

גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית

מאת
משה בר-ניב (בורנובסקי)*

- א. מבוא
1. תת-אכיפה של דיני הגנת הצרכן
 2. מנגנונים קיימים לאכיפה צרכנית
- ב. יסודות התובענה הייצוגית
- ג. תחומי התביעה
 1. התובע
 - (א) זכות העמידה
 - (ב) ארגון צרכנים
 2. עילות התובענה הייצוגית
 - (א) תחום ההגנה הצרכנית בחקיקה
 - (ב) תחום העילות שבחוק הגנת הצרכן
 - (ג) עילות להגנת הצרכן שמחוץ לחוק הגנת הצרכן
 - (ד) מגבלות בתובענה הייצוגית
- ד. סיכום ומסקנות

א. מבוא

הדין המהותי קובע את מסגרת האינטרסים והפעולות המשפטיות שמערכת המשפט מכירה בהם. הדין הפרוצדורלי נועד לקבוע את המתכונת שעל-פיה יתנהלו הליכי הבירור והאכיפה של הזכויות המוקנות על-פי הדין המהותי. כמובן זה, אמור הדין הפרוצדורלי לשמש אחד מכלי-העזר להגשמת המטרות של הדין המהותי. מקום שהדין המהותי מקנה זכות וקובע סעד בגין הפרתה, ראוי שהדין הפרוצדורלי יאפשר מימוש של הזכות ברמת אכיפה אופטימלית, כנגזר ממטרות הדין המהותי ותוכנו.

אולם, יש שמבנה הדין הפרוצדורלי אינו עומד בקניי-המידה האמורים. כתוצאה מכך, עלולה להיווצר סטייה מהרמה הרצויה של הציות לחוק. לעיתים, עלולים כללי המימוש של הזכויות להפחית מהותית את יכולת האכיפה (וממילא גם את רמת הציות), ובנסיבות קיצוניות, עלול הדין המהותי ליהפך להלכה ואין מורין כן. דומה שתחום דיני הגנת הצרכן הינו דוגמה בולטת לתופעה זו.

* מרצה בכיר, הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב.

1. תת-אכיפה של דיני הגנת הצרכן

דיני הגנת הצרכן הוכללו במערכת המשפט המקומית במגמה לשנות את כללי המשחק ביחסים שבין המגזר העסקי לצרכנים. דינים אלה משקפים מערכת העדפות חברתית, ותכליתם כפולה: נוסף לביטול העדיפות שהקנה הדין לגופים עסקיים,¹ מבקשת החקיקה הצרכנית להקנות, בתחומים מסוימים, עדיפות לצרכן על אחרים.² מכיוון שההיקף הכספי הכולל של העסקות הצרכניות הינו עצום, אמורות ההשלכות הכלכליות של דיני הגנת הצרכן להיות מרחיקות-לכת. כוונת החקיקה הצרכנית לשנות את אורחות ההתנהגות של העוסקים, כך שיתאימו לסטנדרטים הצרכניים, מטילה על העוסקים עלות כלכלית (או מוגעת או מפחיתה רווח). לולא העלות הכרוכה בקיום הסטנדרטים הצרכניים, היו העוסקים מקיימים כללים אלה אף בלא צורך בחקיקה צרכנית. צא ולמד, כי על-מנת שהעוסקים אכן יקיימו את אורחות דיני הצרכנות, צריך שיתקיים מנגנון אכיפה אפקטיבי.

חוק הגנת הצרכן קבע שלושה מנגנונים לאכיפתו: עונשי, מינהלי ואזרחי-פרטי. הצורך בקיום מערכות אכיפה מקבילות נובע, בין היתר, מהבעייתיות של מתכונת האכיפה האזרחית בהקשר של עילות צרכניות.

רוב העסקות הצרכניות הינן בסכומים לא-ניכרים, וכך גם היקף הפגיעה או הנזק הצפויים כתוצאה מחריגה מהכללים הצרכניים. בהיות הנזק הטיפוסי הכרוך בהפרת זכות צרכנית נמוך יחסית, נמוכה גם הכדאיות שבהגשת תביעה המסתמכת על עילה צרכנית. תוחלת העלות (במונחי זמן, הוצאות וכולי) הכרוכה בהגשת תביעה ובניהולה עלולה להיות גבוהה יותר ברוב המקרים מאשר תוחלת הרווח הצפויה מהתביעה.³ מכאן ברור שקיימת הסתברות נמוכה לנקיטת הליכים משפטיים על-ידי צרכן יחיד בגין פגיעה בזכויותיו כצרכן. מצב זה כשלעצמו מוביל למסקנה, כי רמת האכיפה של חוקי הגנת

1 כך, לדוגמה, הכלל "ייזרה הקונה", שנהג בעבר במשפט המקומי, הוחלף בחקיקת החוזים בחובת גילוי, אך בתחום הצרכני הורחבה חובה זו באופן ניכר; כדוגמה נוספת ניתן להביא את חוק החוזים האחרים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8, שעניינו ביטול קיפוח של לקוחות מחמת עדיפות הספק, בין שזו נובעת מכשל-שוק ובין מעדיפות מיקוחית של הספק.

2 לדוגמה, הכללים המיוחדים שבחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248 (להלן: חוק הגנת הצרכן), מאפשרים קשת רחבה יותר של עילות ביטול. הזכויות האמורות עומדות רק לזכות צרכן כמשמעו בחוק. לפיכך, כאשר נוצרות שתי עסקות דומות בין בית-עסק לבין שני לקוחות, וכאשר לקוח אחד הוא צרכן והאחר אינו צרכן (גוף עסקי, ציבורי וכולי), יוכל הצרכן ליהנות מהזכויות על-פי החוק, ואילו בעל העסקה המקבילה לא יוכה בהגנה דומה.

3 להסבר מלא יותר של נושא זה ראו מ' ברניב (בורנובסקי) "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על-ידי המגזר העסקי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 299.

