

המעוררים:

1. שי ברזילי

2. רחל לוי

ע"י ב"כ עוה"ד רם כספי /או דורון טאובמן ואח'
וכן ע"י עו"ד עופר לוי,
רח' יעבץ 33 ת"א 65258
טל': 03-7961000 ; פקס: 03-7961001

- נגד -

המשיבים:

1. פרינר (הדס 1987) בע"מ

ע"י ב"כ ד. אור-חן ושות' – משרד עורכי דין
/או רונית בימבליך /או אלירן סופר /או אושרת ניגר
מרח' קרליבך 3, ת"א 67132
טל': 03-5617414 ; פקס: 03-5618392

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה (עו"ד יעל מימון)
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466573 ; פקס: 02-6467624, 02-6272677

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. זהו ערעור על החלטתו של כב' השופט האשם ח'טיב מיום 27.7.06, בת"א 596/05 ובבש"א 1528/05, לדחות את בקשת המערערים, מר שי ברזילי וגב' רחל לוי (להלן: **המעוררים**) לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבה 1 (להלן: **פרינר**). לטענת המבקשים בבית המשפט קמא, פרינר הטעתה ציבור גדול של צרכנים בכך שסימנה רסק עגבניות כ"כשר לפסח בהשגחת הרבנות גליל תחתון", למרות שמוצר זה לא קיבל הכשר לפסח מטעם הרבנות.
2. מאחר שהבקשה לאישור התובענה הייצוגית הוגשה ערב חקיקתו של חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006, הוגשה הבקשה לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: **חוק הגנת הצרכן**). לטענת המערערים, מעשיה הנטענים לעיל של פרינר הקימו להם עילת תביעה אישית כלפי פרינר מכוח הוראות חוק הגנת הצרכן, מכוח סעיף 63 לפקודת הנוזיקין, מכוח חובת תום הלב, מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט וכן בגין עילת הרשלנות.
3. בפסק דינו, קבע בית המשפט קמא כי המערערים נחשבים ל"לקוח" וכי פרינר נחשבת ל"עוסק" כהגדרת מונח זה בחוק הגנת הצרכן, אשר מגדיר עוסק ככולל יצרן. כמו כן, קבע בית המשפט כי במועד רכישת רסק העגבניות ע"י המערערים, הוא לא היו כשר לפסח על פי הודעת הרבנות וכי פרינר ידעה כי קיימת בעיית כשרות במוצריה, ואף על פי כן שיווקה אותם (או לפחות לא מנעה את מכירתם) כשהם נושאים את הכיתוב "כשר לפסח". לאור זאת, קבע בית המשפט בסעיף 24.1 לפסה"ד כי:

"קיימת ראיות לכאורה לכך שהמשיבה, אף שידעה שהיא צריכה לקבל אישור של הרבנות... נמנעה מלקבל אישור כזה ואף הציגה את המוצרים ככשרים לפסח בהשגחת הרבנות גליל תחתון, דבר שיש בו משום הטעיה לציבור הצרכנים..."

לכאורה נגרם להם נזק ממוני... וכן נגרם, לפחות למבקש, נזק לא ממוני בגין עוגמת הנפש והפגיעה באוטונומיה הפרטית שנגרמו לו כתוצאה מכך שהשתמש במוצר שאינו כשר לפסח, כאשר לפי עדותו הוא הקפיד על שימוש במוצרים הכשרים לפסח."

בהמשך, קבע בית המשפט כי "קיימות ראיות לכאורה לפיהן המשיבה הפרה את האמור בצו הגנת הצרכן" (סעיף 24.3 לפסה"ד), וכן כי "קיימת לכאורה עילת תביעה למבקשים מכוח עוולת רשלנות" (סעיף 24.6 לפסה"ד). לסיום, קבע בית המשפט קמא בסעיף 25 לפסק הדין:

"סיכומו של דבר, למבקשים קיימות, לכאורה, עילות תביעה נגד המשיבה בגין הטעיה, הפרת חובה חקוקה ורשלנות."

4. למרות כל זאת, כאמור לעיל, דחה בית המשפט הנכבד את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, וזאת מהטעמים הבאים:

4.א. **העדר תום לב** (סעיף 27.1 לפסה"ד) – מעדויות המבקשים עולה תחושה כי הבקשה והתביעה הוגשו ביוזמתו של עו"ד לוי, בא כוח המבקשים, ומתוך מניעים אישיים ושיקולים של קבלת שכר טרחת עו"ד. נוצר השש שהבקשה לא הוגשה למטרה שלשמה נוצר ההליך, אלא להעשיר את כיסו של עו"ד לוי.

4.ב. **תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת** בנסיבות הענין – תנאי זה קבוע בסעיף 28(2) לחוק התובענות הייצוגיות, כתנאי שהתקיימותו הכרחית לאישור תובענה ייצוגית. לפי פסק הדין, התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת נשוא הערעור, שכן:

4.ב.1. רוב גדול של הנפגעים ידעו, אם בכלל, על ההטעיה רק לאחר שיתפרסם דבר אישורה של התובענה הייצוגית, ולכן עילת תביעתם תיוולד רק באותו מועד. לפי סעיף 10(א) לחוק, "לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התביעה הייצוגית". לכן, אם תאושר התובענה הייצוגית, רוב גדול של הנפגעים לא ייכלל בקבוצה המיוצגת.

4.ב.2. גם אם תתקבל התביעה, בסופו של דבר יצטרך כל חבר בקבוצה להוכיח את נזקו ואת גובה הפיצוי שהוא זכאי לו, שכן הנזק הוא אינדיבידואלי לכל חבר בקבוצה, ומשתנה לפי מידת שמירתו על מצוות הכשרות, לפי כמות המוצרים שרכש, לפי השאלה אם קנה מוצר חלופי, וכו'.

4.ב.3. גם אם תתקבל התביעה, ספק אם יהיו אנשים רבים שיבואו להוכיח את נזקם ולקבל את הפיצוי, שלכל הדעות הינו קטן.

4.ב.4. מאזן הנזקים נוטה בבירור לטובת פרינר, שכן הנזק הרב הטמון באישור התובענה הייצוגית גדול מאוד לעומת היתרונות של הליך זה למבקשים.

