיר החוק בנושא תובענות ייצוגיות קובע, כי החוק יכלול: "תביעה בזיקה ליחסים שבין מוכר, ספק או יצרן של מוצר או שירות לבין לקוח, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, לרבות בעניין הקודם להתקשרות ואף אם לא נערכה התקשרות בפועל".

187 לדיון בהצעה שלא להגביל את הוראות חוק הגנת הצרכן ל"צרכן" במובן הצר, ראו ס' דויטש דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 12, בע' 276 – 279.

188 רשימת העניינים שפורטה בתוספת השנייה של טיוטת הצעת החוק מ-2004 כללה 20 עניינים. נוסף לעניינים שבתוספת השנייה של התזכיר הובאו העניינים הבאים: תביעה על פי כל דין להשבת כספים שנגבו או מוחזקים שלא כדין; תביעה לסכום כסף קצוב; תביעה בגין עוולה נזיקית; תביעה בגין מוצר פגום; תביעת אסיר או עציר למימוש זכויות על פי דין; תביעה בגין הטבה או גימלה לפי רשימה של 11 חוקים; תביעה בגין זכויות אנשים עם מוגבלות לפי דין; תביעה שעניינה הגנת זכויות אדם ואזרח; תביעה לפי חוק הגנת הפרטיות; תביעה לפי חוק לשון הרע. הרשימה המקורית בטיוטת הצעת החוק היתה כפולה בהיקפה מהרשימה המופיעה בתוספת השנייה לתזכיר.

ייצוגיות,<sup>189</sup> אף שהוא מרחיב את העילות הקיימות ומוסיף מספר עניינים חשובים בעיקר בתחומים של יחסי עבודה ואיסור הפליה.<sup>190</sup>

סעיף 3 לתזכיר הוסיף לתובעים הייצוגיים את המדינה (סעיף 3(3)) וכן "רשות ציבורית או ארגון, בתחום אחת המטרות הציבוריות בהן הם עוסקים" (סעיף 3(2)). המונח "ארגון" הוגדר בסעיף 1 לתזכיר החוק והמונח "רשות ציבורית" כולל רשימה של רשויות שפורטו בתוספת הראשונה לתזכיר.<sup>191</sup> לאור שינויים אלו הוספו סמכויות תביעה ייצוגיות רחבות לגופים ממשלתיים וציבוריים באופן רחב בהרבה מהחוקים הקיימים. במונח זה צועד התזכיר בעקבות הסדרים דומים במשפט האירופי, שם מוקנות עיקר סמכויות התביעה הקבוצתית לגורמים ציבוריים ולא פרטיים.<sup>192</sup>

סעיף 6 לתזכיר מסדיר לראשונה את דינן של בקשות אישור קודמות או תובענות ייצוגיות קודמות באותו נושא. סעיף 7 קובע בהרחבה את התנאים לאישור תובענה ייצוגית. רשימת התנאים נראית לכאורה מחמירה אף יותר מהמצב המשפטי הקיים. סעיף 9 מסמיך את בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית בשינויים ואף לחלק את הקבוצה לתת-קבוצות. סעיף 13 מסדיר בפירוט את פרסום ההודעות לחברי הקבוצה. סעיף 15 לתזכיר מציע לראשונה הסדר של Opt-in במקרים המתאימים, דהיינו תובענות ייצוגיות שיכללו רק תובעים שהביעו בכתב על רצונם להצטרף לקבוצה. סעיף 17 מסדיר במפורט את הדרך להסתלקות תובע מייצג מתובענה ייצוגית, נושא שאינו מוסדר במפורט בחוקים הקיימים.

נושא נוסף שהוסדר בתזכיר החוק באופן מלא יותר מאשר בחוקים הקיימים הוא נושא הפשרה המפורט בפירוט רב בסעיף 18 תחת הכותרת "הסדר ליישוב סכסוך". הסוגיות של גמול לתובע ושכר טירחת עורך הדין מוסדרים בהרחבה בסעיפים 21 ו-22 לתזכיר. סעיף 24 מקים קרן למימון תובענות ייצוגיות שמטרתו לסייע לתובעים במימון תובענות ייצוגיות ובקשות לאישור תובענות ייצוגיות, אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובכירורן. סעיפים 28 – 35 מבטלים את נושא התובענות הייצוגיות בחוקים הקיימים.

ההסדר המוצע בתזכיר החוק מתגבר על הבעיה של הגדרת העילות בחוקים הקיימים שהיתה צרה מדי, והיתה מבוססת על הבחנות שקשה להצדיקן. הוא גם מבטל

189 ראו להלן הערה 240, שתי הצעות חוק פרטיות שהוגשו בנושא. הצעות החוק הפרטיות הן כלליות ואינן מוגבלות לרשימה מוגדרת של עניינים.

190 העניין השביעי מוסיף תביעה בגין איסור על הפליה. העניין השמיני מוסיף תביעה בגין הפליה בעבודה. העניינים התשיעי והעשירי דנים בתביעות בעניינים שונים של יחסי עבודה. ראו לעיל הערה 184.

191 התוספת הראשונה מונה תשע רשויות ציבוריות העוסקות בנושאים השונים של תובענות ייצוגיות, כמו הממונה על הגנת הצרכן, המפקחים על הביטוח ועל הבנקים ועוד. המונח "ארגון" בסעיף הראשון לתזכיר הוגדר בצורה רחבה על מנת לאפשר לארגונים רבים להגיש תובענות ייצוגיות.