הצרכן באמצעות הליכי האכיפה האזרחית תהיה נמוכה יחסית, דהיינו, קיימת תת-אכיפה מובנית לגבי החקיקה הצרכנית.

בעיית התת-אכיפה שבועה בתבנית האכיפה הצרכנית האזרחית גם בשל בעיית ה-Free Ride. במקרים רבים, כשצרכן מבקש למנוע הפרה של חוקי הגנת הצרכן, כגון על-ידי צו-מניעה, הריהו מתייצב בדין גם "למען" צרכנים אחרים, שיימנעו מהשתתפות בעלות התובענה, שכן, הנאתם ממנה מובטחת להם בכל מקרה. מכאן, שהצרכן המתנדב לפעול נגד הפרת חקיקה צרכנית המשפיעה על הרבים "מסכסד" צרכנים אחרים; אדם רציונלי אינו שש לנהל על חשבונו מערכה משפטית שהתועלת בה לאחריים גבוהה לאין שיעור מתועלתו. מכאן, שגם בהקשר זה תהיה רמת האכיפה על-ידי הצרכנים נמוכה מהרצוי.

תביעתו של צרכן יחיד למימוש זכויותיו הצרכניות פותרת, במקרה הטוב ביותר, את בעייתו האישית של צרכן מסוים, ועשויה להוליך לפיצויו בגין נזק שנגרם לו. אולם, בראייה חברתית כוללת, פיצויו של צרכן זה או אחר אינו המטרה העיקרית. הפיצויו ממלא פונקציה חברתית חשובה, בהשיבו (אפילו חלקית) את הנפגע מהפרת חוק לרמת העושר שהיה נתון בה לולא ההפרה; אולם המטרה העיקרית של החקיקה הינה לקבוע כללי התנהגות שיישמרו, כך שלא יהיה צורך כלל במתן הפיצויו. תביעות צרכנים יחידים לפיצויו משרתות את המטרה העיקרית של החקיקה הצרכנית רק כאשר יש בהן כדי לתמרץ את העוסקים לקיים רמה אופטימלית של שמירה על הוראות החקיקה הצרכנית.

התת-אכיפה המובנית של התביעה הצרכנית מעמידה את מגזר העוסקים לפני משוואת החלטה, שתוצאתה בהכרעה לקיים רמה נמוכה של ציות לחקיקה הצרכנית. מכיוון שהעוסק מודע להסתברות הנמוכה של תביעה צרכנית, הוא מפנים אותה למערכת החלטותיו. לפיכך, העוסק מעריך כי תוחלת הרווח הצפויה מהפרת החוק גבוהה יותר בהשוואה למצב שבו היתה רמת האכיפה של החוק גבוהה יותר.

חולשתה של האכיפה על-ידי הצרכנים כיחידים נובעת גם ממתכונת ההתייחסות המקובלת בבת-המשפט לתביעת היחיד, המתוחמת בעיקר בהגנת עניינו הישיר של התובע. גישת-היסוד הנהוגה בבת-המשפט הינה לברר את ה"ריב" שבין הצדדים, ומכאן גם גגורת מערכת הסעדים, שייעודה להסדיר את המחלוקת שבין הצדדים. המבנה המשפטי האמור מביא לידי כך, שאף כי מטרת החוק הינה הגנת הצרכן - ולמעשה, כלל הצרכנים - גם אם ימצא תובע שיבקש להגן על כלל הצרכנים, ספק אם יוכל לעשות כן.⁴

עולה ומצטבר מכל האמור, כי מתכונת התביעה הצרכנית אינה מאפשרת אכיפה יעילה של החקיקה הצרכנית. הבעייתיות שבתביעה על-ידי הצרכן היחיד לא נסתרה כנראה מהמחוקק, שעה שחוקק את חוק הגנת הצרכן. קביעת מנגנוני האכיפה העונשי והמינהלי שבחוק עשויה להעלות את רמת הציות לחוק, אולם נראה כי לא נעשה שימוש מהותי בכלים אלה. אפילו תתייעל האכיפה השלטונית, עדיין לא יהיה בה כדי ליצור רמת פיקוח אופטימלית, ולשם כך דרושה אכיפה אזרחית.

4 להסבר מלא יותר בעניין ראו בר-ניב (בורנובסקי), שם, בע' 301-302.

2. מנגנונים קיימים לאכיפה צרכנית

כדי להקל על האכיפה האורחית בתחום הגנת הצרכן ולעודדה, הותקנה בחוק הגנת הצרכן הוראה מיוחדת, המאפשרת הענקת פיצוי חלקי לארגון צרכנים שסייע בהגשת התביעה.⁵ אולם השימוש במנגנון זה לא הוכח כיעיל.⁶ פתרון נוסף לבעייתיות שבתביעה הצרכנית הוחק עוד קודם לחקיקת חוק הגנת הצרכן. הקמת מערכת השיפוט לתביעות קטנות⁷ נועדה להפחית את העלות הכרוכה בתביעה הצרכנית, אולם, למרות השיבותה של מערכת זו בתחום הצרכני, אין בה כדי להוות פתרון שלם לבעיית התת-אכיפה המובנית בתביעה הצרכנית.⁸

על רקע הבעייתיות שבתביעת הצרכן, הוצע לאמץ את מכשיר התובענה הייצוגית ככלי יעיל לאכיפה צרכנית.⁹ השימוש בתביעה הייצוגית על-פי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984,¹⁰ כמתכונת לתביעה צרכנית, אינו מעשי ככל הנראה, בשל היקפה המוגבל של תובענת הייצוג על-פי תקנה 29.¹¹

על-מנת להתגבר על המחסום של כללי סדרי-הדין, המהווים למעשה מכשול לפני אכיפת הדין המהותי בתחום הגנת זכויות של ציבור גדול, לא היה מנוס מתיקוני חקיקה ראשית, כדי להנהיג את מכשיר התובענה הייצוגית בתחומים מסוימים. כך נעשה הדבר בתחום ניירות-הערך¹² וכך גם בתחום מניעת מפגעים סביבתיים.¹³ מגמה זו מתבטאת בחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994,¹⁴ המייסד מנגנון של תובענה ייצוגית כמכשיר להגנת הצרכן.

