

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

סיני דויטש

- א. תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן – הצורך בהן והקושי במימושו
- ב. גישות שונות לתובענות ייצוגיות צרכניות
1. שלושה מודלים לתביעות בשם קבוצת צרכנים וחשיטה ישראלית
2. תובענה ייצוגית כללית או כזו המוגבלת לנושאים מיוחדים?
3. הבסיס לתובענות ייצוגיות צרכניות: תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי או חוק הגנת הצרכן?
- ג. סטטיסטיקה של הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות
- ד. עשרת התנאים לאישור תביעה כתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן
1. התובענה הוגשה בתום-לב
2. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית
3. התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת
4. קיים יסוד סביר להניח שהתובע מייצג בצורה הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה
5. סיכויי הצלחה סבירים כתנאי לאישור תובענה ייצוגית
- 6-7. התובע הינו "צרכן" או "ארגון צרכנים" והתביעה מוגשת "בשם קבוצת צרכנים"
8. הנתבע הוא "עוסק" או "יחוד עילה" – התביעה מוגשת לפי חוק הגנת הצרכן
10. למבקש יש עילת-תביעה אישית
- ה. התנאי שלפיו "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת"
- ו. ייחוד עילה: הגבלת תובענות ייצוגיות צרכניות לעילות של חוק הגנת הצרכן בלבד
1. הבעיות הנובעות מהתנאי של "ייחוד עילה"
2. השפעת הפרשנות של החקיקה האזרחית על חוק הגנת הצרכן
- ז. הסיבות הסמויות מן העין לאי-אישור תובענות ייצוגיות
1. החששות מפני אישור תובענות ייצוגיות צרכניות
2. השפעת חששות השופטים על הפרשנות של חוק הגנת הצרכן ועל אישור תובענות ייצוגיות צרכניות
- ח. הצעות לתיקונו של חוק הגנת הצרכן
- נספח א. תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן – רשימת פסקי-דין (לפי סדר א-ב)

א. תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן – הצורך בהן והקושי במימושו

קיימת הסכמה כללית בדבר הצורך להגן על הצרכן. יחד עם זאת מתעוררות שאלות לגבי הדרך הטובה, הסבירה והיעילה להשגת מטרה זו. כדי להגן על הצרכן בישראל נחקקו כעשרים חוקים¹ הדנים בתחומים שונים של חיי המסחר והכלכלה. חוקים אלה סובלים

* פרופסור ודיקן בית-הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה ופרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לד"ר משה גלברד, למר עופר לוי ולגב' קארין יפת על הערותיהם המועילות למאמר זה.

1 ראו ס' דויטש דיני הגנת הצרכן, יסודות ועקרונות חש"א, כרך א' 294-299 (להלן: דיני הגנת הצרכן) ורשימה של עשרים ושניים חוקים בעמ' 297-298. ינתיים נחקקו חוקים נוספים העומדים באמות-מידה של חקיקה צרכנית, כפי שהן הוגדרו בעמ' 291-3: 2. ראו, לדוגמה, חוק שירותי הדת היהודיים (תיקון

מתת-אכיפה. הפיקוח המנהלי והעונשי הקיים בחוקים אלה מופעל בצורה חלקית ביותר.² תביעות אזרחיות אישיות מוגשות לעיתים רחוקות. המקרים המגיעים לבתי-המשפט במסגרת סכסוכים צרכניים פרטיים – נער יטפרם.³ ואפילו בבית-המשפט לתביעות קטנות אחוז התביעות הצרכניות נמוך.⁴ היישום המועט של חוקים אלה עד לאמצע שנות התשעים הפך אותם לחוקים סימבוליים מסוג של הלכה ואין מורין כן.

הניסיון של שנות השמונים והתשעים לימד אותנו כי שלוש רשויות הממשל בחברה הדמוקרטית – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – לא צלחו במשימה של הגנת הצרכן.⁵ ההנחה בעבר היתזו שהרשות המבצעת אינה ממלאת כראות את תפקידה, בין השאר גם מסיבות אובייקטיביות של מדינה הנתונה במאבק למן הקמתה. לעומת זאת סברו שהחקיקה היא ברמה נאותה, ואילו לגבי בתי-המשפט לא היה מספיק ניסיון כדי לקבוע אם מערכת המשפט ממלאת את חובתה בתחום זה אם לאו. מיעוט הפסיקה יוחס לכך שהרשויות אינן פעילות בתחום זה וגם לצרכן הבורד אין אינטרס להגיש תביעות

מס' 10), התשס"א-2001, ס"ח 523, שמטרת הוראותיו הקוגנטיות היא להגן על רוכשי קבר בחיים. החוק מפורט ואף כולל תוספת מפורטת, והוא מאפשר חזרה חד-צדדית מהתווה (סעיף 14א(י)). החוק כולל פיקוח מנהלי וגם סנקציה עונשית (סעיף 5א14).

2 ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 262, 565, ר"ט 592. רק פסקי-דין פליליים בודדים דנו בהגנת הצרכן. מבין ארבע מאות פסקי-דין שאוחדו בספר, רק כעשרה עסקו בתביעות פליליות בגין הגנת הצרכן, וזאת בחקיקה צרכנית כח עשרות שנים. אחת הסיבות ליישום המועט של הסנקציות העונשיות היתה הקנסות הנמוכים שהיה ניתן לזוטיל על מי שעבר על ההוראות של חוק הגנת הצרכן. נושא זה תוקן בחוק הגנת הצרכן (תיקון). התש"ס-2000, ס"ח 201, שקבע בסעיף 23(א) כי הקנס בגין אי-קיום הוראות החוק יהיה פי שבעה מן הקנס שנקבע בסעיף 61(א)2 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, שהוא 19,300 ש"ח, דהיינו 135,100 ש"ח. אכן, בתי-המשפט החלו לממש קנסות אלה. בידיעה של נ' זומר "הריבוע הכחול נקנסה בגין הצגת מחירים מטעה במגה" ידיעות אחרונות 3.1.01, נאמר כי בית-המשפט הטיל קנס בסך 120,000 ש"ח על מגה של קר-אופ-רשת הריבוע הכחול בגין פרסום מטעה של מחירי מוצרים. זה אכן קני משמעותי, שיש בו כדי לתרום למימוש החלק העונשי של חוק הגנת הצרכן.

3 דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 19-20, 262-261, 566-565.

4 בניגוד לדעה הרווחת, אחוז התביעות הצרכניות בבית-המשפט לתביעות קטנות הינו נמוך. זה היה מצב הדברים בשנים הראשונות לייסודו. ראו ס' דויטש "בית-המשפט לתביעות קטנות כמגן לצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"א) 345, 366. בשנים 1978-1979 היו התביעות הצרכניות רק 16.6% מהתביעות בבית-המשפט לתביעות קטנות כחל-אביב. בדו"ח הוועדה לבריקת ביצוע שינויים בתפקוד בתי-המשפט לתביעות קטנות, בראשות השופטת ד"ר שטרנברג-אליעז, שהוגש לנשיא בית-המשפט העליון ביום 28.8.96, היו הנתונים נמוכים אף יותר. מחקרים של סטודנטים בסמינריון שלי במכללה האקדמית נתניה, בנושא "הגנת הצרכן בבתי-משפט לתביעות קטנות", מלמדים אפילו על אחוז נמוך יותר של תביעות צרכניות. הרוב המכריע של התביעות הוא "תביעות פח", דהיינו, תביעות פיצויים בגין נזקים קלים יחסית לכלי-רכב. אחוז התביעות שהסתמכו על חוק הגנת הצרכן בבית-משפט לתביעות קטנות זניח. ראו להלן 310.

5 על בעיית התת-אכיפה של דיני הגנת הצרכן ראו מ' ברניב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (תשנ"ד) 251. וראו גם ת"א (ת"א) 1566/99 אחרק נ' החברה האמריקנית לגז בע"מ, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (2) 14639, פסקה ה; ת"א (ת"א) 2204/98 המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית ליצור משקאות, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(2)843, פסקה ג(ג).

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

לכתי-משפט רגילים. כדי להתגבר על בעיה זו, תוקן חוק הגנת הצרכן בשנת 1994,⁶ והוסף הסעד החשוב של תובענה ייצוגית המאפשר להגיש תביעה בשם קבוצת צרכנים גדולה שנפגעה, דבר שיהפוך את הגשתן של תביעות צרכניות לאפשרות סבירה ויעילה.

תכליתה של התקיקה הצרכנית היא לעצב את מערכת היחסים הראויה בין ציבור הצרכנים לרעיהם ציבור העוסקים. אומנם, אנו מצפים מכל עוסק שיעשה את מלאכתו באמונה ומכל סוחר שינהג בתום-לב, אולם המציאות מלמדת אותנו כי ציפיות אלה אינן מתממשות תמיד. במסורת ישראל כתוב שכאשר אדם מגיע למרום לאחר פטירתו, שואלים אותו: האם "נשאת ונתת באמונה?"⁷ נראה שבאמרת חז"ל זו לא די בה לשכנע את כל העוסקים, וכבר אמרו במקורות: "שאלמלא מוראה (של מלכות) איש את רעהו חיים בלעו."⁸ מטרת הסעד של תובענות ייצוגיות צרכניות היא להחזיר את מוראה של מלכות בתחום הרחב של יחסי מוכר-קונה ולהעלות את הסחר ההוגן לרמה נאותה. לא ניתן לאזן את אי-השוויון המהותי שבין ספק מקצועי לבין צרכן ביתי רק על-ידי קביעת זכויות מהותיות. אם הזכויות המהותיות לא ילוו בסעדים ממשיים שניתנים לאכיפה, תהיה תועלתן מועטת ביותר. התובענה הייצוגית מאפשרת לתובע אחד או לתובעים מספר לתבוע בשם קבוצה גדולה של נפגעים שפגיעתם דומה. פסק-הדין המושג בתביעה זו מהווה מעשה-בית-דין לכל הקבוצה.

שתי מטרות מרכזיות מושגות באמצעות התובענה הייצוגית. המטרה הראשונה היא מתן תרופה ליחיד שנפגע. לאותו יחיד אין אינטרס להגיש תביעה משום שהנזק שנגרם לו קטן ואינו מצדיק את העלויות והמאמץ הכרוכים בהגשת תביעה. מצד אחר, רווח גדול נוצר לפוגע מפגיעה במספר גדול של צרכנים. ריכוז התביעות של יחידים רבים לתביעה אחת, היא התובענה הייצוגית, עושה את התביעה לכדאית. במקרים של פגיעה בסכומים קטנים יחסית בקבוצה גדולה של צרכנים אין די בקיומם של סעדים אישיים. גם כאשר הנזק לכל צרכן הינו משמעותי, יהיו צרכנים שיירתעו מפני הגשת תביעה בשל עלויות ההתדיינות ואי-הוודאות הכרוכה בתוצאה. בלא מעט מקרים יידרשו עדים מומחים להוכחת טענותיו של הצרכן,

6 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ס"ח 252. התיקון הוסיף את פרק 11 לחוק הגנת הצרכן, הודן בתובענות ייצוגיות. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ה"ח 396. וראו גם ת"א (י-ם) 1509/97 מלמד אפיק נ' סלקום ישראל בע"מ, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2137 (2)98, פסקה 3. וראו גם באופן כללי את הנימוקים לצורך בתובענות ייצוגיות ב: S. Goldstein "Class Actions in Israel" 13 *Int. Cong. Comp. Law, Israeli Report* 45, 65 (1990), וראו גם בדברים של הנשיא א' ברק ברע"א 4556/94 טע"נ זילברשץ, פ"ד (מט) 5) 774, 785-784 (להלן: עניין זילברשץ).

7 שבת, לא, א: "אמר רבא: בשעה שמכניסים אדם לדין אומרים לו: נשאת ונתת באמונה?... אמרה זו צוטטה בפסקי-דין אחדים כבסיס לחובת תום-הלב. ראו ע"א 147/77 דוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 631; ע"א 242/70 משעול הכרך נ' גרובנר, פ"ד כד(2) 692, 702. החובה לשאת ולתת באמונה נפסקה להלכה בשו"ע, חו"מ, קנו. וראויים לציטוט דבריו של ר' יחיאל מיכל אפשטיין בספרו ערוך השולחן, אורח חיים, קנו, ג: "משא ומתן באמונה, אין הכוונה שלא יגנוב ולא יגזול או לעשות מידות ומשקלות דברים אלו אין נכנסים בכלל זה, דהעושה כן הוא רשע גמור... אלא הכוונה שיהיה הן שלו צדק ולא שלו צדק. כשאומר שסחורה זו עולה לו כך וכך ושהיא טובה לא ישקר אף בכל שהוא." לו היו כולם נוהגים כך, לא היה צורך באכיפתם של דיני הגנת הצרכן.

8 פרקי אבות ג, ב.

סיני דויטש

והתוצאות מוטלות תמיד בספק. צרכנים בודדים בלבד ייטו לפתוח בהליכים יקרים שתוצאותיהם אינן מוכטחות. הצורך בתובענות ייצוגיות צרכניות הכרחי לשם מימוש זכויות הצרכנים. רק הליך המותאם במיוחד למקרים כאלה (קרי, תובענה ייצוגית), המאפשר את הגשת התביעות, הצגת הראיות ומימוש הסערים באופן קבוצתי, עשוי לשמש פתרון. המטרה השנייה היא אינטרס הציבור. תובענות ייצוגיות באות להגן לא רק על אינטרס הפרט, אלא יש בהן משום הגנה על אינטרס הציבור, כפי שקבע בית-המשפט העליון בפרשת *טעת נ' זילברשן*⁹. האינטרס הציבורי בנושא הגנת הצרכן הוא להביא לידי כך שהעוסקים לא יתעלמו מהוראות החוקים להגנת הצרכן ומזכויותיו של הלקוח הצרכני. אינטרס הציבור הוא שמצדיק, לדעת בית-המשפט, פרשנות ליברלית ולא נוקשה מדי של הוראות החוק הרנות בתובענות ייצוגיות.¹⁰

האם מומשו הנחיות אלה של בית-המשפט בתחום התובענות הייצוגיות הצרכניות? נראה לי שלא. קיימת תחושה בציבור המשפטנים שיש הסתייגות בקרב השופטים¹¹ מהמוסד של תובענות ייצוגיות, ושכפועל מטיילים על סעד זה מגבלות רבות עד כדי כך שלא ניתן כמעט להשתמש בו.

הסעד של תובענה ייצוגית הוסף לחוק הגנת הצרכן בשנת 1994. משנת 1995 ועד לסוף שנת 2001 הוגשו הרבה יותר ממאה ותובענות ייצוגיות צרכניות¹² שנדחו ברובן המכריע עוד

9 לעיל הערה 6.

10 ראו ע"א 2967/95 *מגן וקשת בע"מ נ' טמפו העשיות בידה בע"מ*, פ"ד נא(2) 312, 325. השופט שטרסברג-כהן קבעה: "ראוי לה להלכה שתפתח עקב בצד אגודל בלי ליצור מסגרת נוקשה ורשימה סגורה העשויה להימצא בלתי מתאימה להתפתחויות לעתיד לבוא." גישה זו מקובלת במשפט האמריקאי. ראו, לדוגמה: *State ex el Humphrey v. Philip Morris Inc.*, 551 N.W. 496 (S. Ct. 1996) – "Consumer protection laws are generally very broadly construed to enhance consumer protection." *State ex rel Humphrey v. Alpine Air Prods. Inc.*, 490 N.W., 2d 888-992 (Minn. Ct. App., 1992): "Consumer protection laws were not intended to codify the common law." "Consumer protection statutes... are to be liberally construed in favor of protecting consumers"

11 ראו ס' גולדשטיין ו' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" *עלי משפט* (תש"ס) 27, 30, 43-41.

12 בנוסף א שבסוף המאמר מובאת רשימה של תשעים ושבעה פסקי-דין והחלטות בתובענות ייצוגיות מכות הגנת הצרכן. לפחות מספר דומה של תובענות צרכניות נמצאות עדיין בדיון או שהחלטות שהתקבלו לא פורסמו בדרך כלשהי. בארכיון אתר האינטרנט של עיתון *גלובס*, www.globes.co.il, אותרו שלוש מאות ועשר תובענות ייצוגיות שהוגשו בשנים 1997 עד תחילת 2002, כמחציתן תובענות ייצוגיות צרכניות. בשנים 1995 ו-1996 הוגשו עשרות תובענות ייצוגיות צרכניות. בשנת 2002 הוגשו כמאה וארבעים תובענות ייצוגיות, כ-40% מהן צרכניות. אם נוסיף תובענות אלה לתובענות הצרכניות שהוגשו עד לסוף שנת 2002, ניתן למנות קרוב למאתיים תובענות ייצוגיות צרכניות. מנתונים סטטיסטיים בנושא תובענות ייצוגיות שהופקו על-ידי הנהלת בתי-המשפט – "יחידת מחקר דוחות הערה" – עולים הנתונים הבאים: בשנת 1998 – ארבע-עשרה תובענות ייצוגיות; בשנת 1994 – שלושים ושש תובענות ייצוגיות; בשנת 2000 – מאה ותשע-עשרה תובענות ייצוגיות; בשנת 2001 – מאה עשרים וחמש תובענות ייצוגיות; בשנת 2002 – מאה ארבעים ושלוש תובענות ייצוגיות (אסמכתות – מכתב לעו"ד גלעד וקסלר בתאריך 15.2.01, ומכתב לעו"ד יעקב סבו בתאריך 15.2.03). נתונים אלה מאששים במידה רבה את הנתונים שאיחרנו בארכיון של *גלובס*. הם גם מצביעים על כך שבעוד שבשנות התשעים הוגשו עשרות תובענות ייצוגיות מדי שנה, בשנים 2000 ואילך הוגשו יותר

תובענות ייצוגיות צרכניות -- קשיים והצעות לפתרון

בשלב של הבקשה לאישורן כתובענות ייצוגיות. בהמשך יוצגו נתונים סטטיסטיים המלמדים על המגמה לדחות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות. השאלה היא: מדוע? עיון בפסיקה הענפה בנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות מלמד כי רבות הן הדרכים להפסיד בתובענה ייצוגית צרכנית. יש קושי לאתר את הדרך שכסופה יהיה ניתן לזכות בתביעה כזאת. אולם בפסק-הדין המנחה, *טעת נ' זילברשץ*, הביע בית-המשפט העליון את דעתו שאין להפוך את ההליך של אישור התביעה כתובענה ייצוגית, הליך שהוא רק פרוזדור לתביעה העיקרית, לדיון העיקרי.¹³ למעשה נעשו רוב התובענות הייצוגיות דרך ללא מוצא.

אכן, הסעד של תובענות ייצוגיות צרכניות הפך את חוק הגנת הצרכן לבן-בית בבתי-המשפט. אולם דווקא הגברת השימוש בחוק הגנת הצרכן הבליטה את מגבלותיו ואת הקשיים הכרוכים ביישומן. מבחינת לשון החוק והן מבחינת גישתם של בתי-המשפט לחוק זה.¹⁴ דיון מפורש בקשיי היישום של תובענות ייצוגיות מכוחו של חוק הגנת הצרכן ייערך להלן, בפרקים ג עד ז. התברר שלא רק התנורות של הצרכן היא שגרמה ליישום מועט של החוק, אלא גם כאשר היתה יוזמה לפנות לבתי-המשפט, היה הסיכוי למימוש ההוראות של חוק הגנת הצרכן קטן למדי, בין השאר בשל ניסוח לקוי וחסר של החקיקה הצרכנית, כמו גם בשל גישה מסתייגת של בתי-המשפט. מתברר איפוא כי הכישלון בתחום זה אינו רק של הרשות המבצעת, אלא גם של המחוקק, בשל חוסר ניסיון, וגם של הפסיקה, בשל גישה מסתייגת מתובענות ייצוגיות, שטעמה יובהר בהמשך המאמר.

יהיה ניתן להתגבר על רוב הקשיים על-ידי חקיקה מפורטת ובהירה של ההוראות הרונות בתובענות ייצוגיות צרכניות ועל-ידי פרשנות נאותה של ההוראות הרלוונטיות על-ידי בתי-המשפט. אולם אפשרות זו לא תתממש אם לא תהיה הכנה של ממש בדבר הצורך באמצעי חשוב זה וללא תשובות של ממש לקשיים הכרוכים בהפעלתו.

מהן הסיבות לאחוז הגבוה של רחיות ולעובדה שעד היום ניתן רק פסק-דין סופי אחד¹⁵ שאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן? נראה לי שיש לכך שתי סיבות עיקריות:

ממאה תובענות ייצוגיות מדי שנה, למעלה מ-80% מהן לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב. אכן היתה עלייה משמעותית במספר התובענות הייצוגיות בשנות האלפיים, אך בניגוד לדימוי שנוצר, המספר לא השתנה במידה רבה בשלוש השנים האחרונות, ובוודאי שאין מאות תובענות מדי שנה. ייתכן שההסבר לרושם שנוצר הוא התהודה הרבה שכל תובענה ייצוגית מקבלת בתקשורת הכלכלית. בנתונים הסטטיסטיים הנ"ל אין פילוח לסוגי התובענות, והבדיקות שנעשו במאמר זה הוכנו באופן ידני.

13 הגשיא א' ברק כתב בעניין *זילברשץ*, לעיל הערה 6, בעמ' 787: "אין להפוך את הפרוזדור למשכן קבע, הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להיות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תובענה ייצוגית. עם זאת, ראוי לו להיות גורם השולל מתובעים בלתי ראויים את המשך התביעה הייצוגית." וראו דיון באמרה זו ב*מייג הגנת הצרכן*, לעיל הערה 1, בעמ' 386-388.

14 דיון מקיף בפסיקה שדחתה את הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות יעשה בפרקים הבאים. ראוי לציין כי בעניין *זילברשץ*, לעיל הערה 6, הוחזר הדיון לבית-המשפט המחוזי, שם הוכרה התובענה הייצוגית באופן חלקי (ת"א 475/94, המ' 3425/94, השופטת ר' פלפל מיום 26.6.97). בסופו של הליך נדחתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מכל וכל. ראו רע"א 4474/97 *טעת נ' זילברשץ*, פ"ד נד(4) 577. הרכב השופטים היה הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא ש' לוי והשופטת ט' שטרסברג-כהן.

15 ת"א (ת"א) 1341/00 *מזל נ' דיטקברי סוכנות דוגמנות בינלאומית בע"מ*, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לג(1) 223. לפי מידע מוסמך שהגיע למועצה הישראלית לצרכנות, החברה הנחבעת אינה פעילה והנחבכ ברח לחיץ-לארץ עם רכשו. פסק-הדין אינו ניתן לביצוע בשלב זה.

האחת נעוצה בתוכנו של חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981,¹⁶ ובניסוחו. הסיבה האחרת היא גישת בתי-המשפט לתובענות ייצוגיות צרכניות.

הקשיים בחוק הגנת הצרכן נעוצים בשני תחומים: הראשון נעוץ בפרוצדורות ובסמכויות של בית-המשפט בנושאים של חוק הגנת הצרכן בפרק הדין בתובענות ייצוגיות. פרק זה מעמיד דרישות רבות שיש לעמוד בזן לשם אישור תובענה ייצוגית, כמפורט בסעיפים 35א ו-35ב לחוק הגנת הצרכן. השני ניבע מצמצום הנושאים והסעדים שניתן להגיש בגינם תובענה ייצוגית מכוח חוק זה. דיון בנושאים אלה ייערך להלן בפרקים ד-ו.

באשר לגישה של חלק מהשופטים לחוק הגנת הצרכן בכלל ולסער של תובענה ייצוגית בפרט, נראה ששופטים אלה עושינו כל מאמץ לדהיית בקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות, וזאת גם במקרים שיש מקום לאשר תובענות כאלה. הסיבה לכך אינה נעוצה בלשון החוק בלבד, אלא יותר בחשש מפני אישור תובענות ייצוגיות בלתי-מוצדקות, העלול לגרום נזק ניכר לעוסקים. קיים גם חשש שאין אינטרס ציבורי ממשי באישור התובענה, וכי המדוויחים היחידים מן התביעה יהיו עורכי-הדין שהגישו אותה. דיון בתששות אלה ייערך להלן בפרק ז. גם בארצות-הכויית יש ביקורת על ההליך של תביעות ייצוגיות וחשש מפני ניצולו לרעה.¹⁷ חששות אלה, המצטרפים לעובדה שניהול תיק של תובענה ייצוגית מטיל מעמסה כבדה על בתי-המשפט, יצרו גישה ספקנית, חשדנית ולעיתים אף עוינת כלפי תביעות ייצוגיות. נראה לי שחקיקה מדויקת יותר ופתרונות בחקיקה לחששות השופטים יניבו גם פרשנות תומכת יותר של בתי-המשפט בנושא זה. מטרת המאמר היא אפוא להציע דרכים לשיפור הגנת הצרכן בתחום של תובענות ייצוגיות צרכניות.

סיכומו של דבר, בעוד שברור למדי כי יש צורך בתובענות ייצוגיות צרכניות כדי להקנות תוכן של ממש לחוק הגנת הצרכן, קיימים קשיים רבים במימושה של זכות זו. הניסיון מלמד

16 ט"ח 248 (להלן: חוק הגנת הצרכן).

17 ראו, לדוגמה: *Kline v. Coldwell, Banker & Co*, 508 F. 2d 226 (9th Cir. 1974). לדיון בשאלות האחרות הכרוכות בהליך זה, ראו לדוגמה: R. Marcus & E. Sherman *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure* (3rd ed., West, 1998) 213-220. ראו גם: J. Coffee "Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice and Loyalty in Litigation" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 370, 371-372; S. Estreicher "Forward: Federal Class Actions After 30 Years" 71 *N.Y.U.L. Rev.* (1996) 1, 2, notes 4-6. חלקן הראשון של כרך 71 של כתבי-העת, בהיקף של יותר מחמש מאות עמודים, מוקדש לדיון בתובענות ייצוגיות. למשפט האמריקאי יש השפעה רבה על דיני הצרכנות בישראל בכלל ועל דיני התובענות הייצוגיות בפרט. ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הרישה להסתמכות אישית על מצג השוא של המטעה" *מאזני משפט* ב (תשס"ב) 97, 114 ו-132. לשלמות התמונה יש לציין שלעומת כל מאמר החוקף את נושא התובענות הייצוגיות בארצות-הברית יש מאמרים רבים התומכים בהליך זה ומתלבטים בשאלה כיצד לשפר אותו ולעשותו יעיל ומועיל יותר. ראו, לדוגמה: Note "Developments in the Law: Class Action" (1976) *Harv. L. Rev.* 1318; H.B. Newberg *Newberg on Class Actions* (3rd ed., 1995) 5 volumes. כמובן יש לציין כי מה שמטריד במידה רבה את הכותבים האמריקאיים הוא הפיקוח על הפשרות המושגות בסופו של ההליך, כך שיועילו לכלל הקבוצה. בעיה זו הינה, בשלב זה, בעיה משנית בישראל, שכן הקושי העיקרי נעוץ בכך שאחוז התובענות שקיבלו אישור נמוך ביותר. גם בסוגיה זו אנו רחוקים עשרות שנים מהמקובל והנהוג במשפט האמריקאי, ויש להקדיש את המאמצים בשלב זה להגדלת הריכוזים לאישור. הטיפול בפשרות שיושגו הוא עדיין שאלה לעתיד לבוא.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

שהקשיים נעוצים הן בנוסחו של חוק הגנת הצרכן והן בפרשנות שניתנה לחוק בבתי-המשפט. אין להתעלם מן העובדה כי נוסף לסיבות לדחיית הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות שיוסברו במאמר זה, קיים גורם נוסף, והוא שחלק מן התובענות שהוגשו היו תביעות-כוסר שלא הוכנו כראוי.¹⁸ הכנת תובענה ייצוגית ראויה מחייבת השקעה משמעותית של זמן ומרץ.¹⁹ יחד עם זאת, אין בגורם זה כדי להסביר את ממצאי המחקר במאמר זה, שלפיו יותר מ-90% מהתובענות הייצוגיות הצרכניות נדחו כבר בשלב האישור הראשוני. אולם לפני הדיון בקשיים, ראוי לבחון בקצרה את המודלים המקובלים בעולם להגשת תביעות קבוצתיות ואת החלופות לתובענות ייצוגיות צרכניות. סוגיות אלה ייבחנו בקצרה בעמודים הבאים.

ב. גישות שונות לתובענות ייצוגיות צרכניות

1. שלושה מודלים לתביעות בשם קבוצת צרכנים והשיטה הישראלית המודל האמריקאי של תובענות ייצוגיות, שאומץ במידה רבה בישראל אינו הדרך היחידה לפתרון הבעיה של תת-אכיפה בתחום הגנת הצרכן. קיימים שלושה מודלים עיקריים להגנת האינטרס של הצרכן:

(1) המודל של היוזמה הפרטית – התובענה מוגשת על-ידי צרכן יחיד בשם קבוצת צרכנים שנפגעו. זו התובענה הייצוגית (Class Action) במודל האמריקאי.

(2) המודל של ארגון הצרכנים – לארגוני צרכנים ניתנת הסמכות להגיש תובענות ייצוגיות. מודל זה הינו חלק מהמודל של תובענה ייצוגית במשפט הישראלי, אולם מתברר שהוא מקיף פחות מ-5% מהתובענות שהוגשו.

(3) המודל של הרשות הציבורית – גופים ציבוריים יכולים לפעול להגנת האינטרס הצרכני – מודל שלא הצליח בינתיים בישראל, שכן הסמכויות שהוענקו לממונה על הגנת הצרכן בחוק הגנת הצרכן לא יושמו כמעט.²⁰

אין להתעלם מן העובדה כי באירופה וברוב מדינות העולם לא הוכרה השיטה של תובענה ייצוגית לפי המודל האמריקאי. המודל האירופי המקובל הוא תביעה באמצעות ארגוני צרכנים או באמצעות רשויות השלטון.²¹

18 ראו גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 11, בעמ' 34.

19 בשני מקרים שבהם בחנתי מקרוב את ההליכים בתובענה ייצוגית התברר עד כמה הליכים אלה מורכבים וארוכים ועד כמה יש להקדיש מאמץ ניכר וזמן רב להכנתם. עורכי-הדין הקדישו מאות שעות במשך שנים לקידום התובענה. כוונתי לע"א 1977/97 ברזני נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 המצוי עדיין בהליכים, ולת"א 2189/01 לוי נ' חברת פלאפון תקשורת בע"מ (לא פורסם), שיידון להלן בהערה 104.

20 לממונה על הגנת הצרכן הוקדש פרק ה של חוק הגנת הצרכן, ותפקידיו וסמכויותיו מפורטים בסעיפים רבים. כמו-כן הוקנו לו סמכויות בכמה חוקים צרכניים נוספים. סמכויות אלה הופעלו לעיתים רחוקות. כאשר הממונה הקדם סיים את תפקידו, חלפו שלוש שנים עד למינויו של ממונה חדש, מה שמעיד על החשיבות המועטת שהממשלה מייחסת לתפקיד זה.

21 ראו: G. Howells & T. Wilhelmsson *Ec Consumer Law* (European Business Law Library, 1997) 284-297. באנגליה מסרבים להעניק סמכות זו לארגוני צרכנים, והיא מצויה רק בידי רשויות השלטון, קרי, המשרד לסחר הוגן (Office Of Fair Trading). הדיוקטיבות של האיחוד

המודלים השני והשלישי הם בעלי פוטנציאל למימוש ההגנה על הצרכן, אולם לנוכח הניסיון של שנות השמונים והתשעים בארץ, ברור שהדגש בישראל צריך שיושם במודל הראשון, שהוא המודל היעיל ביותר מבין שלושה, שכן גופים ציבוריים יכולים לפעול בעיקר בדרך של צווי-מניעה. לעומת זאת, לסעד הפיצויים יש תוצא (אפקט) מרתיע לגבי התנהגות העוסקים בעתיד הרבה יותר מאשר לסעד של צו-מניעה, וזאת משני נימוקים: סכומי הכסף הגדולים שיש לשלם כפיצוי והפרסום הציבורי שניתן לזכייה של הצרכנים.²²

תובענות ייצוגיות משמשות זה עשרות שנים כלי מרכזי בארצות-הברית לאכיפת זכויות של נפגעים. נושא זה מוסדר בכלל 23 של כללי סדרי-הדין הפדרליים.²³ שיטה זו נקלטה גם במחוזות קוובק ואונטריו שבקנדה וכן במדינות שונות באוסטרליה.²⁴ לעומת זאת, הגישה המקובלת באירופה העדיפה להסתמך על תביעות של גופים ציבוריים, שהיא המודל השלישי שהצגנו. מתחילת שנות התשעים החלו גם מדינות באירופה לאמץ את המודל של תובענות ייצוגיות, תחילה בהולנד²⁵ ואחר-כך במדינות סקנדינביה.

השיטה הישראלית אימצה באופן רעיוני את השיטה האמריקאית של תובענה ייצוגית המבוססת על יוזמה פרטית. אימוץ הגישה האמריקאית הוא אימוץ חלקי בלבד. בדין הישראלי הוקנתה גם לארגוני צרכנים סמכות להגיש תובענות ייצוגיות בשמן של קבוצות צרכנים.²⁶ גם לרשויות השלטון יש מעורבות מסוימת בדרך של הודעה ליועץ המשפטי

האירופי ממליצות על הסמכת ארגוני צרכנים לתבוע בשם כל הצרכנים (Ibid, at pp. 290-295).
 כ-19.5.98 התקבלה באיחוד האירופי דירקטיבה המאפשרת לארגוני צרכנים לתבוע: The Directive (Directive 98/27/EC) on Injunctions for the Protection of Consumer Interest. בדירקטיבה נקבע כי מדינות האיחוד האירופי חייבות ליישמה עד לשנת 2001. הדירקטיבה נעשתה חלק מהמשפט האנגלי ב-1.6.01 (ב-S.I.2001) Regulations 2001 (EC Directives) Stop Now Orders (No. 1422).

22 T. Bourgoignie (ed.) *Group Actions and Consumer Protection* (Story Scienta, ראו: 1992) – אוסף מאמרים בעריכת פרופסור בורגואני, הן בהיבטים שונים של תובענות קבוצתיות וייצוגיות.

23 לדיון בכלל זה ובהצעה לקליטתו במשפט הישראלי ראו ס' גולדשטיין *פיתוח שיטות תביעות ייצוגיות-קבוצתיות כמגן לצרכנים* (דין-וחשבון המוגש למועצה הישראלית לצרכנות, תשל"ח-1978). במשפט האמריקאי פורסמו בנושא מאות פסקי-דין וספרים אחרים. לענייננו אציין שלושה מהמקורות: Note "Developments in the Law: Class Actions" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1318; Y. Rosmarin & D. Edelman *Consumer Class Action: A Practical Class Actions Litigation Guide* (2nd ed., National Consumer Guide, 1990); R. Klonoff *Class Actions in a Nutshell* (West, 1999). הספר המקיף ביותר על תובענות ייצוגיות במשפט האמריקאי הוא: Newberg, *supra* note 17.

24 I. Ramsay "Class Action: Class Proceedings Act 1992" 1 *Cons. L. J.* (1993) 39. ראו גם: J. Goldring, L. Maker, J. McMeough *Consumer Protection Law* (4th ed., 1993) 440-446.

25 N. Frenk & E. Honduis "Collective Action in Consumer Affairs: Towards Law Reform in the Netherlands" 1991 *E. Cons. L. J.* (1991) 17.

26 דאו סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן, סעיף 46א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1998, ס"ח 128. סעיף זה הוא בפרק 11 הן בחובענה ייצוגית מכוח תיקון לחוק משנת התשנ"ו, ס"ח 305. ראו גם סעיף 16א(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258. סעיף זה הוא בפרק 12 הן בחובענה ייצוגית מכוח תיקון לחוק משנת התשנ"ו, ס"ח 306.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

לממשלה על הגשת תובענה ייצוגית,²⁷ ואף ניתן לקבל מימון מרשויות ציבוריות על-פי חוקים מסוימים.²⁸ יחד עם זאת, המודל הישראלי, כפי שהוא גובש בחוקים המסמיכים הגשת תובענות ייצוגיות, מוגבל יותר מהמודל האמריקאי, שכן החוקים הישראליים בתחום זה מוגבלים לנושאים מסוימים, לחובעים מסוימים ולעילות מסוימות, ואין הם בעלי אופי כללי כמו התובענה הייצוגית האמריקאית. השאלה שתידון בפסקה הבאה היא: האם תיקון ההוראות של תובענות ייצוגיות צריך שיהיה על בסיס החוקים הקיימים, או בדרך של אימוץ הוראות כלליות, דוגמת המשפט האמריקאי?

2. תובענה ייצוגית כללית או כזו המוגבלת לנושאים מיוחדים?

הניסיון בהפעלת ההליך של תובענות ייצוגיות בישראל, כפי שהוא מוצג בפרק הבא, מלמד שהרכיב המכריע של התובענות נדחה עוד בשלב הבקשה לאישור. מתברר שאחת הסיבות העיקריות שבטענין לא ניתן לאשר תובענות ייצוגיות צרכניות היא שאין חוק כולל או הוראה כללית שיאפשרו הגשת תובענה ייצוגית ללא הגבלה של הוראות חוק מיוחד זה או אחר.²⁹ כדי להתגבר על קושי זה ועל קשיים אחרים, שיוצגו בהמשך בהרחבה, יש לשקול שתי דרכים עיקריות לפתרון הבעיה:

האחת, לבטל את החוקים המיוחדים המאפשרים הגשת תובענה ייצוגית ולחוקק במקומם חוק כללי שיאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בכל תחום ללא הגבלה לנושא מסוים או חוק מסוים. חוק כזה יכלול הוראות דומות לאלה של כלל 23 לכללי סדר-הדין הפדרלי בארצות-הברית,³⁰ שהוא הבסיס למודל של תובענות ייצוגיות המתבססות על יוזמה פרטית. דרך זו תפתור חלק ניכר מקשיי השימוש בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. האחרת, לתקן את הפרקים העוסקים בתובענות ייצוגיות בחוקים השונים, כולל חוק הגנת הצרכן, וכן לתקן הוראות שונות בחוק הגנת הצרכן על-מנת לאפשר את יישומו ברמה סבירה. אימוץ הגישה הראשונה של חקיקת חוק כללי לתובענות ייצוגיות עשוי להפוך למיותרת את ההצעה להכניס תיקונים בחוק הגנת הצרכן, שכן תובענות ייצוגיות צרכניות שוב לא יהיו מוגבלות לחוק הגנת הצרכן בלבד. דרך זו היא הדרך העדיפה. הקושי שבה הוא ההתנגדות הקיימת במשרד המשפטים ובפרקליטות להכרה גורפת באפשרות להגיש תובענות ייצוגיות. החשש הוא מפני שימוש לרעה באמצעי זה ומפני התוצאות הקשות העלולות להיגרם מפסקי-דין שיינתנו על בסיס תובענות ייצוגיות.³¹ אכן, המלצותיו של פרופסור סטיב גולדשטיין, מלפני יותר מעשרים שנה, לא התקבלו. בדו"ח פנימי של משרד המשפטים,

27 סעיף 116 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) מחייב הודעה ליועץ המשפטי לממשלה ולמפקח על הבנקים.
28 סעיף 146 לחוק ההגבלים העסקיים מחייב הודעה ליועץ המשפטי לממשלה ולממונה על הגבלים עסקיים. סעיף 135 לחוק הגנת הצרכן מחייב הודעה ליועץ המשפטי לממשלה. סעיף 208 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189, מחייב הודעה ליועץ המשפטי לממשלה ולרשות לניירות-ערך.
29 ראו סעיף 209 לחוק החברות המאפשר מימון של הרשות לניירות-ערך, שהיא רשות ציבורית.
30 ראו להלן פרק ו.
31 זו הצעתו של פרופסור סטיב גולדשטיין במחקרו, ראו לעיל הערה 23, בעמ' 56 ואילך.
32 לדין חלקי בחששות אלה ראו להלן פרק ז, הדן בסיבות הסמויות מן העין לא-אישור תובענות ייצוגיות.

