

הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

מאת

סטיבן גולדשטיין*

א. הרקע לחקיקת החוק. ב. החוק כמתקן ליקויים בהסדרים הקודמים.
ג. חידושים אחרים בחוק החדש; 1. האינטרס הציבורי – התייחסות כללית לערך הציבורי; 2. הקמת קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות. ד. הרחבת מעורבותם של גורמים ציבוריים בהליכי תובענות ייצוגיות; 1. הזכות ליזום תובענה ייצוגית; 2. הודעות על הגשת תובענות ייצוגיות; 3. השתתפות בהליך קיים; 4. השתתפות בהליכי אישור הסדרי פשרה. ה. שיכלול הטיפול באישור פשרות. ו. תביעות שבהן נגרם נזק ניכר לכל חברי הקבוצה. ז. סיכום.

א. הרקע לחקיקת החוק

חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן – חוק תובענות ייצוגיות או החוק), נולד כדי לקבוע הסדר כללי בדבר תובענות ייצוגיות תחת ההסדרים הספציפיים שהתקבלו בחוקים שונים בין השנים 1989-1998¹. הוא התקבל בכרכתו של היועץ המשפטי לממשלה לאחר שנים רבות שבהן הוא התנגד, על יועציו השונים, לקביעת הסדר כללי בדבר תובענות ייצוגיות.

כבר ב-1999, הבענו יעל עפרון ואני את דעתנו שרצוי לחוקק הסדר כללי משתי סיבות עיקריות:

* פרופסור (בדימוס) בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זאת מבוססת על הרצאה שנשאתי ביום 25.1.07, במסגרת יום עיון מטעם המכון להשתלמות פרקליטים ויועצים משפטיים, משרד המשפטים.
1 לגבי תולדות ההסדרים הספציפיים ראו ס' גולדשטיין, "עפרון" התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (תש"ס) 27; ס' גולדשטיין, "עפרון" מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" משפטים לב (תשס"ב) 461.

1. שיטת ההסדרים הנפרדים גרמה לחוסר אחידות לא הגיונית ולא מוצדקת בין ההסדרים השונים, לנוכח המקריות שבהליכי החקיקה השונים.
2. יתרה מזאת, גבולות ההסדרים הספציפיים של החוקים המיוחדים גרמו למצב שבו היו תביעות שנפלו בין הכיסאות, שלגביהן לא היה אפשר להגיש תובענות ייצוגיות בלי שהתקיים שום דיון בדבר התאמתן או אי-התאמתן של התביעות להליך. על פני הדברים מדובר בלקונות שנוצרו ממקריות ההסדרים הספציפיים. שני סוגי התביעות שלגביהן לא חלו ההסדרים המיוחדים היו תביעות צרכנים שעילתן לא הייתה מבוססת על חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, אלא על דיני חוזים או על דיני נזיקין כלליים, וכן תביעות נגד המדינה ורשויותיה, לרבות רשויות מקומיות, בנושאי גביית מסים, היטלים וכו' בניגוד לחוק².

ב. החוק כמתקן ליקויים בהסדרים הקודמים

החוק החדש אכן השיג, הלכה למעשה, את שתי המטרות האלו, אף שאין בו משפט פשוט הקובע שניתן להגיש תובענה ייצוגית לגבי כל עילה ועילה אלא רשימת עילות (התוספת השנייה לחוק) שלגביהן ניתן להגיש תובענות ייצוגיות, אולם הרשימה כה מקיפה, שניתן לראותה, הלכה למעשה, כהסדר כללי. לעניות דעתי התביעות הבלעדיות שאין אפשרות להגישן לפי החוק הן תביעות נזקיות לפי פקודת הנזיקין הכללית לעומת חוקים ספציפיים וכן כאשר לגבי תביעות נזקיות כאלו הנתבע אינו עוסק, לרבות בנקים וחברות ביטוח, המייצר או מספק מצרכים או שירותים. חסר זה אינו נראה לי חשוב כי כפי שאסביר בהמשך, לדעתי תביעות כאלו אינן מתאימות לתובענות ייצוגיות, לפחות לא לסוג של "הסתלקות" ("opt-out"), על כן יש לראות חסר זה לא כלקונה אלא כהסדר שלילי מכוון.

החוק החדש אכן מחק את ההבדלים מההסדרים הקודמים שהיו פרי מקריות הליכי החקיקה, אולם חלק מההבדלים היו פרי מחשבה תחילה בגלל ההיבטים המיוחדים של סוגי תביעות מסוימות. דוגמה לכך הם ההיבטים המיוחדים של ההסדרים בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 ובחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, שהוכנסו בכוונה בחוקים אלה, בהתחשב בהיבטים מיוחדים של ענפי המשק האלה, נוכח המלצות של ועדה מיוחדת שהוקמה לצורך זה, כאשר לי היה הכבוד לעמוד בראשה. החוק החדש לא רק השאיר את ההוראות המיוחדות האלו לגבי תביעות נגד בנקים וחברות ביטוח, אלא גם הרחיב אותן כלפי נתבעים בענפי המשק הדומים לאלה

2 גולדשטיין ועפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" (לעיל, הערה 1).

של בנקים ושל חברות ביטוח, כלומר שירותיהם חיוניים למשק ופגיעה קשה בהם עלולה לגרום לפגיעה חמורה במשק בכללותו.

סעיף 8(ב)(2) לחוק בדבר אישור תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"הוגשה בקשב לאישור [תובענה ייצוגית] נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנוזק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13 [המסמיך בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית "בכל שינוי שיחליט עליו"], רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית".

כמו כן סעיף 20(ד)(2) לחוק קובע בדבר קביעת שיעור הפיצויים כדלהלן:

"הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד נתבע שאינו מנוי בפסקה (1) [היינו, המדינה, רשות מרשותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין], רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתיישב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנוזק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור".

זאת ועוד, כפי שנראה להלן, הוראות דומות, שגם הן נקבעו בהשראת הוראות החקיקה הספציפית לגבי בנקים ומבטחים, נקבעו לגבי תובענות ייצוגיות כלפי המדינה ורשויותיה. באופן דומה, המימון הציבורי שהיה מיוחד לתביעות בענייני ניירות ערך הורחב בחוק לכלל התובענות הייצוגיות, כפי שאסביר בהמשך דבריי. לגבי מקרים שנפלו בין הכיסאות, כפי שאזכרו לעיל, החוק אכן פתר את הבעיה באופן מלא לגבי תביעות צרכנים.