- 5 ראו סעיף 31 (ב) לחוק הגנת הצרכן.
- 6 בסקירה של מאגר פסקי-הדין של הפדאור"ר לא מצאתי עדות להפעלה ממשית של תביעות על-פי חוק הגנת הצרכן.
- 7 על-פי חוק שיפוט בתביעות קטנות, תשל"ו-1976, ס"ח 247.
- 8 לעניין החוק האמור בהקשר הצרכני, ראו ס' דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"ב) 345.
- 9 ס' גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית - מה ועל שום מה?" משפטים ס (תשל"ס) 416; ברניב (בורנובסקי), לעיל הערה 3.
- 10 ק"ת 2220.
- 11 ראו ע"א 79/69, 86 פרנקישה נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645; גולדשטיין, לעיל הערה 9, וכן ס' גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג-קבוצתית - ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא (תשמ"א) 412.
- 12 חוק ניירות ערך (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988, ס"ח 188, שהוסיף את פרק טו, העוסק בתובענה ייצוגית.
- 13 ראו סעיף 10 ואילך לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184.
- 14 ס"ח 252 ולהלן: החוק.

ב. יסודות התובענה הייצוגית

כפי שמוסבר בו, מאמץ החוק, כמתכונת לתובענה הייצוגית הצרכנית, את ההסדרים שנקבעו לגבי תובענה ייצוגית על-פי חוק ניירות-ערך. החוק יאפשר לצרכן או לארגון צרכנים מוכר להגיש תביעה ייצוגית בשם ציבור הצרכנים או קבוצת צרכנים. ריכוז ההגנה על זכויותיהם של צרכנים רבים בתובענה אחת עשוי לפתור את בעיית התא-אכיפה המובנית בתביעת הצרכן. התובענה הייצוגית תביא לידי הצטברות סכומי תביעה רבים ונמוכים לכדי סכום אחד ממשי, ולעיתים קרובות אף גדול ביותר.¹⁵ הסכום הכולל הגבוה של התובענה הייצוגית יאפשר גיוס אנשי-מקצוע, שיפעלו להגשת התובענה הייצוגית וזכייה בה. שכר-הטרחה הצפוי לעורכי-הדין ולמומחים שיעסקו בתובענה הייצוגית עשוי להיגזר גם מהיקף הסכום הכולל שייפסק. לפיכך, היקף השכר הצפוי למומחים בתביעה ייצוגית יהיה גבוה יותר במידה משמעותית מאשר בתביעת צרכן יחיד. למעשה, תביעת צרכן יחיד או מספר קטן של צרכנים בודדים לא יהיה בה כדי להוות בסיס לשיתופם של מומחים בניהול התביעה, וממילא, אם תוגש תביעה כזו, סיכויי הצלחתה יהיו נמוכים.

התביעה הייצוגית מהווה במידה רבה תביעתם של המומחים המטפלים בה. בדרך-כלל, יהיה זה משרד עורכי-דין שייזום את הגשת התובענה וירכז את קבוצת המומחים שתסייע בידו. שכרם של כל אלה ייגזר מגובה הסכום שייפסק כפיצוי בתובענה; לחלופין, אם יושג הסדר פשרה, יהיה שכר המומחים נושא להסכמה בין המומחים לנתבע. המומחים גקלעים במצב כזה לבעיית "שלות" (Agency); עניינם בגובה שכרם עלול להוביל לניגוד אינטרסים בינם לבין ציבור הצרכנים שהם מייצגים; נוסף על כך, עלול עניין זה להביא לידי אכיפת-יתר, מעבר לרמה הרצויה מבחינה חברתית.

החוק מנסה להתמודד עם בעיות-יסוד אלה על-ידי הצבת מנגנוני בקרה, הן על עצם אישור התובענה¹⁶ והן על מתכונת שכרם של עורכי-הדין¹⁷ וסמכות הנציג להגיע להסדר.¹⁸ תובענה צרכנית ייצוגית לא תאושר ככזאת אלא אם ישוכנע בית-המשפט שהתקיימו בה היסודות הענייניים המצדיקים ניהול תובענה ייצוגית. על התובענה לעמוד במבחני היעילות הפרוצדורלית, דהיינו, שהתובענה הינה הדרך היעילה וההוגנת לבידור העניין, ובכלל זה שגודל הקבוצה המיוצגת מצדיק את הגשת התובענה כיייצוגית. במקביל, על בית-המשפט להשתכנע שהתובע (ולמעשה, במקרים רבים, עורכי-הדין המנהיגים את התובענה) אכן פועלים להגנת האינטרסים של הקבוצה, הן בתום-הלב

15 כך, לרזוגמה, בתביעת קרן הופר נגד הבנקים הגדולים בישראל, הוערך סכום התובענה הייצוגית שביקשה הקרן להגיש על-פי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי בסכום של כ-122 מיליון ש"ח. ראו בש"א 195/88, 198 מ"י נ' קרן הופר, עמותה; קרן הופר, עמותה נ' מ"י, פ"ד מב(3) 32. הסכום, משוערך להיום, הינו כפול לפחות.

16 סעיף 335 לחוק.

17 סעיף 335 לחוק.

18 סעיף 335 לחוק.

שבצעם הגשת התביעה והן בקיומה של רמת ציפיות סבירה שהעניינים המשותפים לצרכנים יוכרעו לטובתם. במקביל, צריך התובע לשכנע את בית המשפט שהוא מייצג בדרך הולמת את האינטרסים של הצרכנים המיוצגים בקבוצה. המבחנים הללו אמורים להקנות לבית המשפט יכולת בחינה ובקרה, לוודא שהתביעה הייצוגית תופעל בהתאם לאינטרסים של הצרכנים.

