

## ”רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו” - האומנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית

הלל סומר\*

לזכרו של השופט  
ד”ר עדי אזר ז”ל

מאמר זה בוחן לעומק שלושה היבטים מרכזיים של התובענה הייצוגית הצרכנית, במלאות לה עשור: היבטים הנוגעים לתובע, לנתבע, ולעילת התובענה. הבהינה נערכת לאור שיקולי המדיניות בעד ונגד תובענות ייצוגיות. המאמר מצביע על משקלם הנמוך של הסרונות התובענה הייצוגית ביישום לתחום הצרכני, ומסיק כי גישת הפסיקה כלפי התובענה הייצוגית הצרכנית היא גישה מחמירה מדי, המונעת שימוש יעיל במכשיר זה. לגבי התובע, המאמר בוחן את המצב השכיח למדי של שירות בעל אופי צרכני שנצרך למטרה עסקית, ומבהיר כי תיתכן צוולה גם בלא שהתבצעה בפועל עסקת קנייה למרות הלכתו של דנ”א ברזני. כמו כן המאמר מצביע על כישלון ארגוני הצרכנים שנועדו להיות חוד החנית של התובעים הייצוגיים ולא מילאו את התקוות שתלו בהם. לגבי הנתבע, המאמר מבהיר כי בעולם השיווק המודרני יש לאפשר תובענות ייצוגיות גם בהיעדר קשר חוזי ישיר, וזאת לכאורה בניגוד לקביעת בית המשפט העליון. המאמר בוחן גם את אי-הבהירות בנושא הגשת תובענות ייצוגיות כנגד המדינה ורשויותיה לפי חוק הגנת הצרכן, וכן שאלות דיוניות המתעוררות בהקשר זה – שאלת צירופם של נתבעים ”דומים” ו”נגרדים”. לבסוף המאמר בוחן שאלות הנוגעות לעילות התביעה המהותיות שבהן ניתן להגיש תובענה ייצוגית צרכנית ושאלות הנוגעות ליכולתו של הנתבע לחסל את ההליך הייצוגי על ידי ניסיון להיטיב את נזקו של התובע הספציפי לאחר הגשת התובענה, והדרישה מהצרכן לספק מידע מדויק בקשר לעילת התובענה כחלק מבירור עילתו האישית.

\* מרצה, ביה”ס רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

תודתי לאלון קלמנט, לאסף יעקב ולטל תירוש שהעירו על טיוטה קודמת של מאמר זה, וליעל טבק, לאביטל און ולליאור צירצ”י על סיוע יעיל ותורם במחקר ובמחשבה. כן נתונה תודתי לחברי המערכת של דין ודברים שביקורתם הבונה סייעה לי לשפר מאמר זה. כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בתאריך 1.9.2004 אלא אם נכתב אחרת.

א. מבוא. ב. התובענה הייצוגית הצרכנית – שיקולי מדיניות: 1. כללי; 2. יתרונות התובענה הייצוגית – יישום צרכני; (א) צמצום בעיית תת-האכיפה והעלאת רמת ההתנהגות של העוסקים; (ב) יעילות וחסכון במשאבים (ג) אחידות בהחלטות בתי המשפט; 3. חסרונות התובענה הייצוגית – יישום צרכני; (א) סיכון של מעשה בית דין לתובע שנוצבו המשפטי טוב משל הקבוצה; (ב) חשש משימוש לרעה וסחטנות; (ג) בעיית הנציג; 4. יישום שיקולי המדיניות לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים. ג. התובע: 1. תובע כשיר לפי החוק – כללי; 2. "צרכן"; (א) מיהו צרכן?; (ב) "קונה מעוסק במהלך עיסוקו" – מיהו "קונה"?; (ג) שימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי; (ד) שירות בעל אופי צרכני מובהק שנצרך למטרה עסקית; 3. ארגון צרכנים; 4. המתהרה העסקי. ד. הנתבע: 1. נתבע כשיר לפי החוק – "עוסק" שמולו יש לצרכן עילת תביעה אישית – כללי; 2. תובענה ייצוגית בהיעדר קשר חווי ישיר בין הצרכן לעוסק; 3. המדינה ורשויות שלטוניות אחרות כ"עוסק"; 4. צירופם של נתבעים "דומים" ושאלת היריבות הצולבת; 5. נתבעים "נגררים". ה. עילת התובענה: 1. עילת תביעה בת תוקף לפי חוק הגנת הצרכן – כללי; 2. ניסיון הנתבע להיטיב את נוקו של התובע; 3. הדרישה למידע מדויק מן הצרכן – כחלק מביור העילה האישית; 4. הגבלת העילות לעילות לפי חוק הגנת הצרכן; (א) ההגבלה בחוק ומשמעותה; (ב) ניסיונות שיפוטיים להרחבת העילות לתובענות ייצוגיות צרכניות; (ג) הצורך בשינוי חקיקתי. 1. סיכום ומסקנות.

#### א. מבוא

בחודש יולי 1994 נכנס לתוקפו התיקון לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981,<sup>1</sup> שאפשר הגשת תביעה ייצוגית בעילות לפי חוק זה<sup>2</sup> שנוצרו החל באותו מועד.<sup>3</sup> אם בתחילת הדרך קשה היה לצפות מה יהיה היקפו של השימוש בכלי השוב זה, כיום מוגשות בקשות רבות לאישור תובענות ייצוגיות,<sup>4</sup> והצטברו עשרות רבות של הכרעות שיפוטיות שבהן הולכת ומתעצבת

1. ס"ח 248, כפי שתוקן בחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), תשנ"ד-1994, ס"ח 252.
2. לשאלת היכולת לתבוע תובענה צרכנית בעילה שאיננה מתבססת על חוק הגנת הצרכן, ראו להלן פרק ה למאמר.
3. חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3) מאפשר הגשת תובענה בשל עילות שנוצרו החל מיום 22 באוקטובר 1994. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3) קבע כי הוראותיו לא יחולו בשל עילה שנוצרה לפני שעברו שלושה חודשים מפרסומו. נפסק כי המועד הקובע לעניין זה הוא המועד המקורי של היווצרות עילת התביעה ולא מועד מאוחר יותר הנקבע בנסיבות מסוימות לתחילתה של תקופת ההתיישנות, כגון על פי סעיפים 7 ו-8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112. ראו ת"א (י-ם) 1279/96 גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק (לא פורסם) (להלן: ת"א גבעון).
4. מאגר המרכז דיווחים עיתונאיים על הגשתן של תובענות ייצוגיות בישראל מצוי באתר האינטרנט של עמותת קו חם לצרכן, בכתובת [URL: http://www.kavham.org.il/tviot/tviot.htm]. פרופ'

דרכה של התובענה הייצוגית הצרכנית. עיון בפסיקה מגלה קשיים רבים ביישומה של המכשיר המשפטי שנתלו בו לא מעט תקוות, ואחוז מועט מאוד של תובענות המצליחות לעבור את משוכת אישור התובענה כייצוגית בידי בית המשפט.<sup>5</sup>

חשיבותה של התובענה מכוח חוק הגנת הצרכן גוברת לאור המגבלות הניכרות שהצטברו בפסיקה על היכולת לנקוט תובענה ייצוגית מכוח ההסדר הכללי לתובענות ייצוגיות, הקבוע בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.<sup>6</sup> היכולת לעשות שימוש בתקנה 29 לצורך תביעות כספיות עוקרה לפני למעלה משלושים שנה במידה רבה על ידי קביעתם של תנאים מחמירים לתחולת התקנה בפסיקת בית המשפט העליון, ובהם הדרישה כי הסעד המבוקש יהיה משותף לכל חברי הקבוצה.<sup>7</sup> ברבות השנים חלקו בתי המשפט המחוזיים והספרות המשפטית על הפירוש הנכון של הלכת פרנקישה,<sup>8</sup> והמילה האחרונה, בשלב זה, היא פסק

- סיני דויטש מצא כי מספרן של התובענות הייצוגיות המוגשות מדי שנה בשנה נמצא בעלייה, וכי בשנת 2002 הוגשו כשישים וחמש תובענות ייצוגיות צרכניות. ראו סיני דויטש, "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון", מחקרי משפט כ (תשס"ד) 199.
5. פרופ' סיני דויטש מצא כי עד היום ניתן רק פסק דין סופי אחד שאישר תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. דויטש, שם, הערה 15 והטקסט שלידה. ואולם היו עוד תובענות שדרכן צלחה: בתי המשפט אישרו עוד כמה תובענות ייצוגיות, שלאחר אישורן נסתיימו בפשרות שונות. ראו למשל, את ההליכים הנזכרים בהערה 49 להלן.
6. ק"ת 4685.
7. ראו ע"א 76/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (להלן: ע"א פרנקישה), ואת פירושה בפסיקה מאוחרת יותר: ת"א (ת"א) 1682/95 דורון, עו"ד נגד סלקום (ישראל) בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א דורון); בחלק מפסקי הדין פורשה הלכת פרנקישה כדורשת זהות לא רק בסעד אלא גם בעובדות המרכיבות את עילת התביעה. ראו למשל, ת"א (ת"א) 375/94 מלק נ' B-G Assistance (לא פורסם).
8. לדעות שציידו בהרחבת השימוש בתקנה 29 בדרך של הגמשה שיפוטית, מהד גיסא, ובקריאה אל תוך תקנה 29 של הדרישות המוקדמות של חוק הגנת הצרכן ושל הוקים אחרים לאישור תובענה ייצוגית, מאידך גיסא, ראו סטיבן גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", משפטים ט (תשל"ט) 416, בעמ' 431; ת"א (י-ם) 109/94 התאחדות הסטודנטים ואח' נגד האוניברסיטה העברית בירושלים (לא פורסם); המ' (ת"א) 12916/95 אופנהיים נ' פז גז (לא פורסם); ת"א (ת"א) 388/96 יערי נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם); ת"א (ת"א) 97/1429 פשיגודה נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ת"א (ת"א) 645/97 גייר נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ת"א (י-ם) 1165/97 שימונוב נ' חברה קדישא אחידה (לא פורסם); ת"א (ת"א) 96/827 ברוט נ' רוזקינד (לא פורסם) (להלן: ת"א ברוט); ת"א 7/97 רייניש נ' רשות השידור (לא פורסם) (להלן: ת"א רייניש); בבש"א (ב"ש) 2604/99 אביטל נ' המכללה למינהל (לא פורסם), הביע הנשיא לרון את דעתו, כי יש לקרוא לתוך דרישות תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי אף את התנאי בדבר סיכויי התובענה המצוי בחוק ניירות ערך ואשר הוחל לגבי תובענות ייצוגיות צרכניות בידי הפסיקה.
- קבוצה אחרת של התבטאויות שיפוטיות הסתייגה מהרחבת השימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, וציינה שבית המשפט העליון והמחוקק לא שינו את הלכת פרנקישה (לעיל), ראו

דינו של בית המשפט העליון בפרשת א.ש.ת., אשר לפי אחת הגרסאות סתם את הגולל על השימוש בתקנה 29 כמקור לתובענה ייצוגית כללית,<sup>9</sup> לפחות עד חקיקתו של חוק שיאפשר תובענה ייצוגית כללית.<sup>10</sup> השילוב של הקושי בהגשת תובענות מכוח תקנה 29 והחסמים הניכרים להגשת תובענה לפי חוק הגנת הצרכן משאיר את הצרכנים פעמים רבות בלא סעד

למשל ת"א גבעון (לעיל, הערה 3), בפסקה 17 לפסק הדין; המ' (חי') 4017/95 רשף חן נ' בנק איגוד (לא פורסם); ת"א (ת"א) 2267/98 ויסולי נ' TWA (לא פורסם); ת"א (חי') 1209/99 הוניגבוים נ' מדינת ישראל – לשכת ההוצל"פ (לא פורסם); ת"א (ת"א) 2157/99 סמואלס נ' עיריית רחובות (לא פורסם) (להלן: ת"א סמואלס).

בפועל החלו חלק מהשופטים לאפשר שימוש בתקנה 29 לצורך תובענות ייצוגיות כספיות גם כאשר הסעד הנתבע משתנה בין חברי הקבוצה, וזאת בטכניקה של פיצול הדיון וניהול התובענה הייצוגית כתובענה לסעד הצהרתי בלבד. השופטים שנקטו דרך זו הבהירו כי הם מצפים שבמקרה שבו תוכרע השאלה ההצהרתית לטובת התובעים, יכבדו הנתבעים את ההחלטה בלא צורך בהליך נוסף. ראו ת"א (חי') 11097/97 דרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשנ"ט(2) 865; ת"א רייניש (לעיל); ת"א (ת"א) 219/97 רוזנולד נ' חברא קרישא (לא פורסם); אולם ראו מנגד גם קביעות שיפוטיות הפוכות: ת"א (חי') 3082/98 סלמה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ח(3) 487 (אין לאפשר הגשת תובענה הצהרתית בלבד כתחליף לתביעה כספית במטרה להיכנס לגדרה של תקנה 29 ולהגיש את התביעה כייצוגית); ת"א (נצ') 785/98 זילברשלג נ' אל על (לא פורסם).

9. רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (להלן: רע"א א.ש.ת.). בית המשפט העליון החליט לקיים בעניין זה דיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים. לדיון בפסק הדין ולביקורת עליו, ראו אלון קלמנט, "התביעה הייצוגית כמכשיר לניטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ" נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ", מחקרי משפט, כא 387. על פירושו של פסק הדין א.ש.ת. בשאלת היכולת להגיש תובענות ייצוגיות לפי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כנגד עוסקים שאינם המדינה ורשויותיה, הרעות חלוקות. ראו, למשל, ת"א (ת"א) 2474/02 רותם נ' מתב (טרם פורסם); החלטה מיום 26.10.2003 (להלן: ת"א רותם) (השופטת לפלל קבעה כי "הפרשנות של ביהמ"ש לענין א.ש.ת. היא שברמה הנורמטיבית ניתן לעשות כן שימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כלפי משיבים שאינם רשויות מדינה או מוסדותיה") ולעומתו, פסק דין שניתן באותו היום בדיוק ובאותו בית משפט, ת"א (ת"א) 2731/01 פינקלשטיין נ' סלקום (לא פורסם) (השופט ישעיה פוסק כי "לאחרונה פסק בית המשפט העליון בפרשת א.ש.ת. הידועה ... ברוב דעות, כי אין לאשר ניהול תובענה ייצוגית המבוססת על עילות תביעה שאינן מעוגנות בחוקים ספציפיים המתירים הגשת תובענה ייצוגית (כמו חוק הגנת הצרכן) מכח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי". נראה כי העמדה הנקוטה בידי השופט ישעיה ווכה לתמיכה רבה. ראו למשל ת"א (חי') 1251/00 לנדכמן נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת (טרם פורסם); ת"א (ת"א) 2497/00 רוניק נ' ניר שיתופי אגודה שיתופית בע"מ (טרם פורסם) ראו גם ע"א 8627/03 לוי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) שמלשונו עולה, לכאורה, תמיכה של בית המשפט העליון בעמדה של פסק הדין פינקלשטיין לעיל, אולם אין בו הכרעה מפורשת בנקודה זו.

10. בעקבות פסק הדין ברע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 9), הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות להסדרת התובענה הייצוגית הכללית. חבר הכנסת רשף חן (שהיה בעצמו מראשוני התובעים הייצוגיים

אפקטיבי למעשי עוולה רבי-היקף של עוסקים.<sup>11</sup> בהקשר זה, ראוי להדגיש כי אף על פי שבצד האכיפה הפרטית חוק הגנת הצרכן כולל גם מנגנוני אכיפה מנהליים ועונשיים,<sup>12</sup> אין הללו אפקטיביים דיים, והגנת הצרכן מתבססת במידה רבה על המשפט הפרטי.<sup>13</sup> כל ההסדרים החקוקים בישראל המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות, מכילים פיקוח שיפוטי על עצם ניהולה של התובענה בדרך של תביעה ייצוגית.<sup>14</sup> בית המשפט העליון

לפי תקנה 29 לתקנות הסדר הדין האזרחי) הציע לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בכל עילה, מכוח הוראה כללית, מבלי לפגוע בהסדרים הקיימים בחוקים ספציפיים להגשת תובענות ייצוגיות. הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ג-2003, [URL: <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/890.rtf>]. ח"כ אופיר פינס-פז הציע לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות בכל עילה, מכוח הוראה כללית שתבטל את ההסדרים הקיימים בחוקים ספציפיים. הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ג-2003, ראו: [URL: <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/928.rtf>]. במקביל, הכין גם משרד המשפטים הצעה ממשלתית בנושא זה, אולם במועד מסירת מאמר זה לדפוס, היא טרם הוגשה לכנסת.

11. ראו לדוגמה את ההשתלשלות בפרשת אחרק: בת"א (ת"א) 1566/99 אחרק נ' החברה האמריקאית הישראלית לגז (לא פורסם) (להלן: ת"א אחרק) ביקשו המבקשים, צרכני גז בישראל, ביטוי לאשר את תביעתם כנגד המשיבות, חברות המספקות גז במכלים או במרכזיות, וכנגד אחרים. התובענה הוגשה באמצע שנת 1999 ונסבה על הטענה שהמשיבות לא בדקו את מערכת הגז הביתית של צרכניהן בבדיקה תקופתית הנדרשת אחת לחמש שנים מכוח הדין והסכם השירות, אף על פי שגבו תשלום בגין הבדיקה התקופתית האמורה. התובעים ביקשו לאשר את תובענתם כייצוגית הן מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי והן מכוח חוק הגנת הצרכן. בחודש יולי 2000 אישר השופט גורן את התובענה כייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן, ומכיוון שכך לא דן כלל בבקשה לפי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. הנתבעות – חברות הגז – ערערו לבית המשפט העליון על האישור. בית המשפט העליון, שהתירשם כנראה מהטענות נגד אישור התובענה לפי חוק הגנת הצרכן (אם כי נמנע מלהכריע בהן סופית), החזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך קביעה אם יש מקום לאשר את התובענה מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. רע"א 6318/00 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז נ' אחרק (טרם פורסם). השופט גורן המתין עד הכרעת בית המשפט העליון ברע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 9), וכשבוע ימים לאחר מתן ההחלטה קבע כי "לאור הלכה זו של בית המשפט העליון, נדחית בקשתם של המבקשים לאישור התובענה כייצוגית מכוחה של תקנה 29". לאור זאת חזר הדיון בשלהי 2003 אל בית המשפט העליון לדיון בחוק הגנת הצרכן. למעלה מארבע שנים לאחר שנחשפה לכאורה הונאה עצומה של כלל הציבור במיליונים רבים, ייתכן שכית המשפט העליון יקבע כי לא ניתן לאשר את התובענה גם במסגרת חוק הגנת הצרכן וישאיר את ציבור הצרכנים ללא תרופה כלשהי. לאחרונה זכתה הדעה שצמצום היכולת להשתמש בתקנה 29 מחייבת לנקוט "פרשנות מרחיבה של חוק הגנת הצרכן בסוגיית התביעה הייצוגית" לתמיכת בית המשפט המחוזי בירושלים. ת"א (י-ם) 3469/01, טנירג'י נ' החברה האמריקאית הישראלית לגז בע"מ (טרם פורסם), בפסקה 127 לפסק הדין.

12. ראו דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385 (להלן: דנ"א ברזני), בעמ' 419-422.

13. ראו למשל סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך א: יסודות ועקרונות, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"א), 107-110.

14. סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, ס"ח 368; סעיף 46 ואילך לחוק

הגדיר את שלב האישור כ"פרוודור באמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין"<sup>15</sup> והסביר את הצורך בפיקוח השיפוטי על עצם היכולת לנהל תובענה באופן ייצוגי כנובע מ"החשיבות הציבורית הכללית של התובענה הייצוגית וההשפעה שנודעת לה על חוג רחב של תובעים, ובשל הפוטנציאל הבעייתי והסכנות השונות הטמונות במכשיר רב עוצמה זה"<sup>16</sup>.

בדיון המקדמי המתקיים בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, בית המשפט בוחן למעשה את עמידת התובענה בשלושה סוגים של תנאים מוקדמים: ראשית, על תובענתו להתאים למסגרת שקבע החוק, היינו עליו להיות "צרכן, או ארגון צרכנים", בעל עילת תביעה אישית מכוח חוק הגנת הצרכן,<sup>17</sup> ותביעתו צריכה להיות כנגד "כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו"<sup>18</sup>. תנאים אלו<sup>19</sup> עומדים במרכזה של רשימה זו. שנית, עליו לשכנע את בית

ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128, כפי שתוקן בחוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996, ס"ח 305, סעיף 62 ואילך לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 208, כפי שתוקן: ס"ח תשנ"ז 212; סעיף 16 ואילך לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258 כפי שתוקן בחוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה); סעיף 10 ואילך לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184, סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, תשנ"ו-1996, ס"ח 230; סעיפים 207-210 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189 (אשר הרחיב את ההסדר שהיה קודם לכן בסעיפים 54 ואילך לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, כפי שתוקן בשנת 1988, ס"ח 188). בחינת רשימת התחומים שבהם הותר להגיש תובענות הייצוגיות מלמדת כי ברוב המקרים נבחרו תחומים שבהם קיימת בעיית תת-אכיפה, על שני היבטיה - ההיבט של הנפגע הישיר וההיבט של העלאת רמת התפקוד של המעורלים בפוטנציה. גולדשטיין ועפרון מסבירים כי ההסדרים החוקיים הנפרדים המופיעים בחוקים ספציפיים אינם פרי החלטה שקולה ומכוונת אלא תוצר של מאבק בין תומכי המכשיר למתנגדיו, בעוד התומכים מנצלים הזדמנויות להכליל את הנושא בתיקוני חקיקה, סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון, "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", עלי משפט א (תשס"ו) 27, בעמ' 34-35.

15. רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשין, פ"ד מט(5) 774 (להלן: רע"א טצת הראשון).
16. רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשין, פ"ד גד(2) 577.
17. "עילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע". סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן.
18. שם.
19. בת"א (ת"א) 1299/01 גרוסוסר נ' בזק (טרם פורסם) (להלן: ת"א גרוסוסר) השופטת רות שטרנברג-אליעזר מסכמת כדלקמן: "הנה כי כן, על מנת שבעל דין יוכל להגיש תובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, עליו לעמוד בשלושה תנאים מקדמיים: 1. להיכלל בהגדרת 'צרכן'; 2. לתבוע עוסק במובן חוק הגנת הצרכן ...; 3. להעמיד עילת תביעה". כפי שהמאמר יראה, ניסוח זה של התנאים מן הסוג שאנו עוסקים בהם הנו צר מדי; ראו גם דויטש (לעיל, הערה 4), המאחד את שלושת סוגי התנאים וסופר עשרה תנאים לאישור תביעה ייצוגית. בת"א (ת"א) 2778/99 שוורץ נ' המגן חברה לביטוח (לא פורסם) הציעה השופטת פלפל ניסוח אחר: "בשלב הדיון באישור תובענה כתובענה ייצוגית מבצע בית המשפט בדיקה דו-שלבית: בשלב הראשון - נבדקת השאלה, האם המבקש משתבץ לחוק הספציפי לו הוא טוען, ויש לו עילת תביעה לפיו. לאחר שלב זה מגיע השלב השני, בו בודק בית המשפט אם עמד המבקש בתנאי הסף הנדרשים בחוק". על פי חלוקה זו, מאמר זה עוסק בשלב הראשון מבין השניים.

המשפט כי מתקיימים כל תנאי סעיף 335 לחוק,<sup>20</sup> היינו שהתובענה הוגשה בתום לב; שגודל הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית; שהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין; וכי קיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה.<sup>21</sup> שלישית, על המבקש לעמוד בתנאי נוסף שקבעה הפסיקה ללא אסמכתה בחוק, והוא בדיקת סיכויי התובענה לגופה.<sup>22</sup> מאמר זה אינו עוסק בתנאים משני הסוגים האחרונים, שבדעתי לעסוק בהם במאמר נפרד. למעשה, אף על פי שמדובר בתנאים משלושה מקורות שונים, הפרקטיקה היא שהם נבחנים בהליך אחד, שהוא בדרך כלל הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

מאמר זה בוחן אפוא לעומק שלושה היבטים מרכזיים של הפרקטיקה שהצטברה עד עתה בתחום התובענות הייצוגיות הצרכניות. המאמר בוחן את הפסיקה שהצטברה עד עתה לאורן של המטרות שמכשיר התובענה הייצוגית נועד להשיג ושיקולי המדיניות בעד ונגד תובענות ייצוגיות. המאמר מגיע למסקנה כי לאור שיקולי המדיניות, גישת בתי המשפט לתובענה הייצוגית הצרכנית מחמירה מדיי, והיא מונעת שימוש יעיל במכשיר התובענה הצרכנית הייצוגית להגשמת המטרות שנועדו להן.

פרק ב של המאמר מציג את שיקולי המדיניות העיקריים בעד ונגד השימוש במכשיר התובענה הייצוגית. חידושו של פרק זה הוא בכך שהוא מיישם את הטיעונים העיקריים העולים בספרות המשפטית בעד ונגד תובענות ייצוגיות בכלל<sup>23</sup> לתחום הספציפי של התובענות הייצוגיות הצרכניות. המסקנה הראשונה בפרק זה היא כי לא כל השיקולים שהועלו "בעד" ו"נגד" תובענות ייצוגיות באופן כללי חלים במישרין ובמלוא העצמה על התובענה הייצוגית הצרכנית. המסקנה הנוספת היא כי ראוי היה שאחדים משופטי בית המשפט ישקלו מחדש, לאור שיקולי המדיניות, את עמדתם העוינת כלפי התובענה הייצוגית הצרכנית, עוינות שבאה לידי המחשה קיצונית בדימוי המשמש כותרת למאמר זה.<sup>24</sup>

פרק ג של המאמר בוחן את הדיון, את הפסיקה ואת המדיניות המשפטית המתייחסים למבקש להיות תובע ייצוגי, יוזמו של ההליך. חוק הגנת הצרכן מעניק את הזכות להגיש תובענה ייצוגית ל"צרכן" או ל"ארגון צרכנים", אך אינו מעניק אותה למתחרהו העסקי של הנתבע.<sup>25</sup> בפרק זה המאמר בוחן חלקים אחדים של הגדרת צרכן שלא זכו לדיון מספיק בספרות ובפסיקה, ובהם המצב השכיח למדי של שירות בעל אופי צרכני מובהק שנצרך

20. סעיף 335 לחוק הגנת הצרכן נוקט לשון קטגורית: "הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט, והוא לא יאשרה אלא אם כן שוכנע שנתקיימו תנאים אלה".

21. נפסק כי אין בכך שהנתבע אינו מתנגד לבקשה לאישור תובענה כייצוגית כדי להביא אוטומטית לאישורה, וזאת לאור הצורך בהגנה על קבוצת התובעים. מכאן שעל בית המשפט לשקול את עמידת התובענה כתנאים המוקדמים לאישורה גם בהיעדר תגובה מצד הנתבע או כאשר הנתבע מסכים לניהול התובענה כייצוגית. ת"א (נצ') 496/95 סבן נ' להב (לא פורסם) (להלן: ת"א סבן).

22. ראו להלן, הערה 56.

23. ראו, למשל, להלן, הערה 29.

