

רע"א 3698/11

ע"א 9244/12

שלמה תחבורה (2007) בע"מ ואח'

ע"י עו"ד חגית בלייברג או עו"ד רועי פדל

משרד גולדפרב, עורכי דין

רח' ויצמן 2, בית אמות השקעות, תל אביב, 64239

טל': 03-6089835 ; פקס': 03-6089861

המבקשות בהליך רע"א 3698/11

יוליה גליזר ואח'

ע"י ב"כ עו"ד עדי מוסקוביץ ואח'

רח' החשמונאים 100 (מגדל החשמונאים), קומה 1

ת.ד. 52570 תל אביב 6713317

טל': 03-6326000 ; פקס': 077-5558582

המערערים בהליך ע"א 9244/12

-נגד-

ש.א.מ..ג.ר שירותי אכיפה בע"מ ואח'

ע"י ב"כ עו"ד עמית מנור או עו"ד יוקי שמש

רח' ברקוביץ 4 (מגדל המוזיאון) תל אביב 64238

טל': 03-6075001 ; פקס': 03-6075029

המשיבים בהליך רע"א 3698/11

דומיקאר בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אהרן מיכאלי או יהודה רוזנטל

משרד מ. זליגמן ושות'

דרך יגאל אלון 98, תל אביב

טל': 03-7101616 ; פקס': 03-7101617

המשיבה בהליך ע"א 9244/12

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י עו"ד מפרקליטות המדינה,

מרחוב קרית המדע 5, בנין 3B, קומה 5,

הר חוצבים, ירושלים

טל': 02-6362015 ; פקס': 02-6467038

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת ביהמ"ש הנכבד, מוגשת בזאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

פתח דבר

1. בראשית הדברים נבקש להבהיר שעמדה זו תתמקד בשאלות העקרוניות, שבגינן הורחב ההרכב הדין בשני ההליכים שבכותרת, ובגינן גם התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

להבנתנו, מדובר בשאלת היחס המשפטי הראוי לבקשות לאישור תובענות ייצוגיות שניזומו על ידי עורכי דין, למטרת פסיקת גמול ושכ"ט (שאלה שנידונה גם בפרשת ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (2014)), ולמעלה מזו שאלת היחס לתובענות ייצוגיות שהוגשו ע"י תובעים מייצגים ועו"ד, באופן כזה שהם יצרו לעצמם עילה אישית וביצעו את העסקה מושא בקשת האישור, רק לשם הגשת התובענה הייצוגית (שאלה שלא נידונה בפרשת פריניר).

כך גם שאלת ההתייחסות המשפטית הראויה, לתובענות ייצוגיות שונות, העוסקות באותן עילות ואותן סוגיות, ולמרות זאת, מוגשות במפוצל לבתי משפט שונים על ידי אותם תובעים/עורכי דין ללא רישומם בפנקס התובענות הייצוגיות (ולעיתים, אף ללא יידוע בתיהמ"ש בכך), ולשאלה האם בהכרח ראוי לדחות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות כאלה על הסף, גם אם מדובר בתובענות הראויות לגופן.
2. נציין, שהיועץ המשפטי לממשלה יבקש לא להביע עמדה במחלוקות הצדדים, ביחס לתיקים הקונקרטיים שלפנינו, ויותר את ההכרעה בכך לשיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד.