192 ראו, S. Deutch, לעיל הערה 27, בע' 181 – 185.



הבדלים בין הנוסח והתוכן של החוקים הקיימים, שבדרך כלל, אין להם טעם וכן משלים חסרים בהסדרים הקיימים.<sup>193</sup> יחד עם זאת, עיון בהסדרים המוצעים מגלה שיש בהם עדיין חסרים בעניינים שונים וחלק מההסדרים שהוצגו אינם מלאים. בעמודים הבאים נצביע על חלק מהנושאים הדורשים תיקון בתקווה שהערות אלו יבחנו לקראת ניסוח הצעת החוק על מנת שההסדר שיוצע יהיה שלם יותר ולא יותר בעינין את הבעיות הקיימות בתחום חשוב זה.

### הערות על התזכיר

(1) לדעתי, חסר בתזכיר סעיף מטרה. בטיטת הצעת החוק הממשלתית מ-2004 היה סעיף מטרה מפורט בסעיף 1 לטיטתה. הצעתי היא להחזיר את סעיף המטרה להצעת חוק תובענות ייצוגיות, אם כי לאור צמצום העניינים הכלולים בתזכיר החוק יש לנסחו בהתאם למטרות שהצגתי בפרק הרביעי של מאמר זה וכפי שאציע בהמשך. סעיף מטרת החוק נפוץ בחוקים רגלטוריים,<sup>194</sup> אך נדיר בחוקים המסדירים את הדין האזרחי. דוגמה לחוק אזרחי הכולל סעיף מטרה הוא חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.<sup>195</sup> סעיף המטרה משרת מספר יעדים. בראש וראשונה הוא מבהיר את התכלית החקיקתית לצרכי פרשנות. השופט ברק כתב שהוראות סעיפי מטרה הן הוראות רצויות:

הן מכוונות במישרין ובמפורש את הפרשן לתכלית החקיקה. יש להעזר בהן בכל מקרה בין אם לשון החוק "ברורה" ובין אם לשון החוק אינה ברורה.<sup>196</sup>

סעיף המטרה בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, אכן השיג את יעדו, סייע לבית המשפט העליון בהגדרת חוק החוזים האחידים כחוק צרכני<sup>197</sup> והגביר בצורה משמעותית את יישום החוק. ואכן, סעיפי המטרה הפכו לשכיחים יותר בשנות ה-90 ואילך, גם בחוקים אזרחיים מובהקים.<sup>198</sup>

193 ראו תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, בע' 13 – 14.

194 ראו, לדוגמה, חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996; חוק אזרחי ערי פיתוח, התשנ"ט-1999; חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996. יש יותר מ-55 חוקים הכוללים סעיף "מטרת החוק" ועוד כ-15 חוקים הכוללים סעיף "מטרה", כגון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000. סעיפי מטרה הפכו לנפוצים יותר בחקיקת שנות ה-90 ואילך.

195 חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1983, היה אחד החוקים הראשונים שכללו סעיף "מטרת החוק". לתוספת זו היו השלכות חשובות. ראו ו' לוסטהוויז וט' שפניץ חוזים אחידים (1994) 15-18.

196 א' ברק פרשנות במשפט (כרך ב', התשנ"ג) 305. ראו גם א' ברק שיקול דעת שיפוטי (התשמ"ז) 90 – 107.

197 ראו ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100.

198 גם בקודקס האזרחי, חוק דיני ממונות, נוסח לעיון הציבור (אפריל 2004) (משרד המשפטים) מופיע בסעיף 1 לקודקס סעיף תכליות החוק שהוא סעיף מטרה מובהק.

המטרות שהוצגו בסעיף המטרה בטיוטת הצעת החוק משנת 2004<sup>199</sup> רחבות מאלו שהוצגו בפרק ד' של מאמר זה, שדן במטרות התובענה הייצוגית הצרכנית. ההסבר לכך הוא שטיוטת הצעת החוק כללה עניינים רבים שבגינם ניתן יהיה בעתיד להגיש תובענה ייצוגית, ולפיכך המטרות של עניינים אלו רחבות ומגוונות יותר מאשר המטרות של התובענה הייצוגית הצרכנית. להלן נוסח מוצע למטרת החוק:

"מטרת החוק – מטרת חוק זה לשפר את הנגישות לבית המשפט ואת ההגנה על הציבור וזכויותיו באמצעות מנגנון דינוי בבית המשפט שעיקריו:

- (1) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (2) מתן פיצוי לנפגעים בתביעות המוניות כאשר תביעות אישיות אינן יעילות;
- (3) מניעת רווח בלתי הוגן של עוסקים ומעסיקים."

לסעיף המטרה חשיבות מיוחדת בחוק שבא להסדיר את נושא התובענות הייצוגיות. לאור האחוז הנמוך של תובענות ייצוגיות שעברו את שלב האישור,<sup>200</sup> ובהתייחס לכך שרק אחוז נמוך מהתובענות הגיעו לכלל פשרה משמעותית,<sup>201</sup> יש חשיבות לסעיף מטרה. חלק משמעותי מהתובענות אושר בעבר מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי,<sup>202</sup> תקנה לגביה נקבע בפסק הדין בעניין א.ש.ת. שאין היא בסיס ראוי לתובענה ייצוגית, מכאן שקיים חשש שבעתיד יאושרו פחות תובענות ייצוגיות. סעיף מטרה, שיבהיר שמטרתו של החוק לשפר את הנגישות לבית המשפט ואת ההגנה על הציבור וזכויותיו, עשוי להגדיל את אחוז האישורים במקרים המצדיקים זאת.