שהוכן עוד בשנת 1981,³² הובעו הכתיגויות מהכרה כללית במוסד זה ואף צויינו חששות מפני ניצולו לרעה.³³ אף שהדו"ח המליץ בסופו של דבר לאמץ שיטה של תובענות ייצוגיות, לא קיבל משרד המשפטים המלצה זו במלואה. המשרד לא יזם חקיקה שתקלוט מוסד זה במלואו, ובמקום זאת נחקקו פרקים והוראות המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות בשמונה חוקים.³⁴ הסדרים אלה נקבעו בחוקים שקיימת בהם, לדעת המחוקק, בעיה של תת-אכיפה, ואשר בשל חשיבותם ראוי לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ככלי נוסף למימוש החוק. השיטה שנקבעה בישראל, שלפיה אין סמכות כללית להגיש תובענות ייצוגיות, הושפעה ללא ספק מן הביקורת הקיימת בארצות-הברית על הסעד של תובענות ייצוגיות. ברם, ביקורת זו, שנועדה למנוע שימוש לקוי בהליך הייצוגי, יושמה בישראל בצורה גורפת ומכלי שהובא בחשבון ההבדל המהותי שבין שתי שיטות המשפט. התוצאה היא דחייה של כמעט כל התובענות הייצוגיות. דומני שיש דבדלים ניכרים בין המשפט האמריקאי לבין המשפט הישראלי, ויש בהם כדי לענות על רוב החששות שהוצגו במשפט האמריקאי כלפי תובענות ייצוגיות. ראשית, בארצות-הברית מקובל להעניק פיצויים עונשיים, סעד שאינו מופעל בישראל. שנית, בארצות-הברית מקוונים פיצויים מנהליים העשויים להגדיל מאוד את סכום הפיצויים במקרה של תובענה ייצוגית. שלישי, בארצות-הברית מקובלת שיטת המושבעים, הפוסקים לעיתים פיצויים ענקיים; בישראל ההחלטה היא בידי שופטים מקצועיים. רביעית, היקף הזכויות והסעדים של נפגעים וגזומצם בישראל לעומת המקובל בארצות-הברית. לכן, לכאורה, יש מקום לקלוט בישראל את הגישה האמריקאית במלואה ללא חששות רבים. למרות השוני בין המשפט האמריקאי למשפט הישראלי, שיש בו כדי לענות על חלק מן הביקורת הקיימת על השיטה של תובענות ייצוגיות בארצות-הברית, הסיכוי לאימוץ חוק כללי בנושא תובענות ייצוגיות אינו גדול. קיים חשש מצד הרשויות שחלק ניכר מהתובענות הייצוגיות יופנה כלפי רשויות המדינה. לממשלה בכלל ולמשרד המשפטים בפרט יש משקל רב בעריכת רפורמה בנושא של תובענות ייצוגיות. אם זו תהא התוצאה של הרפורמה, סביר להניח שרשויות השלטון יסכלו ויסיון כזה. הגישה הבסיסית של משרד המשפטים,

- 32 Memorandum "Class Actions" to Tana Spanitz from David Vapner (1981). הדו"ח בחן בקצרה את המצב המשפטי בתחילת שנות השמונים גם באנגליה, אוסטרליה, צרפת וגרמניה (*Ibid*, at pp. 14-16). ביתניים חלו שינויים באוסטרליה, ויש מגמות לשינוי באירופה.
- 33 בעמ' 8 ואילך של ה-Memorandum הובאו נימוקי המחנדים לתובענות ייצוגיות. ראו, בין השאר: H. Milton "The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits" 71 *Colum. L. Rev.* (1971) 1; S. William "Class Actions – Useful Tool or Engine of Destruction" 55 *FRD* (1973) 375.
- 34 החוקים לפי סדר חקיקתם הם: (1) חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, פרק טו (התיקון משנת תשמ"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).

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

פרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה נותרה בעינה, וגם בתחילת שנת 2003 הם מתנגדים עדיין להכרה כללית ולא-מסויגת בתובענות ייצוגיות.³⁵ בעמודים הבאים אדון בקצרה בשימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, החשמ"ד-1984, כבסיס לתובענות ייצוגיות וכתחליף לתביעות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. בשל חשיבותה של תקנה 29, אביא אותה כלשונה:

29. אחד מטעם כל המעוניינים

(א) היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם – לבקשת תובע או הם תובעים, או לבקשת תובע או נתבע אם הם נתבעים, וברשות בית המשפט או הרשם – לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים; לא ידעו המעוניינים האחרים על דבר התובענה, יודיע להם בית המשפט או הרשם על הגשתה בהמצאה אישית, או במודעה פומבית אם ההמצאה האישית אינה מעשית מכל סיבה שתיראה לבית המשפט או לרשם, ככל שיוורה בית המשפט או הרשם בכל מקרה ומקרה.
(ב) כל מי שמיוצג בתובענה כאמור בתקנת משנה (א) רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לעשותו בעל דין בה.

הניסיון מלמד כי חלק ניכר מהתביעות מכוח תקנה 29 הופנה נגד המדינה, רשויותיה ורשויות מקומיות. ניתן איפוא להניח כי עם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות כללי, חלק ניכר מהתביעות יופנה נגד רשויות המדינה.³⁶ הפרקליטות טענה בסיכומיה נגד ההכרה בתקנה 29 כבסיס לתובענות ייצוגיות,³⁷ בין השאר מפני שהתביעה הייצוגית תיהפך לחחליף בג"ץ שיהיה ניתן להגישו גם לבית-משפט שלום ללא שיקול-הדעת שיש בהליכי בג"ץ. כיום ניתן להגישו רק לבית-המשפט העליון או לבתי-משפט לעניינים מנהליים. בתובענה ייצוגית יש לבית-המשפט סמכויות מפליגות יותר, הכוללות גם סעד כספי. מי שיש לו טענות נגד רשות ציבורית או עירייה יגיש תובענה ייצוגית במקום לתכוע בבית-משפט לעניינים מנהליים או בבג"ץ. עוד טענה הפרקליטות במסמך הנ"ל כי תקנה 29 אינה מקור נורמטיבי להכרה בתביעות ייצוגיות. בחוות-הדעת הובעה במפורש הדעה שעמדת המחוקק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוקים המיוחדים הדנים בתובענות ייצוגיות, היא שבמקרים אחרים, שאינם כלולים בחוקים, אין להגיש תובענות כאלה.³⁸ הוסבר גם כי כעוד שיש הצדקה לתובענות ייצוגיות בנושאי הגנת הצרכן,³⁹ אין בהכרח הצדקה כזו בכל תחום. בחוות-הדעת צוינה גם

35 עמדת הפרקליטות באה לידי ביטוי בהליכי משפט רבים שבהם היא ייצגה את המדינה כנתבעת בתובענות ייצוגיות. השאלות עלו בקשר לאפשרות להגיש תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29. לדוגמה, סיכומי הפרקליטות בתיק רע"א 4367/00 דזנווסר ג' מינהל מקרקעי ישראל, דינים עליון, אקטובר 2002, פסקות 83-115. חלק ניכר מהמסמך הסביר מדוע תקנה 29 אינה מקור נורמטיבי להכרה בתובענות ייצוגיות. אף שסיכומים אלה אינם דנים ישירות באפשרות לחוקק דבר חקיקה כללי של תובענות ייצוגיות, עולה מהם גישה מסתייגת ביותר מאפשרות כזו.

36 ראו להלן הערה 171, כי 60% מהתובענות הייצוגיות שהתבססו רק על תקנה 29 היו נגד רשויות המדינה ועיריות.

37 לעיל הערה 35, בפסקות 109-111.

38 שם, בפסקה 98.

39 שם, פסקות 100-103.

הביקורת בארצות-הברית על תובענות ייצוגיות, והוצגו נימוקים כבדי-משקל התומכים בגישה המתנגדת לסמכות כללית של זביעות ייצוגיות משום שנוקן עולה על תועלתן (פסקה 105 ואילך). הדברים אמורים במיוחד בתביעות נגד המדינה, מאחר שיש מסלולים אחרים לתקיפת המעשה השלטוני.⁴⁰ ב-2.4.03 נפל דבר בבית-המשפט העליון בשאלת השימוש בתקנה 29 כבסיס לתובענות ייצוגיות. ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ⁴¹ החליט בית-המשפט העליון, בהרכב מורחב של חמישה שופטים וברוב דעות, לדחות תביעה נגד המדינה על בסיס תקנה 29. שני שופטים תמכו בתחולה רחבה של תקנה 29 (השופט ט' שטרסברג-כהן והנשיא א' ברק). רוב של שלושה שופטים דחה את ההסתמכות על תקנה 29 במקרה זה כבסיס נאות לתובענות ייצוגיות. יש הבדלי גשים בין שופטי הרוב. השופט אנגלרד דחה את ההסתמכות על תקנה 29 כבסיס לתובענה ייצוגית מכל וכל. השופטים ד' בייניש ושי' לוי העלו הסתייגויות משמעותיות לגבי השימוש בתקנה 29 וקבעו שיש לפרשה על דרך הצמצום. מכל מקום, ברור שהתוצאה שהתקבלה מרוקנת את תקנה 29 מתוכנה או לפחות מצמצמת את השימוש בה במידה ניכרת.⁴²

גם במשפט האמריקאי, הדוגל בדרך-כלל בתביעה ייצוגית כללית, הדגישו את החשיבות המיוחדת של תובענות ייצוגיות בתווים של ניירות-ערך והגנת הצרכן.⁴³ נראה איפוא שיש סיכוי טוב יותר לשיפור הוראותיו של חוק הגנת הצרכן מאשר לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות כללי. מנימוקים מעשיים אלה שצוינו ולנוכח התנגדותם של משרד המשפטים ופרקליטות המדינה להחלה גורפת של המכשיר של תובענות ייצוגיות, נראה כי יש להעדיף את המאמץ לשיפור החוקים הקיימים בנושא זה על ניסוח הוראה כללית של תובענות ייצוגיות, שסיכוייה ליהפך לחקיקה אינם ברורים.

מן הראוי שתיקון החוק יבחן גם את התוצאות הכלכליות של סעד זה. גם אם לא נאמרו הדברים במפורש, נראה כי השופטים אינם ששים לאשר תובענות ייצוגיות מהטעם שהנהנה העיקרי מפסק-הדין הוא עורך-הדין שזים את התביעה והגישה. אין גם להתעלם מן החשש שהפגיעה בנתבעים תהיה קשה בעוד שהתועלת לכל צרכן תהיה מזערית. גם דעת השופטים בארצות-הברית לא היתה נוחה ממיקומם שבהם הנזק שנגרם לכל צרכן היה מזערי, ואילו הנזק שעלול להיגרם לעוסק היה מהותי.⁴⁴ השופטים גם אינם מעוניינים לפסוק פיצויים העלולים למוטט את הנתבעים.⁴⁵ סבורני ששיקולים כלכליים אלה לא נבדקו עד הסוף כאשר

40 שם, בפסקה 104 וכן בפסקה 112.

41 טרם פורסם (להלן: עניין א.ש.ת.).

42 ראו גם את דברי השופט שטרסברג-כהן בפסקה 49 של פסק-הדין.

43 ראו: Marcus and Shermis, *supra* note 17, at p. 212. ראוי לציין כי תחום ניירות-הערך מכיל היבטים מובהקים של הגנת הצרכן.

44 ראו: Rosmarin and Edelman, *supra* note 23, at p. 23.

45 *Ibid.*, at p. 26. אחת הדרכים שבהן השתמשו בתי-המשפט בארצות-הברית כדי להתגבר על בעיה זו היתה דרישה נוקשה של מתן הודעה לכל אחד מחברי הקבוצה, מה שהבטיח שלא יהיה ניתן לעמוד בדרישה זו. כאשר מספר חברי הקבוצה גדול מאוד וכולל מאות אלפי חברים-בכוח, קיים קושי רב באיתורם. יתר-על-כן, העלויות הכרוכות בדיוור ישיר של ההודעה מונעות למעשה את המשך הטיפול בתובענה הייצוגית. הלכת בית-המשפט העליון בארצות-הברית, המחייבת בדרך-כלל דיוור ישיר של

נחקקו החוקים המסדירים תובענות ייצוגיות בישראל. הסמכת בתי-המשפט לשקול שיקולים אלה בגלוי עשויה להגדיל את הסיכוי לאישור מספר משמעותי יותר של תובענות ייצוגיות.⁴⁶

3. הבסיס לתובענות ייצוגיות צרכניות: תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי או חוק הגנת הצרכן?

הנחת-העבודה של רשימה זו היא שראוי לתקן בראש ובראשונה את חוק הגנת הצרכן על-מנת שיוכל לשמש בסיס לתובענות ייצוגיות, שכן אין סיכוי בשלב זה לחקיקת חוק כללי לתובענות ייצוגיות. לנוכח המגמה הקיימת בחלק מבתי-המשפט המחוזיים בישראל, כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי במקרים שאינם עומדים בדרישות המיוחדות של החוקים המסדירים תובענות ייצוגיות בנושאים מיוחדים, עולה השאלה: לשם מה יש לתקן את חוק הגנת הצרכן אם ניתן להגיע לאותה תוצאה, ואף לטובה ממנה, באמצעות תקנה 29? הכרה גורפת באפשרות לתבוע מכוח תקנה 29 תייתר את השימוש בחוק הגנת הצרכן. שאלת היחס בין תקנה 29 לבין חוק הגנת הצרכן הינה מורכבת⁴⁷ ואינה נושא עיקרי ברשימה זו. נסתפק איפוא בהצגת עיקריה.

במשך שנים היה מקובל לפרש את תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי כמוגבלת למקרים של זהות עילה, זהות תובעים וזהות סעד. מכאן שהאפשרות להשתמש בתקנה זו כבסיס לתובענה ייצוגית היה מוגבל ביותר. ההלכה העיקרית בנושא נקבעה לפני יותר משלושה עשורים בפרשת *פרנקישה*.⁴⁸ עם חלוף השנים נעשו נסיונות רבים להרחבת הלכה זו, ובלא-מעט מקרים הוכרה בבתי-המשפט המחוזיים הגישה שתקנה 29 עשויה לשמש בסיס לתובענה ייצוגית בנושאים רבים, כולל נושאים של הגנת הצרכן. עמדת בית-המשפט העליון בנושא זה טרם נקבעה.⁴⁹

לדעת שופטים רבים, יש מקום לסטות מן ההלכות המגבילות של פרשת *פרנקישה*, וניתן לאשר תובענות ייצוגיות גם מכוח תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי.⁵⁰ היו אף מקרים

הודעות בדבר התובענה הייצוגית לכל חברי הקבוצה, מונעת את המשך הטיפול בתובענות ייצוגיות המוניות. פסק-הדין המנוחה הוא: *Eisen V. Carlisle and Jacqueline*, 417 U.S. 156 (1974). פסק-דין זה נידון בהרחבה גם בספרם של ג' לוטן וא' רז *תובענות ייצוגיות* (כרך א, חשני"ו) 146, 175, 276-270, 283-286.

46 ראו להלן פרק ז(1) על החששות מפני התוצאות הכלכליות ההרסניות של אישור תובענות ייצוגיות. יש תובענות בסדר-גודל של מאות מיליוני שקלים ואף יותר מכך. התובענות הייצוגיות בנושאים צרכניים שבהן הגיעו עד היום לכלל הסדר פשרה הן בסדר-גודל של מיליוני שקלים, ולא של מיליוני שקלים. ראו גם להלן טקסט ליד הערות 332-335 – הצעות לפתרון החששות האלה.

47 ב-2.4.03 הוחלט ברוב דעות בעניין *א.ש.ת.* (לעיל טקסט להערה 41, כי תקנה 29 אינה בסיס ראוי לתובענות ייצוגיות. ההחלטה התקבלה בהרכב מיוחד. כל עוד לא תשונה הלכה זו, יש להניח שיהיה צמצום משמעותי בתובענות הייצוגיות על בסיס תקנה 29.

48 ע"א 86/69 *פרנקישה פלצאיןדסטרי מרקלה ושוח' נ' רבינוביץ*, פ"ד כג(1) 645 (להלן: עניין *פרנקישה*).

49 ראו רע"א 2837/98 *ארד נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ*, פ"ד נד(1) 600.

50 ראו, לדוגמה, ת"א (נצ") 749/97 *דני זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ*, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002 2851(2)98, פסקה 10, שם נקבע שאין לראות בעניין *פרנקישה* מניעה לאישור תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי. כאסמכתות צוטטו כמה פסקי-דין מחוזיים: ת"א (ת"א) 1029/96, המ' (ת"א) 11102/96 *צ'רטוק נ' מדינת ישראל* (לא פורסם); ת"א (ת"א) 16/97 *זימבר*

שבהם אושרה התובענה הייצוגית מכוח תקנה 29 אף שהתובענה לא עמדה בדרישות של חוק הגנת הצרכן.⁵¹ גישה זו מקובלת על שופטים רבים, אך לא על כולם. יש שהעדיפו להותיר שאלה זו בצריך-עיון,⁵² ויש הסבורים שתקנה 29 אינה יכולה לשמש בסיס לתובענה ייצוגית.⁵³ מכל מקום, ברוב המכריע של המקרים נדחו הבקשות לאישור התביעה כתובענה ייצוגית הן מכוח תקנה 29 והן מכוח חוק הגנת הצרכן.⁵⁴ בפסקי-הדין שבהם הוכרה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 עלתה כמובן השאלה מהן הדרישות לאישור התובענה הייצוגית, שכן תקנה 29 אינה כוללת תנאים לאישורה. בפסיקה⁵⁵ הובעו דעות שונות בשאלה אם יש להזיל על תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 את הדרישות המפורטות בחוקים המיוחדים הדנים בנושא זה. הדין בזה חורג ממסגרת דיונונו.

אם תחקבל ההשקפה המאפשרת הגשת תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29 מבלי להיות מוגבלים לנושאים, לעילות ולהוראות. של שמונת החוקים המסמיכים הגשת תובענות ייצוגיות, ייהפכו חוקים אלה למיותרים במידה רבה. לשם מה להגיש תובענות ייצוגיות כפוף לדרישות המחמירות והמגבילות של החוקים המיוחדים⁵⁶ אם ניתן לקבל סעד מכוח תקנה 29 ללא מגבלות? יש אומנם יתרונות מסוים לתביעות לפי החוקים המיוחדים, אך באופן כללי

- נ' עידית תל אביב, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(2) 507; ת"א (ת"א) 1553/95 אופנהיים נ' פוזג (לא פורסם). ראו גם ת"א (נצי) 785/98 עיטל זילברשלג נ' אל-על נחבי אויר, פ"מ תשנ"ט (2) 385; ת"א (ת"א) 14199/96 דרון נ' סקום (ישראל) בע"מ (לא פורסם); בש"א (ת"א) 9197/00 מילר נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(10) 705. קיימים פסקי-דין רבים נוספים
- 51 ראו, לדוגמה, ת"א (חי) 28680/97 דדון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשנ"ט (2) 865; עניין סקום, שם; ת"א (ת"א) 1600/99 תבל חשדורית בינלאומית לישראל בע"מ נ' ברנשטיין (לא פורסם); ת"א (ת"א) 2157/99 סמואלס פרד נ' עידית רחובות, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (2) 22164.
- 52 ראו, לדוגמה, המ' (י-ם) 4005/96 גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2055 (3) 97; המ' (חי) 4017/95 רשף חן נ' בנק איגוד לישראל, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2002 (2) 2868.
- 53 ראו, לדוגמה, ת"א (חי) 1318/99 אלסינט בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (3) 863; ת"א (חי) 1201/99 הוניגבוים נ' מדינת ישראל, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (2) 65535.
- 54 יש עשרות רבות של בקשות שנדחו, ראו להלן הטבלה בפרק ג. להלן כמה דוגמות: ת"א (ת"א) 219/97 רוזנולד נ' חברה קדישא (לא פורסם); ת"א (י-ם) 1165/97 שימונוב נ' חברה קדישא, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 3319 (2) 98; המ' (י-ם) 2670/98 אשור נ' חברת שיכון ומלאכה, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 662 (2) 99; ת"א (ת"א) 1426/00 גרייבר נ' המוסד לביטוח לאומי, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (2) 21430; ת"א (ת"א) 1504/99 שטיינברג נ' סלקום ישראל, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (3) 6095.
- 55 ראו ת"א (י-ם) 109/94 התאחדות הסטודנטים נ' האוניברסיטה העברית, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2687 (2) 96, שם נקבע שיש להפעיל שיקול-דעת של בית-המשפט תוך קבלת השראה מהחוקים הקיימים. עניין אופנהיים, לעיל הערה 50, נקבע כי יש לעמוד ככל התנאים המקדמיים של חוק הגנת הצרכן. וראו גם ת"א (ת"א) 535/96 ירון שדה נ' תקשורת בע"מ (לא פורסם); עניין שימונוב, שם; עניין מילר, לעיל הערה 50; בש"א (ב"ש) 2604/99 המכללה למינהל שלוחת באר שבע, פ"מ תשנ"ט (2) 49. וראו גם עניין שטיינברג, שם, שם נקבע שאין צורך לעמוד בתנאים מקדמיים מעבר לעמידה בדרישות תום-הלב, החלוחת בנ"ל מקרה בסדר-הדין האזרחי.
- 56 לדוגמה, תובענה ייצוגית שתוגש לפי חוק הגנת הצרכן תהיה פטורה מאגרת בית-משפט מכוח הוראות סעיף 135 לחוק.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

תלך השיבות ותפחת עד להתעלמות מוחלטת מחוקים אלה בסוף הדרך. אם השקפה זו תתקבל,⁵⁷ יאבדו השאלות לגבי גבולות התובענה הייצוגית כל משמעות, שכן תובענות ייצוגיות צרכניות שוב לא יהיו מוגבלות, לא לצרכן, לא רק נגד עוסק ואף לא להוראות חוק הגנת הצרכן.

קושי זה ניתן ליישב בשלוש תשובות. הראשונה היא שגם כאשר תובעים מכוח תקנה 29, יש להחיל את הסייגים ואת הדרישות של תובענות ייצוגיות בחוקים הרלוונטיים השונים. תקנה 29 נוסחה אומנם בקצרה וללא הנחיות ברורות, אולם אלה המוכנים לראות בתקנה זו בסיס לתובענה ייצוגית, מן הראוי שיחילו לגביה את הדינים של תובענות ייצוגיות בחוקים השונים.⁵⁸ מכאן שההוראות בנושא תובענות ייצוגיות בחוק הגנת הצרכן יהיו רלוונטיות גם אם התביעה תושגת על תקנה 29.⁵⁹ לפיכך, ההתייחסות לקשיים של תובענה ייצוגית בחוק הגנת הצרכן רלוונטית גם לתקנה 29. תשובה שנייה היא שגם שופטים שיש לדעתם מקום לראות בתקנה 29 תשתית לתובענה ייצוגית יחילו לגביה מגבלות שאינן קיימות בעיקרון בתובענות ייצוגיות מכוח החוקים המיוחדים. בתקנה 29 קיימת דרישה לזהות עילה ולזהות סעד של התובעים.⁶⁰ דרישה זו אינה מופיעה בחוק הגנת הצרכן, אף שבפועל הוחלה דרישה מעין זו בפסיקת בתי-המשפט.⁶¹

התשובה השלישית היא שקיימת התנגדות להפיכת תקנה 29 לבסיס העיקרי לתובענות ייצוגיות צרכניות. לאחרונה קבע היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו כי אין להגיש תביעה ייצוגית על-יסוד תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי.⁶² לנוכח עמדה זו, ביקשו התובעים

- 57 בינתיים, כ-2.4.03, ניתנה החלטה בבית-המשפט העליון בעניין *א.ש.מ.*, לעיל הערה 41, שלפיה תקנה 29 אינה בסיס ראוי בדרך-כלל לתובענה ייצוגית. סביר להניח כי תוצאת פסק-הדין תהיה צמצום ניכר בשימוש בתקנה 29, מה שמעלה מחדש את החשיבות של הסדרת החוקים הדנים בתובענות ייצוגיות.
- 58 דיני החוזים הכלליים גוהגים כך לגבי הסעדים של קיזוז ועיכובן. בפירוש הוראות הקיזוז השונות, המופיעות בעשרות חוקים, מחילים את הסייגים של סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118. ראו לדוגמה ע"א 544/81 *מנחם קיהל בע"מ נ' סוכנות מכוניות לים החיכוך*, פ"ד לו(3) 518. כך גם הזכות לעיכובן, המופיעה בשמונה-עשר חוקים, מפורשת בהתאם לכללים ולסייגים של סעיף 11 לחוק המטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 184. לדיון ביחס שבין זכות העיכובן הכללית לפי חוק המטלטלין וחוקיות עיכובן בחוקים אחרים ראו ע"א 1776/97 *ליבונין נ' גזעון אוברזון – תעשיות אופנה*, פ"ד נד(3) 49.
- 59 ראו לעיל הערה 55.
- 60 ראו לדוגמה בש"א (י-ם) 4297/99 *אלישע נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות*, פ"מ תש"ס (1) 91: התביעה מכוח תקנה 29 נדחתה בשל אי-זהות בסעד הפיצויים. ראו גם המ' (חי') 4017/95 *דשף חן נ' בנק איגוד*, לעיל הערה 48; ת"א 1259/01 *אלון נ' אתרים ירוקים* (27.8.01) (טרם פורסם).
- 61 סעיף 33ב(3) לחוק הגנת הצרכן דורש כתנאי לאישור תובענה ייצוגית שהתובענה תהיה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. תנאי זה פורש במקרים רבים כהוראה שאינה מאפשרת לאשר תובענה ייצוגית כספית כאשר יש שוני בפיצוי בין חברי הקבוצה הצרכנית. אי לכך אישור התובענות הייצוגיות הצרכניות לעיתים כתביעות הצהרתיות בלבד. ראו להלן דיון מלא בנקודה זו בפרק ה.
- 62 ראו י' דנון "רובינשטיין: אין להגיש תביעה ייצוגית על יסוד תקנה 29 לסדר הדין האזרחי" *גלובס* 14.8.01. בכתבה צוין כי היועץ המשפטי הגיש את עמדתו בתביעה נגד חברות הטלפון הסלולרי בת"א (ת"א) 1502/00 *גולדשלאגר נ' פרטנר* (טרם פורסם). עמדתו היא שהתקנה לא נועדה לשמש בסיס או

בתיק הרלוונטי להורות על דחיית התביעה בהסכמה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה אינה מחייבת את בתי-המשפט. בינתיים החליט בית-המשפט העליון ברוב דעות בעניין א.ש.ת.⁶³ כי תקנה 29 לא נועדה מלכתחילה לשם הגשת תובענות ייצוגיות במונח שבו הוסדרו בחקיקה העוסקת בעניין זה. לדעת הרוב יש להסווי את הנושא בחקיקה ראשית, ולא בדרך של חקיקה שיפוטית. ייתכן שטרם נאמרה המלה האחרונה בתחום זה. מכל מקום, ברור שהשימוש בתקנה 29 יצומצם ויפקע בעקבות החלטת זו. החלטת בית-המשפט העליון מדגישה את החשיבות של הסדרת החוקים המיוחדים בנושא התובענות הייצוגיות.

יש איפוא לחזור ולבחון את ההוראות בדבר תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן, ולשאול: מה היו התקלות והליקויים שביישומן? וכיצד ניתן לתקן ליקויים אלה? אולם תחילה יש להציג לפני הקורא את הסטטיסטיקה של תובענות ייצוגיות צרכניות. כמה מהן אושרו, ויש לברר מדוע נדחו הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן ביותר מ-90% מהמקרים.

ג. סטטיסטיקה של הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות

לצורך מאמר זה נערכה בדיקה של הנתונים הנוגעים בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות. בדיקה זו מובילה לכמה מסקנות מעניינות המצביעות על הקשיים שקיימים בתחום זה:

- מאות תובענות ייצוגיות הוגשו בשנים האחרונות.
- מתוך התובענות הייצוגיות שניתנו לגביהן פסקי-דין, אחוז התובענות שהוגשו מכוח חוק הגנת הצרכן מגיע ל-40%.
- במהלך השנים חלה ירידה באחוז התביעות מכוח חוק הגנת הצרכן וגדל אחוז התביעות מכוח תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי.
- אחוז התובענות שאושרו בבתי-המשפט המחוזיים כתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן הינו מזערי ועומד על אחוזים בודדים. גם תביעות שאושרו כתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן לא שפר גורלן. חלק מהאישורים בוטלו בבית-המשפט העליון, ובמקרים אחרים נמשך ההליך שנים מבלי להגיע לכלל סיום. היו מקרים שבהם לא היו התוצאות שהושגו בסופו של ההליך משמעותיות, ולפיכך לא מימשו את ייעודן כגורם מרחיע מפני פגיעה בציבור הצרכנים.
- למרות האמור לעיל, אין לראות בהליך זה כישלון גמור, שכן אחרי שנים של תרדמת בנושא הגנת הצרכן, התעורר הנושא בבתי-המשפט. עצם הדיון בתובענות ייצוגיות צרכניות והעלויות הכרוכות בו לעוסק משפיעי על השוק אף במקרים שהתוצאות בהם צנועות למדי.
- לנוכח הניסיון שנרכש ונצבר, יש מקום לטיפול-שורש בנושא. מסקנות אלה עולות מן הנתונים הסטטיסטיים שיפורטו בפרק זה.

הסמכה חוקית לניהול תביעות ייצוגיות שלא בהסכמת כל חברי הקבוצה. לדיון בטענות הפרקליטות נגד תקנה 29 כבסיס לתובענות ייצוגיות ראו לעיל הערה 35 וטקסט לידה.
63 ראו לעיל הערה 41.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

יש לבחון את התובענות הייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן לאור מכלול התובענות הייצוגיות בישראל. במחקר התייחסתי למאה שבעים ותשעה פסקי-דין והחלטות מהותיות⁶⁴ שדנו בתובענות ייצוגיות מכוח החוקים השונים ותקנות סדרי-הדין. מאחר שלגבי אותו מקרה ניתנו לעיתים החלטות אחדות, הם מייצגים רק מאה שישים וחמישה מקרים שונים. המחקר מתייחס לתביעות שהוגשו בשנים 1995-2000.⁶⁵ שנת 1995 נבחרה כנקודת-מוצא מאחר שזו השנה הראשונה שבה הוגשו תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן שתוקן בשנת 1994. המחקר אינו מתייחס לכל התובענות שהוגשו, אלא רק לאלה שניתנו לגביהן פסקי-דין או החלטות מהותיות עד לסוף שנת 2001. מספר התובענות שהוגשו כפול מאלה שאליהן התייחסתי במחקר, שכן במקרים רבים הן נמחקו עוד בשלבי הדיון הראשונים, בין בהמלצת בתי-המשפט ובין בהסכמת הצדדים באישור בית-המשפט. זאת ועוד, יש עשרות רבות של תביעות שהוגשו שעדיין אין לגביהן כל החלטה.⁶⁶ עד לסוף שנת 2001 הוגשו כארבע מאות תובענות ייצוגיות.⁶⁷ ביותר ממתציית המקרים ניתנו החלטות מהותיות לפי חלוקה שתפורט עתה.

- 64 בהחלטות מהותיות הכוונה היא להחלטות הדנות בשאלה אם לאשר את התובענה הייצוגית אם לאו. יש עשרות החלטות נוספות בשאלות משניות של תשלום אגרת בית-משפט, הפקדת עירבון, הוספת ראיות ובקשות לצירוף צדדים. אלה לא נמנו ברשימה זו, כמו גם שבעה-עשר פסקי-דין והחלטות של בתי-הדין לעבודה מכוח תקנה 21 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), ראו להלן הסבר (7) לטבלה.
- 65 בשנים שקדמו לשנת 1995 הוגשו התביעות הייצוגיות בעיקר מכוח חוק ניירות-ערך, שם נקבעו ההוראות בדבר תובענות ייצוגיות בשנת 1988 (ראו לעיל הערה 34) ומכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.
- 66 יש נתונים לגבי תובענות ייצוגיות בנושאים שונים. לרוגמה, בטבלה התייחסתי לעשרים ושמונה תובענות ייצוגיות מכוח חוק ניירות-ערך. במכתב ששלחה הרשות לניירות-ערך ללשכת עורכי-הדין (מיום 5.3.01) דווח כי הוגשו חמישים ושמונה בקשות. אין בכך סתירה לגתוני הטבלה, שכן היא מתייחסת רק לתובענות שניתנו לגביהן פסקי-דין או החלטות מהותיות בשנים 1995-2001.
- 67 דאו לעיל הערה 12. בשנת 2002 הוגשו מאה ארבעים ושלוש תובענות ייצוגיות. מובן שהטבלה אינה מתייחסת לתובענות שהוגשו בשנת 2002, שכן יש מקרים מעטים מאוד שבהם ניתנו בשנת 2002 החלטות מהותיות ופסקי-דין בתובענות שהוגשו באותה שנה. יחד עם זאת, יש חשיבות להחלטות ולפסקי-דין שניתנו בשנת 2002 לגבי תובענות ייצוגיות שהוגשו בשנים קודמות. לדיון בנתונים החרשים ראו להלן טקסט אחרי הערה 104.

סיני דויטש

סטטיסטיקה של תובענות ייצוגיות שהוגשו בשנים 1995-2000⁽¹⁾
 ושיש לגביהן פנוק-דין או החלטה עד ל-31.12.01

| מקור הסמכות | התובענות שהוגשו ⁽²⁾ | תובענות שאושרו ⁽²⁾ | תובענות שנדחו ⁽²⁾ | הסתיימו בפס"ד או בפשרה ⁽³⁾ | החלטה אחרת ⁽⁴⁾ |
|---|--------------------------------|-------------------------------|------------------------------|---------------------------------------|---------------------------|
| 1 חוק הגנת הצרכן | 83 ⁽⁵⁾ | 7 | 71 | 1 ⁽⁶⁾ | 4 |
| 2 תקנה 29 לתקנות-סדר הדין האזרחי ⁽⁷⁾ | 85 | 15 | 64 | 2 ⁽⁸⁾ | 4 |
| 3 חוק ניירות-ערך ⁽⁹⁾ | 28 | 7 | 18 | 1 ⁽¹⁰⁾ | 2 |
| 4 חוק ההגבלים העסקיים | 12 | 2 | 9 | 0 | 1 |
| 5 חוק הבנקאות (שירות ללקוח) | 3 | 0 | 3 | 0 | 0 |
| 6 חוק הפיקוח על עסקי ביטוח | 3 | 2 | 1 | 0 | 0 |
| 7 חוק למניעת מפגעים סביבתיים | 1 | 1 ⁽¹¹⁾ | 0 | 0 | 0 |
| סה"כ | 215 | 34 | 166 | 4 | 11 |

הסברים לטבלה:

(1) הטבלה כוללת גם ארבע תובענות שהוגשו בשנת 2001, אולם אלה אינן מייצגות את התובענות שהוגשו באותה שנה מכיון שלגבי רובן המכריע טרם ניתנו החלטות מהותיות או פסקי-דין עד לסוף שנת 2001.

(2) מקום שבו הוגשה תובענה על-בסיס עילות אחדות צויינה התובענה בטבלה זו פעמים מספר, בהתאם לעניין. הוא הדין לגבי תובענות שאושרו על בסיס של יותר מעילה אחת. לפיכך אושרו בפועל פחות משלושים תובענות. הוא הדין לגבי תובענות שנדחו, שכן הדחיות היו לעיתים על בסיס של עילות אחדות.

(3) בכותרת "הסתיימו בפסק-דין" הכוונה היא בפסק-דין לטובת התובע והקבוצה. חלק ניכר מהתובענות הסתיימו בפסק-דין של דחייה, אך לא לכך הכוונה. בכותרת "הסתיימו בפשרה" הכוונה היא לפשרה משמעותית, ולא למקרים שבהם הפיצוי לקבוצה, לתובע הייצוגי או לעורך-הדין היה זעום. גם אין הכוונה למקרים שהסתיימו בפשרה מבלי להודות בחבות, תוך מתן פיצוי מזערי לתובעים.⁶⁸

68 לדוגמה, בעניין זימבר, לעיל הערה 50, הסמיכו הצדדים את בית-המשפט להכריע לפי סעיף 79א לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198. הנתבעת הסכימה, מבלי להודות בחבות, להחזיר לחיילים בשירות סדיר את אגרת השירות מבלי לקבוע אם יש בסיס לתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן או חיקוקים אחרים. התובעת קיבלה פיצוי של 25,000 ש"ח וכן הוצאות משפט בסך 35,000 ש"ח. הקבוצה אכן זכתה ביטור מאגרת שירותים, ובמובן זה היתה זו הצלחה גדולה. אולם הפיצוי הנמוך לתובע ולעורך-דינו לא יעורר את הקדשת הזמן, המאמץ והמשאבים הכרוכים בהגשת תובענות ייצוגיות.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

(4) הכותרת "החלטה אחרת" משמעה החלטות שאינן כוללות אישור או דחייה של התובענה הייצוגית, אלא החלטה העוסקת בטענות מקדמיות או בהחזרת הדין לבית-משפט קמא.

(5) רשימת פסקי-הדין של תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן בנספח א שבסוף המאמר כוללת תשעים ושבעה פסקי-דין. אולם מאחר שארבעה-עשר פסקי-דין דנים באותו מקרה במסגרת ערעור או דיון חוזר באותו בית-משפט, יש שמונים ושלושה מקרים שונים שאליהם הטבלה מתייחסת.

(6) בעניין מזל נ' דיסקברי⁶⁹ ניתן פסק-דין שחייב את הנתבעים להשיב לכל אחד מחברי הקבוצה את מלוא הסכומים ששילמו, וכן פיצוי של 2,000 ש"ח לכל אחד מהם כפיצוי בגין עוגמת-נפש. התובעים קיבלו הוצאות בסך 75,000 ש"ח, נוסף לשכר-טרחה שנפסק בבש"א 4991/00. זה המקרה היחיד בשנים 1995-2001 שניתן בו פסק-דין סופי לטובת קבוצה בתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. האם פסק-הדין ניתן למימוש? – זו שאלה אחרת.

(7) התייחסתי בטבלה לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אך לא לתקנה 21 לתקנות בית הדין לעבודה (סדר דין), התשנ"ב-1991, שהיא מקבילתה של תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי. בכל שבעה-עשר פסקי-הדין שאיתרתי בקבצים הממוחשבים נדחתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מנימוקים שונים, הן בבתי-הדין המחוזיים והן בבית-הדין הארצי לעבודה.

(8) בת"א (ת"א) 1718/00 קרן נ' סלקום (לא פורסם) הגיעו הצדדים, כ-8.7.01, להסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק-דין. הפשרה היתה בסכום של יותר מ-7 מיליון ש"ח, התובע קיבל פיצוי של יותר מ-8% ובא-כוח קבוצת התובעים קיבל סכום דומה, דהיינו, תשלום של מאות אלפי שקלים לתובע ולבא-כוח קבוצת התובעים. בת"א (ת"א) 600/96 ינובר נ' מדינת ישראל⁷⁰ נקבע שיש להחזיר לחברי הקבוצה את האגרות ויש להקים קרן להשבת הכסף. התובעים יקבלו בגין יוזמתם סך של 10%. עורכי-הדין יקבלו שכר-טרחה של 5%, וזאת נוסף להוצאות משפט ושכר-טרחה בסך 40,000 ש"ח. על החלטה זו הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, שטרם הוכרע.

(9) בתחום ניירות-הערך הוגשו כמה תובענות ייצוגיות חשובות בשנים שקדמו לשנת 1995. תביעות אלה, כעשרים במספר, הושמטו מהטבלה כדי ליצור בסיס להשוואה עם תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן שהחלו בשנת 1995.

(10) בע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.סי. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ⁷¹ נדחתה בקשה לרחיית הערעור על-הסף. בהחלטה צוין כי הצדדים הגיעו לפשרה להעביר מניות לחברי הקבוצה. בית-המשפט המחוזי קבע שכר-טרחה של 9% לבא-כוח הקבוצה ופיצוי מיוחד של 8% לתובעים. הערעור נדחה לגופו של עניין בתאריך 12.12.01.⁷²

(11) בבר"ע (ב"ש) 901/99 החברה לשירותי איכות הסביבה (רמת חובב) בע"מ נ' עמותת מדעי הדרום⁷³ נפסק כי בתובענה מכוח חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, אין צורך באישור, וכי בנסיבות העניין לא התקיימו תנאי סעיף 11 לחוק,

69 לעיל הערה 15, וראו להלן דיון ליד הערה 92.

70 דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(5) 758.

71 פ"ד נו(2) 247.

72 ע"א 8430/99, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2001 (4) 899. הושגו פשרות נוספות בתובענות ייצוגיות בנושאי ניירות-ערך, כגון בת"א (ת"א) 19/92 זת חברה ליעוץ כלכלי בע"מ נ' טבע תעשיות פרמצבטיקות בע"מ, תקדין מחוזי 2)93 (2) 658, שלגביו ניתנו גם החלטות מספר בבית-המשפט העליון ברע"א 6297/97, תקדין עליון 4)97 (4) 615, וברע"א 6297/97, תקדין עליון 1)98 (1) 410. הפשרה היתה בסכום משמעותי של ארבעה-עשר מיליון דולר (בשיחה עם בא-כוח התובעים הייצוגיים – 5.3.03), אולם התביעה הוגשה בשנת 1992, תקופה שאינה כלולה בטבלה.

73 פ"מ תש"ס (1) 57.

סיני דויטש

המסמיכים את בית-המשפט לקבוע שהתובענה לא תנוהל כתובענה ייצוגית. התיק הוחזר לבית-משפט השלום להמשך הדיון.

עיון בפסקי-הדין שהטבלה מכוונסת עליהם מלמד כי כ-90% בקירוב מהמקרים היו תקנה 29 או חוק הגנת הצרכן הבסיס להגשת התובענה הייצוגית.

בדיקת התובענות הייצוגיות שהוגשו בשנים 1995-2000, ושניתנו לגביהן פסקי-דין והחלטות בבתי-המשפט בשנים 1995-2001, מראה כי מכוח תקנה 29 הוגשו שמונים וחמש תובענות ייצוגיות, שהן יותר מ-40% מכל התביעות. בדומה לכך, מכוח חוק הגנת הצרכן הוגשו שמונים ושלוש תובענות, שהן יותר מ-40% מכלל התובענות. אם נבחן את ההתפתחויות והמגמות שהיו בוגשת התובענות, נגלה את העובדות הבאות: בשנים 1995-1997 הוגשו עשרים ושתיים תובענות מכוח תקנה 29 לעומת ארבעים וחמש תובענות מכוח חוק הגנת הצרכן. בשנים 1998-2000⁷⁴ – שישים ושלוש תובענות מכוח תקנה 29 לעומת שלושים ושמונה תובענות מכוח חוק הגנת הצרכן.

