

התפתחות התובענה הייצוגית בישראל*

מאת

סטיבן גולדשטיין, יעל עפרון**

א. מבוא. ב. התפתחות השימוש בכלי הדיוני של תביעות ייצוג קבוצתיות; 1. גישת בתי-המשפט כלפי השימוש בתביעות ייצוג קבוצתיות – האם ניתן לומר כי הפסיקה כיום מגלה גישה עוינת או אוהדת כלפי השימוש בכלי זה; 2. הבעיות העולות מנטיית המחוקק לקבוע הסדרים נקודתיים לכל חוק בנפרד לעומת הסדר כולל; 3. התאמת הליך תביעת הייצוג הקבוצתית למשפט הישראלי. ג. נטיית עורכי-הדין בישראל לזוּם תביעות ייצוג קבוצתיות – כיצד ניתן להסביר את העובדה שעורכי-דין בישראל נוטים לזוּם תביעות ייצוגיות, יותר מהמצופה מהם? ד. לסיכום.

א. מבוא

מאמר זה הינו הרביעי¹ בסדרה של מאמרים אשר פרסמנו² בנושא תביעת הייצוג

* תודותינו מסודות לעו"ד אלכסנדר לבנטין, עו"ד איתן לדרור ועו"ד רוור סברנסקי על הערותיהם המועילות.

** סטיבן גולדשטיין הוא פרופסור כפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ירושלים ומרצה מן החוץ במכללה למשפטים, רמת גן. יעל עפרון הינה עורכת-דין.

1 המאמר הראשון – ס' גולדשטיין "תביעת-ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט), עמ' 416 – יצא לאור בעקבות פרסומו של הרוח: "פיתוח שיטת תביעות-ייצוג קבוצתיות כמגן לצרכן", אשר חובר על-ידי פרופ' ס' גולדשטיין והגב' אורה שמלן ובמימון המועצה הישראלית לצרכנות באפריל 1978; המאמר השני – ס' גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי", משפטים יא (תשמ"א), עמ' 412; והמאמר השלישי – S. Goldstein – "Class Actions in Israel" *Israeli Reports to the XIII International Congress of Comparative Law* (C. Wasserstein Fassberg, ed.) (1990), p. 45

2 מאמר זה נכתב ופורסם בשיתוף פעולה בין מחבריו, ועל-כן הוא מנוסח בלשון רבים. אולם המאמרים הקודמים בסדרה פורסמו כולם על-ידי פרופ' ס' גולדשטיין בלבד.

הקבוצתית. במאמרים אלו ביקשנו לבחון סוגיות שונות ומגוונות הקשורות לכלי דיוני מיוחד זה; הובעו בהם ציפיותינו לגבי השימוש שעשוי להיות לו בכתב-המשפט ומידת ההצלחה יזכה שלה שם, וכן נסקרו הלכות רלוונטיות אשר יצאו באותן השנים תחת ידיהם של בתי-המשפט בארץ ואף בחו"ל.

במאמרנו הראשון, אשר יצא לאור לפני כשני עשורים³, סקרנו את סוג התובענה המכונה תביעת ייצוג קבוצתית ("class action") כמכשיר דיוני, אשר פותח בארצות-הברית. המלצנו על אימוצו בארץ, בכפוף לתנאים מסוימים ולהסתייגויות מסוימות. כמו כן תיארנו את התייחסות המשפט הישראלי לסוגיה ומתחנו בקורת על הפסיקה הישראלית שפירשה את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי⁴ פירוש מצמצם, שלא איפשר את השימוש בה בדומה לשימוש בתביעת הייצוג הקבוצתית בארצות-הברית. זאת בהשפעת ההלכה האנגלית הנוגעת לתקנה האנגלית המקבילה לתקנה 29, למרות הבדלי הנוסח בין שתי התקנות, הבדלים המעידים על פירוש רחב יותר שהיה ראוי לתת לתקנה 29 הישראלית.

כאמור, ההלכה הישראלית בנדון התבססה על ההלכה האנגלית. לפיכך, כאשר פורסמה באנגליה כעבור שנים הלכה חדשנית בתחום תביעות הייצוג הקבוצתיות, היה צפוי כי תהיה לה השפעה מכרעת גם במשפטנו. על רקע התפתחות זו פורסם מאמרנו השני בסדרה⁵, ובו סקרנו את השפעת ההלכה האנגלית על השימוש בתביעות ייצוג קבוצתיות בישראל ואת מדיניות בתי-המשפט לגביה.

מאז כתיבתם של המאמרים הקודמים בנושא, השתנה המצב המשפטי בארץ בתחום תביעת הייצוג הקבוצתית לאין שיעור באמצעות שינויים בחקיקה, ובעקבות שינויים אלו צעדה ההלכה הפסוקה ועוצבה מחדש. האפשרות להגיש תביעה ייצוגית קיימת כיום בעיקר במסגרת חוקים אחדים, המסדירים תחומים ספציפיים במשפט⁶. החוק הראשון שבו הופיע כלי דיוני זה היה חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, שתוקן בשנת 1988 ושולבה בו הוראה המאפשרת הגשת תביעה ייצוגית על-ידי מחזיק בניירות ערך⁷, אם נתקיימו התנאים שהתנה לשם כך המחוקק. החוק החשוב ביותר בתחום משפטי זה הוא חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, שאף הוא תוקן ב-1994 כדי לאפשר הגשת תביעות

3 "תביעות ייצוגיות – מה ועל שום מה?" לעיל ה"ש 1.

4 בעבר התייחסה הפסיקה לתקנה 29 בתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, אולם במאמר זה נתייחס לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, להלן – "תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי" או "תקנה 29".

5 "עוד בעניין תביעת-ייצוג קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי", לעיל ה"ש 1.

6 מן הראוי לציין כי היו אמנם ניסיונות מספר, הן במשרד המשפטים והן בכנסת, להעביר הצעות חוק שמטרתן להסדיר את כל נושא התובענות הייצוגיות בתוך כללי אחד. ניסיונות אלו לא עלו יפה, מאחר שהכנסת נטתה לבסוף לאמץ את הגישה שרווחה במשרד המשפטים, אשר לפיה על ההסדרים להתייחס באופן ספציפי לכל נושא ונושא, בלי להכפיף את ההליך כולו לחוק-על אחד.

7 סעיף 54 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (תיקון: תשמ"ח, תשנ"ד)

ייצוג על-פיו. לאחרונה הוכנס השימוש במכשיר דיוני זה כחלק עקרוני גם בחוק החברות החדש. חוקים אלו הם השימושיים יותר, אך ישנם נוספים⁸. לשינוי זה במצב המשפטי השלכות עקרוניות על התפתחות תחום תביעות הייצוג-הקבוצתיות.

ראשית, ננסה לכדוק את הסיבות לגישה העוינת ההיסטורית של השופטים כלפי כלי דיוני זה וננסה לברר מהי גישתם כלפיו כיום. כמו כן, נסקור את התפתחות קבלת הליך תביעת הייצוג הקבוצתית במשפט הישראלי ונבחן כיצד התפתחות זאת משפיעה על השאלות העומדות לפנינו היום ועל הפתרונות אשר מציעים להן השופטים. במסגרת סקירת ההתפתחות הכללית בתחום התביעות הייצוגיות, ננסה להסביר את העובדה המפתיעה, שעורכי-דין בישראל נוטים ליוזם תביעות ייצוגיות למעלה מהמצופה מהם, לפחות למעלה משציפינו אנו בעבר.