199 סעיף 1 לטיוטת הצעת החוק (נוסח 2004) קבע:

"מטרת חוק זה לשפר את הנגישות לצדק ואת ההגנה על זכויות באמצעות מנגנון דינוי בבית המשפט אשר יקדם:

- (1) מימוש שוויוני וממשי של זכות הגישה לבית המשפט;
- (2) העצמת אוכלוסיות מוחלשות;
- (3) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממזה של תביעות הנוגעות למספר רב של צדדים."

200 ראו, לעיל הערה 10, בע' 316, 320 – 323.

201 ראו עבודת מוסמך של עו"ד עופר לוי "פשרה בתובענות ייצוגיות", (אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ה). בעבודה איתר מר לוי רק כ-30 פשרות משמעותיות מתוך כ-600 תובענות ייצוגיות שהסתיימו.

202 ראו לעיל הערה 10, טבלה בע' 316.

(2) התזכיר אינו פותר את הבעיה של נקיבת סכומים אסטרונומיים בכתבי התביעה של תובענות ייצוגיות.<sup>203</sup> סכומים אלו מרתיעים את בתי המשפט מפני אישור תובענות ייצוגיות. אמנם, פער גדול בין סכום שנקבע בתובענה לסעד שנפסק יהיה שיקול בקביעת גובה שכר טירחת עורך הדין (סעיף 22(ב) (3) לתזכיר), אך אין זה פתרון ישיר לבעיה. מאחר שהאגרה אינה תלויה בגובה התביעה, אין מה שירתיע מפני נקיבת סכומים אסטרונומיים. מוצע לא לציין את גובה הסכום הנדרש בכתב התביעה. או לחלופין, שבאישור התובענה כתובענה ייצוגית על ידי בית המשפט לא תהיה התייחסות לסכום, כך שהתובענה תאושר ללא כל התייחסות לסכומים הנקובים בכתב התביעה.

(3) אחד החששות של בתי המשפט מפני אישור תובענה ייצוגית הוא החשש של פגיעה קשה בנתבעים.<sup>204</sup> פתרון חדשני, אך אפשרי, הוא להקנות שיקול דעת מפורש לבית המשפט להורות על תשלום מופחת של פיצויים. במצב הקיים נדחות תובענות ייצוגיות בשל החשש לפגיעה קשה בנתבעים. לדעתי, עדיף לאשר תובענה ולהורות על תשלום מופחת על פני המצב הקיים של דחיית יותר מ-90% מהתובענות הייצוגיות.

מוצעים שלושה נוסחים אלטרנטיביים:

(א) "בית המשפט, בבואו לקבוע את גובה הפיצויי הכספי, רשאי להורות על תשלום נמוך ממלוא הנזק שנגרם וזאת על מנת שלא לסכן את היציבות הכלכלית של הנתבע".

לחלופין, (ב) "בית המשפט יהיה רשאי לקבוע פיצויי כולל מופחת בשיעור שיראה לו בנסיבות העניין, וזאת מנימוקים שיירשמו".

לחלופין, (ג) "ראה בית המשפט שפסיקת פיצויים מלאים תהיה בלתי צודקת בנסיבות הענין מאחר שהנתבע לא יוכל לעמוד בהם ושראוי מנימוקים של טובת הציבור לאפשר לנתבע להמשיך בנייהול עסקו, רשאי הוא להפחית את הפיצויים לסכום נמוך יותר".

דברי הסבר:

הרעיון הוא חדשני,<sup>205</sup> אך חיוני בהליך ייצוגי שאינו הליך אדברסרי רגיל. הרעיון לקוח מהמשפט האמריקני<sup>206</sup> הקובע שאין להטיל פיצויים עונשיים בגובה שיסכן את היציבות הכלכלית של הנתבעים. אמנם הפיצויים בגין תובענה ייצוגית

203 ראו לעיל טקסט ליד הערה 97. וראו לעיל הערה 10, בע' 356 – 357.

204 ראו לעיל בע' 28 – 29 ובמיוחד הערה 92.

205 הרעיון הוצע לראשונה ובמפורט במאמרי בשנת 2004. ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 370 – 372.

206 ראו שם, בע' 371 וה"ש 334.

הם בגין נזקים שנגרמו ואינם פיצויים עונשיים, אולם, בשל תכונותיה המיוחדות של התובענה הייצוגית ומטרותיה, ראוי להקנות סמכות כזו לבתי המשפט. הצעה זו עשויה גם לעורר בעיות מעשיות קשות. כיצד לשכנע את בית המשפט שקיימת סכנה ליציבות הנתבעים? האם יש להוכיח חשש לחדלות פירעון, או שמא די בסיכון יציבותו הכלכלית של הנתבע? למרות זאת נראה שראוי להסמיך את בית המשפט להורות על פיצוי מופחת כפתרון ראוי יותר מאשר המצב הקיים, בו נדחה הרוב המכריע של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות. בית המשפט לא ישקול שיקול זה בכל תביעה. אולם, כאשר מדובר בגופים המספקים שירותים לכלל הציבור, שיקול זה עשוי להיות רלוונטי.

