

תובענה ייצוגית -

יישומים בפסיקה בישראל

משה טלגם *

שימוש בתובענות ייצוגיות נעשה פופולרי בעת האחרונה והן מהוות מכשיר יעיל שיש התולים בו תקוות רבות בתחומים מגוונים, החל בתרמית ואי-גילוי של מנהלים ובעלי שליטה בחברות לבעלי מניותיהן - וכלה בטענות צרכניות; למן טענות נגד ניהול בלתי תקין ובלתי חוקי של חברות - ועד גבייה בלתי חוקית של אגרות, דמי היוון והיטלים. עם זאת, נראה שנוצר פער בין העמדות המוצהרות של בתי המשפט לבין האפשרות המעשית להשתמש במכשיר זה.

מעטות מאוד התובענות הייצוגיות שהסתיימו בפסקי דין - ובעיקר היו אלה פסקי דין של דחייה: בין משום שלא מולאו תנאי הסף (כמו גודל הקבוצה, או אי-קיום עילת תביעה אישית) ובין משום שהתובענה הוגשה לגבי הבטחה שאינה בת-תביעה. על פי רוב נדחו התביעות הללו עוד בשלב הבקשה, כלומר שכלל לא ניתנה להן זכות להיות תובענה ייצוגית. לעומת זאת, הסתיימו תביעות רבות, בין בשלב הבקשה ובין בשלב בירור התביעה לגופה - בפשרה. המחוקק הישראלי נתן את המפתח לפשרה, כמו גם את קביעת שיעור שכר טרחת עורכי הדין ואת קציבת הגמול ליוזם - בידי בית המשפט, מבלי שיתן לכך הנחיות רבות. בכך נוצר כר נרחב לבתי המשפט להתגדר בו והם אכן עשו בו שימוש. ראוי לציין שהמחוקק, בחוק החברות החדש¹ שנכנס לאחרונה לתוקף, מצא לנכון לאמץ את הפסיקות הללו ונתן לכך מעמד בחקיקה. אייחד את סיום המאמר לשיקולי בית המשפט בבואו לאשר פשרה בתובענה ייצוגית.

1. היסטוריה:

עד לאחרונה נתן המשפט הישראלי אפשרות מוגבלת לייצוג אחרים - רק בתביעה במסגרת תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי². בשנת 1988 נקבעה לראשונה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בשם רבים בחוק ניירות ערך³. בשנת 1994 תוקן חוק הגנת הצרכן⁴ ונקבע בו פרק

* סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב (בדימוס). גרסה קודמת של המאמר התפרסמה בהמשפט 11 (2001).

1 חוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות החדש).

2 תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: תסד"א); תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963 (הן בתקנות תשכ"ג-1963 והן בתקנות תשמ"ד-1984).

3 פרק ט' 1 לחוק ניירות ערך, תשכ"ה-1968 (להלן: חוק ניירות ערך) (בוטל ב-2000 על ידי חוק החברות החדש).

4 חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן).

"בהליך אישורה של תובענה ייצוגית אין להסתפק בכך שהעובדות הנטענות בכתב התביעה מקימות עילת תביעה ויש להוכיח את העובדות הנטענות באופן לכאורי"²⁰.

אך סמוך לאחר מכן חוזרת השופטת על הסייג לדברים אלה, סייג שהובע עוד בעניין מגן וקשת²¹ - שאין להעמיד דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע, "משום שאלה עלולות... לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות, ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים"²² והיא קוראת להפעלת קריטריון מאוזן. תרופת התובענות הייצוגיות חדשה היא עמנו והמתנגדים לפיתוחה טרחו לארץ מוצאה, לארצות-הברית, והצביעו שם על מגמת ריאקציה לעידודה, מגמה שבהתאם לה נחקק חוק הרפורמה²³ (Reform Act) המטיל מגבלות על הגשתה - אלא שעל כך נאמר בעניין מגן וקשת:

"דומה שאנו נמצאים עדיין בשלב בו גוברת הנטייה לפתוח פתח רחב לתובע בתובענה ייצוגית, בעוד אשר בארצות-הברית - לאור הניסיון המצטבר שם - ננקטה רפורמה בתחום זה ובחקיקה מיוחדת הוגבלה ביותר התופעה של 'תובעים מקצועיים' המפיקים רווחים פסולים מהגשת תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך"²⁴ (ההדגשה שלי - מ.ט.).

באותה רוח אמר הנשיא ברק:

"יש להיזהר מהוספת דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות כייצוגיות, העלולות לסרבל הליך במקום לייעלו... יש למנוע מחברה נתבעת ומנושאי משרה בה, שאין להם הגנה טובה לגוף התובענה, למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם באשר לזהות התובע הייצוגי"²⁵.

בסופו של יום, נקבע שתובע וכאי להגיש תובענה ייצוגית גם אם הוא "משקיע מתוכם", וגם אם רכש את המניות במטרה להגיש את התביעה, ואין לדקדק עמו יותר מאשר עם תובע רגיל (ראו גם עניין גבריל נ' אליאנס²⁶).

שאלת סף מקבילה היא השאלה האם על בית המשפט להשתכנע, בטרם ייתן את הרשות לתובע בתובענה ייצוגית, שהתובענה היא סבירה. הגישה המחמירה קבעה שבהיות תובענה ייצוגית הליך חריג, יש להקפיד עם המגיש אותה, לכל יסחף את התובעים בכוח ואת הנתבעים למערבולת של תביעת ענק; בית המשפט לא ייתן לו לעשות כן אם לא מצא שהתובענה

20 שם, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

21 ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' סמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312 (להלן: עניין מגן וקשת).

22 שם, בע' 329.

23 Private Securities Litigation Reform Act, Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737 (1995).

24 עניין מגן וקשת, לעיל הערה 21, בע' 322.

25 עניין סצת, לעיל הערה 14, בע' 791.

26 רע"א 1561/95 גבריל נ' אליאנס (טרם פורסם), תקדין עליון 879 (2)96. (להלן: עניין גבריל).

ראויה ויש לה סיכוי טוב להיות מוכרעת לטובת הקבוצה, כאמור בחוק ניירות ערך. הגישה המקלה סברה, שאין טעם להקפיד עם מגיש תובענה ייצוגית יותר מאשר עם מגיש תובענה רגילה, שהרי מגיש תובענה רגילה לא תימחק תובענתו, אלא אם נמצא שכתב התביעה אינו מגלה עילה (תקנה 100 לתסד"א).

בית המשפט העליון בעניין **טצת II** לא קיבל את הטענה שעצם התמוטטותה של חברה בעירובן מוגבל סמוך לאחר פרסום תשקיף אופטימי מעידה על תרמית, בכך קבע כי נטל הראיה בדבר הסבירות של התביעה לא די לו בראיה נסיבתית כזו, אפילו הוסכם שהפרסום אכן היה מטעה, באין ראיה לקשר בין ההתמוטטות לפרסום המטעה.