4.ג. מטרה נוספת של הליך התובענות הייצוגיות – ההגנה על הצרכן ו"חינוך" ספקים להתנהגות הוגנת – כבר הושגה מעצם העמדתם של מנהלי חברת פרינר לדין פלילי בגין הפרשה ביסוד התביעה.

5. היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה צורך להתייבב בבקשת האישור לגופה, ולחוות דעתו בשאלות המשפטיות והעובדתיות הקשורות בה, לרבות שאלת התקיימות העילה. בעניין זה נציין כי הוגש כתב אישום כנגד המשיבה בשל האירועים שבהם עוסקת הבקשה, ואנו רואים להפריד בין הדין בפרשה זו לגופה במסגרת ההליך הפלילי לבין העיסוק בעילת התביעה במסגרת ההליך הנוכחי. יחד עם זאת, פסק הדין נשוא הערעור כולל קביעות משפטיות כלליות, הנוגעות לשיקולים באישור תובענות ייצוגיות ע"פ חוק

התובענות הייצוגיות, קביעות המעוררות קושי וראוי להבנתנו להתערב בהם. התייצבות היועץ המשפטי לממשלה מצטמצמת לעניין זה. להלן נתייחס לקביעות אלו אחת לאחת.

א. הגשת תובענה ייצוגית מתוך מניע כספי

6. בסעיף 27.1 לפסה"ד, קבע בית המשפט קמא כך:

"מעדויות המבקשים עולה תחושה (כבדה) כי הבקשה והתביעה הוגשו למטרה לא כשרה, וכי כל כולו של הרעיון להגשת תביעה ייצוגית היה של עו"ד לוי ומתוך מניעים אישיים ושיקולים של קבלת שכ"ט עו"ד... הדברים הנ"ל מעוררים חשש של ממש שמא הבקשה לאישור תביעה ייצוגית הוגשה בחוסר תו"ל, ולמטרה שלא לשמה נועד ההליך, אלא כאמור ע"מ להעשיר את כיסו של עו"ד לוי שללא ספק היה הוגה הרעיון והכוח המניע מאחורי הגשת התביעה."

7. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי עצם הגשת תובענה ייצוגית לשם השגת שכר טרחה – אינה בגדר חוסר תום לב, שכן ציפייה זו היא הכוח המניע את התובענות הייצוגיות, באופן המובנה במכשיר זה, והיא בסופו של דבר המעודדת את הגשתן. עובדה זו, וכן החשש מניגוד עניינים בין התובע לקבוצה הנובע מעובדה זו, הן רלוונטיות לדיון בשאלה האם התביעה הייצוגית רצויה. שיטות משפט שאמצו את התובענה הייצוגית, אִזְנו חשש זה באמצעות חובת ביקורת של בית המשפט על התובע. כמובן, אפשר שבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוגש ממניעים אחרים, אך לרוב המניע לבקשות כאלו הוא כספי, ואין בכך כדי לפסלן.

8. חוק התובענות הייצוגיות, כפי שמעיד הסעיף הראשון שלו, נועד לקדם ארבע מטרות עיקריות: מימוש זכות הגישה לבית המשפט, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, מתן סעד הולם לנפגעים, וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. מכשיר התביעה הייצוגית יוצא מהנחה שיש תועלת בשימוש ב"יזמים פרטיים" הפועלים לשם הפקת רווחים, על מנת לקדם אינטרסים אלו. זהו חלק מובנה מהמכשיר, על הטוב והרע שבכך. ואכן, מחקר רחב היקף על התובענה הייצוגית שערך מכון המחקר האמריקאי הידוע – ראנד – נושא את השם: Pursuing Public Goals for Private Gain (Deborah. R. Hensler et al. Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain (2000)). ובכך מתאר את הדילמה שמעלה מכשיר זה, כנובעת מהפקדת האינטרס הציבורי בידי מי שמונע מהרצון לעשיית רווחים. לשימוש כזה בכוח היוזמה הפרטית יש יתרונות ויש חסרונות. היתרון הוא המוטיבציה הגדולה, החיסרון הוא הסיכון של ניגוד עניינים וכל הסיכונים הנובעים מפעילות שנועדה להשיג מטרה מסויימת אך היא מונעת ממטרה אחרת. התביעה הייצוגית מטפלת בכך על ידי יצירת מנגנוני פיקוח על התובע הייצוגי, הן בכלל והן בשלב הפשרה. בכך היא מוצאת מענה לקושי הבסיסי האמור. דילמה זו עומדת בבסיס המחלוקת הגדולה על כדאיותו של המכשיר. מכל מקום, מחלוקת זו הוכרעה בחקיקה המאמצת מכשיר זה בארץ. תכליות החוק אמורות להיות מוגשמות באמצעות המוטיבציה הנובעת מהרצון להפיק רווחים. משטבוע הדבר במכשיר עצמו אין לראות פסול במניע כזה ואין לפסול בקשת אישור בשל כך. בקשה כזו היא לגיטימית ביותר. כמובן, אם מוגשות באותו עניין כמה בקשות אישור, ראוי להביא בין מכלול השיקולים גם את היתרון שבייצוג על ידי גורם שמטרותיו הן השגת מטרות ציבוריות, למשל תביעה בנושא איכות סביבה המוגשת על ידי ארגון איכות סביבה. כמובן עשויים להיות שיקולים נוספים לבחירה בין מייצגים ובראשם איכות הייצוג. ראוי להזכיר כי, באופן תמוה, לשון החוק מעדיפה לכאורה דווקא גורמים פרטיים על פני ארגונים. כך הוגבל מעמדם של ארגונים להגיש בקשות אישור בשם עצמם, למצב בו לא ניתן למצוא תובע. הפירוש הראוי לדעתנו להוראה זו הוא שיש להעדיף שגם תביעה המוגשת על ידי ארגון תוגש בשם תובע בעל עילה אישית משלו, ולא שיש

להעדיף תביעה של "יזם פרטי" הפועל למטרת רווח על פני תביעה של ארגון. עם זאת, נודה על האמת והיא שסייג זה, שלא נכלל בהצעה הממשלתית (אשר אומצה לתוך ההצעה הפרטית שהתקבלה בסופו של דבר), הוסף במהלך דיוני הכנסת בלחץ נציגי עורכי דין אשר ביקשו לשמר את תחום התביעות הייצוגיות לעורכי דין, שיקול שלכאורה אינו עולה בקנה אחד עם תכליות החוק שהן השגת ייצוג טוב ככל האפשר, להבדיל משריון עיסוק לבעלי מקצוע מסויימים דווקא.