אולם הטיפול בחוק בדבר תובענות ייצוגיות נגד המדינה, רשויותיה, רשויות מקומיות ותאגידיים שהוקמו על-פי דין (להלן נתייחס לכולם בדרך כלל בשם הכולל "המדינה") היה מורכב יותר. ייתכן שחוסר האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות התחיל כלקונה נוכח המקריות של החקיקה הספציפית כמו בדבר תובענות צרכנים, אולם במשך השנים הוא הפך בעיני היועץ המשפטי לממשלה להסדר שלילי רצוי מאוד, ולכן הוא התנגד הן לקביעת חוק מקיף הן לתחיית השימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי,

תשמ"ד-1984, במטרה להתגבר על החסר³, למרות התייחסותו החיובית לתובענות ייצוגיות נגד נתבעים אחרים.

היועץ המשפטי לממשלה בגישתו זו, חושף את ניגוד העניינים המובנה בתפקידו, כי הרי בעת ובעונה אחת הוא ממונה הן על שמירת ענייני הציבור בכללותו הן על שמירת כספי המדינה, אולם לחצים שונים גרמו לו סוף סוף לתמוך כאמור בחקיקת חוק מקיף. לחצים אלה באו מבית המשפט העליון⁴ ומחברי הכנסת, ואולי אף הביקורת בספרות המקצועית⁵ השפיעה בנדון. לכן כאשר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דנה בהצעת חוק פרטית שהייתה מאפשרת הגשת תובענה ייצוגית נגד כל נתבע, לרבות המדינה, משרד המשפטים הזדרז והגיש לוועדה נוסח משלו לחוק מקיף שבסופו של דבר, עם שינויים לא מעטים, היה לחוק תובענות ייצוגיות.

בהצעת החוק שהגיש משרד המשפטים לוועדת חוקה, חוק ומשפט אמנם היה כתוב מפורשות ש"לעניין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם", אולם ההצעה עדיין לא אפשרה הגשת תובענות ייצוגיות נגד המדינה להשבת כספים שנגבו בניגוד לחוק באופן ישיר לא עדיין דרך החסר, משום שהצעת החוק, כמו גם החוק שהתקבל, לא הייתה הסדר מקיף הקובע אפשרות להגשת תובענה ייצוגית לגבי כל עילה אזרחית, אלא כאמור, מדובר ברשימה סגורה של עילות. תוצאת הרשימה הסגורה של ההצעה הייתה שאם המדינה פעלה כגורם מסחרי, כמו מוכר, ספק, יצרן וכו', היה אפשר להגיש תובענה ייצוגית נגדה, אולם אם היא, על כל רשויותיה לרבות רשויות מקומיות, פעלה כגורם שלטוני הגובה מיסים היטלים וכו', לא היה אפשר להגיש תובענה ייצוגית נגדה להשבת כספים שנגבו בניגוד לחוק.

זאת ועוד, תוצאה זאת לא הושגה על-ידי הוראה מפורשת בהצעה אלא על-ידי חוסר הוראה מתאימה בתוספת השנייה לחוק. מה גם שמצב זה לא הוזכר בדברי ההסבר לסעיף שקבע שדין המדינה כדין כל אדם ולא בדברי ההסבר לתוספת השנייה, שהסבירו היטב את המקרים הכלולים בתוספת, אולם התעלמו לגמרי ממה שאין שם. כמוכן שיטה זאת מונעת את הצורך להצדיק את המשך החסר בדבר תובענות ייצוגיות אלו. אפשר היה להתפלא מהתחכום המקצועי שבהצעה, או להיפך: לתהות איפה השקיפות הראויה, איפה הגילוי הנאות? למרות תרגיל זה בהצעה, הגשתה אכן יצרה בפעם הראשונה דיון ממשי בשאלה מה הרצוי בדבר תובענות ייצוגיות נגד המדינה.

3 ראו שם, עמ' 38-39.

4 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220; דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

5 ראו לעיל, הערה 2.

התומכים בהגשת תובענות ייצוגיות נגד המדינה העלו את הטיעון הפשוט (ויש שיאמרו הפשטני) שדין המדינה צריך להיות כדין כל אדם. המתנגדים טענו שהמדינה אכן נבדלת מגופים אחרים. ראשית, לגבי המדינה, על כל רשויותיה והרשויות המקומיות, ניתן להשיג את המטרה הציבורית של אכיפת החוק על-ידי שימוש באמצעי אחר – בג"ץ. כמו כן נטען שלעתים חיוב רשות, כגון רשות מקומית, להשיב סכומים שהיא גבתה מתושביה בעבר בניגוד לחוק, – גם אם הם סכומים קטנים מבחינת כל נפגע לחוד, אולם הם מצטברים לסכום עתק מבחינת הרשות המקומית – להבדיל מחיובה שלא להמשיך את הגבייה הלא חוקית בעתיד, אינו מוצדק מבחינה עלות ותועלת ציבורית. חיובה של רשות לשלם סכום עתק עלול לפגוע קשות בתפקודה, כאשר התמורה הכספית לכל אחד מחברי הקבוצה היא מזערית. זאת ועוד, בדרך כלל הציבור שייפגע מחוסר היכולת של הרשות לתפקד כראוי, חופף, כולו או חלקו, לציבור חברי הקבוצה שניזוקו מהגבייה הלא חוקית. במקרה הטוב מדובר בהעברת כספים בתוך אותו ציבור ללא תועלת ממשית ובעלות ההעברה.

הודגש שחוסר האפשרות לתבוע את המדינה בתובענה ייצוגית אינו מונע ניזוק מלתבוע אותה בתביעה רגילה. לכן אם נגרם ליחיד נזק ניכר המצדיק הגשת תביעה רגילה, אין משמעות כלל ועיקר לחוסר היכולת להגיש תובענה ייצוגית נגד המדינה. לבסוף התקבלה בחוק החדש פשרה. כדי לאפשר תובענות ייצוגיות נגד המדינה הוסף לרשימת העילות שלגביהן ניתן להגיש תובענות ייצוגיות בתוספת השנייה לחוק פריט חדש, מס' 11: "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר", אולם התקבלו גם מגבלות לגבי תובענות אלו. כאמור לעיל, הכללים שחלו בחקיקה הספציפית לגבי בנקים ומבטחים, ושחוק החדש הוחלו גם כלפי גורמי משק דומים, הוחלו גם על המדינה. כך קובע סעיף 8(ב)(1) לחוק:

"הוגשה בקשה לאישור [תובענה ייצוגית] נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשרותיו של הנחבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13 [המסמך בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית "בכל שינוי שיחליט עליו"], רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית".

כמו כן סעיף 20(ד)(1) לחוק קובע כדלהלן:

"הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין, רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור

הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור".