מובן שאין הדיון במסגרת רשימה זו מתיימר למצוא את מלוא היקפן של השאלות המשפטיות המתעוררות בתחום המורכב של הגשת תביעות ייצוג קבוצתיות. עם זאת, אנו סבורים כי הרחבת הדיון בסוגיות נבחרות אלו, יש בו כדי לעורר מחשבה, הן לאור הסוגיות שהתחבטנו בהן במאמרינו הקודמים, והן כזו הצופה פני עתיד.

ב. התפתחות השימוש בכלי הדיוני של תביעות ייצוג קבוצתיות

כאמור, זמן רב חלף מאז פנינו לדון בסוגיות השונות העולות בעניין תביעת הייצוג הקבוצתית. לנוכח השינויים החקיקתיים אשר חלו במשפטנו ולנוכח השפעות המשפט האנגלי והאמריקני, נאלצה הפסיקה להתמודד עם סוגיות חדשות ומעגיינות. ההלכה הפסוקה בתחום תביעת הייצוג הקבוצתית השתכללה והתפתחה, כאשר מחד גיסא – היא פותרת קושיות סבוכות ומאידך גיסא – יוצרת חדשות.

בתקופה שבה נכתבו מאמרינו הראשונים בנושא התובענה הייצוגית, היה תחום דיוני זה עדיין בחיתוליו, וקשה היה להעריך כיצד יבוא לידי ביטוי הפוטנציאל הרב הגלום בו. הבענו את הערכותינו בסוגיות השונות אשר עמדו על הפרק באותה עת, הן בעניינים ספציפיים – כגון פרשנות מושגים וסקירת התנאים הראויים, לדעתנו, לאישור הגשת תובענה ייצוגית, והן באופן כללי יותר – ביחס ליתרונותיה ולחסרונותיה של תביעת הייצוג הקבוצתית. על יתרונות וחסרונות אלו עמדנו בהרחבה במאמרינו הראשון, ודברינו אלו אף צוטטו לא אחת בהסכמה בפסיקותיו של בית-המשפט, כך שדי בהפניה לאחדות

8 כמו, למשל, החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשנ"ז-1997; חוק הבנקאות (שרות ללקוח), תשמ"א-1981.

מהן⁹, ולא נידרש לפירוט חוזר של נושא זה. עוד במאמרנו הראשון מצאנו, כי על אף שקיימת סכנה של ממש פן ינוצל כלי דיוני זה לרעה – עולים יתרונותיו על חסרונותיו. אולם גישתם של בתי המשפט בעבר הייתה ספקנית ביותר ואף עוינת כלפי מכשיר דיוני זה. גישה זו באה לידי ביטוי הן בהלכה הפסוקה שפירשה את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי פירוש מצמצם והן בהתנגדותם של שופטים רבים להצעות לאמץ את המכשיר באמצעות קבלת דבר חקיקה חדש. נשאלת אפוא השאלה – מהי הסיבה לגישתם זו של השופטים? לנו נראה שלכך סיבות מספר, חלקן מהותיות יותר, וחלקן מהותיות פחות.

בית המשפט העליון, בפרשת פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ואח' נ' רבינוביץ, ואח'¹⁰, פירש את תקנה 29 פירוש מצמצם בהתבססו באופן בלעדי על ההלכה האנגלית אשר פירשה את התקנה האנגלית הדומה לתקנה 29. זאת על-אף הברדלי נוסח בין תקנה 29 ובין התקנה האנגלית, הברדלים שהצביעו על פירוש רחב יותר שניתן היה לתת לתקנה הישראלית. בעינינו, עם כל הכבוד, הייתה הלכה זו תוצאה של היצמדות-יתר, ואולי אף השתעבדות לפסיקה אנגלית, מצב שכיח מדי אף היום, אשר פוגע באפשרות לפיתוח עצמאי ויצירתי של ההלכה הישראלית¹¹.

אין אנו טוענים, כמובן, כי יש להתעלם מההלכה האנגלית כאשר בית-משפט ישראלי מפרש דבר חקיקה, כגון תקנות סדר הדין, שמקורו במשפט האנגלי. ברם, יש להתייחס להלכה האנגלית תוך מודעות להבדלי הנוסח בין דבר החיקוק הישראלי לאנגלי, אם ישנם, וכן לצורך לפרש דבר חקיקה ישראלי פירוש העונה על צורכי מדינת ישראל בעת קביעת ההלכה. אחרת – תהיה ההלכה הישראלית כבולה על-ידי פסקי-דין אנגליים ישנים אף יותר מההלכה האנגלית עצמה, משום שהאחרונה הרי מכירה באפשרות להפוך הלכה קודמת אשר איננה עונה עוד על דרישות החברה האנגלית.

אולם מעבר להיצמדות-יתר להלכה האנגלית, היו גם סיבות מהותיות לחששותיהם של שופטים ושל גורמים אחרים מפני שימוש בתביעות ייצוג קבוצתיות נוסח ארצות-הברית, אף אם סיבות אלה לא באו לידי ביטוי באופן מפורש בפסיקה.

ראשית – מדובר בשימוש חדש, ולו במידה, בהליך ההתדיינות האזרחית. תביעות הייצוג הקבוצתיות הן ביטוי למגמה בהליך ההתדיינות האזרחי לשימוש שנעשה בו לשם עידוד הגשת תביעות במקרים שבהם סך הנזק שנגרם לכל ניזוק בנפרד הוא כה מזערי עד

9 ראו למשל: בש"א 195/88, 198 מדינת ישראל נ' קרן הופר – עמותה, פ"ד מב(3) 32, 39; ע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312, 323; רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט(5) 774, 785.

10 ע"א 86/69, 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ואח' נ' אורל רבינוביץ ואח', פ"ד כג(1) 645.

11 ראו למשל: רע"א 3765/90 אלבה בע"מ נ' Clogar Spa, פ"ד מה(1), 353; ע"א 407/73 יצחק גואנשיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 169; והשוו עם רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הרסה עין-כרם נ' עפרה גלעד, פ"ד מט(2) 516.

כי אין כל כדאיות בהגשת תביעה עצמאית, אולם סך הנוק לקבוצה בכללותה הוא גדול. מכשיר זה, ביחד עם מכשירים דיוניים נוספים שהומצאו לנוכח מגמה זו, נועד לאו דווקא לפצות ניוזקים, אלא להבטיח את קיום המשפט המהותי ונורמות ראיות של שלטון החוק. התכלית העיקרית של מכשירים אלו הינה להעמיד גופים המשרתים את הציבור (יצרנים, ספקים, נותני שירותים וכיוצ"ב) במבחן מתמיד של איכות השירות או המוצר שהם מספקים, וזאת על-מנת להרתיע אותם מלהזיק לציבור וכן להענישם אם הם אכן מזיקים לו¹². אין פלא אפוא, ששימוש חדש זה בהליכים אזרחיים מעורר חשש בקרב הנוגעים בדבר.

שנית, ניתן להבחין בין שני אמצעים שהתקבלו כשיטות משפט שונות לשם השגת התכלית של הפיקוח על יצרנים; ספקים ונותני שירות. במדינות הקונטיננטליות מקובל להסמיך רשויות שלטון, מועצות ציבוריות וגופים דומים להגיש תביעות מסוג זה. בארצות הברית, המאמינה בכוחו של היחיד וירועה בחשדנותה כלפי השלטון וכוחו, נהוג להגיש תביעות אלו על-ידי אדם פרטי באמצעות תביעת ייצוג קבוצתית. מכשיר דיוני המסמיך יחיד לתבוע בשם קבוצה עורר בזמנו בישראל חששות ובעיות, כאשר הגישה הרווחת התייחסה לאותו יחיד כ"טרדן", המתערב בעניינים לא לו¹³. מובן, שמאז השתנתה גישת הפסיקה בישראל, והרחבת זכות העמידה בהליך אזרחי מתיישבת היטב גם עם הרחבת זכות העמידה של העותרים לבג"ץ. אותו "טרדן" של שנות השבעים הינו "לוחם הצדק" של שנות התשעים¹⁴.