מסקנה: מספר התביעות שהוגשו על בסיס תקנה 29 שולש כמעט בשנים 1998-2000 לעומת התקופה המקבילה שקדמה לה, בעוד שחלה ירידה קלה במספר התביעות שהוגשו מכוח חוק הגנת הצרכן בתקופות המקבילות.

מסקנה זו מטרידה, שכן היה ראוי שתובענות ייצוגיות בנושאים צרכניים יידונו לפי החוק שעוסק בנושא, ולא על-יסוד תקנה מיושנת שאינה דבר-חקיקה ראשי ואינה מיוחדת להגנת הצרכן. יתר על-כן, בהחלטה שניתנה לאחרונה בבית-המשפט העליון בעניין א.ש.ת.⁷⁵ הוחלט ברוב דעות ובהרכב של חמישה שופטים שתקנה 29 אינה מיועדת להגשת תובענות ייצוגיות במובן המודרני. החלטה זו תצמצם קרוב לוודאי את השימוש בתקנה זו בעתיד הנראה לעין.

אם נבחן מה היתה המגמה בהגשת תובענות ייצוגיות שעילתן היחידה היא חוק הגנת הצרכן, נגלה כי בשנים 1995-1997 היו שלושים וארבע תביעות כאלה, ואילו בשנים 1998-2000 ירד מספרן לשבע-עשרה, דהיינו ירידה של 50%. הדבר מצביע על חשש הולך וגובר של עורכי-דין מפני הסתמכות על חוק הגנת הצרכן כעל בסיס בלעדי להגשת תובענות ייצוגיות, וזאת בשל הקושי לעמוד בתנאים ובדרישות לאישור ולהוכחה של תובענות ייצוגיות צרכניות. אם לא יינקטו צעדים מתאימים לחיזוק האפשרות להסתמך על חוק הגנת הצרכן, ייהפך הליך זה, שהיה הליך משמעותי בשנים 1995-1997, לבעל חשיבות משנית.

מתוך התובענות הייצוגיות שהוגשו בשנים 1995-2000 והוכרעו עד ל-31 בדצמבר 2001, ניתן אישור לתובענה בעשרים ושמונה⁷⁶ מקרים, שהם כ-17% מכלל התובענות שהוגשו ושניתן לגביהן פסקי-דין. אישורים אלה אינם מבטיחים כמובן את התוצאה הסופית. כמעט כל האישורים ניתנו בבתי-המשפט המחוזיים. נסיון העבר מלמד שכאשר תובענות

74 רשימה זו כוללת גם שלוש תובענות ייצוגיות שהוגשו בשנת 2001, אולם אנו מתייחסים בעיקר לתביעות שהוגשו בשנים 1995-2000, שכן רק תביעות בודדות מאלה שהוגשו בשנת 2001 הוכרעו כבר במהלך אותה שנה.

75 לעיל הערה 41.

76 בטבלה מופיעה רשימה של שלושים וארבעה מקרים, אולם יש להשמיט שישה מהם שאישורם היה על בסיס של יותר מחיקוק אחד, מה שמוחזר עשרים ושמונה מקרים.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

אלה מגיעות בערעור לבית-המשפט העליון, האישור מתבטל לעיתים קרובות.⁷⁷ כמחצית מהאישורים, חמישה-עשר במספר, הם מכוח תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי. בפסק-דין א.ש.ת., שהוכרע לאחרונה, קבע בית-המשפט העליון ברוב דעות שתקנה זו אינה, בדרך-כלל, בסיס ראוי לתובענה ייצוגית. התוצאה תהיה שגם בתחום זה יחול צמצום משמעותי באישור תובענות ייצוגיות. מספר התובענות שהסתיימו בפסק-דין סופי לטובת התובע וקבוצת הנפגעים, או בפשרה משמעותית שהיא יותר מהחוזר הוצאות לתובע הייצוגי,⁷⁸ אינו עולה על ארבעה מקרים בלבד⁷⁹ מבין מאות תובענות שהוכרעו עד לסוף שנת 2001,⁸⁰ מהן שתיים שתוצאותיהן המעשיות אינן ברורות כלל.⁸¹ אם נתייחס לשני המקרים היחידים שהסתיימו בפשרה משמעותית, נגיע ליחס של פחות מ-2% הצלחה. כמובן, אין להתעלם גם מפשרות טובות פחות שהושגו, מהשפעת ההליכים על התנהגות השוק ומכך שחלק מהמקרים טרם הסתיימו וניתן לצפות שיהיו מקרים נוספים שיסתיימו בפסיקה לטובת התובעים או בפשרה משמעותית לטובתם. תחזית זו טעונה עדיין מימוש. אם כך לגבי תובענות ייצוגיות בכלל, הרי שהמצב גרוע עוד יותר לגבי תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. מבין שמונים ושלושה מקרים שהחלו להתברר כתובענות ייצוגיות צרכניות, רק בשבעה מהם⁸² אושרה התובענה כתובענה ייצוגית, דהיינו 8.5% בלבד, או

77 ראו לדוגמה ת"א (כ"ש) 2172/96 עובד המנוח אליהו גת ז"ל נ' בנק, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 960 (3)97 – אישור בבית-המשפט המחוזי, דחייה בבית-המשפט העליון ברע"א 6567/97, להלן הערה 133 (חוק הגנת הצרכן); עניין טצמ, לעיל הערה 14 – ביטול הבקשה לאישור תובענה ייצוגית על כל חלקיה (חוק ניירות-ערך); עניין ברזני, לעיל הערה 6 – ביטול האישור (חוק הגנת הצרכן); רע"א 6164/99 סודה קלאב בע"מ נ' דמות, פ"ד נה(1) 412 – אישור התובענה הייצוגית בוטל בערעור בבית-המשפט העליון.

78 לדוגמה, בת"א (ת"א) 3266/98 קדם נ' בנק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(4) 479, אושרה תובענה ייצוגית על-בסיס חוק הגנת הצרכן (נדחתה הבקשה לאישור לפי פרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים). ראו גם רע"א 8463/99 קדם נ' בנק, פ"ד נד(1) 668. התיק הסתיים בקול ענות חלושה בע"א 3892/00, שם פסקה רשמת בית-המשפט העליון שהיא מאשרת את הליך הפישור בהתאם להמלצת המגשר ללא צו להוצאות. פסק-הדין ניתן ב-27.2.01. בבירור שנערך עם עורך-הדין הובהר כי כסף של ממש לצרכנים לא היה שם.

79 ארבעת המקרים הם: (1) עניין דיסקברי, לעיל הערה 15 (13.11.01); (2) ת"א (ת"א) 1718/00 קרן נ' סלקום (טרם פורסם) – הפשרה מיום 8.7.01; (3) עניין אנליסט, לעיל הערה 71; (4) עניין ינובר, לעיל הערה 70. לפירוט של המקרים הללו ראו לעיל הסברים (6), (8) ו-(10) לטבלה. היו כמה פשרות משמעותיות נוספות בטווח שנות התשעים ובתחילת שנות האלפיים לגבי תיקים בנושא ניירות-ערך שהוגשו לפני 1995, כגון פסק-דין זת נ' טבע, לעיל הערה 72.

80 קיים מקרה חמישי, אך ההחלטה ניתנה רק ב-17.3.02. ראו להלן הערה 104.

81 עניין דיסקברי, לעיל הערה 15, הוא חד-משמעי, אולם לפי מידע מוסמך מהמועצה הישראלית לצרכנות (במכתב מיום 20.11.01), הסיכוי למימוש פסק-הדין קלוש מכיוון שהחברה אינה פעילה ובעליה ברחו לחוץ-לארץ. בעניין ינובר, לעיל הערה 70, הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, בע"א 2037/00 מדינת ישראל נ' ינובר, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2001 (3) 2150. בינתיים נידונו כמה נושאים דיוניים לפני רשם. ראו תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2000 (2) 1993.

82 המקרים הם: (1) עניין המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל הערה 5; (2) עניין דיסקברי, שם; (3) ת"א (ת"א) 576/98 גרונר נ' ביו אומגה (ישראל) בע"מ, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(2) 502; (4) קדם נ' בנק, לעיל הערה 78; (5) עניין אחרק, לעיל הערה 5; (6) ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשייוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' דאבי חופיק, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2002 (3) 302; (7) עניין

סיני דויטש

במילים אחרות: יחס של 1:12 בלבד. אין פלא איפוא שמגמת עורכי-הדין בשנות התשעים המאוחרות היתה לעבור מתובענות ייצוגיות המתבססות על חוק הגנת הצרכן לתובענות מכוח תקנה 29.

עיון בשבעת המקרים שאושרו וזכות חוק הגנת הצרכן מלמד שהבעיה חמורה אף יותר. בשלושה⁸³ מבין שבעת המקרים שאושרו ניתן האישור גם מכוח תקנה 29, מה שמותר ארבעה מקרים בלבד שאושרו מכוח חוק הגנת הצרכן לברו. במקרים אחרים, כאשר תובענה הוגשה הן מכוח חוק הגנת הצרכן והן מכוח תקנה 29, נדחתה התובענה מכוח חוק הגנת הצרכן ואושרה מכוח תקנה 29 בלבד.⁸⁴

לאור החלטת בית-המשפט העליון בעניין *א.ש.ת.*, ספק אם בעתיד הקרוב יאשרו בתי-המשפט תובענות ייצוגיות על נסיים תקנה 29, במיוחד כאשר חברי הקבוצה הם צרכנים היכולים לתבוע מכוח חוק הגנת הצרכן.

הזמן שחלף מאז אושרו תובענות ייצוגיות צרכניות בבתי-המשפט המחוזיים מאפשר לבחון מה קרה בהמשך. בחלק מזמקרים ביטל בית-המשפט העליון את האישור שניתן לתובענות בבית-המשפט המחוזי.⁸⁵ עיון בשבע התובענות הייצוגיות שאושרו בבתי-המשפט המחוזיים ולא בוטלו (עדיין) בערעור בבית-המשפט העליון מלמד על הקשיים ביישום ההליך ומימושו.

1. החביעה בפרשת *זילברשלג נ' אל על*⁸⁶ הוגשה בשנת 1997. מאז התקיימו הליכים רבים.⁸⁷ נכון למרס 2003, הם טרם הסתיימו.

- זילברשלג*, לעיל הערה 50. יש מקרים נוספים שאושרו כבר בשנת 1996, ומאז לא קרה דבר. בדיקה של מקרים אלה מלמדת כי בשלב מסוים חזרו בהם התובעים מהתביעה. לדוגמה, בת"א (ת"א) 827/96 *ברז נ' רוזקינד* (לא פורסם) אושרו התובענה כייצוגית. האישור בוטל בבית-המשפט העליון בהסכמת הצדדים, תוך ויתור על הוצאות. ראו רע"א 7348/97 *המרכז הרפואי תל-אביב, וד"ר רוזקינד נ' מואסי, נכדוט, תקדין עליון*, אוגוסט 2002, (1)98. דוגמה נוספת היא אישור התובענה הייצוגית הצרכנית בהמ' (ת"א) 11102/96 *צ'יטוק נ' מדינת ישראל* (לא פורסם), שבוטל בבית-המשפט העליון ברע"א 2907/97, 2701 *מדינת ישראל נ' צ'יטוק*, פ"ד נ(2) 876.
- 83 המקרים הם: (1) עניין *המועצה הישראלית לצרכנות*, לעיל הערה 5; (2) עניין *גורנר, שם*; (3) עניין *זילברשלג*, לעיל הערה 50.
- 84 לדוגמה: עניין *דדון*, לעיל הערה 41; המ' (חי') 3259/95 *מאירסון נ' חברת החשמל לישראל בע"מ*, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2000 (2) 32756.
- 85 לדוגמה, עניין *עובד המנוח אליהו ג'ן*, לעיל הערה 77; עניין *ברזני*, לעיל הערה 19. וראו גם שני מקרים נוספים לעיל בסוף הערה 82.
- 86 עניין *עיטל זילברשלג*, לעיל הערה 50.
- 87 המ' 6132/97 בת"א (נצ') 744/97 *אל-על נ' זילברשלג*, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 97 (4) 1395; ת"א (נצ') 785/98 *אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלג*, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 98 (4) 1630; ע"א 8108/98 *אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלג*, דינים עליון, אוקטובר 2002, נה 784; ת"א (נצ') 785/98 *עיטל זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ*, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 99 (3) 1521; ע"א 1226/00 *אל-על נתיבי אויר לישראל נ' עיטל זילברשלג*, תקדין עליון, אוגוסט 2000, 2000 (1) 547; ע"א 3731/00 *אל-על נתיבי אויר לישראל נ' עיטל זילברשלג*, תקדין עליון, אוגוסט 2000, 2000 (2) 276; בש"א (נצ') 1440/98 *עיטל זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל*, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2002 (2) 1818. פורסמו איפוא שמונה הליכים בתיק שטרם נידון לגופו של עניין.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

2. בפרשת *תנובה נ' ראבי תופיק* החלו ההליכים בשנת 1995,⁸⁸ ובמאי 2003 אושרה התובענה כתובענה ייצוגית ברוב דעות בבית-המשפט העליון.⁸⁹ העובדות שנקבעו היו שבין סוף 1993 לספטמבר 1995 הוסיפה תנובה "סיליקון" לחלב העמיר במחלבתה ברחובות. מטרת ההוספה הייתה למנוע הקצפה של החלב. לאחר שהמידע התגלה והתעוררה סערה ציבורית, הוטרדו מכלי החלב שטרם נמכרו לציבור. לפי התקן הישראלי אסור להוסיף סיליקון לחלב, והמערכת הורשעה בגין הטעיה ונקנסה. הבקשה לתובענה ייצוגית אושרה בבית-המשפט המחוזי במאי 1996, וחלפו שבע שנים עד לאישור התובענה בבית-המשפט העליון. אף-על-פי שהיתה כאן הטעיה ברורה ואף עברה פלילית, אושרה התובענה כייצוגית ברוב דעות בלבד. בית-המשפט נדרש לחידושי הלכה לאישור התובענה: הכרה בנזק הלא-ממוני של שתית סיליקון בחלב על בסיס פגיעה באוטונומיה האישית, וכן חידוש של סעד לטובת הציבור.⁹⁰ למרות ההצלחה והתקדים החשוב, הצורך בשבע שנים לאישור תובענה ייצוגית מעורר מחשבות נוגות על ההליך.⁹¹
3. פסק-דין *מזל נ' דיסקברי*⁹² הוא התובענה הייצוגית הצרכנית היחידה שהסתיימה בפסק-דין סופי (בסוף שנת 2001) שחייב השבת כסף לצרכנים וכן פיצוי אחיד בשל עוגמת-נפש שנגרמה להם. בית-המשפט גם "הרים מסך" והטיל חיוב אישי על בעליה של החברה. פסק-דין זה בעייתי בשני מובנים: ראשית, זה מקרה ברור למדי של מרמה והונאה, ואין סיבה להגביל את הזכות לתובענות ייצוגיות רק למקרים חמורים כאלה. שנית, לא ניתן לבצע את פסק-הדין מאחר שהחברה אינה פעילה ובעליה ברחו לחוץ-לארץ.⁹³
4. בפסק-דין *אחריק נ' פוגו*⁹⁴ אישר בית-המשפט המחוזי את התובענה כתובענה ייצוגית

- 88 הדיון החל בת"א (ח"א) 1372/95 *ראבי נ' תנובה* (לא פורסם), ומאו התקיימו הליכים מספר, כגון אישור צירופה של המועצה הישראלית לצרכנות כצד להליך. ראו ע"א 1338/97 *תנובה נ' ראבי תופיק*, תקדין עליון, אוגוסט 2002, (3)99 302.
- 89 ע"א 1338/97 *תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ' ראבי* (טרם פורסם) (19.5.03) (להלן: עניין *תנובה נ' ראבי*), למשיב הצטרפו היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות.
- 90 לדיון בסעד לטובת הציבור כאשר לא ניתן לבצע את התשלום בעלות סבירה לחברי הקבוצה ראו להלן בטקסט ליד הערות 195-205. החידוש של סעד לטובת הציבור בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן הושאר בצריך-עיון בפסק-הדין של המשנה לנשיא מ' חשין, ומכאן שאין עדיין פסק-דין סופי בנושא.
- 91 הליכים מורכבים בגין תביעות מרמה כלפי צרכנים מאפיינים גם את המשפט האמריקאי. לדוגמה, המקרה הבא: *Rosario v. Livaditis*, 1988 U.S. Dist. Lexis 11240. פסק-דין זה הינו אחד מבין תשעה הליכים בבתי-המשפט הפדרליים השונים בגין מרמה צרכנית. ההליכים כללו גם הליכי פשיטת-רגל וערעורים שונים שהגיעו עד לבית-המשפט העליון בארצות-הברית. מכל מקום, בתוך חמש שנים, משנת 1988 ועד שנת 1993, הסתיימו כל ההליכים.
- 92 לעיל הערה 15.
- 93 ראו לעיל הערה 81.
- 94 לעיל הערה 5.

טיני דויטש

מכוח חוק הגנת הצרכן, אולם בסדעור לבית-המשפט העליון⁹⁵ הועלו ספקות אם ניתן להסתמך במקרה זה על חוק הגנת הצרכן ככעל בסיס לאישור תובענה ייצוגית. הדיון הוחזר לבית-המשפט המחוזי לבדיקה אם יש מקום לאשר את התובענה מכוח תקנה 29. זו הודאה ברורה למדי בכשלונו של חוק הגנת הצרכן כבסיס לתובענות ייצוגיות והערפת תקנה 29 עליו.⁹⁶

5. בפסק-דין קדם נ' בזק⁹⁷ אושרה התובענה כתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן בבית-המשפט המחוזי. בסופו של דבר, בבית-המשפט העליון, הוחלט על הליך של פישור. בפסק-דין של רשמת בית-המשפט העליון נפסק בקצרה: "כעקבות הליך פישור הגיעו בעלי הדין להסדר."⁹⁸ חיק זה הסתיים ללא תשלום של ממש לצרכנים או לתובעים.⁹⁹

6. עניין גזנר נ' כיו-אומגה,¹⁰⁰ שדן בחביעה של צרכן נגד משווק ביצים בגין פרסום שהיתה בו הטעיה בדבר טיבן של הביצים, הסתיים בקול דממה דקה, ללא פסק-דין, בתרומה של ביצים למוסדות לילדים.¹⁰¹ בוודאי שלא זו התוצאה שמצפים לה בתובענה ייצוגית.

7. בפסק-דין המועצה הישראלית לצרכנות¹⁰² אושרה התובענה כתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן, אולם בשל היקפו המצומצם של הסעד, הועבר המשך הדיון לבית-משפט השלום. הוצע לכא-כוח הצדדים לשכת יחדיו ולהגיע לעמק-השווה.¹⁰³

בסופו של דבר, מבין כל התובענות הייצוגיות שהוגשו מכוח חוק הגנת הצרכן, ושלגביהן ניתנו פסקי-דין אחרי שנות התדיינות ממושכות, אין עדיין פסק-דין אחד או פשרה משמעותית אחת שהעניקו כפועל מיצוי משמעותי לציבור הצרכנים שנפגעו וכן מיצוי הולם לתובע הייצוגי ולכא-כוח הקבוצה בגין המאמצים שהושקעו.¹⁰⁴ ייתכן שבזמן הקרוב יגיע

95 רע"א 6318/00 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז נ' אחרק, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2001(2) 1154.

96 ב-10.4.03 החליט בית-המשפט המחוזי בתל-אביב לרדות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מכוחה של תקנה 29, וזאת בעקבות פסיקת בית-המשפט העליון בעניין א.ש.ת., שלפיה אין לאשר תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29. ראו להלן הערות 212-213.

97 לעיל הערה 78.

98 עניין בזק, שם.

99 שיחה טלפונית עם בא-כוח הנתבעת ב-15.1.02.

100 לעיל הערה 82.

101 שיחה טלפונית עם בא-כוח הנתבעת ב-29.1.02.

102 לעיל הערה 5.

103 במכתב שקיבלתי מהמועצה הישראלית לצרכנות, מתאריך 30.1.02, דווח לי כי התביעה התבררה כת"א (ת"א) 62835/01 בבית-משפט השלום, והסתיימה בפסק-דין בהסכמה שלפיו העבירה המשיבה למועצה לצרכנות סכום של 250,000 ש"ח לשם חלוקתו בין הזוכים. מיצוי כפול ניתן לכל אחד משני התובעים הייצוגיים (סך 12,220 ש"ח), וסכומם של 6,610 ש"ח לכל אחד מיתר עשרים וחמישה התובעים, סה"כ 178,470 ש"ח. היתרה, בסך 71,530 ש"ח, כיסתה את הוצאות הפרסום ושכר-טרחת לעורך-דין.

104 מקרה אחד המשנה לכאורה את המונה כסוגיה זו הוא ת"א 2189/01, בש"א 17440/01 לוי נ' חברת פלאפון תקשורת בע"מ (לא פורסם). תביעה זו, שהוגשה בשנת 2001, הגיעה לכלל סיום בהסכם פשרה שקיבל חוקף של פסק-דין ב-17.3.02. מקרה זה אינו יכול להיכלל בסטטיסטיקה משלוש סיבות: (1) התיק הוגש ב-2001, ולא ב-2000; (2) ההחלטה ניתנה ב-2002, ולא ב-2001; (3) התובענה הוגשה הן על-בסיס חוק הגנת הצרכן והן על-בסיס תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי. ומאחר שפסק-הדין אינו מזהה את המקור הנורמטיבי לאישורה של התובענה כייצוגית, לא ברור אם בסיסו הוא חוק הגנת הצרכן או תקנות סדר-הדין האזרחי. והפשרה מעניינת מכל מקום וכוללת החזרת "זמן אוויר" לצרכנים

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

מקרה זו או אחר לסיום מוצלח מבחינת התובעים, אך היחס בין מספר התביעות שהוגשו לבין אלה שהגיעו לסיום מוצלח יישאר עדיין נמוך ביותר.

בחינת מסלולי התביעה של התיקים שניתנו לגביהם פסקי-דין והחלטות בשנת 2002 (ניתן לאתר חמישים תיקים שבהם ברור מהו הכסיס לתובענה הייצוגית) מלמדת כי בשלושים וחמישה מקרים היה בסיס התביעה תקנה 29 – 70% מהמקרים, ובעשרים ושישה מקרים היה בסיס התובענה חוק הגנת הצרכן – כ-50% מהמקרים. בדרך-כלל הוגשה התובענה על בסיס כמה עילות. בשבעה מקרים היו אלה תובענות לגבי ניירות-ערך. באופן כללי, תוצאות אלה ממשיכות את המגמות של השנים 1995-2001: גידול בשימוש בתקנה 29. חוק הגנת הצרכן משמש כעילה השנייה בחשיבותה, ואחריה חוק ניירות-ערך.

לאור החלטת בית-המשפט העליון בפרשת א.ש.ת., יש להניח כי יחול צמצום ניכר בתובענות ייצוגיות שיאושרו מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. גישה זו תוביל בהכרח גם לצמצום במספר התובענות הייצוגיות שיוגשו על-יסוד תקנה 29.

נתונים סטטיסטיים לגבי פסקי-הדין וההחלטות בנושא תובענות ייצוגיות בשנת 2002 מלמדים שלא חל שינוי של ממש במגמות שהצבענו עליהן לעיל. מתוך שמונים תיקים שלגביהם ניתנו החלטות (לא ככולם ניתן לברר את עילת התובענה), אושרו רק שלושה-עשר, שהם 16%. בחמישים וחמישה מקרים, כ-70%, נדחתה הבקשה, וכשנים-עשר מקרים הושגה פשרה, אולם רק בשלושה מקרים היתה זו פשרה משמעותית לטובת חברי הקבוצה, בא-כוח הקבוצה והתובע הייצוגי. הדבר מצביע על עלייה מסוימת במספר הפשרות, אך לגבי רובן המכריע אין נתונים של ממש בדבר הגינותן או סבירותן. בשאר הפרמטרים אין שינוי של ממש. גם התובענות שאושרו כתובענות ייצוגיות בבית-המשפט המחוזי עומדות לפני ערעור. אין כאן שינוי מגמה לעומת נתוני 1995-2001 שפורסמו בטבלה לעיל.

הנתונים הסטטיסטיים העגומים של תובענות ייצוגיות צרכניות מוכיחים כי מכשיר דינוי חשוב זה טרם הצליח להגיב תוצאות משפטיות משמעותיות. לדעתי, אין לראות בהליך זה משום כישלון גמור. יש חשיבות בעצם הגשת התביעות הרבות, דבר שהביא לידי פריחה בהתדיינות בבתי-המשפט בנושא הגנת הצרכן.¹⁰⁵ האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות והעובדה שתובענות אכן מוגשות, וחלקן אף מקבלות אישור, משמשות גורם מרתיע בעל השפעה על חברות גדולות במשק מפני התנהגות בלתי-ראויה ופוגעת בנושאי צרכנות. יתר על-כן, הפסיקה הרבה בנושא מצביעה על הנושאים שיש לתקן. זיהוי הבעיות הוא שיאפשר את תיקונן אם ישוכנעו הגורמים הרלוונטיים בצורך לתקן.

בשווי של כ-5.5 מיליון ש"ח, תשלום של 480,000 ש"ח לעורך-הדין, תשלום של 200,000 ש"ח לתובע הייצוגי ותרומה של 420,000 ש"ח לאגודה למלחמה בסרטן בגין חברי קבוצה שלא יוכלו לממש את תביעתם. כתב-התביעה, נספחיו והאסמכתות המצורפות אליו כוללים יותר מאלף עמודים. שנה שלמה של עבודה הושקעה בתיק.

105 אף-על-פי שהמונח צרכן מופיע במאות פסקי-דין (ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 261 והערה 268), וחוק הגנת הצרכן אוכר בעשרות פסקי-דין, רק בפסקי-דין בודדים התקיים דיון של ממש בחוק לפני ההכרה באפשרות להגיש תובענות ייצוגיות צרכניות (שם, בעמ' 262 והערות-שוליים 269). עם תחילת ההתדיינות בתובענות ייצוגיות צרכניות נידונו שאלות שונות של חוק הגנת הצרכן בעשרות פסקי-דין והוצגו לראשונה הקשיים האמיתיים במימושו.

סיני דויטש

בספרות המשפטית הובעה דעה שגישת בתי-המשפט לתובענות ייצוגיות בישראל הינה ספקנית ביותר ואף עוינת.¹⁰⁶ ניטוח זה נראה לי מרחיק-לכת. אולם אין להתעלם מכך שאכן יש ספקות של ממש בין שופטי ישראל באשר למידה הראויה של שימוש בהליך זה. הבנת הסיבות והגורמים לחששות אלה היא שתוכל להביא לידי יישום משמעותי יותר של הליך דיוני חשוב זה.

ד. עשרת התנאים לאישור תביעה כתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן

לדעתי, יש שתי קבוצות של סיבות לכך שהשופטים חוששים לאשר בקשות לתובענות ייצוגיות: אלה הגלויות לעין ואלה הנסתרות מן העין. הסיבות הגלויות הן הדרישות המורכבות של חוק הגנת הצרכן: החוק מונה תשע דרישות לאישור תובענה ייצוגית, והפסיקה הוסיפה דרישה עשירית. אי-עמידה באחת הדרישות דיה שהתובענה תידחה עוד בשלב האישור. הקשיים הנובעים מהתנאים לאישור תובענה ייצוגית בחוק הגנת הצרכן יידונו בפרקים ד, ה ו-ו. תיקונים בחוק הגנת הצרכן יפתרו את רוב הבעיות האלה. אך יש מקום חשוב לא-פחות לסיבות הנסתרות מן העין, ובראשן החשש מפני פגיעה קטלנית בנתבעים. בעיות אלה יידונו להלן בנידוק ז.

תחילה יש להציג את פרשנות בתי-המשפט לתנאים הנדרשים לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. תנאים אלה, כפי שפורשו בבתי-המשפט, מנעו מראש את אישורן של יותר מ-90% מהתובענות שהוגשו. ניתוח ההוראות בנושא תובענות ייצוגיות בהקשר של חוק הגנת הצרכן ופרשנות בתי-המשפט להוראות אלה יצביע על הקשיים ביישום ההליך של תובענות ייצוגיות צרכניות ועל האמצעים שיש לנקוט כדי להתגבר עליהם.

התנאים המקדמיים לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן רבים ומורכבים. מטרתם היא להבטיח שהליך מיוחד זה לא ינוצל לרעה. הבעיה היא שחלקם פורשו באופן שמקשה ביותר על יישום ההליך. במדק זה ייבדקו בקצרה כל עשר הדרישות לאישור תובענה ייצוגית צרכנית. הדרישה לעמוד בכל התנאים מביאה לידי כך שהרוב המכריע של התובענות נדחות עוד בשלב האישור ולפני דיון לגופו של עניין. בפרק זה נראה כי מכין עשרה תנאים מוקדמים לאישור תובענה ייצוגית, פורשו רק שתי הדרישות הראשונות בצורה סבירה המאפשרת את הגשת התובענה הייצוגית. שישה תנאים נוספים פורשו בדרך המקשה על האישור. בשמונת התנאים האלה נדון בקצרה בפרק זה. שתי הדרישות הנותרות, שהן הבעייתיות ביותר, יידונו ביתר הרחבה בפרקים ה-ו-ז.

1. יש להגיש את התובענה בתום-לב: – סעיף 35ב(1) לחוק.
2. גודל הקבוצה מצדיק תובענה ייצוגית – סעיף 35ב(2) לחוק.
3. זו הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת – סעיף 35ב(3) לחוק.
4. התובע מייצג את הקבוצה בצורה הולמת – סעיף 35ב(4) לחוק.

106 ראו מאמרם של גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 11, בעמ' 30. וראו שם, בעמ' 41-43, שבית-המשפט הוסיף תנאים לאישור תובענה ייצוגית צרכנית שאינם מופיעים בחוק הגנת הצרכן, תוך התעלמות מכוונת המחוקק.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

5. סיכויי הצלחתה של התביעה סבירים – פרשנות הפסיקה.
6. התובע הוא "צרכן" או "ארגון צרכנים" – סעיף 35א(א) לחוק.
7. יתר חברי הקבוצה עומדים בהגדרת "צרכן" – סעיף 35א(א) לחוק.
8. הנתבע הוא "עוסק" – סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן.
9. ייחוד עילה – התביעה מוגשת על-פי חוק הגנת הצרכן – סעיף 35א(א) לחוק.
10. למבקש יש עילת-תביעה אישית – סעיף 35א(א) לחוק.

גם כאשר בית-המשפט סבור שהצרכנים נפגעו בשל התנהגות פסולה של העוסק,¹⁰⁷ הבקשה לאישור תידחה אם אין המבקש עומד בכל עשרת התנאים הללו. שניים מבין עשרת התנאים שצוינו הם, לדעתי, הבעייתיים ביותר. הראשון, התנאי הקובע כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת (מספר 3 ברשימה), פותח פתח לדחיית הבקשה לאישור התובענה משיקולים שקשה לתחום אותם באופן ברור, כפי שנראה להלן בפרק ה. השני, הדרישה לייחוד עילה (מספר 9 ברשימה), מגביל את התובענה הייצוגית הצרכנית לעילות של חוק הגנת הצרכן בלבד. שתי בעיות אלה נובעות מהגבלת התובענה הייצוגית הצרכנית לחוק הגנת הצרכן, נושא שיידון להלן בפרק ו. מבין עשרת התנאים לאישור תובענה ייצוגית צרכנית יש גם כאלה שפורשו בפסיקה באופן סביר ותכליתי, דוגמת הדרישה שהתובענה תוגש בתום-לב או הדרישה לגודל קבוצה המצדיק הגשת תובענה ייצוגית. דרישות אלה ועיקרי פרשנותן בפסיקה יפורטו מעט יותר מדרישות אחרות על-מנת להדגים כי ניתן לפרש את החוק גם באופן שלא ימנע את אישור התובענה. פירוש עשרת התנאים בפרק זה יוצג באופן תמציתי בלבד, שכן מטרתו של מאמר זה אינה להציג את היישום של תובענות ייצוגיות צרכניות בפסיקה, אלא לכחון את הבעיות שביישומן ולהציע פתרון לקשיים.

1. התובענה הוגשה בתום-לב

סעיף 35ב(1) לחוק הגנת הצרכן קובע, כדרישה מקדמית לאישור תובענה ייצוגית, כי "התובענה הוגשה בתום-לב". דרישה זו מופיעה בחלק מהחוקים העוסקים בתובענות ייצוגיות,¹⁰⁸ ואילו בחוקים אחרים¹⁰⁹ אין היא מופיעה. קשה להסביר את ההבחנה בעניין זה

107 ראו לדוגמה ת"א (ת"א) 1299/01 גרוסטר נ' בוק, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2001 (3) 2257, שם דחתה השופטת רות שטרנברג-אליעז את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת בוק כגין הטעיית הציבור בנושא של זמן שימוש באיטרנט. בעמ' 21 לפסק-הדין ביקרה השופטת את החלטת בוק וציינה כי דרישת הרישום של חברת בוק "היא גזירה שהציבור אינו עומד בה". ההחלטה אף הועברה לעיון שרי התקשורת והאוצר (שם, בעמ' 22). ראו גם המ' (חי') 28404/97 בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות, פ"מ תשנ"ח (1) 337. וראו ביקורת על פסק-הדין *ביני הגנת הצרכן*, לעיל הערה 1, בעמ' 390. הדחייה של תובענות ייצוגיות במקרים שאין לגביהם מחלוקת כי הציבור נפגע מעוררת שאלות קשות לגבי יעילותו של הליך זה.

108 נוסף לחוק הגנת הצרכן, מופיעה דרישה זו בשלושה חוקים נוספים: (1) בסעיף 2210 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, הקובע כי בית-המשפט לא יאשר את התובענה הייצוגית אם מצא כי היא הוגשה בתוסר תום-לב. (2) בסעיף 11(2) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996. (3) בסעיף 11(א) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (חביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992.

109 ראו את רשימת שמונת החוקים, לעיל הערה 34. שלושת החוקים שדרישה זו אינה מופיעה בהם הם: חוק הבנקאות (שירות ללקוח); חוק ההגבלים העסקיים; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח.

סיני דויטש

בין החוקים השונים המאפשרים הגשת תובענה ייצוגית. דרישה זו מופיעה במשפט הישראלי, ואין לה מקבילה מפורשת כמשפט האמריקאי, לא בחקיקה ולא בפסיקה.¹¹⁰ ניתן לפרש דרישה נוספת זו של המשפט הישראלי בכך שדרישת תום-הלב היא עקרון-על במשפט הישראלי, ומשום כך ראו לנכון להוסיף כדרישה מקדמית לאישור תובענה ייצוגית.

דרישת תום-הלב פורשה בפסיקה כמתייחסת לשני נושאים שונים: האחד, טענה כי היות התובע ייצוגי עורך-דין של קבוצת הנפגעים היא התנהגות בחוסר תום-לב. האחר, מקרים שבהם עלה חשש שהתובענה הוגשה בחוסר תום-לב. הנושא הראשון דן בהתאמת התובע כתובע ייצוגי במסגרת הדרישה לתום-לב בהגשת התביעה. היה ניתן למקם סוגיה זו גם במסגרת סעיף 35ב(4) לחוק הגנת הצרכן, שלפיו יש להוכיח שקיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה. מהפסיקה עולה כי שאלת זהותו של התובע עלתה, בדרך-כלל, במסגרת דרישת תום-הלב.

מפתיע לגלות כי אף שדרישת תום-הלב אינה מופיעה בכלל 23 של תקנות סדר-הדין האמריקאי, שהוא מקור הדין של תובענות ייצוגיות בארצות-הברית, ומשם אומץ לשיטות משפטיות אחרות, הרי ששם יש מגבלות חמורות על היות התובע עצמו עורך-דין או היותו עורך-דין במשרד המייצג את הקבוצה הייצוגית.¹¹¹ בסדרה של פסקי-דין בישראל הסבירו מדוע הגישה האמריקאית לא התקבלה במשפטנו.

הנמקה מפורטת להצדקת ההבחנה בין הגישה האמריקאית לגישה הישראלית הוצגה בפסקי-דין *גולדשטיין נ' חברת החשמל בע"מ*.¹¹² הנימוקים העיקריים היו: (1) כלל 23 האמריקאי רחב בהרבה מן ההכרח בתובענה הייצוגית הישראלית המוגבלת לנושאים מסוימים, ובענייננו, לחוק הגנת הצרכן. (2) ההלכה האמריקאית נובעת מהחשש לניגוד עניינים כספי כאשר יבואו לחלק את הקרן שתועמד לרשות הקבוצה לאחר זכייתה. בישראל, שכר-טרתו של עורך-הדין נתון לפיקוח בית-המשפט, כמפורט בסעיף 35 לחוק. (3) הגבלת התובע בתובענות ייצוגיות צרכניות עלולה לגרום קושי של ממש, שכן גם עורכי-הדין הם צרכנים, בעוד שההלכה האמריקאית התפתחה בדיני ניירות-ערך, ואין הכרח שעורך-דין המגיש את התביעה יהיה ובעל מניות. (4) החששות מפני פשרה והסדר לא-ראויים פחותים במשפט הישראלי מאשר במשפט האמריקאי, שכן כל הסדר כפוף לפיקוח בית-המשפט לפי סעיף 35 לחוק וזגנת הצרכן. הוראות אלה אינן ניתנות להתנאה, שכן הוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות (סעיף 36 לחוק). סיכומו של דבר, אין הכרח ללכת

110 ראו גם ת"א (ת"א) 1117/94 גלובל ק.א. ניהול השקעות וייעוץ נ' חמישה יוד תכשיטים, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, כו(7) 138, פסקה 13. וראו ג' לוטן וא' רוזנברג *תובענות ייצוגיות* (תשנ"ו, כרך א) 128-136, דיון כדרישת "תום-הלב" בהקשר של תובענות ייצוגיות בניירות-ערך, תוך ציון העובדה שאין הוראה מקבילה במשפט האמריקאי.

111 ראו: *Kramer v. Scientific Control Corp*, 534 F. 2d 1085 (1976), שם נקבע כי לא ניתן להיות תובע ייצוגי כאשר התובע עובד כעורך-דין במשרד המשמש בא-כוח של הקבוצה. ראו גם: R. Klonoff *Class Actions in a Nutshell* (1999) 280: "Courts generally do not allow attorneys to serve as both class representative and counsel to the class" לדין בהגבלות במשפט האמריקאי על עורך-דין או קרובי משפחתו כחובעים ייצוגיים ראו לוטן ורו, שם, בעמ' 185-187, 199-202.

112 ת"א (ת"א) 937/95, דינים מתוזי, אוקטובר 2002, כו(5) 356 (להלן: עניין *גולדשטיין*).

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

בנושא הייצוג בדרכו של המודל האמריקאי, וזאת בשל ההבדלים הרבים בינו לבין המשפט הישראלי בנושא זה.

בפסק-דין טצת נ' זילברשץ¹¹³ קבע בית-המשפט העליון את ההלכה כי אין לפסול תובע מתוחכם. פסק-הדין עסק בתובענה ייצוגית בניירות-ערך, אך העיקרון שנקבע מתאים גם להגנת הצרכן. בית-המשפט ציין כי התובענה הייצוגית היא מכשיר רכ-ערך שהאינטרס הציבורי מחייב את הפעלתו, וקבע "כי תיחכמו של התובע הייצוגי אינו פוגע, כשלעצמו, בתום ליבו. התובע הייצוגי עשוי לתבוע בתום-לב, בין אם הוא משקיע מתוחכם ובין אם אינו משקיע מתוחכם".¹¹⁴ הלכה זו יושמה בסדרת פסקי-דין מחוזיים. באחד מהם¹¹⁵ צוין שהחוק עצמו נותן תמריץ להגשת תובענות ומסמיך את בית-המשפט לשלם לתובע שטרם בהגשת התובענה ובהוכחתה (סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן). אין לצפות שהתביעה תוגש מנימוקים אלטרואיסטיים. בעניין גולדשטיין נקבע כי הגשת תובענה ייצוגית על-ידי משרד עורכי-דין אינה נחשבת לתובענה שהוגשה בחוסר תום-לב.¹¹⁶ רצון התובע להשיג רווח אינו סיבה לפסילת תובענה ייצוגית. אין זה ראוי שתביעות ייצוגיות צרכניות ייכשלו בשל דרישות פורמליות מחמירות של זכות עמידה. ההלכה היא איפוא שגם כאשר התובע הייצוגי ועורך-הדין פועלים בהגחה שצפויה להם הכנסה נכבדה וכן פרסום, אין תום-ליבו של התובע נפגם.¹¹⁷

לדעתי, יש לברך על כך שכת-המשפט לא פסלו בדרך-כלל תובענות ייצוגיות לאחר שהוגשו בשל העובדה שעורך-הדין היה התובע עצמו או קשור לתובע בדרך אחרת. יחד עם זאת רצוי, לדעתי, שעורך-הדין ייצג תובע ייצוגי, ולא ייצג את עצמו. אין עדיין בישראל ניסיון רב בתיקים שהסתיימו ובפשרות שהושגו. כאשר יגיעו לשלב זה, ייתכן שיתברר שהזהרות בין התובע הייצוגי לעורך-הדין של הקבוצה אינה רצויה ואינה בריאה. אין זו סיבה מספקת לפסילת התובענה, אך רצוי להימנע במידת האפשר מזהות מיותרת זו. יחד עם זאת, היו מקרים שעובדת היותו של עורך-הדין של הקבוצה גם תובע ייצוגי וגם עד פסלה את הבקשה לאישור.¹¹⁸ באותו מקרה גם עלתה השאלה אם ראוי שעורך-הדין ייצג תובע ייצוגי שהוא קרוב-משפחתו, במקרה זה אימו. בית-המשפט העדיף לא להכריע בעניין, אף שבמשפט האמריקאי קבעו שיש לפסול בדרך-כלל ייצוג כזה.¹¹⁹ נקבע שקיים חשש שהתובע אינו "מייצג בדרך הולמת" את עניינם של חברי הקבוצה, שכן מתן תצהיר על-ידי

113 לעיל הערה 5.