כך, לא נביע עמדה בשאלה העובדתית האם בעניינם של כל המקרים שלפנינו, אכן שכירת הרכבים והחזרתם, עם מיכל דלק שאינו מלא, נעשתה במיוחד לשם הגשת התובענה הייצוגית. בעניין זה, עמדתנו תדון רק בשאלה העקרונית בסוגיית היחס הראוי למצב דברים של יצירה מכוונת של עילה אישית לשם הגשת תובענה ייצוגית, כאשר בכך מדובר.
3. היועץ המשפטי לממשלה, גם לא יביע עמדה, אלא יותיר לשיקול דעת ביהמ"ש את שאלת קיום העילה במקרים שלפנינו, שאלת פירושו הנכון של חוזה שכירות הרכבים, השאלה האם יש בחוזים תנאי מקפח בחוזה אחיד, והשאלה האם בנסיבות המקרים, התקיימה הסכמה של השוכרים, לתשלומים שנגבו עבור החזרת מיכל דלק שאינו מלא. בהקשר זה נציין, שאמנם לפי הוראות סעיף 41 לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (הסעת סוור, הסעה מיוחדת והשכרת רכב) תשמ"ה-1985, לא ישכיר אדם רכב אלא אם כן חתם השוכר על הסכם שנוסחו אושר בידי המפקח על התעבורה, אולם בדיקת המפקח מתמקדת ברכיבי חובה המפורטים בסעיף 41 לצו הפיקוח ובפרט בנוגע לביטוח ותנאיו, אך המפקח אינו עוסק בתוכן הספציפי של הסכמי השכירות ואינו עוסק במחיר שנקבע, בתנאי הביטול וכדו'.
4. לעומת זאת וכאמור, נראה להלן לפרוס את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בסוגיות העקרוניות שבגינן הורחב ההרכב והתבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

כפי שיפורט להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה, שהגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית ביוזמת עו"ד, משיקולי גמול ושכ"ט, אינה צריכה להביא לדחיית בקשת האישור, רק מסיבה זו, כל עוד מדובר בתובענה ייצוגית ראויה, בעלת עילה משפטית מוצקה, שצפויה לקדם את האינטרסים של הקבוצה. כמובן, על ביהמ"ש לפקח היטב, שקידום האינטרסים הכלכליים של התובע המייצג וב"כ אכן אינו בא על חשבון קידום האינטרסים של הקבוצה. אולם, כל עוד ההליך הייצוגי ואופן ניהולו ע"י התובע המייצג וב"כ, מתיישבים עם האינטרסים של הקבוצה, הרי שלעמדתנו, אין מקום לדחות בקשת אישור מבוססת, מחמת המניע הכלכלי העומד בבסיסה, שהרי התמריצים הכלכליים שמעניק החוק לתובע המייצג ולב"כ, מקדמים את טובת הקבוצה, ומביאים להגשת תובענות ראויות. כך גם, בנוגע לייזום התובענה על ידי עורכי דין, לעמדתנו, אין הדבר מהווה נימוק לדחות את בקשת האישור מטעם

זה, כל עוד הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הקבוצה, כאמור.

עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה, כבר הוגשה לבימ"ש זה, במסגרת פרשת פריניר, ומכל מקום, נחזור להלן על הדברים ונחדדם. עמדת היועץ שהוגשה בפרשת פריניר מצ"ב ומסומנת א'.

5. כאשר מדובר בהתנהלות פגומה של תובע מייצג או של בא כוחו (למשל בהגשת מספר תובענות ייצוגיות באותה סוגיה לבתי משפט שונים, מבלי ליידע את בתיהמ"ש בכך, ומבלי לרשום את התובענות בפנקס התובענות הייצוגיות), **החוק מאפשר לבית המשפט שיקול דעת** האם לדחות את התובענה, או לאשר את התובענה תוך מתן הוראות שיבטיחו את הייצוג הראוי לאינטרסים של הקבוצה (ראו בסעיף 8(ג)(1) לחוק). לעמדתנו, במקרים שבהם סבור בית המשפט כי מדובר בתובענה ראויה ומבוססת ודחייתה עלולה להביא לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה, מוצע כי **יבחר בדרך שפגיעתה בחברי הקבוצה תהיה פחותה ככל הניתן, תוך מתן עדיפות לאפשרות של אישור התובענה.**

מובן, שבתיהמ"ש יוכלו לתת ביטוי למורת רוחם מהתנהלות לא ראויה של המייצגים, גם במסגרת פסיקת שכה"ט והגמול, או אף בדרך של פסיקת הוצאות כנגד התובע או ב"כ, במקרים המתאימים, ובהתאם לשיקול דעת ביהמ"ש.