בנוסף, כפי שהזכרנו לעיל, קיים חשש ממשי כי מכשיר רב-עוצמה זה ינוצל לרעה, מאחר שהוא עלול לאפשר סחיטה ושוחד. זאת משום שהפער בין העניין הכספי האישי של הנציג לבין סכום העתק הנתבע בשם הקבוצה עלול לפתות את הצדדים לסלק את התביעה תמורת שוחד, או אף להגישה מראש במטרה לסחוט כספים מהנתבע. לפיכך,

12 דוגמה קיצונית לשימוש זה בהליך אזרחי ניתן למצוא במקרה *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P. 2d 732 (Calif. 1967) שבו הותרה הגשת תביעת ייצוג קבוצתית כנגד חברה המפעילה מוניות בסן-פרנציסקו, אשר הפקיעה מחירים במשך תקופה ממושכת, וזאת על אף שהיה ידוע כי אין כל אפשרות לזהות ולאחר את הנוסעים שניזוקו מכך (רובם, מטבע הדברים, אף אינם תושבי העיר כלל). התביעה אושרה על מנת למנוע מהחברה להמשיך וליהנות מפרי מעשיהם האסורים, ולא דווקא לפצות את הנוסעים. הסעד שנפסק לבסוף חייב את החברה להשיב את עודפי הכספים לכלל נוסעי המוניות העתידיים באמצעות הפחתת המחירים לתקופה מסוימת בעתיד, עד אשר יחקזו הסכום המופחת אל מול הסכום המופקע.

13 ע"א 180/75 יגאל לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ ואח', פ"ד (3) 225, 231.

14 ניתן להשוות את הגישה בפס"ד לביב לגישת הנשיא ברק כלפי נציג שהוא "מתחכם" ואף "מקצועי" בפסק-דין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל ה"ש 9.

נדרש פיקוח צמוד וקפדני מצד השופט¹⁵, המוסיף עומס על המערכת – המתווסף לעומס שכבר קיים בה.

1. גישת בתי המשפט כלפי השימוש בתביעות ייצוג קבוצתיות – האם ניתן לומר כי הפסיקה כיום מגלה גישה עוינת או אוהדת כלפי השימוש בכלי זה?

גם כיום בולט בפסיקה החשש להפעיל את תביעות הייצוג הקבוצתיות והנכונות להתיר אותן היא זהירה ומסויגת. התחושה המתקבלת מהפסיקה היא עדיין תחושת אי-נוחות כלפי תביעות הייצוג הקבוצתיות. זאת אף שבפסקי הדין אנו מוצאים לא מעט הערות בשבחן של כלי דיוני זה. אולם, כאמור, לדברי ההלל מתלוות לא אחת הערות זהירות בנוגע לסכנה הטמונה בשימוש בו.

גישה זהירה זו מוצאת ביטוייה, למשל, בפסקי הדין בעניין טצת נ' זילברשץ¹⁶. שם מציין נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, כי:

”נמצאים אנו בישראל בתחילת הדרך בעניין זה. בית המשפט טרם פיתח תורה כללית בשאלת התובענה הייצוגית. מן הראוי הוא, אפוא, כי את צעדינו הראשוניים בתחום התובענה הייצוגית נצעד בזהירות. אמת המידה אשר צריכה להדריך אותנו היא זו המבטאת את התכלית המונחת ביסוד התובענה הייצוגית:

הגנה על אינטרס הפרט ואכיפת החוק לטובת הכלל, תוך מניעת תביעות סרק...¹⁷

אין להרחיע תובעים תמימים משימוש בתובענה הייצוגית. יש לראות בה מכשיר משפטי-חברתי המגן על הפרט והכלל. יש להפעילו בגמישות וביעילות. יש להיזהר מהוספת דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות כייצוגיות, העלולות לסרבלין הליך במקום לייעלו...¹⁸

עם זאת, יש להבטיח כי התובענה הייצוגית לא תהפך למכשיר של סחטנות במסווה החוק. יש למנוע סחטנות בדמות התובענה הייצוגית (strike suit); יש להכיר בסכנה הטמונה בשימוש בלתי ראוי במכשיר של התובענה הייצוגית¹⁷.”

בתי המשפט מגלים חשש כבד מפני אישור הגשת תובענה ייצוגית. אף שהם מכירים

15 המחוקק אכן הורה להתנות כל צעד ושעל בהליך באישורו של השופט. כמעט שאין דבר שיכול להיעשות על דעת הצדדים לבדם. הסדר זה לא פתר אמנם כליל את הבעיה, אולם איפשר לצמצמה.

16 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל ה"ש 9.

17 שם, בעמ' 785.

בחשיבותה, הן מהבחינה הציבורית והן מהבחינה הפרטנית, נראה כי הדגש החזק יותר מונח דווקא על פוטנציאל הפגיעה שיש למכשיר רב עוצמה זה כלפי הנחבעים. בשל החשש לפגיעה קשה ביותר בנחבעי, נוקטים בתי-המשפט מגמה של זהירות באישור הגשת תובענות ייצוגיות, והדבר מתבטא בעיקר בהחמרת הדרישות. בולטת ביותר המגמה "לייבא" מחסומים להגשת תביעת קבוצתית, המופיעים בהוראות חוק מסוימות, אל הוראות חוק שבהן אין כל דרישה כזו. הדרישה המרכזית ביותר בעניין זה עוסקת בסיכויי התביעה להתקבל, ובכך נעסוק בהרחבה בהמשך. עם זאת, החשיבות הציבורית והאישית שמייחסים בתי-המשפט למכשיר משפטי זה, ניכרת בכל זאת בפרשנות המרחיבה שהם נוקטים על-מנת לאפשר את השימוש בכלי של תובענה ייצוגית. ראו למשל בהחלטה בעניין שמשני נ' "פסגות"¹⁸ – שם נדונה תביעה ייצוגית על-פי החוק לניירות ערך. בהחלטה זו דחה השופט טלגם טענה, שלפיה התיקון בחוק ניירות ערך אינו מאפשר לראות בקרן נאמנות נייר ערך, ומשום כך אין המחזיק בה רשאי לתבוע על-פי החוק. ניכר היה בדבריו של השופט טלגם כי לשימוש בכלי דיוני זה חשיבות מרובה, וכפי שעלינו להיזהר בשימוש בו, עלינו להזהר מפני איונו. ובלשונו של השופט טלגם:

"עלינו להיעזר בכל הכלים המשפטיים האפשריים על-מנת שלא לסכל את תכליתו של החוק, אשר לא הוחק כדי לשלול ממחזיק תעורת השתתפות בקרן נאמנות את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית"¹⁹.