114 שם, הנשיא ברק בפסקה 13.

115 ת"א (ח"א) 1134/95 שמש נ' דייכרט, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(5) 841. פסק-הדין עסק בתובענה ייצוגית מכוח חוק ניירות-ערך.

116 ראו גם בר-ניב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית", לעיל הערה 5.

117 ראו גם ת"א (ח"א) 1372/95 ראבי נ' חנוכה מרכז שיופיו לשיווק תוצרת חקלאית ישראלית בע"מ (טרם פורסם); עניין קדם, לעיל הערה 78; עניין עובון המנוח אליהו גת, לעיל הערה 77.

118 עניין גבעון, לעיל הערה 52.

119 ראו: Klonoff, *supra* note 23, at p. 280, שממנו למדים כי בית-המשפט בארצות-הברית לא ראה בעין יפה ייצוג של בן-זוג, שותף במשרד וכדומה.

עורך-הדין הוא דבר הנוגד את כללי האתיקה המקצועית. גם אם קבילות התצהיר אינה נפסלת, הייצוג במקרה זה אינו הולם.¹²⁰

בפסקי-דין אחרים נידונה הטענה שהתובענה עצמה הוגשה בחוסר תום-לב. טענות אלה נדחו בדרך-כלל,¹²¹ ובתי-המשפט, בהסתמך על הלכת טעת נ' זילברשץ, דרשו הוכחות שהתובענה היתה מלווה בחוסר תום-לב ממשי.¹²² באחד מפסקי-הדין¹²³ נקבע כי חוסר תום-לב לעניין זה הוא התנהגות שעל גבול אי-התקיות ושרשלנות גרידא אינה חוסר תום-לב. הפסיקה אינה דורשת מתובע ייצוגי שיהיה "שליח ציבור"; די בכך שהוא מתכוון באמת להפיק תועלת מזכירתו ומאמין בכנות בתביעתו ובסיכוייה, וכי אין לו מטרה אחרת בהגשת התביעה. סיכומו של דבר, דרישת תום-הלב, שהוספה במשפט הישראלי מעבר לדרישות המקדמיות של המשפט האמריקאי בנושא זה, פורשה בדרך שלא היוותה מכשול לאישור תובענות ייצוגיות.

2. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשנת התובענה כתובענה ייצוגית
 דרישה זו מופיעה בסעיף 35ב(2) לחוק הגנת הצרכן. בדרך-כלל אין היא מהווה בעיה בתובענות ייצוגיות צרכניות שהתובעים הייצוגיים מייצגים בהן קבוצות גדולות של צרכנים שנפגעו.¹²⁴ תקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995,¹²⁵ מחייבות הגשת בקשה ובה פרטים על הקבוצה המיוצגת המוצעת והמספר המרבי המשוער של חברי הקבוצה. ואכן, במקרים מסוימים לא הוכח כלל קיומה של קבוצה, ומסיבה זו, בין

120 ראו עניין גבעון, לעיל הערה 52, שהפונה לכלל 36א) של כללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, וכן לע"א 5185/93 הויעץ המשפטי לממשלה נ' דינה מרום, פ"ד מט(1) 318.

121 דוגמה למקרה שבו לא ניתן האישור לתובענה ייצוגית, בין השאר בגין אי-עמידה בדרישות תום-הלב, היא ת"א (י-ם) 1685/97 קניאל נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(3) 570. בנסיבות המקרה לא אפשר התובע לרשויות להשיב על פניותיו, שכן הוא הגיש את התביעה מייד לאחר פנייתו. הפניות לא נעשו בתום-לב, ומטרתן היחידה היתה לאפשר את הגשת התובענה הייצוגית. דוגמה נוספת בנסיבות דומות היא ת"א (ת"א) 1590/01 הראל נ' א.א. מוקד 101 בע"מ (לא פורסם) (21.3.02), שם קבע בית-המשפט שהגשת תובענה ייצוגית לפני שמבקשים את תיקון הטעות מהנתבעת יש בה חוסר תום-לב, ולכן נדחתה הבקשה לאישור. וראו להלן הערה 176.

122 ראו ת"א (ת"א) 1036/97 ארד נ' בזק הוועדה הישראלית לתקשורת בע"מ, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(1) 516; אחרק נ' החברה האמריקנית הישראלית לגז בע"מ, לעיל הערה 5; ת"א (ת"א) 1341/00 מזל נ' דיסקברי סוכנות דוגמנות בינלאומי בע"מ, לעיל הערה 15, שם קבע בית-המשפט שאין למצוא פגם בכך שהתביעה הוגשה לאחר שידור כחכה בעניין זה ב"כלבוטק".

123 עניין זילברשלג, לעיל הערה 50. במקרה זה הועלו טענות שהתביעה הוגשה נגד הנתבעת בשל שיקולים של "כיס עמוק" ועוד טענות רבות אחרות (שם, בפסקה 53), וראו את תשובות בית-המשפט (שם, בפסקה 55).

124 ראו, לדוגמה, פסק-דין זילברשלג עיטול, לעיל הערה 50, בפסקה 56; פסק-דין קדם נ' בזק, לעיל הערה 78, בפסקה ה(2); פסק-דין קניאל, לעיל הערה 121, בפסקה 14(2)ב); פסק-דין ארד נ' בזק, לעיל הערה 122, בפסקה 7(2); פסק-דין עזבון המנוח נ' בזק, לעיל הערה 77. וראו גם ת"א (ת"א) 2198/99 כרוך נ' בנק הפועלים בע"מ, דינים מחוזי, אוקטובר 2002, לב(7) 264. בפסק-דין זה אושרה תובענה ייצוגית מכוח חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

125 ק"ת 858, תקנה 3.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

השאר, נדחתה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.¹²⁶ אולם בדרך-כלל היתה גישת בתי-המשפט שהתובע הייצוגי אינו צריך להוכיח את גודל הקבוצה, ואם ניתן להעריך שהקבוצה גדולה, נטל ההוכחה עובר לנתבע, ועליו להוכיח שהקבוצה כה קטנה שאין הצדקה להגשת תובענה ייצוגית.¹²⁷ אף-על-פי שהתקנות דורשות לפרט בבקשה את המספר המרבי המשוער של חברי הקבוצה, אין צורך בהערכת גודלה של הקבוצה. כאשר מספר חברי הקבוצה גדול, ולגבי חלק ניכר מהם קיימת בעיה באיתורם, די בכך לשם עמידה בדרישות של תנאי זה.¹²⁸

מהו גודל הקבוצה המצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית? באחד המקרים¹²⁹ טענה המשיבה כי מדובר בקבוצה קטנה ומצומצמת, וכי מספר התובעים אינו יכול להיות גדול יותר מעשרים וחמישה, שהוא מספר הפרסים שיהיה עליה לחלק לפי התקנון. על כך ענה בית-המשפט כי מאחר שרשימת שמותיהם של התובעים אינה ידועה למבקשת, הגשת תביעה ייצוגית מוצדקת. זו דוגמה קיצונית למדי לכך שגם מספר קטן יחסית של חברי קבוצה יכול להיות מספק כאשר התובע הייצוגי מתקשה באיתורם והנתבעת אינה מוכנה לשתף-פעולה.¹³⁰

במקרה אחר¹³¹ תבעו מפעילים של אתרי ספורט מוטורי קבוצת חברות ביטוח בגין גביית תעריפי-יתר של ביטוח. בבקשה לאישור צוין כי חברי הקבוצה הם עשרים וחמישה או יותר בעלים של אתרי ספורט מוטורי. בית-המשפט לא פסל את התביעה בשל גודל הקבוצה. מכאן שדרישה זו לא תהווה בדרך-כלל מכשול של ממש כתובענה ייצוגית צרכנית.¹³²

126 ראו המ' (י-ם) 3504/97 סומינסקי נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תקדין מחווי, אוגוסט 2002, 2015 (2)98, שם קבע בית-המשפט כי המבקש לא הניח אפילו תשתית התחלתית לטענתו כי הוא מייצג קבוצת צרכנים גדולה. מאחר שלא ברור באיזו מידה המבקש מייצג קבוצה כלשהי של צרכנים, ממילא התנאי של גודלה של קבוצה המצדיק תובענה ייצוגית אינו מתקיים.

127 ראו פסק-דין גלובל, לעיל הערה 110, בפסקה 11. פסק-הדין דן בניירות-ערך, אך גראה שהוא הדין בהגנת הצרכן. הלכה זו אומצה בפסק-דין שמש נ' דייכרט, לעיל הערה 115, בפסקה 2.

128 פסק-דין אחזק, לעיל הערה 5, בפסקה 2. בפסק-הדין נכתב שגם כאשר קבוצת התובעים מוגדרת וניתן לאתר את חבריה, יש לאפשר תובענה ייצוגית, שכן זו הדרך היעילה ביותר. אין זה סביר מבחינה כלכלית שכל אחד יחבט בעצמו. רק המכשיר של תובענה ייצוגית מאפשר להתמודד עם התופעה של התת-אכיפה בנושא.

129 פסק-דין המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל הערה 5, פסקה 5(ב).

130 מדובר בקבוצה של עשרים וחמשה אנשים ששלחו פקקים של בקבוקי קוקה-קולה והיו אמורים לזכות בפרס. פסק-הדין היה לטובת חברי הקבוצה, והנחבעים שילמו להם ולמייצגיהם 250,000 ש"ח.

131 ת"א (ת"א) 146/99 אוטו קט (1992) בע"מ נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול"), דינים מחווי, אוקטובר 2002, לב(6) 845.

132 הדרישה של גודל קבוצה מופיעה גם בכלל (1)(a)23 של כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרלית: "The class is so numerous that joinder of all members is impractical". להצגת המשפט האמריקאי, תוך אוכור מקורות רבים, ראו לוטן ורו תובענות ייצוגיות, לעיל הערה 110, בעמ' 154-158. גם בארצות-הברית יש בתי-משפט שראו בקבוצה של עשרים וחמישה תובעים ויותר גודל קבוצה מתאים בנסיבות הראיות. ראו: Klonoff, *supra* note 23, at pp. 20-24.

3. התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת תנאי זה, כפי שהוא פורש בפסיקה, מאיב סייג ממשי לאישור תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. העובדה שבמקרים רבים יש שוני בגובה הפיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה עלולה למנוע את אישור התובענה הייצוגית. בעיה אחרת המכבידה על אישור התובענה ריוצרת קשיים לא-מבוטלים בביצוע ההחלטה היא שהפיצוי לכל צרכן קטן ביותר. מתברר שלא-מעט תובענות ייצוגיות צרכניות נדחו עוד בשלב האישור בשל אי-עמידה בתנאי זה. בשל חשיבות הנושא, הוא יידון בנפרד כפרק ה.

4. קיים יסוד סביר להניח שהתובע מייצג בצורה הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה

דרישה זו, המופיעה בסעיף 35ב(4) לזוק הגנת הצרכן, לא עוררה בדרך-כלל קושי. יכולתו של התובע לעמוד ביתר הדרישות המחמירות של חוק הגנת הצרכן היא כשלעצמה ראייה טובה ליכולתו לייצג בצורה הולמת את עניינם של הנמנים עם הקבוצה.¹³³ יחד עם זאת היו מקרים¹³⁴ שהבקשה לאישור התובענה הייצוגית נדחתה או שחלק מן התובעים הייצוגיים נפסלו בטענה שאין הם מתאימים לייצוג הקבוצה. דרישה זו אכן מופיעה בחוק, אולם הפירוש הסביר שלה, לדעתי, צריך שיתייחס לכך שלא יהיה ניגוד אינטרסים בין התובע לחברי הקבוצה, שלא יהיה חשש לפשרות בלתי-סבירות שהנהנים היחידים מהן יהיו התובע ועורך-הדין, ולא חברי הקבוצה. דווקא על בעיות אלה לא ניתן לעמוד בשלב האישור. מומחיות התובע בנושא אין לה חשיבות רבה, שכן סוד גלוי וידוע הוא שהמנהלים את התביעה הם עורך-הדין, בא-כוח התובע והקבוצה. מספר המקרים שנדחו בשל דרישה זו קטן אומנם, אך לכל מקרה יש חשיבות, וזאת בשל האחוז הגבוה של דחיית בקשות לאישור תובענות ייצוגיות. יש לפרש הוראה זו כך שהיא תחול רק כאשר קיים חשש שהתובע ובא-כוחו יפגעו בניהול תקין של התובענה.¹³⁵

133 ראו, לדוגמה, פסק-דין דדון נ' מינהל 'מקדני ישראל', לעיל הערה 51, פסקה 6; המ' (ח"י) 27457/97 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מאירסין דינים מחוזי, אוקטובר 2002, כו(2) 339, פסקה 2(ד); פסק-דין קדם נ' בזק, לעיל הערה 78; פסק-דין 'זוכון המנוח אליהו גת נ' בזק, לעיל הערה 77; פסק-דין אחרק נ' החברה האמריקנית לגז, לעיל הערה 5.

134 ראו, לדוגמה, פסק-דין סודה קלאב נ' דמות, לעיל הערה 77; פסק-דין מלמד אפיק נ' סלקום, לעיל הערה 6, פסקה 9; פסק-דין גבעון נ' המרכז הרפואי, לעיל הערה 52, פסקות 33-36; ת"א (ת"א) 65/97 איגוד הצרכנים בישראל הכלתי תלוי נ' זלר אבלגון ליסינג בע"מ, דינים מחוזי לב(1) 530; פסק-דין גלובל נ' חמישה יוד, לעיל הערה 110, פסקה 12.

135 ראוי להשוות בעניין זה עם המשפט האמריקאי. כלל (4)(a)(23) דורש ייצוג הולם "adequacy of representation". כתי-המשפט בארצות-הברית התייחסו בחשדנות לטענות הנתבעים בדבר אי-התאמת הייצוג, ראו: Eiggelston v. Chicago Journeyman Plumer Local Union, 657 F. 2d. 890, 895 (7th Cir., 1981). בית-המשפט קבע כי מחן אפשרות לנתבע לומר מי הנציג הראוי של הקבוצה כמוהו כמינוי שועל לאחראי על הלול. ראו: Rosmarin & Edelman, supra note 23, at p. 70. ראו גם: Note "The Attorney-Client Privilege in Class Action: Fashioning an Exception to Promote Adequacy of Representation" 97 Harvard L. Rev. (1984) 974; G.M. Strickler "Protecting the Class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation" 34 DePaul L. Rev. (1984) 73.

5. סיכויי הצלחה סבירים כתנאי לאישור תובענה ייצוגית

דרישה זו אינה מופיעה בחוק הגנת הצרכן. היא הופיעה בזמנה בפרק על תובענות ייצוגיות בחוק ניירות-ערך¹³⁶ והיא מופיעה כיום כתנאי לאישור תובענה ייצוגית בכמה חוקים,¹³⁷ אך לא בחוק הגנת הצרכן. בדיקת הרקע ההיסטורי של חוק הגנת הצרכן מלמדת כי השמטה זו לא היתה מקרית, והבסיס לה היה בדרישות חברי-הכנסת בדיונים של ועדת הכלכלה בכנסת.¹³⁸ למרות היעדרה של דרישה זו מחוק הגנת הצרכן, נקבע בפסיקה שהתנאי כי לתביעה יש סיכויי הצלחה יחול גם על חוק הגנת הצרכן.¹³⁹ הוספת סייג זה מתעלמת במידה רבה מן ההיסטוריה שקדמה לחקיקת הפרק בדבר תובענות ייצוגיות בחוק הגנת הצרכן, ויש בה מידה מסוימת של התעלמות מכוונת המחוקק.¹⁴⁰

הדרישה, שהוספה בפסיקה, כי לתובענה הייצוגית יהיו סיכויי הצלחה סבירים שימשה במקרים רבים סיבה מרכזית לדחיית הבקשה לאישור התובענה.¹⁴¹ דרישה זו גורמת קשיים בהשגת האישור, שכן היא דורשת רמה גבוהה למדי של הצגת ראיות עוד בשלב האישור לגבי הטענות המהותיות, ובראשן האפשרות לעמוד בדרישות של חוק הגנת הצרכן. התובעים נאלצים להציג את כל טענותיהם וכן ראיות לכאורה בדבר האפשרות לזכות בתביעה כבר בכתב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. אין ספק שזו דרישה מחמירה.

למרות הביקורת, יש הצדקה מסוימת לגישת בית-המשפט שאם אין סיכוי להצלחת התובענה, אין לאפשר ניהול משפט יקר ומטריד. הדבר יפגע ללא ספק בנתבעים, ועלול לגרום בסופו של דבר נזק גם לתובעים. יש לפרש הוראה זו בזהירות על-מנת שסייג זה לא

136 ראו סעיף 54ב לחוק. הסעיף בוטל והועבר לחוק החברות, התשנ"ט-1999, שם, בסעיף 210(א)(2), בוטלה דרישה זו.

137 סעיף 46ב(2) לחוק ההגבלים העסקיים; סעיף 16ב(א)(2) לחוק הבנקאות.

138 ראו גולדשטיין, לעיל הערה 11, בעמ' 41.

139 הפסיקה בנושא זה רבה. נביא לדוגמה את פסקי-הדין הבאים: פסק-הדין המנחה הוא של השופט שטרסברג-כהן ברע"א 6567/97 בוק נ' עובד המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, שכתבה: "אין ספק בעיני כי אף בחוק זה [הגנת הצרכן – ס' ד'] מתחייבת שקילת סיכויי התובענה כחלק משיקול הרעת המופעל לצורך אישור התובענה כתובענה ייצוגית." גישה זו באה לידי ביטוי בפסקי-דין מחזויים רבים, ואציין כמה מהם: פסק-דין שימונוב נ' חברה קדישא, לעיל הערה 54, בפסקה 25, שם הוסבר כי אף שאין דרישה מפורשת בחוק, דרישה זו נובעת מדרישות תום-הלב וההגינות כלפי הנתבעת. ראו גם פסק-דין אופנהיים נ' פוגו, לעיל הערה 50; פסק-דין מלמד אפיק נ' סלקום, לעיל הערה 6; פסק-דין שטיינברג נ' סלקום, לעיל הערה 54; פסק-דין גרייבר נ' סלקום, לעיל הערה 54.

140 על קושי זה עמד גולדשטיין במאמרו, לעיל הערה 11, בעמ' 43.

141 הרוגמות לכך רבות. להלן כמה מהן: (1) פסק-דין טודה קלאב, לעיל הערה 77, בפסקה 5; (2) פסק-דין בוק נ' עובד המנוח, לעיל הערה 139, בפסקה 7; (3) המי' (ח') 3294/95 סלמה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, דינים מחזוי, אוקטובר 2002, כז(2) 334; (4) ת"א (ת"א) 2399/98 הירשות להגנת הצרכן בהסתדרות נ' סופרגו חברה ישראלית להפצת גז, דינים מחזוי, אוקטובר 2002, לב(6) 843, בפסקה 6. שם נקבע כי על המבקשת לשכנע את בית-המשפט במידת הסבירות הראויה, וכי על המבקשים להמציא ראיות התומכות בטענותיהם. מאחר שהמבקשים לא עמדו בנטל ולא הוכיחו את סיכויי התביעה, נדחתה התביעה תוך השמעת ביקורת קשה על התפשטות התופעה של הגשת תובענות-סרק; (5) פסק-דין אוד נ' בוק, לעיל הערה 122, בפסקה 7, וראו גם שתי יוגמות מפסקי-דין שהוכרעו לאחרונה (בסוף 2001) תוך דחיית הבקשה לאישור: ת"א (ת"א) 299/01 גרוסטר נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, לעיל הערה 107; ת"א (ת"א) 2563/99 שלומוביץ נ' סקאל דיוטי פרי בע"מ (טרם פורסם).

סיני דויטש

ייהפך לחסם בפני אישור תובענות ייצוגיות באותם מקרים שיש הצדקה לניהול הדיון. חשוב לציין שיש קושי רב בהצגת הראיות בשלב הבקשה לאישור. באחד המקרים הבודדים שבהם הגיעה תובענה ייצוגית צרכנית לכלל סיום מוצלח בפשרה משמעותית הכיל כתב-התביעה, על עשרות נספחיו ומקורותיו, יותר מאלף עמודים.¹⁴² כמובן שלתובענה כזו יש סיכוי משמעותי יותר להגיע לכלל גמר מוצלח. השאלה היא אם זו רמת הפירוט ורמת הראיות שאליהן התכוון החוק בשלב הבקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית.¹⁴³ ייתכן שהפתרון הראוי הוא להטיל על הנתבע את נטל הראיה שעל-סמך הטיעונים והראיות שהוגשו, אין לתובענה סיכויי הצלחה. בית-המשפט ידחה בקשה שאין לה סיכויי הצלחה. מאחר שהדרישה של סיכויי הצלחה אינה מופיעה בחוק, אלא היא חידוש של בתי-המשפט תוך התעלמות מכוונת המחוקק,¹⁴⁴ בית-המשפט רשאי להכניס בה את השינויים הנדרשים. לבית-המשפט תפקיד חשוב בפרשנות של הוראות החוק ובחידושי פסיקה שמטרתם להשלים את מה שהחסיר המחוקק. קשה לדצדיק את הדרישה לסיכויי הצלחה סבירים, שבוטלה במשפט האמריקאי ובתחום נירות-הערך, דווקא בתחום הגנת הצרכן.

נראה לי כי בתי-המשפט מחמירים מדי באישור תובענות ייצוגיות, "החמרה אשר מחטיאה את כוונת המחוקק".¹⁴⁵ הניסיון מראה שברוב המקרים שבית-המשפט מאשר בהם תובענה כייצוגית אין החיק מגיע כלל לפסק-דין, שכן החברות מעדיפות להתפשר. השופט חשין¹⁴⁶ ביקר את הדרישה של בתי-המשפט לסיכויי הצלחה מוכחים מראש של תובענה ייצוגית כתנאי לאישורה. בהרצאתו אמר: "הייתי רוצה להגיע לסיטואציה, שאם יש ספק, הוא יפעל לטובת המבקש. יש להקל במקצת את שלב בקשת האישור כדי לאפשר ליותר תביעות להתברר".¹⁴⁷ אכן, הצעתי היא להפוך על פיו את נטל הראיה ולהעבירו לנתבע.¹⁴⁸

142 ראו פסק-דין לוי נ' חברת פלאפון, לעיל הערה 104.

143 חשוב לציין כי במשפט האמריקאי, "זהו המקור לדיני התובענות הייצוגיות, דחה בית-המשפט העליון האמריקאי את הדרישה להוכחת סיכויי הצלחה סבירים מפני שדרישה זו אינה מעוגנת בכלל 23. ראו: Eisen v. Carlisle and Jacqueline, 417 U.S. 150 (1974); S. Goldstein "Class Actions in Israel" 13 International Congress of Comparative Law, Israeli Reports (1990) 45 כללי בנושא לוטן ורו תובענות ייצוגיות, לעיל הערה 110, בעמ' 145-147, 149.

144 בסעיף 35(1) להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ה"ח 396, הופיע התנאי שלפיו "קיימת אפשרות סבירה ששאלות כהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה". דרישה זו הושמטה במתכוון במהלך הדיונים בכנסת על-מנת לחזק את הסעד של תובענה ייצוגית צרכנית. ראו גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 11, בעמ' 43. תמוה איפוא כיצד הוסיפו בתי-המשפט דרישה זו בניגוד מפורש לכוונת המחוקק.

145 כך אמר שופט בית-המשפט המחוזי בירושלים, השופט דוד חשין, בכנס השנתי של לשכת עורכי-הדין באילת, שהתקיים ב-6.5.02, בדיון בנושא תובענות ייצוגיות. אתר האינטרנט של עיתון גלובס מיום 7.5.02.

146 ש.ס.

147 ש.ס.

148 ראו להלן הערה 321.

6 – 7. התובע הינו "צרכן" או "ארגון צרכנים" והתביעה מוגשת "בשם קבוצת צרכנים"

סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן מגביל את התובע הייצוגי לצרכן או לארגון צרכנים, כמשמעותו לפי סעיף 31(ג) לחוק. כמורכב הסעיף קובע שהתביעה יכולה להיות רק בשם "קבוצת צרכנים". יש כאן שני תנאים: האחד שהתובע הוא "צרכן", והאחר שתכרי הקבוצה הם "צרכנים". המושג "צרכן" הוא איפוא תנאי מהותי לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן.¹⁴⁹ "צרכן" הוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כדלקמן: "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי." הגדרת המונח "צרכן", שנראית אולי פשוטה על פניה, מורכבת למדי. הנושא נידון בהרחבה בספרי על דיני הגנת הצרכן,¹⁵⁰ ואין לנו אלא להפנות את הקורא לשם.

הגדרת המונח "צרכן" חשובה אף יותר לגבי הדרישה שהתביעה תהיה בשם "קבוצת צרכנים". הטעם לכך הוא שגם אם ניתן לבחון אם השימוש שעשה התובע בנכס או בשירות הינו "אישי, ביתי או משפחתי", הרי שתביעה בשם קבוצה גדולה של משתמשים בנכס או בשירות הינה מורכבת הרבה יותר. אם המבחן שייקבע לבחינת השימוש יהיה סובייקטיבי, לפי השימוש שעשה בו כל משתמש, יהיה קשה להגדיר מי הם חברי הקבוצה, קושי שיכול לשלעצמו למנוע את אישור התובענה כתובענה ייצוגית.

דוגמות אחדות יבהירו את הקושי. בתביעה המוגשת נגד חברות טלפון עשויה לעלות השאלה אם השימוש בטלפון הוא שימוש צרכני או עסקי. בפסק-דין¹⁵¹ אחד נקבע שהשימוש בטלפון הינו אישי גם כאשר השימוש בו מעורב. בפסק-דין אחר¹⁵² נפסק כי מאחר שלא הוכח שהשימוש היה אישי, הרי זו סיבה נוספת לפסילת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. האם טיסה במטוס נוסעים היא שימוש "אישי" כאשר רוכש כרטיס הטיסה הוא עורך-דין? בית-המשפט קבע¹⁵³ שהשימוש באמצעי תחבורה זה או אחר הוא עניין אישי. אין בעצם הטיסה עניין מסחרי, ולכן אין בכך כדי לשלול את האופי הצרכני של רכישת כרטיס הטיסה. כך נקבע גם לגבי נסיעה של עורך-דין ברכבת.¹⁵⁴ לעומת זאת, רכישת רכב אישי בשיטת לייסינג נחשבה לעסקה שאינה צרכנית, מכיוון ששיטת הליסינג היא שיטת התקשרות מסחרית.¹⁵⁵ קביעה זו שימשה שיקול מרכזי לדחיית הבקשה לאישור התובענה, שכן

149 סעיף 31(א) מאפשר גם לעוסק שנפגע מהטעיה במהלך עיסוקו לזכות בסעד של פיצויים. אולם זכותו של העוסק היא לסעד אישי בלבד, ולא לסעד קבוצתי, שכן סעיף 31(א) קובע במפורש ש"פרק 1 (הדן בתובענות ייצוגיות) לא יחול על עוסק שנפגע מעוולה כאמור במהלך עסקו".

150 דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, כפרק ג – גבולות התחולה של חוק הגנת הצרכן, בעמ' 187-238. בין השאר נבחנו המונחים הרלוונטיים בפסיקה הדנה בתובענות ייצוגיות, שם, בעמ' 232-238.

151 פסק-דין עובד המנוח אליהו גת נ' בוק, לעיל הערה 77.

152 פסק-דין אפיק מלמד נ' סלקום ישראל בע"מ, לעיל הערה 6.

153 פסק-דין דני זילברשלג נ' אל-על, לעיל הערה 50.

154 המ' (חי') 28404/97 בולדו נ' רשות הגמלים והרכבות, לעיל הערה 107.

155 פסק-דין איגוד הצרכנים נ' זלר אכלגון, לעיל הערה 134.

בית-המשפט קבע שעל פניו, היתה הטעיה בשיטת החישוב של הריבית. קביעה זו מעוררת קשיים רבים¹⁵⁶ ומהורה הוכחה נוספת לחשיבות של הגדרת המונח "צרכן".

הפתרון שהוצע בספרי דיני הגנת הצרכן היה שהמונח "צרכן" יוגדר לפי מבחן אובייקטיבי עם סממנים סובייקטיביים, דהיינו, שהמבחן העיקרי יהיה מהו השימוש המקובל בנכס או בשירות, אך ייחס גם משקל למטרת רכישתו של הנכס והשימוש בו.¹⁵⁷ מבחן זה תואם מבחנים דומים במשפט האנגלי והאמריקאי.¹⁵⁸ המבחן יהיה מהו השימוש המקובל באותו מוצר או שירות. אם השימוש המקובל בו הוא "אישי, ביתי או משפחתי", יהיה ניתן להגדירו כצרכני. כתובענות ייצוגיות ראוי שהמבחן העיקרי יהיה מבחן אובייקטיבי, שכן כריכת השימוש בפועל של כל משחמש תמנע מראש את אישור הקבוצה. הפתרון שהוצע אינו מחייב חקיקה, ואימוץ הפרשנות המוצעת דיה להשגת התוצאה הראויה.¹⁵⁹

מספר המקרים שבהם נדחתה תובענה ייצוגית צרכנית מפני שהתובע אינו "צרכן" אינו גדול, אולם מקרים אלה מצטרפים לדרישות אחרות שבקשות לאישור תובענות ייצוגיות נדחות בגינן. אין כל סיבה שחוק הגנת הצרכן לא יחול על עסקות שהינן צרכניות במהותן. דרך נוספת לפתיחת הליכים של תובענה ייצוגית צרכנית היא הגשתה על-ידי ארגון צרכנים. "ארגון צרכנים" הוגדר בסעיף 31(ג) לחוק הגנת הצרכן, והוא כולל את המועצה הישראלית לצרכנות או ארגון אחר ששר המשפטים אישר לעניין זה. הגדרה זו פשוטה יחסית, שכן ארגון שלא אושר על-ידי משרד המשפטים לעניין זה אינו יכול לתבוע בשם "קבוצת צרכנים".¹⁶⁰ מספר התובענות הייצוגיות שארגוני הצרכנים היו מעורבים בהן אינו גדול,¹⁶¹ ובכל זאת קיימת מגמה במשרד המשפטים לצמצם אף יותר את האפשרות להגשת

156 ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 233-234, 272-275. לנימוקים שהובאו בספר ניתן לצרף נימוק חשוב נוסף: הגדרת "מכר" בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כוללת גם "מקח אגב-שכירות", שמשמעותו היא "hire purchase". המכונה גם עסקת "שכר-מכר", ובשפה המקובלת – "עסקת לסינג". מכאן שהחוק קובע במפורש שעסקה כזו כלולה בחוק הגנת הצרכן, וזאת כמובן כאשר הנכס מיועד לשימוש של הצרכן.

157 ראודיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 224.

158 שם, בעמ' 180-181, 225-228.

159 ראו פסק-דין אחרק נ' החברה האמריקאית הישראלית לגז, לעיל הערה 5, בפסקה ב, דיון מעניין בהגדרת "קבוצת צרכנים". הגישה שהוצגה היתה תכליתית וליברלית. יש להמתין לתוצאה הסופית של פסק-הדין. לעומת זאת, לגבי קבלון שירותים שונים מהמדינה קבע בית-המשפט כי המבקש אינו נכלל בהגדרת צרכן. ראו, לדוגמה, המ' (י-ם) 6791/97 קניאל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, לעיל הערה 121.

160 דיון בייצוגם של צרכנים על-ידי 'ארגון צרכנים' בחקיקה הישראלית ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 255-261, ובפסיקה ראו שם, בעמ' 267-268.

161 המועצה הישראלית לצרכנות, שהיא הגוף הצרכני הגדול בישראל בשנות האלפיים, היתה שותפה בחמש תובענות ייצוגיות: (1) פסק-דין המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל הערה 5; (2) ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' ראבי, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 99(3) 302 – צירוף המועצה הישראלית לצרכנות; (3) ת"א (ת"א) 2889/00 המועצה הישראלית לצרכנות נ' וולדוויד רוורטס (לא פורסם); (4) ת"א (ת"א) 279/01, בש"א (ת"א) 18680/01 המועצה הישראלית לצרכנות נ' דולפין ארגון איכות המים בישראל בע"מ, לפני השופטת אסתר חיות (לא פורסם) (19.9.01). התביעה הוגשה נגד חברת דולפין בגין הטעיות בככירה של מטהרי מים; (5) רע"א 3543/00 המועצה הישראלית לצרכנות נ' רשות שדות התעופה, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2000 (3) 265. וראו גם פסק-דין איגוד

תובענה ייצוגית על-ידי "ארגוני צרכנים"¹⁶² מגמה זו של משרד המשפטים משחלבת במגמה הכללית של בתי-המשפט לצמצום עד כדי ביטול את האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות צרכניות.

8. הנתבע הוא "עוסק"

הגבלת התובענות הייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן לנתבעים שהם "עוסק" אינה מופיעה בפרק הדין בתובענות ייצוגיות. אולם מאחר שהתובענות מכוח החוק מוגבלות לעילותיו של החוק, ניתן לתבוע רק מי שמוגדר כ"עוסק". הגדרת צרכן בסעיף 1 לחוק מתייחסת למי שקונה נכס או מקבל שירות "מעוסק במהלך עיסוקו". אם הנתבע אינו עוסק, אין התובע צרכן והתובענה אינה נכנסת למסגרת של חוק הגנת הצרכן.

סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן מגדיר את המונח "עוסק" כדלקמן: "מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק כולל יצרן." סביר להניח שנתבע בתובענה ייצוגית יהיה עוסק. מי שמוכר נכסים או שירותים למספר אנשים כה גדול המצדיק תובענה ייצוגית שעומדת בדרישה של גודל קבוצה (סעיף 35ב(2) לחוק) יעמוד בדרך-כלל גם בדרישות החוק מעוסק.¹⁶³ למרות זאת מתברר שהיו כמה מקרים שהיה די בדרישה זו להביא לידי דחיית התובענה הייצוגית, וזאת כאשר הנתבעים היו מנהל מקרקעי ישראל או מדינת-ישראל.

סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן קובע: "לעניין חוק זה דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר." מכאן שאין ספק שכאשר המדינה פועלת כעוסק, אין דינה שונה מדינו של כל עוסק אחר. השאלה היא מתי יש לראות את פעילות המדינה כעוסק, ולא כרשות שלטונית. בשני

הצרכנים נ' זלר אבלגון, לעיל הערה 134: הרשות להגנת הצרכן הגישה תובענה אחת, ראו ת"א (ת"א) 2399/98 הרשות להגנת הצרכן בהסתדרות נ' סופרגו חברה ישראלית להפצת גז, לעיל הערה 141. עמותת "קו חם לצרכן" הוכרה ב-5.5.99 כארגון צרכנים לפי חוק הגנת הצרכן, ובעקבות ההכרה הוגשו כמה תובענות ייצוגיות. ראו, לדוגמה, ת"א (חי') 1306/99 עמותת "קו חם לצרכן" נ' חברת פרטנר, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (2) 9472; רע"א 6193/00 עמותת "קו חם לצרכן" נ' חברת ט.ו.א. כע"מ, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2000 (3) 1838; בש"א (ת"א) 6657/01 עמותת "קו חם לצרכן" נ' כוק, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2001 (2) 2470.

162 בשיחה עם מר אלן זיסבלט ממשרד המשפטים, בינואר 2002, נמסר לי כי יש כוונה לבטל את ההכרה בארגוני צרכנים לעניין חוק הגנת הצרכן, בין השאר כדי לצמצם את הגשת התובענות הייצוגיות. בינתיים הוכן במשרד המשפטים תזכיר חוק הכרה בארגוני צרכנים (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002, (30.1.02). בתזכיר מוצע לבטל את ההכרה בארגוני צרכנים, ולאפשר לכל "ארגון שאחת ממטרותיו היא הגנת הצרכן" להגיש תובענות ייצוגיות בשם הציבור. לכאורה, הצעה זו נראית כהרחבה של הגופים המוסמכים לתבוע, אולם בהצעה זו גלומה פגיעה קשה ביותר בזכות לייצוג ציבור הצרכנים, שכן היא מבטלת את זכות הייצוג של ארגוני צרכנים מוכרים. הפתרון הראוי הוא שנוסף להכרה הקבועה בארגוני הצרכנים, יאפשרו לכל ארגון "שאחת ממטרותיו היא הגנת הצרכן" להגיש תובענה ייצוגית בשם הצרכנים. פתרון כזה ירחיב את מעגל התובעים הציבוריים מבלי לפגוע בארגוני הצרכנים הקיימים. על הפגיעה בהצעה זו עמדתי בהרחבה בתזכיר נגדי ששלחתי למשרד המשפטים ולמשרד התמ"ס ב-24.2.02. בתגובה על תזכירי (מרס 2002) הובאו נימוקים שונים, וחלק מהערותי התקבלו. לא שוכנעתי עדיין. הוויכוח יימשך בכנסת.

163 ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, עמ' 238-245.

פסקי-דין¹⁶⁴ נדחתה התובענה הייצוגית מפני שבית-המשפט לא ראה בפעילות של מנהל מקרקעי ישראל פעילות של עוסק. על כך כתבת¹⁶⁵ כי לדעתך, אין סיבה לא לראות במכירת מגרשים מטעם המנהל פעילות כעוסק. כתובענה ייצוגית שהגיעה בערעור לבית-המשפט העליון¹⁶⁶ לא עלתה כלל השאלה אם המנהל הוא עוסק. בית-המשפט העליון, בבטלו את דחיית הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בבית-המשפט המחוזי,¹⁶⁷ ראה את דינו של המנהל כדין כל עוסק אחר.¹⁶⁸ לעומת זאת, בפסק-דין שניתן לא מכבר קבע בית-המשפט המחוזי בתל-אביב¹⁶⁹ שהמנהל אינו עוסק והתוכר אינו צרכן, ולכן אין בסיס להגשת תביעה מכוח חוק הגנת הצרכן, וזאת תוך הסתמכות על הפסיקה הקודמת של בית-המשפט המחוזי. בפסק-דין של בית-המשפט העליון,¹⁷⁰ שנפסק לאחרונה, הוגדרה פעילות המדינה כרשות שלטונית בצורה מרחיבה, והוחלד גם במקרים שהפעילות השלטונית הופרטה ונעשתה בפועל על-ידי גופים פרטיים. התוצאה היתה שלא ניתן להגיש תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. אף שהפרשנות אינה סותרת כל הוראת חוק והיא הגיונית וראויה, היא משתלבת במגמה הכללית של דחיית רוב התובענות הייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן עוד בשלב הבקשה לאישור. מגבלה זו הינה, לזעתי, אחת הסיבות לריבוי המקרים שבהם עורכי-הדין¹⁷¹ העדיפו להסתמך על תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי כבסיס לתובענה ייצוגית, במקום ההוראות המפורשות של חוק הגנת הצרכן.

9. ייחוד עילה – התביעה מוגשגו לפי חוק הגנת הצרכן
 סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן מגביל את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית לעילה שעל-פיה ניתן לתבוע "על פי חוק זה". העילות שבגינן ניתן לתבוע הן העילות של חוק הגנת הצרכן. הדרישה לייחוד עילה היא מכשול מרכזי לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות. העילות

164 המ' (חי') 24480/97 שועלי נ' מינהל מקרקעי ישראל, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 98(3) 965; המ' (חי') 28680/97 דדון נ' מינהל מקרקעי ישראל, לעיל הערה 51.
 165 דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 245.
 166 רע"א 8733/96 לנגברט נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168 – ביטול מחיקה על-הסף בבית-המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 382/96 מדינת ישראל נ' לנגברט, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 96(3) 21919. בקשה לדין נוסף בנושא נדחתה בדנ"א 35/00 מדינת ישראל נ' לנגברט, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2000 (3) 796. התובענה אושרה בינתיים כתובענה ייצוגית, לגופו של עניין, בפסק-דין מפורט של השופטת חיות בבש"א (ת"א) 2458/01 לנגברט נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל, תקדין מחוזי, דצמבר 2002, 2002 (3) 3187.
 167 ראוי לציין כי שאלה זו לא נידונה כלל בפסק-הדין, ומכל מקום היא לא היתה עילה לביטול הבקשה.
 168 בעקבות החלטה זו נידונו מקרים נוספים של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות נגד המנהל. ראו בר"ע (ב"ש) 663/00 ברקאי נ' מינהל מקרקעי ישראל, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2001 (1) 2172.
 169 ת"א (ת"א) 2318/00 עידן נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (17.4.01).
 170 רע"א 2707/97, 2701 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, לעיל הערה 82, (3.2.02), חוות-דעתו של הנשיא ברק שאליה הצטרפו יתר השופטים.
 171 כטבלה שהוצגה לעיל (בטקסט אחרי הערה 67) צוינו שמונים וחמש תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי שהוגשו משנת 1995 עד שנת 2000 ושניתנו לגביהן החלטות. בכדיקה שערכתי גיליתי כי בחמישים ושניים מקרים מביניהן, הוגשה התובענה מכוח תקנה 29 בלבד. בשלושים ושניים מקרים הופנו התובענות נגד מדינת-ישראל, רשויותיה או עיריות, שהן כ-60% מכלל התובענות שהתבססו על תקנה 29 בלבד.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

והסעדים של חוק הגנת הצרכן, לפי הפרשנות המקובלת, מצומצמים למדי, ובלא-מעט מקרים הסעד לצרכנים שנפגעו מצוי מחוץ לחוק הגנת הצרכן.