6. בנוגע לשאלת היחס המשפטי הראוי, **למקרים שבהם התובע המייצג או ב"כ יוצרים לעצמם באופן מכוון עילה אישית, לשם הגשת התובענה הייצוגית**, למשל ע"י התקשרות בעסקה שכל מטרתה הינה יצירת עילה אישית, הרי שגם בנוגע לכך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה, **שאין מקום לדחות את בקשת האישור רק מטעם זה.**

7. ככל שמדובר בתובענה ייצוגית מבוססת, בעלת עילה משפטית מוצקה, הרי שאיננו רואים טעם לדחות בקשת אישור ראויה, **ובכך לקפח את זכותה של הקבוצה ושל הציבור**, רק בשל ההתנהלות הנזכרת של התובע המייצג.

8. אמנם, יצירה מלאכותית של עילה אישית, לשם הגשת תובענה ייצוגית, עלולה במקרים מסוימים **לחתור תחת קיומה של העילה האישית עצמה**. כך למשל, בדרך כלל, לא תוכל לעמוד עילת הטעייה, כאשר התובע היה מודע להטעייה עוד לפני שהתקשר בעסקה, שנעשתה על ידו רק לשם הגשת התובענה הייצוגית בעילה זו.

במקרים מסוימים, ובהתאם לכלל הנסיבות, ידיעה על העוולה מראש, גם עלולה לעלות כדי הסכמה של התובע לאופן ההתנהלות של נתבע עימו, ולחתור תחת עילות חוזיות או נזיקיות, כאשר לא מדובר בזכויות קוגנטיות. על כן, במקרים כאלה, יצירה מלאכותית של עילה אישית לשם הגשת תובענה ייצוגית, אכן עשויה להביא, בהתאם להוראות החוק, לדחיית בקשת האישור על הסף מחמת היעדר עילה אישית (או לכל הפחות להביא להחלפתו בתובע מייצג אחר). מאידך גיסא, **לא תמיד ולא בהכרח**, יצירה מלאכותית של עילה אישית לשם הגשת תובענה ייצוגית צפויה לחתור תחת קיומה של עילה אישית, שהרי כאשר מדובר בזכויות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן, וכאשר לא מדובר בעילת הטעייה (אלא בעילה חוזית או נזיקית), עדיין עשויה להתקיים עילה אישית.

9. על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הגם שאין ביצירה מלאכותית של עילה אישית לשם הגשת תובענה ייצוגית, בכדי להביא בהכרח לדחייתה של בקשת אישור, הרי שיש צורך לבחון היטב, האם **אופן התנהלות זה אינו חותר תחת קיומה של העילה האישית עצמה**. מובן שבחינה זו תצטרך להיעשות ביחס לכל מקרה לגופו ולנסיבותיו.

10. עוד נוסף, שלעיתים יצירה מלאכותית של עילה אישית, **שלא במסגרת עריכת עסקה אותנטית עם הנתבע, עלולה לעורר ספיקות** בעצם קיומה של העילה משפטית שבבסיס התובענה ברמה הקבוצתית, ובעצם קיומה של קבוצה, והכל בכפוף לנסיבות הקונקרטיים, כמובן.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה

11. להבנתנו, ביהמ"ש הנכבד ביקש לדון במסגרת ההליכים שלפנינו בארבע שאלות עקרוניות, שנדון בהן להלן כסדרן:
- הגשת תובענות ייצוגיות מתוך מניע כלכלי, ולא מתוך תכלית של קידום טובת הקבוצה.
 - תובענות ייצוגיות המוגשות ביוזמת עו"ד, שפנה מיוזמתו לתובע מייצג.
 - היחס הראוי לתובענות ייצוגיות, כאשר התובע המייצג וב"כ יצרו עילה אישית באופן מלאכותי לשם הגשת ההליך.
 - היחס הראוי לתובענות ייצוגיות העוסקות בסוגיות זהות, ומוגשות ע"י תובעים/ב"כ זהים לבתימ"ש שונים, מבלי ליידע בכך את בתיהמ"ש, ומבלי לרשום את התובענות בפנקס התובענות הייצוגיות: האם ראוי לדחות את בקשות האישור על הסף, מחמת ההתנהלות האמורה, גם אם מדובר בתובענות הראויות לגופן?
- בנוסף, נדון להלן בקצרה, גם בכמה סוגיות רוחביות שהתעוררו בתיקים דנן, בדיני החוזים האחידים ובדיני המע"מ.