ככלל, בתי-המשפט נוטים לדחות בקשות להגשת תובענה ייצוגית יותר מאשר הם נוטים לקבלן. כך, לדוגמה, בפרשת גולדפדן נ' "כלל"²⁰ – הבקשה נדחתה מחמת ליקויים בתצהיר, אשר היה בהם, בנסיבות העניין, כדי להסיק מסקנות הן ביחס לתביעה עצמה והן לגבי יכולת הייצוג של התובע; בפרשת עו"ד יערי נ' מנהל מקרקעי ישראל²¹ – הבקשה לתביעה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן נדחתה, משום שלא גילתה עילה על-פי החוק, כנדרש; בפרשת שמשני נ' "פסגות"²² – הבקשה לפי חוק ניירות ערך נדחתה כיוון שבית-המשפט לא השתכנע "שקיימת אפשרות סבירה שהשאלות יוכרעו לטובת הקבוצה", וקצרה היריעה מהכיל את הרשימה כולה.

בפועל, אכן רבות הבקשות להגשת תובענה ייצוגית הנדחות יותר מאלו הזוכות לאישור, אולם לא ניתן לדמר כי הדבר נובע מגישה עוינת כלפי מכשיר משפטי זה, אלא ניתן לייחס זאת לגישה זהירה מצד בתי-המשפט. איננו פוסלים הסבר נוסף לתופעה,

18 ת"א (ת"א) 1472/95, המר' 12119/95, 14272/95 שמשני נ' "פסגות" (לא פורסם).

19 שם, פסקה 3 לפסק-הדין.

20 ת"א (ת"א) 1147/96, המר' 12352/96 גולדפדן נ' "כלל" (לא פורסם).

21 ת"א (ת"א) 388/96, המר' 46666/96 עו"ד יערי נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם).

22 לעיל, ה"ש 18.

שלפיו הבקשות המוגשות לבית-המשפט הנן "בקשות בוסר", הנובעות מהתלהבות יתרה של עורכי הדין מהמכשיר הדיוני החדש. לפיכך, ייתכן ודחייתן אינה דווקא תוצאה של מגמה מסוימת. יתרה מזו, בתי-המשפט אף רואים עצמם כאוהדי המכשיר המשפטי של תובענות ייצוגיות כמוזכר לעיל. השופטים מונים לא אחת את היתרונות החשובים הטמונים בתובענה הייצוגית²³.

לסיכום, נראה כי גישת בתי-המשפט כלפי התובענה הייצוגית היא בבחינת "כבדהו וחשדהו". בתי-המשפט מכירים בחשיבותו של מכשיר משפטי זה ומודים ביתרונותיו. עם זאת, בנשימה אחת הם מתריעים מפני שימוש בלתי מבוקר בו. כפועל יוצא, מחמירים בתי-המשפט עם המבקשים להגיש את תביעותיהם בדרך של תובענה ייצוגית, ומדקדקים בקפדנות בכל פרט ופרט בה. לעתים, לדידנו, באופן המחטיא את כוונת המחוקק, כפי שיפורט להלן.

2. הבעיות העולות מנטיית המחוקק לקבוע הסדרים נקודתיים לכל חוק בנפרד לעומת הסדר כולל.

במאמרנו הראשון וכדוח שקדם לו המלצנו על תיקון חקיקתי, אשר יחליף את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי בתקנה חדשה, שתאמץ את תביעת הייצוג הקבוצתית כפי שהיא מנוסחת בארצות-הברית, בשינויים שנועדו לשפר את המכשיר כולו ולהתאימו לישראל. בשנת 1983 הפיץ משרד המשפטים טיוטה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי ברות זו. אולם, טיוטה זו עוררה התנגדות הן בקרב קבוצת "הנתבעים הפוטנציאליים" (יצרנים ונותני שירותים שונים) והן בקרב מספר שופטים בכירים²⁴. עקב התנגדות זו, נגנזה הצעת משרד המשפטים.

תומכי השימוש בתביעות הייצוג-הקבוצתיות לא הרפו והמשיכו לצפות להזדמנות להחזיר את המכשיר למשפט הישראלי. ההזדמנות הופיעה בשנת 1987, כאשר החלו הדיונים במשרד המשפטים וברשות לניירות ערך בדבר תיקון מקיף לחוק ניירות ערך. ואמנם, בשנת 1988, התקבלה הצעת החוק והוא תוקן באופן המכיל לראשונה את האפשרות להגיש תביעת ייצוג קבוצתית במשפט הישראלי²⁵.

מעניין לציין, כי העובדה שתביעות הייצוג הקבוצתיות בישראל מופיעות כהסדר נקודתי בעבור כל חוק בנפרד, אינה פרי החלטה שקולה ומכוונת, אלא תוצר של מאבק התומכים במכשיר זה, אשר ניצלו את הזדמנות הפז שנפלה בחלקם להכליל את הנושא בתיקוני חקיקה. כאשר נשאל על כך חבר-הכנסת יורם ארידור, אשר הציג בשם ועדת

23 ראו למשל מגן וקשת נ' טמפור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 323; טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל ה"ש 9, בעמ' 785.

24 בין השופטים הבכירים שדווקא תמכו בטיוטה, היה נשיא בית-המשפט העליון דהיום, השופט אהרן ברק, אשר עוד בחקופת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה תמך בשינוי המוצע.

25 פרק טו לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

הכספים של הכנסת לחברי המליאה את ההצעה לתיקון חוק ניירות ערך לפני ההצבעה בקריאות שנייה ושלישית, הסביר זאת כך:

"אם אנחנו נמתין עם חידושים מהסוג הזה עד שיחולו על כל אגפי החקיקה, הרי אנחנו יכולים להמתין עד בוש. ולפעמים כדאי דווקא בחוק, שאיננו חוק מרכזי במערכת החוקים שלנו, לנסות ליצור בו מוסד משפטי חדש ולראות כיצד המוסד הזה פועל, ולפי הניסיון שיירכש להפעיל את המוסד הזה גם באגפי חקיקה אחרים... ודאי שזהו ניסיון ראשון מסוגו בחקיקה הישראלית, ויצטרכו אחר-כך להרחיב את המוסד הזה על פני תחומי חקיקה אחרים, בהתחשב בניסיון שיירכש"²⁶.

כך התגבשה מגמה של החדרת האפשרות להגשת תביעות ייצוג קבוצתיות בחוקים חדשים ובתיקונים לחוקים קיימים. מגמה זו, שהחלה כאמור במקרה, הפכה לקו מחשבה מכוון מצד משרד המשפטים, עד כדי כך שכאשר נעשה ניסיון בשנת 1993 על-ידי חברי הכנסת חיים אורון להעביר הצעת חוק פרטית המציעה הסדר כולל להגשת תביעות ייצוג קבוצתיות, הודרזה הממשלה להכניס הסדר ספציפי נוסף בחוק הגנת הצרכן, בין היתר – על-מנת להכשיל את הצעת החוק הפרטית של חברי הכנסת אורון.

העובדה שאין הסדר כללי, אלא הסדרים ספציפיים יצרה שני סוגים של קושי, שעמם נאלצו השופטים להתמודד. ראשית, על השופטים היה לקבוע את תחולתו של כל הסדר ספציפי ואת היחס בין ההסדרים הנקודתיים לבין תקנה 29. שנית, נאלצו השופטים להתמודד עם חוסר האחידות בין החוקים השונים, שנובע מהליכי החקיקה הנפרדים.

א. תחולת ההסדרים המסוימים והשפעתם על הפעלת תקנה 29

בנוגע לשאלת תחולתם של ההסדרים הספציפיים, עולה ההבדל בין הנוסחים השונים של דברי החקיקה ביחס לקשר הדרוש בין עלילות החוק הספציפי לבין האפשרות לתבוע על-פיו בדרך של תביעת ייצוג קבוצתית. ניתן למצוא שלושה נוסחים.