זו מגבלה של המשפט המהותי. הפתרון לקושי זה אינו פשוט. יש הסבורים כי יש לחוקק חוק כללי של תובענות ייצוגיות. ספק אם גישה זו תאומץ. אם לאו, יש לשקול דרכים להרחבת העילות והסעדים של חוק הגנת הצרכן על-מנת לא למנוע אפשרות להגיש תובענות ייצוגיות צרכניות. כפי שראינו בפרק ג, המקרים שבהם הגיעה תובענה ייצוגית המבוססת על חוק הגנת הצרכן לכלל סיום חיובי מבחינתו של התובע וקבוצת הצרכנים הינם נדירים. בשל חשיבות הנושא ומרכזיותו בפתירת אפשרות להגשת תובענות ייצוגיות צרכניות שיהיה בהן משום מענה של ממש לזכויות המבקש בצרכן, יידון נושא זה בהרחבה בפרק ו של מאמר זה.

10. למבקש יש עילת-תביעה אישית

סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן קובע שהתובע הייצוגי רשאי לתבוע בשם קבוצת צרכנים בעילה מכוח חוק הגנת הצרכן כאשר הוא רשאי "לתבוע בשמו". דרישה זו פורשה כדרישה לעילת-תביעה אישית. דרישה זו שימשה בכמה פסקי-דין בסיס לדחיית הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. פסק-דין מנחה בסוגיה הוא עניין *כרזני נ' בזק*,¹⁷² שם נדחתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית מאחר שלא הוכח שיש לתובע עילת-תביעה אישית.¹⁷³ גישה זו מקובלת מאז ומכבר בפסיקת בתי-המשפט המחוזיים.¹⁷⁴ ההסבר לדרישה זו הוא שכאשר תובע פרטי מייצג קבוצת תובעים מבלי להיות גוף ציבורי או רשות שלטונית, המזער הנדרש הוא שתהיה לתובע תביעה אישית, שאם לא כן, מי שמו לייצג את כל ציבור הצרכנים? תפקידו של עורך-הדין המגיש את התובענה לבחון אם התובע אכן ממלא את הדרישה שתהיה לו עילת-תביעה אישית.¹⁷⁵ אף שיש עיגון לדרישה זו בחוק, היא מצטרפת לסיבות האחרות לאי-אישור בקשות של תובענות ייצוגיות צרכניות.¹⁷⁶

סיכומו של דבר, מתוך עשר דרישות המשמשות כתנאי לאישור תובענה ייצוגית צרכנית, פורשו רק שניים באופן שאינו פוגע באפשרות להשיג אישור: דרישת תוס-הלב והדרישה

172 לעיל הערה 19.

173 הדרישה לעילת-תביעה אישית היתה מוסכמת על דעת הרוב והמיעוט גם יחד. ראו פסקות 3 ו-7 בפסק-דין של השופט טובה שטרסברג-כהן, ופסקות 1 ו-13 בפסק-דין של הנשיא אהרן ברק.

174 ראו, לדוגמה, פסק-דין *אחזק*, לעיל הערה 5, בחלק ג של פסק-הדין, סעיף א בסופו; פסק-דין *אלישע נ' מדינת ישראל*, לעיל הערה 60; ה"פ (ת"א) 1712/97 *קיבוץ גבעת ברנר נ' המוסד לביטוח לאומי*, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 15763 (4)99, בפסקה 12 בהסתמך על עניין *זילברשץ*, לעיל הערה 6, בעמ' 791; פסק-דין *עיסל זילברשץ נ' אל-על*, לעיל הערה 50, בפסקות 13, 15 ו-46, בהסתמך, בין השאר, על פסק-דין *מגן וקשת*, לעיל הערה 10, בעמ' 332; פסק-דין *כולדו נ' רשות הנמלים והרכבות*, לעיל הערה 107, בפסקות 6 ו-7; פסק-דין *רשף חן*, לעיל הערה 52, בפסקה 7; פסק-דין *מלמד אפיק נ' סלקום*, לעיל הערה 6; פסק-דין *גבעון נ' המרכז הרפואי*, לעיל הערה 52.

175 בפסק-דין *כרזני* היתה זו ההנמקה העיקרית לדחיית הבקשה לאישור התובענה, והוא הדין ברוב התובענות שאליהן התייחסו לעיל בהערה 174.

176 למעשה, במקרים רבים עורך-הדין הוא שיוחם את התביעה, והתובע הייצוגי נבחר על-ידיו כתובע ייצוגי פורמלי בלבד. דחיית התובענה הייצוגית בשל פגמים בזכויותיו של התובע הייצוגי היא עילת דחייה פורמלית בלבד, אף שהיא מעוגנת בחוק. השו"ן: J.W. Burns "Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions" 42 *Hastings L. J.* (1990) 165.

לגודל קבוצה. שני תנאים, האחד שזו הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת, שיידון בפרק ה, והאחר של "ייתור עילה", שיידון להלן בפרק ו, הם הבעייתיים ביותר. יתר שש הדרישות נראות על פניהן סבירות לכאורה, אולם בפועל, הדרך שבה פורשו תרמה אף היא את תרומתה לדחיית מספר ניכר של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות. התוצאה היא, כפי שכבר הסברנו בהרחבה בפרק ג, הדין בסטיסטיקה, כי המקרים שבהם הסתיימה תובענה ייצוגית צרכנית בפסק-דין או בפשרה משמעותית לטובת ציבור הצרכנים ומי שטרח בייצוגם הינם נדירים. מכאן שגם דרישות שכל אחת מהן כשלעצמה נראית סבירה על פניה, כאשר הן באות כמכלול, מובילות את הליך התובענה הייצוגית הצרכנית למבוי סתום. לא ניתן להזעזע גם מהסיבות הסמויות מן העין לאי-אישור תובענות ייצוגיות צרכניות, שיידונו להלן בפרק ז. יש למצוא פתרונות מקוריים שיספקו מענה הולם לחששות של בתי-המשפט, ולכן מוקדש פרק ח, שבו יפורטו הצעות לתיקון חוק הגנת הצרכן. בפרק הבא יוסבר הקושי שבפרשנות בתי-המשפט לדרישה כי התובענה הייצוגית היא הדרך הטובה ביותר להכרעה במחלוקת.

ה. התנאי שלפיו "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת"

סעיף 35ב(3) לחוק הגנת הצרכן קובע, כתנאי לאישור תובענה ייצוגית, כי "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין". הניסיון מראה שתנאי זה יוצר מכשלה ממשית לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות. הקושי אינו בדרישה כפי שנוסחה בחוק, אלא בפרשנות שניתנה לדרישה זו בפסיקה. הסעד האזרחי העיקרי בחוק הגנת הצרכן הוא סעד הפיצויים,¹⁷⁷ שהוא סעד כספי. ממילא, הסעד המבוקש בתובענה ייצוגית צרכנית יהיה סעד כספי.¹⁷⁸ לעיתים קרובות יהיה השוני בגובה הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הסיבה העיקרית לדחיית הבקשה לאישור. לפי פרשנות הפסיקה לסעיף זה, השוני בגובה הפיצויים יכול כשלעצמו להפוך את התובענה הייצוגית לבלתי-יעילה, ולכן למנוע את אישורה. מקום שהתשלום לצרכנים זהה או ניתן לחישוב בנקל, לא תשמש דרישה זו כמגבלה.¹⁷⁹

177 סעיף 31א(א) לחוק הגנת הצרכן קובע את סעד הפיצויים כתרופה אזרחית עיקרית בגין אי-קיום הוראותיו של חוק הגנת הצרכן. סעיף 32 קובע את הסעד של ביטול המכר וכן השבה. אולם סעד זה כולל מגבלות רבות (ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 384) עד כדי כך שאין הוא יכול לשמש בסיס יעיל לתובענות ייצוגיות, ואכן לא נעשה זה כמעט כל שימוש.

178 הוא הדין ברוב החוקים הדנים בתובענות ייצוגיות, למעט חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ס"ח 184, שקבע בסעיף 2 כי הסעד העיקרי בתובענה ייצוגית הוא צר-מניעה או צרעשה, ולא סעד כספי. חוק זה אינו דורש אישור של בית-המשפט להגשת התובענה הייצוגית. ראו בר"ע (ב"ש) 901/99 החברה לשירותי איכות הסביבה (נמת חוכב) בע"מ נ' עמותת מדעי הדרום, לעיל הערה 73. בשל הסעד המוגבל, אין הגיעה (מוטיווציה) להגשת תובענות ייצוגיות, ואכן, מספר התובענות שהוגשו זעום.

179 לדוגמה, בפסק-דין מול נ' דיסקברי, לעיל הערה 15, בפסקה 6ג), נקבע כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה בשל זהות העילות והסעדים של התובעים. ראו גם פסק-דין דדון נ' המנהל, לעיל

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

אולם כדי להגיע לתוצאה זו נזקק בית-המשפט לגישה חדשנית שקבעה פיצוי אחיד בגין עוגמת-נפש לכלל ציבור הצרכנים,¹⁸⁰ שאם לא כן, היה ההליך נעשה בלתי-יעיל ופסול. בפועל, בתובענות רבות, היחה זו סיבה מכרעת לדחיית התובענה הייצוגית.¹⁸¹ נימוק זה לא היה היחיד לדחיית התובענה, וכמו במקרים אחרים, מצאו בתי-המשפט נימוקים נוספים לדחיית הבקשה לאישור.

גישת בתי-המשפט ברדישה לאחדות סעד בנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות מעוררת תמיהות אחדות. מדוע חידש בית-המשפט תנאי בדבר "הצורך באחדות הסעד", תנאי שאינו מופיע במפורש בחוק, דווקא בנושא של תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן, ואילו בנושא של ניירות-ערך קבעו בתי-המשפט שאין דרישה כזאת? מדוע פירשו בתי-המשפט שחייבת להיות זהות סעדים כתנאי לאישור התובענה בחוק הגנת הצרכן, שאין בו כלל דרישה לשאלות משותפות של עובדה וחוק, ואילו בחוק ניירות-ערך פירשה הפסיקה הוראה זו כהוראה המאפשרת אישור התובענה כייצוגית למרות השוני בגובה הפיצויים של חברי הקבוצה?

סעיף 54ב(1) לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968, קבע שאחד התנאים לאישור תובענה ייצוגית הוא ש"קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה". דרישה זו, שאינה מופיעה כלל בחוק הגנת הצרכן, אומצה בשינויים קלים¹⁸² גם בחוק החברות, התשנ"ט-1999, שהחליף את הוראות חוק ניירות-ערך בנושא התובענה הייצוגית. דרישה זו פורשה בפסיקה כמאפשרת את אישור התובענה הייצוגית למרות השוני בשיעורי הפיצוי של חברי הקבוצה.

באחד מפסקי-הדין שדנו בניירות-ערך קבע בית-המשפט: "סוגיית הנזק אינה אחידה בין כלל התובעים... שיעור הפיצוי המגיע לכל תובע ותובע ענין הוא לדיון בתובענה עצמה, ולא

הערה 48. בפסקה 5 נקבע כי יש אומנם שוני בגובה התשלום לחברי הקבוצה, אך הסכומים ניתנים בגלל לזיהוי ואין לגביהם מחלוקת.

180 בפסק-דין מזל נ' דיסקברי, שם, קבע בית-המשפט פיצוי אחיד של עוגמת-נפש בסך 2,000 ש"ח לכל אחד מהצרכנים שהתקשרו עם חברת דיסקברי. סביר להניח כי עוגמת-הנפש של כל אחד מהנפגעים היחה שונה, אך לו בדקו באופן פרטני את הנזק שנגרם לכל אחד, היה כל ההליך של תובענה ייצוגית מסוכל. בצדק העדיף בית-המשפט להעניק פיצוי אחיד כדי לאפשר את סיום ההליך בפסק-דין לטובת חברי הקבוצה. לחידוש זה של בית-המשפט יש בסיס בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, הקובע שבית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים בעד נזק שאינו של ממון "בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין".

181 כמה דוגמות: (1) פסק-דין אפיק נ' סלקום, לעיל הערה 6, פסקות 8-9; (2) פסק-דין שימונוב נ' חברה קדישא, לעיל הערה 54, פסקות 32-33; (3) פסק-דין מוסינסקי נ' בזק, לעיל הערה 126; (4) פסק-דין איגוד העובדים נ' זלר אבלגון, לעיל הערה 134, בפסקה 8.

182 סעיף 210(א)(2) לחוק החברות קובע כתנאי לאישור התובענה הייצוגית כי "שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכל חברי הקבוצה יוכרעו בתביעה". תנאי זה דומה להוראה המקבילה לו בחוק ניירות-ערך שקדם לו, תוך ויתור על הדרישה של אפשרות סבירה שהשאלות יוכרעו בתובענה לטובת התביעה, דהיינו, סיכויי תביעה סבירים. וראו ס' גולדשטיין וי' עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברה החדש" משפטים לב (תשס"ב) 461. במאמר זה המחברים מברכים את המחוקק על שבחר להרחיב את פתחי הכניסה להליכי התובענה הייצוגית על-פי החוק החדש.

לשלב זה [שלב האישור – ס' ד'] של הדין.¹⁸³ בפסק-דין אחר קבע בית-המשפט: "קביעת מגגון שיעור הפיצוי אינה פשוטה ואין צורך לרונן בו בשלב זה. בית-המשפט, הדין בהליך העיקרי יחליט אם זכאים התובעים לסעד כספי, ויבנה את מגגון חישוב הפיצוי."¹⁸⁴ אכן, מילים כדורבנות. גישה זו חזרה בפסק-דין נוספים¹⁸⁵ שדנו בתובענות ייצוגיות שעסקו בתביעות בגין ניירות-ערך, ואכן, התובענות הייצוגיות אושרו במקרים אלה למרות השוני בגובה הפיצויים. חבל שבמשך שנים היתה גישת בית-המשפט בנושא של תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן שונה מגישתם בנושא ניירות-ערך.

גישת בית-המשפט בישראל בנושא זהות הסעד כתביעות העוסקות בניירות-ערך צועדת בעקבות גישת המשפט האמריקאי לסוגיה זו.¹⁸⁶ חוזרת איפוא השאלה: מדוע בית-המשפט נוהג איפה ואיפה, ומדוע מה שטוב וראוי לתובענות ייצוגיות בגין הטעיה בניירות-ערך אינו מתאים לתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן?

הדרישה לאחדות סעד בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן יצרה בעיה נוספת, והיא שבחלק מהמקרים שאושרו היה האישור לתובענה ייצוגית הצהרתית.¹⁸⁷ פסק-דין הצהרתי פותר במידה רבה את הקושי שהוצג מכיוון שהוא סעד אחיד לכל הקבוצה. יחד עם זאת, פתרון זה הינו חלקי בלבד, שכן הקושי עובר משלב האישור לשלב הביצוע. כאשר יינתן

183 ת"א (ת"א) 117/92, 19 זה חברה לייצור כלכלי בע"מ נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיקות בע"מ, פ"מ תשנ"ו (2) 183. באישור התובענה הייצוגית ציין בית-המשפט במפורש כי דרישת הזהות המוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה לגבי הקבוצה סותרת את תכליתה של התובענה הייצוגית, שמטרתה לאפשר למשקיעים קטנים להשתמש בכלי דינוי זה להגנת האינטרסים שלהם. ברור שיהיה שוני בגובה הפיצויים של חברי הקבוצה, שכן כל שמאחד אותם הוא רכישת ניירות-ערך מהנתבעים.

184 פסק-דין שמש נ' דייכרט. לעיל הערה 115. במקרה זה ובפסק-דין זה, שם, אושרו התובענות הייצוגיות גם בבית-המשפט העליון.

185 ראו ת"א (ת"א) 117/94 גלובל ק.א. ניהול השקעות וייצור פיננסי בינלאומי בע"מ נ' חמישה יוד תכשיטים תעשיות מתכות יקרות בע"מ, לעיל הערה 110. שם כתב השופט: "אין צורך בהות מוחלטת בין חברי הקבוצה לצורך הגשת תובענה ייצוגית. די בכך ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט משותפות לקבוצה בכדי להביא בג"ר התובענה הייצוגית." (ההדגשה במקור). ראו גם בש"א (ת"א) 36381/94 יינון נ' כץ, דינים מחוזי לב(8) 666, שם אישר בית-המשפט צירוף של תובע נוסף למרות ההבדלים בין התובעים, "שכן אין דרישה שכל השאלות של עובדה ומשפט צריכות להיות משותפות." (ההדגשה במקור). בכל ארבעת פסקי-הדין שצויינו בהערות 183-185 התקבלו בקשות התובעים בתובענות הייצוגיות.

186 תקנה 23(b)(3) האמריקאית משתמשת בנוסח דומה: "questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members." הדרישה ל-predominance פירושה עדיפות לנושאים משותפים, אך בהחלט לא זהות של הסעד או הפיצוי. לדיון בנושא במשפט האמריקאי ראו לוטן ורוז, לעיל הערה 110, בעמ' 149-153. לסיכום הגישות בנושא ראו גם: Klonoff, *supra* note 23, at pp. 70-76. להתייחסות ספציפית לשוני בגובה הנזק בתובענות ייצוגיות צריכיות, ראו: Rosmarin and Edelman, *supra* note 23, at pp. 67-69, כולל רשימות מקיפות של פזיקה.

187 ראו, לדוגמה, פסק-דין אחרק נ' ההברה האמריקנית לגז, לעיל הערה 5; פסק-דין קדם נ' בוק, לעיל הערה 78, וטקסט ליד הערות 90-92; ת"א (ת"א) 916/96 ברזני נ' בוק (לא פורסם). ראו גם ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק, לעיל הערה 19, שם נידונה השאלה של סעד הצהרתי בתביעות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. אך ראו גם ת"א (חי') 1483/00 מהרשק נ' חסך קופת חסכון, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2002 (1) 2085, שהבחנה בין סעד הצהרתי לסעד כספי אינה חרי-משמעית תמיד.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

פסק-דין הצהרתי, תתעורר השאלה כיצד הוא יבוצע. האם נצפה מכל צרכן שיגיש תביעה ויזכיר באופן אישי את הנזק שנגרם לו? דרישה כזו תסבך את בתי-המשפט בריכוז תביעות, או לחלופין, תחסום את הדרך למימושן של זכויות התובעים. התועלת שבאישור התובענה הייצוגית תצטמצם מאוד. ייתכן שבעקבות האישור תושג פשרה, אולם פשרה היא רק אחת האופציות לסיום תובענה ייצוגית. הידיעה שלא יהיה ניתן לממש את התובענה כדרך ממשית תפגע מאוד בפשרה שתושג. המקרה הבא יבהיר נקודה זו.

בפסק הדין *קדם נ' בזק*¹⁸⁸ אושרה התובענה הייצוגית. התשתית העובדתית נסבה על פרסומה של בזק כי זול יותר להתקשר בטלפון קווי מאשר בטלפון סלולרי. נטען וגם הוצגו ראיות שלא זה המצב לגבי ההתקשרות מטלפון קווי לטלפון סלולרי, שכן התקשרות מטלפון סלולרי לטלפון סלולרי באותה חברה זולה יותר. התובענה אושרה כתובענה ייצוגית הצהרתית. גם אם נניח שהיו ממשיכים במשפט עד למתן פסק-דין סופי, היו נותרים עדיין הקשיים של קביעת פיצוי לכל אחד מהצרכנים. ראשית, לפי הלכת *ברזני נ' בזק*,¹⁸⁹ יש להוכיח כי הצרכן ראה את המודעה, הסתמך עליה, ועקב כך שינה את התנהגותו. כיצד ניתן לעשות זאת כאשר מדובר בציבור של מאות אלפי לקוחות? שנית, כיצד ניתן להוכיח כמה שיחות נעשו מטלפון קווי לטלפון סלולרי בעקבות הפרסומת, ושאלמלא היא, הן היו נעשות מטלפון סלולרי? חישוב הפיצוי במקרה כזה בלתי-אפשרי כמעט. קשה להניח שיימצאו צרכנים רבים שייזמו תביעות אישיות. הסיכוי להוכחתן קלוש אף יותר. אין פלא שלמרות אישור התובענה במקרה של *קדם נ' בזק*, היא הסתיימה בעקבות הליך פישור בקול ענות חלושה וללא תשלום של ממש לצרכנים או לתובעים.¹⁹⁰

לאחרונה ניתנו כמה החלטות בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן שאישור תובענות ייצוגיות כספיות אף-על-פי שלא היתה אחידות בסכומי התביעה של חברי הקבוצה. במקרה אחד¹⁹¹ שונתה ההחלטה המקורית, שלפיה אושרה התובענה כייצוגית הצהרתית בלבד, לתובענה ייצוגית כספית מכוח חוק הגנת הצרכן. במקרה אחר¹⁹² אישר בית-המשפט המחוזי תובענה ייצוגית כספית מכוח חוק הגנת הצרכן בנימוק שעצם קיומו של מרכיב אישי אין בו כדי לחייב את המסקנה שהתובענה הייצוגית אינה הדרך המתאימה להכרעה במחלוקת. חוק הגנת הצרכן והתקנות שהותקנו מכוחו בעניין הליך התובענה הייצוגית מכירים באפשרות ששאלת הנזק תחברר בנפרד ובאופן פרטני. בהחלטות אלה, שניתנו במהלך שנת 2002, יש התקדמות של ממש לעומת הפרשנות שרווחה בנושא בשנות התשעים. יחד עם זאת, עשויים להתגלות קשיים של ממש כאשר ינסו הצרכנים לממש את תביעותיהם האישיות, ובמיוחד כאשר מדובר בזק אישי קטן לכל אחד מהצרכנים.

188 לעיל הערה 78.

189 לעיל הערה 19.

190 ראו לעיל טקסט ליד הערות 98-99.

191 ראו בש"א (נצ') 2083/98, עיטל זילברשלאג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2002 (3) 1818. השופט ממן קבע בפסקה 48 "כי התובענה ראויה להתברר על דרך תובענה ייצוגית בעילה של הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן... הסעד המבוקש יהיה סעד כספי". בכך שונתה ההחלטה המקורית להכיר בתובענה רק כו. בענה ייצוגית הצהרתית. נותרו עדיין שאלות רבות שיש להתגבר עליהן (שם, בפסקה 48), וזאת עוד לוי ההכרעה לגופו של עניין.

192 ת"א (ת"א) 382/96, בש"א (ת"א) 2451/01 לנגבדי, נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 166, בפסקה 49.

סיני דויטש

יש לחשוב על פתרון מקורי¹⁹³ שיאפשר הכרה ומימוש של תובענות ייצוגיות המתייחסות לקבוצות גדולות של צרכנים גם במקרים שיש בהם הבדלים בין נפגע לנפגע לפי הדין האזרחי הרגיל הקיים. החלת כללי הופיצויים של דיני החוזים והנזיקין על חוק הגנת הצרכן עלולה למנוע במקרים רבים את אישור התובענות הייצוגיות ואת מימושן.¹⁹⁴ קושי נוסף קיים במקרים שבהם הנוק שנגרם לכל צרכן קטן עד כדי כך שהעלות של חלוקת הפיצוי לצרכנים עשויה להיות גדולה מהפיצוי. במקרה כזה לא ניתן אישור לתובענה ייצוגית הצהרתית, שכן ברור שבסופו של ההליך יהיה הביצוע בלתי־אפשרי. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק־דין *בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות*.¹⁹⁵ במקרה זה נדרשו נוסעים ברכבת ישראל לשלם תוספת בגין מקום שמור ברכבת כאשר חזרו מחיפה לתל־אביב. הנוסעים לא הזמינו ואף לא קיבלו מקום שמור. בית־המשפט קבע שיש מקום לטענה שהדרישה לשלם בעד מקום שמור כאשר הצרכנים לא דרשו ולא קיבלו מקום שמור היא הטעיה צרכנית לכאורה. הבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית נדחתה, מכיוון שהפיצוי על כל נסיעה של צרכן הוא בגובה שני שקלים. גם אם יזכו הצרכנים בתביעתם, אין דרך יעילה לאיתור הצרכנים שנפגעו ולחלוקת הכסף, ולכן אין טעם בקיום ההליך. תוצאה זו פוגעת ברוח החוק ובונדליטו וקשה לציבור הצרכנים. בקבלת החלטות בנושא התובענה הייצוגית יש לדאוג לאינטרס הציבור, ולא רק לאינטרס הפרט. יש מקרים שבהם כל אחד מהצרכנים הוטעה בסכום זעום, והרווח של העוסק נובע מכך שהוא מטעה ציבור גדול המונה עשרות אלפים ואף מאות אלפים צרכנים. מניעת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית במקרים אלה פירושה עידוד עוסקים לא־הוגנים להמשיך להטעות את הציבור. הצורך המקורי בהוספת ההליך של תובענות ייצוגיות נובע מכך שבמשך שנים רבות לא יושם חוק הגנת הצרכן מפני שהפגיעה בכל צרכן היתה בסכום כסף קטן. אין לאפשר את המשך המצב הזה לאחר שהוסיפו את הסעד של תובענה ייצוגית. אין לכחד שקיים קושי בחלוקת סכומי כסף קטנים למספר גדול של צרכנים שנפגעו ושקשה לאתרם. יש למצוא לכך פתרון,¹⁹⁶ אך לא בדרך של חסימת האפשרות לתובענה ייצוגית.¹⁹⁷

193 לדיון מקיף בתוצאות הקשות של הזולת כל כללי המשפט האזרחי על דיני הגנת הצרכן ראו דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות", לעיל הערה 17.

194 ראו לעיל הערה 180 כיצד פתר בית־המשפט בעיה זו בפסק־דין *מול נ' דיסקברי*, לעיל הערה 15.

195 לעיל הערה 107.

196 אחד הפתרונות שנמצאו במשפט האמריקאי למקרה של קושי באיתור מספר רב של צרכנים, כאשר לכל צרכן נגרם נזק קטן בלבד, הוא פסק־דין המחייב להוריד את מחירי המוצרים או השירותים של הנתבע בסכום מסוים ולמשך זמן מסוים עד שסך ההנחה ישתווה לסך הפיצוי הכולל שהנתבע חייב לקבוצה. שיטת פיצוי זו מכונה "fluid recovery". פסק־הדין המוביל בגישה זו הוא: *Dear V. Yellow Cab* (1967) 63 Cal. Rptr. 724, 67 Cal. 2d 695, 433 P. 2d 732. גישה זו אינה נקיה מספקות ומביקורת. היא נדחתה בפסק־דין אמריקאיים אחרים וכן נמתחה עליהם ביקורת בספרות המשפטית. לסיכום קצר של נושא זה ראו לוטן ורו *תובענות ייצוגיות*, לעיל הערה 110, בעמ' 347-348.

197 פרשייה זו לא הסתיימה בפסק־הדין של בית־המשפט המחוזי. התובע הגיש ערעור לבית־המשפט העליון, ע"א 6983/99 *בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות* (לא פורסם) (29.3.00). באתר www.court.gov.il. בפסק־הדין הקני דיווח כי הצדדים הגיעו לפשרה בעקבות הליך פישור. פרטי הפשרה לא פורסמו. בארכיון אתר האינטרנט של *גלובס* www.globes.co.il אותרה כתבתה של אורלי פלג-מורחיי מיום 15.5.00, שם דווח כי בהסכם הפשרה הוחלט שרשות הרכבות תפעיל שש פעמים

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

קושי זה עשוי לבוא על פתרונו אם יאומץ הנוסח הקיים בחוקים אחרים הדנים בתובענות ייצוגיות.¹⁹⁸ חוקים אלה מסמיכים את בית-המשפט, במקרים שלא ניתן לבצע את התשלום לחברי הקבוצה בעלות סבירה, "להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה כולה או מקצתה או לטובת הציבור, כפי שיימצא לנכון בנסיבות העניין".¹⁹⁹

הוראות אלה מופיעות בסעיף 16ט(2) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, בסעיף 46ט(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ובסעיף 62ט(2) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981. הפרקים הדנים בתובענות ייצוגיות בחוקים אלה נחקקו בשנים 1996 ו-1997,²⁰⁰ כשנתיים לאחר הוספת הפרק בחוק הגנת הצרכן, בשנת 1994. עתה השעה כשרה להתאים את ההוראות של חוק הגנת הצרכן בעניין זה לתיקונים המאוחרים יותר, בין השאר גם לאור הניסיון שהצטבר.

בסעיף 216ב(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, יש הוראה רחבה פחות, אך גם בה יש משום פתרון מסוים לבעיה שהוצגה. הסעיף קובע: "פסק בית-המשפט סכום כולל של פיצוי כספי בתובענה, רשאי הוא לתת הוראות לגבי השימוש ביתרה שתיוותר אם חלק מחברי הקבוצה לא טרחו להוכיח את זכותם לסעד." סעיף זה כולל שני חידושים: ראשית, סמכות לפיצוי של "סכום כולל", דהיינו, במקרים שקשה להוכיח בהם מהו הנזק המדויק שנגרם לכל נפגע יוכל בית-המשפט לפסוק "סכום כולל של פיצוי כספי". שנית, סמכות לתת הוראות שימוש לחלוקת עורפי כספים למי שלא הוכיח את זכותו לסעד.

ברור מכל מקום כי סמכויות בית-המשפט בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן הן המצומצמות ביותר. האחדת החקיקה בנושא התובענות הייצוגיות תוכל, כשלעצמה, לפתור חלק מהבעיות שהוצגו, אם כי לא את כולן. יש לשקוד על גיבושם של פתרונות מקוריים שיהפכו את התובענות הייצוגיות להליך משמעותי במקרים שבית-המשפט ישוכנע שאכן

בשנה, במשך שלוש שנים, רכבת לשימוש של נזקקים שיהיו פטורים מתשלום דמי-נסיעה. כמו-כן תישא רשות הנמלים והרכבות בשכר-הטרחת של עורך-הדין בולדו בסך \$5,000. לא ידוע אם ההסדר בוצע. התוצאה הסופית היתה איפוא מוצלחת יותר מזו של בית-המשפט המחוזי. יחד עם זאת, אין זו פשרה משמעותית לטובת הצרכנים, הן בשל ההטבה הזעומה והבלתי-ברורה כלפי הצרכנים והן בשל התשלום המועט לעורך-הדין שטרם במשך שנים בהכנתה וכיצועה. עם זאת יש בתוצאה זו התקדמות לעומת פסק-הדין הבעייתי של בית-המשפט המחוזי.

198 הצעה דומה נידונה בת"א (ת"א) 1586/00 אלדגנט נ' מפעל הפיס, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2000 (3) 5937, בפסקות 8 ו-9. השופט קלינג רחה את ההצעה מכמה סיבות: ראשית, אין הוראה בחוק המאפשרת העברת כספים לקרן פיצויים או לגוף הפועל לטובת הציבור, דוגמת ההוראות בחוקים אחרים הדנים בתובענות ייצוגיות. שנית, גם אם יש הצדקה להעברת כספים לקרן לטובת הקבוצה הנפגעת, אין מקום להעביר אותם לטובת כלל הציבור. שלישית, כאשר הנתבע הוא גוף ציבורי (מפעל הפיס), ולא מפעל פרטי, מה טעם בהעברת כספים ממנו לטובת הציבור, הרי כל המוסד פועל לטובת הציבור, וראו להלן הערה 273.

199 אף-על-פי שהוראה כזו אינה קיימת בחוק הגנת הצרכן, היא יושמה הלכה למעשה במסגרת הסכם פשרה בתובענה שהוגשה גם מכוח חוק הגנת הצרכן. ראו לעיל הערה 104, שם הועברו 420,000 ש"ח לאגודה למלחמה בסרטן בגין אותם חברי קבוצה שלא ניתן לאתרם. ראוי לציין שזמן האוויר שניתן חינם לכל אחד מהלקוחות היה זהה לכל הלקוחות, מבלי לבדוק מהו הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מהם.

200 הפרקים בנושא תובענות ייצוגיות בחוק ההגבלים העסקיים ובחוק הבנקאות (שירות ללקוח) הוספו בחוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996, ס"ח 305. הפרק בנושא תובענות ייצוגיות בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח הוסף בתיקון התשנ"ו (מס' 3), ס"ח 212.

סיני דויטש

קיימת עילה. עד לתיקון החוק, יש מקום לשקול אם בית-המשפט אינו מוסמך – מכוח סמכותו הכללית בסעיף 75 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984,²⁰¹ להורות על כל "סעד אחר" – להורות על העברת כספי הפיצויים לטובת הקבוצה כולה או לטובת הציבור. ההסתמכות על סעיף 75 ליצירת סעדים חדשים הינה בעייתית, אף שנקבעו בנושא, בפסיקת בית-המשפט העליון,²⁰² הלכות המעניקות סמכויות רחבות ביותר לבתי-המשפט. נוסף על כך יש מקום לטענה שניתן להגיע לתוצאה זו בדרך של היקש בין חוק הגנת הצרכן לבין הפרקים החדשים יותר הדנים בתובענות ייצוגיות, וזאת על-יסוד חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980,²⁰³ הקובע מפורשות את מידת ההיקש כדרך להשלמת חוקים שיש בהם חסר. מאחר שסמכויות בית-המשפט בנושא תובענות ייצוגיות הורחבו בתיקוני חוק מאוחרים יותר,²⁰⁴ יש מקום להקיש מסמכויות אלה גם בחוק הגנת הצרכן.

בעניין *תנובה נ' דאבי* (19.5.03) פסקה השופטת מ' נאור שניתן לפסוק פיצויים לטובת הציבור גם בתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן, שכן אין לפרש את שתיקת המחוקק בנושא זה כהסדר שלילי, וכי ניתן להגיע לתוצאה זו גם מכוח סעיף 75 לחוק בתי-המשפט. תוצאה זו רצויה משיקולים של מדיניות שיפוטית.²⁰⁵ פסק-דינה של השופטת נאור בנושא זה אינו דעת הרוב מאחר שהמשנה לנשיא ש' לרין, שהסכים לפסק-דינה, העדיף להשאיר שאלה זו בצריך-עיון. נראה לי שיש לאמץ את עמדתה של השופטת נאור מהנימוקים שצויינו וכן מהנימוק הבא.

בית-המשפט לא חשש להוסיף לרוק הגנת הצרכן את הסייג של "סיכויי הצלחה סבירים לתביעה" אף שהוא הושמט מהחוק במפורש. בתי-המשפט הוסיפו סייג זה אף שההשמטה נעשתה במתכוון, ולא באקראי, מאחר שסברו שסייג זה חשוב ומועיל. מדוע לא ינקטו בתי-המשפט בדרך דומה של פרשנות תכליתית כדי לאפשר מימוש תובענות ייצוגיות צרכניות? אם לא ישתמשו בתי-המשפט בסמכותם להרחיב את הסעדים מכוח סעיף 75 לחוק

201 ס"ח 198.

202 ראו, לדוגמה, ע"א 447/92 *רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן*, פ"ד מט(2) 102, בפסקה 7, שם כתב בית-המשפט: "בגידרו של סעיף זה (סעיף 75), רשאי בית-המשפט ליתן... כל סעד אחר, כפי שיראה לנכון בנסיבות העניין ואין המדובר ברשימה סגורה של סעדים... הסמכות האמורה טומנת בחובה לא רק את האפשרות לסלול דרך לסעדים חדשים, אלא גם את שיקול הדעת בנוגע לאופן הפעלתם. פריסה רחבה של שיקול הדעת בהפעלת סעדים יורדת לשורשה של שיטתנו המשפטית בכך, שהיא מקנה לבית-המשפט את הסמכות להתאים לכל מקרה שלפניו את הפתרון המשפטי הראוי ביותר בנסיבות העניין." ראו גם פסק-דינו של השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 *רוקד נ' סלומון*, פ"ד נה(1) 199, 268, על האפשרות להסתמך על סעיף 75 לחוק בתי-המשפט. במאי 2003 פסקה השופטת מ' נאור בפסק-דין *תנובה נ' דאבי*, לעיל הערות 89 ו-90 (בפסקות 15-20), שסעיף 75 עשוי לשמש בסיס לסעד לטובת הקבוצה גם בתובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. עדיין אין זו דעת הרוב.

203 ס"ח 163.

204 ניתן לטעון לכאורה כי העובדה שסמכויות מופיעות בחוק אחד ואינן מופיעות בחוק אחר פירושה הסדר שלילי. טיעון זה רלוונטי, לדעתי, במקרה שההוראות המופיעות בחוק המוקדם אינן מופיעות בחוק המאוחר יותר. אולם נאחר שההוראות הרלוונטיות בחוק ההגבלים העסקיים ובחוק הבנקאות (שירות ללקוח) נחקקו בשנת 1996, בעוד שההוראות בנושא תובענות ייצוגיות בחוק הגנת הצרכן נחקקו בשנת 1994, ניתן לראות בהיעדר ההתייחסות להוראות אלה השמטה שניתן לתקנה באמצעות מידת ההיקש.

205 ראו לעיל הערה 89, בפסקות 15-20.

בתי-המשפט או בדרך של היקש, יהיה צורך לתקן את חוק הגנת הצרכן ולהתאימו לנוסח הקיים בחוקים אחרים הדנים בתובענות ייצוגיות. הוראות דוגמת אלה שבחוקים אחרים יעשו את פסק-הדין הסופי בתובענות צרכניות לאפשרות ממשית וריאלית. ללא מאמץ פרשני וחקיקתי ראוי, יישארו הקשיים ביישום ההליך של תובענה ייצוגית צרכנית בעינם.

1. ייחוד עילה: הגבלת תובענות ייצוגיות צרכניות לעילות של חוק הגנת הצרכן בלבד

1. הבעיות הנובעות מהתנאי של "ייחוד עילה" הגבלת תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן לעילותיו של החוק בלבד היא המגבלה הקשה ביותר על האפשרות לאשר תובענה ייצוגית צרכנית. רוב הסייגים האחרים לאישור תובענה כזו, כגון גודל קבוצה, דרישת חום-הלב, היות התובע צרכן ועוד, נועדו לנפות הליכים שאינם בעלי אופי צרכני-ייצוגי. לעומתם, המטרה היחידה של תנאי ייחוד העילה לעילות של חוק הגנת הצרכן היא להגביל את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות גם בסכסוכים צרכניים מובהקים; מטרה שאכן הושגה בהצלחה רבה גם במקרים שבהם סבר בית-המשפט שנגרם עוול לצרכנים. בפרק זה נראה כיצד מגבלה זו פוסלת מראש תובענות ייצוגיות צרכניות גם כאשר בית-המשפט סבור שאכן היתה פגיעה בצרכנים.

סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן קובע: "צרכן... רשאי לתבוע... בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו." (ההדגשה שלי – ס' ד.). ניתן להגיש תובענה ייצוגית רק בעילות המופיעות בחוק הגנת הצרכן. הגבלה זו אינה מיוחדת לחוק הגנת הצרכן, והיא קיימת ברוב החוקים הדנים בתובענות ייצוגיות.²⁰⁶

נראה לי שיש להבחין בין חוקים אחרים המגבילים את התביעה לעילותיו של החוק הרלוונטי לבין חוק הגנת הצרכן. שתי דוגמות יבהירו טיעון זה. המגבלה של ייחוד עילה בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, הגיונה בצידה, שכן החוק בא לרונ בתופעה של הגבלים עסקיים, ולא בנושא אחר כלשהו. הוא הדין לגבי הוראה זו בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, שתכליתו ברורה. לעומתם, עיקר תכליתו של חוק הגנת הצרכן הוא הגנה על הצרכן בשל חוסר השוויון המקצועי והכלכלי בינו לבין העוסק. קשה להצדיק את הגבלת האפשרות להשגת סעד לעילותיו של החוק בלבד. אין מחלוקת שחוק הגנת הצרכן מסדיר רק חלק מזכויותיו של הצרכן, בעיקר אלה שאינן מוסדרות כל צורךן בחוקים אחרים.²⁰⁷ עוד מוסכם שיש הצדקה להגנה נוספת על הצרכן הבייתי לעומת הרוכש

206 ראו סעיף 46א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, המגביל את התובענה לעילה "על פי חוק זה", והוא הדין בסעיף 16א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; בסעיף 11(א) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; ובסעיף 62א(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981.

207 לדיון ראשוני על המגבלות של חוק הגנת הצרכן ועל כך שאין הוא דן בנושאים רבים המוסדרים עדיין בחוקי החוזים הכלליים בכלל ובחוק המכר בפרט, ראו ס' דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והדהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט (תש"ן) 493, 512-513. לדיון כללי על גבולות התחולה של חוק הגנת הצרכן ראודיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 187-246.

המסחרי.²⁰⁸ הניסיון מלמד שלא ניתן לממש את זכויות הצרכן באופן משמעותי ללא הכלי החשוב של תובענה ייצוגית, וזאת בשל העלויות המרובות הכרוכות במימוש הזכויות מול התועלת הקטנה יחסית לכל צרכן בודד. מהו איפוא הטעם להגביל הליך זה לעילות ולסעדים של חוק הגנת הצרכן בלבד?