24. ראו להלן, הערה 57 והסקסט שלידה.

25. ראו בהרחבה להלן, פרק ג למאמר.

למטרה עסקית. כן בוחן המאמר את תפקודם של ארגוני הצרכנים ומצביע על כישלונם בתפקיד שצפה להם המחוקק בייזומן של תובענות ייצוגיות. לבסוף המאמר מציע להעניק מעמד למתחרה העסקי בסוגים מסוימים של תובענות ייצוגיות.

פרק ד של המאמר בוחן שאלות הנוגעות לנתבע (או לנתבעים) בתובענה הייצוגית. בפרק זה נטען כי בעולם השיווק המודרני יש לאפשר תובענות ייצוגיות צרכניות גם בלא קשר דווי ישיר, וזאת לכאורה בניגוד לקביעתו של בית המשפט העליון כשהסוגיה נקרתה לפניו. כמו כן אבחן את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות כנגד המדינה ורשויותיה לפי חוק הגנת הצרכן, שאלה שקיבלה משנה חשיבות לאור פסק הדין בעניין א.ש.ת. שהגביל תובענות כאלו כנגד המדינה ורשויותיה לפי תקנה 29.<sup>26</sup> פרק ד מסתיים בשתי שאלות דיוניות המתעוררות בהקשר זה – שאלת צירופם של נתבעים "דומים" ושאלת צירופם של נתבעים "נגדרים", תוך שאני ממליץ, בחלק מהמצבים, על פתרונות שונים מאלו שנקבעו בפסיקה.

פרק ה של המאמר בוחן שאלות הנוגעות לעילות התביעה המהותיות שבהן ניתן להגיש תובענה ייצוגית צרכנית. במרכזו של פרק זה תידון בהרחבה ההגבלה הקבועה בחוק שתובענות ייצוגיות צרכניות מוגבלות לעילות מכוח חוק הגנת הצרכן בלבד, ויוצגו כמה ניסיונות שיפוטיים לפרוץ מסגרת זו. מסקנתי היא כי הניסיונות השיפוטיים הללו מעידים, מחד גיסא, על הצורך בהרחבת היריעה, ומאידך גיסא – אינם מספיקים. לפיכך אני ממליץ על הצורך בשינוי חקיקתי בהקשר זה. כמו כן תידון השאלה אם הנתבע יכול לנסות להיטיב את נזקו של התובע הייצוגי הספציפי לאחר הגשת התובענה ובכך להביא לחיסול ההליך הייצוגי, והדרישה שנדרש הצרכן לספק מידע מדויק בקשר לעילת התובענה כחלק מביור עילתו האישית. בשני המקרים מוצעת במאמר גישה שונה מזו שאומצה על ידי הפסיקה.

## ב. התובענה הייצוגית הצרכנית – שיקולי מדיניות

### 1. כללי

הגם שמנגנונים המאפשרים תובענות ייצוגיות מהווים כיום חלק אינטגרלי מהמשפט הישראלי<sup>27</sup> מתקבלות התביעות הייצוגיות כחשדנות שיפוטית מסוימת, שלא לומר הסתייגות, הבאה לידי ביטוי בשיעור הנמוך יחסית של תובענות המאושרות כייצוגיות. בית המשפט העליון תיאר באחד מפסקי הדין הראשונים בתחום את התובענה הייצוגית כ"הליך יוצא

26. ראו לעיל, הערה 9 והטקסט שלידה.

27. להיסטוריה מקיפה של מכשיר התובענות הייצוגיות, ראו: Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (1987). להיסטוריה של מנגנון התובענות הייצוגיות בארצות הברית ראו גם: Robert H. Klonoff, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell* (1999), 5-11; להיסטוריה של מנגנון התביעות הייצוגיות בארצות הברית ובישראל ראו גולדשטיין (לעיל, הערה 8); גולדשטיין ועפרון (לעיל, הערה 14); לתיאור המכשיר במשפט האנגלי, ראו סטיבן גולדשטיין, "עוד בענין תביעות ייצוג קבוצתיות – ההתפתחות במשפט האנגלי", משפטים יא (תשמ"א) 412. ראו גם גיל לוטן ואייל רז, תובענות ייצוגיות (תמר, תשנ"ו), 60 ואילך.



דופן, החורג מהתלם הרגיל של ברור מחלוקת בבית המשפט" והביע את החשש כי "הריגה זו יכול שתביא לקיפוח זכויותיהם של תובעים, של נתבעים או של שניהם".<sup>28</sup> ואולם בתי המשפט והמלומדים מודעים גם לתפקיד החשוב שממלאת התובענה הייצוגית ומדגישים אף אותו, לצד ההסתייגות והזהירות.<sup>29</sup>

לשימוש בתובענות ייצוגיות יש יתרונות וחסרונות לא מעטים, שעליהם כתבו לא מעט מלומדים ושופטים.<sup>30</sup> ואולם מרביתה של הכתיבה בעניין זה אינה מתמקדת בתובענה הייצוגית הצרכנית אלא מספקת ניתוח כוללני של התובענות הייצוגיות כמקשה אחת, תוך נטייה להתמקד בתחום ניירות הערך בפרט, אולי בשל ריבוי היחסים של התובענות הייצוגיות המוקדמות בתחום זה. מן הדיון האקדמי, שנערך ברמה העקרונית, נעדר כמעט לחלוטין יישום של שיקולי המדיניות השונים המתמקד בהקשר הצרכני הספציפי. בחינה זו, שתיערך בפסקאות הבאות, תראה כי מאזן שיקולי המדיניות בתחום הצרכני שונה מהמקובל לגבי תובענות ייצוגיות בכלל ולגבי תחום ניירות הערך בפרט.

## 2. יתרונות התובענה הייצוגית הצרכנית – יישום צרכני

(א) צמצום בעיית תת-האכיפה והעלאת רמת ההתנהגות של העוסקים

היתרון החשוב ביותר של התובענה הייצוגית הצרכנית, הנו תרומתה לפתרון חלקי של בעיית "תת-האכיפה".<sup>31</sup> ניתן לראות בבעיית תת-האכיפה שני היבטים הקשורים זה בזה: האחד, בעיית תת-האכיפה של זכויות הצרכנים שביצעו עסקאות לא מספקות או שנגרם להם

28. ע"א 2967/94 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, בעמ' 322.

29. הספרות המשפטית האמריקנית נחלקת באופן קיצוני למדיי בין מלומדים הרואים במכשיר תרופת פלא למגוון בעיות חברתיות ומשפטיות לבין עמיתיהם הרואים את אותו מכשיר עצמו כ"רישיון לסחיטה" או כ"מפלצת פרנקנשטיינית". ראו: Arthur R. Miller, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the 'Class Action Problem'", 92 *Harv. L. Rev.* (1979) 664. במשפט האמריקני קיימים הסדרים חקוקים לתובענות ייצוגיות, נוסף על המשפט הפדרלי, בכל המדינות מלבד מיסיסיפי (שבה הן אסורות) ווירג'יניה (שבה הן מותרות בלא הוראה חקוקה – תוך קבלת רשות מבית המשפט במקרים מיוחדים). ראו: Thomas A. Dickerson, *Class Actions: the Law of 50 States* (1988-2000); לדימוי קיצוני של התובענה הייצוגית בישראל, ראו להלן, הערה 57 והטקסט שלידה.

30. ראו באופן כללי: Herbert B. Newberg and Alba Conte, *Newberg on Class Actions* (1992), ch. 5; גולדשטיין (לעיל, הערה 8); נועם שר, "דיני ניירות ערך – מגמות מרכזיות", עיוני משפט כב (תשנ"ט) 265; לוטן ורו (לעיל, הערה 27), בעמ' 30 ואילך; משה בר ניב, "גבולה של התובענה הייצוגית הצרכנית", עיוני משפט יט (תשנ"ד) 251; רע"א טצת הראשון (לעיל, הערה 15); ע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312 (להלן: ע"א טמפו). עיון בעשרות כתבי טענות וסיכומים בתחום התובענות הייצוגיות מעלה את המתבקש מאליו: הנתבעים בוחרים לעתים מזומנות לצרף לטענותיהם פסקה בכותרת כמו "התובענה הייצוגית – הסכנות", ואילו התובעים נוטים לכלול פרק שכותרתו "חשיבותו של מכשיר התובענה הייצוגית".

31. לבעיית תת-האכיפה, ראו משה בר ניב (ברונבסקי), "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על-ידי

נוק בגין מצגים מטעים טרום חוזיים שלא הבשילו לכלל חוזים, והשני, מטרה של השגת רמת התנהגות קבועה גבוהה יותר על ידי העוסקים, תוך הרתעתם מנורמות התנהגות פסולות הנובעות מתוחלת הרווח הצפויה מהפרה קבועה של החוק.<sup>32</sup>

בתחום הצרכני כמו בתחומים אחרים, מכשיר התובענה הייצוגית מאפשר להתגבר על בעיית חוסר האכיפה האופיינית לתביעות בסכומים קטנים. בתחום הצרכני, הן גובה העסקה הטיפוסית והן סוגי הנזקים הנוצרים כתוצאה ממנה גורמים לכך שסכומי התביעה הפוטנציאליים יהיו נמוכים.<sup>33</sup> במצב זה, "העלויות הצפויות לצרכן הבודד בשקלול הסיכון של אי-הצלחת התביעה גבוהות מן התמורה הצפויה בשקלול הסיכוי לזכות בה; דהיינו, תוחלת ערכה הנוכחי של התביעה הינו שלילי".<sup>34</sup> לאור חומרתה של בעיית תת-האכיפה בתחום הצרכני, פותחו מכשירים דיוניים מיוחדים שנועדו להקל על האכיפה בסכומים קטנים, ובהם, נוסף על מכשיר התובענה הייצוגית, גם בית המשפט לתביעות קטנות.<sup>35</sup> נוסף על שיפור מסוים<sup>36</sup> ביכולת האכיפה הספציפית של הצרכנים שנפגעו, יש בעצם קיומו של מכשיר התובענה הייצוגית ובידיעה שהוא מאפשר תביעות בסכומים ניכרים כנגד עוסקים, כדי להוות משום גורם קבוע המרתיע את העוסקים מהתנהגות לא ראויה. בלשונם של גולדשטיין ועפרון, "מכשיר זה ... נועד לאו דווקא לפצות ניוזקים אלא להבטיח את קיום המשפט המהותי ונורמות ראויות של שלטון החוק, התכלית העיקרית של מכשירים אלו היא להעמיד גופים המשרתים את הציבור (יצרנים, ספקים, נותני שירותים וכיוצא באלו) במבחן מתמיד של איכות השירות או המוצר שהם מספקים, וזאת על מנת להרתיע אותם מלהזיק לציבור וכן להענישם אם הם אכן מזיקים לו".<sup>37</sup> תפקיד זה נמצא בדרך כלל בידי גורמי האכיפה הפלילית והמינהלית, ובראשם, בהקשר הצרכני, משרד התעשייה והמסחר,

המגזר העסקי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 299, בעמ' 301; בר ניב (לעיל, הערה 30), בעמ' 251-254.

32. שני היבטים אלו מהווים יישום של הגדרתו של הנשיא ברק ברע"א טצת הראשון (לעיל, הערה 15), בעמ' 784-785 שלפיה מכשיר התובענה הייצוגית נועד להגן על שני אינטרסים עיקריים: אינטרס הפרט ואינטרס הציבור.

33. ראו בר ניב (לעיל, הערה 31), בעמ' 301.

34. שר (לעיל, הערה 30), בעמ' 275.

35. לגיתות מוקדם של יחסי הגומלין בין בתי המשפט לתביעות קטנות, שהיו או בחיתוליהם, לבין מכשיר התובענה הייצוגית, ראו גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 441-442; ראו גם סיני דויטש, "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן", עיוני משפט ח (תשמ"א) 345.

36. שיפור, ולא פתרון מלא, שכן גם לאחר יישומו של מכשיר התובענה הייצוגית במלוא עצמתו יימצאו צרכנים רבים שהוטעו בידי עוסקים ולא יזכו לפיצוי על כך.

37. גולדשטיין ועפרון (לעיל, הערה 14), בעמ' 31. ראו גם דברי התסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), שלפיהם התובענה הייצוגית היא "הדרך היעילה, ולעתים אף היחידה שבה יכולים צרכנים להתמודד עם גופים כלכליים חזקים, שלגביהם תביעה נפרדת של צרכן בודד, או של כמה צרכנים ביחד, היא חסרת משמעות". ה"ח תשנ"ד 396.

אולם מטעמים שונים אין גורמים אלו ממלאים את כל החסר בתחום.<sup>38</sup> ניתן לומר אפוא כי מדובר בהפרטה של האכיפה.<sup>39</sup>

#### (ב) יעילות וחיסכון במשאבים

אחד היתרונות של תובענות ייצוגיות הוא כי הן עשויות להביא ליעילות ולחיסכון במשאבים הן אצל הצדדים המעורבים והן במערכת המשפט.<sup>40</sup> התובענה הייצוגית מאפשרת לקיים הליך יחיד במקום עשרות, מאות, או אלפי הליכים, בהתאם לגודלה של קבוצת התובעים. בכך התובענה הייצוגית מביאה לחיסכון בהוצאות המשפטיות של התובעים (שכקבוצה יצטרכו להוציא רק את ההוצאות של הליך יחיד) ושל הגנתבעים (שייאלצו להתגונן בהליך יחיד במקום בהליכים רבים ומקבילים), ובעלויות של המערכת השיפוטית (שתיאלץ לקיים רק הליך אחד במקום מאות או אלפי הליכים). ואולם יתרון זה רלוונטי רק כאשר התובענה הייצוגית תחליף הלכה למעשה הליכים רבים שהיו מתנהלים במקביל וחוסכים זמן שיפוטי ומשאבים לכל הצדדים.

38. ראו בר ניב (לעיל, הערה 31), בעמ' 305-307; ת"א (ת"א) 2635/98 טוגנדרייך נ' מדינת ישראל (לא פורסם) ("אם הרשויות אינן מסוגלות להיאבק בכל תחום שנעשה בו עיוות, ואם המכשיר הפלילי או המנהלי אינו מוצדק כלפי הפרת חוק מוערית - בתן המחוקק בידי האזרח את האפשרות לגבש את טרונייתם של רבים לכלל תובענה ייצוגית אימתנית; אין לי ספק שעצם קיומה של האפשרות מרתיע רבים שיכלו להניח שהפרה כשלעצמה אינה מצדיקה ניהול משפט מסובך - תימחל להם ותניב להם פירות יפים"). אי-יעילותה של האכיפה העונשית מתבטאת הן במיעוט המקרים המגיעים לערכאות והן בענישה הנמוכה יחסית. לאור שני נתונים אלו, מבהינה כלכלית פעמים רבות עדיף לעוסק, בייחוד לכזה שאין לו מוניטין משובח להפסידו, להטעות את הציבור. אולי לכך התכוון השופט טלגם כשאמר כי "מקורה של תת-האכיפה הוא בכך שעמידה על זכויות הצרכן באמצעים ממלכתיים ופליליים אינה יעילה מבחינה כלכלית".

ת"א (ת"א) 2204/98 המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א החברה המרכזית ליצור משקאות קלים). בין הסיבות לחוסר היעילות ניתן למנות מחסור בכוח אדם, סדרי עדיפויות נמוכים, ואת הצורך בנטל ההוכחה הגבוה הנדרש למשפט פלילי.

בעיית תת-האכיפה איננה ייחודית לישראל. בארצות הברית, למשל, נחשף בעקבות פרשת

זיהומים במוצרי מזון הנתון הבא: מינהל המזון והתרופות FDA, מעסיק 700 פקחים לביקורת

אצל למעלה מ-53,000 יצרני מזון. בממוצע, כל יצרן זוכה לביקורת אחת רק לעשר שנים. ראו:

"Tracing Bout of Illness to Small Lettuce Farms", *New York Times* (Jan 5, 1998), at p.

A14.

39. Stephen Goldstein, "Class Actions in Israel", *Israeli Reports to the XIII Intl. Cong. Comp.* 39

L. (C. Wasserstein Fassbeg - ed., 1990) 45, p. 65.

40. ראו, למשל, דברי השופט ברק ברע"א טצת הראשון (לעיל, הערה 15), בעמ' 784. גם דברי ההסבר להצעת החוק שתיקנה את חוק הגנת הצרכן על ידי הוספת הפרק בנושא תובענות ייצוגיות מציינים כי ההצעה נועדה "לחסוך הגשת מספר רב של תביעות על-ידי צרכנים בודדים". אולם בהמשך אראה כי נושא תת-האכיפה תופס מקום משמעותי יותר בשיקולים שהביאו להצעת החוק. ראו הציטוט לעיל, הערה 37.

ואולם בסיטואציה הצרכנית תופעת ההליכים הרבים המתנהלים במקביל איננה נפוצה. למעשה, כפי שכבר הוסבר בהקשר של בעיית תת-האכיפה, נדיר שסוגיה צרכנית מגיעה ככלל לדיון משפטי, והדבר יקרה בעיקר באותם מצבים שבהם סכום התביעה האישית של כל חבר בקבוצה הוא משמעותי. לאור האמור, בבחינת השיקולים בעד ונגד תובענה ייצוגית בהקשר הצרכני, בדרך כלל אין לייחס משקל רב ליתרון יעילות וחיסכון במשאבים. החריג היחיד הנו כי ניתן להעניק משקל משמעותי ליתרון באותם מצבים שבהם סכום התביעה האישית גבוה.

### (ג) אחריות בהחלטות בתי המשפט

אחד היתרונות הנוספים של תובענות ייצוגיות שעולה מתוך הספרות והפסיקה הוא השגת "אחריות בהחלטות של בית המשפט".<sup>41</sup> ההנחה היא כי ריבוי הליכים בפני שופטים שונים בערכאות נמוכות עלול לייצר הכרעות שונות בשל גורמים כגון איכות הראיות או הייצוג בהליך אחד לעומת משנהו, או רכישת ניסיון של הנתבעים הסדרתיים מהליך להליך. מעבר להוסר הצדק בכך שתובענות דומות תוכרענה באופן שונה, התוצאות השונות אינן תורמות גם למטרת ההרתעה וליצירת סטנדרט-התנהגותי גבוה יותר אצל העוסקים. ואולם גם בנקודה זו החשש מהחלטות סותרות של בתי המשפט הוא חשש ממשי רק בעת שמתקיימים בפועל הליכים רבים מקבילים. לפיכך גם שיקול זה רלוונטי בהקשר הצרכני רק בהליכים שבהם סכום התביעה האישית גבוה, מכיוון שרק במצב זה סביר שיתקיימו הליכים משפטיים.<sup>42</sup>

### 3. תסרוגות התובענה הייצוגית הצרכנית – יישום צרכני

(א) סיכון של מעשה בית דין לתובע שמצבו המשפטי טוב משל הקבוצה הפסיקה והספרות ראו שיקול זה כמרכזי בהתלבטותו של בית המשפט אם לאשר הגשת תובענה ייצוגית. הגשיא ברק בהחיר, בעניין טצת הראשון את חששו כי פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין גם לגבי תובע שלא ידע כלל על קיום התביעה ולא יכול היה לנקוט עמדה לגביה. ייתכן גם שלחלק מן התובעים היו טענות אינדיווידואליות טובות יותר מאלו של הקבוצה, והם עשויים להימצא חסרים. לצמצומה של הפגיעה היחסית בתחום זה, החוק מחייב פרסום הודעה בדבר הגשת התובענה ומאפשר לחברי הקבוצה שאינם מעוניינים שעניינם יידון במסגרת הקבוצה, לפרוש ממנה.<sup>43</sup> בחינתו של שיקול זה בהקשר הצרכני מעלה אף היא כי למעט במצבים שבהם סכום התביעה האישית גבוה, אין השיקול משמעותי, מכיוון שהתובענה הייצוגית עוסקת בנושאים שלאור סכומם ובעיית תת-האכיפה, לא הייתה העילה האישית באה בהם לידי כל ביטוי

41. רע"א טצת הראשון (לעיל, הערה 15); ת"א (ת"א) 535/96 שדה נ' טלגרף (לא פורסם) (להלן: ת"א שדה).

42. ראו ת"א (ב"ש) 3361/98 קיבוץ חצרים נ' רשות השידור (לא פורסם). (למרות היכולת של כל קיבוץ להגיש תביעה בסכום גבוה למדיי בשם כל חבריו, היתרון של תוצאה אחידה מצדיק תביעה ייצוגית).

43. סעיף 35ג(ב) לחוק הגנת הצרכן.

אחר.<sup>44</sup> מצבם של חברי הקבוצה אינו נעשה אפוא גרוע יותר. לכל היותר, יהא בהגשת התובענה ובפרסומה כדי לעורר את מי מחברי הקבוצה לעמוד על זכויותיו באופן אישי.

(ב) חשש משימוש לרעה וסחטנות

שיקול מרכזי נוסף המוזכר תדיר כאחת מסכנותיה של התובענה הייצוגית הוא הפוטנציאל שיש בה לניצול לרעה על ידי קנוניה, הגשת תביעות מנימוקי סחיטה והשתלטות, ולתן לפשרה גם כשאינה ראויה, שהנתבע מוכן להיכנע לה כדי להימנע מהתדיינות מתישה ויקרה גם אם הגנתו מבוססת ועניינית.<sup>45</sup> במידה מסוימת, סיכון זה קיים גם בסיטואציה הצרכנית. ואולם דומה כי סיכון זה אופייני מאוד לתובענה הייצוגית בתחום ניירות הערך, בעיקר עקב האפשרות להשפעה מידית על השווי שבו נסחרות מניות הנתבעת בכורסה, אך הוא משמעותי פחות ברוב המצבים של התובענה הייצוגית הצרכנית. ואכן בארצות הברית, עת נחקקה רפורמה חקיקתית מקיפה להגבלת תובענות ייצוגיות בשל החשש מסחטנות, היא הוגבלה לתחום ניירות הערך.<sup>46</sup>

ברוב המקרים בסיטואציה הצרכנית אין בפרסום בדבר הגשת תובענה בגין ההטעיה כדי להשפיע השפעה מהותית על התנהלות עסקיה של הנתבעת. כך, לדוגמה, הוגשו בישראל תובענות ייצוגיות רבות כנגד חברות תקשורת בקשר עם פרטי פרטים של שיטות החיוב שלהן (לפי פעימות מונה, עיגול לדקות שלמות וכולי). קשה להניח כי תובענות מסוג זה היו גורמות לנטישה המונית של לקוחות מאחת החברות. אדרבה, בסיטואציה הצרכנית, לא אחת, הפרסום העתונאי בדבר ההטעיה הוא המוליד את התובענה הייצוגית,<sup>47</sup> והנוק הנגרם לעוסק מפרסום מעשה ההטעיה עצמו משמעותי הרבה יותר מהנוק מפרסום הגשת תובענה ייצוגית בנושא ההטעיה.<sup>48</sup> צרכן שיבקש לסחוט עוסק עשוי להשיג את מבוקשו ביתר קלות

44. ראו גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 426 ("מושתקות איפוא עילות שממילא לא היו מוגשות תביעות בהתבסס עליהן").

45. ע"א טמפו (לעיל, הערה 30), בעמ' 323; ראו גם: Charles Silver, "We're Scared to Death: Class Certification and Blackmail", 78 *N.Y.U.L. Rev.* (2003) 1357. חשש זה מהווה חלק עיקרי בבדיקת תום לבו של התובע, המהווה תנאי מוקדם לאישור התובענה בייצוגית. החשש מפני סחטנות הובע גם בדיון בכנסת על הנהגת מנגנון התובענה הייצוגית. ראו להלן, הערה 103. בהקשר זה, הובע בפסיקה גם חשש כי תביעות סרק ייצוגיות עלולות לפגוע במשק בכללו על ידי "השקעה מיותרת של משאבים" ובהגדלת פרמיות ביטוח שעלותן תגולגל על הציבור. ראו למשל ת"א (י-ם) 1159/97 סוסינסקי נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת (לא פורסם) (להלן ת"א סוסינסקי).

46. ראו: E. Zelensky, "Recent Case And Legislation: New Bully on the Class Action Block – Analysis of Restrictions on Securities Class Actions Imposed by the Private Securities Litigation Reform Act of 1995", 73 *Notre Dame L. Rev.* (1998) 1135.

47. ראו למשל ת"א (ת"א) 1372/95 ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת הקלאית ישראלית בע"מ (לא פורסם) (תובענה ייצוגית שהוגשה בעקבות תחקיר עיתונאי שחשף הוספת סיליקון בירי תנובה לחלב עמיד).

48. דומה כי ניתן לראות חריג נדיר למדיי במקרה של עוסק אשר התובענה מבטאת סכנה להמשך

ובאופן יעיל יותר באיום שיפנה לתכנית טלוויזיה צרכנית מאשר בהגשת תובענה ייצוגית. אכן, הניסיון שנצבר עד עתה אינו מעיד כי התחום הצרכני ירבה פרנסה לסחטנים. רק תובענות צרכניות ספורות מתועדות נסתיימו בפשרה, וברוב המקרים הייתה הפשרה מינימליסטית למדיי מנקודת ראותם של התובע הייצוגי ופרקליטיו.<sup>49</sup>

### (ג) בעיית הנציג

בניגוד לתובענות רגילות, שבהן פרקליטו של התובע נתון לפיקוחו של התובע, כתובענות ייצוגיות אין פיקוח ממשי של כלל התובעים (שהנם מפורזים ובלתי מאורגנים) על פעולתם של התובעים המייצגים אותם. פרקליטי התובעים מנהלים במידה רבה את התובענה ועלולים לנצל את מעמדם זה על מנת לקדם את האינטרסים שלהם עצמם על חשבון אלו של חברי הקבוצה.<sup>50</sup> אמנם המחוקק ניסה ליצור פיקוח מסוים על פעולתם של פרקליטיהם. כך, למשל, קבע המחוקק כי "תובע לא יסתלק מתובענה ייצוגית, ולא יעשה הסדר או פשרה עם נתבע, אלא באישור בית המשפט"<sup>51</sup> וכן כי "שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתובענה ייצוגית יהיה טעון אישורו של בית המשפט".<sup>52</sup> אולם בספרות המשפטית מקובלת הטענה כי מנגנוני הפיקוח החקיקתיים והשיפוטיים אינם יעילים, וכי בייחוד אין הפיקוח יעיל בהקשר של תביעות מסוג "large-scale, small-claim" (תביעות אינדיווידואליות קטנות המצטברות

קיומו הכלכלי ואשר מוצריו נרכשים על בסיס המחייב אמון בקיומו לתקופה ממושכת, כגון עוסק המספק את מוצריו שלא בעת הרכישה, או המוכר מוצרים עתירי שירות. ייתכן שההבדל בגודל בין תחום גירות הערך לתחום הצרכני מהווה חלק מהסיבה מדוע נטייתן של תובענות ייצוגיות להסתיים בדרך כלל בפשרה (לוטן ורוז (לעיל, הערה 27), בעמ' 320, 329) איננה משתקפת בשלב זה בתחום התובענה הייצוגית הצרכנית בישראל.