הנוסח הצר ביותר הוא זה המצוי בסעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן המגביל את עלילות התביעה באמצעות תובענה ייצוגית אך ורק לעילות לפי חוק הגנת הצרכן, בקובעו כי: "צרכן... רשאי לתבוע, בכפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו...". בפסיקה עלתה השאלה מה הם גבולותיה ומה הם גדריה של הגבלה זו.

בפסק-הדין בעניין יערי נ' מנהל מקרקעי ישראל²⁷ תבעו התובעים על-פי חוק הגנת הצרכן. אולם לעילות על-פי חוק הגנת הצרכן נוספו גם עלילות חוזיות (הפרת התחייבות),

26 "דברי הכנסת", כרך 111, חוברת ל"ז, עמ' 3871.

27 לעיל ה"ש 21.

חוקתיות (פגיעה בקניין) ונזיקיות (רשלנות ומצג שווא). המבקשים ניסו לשאוב עילות נזיקיות לתוך מסגרתו של חוק הגנת הצרכן באמצעות סעיף 31 שבו. הסעיף קובע כי "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין (נוסח חדש)". טענת המבקשים הייתה כי יש ללמוד מהסעיף, שמדובר בחוק המהווה מעין פרק נוסף לפקודת הנזיקין, ומשום ש"עילה... על פי חוק זה" היא עילה נזיקית, הרי שיש לראות גם ביתר העוולות שבפקודת הנזיקין "עילה על פי חוק זה". השופט א' גורן דחה את הטענה בקובעו כי סעיף 31 הוא חד-סטרי. כוונתו להחיל עקרונות כלליים של דיני הנזיקין הקבועים בפקודה על העילות שלפי החוק, אך אין לראות בעוולות על-פי פקודת הנזיקין עוולות שניתן לחבוע בגינן לפי חוק הגנת הצרכן. לגישתו, סעיף 35 אינו הסדר מסגרת היפה לכל עילה ולכן יש לצמצם את ההסדר הדיוני של התובענה הייצוגית על-פי סעיף זה לגבולות חוק הגנת הצרכן בלבד, ולאפשר תביעה רק על-פי עילותיו²⁸.

לעומת נוסח זה, ניתן למצוא בחוק ניירות ערך ניסוח רחב יותר, המאפשר למחזיק בניירות ערך "...לתבוע בשם קבוצת מחזיקים בניירות ערך בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו..."²⁹. ניסוח זה עשוי לעורר את השאלה אם כוונת המחוקק בביטוי "על פי דין" הייתה להגביל את עילות התביעה לאלו שבחוק ניירות ערך בלבד, או שמא הכוונה היא לאפשר הגשת תביעות ייצוג קבוצתיות בכל עילה על-פי דין כלשהו.

ניתן אולי למצוא פתרון למחלוקת אפשרית זו בדברי שר האוצר דאז, ע' אמוראי, בפני מליאת הכנסת, עת הניח על שולחנה את הצעת החוק לתיקון חוק ניירות ערך לקריאה ראשונה. בהסבירו את מטרת המכשיר הדיוני החדש אשר ביקש להוסיף לחוק, תיאר את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית במסגרת החוק לניירות ערך בזו הלשון:

"...מתן אפשרות מעשית לתביעה ייצוגית; כלומר, הגשת תביעה לסעד כספי על-ידי אחד המחזיקים בנייר ערך בשמם של כל המחזיקים בנייר או בשם קבוצת מחזיקים, וזאת בשל הפרת הוראה מהוראות החוק או התקנות או הפרת הוראה בשטר נאמנות..."³⁰ (ההדגשה שלנו – ס' ג', י' ע').

לכאורה, ניתן היה ללמוד מכך כי האפשרות להגיש תביעת ייצוג קבוצתית במסגרת החוק לניירות ערך מוגבלת אך ורק לעילות אותו חוק ותקנותיו. אולם, בהמשך דבריו של השר אמוראי עולה האפשרות לפרש את כוונת הסעיף באופן רחב יותר. מאחר שלא עלתה לדיון מפורש במליאה השאלה באילו עילות ניתן לתבוע בדרך של תביעת ייצוג קבוצתית, הסברו של השר לחברי המליאה בנוגע למטרתו של פרק ט לחוק, מעניק

28 שם, בעמ' 15 לפסק-הדין.

29 סעיף 54א לחוק ניירות ערך.

30 "דברי הכנסת", כרך 108, חוברת ל"ה, עמ' 3827.

לתומכי הגישה המרחיבה צידוק לעמדתם:

"דרך זו של תביעה ייצוגית נועדה לתת בידי המשקיע אפשרות לתבוע סעד כספי בשם מחזיקי ניירות הערך מהתאגידים שהנפיקו ניירות ערך, אם הפרו הוראת חוק"³¹ (ההדגשה שלנו, ס.ג., י.ע.).

לדעתנו, היה מקום להמשיך במגמה המרחיבה, הפותחת פתח רחב לשימושם של יחידים באמצעי הציבורי החשוב הזה, ולאפשר למקרים רבים ככל האפשר להיבחן בכלים שמציע החוק בסוגיה זו. מכל מקום, בחוק החברות החדש – אשר יחליף, בהיכנסו לתוקף ב-1.2.2000, את פרק ט' לחוק ניירות ערך – עשה עמנו חסד המחוקק כאשר פתר את ההתלבטות בכך שהשתמש במבחן ברור ומקיף יותר: "...עילת תביעה על פי כל דין הנובעת מזיקה לנייר ערך..."³², כאשר זיקה מוגדרת כבעלות, החזקה, רכישה או מכירה. מעניין להיווכח כי נוסח הסעיף בחוק שונה מהנוסח שהופיע בהצעת החוק המקורית. שם, בסעיף 246 (א), הועתק המבחן, כפי שהוא מופיע בחוק ניירות ערך, ללא כל שינוי³³.

המגמה להרחיב את האפשרות להגיש תביעת ייצוג קבוצתית על-פי חוק ניירות ערך באה לידי ביטוי גם בהרחבת המושג "מחזיק בנייר ערך". השופט מ' טלגם קבע בפסק-הדין בעניין שמשי נ' "פסגות" כי גם משתתף בקרן נאמנות יחשב כמחזיק בנייר ערך לצורך הגשת תביעת ייצוג קבוצתית על-פי חוק ניירות ערך.

העובדה שניתן להגיש תביעות ייצוג קבוצתיות לפי החוקים הספציפיים, וכן – ואולי במיוחד – המגבלה בחוק הגנת הצרכן, הולידו ניסיונות לחדש את השימוש בתקנה 29 במטרה למלא את החלל שנוצר. כפי שכבר ציינו, בתקופת פרסומם של מאמרנו הקודמים, הייתה תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי ההסדר החוקי היחיד המאפשר הגשת תובענות בדרך של תביעת ייצוג קבוצתית³⁴. ראינו כי בתי-המשפט לא נהגו להשתמש באפשרות זו. בפרק הקודם ייחסנו זאת, בין היתר, לחשש הכבד שמגלים בתי-המשפט מפני השימוש במכשיר משפטי רב עוצמה זה.

כבר ראינו כי גישתם הזהירה של בתי-המשפט הובילה לפסיקה המצמצמת באופן משמעותי ביותר את המקרים שבהם יינתן אישור להגיש תביעת ייצוג קבוצתית. בניגוד להמלצות שהבענו במאמרנו הראשון לתיקון נוסח תקנה 29, ייחדו בתי-המשפט את

31 שם.