9. על הצורך באיזון בין יתרונותיה של התביעה הייצוגית לבין חסרונותיה, הטבועים בנושא הייצוג, עמד בית המשפט פעמים רבות, ובהן בע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד, פ"ד נו(2) 247 (להלן: פס"ד אנליסט):

"הסדר של תובענה ייצוגית בא להגן על אינטרס היחיד, שעה שהוא מביא לכדאיות בהגשת תביעה שהנוזק האינדיבידואלי בה הוא קטן. בה בעת, הוא מקדם את אינטרס הציבור באכיפת ההוראה החוקית שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. בכך מושגים יעילות, חסכון בהליכים, אחדות בפסיקה ומניעה של ריבוי תביעות (ראו: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(774) 5, 783-785, להלן: פרשת טצת). עם זאת, מכשיר דיוני זה טומן בחובו סכנות. התובענה הייצוגית היא כלי רב עוצמה שעלול לפגוע ביחיד שלא ידע עליו. הוא עלול לדחוק נתבעים לפשרה ללא הצדקה עניינית. ישנו סיכון של הגשת תובענה ממניעים פסולים. כל אלה עלולים להביא לבזבז משאבים ולפגיעה במשק בכללותו (ראו: פרשת טצת הנ"ל, בעמ' 785; וכן: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(323-322) 312, 322(2). דיני התובענה הייצוגית באים להגשים את האיזון הראוי בין הסיכויים והסיכונים שבה; בין שיקולי הפרט ואינטרס הכלל."

10. כעולה מן האמור, בעיית ניגוד העניינים בין התובע ובא כוחו הפועלים להשאת רווחים עצמיים לבין הקבוצה, היא נושא הנדון בכל השיטות בהן נוהגת התביעה הייצוגית או שנשקלת הנהגתה. אף המחוקק הישראלי, כאשר חוקק את חוק התובענות הייצוגיות, התמודד עם בעיית ניגוד העניינים המובנית בתביעה הייצוגית, בכך שהטיל על בית המשפט את החובה לפקח על התובע הייצוגי ועל בא כוחו, לקבוע בעצמו את שיעור הגמול ואת שיעור שכר הטרחה שיקבלו, ולסרב – במקרה הצורך – לאשר פשרות המוצעות לו על ידי תובעים ובאי כוחם.

11. משמעות החלטה לאמץ את דרך התובענות הייצוגיות, כפי שעולה מחוק התובענות הייצוגיות, היא הכרה במניע הכלכלי כמניע לגיטימי להגשת תובענה ייצוגית. סעיף 22(א) לחוק התובענות הייצוגיות מורה לבית המשפט, במקרה שבו תובענה ייצוגית הוכרעה לטובת הקבוצה, להורות על תשלום גמול לתובע המייצג; וסעיף 23(א) מורה לו לקבוע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג. בין השיקולים שאותם מחויב בית המשפט לשקול בבואו לקבוע את שיעור הגמול לתובע המייצג ואת שיעור שכר הטרחה מונה החוק את "מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית" (סעיפים 22(ב)(3) ו-23(ב)(3)). על חשיבות התשלום הכספי כדרך לעודד הגשת תובענות ייצוגיות, עמד הנשיא ברק (כתוארו אז) בפס"ד אנליסט, הן ביחס לפיצוי המיוחד המשולם לתובע הייצוגי, והן ביחס לשכר הטרחה המשולם לבא כוחו:

"שיעור הפיצוי המיוחד צריך לשקף את ההכרה בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן לשם הגנה על אינטרס הפרט והן במסגרת אינטרס הכלל. אכן, הפיצוי המיוחד לא בא רק על מנת לפצות את התובע הייצוגי על הטרחה שבהגשת התובענה ובהוכחתה, אלא גם לספק תמריץ לתובע הייצוגי להגשים את זכות היחיד ואת אינטרס הכלל..."

אותם טעמים עקרוניים העומדים ביסוד הצורך בעידוד תובעים ייצוגיים בכלל, ותובענות ייצוגיות בדיני ניירות הערך בפרט, מצדיקים פסיקת שכר טרחה בסכום שישקף את הוצאות המשפט ושכר טרחת עורך הדין, ולא יגרם חסרון כיס למי שנשא בעיקר ההוצאה הכרוכה בהגשת ההליך והצלחתו."

12. התובענה הייצוגית בעניינים צרכניים עושה, אפוא, שימוש בכוחות השוק החופשי כדי לייצר הרתעה 'אזרחית' (במקביל להתרעה הפלילית ובנוסף לה) נגד הטעיות ועוולות הנעשות נגד לקוחות. כמו כל כלי אחר המבוסס על כוחות השוק החופשי, גם התביעה הייצוגית מבוססת על הרצון לעשות רווחים. עם זאת החוק מאפשר, ובמידה מסויימת מעודד, הגשת תביעות גם ממניעים של רצון לקדם מטרה ציבורית, בין על ידי ארגונים ובין על ידי אחרים.

13. כך באשר למניעתיהם של התובע ובה כוחו. אשר לעצם המעורבות של עורך דין בחליך, ועצם ניהול התביעה על ידי עורך דין המצפה לשכר, מובן שאין בכך פגם. להיפך, ההנחה היא שהתביעה הייצוגית מנוהלת על ידי אנשי משפט. עמד על כך בית המשפט ברע"א 3126/00 מד"י נ' א.ש.ת., פ"ד נו(3) 200, 236 (להלן: פרשת אש"ת):

"התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות... ניהול ההליך המשפטי יוצא מידיהם של הצדדים ונשלט על-ידי אנשי המשפט: עורכי-דין ושופטים... אנשי המשפט העומדים במרכזו של הליך זה נוטים לסיימו בפשרה שתהא הוגנת כלפי כלל בעלי העניין המעורבים... תכליתה של התובענה הייצוגית היא למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי אותם גופים המתעשרים שלא כדין על חשבון היחידים, המצטרפים לציבור גדול. כמו כן היא אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי מקום שבו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות."

14. כמובן, איננו מתעלמים מכך שמקומו של עורך הדין בתביעה הייצוגית שונה מזה של עורך דין בתביעה רגילה הנשכר על ידי תובע לייצגו. התביעה הייצוגית היא במידה רבה ובחלק גדול של המקרים תביעה של עורך הדין, הפועל בה לשם הפקת רווחים. כאמור, הדבר אינו פסול.