49. בת"א (ת"א) 1777/99 רב בריח נ' רבינוביץ (לא פורסם), פסק בית המשפט בסכום אחד לתובעת הייצוגית ולפרקליטיה סך 65,000 ש"ח. בת"א (חי') 11054/97 בולדו נ' רשות הנמלים פ"מ תשנ"ח(1) 337 (להלן: ת"א בולדו), סוכם בין הצדדים כי התובע הייצוגי שהיה גם עורך הדין המייצג יקבל 5,000 דולר, וזאת לאחר הליכים שכללו הגשת ערעור לבית המשפט העליון. על פי דיווח עיתונאי, נפסק במקרה אחד שכר טרחה משמעותי יותר, בסך 285,000 ש"ח (כולל הוצאות) וכן סך של 25,000 ש"ח לתובעת הייצוגית. במקרה זה נדחתה התובענה הייצוגית בהסדר פשרה שבו חילקה הנתבעת מוצרי היגם לחברי הקבוצה וייסדה קרן למחקר וללימוד בשווי 500,000 ש"ח. ראו יצחק דגון, "חברת בריטה תחלק 30,000 מסנני מים במסגרת פשרה בתביעה הייצוגית נגדה", גלובס (27.5.1998).

50. Jonathan R. Macey and Geoffrey P. Miller, "The Plaintiff's Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", 58 *U. Chic. L. Rev.* (1991) 1; Alon Klement, "Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers", 21 *Rev. of Litigation* (2002) 25; John C. Coffee, Jr., "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", 54 *U. Chic. L. Rev.* (1987) 877.

51. סעיף 735 לחוק הגנת הצרכן.

52. סעיף 335 לחוק הגנת הצרכן.

לסכום כולל גדול.<sup>53</sup> תביעות אלו הן התביעות האופייניות לתובענות ייצוגיות צרכניות. אין להתעלם מבעיית הנציג בהקשר הצרכני. עם זאת בעיית הנציג ראויה להיבחן אל מול האלטרנטיבה של התובעים. מכיוון שבסיטואציה של התביעה הצרכנית הטיפוסית, בהיעדר מכשיר התובענה הייצוגית לא היה איש מן התובעים הפוטנציאליים מקבל דבר, הרי שגם הפיצוי החלקי שיוכו לו התובעים עדיף על מצבם בהיעדר התובענה הייצוגית. יתר על כן: קיומן של תובענות ייצוגיות כנגד מעוולים שחמקו בהיעדרן מאכיפה אפקטיבית מגביר את התמריצים של העוסקים לנהוג בהגינות כלפי ציבור הצרכנים בנושאים שיכלו לפגוע בצרכנים בפגיעות פעוטות.

#### 4. יישום שיקולי המדיניות לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים

סיכום השיקולים שהובאו לעיל מעלה כמה מסקנות המבדילות את התובענה הייצוגית מתובענות ייצוגיות בכלל ומתובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך, בפרט. מן הניתוח דלעיל עולה כי בהקשר הצרכני, המטרה החשובה ביותר שעל התובענה הייצוגית להשיג היא צמצום בבעיית תת-האכיפה, על שני ראשיה. שיקולים אחרים המוזכרים בהערכת מכשיר התובענה הייצוגית רלוונטיים פחות לסיטואציה הצרכנית, למעט במקרים שסכום התביעה האישית גבוה במיוחד. מן המסקנה בדבר חשיבותו של שיקול תת-האכיפה נגזרות מסקנות אופרטיביות בהמשך המאמר: מקום שקיימת תופעה בולטת של תת-אכיפה, ראוי שבתי המשפט יפעלו בדרך של פרשנות ומדיניות משפטית למניעתה של הבעיה.<sup>54</sup>

עוד עולה מן הדברים כי בהשוואה לתחומים אחרים, בהקשר הצרכני גדולים יתרונותיהן של התובענות הייצוגיות בהשוואה לחסרונותיהן. מכאן שבתחום הצרכני ניתן להתיר בעיקרון הגשתן של יותר תובענות ייצוגיות מאשר בתחומים אחרים, וכי יש מקום להבחין בין התחומים השונים בקביעת התנאים המוקדמים לאישורן של תובענות ייצוגיות, ולהתיר מעט יותר את הרסן השיפוטי בתובענות ייצוגיות צרכניות.

ואולם עיון בפסיקה מראה כי ההבחנה בין תובענות ייצוגיות צרכניות לתובענות ייצוגיות אחרות אינה קיימת כלל, וכי הדיון בשיקולי המדיניות הייחודיים לתובענה הצרכנית כמעט אינו קיים. למעשה ההפך הוא הנכון: הפסיקה יישמה לגבי התובענה הייצוגית הצרכנית עקרונות דומים מאוד ומחמירים יתר על המידה, לאלו שנקבעו בתחומי תובענות ייצוגיות אחרים ובפרט בתחום ניירות הערך. בהקשר זה ניתן לציין כרוגמה בולטת את אימוצו לתובענה הייצוגית הצרכנית של התנאי בדבר בדיקת סיכויי התובענה. כעניין בזק החברה הישראלית לתקשורת נ' עזבון אליהו גת,<sup>55</sup> השופטת שטרסברג-כהן מייבאת את התנאי האמור מתחום ניירות הערך, למרות היעדרו המפורש והמכוון בחוק הגנת הצרכן<sup>56</sup> ובלא כל

53. Macey & Miller (לעיל, הערה 50).

54. ראו, למשל להלן, הערה 126 והטקסט שלידה; להלן, הערה 177 והטקסט שלידה.

55. רע"א 6567/97 בזק החברה הישראלית לתקשורת נ' עזבון אליהו גת, פ"ד נב(2) 713, בעמ' 717-719 (להלן: רע"א בזק).

56. הכנסת השמיטה לאחר דיון והצבעה את התנאי בדבר סיכויי התובענה שנכלל בהצעת התיקון לחוק הגנת הצרכן שהוסיפה את פרק התובענות הייצוגיות (ואשר הועתק מחוק ניירות ערך).

דיון אם ראוי להחיל תנאים שגובשו בעבור תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך גם בתחום התובענות הצרכניות. לאור האמור עמדתנו היא כי לא היה מקום לבצע "ייבוא" אוטומטי כזה בדרך של היקש, ועל אחת כמה וכמה לא היה מקום לבצעו כנגד כוונתו המפורשת של המחוקק.

אחת ההמחשות הטובות ביותר לגישתו העוינת של בית המשפט כלפי מכשיר התובענה הייצוגית הצרכנית מצוי בדימוי שבחר לה השופט חשין בפסק דין הרוב בדנ"א ברזני, לאהר שמנה את השיבותה ואת סכנותיה:<sup>57</sup> "שומה עלינו לטפל בתובענה הייצוגית בהירות יתרה, משל הייתה רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו".

דומה כי האסוציאציה הראשונית של דימוי זה היא של דבר מסוכן שיש להיזהר מפניו. ניתן היה להעלות על הדעת דימויים מאוזנים הרבה יותר, כגון סכין חדה, שיש לה שימושים ראויים, אולם צריך גם להיזהר כי השימוש בה לא יהיה למטרות שליליות. הדימוי שנבחר – רימון היד ללא הנצרה, מעיד על ההסתייגות הרבה של בית המשפט מן המכשיר.

בהמשך פסק הדין יוצא המרצע מן השק ומתברר כי הסיבה העיקרית שבשלה סירב השופט חשין לפתח כללים שיפוטיים שונים בתובענות ייצוגיות צרכניות, כפי שהציעה השופטת שטרסברג-כהן, היא ראייתו את התובענה הייצוגית כמכשיר דיוני בלבד והתעלמות משיקולי המדיניות החשובים העומדים בבסיסה. לדבריו: "תובענה ייצוגית – עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת".<sup>58</sup>

הנה כי כן, השופט חשין מתעלם משיקול המדיניות החשוב ביותר לטובת התובענה הייצוגית, צמצום בעיית תת-האכיפה, והתעלמות זו מביאה אותו לתוצאה המנציחה את תת-האכיפה. לעומת זאת השופטת שטרסברג-כהן מגיעה לתוצאה המרחיבה מתוך תפיסה של התובענה הייצוגית כמכשיר מהותי בשל שיקולי המדיניות העומדים בבסיסה:

במובן הרחב, נועדה התובענה הייצוגית למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח ... על חשבון "האדם הקטן" ... מגשימה אכיפה ראויה ומונעת מצב של תת אכיפה הפוגעת בצרכן הבודד, בקבוצת הצרכנים ובציבור בכללותו.<sup>59</sup>

## ג. התובע

### 1. תובע כשיר לפי החוק – כללי

חוק הגנת הצרכן קובע כי הזכות להגיש תובענה ייצוגית נתונה ל"צרכן" או ל"ארגון צרכנים כמשמעותו לפי סעיף 31(ג)".<sup>60</sup> אף על פי שחוק הגנת הצרכן תוקן, והוא מאפשר

ראו ד"כ תשנ"ד 9380 מיום 13 ביולי 1994; ראו גולדשטיין ועפרון (לעיל, הערה 14), בעמ' 39-43.

57. דנ"א ברזני (לעיל, הערה 12), בעמ' 406.

58. שם, בעמ' 417.

59. שם, בעמ' 433.

60. סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן.



עתה הגשת תביעה נזיקית אישית בידי עוסק שנפגע מהטעיית צרכנים בידי עוסק אחר,<sup>61</sup> לא הורחבה רשימת הזכאים להגיש תובענה ייצוגית במקביל, והמתחרה העסקי אינו נכלל בה.<sup>62</sup> בפרק זה יידונו אפוא שתי קבוצות הזכאים להגיש תובענה ייצוגית – הצרכנים וארגוני הצרכנים, ואבחן גם את הוצאתו של המתחרה העסקי מגדר הרשאים להגיש תובענה ייצוגית לפי החוק.

## 2. "צרכן"

### (א) מיהו צרכן?

חוק הגנת הצרכן מגדיר את המונח "צרכן" בסעיף 1 לחוק כדלקמן: "מי שקונה נכס או מקבל שרות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".<sup>63</sup> הבסיס הרעיוני להגדרת "צרכן" ולהגנות המיוחדות שמעניק חוק הגנת הצרכן לעסקאות צרכניות, לרבות ההגנה בדמות מכשיר התובענה הייצוגית, הוא הנחת היסוד שלפיה הצרכן העומד מול מוכר מסחרי ("עוסק") נמצא במצב של נחיתות אינהרנטית בשל פערים בידע, במיומנות, ובשוויון הכלכלי, ועל כן הוא זקוק להגנה.<sup>64</sup> מטעמים פרקטיים בחר המחוקק בהגדרה בעלת אופי טכני, שאינה בוחנת את קיומם של הפערים האמורים בפועל, והיא חלה

61. סעיף 31(א1) לחוק הגנת הצרכן, כפי שתוקן בתשנ"ט, ס"ח 151. למצב המשפטי הקודם ולניתוח המדיניות הראויה ראו אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט (נבו, תשס"ג), 261-265; בר ניב (לעיל, הערה 31), בעמ' 315 ואילך והפסיקה הנסקרת שם; לשאלה מיהו העוסק הנתפס כ"נפגע", ראו מיגל דויטש, עוללות מסחריות וסודות מסחר (נבו, תשס"ג), 48.

62. השמטתו של המתחרה העסקי נעשתה במכוון, כעולה מדברי ההסבר. ראו הצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו-1996, ה"ח 347.

63. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן.

64. חוק הגנת הצרכן "נמנה עם התחיקה המתערבת בחוזים שבין צדדים לא שווים, והמטילה על הצד החזק – הספק – תובת הוגנות מוגברת כלפי הצד החלש – הצרכן. זאת, כיוון שעל פי טבע הדברים, סומכים צרכנים על ספקים – שלהם המומחיות והניסיון בתחום עיסוקם". רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד (נה1) 168 (להלן: רע"א לנגברט). למטרות חוק הגנת הצרכן ראו גם רע"א 2512/90 סופרגז חב' ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, פ"ד מה(4) 405, בעמ' 421 ("זהו חוק שבעיקרו נועד להגן ... על הצרכן מפני מעשי הטעיה או מרמה או אחיזת עיניים מצד יצרן או ספק. החוק מבקש למנוע מהקונה התמים – הוא הצרכן הרוכש נכס או מקבל שרות לשימושו האישי הביתי או המשפחתי מליפול ברישתם של האנשים המבקשים להוליכו שולל. הכוונה היא להגן על הצרכן מקניית מצרכים שאינו זקוק להם או שאיכותם ירודה מזו שנצטיירה בעיניו על פי הפרסום שניתן למוצר, או שאין בידו כל הנתונים האמיתיים באשר לאותו מוצר, כך שהוא רוכש את המוצר כתוצאה מהטעיה בדבר המחיר האמיתי, האיכות והכמות הנמכרת"). אף על פי שהגדרת מטרות זו זכתה לאזכורים לא מעטים בפסיקה ובספרות, אין לראות בה חזות הכול, שכן נאמרה אגב אורחא בפסק דין שכלל לא עסק במישרין בחוק הגנת הצרכן אלא בשאלה אם יש לפרש את המונח "צרכן" בחוק אחר באותו האופן שבו הוגדר המונח בחוק הגנת הצרכן.

לכאורה אף במקום שהנתבע יכול להוכיח כי הפערים אינם קיימים בפועל, או אף במצב שבו קיים פער דווקא לטובת הרוכש-הצרכן.

בעניין גרוסוסר השופטת שטרנברג-אליעזר קובעת כי "מרות הפסיקה ניתן להסיק כי אין לפרש את המונח 'צרכן' על דרך הצמצום".<sup>65</sup> אכן מסקנתה של השופטת אליעזר, כי אין לאפשר לנתבעת למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם בזהות התובע הייצוגי הנה נכונה, ונובעת ממנה הגדרה רחבה יחסית של המונח "צרכן". עם זאת, כפי שהסתבר בפרשת ברזני נ' בזק,<sup>66</sup> גם לעמדה מקלה זו יש גבולות ברורים.

ההגדרה בחוק היא הגדרה משפטית ייחודית, השונה מההגדרה הכלכלית המקובלת למונח "צרכן".<sup>67</sup> ההגדרה היא הגדרה פונקציונלית-עובדתית,<sup>68</sup> המתייחסת אך ורק למטרות של עסקת רכישה ספציפית, ומגבילה את תחולת החוק "לעסקאות לצרכי הפרט ולהוציא עסקאות מסחריות אשר עליהן ימשיך לחול מסלול החקיקה הרגיל".<sup>69</sup> אין החוק מתייחס לזהותו של הרוכש, למידת תחכמו, או לקיומם בפועל של פערי מידע או פערי מיקוח. גם רוכש בעל ידע רלוונטי רב (למשל יבואן מזון הרוכש מוצר מזון אצל עמית) ייחשב כצרכן, ובלבד שהוא (1) "קונה מעוסק במהלך עיסוקו" (2) "נכסו" או שרותו"<sup>70</sup> (3) "לשימוש שעיקרו

לדיון בחקיקה המתערבת בחווים שבין צדדים לא שווים, ראו אורנה דויטש (לעיל, הערה 61), בעמ' 27, 87-122; סיני דויטש, "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים", עיוני משפט כג (תש"ס) 135; ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נדר (3) 127; ע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד מד(2) 476, בעמ' 481-482.

65. ת"א גרוסוסר (לעיל, הערה 19). השופטת שטרנברג-אליעזר חורה על עמדתה זו בת"א (ת"א) 2477/99 סבו נ' רשות שדות התעופה (לא פורסם) (להלן: ת"א סבו). בהערת אנג נעיר כי האסמכתאות המצוטטות למסקנה זו אינן תומכות בה במישורן. הדברים נסמכו על דברי השופט גרשון בת"א בולדרו (לעיל, הערה 49) שיידונו להלן לגופם, ועל פסק הדין בעניין טצת הראשון (לעיל, הערה 15) שהקשרו הנו תובענות ייצוגיות בניירות ערך.

66. דני"א ברזני (לעיל, הערה 12).

67. ראו סיני דויטש (לעיל, הערה 13), בעמ' 176.

68. מכיוון שמדובר בנתון עובדתי וברכיב חיוני לאישור התובענה כייצוגית, "עובדה זו צריכה להיות מפורשת בבקשה ומאומתת על ידי התצהיר". ת"א (ת"א) 709/98 קריצ'מן נ' סלקום ישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א קריצ'מן). בפרשה זו סירב בית המשפט לאשר את תביעתו של אחד המבקשים כייצוגית, מכיוון שכל שנאמר בתצהירו בהקשר זה היה "אני סטודנט ומשמש כדובר של האגודה לזכויות האזרח".

69. דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980, ה"ח 304. יש להדגיש כי החוק אינו חל בכל מקרה של פערי ידע. כך, למשל, גם חברה עסקית קטנה יחסית הסובלת מפערי מידע ויכולת מיקוח מול חברה גדולה בהרבה, לא תוכל לעשות שימוש במכשיר התובענות הייצוגיות לפי חוק הגנת הצרכן, מכיוון שאינה "צרכן" על פי חוק זה. ת"א (ת"א) 999/95 ויטלגו מפעלי טכסטיל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א ויטלגו).

70. המונח "נכס" מוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כדלהלן: "טובין, מקרקעין, זכויות, ניירות ערך כמשמעותם בחוק ניירות ערך ... ואיגרות חוב ממשלתיות". זו הגדרה רחבה ביותר, הכוללת למעשה את כל סוגי הנכסים המוכרים.

אישי, ביתי או משפחתי". בסעיף זה נתמקד בהתפתחות הפסיקתית בפירושם של אחדים ממונחים אלו.

(ב) "קונה מעוסק במהלך עיסוקו" – מיהו "קונה"?

כאמור אין החוק מגדיר מהי "קנייה". ואולם החוק מגדיר את המונח "מכר", ונוקט לצורך זה הגדרה ייחודית ומרחיבה ביותר. נראה כי יש לראות במכר את הצד האחר של פעולת הקנייה, ולפרש את המונח "קונה" בחוק הגנת הצרכן באותו ההיקף שבו מתפרש המונח "מכר", היינו: "מכר – לרבות השכרה, מקח אגב שכירות, הצגה למכירה, הצעה למכירה וחליפין".

הגדרה זו רחבה באופן משמעותי לא רק מהמונח "מכר" במשמעותו הלשונית הרגילה, אלא אף מהמונח "מכר" בחקיקה האזרחית המקובלת בישראל,<sup>72</sup> שכן היא כוללת גם שכירות וגם הצעה או הצגה למכירה. כלומר: "מכר" – ולכן גם קנייה – לפי חוק הגנת הצרכן, מתבצעים בעת שמוצר מוצע או מוצג למכירה, גם אם בסופו של דבר לא נכרת חוזה ואין מתבצעות "קנייה" ו"מכירה" במובן הלשוני הפשוט.

הפרתו של החוק בידי העוסק מושלמת בשלב שבו עשה העוסק "דבר ... העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה".<sup>73</sup> על פי סעיף 31 לחוק, העוולה האזרחית, שבגינה התביעה הייצוגית מוגשת, קמה כאשר מתרחש "מעשה או מחל" בניגוד לפרקים מסוימים של חוק הגנת הצרכן. גם במישור הפלילי, עוסקים מורשעים בגין פרסום מודעות העלולות להטעות, אך קיומן של עסקאות מכירה בעקבות המודעה איננה חלק מרכיבי העבירה.<sup>74</sup> מכיוון

71. המונח "שירות" אינו מוגדר בחוק הגנת הצרכן, אף על פי שהוא מופיע בחוק לא מעט פעמים. גם בפסיקה, נדירה ההתייחסות לפירושו של המונח. ראו ת"א (ת"א) 328/96 מדינת ישראל – מנהל מקרקעי ישראל נ' לנגברט (לא פורסם) (להלן: ת"א לנגברט) (דיון בשאלה אם מבצע היוון דמי חכירה הוא בגדר "שירות"); מלבד עניין לנגברט העוסק בנקודה מוגדרת, לא מצאנו פסק דין שבו עמדה הגדרת המונח "שירות" לדיון ממשי, ועל פי רוב גקבע באופן סתמי כי אכן המדובר ב"שירות". ראו, למשל, ת"א ברוט (לעיל, הערה 8) (טיפול רפואי בלייזר הוא בגדר "שירות").

ייתכן שכהצעתו של פרופ' סיני דויטש, שלא צריך לחפש הגדרה "חיובית" אלא הגדרה שלילית. כלומר: כל הפעילות הכלכלית של צרכנים תהיה מוגנת בחוק הגנת הצרכן, למעט מה שהוצא ממנה במפורש – תחומי הבנקאות והביטוח המוסדרים בחוקים צרכניים ספציפיים. ראו סיני דויטש (לעיל, הערה 13), בעמ' 185-191.

72. השוו סעיף 1 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98 "מכר הוא הקניית גכס תמורת מחיר"; סעיף 3(א) לאמנה שבתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תש"ס-1999, ס"ח 6 ("חווים להספקת טובין שיש ליצרם או להפיקם ייחשבו כחוזי מכר"); סעיף 1 לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ס"ח 196 ("מכירה" – לרבות החכרה לתקופה של 25 שנים או יותר, לרבות התחייבות למכור או להחכיר כאמור ...). ליחס שבין חוק המכר לחוק הגנת הצרכן, ראו איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשמ"ז), 67-68.

73. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.

74. ראו, למשל ע"פ (ת"א) 71337/00 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לחוצרת חקלאית

שההוראות העונשיות והנוקיות של חוק הגנת הצרכן חופפות ברובן,<sup>75</sup> ומשום חומרתן הרבה יותר של הוראות עונשיות, יש לראות את העוולה כאילו הושלמה בשלב זה גם לגבי תחולת ההוראות האורחיות-הנוקיות.

בקבעי כי תיתכן עוולה אף בלא שהתבצעה עסקת קנייה, אין אני מתעלם מהכרעתו של בית המשפט העליון בפרשת ברזני נ' בזק, שלפיה אין עילת תביעה אישית לפי חוק הגנת הצרכן בהיעדר נזק בפועל או בהיעדר קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הנזק.<sup>76</sup> ואולם לדעתי, ייתכן נזק ותיתכן תביעה ייצוגית, אף במקרה של פרסום העלול להטעות אך לא הביא להטעיה בעסקה שבוצעה בפועל.

טלו לדוגמה פרסום מטעה שלפיו יימכר מוצר במחיר מוזל במיוחד. מאות קונים מגיעים לחנות, ומתבשרים כי הפרסום היה מטעה, למשל כי לא פורסם כי המוצר הוא משומש<sup>77</sup> או שבמלאי היה רק מוצר בודד, שנמכר מיד, בלא שהיה לכך ציון במודעה.<sup>78</sup> לכל הצרכנים המטריחים עצמם למקום העסק של המפרסם על יסוד ההנחה שיוכלו לרכוש את המוצר המתואר במודעה נגרם נזק, אף אם לא בוצעה בידי איש מהם עסקה בפועל. נזק זה – הזמן והוצאות הנסיעה – נגרם במישרין עקב ההטעיה, ואינו פוחת במאומה עקב אי-קיומה של העסקה.<sup>79</sup>

#### (ג) שימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי

רכיב של הגדרת צרכן הוא כי הנכס או השירות נשוא התובענה נרכשו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי. בתחילת דרכן של התובענות הייצוגיות הצרכניות הייתה המודעות של התובעים לעניין זה כה נמוכה, עד שאחד מראשוני התובעים הייצוגיים בכוח הדגיש בתובענתו כי הוא משתמש בטלפון הסלולרי נשוא התובענה "לשם עיסוקו" ולצורך שמירה על "קשר רצוף עם לקוחותיו", ובית המשפט קבע כי אם זה השימוש העיקרי של המכשיר,

(טרם פורסם): "היה על בית המשפט להתייחס להיבט ההטעיה באופן עקרוני וכללי ולא להתייחס רק לסוגיית ההטעיה הספציפית, דהיינו האם אותו צרכן שהעיד הוטעה או לא הוטעה".

75. השוו את סעיף 23 לחוק הגנת הצרכן (קביעת העבירות) וסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן (קביעת העוולה הנוקית).

76. לדיון ממצה בשאלת הקשר הסיבתי ראו ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק, פ"ד נה(4) 584; סיני דויטש, "תובענות ייצוגיות צרכניות: הרישה להסתמכות אישית על מצגי השווא של המטעה", מאזני משפט ב (תשס"ב) 97; מיגל דויטש (לעיל, הערה 61), בעמ' 48-49, ואת מילתו האחרונה (בשלב זה) של בית המשפט העליון בדנ"א ברזני (לעיל, הערה 12).

77. הטעיה לפי סעיף 2(א)(15) לחוק הגנת הצרכן.

78. הטעיה לפי סעיף 2(א)(18) לחוק הגנת הצרכן. טכניקת הטעיה זו מכונה בארצות הברית "bait and switch" ("פתה והחליף").

79. השוו ת"א (ת"א) 5431/96 מאיר אביגיל נ' גלגלי זהב (לא פורסם). בפרשה זו פסק השופט אוקון כי הייתה הטעיה בפרסומת של מוצר פיקטיבי, שנועדה למשוך תשומת לב ציבורית למדיה של הפרסום. התובע טען כי נגרם לו נזק בחפשו אחר המוצר הפיקטיבי, אולם במקרה זה, מכיוון שהתובע לא הוכיח כי אכן השקיע מאמץ אמתי בחיפוש שמעבר לשאלה בחנויות שבהן היה ממילא, נפסקו לו רק הוצאות משפט בלא לפסוק לו נזק נפרד.

לא ניתן לקבוע כי השימוש "אישי, ביתי או משפחתי", ולפיכך אין הוא "צרכן" בעיני החוק, ואין הוא כשיר להגשת תובענה ייצוגית.<sup>80</sup> להוצאת הצרכנים העסקיים מתחום חוק הגנת הצרכן השלכה לא רק על כשירותו של המבקש להיות תובע ייצוגי, אלא גם על גודלה של הקבוצה שיוכל תובע ייצוגי מתאים לייצג. רוכשים של אותו הנכס או השירות למטרה עסקית, אשר במצבים לא מעטים תהיה בידם עילת תביעה דומה, או לפחות חופפת במידה רבה,<sup>81</sup> לא יוכלו להיות חלק מקבוצת ה"צרכנים" שהתובע הייצוגי מייצג לפי החוק.<sup>82</sup> ברוב המקרים ברור מהנסיבות אם מדובר ברכישה אישית-ביתית או עסקית, אולם קיימים גם לא מעט שטחים אפורים.<sup>83</sup> חלק מהפתרון מצוי בקביעת המחוקק, כי די אם "עיקרו" של השימוש אינו למטרה עסקית, שבעקבותיה נפסק כי אין בשימוש עסקי חלקי כדי לפסול את המשתמש מלהיות צרכן, "ובלבד שעיקר השימוש היה ונשאר שימוש פרטי".<sup>84</sup> בעניין אחד, שנפסק בראשית ימיה של התובענה הייצוגית הצרכנית, הרחיק בית המשפט לכת וקבע כי לא ניתן, למעשה, לייצג בתובענה ייצוגית את לקוחות הנתבעת - חברת טלפונים סלולריים - המחזיקים בטלפון לשימוש שעיקרו אישי. בית המשפט קבע כי "השאלה אם פלוני מחזיק בטלפון סלולרי לשימוש אישי מחייבת בירור עובדתי פרטני, ומיון המחזיקים במכשיר הטלפון על פי השימוש העיקרי שנעשה על ידי כל אחד מהם במכשיר הטלפון במסגרת תובענה ייצוגית כדי לזכות ולכמת את בני הקבוצה, אינו מעשי".<sup>85</sup>

80. ת"א קריצ'מן (לעיל, הערה 68). בסופו של דבר נמנע השופט לויט מקביעה נחרצת בנושא, מכיוון שבסיכומיו טען קריצ'מן כי עיקר שיחותיו היו למטרות אישיות ולא למטרה עסקית, וזאת לאחר שעיקר טרונייתו בתצהיר שצורף לכתב התביעה היה על הנוק שנגרם לו בכך שלקוחותיו לא יכלו ליצור עמו קשר.
81. למשל, עילת תביעה בגין הטעיה לפי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 החופפת במצבים רבים להטעיה מכוח חוק הגנת הצרכן.
82. סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן, בעבר התעוררה השאלה אם ניתן לצרף לתובענה כזאת, במקרים מתאימים, גם את קבוצת הרוכשים לצורך עסקי מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. אפשרות זו נידונה בעקיפין, ראו למשל, ת"א (ת"א) 576/98 גרונר נ' ביו אומגה (ישראל) בע"מ (לא פורסם). אולם למיטב ידיעתי, לא נידונה לגופה. מכל מקום, בשל הגבלת השימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי לגופה ברע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 9) אין השאלה רלוונטית כרגע.
83. למשל מחשבים אישיים הנרכשים על ידי בעל מקצוע חופשי לשימוש בביתו. נתבעים ייטבו לעשות אם יבקשו לבחון, במקרה של ספק, אם התובע רשם את הנכס נשוא התביעה כהוצאה עסקית בספרי החשבונות שלו.
84. ת"א קריצ'מן (לעיל, הערה 68); ת"א דורון (לעיל, הערה 7) (ייחוד חדר בבית מגורים למשרד אינו הופך את הבית למשרד); ת"א סבו (לעיל, הערה 65) (השתתפות המעביד במימון כרטיס טיסה לנסיעה שבה שולבו עבודה ותופשה משפחתית בחוץ לארץ לא פסלה את היות התובעת "צרכן").
85. ת"א (ת"א) 1178/96 להב נ' יורוקום תקשורת סלולרית (לא פורסם).