32 סעיף 207 לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

33 הצעות חוק 2432, תשנ"ו, עמ' 2, 76.

34 למעט המאמר: "Class Actions in Israel", לעיל ה"ש 1, אשר יצא לאור זמן קצר לאחר תיקון חוק ניירות ערך בשנת 1988.

השימוש בתקנה אך ורק למקרים שבהם לכל חברי הקבוצה סעד אחיד ומשותף³⁵. בשום פנים ואופן לא תותר, למשל, הגשת תביעות ייצוג קבוצתיות לפי תקנה 29 במקרה הנובע מסדרה של מעשים זהים, שהסעד המבוקש בגינם הוא פיצוי נזק שונה, שנגרם לכל חבר קבוצה בנפרד. אמנם התייחסנו שם גם לאפשרות כי ייתכן שתאושר תובענה ייצוגית גם כאשר הסעד המבוקש הוא צו-מניעה או סעד הצהרתי, אך במקרים אלו אין בדרך-כלל משמעות מעשית לכך שהתובענה היא ייצוגית. עניין זה נדון בפרוטרוט במאמרנו הראשון ואין זה המקום להעמיק בו שנית, אולם יש בו כדי לספק לפחות את אחד ההסברים למיעוט השימוש בתקנה 29.

לאחרונה נעשו בפסיקה ניסיונות "להחיות מחדש" את התקנה, שעמדה כמעט כאבן שאין לה הופכין. בפסק דין טצת נ' זילברשץ תיאר הנשיא ברק את תקנה 29 כ"ראשיתה" של תביעת הייצוג הקבוצתית במשפטנו, כאשר המשכה – בחיקוקים הספציפיים השונים³⁶. לכאורה, מתנופת החקיקה של השנים האחרונות בנושא האפשרות להגיש תביעות ייצוג קבוצתיות במסגרת חוקים חדשים רבים, ניתן היה ללמוד על דעתו החיובית והנוחה של המחוקק מהסדר דיוני זה, המצוי בתקנה 29. ראו למשל את דבריו של השופט א' גורן בפרשת עו"ד אליהוד יערי נ' מנהל מקרקעי ישראל: "הוראת המסגרת לתביעות ייצוגיות מצויה בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, גם אם זו פורשה בעבר בצמצום... הרי נראה שבהשראת ההסדרים החדשים בדבר התובענות הייצוגיות נושבת רוח חדשה גם בהסדר שבתקנות³⁷...". לפי גישה זאת נאמר בפרשת גולדפרד נ' "כלל": "תקנה 29 קובעת הסדר כללי ביותר, אשר מותר לבית-המשפט שקול-דעת רחב אם להתיר הייצוג אם לאו, מבלי לשרטט גדרות לשיקול דעת זה"³⁸.

זאת ועוד: הובעה הדעה כי אם הפירוש המצמצם שניתן בזמנו לתקנה 29 היה תוצאה של היעדר פירוט בתקנה לגבי כלי הפיקוח הנדרשים על-מנת למזער את האפשרות לניצול ההליך לרעה, הרי היום ניתן לפתור את הבעיה בעזרת ייבוא הכללים המצויים בהסדרים הספציפיים אל תקנה 29: "...בהעדר התייחסות בתקנה 29 לגבי התנאים להפעלתה, יש מקום ללמוד אנלוגיה לגבי תכניה וגדרה מההסדרים הספציפיים בנושא תובענות ייצוגיות בחיקוקים ישראלים, בשינויים המתבקשים מכך שתקנה 29 קובעת את ההסדר הכללי החל"³⁹.

עם זאת, ייתכן שניתן ללמוד מקיומם של ההסדרים הספציפיים מסקנה הפוכה. ניתן

35 ראה למשל את פסק-הדין פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ואח' נ' אורל רבינוביץ ואח', לעיל ה"ש .10

36 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל ה"ש 9, בעמ' 785.

37 לעיל ה"ש 21, בעמ' 15.

38 לעיל ה"ש 20, בעמ' 5.

39 שם, בעמ' 5; ת"א (ת"א) 1682/95, המר' 14199/95, עו"ד רם דורון נ' סקום (ישראל) בע"מ (לא פורסם), עמ' 7 לפסק-הדין.

בהחלט להסיק כי דווקא קיומם של הסדרים ספציפיים מלמד כי אין המחוקק מעוניין להעניק לתובענה הייצוגית מעמד של הסדר דיוני כולל, אלא אפשרות דיונית ייחודית ונפרדת לכל נושא משפטי בפני עצמו⁴⁰. הסבר זה מתיישב היטב עם כישלונם של הניסיונות לחוקק הסדר כולל שכזה במסגרת הליכי החקיקה בכנסת ובמשרד המשפטים, ועם העדפת הגישה המעניקה לכל חוק בנפרד את האפשרות לתבוע באופן ייצוגי על-פיו ובתנאיו הייחודיים.

גישה זאת בצירוף הדבקות בפירוש המסורתי של תקנה 29, הניאה שופטים אחרים מלתמוך בהחייאת תקנה 29. לדידנו, יש טעם בגישה החדשנית שלפיה יש למלא בתוכן את תקנה 29. זאת במיוחד משום שבחירת המחוקק להסדיר כל נושא בנפרד לא נעשתה במכוון, אלא החלה באופן מקרי. לפיכך, לטעמנו, אין מקום לשלול בשל כך בלבד את הפרשנות החדשה לתקנה.

ב. בעיית חוסר האחידות בין החוקים המסדירים את האפשרות להגיש תביעות ייצוג קבוצתיות

קושי נוסף שעמו נאלצים השופטים להתמודד עקב חקיקת הסדרים נקודתיים והיעדרו של הסדר חקיקתי כולל לנושא תביעות הייצוג-קבוצתיות, הינו חוסר האחידות בנוגע להפעלת ההליך בכל אחד מהחוקים הנפרדים. חוסר אחידות זה בא לידי ביטוי בצורתו המובהקת ביותר באחד התנאים להתרת הגשת תובענה כחביעת ייצוג קבוצתית. מדובר בתנאי הבוחן את סיכויי התביעה להתקבל. תנאי זה מופיע במפורש בחלק מהחוקים אשר במסגרתם ניתן להגיש תביעות ייצוג קבוצתיות⁴¹, והבולט שבהם הוא חוק ניירות ערך, אך הוא נעדר כתנאי להליך במסגרת חוק הגנת הצרכן.

לגופו של עניין, דעתנו היא כי התנאי הבוחן את סיכויי התביעה להתקבל הוא חיוני ונחוץ להפחתת הנזקים הצפויים לנחבע במקרה של הגשת תביעות סרק נגדו. דעה זו כבר הובעה בעבר במאמרינו הקודמים, ואף הצענו לשלב תנאי זה בהסדר כולל לסוגיה – אם יחקק בעתיד. גישה זו רווחת במשפטנו גם בתחומים נוספים, כאשר התובע דורש סעד מיוחד, מעבר לניהולה הרגיל של תביעתו. דוגמאות מצויות בסוגיות הנוגעות למתן צו-מניעה זמני, היתר המצאה לחו"ל ובתחום נוסף הקרוב לעניינו – ההלכה הפסוקה בדבר התביעה הנגזרת בדיני תאגידים⁴².

40 ראו למשל: ת"א (י-ם) 1276/96 גבעון נ' שערי צדק (לא פורסם), עמ' 12-14; ת"א (חיפה) 1442/95 רשף חן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (לא פורסם), עמ' 26.

