

מעקב פסיקה

ת"צ (ת"א) 35356-08-15 עופר מנירב נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2021):
בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מפי השופט רחמים כהן, הורה על מחיקת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת בזק (להלן: "המשיבה"). בבקשת האישור נטען כי המשיבה מהווה מונופולין בתחום אספקת שירותי תקשורת בין מייצגי נישומים לפני רשות המיסים לבין יחידת שירות עיבודים ממוחשבים ("שע"מ") המופעלת על ידי הרשות, וכי ניצלה לרעה את מעמדה בכך שהנהיגה אפליית מחירים בין לקוחותיה וגבתה מהם מחיר גבוה ובלתי הוגן. זאת, בניגוד להוראות חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות").¹

באשר לטענה בדבר גביית מחיר גבוה ובלתי הוגן, ציין ביהמ"ש כי קיימת בפסיקה מחלוקת בשאלה האם האיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, שעניינו קביעה של מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של נכס או שירות שבמונופולין, כולל גם איסור על גביית מחיר גבוה ובלתי הוגן ("תמחור מופרז"), או שמא מוגבל למחיר נמוך ובלתי הוגן ("תמחור טורפני").² בעניין זה פנה ביהמ"ש לפרשנות שהציג השופט גרוסקופף בעניין **צדוק**, לפיה יש לקרוא את הסעיף באופן שאוסר גם על גביית מחיר מופרז, וזאת לנוכח תכלית החוק בכלל וסעיף זה בפרט – מניעת התנהגות נצלנית שיש בה כדי לעשוק את הציבור.³ בכך הצטרף לפסקי דין מחוזיים נוספים שהכירו באפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בעילה זו.⁴

לאור קיומם של פערי מידע משמעותיים בין הצדדים, קבע ביהמ"ש כי רף ההוכחה הנדרש בשלב בקשת האישור היא מקל ולא גבוה, וייבחן על סמך הנתונים הגלויים לבדם.⁵ גם בהינתן רף ההוכחה הנמוך יחסית, הגיע ביהמ"ש למסקנה כי המבקשים לא השכילו להעמיד תשתית ראייתית לכאורית התומכת בטענותיהם.⁶

¹ ת"צ (ת"א) 35356-08-15 עופר מנירב נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.01.2021) (להלן: "עניין בזק").
² שם, עמ' 17-18 לפסק דינו של השופט כהן. הדיון העקרוני בין המלומדים בתחום דיני התחרות בדבר ההכרה בעילה זו חורג מגדרו של מעקב זה, אך אציין בקצרה כי ניתן לזהות בספרות שתי גישות מנוגדות: על פי גישה אחת, אין להכיר בעילת המחיר הגבוה והבלתי הוגן במסגרת החזקות שעניינן ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. בין השאר, טוענים תומכי גישה זו כי קיים קושי בקביעת קו הגבול בין מחיר הוגן לבלתי הוגן, וכי חוסר הוודאות ביחס לעילה זו עלולה להגדיל את עלות הטעות מסוג תחולת יתר. טענה שגורה נוספת בהקשר זה היא שהסיכוי לגריפת רווחים משמש תמריץ עיקרי להשקעה ופיתוח עבור חברות, כך שהגבלה מסוג זה עלולה לפגום בפעולתו ויעילותו של השוק החופשי. להרחבה, ראו **מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277, 297, 302-303 (2015)**. על פי גישה אחרת, האיסור על גביית מחיר מופרז מתחייב הן מלשונו והן מתכליתו של חוק התחרות - הגנה על ציבור הצרכנים מפני ניצול לרעה על-ידי מונופולים. בהקשר הישראלי, טוען למשל פרופסור גילה כי קיימת חשיבות רבה באכיפת עילה זו דווקא בשווקים אלו, שמתאפיינים בריבוי מונופולים וריכוזיות. להרחבה, ראו **דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761, 766-769 (2016)**.

³ עניין **בזק**, לעיל ה"ש 1, עמ' 18 לפסק דינו של השופט כהן; ת"צ (מרכז) 36098-05-16 **אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס" 20-24 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (להלן: "עניין צדוק") (פורסם בנבו, 16.1.2019). בעניין זה נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בטענה כי חברת שטראוס ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בשוק אבקת הקקאו לצריכה ביתית בכך שגבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור אריזות 150 גרם ו-500 גרם של אבקת הקקאו לצריכה ביתית.