עד כאן החוק רק השווה את המדינה לגורמים אחרים, כמו בנקים ומבטחים ששירותיהם חיוניים ושפגיעה קשה בהם עלולה לגרום לפגיעה חמורה במשק כולו, ברם המגבלות העיקריות והמיוחדות לגבי תובענות ייצוגיות נגד המדינה נמצאות בהגבלת האפשרויות של הקבוצה לקבל השבה כספית, להבדיל מהפסקת הגבייה הלא חוקית. בעניין זה קובע סעיף 9 לחוק כדלקמן:

"(א) הוגשה בקשה לאישור [תובענה ייצוגית] בתביעה כמפורט בפרט 11 בתוספת השנייה (בחוק זה – תביעת השבה נגד רשות) לא ידון בה בית המשפט אלא לאחר שחלפה תקופה של 90 ימים מהמועד שבו הוגשה הבקשה לאישור ובית המשפט רשאי להאריך תקופה זו מטעמים שיירשמו (בסעיף זה – המועד הקובע).

(ב) בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח לבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע.

(ג) החליט בית המשפט כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי הוא –

(1) על אף הוראות סעיף 22, לפסוק גמול למבקש בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף 22(ב).

(2) לקבוע שכר טרחה לבא כוח המייצג בהתאם להוראות סעיף 23."

בסעיף זה של החוק באה לידי ביטוי מטרת התובענה הייצוגית נגד המדינה והיא לגרום להפסקת גבייה בלתי חוקית בעתיד ולא לחייב השבת הסכומים לאלה ששילמו בעבר, בלי לגרוע מהתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות, שהם הגמול למבקש, היינו התובע המייצג, ושכר הטרחה לבא-כוחו. סעיף קטן (ג) מתייחס בעצם למבקש ולבא-כוחו כזוכים בתובענה כי הרי הם גרמו להפסקת הגבייה הלא כדין.

ומה הדין כאשר הרשות אינה מוכנה להודות שהגבייה נשוא התובענה היא בלתי חוקית ולכן היא מסרבת להפסיקה? אזי הצדדים ובית-המשפט צריכים להתמודד עם סעיפים 8(ב) ו-20(ד) (1) כאמור לעיל.

ברם מעבר לסעיפים אלה ישנה מגבלה נוספת בדבר שיעור ההשבה שניתן לפסוק נגד רשות, מגבלה הנמצאת בסעיף 21 הקובע את הדברים האלה:

"אשר בית המשפט תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, לא יחייב את הרשות בהשבה לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור; אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של כל חבר בקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית לתבוע, בשל אותה עילה, סעד גם לגבי תקופות נוספות".

בסעיף זה רואים בבירור את כוונת החוק לאפשר תובענות ייצוגיות להשבה נגד המדינה בלי לגרום לפסיקת סכומי עתק שעלולה לגרום לפגיעה חמורה ברשות. כמו כן מובהר בסופו שאין במגבלות לגבי תובענות ייצוגיות נגד המדינה למנוע תביעות אישיות נגדה.

בעיניי ההסדר האמור בחוק החדש בדבר תובענות ייצוגיות נגד המדינה על כל מאפייניו מהווה איזון נכון ורצוי בין האינטרסים המנוגדים בנדרון וטוב עשה החוק החדש. כמו כן ההסדר מדגיש, ובצדק, שתפקידה העיקרי של התובענה הייצוגית איננו לפצות יחידים על נזקם המזערי אלא לאכוף את המשפט המהותי. דבר זה משקף את אחד המאפיינים החשובים ביותר של החוק החדש כפי שיתברר בהמשך.

עד כאן החוק החדש כהסדר מקיף הפותר את הבעיות שנבעו מהיותם של ההסדרים הקודמים בלתי מאוחדים.

ברם החוק החדש לא נחקק אך ורק כדי לאחד את ההסדרים הקודמים בהסדר כללי אלא גם כדי לשפר ולשכלל את ההסדר החדש לעומת ההסדרים הקודמים, וגם במשימה זאת הוא הצליח בדרך כלל.

ג. חידושים אחרים בחוק החדש

החידושים בחוק החדש לעומת החוקים הקודמים הם רבים ורבי משמעות. להלן אתייחס רק לחלק מהם, שבעיניי הם החשובים ביותר, והם:

1. הדגש לאורך כל החוק על האינטרס הציבורי שבתובענות ייצוגיות, דבר המעיד על ההכרה הנכונה שבמקרה הטיפוסי, כאשר הנזק הנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא מזערי – תכלית ההליך היא הגנה על האינטרס הציבורי, היינו אכיפת החוק לעומת פיצוי נפגעים. דגש זה בא לידי ביטוי (א) ברשימת הדברים שמטרת החוק לקדםם ובכללים לקביעת שיעור שכר הטרחה של עורך-הדין ושיעור הגמול לתובע המייצג במקרה של הצלחת התובענה הייצוגית; (ב) בהרחבת האפשרות להשיג מימון ציבורי עבור תובענות ייצוגיות על-ידי הקמת קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות; (ג) בעיקר בהרחבת השתתפותם של גורמים ציבוריים בהגשת תובענות ייצוגיות ובניהולן.
2. שכלול הטיפול באישור פשרות.

3. ההכרה הנכונה שתובענות ייצוגיות רגילות מסוג "הסתלקות" ("opt-out") אינן הדרך הנאותה לטפל בתביעות שבהן נגרם נזק לכל אחד מחברי הקבוצה, אלא עדיף לטפל בהן בדרך של צירוף תובעים, ואם בתובענות ייצוגיות עסקינן, בתובענה ייצוגית מסוג "הצטרפות" ("opt-in").

1. האינטרס הציבורי – התייחסות כללית לערך הציבורי

1. בין ארבעת הדברים שהחוק בא לקדם, לפי סעיף 1, מס' 2 הוא "אכיפת הדין המהותי והרתעה מפני הפרתו".
 2. קביעות שכר הטרחה לעורך-הדין של הקבוצה והגמול לתובע המייצג כאשר התובענה הייצוגית צולחת: בשני המקרים החוק קובע שבין שאר השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בקביעת הסכומים הוא "מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית"⁶.