חוק החברות החדש מסתפק בכך שבית המשפט ישתכנע "**שנתקיימו יסודות העילה**". ואילו פרופ' גולדשטיין במאמרו²⁷ תומך בדעה שיש ליתן סמכות לבית המשפט לשקול את סבירות התובענה בכל החוקים המאפשרים תובענה ייצוגית. תומכת בדעה זו גם השופטת שטרסברג-כהן²⁸.

(ד) **דרישה לאחידות הסעדים** - השימוש בתקנה 29 לתסד"א. בשורת פסקי דין שניתנו בירושלים, בתל-אביב ובבאר-שבע (אוזכרו במרוכז בפסק דין דורון נ' סקום²⁹) הוכרע שיכול בית המשפט לתת לתובעים שונים אשר יש להם אינטרס משותף בעילה משותפת - סעד הצהרתי בעילה המשותפת גם אם לכל אחד מהם יש תביעה כספית שונה - כל עוד בית המשפט אינו נדרש לפסוק את הסעד השונה; ואין מניעה שבית המשפט ידון בפן ההצהרתי באופן מקובץ על ידי תובענה ייצוגית, ובלבד שנתקיימו התנאים האחרים המכשירים את התביעה להיות ייצוגית ואת התובע לייצג:

- תביעה שהוגשה בשל עילה שקיימת גם לנציג עצמו³⁰;

- שהתביעה הוגשה בתום לב;

- שמאחריה ציבור גדול³¹;

- ושהתובענה הייצוגית היא הדרך הצודקת וההולמת לניהולה.

פסקי דין אלה נתקלו בהלכה שניתנה לפני שנים מפי הנשיא זוסמן בעניין **פרנקישה**³², שלפיה אין תובע ייצוגי על פי תקנה 29 יכול להביא בפני בית המשפט תביעות שבהן **הסעדים** הנתבעים הם שונים (ארבעים ושלושה סוחרי פרוות התקשרו שם בעסקאות דומות ולא קיבלו את הסחורה, ולכל אחד מהם היה מגיע, כמובן, סכום אחר). כאמור, עקפו בתי המשפט המחוזיים הלכה זו באומרם שניתן להפריד בין החלק ההצהרתי לסעד, ואמנם, לעתים קרובות כשנפסק הדין בעניין ההצהרתי, העקרונות, הגיעו הצדדים להסדר או שהסכימו על פירעון המגיע, ללא צורך בהתדיינות נוספת. גם במקרה שהיה צורך לברר את גובה התביעה לאחר שניתן פסק הדין ההצהרתי, לא היה בזה שוני מתיקי נזיקין שדנים בנוק

27 ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית - מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416.

28 עניין **טצת II**, לעיל הערה 19.

29 ת"א (ת"א) 1682/95 דורון נ' סקום (ישראל) בע"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת).

30 ה"פ (ת"א) 1712/97 קיבוץ גבעת ברנר נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם), תקדין מחוזי 99(4) 15,763.

31 רע"א 696/92 עטייה נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם), תקדין עליון 92(2) 418.

32 ע"א 79/69 פרנקישה פלן אינדוסטרי מרקלה נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (להלן: עניין פרנקישה); עניין גביריל, לעיל הערה 26.

הנובע מתאונת דרכים, אשר בהם החוק קבע את החובה ואת האחריות, ולבית המשפט נותר להכריע רק בעניין הנזק.

גם בית המשפט העליון פסק שניתן להפריד שלב משותף (כאשר המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות), ולברר את סוגיית הנזק בשלב האינדיבידואלי.

בבית המשפט המחוזי בחיפה התבררה תביעה שהוגשה לייצג את בעלי מאה שישים ושלושה מגרשים שטענו כי מינהל מקרקעי ישראל התכחש להתחייבותו שלא לתבוע מהם תוספת בגין מע"מ; המינהל הודיע כי פסקה האומרת כך בחוזה החתום – השתרבבה לשם בטעות של המחשב – וגבה סכומים שונים (!) מכל אחד מהם.

המינהל טען שאינו "עוסק" ואין להקים נגדו תובענה ייצוגית צרכנית וטעון זה התקבל על ידי השופט גרשון – אבל השופט אישר הגשת התובענה כיייצוגית מכוח תקנה 29 בקובעו כי "מדובר בעילת תביעה וזה לכל רוכשי המגרשים ולגבי כולם מתעוררות אותן שאלות עובדתיות ומשפטיות"³³ ועל כן ניתן לפסוק בהן פסק הצהרתי אחיד. אשר לטענת השוני בסעד, קבע השופט "חזקה על המינהל כי יודה ויאשר את סכומי המע"מ שבמחלוקת ששולמו על ידי כל אחד מן הרוכשים"³⁴.

אותו שופט, בעניין אחר³⁵ סירב לאשר הגשת תובענה ייצוגית שהייתה ליתן פסק דין הצהרתי על זכותם של משלמי ריבית מופקעת להחזור. הנימוק היה שכאשר עומדת לרשות תובע אפשרות סדירה לזכות במגיע לו בתביעה רגילה – אין לתת לו פסק דין הצהרתי, והדרך במקרה זה היא לתבוע תביעה כספית, שממילא יהיה על התובע להגישה. כן שימש כאן גם הסייג שבאין לתבוע תביעה אישית – לא יוכל לתבוע תביעה ייצוגית בשם הזולת. השימוש בתקנה 29 נוצל כאמור על ידי בתי המשפט להרחבת גבולה של התובענה הייצוגית, בהנחה שאינה אלא כלי שניתן למלאו בתוכן חדש ושניתן להפריד בין הסעד לבין הפסיקה ההצהרתית בנושא המשותף לכל התובעים.

בעלי טרקטורונים תבעו את פול חברות הביטוח³⁶ (המאגר) על גביית תוספת לתעריף הביטוח שנקבע לפי חוק ההגבלים העסקיים (סעיף 46א) בגין ביטוח טרקטורונים, והוכיחו שאכן המפקח על ההגבלים העסקיים התרה במאגר לכל יגבו כפי שנהגו; (הם זכו רק בחלק מתביעתם, מאחר שחלק מתביעותיהם חרג מתאריך תחילת תוקף החוק המגביל (מ-1996), ואותו חלק התיישן).

הבעיה שנתקלו בה המצדדים בשימוש בתקנה 29 הייתה שהתקנה היא לקונית ובקיצורה אינה מתייחסת לכל אותם סייגים ודרישות סף שהמחוקק ראה לנכון להצמיד לזכות לתבוע בתביעה ייצוגית, אך בכל בתי המשפט המחוזיים (ירושלים, תל-אביב, חיפה, באר-שבע ונצרת) קבעו שניתן לפעול על פי תקנה 29 בתוספת אותן דרישות, כלפי המגיש, שקבע החוק המהותי לגבי תובענות ייצוגיות.

33 ת"א (חי') 11097/95 דדון נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם), תקדין מחוזי 99(2) 315.

34 שם, שם.