⁴ ראו למשל ת"צ (מרכז) 46010-07-11 **נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2016)**. בעניין זה אושרה בקשה לניהול תובענה ייצוגית שעניינה בטענה כי חברת תנובה ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בשוק הגבינה הצהובה בכך שגבתה מחיר בלתי הוגן ומופרז עבור גבינה צהובה ארוזה (בקשת רשות ערעור גביעי קוטג'. לפסק הדין בתובענה זו, ראו ת"צ (מרכז) 46010-07-11 **נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 17.06.2020)** (ערעור לביהמ"ש העליון תלוי ועומד, ע"א 5036/20 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נאור**). עוד ראו ת"צ (ת"א) 18298-11-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.06.2019)**. בעניין זה אושרה בקשה לניהול תובענה ייצוגית שעניינה בטענה כי חברת תנובה ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בשוק הגבינה הצהובה בכך שגבתה מחיר בלתי הוגן ומופרז עבור גבינה צהובה ארוזה (בקשת רשות ערעור לביהמ"ש העליון תלוי ועומדת, רע"א 6104/19 **תנובה מרכז שיתופי תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' המועצה הישראלית לצרכנות**). כן ראו ת"צ (מרכז) 6719-08-16 **רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן: "עניין גפניאל") (פורסם בנבו, 16.1.2019)**. בעניין זה אושרה בקשה לניהול תובענה ייצוגית שעניינה בטענה כי החברה המרכזית לייצור משקאות ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בשוק המשקאות הקולה בכך שגבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור בקבוק 1.5 ליטר של משקה קוקה-קולה (בקשת רשות ערעור לביהמ"ש העליון תלוי ועומדת, רע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל**). כאמור, נכון לכתובת שורות אלו ההליכים תלויים ועומדים בפני ביהמ"ש העליון, שטרם הכריע בסוגיה.

⁵ עניין **בזק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10 לפסק דינו של השופט כהן.
⁶ כך למשל, נמצא כי ההשוואה בין התעריפים שגובה המשיבה מלקוחות שע"מ אחרים מעוררת קושי משום שמדובר בשירותים ברמה ובאיכות שונה. השוואה אחרת לתעריפיה של החברה המתחרה התבררה כלא מדויקת מבחינה עובדתית, ולאחר שתוקנה התברר שאינה מצביעה על פער משמעותי. להרחבה, ראו עמ' 19 לפסק דינו של השופט כהן בעניין **בזק**, לעיל ה"ש 1. הטענה בדבר

אף על פי כן, נקבע כי ניתן להסתפק במחיקת הבקשה לאישור ולא בדחייתה, וזאת לאור התנהלות המשיבה, שבחרה לא לחשוף אף נתון שישקף את המצב לאשורו. בתוך כך, צוין כי התנהלות זו אינה מצדיקה יצירת מעשה בית-דין לטובתה.⁷

כפי שעולה מפסק הדין, אחד האתגרים המשמעותיים שמעוררות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בעילת המחיר המופרז נוגע לסוגיית פערי המידע בין הצדדים. לטענת גילה וקלמנט, תביעות בעילה זו מתאפיינות בפערי מידע מובנים, שכן הנתבע מחזיק בכלל הנתונים ביחס לעלויות הייצור וההשקעה שלו, ואלו לרוב אינם זמינים לתובע. כך, על פי הטענה, ישנו סיכוי גבוה יותר שהמחיר התחרותי יוערך על ידי ביהמ"ש ביתר מאשר בחסר, באופן שיוצר הטיה מובנית לטובת הנתבע. במאמרם מוזכרים שלושה פתרונות אפשריים לבעיה זו: האחד הוא גילוי מסמכיו של הנתבע בשלב האישור, לאחר שהתובע העמיד תשתית ראייתית ראשונית לקיום התנאים הקבועים בס' 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק"); השני הוא העברת נטל הראיה אל הנתבע, לאחר שהתובע הציג ראיות לכאורה לפיהן המונופול גבה מחיר העולה על מחיר המתחרים באחוז גבוה מספיק; והשלישי הוא התאמת רף ההוכחה למידת הגילוי לה הסכים הנתבע.⁸ כאמור, בעניין **בזק** בחר ביהמ"ש בפתרון השלישי: לאור בחירתה של המשיבה שלא לספק נתוני אמת, נקבע כי רף ההוכחה הנדרש בבקשת האישור יהא נמוך.⁹