שאלת היחס להגשת תובענות ייצוגיות מתוך מניע כלכלי

12. שאלה זו הוצבה ע"י כב' השופט רובינשטיין בדבריו בדיון בע"א 9244/12 ביום 5.1.15 (עמ' 1, שורות 2-6):
- "האם זו לא שינוי תפיסה, במקום שזה יהפוך למכשיר חברתי, זה הופך להיות לסוג של דרך לבניית תביעות ונושא כלכלי עסקי בשביל עורכי דין. אנו בכל עניין זה שוקלים אולי אפילו להרחיב הרכב... יתכן שנצטרך לקבוע עמדה רחבת היקף יותר בנושא וזה בודאי ישליך על ראיית הערעור."
- כידוע, לסוגיה זו נדרש גם פס"ד פרינר, לעיל ס' 1. להלן נעמוד על שנקבע שם. גם היועץ המשפטי לממשלה כבר הביע את עמדתו בסוגיה זו בפרשת פרינר,¹ ומכל מקום, נראה לעמוד על עיקרי עמדתנו ולחדד מעט את הדברים.
13. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הינה, שאין בדבר קיומו של מניע כלכלי להגשת התובענה הייצוגית, בכדי להצביע על חוסר תום לב מצד התובע המייצג ובא כוחו, או בכדי להביא לדחיית בקשת האישור, וזאת כל עוד נשמרים האינטרסים של חברי הקבוצה, שהרי המניע הכלכלי הוא הכוח המניע את מוסד התובענה הייצוגית, באופן המובנה במוסד זה, שהוכר ואומץ ע"י המחוקק.
- חוק תובענות ייצוגיות עושה שימוש במניע הכלכלי העומד בדרך כלל בבסיס הגשת התובענה הייצוגית, וזאת לשם קידום האינטרסים הציבוריים.
- האפשרות החלופית לפיה, אין לאשר הגשת תובענה ייצוגית הראויה לגופה, בשל קיומו של מניע כלכלי, לא זו בלבד שאינה עולה לעמדתנו בקנה אחד עם הוראות החוק, עם כוונת המחוקק ועם פסיקת בתי המשפט כדלהלן, אלא גם צפויה לפגוע בקבוצה המיוצגת עצמה ובאינטרס הציבורי הדורש לקדם תובענות ייצוגיות מבוססות, ובפרט שההנחה היא, שבבסיסן של רוב התובענות הייצוגיות המוגשות, עומד מניע כלכלי. כך גם, מן הטעם שקבלת אפשרות כזו תגרום לקיום דיונים ארוכים בבירור שאלת המניע, על אף שעל פניו, לשאלה זו כשלעצמה אין חשיבות או קשר לבירור התובענה לגופה, ולקידום טובת הקבוצה.²

14. עמדה זו, נתמכת באופן ברור בחוק תובענות ייצוגיות ובכוונת המחוקק. הדבר עולה מהוראות החוק עצמו. ס' 22-23 לחוק מסמיכים את ביהמ"ש לפסוק שכ"ט וגמול, ואף מורים, שניתן שלא לפסוק גמול כאשר התובענה

¹ עמדת היועץ שהוגשה בפרשת פרינר מצ"ב ומסומנת א'.

² עוד ר' בהרחבה בסע' 7-11 לעמדת היועץ שהוגשה בעניין פרינר (מצ"ב ומסומנת א').

התקבלה, רק אם קיימים "טעמים מיוחדים שיירשמו". המחוקק הניח, שפסיקת שכה"ט והגמול נחוצה, לשם יצירת כדאיות להגשת התובענה ולשם קידום האינטרסים הציבוריים. הדבר עולה גם מההיסטוריה החקיקתית וכוונת המחוקק.