35 עניין סלמה, לעיל הערה 16.

36 ת"א (ת"א) 1146/99 אוטו-קט (1992) בע"מ נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב (טרם פורסם), דינים

מחוזי לב(6) 845.

מאחר שמקורה של תקנה 29 הוא בימי המנדט הבריטי - מעניין לעקוב אחר התפתחות הדין באנגליה ובארצות ה-Commonwealth שקיבלו ממנה את אותו גיטור. ובכן מתברר שמאו ניתן אצלנו פסק הדין בעניין פרנקישה נשתנתה הגישה לתקנה זו, הן באנגליה הן בארצות ה-Commonwealth. מלכתחילה הייתה הגישה ליברלית וביטא אותה Lord MacNaughten בפסק הדין בעניין *Bedford v. Ellis*³⁷ ולפיה מקורה של התקנה בתקנות בית המשפט של ה-Chancery, שם נקבעה כתקנה של נוחות, לא של עיקרון; בעזרתה נתאפשר לבתי משפט אלה לשמוע דיונים ללא נוכחות מכבידה של צדדים רבים. לכתחילה קבעו בתי המשפט האנגליים פרשנות צרה למונח "אינטרס משותף" ופרשו אותו כ"אינטרס רכושי משותף"³⁸ אלא שבעניין *Duke of Bedford* דחה בית הלורדים פרשנות צרה זו, ומאו ואילך נקטו בתי המשפט האנגליים פרשנות ליברלית בנדון - פרט לפסק דין אחד, בעניין *Markt*³⁹, שאמנם הייתה לו השפעה מצמצמת על הפרשנות לתקופת מה (ולא ייפלא כי השפיע גם על הפסיקה בעניין פרנקישה). פסק דין יסודי בעניין זה נתן בית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין *Carnie*⁴⁰ ובו פסקו שופטי הרוב (השופטים Toohey ו-Gaudron) בהסתמכם בין היתר על פסק דין קנדי⁴¹, שבו קבע בית המשפט לערעורים דשם שדי בעילה משותפת לצורך פסק הצהרתי, ואת הנוזקים השונים ניתן לחשב מתמטית. השופטים האוסטרלים מציינים שבאנגליה הגיע העניין לבירור מחדש בשנת 1991 ב-Queen's Bench⁴² והלכת *Markt* נדחתה לאור השינוי בגישת בתי המשפט, שחזרו ואימצו את ההלכה המרחיבה של הלורד מקנטון בעניין *Duke of Bedford*.

אנן סהדי (עינינו הרואות), שמגמת ההרחבה, וההימנעות מצמצום הפסיקה הייצוגית קנו להם תומכים בארצות המקור. כאן עלינו להזכיר כי לשונה הלקונית של תקנה 29 (המנדטורית) לקוחה היישר מן התקנות האנגליות וקיימת זהות בין לשונה ללשון ה-Rules באנגליה, בקנדה, בניו-זילנד ובאוסטרליה, וכי יש חשיבות לצורך מתחם גמישותה הן במה שנאמר בה והן במה שלא נאמר. עיקרה של תקנה 29 - "היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול - יכולים מקצתם... ברשות בית המשפט או הרשם - לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים".

ואילו הנוסח האנגלי (מאוסטרליה):

"Where numerous persons have the same interests in any proceedings, the proceedings may be commenced, and unless the court otherwise orders, continued by or against any one or more of them as representing"⁴³.

Bedford v. Ellis, 24 [1901] A.C. 1 37 (להלן: עניין *Duke of Bedford*).

Temperton v. Russel, 25 [1893] Q.B. 435 38

Markt and Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd., [1910] 2 K.B.1021 39 (להלן: עניין *Markt*).

Carnie v. Esanda Finance Corporation Ltd., F.C.95/004 Practice (1995) 182 C.L.R. 398 (1995)127 40

A.L.R. 76 (1995) 69 A.L.J.R. 206 (להלן: עניין *Carnie*).

Swift Canadian Co. v. Alberta Pork Producers' Marketing Board, (1984) 9 D.L.R. (4th) 71 41

Irish Shipping Ltd. v. Commercial Union, [1991] 2 Q.B. 206 42

Supreme Court Rules 1970 (NSW) Pt. 8 r. 13(1); English Rules of the Supreme Court 0.15 r.12(1) 43

בית המשפט האוסטרלי פסק כאמור שדי באינטרס משותף בעילה משותפת כדי להרשות הופעת תובע כמייצג אחרים, ואין בעובדה שהעניין הכספי של כל אחד מהאחרים שונה, משום מניעה לכך.

נימוקים שונים ניתנו על ידי בתי המשפט בישראל בזכות ההרחבה בשימוש תקנה 29 - וביניהם הצורך ליעל את הטיפול בתיקים רבים ומניעת פסיקה סותרת. נטען שההליך של **איחוד תיקים** הוא בעל ותק רב ומעוגן בסמכויות הנשיא (וסגניו) לפי סעיף 38 לחוק בתי המשפט⁴⁴. בהתבסס על תקנה 520 לתסד"א; בתי המשפט נוהגים לאחד תיקים כל אימת שיש סיכון שבתביעות שונות שמוגשות באותו נושא תינתן פסיקה מנוגדת. כמו כן, משפיעים על בתי המשפט בבואם להחליט על איחוד תיקים שיקולים מנהליים, כמו מניעת כפל התדיינות ועומס על בתי המשפט. המקלים במתן זכות תביעה ייצוגית מצביעים על אפשרות האיחוד ושואלים את המתנגדים "מה מכם יהלוך", הרי אם תוגשנה תובענות רבות באותו נושא - יוכל לכאורה בית המשפט תמיד לאחדן.

אלא השימוש בתובענה ייצוגית שונה, מפני שהוא מחייב ומזכה צדדים שעשויים אפילו שלא לדעת עליו.

אולם, שיקול מעניין שהועלה הוא **מניעת התיישנות** של תביעות אשר בית המשפט מכיר **עקרונית** בצדקתן, אבל הזכאים לסעד, בין מחמת זוטות ובין מחמת אידיעה, לא טרחו לתבען⁴⁵.

שמע מיניה: ההכרה כי תקנה 29 מתסד"א זכתה לעדנה, וכי ניתן להשתמש בה למתן סעד הצהרתי כולל, בנפרד מן הסעד הכספי - קונה לה שביטה במערכת.

ניתן לומר שגישתו של בית המשפט העליון זהירה ומהוססת יותר מגישות בתי המשפט המחוזיים ונראית כמעדיפה את היציבות במשק, ולכן לא קובעת מסמרות בפרשנות הכוללת של השאלות הנזכרות כאן. לעובדה זו שם לב פרופ' גולדשטיין במאמרו⁴⁶ והוא יוצא נגד גישה זו, ומטיף לפסיקה שתעודד יותר את השימוש בתובענה הייצוגית.