פסיקה זו שגויה, כמובן. העובדה שמוצר מסוים מצוי אצל אחרים בשימוש עסקי ואצל אחרים בשימוש פרטי אינה צריכה לגרום לכך שלא ניתן יהיה כלל להגיש תובענה ייצוגית בשל הטעיה כללית הקשורה במכר של המוצר האמור, אלא היא צריכה להשפיע על זהות התובע הייצוגי (שיצטרך להיות משתמש בשימוש פרטי) ועל גודל הקבוצה שיוכל לייצג: מחד גיסא, אם תאושר התובענה, תוגדר הקבוצה באופן הכולל רק את הצרכנים הפרטיים, ומאידך גיסא לא יהווה ההליך מעשה בית דין כלפי רוכשים עסקיים של אותו מוצר עצמו. המחשה לחשיבות ההבחנה שבין המגזר הפרטי למגזר העסקי ניתן למצוא בפסק הדין בעניין חברות הליסינג.<sup>86</sup> בפרשה זו הגיע בית המשפט למסקנה החמורה כי הנתבעות, חברות הליסינג, "מסתרות מאחורי חישובים אריתמטיים מורכבים דרכם הן מצליחות לגבות סכומים גבוהים מהסכומים אותם הן מציגות ללקוחותיהן וזאת מבלי שללקוחות ניתןת הזדמנות הוגנת לבדוק את החישובים",<sup>87</sup> אולם מכיוון שבית המשפט קבע כי הלקוחות של חברות הליסינג משתמשים ברכב לצרכים עסקיים,<sup>88</sup> נקבע כי במקרה זה אין תחולה לחוק הגנת הצרכן, והבקשה לאישור תובענה ייצוגית נדחתה.<sup>89</sup> יצוין כי במקרה זה לא נבחנה שאלת העסקה הספציפית של התובע, מכיוון שהתובענה הוגשה בידי ארגון צרכנים. השלכותיה של פסיקה זו אינן פשוטות: לפי הרציונל של החלטת בית המשפט, ההטעיה של חברות הליסינג איננה כפופה אף לאכיפה המינהלית והפילילית, שכן נקבע כי אין תחולה לחוק הגנת הצרכן בסוג עסקאות אלו; כנראה לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית לפי תקנה 29, בעקבות הלכת א.ש.ת. על פי פירושה המקובל;<sup>90</sup> וספק אם יימצאו תובעים שהתוחלת של תובענתם האינדיווידואלית מצדיקה הגשת תביעה כזאת, ונמצאו חברות הליסינג מטעות את הציבור, בכלל ואת לקוחותיהן שעמדת המיקוח שלהם קטנה יותר, בפרט.

(ד) שירות בעל אופי צרכני מובהק שנצרך למטרה עסקית בבחירת מבחן השימוש העיקרי של הלקוח הספציפי דחה המחוקק למעשה שני מבחנים אפשריים אחרים.<sup>91</sup> אפשרות אחת, שלא נתקבלה בידי המחוקק, הייתה לקבוע כי רוכש שהוא יחיד, להבדיל מתאגיד, ייחשב כ"צרכן".<sup>92</sup> אפשרות אחרת שאף היא לא נתקבלה על

86. ת"א (ת"א) 65/97 איגוד הצרכנים בישראל הבלתי תלוי נ' זלר אבלגון ליסינג בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א איגוד הצרכנים).

87. שם, בפסקה 4 לפסק הדין.

88. בית המשפט הניח זאת בשל יתרונות המס הגלומים בעסקת ליסינג למי שרשאי לנכות חלק מהוצאות הליסינג כהוצאות עסקיות, וקבע כי לאור הנחה זו, הנטל שאופי ההתקשרות הוא אישי ולא עסקי היה על המבקש, שלא עמד בו.

89. יצוין כי בהקשר שבו ניתנה ההחלטה, הייתה משמעות להגדרת "צרכן" לא רק מבחינת "זכות העמידה" של הצרכן אלא גם מבחינת תחולת הוראות החוק המהותיות שהפרתן נטענה, שאף הן כלולות בחוק הגנת הצרכן, וממילא חלות רק במערכת יחסים צרכנית.

90. ראו לעיל, הערה 9.

91. לגישה שונה מעט ומפורטת בעניין זה ראו סיני דויטש (לעיל, הערה 13), בעמ' 219 ואילך.

92. ת"א קריצמן (לעיל, הערה 68). פסיקה זו עומדת לכאורה בסתירה לאמרת אגב (שהוגדרה במפורש ככזאת) של השופט טלגם בת"א שדה (לעיל, הערה 41), ולפיה ברכישה "אישית" אין

ידי המחוקק, הייתה לבדוק את אופיו של הנכס נשוא התובענה בבחינה אובייקטיבית, אצל מרבית הלקוחות, ולא את מטרת השימוש הספציפי אצל התובע המבקש להכיר בתובענתו כייצוגית.<sup>93</sup>

עם זאת, בעניין אחד פסק בית המשפט המחוזי בחיפה כי אופי השירות הוא המכריע, ולא מטרת השימוש של הצרכן הספציפי. בעניין בולדו נ' רכבת ישראל<sup>94</sup> נידונה תביעתו של עורך דין שטען כי הוטעה בידי רכבת ישראל בקשר עם מחיר כרטיס הנסיעה בעת שנסע ברכבת. מחקירתו הנגדית של התובע עלה כי מטרת נסיעתו ברכבת, שבה נוצרה עילתו האישית, הייתה על מנת להופיע בשיבת בוררות במסגרת עבודתו כפרקליט. על יסוד מידע זה ביקשה הנתבעת לדחות את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, מכיוון שהתובע רכש את השירות נשוא התובענה לצורך עסקיו, ולא לשימוש "שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". השופט גרשון דחה טענה זו. לגישתו, אין לקבל פירוש לפיו "כל מי שנוסע לצורך עבודה, בין אם הוא שכיר ובין אם הוא עצמאי, לא ייחשב כ'צרכן' לצורך החוק", מכיוון ששירות ההסעה הוא מצרך חיוני, ומכאן שכל נוסע מקבל בו שירות שעיקרו אישי. השופט גרשון מתאמץ ליישב פרשנות זו בלשון החוק וקובע כי "אופן הגעתו של אדם למקום עבודתו או למקום פגישותיו העסקיות הינה עניינו האישי של הנוגע בדבר... על כן עצם הנסיעה בכלי תחבורה, אפילו היא למטרת עבודה, הריהי בבחינת שימוש שעיקרו אישי".<sup>95</sup>

לדעתי, פרשנות זו מרחיקת לכת מבחינה תכליתית, מאולצת ביותר מבחינה לשונית, ואינה עולה בקנה אחד עם הוראתו המפורשת של החוק. למעשה, גישה זו מבטלת את מבחן העסקה הספציפית ומחילה את מבחן "טיב הנכס או השירות" כמעט במלואו, אף על פי שגישה זו לא נבחרה על ידי המחוקק.

זה מעניינה של המשיבה איזה שימוש הוא עושה בו". בתחומים צרכניים מסוימים הוחלה החקיקה הצרכנית על כל פעולה של יחיד, להבדיל מתאגיד. כך, למשל, לגבי הזכות לעשות שימוש בבית המשפט לתביעות קטנות, קבע המחוקק כי רק "יחיד" יוכל להגיש תביעה, אולם אין בחוק מגבלה על יחיד להגיש תביעה בעלת אופי עסקי. ראו סעיף 60א(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

93. אפשרות זו משמשת בהגדרת עסקה צרכנית בחלק מדיני הצרכנות האמריקניים, המגדירים עסקה צרכנית כעסקה בנכס "any tangible personal property which is distributed in commerce and which is normally used for personal, family, or household purposes" (ההדגשה אינה במקור - ה"ס). ראו: Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act, 15 U.S.C. § 2301 (1982).

94. ת"א בולדו (לעיל, הערה 49). מטעמי גילוי נאות, יצוין כי המחבר שימש כיועץ לעורכי הדין של הנתבעת בתיק זה.

95. שם, בעמ' 343. ערעור שהוגש על פסק הדין בעניין בולדו לבית המשפט העליון נסתיים בפשרה שלפיה תפעיל הרכבת שש רכבות לשנה במשך שלוש שנים לטובת נזקקים. ע"א 6983/99 בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות (לא פורסם). פסק הדין מיום 29 במאוס 2000, הנותן תוקף לפשרה, פורסם (ולא פרטי הפשרה) באתר האינטרנט של בית המשפט העליון. פרטי הפשרה פורסמו בעיתונות. ראו אורלי פלג-מזרחי, "הסכם פשרה: הרכבת תפעיל רכבת לשימוש נזקקים שיהיו פטורים מדמי נסיעה", גלובס (15.5.2000).

השופט גרשון משתמש בדוגמה מעניינת על מנת לתמוך בעמדתו, אולם לדעתי, יש בה ראייה לסתור דווקא: לדידו של השופט, רכישת כרטיס הנסיעה איננה שונה מרכישה של משקה צונן בידי עורך הדין במהלך יום עבודתו, שאף היא תיחשב לרכישה במישור האישי, ללא קשר לכך שבוצעה במהלך עבודתו. לדעתי, דוגמה זו עוזרת להמחיש את קו הגבול, הנובע מהזיקה שבין המצרך או השירות לבין העבודה. הנסיעה הספציפית של עו"ד בולרו נדרשה אך ורק עקב עבודתו. כאשר רכישת המצרך או השירות נובעת במישור מן העיסוק, זו רכישה שאינה לצורך אישי. לעומת זאת, רכישת המשקה אינה נובעת מן העיסוק דווקא: אדם נזקק לשתות בין שהוא עובד ובין שאינו עובד, והקשר שבין המשקה לבין סביבת העבודה שבה נלגם הנו קלוש בדרך כלל.

ראוי לציין כי הבחנה זו מוכרת מתחומי משפט נוספים. דיני מס ההכנסה היו מכירים במחירו של כרטיס הרכבת כהוצאה עסקית, אולם בדרך כלל לא היו מכירים בהוצאה למשקה שרוכש עורך דין לשימושו הפרטי במהלך יום העבודה.<sup>96</sup> לדעתי, ניתן וראוי לשמר אבחנה זו גם בהקשר לפירוש הגדרת צרכן שבחוק הגנת הצרכן. כאמור לעיל, פסק הדין גם עומד בסתירה להחלטות שיפוטיות קודמות, שבחנו את אופי השימוש של המשתמש הספציפי ולא את אופיו של הנכס או השירות נשוא התביעה.<sup>97</sup>

### 3. ארגון צרכנים

חלק מבעיית תת-האכיפה המיוחדת בישראל בתחום הצרכני נעוץ במיעוטם ובחולשתם היחסית של ארגוני הצרכנות, בהשוואה למעמדם בארצות אחרות בעולם.<sup>98</sup> הארגון הצרכני המשמעותי במדינה הוא המועצה הישראלית לצרכנות, הסמוכה מבחינה תקציבית על שולחנו של משרד התעשייה והמסחר. הרשות להגנת הצרכן ולאיכות הסביבה בהסתדרות נחלשה במידה ניכרת עם היחלשותה הכללית של ההסתדרות והידלדלות תקציבית. בישראל לא צמחו מעולם ארגוני צרכנות רבי השפעה דוגמת ה־Consumers Union האמריקני.

96. כמו כן, אילו אירעה לעורך הדין חלילה תאונת דרכים בדרכו לשיבת בורות, הייתה תאונה זו מוכרת כתאונת עבודה, בניגוד לנסיעה פרטית.

97. השור, למשל, ת"א (ת"א) 3266/98 קדם נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א קדם), שם נידון שימוש של התובע, אף הוא עורך דין, במכשיר הטלפון, שבוודאי ניתן לקבוע כי הוא מצרך חיוני לא פחות מן הנסיעה ברכבת. בפסקה ד לפסק הדין, תוך בחינת התקיימותו של תנאי הגדרת "צרכן", השופטת פלפל קובעת: "המבקש עומד בתנאי זה. בפניו הוצגו מספרי טלפון אליהם התקשר והבהרותיו לזהות היעדים האישיים עמדה על הנדרש". ראו גם ת"א (י-ם) 1500/97 אפיק נ' סלקום (לא פורסם) (להלן: ת"א אפיק), בפסקה 5 לפסק הדין.

98. למידע כללי על ארגוני הצרכנים הפועלים בישראל, ראו אתר האינטרנט של משרד התעשייה והמסחר [URL: <http://www.tamas.gov.il/NR/exeres/B25618A2-8E54-439B-BBDC-49F6883FFEE6.htm>]. ראו גם לאה פורת, "הכל תלוי", הארץ (14.6.1998).



ניתן היה לצפות כי המעמד המיוחד בחוק הגנת הצרכן<sup>99</sup> ל"ארגון צרכנים" שהוכר ככזה על ידי שר המשפטים,<sup>100</sup> הכולל גם תמריץ כלכלי במקרה של הצלחת תובענה ייצוגית,<sup>101</sup> יעודד את פעולתם של הארגונים הקיימים ואת הקמתם של ארגונים חדשים, שבעיית מקור המימון שלהם היא בעיה מרכזית בהפעלתם היעילה. מן ההיסטוריה החקיקתית בכנסת אף עולה בבירור כי מתן הכוח לארגוני הצרכנים להגיש תובענות ייצוגיות היה המטרה הראשונית של תיקון החוק, יותר ממתן הזכות לאורח בודד להגיש תובענה ייצוגית.<sup>102</sup> חברי הכנסת אף הביעו חששות מפני ניצולו של "הכוח הרב" שניתן לארגוני הצרכנים להגיש תובענות ייצוגיות למטרות של היסול חשבוניות או למטרות פוליטיות.<sup>103</sup>

99. לארגוני הצרכנים מעמד להגשת תובענות ייצוגיות גם לפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח) וחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. כן ניתן להם מעמד בתחומים נוספים: תחום התביעות הקטנות, ראו סעיף 63(א) לחוק בתי המשפט, [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198; חוזים אחידים – ראו סעיף 16 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8; הגבלים עסקיים – ראו סעיפים 8(ב), 12(ב), 15(א), 22(ב), 30(ו), 46(א), 50(ב) לחוק ההגבלים העסקיים; והכרה בתקן כ"תקן רשמי" – ראו חוק התקנים, תשי"ג-1953; ראו סיני דויטש (לעיל, הערה 13), כרך א, בעמ' 255-261.

100. סעיף 31(ג) לחוק הגנת הצרכן; ראו גם סעיף 7ב לחוק הגנת הצרכן, שהוסף בס"ח תש"ס 197, המקשה על הפעלתם של ארגוני צרכנים למטרת רווח.

101. ראו סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן. ארגון צרכנים זכאי לתגמול כספי גם בעת שהוא מסייע לתביעות צרכניות אישיות בתנאים מסוימים. ראו סעיף 31(ב) לחוק הגנת הצרכן. לתפקידם של ארגוני צרכנים, ראו גם ברניב (לעיל, הערה 30), בעמ' 211-214.

102. ראו דברי סגנית שר התעשייה והמסחר מאשה לובלסקי בדיון בקריאה ראשונה: "טיבה של ההצעה הזאת שארגוני צרכנים שיוסמכו, כמובן, על ידי שר המשפטים, יוכלו לקחת --- ... דן תיכון (הליכוד): אבל למה רק הם למה אני לא יכול? לובלסקי: אם תכריו על עצמך כארגון צרכנים --- ". ד"כ 139 (תשנ"ד) 9381. גם מהמשך הדברים עולה בבירור שהמיקוד ביכולת הגשת התביעה היה על ארגון צרכנים בלבד. גם בדברי יושב ראש ועדת הכלכלה בכנסת, בעת שהציג את התיקון לחוק הגנת הצרכן לקריאה שנייה ושלישית, נמנתה האפשרות של הגשת תביעות מצד ארגוני הצרכנים כראשונה: "התיקון לחוק הגנת הצרכן ... נועד לאפשר מושג שקרוי בלשון המשפטית 'תובענה ייצוגית' כדי שכל ארגון צרכנים – ולעניין זה גם צרכן בודד – יוכל להגיש בבית המשפט תובענה בשם קבוצת צרכנים". לאור האמור, אני חולק, בכל הכבוד, על עמדתה של ד"ר אורנה דויטש (לעיל, הערה 61), בעמ' 274, שאין לארגון צרכנים סמכות להגיש בשמו הוא תובענה (שלא כמסייע לצרכן ספציפי), לפחות ככל שהדבר נוגע לתובענה ייצוגית.

103. ראו דברי חבר הכנסת, סילבן שלום, ד"כ (תשנ"ד) 5674 ("זה פותח פתח רחב מאד לחיטול חשבוניות פרטיים באמצעות הגוף שנקרא המועצה לצרכנות"), חבר הכנסת, אריאל ויינשטיין, שם (הבעת חשש מכך ששר המשפטים שהוא איש פוליטי צריך לאשר את ארגון הצרכנים), וחבר הכנסת, עובדיה עלי, שם בעמ' 5675 ("איך נוכל להבטיח שארגונים כאלה לא ישתמשו שימוש ציני, לעתים פוליטי, בעוצמה שניתנה בידיהם?").

הנחיית היועץ הקשתה על הכניסה של ארגונים נוספים לתחום, בין היתר על ידי הדרישה כי לצורך הכרתו יהיה הארגון פעיל בפעילות "סדירה אחראית וסבירה" במשך שנה לפחות קודם להכרתו כ"ארגון צרכנים".<sup>104</sup> ואולם צירופן של הדרישה לפעולה רציפה כזו ללא אפשרות מעשית לפעול בחלק ניכר מן המישורים (בהיעדר הכרה), יחד עם המגבלות הקשירות על מקורות ההכנסה של ארגונים צרכניים,<sup>105</sup> מנעו את האפשרות המעשית לצמיחתם של ארגוני צרכנים חדשים, שהמקור הכספי היחיד המותר להם היה למעשה דמי חבר מיחידים. במציאות הישראלית, הציפייה כי ארגון משמעותי יצליח לקום ולהתקיים מדמי חבר בלבד, ואף זאת בלא שיוכל לפעול פעילות של ממש במשך שנה, איננה ריאליזם.

כנגד כל הסיכויים קם בסוף שנות התשעים ארגון בשם "קו חם לצרכן" כארגון צרכנים לא-מסדי. ואולם ארגון זה נתקל בספקנות, שלא לומר חשדנות, מצד בתי המשפט עם הגשת תביעתו הראשונה. כך, הסתייגה השופטת שטרנברג-אליעז מכך שבעמותת קו חם לצרכן, שהוכרה כ"ארגון צרכנים" לצורך החוק,<sup>106</sup> חברים "המבקש, רעייתו ושתי עורכות דין שכירות", וקבעה בנימוקיה כי "קיים השש שהעמותה תשאף להגיע להסדרי פשרה בתביעות הייצוגיות שהיא מגישה לבתי המשפט נגד חברות עתירות הון, תוך העדפת האינטרסים הצרים של מנהליה".<sup>107</sup> מכיוון שהשופטת לא פירשה את הראיות שהביאה לחשש זה, אין לי אלא להעיר באופן כללי כי הגישה לארגוני צרכנות חדשים, בוודאי לאלו

104. בג"ץ החליט שלא להתערב בתנאי זה. ראו בג"ץ 747/87 קרן היפר נ' שר המשפטים ולא פורסם; ד"נ 32/87 הופר נ' שר המשפטים (לא פורסם). הכללים קובעים כי תינתן הכרה לארגונים הפועלים שלא למטרות רווח, ודורשים מהארגון גם לפרט את המקורות הכספיים לפעולתו.

105. סעיף 7ב לחוק הגנת הצרכן שכותרתו "סייגים לשימוש בשם" קובע:  
(א) מי שהתקיים בו אחד מהתנאים המפורטים בסעיף קטן (ב), לא יציג ולא יפרסם את עצמו, במישרין או בעקיפין, כמי שמטרתו היחידה היא להגן על הצרכן או לייצג לו, ולא יקרא או יכנה את עצמו בשם שמשמע ממנו כי הוא פועל למטרה כאמור.  
(ב) (1) פועל משיקולים עסקיים או למטרות רווח.  
(2) ממומן או נתמך בידי גורם מסחרי.  
(3) הכנסותיו, כולן או חלקן, הן -  
(א) מפרסום מידע מסחרי;  
(ב) מתשלומים של גורמים מסחריים המשתתפים בסקרים שהוא עורך;  
(ג) מדמי חבר קבועים או חד-פעמיים המשולמים על ידי גורמים מסחריים;  
(ד) מתשלומים של גורמים מסחריים בעבור השימוש בתוצאות של סקרים, בדיקות או תחרויות הנערכות על ידיו;

(ה) ממתן חסות לפעילות מסחרית.  
(4) פרסומיו כוללים פרסומת, גלויה או מוטווית, בתשלום או שלא בתשלום, של גורם מסחרי.  
106. ראו את אתר העמותה, בכתובת [URL: http://www.kavham.org.il/]. האתר כולל מאגר מידע ייחודי בקשר עם תובענות ייצוגיות בישראל, אך חולשתו של המאגר היא בכך שלא עודכן מאז סוף שנת 2001.

107. ת"א (ת"א) 2532/99 עמותת קו חם לצרכן נ' טרנס וורלד איירליינס אינק (לא פורסם).

שעברו את תהליך ההכרה הלא פשוט של שר המשפטים, צריכה הייתה להיות אוהדת, בהיעדר ראייה לסתור.<sup>108</sup> מבחינה עובדתית, ייתכן שחושיה של השופטת לא הטעו אותה; בסופו של דבר, בוטלה הכרתה של קו חם לצרכן כ"ארגון צרכנים" בידי משרד המשפטים, ואחת התביעות הייצוגיות שהגישה אף סולקה עקב כך.<sup>109</sup>

ארגוני הצרכנות הוותיקים, המועצה לצרכנות, הרשות להגנת הצרכן בהסתדרות, ואיגוד הצרכנים הבלתי תלוי, שימשו כתובעים ייצוגיים בתיקים ספורים בלבד, ברוב המקרים תוך צירופם של תובעים יחידים, ובחלק מהמקרים על ידי הצטרפות להליכים קיימים.<sup>110</sup> ניתן היה לצפות שארגוני הצרכנות המוכרים ישתמשו בנשק זה בתדירות גבוהה יותר. ארגונים אלו מאתרים את ההזדמנויות באמצעות תלונות המגיעות אליהם ובהשקעה קלה יחסית הם יכולים להקים מחלקות משפטיות מתמחות שיתרגמו תלונות מתאימות לתובענות ייצוגיות. בדרך זו ארגוני הצרכנים יכולים הן לשפר את רמת האכיפה, על חלקה המתייחס ליישוב סכסוכים ועל חלקה המתייחס לקביעת נורמות עתידיות, והן ליצור לעצמם מקורות כספיים שניתן להפנותם למטרות הגנת הצרכן.<sup>111</sup> אולם מסיבות השמורות עם ארגוני הצרכנים, פעילותם בתחום זה מועטה ביותר.

בנושא זה עומד לחול בקרוב שינוי משמעותי, ובמאמר זה נקרתה הזדמנות לבחון אותו. כאמור, עד עתה התבססה ההכרה בארגוני צרכנים בידי שר המשפטים על תהליך שהוסדר בהנחיה שפרסם היועץ המשפטי לממשלה. אולם לאחרונה פרסם משרד המשפטים הצעת

108. גם ארגון הצרכנים הבלתי תלוי, ארגון ותיק שנוסד בשנת 1945, "זכה" להערה בדבר תום לבו כאשר בחר להגיש תובענה ייצוגית בעניין הנוגע ל"מנהלי עסקים" בעוד מטרות המוצהרות היא "הגנת הצרכן הזעיר". ת"א איגוד הצרכנים (לעיל, הערה 86).
109. בש"א (חי') 2976/02 פרטנר תקשורת בע"מ נ' עמותת קו חם לצרכן (טרם פורסם).
110. ראו, למשל, ת"א החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ (לעיל, הערה 38); רשות להגנת הצרכן – ת"א (ת"א) 2399/98 הרשות להגנת הצרכן ואח' נ' סופרגז (לא פורסם); ת"א איגוד הצרכנים (לעיל, הערה 86). מבין תביעות אלו, רק תביעתה של המועצה לצרכנות אושרה כיייצוגית. שתי ההחלטות האחרות מותחות ביקורת נוקבת על ניהול התביעה בידי ארגון הצרכנים הרלוונטי. פרופ' סיני דויטש מצא כי המועצה לצרכנות הייתה שותפה בסך הכול בחמש תובענות ייצוגיות, מתוכן אחת שהצטרפה אליה המועצה לאחר הגשתה. ראו דויטש (לעיל, הערה 4), בעמ' 333, הערה 154. לרשימה של פרופ' דויטש יש להוסיף את דנ"א ברזני (לעיל, הערה 12), שגם אליה הצטרפה המועצה לצרכנות לאחר הגשתה. ראו דיון מפורט במעמדה של המועצה לצרכנות לעניין זה בהחלטה שניתנה במסגרת ד"נ 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נו(6) 922 (שלא במסגרת פסק הדין העיקרי, אך נושאת את אותו מספר הליך); ולאחרונה את ת"א לנגברט (לעיל, הערה 71) שאף הוא הליך שהמועצה לצרכנות הצטרפה אליו, ואף זכתה לשבחי השופט על תרומתה. ראו שלומי דונר, "מינהל מקרקעי ישראל יפצה צרכנים ב-14 מיליון שקל", [URL: http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2947290,00.html]; ראו גם ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673.
111. ראו הערכתו של פרופ' בר ניב, בסמוך לחקיקת החוק, שלפיה ארגוני הצרכנים אינם צפויים להפעיל די הצורך את מוסד התובענה הייצוגית. בר ניב (לעיל, הערה 30), בעמ' 259. לאור הנתונים שהובאו לעיל, התגשמה הערכה זו.