כוונת המחוקק

15. ראו בדברי ההסבר לסעיף 17 להצעת חוק (ממשלה) תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 234 (26.1.06), בעמ' 269: "בתובענה ייצוגית משמש עוה"ד המייצג את התובע המייצג, כנציג ציבור המביא את דברם של כלל חברי הקבוצה בפני ביהמ"ש... בא כוח המייצג נוטל אחריות לרכושם של אחרים והוא עושה זאת בשל התמריץ הכלכלי" (כל ההדגשות בציטוטים במהלך העמדה, אינן במקור).
ראו גם בדיון ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 20.4.05, בעמ' 30 לפרוטוקול, בדברי יו"ר הועדה ח"כ (דאז) רשף חן: "רותמים את האינטרס הכלכלי למען הכלל, וברמה הפוליטית-האינדואלוגית אני חושב שכך יש לעשות דברים". ור' שם גם בעמ' 38-39, בדברי ח"כ חן: "אין ספק שרווח אישי הוא המניע, אבל דה פקטו עורכת הדין הופכת לשליחת ציבור, וחלות עליה חובות של שליחת ציבור."
כן ראו בדיון במליאת הכנסת באישור חוק תובענות ייצוגיות בקריאה שניה ושלישית מיום 1.3.06, בדבריו של ח"כ חן: "התגמול הזה הוא הדלק שמניע את כל המנגנון... התגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לעוה"ד הם הדלק שיניע או יחניק את התביעות האלה."

עמדות מלומדים

16. גם בדברי מלומדים מצאנו תמיכה רבה לעמדה זו. ראו למשל בדבריו של פרופסור קלמנט:
"התביעה הייצוגית מנצלת איפוא את האינטרס הפרטי של עוה"ד המעוניין ברווח כספי, לשם השגת איזון בין כוחם של התובעים לבין כוחו של הנתבע... כדי לקדם מטרות חברתיות של הרתעה, פיצוי ושלטון החוק."³
"עורכת הדין אשר הגישה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית השקיעה מזמנה וממשאביה לשם כך. היא עשתה זאת מתוך התקווה שיזמתה תישא פירות בצורת שכ"ט, לאחר שתנהל את התביעה ותזכה בה... יודגש שהגשת התובענה ממניעים של עשיית רווח, אין בה כשלעצמה כדי להעיד על חוסר תום ליבם של התובע או עורכת הדין. מנגנון התביעה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של התובע ועורכת הדין, לטובת מטרה ציבורית. לפיכך הרצון לעשות רווח באמצעות התובענה הייצוגית הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה."⁴
וכן ראו בדבריו של אמיר וינצבליט:

"הגמול לתובע המייצג ושכ"ט לבא כוחו הם הרי התמריץ העיקרי מצדם של אלו, ליזום ולנהל את התובענה הייצוגית מלכתחילה. הגמול ושכר הטרחה הם הכוח שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית... שאלמלא כן לא היה כדאי להביאן לביור בפני ביהמ"ש."⁵
כן ראו במאמרו של השופט בדימוס משה טלגם ז"ל:⁶

"המאמר מצביע על השכר והגמול כמנוע הכרחי וחיוני לעצם קיומה של האכיפה האזרחית" (שם, 227); "אין לצפות מכל אדם לפעול מטעמים אלטרואיסטיים... ברור שנדרש תמריץ כספי לכך שיעמוד ניזוק זעיר... ויאלץ ליטול על עצמו את ההשקעה ואת הטרחה. ככל שתגדל התביעה, כן יצדק המאמץ לטפל בה ושכר הטרחה של עוה"ד והגמול ליזום אמורים להיקבע בהתאם." (שם, עמ' 228); "יזמים אינם פועלים ממניעים אלטרואיסטיים וכי חייבים ליצור להם תמריץ שיפעילם." (שם, עמ' 235).⁷

³ אלון קלמנט, "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים", מחקרי משפט כא תשס"ד-2004, בעמ' 414.

⁴ אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006", הפרקליט מט 131, 148-149.

⁵ אמיר וינצבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג תשע"ג: 351, 390.

⁶ משה טלגם, "התובענה הייצוגית- שיקולים בקביעת שכר וגמול" שערי משפט ד(1) התשס"ה 227.