ג. תחומי התביעה

כפי שדברי ההסבר להצעת החוק מבהירים, התובענה הייצוגית הינה "הדרך היעילה ולעתים אף היחידה שבה יכולים צרכנים להתמודד עם גופים כלכליים חזקים, שלגביהם תביעה נפרדת של צרכן בודד, או של כמה צרכנים ביחד, הינה חסרת משמעות."¹⁹ אכן, כפי שהובהר לעיל, התובענה הצרכנית הייצוגית אמורה לפתור את בעיית התת-אכיפה הגלומה בתביעה הצרכנית. אולם, דומה שהחוק מושתת על הבסיס העיוני הנכון, דומה שאינו מביא לידי יישום מלא את הפתרון לבעיית התביעה הצרכנית. היקף התחולה של התביעה הייצוגית הצרכנית מתוחם בהוראת סעיף 35א(א) לחוק, כדלקמן:

"צרכן או ארגון צרכנים, כמשמעו לפי סעיף 31ג(ג) (להלן – התובע), רשאי לתבוע, בכפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים, בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו (להלן – תובענה ייצוגית)."

עיון בהגדרה האמורה מלמד, כי מעצם הגדרתה, להבדיל מהתנאים הדרושים להפעלתה, מוגבלת התובענה הייצוגית הן באשר לזכות העמידה והן לגבי היקף העילות שהיא קיימת בהקשרן.

1. התובע

תובענה ייצוגית מחייבת קיומו של תובע בעל מיהות מיוחדת, הלא הוא צרכן או ארגון צרכנים. כלומר, זכות העמידה בתביעה הייצוגית אינה נתונה לכל מי שמבקש לאכוף את זכויות הצרכן, אלא רק למגזר נתון מקרב הציבור. ההגדרה האמורה מחזירה את הבעייתיות של התביעה הצרכנית ללב הדיון. כפי שהובהר לעיל, עצם הצורך בקיום תביעה ייצוגית בנושאים צרכניים נובע מהיעדר המוטיווציה של הצרכן לתבוע את זכויותיו שלו. קשה לראות כיצד מי שנמנע מאכיפת זכויותיו כמקבל החלטות רציונליות יתייצב בדין להגנת זכויות הכלל. גם אם ימצאו צרכנים יחידים שהגנת הכלל היא בראש מדרג העדפותיהם, ספק רב אם לקבוצה קטנה זו כוון מכשיר התובענה הייצוגית. צרכנים

19 דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון 3), תשנ"ד-1994, ה"ח 396.

כאלה, או חלקם, היו נוקטים בצעדי אכיפה, ובכללם פנייה לצווי-מניעה, גם במתכונת הקיימת של חוק הגנת הצרכן. עלי-מנת להתגבר על הבעיה האמורה ולתמרץ צרכנים לשמש אוכפים, מאפשר סעיף 55 לחוק לבית-המשפט להורות על תשלום פיצוי מיוחד לתובע שטרח בהגשת התביעה. כלומר, המתכונת המוצעת משנה את הכללים של משוואת ההחלטה של הצרכן המבקש לשמש תובע ציבורי, בכך שהיא מאפשרת תוחלת רווח חיובית לצרכן האוכף את החוק בדרך של תביעה ייצוגית.

למרות התמרוץ המוצע בחוק לצרכן האוכף את האינטרס הצרכני הכללי, ספק אם ימצאו צרכנים רבים שיבקשו ליטול על עצמם את העלות והסיכון הכרוכים בניהול התובענה הייצוגית. על צרכנים כאלה ירבוץ עדיין הנטל של שכירת עורכי-דין ומומחים אחרים ושל הוצאות אחרות הדרושות לניהול התובענה ולזכייה בה. גם אם יוכו בתובענה, עדיין אין הם בטוחים כי בית-המשפט אכן יוכה אותם בפיצוי המיוחד, ובאיוה שיעור. כלומר, ההחלטה לנהל תביעה צרכנית ייצוגית מתאימה למקבלי החלטות שפונקציית העדפת הסיכון שלהם הינה של אדישות סיכון או אהבת סיכון, ובדרך-כלל, אין היא מתאימה לשונאי סיכון. הצרכן האופייני הינו שונא סיכון מטבעו, ולכן ספק רב עד כמה תועיל המתכונת המוצעת לעידוד הגשת תובענות ייצוגיות וניהולן בפועל על-ידי צרכן.

(א) זכות העמידה

הדרישה שהצרכן יגיש את התביעה הייצוגית עשויה להתפרש בשני אופנים עיקריים: האחד, מהותי, דהיינו, על הצרכן להיות התובע האמיתי ובעל העניין האמיתי בתובענה; האחר, פורמלי, ולפיו די שיימצא תובע העונה על הגדרת צרכן, אף כי תפקידו בהליך הינו פורמלי גרידא. המתכונת השנייה תפתח פתח לייזום ולניהול של תובענות ייצוגיות על-ידי עורכי-דין ומומחים, שיקדמו את העניין הצרכני מתוך רצונם לקבל שכר על פועלם. במקרה כזה יהיה עליהם לאתר צרכן, כדי שיוכלו להציגו בחזית התביעה אך משום שמצוות החוק מחייבת זאת.