באלטרנטיבה השנייה מוצע להקנות לבית המשפט שיקול דעת בקביעת פיצוי כולל לציבור שנפגע, שאינו חייב להיות זהה לנזק שנגרם. הוראה דומה, המאפשרת לבית המשפט להורות על מתן פיצוי כולל שלא על סמך תחשיב מדויק, קיימת כבר כיום בסעיף 216(2) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, הדן בתובענות ייצוגיות בניירות ערך. נראה לי, כי ראוי להרחיבו לכלל התובענות הייצוגיות כדי להגדיל את הסיכויים למימוש התהליך.

מתן משקל לחשש מפני פגיעה בנתבעים, שעלולה להוביל לפגיעה בכלל הציבור, מופיע כבר בסעיף 16ב(2) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, שם נכתב כי "בית המשפט רשאי להתחשב גם בנזק הצפוי מניהולה של התובענה כתובענה ייצוגית לנתבע, לכלל לקוחותיו ולציבור, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לקבוצה ולציבור". החשש מפגיעה בציבור כבר הוטמע, איפוא, בחקיקה הייצוגית. הדבר נעשה רק בחוק אחד, בנושא הבנקאות, ורק כשיקול לאישור תובענה ייצוגית. הצעתי היא להרחיב את ההוראות הקיימות בנושא הבנקאות לכלל התובענות הייצוגיות ולראות בכך שיקול בקביעת גובה הפיצוי. גישה זו תאפשר ניהול תובענות ייצוגיות בנושאים מוצדקים, תוך הבנה שהפיצוי לא תמיד יהיה מלא. פתרון זה עדיף על המצב הקיים של דחיית מרבית התובענות הייצוגיות.<sup>207</sup>

(4) במאמר קודם<sup>208</sup> ציינתי כי יש לעמוד ב-10 דרישות לשם אישור תובענה ייצוגית צרכנית. הסברתי גם שהקושי בעמידה בעשרת התנאים המוקדמים הוא אחד הגורמים המרכזיים לאחוז הנמוך של אישור תובענות ייצוגיות.<sup>209</sup> ניתן היה לצפות כי במסגרת הארגון מחדש של דיני התובענות הייצוגיות תהיה הקלה בתנאים המקדמיים לאישור תובענות ייצוגיות כדי שלא למנוע אישור תובענות ייצוגיות. מתברר כי לפי התזכיר יהיה צורך לעמוד לכאורה ב-19 דרישות מקדמיות. אם

207 ראו דיון בדחיית תובענות ייצוגיות לעיל בפרק ו' במאמר זה. וראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 356 – 358.

208 ראו לעיל הערה 10 בע' 324 – 325.

209 שם, בע' 324 ואילך.

יפורשו כל הדרישות לאישור כתנאים מוקדמים תהיה התוצאה שבעתיד יהיה קשה עוד יותר לאשר תובענות ייצוגיות. מסופקני אם זו היא כוונת משרד המשפטים. להלן רשימת התנאים:

1. הגבלה לעניינים המנויים בתוספת השנייה לתזכיר<sup>210</sup> – סעיף 2(א) לתזכיר.
2. עילת תביעה אישית<sup>211</sup> – סעיף 3(1) לתזכיר.
3. הגבלה בשל הגשת תובענה ייצוגית קודמת<sup>212</sup> – סעיף 6 לתזכיר.
4. הוכחה לכאורה של סיכויי הצלחה של התביעה<sup>213</sup> – סעיף 7(א) (1) לתזכיר.
5. הוכחה לכאורה כי נגרם נזק – סעיף 7(א)(1) לתזכיר.
6. קיימות שאלות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה – סעיף 7(א)(2) לתזכיר.
7. זו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת<sup>214</sup> – סעיף 7(א) (3).
8. גודל הקבוצה מצדיק תובענה ייצוגית – סעיף 7(א)(3) לתזכיר.
9. היחס בין היקף השאלות המשותפות לחברי הקבוצה לעומת היקף השאלות שאינן משותפות לחברי הקבוצה<sup>215</sup> – סעיף 7(א)(3) לתזכיר.
10. היקף הנזק האישי המשווער לכל אחד מחברי הקבוצה<sup>216</sup> – סעיף 7(א) (3).
11. דרכים אפשריות אחרות להכרעה במחלוקת<sup>217</sup> – סעיף 7(א)(3).
12. יחסי הכוחות בין בעלי הדין<sup>218</sup> – סעיף 7(א)(3).
13. התובע מתאים לייצג את הקבוצה – סעיף 7(א)(4).
14. בא כח התובע מתאים לייצג את הקבוצה – סעיף 7(א)(4).
15. התובע מייצג בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של בעלי הקבוצה – סעיף 7(א)(4).