ההצעה לבטל את ההגבלה של ייחוד עילה בחוק הגנת הצרכן לא יהיה בה משום חידוש מהפכני בנושא של תובענות ייצוגיות. בסעיף 207(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, נקבע מפורשות כי "מי שלו עילה על פי כל דיני הנובעת מזיקה לנייר ערך, רשאי לתבוע (בתובענה ייצוגית) באישור בית-המשפט." (ההדגשה והסוגרים הוספו – ס' ד'). נראה לי כי מאותן סיבות שלא הגבילו את התובענה הייצוגית בתחום נירות-ערך אין להגביל את העילות והסעדים של הצרכן לעילותיו של חוק הגנת הצרכן בלבד.²⁰⁹

מתוך הוראת הנושא של הגנת הצרכן במשך למעלה מעשרים וחמש שנה כפקולטות ובכתי-ספר למשפטים, וניסיון המשורר על יותר משבע-עשרה שנים כיועץ משפטי של הרשות להגנת הצרכן, עולה כי ריב הפגיעות בצרכנים נובעות מהפרת חוזה, כגון אי-התאמת בממכר, אי-עמידה בלוח-זמנים ומוצרים ושירותים פגומים. אחוז המקרים שבהם יצרו תלונות צרכנים עילה מכוח חוק הגנת הצרכן מתמצה בכ-10% מהמקרים לכל היותר. לרוב התלונות היו סעדים בדיני החוזים הכלליים, בדיני עשיית עושר ובדיני נזיקין. הגבלת התובענה הייצוגית הצרכנית לעילות של חוק הגנת הצרכן היא צמצום שפוגע קשה ביכולת להגן על זכויותיו של הצרכן בדרך של תובענה ייצוגית.

מסיבה זו עברו בשנים האחרונות להסתמך יותר ויותר על תובענות ייצוגיות המוגשות על-בסיס תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי, במקום על-בסיס חוק הגנת הצרכן.²¹⁰ אם קווי המתאר של תובענה ייצוגית צרכנית יישארו מצומצמים ביותר, יעברו יותר ויותר תובענות ייצוגיות להסתמך על תקנה 29, דבר שיהפוך את הפרק בדבר תובענה ייצוגית בחוק הגנת

208 ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 270-276, שם הוסברה ההצדקה להגדרה הצרה של המונח "צרכן" בחוק הגנת הצרכן, וכן הסיבה להבחנה בעניין זה בין חוק הגנת הצרכן לבין חוקים צרכניים אחרים. חוק הגנת הצרכן מוגבל לצרכן הביחתי בלבד. יתר החוקים הצרכניים דנים בצרכן במובן הרחב. להבחנה בין השניים ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 176-186.

209 הערות אלה רלוונטיות גם לפרקיו של תובענה ייצוגית בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ובחוק הפיקוח על עוקי ביטוח, התשמ"א-1981. שני חוקים אלה הם חוקים להגנת הצרכן בענפי הבנקאות והביטוח. בשל השוני בגופים המפקחים ובמשרדים הממונים על תחומים אלה, הוחלט בזמנו להוציא את שירותי הבנקאות ואת שירות הביטוח מחוק הגנת הצרכן בסעיף 39 לחוק הגנת הצרכן. לשם הגנת ענייניהם של לקוחות הבנקים וחברות הביטוח, נחקקו במקביל לחוק הגנת הצרכן ובאותה שנה (1981) חוק הבנקאות וחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. בשנות התשעים נחקקו בשלושת החוקים פרקים שהוסיפו את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות. אותם שיקולים המצדיקים את הרחבת העילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית להשגת המטרה של הגנת הצרכן מצדיקים גם את הרחבת העילות בשני החוקים האחרים, שהינם חוקי הגנת הצרכן הבנקאי והביטוחי. נראה לי כי ראוי להגביל את האפשרות לתובענה ייצוגית בענפי הבנקאות והביטוח ללקוחות אישיים וכייתיים בלבד. הגבלה זו מופיעה במפורש בסעיף 31(2) לחוק הגנת הצרכן. במאמר זה נחרכו בחוק הגנת הצרכן. ניתן להחיל הצעה זו בשנייהם המחויבים ובהתאמה גם לתחום הבנקאות והביטוח.

210 ראו לעיל בפרק ג אחרי הטבלה, טקסט לתי הערה 74.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

הצרכן למיותר למדי. ואם לא די בכך, הרי שהשימוש בתקנה 29 כבסיס לתובענות ייצוגיות²¹¹ אינו נקי מספקות, והצרכן עלול למצוא עצמו קירח מכאן ומכאן. ב-2.4.03 החליט בית-המשפט העליון ברוב דעות בעניין א.ש.ת.²¹² שתקנה 29 אינה בסיס ראוי לתובענה ייצוגית. בתוך כשבוע, ב-10.4.03, כבר הסתמך בית-המשפט המחוזי²¹³ בתל-אביב על החלטה זו ודחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית מכוח תקנה 29 מאחר שאינה בסיס ראוי לתובענה ייצוגית. שיווי המשקל בכפות המאזניים ביחס שבין חוק הגנת הצרכן לבין תקנה 29 השתנה. אם בשנים האחרונות היתה הנטייה יותר לכיוון תקנה 29 לנוכח הלכת א.ש.ת., חזר מרכז הכובד לחוק הגנת הצרכן.

כל עוד אין בישראל חוק תובענות ייצוגיות כללי, אין מנוס מלשפר את הפרקים המסדירים את מכשיר התובענות הייצוגיות בחוקים השונים, תוך האחדת ההסדרים במידת האפשר בכל המקרים שאין בהם הצדקה עניינית להבחנה. יש לאפשר אישור תובענות ייצוגיות בנסיבות המצדיקות תובענות כאלה, כך שסעד זה יעשה סעד ריאלי, ולא רק סעד וירטואלי המסתיים כמעט בכל מקרה בדחיית התביעה, אם בשלב הבקשה ואם במועד מאוחר יותר, בערעור או בפשרה לא-משמעותית.²¹⁴

אין הצדקה לתנאים מקדימים לאישור תובענות ייצוגיות שכל מטרתם היא צמצום האפשרות לתבוע. זכות הגישה לערכאות היא זכות-יסוד, ומגיעתה תיחשב לפגיעה בתקנת-הציבור.²¹⁵ גם אם יש מקום להשאיר את המגבלה הפרסונלית של צרכן ביתי, שכן יש סיבות המצדיקות מתן הגנה נוספת לצרכן הביתי,²¹⁶ יש לבטל את ההגבלה של ייחוד עילה לעילות חוק הגנת הצרכן בלבד. מימוש הצעה כזו ידרוש תיקון של חוק הגנת הצרכן. תיקון כזה, יחד עם תיקוני חקיקה שיידונו להלן בפרק ת, עשויים לתרום תרומה לא-מבוטלת להפיכת ההליך של תובענה ייצוגית צרכנית לסעד מהותי יותר.

עד לתיקון כזה יהיה ניתן להתגבר על חלק מהקשיים בדרך של פרשנות תכליתית להוראות הקיימות בחוק הגנת הצרכן.²¹⁷ פרשנות בלבד לא תפתור את כל הקשיים, אך יהיה בה כדי לצמצם את מספר המקרים שבהם בקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות נדמות

211 ראו לעיל בפרק ב, טקסט ליד הערות 46-63.

212 ראו לעיל דיון בהתפתחות זו בטקסט ובהערות 42, 47, 63 ו-75.

213 בפסק-דין *אמק*, לעיל הערה 5. התובענה לא נדחתה לגופה מאחר שאושרה כתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. על השתלשלות העניינים המעניינת במקרה זה ראו לעיל טקסט ליד הערות 94-96 ולהלן הערות 240-242.

214 ראו לעיל בפרק ג, הטבלה, טקסט ליד הערות 85-104.

215 ראו ע"א 3833/93 *לויק נ' לויק*, פ"ד מח(2) 862. יש הסבורים שזו אפילו זכות חוקתית. ראו "רבין זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט (2000) 76.

216 יש מקום להרחיב חלק מן ההוראות של חוק הגנת הצרכן, כך שהחוק יחול גם על רוכשים שאינם צרכנים ביתיים. ראו *דיני הגנת הצרכן*, לעיל הערה 1, בעמ' 276-279. בחוק הגנת הצרכן הביע המחוקק במפורש את כוונתו שגם אם יש להרחיב חלק מהוראותיו לעוסקים, אין לכלול בהן את הזכות לתובענה ייצוגית. ראו סעיפים 31(א) ו-2(א) לחוק הגנת הצרכן.

217 על הגישה המיוחדת לפרשנות חוזים צרכניים ראו *דיני הגנת הצרכן*, שם, בעמ' 431-442; וראו א' זמיר *פירוש והשלמה של חוזים* (תשנ"ו) 53-56, 107-113, המציע להפעיל טכניקות פירוש שונות לחוזים צרכניים, כולל פרשנות מגמתית. לדעתי, הוא הדין לגבי פרשנות של חקיקה צרכנית, וזו אחת התוצאות של הכרה בדיני הגנת הצרכן כבענף משפטי נפרד.

מנימוקים פורמליים מבלי לברוק את השאלה העיקרית: האם המקרה ראוי להתברר בדרך של תובענה ייצוגית?

2. השפעת הפרשנות של החקיקה האזרחית על חוק הגנת הצרכן
 עיקר הקושי בייחוד עילה לעילותיו של חוק הגנת הצרכן הוא בכך שכמעט כל עילותיו מתייחסות, לפי הפרשנות המקובלת, לשלב של המשא-ומתן וכריתת החוזה, ולא לשלב של תוכן ההסכם וביצועו. העילה ששימשה בסיס לרוב המכריע של הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות היתה עילת הטעיה, מכוח סעיף 2 לחוק. עיון בהוראות של חוק הגנת הצרכן מלמד שרוב הוראותיו המהותיות, בפרקים ב, ג ו-ד, דנות בהטעיה ובחובות גילוי.²¹⁸ אין חידוש בעצם ההוראה האוסרת על הטעיה והמעניקה לנפגע בגין הטעיה סעדים אזרחיים שונים. סעיף 15 לחוק החזים הכללי קובע סעד של ביטול בגין הטעיה, וסעיף 35 לפקודת הנזיקין, כפי שהוא פורש בפסיקה, כולל סעד של פיצוי בגין מצג-שוא רשלני.²¹⁹ אין איפוא חידוש של ממש בסעדי האזרחיים של חוק הגנת הצרכן, הכוללים פיצויים (סעיף 31 לחוק) וביטול (סעיף 32 לחוק).

בחינת ההוראות של חוק הגנת הצרכן בנושא הטעיה מלמדת על הבדלים רבים בין לבין הוראות החקיקה האזרחית הכללית, כפי שכבר עמדתי על כך במקום אחר.²²⁰ אולם נסיון היישום של חוק הגנת הצרכן במשך יותר מעשרים שנה מוכיח כי להבדלים שצוינו אין משמעות מעשית רבה. עד לחקיקת הפרק בדבר תובענות ייצוגיות היה חוק הגנת הצרכן לא הרכה יותר מאשר חוק סימבולי. עם חקיקת הפרק על תובענות ייצוגיות צרכניות נהפך החוק לבן-בית כתי-המשפט. אולם התברר שהחלת כללי המשפט האזרחי במלואם, כפי שפורשו בפסיקה, על חוק הגנת הצרכן תהפוך את התובענות הייצוגיות מכוח החוק לבלתי-אפשריות כמעט.

שתי המגבלות הקשות ביותר ביישום הסעד של הטעיה צרכנית בדרך של תובענה ייצוגית הן: (1) גבולות הטעיה הצרכנית; (2) מגבלות בקבלת סעד כספי בגין הטעיה.

(1) הטעיה צרכנית מוגבלת לשלב הטרם חוזי בלבד: הפרשנות המקובלת בפסיקה בתי-המשפט המחוזיים בישראל היא שהטעיה צרכנית, בדומה להטעיה מכוח סעיף 15 לחוק החזים (חלק כללי), מוגבלת לשלב הטרם-חוזי בלבד.²²¹ מכאן שהתחייבויות כוזבות של

218 פרקים ב, ג ו-ד קובעים את עיקר זכויותיו של הצרכן בחוק הגנת הצרכן והם הבסיס לסעד הפיצויים בסעיף 31 לחוק. פרק ב דן בהטעיה (סעיפים 2, 6 ו-7), בחובות גילוי (סעיפים 4, 4 ו-5) ובאיסור על ניצול מצוקתו של הצרכן (סעיף 3). פרק ג דן בחובות גילוי (סעיפים 9, 15 ו-16) ובהטעיה (סעיף 11). פרק ד עוסק כולו בחובות גילוי בדרך של סימון (סעיף 17). בפרק ג יש גם הוראות מספר הדנות בחוכן החוזה (סעיפים 12, 13, 14, 14 א"ג). התשובות שבהן הוספו לחקיקה בסוף שנות התשעים. ההוראות של חוק הגנת הצרכן דנות ברובן המכריע במשא-ומתן ובכריתת חוזה, ולא בחוכן החוזה.

219 ראו, לדוגמה, ע"א 86/76 עמידר נ' אהרן, פ"ד לב(2) 337; ע"א 783/83 קפלן נ' נובורוזק, פ"ד לח(3) 477; ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן, פ"ד לח(4) 421.

220 דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 373-385.

221 הפרשנות שלפיה עילת הטעיה בחוק הגנת הצרכן מתייחסת להבטחות בשלב הטרם-חוזי בלבד יש לה על מה שתסמוך. כפי שציינתי לעיל בהערה 218, הוראות של חוק הגנת הצרכן דנות ברובן המכריע במשא-ומתן ובכריתת חוזה, ולא בתוכן החוזה. טבעי שהנטייה היא לפרש את הוראות הטעיה

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

עוסקים המעוגנות בחוזה אינן עניין לתובענה ייצוגית צרכנית. כאשר עוסק מפר את הבטחתו לציבור צרכנים, הרי שאם אלה הבטחות טרום-חוזיות, יהיה ניתן לתובעו בתובענה ייצוגית, אולם אם ההבטחות חוזיות במהותן, דהיינו, בעלות סטטוס מחייב יותר, נוצר אבסורד שלפיו חוק הגנת הצרכן שוב אינו רלוונטי. המצב כיום, שבו הפרת התחייבויות חוזיות לציבור גדול של צרכנים אינה יכולה לשמש עילה לתובענה ייצוגית צרכנית גם כאשר הבקשה עומדת בשאר התנאים המחמירים של החוק, אומר דרשני וטעון תיקון.

הפרשנות שלפיה העילה של הטעיה צרכנית מוגבלת להבטחות בשלב הטרם-חוזי בלבד היא הסיבה העיקרית במקרים רבים לדחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. בעשרות פסקי-דין מחוזיים היתה סיבת הדחייה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית העוברת שהתביעה התייחסה לאי-קיום התחייבויות חוזיות, ולא לאי-קיום הבטחות טרום-חוזיות.²²² גישה זו מקובלת כמעט²²³ ללא עוררין בבתי-המשפט המחוזיים. לעומת זאת, בבית-המשפט העליון טרם נקבעה בנידון עמדה מפורשת וחד-משמעית. גם במקרים שבהם ביססו בתי-המשפט המחוזיים את דחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית על הנימוק שהחוק מוגבל לשלב הטרם-חוזי²²⁴ בלבד העדיף בית-המשפט העליון להשתית את החלטתו באותם

ממתייחסות לשלב הטרם-חוזי. כך משתמע גם מדברי המבוא להצעת חוק הגנת הצרכן, תש"מ-1980, ה"ח 302. אף שאין להם תוקף מחייב בפרשנות חקיקה, יש בהם כוון להעיד על הפרשנות המיוחסת של משרד המשפטים. כך גם פירש הוראה זו פרופסור בר נוב במאמרו, לעיל הערה 5, בעמ' 260-261. גישה זו אומצה בפסיקה במספר רב של פסקי-דין בבית-המשפט המחוזי, כולל פסקי-דין שבהם לא היתה פרשנות זו הסיבה לדחיית הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. כמה דוגמות: פסקי-דין בולדו נ' דשות הרכבות והגמלים, לעיל הערה 107, בפסקה 6, וזאת בהסתמך על פסיקה קודמת. ראו גם פסקי-דין עיטל זילברשגל נ' אל-על, לעיל הערה 50, בפסקה 16; פסקי-דין קדם נ' בזק, לעיל הערה 78.

222 להלן כמה דוגמות: (1) הרשות להגנת הצרכן נ' סופרגו, לעיל הערה 141, פסקה 3; (2) מאידסון נ' חברת החשמל, לעיל הערה 84, פסקות 4(ח), 6(ח) ו-7(ב); (3) שטיינברג נ' סלקום, לעיל הערה 54; (4) אפיק מלמד נ' סלקום, לעיל הערה 6 (פסקות 6 ו-7). בפסקי-דין זה, שצוטט בפסקי-דין רבים, קבע בית-המשפט כי מאחר שחוק הגנת הצרכן עוסק רק בשלב הטרם-חוזי, פעולה בניגוד לחוזה אינה בסיס לתובענה ייצוגית; (5) ת"א (ת"א) 216/96 גרפי נ' פלא-פון חקשורת בע"מ (לא פורסם) (10.2.97), שצוטט בהרחבה בפסקי-דין מאוחרים יותר; (6) שועלי נ' מינהל מקרקעי ישראל, לעיל הערה 164, פסקה 4; (7) גבעון נ' המרכז הרפואי, לעיל הערה 52, פסקה 11; (8) ת"א (ת"א) 388/96 יערי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) – נידונה בהרחבה ההבחנה בין חוק ניירות-ערך לבין חוק הגנת הצרכן, המוגבל לעילותיו בלבד, ולפיכך אינו מאפשר לתבוע בעילות חוזיות וניזקיות; (9) אלישע נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 60; (10) סוסינסקי נ' בזק, לעיל הערה 126; (11) קניאל נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 121, פסקה 21 – רשימה של פסקי-דין, וראו פסקה 24, שם נקבע כי מאחר שחביעת התובע הייצוגי היא בעשיית עושר, "לפיכך נסתם הגולל על תביעתם"; (12) בוקאי נ' מינהל מקרקעי ישראל, לעיל הערה 168; (13) ת"א (ת"א) 1566/99 אלדגנט נ' מפעל הפיס, לעיל הערה 198. רשימה זו חלקית בלבד.

223 ראו פסקי-דין סוסינסקי נ' בזק, לעיל הערה 126, שם קבעה השופטת פרוקציה כי מן הבחינה הטכנית, חוק הגנת הצרכן מוגבל לעילותיו, אך מצד אחר הציעה פרשנות מרחיבה שלפיה ניתן להחיל את העילות הצרכניות גם אם הן חורגות מההגדרה הצרה של עילות התביעה המוכרות על פי חוק הגנת הצרכן. השופטת השאירה שאלה זו בצריך-עיון. וראו גם קניאל נ' מדינת ישראל, שם, פסקה 21.

224 ראו פסקי-דין ארד נ' בזק, לעיל הערה 122, בפסקה 5, שם נקבע כי מאחר שעילת המשיבה אינה מעוגנת בשלב הטרם-חוזי, חוק הגנת הצרכן אינו חל. ראו גם פסקי-דין גרפי נ' פלאפון, לעיל הערה 222, שם נקבע כי אין לאשר תובענה ייצוגית כאשר התביעה אינה מתייחסת לשלב הטרם-חוזי.

מקרים על כך שלא הוכחה הטעיה²²⁵ בנסיבות העניין. בפסק-דין ארד נ' בזק²²⁶ קבעה השופטת טובה שטרסברג-כהן: "אין אני צריכה להידרש לשאלה, אם תחולת חוק הגנת הצרכן מוגבלת אך לשלב הטרום-זווי כפי שקבע בית-משפט קמא ואני משאירה אותה בצריך עיון."²²⁷ הערתה זו משתלבת באמרה שעליה חזרה פעמים מספר, כי אין דין ההטעיה לפי דיני חוזים כדין הטעיה לפי חיק הגנת הצרכן, שהינה רחבה יותר.²²⁸ שני השופטים האחרים שיסבו עמה לדין העויפו לא להכריע בשאלת פרשנותו של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.²²⁹ ללמדך ששאלות אלה טרם הוכרעו בפסיקת בית-המשפט העליון.

לדעתי, הגישה הפרשנית הנקוטת בבתי-המשפט המחוזיים אינה הכרחית ואינה מחויבת המציאות. בשנות האלפיים יש במשפט הישראלי יותר מעשרים חוקים צרכניים.²³⁰ חוק הגנת הצרכן הוא רק אחד מהם, אם כי מהחשובים שבהם. לנוכח השוני המהותי בין דיני החוזים הצרכניים לבין דיני החוזים הכלליים, יש להכיר בהם כבענף עצמאי של דיני החוזים.²³¹ הכרה זו אמורה לשמש בסיס להפעלת מדיניות חקיקתית ושיפוטית לדיני החוזים הצרכניים שתהיה שונה מזו של דיני החוזים הכלליים. לאור החקיקה הענפה של שנות השמונים והתשעים והפסיקה הענפה של סוף שנות התשעים, שוב אין לכבול את פרשנות החקיקה הצרכנית בכבלי הפרשנות של חוקי החוזים הכלליים, וזאת במיוחד כאשר יש מקום לפרשנות שונה מבחינה מהותית.

בשל הפער הגדול בין העקרונות של דיני החוזים הכלליים, המבוססים על "חופש החוזים" וכוחות השוק, לבין דיני החוזים הצרכניים, שביסודם היעדר חופש חוזים, שימוש בחוזים אתידים וכשל-שוק, עולה נמלוא חריפותה השאלה: היש הצדקה לתת למונחים דומים בחקיקה הצרכנית ובחקיקה האזרחית אותה פרשנות?²³²

225 בפסק-דין ארד נ' בזק בבית-המשפט העליון, לעיל הערה 49, הובאה בפסקה 4 החלטת בית-המשפט המחוזי (בעמ' 604), אולם פסק-הדין בבית-המשפט העליון החבס על כך שלא היתה הטעיה בנסיבות העניין. הוא הדין בע"א 1824/97 גרס' נ' פלא-פון תקשורת בע"מ, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 99(2)479, שם העדיף בית-המשפט לבסס את החלטתו על כך שלא הוכחה הטעיה בנסיבות העניין.

226 לעיל הערה 49.

227 שם, בעמ' 608.

228 שם, בעמ' 607.

229 שם, בעמ' 613.

230 לרשימה של עשרים ושניים חוקים ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 297-298.

231 ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 332-349.

232 יש מקום לטיעונים המצדיקים מתן פורשנות זהה למונחים זהים בחקיקה האזרחית ובחקיקה הצרכנית. למרות ריבוי הדינים המיוחדים של דיני הגנת הצרכן, חלק ניכר מהדינים המסדירים עסקות צרכניות ממוקמים עדיין במשפט האזרחי, ולכן רצוי שפרשנות של מונחים דומים תהיה זהה. כמו-כן, למרות החקיקה הצרכנית, רוב התנאים בחוים צרכניים פתוחים עדיין למשא-ומתן לפי הכללים של דיני החוזים הכלליים. ראו ס' דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 133, 134-135, 145. אחרי כעשור השתכנעתי שלאור החקיקה הצרכנית של שנות התשעים, יש הצדקה לראות כדיני החוזים הצרכניים ענף נפרד של דיני החוזים, דברי שיש בו כדי להשפיע על פרשנות שונה של דינים אלה. ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 347-348. במאמרי האחרון בנושא, ראו דויטש, לעיל הערה 17, הסברתי מדוע יש לצמצם את תחולת הפרשנות של המשפט האזרחי על חוק הגנת הצרכן. שם, בעמ' 116-126.

לדעתי, שיקולים כבדי-משקל עומדים לימין הגישה המתנגדת להחלת מכלול הפרשנות של דיני החוזים הכלליים על דיני החוזים הצרכניים. הדברים אמורים במיוחד לגבי פירוש המונח "הטעיה" בחוקים השונים. ניתן ללמוד על השוני מתוך עיון בסעדים השונים להטעיה. הסעד הרגיל בגין הטעיה חוזית הוא ביטול החוזה. יש איפוא הצדקה לדרישה שההתקשרות הינה עקב הטעות, כמו גם לדרישה לקשר סיבתי בין ההתקשרות לבין הטעות. לעומת זאת, הסעד העיקרי בגין הטעיה בחוק הגנת הצרכן הוא סעד הפיצויים (סעיף 31 לחוק).²³³ לשם קבלת פיצוי בגין ההטעיה אין בהכרח צורך בקשר סיבתי בין הטעות לבין ההתקשרות. מאחר שאין דרישה לקשר סיבתי בין הטעות להתקשרות, ממילא אין להגביל את הטעות לשלב הטרם-חוזי בלבד.

ניתן ללמוד על השוני בין הטעיה צרכנית לבין הטעיה חוזית גם מהשינויים בניסוח בין סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, הדין בהטעיה, לבין סעיף 3 לחוק, הדין בניצול מצוקתו של הצרכן. בסעיף 3 מופיעה הדרישה שהניצול נעשה "כדי לקשור עסקה". יש איפוא דרישה לקשר סיבתי בין ניצול המצוקה לבין ההתקשרות. לעומת זאת, דרישה זו הושמטה מסעיף 2. הבדל זה מעיד שאין להגביל את ההטעיה לשלב הטרם-חוזי גרידא.

נימוק נוסף להבחנה נעוץ בשיקולים כלליים. החלת כללי המשפט האזרחי במלואם על ההוראות של חוק הגנת הצרכן תכפיף באופן מלא את החוק להוראות הדין האזרחי ותהפוך את הוראותיו לחסרות חשיבות. אם יש לעמוד בדרישות ובתנאים של הטעיה חוזית לצורך מילוי הדרישות להטעיה צרכנית, כי אז במה חוק הגנת הצרכן מוסיף על החקיקה האזרחית הקיימת? מאחר שהוראת ההטעיה היא הוראה מרכזית בחוק הגנת הצרכן, יביא הדבר לידי כך שרוב החוק ייהפך לאות מתה כמעט, לפחות בכל מה שמתייחס לסעדים האזרחיים. אכן, לאור הפרשנות שניתנה, לא ייפלא שכמעט כל הבקשות לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן נדחו כלעומת שבאו כבר בשלב הבקשה, ואלה שלא נדחו בשלב הבקשה נדחו בערעור או הובילו, בדרך-כלל, לפשרה לא-משמעותית, הכל כפי שהוכח בפירוט לעיל בפרק ג.

החקיקה הצרכנית המקיפה של שני העשורים האחרונים מצדיקה את ראיית החוזים הצרכניים כענף נפרד בדיני החוזים.²³⁴ השוני בין דיני החוזים הצרכניים לבין דיני החוזים האזרחיים משתרע על כל התחומים של דיני חוזים. שינויים משמעותיים אלה בחקיקה טרם הופנמו בפסיקה. עם ריבוי הפסיקה הצרכנית בעקבות ההכרה בתובענות ייצוגיות בחוק, מתברר כי ללא מתן פרשנות עצמאית לדיני הגנת הצרכן, יישארו דינים אלה כחקיקה סימבולית, מסוג של "הלכה ואין מורין כן". אין ספק כי לא זו היתה תכלית החקיקה של חוקים אלה.

פסיקה של בית-המשפט העליון שתקבע כי הטעיה מכוח סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן תחול גם בשלב החוזי תפתור חלק ניכר מן הקשיים של ייחוד העילה בסעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן. שינוי הוראות הסעיף וביטול התנאי של ייחוד עילה יהיו כמובן פתרון טוב יותר, אולם הוא מחייב חקיקה.

233 קיים גם סעד של ביטול חוזה בגין הטעיה צרכנית (סעיף 32 לחוק הגנת הצרכן), אך מימוש סעד זה מורכב עד כדי כך שעדיף לחבוע בגין הטעיה חוזית, ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 384.

234 דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 349-445.

עד לתיקון הנדרש של החקיקה ועד להכרת הפסיקה בהצדקה לפרשנות עצמאית של מונחי-יסוד בחקיקה הצרכנית, ניתן למתן את חומרת הבעיה על-ידי שימוש בכלים ישירים פחות. ראשית, בנסיבות מסוימות, הפרת ההבטחה עשויה להיחשב גם להטעיה, וזאת כאשר לא היתה כוונה לממש את ההבטחה כבר בזמן שניתנה.²³⁵ פרשנות זו, המעוגנת בדיני החוזים הכלליים, תאפשר הגשת תובענה ייצוגית לגבי הבטחות חוזיות שלא היתה מלכתחילה כוונה לממשן.

שנית, בכמה פסקי-דין מחוזיים הוצעו רעיונות שהרחיבו את הסעדים מכוח חוק הגנת הצרכן, הרחבה שהינה רלוונטית במיוחד לסוגיה של תובענות ייצוגיות צרכניות. בפסק-דין שטיינברג נ' סלקום ישראל בע"מ²³⁶ דנה השופטת ד' פלפל בררישה של ייחוד עילה כתנאי לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. השופטת קבעה שניתן לתבוע רק בגין עילה של חוק הגנת הצרכן, ולפיכך לא ניתן לתבוע מכוח דיני עשיית עושר, חוקים אחרים והוראות חוק החוזים הכללי. לכך הוסיפה: "יש לציין, לעמדתי, חריג אחד והוא: ישום הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, שעניינם תום-לב במשא ומתן וכביצוע החוזה, שבהיותם הוראות-על מלכותיות מצטרפים אוטומטית לכול חוק, חוזה או פעולה משפטית, כמובן תוך התאמה לחוק אליהם הם מצטרפים."²³⁷

החריג המוצע, שלפיו ניתן להגיש תביעות ייצוגיות בגין חוסר תום-לב של העוסק, הוא חריג חשוב. אכן, לפי דיני החוזים הכלליים, כאשר הפר אחד הצדדים את החוזה, אין חשיבות לתום-לבו או לחוסר תום-לבו של המפר. אחריותו של המפר הינה מוחלטת, ואין למצבו הנפשי השפעה על הסעד.²³⁸ אולם לעניין תובענות ייצוגיות לפי חוק הגנת הצרכן תהיה הבחנה בין הפרה רגילה, שאינה מכוסה עדיין בחוק לפי הפרשנות המקובלת בבתי-המשפט המחוזיים, לבין הפרה המלווה בהתנהגות בחוסר תום-לב של העוסק, המאפשרת הגשת תובענה ייצוגית. לפי הצעה זו, תהא שאלת תום-הלב חסרת משמעות לשם קבלת סעד חוזי רגיל, אולם לשם הגשת התובענה כתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן יהיה צורך להוכיח שהעוסק נהג בחוסר תום-לב.²³⁹

שלישית, אמצעי נוסף למיתון הנזקים הנגרמים על-ידי התנאי של ייחוד עילה הוא הצעתו של נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט אורי גורן, בפרשת *אחרק נ' החברה האמריקאית לגז*.²⁴⁰ בית-המשפט אישר תובענה ייצוגית נגד חברות הגז בישראל בגין גביית

235 פסק-הדין המנחה הוא ע"א 160/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג (3) 567. ראו דיון בהצעה זו בדיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 404-405. כמובן שפתרון זה כרוך בקשיי הוכחה.

236 לעיל הערה 54.

237 שם, בפסקה ג. על רעיון זה חזרה השופטת גם בת"א (ת"א) 1600/99 תבל – תשדורות בינלאומיות לישראל בע"מ נ' כרנשטיין (טרם פורסם).

238 ראו, לדוגמה, א' ירין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ג) 24-25, שם הסביר המחבר שאין דרישת "אשם" בהפרת חוזה.

239 הבחנה זו קיימת לגבי פיצויים עונשיים בשיטות משפט המכירות בכך. עצם ההפרה תזכה בפיצוי, אולם אם התנהג המפר בחוסר תום-לב, יש מקום להטיל עליו גם פיצויים עונשיים. נושא זה שנוי במחלוקת. לדין בסוגיה זו, ראו: E. Farnsworth *Farnsworth on Contracts* (2nd ed., Vol. 3, 1998) 192-200. על הנכונות להכיר בפיצויים עונשיים בתביעות צרכניות ראו שם, בעמ' 196, הערה-שוליים 29.

240 לעיל הערה 5.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

דמי בדיקות בטיחות של מתקני גז אף-על-פי שהבדיקות לא בוצעו. המשיכות טענו כי מעולם לא הציגו עצמן כמי שאחראיות על בטיחותן ועל תקינותן של מערכות הגז המותקנות בבתי הצרכנים, ועל-כן אין לומר שהצרכנים הוטעו עובר לכריתת החוזה. השופט דחה את הטענה בקובעו שקיימת חזקה הניתנת לסתירה כי הצרכן אינו מעוניין לרכוש מוצר לא-בטיחותי וללא בדיקות כנדרש בחוק ובתקנים. יש להניח שהצרכן לא היה מתקשר לו ידע שלא ייערכו בדיקות, וכל שכן שלא היה מתקשר אילו ידע שהוא יהויב לשלם על כך. לפיכך ניתן לראות בהתנהגות הברות הגו משום הטעיה.²⁴¹ פרשנות זו מרחיבה את הגדרת ההטעיה, ולפיה יהיה ניתן לראות בהבטחות מכללא שלא קוימו הטעיה צרכנית.²⁴²

במקרה אחד היה בית-המשפט המחוזי מוכן ליישם פרשנות ליברלית גם בנושא הסעדים על-מנת לאפשר את סיום ההליך לאחר שהתובענה אושרה. כך, בפרשת *המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ*²⁴³ הוסיף בית-המשפט סעדים שאינם מופיעים בחוק הגנת הצרכן על-מנת להגיע לתוצאה זו. בעניין זה הוגשה תובענה ייצוגית נגד חברת קוקה-קולה בשל אי-עמידתה בהבטחות להעניק פרסים למי שיצליח להרכיב את שם הפרס מאותיות שהוטבעו על הצד הפנימי של הסוגרים של בקבוקי המשקה. בית-המשפט קבע כי היתה כאן הטעיה. בין השאר נירונה שאלת הסעדים הראויים במקרה זה, שכן הפיצויים שנדרשו הם פיצויי אכיפה. בעניין זה קבע בית-המשפט כי לכאורה, הסעדים שניתן לתבוע בגין עוולות של חוק הגנת הצרכן הינם סעדים נזיקיים בלבד, ולא פיצויי קיום. נראָה לבית-המשפט כי פרשנות כזו אינה ראויה, "שאם נפרש את הוראות החוק ללא סעד בצד הפרתן – מה יועילו?"²⁴⁴ ואכן, בית-המשפט הורה על תשלום הפרס, והחזיר את התיק לבית-משפט השלום לשם מתן הוראות לביצוע.

סיכומו של דבר, הפתרון הראוי לקשיים שיוצרת הדרישה לייחוד עילה בחוק הגנת הצרכן הוא לבטלה, ולקבוע במקומה, באמצעות תיקון חוק כפי שיפורט להלן,²⁴⁵ את ההוראה הקיימת בסעיף 207(ב) לחוק החברות. הנוסח המוצע הוא כדלקמן:

35א. תובענה ייצוגית – (א) צרכן או ארגון צרכנים כמשמעו בסעיף 31(ג) (להלן – התובע) רשאי לתבוע עוסק, כפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בכל עילה על פי כל דין אשר על פיה הוא יכול לתבוע בשמו (להלן – תובענה ייצוגית).

241 שם, חלק ג של פסק-הדין.

242 חידוש זה וחידושים אחרים בפסק-דין זה טרם אושרו בפסיקת בית-המשפט העליון. ראו רע"א 6318/00 *סופרגו חברה ישראלית להפצת גז נ' אחוה*, לעיל הערה 95, שם החזיר בית-המשפט את התיק לבית-המשפט המחוזי לבדיקת התובענה מכוח תקנה 29 בשל "קשיים המחעוררים לנוכח אישור תובענות המשיבים כתובענה ייצוגית בהתבסס על הוראות פרק 11 לחוק הגנת הצרכן". ראו לעיל הערה 212.

243 לעיל הערה 5.

244 שם, בפסקה 33.

245 ראו להלן טקסט ליד הערה 318.

נוסח זה שומר על המגבלה הפרסונלית של התובעים ושל הנתבעים, וככך נשמרים קווי המתאר של חוק הגנת הצרכן.²⁴⁶ יעומת זאת, ההגבלה של ייחוד עילה לעילותיו של חוק הגנת הצרכן בלבד מושמטת. עד לתיקון החוק הייתי מציע להרחיב בדרך של פרשנות את התחולה של עילת ההטעיה הצרכנית, לאמץ פרשנות שלפיה הטעיה צרכנית אינה זהה להטעיה לפי חוק החוזים (חלק כללי), ולהחילה גם על הבטחות חוזיות, ולא רק על הטעיות טרום-חוזיות בלבד.

כפתרון חלקי ראוי לאמץ את חידושי בית-המשפט המחוזי, המציע לראות בנסיבות מסוימות גם הפרת הבטחה כהטעיה, וכן את החידוש המאפשר להגיש תובענה ייצוגית כאשר ההפרה של העוסק היתה מלווה כחוסר תום-לב. הצעות אלה מעוגנות בתרבות המשפט הישראלית ובמידת-מה גם בפסיקה בישראל. הגיעה השעה לקולטן כדי לאפשר אחוז משמעותי יותר של אישור תובענות ייצוגיות צרכניות.

2. קבלת סעד כספי בגין הטעיה מוגבלת להוראות פקודת הנזיקין: הבעיה השנייה במימוש האפשרות לאישור תובענה ייצוגית היא הפרשנות שניתנה לאחרונה בפסיקת בית-המשפט העליון לסעד הפיצויים המעוגן בסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן. סעיף זה קובע כי "דין מעשה או מחולל בניגוד לפרקים ב, ג או ד כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". הפרשנות שנקבעה בפסק-דין כוזני נ' בזק²⁴⁷ היא שיש להחיל את דיני הנזיקין הכלליים על סעד הפיצויים הצרכניים. לפי פרשנות זו, יש להוכיח הסתמכות אישית של הצרכנים על המצג הכוזב של העוסק. דרישה זו תקשה ביותר על אישור תובענות ייצוגיות צרכניות. הנושא נידון בהרחבה במאמר שכתבתי בנושא זה,²⁴⁸ והמעוניין יעיין שם. בסיומו של המאמר²⁴⁹ הוצעו פתרונות חקיקתיים אחדים לקשיים שהוצגו.²⁵⁰ פתרונות אלה, להבדיל מהפתרונות שהוצגו לבעיה של "ייחוד עילה", מיוחדים לחוק הגנת הצרכן. אימוצם יקנה משנה תוקף לחוק הגנת הצרכן, ויצור בידול בין זכויותיו של הצרכן הביתי כלפי עוסק מסחרי לבין זכויותיו של לקוח רגיל. בהמשך המאמר, בפרק ה, יוצגו גם תיקוני החקיקה הנדרשים בסוגיית ההסתמכות על מצגי העוסק.

בפסק-הדין שניתן לאחרונה בבית-המשפט העליון בעניין תנוכה נ' ראבי עלתה השאלה אם ניתן לאשר תובענה ייצוגית צרכנית כאשר הנזק שנגרם לצרכנים אינו נזק ממון. הוספת סיליקון לחלב אינה גורמת נזק לצרכנים, אך לדעת הרוב יש לראות בכך פגיעה באוטונומיה של הפרט, ויש מקום לפסוק פיצויים בגין אינטרסים לא-מוחשיים.²⁵¹ אין להתעלם מדעת המיעוט של השופטת א' פרוקצ'יה שלפיה, לאור האמור בסעיף 76 לפקודת הנזיקין, נזק

246 לדין מקיף בקווי המתאר ובגבולות התחולה של חוק הגנת הצרכן ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 187-246.

247 לעיל הערה 19.

248 לעיל הערה 17. המאמר מבקר את דולת הרוב בעניין כוזני, שם.

249 שם, בעמ' 152.

250 כגון ביטול דרישת ההסתמכות על מצגי העוסק.

251 ראו לעיל הערה 89, בפסקות 10 ו-11 בפסק-דינה של השופטת נאור. פסק-הדין הסתמך, בין השאר, על א"א 2781/91 דעקה נ' בית החולים כדמל חיפה, פ"ד נגד (4) 526, שקבע שיש פגיעה באוטונומיה של הפרט בשל ביצוע טיפול רפואי ללא הסכמה, אף שלא נגרם נזק.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

לא־מוני מוגבל רק לנזק העלול להיגרם באופן טבעי ממהלכם הרגיל של הדברים. לדעתה, אין זה נזק הנובע באופן טבעי, ואין לראות בהוספת סיליקון לחלב משום פגיעה כאוטונומיה של הפרט.²⁵² אף שדעה זו נדחתה, היא מצביעה על כיוון נוסף של קשיים העלול לנבוע מהחלה מלאה של דיני הגזיקין על חוק הגנת הצרכן.