15. ואכן, קבע בית המשפט ברע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 296 (להלן: פס"ד רייכרט) כי שיקולים תועלתניים וכספיים אינם גורמים פסולים להגשת תובענות ייצוגיות:

"המשיבים טוענים לפנינו כי שיקוליו של התובע בהגשת התובענה הייצוגית הם שיקולים תועלתניים גרידא. התובע פועל מתוך כוונה לגרוף לכיסו רווח נאה ותוך שהוא מבקש להפיק לעצמו טובת הנאה לכשיזכה בתביעה. תובע כזה, כך לפי המשיבים, אינו פועל בתום-לב ואין לאשר לו לפעול על דרך התובענה הייצוגית."

בית-משפט קמא דחה טענה זו, ובדין דחה. התובענה הייצוגית נועדה לתת לבעל המניות, שנפגע פגיעה קטנה יחסית, תמריץ לתבוע את זכויותיו וזכויות אחרים כמוהו. כדי לעודד בעל מניות לפעול כתובע ייצוגי נקבעו בחוק תמריצים מספר. בין היתר נקבע כי לבית-המשפט שיקול-דעת לפסוק פיצוי מיוחד לתובע שטרח בהגשת תובענה ייצוגית ובהוכחתה (סעיף 54ט(2) לחוק). עצם העובדה שהתובע יפיק רווח לעצמו כתוצאה מהיותו התובע המייצג אין בה – כשלעצמה – לשלול את תום-לבו. לעניין זה מקובלים עליי דבריה של השופטת קמא, כי: "אילו רצה המחוקק לאפשר את התביעה רק לתובעים המבקשים לייצג את הקבוצה משיקולים אלטרואיסטיים לא היה קובע תמריץ כלכלי... משנקבע בחוק כי בית המשפט רשאי לפסוק תגמול מיוחד לתובע ייצוגי, אין מקום לטעון לחוסר תום ליבו רק משום שנענה לקריאת המחוקק... לדברים ברוח דומה בהקשר של תובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ראה דברי השופטת ו' אלשיך בת"א (ת"א) 937/95, המ' 7295/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ."

16. למסקנה דומה, הגיע בית המשפט המחוזי בת"א בהמ' 7295/95 (ת"א) (ת"א) 973/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל, פ"מ תשנ"ה(3) 427. פסק הדין עומד על כך שהתמריץ הכספי הניתן לתובע הייצוגי הוא האמצעי להתגברות על העדר מוטיבציה להגיש תביעות צרכניות:

"פרקליטי הצדדים לא אמרו את הדברים באופן חד-משמעי, ומטיעוניהם אך 'מכצבת' השאלה ששומה עליי להשיב עליה, כדלקמן: האם הגשת תובענה ייצוגית, בהנחה שהמניעים להגשתה היו, בין היתר, קבלת שכר טרחה ואולי אף פרסום, רחמנא ליצלן, בהתאם לסדר גודל התובענה ולעניין הציבורי שהיא תעורר, היא הגשת תובענה שאינה בתום-לב? לגבי דידי, התשובה שלילית; ומדוע? בד בבד עם העובדה, שהמחוקק גדר את זכות העמידה לתובע בתובענה ייצוגית על פי החוק להגנת הצרכן, הרי שהוראות החוק טומנות בחובן אף תמריץ להגשת תביעות מעין אלה. התמריץ דנו, מטבע הדברים, מתבטא הן בפיצוי כספי מוגדל לתובע והן בפסיקת שכר-טרחת עורך-דינו של האחרון; וראוי יהא להדגיש, לענייננו, ששניהם גם יחד - נתונים לפיקוח ולאישור בית המשפט (סעיפים 35 ח ו-35 ט לחוק, לעיל).

על סוגיית התובע בתובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן עמד פרופ' בר-ניב (בורנובסקי) במאמרו: "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" (עיוני משפט יט(1), 251), בזו הלשון:

"... עצם הצורך בקיום תביעה ייצוגית בנושאים צרכניים נובע מהיעדר המוטיווציה של הצרכן לתבוע את זכויותיו שלו. קשה לראות כיצד מי שנמנע מאכיפת זכויותיו כמקבל החלטות וציונלי יתייצב בדין להגנת זכויות הכלל. גם אם יימצאו צרכנים יחידים שהגנת הכלל היא בראש מדרג העדפותיהם, ספק רב לקבוצה קטנה זו כוון מכשיר התובענה הייצוגית. צרכנים כאלה, או חלקם, נוקטים בצעדי אכיפה, בכללם פניה לצוי-מניעה, גם במתכונת הקיימת של חוק הגנת הצרכן. על מנת להתגבר על הבעיה האמורה ולתמרץ צרכנים לשמש אוכפים, מאפשר סעיף 35 ט לחוק לבית המשפט להורות על תשלום פיצוי מיוחד לתובע שטרחה בהגשת התביעה. כלומר, המתכונת המוצעת משנה את הכללים של משוואת ההחלטה של הצרכן המבקש לשמש תובע ציבורי, בכך שהיא מאפשרת תוחלת רווח חיובית לצרכן האוכף את החוק בדרך של תביעה ייצוגית. למרות התמרוץ המוצע בחוק לצרכן האוכף את האינטרס הצרכני הכללי, ספק אם יימצאו צרכנים רבים שיבקשו ליטול על עצמם את העלות והסיכון הכרוכים בניהול התובענה הייצוגית, על צרכנים כאלה ירבוץ עדיין הנטל של שכירת עורכי דין ומומחים אחרים ושל הוצאות אחרות הדרושות לניהול התובענה ולזכייה בה". (ההדגשה שלי - ו' א').

אין לי אלא להסכים, בכל הכבוד, לדברי פרופ' בורנובסקי.

לא זו אף זאת. אלך צעד נוסף ואומר, כי הטענה כנגד משרד עורכי-דין המגיש תובענה צרכנית, כאילו הוא חוטא בחוסרי תום-לב בגין ציפיותיו לרווח, ובמקרה זה - הן של המבקשת כתובעת, והן של משרדה, ככאי-בוחה, היא בלתי-אפשרית...