2. הקמת קרן ציבורית למימון תובענות ייצוגיות

כבר בחוק הראשון בדבר תובענות ייצוגיות, היינו חוק ניירות ערך (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988⁷, ניתנה אפשרות לתובע מייצג בתובענה ייצוגית לקבל מימון עבור התובענה מהרשות לניירות ערך. חוק זה התבסס בעיקרו על תקנה אמריקנית בדבר תובענות ייצוגיות, הלא היא תקנה 23 לתקנות סדר הדין הפדרלי האמריקני, אולם אפשרות המימון הציבורי הייתה תוספת ישראלית. תוספת זו היא תוצאה של החשש שעורכי-דין ישראליים לא יתנהגו כמו עורכי-דין אמריקניים, היוזמים, מנהלים ומממנים תובענות ייצוגיות מכספם, בתקווה לקבל שכר טרחה גבוה אם התובענה תצלח ולעתים קרובות התובע המייצג הרשמי הוא איש קש שאין לו תפקיד של ממש בניהול ההליך. מנסחי החוק הישראלי חשבו שללא התמריצים של מימון ציבורי וכן גמול כספי – העולה על סך נזקו האישי – לנציג הקבוצה הזוכה, שגם הוא חידוש לעומת ההסדר האמריקני, לא יוגשו כלל תובענות ייצוגיות בארץ.
 מאז תיקון מס' 9 לחוק ניירות ערך, נכלל גמול מיוחד לתובע-מייצג המצליח בתביעתו בכל שאר החקיקה בדבר תובענות ייצוגיות, וכאמור גמול זה נמצא גם בחוק החדש, אולם מימון ציבורי לא התקבל בחקיקה המאוחרת ונשאר רק בנושא ניירות ערך עד לכניסתו לתוקף של החוק החדש.
 החוק החדש משאיר מימון ציבורי עבור תובענות בעניין ניירות ערך לפי ההסדר הישן, היינו מימון על-ידי הרשות לניירות ערך (ראו סעיף 27(ז) לחוק תובענות ייצוגיות

6 סעיפים 22(ב) ו-23(ב) לחוק.
 7 ס"ח 188 (להלן – תיקון מס' 9).

(כנראה לפי הפתגם האמריקני: "אם הדבר אינו שבור אין לתקנו"), אולם לגבי שאר התובענות הייצוגיות סעיף 27(א) לחוק קובע כדלהלן:

"מוקמת בזה קרן למימון תובענות ייצוגיות... שתפקידה לסייע לתובעים מייצגים במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות, אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובכירורן".

הקרן מנוהלת בידי הנהלה בת תשעה חברים שממנה שר המשפטים. יושב-ראש הקרן הוא אדם שאיננו עובד המדינה ושאר חבריה הם נציגי הממונים על תחומים שונים שלגביהם החוק מצפה שהקרן תממן תובענות ייצוגיות, וכן נציג של היועץ המשפטי לממשלה. תקציב הקרן ייקבע בחוק התקציב השנתי כתכנית נפרדת בתקציב משרד המשפטים. הקרן הוקמה לתקופה בת שבע שנים ושר המשפטים, בהסכמת שר האוצר או בהסכמת הממשלה במידה ששר האוצר יסרב, מוסמך להאריכה לעוד שבע שנים. האמת היא שאיני בטוח שדרושים אצלנו תמריצים של גמול מיוחד לתובע-המייצג הזוכה ומימון ציבורי על-מנת לדרבן הגשת תובענות ייצוגיות. אמנם, כך חשבנו ב-1988, כאמור הדעה המקובלת הייתה אז שעורכי-דין ישראלים לא יתנהגו כמו עורכי-דין אמריקניים היוזמים, מנהלים ומממנים תובענות ייצוגיות מכספם בתקווה לקבל שכר טרחה גבוה אם התובענה תצליח, וללא התמריצים אלו לא יוגשו כלל תובענות ייצוגיות בארץ. אני אף כתבתי כדלקמן:

"התרבות המשפטית הישראלית לא יצרה עורכי-דין יוזמי התדיינות כמו בארצות-הברית שעל יסוד זה מתנהלים בהצלחה הליכי תובענות ייצוגיות שם. לכן בארץ הדעה המקובלת היא שדרושים תמריצים מיוחדים להגשת תובענות ייצוגיות שאינם נחוצים בארצות-ברית"⁸.

אולם ציפיותינו התבדו, ומאז אמצע שנות התשעים של המאה שעברה עורכי-דין ישראלים לא נופלים מעמיתיהם האמריקנים בלהיטותם ליזום ולנהל תובענות ייצוגיות בלי אפשרות של מימון ציבורי, פרט לתובענות בענייני ניירות ערך. זאת ועוד, לעתים קרובות בארץ, כמו בארצות-הברית, התובע-המייצג הרשמי הוא איש קש שאין לו תפקיד ממשי בניהול ההליך.

ברם למרות ספקותיו בדבר הנחיצות לגבי המשך התמריצים, עצם הקמת קרן המימון על-ידי החוק החדש מעיד בכירור על מגמת החוק להדגיש את ההיבט הציבורי במכשיר התובענה ייצוגית, בכלל, ולהרחבת המעורבות של גורמים ציבוריים בהליכי תובענות ייצוגיות, בפרט, סוגיה שאליה אני פונה עתה.

S. Goldstein "Class Actions in Israel" *Israeli Reports to the XIII International Congress of Comparative Law* (C.W. Fassberg ed., 1990) 45, 69 8

ד. הרחבת מעורבותם של גורמים ציבוריים בהליכי תובענות ייצוגיות

במחצית השנייה של המאה העשרים הלכה וגדלה בשיטות משפט רבות ההכרה שיש ליצור מכשירים שיעודם להגן על אינטרסים פזורים, מפוצלים וקבוצתיים. הכוונה הייתה לפתח כלים דיוניים שיעודדו הגשת תביעות אזרחיות במקרים שבהם חסר התמריץ הכספי הרגיל של תובע יחיד להגיש את תביעתו, נוכח הערך הכספי המזערי של הנזק שנגרם לכל יחיד, אולם סך כל הנזק שנגרם לציבור גדול של אנשים היה גדול מאוד.

ההכרה הזאת באה לידי ביטוי ביצירת התובענה הייצוגית במשפט האמריקני וכן בפיתוח השימוש בארגונים ממשלתיים ואזרחיים לצורך זה בשיטות המשפט של יבשת אירופה. מטרתם העיקרית של כלים אלו הייתה זהה, היינו לנצל התדיינות אזרחית לאו דווקא כדי לפצות על נזק אלא ככלי להבטחת קיומם של כללי המשפט המהותיים. המטרה העיקרית הייתה להרתיע נתבעים בכוח מהפרת המשפט המהותי על-ידי האיום של הטלת סנקציות אזרחיות ובהטלתם לפי הצורך אם הכללים אכן יופרו.

אולם האמצעים היו שונים. ביצירת התובענה הייצוגית בחרה ארצות-הברית בדרך אינדיווידואלית ופרטית כדי להשיג את המטרה. בחירה זאת שיקפה נורמות תרבותיות אמריקניות חזקות של אינדיווידואליזם, כלכלה חופשית, הפרטה וכן חוסר אמון בשלטונות. לעומת זאת ביבשת אירופה ובמדינות ששיטות המשפט שלהן נגזרו מיבשת אירופה, שבהן הנורמות התרבותיות הנ"ל הן פחות חזקות, ההגנה על אינטרסים פזורים, מפוצלים וקבוצתיים ניתנה יותר בידי ארגונים ציבוריים הן ממשלתיים הן אזרחיים.