חוק,<sup>112</sup> שלפיה תבוטל ההכרה הממשלתית הקבועה בארגון, ואישור מעמדו של הארגון יועבר להכרעתו של בית המשפט שבו הארגון מבקש להופיע במסגרת כל הליך רלוונטי. על פי הנוסח המוצע, ארגון צרכנים הוא כל ארגון שאחת ממטרותיו העיקריות היא הגנת הצרכן, ובלבד שאין מתקיימת בו אף לא אחת מהוראות פסקאות (1) עד (4) של סעיף 7(ב) לחוק הגנת הצרכן, שעניינן איסור על גוף בעל הקשרים מסחריים או פרסומיים לכנות עצמו כארגון "צרכני". דומה כי יש לברך על פתיחת השורות לארגונים צרכניים, לרבות אלו שהגנת הצרכן היא רק אחת ממטרותיהם. כך, למשל, יש לקוות שקליניקות משפטיות בפקולטאות למשפטים בישראל, הנתקלות תדיר בבעיות צרכניות אצל "לקוחותיהן", תוכלנה, במקרים מתאימים, לנקוט הליך ייצוגי.

ואולם אני סבור כי האופן שבו הוגדרו התנאים להכרה בארגון כארגון צרכני הנו בעייתי במוחלטות שבו. כך, למשל, קליניקה לסיוע משפטי שהפיצה כתב עת ומימנה חלק מעלותו באמצעות פרסומות או הסויות מסחריות, עלולה להיפסל מלהוות ארגון צרכנים לאור הוראות סעיף 7(ב)(3) לחוק. הרציונל שמאחורי ההגבלה בחוק, שנועד להגביל גופים דוגמת "אובייקטיבי",<sup>113</sup> הוא נכון, אבל דומה כי ההגבלה חמורה מדי, ולכאורה אף אינה משאירה במקרה זה שיקול דעת בידי בית המשפט. מוצע כי גוף לא ייפסל מלהיות ארגון צרכנים, אם ישתכנע בית המשפט כי אין בהכנסות שהוא קיבל מגורמים מסחריים כדי להשפיע על התנהלותו של הארגון.

אישור הסטטוס של ארגון הצרכנים יהפוך עתה לחלק מתהליך אישור התובענה הייצוגית עצמו. הנושא יהפוך אפוא לנושא אדוורסרי, והנתבע יעשה כל מאמץ לפסול את הסטטוס של התובע, שכן הצלחה בנקודה זו תביא לסילוקה של התובענה על הסף. ראוי, עם זאת, לציין כי לבית המשפט אין כלים משלו לביצוע המשימה, ובוודאי לא כלים העולים על אלו שלא הספיקו למשרד המשפטים, על פי עדותו שלו.<sup>114</sup>

112. הצעת חוק ארגונים צרכניים (קביעת דרכי הכרה) (תיקוני חקיקה), תשס"ב-2002, ה"ח 576. ההצעה עברה בכנסת בקריאה ראשונה: ד"כ 28 (תשס"ב) 6607.

113. "אובייקטיבי" היה גוף מסחרי שהוציא בעבר עיתון, ולאחר מכן עסק בעריכת מחקרים ופרסומם באינטרנט באמצעים נוספים. המודל העסקי של "אובייקטיבי" כלל הכנסות מגופים מסחריים שאוזכרו לחיוב במחקרים. מובן כי מודל עסקי זה יוצר תלות בין הגוף האמור להיות אובייקטיבי לבין הגופים המסחריים המממנים אותו. "אובייקטיבי" נתקל מתחילת דרכו בביקורת רבה ובהליכים משפטיים רבים, שבמרכזם הטענה כי "אובייקטיבי" אינו אובייקטיבי אלא פועל משיקולים מסחריים וממליץ על גורמים המשלמים בעבור ההמלצה. ראו אורנה לנדאו, "אובייקטיבי? השופט יחליט", הארץ (4.6.1998); וכן אתר-נגד, המרכז טענות כנגד "אובייקטיבי": [URL: <http://www.object.co.il/>]; להליכים משפטיים סביב תפקודו של "אובייקטיבי", ראו רע"א 7831/02 אובייקטיבי מחקרים עולמיים נ' קר – שירותי בריאות (טרם פורסם); ה"פ (ת"א) 1090/02 קליניקה אריאל נ' אובייקטיבי (טרם פורסם).

114. בדברי ההסבר להצעת החוק, משרד המשפטים מבהיר כי "התברר כי ברוב המקרים אין לצוות יכולת מעשית לבדוק את עמידתו של הארגון בתנאים הקבועים בהנחיה; גם במקרים שבהם אפשר לבדוק את הארגון בעת מתן ההכרה ... אי אפשר לפקח על קיום התנאים בתקופה שאחריה". ראו הצעת חוק ארגונים צרכניים (לעיל, הערה 112).

## 4. המתחרה העסקי

כאמור, מאז תיקון חוק הגנת הצרכן בתשנ"ט, מתחרה עסקי שנפגע מהפרת החוק בידי מתחרהו רשאי להגיש תובענה אישית כנגד המתחרה. ואולם האפשרות להגיש תובענה ייצוגית לא הורחבה למתחרה העסקי. לכאורה, הכרת החוק ביצירת עילת תובענה ישירה למתחרה עסקי שנפגע די בה, ואין לאפשר לו להגיש גם תביעת ייצוג. למתחרה העסקי אינטרס מסחרי בתובענה, ולכן במקרים רבים אכן די יהיה בתביעה ישירה של מתחרה עסקי. בעניין זה יש להבחין בין שתי שאלות נפרדות: ראשית, האם ראוי לאפשר תובענה ייצוגית של מתחרה עסקי בשם כל המתחרים העסקיים. נראה לי כי משהחלט לאפשר למתחרה עסקי לתבוע את מתחרהו בעילה לפי חוק הגנת הצרכן, התשובה לשאלה זו הנה בחיוב. שנית, האם יש לאפשר למתחרה עסקי לייצג בתובענתו גם נפגעים מהפרת החוק שהם צרכנים, ולא מתחרים עסקיים. לדעתי, התשובה לשאלה זו שלילית. עם זאת החוק אינו עושה אבחנה זו, ואין הוא מאפשר כלל תובענה ייצוגית בידי המתחרה העסקי.

מן העת שנקבע כי חוק הגנת הצרכן חל גם ביחסים שבין מתחרים עסקיים, כחלק ממערך החוקים המסדיר את התחרות בין מתחרים עסקיים,<sup>115</sup> דומני כי במקרה מתאים ראוי היה לאפשר אף תביעה ייצוגית של מתחרה עסקי בשם קבוצת המתחרים העסקיים. מתן אפשרות כזאת יעיל, ובמקרים רבים מחויב המציאות משיקולים פרקטיים.

כך, למשל, ייתכן מצב שבו פגעה העבירה של הנתבע הפוטנציאלי לפי חוק הגנת הצרכן בכלל המתחרים העסקיים או במתחרים עסקיים רבים ולא מסוימים, ולא במתחרה עסקי ספציפי או עיקרי. למעשה אם תוצאתה של ההטעיה היא העדפת מוצריו של הנתבע על פני כלל המוצרים המתחרים, ייכנסו לקטגוריה זו מקרים רבים של הטעיה. במקרה כזה יקשה על מתחרה עסקי ספציפי לנקוט תביעה אישית, שכן היא עליו להוכיח פוויטיבית כי הוא – אישית – "נפגע במהלך עסקו",<sup>116</sup> וכן את נזקו האינדיווידואלי. ואולם במקרים רבים יהיה קל בהרבה להוכיח את הנזק שנגרם לכלל המתחרים העסקיים מאשר את הנזק שנגרם למתחרה העסקי הבודד. במקרים אלו, לדעתי, ראוי לאפשר תובענה ייצוגית של מתחרה עסקי בשם כלל קבוצת המתחרים העסקיים. לכאורה, זה גם המצב לפי חוק ההגבלים העסקיים, המאפשר למתחרה עסקי לתבוע בשם כל קבוצת הנפגעים מהגבל עסקי של מתחרה (או מתחרים, במקרה של קרטל) של הקבוצה.

מאידך גיסא, אין לאפשר למתחרה העסקי לייצג בתובענה ייצוגית את ציבור הצרכנים. פעמים רבות האינטרסים של המתחרה העסקי שונים במובהק מאלו של ציבור הצרכנים. כך, למשל, האינטרסים ארוכי הטווח של העוסק אינם תומכים בגילוי מדבי לצרכן, והדבר עלול להשפיע על ניהול התובענה הייצוגית על ידו. משום כך יש לאפשר למתחרה העסקי לייצג את המתחרים העסקיים האחרים, אך אין לאפשר לו לייצג את הצרכנים. אגב יש להגיה, שבמקרים רבים פרסומה של תובענת המתחרה העסקי ממילא עשוי להביא עמו תובענה משלימה של צרכנים שמלאכת גילוי העילה ואיסוף הראיות כבר נעשתה בעבורם.

115. כגון חוק ההגבלים העסקיים וחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, ס"ח 146. ראו מיגל דויטש (לעיל, הערה 61).

116. סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן.

## ד. הנתבע

## 1. נתבע כשיר לפי החוק – "עוסק" שמולו יש לצרכן עילת תביעה אישית – כללי

חוק הגנת הצרכן קובע כי את התובענה הייצוגית ניתן להגיש "כנגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו".<sup>117</sup> בהקשר של הנתבעים, מעלה סקירת הפסיקה שהצטברה עד עתה טעות משמעותית בפרשנות החוק, שלפיה נדרש לכאורה קשר חוזי ישיר בין הצרכן-התובע לעוסק-הנתבע. עמדתנו, שתוצג בפסקה הראשונה של פרק זה, היא כי אין כל צורך בקשר חוזי כאמור, וכי לאור שיקול המדיניות במניעת תת-אכיפה, חשוב לאפשר תובענות ייצוגיות צרכניות גם בהיעדר קשר ישיר כאמור. בפרק זה נעסוק גם בשאלה אם ניתן להגיש תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן כנגד המדינה ורשותיה. בנושא זה ניתנו פסקי דין סותרים בבתי המשפט המחוזיים, אך ניתן להצביע על מדיניות רצויה. כמו כן אדון בהקשר של הנתבעים בשתי שאלות דיוניות חשובות: שאלת צירופם של נתבעים "דומים" בתובענה ייצוגית אחת; ובעיה שלא נידונה כלל בפסיקה, בדבר נתבעים "נגזרים".

## 2. תובענה ייצוגית בהיעדר קשר חוזי ישיר בין הצרכן לעוסק

מורכבותו ההולכת וגוברת של העולם המסחרי יוצרת סיטואציות שבהן גורמים רבים משווקים את מוצריהם לציבור צרכנים שעמו אין להם קשר חוזי ישיר. דבר יום ביומו הוא כי יצרן או יבואן מפרסם מודעות המהללות את מוצריו, אולם תלקוח אינו רוכש מוצרים אלו במישרין מן היצרן או היבואן אלא מסוחרים שרכשו את המוצרים מן היצרן או היבואן, ואשר אינם אחראים בדרך כלשהי לקמפיין הפרסומי שנקט הלה. כפי שיובהר להלן, במקרים מסוימים, לדעתי, צריך להחיל את החוק גם על הקשר בין היצרן לבין צרכן שרכש את המוצר בשוק המשני – מצרכן אחר.

טעות נפוצה היא לסבור כי מחויב קשר חוזי ישיר בין הצרכן-התובע לבין הנתבע.<sup>118</sup> גישתו הנויקית של חוק הגנת הצרכן אינה מחייבת, לא במפורש ולא במשתמע, קשר חוזי כזה כתנאי לעילה האישית או לתובענה ייצוגית. השאלה היחידה היא האם העוסק – המוגדר בחוק כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן"<sup>119</sup> עשה דבר העלול להטעות צרכן בעסקה – ולאזו דווקא בעסקה ישירה עם אותו עוסק עצמו.

לדעתי, יש להגן על הצרכן מפרסום מטעה, במסגרת חוק הגנת הצרכן ולרבות בדרך של תובענה ייצוגית, גם כאשר הקמפיין השיווקי המטעה נעשה בידי גורם שעמו אין לצרכן קשר חוזי ישיר. עמדתי היא שניתן להגיע לתוצאה זו מלשוננו של החוק, וראוי להגיע אליה מטעמים של מדיניות משפטית. ואולם בית המשפט העליון, ללא דיון מקיף, פסק אחרת בפרשת גרפי.

117. סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן.

118. המדובר כמוכר במקרה של תובענה בידי יחיד, להבדיל מתובענה על ידי ארגון צרכנים שלגביה

שאלת הקשר החוזי כלל אינה מתעוררת.

119. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן.

בעניין גרפי נידונו תביעותיהם הנפרדות של בעל ואישה כנגד חברת פלאפון בשל שיטת החיוב שלה בגין "זמן אוויר"<sup>120</sup>. תביעתו של ארנון גרפי, מנוי של הנתבעת, נגעה בחיובו ב"זמן אוויר" בגין שיחות שביצע ממכשיר הפלאפון שברשותו, ונדחתה, בצדק, על בסיס הקביעה העובדתית שבמסמכי ההתקשרות בינו לבין פלאפון תוארה שיטת החיוב במפורש ובבירור.

ענייננו הוא בתביעה המשנית דווקא, זו של חנה גרפי, אשתו של ארנון. תביעה זו התבססה על היותה של הגב' גרפי מנויה של חברת בוק המשלמת, בעת שהיא מהייגת אל מנויי פלאפון באמצעות בוק, גם תשלום בגין זמן אוויר לחברת פלאפון. חנה גרפי טענה כי הוטעה באמצעות פרסומי הנתבעת לסבור כי היא משלמת בעבור זמן השיחה המדויק ולא לפי שיטת יחידות המניה.

בית המשפט העליון אימץ את קביעת בית המשפט המחוזי, ודחה את תביעתה של חנה תוך שהוא קובע כך:

באשר לחנה, מקובלת עלי קביעתו של בית משפט קמא, כי בין פלאפון לבינה לא מתקיים קשר של עוסק-צרכן ולפיכך לא קמה לה עילת תביעה לפי חוק הגנת הצרכן. חנה איננה מנויה של פלאפון ומעולם לא התמה עימה על הסכם התקשרות. חנה היא לקוחה של חברת בוק. אמנם, בין חברת בוק לבין פלאפון קיים הסכם לפיו מספקת פלאפון לחברת בוק שרותי תקשורת סלולרית תמורת תשלום, אולם אין בכך כדי ליצור קשר צרכני ישיר בין לקוחות חברת בוק לפלאפון. חברת בוק היא זו המספקת ללקוחותיה את שרותי התקשורת הסלולרית גם כאשר היא עושה זאת באמצעות פלאפון, המשמשת כקבלן משנה, לו הוענק הרשיון לספק שרותים אלו. לפיכך, לא קמות לה עילות כלפי פלאפון ובכל מקרה אין היא יכולה לעמוד – כלפי פלאפון – במצב טוב יותר ממצבם של לקוחותיה של פלאפון.<sup>121</sup>

אני סבור, בכל הכבוד, כי בנקודה זו ניתן וראוי היה לפסוק אחרת. אמנם מערכת היחסים המדויקת שבמשולש הלקוח-בוק-פלאפון היא מורכבת, וניתן לראותה בדרכים שונות,<sup>122</sup> אולם לדעתי, מבחינה כלכלית, אין ספק שפלאפון רואה את לקוחות בוק

120. ע"א 1824/97 גרפי נ' פלאפון תקשורת בע"מ (לא פורסם) (להלן: ע"א גרפי). החיוב בוצע בשיטת "יחידות מניה", תוך עיגול כלפי מעלה של חלק היחידה האחרון.

121. שם, בפסקה 7.

122. כאשר לקוח של בוק עורך שיחה אל טלפון סלולרי של חברת פלאפון, הוא מחויב בשני תשלומים: תשלום "פעילות מונה" לחברת בוק, ותשלום "זמן אוויר" לחברת פלאפון. מטעמי נוחות, בוק משמשת כגובה מטעם פלאפון, ומעבירה לחברת פלאפון את חלקה בניכוי עמלת גבייה. הנוסח שעל חשבונות הטלפון של בוק מבהיר נקודה זו באופן ברור לחלוטין, כאשר התשלומים מכונים בו: "תשלומים לספקי שירות אחרים". עד 1999 שילמה בוק לחברות הסלולר לפי זמן האוויר שבוצע בפועל, ללא קשר לשאלת הגבייה שלה ממנוייה. בסוף תקופה זו הודיעה בוק לחברות הסלולריות על ביטול ההסכם וכי תעביר להם רק את הכספים שגבתה

המשתמשים בשירותי הרשת שלה כיעדים שאליהם יש לשווק את שירותיה, והיא נשכרת במישרין מהאופן שבו פרסומיה משפיעים, לרבות פרסומים מטעים אם היו כאלו, על ההתנהגות הצרכנית שלהם. בנסיבות אלו, ראוי להגן על ציבור הצרכנים גם אם מבחינה משפטית השירות שהם רוכשים מחברת פלאפון נרכש באמצעות גורם שלישי המשמש למעשה כמתווך. מן הבהינה המשפטית, טעה בית המשפט בכך שייחס חשיבות להיעדרו של "חווה התקשרות" חתום בין הגב' גרפי לבין פלאפון. הזיקה של עוסק-צרכן אינה מחייבת "חתימה על חוזה התקשרות". הקשר המשפטי שבין חברת פלאפון לבין המתקשרים למכשירי פלאפון נובע מכך שפלאפון ניסתה, באמצעות פרסום, להשפיע עליהם לרכוש ממנה שירות (במישרין או באמצעות צד שלישי), וכי פלאפון מושפעת במישרין מתגובת הצרכנים לקמפיין הפרסומי, ונשכרת במישרין אם היה הקמפיין מטעה וגרם לצרכנים לפעול על פיו. בנסיבות אלו אני סבור שהייתה קיימת עילה לפי חוק הגנת הצרכן, ומכאן שגם הדרך לתובענה ייצוגית פתוחה.

לשונו של החוק בוודאי מאפשרת את הפירוש המוצע כאן. המחוקק טרח להגדיר את העוסק כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן"; העילה המהותית מוגדרת כעשיית מעשה העלול להטעות צרכן בעסקה (ודוק: לא נאמר "בעסקה עמו"); החוק קבע במפורש כי כאשר ההטעיה נעשית בדרך של פרסומת, ייראה "מי שמתעמו נעשתה הפרסומת" כמפר את הוראות סעיף 2 לחוק;<sup>123</sup> ועילת התביעה האישית ניתנה ל"צרכן שנפגע מהעוולה". בשום מקום אין החוק דורש קשר חוזי ישיר בין הצרכן לבין המעוול, דרישה שגם אינה הולמת את אופיו הנזיקי של החוק.<sup>124</sup>

בפועל ממנוייה. פרטנר תבעה את בוק לשלם לה בעבור כל זמן האוויר הנצרך, ללא תלות בגביית תשלום ממנוייה, אולם תביעתה נדחתה בידי בית המשפט המחוזי בירושלים, בפסק דין שטרם פורסם, ואשר הוגש עליו ערעור לבית המשפט העליון. ראו שמואל דקלו, "פרטנר מבקשת מביהמ"ש העליון לחייב את בוק לשלם לה עבור זמן אוויר - גם אם בפועל לא נגבה עבורו תשלום", גלובס (19.3.2001). אם בוק צודקת בעמדתה, שהיא משמשת רק כגובה בעבור פרטנר בגין שירות שסיפקה פרטנר ללקוחות בוק, העמדה המוצגת במאמר מקבלת חיוק נוסף.

תיאור נוסף למערכת היחסים הואת ניתן בת"א (ת"א) 2504/99 שטיינברג נ' סלקום ישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א שטיינברג). בפרשה זו הבהירה סלקום [ששימשה בתפקיד חברת התקשורת בעלת הקשר הישיר עם הלקוח במקרה זה, מקבילתה של בוק בע"א גרפי (שם)] כי כאשר מנוי של המשיבה עושה שימוש ברשת אחרת, "מפעיל הרשת בה נעשה השימוש, יחייב בזמן אוויר לפי תעריפיו, ותבוצע התחשבות - על חשבון הצרכן כמובן - בין שני המפעילים". גם מתיאור זה עולה כי מבחינה כלכלית וצרכנית מערכת היחסים במקרה כזה היא בין הרשת האחרת לבין הצרכן, בתיווכו של המפעיל שעמו הצרכן קשור בהסכם העיקרי ובמנגנון גבייה.

123. סעיף 7(א) לחוק הגנת הצרכן קובע כאחראי נוסף גם "את האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו", ואם "היתה הפרסומת מטעה על פניה או ידעו שהיא מטעה - אף את המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום".

124. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, הוזים (כרך א, אבירם, תשמ"א), 569.



עמדתו של בית המשפט בעניין גרפי עלולה להשאיר את הצרכנים בלא תרופה צרכנית, ייצוגית או אחרת,<sup>125</sup> בכל אותם מקרים של הטעיה בוטה בידי יצרן, יבואן או משווק שאינו קמעונאי. לפי גישה זו לא יוכלו הצרכנים לתבוע את הגורם הקמעונאי שרכשו ממנו את המוצר בהסתמך על הפרסום המטעה, מכיוון שאין הוא אחראי לפרסום זה, וגם לא לתבוע ישירות את הגורם המפרסם. תוצאה זו נראית לא רצויה, והיא עומדת בניגוד לשיקול המדיניות של צמצום בעיית תת-האכיפה.<sup>126</sup>

בפרשת ראבי ג' תנובה נסבה התביעה על הכללת סיליקון בחלב העמיד של הנתבעת, שרכש ציבור הצרכנים מקמעונאים שונים ולא במישרין מתנובה. במקרה זה לא ראה בית המשפט העליון קושי מיוחד בעניין היריבות ואישר את התובענה גם בלא קשר חוזי ישיר ואף בלא דיון ממשי בסוגיה.<sup>127</sup>

יצוין כי העמדה שאני מציג אינה מוגבלת רק ליצרן אלא לכל גורם המשפיע על התנהגותו של הצרכן. לגבי היצרן, הגדרת עוסק בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כוללת אותו במפורש. ואולם פרסום מטעה יכול שיעשה על ידי גורמים אחרים בשרשרת השיווק, כגון יבואן<sup>128</sup> או סיטונאי. לגישה, אלו ייכללו בהגדרת "עוסק" משום שהם גורמים משווקים ("מוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק"), אך ייתכן שיש מקום להרחיב את ההגדרה עוד יותר כך שתחול על כל גורם המנסה להשפיע על העדפותיו של הצרכן.

המחשה נוספת לבעייתיות בסוגיה זו ניתנה לאחרונה בעניין דנוש ג' **Chrysler Corp.**<sup>129</sup> בפרשה זו נתבעו יצרנית המכוניות האמריקנית קרייזלר, יבואנית מכוניותה לישראל ושלושה ממנהלי היבואנית בקשר עם טענה לאי-גילוי של תקלה במכוניות קרייזלר שיובאו לישראל.

125. מובן כי לרשות הצרכן עשויות לעמוד עילות חוזיות, נזיקיות, או כאלו שבעשיית עושר, אולם נקודת המוצא של דיני הגנת הצרכן הייתה כי בעסקאות צרכניות נדרשת הגנה נוספת. 126. דומה שגם הטיעון בנוסח קל וחומר המובא על ידי בית המשפט, שמנוייה של בוק אינם יכולים לעמוד כלפי פלאפון במצב טוב יותר ממנויי פלאפון עצמה, איננו מדויק. מדובר בשתי קבוצות צרכנים, שמערכת היחסים המשפטית בינם לבין חברת פלאפון שונה: אצל לקוחות פלאפון, מורכבת מערכת היחסים המשפטיים שלהם עם החברה מצירוף המצגים הטרומים חוזיים עם הסכם ההתקשרות, שיש בו כדי ללמד על המצגים הטרומים חוזיים ולקבע את המצב המשפטי; לעומת זאת, יחסיהם המשפטיים של לקוחות בוק מול חברת פלאפון מורכבים רק ממצגים טרומים חוזיים (למשל מסעות פרסומיים ככלי התקשורת). מכאן שהתוצאה לפי חוק הגנת הצרכן עשויה להיות שונה ביחס לכל אחת מן הקבוצות. עם זאת ייתכן כי בע"א גרפי (לעיל), הערה 120), שבו לא הופיע הניחות המפורט לעיל, הושפע בית המשפט מהיות התובעת אשתו של התובע האחר, שלגביו הוכח כי היה חתום על הסכם מסודר עם הנתבעת ולפיכך לא הוטעה. 127. העמדה לפיה אין צורך בקשר חוזי ישיר הוצגה בפרשה זו בידי היועץ המשפטי לממשלה. העמדה המוצגת במאמר זה רחבה מזו שננקטה בידי בא כוח היועץ המשפטי. 128. השווה הגדרת "יצרן" בסעיף 1 לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, ס"ה 86. הגדרת "יצרן" כוללת את היבואן וכן ספק של מוצר היצרן או היבואן שלו אינם ניתנים לזיהוי על פניו. 129. ת"א (ת"א) 3006/00 (טרם פורסם) (להלן: ת"א דנוש).

הנוק הנטען כלל את הצורך בהחלפת חלק יקר של המכונית וכן ירידת ערך. בית המשפט קבע כי שניים מבין המבקשים "רכשו את רכבם כרכב יד שנייה, מאנשים פרטיים, ולא רכשו אותו מעוסק במהלך עיסוקו. לכן מבקשים אלו אינם עומדים כבר בדרישת הסף הראשונה של סעיף 35א(א) לחוק".<sup>130</sup>

מבלי להתייחס לנסיבות הספציפיות של תובענה זו, לדעתי, הקביעה הנחרצת שלפיה לרוכש מכונית יד שנייה לא יכולה להיות עילה מכוח חוק הגנת הצרכן כנגד היצרן או היבואן של המכונית לישראל, נמהרת מדי. היצרן משפיע על השוק המשני, שוק המכוניות מיד שנייה, ויש לו אינטרס מובהק בו, שכן רוכשי מכונית חדשה רואים כשיקול רלוונטי את הערך שיהיה למכוניתם עת יבואו למכרה. אם פרסומים של היצרן – שהופנו לכלל הציבור – יסתברו כמטעים, וצרכן שהסתמך עליהם רכש כגינם מכונית של היצרן מיד שנייה, אזי לדעתי, במקרה כזה יוכל הרוכש להגיש תובענה כנגד היצרן בעילת הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן.