אשר על כן, אינך יכול לומר, בניגוד להוראותיו המפורשות של החוק, כי תובע, המגיש תובענה ייצוגית מתוך ציפייה לקבלת רווח מיוחד מכך, לוקה בחוסר תום-לב. ברי, יחד עם זאת, כי הציפייה לרווח אינה יכולה להיות המניע היחידי של אותו תובע וכי עליו להיות "תובע המייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה" (סעיף 35ב(4) לחוק).

17. נציין, כי הוגשה בקשה למתן רשות ערעור על החלטה זו, אולם הבקשה נדחתה ללא דיון לגוף הערעור (רע"א 6018/95 חברת החשמל נ' גולדשטיין, תק-על 1092 (2)98).

18. לסיום נקודה זו, נעיר כי סעיף 8(א)(4) לחוק מונה בין דרישות הסף המוצבות בפניו של התובע הייצוגי, את הדרישה: "קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בתום לב". התרופה לייצוג לא הולם היא בהחלפת המייצג, ולא בדחיית הבקשה. לפיכך, בכל מקרה לא ראוי היה לדחות את הבקשה מטעם זה. כאמור לעיל, האינטרס הכספי אף אינו מצדיק החלפת תובע.

ב. האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת?

1. מועד היווצרותה של עילת החטעיה

19. בפסקה 27.2 לפסק דינו, קבע בית המשפט קמא כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לבירור עניין התביעה, שכן –

"לפי ס' 10 (א) לחוק החדש, הרי "לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התביעה הייצוגית כאמור" ... סביר להניח כי חלק רב מאלה שנפגעו ממצגיה של פרי ניר ידעו, אם בכלל, על החטעיה רק לאחר שיתפרסם דבר אישורה של התביעה הייצוגית, ועילת תביעתם, לפיכך, תיולד רק באותו מועד ... באשר לעילות של הפרת חובה חקוקה ורשלנות, הרי עילות אלו נולדות ביום אידוע הנזק ובמידה והנזק לא נתגלה ביום שאירע - היום שבו נתגלה הנזק (בענייננו, ביום שייודע לכל אותם צרכנים דבר אישור הבקשה). מבחינת תובעים רבים, אשר עד ליום זה לא ידעו אודות "הפרת הכשרות והחטעיה" וידעו, אם בכלל, רק אחרי פרסום דבר אישור התובענה, משמעות הדבר הינו כי עילת תביעתם נוצרת אחרי אישור הבקשה ועל כן הם לא ייכללו בקבוצה."

20. אין בבעיה זו, אפילו היתה קיימת, כדי לפסול התביעה מכל וכל, שהרי ברור כי יש רבים כאלה שידעו על בעיית הכשרות עוד לפני הגשת התביעה, ובלי קשר אליה. פתרון בעיה זו – אם קיימת, יש להשאירו לשלב הגדרת הקבוצה, כדי לקבוע האם הקבוצה תכלול גם את מי שרק התביעה הביאה לידיעתו את הבעיה הנידונה בתביעה. לכאורה, ראוי לכלול גם אותם. זכותו של אדם לדעת כי הונו אותו, גם אם ידיעה זו תעורר אצלו עוגמת נפש. קביעת בית המשפט, כי העולה מתגבשת רק עם הגשת התביעה, המיידעת את הנפגע כי הונו אותו, אינה הכרחית. אין מניעה לראות אותו כנפגע גם קודם לכן. בנוסף לכך, סעיף 10(ב) לחוק מאפשר לצרף לקבוצה גם אנשים שעילת תביעתם נוצרה לאחר הגשת הבקשה לאישור התובענה כיייצוגית. זאת ועוד; הנזק אינו רק בעוגמת הנפש, אלא גם הנזק הכלכלי בכך שנקנה מוצר השונה ממה שהוצג וממה שהצרכן ביקש לרכוש. הנזק של פגיעה באוטונומיה אינו תלוי בידיעה, בשונה מהנזק של עוגמת נפש.

21. למעשה, קביעת בית המשפט פוגעת במידה רבה באפשרות להגיש תובענות ייצוגיות בענייני חטעיה. תביעות צרכניות הן פעמים רבות בגין סכומים קטנים. בעניינים כאלה, פעמים רבות לקוחות אינם מודעים לחטעייתם. התביעה הייצוגית נועדה להתמודד עם מצבים של העדר אכיפה עצמית. מצבים כאלה קיימים בין משום שהסכומים קטנים, בין משום שהנושא מורכב ויחיד הציבור אינם מודעים לפרטיו, או אינם מודעים לזכויותיהם או אינם מודעים לפגיעה בזכויותיהם או לאי החוקיות שיש בה. אי המודעות עשויה לגדול כשהמדובר בסכומים קטנים. הליך התביעה הייצוגית נועד להוציא לאור מעשי חטעיה כאלה הנעשים כלפי צרכנים. להתאמת התביעה הייצוגית לפגיעות קטנות בצרכנים; ראו עניין אש"ת:

"לתובענה הייצוגית השלכות כלכליות וחברתיות משמעותיות. היא נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים שנזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, לתבוע בשם כל הנפגעים האנונימיים שסכום תביעתם הכולל גבוה ביותר נוכח ריבוי מספרם. בכך מגנה היא על אינטרס היחיד שנפגע ושאיינו מגיש תביעה בשל הטרחה וההוצאות הכרוכות בכך." (עמ' 237)

"באמצעות התובענה הייצוגית נמצא פתרון למצבים שבהם יש הפרות חוק רבות, כאשר פגיעתה של כל אחת מהן היא יחסית מועטה, אך ההצטברות היא בעלת משקל נכבד. הפרט הנפגע לרוב אינו טורח להגן על החוק המופל. התובע הייצוגי מוכן לעשות כן." (עמ' 288)

22. לפי עמדתו של בית המשפט קמא, דווקא הלקוחות החלשים יותר, אלו שאינם ערים לזכויותיהם או לחטעיה כלפיהם, דווקא הם מוצאים מכלל הקבוצה המיוצגת. קביעה זו אינה מתיישבת עם התביעה הייצוגית הצרכנית. אכן, בקבלו נימוק זה הלך בית המשפט אחר חידוד מסויים שחידדה הנתבעת, בכך