פרשנות כזאת מעמידה את הדרישה של זכות העמידה כעניין פורמליסטי טהור, ואינה מקדמת מטרה עניינית כלשהי, שכן, מי שרוצה לעסוק בהגשת תובענה ייצוגית ואינו צרכן לא יתקשה לאתר צרכן כזה (ולו בשכר) ולהעמידו כתובע פיקטיבי. אכן, בעיה כזו התעוררה כבר בהקשר רצונם של מתחרים למנוע התחרות בלתי-הוגנת המתבצעת תוך הפרת הכללים של חוק הגנת הצרכן. בהקשר זה הועלתה האפשרות שעוסק יסתייע בתובע-צרכן שישמש איש-שקש, אשר יספק לתובע האמיתי את הכסות של זכות העמידה על-פי חוק הגנת הצרכן.²⁰

הכללת הדרישה של זכות העמידה עשויה להצביע על כוונת החוק להעניק את הזכויות על-פיו לסוג מסוים של תובעים, או שעניינה בהצרת האוכלוסייה הפוטנציאלית של תובעים. השיקול הראשון הינו מהותי, ולפיכך מחייב מדיניות מצמצמת בהגדרת

20 ג' גינת "גניבת עין" דיני הנזיקין - העוללות השונות (ג' טדסקי עורך, תשמ"ב) 48; המ' (ת"א) 8779/84 טלסה אינטרנשיונל בע"מ נ' תלם 555 בע"מ, פ"מ תשמ"ה (3) 89,

ההיקף של בעלי זכות העמידה. השיקול השני עניינו בעומס הרובץ על בתי-המשפט ובחשיבותו היחסית של נושא התובענה, בהתחשב בעומס. לכן, המדיניות השיפוטית בהקשר זה יכולה להיות גמישה יותר. השקפתי היא, שבהקשר הצרכני של תביעת הייצוג יש לנהוג גמישות בעניין זכות העמידה, מחמת התת-אכיפה המובנית בתביעה הצרכנית. אולם השקפה כזו יכולה להיות ישימה רק אם התכלית של זכות העמידה היא בקרה על זרם ההליכים.

מטרתה של התובענה הייצוגית הינה הגנת האינטרסים של כלל הצרכנים או של קבוצת צרכנית. התובע שיום את ההליך אמור לשרת מטרה זו, ולפיכך, הסעד המהותי הדרוש לו או הגנת עניינו הפרטי טפלים למטרות התובענה הייצוגית, שתכליתה ועניינה הם האינטרסים של הכלל. את מיצוי זכויותיו הפרטיות היה התובע יכול להשיג, לו רצה, בהליך עצמאי (אם כי, כזכור, במקרים רבים אין תוחלת רווח חיובית להליך כזה). לכן, מיהותו של התובע הינה בעלת חשיבות מועטה יחסית בשלב ההגדרה של זכות העמידה. הגמשת הדרישה של זכות העמידה אינה מחייבת שזרם התביעות הצרכניות שיתבררו יהיה גדול מהרצוי. מנגנוני הבקרה על-פי סעיף 35 נועדו להבטיח, כי מכלל התביעות הייצוגיות שיוגשו, יוכרו ויתנהלו רק אלה התואמות את האינטרסים הראויים להגנה של ציבור או של קבוצת צרכנים. בעוד מנגנוני הסינון המחויבים על-מנת לקבל את אישור בית-המשפט מושתתים על קניימדיה מהותיים וענייניים, מנגנון הסינון שבדרישת זכות העמידה הינו פורמלי-טכני בעיקרו. על-מנת להגיע לרמת האכיפה הרצויה מבחינה חברתית, כנגזרת ממטרותיו של דין הגנת הצרכן, ראוי שיתבררו כל אותן תביעות ייצוגיות העומדות במבחנים המהותיים-הענייניים, ולא ראוי שיוכשלו באיבן בשל דרישה מחמירה-פורמלית של זכות עמידה.

(ב) ארגון צרכנים

החוק מאפשר גם לארגון צרכנים, נוסף לתובע-צרכן, להגיש תובענה ייצוגית.²¹ בהרחבה זו יש משום ברכה, שכן, ארגון הצרכנים אמור להיות מתוחכם יותר מהצרכן הבודד ובעל ראייה כוללת יותר של האינטרס הצרכני. מכיוון שמטרת הארגון הצרכני הינה להגן על הצרכן, הרי אכיפת דיני הגנת הצרכן הינה בגדר פעילות עיקרית בתחום פעילותו של ארגון כזה, והמוסיווציה שלו לפעול גם באמצעים משפטיים ברורה יותר מאשר זו של צרכן יחיד. האינטרס של ארגון צרכני לפעול להגנת הצרכן הינו אינטרס ראשוני, ובכך גם יתרונו על אוכף מומחה-מקצועי, המבקש לנהל תביעה ייצוגית כדי להפיק תועלת אישית, הגם שכתוצאה מכך, ייצאו הצרכנים נשכרים. ממילא, גם ניגוד האינטרסים הצפוי לגבי אוכף מומחה-מקצועי יהיה גדול יותר מזה הצפוי לגבי ארגון צרכנים.

21 בהצעת-החוק נדרש שארגון צרכנים כזה יוכר על-ידי שר המשפטים, וזאת כאשר ארגונים כאלה מאושרים ממילא לפי סעיף 13(ג). עניין זה הינו היחיד כמעט שבא על תיקונו בהליך החקיקה משלב של הצעת-חוק לחוק.

למרות הידווח התיאורטי של ארגון צרכנים כגוף האוכף חקיקה צרכנית, ספק רב עד כמה יפעילו ארגוני הצרכנים את מכשיר התובענה הייצוגית. גם כיום, לפי סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, יכלו ארגוני צרכנים ליוזם נקיטת הליכי אכיפה על-ידי צרכן ואף לזכות בפיצוי על השקעתם. בפועל, לא נעשה כמעט כל שימוש במתכונת התביעה הזו. לכן, אם נשפוט לפי ביצועי העבר, יש יסוד לחשש שארגוני הצרכנים לא יפעילו די הצורך את התובענה הייצוגית.