41 סעיף 4ב(2) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988; סעיף 16ב(א)(2) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; סעיף 62ב(2) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981.

42 ראו "תביעות-ייצוג-קבוצתיות – מה ועל שום מה?" לעיל ה"ש 1; "פיתוח שיטת תביעת-ייצוג קבוצתית כמגן לצרכן" לעיל ה"ש 1, בעמ' 54-74; ס' גולדשטיין, "חביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה", משפטים יד (תשמ"ד) 48, 62-67.

חוק ניירות ערך מנסח את התנאי המדובר כדלקמן:

"תובענה ייצוגית טעונה אישור בית-המשפט והוא לא יאשרה אלא אם כן שוכנע שנתקיימו תנאים אלה:

התובענה הוגשה בתום לב וקיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"⁴³.

אף-על-פי שתנאי זה מופיע בסעיף 54ב, קבעה השופטת ט' שטרסברג-כהן בפסק-דינה בעניין מגן וקשת נ' טמפו תעשיות, כי יש להחילו גם על סעיף 54א, הדין בקיומה של עילת תביעה אישית של הנציג. הצדקת קיומו ודרך הפעלתו של תנאי זה הוסברו היטב על-ידי השופטת כדלקמן:

"תכלית החוק מחייבת עמידת תוכנע בתובענה ייצוגית בסטנדרט גבוה יותר מעמידתו של תובע בתביעה רגילה בפני סילוק התביעה על הסף. תכלית זו חולשת על סעיף 54ב כולו. הטעם לדרישת סטנדרט גבוה זה, הוא מעמד התובע הייצוגי המייצג תובעים פוטנציאליים בלתי מזוהים, במספר בלתי ידוע, שאינם נמצאים בפני בית-המשפט, ושלא הסמיכו את התובע לייצגם. הם נקשרים לתביעתו לטוב ולרע מבלי ליטול חלק במשפט. בית-המשפט הוא להם לפה. הוא בוחן כליות ולב ומוודא שהתובענה המוגשת ראויה להתברר כיייצוגית הן מבחינת התובעים הן מבחינת הנתבעים והן מבחינת הציבור. פסק-הדין הניתן בתביעה כזו נגד הנתבעים מחייב את הנתבעים כלפי ציבור רחב, בחיובים שגודלם והיקפם אינם ידועים כלל והם עשויים להטיל נטל כבד ביותר לא רק על הנתבעים אלא גם על הציבור בכללו.

...בתביעה רגילה, אם סבור הנתבע כי אין היא מגלה עילה, עליו לפנות לבית-המשפט בבקשה לסלקה על הסף... בתובענה ייצוגית התהפכו היוצרות. אין לאיש זכות להגיש תובענה כזו, אלא עליו לקבל רשות מבית-המשפט לעשות כן... בקשה כזו צריכה – על-פי תקנות סדר הדין האזרחי – להתמך בתצהיר והעובדות שבתצהיר ובחקירה עליו משמשות תשתית לבית-המשפט בקבלת החלטתו.

בהליך של בקשת הרשות להגשת התובענה הייצוגית נפרשת בפני בית-המשפט יריעה רחבה של המחלוקת. מעבר לאמור בכתב התביעה יש בפניו תצהירים; המצהירים נחקרים בחקירה נגדית אם מוצאים

43 סעיף 54 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

הצדדים לנכון לעשות כן; השופט נדרש לבדיקת חומר הראיות העובדתיות המובא לפניו ולקביעת העובדות הרלוונטיות לצורך סעיף 54 לחוק.

... הסתפקות במילים הכתובות כתובענה ללא בדיקת ממשותן אינה מאפשרת לקבל החלטה מושכלת אם לתת את הרשות או להמנע מלתתה.

...ועליו לשכנע את בית-המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על-פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54⁴⁴.

אמנם מתייחסת הפיסקה האחרונה לסעיף 54 א בלבד, אולם באותה פסקה עצמה מוסיפה השופטת המכובדת את הדברים הבאים:

"נראה לי כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיפים 54 ו-54ב מבחינת נטל ומידת ההוכחה להיות אחיד".

כאמור, לא מופיע התנאי בחוק הגנת הצרכן וכן אינו מופיע בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, אשר נחקק בסמוך לתיקון חוק הגנת הצרכן. מעניין לציין כי חוקים אלו נחקקו לאחר שתוקן חוק ניירות ערך ואילו החוקים האחרים שבהם מופיע התנאי נחקקו מאוחר יותר. החוק האחרון שבו מופיעה האפשרות להגיש תביעת ייצוג קבוצתית הוא חוק החברות, תשנ"ט-1999, שבו אמנם לא מוזכר התנאי של סיכויי התביעה להתקבל, אולם מופיע בו תנאי אחר, הדורש התקיימות יסודות העילה⁴⁵.

לדידנו, אין כל הגיון בקיומם של הבדלים אלו בין החוקים השונים. אך עם זאת, היעדרו של התנאי בחוק הגנת הצרכן איננו מקרי, אלא תוצאה של החלטה מכוונת של המחוקק. כוונתו המקורית של המחוקק הייתה דווקא להוסיף דרישה זו, אולם לאור הסתייגותה של חברת-הכנסת נעמי חזן בדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת בוטלה הדרישה והושמטה, במתכוון, מנוסח החוק⁴⁶.

בפרוטוקול דיוני ועדת הכלכלה ביום 21/6/1994, עת דנה היא בתיקון לחוק הגנת

44 מגן וקשת נ' טמפו, לעיל ה"ש 9, בעמ' 327-329. הציטוט מובא כאן בנוסח שבו הוא מצוטט על-ידי השופטת שטרסברג-כהן בפסק-דינה המאוחר יותר: רע"א 6567/97 בזק נ' עובד אליהו גת, תקדין-עליון, כרך 98(2) 1627, 1629.

45 סעיף 210 לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

46 דברי הכנסת, חוברת ל"ח, ישיבה רמ"ב – הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3) – ה' באב תשנ"ד (13 ביולי 1994), עמ' 9380.

הצרכן, אמרה חברת-הכנסת חזן בעניין זה:

"אני רוצה להשאיר את עניין תום הלב, שהוא מאד חשוב, אבל השאר כובל כמידה רבה את האפשרות של הצרכן להגיש את התובענה הייצוגית.

מה שמנסים לעשות פה – וזה כל רוח החוק הנדון – זה לפתוח את האפשרות של התובענה הייצוגית, ועצם מתן הזכות לבית המשפט להכריע מראש לגבי סיכויי ההצלחה, לפי דעתי הוא בעייתי מאד."

בחום הדיון התקיימה הצבעה ודעתה של חברת-הכנסת חזן להעמיד את דרישת סעיף 335(1) על דרישת תום-הלב בלבד, בשונה מדרישת סעיף 354(1) לחוק ניירות ערך, התקבלה. מאוחר יותר, כאשר עלתה הצעת החוק לקריאות שנייה ושלישית, הופיעה סוגיה זו באחת מהסתייגויות הממשלה מהצעת החוק ויושב-ראש ועדת הכלכלה, חברת-הכנסת צחי הנגבי, התייחס אליה והסביר:

"...יצטרכו מראש להוכיח את התוצאה הסופית. זה דבר שלא נראה הגיוני, וח"כ נעמי חזן, שכאמור עמדה בראש ועדת המשנה שהכינה את הצעת החוק למליאת הוועדה ביקשה – ואנחנו קיבלנו את דעתה – שלא לאשר את הסעיף שעל-פיו התובענה, כאמור, מאושרת על-ידי בית המשפט רק אם מראש הוכרע שיש אפשרות סבירה להצלחת התביעה, זה נראה לנו דבר שאין לו עילה, שאין לו הצדקה..."⁴⁷.