שציננה כי במקרה הנדון המדובר בתביעה בגין עוגמת נפש, ולפי טיעון זה אין עוגמת נפש ללא ידיעה. מי שאכל מאכל אסור מבחינת אמונתו בלי שידע על כך, כביכול לא נפגע לפי טיעון זה. להבנתנו טיעון זה אינו נכון. הוא מאמץ את נקודת מבטו של מי שנושא הכשרות אינו חשוב בעיניו. בעיני איש כזה, המביט על פגיעתו של שומר הכשרות, הפגיעה היא עניין פסיכולוגי הנובע מאמונתו של שומר הכשרות ומידיעתו על הפגם בכשרות. לא כך רואה זאת שומר הכשרות. בעיני שומרי כשרות, המדובר בפגיעה אובייקטיבית שאינה כרוכה בידיעה מצד הצרכן. בניסוח אחר, שטוב לנקודות המבט של המאמין ושאינו מאמין כאחד – הפגיעה כאן אינה רק פגיעה של עוגמת נפש, אלא פגיעה באוטונומיה של הצרכן, אשר ביקש לרכוש מוצר כשר וקיבל מוצר שאינו כשר. בנוסף, טעמים של תקנת הציבור מטים לכך שלא יוכרו אבחנות דקדקניות כאלה בדבר אי ידיעה, שכן הן מעודדות ספקים להונות צרכנים ולהסתיר את ההונאה.

23. זאת ועוד; קביעת בית המשפט קמא, כאילו עילת ההטעיה נוצרת רק ביום שבו נודע לצרכן כי הוטעה – אין לה זכר בחוק הגנת הצרכן. על פי סעיף 2(א) לחוק זה, לעילת ההטעיה שלושה רכיבים: קיומו של עוסק, קיומו של צרכן, ו"דבר העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה". לשלושת הרכיבים הללו, מצטרפים שני רכיבים נוספים, השאובים מדיני הנזיקין הכלליים – הנזק והקשר הסיבתי שבין ההטעיה לבין הנזק (ראה די"נ ברזני). ידיעת הצרכן על הטעייתו אינה אחד מרכיבי העוולה ואינה חלק מהתנאים ההכרחיים להתגבשותה. אף שיש בה חשיבות לדין ההתיישנות (סעיף 8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958), אין היא קובעת את מועד היווצרות עילת ההטעיה, ואין היא קובעת אם ייכלל הצרכן בקבוצה המיוצגת או שלא ייכלל בה. אף סעיף 89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] מזכיר את "היום שבו נתגלה הנזק" כרלוונטי למועד היווצרות התביעה לעניין תקופת התיישנות בלבד.

24. נוסף על כך, סעיף 10(ב) לחוק התובענות הייצוגיות מאפשר לבית המשפט לצרף אדם לקבוצה אף אם עילתו נוצרה לאחר מועד אישור התובענה הייצוגית. גם אם ייקבע שמועד היווצרותה של עילת ההטעיה הוא ברגע שהמוטעה גילה אותה, ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסעיף זה ויאפשר את צירופם של כלל הצרכנים המוטעים לקבוצה.

22. קבוצה הכוללת תובעים בסכומים שונים

25. בית המשפט קמא קבע שהתובענה הייצוגית אינה הדרך ההולמת לניהול התביעה, שכן קיים שוני בין סכומי התביעה של כל אחד מחברי הקבוצה התובעת, ובלשונו (סעיף 27.2.ב):

"גם אם תקבל התביעה, הרי בסופו של דבר יצטרך כל תובע שנמנה עם הקבוצה להוכיח את נזקו ואת הפיצוי שהוא זכאי לו, שכן הנזק משתנה מפרט לפרט בהתאם למידת שמירתו על אכילת מאכלים כשרים (לעניין הפיצוי בגין עוגמת נפש), הכמות אותה רכש, האם הוא קנה מוצר חלופי, מתי נודע לו על ההטעיה וכו'."

26. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ההבדלים בין חברי הקבוצה אינם מצדיקים בירור נפרד של התביעה על ידי כל יחיד, כי בבסיס העניין מעשה אחד שפגע בציבור גדול פגיעה דומה. מטעמים של שוויון ותקנת הציבור, ספק אם ראוי לפסוק פיצוי שונה לפי הוכחות פרטניות של מידת שמירת הכשרות או אף לפי חלוקה לקבוצות נפרדות. פרט לכך, חוק התובענות הייצוגיות נותן מענה לבעיית השוני שבפיצוי – סעיף 20 לחוק מאפשר לבית המשפט גמישות בקביעת סעדים, ואף מכוון למבנה דו-שלבי בקביעת זכאותו של כל אחד מחברי הקבוצה, באמצעות מינויו של ממונה אשר בפניו תוכח זכאותו של כל אחד מחברי הקבוצה. לפני חקיקת חוק התובענות הייצוגיות, בע"א 79/69, 86 פרנקישה נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (להלן: **הלכת פרנקישה**), חלק מבתי המשפט המחוזיים פירשו הלכה זו כאוסרת תביעה ייצוגית בסכומים

שונים. לדעתנו הלכה זו לא הובנה ולמעשה היא קבעה איסור עקרוני עוד יותר. לכך אין חשיבות כיום לאחר החוק.

27. עם חקיקת חוק התובענות הייצוגיות, נפתחה דרך סלולה בפני תובענות ייצוגיות, ומעתה יש לאפשר אישור תובענות ייצוגיות גם כאשר הסעד הנתבע אינו אחד לכל חברי הקבוצה. סעיף 8(א1) לחוק קובע כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם קבוצה, כאשר קיימות "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה". החוק אינו מזכיר זהות הכרחית בגובה הסעד או באופיו, ואין להוסיף תנאי זה לתנאים שקבע החוק לאישור התובענה הייצוגית. אפשר שיהיו מקרים שבהם השוני בסכומים או הצורך באומדן פרטני של הנזק יצדיק בחינה של הצדקת דרך התביעה הייצוגית. לא כן במקרה הרגיל, כדוגמת המקרה הנוכחי, שבו מדובר על מוצר אחד שנרכש בכמויות שונות. מכלול נסיבות העניין מצדיק דיון משותף אחד לכל נפגעי ההטעיה הנדונה, שהיא הטעיה אחידה שנעשתה כלפי כל ציבור הרוכשים, ומרבית מרכיביה אינם משתנים מאדם לאדם. לכאורה מצדיקים שיקולי תקנת הציבור לקבוע במקרה זה גם פיצוי אחד ושוויוני, שאינו משתנה לפי התיאור האישי של כל צרכן בנפרד את מידת רגישותו לעניין. אך גם אם אין הדבר כך, החוק מאפשר התמודדות עם נזקים נפרדים.