היחס בין נטל ההוכחה המוטל על המבקש בשלב האישור לבין היקף הגילוי שהמשיבה בוחרת לבצע בשלב זה נידון בין השאר במאמרם של קלמנט ורונו. מאמר זה דן באופן בו יש לעצב את הליך האישור, תוך שאיפה לאזן באופן מיטבי בין הצורך בהרתעה יעילה של נתבעים חייבים לבין הצורך בהגנה על נתבעים לא-חייבים מפני הליך שיפוטי מלא, על העלויות והסיכונים הכרוכים בו. בכדי להגשים מטרה זו, קלמנט ורונו מציעים לאזן בין כמות המידע אליה נחשף ביהמ"ש השלב הראשון של ההליך לבין רף ההוכחה הנדרש בשלב זה.¹⁰ בהקשר של פערי המידע, נטען כי ככל שפערי המידע בין התובע לנתבע גדולים יותר, רף ההוכחה צריך להיות נמוך יותר או שאפשרות הביורור הראייתית וגילוי המידע העומדות לתובע צריכות להיות רחבות יותר.¹¹ עוד מוצע במאמר מתווה חלופי להליך האישור, שכולל ברירת מחדל לפיה המבקש יידרש לעמוד ברף הוכחה מינימלי, תוך שתישלל ממנו הזכות לגילוי. לצד זאת, מוצע לאפשר לצדדים להגיע להסכמות דיוניות שקושרות בין מידת הגילוי שתידרש מהמשיב לבין רף ההוכחה שיעמוד בפני המבקש. כך למשל, משיב יוכל להיענות לדרישת הגילוי ובכך להעלות את רף ההוכחה בהתאם, וההפך – ככל שסירב לדרישת הגילוי, יישא במחיר הנובע מרף ההוכחה הנמוך.¹²

הצעתם של קלמנט ורונו בעניין קשירת רף ההוכחה במידת הגילוי יושמה על-ידי השופט גרוסקופף בשני הליכים שונים שדנו בעילת המחיר המופרז, אליהם גם מפנה ביהמ"ש בפסק הדין בעניין **בזק**. בעניין **צדוק** נמנעה המשיבה מגילוי נתונים בדבר מדיניות התמחור שלה, כך שנקבע כי רף ההוכחה בשלב בקשת האישור

אפליית המחירים נדחתה אף היא משנמצא כי המבקשים לא נתנו את דעתם לשורה של הבדלים אובייקטיביים אשר עשויים להצדיק מחיר שונה דוגמת מועד ההתקשרות, סוג החיבור ורוחב הפס. להרחבה בעניין זה, ראו עמ' 13-14, שם.⁷

⁸ דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" **עיוני משפט** מה 41-43 (צפוי להתפרסם ב-2021) (להלן: "גילה וקלמנט").

⁹ בהיעדר נתוני אמת, פנו המבקשים בעניין **בזק** למבחן העזר המכונה "מבחן ההשוואה", אחד משלושת המבחנים המקובלים להוכחת מחיר מופרז. לפירוט מבחנים אלו, ראו **גילוי דעת 1/17**: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017) **רשות התחרות 501194**. לאור פערי המידע בין הצדדים נדחתה טענת המשיבה לפיה השימוש במבחן זה לבדו אינו מספיק להוכחת מחיר מופרז (ראו עניין **בזק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18-19). לדיון בשאלה האם די במבחן עזר אחד על מנת להוכיח את העילה, ראו עמ' 15-22 לעמדת היועמ"ש, להלן ה"ש 16, וגילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27-32.

¹⁰ אלון קלמנט ורות רונו "בחנית עלת התביעה וסיכווייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 16 (2019).

¹¹ שם, בעמ' 31-32.

¹² שם, בעמ' 53-54.

יהא מקל, ויתמקד באינדיקציות שסיפק המבקש ובשים לב למידע הגלוי הקיים בשוק.¹³ גישה דומה יושמה בעניין **גפניאל**, תוך שנקבע כי ניתן לנצל את אופיו המקדמי של שלב בקשת האישור ולאפשר למשיבה להחליט מהו היקף הברור העובדתי שברצונה לקיים. כך, אם תרצה להימנע מחשיפת נתונים, תישא במחיר של דיון חלקי בבקשת האישור, תוך התמקדות באינדיקציות שגובשו על סמך נתונים גלויים בלבד; לחלופין, אם תרצה לקיים ברור מקיף בטענה, תישא במחיר חשיפתם של נתוני האמת – ובמקרה כזה, ציין ביהמ"ש כי נראה שיש לחייבה בגילוי כל הנתונים הדרושים באופן סביר לצורך בחינת מדיניות התמחור שלה, וזאת על מנת להימנע ממצב בו תחשוף רק נתונים המשרתים את טיעוניה.¹⁴ בהליך זה נמנעה המשיבה מחשיפת נתוני אמת, כך שנקבע רף הוכחה מקל לשלב בקשת האישור.¹⁵