במישור העקרוני מאמץ בית המשפט את גישת **עידוד האכיפה הפרטית** ורואה בה ברכה ואפשרות השפעה במקום שאמצעי המסד קצרה ידם - אבל החששות, שבארצות-הברית כבר לבשו צורת "חוק הרפורמה" המקפיד יותר באישור התובע הייצוגי, אינם מניחים להתיר את הרצועה ומחייבים זהירות יתר.

יש לציין, שהשימוש בתקנה 29 מתסד"א הגיע לדיון בבית המשפט העליון בעניין **מוזס נ' מוסף המכרו של המדינה**⁴⁷, ולאחרונה בעניין **אוד**⁴⁸ - אולם לא הוכרע; הבקשה שם נדחתה

44 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

45 ת"א (ת"א) 600/96 ינובר נ' **משרד המשפטים** (טרם פורסם), דינים מחוזי לב(5) 758, ערעור לבית המשפט העליון ע"א 2037/00 - טרם נשמע; ת"א (ת"א) 645/97 גייר נ' **משרד התחבורה** (טרם פורסם).

46 גולדשטיין, **לעיל** הערה 27.

47 רע"א 5615/98 מוזס נ' **מוסף המכרו של המדינה בע"מ** (טרם פורסם), תקדין עליון 98(4) 42.

48 רע"א 2837/98 אוד נ' **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נד(1) 600 (להלן: עניין אוד).

כיוון שלא נתמלאו בה נתוני הסף להגשת תובענה ייצוגית, והשאלה העקרונית נשארה פתוחה. בעניין ארד פסקה השופטת שטרסברג-כהן ודחתה לגופן טענות בדבר עוולות לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט ולפי דיני הנזיקין, ועל כן לא ראתה צורך לדון בשאלת האפשרות לתבוע סעד כספי בעקבות תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29. הנשיא ברק והשופט אנגלרד הסכימו שלא להידרש לעניין זה.

בית המשפט המחוזי בעניין ארד פסק שחוק הגנת הצרכן אינו חל אלא על פעולות טרום חוזיות, היינו פעולות שקודמות להתקשרות החוזית, כמו הטעיה; ועוד פסק שמאחר שהתביעה הייתה לפיצוי כספי (סעד שונה ונפרד לכל תובע) ולא עתרה לסעד הצהרתי משותף - לא ייקק לה בית המשפט. בית המשפט העליון כינה שאלות סף אלו שאלות כלליות כבדות משקל הראויות אמנם לדיון ולבדיקה, אך חזר ודחה את ההכרעה בהן להתדמנות אחרת. כאמור מצא בית המשפט לנכון לבדוק את שאלת התקיימותן של עילות התביעה לגופן ודחה את התובענה לגופה משמצא שאלו אינן קיימות בידי התובעים (כך מצא וקבע שאי־פרסום אגרה ברשומות באותו מקרה אינו מהותי, באשר הפרסום לא נועד לאפשר לאזרח פעילות לשינוי מה שפורסם). הנשיא הסתייג הסתייגות מה, והסתפק בציון העובדה שהתובעות לא ביססו תשתית עובדתית ומשפטית מספקת להתקיימות עילות בניזיקין ובעשיית עושר ולא במשפט.

מכל מקום, מבלי להכריע בשאלת היקף פרישתה של תקנה 29 - לא נשללה האפשרות, שכאמור אומצה בבתי המשפט המחוזיים, שהתקנה מאפשרת פירוש מרחיב (ראו גם להלן, בסעיף 4(ט)).

עם זאת, הימנעותו של בית המשפט העליון בנושא זה מותירה את הציבור ואת הקהילה המשפטית בדילמה.

(ה) סוג אחר של עניינים שנטען בפני בית המשפט לעניין השימוש בתקנה 29 הוא האפשרות לדון במסגרת תביעות הייצוגיות בעניינים בעלי חשיבות ציבורית כללית. בארצות־הברית, ארץ המקור של התובענה הייצוגית, משמשת התובענה הייצוגית כלי חברתי בעל חשיבות ראשונה; תביעות נגד בתי חולים על שאינם מתאימים לתפקידם, נגד בתי כלא, או בשל הפליה גזעית (משפטי ה־sit in) התבררו במסגרת זו.

האם גם בישראל הדבר אפשרי? הדוגלים בגישה המצמצמת את תקנה 29 דבקים בנושאי החוקים שבהם הותקנה תובענה ייצוגית, ואינם מאפשרים להתדיין בסוגיות כלליות מעין אלה, בטענה שעניין הייצוג לא הוסדר בדיון ושהסעד שמבקש כל אחד מהתובעים הוא שונה. לעומתם, מי שקיבל עליו את האפשרות לדון על פי תקנה 29 - רואה בעין יפה את האפשרות לדון בעניינים רחבים יותר. אבל למרבה הפלא עד היום כלל לא הגיעו תביעות מעין אלה, אלא רק תביעות ממוניות של בעלי עניין כספי משותף שביקשו להביא את תביעותיהם במסגרת תובענה ייצוגית, או תביעות של מי ש"הריחו" סיכוי להשיב "רווחים בלתי חוקיים" מגזליהם - אף זה עניין ממוני מובהק.

(ו) לפי כל דין. שאלה נוספת שהועלתה כמכשול סף היא השאלה אם ניתן להגיש תובענה ייצוגית בגין כל עילה לפי כל דין (אם רק היא נספחת לעילה לפי אותו דין שהוקם בו מנגנון התובענה הייצוגית), או בעילה לפי אותו דין שהותר בלבד. גם בעניין זה היו פסיקות

שונוות⁴⁹. ההכרעה נפלה בחוק החברות החדש, אשר שינה כאמור את הוראות חוק ניירות ערך. בטרם שונתה הוראתו, התיר החוק "לכל מחזיק בנייר ערך לתבוע בשם קבוצת מחזיקים בניירות ערך, בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו" (סעיף 54א), אולם מיקומו של הסעיף העלה את הדעה שניתן לעשות שימוש בסעיף זה רק לגבי חברה ציבורית, שהרי רק לכוון יש ניירות ערך. חוק החברות החדש (סעיף 210) מאפשר לכל בעל "זיקה" לבנייר ערך של חברה כלשהי, לאו דווקא חברה ציבורית, להגיש תובענה ייצוגית (מן הסתם – נגד אותה חברה, ותו לא), ומאפשר לו להגישה גם אם יש לו עילת תביעה על פי כל דין, ולא דווקא עילה לפי חוק ניירות ערך.

יש לציין שהתיקון המקורי לחוק ניירות ערך נחקק בראשית דרכה של התובענה הייצוגית (1988), ונראה כי למנסחיו לא נראתה בעיה לאפשר תביעה על פי כל דין; ב-1994, בתיקון חוק הגנת הצרכן באה הנסיגה ("עילה לפי חוק זה") ובחוק החברות החדש חזר המחוקק והרחיב את הגבול, למעשה בעקבות פסיקתו של בית המשפט בעניין **טצת**⁵⁰.