- 210 הרשימה אמנם רחבה יותר מהחוקים הקיימים, אך עדיין אין זה חוק תובענות ייצוגיות כללי. תובענה שלא תיכנס לאחד העניינים, תידחה.
- 211 על הקשיים שביישום תנאי זה ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 337.
- 212 ראו לעיל טקסט ליד הערות 164 – 166 שבמצב המשפטי הקיים אין בהכרח עדיפות לתובענה הייצוגית הראשונה שהוגשה.
- 213 הנושא גורם לקשיים גם במצב המשפטי הקיים, ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 331 – 332, וראו להלן טקסט ליד הערות 223 – 227.
- 214 דרישה זו יצרה קשיים רבים באישור תובענות ייצוגיות צרכניות בדין הקיים. ראו לעיל הערה 10, בע' 338 – 345.
- 215 דרישה זו אינה קיימת בתובענות ייצוגיות בנושא ניירות ערך. דרישה זו גרמה קשיים לגבי אישור תובענות ייצוגיות צרכניות. ראו לעיל הערה 10, בע' 338 – 342.
- 216 דרישה זו אינה קיימת כיום כתנאי מפורש לאישור תובענה ייצוגית.
- 217 דרישה חדשה.
- 218 שתי הדרישות האחרונות הן חדשות ואין לדעת מראש כיצד יפורשו בפסיקה. ברור כי ניתן להשתמש בהן כדי להגביל עוד יותר את האפשרות להשגת אישור לתובענות ייצוגיות.

16. בא כוח התובע מייצג בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של בעלי הקבוצה<sup>219</sup> – סעיף 7(א)(4).
17. החשיבות הציבורית של בירור התובענה<sup>220</sup> – סעיף 7(ב) לתזכיר.
18. האפשרות לחלק את הקבוצה לתת-קבוצות – סעיף 7 לתזכיר.
19. דרישות פרסום מפורטות ומורכבות<sup>221</sup> – סעיף 13 לתזכיר.

יוצא, איפוא, שבצד הרחבת העילות של תביעה ייצוגית כנגד ספקים, הורחבו התנאים המוקדמים לאישור תובענה ייצוגית. ייתכן שכוונת המנסחים היתה לקבוע אמות-מידה לשיקול דעתו של בית המשפט ולא תנאים מקדמים לאישור. גישה זו אינה עולה בבירור מהנוסח שהוצע בתזכיר.

הצעתי היא לקבוע הוראה כללית מפורשת שאין צורך לעמוד במכלול המצטבר של הדרישות. ולהותיר את שיקול הדעת בשאלות אלו לבית המשפט. ראוי לקבוע בחוק במפורש שלגבי חלק מהתנאים מדובר באמות מידה ולא בתנאים. ליתר ביטחון, ראוי להוסיף סעיף פרשנות כללי, "שחוק זה יפורש באופן ליברלי על מנת לקדם את המטרות והתכליות של החוק".<sup>222</sup> ללא תיקונים אלו עלול להיווצר מצב שהחוק יקטין את הסיכוי לאישור תובענות ייצוגיות, ולא יגדיל אותן.

(5) הדרישה להוכחת סיכויי הצלחה סבירים כתנאי לאישור תובענה ייצוגית גורמת לקשיים רבים באישור תובענות ייצוגיות. דרישה זו אינה מופיעה במפורש בתזכיר, אך ניתן לומר שהיא כלולה במילים "נתקיימו לכאורה יסודות עילת התובענה" (סעיף 7(א)(1) לתזכיר). כך גם עולה מדברי ההסבר בתזכיר לסעיף זה. עמידה בדרישה זו, כבר בשלב המקדמי של בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא אחד הגורמים לדחיית הרוב המכריע של תובענות ייצוגיות, שכן קיים קושי מעשי רב לעמוד בדרישה זו כבר בשלב ראשוני זה. דרישה זו אינה קיימת במשפט האמריקני<sup>223</sup>. ראוי להתייחס לדבריו של השופט דוד חשין<sup>224</sup> לפיהם בתי המשפט

219 דרישת תום הלב הופיעה בחלק מהחוקים שהסדירו תובענות ייצוגיות. ראו, לעיל הערה 10, בע' 325 – 328. בתזכיר דרישת תום הלב היא כללית ובנוסף לכך בתזכיר נדרשת גם "הולמות" ולא רק "תום לב".

220 תנאי זה יאפשר דחיית בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בתואנה שאין די חשיבות ציבורית לעניין. הפרשנות לדרישה זו אינה ברורה.

221 גם בחוקים הקיימים קיימת דרישה לפרסום. מערכת השיקולים המורכבת של סעיף 13(ד) לתזכיר עלולה לגרום קשיים דוגמת אלו שהתעוררו בארה"ב בעקבות ההחלטה בפסק הדין **Eisen V. Carlisle and Jacqueline**, 417 U.S. 150 (1974), שדרש משלוח הודעה אישית לכל אחד מחברי הקבוצה.

222 בדומה להוראת סעיף 102-1 של ה-Uniform Commercial Code, ראו לעיל הערה 10, בע' 365.

223 ראו, לעיל הערה 10, בע' 332 וה"ש 143.

224 שם, ה"ש 145 – 147.

מחמירים מדי באישור תובענות ייצוגיות, החמרה שמחטיאה את מטרת החוק. לדבריו, יש להגיע למצב שאם קיים ספק הוא יפעל לטובת המבקש, וכי יש להקל על שלב האישור כדי לאפשר ליותר תובענות להתברר.