28. בעניין אש"ת (עמ' 245), ציין בית המשפט הנכבד כי: "כאשר הוכחת הסעדים הבלתי אחידים הינה מורכבת, יכול בית המשפט לנהל את התובענה בשני שלבים, כאשר בשלב הראשון תידון שאלת החבות או האחריות לפי העניין, ובשלב השני תידון שאלת הסעדים האישיים". ואכן, המחוקק הלך בדרך זו וקבע דרכים להוכחת הזכאות לסעד ולהוכחת סכום הפיצוי, לאחר ההכרעה בתובענה הייצוגית. לפי סעיף 20 לחוק התובענות הייצוגיות, בית המשפט רשאי, לאחר שהכריע בתובענה ייצוגית לטובת קבוצת התובעים, להורות "על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע", ואף להורות "על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר" ולקבוע את "הדרך והמועד להוכחת הזכאות לסעד". הוראות אלו מסמיכות את בית המשפט לקבוע את אופן מתן הסעד לקבוצה הזוכה, בנפרד מהדיון בתובענה הייצוגית לגופה. כמוכן שבידי בית המשפט גם סמכות כללית לפסוק פיצויים על דרך האומדנא לכלל חברי הקבוצה וככל שפיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, רשאי בית המשפט להורות על מתן סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין (ראה הוראת סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות). דרך זו – הדרך הדו-שלבית – היא הדרך שראוי לילך בה כאשר הסעד הנתבע בה אינו זהה לכל חברי הקבוצה. עצם השוני בסעד אינו עילה לדחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

32. מאזן הנוחות

29. בית המשפט קמא קבע כי מאזן הנזקים והתועלות נוטה בבירור לטובת הנתבעים, שכן -

"הנזק הרב הטמון באישור התביעה כייצוגית (אין ספק כי כבר ברגע שתאושר התביעה כייצוגית ייגרם נזק רב למשיבה ולמוניטין שלה) הינו גדול מאד לעומת היתרונות שיש להליך זה, במקרה דנו, במיוחד בהתחשב בכלל הנסיבות של ההטעיה לה טוענים המבקשים".

30. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי "מאזן הנזקים" אינו נזכר בחוק כשיקול לאישור תובענה ייצוגית נגד **גופים פרטיים**, אלא רק כשיקול לקביעת גובה הפיצוי. החוק מזכיר שיקול זה כרלוונטי רק לאישור תובענות ייצוגיות נגד גופים ציבוריים, אך עד כה לא נעשה בו שימוש. אמנם, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לבית המשפט יש שיקול דעת כללי אם לאשר תביעה כייצוגית או לא, ואין הוא מוגבל לתנאים שבחוק, אולם לא ברור מה עומד מאחורי "מאזן הנזקים" שערך בית המשפט. אם הכוונה היא לנזק הקטן

יחסית לכל אדם, ספק אם זהו שיקול ראוי, שכן זהו בדיוק מהותה של התובענה הייצוגית. אף הפגיעה במוניטין של המעוול, לאחר שהוכח שפעל שלא כדין, לכאורה אינה רלוונטית. כל תובענה ייצוגית כוללת פגיעה במוניטין, ובמקום שהפגיעה מוצדקת בשל מעשיה של הנתבעת, לכאורה אין פגיעה זו מהווה שיקול שלא לאשר תובענה ייצוגית. התובענות הייצוגיות מטבען חושפות לציבור הרחב מעשי עוולה של גופים שונים, אשר אלמלא כלי זה ספק אם היו מגיעים לידיעתו, וחשיפה זו – אך חיובית היא.

31. שיקול "מאזן הנזקים" מופיע בחוק בסעיף 8, העוסק באישור התביעה הייצוגית, ובסעיף 20, העוסק בקביעת הפיצוי. בסעיף 8 נושא הנזקים לנתבע מופיע כשיקול רק לגבי רשות ציבורית ולגבי גוף המספק שירות חיוני לציבור. מטרת הוראה זו היא להגן על השירות הניתן לציבור על ידי הרשות או הגוף המספק שירות חיוני. כך למשל קובע סעיף 8(ב)(2):

"הוגשה בקשה לאישור 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 הנזקק 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, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית."

32. אבחנה זו נעשתה באופן מכוון ביותר, כפי שעולה מההוראה השונה בסעיף 20 לעניין קביעת גובה הפיצוי. מכל מקום, עד היום לא נעשה שימוש בסעיף 8 לעניין רשות או גוף כלשהם. כאן אין המדובר בגוף המספק שירות חיוני לציבור.

33. נזקי החברה הנתבעת, כאשר היא גוף פרטי ואיננה גוף ציבורי, מוזכרת בחוק רק בסעיף 20(ד)(2), כרלוונטית לעניין קביעת שיעור הפיצויים:

"הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד נתבע שאינו מנוי בפסקה (1), 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, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור."

34. זו כמובן הוראה חריגה הסוטה מהכלל הרגיל שנפגע זכאי לפיצוי על נזקיו, ויש ליישמה כחריג. גם אז, ההתחשבות בנזק הנובע מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, ולא בנזק כשלעצמו. במקרה הנדון לא הביאה המשיבה כל ראיה לפגיעה שתיגרם ליציבותה.

35. ככלל, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בית המשפט אינו מוגבל לתנאים המנויים בסעיף 8 לחוק, ויש לו שיקול דעת רחב בשאלת אישור תובענות ייצוגיות. בית המשפט רשאי להידרש גם לשיקולי מאזן נזקים. כך אם המדובר בתביעה בגין נזק שולי מאוד, זוטי דברים, ניתן להביא זאת בחשבון בהחלטה על האישור. גם הדין המהותי אינו מקנה זכות בגין זוטי דברים. בע"א 1338/97 תנובה נ' תופיק, תק-על 2003(2) 1522 (להלן: **פס"ד תנובה**), דעת המיעוט של כבוד השופטת פרוקצ'יה היתה כי אין לאשר את התביעה מטעמים של שוליות הפגיעה שנגרמה לציבור, משנמצא כי אין ראיה לנזק שגורם הסיליקון. דעת הרוב היתה כי יש לאשר את התביעה.