4. תביעות לפי חוק הגנת הצרכן

שורה של פסקי דין עוסקת בתובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן, שכן בית המשפט באמצעות חוק זה נגיש ללא כל חיוב בהוצאה כספית לאגרה (סעיף 135). כמו כן קלה יותר דרכו של התובע הצרכני – באשר לכאורה אין תביעתו מועמדת במבחן של הסיכוי להצליח – ועל כן גדול יותר הפיתוי לאחוזו בנשק זה של התובענה הייצוגית הצרכנית. עם זאת, יש לזכור כי בבוא בית המשפט לשקול את מתן הרשות, הוא צריך לוודא שהתביעה הוגשה בשם מספר צרכנים מספיק, שהוגשה בתום לב ושהתובע מייצג את הצרכנים ייצוג הולם, וכן לקבוע שהגשת תביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההולמת לניהול התובענה. ה"סכנה" הנשקפת מחוק זה לספק גדלה ככל שגדול מספר הצרכנים של המוצר שהוא מספק, ועל כן יש לו סיבה להילחם בתובענה עד חורמה. לצרכנים מאידך, די לפעמים באיום של התובענה הייצוגית כדי להעמיד את הספק על משמר זכויותיהם.

אף כאן הועמדו משוכות של טיעונים בדרכו של התובע:

- הוא אינו **צרכן** כמשמעו בחוק;

- תביעתו חורגת מן החוק;

- **הקבוצה** אינה מוגדרת, או שאינה בת הגדרה;

- אין אמצעי אכיפה על פי חוק הגנת הצרכן;

- התביעה אינה **סבירה**.

(א) **מיהו הצרכן**. המשוכה הראשונה כאן הייתה בשאלה מיהו "צרכן". בית המשפט בתל-אביב פסק⁵¹ שמי שדורש מילוי הבטחה למתנה (מתנה שיוקית שהוצעה לו) – אינו בגדר צרכן.

49 עניין **טיבון ויל, לעיל** הערה 18, ולעומתו ת"א (ת"א) 1365/95 לוי ג' לה נסיונל חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם), דינים מחוזי לב(1) 489.

50 עניין **טצת, לעיל** הערה 14.

51 ת"א (ת"א) 1784/99 **לברן נ' קלאב דלתא, מועדון טיים שייפינג בע"מ** (טרם פורסם).

פן אחר של אותה טענה עלה מפני הנתבע כשנטען שהנתבע אינו "עוסק", במובן שנקבע בחוק הגנת הצרכן. אלו ששילמו מע"מ על עסקאותיהם עם מנהל מקרקעי ישראל בהיותם קונים פרטיים (להבדיל מקבלנים) הגישו תובענה ייצוגית וטענו שהמינהל לא היה חייב כלל במע"מ ולא היה זכאי לתבוע חיוב זה מהם, ושהכרותו כ"עוסק" החייב במע"מ נעשתה "שלא כדין", באשר לפי טיב עיסוקו מטרתו היא אידאולוגית, וחלק ניכר מעסקאותיו הן עסקאות הפסד. בית המשפט דחה את התביעה להחזר המע"מ ואת הטענה שהמע"מ אינו אלא מס חדש מוטווה (שלא עבר תהליכי אישור כחוק), מאחר שהמינהל עצמו, כשהוכרו עוסק, הסכים עם העובדה שהוא עושה עסקאות טעונית מס, ולא דרש לפטרו כ"מוסד ללא כוונת רווח". נקבע שאין זה עניינם של המשלמים את המע"מ אם הרווח מהעסקאות מועבר ברובו לאוצר, ואין זה הופך את המע"מ למס, שחובה להעבירו פרוצדורת אישור מיוחדת.⁵²

(ב) **לפי חוק זה**. קושי נוסף בתביעה על פי חוק הגנת הצרכן הוא שהחוק מגביל את התובע בכך שצריך שתהיה בידו תביעה שעילתה "לפי חוק זה". מעיון בחוק מתברר שאין הוראותיו החמורות חלות אלא על התנהגות שהיא טרום-חוזית, כלומר הטעיה, אי-סימון נאות, ואי-גילוי - **שקדמים** לעריכת החוזה; **בתוצאת** הפרת החוזה אין החוק דן כלל, והשאלה שהועלתה הייתה איך יזכה הצרכן בסעדים המובטחים לו בחוקי החוזים⁵³ כגון אכיפה או פיצוי, כשכל מה שחוק הגנת הצרכן מועיד לו הוא ביטול ההסכם.

כאמור, מכשול הסף של סייגי תחולת החוק נובע מהוראותיו של החוק גופו, אשר מתייחס לתחום הטרם-חוזי בלבד⁵⁴. כאשר עילת התביעה הייתה אי-קיום החוזה, כגון אספקת מוצר פגום, להבדיל מתיאור לא נכון של המוצר, סירב בית המשפט להרשות הגשתה כתובענה ייצוגית. אולם משהוגשה מאוחר יותר שאלה דומה בפני בית המשפט העליון (בעניין ארד) השאיר בית המשפט את השאלה של פרשנות סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן בצריך עיון, ונמנע מלפסוק גם בשאלה של היחס בין הטעיה לפי חוק זה להטעיה לפי חוק החוזים.

קבוצת צרכנים תבעה את מנהל מקרקעי ישראל⁵⁵ על הטעיה בהצגת כדאיותו של מבצע "היוון החכירה" שעליו הכריז המנהל: מצד אחד דרש המינהל מחיר מופקע עבור היוון החכירה באשראי (לעומת היוון במזומן), ומצד שני לא גילה את שיעור הריבית הנכון בעסקת ההלוואה, בית המשפט המחוזי סבר שלא הייתה עילה לפי חוק הגנת הצרכן - כי המידע שנמסר, כשלעצמו, לא היה בגדר הטעיה, ואילו התקנות שהותקנו על פי החוק לא התייחסו לעסקאות במקרקעין. בית המשפט העליון סבר שהייתה גם הייתה הטעיה וכי המינהל הפר גם הפך את התקנות, אשר חלות על כל עסקת אשראי, אם היא כוללת שירות פיננסי נלווה (עסקת הלוואה).

52 ת"א (ת"א) 2635/98 סוגנדריך נ' מ"י (טרם פורסם).

53 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

54 מ' בר-ניב (ברונובסקי) גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" **עיוני משפט** יט (תשנ"ד) 251.

55 רע"א 8733/96 לנגברט נ' מנהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם), דינים עליון נז 309.

אגב כך קבעה השופטת דורנר כי חוק הגנת הצרכן נועד להתערבות בחוויים שבין צדדים **לא שווים**, היינו בין ספק חוק לצרכן, ומטיל על הספק חובת **הוגנות מוגברת**; בעוד שחוק החוויים האחידים⁵⁶ עשוי לחול גם על צדדים שווים. חוק הגנת הצרכן עוסק ביחסי מוכר מקצועי לרוכש נכס או למקבל שירות; חובת ההוגנות עוד מתגברת במקרה כגון זה, כשהספק הוא רשות ציבורית שחייבת מצידה בחובת תום לב מוגברת.