לאור הדרישה הקיימת כיום להוכחת סיכויי הצלחה סבירים, וגם לאור הדרישה המוצעת בתזכיר (סעיף 7(א)(1)), שלב האישור הינו, הלכה ולמעשה, שלב של הוכחת נכונות הטענות העובדתיות והמשפטיות הכלולות בתביעה. המילה "לכאורה" המופיעה בתזכיר אינה מוסיפה, לדעתי, הרבה. אין זה פלא שמרבית התובענות שאושרו הגיעו לכלל פשרה, שכן המשמעות של האישור בנוהל המקובל בישראל, היא, למעשה, הוכחת יסודות התביעה, גם אם ללא הוכחת כל מרכיביה. בנסיבות אלו גם ברור מדוע לא הגיעו בישראל לפסקי דין, שכן האישור מהווה, במידה רבה, הוכחה של התביעה.

במקרים בהם בית המשפט המחוזי ראה באישור רק שלב ביניים, והיה מוכן לאשר את התובענה בלא לדרוש הוכחת כל מרכיביה העובדתיים והמשפטיים, נהפכה החלטתו בבית המשפט העליון.<sup>225</sup> דרישה זו יוצרת קושי רב, שכן בשלב האישור אין מתקיים דיון מלא להוכחת כל מרכיבי התביעה.<sup>226</sup>

הצעתי היא ליצור בידול בין שלב האישור לשלב הדיון בבית המשפט לאחר האישור ולקראת פסק הדין בתובענה הייצוגית. אפשרות אחת היא לקבוע כי בשלב האישור יהיה די ברמת הוכחה גבוהה יותר מאשר התנגדות לסילוק על הסף, אך פחותה מזו הנדרשת להוכחת הטענות המשפטיות והעובדתיות של התביעה. לחלופין, לקבוע שדי בכך שהתובענה, על מרכיביה העובדתיים והמשפטיים, על בסיס טענות התביעה והמסמכים המצורפים יציגו עילה ראויה, ולהעביר, בשלב האישור בלבד, את חובת הראיה לנתבע מדוע שלא לקבל את הטענות העובדתיות והמשפטיות כפי שהוצגו. ניסוח דומה כבר קיים בסעיף 11 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992,<sup>227</sup> וראוי לשקול החלת הוראות דומות לגבי כלל התובענות הייצוגיות.

225 החלטת השופטת קלינג בבש"א (ת"א) 106462/98 רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל, תקדין, מחוזי 2003 (1) 1469, החלטה זו נהפכה בערעור רע"א 2616/03 ישראכרט בע"מ נ' רייס (14.3.05) (טרם פורסם), סעיפים 27 – 32 לפסק הדין.

226 לדוגמה עניין ברזני, לעיל הערה 67, הניח בית המשפט העליון שמר ברזני לא ראה את מודעת הפרסומת בעיתון ולכן לא היתה הסתמכות על הפרסומת. הנושא לא נדון בבית המשפט המחוזי ולכן גם לא הוכח. ראו ס' דויטש, לעיל הערה 11 בע' 100 וה"ש 6.

227 בשונה מהנוסח בחוקים הדנים בתובענות ייצוגיות אחרות שם יש לשכנע את ביהמ"ש בקיום תנאי הקדם (לדוגמה, סעיף 16ב לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981), בחוק מפגעים סביבתיים רשאי בית המשפט להורות שהתובענה לא תנוהל כתובענה ייצוגית רק אם שוכנע שנתקיים אחד הסייגים. נטל השכנוע הוא על הצד הטוען שהתנאים לא קוימו.

(6) לא ברור לחלוטין מהתזכיר שניתן לתבוע בנוזיקין או בעילה של עשיית עושר ולא במשפט בתובענה ייצוגית בקשר ליחסים שבין ספק ללקוח. מצד אחד, אין התייחסות מפורשת לתביעות נזיקיות או לתביעות מכוח עשיית עושר ולא במשפט. מצד שני, אין הגבלה בתזכיר בתובענה בין ספק ללקוח לעילות או לחוקים מיוחדים. לדעתי, ניתן לתבוע מכוח כל עילה בסכסוכים שבין ספק ללקוח. יחד עם זאת, ראוי להבהיר זאת בחוק עצמו על ידי תוספת המילים "על פי כל דין" לעניין הראשון שבתוספת השנייה.<sup>228</sup>

(7) תזכיר הצעת החוק והטיוטות שקדמו לו נועדו בין השאר להוות תשובה לדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת.<sup>229</sup> הדבר אף צוין במבוא לדברי ההסבר לתזכיר החוק.<sup>230</sup> כפי שציינו<sup>231</sup> נראה, כי התזכיר אינו מאפשר תובענה ייצוגיות נגד המדינה בפעולתה כרשות ציבורית וזאת למרות שאין בתזכיר הגבלה מפורשת לתובענה כנגד המדינה. מכאן שהתזכיר אינו כולל התייחסות ישירה לפרשת א.ש.ת.. מן הראוי לציין במפורש בדברי ההסבר שהתזכיר מאמץ את עמדתה של המדינה בנושא א.ש.ת.. ללא התייחסות מפורשת לשאלה זו יש מקום לטענה שהתזכיר אינו מהווה כלל תשובה לשאלה אם ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד המדינה.

(8) בתזכיר מוגבל התובע הייצוגי לתביעות בהן יש לו "עילת תביעה אישית" (סעיף 3(1) לתזכיר). בלא מעט מקרים נדחתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בשל היעדר עילת תביעה אישית.<sup>232</sup> נניח שיוכחו כל יסודותיה של התובענה הייצוגית, למעט עילתו של התובע באופן אישי, האם מוצדק במקרה כזה לדחות את אישור התובענה הייצוגית? הרי, כפי שהסברתי במאמר, מטרת התובענה הייצוגית אינן הגנת ענייניו האישי של התובע הייצוגי, אלא הגנת עניינם של חברי הקבוצה, הגנת ענייניו של הציבור והרתעה מפני הפרת חוק. מדוע שכל המטרות האלו יסוכלו בשל שאלה משנית לחלוטין והיא הוכחת עילתו האישית של התובע הייצוגי?