גישה זו, שיושמה בהליכים שהוזכרו לעיל, עוררה התנגדות מסוימת בהקשר של עילת המחיר המופרז. בחוות הדעת שהגיש היועמ"ש במסגרת הערעור על החלטת אישור התובענה הייצוגית בעניין **גפניאל**, נטען כי לא היה מקום בנסיבות העניין להוריד את רף ההוכחה הנדרש בשלב אישור.¹⁶ לשיטת היועמ"ש, עצם היכולת לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי היא "השמן המניע את גלגלי התחרות", ומורכבותה של עילת המחיר המופרז מעוררת חשש מפני אכיפת יתר שתפגע בהליך התחרותי.¹⁷ אם כן, מורכבות זו מחייבת לשיטתו זהירות רבה ביישום העילה, תוך הצבת רף הוכחה גבוה באופן יחסי.¹⁸ גישה זהירה זו זכתה לתמיכה במאמרם של גל ושפיגל, שם נטען כי הקשיים השונים שמעוררת העילה, כמו הקושי בקביעת קו הגבול בין מחיר הוגן לבלתי הוגן, מתעצמים כאשר עסקינן באכיפה פרטית, וזאת בין השאר לנוכח חוסר מומחיותו וכליו המוגבלים של בתי משפט כגוף אוסף, לעומת רשות התחרות. משכך, נטען כי אין מקום להתחשב בפערי המידע שבין התובע לנתבע כדי להצדיק אימוץ של רף הוכחה נמוך בשלב האישור.¹⁹ לשיטת גל, שפיגל והיועמ"ש, טענה זו נתמכת בדבריה של השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין **רייס**, לפיהם אין בפערי המידע המובנים בעילה זו כדי להצדיק את "גלגולן" של השאלות הטעויות הכרעה לשלב הדיון בתובענה לגופה.²⁰

בהמשך לדיון זה, מעניין לבחון את הפתרון המוצע בעניין **בזק**. כאמור, בסופו של ההליך נקבע כי היעדר הגילוי מצד המשיבה לא מצדיק יצירת מעשה בית-דין לטובתה, כך שניתן להסתפק במחיקת הבקשה ולא בדחייתה. עוד הודגש כי התנהלות אחרת מצידה הייתה עשויה להביא לדחיית הבקשה וליצירת מעשה בית-דין כלפי חברי הקבוצה בגין העילות האמורות. בתוך כך, המחיקה מוצגת בתור פתרון ששומר על זכויות חברי הקבוצה, שכן כך מבקש אחר יוכל להגיש בקשה נוספת באותו עניין.²¹

תוצאה זו מעוררת שאלה ביחס להבחנה שערך ביהמ"ש בין מחיקה לבין דחיית בקשת אישור, ובעיקר ביחס לנפקות ההבחנה בכל הנוגע ליצירת מעשה בית-דין כלפי שאר חברי הקבוצה. סעיף 24 לחוק קובע כי פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית-דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשםם נוהלה התובענה הייצוגית, וזאת

¹³ עניין **צדוק**, לעיל ה"ש 3, פס' 46-47 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁴ עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 4, פס' 19-20 להחלטתו של השופט גרוסקופף.

¹⁵ שם, בפס' 35 להחלטתו של השופט גרוסקופף.

¹⁶ עמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פס' 103-105.

¹⁷ שם, פס' 24 ו-31.

¹⁸ ר' ה"ש 16 לעיל.

¹⁹ מיכל גל ויוסי שפיגל "עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן: קשיים אינהרנטיים, טעויות בסיסיות ותנאים להחלתה" 57 (טרם פורסם).