לעומת זאת, בעניין **ארד**⁵⁷ נדונה שאלת ריבית פיגורים שהטילה בוק בחשבונותיה – ושם נפסק שהפרסום שעשתה בוק לא היה מטעה.

(ג) **גודל הקבוצה**. נבחנה גם השאלה אם מספר לא גדול, אך גם לא ידוע, של תובעים פוטנציאליים, די בו כדי למלא את הדרישה לקבוצה שגודלה מצדיק הגשת תובענה ייצוגית; בתחילה אמר בית המשפט שאין להתיר תובענה ייצוגית כאשר מספר המעוניינים הוא מוגדר ומסוים, והתובע יכול לנסות לאתרם ולצרפם, אך מאוחר יותר⁵⁸ נפסק שכאשר מספר התובעים הפוטנציאליים גדול עד כי אין היגיון בצרופם – תותר תובענה כזו. דא עקא, במקרה האחרון לא טרח התובע לפרט מספר זה ונדחתה. בסופו של דבר נפסק שדי בכך שמספר התובעים בכוח גדול, אף אם אינו ידוע⁵⁹.

בארצות-הברית התבררה תביעה ייצוגית שהוגשה בשם כל מי שנחשפו וכל מי שנפגעו וחלו מאסבסט בעניין *Amchem*⁶⁰. בערעור בוטלה החלטה להכיר בה כתביעה ייצוגית בנימוק שהקבוצה הייתה כוללת מדי, ושהתובעים שהיו נפגעים לא ייצגו כהלכה את מי שרק נחשפו ועלולים לחלות. הקבוצה שהוצעה כללה נפגעי אסבסט יחד עם מי שרק נחשפו לו ועלולים לחלות בעתיד, ובכך נפגעו הן עקרון האחידות של עילות התביעה והן עקרון הייצוג ההולם. החלטה דומה ניתנה בעניין *Ortiz v. Fireboard Corp*⁶¹.

(ד) **אמצעי האכיפה**. בפסק הדין **המועצה לצרכנות**⁶² השיב בית המשפט לשאלה בדבר אמצעי האכיפה בתביעה לפי חוק הגנת הצרכן, שכאמור אינו מכיל תרופה של אכיפה. נפסק שבמידה שהמעשה שעליו מלינים מקים עוולה – כי אז יחולו כל התרופות שניתן להגישן לניזוק מעוולה.

(ה) **סבירות**. למרות שחוק הגנת הצרכן, אינו מורה שעל בית המשפט לבחון סבירות סיכויי התביעה, מצא בית המשפט באותו פסק דין בעניין **המועצה לצרכנות** הנוכח, שאינו פטור בעניין זה מכול וכול; אין להטיל על הספק את אימתה של תביעת ענק ללא בסיס נראה לעין, באשר הסיכון לנוק שהוא עומד בפניו כשמגישים נגדו תביעת ענק – לעתים

56 חוק החוויים האחידים, תשמ"ג-1982.

57 עניין **ארד**, לעיל הערה 49.

58 שם; בש"א 2604/99 גדי נ' המכללה למנהל שלוחת באר-שבע (טרם פורסם), דינים מחוזי לב(5) 23; וכן בת"א (ת"א) 2533/99 עמותת קו חם לצרכן נ' TWA (טרם פורסם).

59 ת"א (י"ם) 1503/99 אלישע נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2000(1) 943, בהסתמך על עניין טצת ועניין מגן וקשת.

60 (להלן: עניין *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 117 S.Ct 2231 (1997)).

61 *Ortiz v. Fireboard Corp.* 119 S. Ct. 2295 (1999) (להלן: עניין *Ortiz*).

62 ת"א (ת"א) 2204/98 המועצה הישראלית לצרכנות נ' התברה המרכזית ליצור משקאות בע"מ (טרם פורסם), דינים מחוזי לב(6) 834 (להלן: עניין **המועצה לצרכנות**).

אינו ניתן לתיקון כלל. נמצא שבטרם יאשר תובענה כייצוגית על בית המשפט **להשתכנע בקיום יסודות העילה** המשמשת בסיס לתובענה.

5. סיכום עמדות הפסיקה

מה העלינו, אפוא, בסקירתנו?

בבסיסה, פסיקת בתי המשפט נוחה לתובעים:

- בעניין **האגרה**, נדחתה הדרישה לחייב את התובע בתשלום אגרה מלאה מראש, ואף לאחר אישור הבקשה אין לחייבו אלא באגרה על תביעתו האישית;

- בעניין **"המשקיע המקצועי"** נפסק שהסכנה בישראל אינה ניכרת, וכי אין להכביד ולהרתיע תובעים;

- בעניין **חיוב ב"סעד אחיד"** – הלכה המקובלת בבתי המשפט המחוזיים מכירה באפשרות לקבל פסק הצהרתי, כולל צווי מגיעה, צווי השבה ופירוק שיתוף במקרקעין בתביעה ייצוגית, גם כאשר הסעד הכספי שונה מתובע לתובע. הוכר גם הצורך למנוע **התיישנות** על ידי הדיון בעילה המשותפת;

- נדחתה הבקשה לדון בסילוק פורמלי על הסף טרם הדיון באישור התובענה כייצוגית;
- לגבי הדרישה להוכחת **סבירות התובענה** טרם האישור – חוק התברות החדש מסתפק בהוכחת "יסודות העילה". הדרישה להוכחה לכאורה של הטענות שווגה בכך שנטל הראיה לא יהיה "מכביד ומרתיע". פס"ד מחמיר ניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון המחייב "כניסה לעובי הקורה"⁶³.

- לגבי אפשרות **אכיפה** בתובענות לפי חוק הגנת הצרכן נקבעה אפשרות שימוש בתרופות הנתונות לעוולות אחרות. אולם לא יינתנו פיצויים אלא למי שסבל נזק ממשי⁶⁴;

- ניתנה אפשרות לצרף **עילות לפי דינים אחרים**;

- לגבי היקף **הקבוצה** התובעת – ניתנה אפשרות לתבוע בשם קבוצה של תובעים בלתי ידועים ובלבד שיהיו ניתנים להגדרה.

עם זאת בדיקת הפסיקה מראה שבפועל מרבית התביעות הייצוגיות שהגיעו לביורר משפטי נדחו, והנימוקים לדחייתן היו מגוונים:

- חוסר קשר בין ההטעיה לנזק;

- התובע לא סבל נזק אישי ואין לו זכות לייצג אחרים;

- חוק התברות החדש אין לו תחולה רטרואקטיבית;

- תקנה 29 לתסד"א אינה ישימה כשהסעד הנדרש או המעשי הוא סעד כספי מובהק;

- תקנה 29 אינה ישימה אם חוקק חוק ספציפי שמסדיר הגשת תובענה ייצוגית;

- קבוצה אינה בת-הגדרה אם אין דרך מעשית לגיבושה;

63 ע"א 6343/95 **אבנר נפט וגז בע"מ נ' אבן**, פ"ד כג(1) 115.