זאת ועוד, העובדה שהמטרה העיקרית של התובענה הייצוגית ושל התדיינות על-ידי ארגונים כאמור היא אכיפת המשפט המהותי מטשטשת את הגבולות בין התדיינות פרטית לציבורית וכן בין הליכים אזרחיים לפליליים. תובענות ייצוגיות הן סוג של "הפרטה", היינו ניצול היוזמה של אזרחיים פרטיים בשירות אכיפת החוק. נשאלת השאלה אפוא מה הקשר בין אכיפת החוק הפרטית הזאת לבין הרשויות השלטוניות שגם הן ממונות על אכיפת החוק. התשובה האמריקנית הייתה ברורה: אין קשר. כל אחד פועל בתחומו וללא קשר או תיאום עם זולתו.

אולם חוסר קשר כזה לא יכול להיות התשובה בארץ, כי הרי מבחינה תרבותית, הן כללית הן משפטית, אנו קרובים לתרבות אירופה לא פחות מאשר לתרבות ארצות-הברית. לכן אצלנו היה צורך להתמודד עם שאלת הקשר הרצוי בין התובענה הייצוגית לבין השלטונות. שאלת האיזון הנכון בין היותה של התובענה הייצוגית הליך פרטי לבין מעורבות גורמים ציבוריים בהליך העסיקה את מנסחי ההסדר כבר בחוק הראשון, הלא הוא תיקון מס' 9 לחוק ניירות ערך.

כבר הזכרנו את עניין המימון מהרשות לניירות ערך, כמו כן התיקון חייב את התובע-המייצג להודיע על הגשת תובענה ייצוגית הן לרשות לניירות ערך הן לבורסה, אולם הבעיה באה לידי ביטוי באופן מובהק ביותר בדיונים שהתקיימו בין הנציגים של משרד

המשפטים לבין נציגי הרשות לניירות ערך בדבר תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך.

מתחילת הדיונים הסכימו כולם כי על התובע-המייצג להודיע ליועץ המשפטי על עצם הגשת בקשתו להתיר הגשת תובענה ייצוגית, אולם הדעות היו חלוקות בנוגע לתפקידו של היועץ המשפטי לאחר קבלת ההודעה. היו שסברו שיש להשוות את ההסדר לזה הנהוג בהליך הקובלנה הפלילית, דהיינו יש לתת ליועץ המשפטי את הסמכות להחליף את התובע המייצג את הקבוצה ולנהל את ההליך במקומו. לבסוף התקבלה הדעה המנוגדת, שלפיה דרך פעולה זו פוגעת יתר על המידה באופי ההליך כיוזמה פרטית. לפיכך הוחלט להסתפק בהודעה בלבד, לצד הסמכות הכללית הקיימת ליועץ המשפטי לפי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש) (להלן – הפקודה) "להתייצב" בכל הליך שלדעתו כרוך בו או מושפע ממנו "עניין ציבורי".

וכך היה בכל ההסדרים המאוחרים, ברם החוק החדש מגביר את המעורבות של גורמים ציבוריים בהליך, באמצעות הקמת קרן מימון שכבר הזכרנו וכן על-ידי מתן מעמד לגורמים ציבוריים הן כיוזמי ההליך הן כמשתתפים בהליך קיים, לרבות בהסדרי אישור פשרות. חידוש זה הוא בעל משמעות גדולה. אמנם, הוא אינו מבטל את ההיבט הפרטי של המודל האמריקני, אך הוא יוצר איזון חדש בין ההיבט הפרטי להיבט הציבורי של ההליך ומקדם את התובענה הייצוגית בישראל צעד ממשי מההסדר האמריקני לכיוון ההסדרים של יבשת אירופה. מדובר בהסדר ישראלי מקורי הממוקם בין זה של ארצות-הברית לבין אלו של יבשת אירופה.

1. הזכות ליזום תובענה ייצוגית

כל ההסדרים הקודמים היו לפי הדגם האמריקני, שבהם הגורם הבלעדי הזכאי להגיש תובענה ייצוגית היה יחיד שהוא חבר הקבוצה. סעיף 4(א)(1) לחוק החדש עדיין מונה ראשון ברשימת הגורמים הרשאים להגיש תובענה ייצוגית:

"אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין [שלגביהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית] המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה".

אולם בסעיפי משנה לסעיף 4(א) נמנים גורמים ציבוריים שגם הם רשאים להגיש תובענות ייצוגיות בתנאים מסוימים:

"(א)(2). רשות ציבורית בתביעה או בעניין [שלגביהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית] שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסקת הרשות הציבורית – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו עניין,

מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה".

"רשות ציבורית" מוגדרת בתוספת הראשונה לחוק כאחת מאלה: (א) נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; (ב) הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; (ג) נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

"(א)(3). ארגון בתביעה או בעניין [שלגביהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית] שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו עניין, מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות העניין, קיים קושי להגיש את הבקשה [להתיר תובענה ייצוגית] בידי אדם כאמור בפסקה (1)".

סעיף 2 לחוק מגדיר "ארגון" –

"תאגיד, למעט תאגיד שהוקם על פי דין, או הקדש, הקיים ופועל באופן סדיר וממשי במשך שנה לפחות לקידום מטרה ציבורית, אחת או יותר, ושנכסיו והכנסותיו משמשים להשגת המטרות הציבוריות בלבד, ובלבד שפעילותו אינה מטעם מפלגה או גוף פוליטי אחר או בזיקה למפלגה או לגוף כאמור או לשם קידום מטרותיהם".

התנאי בסיפה של סעיף קטן 4(א)(3) לחוק מעיד שלמרות ההתקדמות לקראת ההסדרים של יבשת אירופה, מנסחי החוק נרתעו מלנטוש לגמרי את הדגם האמריקני.

2. הודעות על הגשת תובענות ייצוגיות

כאמור בכל החוקים הקודמים הייתה הוראה שלפיה על התובע־המייצג להודיע ליועץ המשפטי לממשלה על הגשת תובענה ייצוגית. הוראה מפורשת זו חסרה בחוק החדש. במקומה סעיף 6(ב) לחוק קובע ששר המשפטים רשאי לקבוע הוראות הקובעות, בין היתר:

"חובת מסירת הודעה בדבר הגשת בקשה לאישור [תובענה ייצוגית], בצירוף העתק מהבקשה ומנוסח התובענה נושא הבקשה, דרך כלל או לסוגים של בקשות לאישור. לגוף או לבעל תפקיד, הכל כפי שיקבע; בית המשפט רשאי להורות על מסירת הודעה בדבר הגשת בקשה לאישור או העתק מהבקשה גם לגורם אחר".