36. לעניין המקרה הנוכחי - אף כי בראותנו לנגד עינינו את מכלול הפגיעות שנפגעים צרכנים, אפשר שהפגיעה הנדונה אינה מהחמורות או השערורייתיות ביותר, עם זאת, אין לומר, לדעתנו, כי הפגיעה היא מבוטלת,

לא מבחינת חומרת המעשה מצד החברה ולא מבחינת חומרת הפגיעה בצרכנים. אמרה על כך השופטת פרוקצ'יה בפס"ד תנובה (בדעת מיעוט; ההדגשה הוספה):

"אין זה מסוג המקרים בהם הנזק - בין רכושי ובין לא רכושי - הוא כה ברור על פניו עד כי לא יכול להיות ספק שציבור צרכנים גדול מאוחד באינטרס משותף להעמיד למבחן משפטי מעשה הפרה בתחום הצרכנות. וודאות כזו היתה קימת אילו דובר למשל במכירת מוצר בלתי כשר בתורת מוצר כשר, או מכירת מוצר בעל אחוז שומן גבוה בתורת מוצר דל-שומן."

ג. השפעת ההליך הפלילי

37. לדברי בית המשפט קמא, המטרה הציבורית ההרתעתית של הליך התובענה הייצוגית הושגה במקרה דנן עם הגשת כתב אישום פלילי נגד החברה המטעה:

"אוסף כי לא נעלם מעיני אספקט הציבורי שבתביעה הייצוגית, וההגנה על הצרכן ("חינוך" ספקים להתנהגות הוגנת ביחסיהם עם הצרכנים). דומה כי במקרה המסויים שבפנינו מטרה זו הושגה מעצם העמדתה של המשיבה לדין פלילי בגין הפרשה שביסוד התביעה."

38. הגשת הליך פלילי אינה פוטרת מהליכי תביעה ייצוגית ואינה חוסמת אותם. דומה כי יש להפריד בין הליכים פליליים לבין הליכים אזרחיים. אמנם ההרתעה היא אחת ממטרותיו של הליך התובענה הייצוגית, ואמנם גם ההליכים הפליליים משיגים את אותה מטרה, אולם אין אלו שני הליכים חלופיים. מטרתה הראשית של התובענה הייצוגית – כמו כל תביעה אזרחית – היא החזרת העושק לנעשק, מתן פיצויים למי שנפגע מביצועה של עוולה, לרבות השבת הכסף שנלקח בהטעיה ללקוחות שהוטעו. ההליך הפלילי אינו משיג מטרה זו, ולכן אין בו כדי לדחות את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. הליך פלילי אינו מפצה את הניזוקים, ועל כן אין בו כדי ליתר תביעה אזרחית בעילה דומה.

39. זאת ועוד; לאכיפה באמצעות הליכים פליליים יתרונות וחסרונות לעומת האכיפה האזרחית באמצעות תובענות ייצוגיות. כך, למשל, הרשעה בהליך פלילי דורשת יסוד נפשי מתאים ורף הוכחה גבוה במיוחד, לאור מהותם כהליכי ענישה, הכרוכים גם בכתם הפלילי, וגם בסיכוני פגיעה בגוף בדרך מאסר. האיזונים בהליך האזרחי הם אחרים. הם נועדו לעשות "צדק כספיי" בעיקר בין המעוול לנפגע. הליך התובענה הייצוגית אינו דורש יסוד נפשי (אלא את היסוד הנפשי הנדרש בעוולה שמכוחה מוגשת התובענה הייצוגית), ורף ההוכחה הנדרש בהליך שכזה דומה לרף ההוכחה הנדרש בכל הליך אזרחי אחר. גם הסעד הניתן אינו זהה. ההליך הפלילי עשוי להיות מוגבל בהיקף הקנס הכספי מסיבות שונות. אין הוא נגזר בהכרח מהיקף ההתעשרות של המעוול או מהיקף ההפסד של הנפגעים. הקנס העונשי אינו מגיע לנפגעים לא במישרין ולא בעקיפין. לפיכך, ההליך האזרחי, גם כאשר בולט בו הפן ההרתעתי, שונה מההליך הפלילי. לכן, אין קשר הכרחי בין שני הליכי האכיפה הללו: תובענות ייצוגיות לעצמן ואכיפה פלילית לעצמה, ואין באחד כדי ליתר את הצורך בשני.

ד. אישור התובענה בשינויים

40. חלק ניכר מהבעיות שהצביע עליהן בית המשפט קמא, ניתן היה לפתור באמצעות אישור התובענה הייצוגית בשינויים, בהתאם הוראות סעיפים 8(ג) ו-13 לחוק תובענות ייצוגיות. לאור חשיבותו של הליך התובענה הייצוגית, צריכה דרך זו – של אישור בשינויים – להוות דרך המלך במקום שבו יש יסוד מוצק לתביעה, והבעיות שבה הן פרוצדורליות. נזכיר רק מעט מהבעיות שיכולות היו לבוא על פתרון בדרך זו: זהות התובע, זהות המייצג, הקושי במתן הסעד ועוד. לפי הנטען בערעור, חלק מהבעיות כבר נפתרו על ידי

התובעים בשלב הערעור; ומכל מקום, בעיות היכולות להיפתר בדרך זו – אין בהן כדי לגרום לדחיית התובענה הייצוגית.

ה. סיכום

41. הליך התובענה הייצוגית הינו צעיר יחסית במקומותינו, אולם הפוטנציאל הטמון בו הוא רב. כמו כל דבר חקיקה אחר, גם את חוק התובענות הייצוגיות יש לפרש לאור תכליותיו, המנויות במפורש בראשיתו. לאור האמור, נראה לנו כי הנימוקים שבגינם דחה בית המשפט קמא את בקשת האישור הינם מוטעים בנסיבות העניין.

42. כפי שהובהר בפתח הדברים, איננו מביעים עמדה באשר לתובענה לגופה. כל דברינו אמורים רק באשר להגבלות שהציב בית המשפט קמא על הבא בשעריה של התובענה הייצוגית, שאינן נוגעות לעילה.

היום, יום חמישי כ"ט תשרי תשס"ח, 11 אוקטובר 2007

יעל מימון

ממונה על עניינים אזרחיים

בפרקליטות המדינה