והנה, פסקאות ספורות לאחר הציטוט שהובא לעיל, השופטת גרסטל דוחה את טענת היצרנית, שאין לצרכנים כלפיה כל עילה, גם אם יש להם עילה כלפי היבואנית. נוסף על הנימוק הפורמלי המעוגן בלשון החוק, השופטת קובעת כי –

נוכח מטרותיו ותכליתו של חוק הגנת הצרכן, הדעת נותנת כי יצרן לא יוכל למלט עצמו מנורמות ההתנהגות המיוחדות המוטלות מכוחו של החוק על עוסק, רק משום שמוצריו נמכרים לצרכן הסופי באמצעות גורם מתווך, ולא על ידו באופן ישיר.<sup>131</sup>

אכן דברים כדברנות. ואולם יש להחילם אף על המצב שבו נמכר מוצר מהיצרן לצרכן, ובאמצעותו לצרכן נוסף. אם היצרן אחראי להטעיה שטעה הצרכן השני בכך שרכשו את המוצר (למשל כי סימן את המוצר בסימון תכולה שגוי, והמוצר נמכר על יסוד הסימון השגוי לצרכן השני), יש מקום לקבוע את אחריותו של היצרן כלפי הצרכן השני אף על פי שהרכישה לא נעשתה במישרין מהיצרן.

### 3. המדינה ורשויות שלטוניות אחרות כ"עוסק"

האם ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית את המדינה, את רשויותיה, ואת הרשויות הציבוריות האחרות? מאז ההכרעה בפרשת א.ש.ת., ובכפוף לדיון הנוסף שאושר בפרשה זו ולהצעות החוק הפרטיות שהוגשו לשינוי המצב המשפטי,<sup>132</sup> דומה כי לא ניתן לעשות שימוש בתקנה 29 לתובענות כנגד המדינה. משום כך, האפשרות לתבוע את רשויות המדינה באמצעות החוקים הספציפיים בכלל וחוק הגנת הצרכן בפרט מקבלת משנה חשיבות, גם אם הדיונים בה מעטים, ובתי המשפט מתחמקים מהסוגיה לא פעם.<sup>133</sup>

130. שם, בפסקה 18 לפסק הדין.

131. ת"א דנוש (לעיל, הערה 129), בפסקה 18 לפסק הדין.

132. לעיל, הערות 9 ו-10 והטקסט שלידן.

133. ראו, למשל ת"א סמואלס (לעיל, הערה 8), שבו נמנעה השופטת פלפל מהדיון אם העירייה

סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן קובע כי: "לענין חוק זה דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר". החוק, לרבות מנגנון התובענות הייצוגיות שבו, חל אפוא על "המדינה כעוסק", אולם אין הוא חל על מכלול פעילותה של המדינה.

משמעות סעיף חוק זה היא כי יש להבחין בין פעולות המדינה בעלות האופי השלטוני המובהק, לבין פעולותיה של המדינה בתחום המשפט הפרטי. כאשר המדינה פועלת בפעולותיה בעלות האופי השלטוני המובהק, אין המדינה נחשבת כ"עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן, וממילא לא ניתן לתבוע אותה בתביעה ייצוגית "לפי חוק זה".<sup>134</sup> עמדה זו מתיישבת עם עמדתם הכללית של מלומדים ושל הפסיקה בנושא האחריות בנויקין של רשויות ציבור, <sup>135</sup> ובנושא תחולת חוק הגנת הצרכן על רשויות ציבוריות,<sup>136</sup> והיא מוכרת גם מתחומי משפט אחרים.<sup>137</sup> הדברים גם באו לידי ביטוי מפורש בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין צ'רטוק.<sup>138</sup>

עם זאת, האבחנה העיונית לחוד, ויישומה לחוד. בהקשר זה בולטת הסתירה בהחלטות בית המשפט בדבר היכולת להגיש תובענות ייצוגיות כנגד מינהל מקרקעי ישראל, ובהן תביעות בטענה של גביית "דמי היתר" מחלק מהחוכרים לכאורה בחוסר סמכות,<sup>139</sup> ובגין

- היא בגדר עוסק, והמבקשים – הורים לילדים בגני חובה ובגן טרום חובה – הנם צרכנים, וזאת מכיוון שהכריעה מטעמים אחרים שאין למבקשים עילת תביעה מכוח חוק הגנת הצרכן.
134. האבחנה הבסיסית של החוק בין פעילות שלטונית לבין פעילות בתחום המשפט הפרטי יושמה בת"א (ת"א) 579/96, זיתוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), ובו נדחתה בקשתו של אורח לנקוט תובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן בתביעתו להחזר אגרות בית משפט שנגבו, לטענתו, שלא כדין. בית המשפט קבע כי "המדובר בפעולה בעלת אופי שלטוני מובהק, ואין המדינה בגדר 'עוסק' שהוק הגנת הצרכן חל עליו".
135. ראו ישראל גלעד, "האחריות בנויקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)", משפט וממשל ב (תשנ"ה) 239, בעמ' 241, אסמכתאות נוספות שם.
136. ראו בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מו(3) 143 (להלן: בג"ץ ברנד).
137. ראו דניאל פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", משפטים ה (תשל"ד) 498; בג"ץ 164/97 קונטרס נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289.
138. רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (תביעה שעסקה בחוקיות גבייתם של תשלומים בקורסים לנהיגה מונעת שהמדינה מחייבת נהגים להשתתף בהם על פי דין. בדחותו את הבקשה להכיר בתובענה כייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן, קבע בית המשפט כי "יש להבחין בין פעולות מסחריות, 'פרטיות' באופיין, אותן מבצעת המדינה – כמו כל גוף פרטי אחר – ובין פעולות ציבוריות, שלטוניות, שאינן מסחריות. רק במקרים בהם המדינה מבצעת פעילויות מסחריות בהן לא ניתן להבדיל בינה ובין גוף מסחרי-פרטי אחר, ניתן יהיה לראות את פעולותיה כדרך עיסוק וממילא לראותה כ'עוסק' לצורך תחולתו של החוק".
139. ת"א (ת"א) 3152/99 רוזנווסר נ' מדינת ישראל – מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם). בית המשפט המחוזי לא דן בשאלה זו, מכיוון שדחה את הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית מטעמים אחרים.

הצגה מטעה של חישוב ריבית בעת מבצע לעידוד היוון דמי חכירה.<sup>140</sup> בנושא זה ניתנו החלטות סותרות של בתי המשפט המחוזיים, ובית המשפט העליון החמיץ הודמנות מצוינת להכריע בסתירה.<sup>141</sup>

בפסק הדין של בית המשפט העליון<sup>142</sup> בעניין לנגברט אין כלל דיון בשאלת מעמדה של המדינה – הנתבעת בהקשר זה.<sup>143</sup> אמנם פסק הדין פותח בתיאור מעמדו של מינהל מקרקעי ישראל כמנהל קרקעות המדינה מכוח חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960<sup>144</sup> וחוק-יסוד: מקרקעי ישראל,<sup>145</sup> אולם פסק הדין כלל אינו מעלה את השאלה אם פעולת מינהל מקרקעי ישראל במילוי תפקידיו על פי דין היא מקרה של פעולת "המדינה כעוסק" על פי סעיף 42 לחוק, וכזאת היא יכולה להוות עילה לתובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן. השופטת דורנר כותבת כך:

לא-כל-שכן שאין גישת המנהל בדבר אחריות החוכרים לגילוי אי-ההתאמה יכולה להתקבל ביחסים שבין ספקים לצרכנים בכלל, וביחסים שבין רשות ציבורית, החייבת כחובת תום-לב מוגברת, לבין צרכנים במיוחד.

אכן אין חולק כי על רשות ציבורית מוטלות חובות תום לב והגינות מוגברות, כפי שקובעת השופטת דורנר. ואולם הקשר בין חובות אלו לבין חוק הגנת הצרכן אינו מובן מאליו.<sup>146</sup> ראוי היה לפחות לדון בשאלה אם עצם קיומן של חובות מוגברות אלו מאפשר להרחיב את מעגל הנתבעים, או לחלופין, אם יש לראות את פעולות המדינה ומינהל מקרקעי ישראל בתחום החכרת מקרקעי הלאום כפעולות שבהן המדינה פועלת בתחום המשפט הפרטי. תשובה חיובית לכל אחת משאלות אלו הייתה מאפשרת את המשך הדיון לגופו של עניין בתובענה הייצוגית. ואולם תשובה שלילית לשתי השאלות הייתה חוסמת את ערוץ התיביעה הייצוגית במקרה זה ובמקרים דומים אחרים.

140. רע"א לנגברט (לעיל, הערה 64). בקשה לדיון נוסף – נדחתה. דנ"א 35/00 מדינת ישראל נ' לנגברט (לא פורסם).

141. ראוי להזכיר כי כאשר הנתבעת היא המדינה או רשות ציבורית, הנתבעת עשויה להתנגד לניהול ההליך הייצוגי בטענה כי קיימות כנגד המדינה דרכי דיון חלופיות. הטענה עלתה ברע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 9) בהקשר של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, אולם היא עשויה לעלות גם בהקשר חוק הגנת הצרכן, בבדיקת התנאי המוקדם, שלפיו אין זו "הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

142. גם בפסק הדין של בית המשפט המחוזי באתר עניין לא נידונה סוגיה זו. ראו ת"א לנגברט (לעיל, הערה 71).

143. למינהל מקרקעי ישראל אין אישיות משפטית נפרדת מזו של המדינה. ראו ע"א 570/66 בלעום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כא(1) 109; ע"א 3999/91 סועאד ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם).

144. חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ס"ח 57.

145. חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח תש"ך 56.

146. לעמדה אחרת, ראו אורנה דויטש (לעיל, הערה 61), בעמ' 81-82, 213-214.

הימנעותו של בית המשפט העליון מדיון בשאלת מעמדו של מינהל מקרקעי ישראל בהקשר זה מצערת גם מכיוון שבתי משפט מחוזיים נתנו, בהקשר דומה, פסקי דין סותרים לכאורה.

בעניין לנדשטיין נ' מינהל מקרקעי ישראל,<sup>147</sup> שנפסק בחודש יוני 1997 בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, נידונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד המינהל, בין היתר מכוח חוק הגנת הצרכן. בית המשפט לא עורר כלל את השאלה אם המינהל הנו עוסק, ואת השאלה הנגזרת אם ניתן להגיש כנגד המינהל תובענות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן. בית המשפט דן בעילות לפי חוק הגנת הצרכן לגופן, ומדיון זה משתמע כי לבית המשפט כלל לא היה ספק כי חוק הגנת הצרכן חל על מינהל מקרקעי ישראל בקשר עם מבצע היוון דמי חכירה והטעיה כאשר לרישום זכויות בלשכת רישום המקרקעי.<sup>148</sup>

לעומת זאת, בשני פסקי דין בבית המשפט המחוזי בחיפה שקדמו להחלטת בית המשפט העליון בעניין לנגברט נקבע במפורש כי המינהל, לפחות בחלק מפעולותיו (ובחפיפה חלקית לפעולות שנידונו בעניין לנדשטיין), איננו "עוסק" כמשמעותו של מונח זה בחוק הגנת הצרכן, ולפיכך לא ניתן להגיש נגדו תובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן. בעניין שועלי<sup>149</sup> שנפסק בחודש ספטמבר 1998, נפסק כי פעולות המינהל לרישום זכויות חכירה על שם ציבור החוכרים ממנו ובהסדרת פרצלציה בנכסים, נעשו על ידי המינהל כרשות שלטונית ולא כ"עוסק" במסגרת "עסקו". וכי חוק הגנת הצרכן –

לא נועד לפקח על פעולותיהם של רשויות שלטוניות וגופים מנהליים-ציבוריים. גופים אלה פועלים כנאמני הציבור וממילא חלים עליהם דיני המשפט המנהלי והציבורי והציבור הנזקק לתרופה משפטית יכול למוצאה במסגרת הכלים המשפטיים האחרים למתן סעדים בתחום הציבורי והמינהלי ... הליך התובענה הייצוגית לא נועד לפתור בעיות במישור המינהלי.<sup>150</sup>

בעניין דרון נ' מינהל מקרקעי ישראל<sup>151</sup> חזר השופט גרשון על עמדתו זו, בקשר עם תובענה בגין הטעיה לכאורה במכירתם של מגרשים במסגרת המיזם "בנה ביתך". הדברים נתקבלו גם בידי השופטת ברון מבית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין עידן.<sup>152</sup>

147. ת"א (ת"א) 949/96 לנדשטיין נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם).

148. הבקשה נדחתה מטעמים מהותיים. אמנם ההחלטה מציינת את היות המינהל גוף ציבורי כמקור להטלת חובות מוגברות עליו, אולם ההחלטה אינה דנה כלל במעמדו כ"עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן, ועוברת לדון במישורין בעילות לפי החוק.

149. ת"א (חי') 10549/97 שועלי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (להלן: ת"א שועלי).

150. שם, בפסקאות 33-34 לפסק הדין. יישומו של סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן מצטמצם בידי השופט גרשון למצב שבו המדינה, למשל, מוכרת את צי הרכב שלה, ופועלת משיקולים עסקיים.

151. לעיל, הערה 8 והטקסט שלידה.

152. ת"א (ת"א) 2318/00 עידן נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם).

חבל אפוא שבעניין לנגברט לא הבהיר בית המשפט העליון, שלכאורה נטה יותר לכיוון ההכרעה בעניין לנדשטיין, את עמדתו בנושא זה שבו חלקו בתי המשפט המחוזיים כנגד גורם כה מכריע בכלכלה הישראלית כמינהל מקרקעי ישראל. עמדתי היא כי היה על בית המשפט ליישם גם לגבי המינהל את הכללים הברורים יחסית המבחינים בין פעילות שלטונית לבין פעילות בתחום המשפט הפרטי.<sup>153</sup>

שאלת יישום ההלכה בנושא זה עשויה להתעורר גם ביחס לגופים ציבוריים שונים שלהם אישיות משפטית נפרדת מזו של המדינה. שאלה זו ניתנת להישאל הן לגבי תאגידים ציבוריים שהוקמו בחוק,<sup>154</sup> כגון מגן דוד אדום,<sup>155</sup> רשות השידור,<sup>156</sup> או רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים,<sup>157</sup> הן לגבי חברות ממשלתיות, כגון בנק וחברת החשמל,<sup>158</sup> ותאגידים עירוניים<sup>159</sup> והן לגבי גופים ציבוריים אחרים הפועלים שלא למטרת רווח בפעילות בעלת מאפיינים מסחריים, כגון מפעל הפיס.<sup>160</sup> אולם בחלק מן המקרים, השאלה המועלית כאן אינה נידונה בהחלטות בתי המשפט הרלוונטיות. מכיוון שלגופים ציבוריים אלו אישיות משפטית נפרדת מזו של המדינה, בחינתה של השאלה תיעשה לאור התאמתם להגדרת "עוסק" בסעיף 1, וללא היוקקות לפירושו של סעיף 42.<sup>161</sup> לגבי חברות ממשלתיות הנתפסות כחברות מסחריות,

153. ראו, לעיל, הערה 134 והטקסט שלידה ואילך.

154. למהותם של תאגידים ציבוריים ראו יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 381 ואילך.

155. מגן דוד אדום פועל מכוח חוק מגן דוד אדום, תשי"א-1950, ס"ח 175, ומספק, בין היתר, שירותי הובלה באמבולנס ושירותי מוצרי דם.

156. רשות השידור פועלת מכוח חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106, והיא מוכרת, בין היתר הקלטות של תכניות ששודרו בה.

157. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים פועלת מכוח חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, תשנ"ח-1998, ס"ח 202, והיא מוכרת זכות כניסה לגנים הלאומיים ולשמורות הטבע שבהפעלתה וכן מוצרים נלווים בתנויותיה.

158. למהותן של החברות הממשלתיות, ראו זמיר (לעיל, הערה 154), בעמ' 427 ואילך.

159. תאגידים עירוניים מוקמים מכוח הסמכות בסעיף 249(30) לפקודת העיריות [נוסח חדש], נ"ח 197, "לכל מטרה שהיא בגדר סמכויות העיריה ותפקידיה".

160. ראו, למשל ת"א (ת"א) 1586/00 אלרגנט נ' מפעל הפיס (לא פורסם) (להלן: ת"א אלרגנט). ההחלטה הדוחה את אישור התובענה כייצוגית איננה מתייחסת לשאלת היותו של מפעל הפיס "עוסק" לפי החוק, אולם מציינת את היותו גוף ציבורי כסיבה מדוע לא לאפשר קבלת סעד מסוג של "סעד לטובת הציבור". בכתב התביעה בת"א אלרגנט, מוזכר שוב ושוב היותו של מפעל הפיס גוף ציבורי; ת"א (ת"א) 1520/00 גולן נ' מפעל הפיס (לא פורסם); בש"א (ת"א) 14571/01 מנלה נ' מפעל הפיס (לא פורסם). בקשת רשות ערעור נדחתה בבית המשפט העליון; רע"א 10741/02 מפעל הפיס נ' מנלה (טרם פורסם).

161. גם בתחומים דיוניים אחרים, גופים ציבוריים מהווים תאגיד בעל אישיות נפרדת, דינם איננו כדין המדינה אלא אם כן הדבר נקבע במפורש בחוק. ראו סעיף 11 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, ס"ח 118; זמיר (לעיל, הערה 154), בעמ' 387-

ובראשן חברת בזק, שנתבעה תדיר בתובענות ייצוגיות (ובדרך כלל מצליחה למנוע את אישורן), דומה כי אין עוד ספק בהיותן כשירות להיתבע על פי חוק הגנת הצרכן בגין פעילותן מול ציבור הצרכנים.<sup>162</sup>

יתר על כן, חברות ממשלתיות בעלות מאפיינים של "גוף דו-מהותי"<sup>163</sup> דוגמת בזק עלולות למצוא את עצמן אף בנחיתות מסוימת לעומת עוסקים אחרים, וזאת עקב הרכבתן של חובות מן המשפט הציבורי על גבי חובותיהן כלפי ציבור הצרכנים במישור הפרטי. כך, לדוגמה, בעניין גרוסוסר נידונה טענה של הטעיה במחיר, בכך שעל פי הנטען, חברת בזק לא פרסמה דיה, כי קבלת הנחה בחיוב לאינטרנט טעונה רישום מוקדם. בבוא בית המשפט לבחון את הפרסום שנעשה בידי בזק, ולאחר שמצא כי אין בחוק הבזק הוראה קונקלוסיבית לגבי היקף הפרסום, נקבע כי "בעניין זה מנחים עקרונות של הגינות ויושרה, החלים על בזק מכוח המשפט הציבורי".<sup>164</sup>

אני סבור כי ככל שהמדובר בתאגידים הסטוטוריים, אין ליתן לשאלה זו תשובה אחידה, וזאת בהתחשב בהבדל הגדול שבין התאגידים השונים ואופי השירותים הניתנים על ידם. פרופ' זמיר כתב, בהקשר אחר, על התאגידים הציבוריים כי "יש בהם הנותנים שירותים בעלי אופי עסקי, כמו רשות הנמלים והרכבות, ואחרים הנותנים שירותים בעלי אופי ציבורי מובהק, כמו הרשות לשיקום האסיר".<sup>165</sup>

שאלה מעניינת נוספת המתעוררת בהקשר זה היא האם בבחינת אופייה של הפעולה שהיא נשוא התובענה יש לבחון את ההקשר הרחב שבו בוצעה פעולה זו או את הפעולה עצמה. את השאלה ניתן להמחיש בעזרת העובדות של עניין קניאל. בעניין זה עמדו במרכז התובענה תשלומים שדרש מכון רפואי שפעל במסגרת משרד ממשלתי על מנת להמציא לאזרחים העתק מתוצאות בדיקתם שנערכה בהתאם לתקנות התעבורה. התובע טען כי התשלום נגבה על ידי המדינה בחוסר סמכות, והגיש תביעה ייצוגית, בין היתר בעילה לפי חוק הגנת הצרכן. בבחינת עילת התביעה לגופה, קבע השופט רביד כי הסכום השנוי במחלוקת מהווה תשלום בעבור השירות של העתקת תוצאות הבדיקה.<sup>166</sup> בכדקו את התאמת התביעה למסגרת של חוק הגנת הצרכן השופט קובע כי "התשלום שגדרש המבקש לשלם, הינו במישור של המשפט הפרטי, כאשר המדינה פועלת כפיסיקוס, לכן, במקרה כזה, ניתן לראות במבקש צרכן, המקבל שרות מהמדינה".<sup>167</sup>

162. ראו ת"א גרוסוסר (לעיל הערה 19); ת"א קדם (לעיל, הערה 97); רע"א בזק (לעיל, הערה 55).

163. ראו ע"א 731/86 מיקרודף נ' חב' החשמל, פ"ד מא(2) 449; אייל בנבנישתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11.

164. ת"א גרוסוסר (לעיל, הערה 19).

165. זמיר (לעיל, הערה 154), בעמ' 382.

166. ת"א (י-ם) 1685/97 קניאל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (לא פורסם) (להלן: ת"א קניאל), בפסקה 19 לפסק הדין. השופט קבע כי התשלום לא היווה אגרה, שהטלתה מותרת רק על פי הסמכה "בחוק או על פיו" סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה, ס"ח תשל"ה 206. להבחנה בין אגרה לבין "מחיר" – תשלום בעבור שרות – ראו גם ע"א 474/89 קריב נ' רשות השידור, פ"ד מו(3) 374.

167. ת"א קניאל (לעיל, הערה 166), עם זאת, התאמת התביעה למסגרת חוק הגנת הצרכן נפסלה

קביעה זו, שנעשתה כמעט אגב אורחא, ראויה לשיקול נוסף. כאשר במסגרת פעולה שלטונית מובהקת, וכעניין צדדי וטפל לה נדרש האזרח לשלם מחיר בעבור דבר מה הקשור בפעולה השלטונית, אין לראות את פעולת העור הטפלה כפעולה של "עוסק", ולפיכך במקרים אלו אין תחולה לחוק הגנת הצרכן. ההבדל היחיד במצבים אלו בין פעולות שבגינן המדינה גובה אגרה לבין פעולות שבגינן היא גובה מחיר, הוא כי במקרה של מחיר קיים קשר ישיר יותר (גם אם לא מדויק) בין עלות השירות לבין התשלום הנדרש בעבורו, ואילו גובהה של אגרה נקבע גם על פי שיקולים אחרים, כמו שיקולי מדיניות חברתית.<sup>168</sup> לדעתי, מישור היחסים נשאר בשני המקרים מישור המשפט הציבורי והחובות הנובעות ממנו, כגון החובה לפעול "בתום לב, ביושר, בשיוויון, בסבירות וללא מניע זר".<sup>169</sup> דומה כי זו הייתה גם עמדתו של בית המשפט העליון בעניין צ'רטוק.

#### 4. צירופם של נתבעים "דומים" ושאלת היריבות הצולבת

לא פעם, התנהגות פסולה של עוסקים לובשת צורה של נוהג כללי ששותפים לו חלק ניכר מן העוסקים בתחום הרלוונטי, בין על ידי תיאום מפורש ביניהם ובין ללא תיאום כזה. המבקש להיות תובע ייצוגי יהיה בדרך כלל בעל עילת תביעה אישית רק נגד העוסק שעמו הוא קשור. הוא יוכל, כמובן, לחפש לו תובעים נוספים, שיש להם קשר צרכן-עוסק עם הנתבעים האחרים. בתי המשפט המחוזיים נחלקו בשאלה אם ניתן לברר בהליך משותף תובענות ייצוגיות של תובעים שונים כנגד נתבעים שונים.

בעניין גבעון ביקשו כמה מקבלי שירות מבתי חולים לתבוע ארבעה בתי חולים בירושלים בגין גבייה של תשלומים שונים, שהתרחשה על פי הנטען בתובענה אצל כל ארבעת הנתבעים. בעניין גבעון נפסק כי כל אחד מן התובעים (מקבלי השירות בבתי החולים) יכול לבקש לייצג רק את קבוצת מקבלי השירות בבית החולים שבהם קיבל הוא עצמו שירות, ואין "יריבות צולבת". מכיוון שלא נמצא בין המבקשים בעניין גבעון מי שקיבל בפועל שירות רפואי באחד מבתי החולים הנתבעים, נדחתה על הסף התביעה כנגד אותו בית חולים.<sup>170</sup> בעניין גבעון ובעניין שור נ' ע.ר.מ. רעננה<sup>171</sup> נקבע גם כי אין לצרף, מכוח תקנה 22,<sup>172</sup> תובענות כנגד נתבעים שונים, אפילו בידי תובע "מתאים" כנגד כל נתבע, ונראה אפוא כי

לאור הדרך שבה נוסחה עילת התביעה ("הפרת חובה שלטונית"), ואולי גם לא במעט עקב כך שסיכומי באי כוח התובע לא הוגשו כלל לבית המשפט, גם לא לאחר מתן ארכה.

168. ראו זמיר (לעיל, הערה 154), בעמ' 182-184.

169. בג"ץ ברנד (לעיל, הערה 136).

170. ת"א גבעון (לעיל, הערה 3), בפסקה 10 לפסק הדין.

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

172. תקנה 22(א) לתקנות הסדר הדין האזרחי קובעת: "מותר לצרף בחוקת נתבעים בתובענה אחת את כל הנתבעים למתן סעד - בין ביחד, בין לחוד ובין לחלופין - בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות, או כתוצאה של אחד מאלה, ושאלו הוגשו נגדם תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת, משפטית או עובדתית".



גם יש להגיש תובענות נפרדות<sup>173</sup> אלא אם אחת הטענות המשפטיות היא להסדר כובל בין הנתבעים השונים, או לקשר משפטי משמעותי אחר בין הנתבעים.<sup>174</sup>

עמדה שונה הביע נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, השופט גורן, בעניין אחרק ואח' נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ.<sup>175</sup> בעניין אחרק הגישו תובעים של חברות גז שונות תביעה כנגד ספקיות הגז בשל הימנעותן של הנתבעות מלבצע בדיקות תקופתיות במערכת הגז של הצרכנים, כאשר כל תובע היה קשור רק עם ספקית אחת. השופט גורן קבע כי ניתן, ולעיתים אף ראוי, לצרף תובענות ייצוגיות כנגד נתבעים שונים, וזאת באמצעות שימוש בתקנה 22(א) שלעיל. את "המעשה האחד" הנדרש לצורך איחוד התובענות השופט גורן מוצא בהימנעותן של המשיבות מביצוע הבדיקות, הימנעות המעוררת שאלה משפטיות משותפת בדבר החובה לערוך את הבדיקה והשלכותיה של הפרת חובה זו.<sup>176</sup>

הנשיא גורן גם מגייס לעורתו שיקולי מדיניות המבוססים על מטרת התובענה הייצוגית. לדבריו, כאשר המוצר נשוא התביעה מסופק לציבור בידי כמה חברות שקהל הלקוחות של כל אחת מהן אינו גדול דיו לאשר את התביעה של לקוח פלוני כתובענה ייצוגית כנגד החברה, למעשה נוצרת לחברות חסינות מפני תובענה ייצוגית ונשארת בעיית תת-האכיפה, שאותה באה התובענה הייצוגית לפתור. ספק אם במקרה הספציפי של חברות הגז היה שיקול זה רלוונטי, מכיוון שניתן להניח כי לכל חברת גז עשרות אלפי צרכנים, ואולי אפילו מאות אלפי צרכנים.<sup>177</sup> אולם השימוש (הנדיר כשלעצמו) במדיניות ובמטרת התובענה הייצוגית על מנת להכריע שאלה שבסדרי דין הנו, לדעתי, נכון ומבורך, והתוצאה אליה הגיע השופט גורן בהפעלת שיקולי המדיניות נראית לי תוצאה ראויה.