2. עילות התובענה הייצוגית

החוק תוחם לא רק את התובעים האפשריים, אלא גם את עילות-התביעה שבגינן מותר לנהל הליכי תובענה ייצוגית. סעיף 35א(א) לחוק מגדיר את עילת-התביעה שביסוד התובענה הייצוגית ככזאת, שעל-פיה היה התובע ראוי לתבוע "על פי חוק זה". החוק מאפשר אך ורק תובענות ייצוגיות שעילתן יסודה בחוק הגנת הצרכן. תחיסת משפחת העילות שניתן לנהל בגינן תובענות ייצוגיות מפחיתה מהותית את ההיקף הנפוץ של האכיפה באמצעותן. הצמצום האמור ישאיר על כנה, במידה רבה, את הבעייתיות המובנית בתביעה הצרכנית, ובפועל, תועלתו של התיקון לחוק לא תהיה רבה. לפיכך, קשה לרדת לעומקה של הכוונה שבהגבלת היקף העילות של התביעה הייצוגית. היה ניתן לחשוב שהדבר נעשה מבלי משים, ואולי אף כתוצאה מאימוץ הסדרי התובענה הייצוגית שבחוק ניירות-ערך, אולם אין הדבר כן; דווקא חוק ניירות-ערך אינו מגביל, אלא מרחיב את היקף העילות שניתן לבסס עליהן תובענה ייצוגית. סעיף 54א לחוק ניירות-ערך קובע, כי תובע יכול לכלול בתובענה הייצוגית "כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו". לפיכך, יכולה התביעה הייצוגית שעל-פי חוק ניירות-ערך להתייחס לעילות שמתחום דיני החברות, החוזים, הנויקין וכל היוצא באלה. חוק ניירות-ערך מבקש לתקן כשל אכיפתי הנובע ממבנה האחזקות האטומי בתאגידים או בזכויות בתאגידים, ולפיכך אינו מגביל את התובע רק לעילות שבו. גם התביעה הצרכנית הייתה צריכה להיות בנויה במתכונת כוללנית זו, אך משום-מה לא הלך המחוקק בדרך זו. מכיוון שהחוק מכוסס כאמור על חוק ניירות-ערך, עלולה הסטייה הברורה שבהצרת ההיקף של עילות-התביעה להביא לידי פרשנות מצמצמת של עילות-התביעה על-פי החוק.

(א) תחום התביעה הצרכנית בחקיקה

למרות שמו, אין חוק הגנת הצרכן חל על מגורים נרחבים של עילות צרכניות, ויצוין שאף אינו מתיימר להסדיר את מלוא התחום של הגנת הצרכן. הכללים המשפטיים העשויים לשמש להגנת הצרכן ניתנים לחלוקה למקורות מספר, כדלקמן:

- (1) חוק הגנת הצרכן וחקיקת-המשנה על-פיו;
- (2) חקיקה צרכנית מיוחדת וכללית;
- (3) חקיקה כללית;
- (4) חקיקת פיקוח שלטוני.

נראה שתחמת התובענה הייצוגית למגזר אחד בלבד מותירה את הצרכנים במצב של נחיתות מובהקת בכל הקשור לאכיפת הדינים האחרים העשויים לשמש להגנתם. הבעיה הצרכנית אינה שונה מהותית בכל אחד ממישורי הדין המאפשר את הגנת הצרכן. כפי שהובהר בסעיף א לרשימה זו, התת-אכיפה המובנית של תביעת הצרכן אינה תלויה במקור החיקוק, אלא באופיה של התובענה הצרכנית. לפיכך מובן, כי הגבלת היקף העילות תגרור בעקבותיה הגברה של האכיפה על-פי חוק הגנת הצרכן ורמה ירודה של אכיפה על-פי חקיקה אחרת העשויה להגן על הצרכן. הפיקוח האזרחי על העוסקים יוסט בעיקר לתחום של חוק הגנת הצרכן. ייתכן שכתוצאה מכך אף תהיה רמת-יתר של אכיפה באמצעות חוק הגנת הצרכן: התובעים ינסו לדחוק את תביעתם למסגרת חוק זה אף אם הדין המהותי הראוי לטיפול בנושא מצוי בחקיקה אחרת.

לדוגמה, יונח שהעילה הצרכנית הנכונה מצויה בחקיקה העוסקת באחריות למוצרים פגומים, והסעד הנאות והראוי ניתן במסגרת זו. אם הגזק לצרכן יחיד נמוך יחסית, הרי בשל חוסר האפשרות להגיש תובענה ייצוגית, ינסו לנתב את התביעה למסגרת של חוק הגנת הצרכן. חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980,²² מגדיר מוצר כפגום גם כאשר נסיבות העניין מחייבות מתן אזהרות או הוראות-שימוש מיוחדות, וכאלה לא ניתנו. במקביל, מחייב סעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן גילוי של "כל תכונה בנכס המחייבת אחזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה". אף שהגנת הצרכן על-פי חוק האחריות למוצרים פגומים יעילה יותר, בהטילה אחריות מוגברת על העוסקים, יגרום היעדר האפשרות להפעיל תובענה ייצוגית להססת התביעה ממערך האחריות שעל-פי דיני הניוקין למסגרת של חוק הגנת הצרכן. התוצאה תהיה, שבמקרים כאלה לא ייהנו הצרכנים מיתרונות חוק האחריות למוצרים פגומים, ותרד רמת הציות לחוק זה, המיועד להניע את העוסקים לייצר מוצרים שאינם גורמים נזקי גוף.

(ב) תחום העילות שבחוק הגנת הצרכן

חוק הגנת הצרכן מתמקד בעיקר בחלק מהנושאים הצרכניים הקשורים לתהליך של התגבשות חוזה בין עוסק לבין צרכן. דהיינו, החוק מתרכז במניעת העברה של מידע מטעה או בחיוב מסירה של מידע מלא על-ידי העוסק לצרכן. הנחת-היסוד היא, כי בתנאים של מידע נאות, יוכל הצרכן לכלכל את צעדיו בתבונה ולהתקשר בעסקה המשיאה את רווחתו. כוונת החוק הינה להגן "על הצרכן מפני מעשי הטעיה או מרמה."²³ החוק מגדיר עילות-תביעה לגבי הטעיה וניצול של מצוקת הצרכן. החוק מגדיר גם את סוגי המידע שיש לספק לצרכן בכל עסקה צרכנית. נוסף על כך קובע החוק חובת גילוי מוגברת או מתכונת גילוי מיוחדת לגבי עסקות מיוחדות, כגון רוכלות, או לגבי קהל יעד מיוחד, כגון קטינים. ההתמקדות במסירת המידע בשלב הטרם-חוזי תוחמת את גבולות

22 ס"ח 86.