הצעתי היא שהוראת סעיף 12 לתזכיר תוחל גם בשלב האישור. סעיף 12 לתזכיר קובע כי בית המשפט לא יבטל החלטת אישור רק משום שנוכח שאין לתובע עילת תביעה אישית או שלא נגרם לתובע נזק. נראה לי כי כשם שלאחר אישור תובענה ייצוגית אין לבטל אותו רק בשל כך שאין לתובע עילה תביעה אישית, כך יש לנהוג גם בשלב האישור. לחלופין, ראוי להחיל במקרה כזה את

228 והוא הדין לגבי העניינים השני, השלישי והחמישי.

229 ראו לעיל הערות 5 ו-7.

230 בעמ' 13.

231 ראו לעיל הערה 29.

232 ראו לדוגמה את פסק דין ברזני נ' בזק, לעיל הערה 67, וכן את ס' דויטש, לעיל הערה 11, וכן ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 337 וה"ש 176.



הוראות סעיף 8 לתזכיר, הדן בהוראות בדבר מתן ייצוג הולם, ולהרחיב גם למקרים שהייצוג אינו הולם מאחר שלתובע אין עילת תביעה אישית.<sup>233</sup>

(9) סעיף 12 לתזכיר מסמיך את בית המשפט לשנות בכל שלב את החלטת האישור או לבטלה. הוראה זו יוצרת קשיים רבים לתובע הייצוגי. הגופים הנתבעים הם רבי עוצמה ונוקטים כל צעד אפשרי כדי למשוך את הדיונים לאורך שנים ארוכות.<sup>234</sup> כפי שצוין לא אחת, השגת אישור לתובענה ייצוגית הינה משימה קשה ומורכבת. סעיף 12 יאפשר לאחר שנים של התדיינות פתיחה מחדש של הדיון בטענות מטענות שונות, כגון שאין עניין ציבורי לאשר את התובענה (סעיף 7(ב) לתזכיר), או שהתובע או בא כוחו אינם תמי-לב ועוד טענות לאין סוף. זו פגיעה קשה בסיכוי להביא תובענות ייצוגיות לכלל סיום וכן פגיעה קשה בעקרון סופיות הדיון. קיומו של סעיף זה יפגע קשות בתובעים הייצוגים ובציבור, ויאפשר לגופים רבי עוצמה ועתירי ממון להתיש את התובעים הייצוגים תוך פגיעה קשה בעצם האפשרות להביא תובענה ייצוגית לכלל גמר.

(10) המבחנים להענקת שכר טירחה לעורך הדין, בא כוח הקבוצה, נראים מחמירים.<sup>235</sup> בשונה מהדין הקיים, שלפיו שכר הטירחה של עורך הדין נקבע בהסכם ובית המשפט הוא שצריך לאשר אותו, מציע התזכיר שבית המשפט הוא שיקבע את שכר הטירחה של עורך הדין, ומטיל איסורים ברורים על קביעת שכר טירחת עורך הדין הן במסגרת פשרה (הסדר ליישוב סכסוך – סעיף 18(ב) לתזכיר) והן באופן כללי (שכר טירחה של עורך דין – סעיף 22(א) לתזכיר). בתזכיר מוצע לשנות את הסטטוס של בית המשפט מגורם מאשר לגורם הקובע את שכרו של עורך הדין. לא רק זאת, אלא שבסעיף 22(ב) לתזכיר נקבע שבקביעת שכר טרחת עורך הדין יתחשב בית המשפט, בין היתר, במספר רב של גורמים. בית המשפט שאינו יכול לדעת במדויק את היקף ההשקעה שהשקיע עורך הדין בתובענה ואת הסיכונים הכרוכים בה, עלול לאור הנחיות אלו לקבוע שכר טירחה נמוך מהרצוי. הדבר יפחית באופן ניכר את התמריץ לתובעים ולעורכי דין להגיש תביעה ייצוגית. לדעת, הן השינוי מגוף מאשר לגוף מחליט והן הכתבת השיקולים שיקבעו את

233 סעיף 8 לתזכיר מקנה שיקול דעת לבית המשפט לעניין מתן ייצוג הולם, ומסמיך את בית המשפט לצרף תובע ייצוגי אחר או להחליפו.

234 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 10, בע' 320 – 322, על כך שתובענות ייצוגיות שאושרו נמשכות עד אין קץ. בפרשת זילברשלג (שם, ע' 320 וה"ש 86) נמשכת התובענה כבר תשע שנים והסוף טרם ברור. הוגשו אין סוף הליכים וזאת עוד לפני שנחקק סעיף 12 לתזכיר. בפרשת תנובה נ' ראבי (שם, ע' 321, וה"ש 88 – 91) התיק מתנהל כבר 11 שנים ואין רואים את סופו, סעיף 12 יאפשר לנהלו במשך עשרות שנים.

235 לדיון בנושא שכר הטירחה של בא כוח הקבוצה ראו לעיל טקסט ליד הערות 116 – 126.