64 ע"א 1977/97 **ברזני נ' בוק בינלאומי** (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת).

- בענייני מיסוי והחזרי היטלים - התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה והצודקת, מאחר שיידרש בירור אישי נפרד לכל תובע ותובע⁶⁵.

אנן סהדי, שלמרות הגישה העקרונית המעודדת, נדרשת על ידי בתי המשפט רמה גבוהה של מיומנות ומקצוענות בהפעלת המכשיר רב הפיפות הזה, ועל כן יש רק לקוות שציבור המתדיינים יתאזר ויעמיק בהעלאת סוגיות ראויות לדיון ולפסיקה, הן בתחום הכספי והן בתחום הציבורי.

יש לשים לב לכך שעצם העובדה שתיקים אינם מגיעים להכרעה משפטית - אינו מאיין את ערכה של התובענה הייצוגית כמכשיר הגורם לצדדים להישמר בצעדיהם, וכי עצם הגשת הבקשה לאישור, או אפילו עצם קיום האפשרות של הגשתה, מהווים גורם מרסן ממצלה ראשונה ביחסים שבין חלשים לחזקים יותר (ולרוב חזקים הרבה יותר). כמו כן, הפן המשתלם בהסדרי פשרה, כפי שנראה בפסקה הבאה, אינו קל ערך כלל. כמו כן יש חשיבות גדולה, לנתבעים דווקא, לקבלת אישור בית המשפט לחסימת תביעות עתידיות כלפי מי שנתבע והתפשר באישור בית המשפט. בארצות-הברית פותח ענף של תובענות המגיעות לבית המשפט בהסכמה וללא התדיינות בבקשת אישור להסדר שהגיעו אליו הצדדים (Settlement-Only Class Action). בפסיקה שם נקבעו כללים מחמירים במיוחד למניעת קבוצה נגד תובעים-בכוח. בעניין *Ortiz* הוגשה בפרוצדורה זו הצעת הסדר לפיה תוקם על ידי הנתבעת, יצרנית אסבסט, ושתי חברות ביטוח שביטחו אותה - קרן לפיצוי כל נפגעי האסבסט שהחברה ייצרה. בית המשפט שם סירב לאשר את הפשרה בין היתר בנימוק שהקרן אינה מכסה את ההתחייבויות ואין ראייה בדוקה לכך שהקרן ממצה את יכולת הפירעון של הנתבעים. הדרישה לראיות חזקות הודגשה.

הסדרי הפשרה בתביעות הנושים של **הסנה תברה לביטוח** וההסדר המוצע בתביעות של מעשנים, ושל קופות החולים שטיפלו בהם, נגד **דובק** מהווים דוגמא לטיפול ישראלי בנושא זה.

6. סיומה של התובענה הייצוגית:

כמו יצור חי, יש לתובענה הייצוגית לידה, חיים וסוף, אך בשונה ממנו היא זקוקה לרשות להיוולד ולרשות לגווע בפשרה. רבות מן השאלות הטעונות הכרעה בשלב הסיום שורשן נעוץ בגישת היסוד: מה תכליתה של התובענה הייצוגית? האם היא מכוונת לעודד **בקרה אודחית** על פעילות שוק חופשית, בקרה שאולי תחליף מנגנוני פיקוח וענישה פלילית - או שמא החובה הראשונית היא לשמור על יציבות המשק, ולמנוע התעשרות שווא של סחטנים, ושל "Ambulance Chasers", הרודפים אחר פגמים פעוטים שיש בהם רווח פוטנציאלי למאתריהם.

נראה שהגישה הראשונה היא המקובלת על בתי המשפט; המעולים הראשיים, שכלפיהם מכוון ההסדר, הם אלה הגורפים רווחים בחוסר תום לב, בין מזוטות ובין מסעות.

65 ת"א (ת"א) 1310/00 גן תוכנות מחשב בע"מ נ' עיריית תל-אביב (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת).

נראה, אפוא, שהדרך הנכונה היא עידוד בקרה אורחית אבל שמירת היד על הברז, שמשמעה פיקוח ובקרה. אלא שהפיקוח והבקרה אינם יכולים להיעשות בכל אתר ובכל עת ועל כן מתמקד בית המשפט בצמתים: **אישור התובע הייצוגי, אישור התובענה והעילה, אישור הפשרה, אישור התגמול ליום ואישור שכר הטרחה לעורך הדין.**

בנוסף לכך, יש לזכור שהתפקיד הקלאסי של בית המשפט הוא להגן על החלש שאינו מיוצג; במקרה דנן - כל אותם תובעים פוטנציאליים שנעשו צד להליך הייצוגי בצורה המיוחדת שהרשה המחוקק, אבל שאין להם זולת בית המשפט מי שישמור על האינטרסים שלהם (התובע הייצוגי והפרקליט הם כאמור הזוכים העיקריים בתביעות הללו ודווקא משום שיעורו הקטן של הנזק לכל תובע פוטנציאלי - אין לצפות להתערבותו). מאידך גיסא, לכשיוזמן, הוא עשוי להתערב בצורה בלתי מחושבת ולחשיל, מתוך אינטרס צר, פשרה שהיא לטובת הרבים. המחוקק, בחוק החברות החדש, אימץ את הגישה המצדדת בהזמנתו ומתן אפשרות להתנגדות⁶⁶.

יש לקחת בחשבון שמרבית התובענות הייצוגיות מסתיימות בפשרה. מחקרים שנעשו בארצות-הברית⁶⁷ הוכיחו כי משתלם לנהל תובענה ייצוגית רק כאשר הנתבע הוא בר יכולת תשלום; על כן בנקים וחברות ענק בעלות נכסים הן מועמדות טבעיות להיתבע. הסיכוי להגשת תובענה גדל כאשר בצד הנתבע מעורבת גם חברת ביטוח (ובמקרים מסוימים היא אף מצורפת כנתבעת לצורך הפשרה) - אבל אלה הם אנשי עסקים מנוסים ועל כן יזהרו מקביעת תקדימים עקרוניים המזיקים לעניינם.

בבוא בית משפט לאשר פשרה קיים מתח בין הגורמים שבצד התובעים, כי נוצר ניגוד אינטרסים בין היוזמים ועורכי דינם לבין הניזוק המיוצג, שכן תגמולם ייגרע מהמגיע לו. בית המשפט הוא נציגו של העשוק הועיר, בייחוד משום שזה לא ביקש מלכתחילה להתדיין, ולאחר האישור לא תהיה לו זכות תביעה אישית; מאידך, העשוק הועיר לא היה זוכה לשום פיצוי אלמלא היום ואלמלא תבונתו ועמלו של עורך הדין המייצג.

שכרם של היוזמים ועורכי הדין נקבע באחוז מסוים מן הסכומים שמתולקים לכלל הנושים. השיעור הזה הוא העומד לביקורת בית המשפט. אין צריך לומר כי הסכמים ביניהם בנושאי שכר - אין להם תוקף מעבר למה שקובע בית המשפט.