23 רע"א 2512/90 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, פ"ד מה(4) 405, 421.

החוק בצורה ברורה למדי. לפיכך, עילות שאינן באות בגדר שלב עסקה זה לא ייכללו בחוק, וממילא לא יהיה ניתן להגיש בגינן תובענה ייצוגית. אולם, לא רק עצם העילות המוגדרות בחוק תחומות עד לשלב של כריתת התווה, אלא אף בתחום מוגדר זה אין החוק חל על כל סוגי העסקות. סעיף 39 לחוק הגנת הצרכן מוציא במפורש מגדר תחולתו את תחום השירותים הבנקאיים והביטוחיים. תחומים אלה, שהינם בעלי חשיבות מרובה, זכו בחקיקה מיוחדת, העוסקת בהגנת לקוחותיהם.²⁴ איזו סיבה סבירה יש למנוע מצרכני בנק לתבוע בתובענה ייצוגית בגין הפרת חוק הבנקאות (שירות ללקוח)? האם העובדה שהותקן בתחום זה חיקוק מיוחד – ולפיכך הוצא הנושא מן התחולה של חוק הגנת הצרכן – מלמדת שאין צורך בהגנת הצרכן באמצעות התובענה הייצוגית?

(ג) עילות להגנת הצרכן שמחוץ לחוק הגנת הצרכן

קיימת חקיקה ענפה ביותר שעל-פיה יכולים צרכנים להגן על זכויותיהם. כך הוחקו בתחומים שונים חוקים מיוחדים שנועדו ליתן הגנה צרכנית מיוחדת, בין כזו המרחיבה או משלימה את היקף ההגנה שעל-פי החוק ובין כזו התואמת את הנסיבות המיוחדות של התחום המוסדר. החקיקה עשויה להיות על בסיס ענפי או כללי. בתחום החקיקה הענפית ניתן לציין את החקיקה המיוחדת בתחום הדירות, הקובעת הסדרים מיוחדים להגנת הצרכן לגבי העסקה הכלכלית הגדולה ביותר של רוב משקי-הבית בישראל.²⁵ כן הוסדרה מערכת חקיקה בתחומי הבנקאות והביטוח.²⁶ נוסף על כך קיימת חקיקה צרכנית בעלת תחולה כללית יותר. כך, לדוגמה, חוק אחריות למוצרים פגומים²⁷ או חקיקה העוסקת בתכונותיהם ומידותיהם של מוצרים.²⁸ מכוח חקיקה כללית וחקיקת פיקוח שלטוני, הותקנו מאות צווים שמטרתם היא הגנת הצרכן, וכלי מרכזי בתחום זה משמש חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957.²⁹ החקיקה הכללית משמשת אף היא מקור לגורמות להגנת הצרכן. כך נעשה בדיני הנוזיקין,³⁰ בדומה, יכולה

24 הגנת הצרכן בתחום הבנקאי מוסדרת על-ידי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258. נושאי הגנת הצרכן בתחום הביטוח אמורים להיות מוסדרים על-פי חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 208.

25 חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ס"ח 196; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974, ס"ח 14.

26 ראו לעיל הערה 22, וכן חקיקת הפיקוח על הבנקים, ובתחום הביטוח גם חוק חוזה ביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 94.

27 ראו לעיל הערה 20.

28 לדוגמה, חוק התקנים, תשי"ג-1953, ס"ח 30; פקודת המשקולות והמידות, 1947, ע"ד תוס' 1 (ע) 2, (א) 2.

29 ס"ח 24.

30 כאשר כעוולה מרכזית בתחום זה ניתן להציב את עוולת הרשלנות, ולדוגמה ליישומה

חקיקת התווים (הכללית והמיוחדת) לשמש בסיס להגנת האינטרסים של צרכנים.³¹ ניתן להוסיף ולמנות חקיקה גרענית נוספת, העשויה לשמש, בהתאם לנסיבות, בסיס להגנה צרכנית. כל התחום הנרחב הזה של גורמות חקוקות ימשיך להיות "רדום" ונתון לרמת אכיפה חסרת משמעות אם לא יוכלל בגדרן של העילות שלגביהן מותר להגיש תובענה ייצוגית-צרכנית.

כפגיעה חמורה במיוחד באינטרס הצרכני ובאינטרס הכללי של כלל הציבור במדינת-ישראל יש לראות את אי-ההכללה של חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988,³² בגדר העילות הראויות לתובענה ייצוגית. דיני ההגבלים העסקיים אמורים למנוע פגיעה בצרכנים הנובעת מגיבוש עוצמה כלכלית וניצולה לרעה. תכלית הדינים האלה היא לשמר רמת התחרות ראויה (בהתאם למבנה הענפי), ובכך להביא לידי השאה של רמת הרווחה הכלכלית. להבדיל מהחקיקה הצרכנית האחרת, שתכליתה להגן על צרכנים מפני סטייה מנורמות ראויות או להקנות להם עדיפות כזו או אחרת, עוסקים דיני ההגבלים העסקיים בשאלה בסיסית הרבה יותר. שמירה על רמת התחרות האופטימלית באמצעות אכיפה של חוק ההגבלים העסקיים מייחד במידה רבה את הצורך בחלקים נרחבים של החקיקה הצרכנית. אין כשוק התחרותי להבטיח הגנה נאותה לצרכן. כנגזר מכך, אי-עיות לחוקי ההגבלים העסקיים פוגע בהכרח בצרכנים. התארגנויות קרטליסטיות וניצול פסול של עוצמה מונופוליסטית פוגעים בקהל צרכנים נרחב, ובהיעדר התחרות, מידת הפגיעה עלולה להיות חמורה ביותר.