173. ת"א גבעון (לעיל, הערה 3), בפסקה 31 לפסק הדין. השופט עדיאל קבע כי רק בתובענות כלפי נתבע ספציפי ניתן לראות "סדרה אחת של מעשים או עסקאות" המאפשרים צירוף תובענות על פי תקנה 22 לתקנות סדר הדין האזרחי.

174. נראה כי גם לגישתו של השופט עדיאל בעניין גבעון, ניתן לאחד את התובענות כאשר בתובענה נטענת טענה בדבר קיום הסדר כובל בין הנתבעים השונים, וכך נפסק גם בת"א (ת"א) 970/97 רוזין נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א רוזין), בפסקה ט לפסק הדין. במשפט האמריקני הורחבה היריעה ונקבע כי ניתן לצרף בתובענה ייצוגית נתבעים שאין לתובע כנגדם עילה אישית אם נטען כי הנתבעים פעלו בדרך המהווה קשר (conspiracy) או אם מצביעים על קשר משמעותי אחר ביניהם. ראו: *Washington Education Assoc. v. Shelton School Dist.* 613 P.2d. 769 (1980); *Barker v. FSC Securities Corp.* 133 F.R.D. 548 (W.D. Ark. 1990) (בעלות משותפת בנתבעים).

175. לעיל, הערה 11 והטקסט שלידה.

176. ת"א אחרק (לעיל, הערה 11), בעמ' 2.

177. שאלה זו לא נידונה בהחלטה.

## 5. נתבעים "נגררים"

הכלל שלפיו התובענה הייצוגית מוגבלת מכוח חוק הגנת הצרכן לעילות על פי חוק זה בלבד מצמצם את היקף הנתבעים הפוטנציאליים בהליך ייצוגי ופוגע ביכולת לרכו בהליך הייצוגי את ההליכים המשפטיים בניגוד למטרת המדיניות של היסכון בזמן שיפוטי ובמשאבים. כך, למשל, בתובענה שבה אחד הנתבעים הוא נושא משרה בעוסק, או גורם המשמש בתפקיד של פיקוח על העוסק, והתובע מבקש לתבוע גם אותו, בגין מעורבותו במסכת העובדתית נשוא התביעה, לא ניתן יהיה לנהל את התובענה כנגד אותו גורם במסגרת התובענה הייצוגית, בהיעדר יריבות "צרכנית": שכן הנתבע האמור איננו "עוסק" וממילא עילת התביעה המופנית כנגד גורם זה איננה עילה לפי חוק הגנת הצרכן.<sup>176</sup>

כך, למשל, בעניין אחרק<sup>179</sup> הוגשה תובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן כנגד חברות הגו. באותו הליך הגישו התובעים את תביעתם גם כלפי מדינת ישראל – וביתר דיוק – כנגד מחלקות במשרד האנרגיה והתשתית. אולם האם ניתן היה בכלל לצרפם? ייתכן בהחלט כי לצרכן הגו (או לכל אחד בקבוצת הצרכנים) עומדות עילות תביעה מצוינות כנגד הרגולטור הממשלתי בגין רשלנותו, או הפרת חובה הקוקה על ידו וכיוצא בזה. ואולם במצבים אלו ודומיהם<sup>180</sup> הרגולטור אינו "עוסק", ולכן אין לכאורה אפשרות לתבוע אותו בתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן. ההחלטה על אישור התובענה כייצוגית אינה מתייחסת לבעיה זו ביחס לנתבעים שאינם עוסקים.

כאשר מתנהל הליך ייצוגי כאמור, יש לשקול אפוא לאפשר צירופם של נתבעים נוספים שהנם צדדים נחוצים בתביעה על מנת למנוע את הכפילות בהליכים. ייתכן שצירוף זה אפשרי לאור תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי המתירות לבית המשפט להורות "על הוספת שמו של אדם שהיה צריך לצרפו כתובע או כנתבע או שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה".

כיום לכאורה ניתן לצרף נתבעים כאלו באמצעות הודעת צד שלישי מטעם הנתבע, בהתאם לתקנות 216 ו-217 לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנות אלו אינן מכילות הגבלה על הפעלתן במסגרת תובענה ייצוגית, והן מאפשרות אפוא לברר את ריבו העקיף של התובע עם נתבעים שעילת התביעה כלפיהם אינה מכוח חוק הגנת הצרכן. עם זאת, ברור עקיף זה מותנה בכך שעילת התביעה העומדת לצרכן כנגד צד ג עומדת גם ביחסים הישירים שבין הנתבע לצד ג. אם זו התוצאה, דומה כי אין סיבה שלא לאפשר את צירופם במישרין על ידי התובע, כל עוד הוגשה התובענה בתום לב כלפי הנתבעים הראשיים, ולא רק על מנת לאפשר הגשת תובענה ייצוגית כלפי הנתבעים המשניים.

178. ראו, למשל, ת"א (נצ"י) 749/97 זילברשלג נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (לא פורסם) (הנתבע מס' 2 – פנל חברות התעופה בישראל, שנטען לגביו כי באמצעותו שולטת הנתבעת מס' 1 על מחירי כרטיסי טיסה של חברות אחרות, איננו עוסק, ואין יריבות בינו לבין התובעים).

179. לעיל, הערה 11.

180. ראו גם ת"א (ת"א) 2298/01 קי מחשבה בע"מ נ' בוק בינלאומי בע"מ (טרם פורסם) (תובענה

## ה. עילת התובענה

## 1. עילת תביעה בת תוקף לפי חוק הגנת הצרכן – כללי

סעיף 35א(א) לחוק קובע כי תובע יוכל להגיש תביעה ייצוגית רק ב"עילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו". קרי, תנאי להגשת תביעה ייצוגית הוא שתעמוד לתובע, כנגד אותו נתבע, "עילת תביעה אישית"<sup>181</sup>, וכי עילה זו תהיה על פי חוק הגנת הצרכן. להלן יידונו שלושה היבטים של הדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית: ראשית, היכול הנתבע להיטיב את נזקו של התובע הספציפי עם הגשת התביעה, בכלל, ובמקרה של היעדר פנייה מוקדמת לפני הגשת התביעה, בפרט? האם בדרך זו הנתבע יכול לחסל את עילת התביעה האישית של המבקש להיות תובע ייצוגי, ולהפיל בדרך זו את התובענה הייצוגית כולה; שנית, ראוי לבחון האם ראוי לדרוש מן התובע זיכרון אבסולוטי לפרטים, בעוד התופעה שמתלוננים עליה היא תופעה כללית הניתנת להוכחה בדרך אחרת; שלישית, עילת התביעה חייבת להיות "על פי חוק זה", היינו על פי חוק הגנת הצרכן. אבחן את גבולותיה של מגבלה זו, את הדרכים לעקיפתה, ואת השתלבותה במשפט הרצוי.

## 2. ניסיון הנתבע להיטיב את נזקו של התובע

הדרישה לקיומה של עילה אישית משמעותה כי לתובע יש עילת תביעה תקפה כנגד הנתבע. מכאן, שתובע שחשף התנהגות פסולה של נתבע, פנה אליו בדרישה לפצותו על נזקו והנתבע ענה לדרישתו, לא יוכל לבקש לייצג את שאר התובעים הפוטנציאליים, שאותם טרם פיצה הנתבע, בשל היעדר עילת תביעה אישית. משום כך יש המבקשים להיות תובעים ייצוגיים שאינם פונים כלל אל הנתבעים בפנייה מוקדמת מחשש שמא תיענה דרישתם ואז לא יוכלו לגרוף את כל הקופה בתובענה הייצוגית. במקרים אלו, הפעם הראשונה שהנתבע שומע על הדרישה ממנו היא אפוא עם קבלת כתב התביעה והבקשה להכיר בה כתובענה ייצוגית.

בתובענה אינדיווידואלית, רגילה, נתבע שיגיב לתביעה שהוגשה נגדו על ידי משלוח מלוא סכום התביעה לתובע, יסיים בכך את ההליך המשפטי (מלבד אולי דיון על הוצאות המשפט). ואולם האם הנתבע יכול לנהוג בדרך דומה בהליך ייצוגי כנגד המבקש להיות תובע ייצוגי ולהביא בכך את ההליך הייצוגי לסיומו?

בהליך הייצוגי הצרכני הטיפוסי, נזקו האישי של התובע הייצוגי הנו בדרך כלל בסכום נמוך. אם יתאפשר לנתבעים לשים מקל בגלגלי ההליך על ידי תשלום תביעתו האישית של

<sup>181</sup> ייצוגית על פי חוק ההגבלים העסקיים, שאושרה גם כנגד המדינה כמי שקיבלה תמלוגים מהנתבעת הראשית).

181. ראו, למשל ת"א גבעון (לעיל, הערה 3); דרישה זו קיימת גם בהוקים האחרים המסדירים תובענות ייצוגיות. ראו למשל, סעיף 207(א) לחוק החברות; ת"א (ת"א) 1149/93 מגן וקשת בע"מ נגד טמפו תעשיות בירה בע"מ (לא פורסם). הדרישה אינה חלה על תובענה המוגשת בידי ארגון צרכנים.

כל תובע ייצוגי (מבלי להודות באחריות ו"לפנים משורת הדין") תהא זאת אכן ריחיים נוספת על צווארה של התובענה הייצוגית. אמנם לכאורה יוכל עורך הדין המנהל את התובענה לנסות לאתר תובע ייצוגי חלופי, אולם התלפת תובעים זו כרוכה בעלויות ובמשאבי זמן, ובסופו של דבר, עדיין יוכל הנתבע לסלק גם את התובע השני באותה הדרך, בעלות מוצרית.

בפסיקה נקבע כי השיקול המרכזי להכרעה בנושא זה הנו עיתוי ההצעה להיטיב את נזקו של התובע. בעניין אלרגנט, פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב כי כאשר הנתבע מציע לתובע לסלק את תביעתו בטרם הגשת התובענה הייצוגית, אין התובע רשאי "לדחות את הסעד המוצע לו, אך ורק כדי לשייר בידו עילת תביעה שתשמש מנוף להגשת תובענה ייצוגית. לפחות העדר תום לב יש כאן".<sup>182</sup> קביעה זו משתלבת יפה עם הדרישה שעל התובע לפנות בעניין תביעתו האישית לנתבע בטרם יפנה לבית המשפט, דרישה שנקבעה בחלק מהפסיקה כקונקרטיזציה של התנאי המוקדם הסטטוטורי שהתובענה הוגשה בתום לב.<sup>183</sup> אולם האם זה צריך להיות הדין גם במקרים שבהם התובע נמנע, אולי במכוון, מפנייה מוקדמת אל הנתבע?

בעניין גייר<sup>184</sup> הגישה התובעת את תביעתה בלא כל פנייה מוקדמת לנתבעת. התביעה שהוגשה בידי אישה שרכבה נגנב, נסבה על הטענה כי משרד התחבורה צריך היה, מ'זמתו, להשיב לבעלי רכבים גנובים את החלק היחסי של אגרת הרישוי השנתית. בסמוך לאהר הגשת התביעה שלחה המדינה לתובעת המזואה על סכום תביעתה, והגישה בקשה למחיקה על הסף בטענה שכתב התביעה היווה פנייה ראשונה, וכי הנתבעת שילמה, מיד עם הפנייה ראשונה, ובכך אין עוד לתובעת עילת תביעה אישית.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב לא התייחס כלל לשאלת הפנייה המוקדמת כקונקרטיזציה של דרישת תום הלב, אולם דן בשאלה אם בנסיבות אלו יש לתובעת עילת תביעה אישית. השופט טלגם קבע, בעקבות הפסיקה האמריקנית,<sup>185</sup> כי מקום שעילת התובע הושתקה

182. ת"א אלרגנט (לעיל, הערה 160), בפסקה 10 לפסק הדין.

183. ראו, למשל, ת"א איגוד הצרכנים (לעיל, הערה 86), בפסקה 8 לפסק הדין; ראו גם, בתחום ניירות הערך, ת"א (ת"א) 1252/92 אנליסט אי.אם.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם). אולם אף בתחום ניירות הערך נפסק כי הפנייה המוקדמת איננה תנאי בל יעבור להוכחת תום הלב, והדבר תלוי בנסיבות המקרה: ת"א סבן (לעיל, הערה 21), בפסקה 40 לפסק הדין.

184. לעיל, הערה 8 והטקסט שלידה. התביעה הוגשה ואושרה כיייצוגית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, אולם השופט טלגם מיישם בה במפורש את עקרונותיו של חוק הגנת הצרכן, וקורא אותם לתוך התקנה.

185. למעשה הפסיקה האמריקנית אינה אחידה בנקודה זו. אמנם רוב האסמכתאות תומכות בעמדה המוצגת בידי השופט טלגם, אולם קיימים לא מעט חריגים וכללים מורכבים יותר. ראו למשל, *Steele v. Security Benefit Life Insurance Co.* 602 P.2d 1305 (1979) (הדוקטרינה תקפה רק כאשר מנסים "לקנות" את התובע והתובענה נמחקת); *Cohan v. Citicorp* 1993 WL (גם ניסיון להשתקת העילה האישית לפני הגשת התובענה איננו מסיים את ההליך הייצוגי); *Deposit Guarantee Nat'l Bank v. Roper* 445 U.S. 326

לאחר הגשת התובענה ובטרם אישורה כתובענה ייצוגית, אין בהשתקת העילה כדי לפגוע בריביות, וניתן לאשר את התובענה הייצוגית תוך ייחוס עילתו של התובע אחורה ליום הגשת התובענה. למסקנה דומה הגיע גם השופט גורן בעניין אחרק.<sup>186</sup>

בראית מועד הגשת התובענה כ"קו פרשת המים", לעניין זה יש היגיון, אולם לדעתי, היגיון זה חל רק במקרים שבהם נעשתה פנייה מוקדמת של התובע אל הנתבע טרם הגשת התובענה. שיקול המדיניות המרכזי שיש להפעילו בעניין זה הוא השיקול של תת-האכיפה. במקרים שבהם פנה צרכן לעוסק ונענה בשלילה, ניתן להניח כי העוסק משיב בשלילה לכל הפונים המצויים במצב עובדתי ומשפטי דומה. במקרה כזה, אין לאפשר לעוסק להתחמק מתובענה ייצוגית לאחר שנוכח שצרכן זה דווקא החליט להביא את העניין לבידור משפטי. מדיניות זו תגביר את התמריץ של העוסקים להיענות בחיוב לפניית הצרכן לתיקון העוול שנגרם לו מחשש לתובענה ייצוגית. מכאן שפסק הדין בעניין אלרגנט היה נכון ותאם את שיקולי המדיניות.

ואולם לדעתי, הן מידת ההגינות והן שיקולי המדיניות מחייבים להגיע לתוצאה שונה בכל המקרים שבהם הוגשה התובענה בלא פנייה מוקדמת של המבקש אל הנתבע. במקרים אלו מידת ההגינות מחייבת כי הנתבע יהא רשאי לשלם את דרישתו של התובע מיד עם המצאת התובענה לידיו, ובמקרה כזה תושקת העילה האישית ותימנע התובענה הייצוגית של התובע. באשר לשיקולי המדיניות, דומה כי ראוי לאפשר לעוסק ששגה בתום לב לתקן את טעותו בלא להעמידו בפני הנזק התמור מתובענה ייצוגית, לרבות הנזק התדמיתי. ניתן למצוא סימוכין לגישה זו בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין מעונות עזרת ישראל.<sup>187</sup> בתובענה זו, שהוגשה לפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), ניסה הבנק הנתבע לטעון לחוסר תום לב בשל טענה שהפנייה המוקדמת של התובע לנתבע לא בוצעה כהלכה. בית המשפט העיר כי –

לא התרשמתי כי המשיב גילה עניין, או נכונות, להשיב למבקשת את העמלות שהיא שילמה, לטענתה, ביתר, לאחר הגשת התובענה ובקשתה להכיר בה כיייצוגית. מה לו, איפוא, למשיב כי ילין על העדר פניות אליו מצד המבקשת להחזרת העמלות, לפני שפנתה לבית המשפט.<sup>188</sup>

לבסוף, שאלה יפה היא אם תובע נוסף, היודע על כך שהנתבע נענה לקודמו ושילם את דרישתו בטרם הגשת התובענה, חייב אף הוא לפנות לנתבע בעניין זה. מהד גיסא, ניתן לטעון כי יש לאפשר לנתבע שהוכיח כי הוא מכיר בטעותו למלא את חובתו גם כלפי תובעים אחרים. מאידך גיסא, במקרים מסוימים ניתן לצפות מנתבע שגילה כי נהג שלא

<sup>186</sup> *reh'g denied* 446 U.S. 947 (1981) (לתובע מותר לסרב להצעה להיטיב את נזקו שמוגשת לו

לאחר הגשת התובענה ולפני אישורה כיייצוגית, ואין בכך כדי לפגוע בתביעה).

<sup>187</sup> ת"א אחרק (לעיל, הערה 11), חלק ג לפסק הדין.

<sup>188</sup> ת"א (ת"א) 1133/02 מעונות עזרת ישראל – בני ברק נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (טרם פורסם).

<sup>188</sup> שם, בפסקה 11 לפסק הדין.

כשורה כי יפעל מיוזמתו לפצות את כל קבוצת האנשים שפגע בהם. לדעתי, יש להבחין במקרים אלו על יסוד שתי אבחנות: ראשית, האם הנתבע, בתשובתו לפונה הראשון, הכיר בטעותו או רק סילק את התביעה לפני משורת הדין. אם הפעולה הייתה מתוך הכרה בטעות, גוברת הציפייה שהנתבע יפצה מיוזמתו את כל הנתבעים, ואם לא עשה כן, ייתכן שיש מקום להכיר בתובענה ייצוגית שבאה להכריחו לכך. שנית, יש לברר אם המדובר בתובענה שיסודה בטעות בתום לב של הנתבע או במעשה מכוון להונאת הציבור. החלת הדרישה להמשך פנייה של כל תובע פוטנציאלי במעשה מכוון להונאת הציבור תיצור תמריץ לעוסקים לעוול בכוונה תחילה, בעוד הם יודעים שייאלצו להחזיר את הגולה רק לאלו מבין התובעים שיפנו אליהם אישית. תמריץ מסוג זה יגדיל משמעותית את בעיית תת-האכיפה.

### 3. הדרישה למידע מדויק מן הצרכן - כחלק מבידור העילה האישית

במקרים מסוימים יהיה לצרכן קל יחסית להוכיח מהו המוצר שרכש, באיזה מחיר והיכן. ככל שהרכישה ייחודית יותר, יקרה יותר, או שאפשר להתחקות אחר פרטי הרכישה, קל יהיה לצרכן להוכיח את תביעתו האישית ובפרט את העובדה שאכן רכש את המוצר נשוא התביעה באופן המתואר בתובענתו ובבקשה לאשרה כייצוגית.

כך, למשל, יש להניח שלקוח יזכור, גם כעבור שנה או שניים, היכן רכש את המקרר החדש שלו, מתי התבצעה העסקה, מאיזה דגם בדיוק המקרר (ניתן לבדוק במקרר עצמו) ותמורת איזה מחיר (רבים ישמרו את החשבונית בצמוד לתעודת האחריות). לעומת זאת, במקרים של מוצרי צריכה שבהם אין הצרכן רוכש תמיד את אותו המוצר, היעדרו של מידע מדויק או זיכרון פנומנלי בידי התובע הייצוגי, עלול להכשיל את התביעה הייצוגית.

כך היה, למשל, בעניין זלצמן נ' טיבון ויל.<sup>189</sup> בפרשה זו נידונה תביעתם של צרכנים נגד יצרני בשר קפוא ורשתות המרכולים הגדולות בגין הפרקטיקה המגוונה של הורקת "מים מוספים" לבשר הנמכר לצרכן הישראלי, בשיעור העולה על השיעור המוצהר (והמותר על פי דין) של 10%. בהחלטה שדחתה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית היה אחד משני השיקולים העיקריים. הוסר זיכרוןם המדויק של המבקשים בדבר נתחי הבשר שרכשו על פני תקופה של שש שנים, ובאיו משתי רשתות המרכולים רכשו כל נתח.<sup>190</sup> אמנם מבחינה פורמלית, הסתירה (או החסר) בעדויות תורגמו בידי השופטת לכך שאין עומדת לתובעים עילת תביעה אישית כנגד הנתבעות, וכי אין הם משתייכים לקבוצה שהם רוצים לייצג. אין ספק כי בכך יושם נכונה החוק הדורש עילת תביעה אישית.

189. ת"א (ת"א) 1124/00 זלצמן נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ (טרם פורסם).

190. שם, סעיף 7 לפסק הדין בין היתר, מביאה השופטת את הציטוטים הבאים כעדות לחוסר התמיכה של העדות בתצהירים: "אני לא יכול להגיד אם קניתי פילה מדומה או אנטריקוט ... אני עושה קניות אבל לא זוכר מה קניתי לפני שלוש שנים ... יכול להיות שזה קוראופ ולא היפרכול". יצוין כי הן הקוראופ והן ההיפרכול נתבעו בתובענה זו, ולכאורה, לא היה בחוסר זיכרוןם של התובעים באיוו רשת מרכולים רכשו את הבשר עתיר המים כדי לשנות דבר בתובענה כנגד יצרני הבשר המזורק.

ואולם הבה נבחן את תוצאתו של ההליך: במקרה זה הטענה שהועלתה בתובענה הייצוגית התייחסה לפרקטיקה רחבת היקף, הנוהגת, על פי הנטען, בידי יצרני הבשר הנתבעים כולם. האומנם היה זה חיוני לקבוע כי הצרכן יוכל להיות תובע ייצוגי רק אם יזכור בדיוק איזה מותג רכש ובאיזו חנות במשך שש השנים האחרונות, גם אם הטענה המועלית בתובענה היא כלפי כלל יצרני הבשר? מכיוון שהסיכוי למצוא צרכן שיעמוד ברף גבוה זה הוא כנראה אפסי, הרי שאם התובענה לגופה נכונה, יחמקו המעוולים ללא אחריות והציבור יוסיף לקבל בשר עתיר מים.

דומה כי בפרשה זו ראוי היה להניח לתובעים להוכיח, לרבות באמצעות בדיקות מעבדה והליכי גילוי מסמכים וחקירה של עדי הנתבעות, את הפרקטיקה הכללית שנקטו הנתבעות במשך שנים רבות, ולא להקפיד עם חוסר זיכרונו של התובע בנושא שבו הסבירות שאדם יזכור בדיוק את נסיבות קנייתו אינה גדולה. מובן כי אילו התברר כי חלק מהיצרניות לא עוולו, אולי ראוי היה לדחות את התובענה כלפיהן. לדעתי, מסקנה זו מתבקשת משיקולי המדיניות שהוצגו בפתחו של המאמר, ובראשם השיקול המרכזי של צמצום בעיית תת-האכיפה. הכרה בתובענה הייצוגית במקרה זה כנגד יצרנים שהוכח כי נקטו פרקטיקה הפסולה, יכול שהייתה מביאה לחיסולה של פרקטיקה זו אחת ולתמיד.

#### 4. הגבלת העילות לעילות לפי חוק הגנת הצרכן

##### (א) ההגבלה בחוק ומשמעותה

סעיף 35א לחוק הגנת הצרכן מגביל במפורש את העילות שבהן ניתן לתבוע תביעה ייצוגית מכוח החוק. התביעה הייצוגית מוגבלת ל"עילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו..." (ההדגשה הוספה). מכאן שרק עילות לפי חוק הגנת הצרכן יכולות להוות בסיס לתובענה ייצוגית.<sup>191</sup> בתי המשפט אכפו הוראה זו ולא התירו תביעה ייצוגית לפי חוק הגנת

191. השוואת סוגיה זו לחוקים האחרים המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות אינה מעלה תמונה אחידה. באחדים מהחוקים נקבע במפורש כי עילת התביעה צריכה להיות על פי החוק המסמך, כולו או מקצתו. ראו סעיף 46א(א) לחוק ההגבלים העסקיים; סעיף 11(א) לחוק שכר שווה לעובד ולעובדת; סעיף 16א(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוחות); סעיף 11(א) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים; סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות. סעיף 62א(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, מגביל את היכולת להגיש תביעה ייצוגית אף יותר, לעילות מסוימות על פי החוק, ואף לא לחוק כולו. עם זאת, בחוקים אחרים המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות, המצב נקודה זו שונה. הסדר התובענות הייצוגיות בחוק החברות החדש מאפשר במפורש הגשת תביעה ייצוגית (באישור בית המשפט) ל"מי שלו עילת תביעה על פי כל דין הנובעת מזיקה לנייר ערך" (סעיף 207(ב) לחוק החברות, ההדגשה הוספה).

ההסדר בחוק ניירות ערך, שבוטל במסגרת חוק החברות החדש, אפשר תובענה ייצוגית "בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו" ובלבד שהתובע הוא "מחזיק בנייר ערך" התובע בשם "קבוצת מחזיקים בניירות ערך". במקרים מספר פירשו בתי המשפט גוסס זה כמתיר הגשת תביעה בעילה שאיננה על פי חוק ניירות ערך. ראו ת"א (ת"א) 417/94 דיצר נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ (לא פורסם); וכן ת"א סכנ' (לעיל, הערה 21); בית המשפט העליון,

הצרכן בעילות שאינן לפי החוק.<sup>192</sup>

כפי שהצביע פרופ' בר ניב בסמוך לאחר קבלת החוק, תחימת העילות שניתן לנהל בגינן תובענות ייצוגיות "מפחיתה מהותית את ההיקף הצפוי של האכיפה באמצעותן", משום שהחוק אינו חל על מגזרים רבים של עילות צרכניות.<sup>193</sup> לטעמי, הבעיה המשמעותית ביותר היא חוסר היכולת להשתמש במכשיר התובענה הייצוגית כלפי עוסק המפר באופן סיטוני את התחייבותו החוזית כלפי ציבור צרכניו, וזאת לאור הדעה שהביע פרופ' בר ניב,<sup>194</sup> ואשר אומצה בכמה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים,<sup>195</sup> שלפיה עילת ההטעייה לפי חוק הגנת הצרכן מתייחסת לשלב הטרומ חוזי בלבד, הוא שלב המשא ומתן שבין הצדדים.<sup>196</sup>

בדונו בבקשת רשות ערעור על החלטה זו, החליט "לא להתייחס לשאלת האפשרות לסמוך על עילות שמחוץ לחוק ניירות ערך". רע"א 6561/99 פועלים שוקי הון והשקעות בע"מ נ' סבן איתן (לא פורסם); ראו גם ה"פ (י-ם) 486/97 קיבוץ אורים אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (הדגשה כי נוסחו הסופי של החוק שונה מהצעת החוק בריוק בנקודה הגידונה, ויש ליתן משקל להיסטוריה החקיקתית). מנגד, ראו עמדתם של גולדשטיין ועפרון (לעיל, הערה 14), בעמ' 36-37, המוצאים בהיסטוריה החקיקתית של חוק ניירות ערך ראיות לכאורה גם לגישה המצמצמת, וכן את עמדתה של השופטת פלפל, בת"א (ת"א) 95/1369 לוי נ' לה נסיונל בע"מ (לא פורסם), הקובעת, בהחלטה מנומקת ומפורטת, כי תובענה ייצוגית על פי חוק ניירות ערך יכולה להיות מוגשת רק בעילות שבחוק ניירות ערך עצמו. השופטת פלפל חזרה על עמדתה זו בת"א רוזין (לעיל, הערה 174), בעמ' 5, ובת"א (ת"א) 1064/97 חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח' נ' דרין (לא פורסם). עם זאת, יש לציין כי חלק מהגמקתה של השופטת פלפל בעניין לוי התבסס על היקש מתוקים אחרים המסדירים תובענות ייצוגיות. בהקשר זה, לשונו המפורשת של חוק החברות החדש יצרה שינוי מסוים בתוקים ששימשו לצורך היקש זה.