שאלה שהתעוררה בדיוני הפשרה היא באיזו מידה ניתן לפרוש את שיקולי האישור בפני הציבור. מחד, אין אפשרות להגיע לפשרה כל עוד לא אושרו עקרונות הערכת הנזק, וכל עוד לא נקבעו הסכומים לכיסוי ההוצאות (שכר מומחים, גמול יזמים ושכר טרחת עורך דין). אך גילויים של אלה בטרם הושלמה הפשרה עשוי לעורר התנגדויות וניסיונות הכשלה, גם למטרת סחיטה.

הפתרון שננקט עד עתה⁶⁸, בטרם היה מעוגן בחוק או בתקנות, הוא **להזמין** את הציבור להגיש התנגדויות (למרות מחאות ה"נציגים" המורשים) **כדי שבית המשפט יבדוק את הטענות**

66 סעיפים 210 ו-213-216 לחוק החברות החדש.

67 NERA - national economic research associates [URL: <http://www.nera.com>] (last visited 67 .on 15.2.2001)

68 עניין סיבון ויל, לציל הערה 18.

ולא ייענה אלא לאלה הנראות לו סבירות וכנות שהוגשו בתום לב. זכות ההתנגדות עוגנה עתה בסעיף 213(ב) לחוק החברות החדש. נקבע שאין לאשר פשרה לגבי זכויותיהם של עשוקים שאינם מיוצגים ישירות מבלי לאפשר להם פתחון פה ובדיקת הפשרה המוצעת. במחקר של NERA נמצא שבשנים 1991-1996 שולמו בארצות הברית כשישה וחצי מיליארד דולר בפשרות ומהן הוקצה שליש לשכרם של עורכי הדין כשסכום הפשרות עמד על 13.7% מסכומי התביעות שהוגשו. בארצות הברית הגיעו סכומי שכר טרחת עורך דין גם ל-45%, אך שיעורים דומים לא נתקבלו בישראל ואפילו לא נדרשו, וגם השיעור המקובל בתביעות נזיקין (20%) לא נפסק⁶⁹.

עורכי הדין והיומנים טוענים שלולא איתרו את התקלה לא היו חברי הקבוצה זוכים ממילא במאומה; שבשכר המותנה בתוצאה הם לוקחים על עצמם סיכון שלא יוכו במאומה, ושאפילו את ההוצאות הניכרות (מומחים וחקירות) אינם יכולים על פי רוב לקבל "הלקוחות"; שהשכר שמשולם להם כולל את **ביצוע הפשרה** שהיא בכל מקרה עניין מסובך שמצריך טיפול מרובה ואישי במספר רב של חברי הקבוצה; ושיש לקחת בחשבון את מעמדם כעורכי דין (כמה היו גובים בשיטת החיוב הרגילה) - ולהכפיל ולשלש סכום משוער זה, מחמת ההימור שב־Contingency (תלות בתוצאה), ובעיקר לאור מידת הידע והרמה המשפטנית שגילו בטיעון ובמשא ומתן. ולבסוף הטיעון האולטימטיבי: ראוי לעודד מי שקיבל על עצמו תפקיד ציבורי של מבקר אזרחי, ולא ראוי להבריח מיוצגים מוכשרים, שנדרשים להשקעה כבדה וייצאו לבסוף במפה נפש, אפילו אם יזכו. לדוגמא, בתביעה שאושרה כהצהרתית בלבד - ממה יחוש שכר הטרחה?

כל אלה טענות מצד הנציגים, והמיוצגים לעומתם טוענים שהנוק הוא שלהם, ושאינן להרשות התעשרות לא פרופורציונליות על חשבונם.

שאלה קשורה היא שכר הטרחה ליום שאיתר נזק בר פיצוי ובית המשפט החליט לאשר כתובענה ייצוגית רק את הפן ההצהרתי העקרוני - מבלי להיכנס להערכת הנוק המצטבר לחברי הקבוצה; מחוץ, עשה התובע את עיקר המלאכה, ומאידך, הוא מזכה את הרבים כשהושמט מתחתיו הבסיס לקביעת שכרו, אשר היווה בוודאי מקור התעניינותו בנושא וטרחתו בו. פרופ' סטיבן גולדשטיין⁷⁰ שהיה המעורר לשימוש בתובענות ייצוגיות ולהרחבת גבולה של תקנה 29, מצביע במאמרו על כך שעל מנת לעודד את הציבור להשתמש בתובענה ייצוגית מן ההכרח להעמיד לרשותו זרזים לוקרטיביים, וגמול נדיב, כיוון שבישראל תודעת השירות הציבורי על ידי הגשת תובענות עקרוניות, אינה מפותחת.

69 לאחרונה פסק בית המשפט העליון לעניין זה ואישר מהסכום שהתקבל בפועל - 9% לעורך דין, ו-8% ליום. ראו, ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ (טרם פורסם), תקדין עליון 2000(2) 242, המאשר את פסק הדין שניתן בעניין זה בבית המשפט המחוזי, בת"א (ת"א) 15/2/97 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת).

70 גולדשטיין, לעיל הערה 27.

לדעת ד"ר מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר במאמרו הנזכר תכלית החקיקה בנושא זה היא לתת תמריץ לבעלי המניות ולדירקטורים המעורים בעסקי החברה לעמוד על זכויותיה של החברה ועל זכויותיהם שלהם. אכיפה זו ניתן לעודד רק אם לא ייגרם לאוכפים הללו חסרון כיס עקב פעולתם ואם יינתן להם עידוד בצורת גמול על מאמציהם".

במספר מקרים נקט בית המשפט בכלל "לפום צערא אנרא": אינו דומה מי שקלט קיומו של חסר מסוים או עמד על גבייה שאינה מאושרת, למי שטרם בהוכחת פעולות בלתי חוקיות של מנהלים או שיעורי ריבית בלתי תקינים.

משום כך קביעת שכר הטרחה אינה יכולה להיות לפי מפתח אחיד, אלא צריכה להיקבע בכל מקרה לפי כמות העבודה שהושקעה. מאידך, שכר על "חלוקת השלל" - היינו קביעת זכותו של כל תובע בנפרד וחלוקה שוויונית בין כל התובעים - דינה כדין פעולת נאמן או כונס נכסים, וחלים עליה הכללים הנוגעים לתגמולם של אלה, והיא מהווה מקור הכנסה נכבד ככל שהתגמול לזוכים גדול יותר.

נראה שניתן לסכם את הגישה באישור הסכמי פשרה כמבקשת אחר יעילות, ותומכת בנטיית השוק שלא להגיע לתקדימים בלתי צפויים. אשר לתגמול היוזמים וקביעת שכר טרחת עורך הדין, השיטה היא לעודדם ולפסוק להם שכר נדיב, על פי מידת טרחתם - אבל תוך שליטה מרבית ופרטנית של בתי המשפט.