ז. הסיבות הסמויות מן העין לאי־אישור תובענות ייצוגיות

1. החששות מפני אישור תובענות ייצוגיות צרכניות בתחילת המאמר, בפרק הראשון, הועלתה השאלה מדוע נדחה אחוז כה גבוה של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות. לשאלה זו ניתנו שתי תשובות. האחת היא שהדרישות המקדימות הרבות לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן²⁵³ מצמצמות מאוד את האפשרות לאישור תובענה ייצוגית צרכנית. בעיות אלה נידונו בהרחבה בפרקים ד, ה ו-ו של המאמר. הסיבה האחרת היא הגישה המסויגת של בתי־המשפט כלפי נושא התובענות הייצוגיות. גישה זו מקורה בחשש מפני אישור תובענות ייצוגיות בלתי־מוצדקות. אישור של תובענה בלתי־מוצדקת עלול לגרום נזק רב לנתבעים, יטיל מעמסה כבדה על בתי־המשפט ויתעל את הרווח כולו לעורך־הדין שיזום את התביעה,²⁵⁴ ולא לציבור הצרכנים. אישור תובענה ייצוגית כשלעצמה יש בו כדי להטיל נטל על הנתבעת. אם הנתבעת היא חברה נסחרת בבורסה לניירות־ערך, עליה לדווח על התביעה במסמכיה.²⁵⁵ עצם הדיווח עלול לגרום לחברה הנתבעת נזק כספי ניכר גם אם תידחה התובענה בסופו של הליך. גם אם הנתבעת היא חברה שאינה נסחרת בבורסה, עלול להיגרם לה נזק תדמייתי וכלכלי בעקבות האישור אף אם הנזק אינו ניתן לכימות בשלב זה. יתר על־כן, פסק־דין שיטיל חובת תשלום מכבידה על החברה הנתבעת עלול לגרום לעיתים להתמוטטותה ולקריסתה. הנזק במקרה כזה לציבור הצרכנים עשוי להיות גדול מהתועלת. חששות אחרים הם שהפשרות שיושגו אינן בהכרח פועל יוצא של צדקת התביעה.²⁵⁶ בתי־המשפט בארצות־הברית רואים לעיתים כתובע

252 שם, בפסקות 8-15 בפסק־דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

253 ראו לעיל טקסט ליד הערות 14-16.

254 ראו לעיל טקסט ליד הערה 17.

255 הפרקטיקה בנושא זה ברורה. בעת ביצוע הנפקה לציבור יש חובת פרסום תשקיף. בתשקיף יש סעיף העוסק בהליכים משפטיים נגד החברה. הנושא אינו מוסדר בתקנות ניירות־ערך (פרטי התשקיף מבנהו וצורתו), תשכ"ט-1969, אף־על־פי סעיף 17(ב)(3) לחוק ניירות־ערך, תשכ"ח-1968, הדין בחוות־דעת עורך־דין שיש לצרף לתשקיף, מתייחס להליכים המשפטיים הנוכחים בתשקיף. אשר לגילוי שוטף שיש לפרסם במסגרתו דו"חות כספיים שוטפים, שם אין התקנות מתייחסות לחובה לדווח על הליכים משפטיים. ראו תקנות ניירות־ערך (דוחות תקופתיים ומיידים), תשל"ל-1970. באפריל 2001 פורסמו המלצות ועדת ברנע (דו"ח הועדה לבחינה מחודשת של מודל הדיווח על עסקי החברה בתשקיף, ובגורורותיו, תשס"א-2001). בסעיף 25 להמלצות נקבע כיצד יש לתאר "כל הליך משפטי תלוי מהותי". המלצות אלה טרם התקבלו.

256 J.L. Alexander "Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions" 43 *Stan. L. Rev.* (1991) 497; ראו גם א' רוזנברג "על שלב אישור תובענה ייצוגית על פי חוק החברות, התשנ"ט-1999" (עבודת דוקטורט, תשס"א) 8-9. שם הועלו חלק מהבעיות המטרידות

סיני דויטש

טרדן מקצועי, וחוששים שההליך ינוצל בעיקר למטרות סחיטה.²⁵⁷ חייבים לציין שחששות אלה מופרכים למדי בשיטת המשפט הישראלית.²⁵⁸ הנתבעים אינם חוששים להתגונן מפני תובענות ייצוגיות צרכניות, והם זוכים ביותר מ-95% מהמקרים. למרות התשובות לחששות של השופטים, גישת בתי המשפט להליך זה הינה עדיין ספקנית, חשדנית ולעיתים אף עוינת. הסיבה הראשונה למיעוט האישורים לתובענות ייצוגיות צרכניות, זו העוסקת בחוק הגנת הצרכן, תוכנו ולשונו, עניינה בקשיים הגלויים של דיני התובענות הייצוגיות. קשיים אלה נעוצים בעשר הדרישות לאישור תובענה ייצוגית צרכנית שנדרונו בפרקים הקודמים. כל דרישה וכל תנאי תרמו את חלקם לדחיית בקשות אחדות. אין לראות בכך את ההסבר היחיד לאחוז הגבוה של הדחיות, ואין לתלות בדרישות אלה בלבד את התוצאה של דחיית יותר מ-90% מהבקשות לאישור. בלא מעט מקרים נדחו הבקשות מאחר שלא נמצאה עילה לתביעה. אך כל אלה גם יחד אינם מסבירים דחייה של יותר מ-90% מהבקשות כבר בשלב האישור. לפיכך עולה הספק שמא דווקא הסיבות הנסותרות מן העין הן שגרמו לדחיית הבקשות. נראה לי איפוא שיש להציע פתרונות שיתנו מענה לחששות השופטים שהובילו לדחיית הבקשות. חקיקה שתכלול גם פתרונות לחששות השופטים עשויה ליצור גישה חיובית יותר של בתי המשפט לנושא זה.

פסקי הדין הבאים מייטיבים להדגים את חששות השופטים בנושא זה: בפרשת *עמותת קו חם לצרכן נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ*²⁵⁹ קבע בית המשפט כי יש מקום לאישור התובענה כתובענה ייצוגית רק כאשר סיכויי התביעה גבוהים.²⁶⁰ בית המשפט בחן את עילות התביעה אחת לאחת ודחה את כולן לגופו של עניין. בסוף פסקי הדין, כאפילוג, הוסיף השופט את הקטעים הבאים:²⁶¹

התובענה דנן הועמדה על סכום אסטרונומי של למעלה מ-900,000,000 ש"ח, ועל כן לסיום, לא נותר לי אלא להביא מדבריה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן בפסקי דין שבענין *בוק נ' עזבון המנוח אליהו*, המדברים בעד עצמם: "ההשלכות הכלכליות הדרמטיות המגולמות בהחלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית כנגד גוף כלשהו ובמיוחד גוף מסחרי כלכלי, עלולות להיות קשות והרסניות... המשיבים בענייננו לא עברו מחסום זה ואין מקום להרשות תביעה המטילה על בוק אימת תשלום עתק לצרכנים, כשהעילה לתובענה ייצוגית אינה

את המשפט האמריקאי בנושא זה, כולל החשש שגודל התביעה עלול להוביל בהכרח להסכם פשרה או הסדר בשל הסיכון הרב המוטל על הנזבע.

257 ראו גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 1, בעמ' 30-32.

258 לתשובות לחששות של ניצול ההליך של תובענה ייצוגית במשפט האמריקאי ראו לעיל טקסט לאחר הערה 34. שם הסברתי מדוע חששות אלה מופרכים במידה רבה בשיטת המשפט הישראלית.

259 ת"א (ת"א) 2245/00, בש"א(ת"א) 21634/00, תקדין מחוזי, אוגוסט 2002, 2002 (1) 1085.

260 ש"ס, בפסקה 8, כתב השופט סטרשנוב: "על בית המשפט לבחון בראשית הדיון אם עומדת לתובע הייצוגי (טרם הוכר ככזה), עילת תביעה, וזאת בטרם הכניסה למבחנים הפרטניים הקבועים בחוקים המפורשים. על התובע להעמיד עילת תביעה בעלת סיכויים סבירים עד גבוהים להצלחה." (ההדגשה הוספה – ס' ד')

261 ש"ס, בפסקה 29.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

מבוררת והסיכויים לחיובה של בזק קלושים ביותר, וכשהקשר הסיבתי בין העילות שבתובענה לבין הנזק – אם נגרם – ושיעורו מסופק ביותר.²⁶²

בשני פסקי-דין אלה, האחד של בית-המשפט העליון והאחר של בית-המשפט המחוזי, הוצגו חלק מאותם חששות של בתי-המשפט. הניסוח שבו השתמשו בתי-המשפט מדבר בעד עצמו: "סכום אסטרונומי", "ההשלכות הכלכליות הדרמטיות", "אימת תשלום עתק לצרכנים". אין איפוא לתהות על כך שבתי-המשפט חששו לאשר תובענות כאלה כתובענות ייצוגיות, על כל המשמעויות הנובעות מכך.

פתרון אפשרי לבעיה, שיידון בפרק הבא,²⁶³ הוא מתן שיקול-דעת לבתי-המשפט להגביל את גובה הפיצוי, כך שלא יטיל מורא על הנתבעים ולא יפגע ביציבותם הכלכלית, וזאת תוך התחשבות בנושא התובענה ובוזות הנתבעים. צמצום החשש לפסיקת סכומי-עתק, היכולים להוביל לקריסת הנתבעים או לפגיעה חמורה בהם, עשוי להביא לידי כך שהבקשות לאישור תובענה ייצוגית ייבחנו בצורה אזהרת יותר ולגופו של עניין. חששות אלה חזרו על עצמם בכמה וכמה פסקי-דין. אציין פסקי-דין אחדים נוספים שבהם צויינו שיקולים אלה במפורש. פסק-הדין המנחה בסוגיה הוא החלטת בית-המשפט העליון בפרשת *טעת נ' זילברשץ*.²⁶⁴ פסקי-דין זה אינו עוסק בחוק הגנת הצרכן, אלא בחוק ניירות-ערך, אולם העקרונות שנקבעו בו והחששות שהועלו בו רלוונטיים לכל הנושא של תובענות ייצוגיות. וכך ניסח בית-המשפט את הסיבות לזהירות במתן אישור לתובענות ייצוגיות:

בתובענות ייצוגיות טמונות מספר סכנות... יש להיזהר מתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים... 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... כדי להגן על הפרט ועל הכלל מפני שימוש בלתי מתאים או שימוש לרעה בתובענה ייצוגית נקבעו בחקיקה מספר מנגנוני הגנה מיוחדים. ראשית, נקבע הליך מקדמי של אישור התובענה כייצוגית.²⁶⁵

פסק-דין *טעת נ' זילברשץ*, שהצביע על חשיבות התובענה הייצוגית ככלי חיוני להגנת אינטרס הפרט ואינטרס הכלל,²⁶⁶ הצביע גם על הסכנות הכרוכות בשימוש במכשיר זה. קיים מתח בין שני השיקולים המרכזיים בסוגיה, המתנגשים זה בזה: השיקול של הגנת הציבור מפני פגיעות במקרים שקשה לממש את ההגנה על הצרכן בדרך של תביעות אישיות של כל יחיד שנפגע, ומולו השיקול של החשש לפגיעה בנתבעים. נראה לי שבתי-המשפט מעדיפים

262 מתוך פסקי-דין *בזק נ' עובד המנוח אליהו*, לעיל הערה 139, בפסקות 7-8. (ההדגשות הוספו – ס' ד.).

263 ראו להלן בפרק ח.

264 לעיל הערה 6.

265 שם, בפסקות 8 ו-9. (ההדגשות הוספו – ס' ד.).

266 שם, בפסקה 7.

את השיקול השני. אין פלא איפוא שזאחזו התובענות הייצוגיות שהולפות את שלב האישור כתובענה ייצוגית נמוך ביותר.

גישה זו חזרה על עצמה בפסקי-דין נוספים. בפסק-דין מאוחר יותר של בית-המשפט העליון²⁶⁷ שנדחתה בו בקשה לאישור תובענה ייצוגית חזר בית-המשפט וציין את הסיכון הגדול הכרוך בניהול התובענה ואת המאמץ להתגונן מפניה כשיקולים חשובים להגנת הנתבעים בתובענות ייצוגיות. דבריו דומים ניתן למצוא גם בכמה פסקי-דין מחוזיים.²⁶⁸ בפסק-דין *סוסינסקי*²⁶⁹ הסבירה השיפוטת א' פרוקציה את הצורך בעמידה בכל התנאים המוקדמים לאישור תובענה ייצוגית וסיכון הרב שבהליך זה וכיולתו לפגוע קשה בנתבעים ובמשק כולו. עקב כך הגיעה למסקנה כי –

נוכח כל אלו, נחזית התובענה הייצוגית כתופעה חריגה, יוצאת דופן, המותרת רק לאחר שהועמדו במבחן ביקורת קפדנית היתרונות והחסרונות והסיכויים והסיכונים הטמונים בה במקרה נתון, ולאחר שהתנאים המוקדמים הנקובים בחוק, המשקפים את מערכת השיקולים הרלבנטית נתמלאו.²⁷⁰

ברור אם-כן מדוע נדחתה בקשה זו לאישור התובענה כיייצוגית, וכמוה תובענות רבות לפניה ואחריה.

אין ספק שגובה הסכום הנקוב בתובענה הייצוגית הוא שהרתיע יותר מכל את בית-המשפט, במקרים מסוימים, מפני אישור התובענה כיייצוגית. לדוגמה, בפסק-דין *אלדגט נ' מפעל הפיס*²⁷¹ היתה התביעה הייצוגית בסכום של 665,200,000 ש"ח, ועל כך כתב בית-המשפט:

תובענה ייצוגית היא מכשיר רב עוצמה, וכח ההרס שבה אדיר... משאין סיכוי כי אכן פרי התובענה, אם תצליח, יגיע לראויים לסעד, אין מקום להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית.²⁷²

267 רע"א 6259/00 פשיגודה נ' מדינת ישראל, תקדין עליון, אוגוסט 2002, 2000 (3) 2207.

268 ראו, לדוגמה, פסק-דין *אפיק נ' סלקום* לעיל הערה 6, בפסקה 4.

269 לעיל הערה 126.

270 שם, בעמ' 6 של פסק-הדין. באותו עמוד נכתב: "אשר לנתבעים – הסיכון הרב מפני תביעות ייצוגיות בסדר גודל כספי אדיר מטיל מו"א על הנתבעים גם כאשר מערך הגנתם מבוסס מבחינה עניינית, והוא עלול להביאם לידי פשרות גם כאשר אין בהכרח טעם ענייני מוצק לכך, עקב חשש מעלויות משמעותיות ביותר הכרוכות בניהול ההתדיינות המשפטית. עלויות אלו עלולות אף לסכן יציבותם של גופים כלכליים ואף להביא להתמוטטותם. תביעות סרק ייצוגיות עלולות לפגוע גם במשק בכללו על ידי השקעה מיותרת של משאבים גדולים ובזבוז וכן בהגדלת פרמיות ביטוח המגולגלות על הציבור בכללותו לצורך התגוננות מפני סיכונים אלה." (ההדגשה הוספה – ס' ד').

271 לעיל הערה 198.

272 שם, בפסקה 7 (ההדגשה הוספה – ס' ד'). בחינת התובענות הייצוגיות שהוגשו או נידונו בשנת 2002 מלמדת על תובענות ייצוגיות בסכומים אסטרונומיים. לדוגמה אציין את עשר התובענות בסכומים הגבוהים ביותר (מתוך כמאתיים תובענות ייצוגיות שהוגשו או נידונו במהלך שנת 2002): (1) ת"א 1361/02 - 60,000,000,000 (60 מיליארד) ש"ח; (2) ת"א 2165/99 - 17,000,000,000 (17 מיליארד)

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

בציטוט קצר זה הוצגו שניים מן הנימוקים העיקריים להתנגדות לאישור תובענות ייצוגיות. הראשון הוא החשש מפני תביעות בסכומים עצומים שכוח ההרס שלהם אדיר. השני הוא החשש שפרי התובענה, דהיינו הפיצויים, לא יגיע לחברי הקבוצה.²⁷³ נימוקים אלה אינם מופיעים כתנאים לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן, אך ללא ספק הם גורמים המשפיעים במידה רבה על החלטת בית-המשפט.

בפרקים הקודמים צוין כי ניתן לפרש את התנאים המוקדמים לאישור תובענה ייצוגית בצורה מקילה או בצורה מחמירה, הכל לפי תכלית החוק. כאשר לשופטים יש ספקות רציניים לגבי התועלת שבאישור התובענה כייצוגית לעומת הסיכונים שבאישור, וכאשר לשופטים יש חשש שלצד הפגיעה בנתבעים, תהיה התועלת לנפגעים קטנה או שהפיצוי לא יגיע כלל לדיהם, יש לכך השפעה מכרעת על אישור תובענות ייצוגיות צרכניות.

2. השפעת חששות השופטים על הפרשנות של חוק הגנת הצרכן ועל אישור תובענות ייצוגיות צרכניות

כפי שצוין לא-אחת,²⁷⁴ עד לתיקונו של חוק הגנת הצרכן והוספת הפרק בדבר תובענות ייצוגיות, בשנת 1994, לא היו כמעט פסקי-דין שדנו באופן מהותי בפירושו של חוק זה. השינוי חל עם ההכרה באפשרות להגיש תובענות ייצוגיות מכוחו. הוראות החוק ומונחים מרכזיים בו פורשו לראשונה בפסיקה. לדעתי, אין ספק כי הפרשנות הושפעה מהחשש מפני אישור תובענות ייצוגיות. מאחר שגישת בתי-המשפט לאישור תובענות ייצוגיות הינה מסתייגת, אם לא עוינת, פורשו מונחי-יסוד של החוק בצורה נוקשה ומצומצמת, וזאת, בין השאר, על-מנת להגיע לתוצאה "הרצויה" (מנקודת-מבטה של המערכת), שהיא דחיית התובענה הייצוגית. גישה זו הביאה לידי פרשנות מצמצמת של סעיפים 335 ו-335א לחוק,

ש"ח; (3) 2738/99 – 13,000,000,000 (13 מיליארד) ש"ח; (4) בריקמן נ' מינהל מקרקעי ישראל – 2,430,000,000 (4 מיליארד ו-200 מיליון) ש"ח; (5) נסלי נ' פלאפון תקשורת בע"מ – 2,400,000,000 (2 מיליארד ו-400 מיליון) ש"ח; (6) ת"א 1134/01 – 1,000,000,000 (1 מיליארד) ש"ח; (7) לבית נ' מגדל וכלל – 900,000,000 (900 מיליון) ש"ח; (8) ת"א 1779/02 – 967,500,500 (967,500,500) ש"ח; (9) ת"א 2245/00 – 900,000,000 (900 מיליון) ש"ח; (10) ת"א 4115/02 – 900,000,000 (900 מיליון) ש"ח (www.globes.co.il). מאחר שהגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית אינה כרוכה בתשלום אגרה, אין כל קושי לנקוב בסכומי-עתק. עשר תביעות בסכום כולל של יותר מ-100 מיליארד ש"ח אומרות דרשני. כמובן שאף תובענה מהנזכרות לעיל לא אושרה. חלקן נדחו, חלקן נמחקו וחלקן טרם נידונו. האפשרות לנקוב בסכומים דמיוניים כאשר אין בצירה כל מחויבות אינה מועילה לחובענה הייצוגית, אלא להיפך: היא מגדילה את הסיכוי לדחיית התובענה או למחיקתה, ויש לתת על כך את הדעת. להצעות לפתרון ראו להלן טקסט ליד הערות 335-337.

273 וראו שם, בפסקה 8, שאין לאשר את הבקשה למתן סעד לטובת הציבור מכמה טעמים. הראשון, שאין הוראה כזו בחוק הגנת הצרכן. ראו לעיל טקסט ליד הערות 196-205. שנית (שם, בפסקה 9), אין טעם לחייב גוף ציבורי כמפעל הפיס במתן סעד לכלל הציבור, שכן כספיו מיועדים לציבור בכל מקרה, והדבר שונה מחיובו של גוף פרטי. נראה לי שאלה נימוקים משניים לנימוק העיקרי של גובה הסכום, שכן גם במקרה של גוף ציבורי, חיובו להעביר כספים למטרות ציבוריות אחרות יש בו משום גורם מרתיע אם היתה הצדקה עניינית לחיובו כגין הטעיית הצרכנים.

274 ראו לעיל הערות 3, 4 ו-105. ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 262 בהערה 269, המורה כי הפסיקה שדנה בחוק הגנת הצרכן עד לתיקונו בנושא התובענות הייצוגיות, באמצע שנות התשעים, היתה מועטת ביותר.

הדנים ישירות בתנאים לאישור תובענה ייצוגית צרכנית, וכן השפיעה על הפרשנות של הוראות כלליות בחוק, שהוא המסגרת לעילות שניתן לבסס עליהן תובענה ייצוגית. בפרק זה יוצגו כמה מן המקרים של פרשנות מצמצמת שניתנה להוראות שונות בחוק הגנת הצרכן, פרשנות שהובילה בסיפוף של דבר לדחיית הבקשות לאישור התובענה או לאישור התובענה כתובענה הצהרתית שאינה ניתנת כמעט למימוש.

1. הדרישה לאחדות הסעד: סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן אינו דורש שהסעד המתבקש של הקבוצה יהיה אחיד. יחד עם זאת, סעיף 35(ב3), הקובע כי "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", פורש כדרישה לאחדות סעד, שאם לא כן, לא תהיה התובענה הייצוגית דרך יעילה. התוצאה היתה שמסיבה זו נדחו לא-מעט תובענות ייצוגיות,²⁷⁵ והתובענות שלא נדחו אושרו כתובענות הצהרתיות בלבד,²⁷⁶ החלטה שתיצור קשיים גם לאחר שיושג פסק-דין סופי. סבורני כי עדיף לקבוע בעניין זה הוראה מפורשת דוגמת ההוראה בחוק החברות, התשנ"ט-1999²⁷⁷ הצועד בעניין זה בעקבות המשפט האמריקאי.²⁷⁸ יש להחליף את סעיף 35(ב3) בחוק הגנת הצרכן בהוראה של חוק החברות הקובעת כי "שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה". הוראה זו פורשה בפסיקה, בהקשר של ניירות-ערך, כי גם כאשר סוגיית הנזק אינה אחידה בין כלל התובעים, ניתן להשאיר את שאלת הפיצוי המגיע לכל אחד מהתובעים לדיון בתובענה עצמה, ואין צורך להכריע בה בשלב האישור.²⁷⁹ אימוץ הצעה זו יסלק את אחת המשוכות שאישור תובענות ייצוגיות צרכניות חייב לעבור.²⁸⁰ הצעה זו תפתור רק את הבעיה של אישור התובענה הייצוגית, ואין בה פתרון לקושי שבמתן פסק-דין כאשר הפיצוי לכל צרכן שונה. פתרון אפשרי הוא להסמיך את בתי-המשפט בפסק-דין של תובענה ייצוגית לתת פיצוי אחיד לצרכנים אף כאשר בפועל נגרם לכל צרכן נזק כספי שונה בהיקפו. גישה זו כבר יושמה בפסק-דין²⁸¹ שניתן לטובת צרכנים וכן בפשרה²⁸² שקיבלה חוקף של פסק-דין. יש לאמץ פתרון זה כחלק מתיקוני החקיקה בנושא.

2. תובענות ייצוגיות כאשר הסעד לכל צרכן הוא קטן: יש מקרים שבהם הפגיעה הכספית בכל צרכן מזערית, והאינטרס הכלכלי של הספק נעוץ במספרם הגדול של הצרכנים שהוטעו. בתי-המשפט סירבו לאשר את התובענה במקרים כאלה בשל העדר דרך יעילה לחלוקת הפיצוי.²⁸³ הפתרון לקושי זה הוא לאמץ את הנוסח הקיים בחוקים אחרים הדנים

275 ראו לעיל כמה דוגמות בהערה 181.

276 ראו לעיל כמה פסק-דין בהערות 190-181.

277 ראו לעיל הערה 182.

278 ראו לעיל הערה 186.

279 ראו לעיל הערות 182 ו-186.

280 לאחרונה אושרו כמה תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן למרות השוני בסכומי התביעה של חברי הקבוצה. בית-המשפט דחה את הנושא הכספי לשלב מאוחר יותר. ראו לעיל הערות 191 ו-192 וטקסט שם.

281 ראו לעיל הערה 180.

282 ראו פסק-דין לוי נ' פלאמן, לעיל הערה 104, וכן הערה 199 לעיל.

283 ראו לעיל הערה 197, וראו גם הערה 198.

בתובענות ייצוגיות, כדלקמן: למחוק את סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, ולאמץ תחתיו את הנוסח של סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים, שנהקק כעבור כשנתיים.²⁸⁴ הנוסח החדש קובע מנגנוני פיצוי אחיד או פיצויים למטרה ציבורית מקום שפיצוי אישי אינו מעשי. אימוץ הנוסח של חוק ההגבלים העסקיים יפתור קשיים אלה וקשיים נוספים במימוש הליך זה.²⁸⁵

3. התובע אינו מייצג בצורה הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה: דרישה זו, המופיעה בסעיף 35(ב)(4) לחוק הגנת הצרכן, פורשה לעיתים בכתימהמשפט בצורה שהובילה לדחיית הבקשה לאישור.²⁸⁶ הדרישה סבירה, אך השימוש בה צריך שיהיה זהיר וסביר, וקיימת אפשרות שהגישה המסתייגת מתובענות ייצוגיות היא שהובילה לפרשנות שניתנה לדרישה זו.

4. סיכויים סבירים להצלחת התובענה: דרישה זו אינה מופיעה כלל בחוק הגנת הצרכן, ובכל זאת היא התקבלה בסדרת פסקי-דין כדרישה מרכזית לסירוב לאשר בקשות לאישור התביעה כתובענה ייצוגית.²⁸⁷ דרישה זו ראויה, אך היא משתלבת בנימוקים רבים אחרים המונעים אפשרות לאישור תובענה כייצוגית. פתרון לחששות הסמויים של כתימהמשפט עשוי להוביל לפרשנות נוחה יותר לדרישה זו, שהיא, ככלות-הכול, פרי פיתוח עצמאי של כתימהמשפט. לו היה ניתן לתת מענה הולם לחששות השופטים, ייתכן שהיו מאמצים גישה שונה, המעבירה את נטל הראיה מהתובע הייצוגי לנתבע. על הנתבע יהיה להוכיח כי אין סיכוי סביר שהתובענה הייצוגית תצלית.²⁸⁸

5. הגדרה מצומצמת של המונח "צרכן": הגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן מפורטת למדי וכוללת מרכיבים אחדים. אין סיבה לכבול הגדרה זו בתנאים נוספים שאינם מופיעים במפורש בחוק. כפועל יוצא מהגישה המסתייגת של הפסיקה, הוסיפו כתימהמשפט רכיבים נוספים להגדרה, המגבילים עוד יותר את תחולתו של חוק הגנת הצרכן. לדעתי, יש לפרש "שימוש אישי" לפי מבחנים שעיקרם אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי.²⁸⁹ אין סיבה לא לראות בשימוש בטלפון בבית "שימוש אישי" גם כאשר השימוש בו הוא מעורב.²⁹⁰ אין לפסול עסקת ליסינג כעסקה צרכנית²⁹¹ גם כאשר שיטת מימון זו משמשת אמצעי לרכישת רכב לשימוש אישי. לדעתי, אין סיבה להגביל את תחולת החוק רק למקרים שבהם היתה ההטעיה לגבי עסקה בתמורה. גם הבטחות-כזב הנוגעות ב"מתנות לצרכן" הן בגדר הטעיה,²⁹² שאם

284 פרק 11 לחוק הגנת הצרכן נחקק ב-22.7.94. פרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים נחקק ב-10.5.96, וכאותו תאריך הוסף סעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258.
 285 ראו לעיל טקסט ליד הערות 200-205. בפרק הבא יוצג הנוסח וגם יובהרו יתרונותיו של הנוסח החדש.
 286 לעיל הערה 134.
 287 לעיל הערה 141, רשימת דוגמות מהפסיקה.
 288 ראו לעיל טקסט ליד הערות 142-143.
 289 לעיל טקסט ליד הערות 157-159.
 290 אך ראו לעיל הערה 152.
 291 ראו לעיל הערות 155-156.
 292 לדיון מקיף בשאלה אם "מתנות לצרכן" כפופות לחוק הגנת הצרכן ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 203-219. לגישה שונה בנידון ראו ת"א (ת"א) 1784/99 לברזן נ' קלאב דלתה מועדון טיים שיידונג (ישראל) בע"מ (לא פורסם) (7.12.99). לביקורת על פסק-הדין ראו שם, בעמ' 217-219.

לא כן, נאפשר לעוסקים לפרסם פרסומי-כזב לגבי מתנות שונות ללא חשש מהסנקציות של חוק הגנת הצרכן, תוצאה שהינה, לדעונו, בלתי-סבירה בעליל.

6. הצעה לשנות את ההגדרה של "ארגון צרכנים": ארגון צרכנים הוגדר בסעיף 31(ג) לחוק הגנת הצרכן. הגדרה זו רלוונטית גם לצורך הגשת תובענות ייצוגיות על-ידי ארגוני צרכנים. בשל התרחקות התופעה של תובענות שהגישו ארגוני צרכנים בשנים 1999 ואילך,²⁹³ הוכן תזכיר הצעת-חוק המצמצם את הכרת הרשויות בארגוני צרכנים.²⁹⁴ קיים חשש שגם תזכיר זה נובע מהגישה המסתייגת מריבוי תובענות ייצוגיות, אף שרק בודדות מהן עברו את המשוכה של אישור התובענה הייצוגית.

7. קביעה שלפיה פעילותו של מנהל מקרקעי ישראל אינה פעילות של עוסק, ולפיכך אינה כפופה לחוק: חוק הגנת הצרכן חל אך ורק ביחסים שבין צרכן לעוסק (סעיף 1 לחוק). סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן קובע כי "לענין חוק זה דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר". האם פעילותו של מנהל מקרקעי ישראל היא פעילות של עוסק או שמא ניתן להגדירה כפעילות שלטונית שאינה כפופה לחוק הגנת הצרכן? כחלק מהמגמה לצמצום התחולה של תובענות ייצוגיות צרכניות, הוגדרה בפסיקה פעילות המדינה כרשות שלטונית בצורה מרחיבה.²⁹⁵ התוצאה היא, כמונן, צמצום האפשרות ליישום חוק הגנת הצרכן והעדפת תקנה 29 לתקנות סדר-הדין האזרחי עליו.²⁹⁶

8. הדרישה לייחוד עילה: דרישה זו מופיעה במפורש בחוק הגנת הצרכן, ומגבילה את אפשרות התביעה לעילה שעל-פיה הוא יכול "על פי חוק זה לתבוע". לכאורה, אין לגישה המסתייגת של שופטים מתובענות ייצוגיות השפעה על הפרשנות של דרישה זו, שכן דרישה זו מופיעה במפורש בחוק. יחד עם זאת נראה לי כי היה ניתן להתגבר על חלק מהקשיים שדרישה זו מעוררת על-ידי מתן פרשנות מרחיבה להוראות של חוק הגנת הצרכן, דבר שהיה מצמצם את הבעיה. פתרון הבעיה צריך שיהיה בדרך של חקיקה שתותיר את קווי המתאר של חוק הגנת הצרכן, שיחסי צרכן-עוסק במרכזם, אך תבטל את המגבלה של ייחוד עילה לעילות של חוק הגנת הצרכן.²⁹⁷ עד לחיקון החוק, מן הראוי שכתתי-המשפט יקנו פרשנות רחבה לעילות ולסעדים של חוק הגנת הצרכן. הן לגופו של עניין והן מחמת הצורך למתן מגבלה זו.

9. הגדרה מצומצמת של הטעיה: בית-המשפט לא ראה כהטעיה את הגדרתה של מכירת בלוני גז קטנים למילוי סודה ביתית לצרכנים כעסקת "השאלה" לצרכן,²⁹⁸ וזאת אף-על-פי שהגדרה זו פוגעת בצרכנים ומגבילה תחרות. הכרה בהגדרת עסקה בניגוד למהותה סותרת

293 ראו לעיל הערה 161.

294 ראו לעיל הערה 162.

295 ראו לעיל טקסט והערות 164-170.

296 ראו לעיל הערה 171.

297 ראו לעיל טקסט ליד הערות 206-217. הנוסח המוצע הוא: "35א. תובענה ייצוגית – (א) צרכן או ארגון צרכנים כמשמעו בסעיף 31(ג) (להלן – התובע) רשאי לתבוע עוסק, כפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בכל עילה על פי כל דין אשר על פיה הוא יכול לתבוע בשמו (להלן – תובענה ייצוגית)."

298 ראו פסק-דין סודה קלאב בע"מ נ' רמונו, לעיל הערה 75, וראו דיון ביקורתי על פסק-דין זה ביני הערות הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 403-407.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות למתרון

את מגמת הפסיקה שלפיה יש לבחון עסקות לפי מהותן, והחופש של הצדדים להגדירן מוגבל אפילו בעסקות מסחריות.²⁹⁹ אם כך בעסקות מסחריות, על אחת כמה וכמה בעסקות צרכניות. יש רגליים לסכרה שהפרשנות שניתנה הושפעה מן הגישה המסחיית מתובענות ייצוגיות.

10. הגבלת ההטעיה הצרכנית לשלב הטרומס-חוזי בלבד: פרשנות זו היתה סיבה עיקרית לדחיית בקשות רבות לאישור תובענות כתובענות ייצוגיות צרכניות. בעשרות פסקי-דין מחוזיים נקבע כי ניתן לממש תובענות ייצוגיות צרכניות רק בגין אי-קיום הבטחות טרום-חוזיות, ולא בגין אי-קיום התחייבויות חוזיות.³⁰⁰ השאלה טרם הוכרעה בבית-המשפט העליון.³⁰¹ פרשנות זו של בתי-המשפט המחוזיים יש לה על מה שתסמוך. יחד עם זאת, אין ספק כי ההסתייגות של בתי-המשפט מן השימוש בתובענות ייצוגיות צרכניות הקלה על אימוץ גישה זו כמעט ללא לבטים.³⁰² לדעתי, אם לא תבוטל המגבלה של ייחוד עילה בתובענות ייצוגיות צרכניות, יש לבטל לפחות את המגבלה של הגבלת התביעות לשלב הטרומס-חוזי בלבד. לנוכח השוני בין העקרונות והדינים של דיני החוזים הצרכניים לבין דיני החוזים המסחריים,³⁰³ יש מקום לפרשנות שונה בנושא.³⁰⁴ אם לא תתקבל פרשנות זו בפסיקה בתי-המשפט, יש לתקן את חוק הגנת הצרכן ולהוסיף לסעיף 2 בו את סעיף 2(ד) כדלקמן: "הטעיה בחוק זה, לרבות כל מצג במעשה או במתדל שמציג עוסק בין בשלב הטרומס-חוזי, בין במהלך כריתת החוזה ובין בתוכן החוזה."

11. הדרישה להסתמכות אישית של הצרכן על מצגי-השוא: דרישה זו מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן כפי שהוא פורש בעניין *כרזני נ' בוק*.³⁰⁵ פרשנות זו קובעת כי יש להחיל את דיני הנזיקין הכלליים על סעד הפיצויים הנזיקיים. החלת דרישה זו תקשה ביותר על אישור תובענות ייצוגיות. נושא זה נידון בהרחבה במאמרי שפורסם לא-מכבר.³⁰⁶ גם כאן נראה שקיימת אפשרות שהחשש מפני אישור תובענות ייצוגיות השפיע על פרשנות בית-המשפט. במאמר נמתחה ביקורת מקיפה על החלטת הרוב בבית-המשפט, והוצעו כמה פתרונות חקיקתיים לבעיה שנוצרה.³⁰⁷ פתרונות אלה יוצגו בפרק הבא.

סיכומו של דבר, החשש מפני אישור תובענות ייצוגיות צרכניות השפיע על פסיקת בתי-המשפט גם במקרים שהחוק לא קבע בהם עמדה חד-משמעית או לא קבע בהם עמדה כלל. אם מעוניינים למתן את החשש מפני אישור תובענות ייצוגיות, יש להציע פתרונות שיהיה בהם, מצד אחד, משום תשובה לחששות השופטים כפי שהוצגו בתחילת פרק זה,

299 ראו ע"א 2850/99 *בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ*, פ"ד נד(4) 849, וראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 407 והערה 274.
300 ראו לעיל טקסט והערות 221 ו-223.
301 ראו לעיל הערות 226-229.
302 ראו לעיל הערה 223.
303 ראו ס' דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג (תש"ס) 135; דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 317-445.
304 ראו דיני הגנת הצרכן, שם, בעמ' 402-404.
305 לעיל הערה 19.
306 לעיל הערה 17.
307 שם, בעמ' 152-153.

ומצד אחר, משום שיפור ההוראות של חוק הגנת הצרכן, דבר שיקנה לבתי-המשפט כלים טובים יותר להתמודד עם נושא מורכב זה.

ח. הצעות לתיקון של חוק הגנת הצרכן

במאמר זה הוצגו הגורמים, הסיבות והמניעים לאחוז הגבוה של דחיית בקשות לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות. נידונו הסיבות הגלויות והסיבות הסמויות מן העין לתופעה זו. הגעתי למסקנה שללא הצעת תיקוניו משמעותיים לחוק הגנת הצרכן, שמצד אחד ישככו את חששות השופטים, ומצד אחר יציגו חקיקה ברורה ומפורטת שתאפשר את יישום ההליך של תובענה ייצוגית צרכנית, אין סיכוי רב שיחול שינוי במצב. בפרק זה אציג את ההצעות לתיקוני חקיקה בחוק הגנת הצרכן. חלקן כוללות גם הצעת נוסח לחוק וחלקן הצעות רעיוניות בלבד, מבלי להיכנס לפרטי הניסוח. הצעות אלה גם יוסברו בקצרה תוך הסתמכות על מה שכבר הוסבר לאורך המאמר. הצעות אלה רלוונטיות, ככל שהדבר מתאים ובשינויים המחויבים, גם לפרק 11 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ולפרק 11 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, הדנים בתובענות ייצוגיות. חשוב להדגיש כי ההצעות אינן עשויות מקשה אחת. ניתן לאמץ את כולן, את רובן ואף את מקצתן. גם הנוסח שהוצע אינו זכרחי, וניתן לקבל נוסח אחר. לדעתי, כמעט כל הצעה שתקבל יהיה בכוחה לשפר את יישומו של חוק הגנת הצרכן, כך שייחפך למכשיר שיקדם את הגינות המסחר בישראל. בשל מורכבות הנושא, ייתכן שיהיה מקום להקים ועדת מומחים שתבחן מחדש את ההוראות של חוק הגנת הצרכן, סעדיו ותרופותיו; ועדה שתפעל בשיתוף-פעולה עם משרדי הממשלה הרלוונטיים, בסיוע היועץ המשפטי לממשלה.

הצעות תיקון לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (התשס"ג-2003)

(1) להוסיף סעיף 1 חדש לחוק, כדלקמן:

"1. סעיף מטרה – מטרתו של חוק זה היא להגן על הצרכן."

דברי הסבר:

יש סעיפי-מטרה מועטים בחקיקה הישראלית. אולם כאשר הניסיון בתחום מסוים מלמד שבתי-המשפט נוטים להוסיף תנאים וסייגים שאינם מופיעים בחוק, וכאשר בתי-המשפט מפרשים את החוק בניגוד למטרותיו, תוך מתן משקל לעקרונות ולכללים שאינם רלוונטיים לחוק, יש מקום להוסיף סעיף-מטרה. הדוגמה לכך היא סעיף 1 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, הקובע כי "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". סעיף זה הוסף לאור הניסיון הגרוע של יישום חוק החוזים האחידים בנוסחתו המקורי, בשנת תשכ"ד-1964³⁰⁸ יש מקום לסעיף דומה גם בחוק הגנת הצרכן.

308 ראו ס' דויטש "חוק החוזים האחידים: כשלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תש"מ) 62, המפרט בהרחבה את פגמי החוק ומציע לו תיקונים. מאמר זה ומאמרים אחרים צוינו במפורש בהצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 29, כבסיס לשינויים הנדרשים בחוק. אכן, בעקבות המאמרים והצעת-החוק נחקק מחדש חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ס"ח 8.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

(2) להוסיף סעיף 2 חדש לחוק כדלקמן:

”2. פרשנות – חוק זה יש לפרש באופן שיבטיח את זכויות הצרכן ויביא לידי הגשמתן של מטרות החוק.”

דברי הסבר:

מהדברים שהוצגו במאמר זה ובהתבסס על מאמרים קודמים מתברר כי אחת הסיבות העיקריות לקשיים במימוש החוק אינה תוכן החוק או נוסחו, כי אם הפרשנות שניתנה להוראות החוק בבתי-המשפט. באותם נושאים שלא יוצע לגביהם שינוי בנוסח החוק ראוי להבהיר מראש מהי הדרך הראויה לפירושו. התעלמות מהמטרות של הגנת הצרכן בבואנו לפרש את החוק תסכל את מטרותיו ואת האפשרות ליישמו.

הוראות מעין אלה קיימות בקודים ברחבי העולם. לדוגמה, בסעיף 1-102 של ה־Uniform Commercial Code כתוב: “(1) This Act shall be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies.” בסעיף־קטן (2) של הוראה זו ב־U.C.C. מפורטים המטרות והעקרונות של הקוד המסחרי האחיד בארצות־הברית. מומלץ ליישם גישה זו גם ביחס לחוק הגנת הצרכן בישראל.

(3) לשנות את ההגדרה של עסקה בסעיף 1 המקורי בחוק (שייהפך לסעיף 3), כדלקמן:
”עסקה – מכירת נכס או מתן שירות בין בתמורה ובין שלא בתמורה.”

דברי הסבר:

”מתנות” לצרכן הן תופעה נפוצה. קיימת גישה בספרות המשפטית, כמו גם בפסיקה, שחוק הגנת הצרכן אינו חל לגבי מתנות כאלה. לדעתי, גישה זו שגויה, שכן אין להתיר הטעיות, אי־גילוי וניצול במתן מתנות במסגרת עסקה צרכנית. לדעתי, זה המצב גם כיום, ומטרת התיקון היא הבהרה בלבד.³⁰⁹

(4) להוסיף לסעיף 2 הקיים (שייהפך לסעיף 4) את הסעיף־הקטן הבא:

”ד) ‘הטעיה’ בחוק זה, לרבות כל מצג במעשה או במחדל שעוסק מציג, בין בשלב הטרום חוזי, בין במהלך כריתת החוזה ובין בתוכן החוזה.”