192. ראו, למשל, ת"א דורון (לעיל, הערה 7); ת"א גבעון (לעיל, הערה 3). השופטים היו ערים לקושי שפירוש זה יוצר, אולם קבעו כי "לאור לשונו הברורה של החוק, אין מנוס אלא לפרשו בדרך המצמצמת": ת"א קניאל (לעיל, הערה 166), בפסקה 21 לפסק הדין; ת"א (ת"א) 00/1228 אלרואי נ' תנובה מרכז שיתופי בע"מ (לא פורסם). בקשת רשות הערעור נדחתה בידי בית המשפט העליון: רע"א 6902/01 אלרואי נ' תנובה (לא פורסם); ראו גם ת"א רוזין (לעיל, הערה 174) ("תובענות ייצוגיות מוגשות על-פי עילות התביעה של החוק המסמיך, או חלקו, ולא מעבר לכך"); במקרים מעטים הושארה שאלה זו בצריך עיון: ת"א סוכניסקי (לעיל, הערה 45); ת"א ויטלגו (לעיל, הערה 69).

193. בר ניב (לעיל, הערה 30), בעמ' 259-263. חלק אחד בביקורתו של פרופ' בר ניב מצא את פתרונו על ידי חקיקת הסדרי תובענה ייצוגית בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, ובחוק ההגבלים העסקיים.

194. בר ניב (לעיל, הערה 30), בעמ' 259-263.

195. ראו, למשל, ת"א שדה (לעיל, הערה 41), בפסקה 2 לפסק הדין; ת"א אפיק (לעיל, הערה 97); ת"א שועלי (לעיל, הערה 149), בפסקה 4 לפסק הדין; ת"א קרם (לעיל, הערה 97), בפסקה ד לפסק הדין; ת"א ברוט (לעיל, הערה 8); ת"א (ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א שאבי); ת"א רותם (לעיל, הערה 9; החלטה מיום 27.5.2004).

196. הגבלת תחולת החוק לשלב הטרומ חוזי פורשה אף כך שהשאלה אם העוסק הוסיף מע"מ כחוק



אם נכונה הגישה המקובלת, שרק עילה טרום חוזית נכללת בחוק הגנת הצרכן, הרי שכדי שניתן יהיה להגיש תביעה בגין הטעיה בפרסום, יש להוכיח שהמצג המטעה היה מטעה כבר בשלב הטרום חוזי, להבדיל ממצג שהיה נכון בעת נתינתו, אולם הסתבר לאחר מכן כי העוסק אינו יכול או אינו רוצה לקיימו. ואכן במקרים מספר נקבע במפורש כי הפרה סיטונית של הסכם שבין עוסק לצרכנים איננה יכולה להוות בסיס לתובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן, משום שעילת התביעה, הפרת חוזה, היא תביעה על פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970<sup>197</sup> ולא על פי חוק הגנת הצרכן.

מגבלה זו נוטלת את עוקצה של התובענה הייצוגית הצרכנית בהרבה מאוד מצבים צרכניים שבהם לא ניתן להוכיח את כוונתו המוקדמת של העוסק להפר את התחייבותו כלפי הצרכן. טלו, למשל, התחייבותה של חברה במסגרת מבצע קידום מכירות – שהייתה כנה בעת נתינת ההתחייבות – לספק מוצר מסוים במחיר זול במיוחד. אם החברה מפרה את התחייבותה בשל ביקוש עצום אותו הייתה החברה צריכה לצפות, ראוייה בהחלט לתובענה ייצוגית, אולם על פי המצב המשפטי הקיים לא תוכל להתברר ככזו.

למרות עמדתם העקבית למדי של בתי המשפט המחוזיים, שלפיה חוק הגנת הצרכן אינו חל גם על השלב הטרום החוזי, אין לראות שאלה זו כמוכרעת. ראשית, יש לציין כי בית המשפט העליון, לכשהודמן לו לדון בעניין לאחר שנתינו כמה מההחלטות דלעיל בבית המשפט המחוזי, בחר במפורש ובמודע להשאיר את הסוגיה בצריך עיון.<sup>198</sup> שנית, גם בין המלומדים הובעו דעות אחרות, ובראשן דעתו של פרופ' סיני דויטש התומך בהרחבת התחולה של החוק על השלב הטרום חוזי.<sup>199</sup> גם דעתם של מי מבין השופטים, שמצאו עצמם נאלצים לדחות אישור תובענה ייצוגית צרכנית על בסיס זה, אינה נוטה מן התוצאה, ולפחות במקרה אחד כללה הכרעת הדין פנייה מפורשת לחוקק "שיתקן את החוק לעניין תובענות ייצוגיות ויאפשר במסגרת [חוק] הגנת הצרכן לעשות שימוש במכשיר חשוב זה לעניין חוזי שירות ארוכי טווח".<sup>200</sup>

אני מבקש לצרף את דעתי לדעתם של פרופ' סיני דויטש ושל השופטת ד"ר דרורה פלפל, כי יש להרחיב את תחולת החוק, ומנגנון התובענה הייצוגית שבו, על תובענות

למחיר שנדרש הצרכן לשלם, אם לאו, סוגיה כנוגעת "לקיום העסקה ולא למו"מ הטרום חוזי ... ולכן חוק הגנת הצרכן אינו חל במקרה זה". ת"א (ת"א) 1036/97 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת (לא פורסם); ת"א שאבי (לעיל, הערה 195). עם זאת יצוין כי הדברים נאמרו לפני תיקון מס' 11 לחוק הגנת הצרכן, שקבע – במסגרת חוק זה עצמו – חובה פוזיטיבית של פרסום מחירים הכוללים את כל המסים החלים, וכי מצבים מסוימים הנוגעים לגביית מסים על עסקאות עשויים להיכלל עתה במסגרתו של חוק הגנת הצרכן מכוח התיקון לחוק.

197. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16.

198. ראו רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת, פ"ד נד(1) 600 ("משהגעת אל המסקנה האמורה, אין אני צריכה להידרש לשאלה, אם תחולת חוק הגנת הצרכן מוגבלת אך לשלב הטרום חוזי כפי שקבע בית משפט קמא ואני משאירה אותה בצריך עיון").

199. דויטש (לעיל, הערה 13), בעמ' 399-405.

200. ת"א רותם (לעיל, הערה 9; החלטה מיום 27.5.2004).

צרכניות רבות יותר. במסגרת זו אבחן להלן את הניסיונות השיפוטיים המעניינים שנעשו להרחבת המסגרת, ניסיונות שלא זכו עד עתה לבחינה בספרות המשפטית, ואצביע על סיבות נוספות על אלו שנמנו בספרות לצורך ברפורמה חקיקתית.

(ב) ניסיונות שיפוטיים להרחבת העילות לתובענות ייצוגיות צרכניות בפסיקה ניתן לזהות כמה דרכים אפשריות להרחבת תחום התובעניות הייצוגיות הצרכניות אל התנהגות הנתבע שלאחר ההתקשרות החוזית. דרך אחת היא שימוש בדוקטרינת "חווה מסגרת", שאליו נספחים חוזים משניים, כאשר לכל אחד מהם שלב "טרומ חוזי" משלו. כך, למשל, בעניין קדם, עסקה התובענה בפרסום של חברת בוק ללקוחותיה בנושא מחירי שיחות. אמנם התובע, ככל ללקוחותיה של בוק, התקשר עם החברה בהסכם בעת שהזמין קו טלפון, ולכן לכאורה ההפרות הנטענות מתרחשות לאחר השלב הטרומ חוזי. עם זאת השופטת פלפל מעירה בצדק כי "ניתן לאפיין את החווה כחווה מסגרת, שעל גבו ניתן לצרף חוזים משניים ... הפרסומת מביאה בפני הצרכן הצעה חדשה ... הוא בוחר להתקשר מקו הבוק שברשותו ... המדובר בהתקשרות חדשה בין בוק לצרכן על סמך ההצעה, כלומר בעקבות השפעת הפרסומת. על כן מדובר בשלב הטרומ חוזי לעניין זה".<sup>201</sup>

דרך אחרת שננקטה היא להניח שהחווה שהופר משקף התחייבות טרום חוזית של העוסק, המצויה במסגרתו של חוק הגנת הצרכן. דרך זו ננקטה למעשה, בלא דיון מקיף בסוגיה, בעניין אחרק, שבו נידונה הימנעותן של חברות הגו מלבצע ביקורות בטיחות תקופתיות. בפרשה זו חתמו הלקוחות על הסכמים עם חברות הגו, כך שמדובר לכאורה בתובענה בגין הפרת חווה. בית המשפט קבע כי הסכמי השירות (שהופרו) מהווים ראייה להתחייבות הטרומ חוזית לבצע ביקורות תקופתיות, וכן כי קיימת חוקה שהצרכן לא היה מתקשר בחווה לו ידע שלא מובטח לו שיערכו בדיקות שכלול, ובוודאי לא היה מתקשר בחווה לו היה יודע שעליו לשלם בעבור הבדיקות שאינן נערכות.<sup>202</sup> גם ד"ר אורנה דויטש הציעה לקבוע כי "הטעיה יכולה להתקיים במקרים שבהם העוסק מטעה את הצרכן באשר לפרטי הביצוע של החווה על ידו".<sup>203</sup>

התוצאה שהגיע אליה השופט גורן בעניין אחרק עולה בקנה אחד עם הרציונל לחקיקתו של הסדר התובענות הייצוגיות בחוק הגנת הצרכן ובפרט עם הנימוק הרואה במכשיר זה תרופה לבעיית תת-האכיפה. תת-האכיפה קיימת גם כאשר נכרתו חוזים רבים (ובמקרים רבים אחידים) שבנוסחם שולבה ההטעיה נשוא התובענה. עם זאת קשה לראות בעובדות בפרשת אחרק משום תובענה המתייחסת לשלב הטרומ חוזי ולפירוש הקלסי להיקפו של חוק הגנת הצרכן. עיון בעובדות הפרשה ובטענות התובעים מלמד שעיקר טענותיהם נוגע

201. ת"א קדם (לעיל, הערה 97).

202. מכיוון שהתובענה הוגשה כנגד כל חברות הגו הגדולות ועל פי הנטען בה כולן פעלו בדרך דומה, ספק אם אמנם היה גם צרכן ערני נמנע מלהתקשר בהסכם עם אחת החברות. עם זאת, לאור התקופה הממושכת שבה נמשכה מדיניות אי-הבדיקה, ניתן לטעון במקרה זה כי ההטעיה בשלב הטרומ חוזי נמשכה כלפי לקוחות חדשים בתקופה שבה ידעו חברות הגו או צריכות היו לדעת שאין בכוננתן לקיים את ההתחייבות.

203. אורנה דויטש (לעיל, הערה 61), בעמ' 253.

להפרת חובות שבדין ובהפרת חוזים בידי הנתבעות. ייתכן שהפתרון הוא בהרחבה חקיקתית של קשת העילות שבהן צרכנים יכולים להגיש תובענות ייצוגיות, ולא במתיחה מלאכותית-משהו של השלב הטרומי חווי.<sup>204</sup>

לבסוף, אפשרות מעניינת להרחבת המסגרת של עילות לפי חוק הגנת הצרכן עלתה בכמה פסקי דין של השופטת פלפל. בחודש אוקטובר 2000 כתבה השופטת פלפל לראשונה, בפרשת שטיינברג נ' סלקום:

יש לציין לעמדתני חריג אחד והוא: יישום הסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, שעניינם תום-לב במשא ומתן ובביצוע החוזה, שבהיותם הוראות - על מלכותיות מצטרפים אוטומטית לכל חוק, חוזה או פעולה משפטית, כמובן תוך התאמה לחוק אליו הם מצטרפים.<sup>205</sup>

על דברים אלו חזרה השופטת פלפל גם בעניין שאבי נ' פלאפון.<sup>206</sup>

לאור דברים אלו של השופטת פלפל, אם ניתן להגיש תובענה ייצוגית צרכנית בעילה של הפרת החובה לפעול בתום לב ובדרך מקובלת לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי),<sup>207</sup> כי אז נפתחה בכך הדרך להגיש מגוון רב של תביעות צרכניות הנוגעות לשלב שלאחר כריתת החוזה, לרבות תובענות בגין הפרתו, תוך טענה שהפרה סיטוגית של חוזים מול אלפי צרכנים אינה פעולה "בתום לב ובדרך מקובלת". בשלב זה, מוקדם להעריך האם תובעים, ובעקבותיהם בתי המשפט, יכשירו דרך זו להרחבת גבולה של התובענה הייצוגית הצרכנית, ועד כמה רחוק ניתן יהיה להגיע באמצעות דוקטרינה זו. בינתיים נמנעה השופטת פלפל משימוש בדוקטרינה זו במקרה הבולט של התובענה הייצוגית בעניין ערוץ הספורט.<sup>208</sup>

כשלעצמי הייתי מעדיף את "דרך המלך" של התובענה בגין עילות טבעיות יותר ולא את השימוש בעילת שסתום זו כעילת תביעה יחידה. במילים אחרות, כפי שצוין לעיל, אם קיימת בעיית תת-אכיפה משמעותית במצבים של הפרת הסכם סיטוגית בידי עוסק, אני

204. אכן במקרים אחרים קבעה הפסיקה כי תובענה המבוססת על הטעיה טרום חוזית שהתגבשה לידי חוזה נצבעת כתובענה בגין הפרת חוזה, שלא ניתן לתבוע בגינה מכוח חוק הגנת הצרכן. ראו, למשל בר"ע (ב"ש) 663/00 ברקאי נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם).
205. ת"א שטיינברג (לעיל, הערה 122), חלק ג לפסק הדין. פסק הדין ניתן בחודש אוקטובר 2000.
206. לעיל, הערה 195 והסקסט שלידה.
207. האפשרות להגיש תביעה בעילה שעל פי סעיף 12 לחוק החוזים אף היא מרחיבה במקצת את אפשרויות השימוש בכלי התובענה הייצוגית הצרכנית, אולם מכיוון שאף סעיף 12 מתייחס לשלב הטרומי חווי, אין בה כדי להרחיב את גבולות התובענה הייצוגית הצרכנית מעבר לשלב זה. על אפשרות השימוש בסעיף 12 בהקשר זה עמדה השופטת פלפל, גם שם באמרת אגב קצרה, גם בת"א סמואלס (לעיל, הערה 8), בפסקה 2 לפסק הדין, אולם בפסק הדין סמואלס לא נוסף גם סעיף 39 לחוק החוזים לעילות התביעה האפשריות.
208. ת"א רותם (לעיל, הערה 9; החלטה מיום 27.5.2004); בת"א שטיינברג עצמו (לעיל, הערה 122), השופטת פלפל קובעת כי מכוח סעיף 39 לחוק החוזים לא ניתן להפחית מחירים של מוצרים שאינם בני פיקוח, שלא הוכח שהם מתירי עושה. על אותם הדברים חזרה השופטת גם בת"א שאבי (לעיל, הערה 195).

סבור שיש לוודא כי מנגנון התובענה הייצוגית מאפשר הגשת תובענה ייצוגית בגין הפרת חוזה, ולא להשתמש בסעיף 39 כתחליף לתובענה בגין הפרת הסכם קלסית.

### (ג) הצורך בשינוי חקיקתי

למרות הצלחתם החלקית של ניסיונות ההרחבה השיפוטיים, הבעיה העקרונית של היקף התובענה הייצוגית הצרכנית נותרה בעינה. אני סבור כי ראוי שהמחוקק יפעל להרחבה משמעותית של עילות התביעה הייצוגיות הצרכניות, מתוך רצון להקטין את בעיית תת-האכיפה הקיימת בכל היבטיה של מערכת היחסים הצרכנית. לדעתי, ראוי כי המחוקק ישקול את שינוי הסדר התביעה הייצוגית בחוק הגנת הצרכן כך שיתחיל לא רק על תביעות צרכניות במובן הפורמלי אלא על תביעות צרכניות במובן המהותי, היינו על כל תביעה שבין "צרכן" ל"עוסק" תהא עילתה אשר תהא,<sup>209</sup> ובלבד שבית המשפט, במסגרת תפקיד הפיקוח הנתון לו, יראה אותה כהולמת לבידור באופן ייצוגי. וראוי שיש מקום להרחיב את היריעה, כמינימום, לחוקים שנועדו להגן על הצרכן בשל היעדר כוח מיקוח שווה, כגון חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982<sup>210</sup> חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974<sup>211</sup> וחוקי פיקוח מחירים.<sup>212</sup>

הדברים אמורים ביתר שאת לגבי תביעות שבהן העילה על פי חוק הגנת הצרכן היא אחת העילות בכתב התביעה, תופעה גפוצה למדיי.<sup>213</sup> במקרה כזה על התובע המבקש לנהל

209. מן הבחינה הניסוחית, כל שיש לעשות הוא למחוק בסעיף 35 לחוק הגנת הצרכן את המילים "בעילה אשר על-פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו". ניתן גם להוסיף לשיקולי בית המשפט, בשלב אישור התובענה כייצוגית, בדיקה בדבר אופייה הצרכני של התובענה.

210. חוק החוזים האחדים, כפי שציין פרופ' גולדשטיין במאמרו היסודי בתחום התובענות הייצוגיות, ענייני חוזים אחדים הם אחד המקרים שבהם שימוש בתביעת ייצוגית-קבוצתית על-ידי צרכנים הוא טבעי. גולדשטיין (לעיל, הערה 6), בעמ' 422. אמנם ייתכן שבמסגרת תובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן ניתן יהיה להעלות טענות מתחום החוזים האחדים, שכן חוק החוזים האחדים מאפשר ביטולו של תנאי מקפח בכל הליך. ראו סעיף 3 לחוק החוזים האחדים. ביטולו של תנאי מקפח בידי בית המשפט, להבדיל מהחלטה של בית הדין לחוזים אחדים, כוחה יפה רק ביחסים שבין אותו ספק לבין הלקוח. אמנם בתחום החוזים האחדים קיים מנגנון אחר שתפקידו לפתור את הבעיה הקבוצתית, הוא מנגנון בית הדין לחוזים אחדים, שאליו רשאים לפנות גם ארגוני לקוחות ורשויות ציבוריות. החלטת בית הדין לבטל או לשנות תנאי בחוזה אחיד חלה באופן קבוצתי. ראו סעיף 18 לחוק החוזים האחדים. עם זאת, גם בתחום זה עדיין יש תת-אכיפה משמעותית, וייתכן שניתן למלא חלק מן החסר באמצעות אכיפה פרטית. שאלת היותו של תנאי בחוזה אחיד מקפח עשויה גם להידון באופן הצהרתי בתובענה ייצוגית לפי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.

211. ס"ח 14.

212. למשל חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושרותים, תשנ"ו-1996, ס"ח 192.

213. תביעות צרכניות מוגשות לא אחת במגוון עילות. ראו, למשל, ת"א גבעון (לעיל, הערה 3). התביעה, שנגעה לגבייה של תשלומים בבתי חולים, הוגשה בכל העילות הבאות: מצג שווא, הטעיה וגילוי לא נאות, תוך הפרת הוראות סעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן, והוראות חוק

תובענתו בדרך של תובענה ייצוגית לוותר על חלק מעילות התביעה החלופיות שלו (למשל, ויתור על טענת הטעיה בניגוד לחוק החוזים (חלק כללי) עקב המגבלה, או לבקש פיצול מלאכותי של הדיון בין עילות התביעה השונות והחופפות לעתים בחלקן, דבר שאיננו מתיישב עם יעילות דיונית.

### ו. סיכום ומסקנות

עשר שנים לאחר תחילת דרכה של התובענה הייצוגית הצרכנית, מצוי עיצובה עדיין בתחילת הדרך. התקוות שתלו בה כי תשפר משמעותית את בעיית תת-האכיפה, נכזבו ברובן, בעיקר עקב גישה עוינת מצד חלק מהמערכת השיפוטית, ופרשנות צרה שניתנה בידי בתי המשפט בכמה עניינים מרכזיים.

בחלקן התאורטי של מאמר זה הצבעתי על כי יישום שיקולי המדיניות הכלליים של התובענות הייצוגיות לתחום הצרכני מעלה כי בתחום זה ראוי היה לנהוג מדיניות המעודדת תביעות ייצוגיות יותר מאשר בתחומים אחרים בשל משקלם הנמוך של אחדים מחסרונות התובענה הייצוגית כאשר בתחום הצרכני עסקינן.

מסקירת הפסיקה הלא מעטה שהצטברה בתחום, מפתיעה במידת מה נוכחותם הזעומה של שיקולי המדיניות בהחלטות השיפוטיות. גם במקום שהוזכרו שיקולי המדיניות, ניכר היעדרו של הדיון ביישומם הייחודי של שיקולי המדיניות לתחום הצרכני.

לא זו אף זו: בתי המשפט לא נהגו על פי המתחייב משיקולי מדיניות אלו. התובענה הייצוגית הצרכנית לא זכתה לשום הקלה בהשוואה לתחומים אחרים שבהם היא נהוגה, ואף להפך: בניגוד להיסטוריה החקיקתית המפורשת, כי בתובענה ייצוגית צרכנית אין בית המשפט צריך לבדוק בשלב האישור את סיכוייה של התובענה, פסק בית המשפט העליון כי תנאי זה יחול גם על תובענות צרכניות.

בשלושת התחומים שנבדקו במאמר זה, נמצא כי התייחסותם השלילית של בתי המשפט לתובענה הייצוגית הצרכנית הביאה לפרשנות צרה בכמה וכמה סוגיות. ביחס לתובעים הרשאים ליוזם תובענות ייצוגיות צרכניות, הצבעתי כי תיתכן עוולה (וממילא – תובענה ייצוגית) גם בלא שהתבצעה עסקת קנייה בפועל למרות הלכתו של דנ"א ברזני. עמדתי על הקשיים בתפקודם של ארגוני הצרכנים, שנועדו, על פי ההיסטוריה החקיקתית להיות חוד החנית של התובעים הייצוגיים, ולא מילאו ולו מקצת מן התקוות שתלו בהם. בהקשר זה בחנתי גם את הצעת החוק של משרד המשפטים הנוגעת להכרה בארגוני צרכנים ועמדתי על

---

החוזים (חלק כללי); ניהול משא ומתן בחוסר תום לב (חוק החוזים); ניצול לרעה של מצוקתם של החולים, תוך הפרת סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן; גביית מחיר העולה על המחיר המרבי הקבוע בחוק (על פי חוק יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (הוראת שעה), תשמ"ז-1985, וצו יציבות מחירים שהוצא מכוהו; עשיית עושר ולא במשפט, כמשמעה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979; יצירת קרטל אסור ומניעת תחרות הוגנת; הפר חובות חקוקות מכות החוקים הנדרגים וכן מכות חוק הביטוח הלאומי, תקנותיו והצווים שהוצאו מכוהו).

הטעון שיפור; ולבסוף הצעתי כי בנסיבות מסוימות, מוגבלות למדי, יתאפשר גם למתחזה העסקי להגיש תובענה ייצוגית.

הפרק הנוגע לנתבעים העלה בעיות משמעותיות אף יותר. הצבעתי על הטעות של חלק מבתי המשפט, לרבות בית המשפט העליון, המתקשים באישורה של תובענה בהיעדר קשר ישיר בין העוסק לצרכן, ועל תוצאת תת־האכיפה הנובעת מגישה זו, שאינה מתחייבת מלשוננו של חוק הגנת הצרכן; הצבעתי על אי־הבהירות הנוגעת לתביעה כנגד המדינה, רשויותיה ותאגידים סטטוטוריים בכלל, ומינהל מקרקעי ישראל בפרט, שתוצאותיה בתחום תת־האכיפה חמורות לאור פסק הדין בעניין א.ש.ת. שעולה ממנו כי לא ניתן לעשות שימוש בתקנה 29 כנגד המדינה; והצבעתי על בעיות דיוניות מסוימות, ופתרונות מוצעים להם.

גם כאשר נאספו להם בכי עמל תובע הולם ונתבע מתאים, צפויים לתובע קשיים ניכרים הנוגעים לעילת התובענה. ההגבלה המשמעותית ביותר בהקשר זה היא זו העולה משילוב בין הגבלת העילות שבהן צרכן יכול לתבוע עוסק לעילות המפורשות בחוק הגנת הצרכן לבין התפיסה המקובלת שלפיה חוק הגנת הצרכן עוסק בשלב הטרום חוזי בלבד. בהינתן שילובן של שתי הנחות יסוד אלו, אין התובענה הייצוגית הצרכנית מסייעת במאומה לצרכנים שנפגעו מהפרת הסכם סיטוגית בידי העוסק, הפרת הסכם שעל פי גישה זו איננה מולידה עילה לפי חוק הגנת הצרכן. במסגרת זו בחנתי את הניסיונות השיפוטיים השונים להרחיב את היריעה, אולם הגעתי למסקנה כי הם מספקים פתרונות חלקיים בלבד.

בתי המשפט גם הקשו על הצרכנים בדרשם מהם מידע מדויק כחלק מבידור העילה האישית, גם מקום שהצרכנים בעצם הביאו להכרעה שיפוטית תופעות רחבות היקף, שקשה היה לחלוק על התרחשותן בקרב כלל ציבור הצרכנים. בתי המשפט העדיפו גישה צרה המתאימה להוכחתה של עילת תביעה אישית, ולא אפשרו לתובע הייצוגי להביא בפני בית המשפט את השאלות העקרוניות הנוגעות לאלפי תובעים ושיש בהן כדי לשפר את סטנדרט הפעילות של העוסקים.

בתחומים שנבחנו, ניתן לסכם את הממצאים בשתי מסקנות עיקריות: ראשית, המחוקק ובתי המשפט לא תרמו דיים להגדלת הוודאות בתחום זה ולהבהרת הכללים המשפטיים. שנית, בעזרת מדיניות שיפוטית ליברלית יותר ניתן היה לשפר את תרומתה של התובענה הייצוגית על ידי שינויים שחלקם מהייבים הקיקה וחלקם מהייבים אך שינוי במדיניות השיפוטית (כגון הרחבת העילות שבהן ניתן להגיש תובענה ייצוגית צרכנית).

בתי המשפט יכולים לפתור חלק מהנושאים שהועלו לעיל בעצמם, בלא צורך ברפורמה חקיקתית. במסגרת זו על בתי המשפט להביא בחשבון את יישומם של שיקולי המדיניות הכלליים בתחום התובענות הייצוגיות לתובענה הייצוגית הצרכנית. כפי שהראיתי בפרק הראשון של מאמר זה, השיקולים בתחום התובענות הייצוגיות תומכים בפתיחת שעריה של התובענה הייצוגית הצרכנית יותר מאשר בתחומים אחרים.