אף-על-פי-כן, כאשר הגיעה בפני בית-המשפט העליון בקשה לאשר הגשת תביעה ייצוגית במסגרת חוק הגנת הצרכן, הפנתה השופטת שטרסברג-כהן לדבריה בפסק דין מגן וקשת נ' טמפו, דברים אשר ציטטנו לעיל, באומרה כי "הדברים שנאמרו שם לעניין סעיף 54 א לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 יפים גם לעניין חוק הגנת הצרכן"⁴⁸.

עוד הוסיפה השופטת המלומדת:

"ראוי לציין כי בחוק הגנת הצרכן, בניגוד לחוק ניירות ערך, אין דרישה להראות ש'קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות...יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה', ואולם אין ספק בעיני כי אף מחוק זה מתחייבת שקילת

47 "דברי הכנסת" חוברת ל"ח, ישיבה רמ"ב, עמ' 9380.

48 לעיל ה"ש 44, עמ' 1629.

סיכויי התובענה כחלק משיקול הדעת המופעל לצורך אישור התובענה
כייצוגית⁴⁹.

ראינו אפוא, כי השופט שטרסברג-כהן החילה תנאי, המופיע בהוראת חוק ספציפית, על הוראת חוק אחרת, בה איננו מופיע. יתרה מזאת, השופטת אף החילה אותו התנאי על חוק אחר, אשר אין ספק כי באופן מכוון לא נכלל בו תנאי זה. כיצד ניתן להסביר את מהלכה זה של השופט שטרסברג-כהן? בלי לנסות להצדיק זאת, לדעתנו, ישנם שני טעמים אשר במצטבר מסבירים את הדבר. ראשית, דעתה של השופטת שטרסברג-כהן כי סיכויי התביעה הינם מרכיב חשוב ורצוי בהחלטה אם לאשר את ההליך המיוחד, כבר הובעה בעבר בדבריה בנוגע לנחיצותו של תנאי דומה בעניין מתן צו יציאה מהארץ⁵⁰. שנית, נראה שגם השופטת המכובדת לא מצאה כל טעם להבדיל זה בין ההסדרים הדומים בחוקים השונים. לגבי שני הסברים אלו – אנו תמימי דעים עמה. עם זאת, אנו תמהים אם אכן זהו מהלך דברים נאות במערכת היחסים שבין המחוקק לרשות השופטת.

3. התאמת הליך תביעת הייצוג הקבוצתית למשפט הישראלי.

כאמור, אימצנו בישראל את השיטה האמריקנית, הדוגלת בהענקת הכוח ליחיד על-מנת שינהל את התובענה הייצוגית, לעומת השיטה הרווחת ביבשת אירופה, המעניקה את הסמכות לגורמים ציבוריים לנהל הליכים מסוג זה. אימוץ השיטה האמריקנית בישראל אינו טהור, ובנוסף לסמכויות היחיד שילב המחוקק הוראות המסמיכות גורמים ציבוריים ליטול חלק בהליך. דוגמה לכך ניתן למצוא בחוק ניירות ערך, שלפיו על התובע בתביעת ייצוג קבוצתית להודיע ליועץ המשפטי לממשלה, לכורסה ולרשות לניירות ערך על הגשת בקשתו להתיר תביעת ייצוג קבוצתית.

שילוב בין שיטת המשפט המקובל לבין שיטת המשפט ביבשת אירופה מאפיין את המשפט הישראלי באופן כללי. את הביטוי להתלבטות המחוקק בדבר מציאת האיזון הרצוי בין שיטת המשפט ניתן למצוא במהלך גיבוש ההסדר החקיקתי הנוגע להתייצבות היועץ המשפטי לממשלה בתביעות ייצוג קבוצתיות במסגרת החוק לניירות ערך.

במהלך הדיונים בין משרד המשפטים לבין הרשות לניירות ערך הוסכם על כולם כי על נציג הקבוצה להודיע ליועץ המשפטי לממשלה על עצם הגשת בקשתו להתיר הגשת תביעת ייצוג קבוצתית. אולם, הדעות היו חלוקות בנוגע לתפקידו של היועץ המשפטי לאחר קבלת ההודעה. היו שסברו שיש להשוות את ההסדר לזה הנהוג בהליך הקובלנה הפלילית. דהיינו, יש לתת ליועץ המשפטי סמכות להחליף את הנציג כתובע מטעם

49 ש.פ.

50 רע"א 6424/98 סימון דוד נ' מפרק דגני עמירם בע"מ (בפירוק), תקדין-עליון, כרך 99(1), 652.

טופחה ופותחה לאין שיעור בשנים האחרונות. ייתכן שספינת הדגל של תופעה זו היא חקיקתו של חוק הגנת הצרכן והתקנות אשר הוצאו על-פיו. בכך גילה המחוקק את דעתו המפורשת, המבטאת את המגמה המובהקת בקרב הציבור, כי הגנת הצרכן קרובה ללב. עורכי-הדין הישראלים מושפעים אף הם ממגמה זו, ומאחר שבידיהם הכלים להביאה לידי ביטוי מעשי, הם זוכים לביקורות חיוביות מן הציבור ומן התקשורת כאשר הם בוחרים להשתמש בכלים אלו. כאמור, יש בכך ערך רב לעורך-הדין הישראלי כבעל מקצוע, אך אנו סבורים כי יש בכך ערך בעבורו גם כצרכן.

ד. לסיכום

למשפט אופי דינמי, והוא מתפתח ומשתנה ללא הרף. דברים אלו נכונים אלפי מונים כאשר מדובר במשפט הישראלי, אשר מאז קום המדינה מצוי עדיין בתהליך של התהוות והתגבשות. לחלוף הזמן מאז פרסומינו האחרונים בסדרת המאמרים בנושא תביעת הייצוג הקבוצתית, יש אפוא חשיבות מכרעת.

במאמר זה סקרנו את התפתחותה של תביעת הייצוג הקבוצתית בישראל מאז מאמרנו האחרונים ועד לעת האחרונה. הדגשנו את הבעיות שנבעו מהימנעותו של המחוקק להסדיר את נושא תביעות הייצוג הקבוצתיות בחוק כללי אחד ואת תגובת בתי-המשפט לבעיות אלו. בחקיקת החוק האחרון המאפשר את השימוש בכלי זה, חוק החברות, תשנ"ט-1999, פתר המחוקק חלק מהבעיות בתחום זה, אולם הוסיף לבלבול הקיים בדבר חוסר האחידות בתנאי הסף הנדרשים להגשת תובענות ייצוגיות. לעניות דעתנו, ראוי כיום כי המחוקק ישעה להמלצתנו המקורית – המופיעה במאמר הראשון בסדרה זו של מאמרים בנושא – בדבר חקיקת הסדר כללי ומקיף לנושא תביעות הייצוג-הקבוצתיות – ויפה שעה אחת קודם!

התפתחות התחום של תביעות ייצוג קבוצתיות הינה, בין היתר, תולדה של ריבוי הגשתן על-ידי עורכי-דין, וזאת בניגוד לציפיותינו בעבר. עובדה זו, לבדה, מצדיקה ערכתו של מחקר נפרד בתחום חקר התנהגות האדם.