גובה שכר הטירחה נזקם גדול מתועלתם. מוצע לשקול מחדש אם לא ראוי להשאיר בנושא זה את ההסדרים הקיימים כיום בחקיקה.

לסיכום, עשר ההערות<sup>236</sup> שהצגנו בפרק זה מצביעות על חסרים ונושאים הדורשים תיקון בעניינים מרכזיים של תזכיר החוק. ראוי לבחון הערות אלו לפני ניסוח הצעת החוק. חלק מההערות דנות בסוגיות מרכזיות של החוק. התיקונים הנדרשים הם משמעותיים וראוי להשקיע מאמץ כך שלפחות חלקם ימצא ביטוי בנוסח החוק שיתקבל.

למרות ההערות, אין להתעלם מתרומתו האפשרית של תזכיר החוק לנושא של תובענות ייצוגיות וזאת בהנחה שיוביל לחוק. בעקבות המוצע בתזכיר שוב לא תהיה חשיבות להגדרות של "צרכן" ו"עוסק"<sup>237</sup> לעניין תובענות ייצוגיות צרכניות. התזכיר מבטל לעניין תביעות כנגד ספקים את ההבחנה בין עסקאות בתמורה לבין עסקאות שלא בתמורה,<sup>238</sup> הבחנה שהגבילה בעבר<sup>239</sup> את האפשרות לאשר תובענות ייצוגיות צרכניות במקרים מסויימים. התזכיר פתר את הבעיה של יחוד עילה בתביעות של לקוחות כנגד ספקים וכן את הקושי שבהבחנה בין עילות חוזיות לבין עילות טרום-חוזיות ופותח את השער לתובענות ייצוגיות בתחומים נוספים לטובת כלל הציבור.

תזכיר החוק מפורט ומשתרע על פני 11 עמודים.<sup>240</sup> אין ספק שהוא עשוי לפתור חלק ניכר מהבעיות הקיימות בשמונת החוקים הנפרדים. אולם, דווקא פירוט היתר עלול לגרום קשיים של ממש ביישום החוק. עיון בהוראות המפורטות מאוד של תזכיר החוק הממשלתי מלמד שגם אם יפתרו חלק מהקשיים הקיימים כיום, יבואו במקומם קשיים אחרים. בסופו של דבר, מה שיאפשר את מימוש ההליך הוא הבנת מטרותיו של החוק ומתן פרשנות תכליתית להוראות המורכבות לאור התכלית החקיקתית. לפיכך, רק הבנת המטרות של הנושא שפורטו בפרק ד' של מאמר זה, והסרת חששות השופטים מפני אישור תובענות ייצוגיות, הן שיאפשרו לחלוף על פני שלב האישור. לאחר שלב זה, אכן עשויה להיות תועלת להוראות המפורטות בדבר הסדרי פשרה ותשלום פיצויים.

236 יש מקום להערות נקודתיות נוספות, אולם מאמר זה אינו הבמה המתאימה לדיון בהערות אלו.

237 ראו, לעיל הערה 10, בע' 233 – 235.

238 ראו את נוסח העניין הראשון בתוספת השנייה לתזכיר החוק.

239 ראו ס' דויטש, לעיל הערה 12, בע' 205 – 219. שם הוצע להכיר גם בעסקאות ללא תמורה כעסקאות הכפופות לחוק הגנת הצרכן. גישה זו לא בהכרח התקבלה בפסיקה, שם בע' 217 – 218.

240 התזכיר כולל דברי ההסבר משתרע על פני 45 עמודים. ראוי להשוות את תזכיר החוק הממשלתי לשתי הצעות חוק פרטיות שהוגשו בנושא. האחת, הצעת חוק פרטית של ח"כ רשף חן ועוד שישה חברי כנסת, שכותרתה: הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003 (פ/890), אשר הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים והונחה על שולחן הכנסת ביום ט' בסיון התשס"ג 1.6.2003. השנייה, הצעת חוק פרטית של ח"כ אופיר פינס באותו שם (פ/928) שהוגשה באותו תאריך. השוני בין שתי הצעות החוק הפרטיות הוא ניכר ביותר והשוני בינן לבין תזכיר החוק הממשלתי הוא עוד יותר גדול.

### הערה לסיכום :

לא ניתן כמובן לשער מראש מה תהיה מידת היישום של ההליך הדיוני של התובענה הייצוגית בעתיד לאחר שייחקק חוק כולל בנושא. אולם, בהחלט קיימת אפשרות, לאור חקיקת חוק הכולל עניינים ונושאים רבים ולאור הנטייה בארצות שונות בעולם לקלוט מוסד זה<sup>241</sup>, שיהיו יותר מקרים שהתובענה תאושר, זאת למרות הקשיים שמציג לכאורה הנוסח המוצע של חוק התובענות הייצוגיות. הנוסח אינו סופי, החוק טרם התקבל וימים יגידו מה יעלה בגורלו של מוסד משפטי זה.

241 ראו S. Deutch, לעיל הערה 27, שמוסד התובענות הייצוגיות נקלט, נוסף לארה"ב, במדינות כמו קנדה, אוסטרליה, הולנד, אנגליה, פורטוגל, ווילס, ספרד ונשקלת האפשרות לקליטתו בשבדיה ובפינלנד.

שערי משפט ד(1) התשס"ה

סיני דויטש