²⁰ רע"א 2616/03 ישראל כרטיס בע"מ נ' הוארד רייס, פס' 26-27 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 14.3.2005). מדובר בערעור על החלטת אישור בקשה לניהול תובענה ייצוגית שהוגשה נגד חברות אשראי בטענה לגביית עמלת סליקה מופרזת מבתי עסק. לנוכח פערי המידע המאפיינים עילה זו, צוין כי אין צורך בהצגת קו גבול "מדויק" ביחס לשאלה מהו המחיר הבלתי הוגן, אך נקבע כי על התובע לבסס לכאורה את אי-הוגנות המחיר, כמו למשל על דרך הגשת חוות דעת היפותטית. בעניין זה נשען התובע על עמלת הסליקה שגבתה החברה החדשה שנכנסה לשוק, וטען כי חיוב בתי עסק לשלם עמלת סליקה העולה על שיעור זה מהווה ניצול לרעה. לאחר שהתגלו נתונים נוספים, ביניהם העובדה שחברה זו קרסה תוך זמן קצר, הגיע ביהמ"ש למסקנה כי לא ניתן לקבוע באופן סביר כי כל מחיר העולה על שיעור זה היה בלתי הוגן. משכך, נקבע כי אין לאפשר לתובע לעבור לשלב השני ולפתוח במסגרתו ב"מסע דיג" של נתונים לצורך מציאת קו טיעון חדש, והאישור לניהול התובענה הייצוגית בוטל.

²¹ עניין **בזק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20-21 לפסק דינו של השופט כהן.

בכפוף לחריגים הקבועים בחוק. כלומר, עולה השאלה האם ובאילו נסיבות ניתן למשל לטעון ליצירת מעשה בית-דין מכוח החלטה הדוחה בקשת האישור, להבדיל מפסק דין בתובענה עצמה.

על פניו, בעוד שמחיקת בקשה לאישור מאפשרת הגשת בקשה נוספת באותו עניין,²² השאלה ביחס להשלכות של דחיית בקשת אישור טרם הוכרעה במפורש בפסיקת ביהמ"ש העליון.²³ בעניין כרמל ציינה הנשיאה חיות כי יש הסוברים שבנסיבות מתאימות דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית לא תמנע הגשת בקשת אישור נוספת באותו נושא, אך הבהירה כי הסוגיה טרם הוכרעה.²⁴ בעניין שלמה תחבורה נחלקו שופטי ביהמ"ש העליון בשאלה האם יש לדחות או למחוק בקשה לאישור מפאת חוסר תום לב דיוני של התובע המייצג ובא כוחו. שופטי הרוב סברו שיש לדחות את הבקשה, והמשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין קבע כי דחיה מטעמים של חוסר תום לב, מבלי שנערך דיון בטענות בבקשה לגופן, לא תקים מעשה בית-דין נגד חברי הקבוצה.²⁵ עם זאת, שופטי המיעוט סברו שיש למחוק את הבקשה, וזאת נוכח חוסר הבהירות ביחס לסוגיית יצירת מעשה בית-דין בנסיבות אלו.²⁶ מכל מקום, נראה כי סוגיה זו טרם זכתה לדיון מקיף בפסיקת ביהמ"ש העליון בהקשרים בהם נידונו הטענות לגופן, כפי שנעשה בעניין בזק. לפיכך, עולה השאלה האם כלל יש משמעות לבחירה במחיקה על פני דחיה בנסיבות אלו, למעט חוסר הבהירות הכרוך בדחייה. לצד זאת, ניתן להזכיר היבט נוסף שקשור באפשרות להגיש בקשה נוספת באותו עניין. בהחלטת ביהמ"ש המחוזי בעניין רוזנפלד – שניתנה לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות – קבעה השופטת (כתוארה אז) חיות כי אף על פי שהחלטה הדוחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית אינה חוסמת הגשת בקשה נוספת באותו עניין, העובדה שעניין דומה כבר נדון והוכרע מצדיקה בדיקה מקדמית, בה יראה המבקש שיש טעם בדיון מחודש באותה סוגיה. יתרה מזאת, נקבע כי במקרים בהם הבקשה החדשה לא תציג הבדל משמעותי ביחס לזו הקודמת, ניתן יהיה לראות בכך הטרדה של הצד שכנגד, כך שביהמ"ש יוכל לסלק את הבקשה על הסף מבלי לדון בה לגופה.²⁷

לבסוף, ניתן להעלות שאלה נוספת ביחס לתוצאה זו והאופן בו היא מתיישבת עם הגישה שהוצגה מעלה בדבר הקשירה בין רף ההוכחה למידת הגילוי. על פניו, משניתנה למשיבה האפשרות לבחור ברמת גילוי נמוכה, יתכן כי לכאורה היה מקום להנמיך את רף ההוכחה בהתאם, ותו לא. בהנחה שקיים הבדל בין דחייה למחיקת בקשת אישור בכל הנוגע ליצירת מעשה בית-דין, הוספת רכיב זה למשוואה עשויה להעלות את השאלה מהו רף הגילוי המינימלי האפשרי שיחסוך מהמשיבה את הסיכונים והעלויות הכרוכים בהתדיינות נוספת. בתוך כך, יתכן השימוש במעשה בית-דין עשוי לתמרץ אותה לביצוע גילוי נוסף. יתר על כן, ניתן