דברי הסבר:

הניסיון מלמד שרוב תלונותיו של הצרכן מתייחסות לאי־קיום הבטחות חוזיות ולאי־עמידה בתנאי ההסכם, לאי־התאמה בממכר, לאי־חורים בהספקה ולטענות בדבר איכות ירודה של סחורה ושירות. והגה, דווקא חוק הגנת הצרכן, שמטרתו הגנת הצרכן, אינו עוסק כלל בנושאים אלה לפי הפרשנות המקובלת בבתי־המשפט המחוזיים.³¹⁰ אומנם, פרשנות

309 תיקון זה אינו קשור אומנם לפרק בדבר תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן, אולם כפי שצינתי במקומות אחרים במאמר זה (ראו לעיל טקסט ליד הערות 150-159) ובפרסומים אחרים, כמה מהקשיים באישור תובענות ייצוגיות צרכניות נובעים מהגדרה מצומצמת של המונח “צרכן”.

310 במחקר שערכה סטודנטית מבית־הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה, במסגרת סמינריון ב־דיני חוזים והגנת הצרכן, נבדק מדגם של מאות תיקים בבית־המשפט לתביעות קטנות בתל־אביב (התיקים משנת 1997). ארבעים ואחד מקרים דנו בתביעות של צרכנים. כל התיקים דנו בעילות של חוקי החוזים

סיני דויטש

בתי-המשפט המחוזיים, שלפיה זנוק הגנת הצרכן מוגבל לעילות טרום-חוזיות, אינה הפרשנות היחידה ואין היא מחויבת המציאות, אולם זו הפרשנות המקובלת. כדי להבהיר שחוק הגנת הצרכן אינו מוגבל לשלב הטרום-חוזי בלבד, ראוי לעגן פרשנות זו בהוראת חוק מפורשת. הגבלת תובענות ייצוגיות צרכניות לשלב הטרום-חוזי מהווה, כשלעצמה, סיבה לדחיית חלק ניכר מהתובענות הייצוגיות הצרכניות.

(5) יש לבטל הבחנות מיותרות בחוק הגנת הצרכן, כגון הבחנות בין מכר נכסים לבין מכר שירותים ובין מכר טובין לבין מכר זקרקעין.³¹¹ במקרים רבים קשה להבין מה היתה המטרה או הסיבה להבחנות אלה. התוצאה היא, מכל מקום, הטלת מגבלות על השימוש בחוק הגנת הצרכן מטעמים בלתי-ברורים. כיום ברור שהבחנות אלה מיותרות לחלוטין, ואין הן משרתות מטרה ראויה.³¹²

לשם הבהרה אציין כמה דוגמות: סעיף 9 לחוק הגנת הצרכן מטיל חובה של הודעת פרטים בעסקת אשראי לגבי טובין ושירותים. מכאן שחובה זו אינה חלה לכאורה לגבי נכסים אחרים (כהגדרתם בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן), כגון מקרקעין. אין כל היגיון שחובה זו לא תחול לגבי מקרקעין. בפסק-דין חדשני של בית-המשפט העליון³¹³ נמצאה דרך להחיל הוראה זו גם לגבי מקרקעין. הפתרון הנאות הוא להחיל הוראה זו לגבי כל נכס. דוגמה נוספת היא סעיף 32 לחוק הגנת הצרכן, המאפשר ביטול מכר לגבי נכס, אך לא לגבי שירות. לא ברור מדוע ניתן לנטל עסקת מכר נכסים בשל הטעיה צרכנית, אך לא ניתן לבטל עסקה למתן שירות בגין הטעיה דומה. נראה שיש להוסיף הוראה המחילה סעיף זה גם לגבי שירותים.

(6) להחליף את סעיף 31(א) הקיים, ולכתוב במקומו כדלקמן:
"31. פיצויים – (א) מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב, ג או ד יזכו את הצרכן שנפגע מהעוולה בפיצויים בגובה הנזק שנגרם לו."

להוסיף סעיף 31(3א) כדלקמן:

"(3א) לשם קבלת פיצוי כאמור אין צורך להוכיח הסתמכות על מצגי העוסק."

להוסיף סעיף 31(4א) כדלקמן:

"(4א) תהא זו הגנה טובה לעוסק אם הוכיח כי העובדות לאשורן היו ידועות לצרכן בעת כריתת החוזה."

חוק המכר, ואפילו לא מקרה אחד בעילה לפי חוק הגנת הצרכן. אין זה אומר שערכו של חוק הגנת הצרכן הינו זניח. המחקר גם אינו מוזקר סטטיסטי, אלא מחקר אקראי. מכל מקום, אין ספק שעילותיו של חוק הגנת הצרכן הן חלק קטן בלבד מזכויותיו של הצרכן, וראו לעיל הערה 4.

311 לדיון במונחים "שירות", "נכס", "טובין" ו"מכר" בחוק הגנת הצרכן ראו דיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 189-203.

312 ראו הסבר לצורך בתיקונים אלה לעיל בהערה 309.

313 ראו פסק-דין לנגברט נ' מינהל מקרקעי ישראל, לעיל הערה 166; לדיון בשאלה ראודיני הגנת הצרכן, לעיל הערה 1, בעמ' 196-197.

דברי הסבר :

החלת דיני הנזיקין על חוק הגנת הצרכן, כפי שנקבע בדעת הרוב בפסק-דין כרזני נ' בזק,³¹⁴ מצמצמת מאוד את האפשרות לקבל פיצוי כספי מכוח חוק הגנת הצרכן. הקושי כפול ומכופל לגבי תובענות ייצוגיות, שכן קיים קושי ממשי להוכיח מי מחברי הקבוצה הסתמך על מצגי העוסק ומי לא. יתר על-כן, אם יש לעמוד בכל הדרישות של פקודת הנזיקין, הרי שחוק הגנת הצרכן נהפך בנושאים אלה למיותר כמעט.

ההסברים לתיקונים אלה מופיעים במפורט במאמר הדן בנושא דרישת ההסתמכות על מצגי-השווא של המטעה.³¹⁵ בקצרה, מוצגות כאן שלושה הצעות לתיקון: התיקון הראשון מנתק את הקשר בין החיוב בפיצוי מכוח חוק הגנת הצרכן לבין פקודת הנזיקין. התיקון השני מבטל את הדרישה להסתמכות, ומותיר רק את הדרישה לקשר סיבתי בין ההטעה לבין הנזק שנגרם. התיקון השלישי מקנה הגנה לעוסק באותם מקרים שבהם היו העובדות ידועות לצרכן.

(7) להוסיף סעיף 31א חדש כדלקמן:

"31א. תרופות הנפגע – בית-המשפט יהיה רשאי, נוסף לכל הסעדים האמורים בחוק זה, להורות על כל סעד וליתן כל הוראה אחרת שתיראה צודקת בנסיבות הענין."

דברי הסבר :

הסעדים האזרחיים המפורשים של חוק הגנת הצרכן הם סעד הפיצויים בסעיף 31 לחוק והסעד של ביטול מכר בסעיף 32 לחוק. לעיתים, הסעד המבוקש הוא אכיפה או השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. סעדים אלה יידי הכרה בסעדים שאינם מופיעים במפורש בחוק. הפתרון הראוי הוא לקבוע הוראה כללית כזו בחוק הגנת הצרכן. לתיקון זה שתי מטרות נוספות. האחת, לאפשר תרופות אינם מופיעים בחוק. בתי-המשפט המחוזיים³¹⁶ מצאו לעיתים דרך להתגבר על קשיים אלה עלשל ציורי, דוגמת סעיפים 71-76 לפקודת הנזיקין, והאחרת, לאפשר סעדים זמניים וסעדי-עזר לסעדים העיקריים. סמכות כזו מופיעה בסעיף 22(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אולם אין להחילה באופן אוטומטי על חוק הגנת הצרכן. וגם אם כן,³¹⁷ ראוי שתהיה הוראה מפורשת בנידון למען הסר ספק.

(8) לשנות את סעיף 35א(א) כדלקמן:

"35א. תובענה ייצוגית – (א) צרכן או ארגון צרכנים כמשמעו בסעיף 31(ג) (להלן – התובע) רשאי לתבוע עוסק, כפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בכל עילה על פי כל דין אשר על פיה הוא יכול לתבוע בשמו (להלן – תובענה ייצוגית)."

314 לעיל הערה 19. לביקורת על פסק-הדין ראו דויטש, לעיל הערה 17.

315 דויטש, שם.

316 ראו, לדוגמה, בעניין המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, לעיל הערה 5, בפסקה 33, שם חידש בית-המשפט גם סעדים חוזיים בנימוק "שאם נפרש את הוראות החוק ללא סעד בצד הפרחן – מה יועילו?".

317 פתרון אפשרי נוסף הוא הסתמכות על סעיף 75 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ראו לעיל טקסט ליד הערות 201-205.

סיני דויטש

דברי הסבר :

מטרתם של השינויים המוצעים בנועף זה³¹⁸ היא לכטל את הדרישה לייחוד עילה הקיימת כיום בנושא של תובענות ייצוגיות צרכניות. מטרת השינוי היא לאפשר תובענות ייצוגיות צרכניות ביחסים שבין צרכן לעוזק "על פי כל דין", בדומה לנוסח של חוק החברות, התשנ"ט-1999, מבלי להגביל את זכותה לעילות של חוק הגנת הצרכן בלבד. רוב העולות הנעשות לצרכן אינן מוסדרות בהוראות של חוק הגנת הצרכן. ההגבלה של "ייחוד עילה" היתה ועודנה סיבה חשובה לדחיית מספר רב של תובענות ייצוגיות צרכניות עוד בשלב הבקשה לאישור.³¹⁹

לא התייחסתי בתיקון זה לשינויים הצפויים בהגדרת "ארגון צרכנים" בסעיף 31(ג) של חוק הגנת הצרכן, מאחר שבשלב זה לא ברור עדיין איזה תוכן יהיה לשינוי שיתקבל, אם יתקבל.³²⁰

(9) לשנות את סעיף 335, פסקות (2) ו-(3), כדלקמן:³²¹

"335.

(2) שאלות מהותיות של עוכדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה;

(3) התובענה הייצוגית היא הזדך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין בשים לב, בין השאר, לגודלה של הקבוצה."

דברי הסבר :

נוסח זה לקוח מסעיף 210(א) פסקות (2) ו-(3) של חוק החברות, התשנ"ט-1999. השינוי הוא בעיקר לגבי פסקה (3) בנוסח הקייוו של סעיף 335, שפורשה בפסיקה כדרישה לזהות בסעד, וכתוצאה מכך נדחו בקשות רבות. במקרים אחרים היה האישור לתובענה ייצוגית הצהרתית

318 ראו לעיל טקסט ליד הערה 245.

319 לדיון מלא בנימוקים המצדיקים שינוי זה ראו לעיל פרק 1.

320 ראו לעיל הערה 162, שם ציינתי שאני מתנגד לשינוי כפי שהוצע בנוסח הראשון של תזכיר הצעת החוק.

321 נוסח חלופי שהוצע בעקבות ישיבת משפטים מומחים לתובענות ייצוגיות במשרדי המועצה הישראלית לצרכנות, באוגוסט 2002, הוא כדלקמן:

"335. סייג לאישור בית המשפט -

הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט והוא לא יאשרה, אם שוכנע שנתקיים אחד מאלה:

(א) התובענה הוגשה בחוסר תום לב;

(ב) גודלה של הקבוצה אינו מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית;

(ג) התובענה הייצוגית אינה דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

(ד) קיים יסוד סביר להניח כי התובע אינו מייצג בדרך הולמת את עניינם של הנמנים עם הקבוצה."

דברי הסבר: ביסודה של הצעה זו כיונה להעביר את נטל הראיה מהתובע לנתבע, שכן קל יותר להוכיח חוסר תום לב מאשר להוכיח תום לב. הצעה זו שונה מהנוסח המקובל בחוקים הדנים בתובענות ייצוגיות, למעט סעיף 11 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, המנוסח בדיוק בשיטה זו, דהיינו, הנטל הוא על הנתבע.

הערה: הצעה זו מרחיקה לכת, לדעתי. יחד עם זאת ניתן לשקול ניסוח של הוראה שתעביר את נטל הראיה בשאלת סיכויי התביעה. ראו לעיל טקסט ליד הערה 144.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

בלבר.³²² נוסח זה צועד בעקבות הנוסח הקיים בכלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאית, והוא יאפשר אישור של תובענות ייצוגיות גם כאשר יש שוני בגובה הפיצוי המבוקש על-ידי קבוצת הצרכנים, כל עוד יש אחדות בשאלות חשובות של עובדה או משפט.³²³

(10) לשנות את סעיף 35ט כדלקמן:

“35ט. שיפוי ופיצוי מיוחד

(א) פסק בית המשפט פיצוי כספי בתובענה ייצוגית, הוא רשאי:

- (1) להורות כי הפיצויים ישולמו לאלתר או תוך תקופה שיקבע בית המשפט;
 - (2) להורות שהפיצויים ישולמו בתשלומים תקופתיים, בתנאים שיקבע בית המשפט;
 - (3) להורות שחלק הנראה לו מהסכום שפסק, לאחר ניכוי ההוצאות ושכר טרחתו של עורך דין, ישולם לתובע שטרם בהגשת התובענה ובהוכחתה, והיתרה תחולק בין הנמנים עם הקבוצה באופן יחסי לנזקיהם, או בכל דרך אחרת שיוורה בית-שפט.
- (ב) ראה בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, הוא רשאי להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין.³²⁴

נוסח חלופי לסעיף-קטן (ב):

“פסק בית המשפט סכום כולל של פיצוי כספי בתובענה, הוא רשאי לתת הוראות לגבי השימוש ביתרה שתיוותר אם חלק מחברי הקבוצה לא הוכיחו את זכותם לסעד.”

דברי הסבר:

נוסח זה לקוח מסעיף 46ט לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ומסעיף 16ט לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981. יש מקום ליתר אחידות בין הפרקים השונים הדנים בתובענות ייצוגיות. מטרתו של תיקון זה היא לאפשר אישור ודין בתובענה ייצוגית גם כאשר ידוע מראש שהאפשרות לחלוקת הפיצוי לכלל חברי הקבוצה הנפגעת אינה גדולה, וזאת בשל הסכום הנמוך של התביעה. אין סיבה שאפשרות זו תהיה קיימת לגבי הגבלים עסקיים ובנקאות ולא לגבי תובענות ייצוגיות צרכניות.³²⁵

כך גם נהגו הצדדים בפועל בהסכם פשרה שקיבל חוקף של פסק-דין.³²⁶ במקום התשלום לצרכנים חברי הקבוצה שפרשו מחברת פלאפון, ולכן לא ניתן לזכותם בזמן-אוויר, ניתנה תרומה לאגודה למלחמה בסרטן בסך 420,000 ש"ח. מכאן שההצעה שהוצעה כאן כבר

322 לדיון בנושא זה ראו לעיל פרק ה.

323 ראו לעיל טקסט ליד הערות 275-280.

324 ראו לעיל טקסט ליד הערות 196-204, 283-285.

325 הנוסח החלופי לסעיף-קטן (ב) מצומצם לכאורה מן הנוסח של חוק ההגבלים העסקיים, אך יש בו שני חידושים: האחד, אפשרות למתן פסק-דין כולל, ולא פרטני. האחר, מתן פסק-דין כולל תוך השארת הנושא של חלוקת הכסף לשלב מאוחר יותר בעת ביצוע פסק-הדין.

326 ראו לעיל הערה 104.

סיני דויטש

מומשה בפועל במסגרת הסכם פשרה,³²⁷ ואין סיבה לא להסמיך את בתי-המשפט לילך בדרך זו גם כאשר ניתן פסק-דין.³²⁸ סעיף-קטן (א) אינו כולל זיודושים מפליגים, ועיקרו מתן סמכויות רחבות יותר לבית-המשפט למימוש החלטותיו בנושא תובענות ייצוגיות. הנוסח החלופי של סעיף-קטן (ב) לקוח מסעיף 216 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. גם נוסח זה מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת, אם כי מצומצם יותר.³²⁹

(11) להוסיף סעיף 35א כדלקמן:

"35א. פיצוי אחיד – ראה בית-המשפט כי בשל ההבדלים בגובה הנוק שנגרם לכל אחד מהצרכנים והסכום הנמון של הפיצויים לכל אחד מהם, לא יהיה זה מעשי לחשב או להשיב את הפיצוי בנפרד לכל אחד מהם, הוא רשאי להורות על סעד אחיד לכל חברי הקבוצה, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין."

דברי הסבר:

נניח שחברה הגותנת שירותים לנוספר גדול מאוד של צרכנים הטעתה אותם לגבי שירות מסוים. גם כאשר ישוכנע בית-המשפט שהיתה הטעיה וכי התמלאו יתר הדרישות המוקדמות לאישור תובענה ייצוגית, תישאר הבעיה כיצד לחשב את הפגיעה בכל צרכן. חישוב כזה עשוי לסכל את החלטת בית-המשפט. הויתרון שנמצא בכמה פסקי-דין היה התעלמות מן ההבדלים בנוק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה וקביעת פיצוי אחיד. כך נעשה בפרשת מזל נ' דיסקברי³³⁰ וכן בפרשת לוי נ' פלאפון.³³¹ ראוי שפתרון זה יעוגן בחקיקה מפורשת. הצעה זו רלוונטית כמובן רק למקרים שבהם הנוק לכל צרכן קטן ומספר הנפגעים גדול מאוד, שאם לא כן, יש לאפשר לכל צרכן לממש את תביעתו לאחר שיינתן פסק-דין עקרוני לטובת כלל חברי הקבוצה.

(12) להוסיף סעיף 35ב, כדלקמן:³³²

"35ב. שיקול דעת בהגבלת גובה הפיצוי – בית המשפט, בבואו לקבוע את גובה הפיצוי הכספי, רשאי להורות על תשלום נמוך ממלוא הנוק שנגרם וזאת על-מנת שלא לסכן את היציבות הכלכלית של הנתבע."

327 ראו לעיל הערה 196, שכך נעשה גם בהסכם גישור בפרשת בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות, לעיל הערה 107.

328 ראו עניין חנוכה נ' ראבי, לעיל הערות 89 ו-90, וכן טקסט ליד הערה 205.

329 ראו לעיל פרק ז – "הסיבות הסמויות מן העין לאי-אישור תובענות ייצוגיות".

330 ראו לעיל הערה 180. חישוב עוגמה-הנפש היה זהה לכל הלקוחות.

331 ראו לעיל הערה 199. חישוב הפיצוי היה אחיד לכל לקוחות פלאפון (זמן-אוויר של חמש דקות), מבלי לבדוק מהו הנוק שנגרם בפועל לכל אחד מחברי הקבוצה.

332 נוסח חלופי שהוצע בישיבת משפטים מומחים לתובענות ייצוגיות במשרדי המועצה הישראלית לצרכנות, באוגוסט 2002, קובע כך: "ראה בית-המשפט שפסיקת פיצויים בסכום הראוי לפי הדין תהיה בנסיבות העניין בלתי צודקת מאחר שראה שהנתבע לא יוכל לעמוד בתשלום הסכום ושראוי לאפשר לנתבע להמשיך בניהול עסקו, רשאי הוא להפחית את הפיצויים לסכום נמוך יותר, וכן רשאי הוא להורות על תשלום לשיעורין או בד"ך הפרשת סכומים מתוך רווחי הנתבע או כל סעד אחר במקומם."

הצעה חלופית:

“בית המשפט יהיה רשאי לקבוע פיצוי כולל מופחת בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין וזאת מנימוקים שיירשמו.”

דברי הסבר:

סעיף זה חדשני. הוראה זו מעוררת בעיות קשות, מחד גיסא,³³³ ומגדילה את הסיכויים לאישור תובענות ייצוגיות צרכניות, מאידך גיסא. אחת הסיבות העיקריות לכך שתובענות ייצוגיות נדחות היא החשש מפני השפעה הרסנית שיגרום אישורן לגופים הנתבעים. עצם גודלה של התובענה הייצוגית הוא לעיתים סיבה מכרעת לדחייתה עוד לפני שניגשים לדון בשאלת רצינותה וסיכוייה. יש מקום לתת לבית-המשפט שיקול-דעת, גם כאשר השתכנע בצדקת התובענה הייצוגית, להורות על תשלום חלקי של הנזק, כדי שהנתבע לא יקרוס. בית-המשפט אינו חייב לשקול שיקול זה בכל מקרה, אולם כאשר מדובר בגופים המספקים שירותים לכלל הציבור, שיקול זה עשוי להיות רלוונטי. הרעיון הוא חדשני, אך אפשרי לדעתי בהליך שאינו הליך אדברסרי רגיל. רעיון זה לקוח מהמשפט האמריקאי³³⁴ הקובע כי אין להטיל פיצויים עונשיים בגובה שישכנן את היציבות הכלכלית של הנתבעים. סביר להניח שהוראה כזו עשויה לעורר התנגדות. החלופה הפחות ראויה, לדעתי, היא שתובענות ייצוגיות צרכניות ימשיכו להידחות. בכל מקרה, מי שמעוניין להגיש תביעה אישית לנוכח הגבלת הפיצוי שבית-המשפט עשוי לקבוע יכול לבקש לא להיכלל כחלק מהקבוצה (סעיף 335ג) (לחקוק).

ההצעה החלופית, שגם היא חדשנית כקודמתה, תאפשר לבית-המשפט שיקול-דעת בקביעת הפיצוי הכולל לציבור הצרכנים שלא יהיה זהה לגובה הנזק שנגרם. הרעיון לקבוע

333 הוראה כזו תעורר גם בעיות מעשיות קשות. כיצד ניתן לשכנע את בית-המשפט שיש סכנה ליציבות הכלכלית של הנתבעים? האם יש הכרח שהתשלום יביא לידי חדלות-פירעון, או שמא די בסיכון היציבות הכלכלית של הנתבעים גם ללא חשש לחדלות-פירעון? למרות הקשיים, יש מקום, לדעתי, לשקול הצעה בכיוון זה.

334 בארצות-הברית מקובל שיש להתחשב ביכולת הכלכלית של הנתבע במתן פסק-דין של פיצויים עונשיים. מקור חשוב בנושא זה הוא: D. Dobbs *Law of Remedies* (2nd ed., 1993). פדופסור דובס מפנה בספר למספר ניכר של פסק-דין שבהם בחנו אם הפיצויים העונשיים אינם עולים על אחוז מסוים משווי הנכס של הנתבע. הדוגמות שהובאו היו בין 0.1% ל-5% (שם, הערת-שוליים 1). בפסק-דין רבים נקבע כי ללא הוכחת יכולתו של הנתבע לשלם, ייפסקו רק פיצויים עונשיים מזעריים (שם, הערת-שוליים 7). קיימת הסכמה רחבה שאין להטיל פיצויים עונשיים שיביאו לידי ירידה ברמת השירותים לציבור (שם, בעמ' 322 הערת-שוליים 32). במדינת קליפורניה נפסק כי ללא הוכחת יכולתו של הנתבע, קיימים ספקות לגבי החוקיות של פיצויים עונשיים, שם, בעמ' 345-352, וראו את פסק-הדין המנחה: *Adams v. Murakami*, 813 P. 21 1348 (1991). לדיון נוסף בנושא ראו: D. Owen "Problems in Assessing Punitive Damages Against Manufacturers of Defective Products" 49 *U. Chi. L. Rev.* (1982) 1, 19-20. במקרה ידוע, שבו הטיל חבר-המושבעים על חברת פורד פיצוי עונשי בגובה 125 מיליון דולר, הוריד השופט את הפיצוי לסך של 3 מיליון דולר. פסק-הדין אושר בערעור. ראו: G. Schwartz "Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment" 56 *So. Cal. L. Rev.* (1983) 135, note 3. כמוכן יש שוני בין פיצויים עונשיים לבין תובענות ייצוגיות, אך נראה שיש להחיל כללים דומים משיקולים דומים.

סיני דויטש

פיצוי כולל שלא על-סמך תחשיב מדויק קיים כבר כיום בסעיף 216(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999. הרעיון של מתן פיצוי שיש בו שיקול-דעת קיים בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970: "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שיראה לו כנסיכות העניין". החלופה היא שהתובענה תידחה בשל קשיים בהערכת הנזק או בגין החשש מפני פגיעה קשה מדי בנתבעים. כדי להבטיח את אינטרס הנתבעים, ההצעה מוגבלת לפיצוי מופחת, ואין לבית-המשפט שיקול-דעת להעניק פיצוי-יתר. החשש שמא לא יקבל הצרכן את מלוא הפיצוי המגיע לו קטן מהחשש שמא לא וואושר התובענה הייצוגית כלל, ואז לא יקבל הצרכן כל פיצוי, וזאת בשל הסיכוי הקטן שהוגש תביעה אישית. מי שאינו מעוניין בתוצאה כזו יוכל להגיש תובענה אישית ולהודיע שאינו חלק מהקבוצה (סעיף 35ג(ב) לחוק). הקניית סמכויות אלה לבתי-המשפט עשויה ליצור סיכוי של ממש לאישור תובענות ייצוגיות ולמתן פסקי-דין סופיים בנושא.

(13) תיקון תקנות סדרי-הדין לעניין תובענה ייצוגית:

הדיון בהצעות לתיקון תקנות סדרי הדין לעניין תובענה ייצוגית חורג ממסגרת רשימה זו.³³⁵ על כל נושא שאינו מוסדר באופן שונה בתקנות סדרי-הדין של תובענות ייצוגיות חלות ההוראות של תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1994.³³⁶ הוראה זו באה להסדיר את הנושאים הטכניים שלא הוסדרו במופרט בתקנות מיוחדות לעניין תובענות ייצוגיות. תקנות סדרי-הדין האזרחי דורשות לפרט את גובה סכום התביעה הן בתקנה 9(9), הקובעת כי יש לציין את שווי של נושא התובענה ככל שאפשר לקובעו, והן בתקנה 16(א), הקובעת כי אם היתה התביעה לסכום כסף, "יפורש בכתב התביעה הסכום הנתבע במדויק". ציון סכום התביעה בתובענות ייצוגיות הוא, במקרים רבים, חסר חשיבות. מאחר שהבקשה לאישור תובענה ייצוגית אינה כרוכה בתשלום לגבי החלק הקבוצתי, אין כל מגבלה בנקיבת סכומי-עתק. התוצאה היא שלעיתים נוקטים בסכומים של מיליארדים. האפשרות לנקוב בסכומים אסטרונומיים אינה מועילה לתובענה הייצוגית, אלא להיפך. היא מגדילה את הסיכוי שהתובענה תידחה או תימחק.³³⁷ כבר ציינו שאחד הגורמים לרתיעה מפני אישור תובענות ייצוגיות הוא הסכומים האסטרונומיים. גם כאשר יש בסיס לטענות שהועלו בתובענה הייצוגית, אישורה כתובענה ייצוגית שתכלול גם את סכומי התביעה עלולה לגרום

335 לאחרונה פרסמה מחלקת יעוץ וחקיקה (כלכלי-פיסקלי) במשרד המשפטים טיוטה של תקנות החברות (תובענה ייצוגית), התשס"ג-2003: 29.12.02. התקנות המוצעות באות להחליף את תקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991. התקנות הועברו לעיון גורמים שונים בציבור. ב-3.3.03 הגבתי עליהן. התקנות הקיימות בתובענות ייצוגיות צרכניות מוסדרות בתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995, הוחתם כמעט לחלוטין לנוסח תקנת ניירות-הערך. ב-3.3.03 פניתי למשנה ליועץ המשפטי לממשלה, טנה שפניץ, בבקשה לעדכן גם את תקנות התובענות הייצוגיות של חוק הגנת הצרכן.

336 תקנה 11: תחולת תקנות סדרי הדין

337 ראו לעיל הערה 272.

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

נזק רב לנתבע.³³⁸ פסקי-הדין והפשרות שמגיעים אליהן בסופו של הליך הם בסכומים צנועים בהרבה.

מוצע להוסיף בתקנות סדרי-הדין הוראה שלא תהיה חובה לציין את סכום התובענה, להכדיל מן ההוראות שבתקנות 9(9) ו-16(א) לתקנות סדרי-הדין האזרחי. התובע יוכל לציין את הסכום, אך לא יהיה חייב לעשות כן. ציון סכום התובענה בשלב האישור יהיה נתון לשיקול-דעת בית-המשפט, וזאת בהתאם לנסיבות העניין.

(14) להוסיף סעיף 35, שלפיו יהיה בית-המשפט רשאי להורות על הקמת קרן נאמנות לשם מימוש פסק-הדין.

דברי הסבר:

יש לקוות שבסופו של דבר יהיו יותר פסקי-דין שיורו על תשלומים לציבור הצרכנים בעקבות הצלחה בתובענות ייצוגיות. בשלבי הביצוע עלולות להתעורר בעיות לא-קלות. ראוי שתוקם קרן נאמנות, שתנוהל על-ידי עורכי-הדין של הצדדים או על-ידי כל גורם אחר שעליו יחליט בית-המשפט, לשם מימוש פסק-הדין. ייתכן שיהיה צורך בתקנות שיבהירו ויפרטו את ההליכים. הרעיון עצמו כבר הוצע בפסק-דין *ינוכד נ' מדינת ישראל*.³³⁹

סיכומו של דבר:

אימוץ ההצעות לחקיקה יאפשר לבתי-המשפט מרחב תמרון רחב יותר ויגדיל במידה משמעותית את האפשרות לאשר תובענות ייצוגיות צרכניות. עדיין, בסופו של דבר, מה שיקבע הוא: האם יוגשו תובענות בנושאים ראויים? האם יעשו עורכי-הדין את העבודה הנדרשת להגשת תובענות כאלה? והאם יפנימו בתי-המשפט את ההצדקה ואת ההיגיון שבהליך זה?

תיקוני החוק שהוצעו עשויים להקל על מתן החלטות ענייניות באותם מקרים שבהם ימצאו בתי-המשפט כי התביעות מצדיקות זאת. הנושא של תובענות ייצוגיות הוא שהפך לראשונה את נושא הגנת הצרכן לנושא שיש לגביו דיונים של ממש בבתי-המשפט. אין ספק שלאחוז הגבוה של דחיית בקשות יש תוצא מצנן. ראוי לעשות כל מאמץ סביר לא להרוס תהליך זה באיכו, ולאפשר את מימושו כעוד אמצעי חשוב לחיזוק המסחר ההוגן בישראל.

338 ראו לעיל טקסט בין הערות 253-272.

339 לעיל הערה 70, בפסקה ד.

סיני דויטש

נספח א

תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנוז הצרכן רשימת פסקי-דין (לפי סדר א – ב)

א.

- ת"א (ת"א) 1736/00 אבישר נ' עיר השעשועים (טרם פורסם)
כש"א 4152/97 אזוב דליה נ' עיריית ירושלים, תקדין עליון 97(3) 589
ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787
ת"א (ת"א) 1566/99 אתרק נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ, תקדין מחוזי 2000 (2)
14639
ת"א (ת"א) 65/97 איגוד הצרכנים בישראל הבלתי תלוי נ' זלר אבלגון ליסינג בע"מ, דינים מחוזי
לב(1) 530
כש"א (י-ם) 4297/99 אלישע נ' מדינת ישראל – משרד הכריאות, פ"מ תש"ס (1) 91
ת"א (ת"א) 1586/00 אלרונט נ' מפעל היזיס, תקדין מחוזי 2000 (3) 5937
ת"א (ת"א) 1228/00 אלרואי נ' תגובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חלב (טרם פורסם)
ת"א (י-ם) 1509/97 אפיק מלמד נ' סלקום ישראל בע"מ, תקדין מחוזי 98(2) 2137
ת"א (ת"א) 1036/97 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, דינים לב(1) 516
רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600
ה"מ (י-ם) 2670/98 אשור נ' חברת שיכון ומלאכה, תקדין מחוזי 99(2) 662
ת"א (ת"א) 492/98 אשר נ' שרכיט (לא פורסם)

ב.

- המ' (ח"י) 28404/97 בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות, פ"מ תשנ"ח (1) 337
ת"א (י-ם) 1268/96 בן דוד נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (לא פורסם)
רע"א 6567/97 בזק נ' עיזבון המנוח אליהו גת, פ"ד נב(2) 713
ת"א (ת"א) 827/96 ברזט נ' דוחקניד (לא פורסם) (סקירה משפטית)
ת"א (ת"א) 916/96 ברזני נ' בזק (לא פורסם) (סקירה משפטית)
ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584
ת"א (ת"א) 1600/99 ברנשטיין נ' תבל (לא פורסם)
בר"ע (ב"ש) 663/00 ברקאי נ' מינהל מקרקעי ישראל, תקדין מחוזי 2001 (1) 2172

ג.

- המ' (י-ם) 4005/96 גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק, תקדין מחוזי 97(3) 2055
ת"א (ת"א) 1520/00 גולן נ' מפעל הפיס (3.5.01) (טרם פורסם)
ת"א (ת"א) 937/96 גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, דינים מחוזי כו(5) 356
המ' (י-ם) 4096/96 גורודיסקי נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (לא פורסם)
רע"א 1399/96 גורודיסקי נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, תקדין עליון 98(2) 532

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

ח"א (ת"א) 576/98 גרוני נ' כיו אומגה (ישראל) בע"מ, דינים מחוזי לב(2) 502
ח"א (ת"א) 1299/01 גרוסטר נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת, תקדין מחוזי 2001 (3) 2257
המ' (חי') 23231/97 גרנות נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, תקדין מחוזי 97(3) 114
ע"א 1824/97 גרפי נ' פלא-פון, תקדין עליון 99(2) 479

ד.

המ' (חי') 28680/97 דדון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשנ"ט (2) 865
ח"א (ת"א) 14199/96 דורון נ' סקום (ישראל) בע"מ (לא פורסם) (סקירה משפטית)

ה.

בש"א 3273/97 דלוי נ' חברת בוק בינלאומי בע"מ (לא פורסם)

ו.

ח"א (ת"א) 999/95 זיטלגו מפעלי טקסטיל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם)
ח"א (ת"א) 2267/98 זיסולי נ' TWA (טרם פורסם) (נבו)

ז.

ח"א (נצ') 744/97 דני זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, תקדין מחוזי 98(2) 2851
ח"א (נצ') 785/98 עיטל זילברשלג נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ט (2) 385
ח"א (ת"א) 16/97 זימבר נ' עיריית תל-אביב, דינים מחוזי לב(2) 507
ח"א (ת"א) 579/96 זיתוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (8.10.96)
בש"א 7643/96 זיתוני נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 96(4) 10
בש"א (ת"א) 2380/00 זלצמן נ' טיכון ויל אחזקות בע"מ, פ"מ תש"ס (1) 793

ח.

המ' (י-ם) 24465/95 חברת גני שמש בנין ופיתוח ונכסים בע"מ נ' ערים חב' לפיתוח עירוני, תקדין
מחוזי 96(2) 2844
המ' (חי') 27457/97 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מאידסון, דינים מחוזי כז(2) 339
ח"א (ת"א) 2271/00 חננאל נ' קלאב הוטל (טרם פורסם).

י.

ח"א (ת"א) 388/96 יערי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (סקירה משפטית)
ע"א 7418/96 יערי נ' מינהל מקרקעי ישראל, תקדין עליון 96(3) 90

ל.

ח"א (ת"א) 1784/99 לכרן נ' קלאב דלתה (לא פורסם) (7.12.99)
המ' (ת"א) 12878/96 להב נ' ירוקום תקשורת סלולרית בע"מ (לא פורסם)
ח"א (חי') 1081/95 ליביה נ' המועצה הדתית כרמיאל, דינים מחוזי לב(7) 729
רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168

סיני דויטש

ת"א (ת"א) 949/96 לנדשטיין נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (23.6.97)
ת"א (ת"א) 1491/97 לוי נ' כספי נ' בע"מ (לא פורסם) (11.1.98)

מ.

המ' (ח"י) 3259/95 מאירסון נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, תקדין מחוזי 2000 (3) 32756
רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876
ת"א (ת"א) 765/96, 382 מדינת ישראל נ' לנגברט, דינים מחוזי לב(8) 996
דנ"א 35/100 מדינת ישראל נ' לנגברט, תקדין עליון 2000 (3) 796
רע"א 5615/98 מוזס נ' מוסף המרכז של המדינה בע"מ, תקדין עליון (4) 98 42
בש"א 8024/98 מוזס נ' מוסף המרכז של המדינה בע"מ, תקדין עליון (3) 99 1019
ת"א (ת"א) 1341/00 מול נ' דיסקברי סוכנות דוגמנות בינלאומית בע"מ, דינים מחוזי לג(1) 223
ת"א (ת"א) 2889/00 המועצה הישראלית לצרכנות נ' זולרד וזילד ריזורטס (לא פורסם)
רע"א 3543/00 המועצה הישראלית לצרכנות נ' רשות שדות התעופה בישראל, תקדין עליון 2000
265 (3)
ת"א (ת"א) 2204/98 המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ,
דינים מחוזי לב(2) 843
רע"א 7348/97 המרכז הרפואי תל-אביב נ' מואסי, תקדין עליון (1) 98 388

ס.

רע"א 6164/99 סודה קלאב בע"מ נ' רמוח, פ"ד נה(1) 412
המ' (י-ם) 3504/97 סוסינסקי נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תקדין מחוזי (2) 98 2015
רע"א 6318/00 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז נ' אחרק, תקדין עליון (2) 2001 1154

ע.

ת"א (ב"ש) 2172/96 עזבון המנוח אליהו גת נ' בוק, תקדין מחוזי (3) 97 960
ת"א (ת"א) 755/96 עזוגד נ' עמינה (לא פורסם) (סקירה משפטית)
ת"א (ב"ש) 265/95 עטור נ' משרד הבינוי והשיכון, תקדין מחוזי (2) 97 690
ת"א (ת"א) 2318/00 עידן נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (17.4.01)
ת"א (ת"א) 2245/00 עמותת "קו חם לצרכן" נ' בוק, תקדין מחוזי 2002 (1) 1085
בש"א (ת"א) 6657/01 עמותת "קו חם לצרכן" נ' בוק, תקדין מחוזי 2001 (2) 2470
רע"א 6193/00 עמותת "קו חם לצרכן" נ' חברת ט.ו.א. בע"מ, תקדין עליון (3) 2000 1838
ת"א (ח"י) 1306/99 עמותת "קו חם לצרכן" נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ, תקדין מחוזי 2000 (2)
9472

פ.

בש"א (ב"ש) 7876/00 פול נ' עיריית אשקלון, דינים מחוזי לב(10) 704
ת"א (ת"א) 2738/99 פלאפון תקשורת בע"מ נ' שאדי (לא פורסם)
ת"א (ת"א) 2157/99 סמואלס פרד נ' עיריית דחובות, תקדין מחוזי 2000 (2) 22164
רע"א 6259/00 פשיגודה נ' מדינת ישראל, תקדין עליון (3) 2000 2207

תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון

צ.

המ' (ת"א) 11102/96 צ'רטוק נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (סקירה משפטית)

ק.

ת"א (ת"א) 3266/98 קדם נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, דינים מחוזי לב (4) 479

ע"א 8463/99 קדם נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נג (1) 668

ת"א (י-ם) 1685/97 קניאל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, דינים מחוזי לב (3) 570

ח"א (ת"א) 709,720/95 קריצ'מן נ' סלקום ישראל בע"מ (לא פורסם) (30.10.96)

ר.

ת"א (ת"א) 1372/95 ראבי נ' תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית ישראלית בע"מ (לא

פורסם)

ת"א (ת"א) 219/97 דזונולד נ' חברה קדישא (לא פורסם)

ת"א (ת"א) 1812/00 דינת נ' סלקום (טרם פורסם)

ת"א (ת"א) 2399/98 הרשות להגנת הצרכן בהסתדרות נ' סופרנו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ,

דינים מחוזי כרך לב (6) 843

ש.

ת"א (ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת (לא פורסם)

ת"א (ת"א) 1475/00 שגיב נ' אינטרנט זהב (טרם פורסם)

המ' (חיי) 24480/97 שועלי נ' מינהל מקרקעי ישראל, תקדין מחוזי 98 (3) 965

ת"א (ת"א) 2504/99 שטיינברג נ' סלקום בע"מ, תקדין מחוזי 2000 (3) 6095

ת"א (י-ם) 1165/97 שימונוב נ' חברת קדישא, תקדין מחוזי 98 (2) 3319

ת"א (ת"א) 2563/99 שלומוביץ נ' סקאל דיזיט פרי בע"מ, תקדין מחוזי 2002 (1) 23

ת"א (ת"א) 6787/96 שרון שדה נ' סלגרף תקשורת בע"מ (לא פורסם) (סקירה משפטית)

המ' (ת"א) 4333/95 שור נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ (לא פורסם)

ת.

ת"א (ת"א) 1600/99 תבל תשדורות כינלאומיות לישראל בע"מ נ' בדנשטיין (לא פורסם) (סקירה

משפטית)

ע"א 1338/97 תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק, תקדין

עליון 99 (3) 302

ע"א 1338/97 תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק (טרם

פורסם) (19.5.03)