אין לדעת למה החוק אינו כולל חובה מפורשת לשלוח הודעה ליועץ המשפטי לממשלה ויש מניח שבהוראות השר תיקבע חובה כזאת. ככל הנראה במשרד המשפטים

עובדים עכשיו על ניסוח טיוטת ההוראות לקראת הפצה לציבור להערות. מכל מקום נראה כי הכוונה לא הייתה לא לחייב הודעה ליועץ אלא להרחיב את חוג המיודעים ולחייב הודעות גם לגורמים אחרים, כנראה לאותם גורמים הנזכרים להלן בדבר האפשרות להשתתף בהליך תובענה ייצוגית קיים.

3. השתתפות בהליך קיים

סעיף 15 לחוק, הנותן אפשרות לגורמים ציבוריים "להשתתף בדיונים בתובענה ייצוגית" שהם לא יזמו, הוא החידוש השני הגדול בחוק בדבר הגברת מעורבותם של גורמים ציבוריים בהליך. סעיף 15 קובע כדלהלן:

"(א) בית המשפט רשאי להתיר לחבר קבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית, וכן לרשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו עוסקת התובענה הייצוגית או לארגון, שאישר השר לעניין זה, הפועל לקידום מטרה כאמור, אשר אינם התובע המייצג, להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית, אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההגון של התובענה הייצוגית, וכן לעניין חבר הקבוצה – לשם הגנה על ענינו של אותו חבר קבוצה, ולעניין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה.

(ב) נעתר בית המשפט לבקשה להשתתף בדיונים כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הוא ליתן הוראות בדבר אופן ההשתתפות כאמור.

(ג) הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחויבים, גם לעניין השתתפות בדיונים בבקשה לאישור".

כמה הערות על סעיף זה: ראשית, לפי הסעיף מותר לרשות ציבורית ולארגון לא ממשלתי להשתתף בהליך קיים רק באישור בית-המשפט. לכן ברור מדוע היועץ המשפטי לממשלה אינו מאוזכר בסעיף: הרי לפי הפקודה הוא זכאי להתייצב בלי צורך בקבלת רשות מבית-המשפט. שנית, כדי שארגון לא ממשלתי יורשה להשתתף בהליך קיים הוא צריך לקבל רשות לא רק מבית-המשפט אלא גם משר המשפטים. אף שלשון הסעיף קצת עמום, לדעתי יש לפרשו שבאישור השר לא מדובר באישור חד-פעמי לכל מקרה ומקרה אלא שעל השר להכין מראש את רשימת הארגונים המאושרים לצורך זה. נאמר לי שנכון לעכשיו ביקשה רק המועצה הישראלית לצרכנות אישור כזה, לאחר שהיא קיבלה אישור חד-פעמי לגבי תיק מסוים. בקשה זאת נמצאת בימים אלה בטיפול במשרד המשפטים.

ניתן גם לשאול מדוע יש חששות בדבר השתתפותם של ארגונים לא ממשלתיים בהליך קיים, כי הרי אין צורך שאותו ארגון היוזם הליך יקבל "תעודת כשרות" משר המשפטים. בעיניי אותו הדין צריך לחול לגבי השתתפותם בהליך קיים. עם זאת זכותו של ארגון להגיש הליך מותנה בתנאי שבית המשפט משוכנע כי בנסיבות העניין, קיים קושי לחבר קבוצה להגיש את ההליך כתובע מייצג. מבחן זה נראה קשה יותר מזה בדבר התרת השתתפות הארגון בהליך קיים על-ידי בית המשפט כדרישת סעיף 15 לחוק.

נשאלת עוד שאלה בדבר סעיף קטן (ב). לפי הפשט על בית המשפט לקבוע את אופן "ההשתתפות" בכל מקרה או מקרה. האם זאת הכוונה או שמא הפסיקה תיקבע כללים בנדון כפי שעשתה בדבר אופן "ההתייצבות" של היועץ המשפטי לממשלה לפי הפקודה?

4. השתתפות בהליכי אישור הסדרי פשרה

היבט חשוב נוסף של מעורבות גורמים ציבוריים בהליכי תובענות ייצוגיות הוא בדבר הסדרי אישור פשרות. כמו רוב התביעות הרגילות, רוב התובענות הייצוגיות שמצליחות לקבל היתר בית המשפט לניהולן כתובענות ייצוגיות מסתיימות בפשרה. סיום תובענות ייצוגיות על-ידי פשרות מעלה בעיות חמורות כיוון שניתן לנצל פשרות כאלו לטובת התובע המייצג, בא-כוחו וכן הנתבע על חשבון טובת חברי הקבוצה ולרעת העניין הציבורי בנושא התובענה. על כן ההסדרים הישראליים, בעקבות הדין האמריקני, מחייבים אישור של בית המשפט לגבי פשרות וחוק החברות, תשנ"ט-1999 הוסיף הוראה הנותנת לחברי הקבוצה להשתתף בהליך אישור הפשרה.

זאת ועוד, אף לפני החוק החדש היועץ המשפטי לממשלה היה גורם ציבורי חשוב בהליכי אישור פשרות. הוא התייצב, לפי הפקודה, בהליכים לא מעטים כדי להתנגד להסדרי פשרה מוצעים אם לדעתו הם היו לרעת חברי הקבוצה או לרעת הציבור. החוק החדש מגביר השתתפות חיצונית כזאת. סעיפים 18(ג)-(ד) קובעים כדלקמן:

"(ג) הוגשה לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה ולא מצא בית המשפט טעם לדחות אותה על הסף, יורה על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה... [הודעה שתישלח לכל חברי הקבוצה], וכן על משלוח ההודעה כאמור, בצירוף העתק מהבקשה, מההסדר ומהתובענה, ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, ולכל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר, ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיורה; הודעה לפי סעיף קטן זה תכלול את פרטי ההסדר שלגביו הוגשה הבקשה...

(ד) אדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, ארגון, שאישר השר לעניין זה, הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש לבית המשפט, בכתב, בתוך 45 ימים מיום פרסום ההודעה כאמור בסעיף קטן (ג) או בתוך מועד מאוחר יותר שיקבע בית המשפט, התנגדות המנומקת להסדר הפשרה וכן להמלצה המוסכמת בעניין גמול ושכר טרחה שהוגשו [גם הן לאישור בית המשפט] לפי סעיף קטן (ז)(2)."