עילת-התביעה בתחום ההגבלים העסקיים נוחה ומתאימה להפעלת תובענה ייצוגית. הפגיעה בצרכנים הינה תולדה של מעשה (או התארגנות) ברור ואחיד (לדוגמה, יצירת קרטל), ונגזרתה אף היא אחידה (למשל, מחיר גבוה יותר, כמוסכם על חברי הקרטל). תביעה צרכנית ייצוגית או עצם האיום הטמון בקיומה יביאו בהכרח לידי רמת ציות גבוהה יותר לחוק ההגבלים העסקיים. כתוצאה מכך תוגבר רמת ההתחרותיות ותפחת רמת הפגיעה בצרכנים (כמוגדר בחקיקה צרכנית), וממילא אף יפחת הצורך בתובענה הייצוגית-הצרכנית. מדיניות חקיקה נכונה היתה מעטירה דווקא את חוק ההגבלים העסקיים בעדיפות ראשונה כמכשיר להגנת הצרכן, ומאפשרת שימוש במכשיר התובענה הייצוגית לאכיפתו.

מכל מקום, הגבלת השימוש בתובענה הייצוגית לגבי חקיקה צרכנית אינה סבירה, ולגבי תובענה שעילתה בחוק ההגבלים העסקיים, יש בכך פגיעה ממשית באינטרס הצרכני וברווחת הכלל.

(ד) מגבלות בתובענה הייצוגית

הדרישה שהתובענה הייצוגית תתבסס אך ורק על עילה שבחוק הגנת הצרכן עלולה

כתביעת צרכן ראו ע"א 557/77, 594 שפס נ' "פרימה" פריזנר בע"מ; "פרימה" פריזנר

בע"מ נ' שפס, פ"ד לב(3) 119.

31 ראו לדוגמה ת"א (חי') 986/63 בן דוד נ' היינץ, פ"מ מג 342.

32 ס"ח 128.

לצמצם את היקף ההגנה הצרכנית גם כאשר קיימת עילת-תביעה על-פי החוק. במקרים רבים עשויה הפגיעה בצרכן להוות הפרה גם של חוקים נוספים. בהקשר זה מתעוררת מיידית השאלה של צירוף העילות. על-פי הדין הפרוצדורלי, ניתן לצרף עילות מספר בתובענה אחת (למעט בשל מגבלות של סמכות עניינית). אולם המגבלה שבנוסח החוק, המצריכה עילת-תביעה על-פי חוק הגנת הצרכן, עלולה להתפרש כמחייבת אך ורק עילות על-פי חוק זה. אם כך תהא הפרשנות, יניב החוק תוצאה הפוכה מכוונתו. על-מנת להיכלל במסגרת התובענה הייצוגית, שהינה, בדרך-כלל, המסגרת המעשית היחידה לתביעה, יהיה על הצרכנים לוותר על זכויות וסעדים נוספים שהם זכאים להם בשל הפגיעה בהם. כלומר, גם אם פגיעה אחת בצרכנים תצמיח עילות מספר, ובהן אחת שיסודה בחוק הגנת הצרכן, יהיו הצרכנים חסומים מהסתמכות על העילות הנוספות. אם לא ישונה החוק במתכונת המוצעת ברשימה זו, מוצע לאפשר לפחות צירוף עילות. דהיינו, מקום שקיימת עילה על-פי החוק, יהיה ניתן להביא בגדרה של התובענה הייצוגית גם כל עילה אחרת המסתמכת על אותה מערכת נסיבות.

ד. סיכום ומסקנות

התובענה הייצוגית עשויה להיות מכשיר יעיל מאוד כמערך הפיקוח על הנורמות המיועדות להגן על הצרכנים.

לכאורה, אמורה התובענה הייצוגית לשנות תכלית שינוי את רמת האכיפה הצרכנית, ולהפוך את החקיקה בתחום הגנת הצרכן ממצב של הלכה ואין מורין כן לתחום שרמת הציות לחוק גבוהה בו. אולם, המתכונת שבה הוגדרה התובענה הייצוגית בחוק מגבילה ביותר את אפשרות השימוש בתובענה הייצוגית ואת האפקטיביות האפשרית של מכשיר אכיפה חשוב זה.

ברשימה זו נסקרו המגבלות העיקריות המיוחדות למתכונת התובענה הצרכנית הייצוגית והוצעו תיקונים בהגדרת התובענה הייצוגית, שניתן לסכמם, לפי מדרג חשיבותם, כשני תחומים עיקריים:

- (1) הרחבה של מגוון העילות הניתנות ליישום בתובענה הייצוגית;
- (2) הרחבה של מעגל התובעים.

אפילו יתקבלו ההצעות נשוא רשימה זו, אין בכך כדי לפתור את הבעיה במלואה, ויש ליתן את הדעת גם על היסוד של הגדרת הצרכן. חוק הגנת הצרכן מגדיר צרכן באופן מצומצם ביותר; רק מי שרוכש נכס או שירות למטרות אישיות, ביתיות או משפחתיות נחשב לצרכן. לפיכך, גם הרחבת התחולה של התובענה הייצוגית במתכונת שהציעה רשימה זו תותיר צרכנים רבים מחוץ לגדר יכולת ההפעלה וההגנה של התובענה הייצוגית. מאידך גיסא, היצמדות להגדרת הצרכן שבתוק לא תביא לידי הרחבה של תחום התובענה הייצוגית ללקוחות שאינם צרכנים. מכל מקום, שימור מתכונת ההגדרה של התובענה הייצוגית כפי שהיא מובאת בחוק מחטיא את המטרה ואינו משרת את הצורך בשמירה על רמה נאותה של החקיקה הצרכנית וציות לה.