²² ע"א 4744/19 רכבת ישראל בע"מ נ' בן ציון ציטרין, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 22.9.2020). מדובר בערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, שהורה על מחיקת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. זאת לאחר שהמבקש ביקש לתקן את בקשתו, ולבסוף הודיע כי הוא "מושך" את הבקשה תוך שאינו מסתיר את כוונתו להגישה מחדש. בפסק הדין צוין כי מבחינה דיונית המבקש הסתלק מתביעתו, כך שדינה של בקשת האישור להימחק. עוד הובהר כי משמעות המחיקה היא שלא קיימת מניעה להגיש בקשה חדשה באותו עניין, אם כי החלטה זו עשויה להוות שיקול מבחינת ביהמ"ש בבואו לדון בבקשה החדשה.

²³ ע"מ 2152/19 אנטי טפיו נ' רשות המיסים, פס' 22 להחלטתה של הרשמת עבדיאן (פורסם בנבו, 4.10.2020). בעניין זה נידונה בקשתו של המבקש המייצג למחיקה על הסף של ערעור שהוגש על ידי באת-כוח הקבוצה בניגוד לרצונו. במסגרת הדיון בבקשה צוין כי שאלת יצירתו של מעשה בית-דין מכוח החלטה הדוחה בקשת אישור טרם הוכרעה במפורש על ידי ביהמ"ש העליון, אך קבלת הגישה לפיה פסק דין כאמור מהווה מעשה בית-דין כלפי חברי הקבוצה מובילה למסקנה שאין להעניק "זכות וטו" למבקש בשאלת הערעור, וזאת לאור ההשלכות האפשריות על זכויות הקבוצה כולה.

²⁴ רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' מור כהן, פס' 4 להחלטתה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 12.9.2016). בעניין זה נידונה בקשה לביטול פסק דין קודם שניתן על ידי הנשיאה, ובו התקבל ערעור על אישור בקשה לניהול תובענה ייצוגית.

²⁵ רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פס' נ' לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017).

²⁶ שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט דניגר ובפס' 16 ו-23 לפסק דינו של השופט פוגלמן. בין השאר, ציין השופט פוגלמן כי גם אם דחיית הבקשה לאישור מטעמים אלו לא תקים מעשה בית דין נגד חברי הקבוצה, ניתן להניח כי תוצאה זו בכל זאת מעוררת קשיים משמעותיים, בין אם כתוצאה מהתיישנות ובין אם בשל גישה בלתי אוהדת של ביהמ"ש לעניין בו עסק הליך קודם שנדחה.

²⁷ ת"א 1043/00 רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי, פס' 8-10 להחלטתה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 24.10.2002) (ערעור לביהמ"ש העליון נדחה). כפי שזכר בהחלטה, באותה העת היו בתוקף מספר דברי חקיקה שקבעו במפורש כי החלטה הדוחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית אינה חוסמת אפשרות להגשת בקשה נוספת באותו עניין, כמו למשל תקנה 6 לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לעניין תובענות ייצוגיות), התשנ"ה-1995. עוד צוין כי לדעת מלומדים שונים ממילא לא ניתן לחסום תובע מהגשת בקשה לאישור בשל הליך קודם שלו עצמו לא הייתה לו שליטה עליו, שכן לא נוצרה קרבה משפטית (privity) שמאפשרת החלת מעשה בית-דין.

להזכיר שיקול מדיניות שמציג ביהמ"ש ביחס לרף הגילוי המינימלי והאפשרות ליצירת מעשה בית-דין. על פי שיקול זה, דחיית בקשה בהליך בו המשיב לא הציג ראיות שיש בהן כדי להעמיד את המצב לאשורו עשויה להוות פתח לניצול לרעה של הליכי משפט, שכן המשיב עשוי לפעול באופן אקטיבי על מנת שתוגש נגדו תביעה ייצוגית חסרת סיכוי ללא ראיות מספקות, וזאת על מנת לזכות בהגנה מפני תביעות ייצוגיות בעתיד.²⁸

²⁸ עניין **בזק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20-21 לפסק דינו של השופט כהן.