כמה הערות:

- א. לגבי משלוח ההודעה לגופים נוספים חוץ מהיועץ המשפטי לממשלה, סעיף 18(ג) לחוק שוב משאיר את העניין לקביעת שר המשפטים ושוב לדעתי יש לפרש את הסעיף שלא בקביעות חד-פעמיות לכל עניין ועניין אלא בקביעה כללית מראש לפי סוגי העניינים. כמו כן זהו הדין הרצוי לגבי אישור שר המשפטים הדרוש לארגון לא שלטוני להגיש התנגדות להצעת פשרה לפי סעיף קטן (ד). לפי פירוש זה בקשת המועצה הישראלית לצרכנות הנזכרת לעיל לגבי סעיף 15 כוללת גם בקשת אישור לפי סעיף 18.
- ב. ניתן לתהות שוב מהו החשש לגבי ארגונים לא ממשלתיים המחייבים קבלת "הכשר" משר המשפטים.
- ג. בהנחה שיינתן אישור השר לגבי ארגונים לא שלטוניים, כל הגורמים, היינו חבר קבוצה, רשות ממשלתית וארגון לא ממשלתי, זכאים להגיש התנגדות בכתב להסדר פשרה מוצע. לעומת זאת "השתתפותם" של גורמים אלה בשלבים אחרים של ההליך מותנית, לפי סעיף 15 לחוק, באישור בית המשפט. נוכח הבדל זה, מה פשרה של ההוראה בסעיף 15(ג) הקובעת: "הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחויבים, גם בעניין השתתפות בדיונים בבקשה לאישור"? בעיניי אין להבין את סעיף 15(ג) כמסייג את הזכות להגיש התנגדות בכתב הניתנת לפי סעיף 18, אלא כמסמיך את בית המשפט להתיר השתתפות נוספת של גורמים ציבוריים בהליכי אישור פשרות, כגון טיעון בעל פה⁹.

9 בסטייה קלה מדיוננו, מן הדין לציין את סעיף 18(ז) הנזכר לעיל, הקובע כך: "הסדר פשרה לא יכלול... הוראה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבה כוח מייצג ואולם הצדדים רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לעניין תשלום גמול ושכר טרחה כאמור, לרבות שיעורו ותנאיו; הוגשה המלצה מוסכמת כאמור, ייכללו פרטיה בהודעה כאמור בסעיף קטן (ג)". בזמנו הצעת החוק של משרד המשפטים קבעה באופן מוחלט שאין לכלול גמול או שכר טרחה בהצעת פשרה. בקורת, שאני הייתי שותף לה,

ה. שיכלול הטיפול באישור פשרות

כבר דיברנו על השתתפות גורמים ציבוריים בהליך אישור פשרות שהיא חידוש חשוב מאוד, אולם החוק החדש כולל חידוש נוסף, והוא האפשרות שחבר קבוצה המתנגד להצעת פשרה יכול להסתלק מהקבוצה על מנת למנוע מהפשרה לחייבו. סעיף 18(ו) לחוק קובע:

”חבר קבוצה אשר אינו מעוניין כי יחול עליו הסדר פשרה, רשאי לבקש מבית המשפט, בתוך המועד שנקבע להגשת התנגדויות לפי סעיף קטן (ד), להתיר לו לצאת מן הקבוצה שעליה יחול ההסדר.”

לפני שאתייחס למשמעות הרבה של אפשרות הסתלקות זאת, עלינו לדון בשאלות אחדות הנובעות מנוסח סעיף המשנה. ראשית, כתוב שחבר הקבוצה רשאי לבקש שבית-המשפט ”יתיר” לו לצאת מהקבוצה. האם מדובר בשיקול-דעתו של בית-המשפט להתיר או לא להתיר זאת או שמא אין לו שיקול-דעת והלכה למעשה יש לחבר הקבוצה החפץ בכך זכות להסתלק? הפירוש השני, היינו הזכות להסתלק, עדיף בעיניי. איני רואה טעם לאפשר לבית-המשפט שיקול-דעת שלא להתיר את ההסתלקות.

השאלה השנייה הנשאלת מתייחסת לבעיה שיוצרת החפיפה בין הזמן להגשת התנגדות להצעת פשרה לבין הזמן להסתלקות מהקבוצה. לפי הסעיף ההסתלקות מהקבוצה נועדה למנוע מהחבר המסתלק את תחולתו של הסדר פשרה שאליו הוא מתנגד, אולם מחמת חפיפת המועדים הוא חייב לבקש להסתלק מהקבוצה בטרם קביעת בית-המשפט המאשרת את הצעת הפשרה. יש להניח שאם בית-המשפט לא יאשר את הפשרה המוצעת לא ירצה החבר להסתלק. מבחינה זו ההיגיון היה מחייב שמועד ההסתלקות יתחיל ביום אישור הפשרה, אולם אם כך, בית-המשפט לא יהיה מודע לעוצמת ההתנגדות להצעת פשרה שבאה לידי ביטוי בבקשות ההסתלקות כאשר הוא מכריע בפשרה. כפי שזכיר להלן, ייתכן שזה מידע חשוב לעניין הכרעתו. לדעתי הפתרון לבעיה הוא לראות כל בקשת הסתלקות כמותנית באישור הפשרה המוצעת וכן כמתבטלת אם היא לא תאושר.

בהנחה שיהיה ניתן להתגבר על שתי בעיות הפרשנות, הוספת האפשרות שחבר הקבוצה יכול למנוע תחולת הסדר פשרה עליו היא התפתחות חשובה בהגברת כוחם של חברי קבוצה, בכלל, ובחזוק יכולתם להתנגד להצעת פשרה, בפרט. זאת כיוון שבדרך כלל הנתבע רוצה לכבול בפשרה כמה שיותר מחברי הקבוצה על מנת למנוע תביעות

נמתחה על האיסור המוחלט הזה, בטענה שהוא יכביד על השגת פשרות ולכן טוב שהחוק הסופי פתר את הבעיה על-ידי פשרה אלגנטית זו.

נוספות נגדו. לכן התוצאה המצטברת של הסתלקותם של חברי קבוצה רבים בשלב זה עשויה לגרום לכך שהפשרה לא תהיה כדאית עבורו.

זאת ועוד, אם חברי הקבוצה המתנגדים להצעת פשרה יכולים להתאגד, הם יכולים לנצל את איומם המשותף להסתלק כדי להשפיע על הנתבע ו/או על בית-המשפט לשנות את ההסדר המוצע. במצב דברים זה יש בידי חבר קבוצה נשק חדש במטרה לנסות ולהבטיח שהסדרי הפשרה יהיו הוגנים כלפי כל חברי הקבוצה.

עלי לציין שגם בתיקון 2003 של תקנה 23 לתקנות סדר הדין הפדרלי האמריקני, נקבע כי "בית-המשפט רשאי לסרב לאשר פשרה אם היא אינה נותנת אפשרות הסתלקות חדשה לחברי הקבוצה שהייתה להם אפשרות קודמת להסתלק, אבל לא עשו כן"¹⁰.

ו. תביעות שבהן נגרם נזק ניכר לכל חברי הקבוצה

כאמור לעיל, המטרה המקורית של יצירת תובענות ייצוגיות בארץ הייתה לאפשר סעד במקרים שבהם נגרם נזק רב לקבוצה גדולה של אנשים, אולם לכל חבר בקבוצה לחוד נגרם נזק ממון מזערי בלבד. העובדה שבמקרים כאלה אין לצפות שחבר קבוצה יחיד יתבע את נזקו האישי לבד, מצדיקה את "הפגיעה" בזכותו של כל ניזוק להגיש ולנהל בעצמו את תביעתו. פגיעה כזו קיימת בשיטה הקובעת שכל ניזוק הוא חבר הקבוצה, אף שהתובענה הייצוגית הוגשה ללא הסכמתו ואף ללא ידיעתו, היינו בשיטת "ההסתלקות" ("opt-out"), אלא אם הוא מסתלק ממנה.

אולם מה אם הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא ניכר, כמו אסון המוני הגורם נזקי גוף ואף מוות. במקרים כאלה בוודאי יש לכל ניזוק תמריץ כלכלי דיו לתבוע את נזקו לבד, אולם עדיין ייתכנו יתרונות בניהול תובענות משותפות. במאמר שהתפרסם הובעה הדעה שבמקרה כזה יש לתת לניזוקים שליטה על גורלם יותר מאשר בתובענה הייצוגית הישראלית השכיחה, היינו בשיטת ההסתלקות. כמו כן יש לתת להם את הזכות לבחור באופן חיובי אם להצטרף לתובענה המשותפת אם לא, היינו לנצל את האפשרות של צירוף תובעים בתובענה אחת¹¹, ללא שום קשר לתובענה ייצוגית דווקא. אם בכל זאת מדובר בתובענות ייצוגיות, הרי הכלי המתאים, השווה לצירוף תובעים בתובענה אחת, הוא תובענה ייצוגית לפי שיטת "ההצטרפות" ("opt-in")¹².

לדעתי, גישה זו מתיישבת היטב עם עקרונות היסוד של סדר הדין האזרחי הישראלי, שעדיין מעריך את הכלל שהניזוק אדון לתביעתו. על כן אם במקרים אלו ניתן להגיש

10 תקנה 23.e.

11 תקנות 21, 28 לתקנות סדר הדין האזרחי.

12 ס' גולדשטיין, ט' פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות ובין תובענות ייצוגיות – הביטים דיוניים" משפטים לד (תשס"ד) 21.

תובענות ייצוגיות (ראה את הנזכר לעיל לגבי תביעות נזקיות מסוימות) טוב שהחוק החדש מכיר בעדיפותה של שיטת ההצטרפות לגביהם. סעיף 12 לחוק קובע כדלהלן:

"(א) על אף הוראות סעיפים 10 ו-11 [הסעיפים הקובעים שכל ניזוק הוא חבר בקבוצה אלא אם כן הוא מסתלק ממנו], רשאי בית המשפט שאישר תובענה ייצוגית, בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, לרבות בנסיבות כמפורט בפסקאות (1) ו-(2) שלהלן, להורות בהחלטה על האישור כאמור, כי הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול רק את מי שהודיע לבית המשפט, בכתב, על רצונו להצטרף לתובענה, בדרך ובמועד כפי שיקבע השר, ואשר היה רשאי לתבוע בשמו בעילת התביעה נושא התובענה (בסעיף זה – מצטרף), ובלבד שקיימת אפשרות סבירה לזהות ולאחר את חברי הקבוצה שבשםם הוגשה הבקשה לאישור, וליידע אותם על אישור התובענה הייצוגית, והכל בעלות סבירה;

(1) קיימת אפשרות סבירה שיוגשו תובענות בעילת התביעה נושא התובענה הייצוגית, בידי חלק ניכר מחברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור;

(2) סכום התובענה או שווי נושאה הוא ניכר, ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור, לרבות בתובענה בשל נזק גוף.

(ב) בית המשפט לא יורה כאמור בסעיף קטן (א), אלא לאחר שנתן לתובע המייצג ולנתבע הזדמנות לטעון את טענותיהם לעניין זה.

(ג) הורה בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הוא בהחלטה על האישור כאמור באותו סעיף קטן, לקבוע כי כל מצטרף ישתתף בהוצאות ניהול התובענה הייצוגית, בשיעור ובתנאים כפי שיקבע; קבע בית המשפט כאמור, יורה על האופן שבו תימסר הודעה על הקביעה למצטרפים."

ז. סיכום

למרות כמה הסתייגויות קטנות שהבעתי ברשימה, אני מברך על חקיקת חוק תובענות ייצוגיות. בהיותו חוק מקיף הוא ביטל את החקיקה הקודמת. הוא מחק את ההבדלים הלא הגיונים בחקיקה הקודמת שהם תוצאות אקראיות של הליכי החקיקה השונים, תוך שמירה על ההבדלים המשמעותיים ואף הרחבתם למקרים דומים. החוק החדש פתר באופן מוחלט את הלקונה בדבר תובענות צרכניות וכן השיג פשרה ראויה בדבר תובענות ייצוגיות נגד המדינה על כל רשויותיה, לרבות הרשויות המקומיות.

כמו כן שיכלל החוק את ההליך לעומת החקיקה הקודמת. שיכלול זה כולל את האפשרות שחבר קבוצה המתנגד להצעת פשרה יסתלק מהקבוצה בשלב זה. החוק הכיר בכך שתובענות ייצוגיות מסוג "הסתלקות" נועדו למקרים שבהם נגרם רק נזק מזערי לכל יחיד ולכן הן אינן הדרך הנאותה לטיפול במקרה שבו נגרם נזק ניכר ליחיד. השכלול החשוב ביותר בחוק הוא ההכרה שהתכלית העיקרית של התובענה הייצוגית אינו מתן פיצויים מזעריים לניזוקים אלא אכיפת המשפט המהותי. הכרה זו באה לידי ביטוי, בין השאר, במתן מעמד ותפקיד בהליך לגורמים ציבוריים, הן ממלכתיים הן אזרחיים. בזאת קידם החוק את תובענות ייצוגיות נוסח ישראל לכיוון השיטה הנהוגה באירופה, לעומת המודל האמריקני הטהור.