⁷ מאידך גיסא, נפנה גם למאמר סטיבן גולדשטיין "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א תש"ס, 27, 47, הטוען, שבבסיס הגשת תובענות ייצוגיות עומדים מניעים נוספים ולא דווקא המניע הכלכלי הנובע מהציפייה לגמול ושכ"ט. גולדשטיין טוען, שהאספקט הציבורי שבתובענות ייצוגיות, על הסיקור התקשורתי והפרסום הנלווים לכך, מתמרצים כשלעצמם הגשת תובענות ייצוגיות, גם לנוכח האיסור המשמעותי

17. אם כן, אין ספק שהמניע הכלכלי הוא המניע הדומיננטי העומד בבסיס רובן של התובענות הייצוגיות וגם המחוקק עצמו היה ער לכך והתכוון להשתמש במניע הכלכלי האישי, לשם הגשמת מטרות ציבוריות. לפיכך, אין בעצם קיום המניע הכלכלי, משום חוסר תום לב או ייצוג שאינו הולם, כל עוד התובענה מקדמת את האינטרסים של הקבוצה. כידוע, גם בימ"ש זה אימץ עמדה זו, הן בפס"ד פריינר והן בפסקי דין ישנים יותר, שניתנו לאורך השנים. נפרט.

פסיקת ביהמ"ש הנכבד בסוגיית המניע הכלכלי

18. בעניין רייכרט⁸ נקבע, עוד לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות:

"כדי לעודד בעל מניות לפעול כתובע ייצוגי, נקבעו בחוק תמריצים... בין היתר נקבע כי לביהמ"ש שיקול־דעת לפסוק פיצוי מיוחד לתובע שטרם בהגשת תובענה ייצוגית... עצם העובדה שהתובע יפיק רווח לעצמו כתוצאה מהיותו התובע המייצג אין בה – כשלעצמה – לשלול את תום־לבו. לעניין זה מקובלים עליו דבריה של השופטת קמא...: "אילו רצה המחוקק לאפשר את התביעה רק לתובעים המבקשים לייצג את הקבוצה משיקולים אלטרואיסטיים לא היה קובע תמריץ כלכלי... משנקבע בחוק כי ביהמ"ש רשאי לפסוק תגמול מיוחד לתובע ייצוגי, אין מקום לטעון לחוסר תום ליבו רק משום שנענה לקריאת המחוקק"... אף אם המניע של המבקשים בהגשת התביעות הוא... לצבור רווח, אין בכך כל פסול, שכן מניע זה אינו מנוגד לאינטרסים של שאר חברי הקבוצה..."

כן ר' בפסק דינו של הנשיא ברק (גם כן לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות), ביחס לפסיקת גמול בעניין אנליסט⁹:
"הפיצוי המיוחד נדרש גם משום שבמקרים רבים אין בנזק הקונקרטי שנגרם לתובע הייצוגי די, וללא הגדלה של שיעור הפיצוי לא תהא כדאיות בהגשת התובענה.. הפיצוי המיוחד בא להתגבר על בעיית תת האכיפה."¹⁰

ולאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, נפסק בעניין אכדיה¹¹:

"הגמול לתובע המייצג נועד... להגביר את הכדאיות בהגשת תובענות ייצוגיות ראויות, במיוחד במקרים שבהם אין די בפיצוי על הנזק הקונקרטי, כדי להפוך את הגשת התובענה לכדאית".
ובאופן יותר נרחב (גם כן לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות), עסק פסה"ד בעניין קרן¹²:

"האינטרס האישי של התובע... הוא שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית ובלעדיו היא לא היתה מוגשת." (ס'¹⁹)

"נועד הגמול לתמרץ הגשת תובענות ייצוגיות, כאשר בדרך כלל לא יהיה בסכום עילת התביעה של התובע לבדו על מנת לעשות כן... ברי כי אין לצפות מאדם לפעול לשם קידום טובת הכלל מטעמים אלטרואיסטים..." (ס' 22-24)

"נהוג לומר כי תובענות ייצוגיות לא היו מוגשות באם לא הייתה ניצבת לנגד עיניהם של מגישיהן ציפייה לעשיית רווח... מנגנון התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של התובע ועורכת הדין לטובת מטרה ציבורית... האינטרס של התובע המייצג בקבלת הגמול דומה למדי לאינטרס של בא כוח התובע המייצג לקבלת שכ"ט... אינטרס כלכלי למהדרין אשר ברי שעומד לנגד עיניו של התובע המייצג הרגיל או הסביר... באשר לבא הכוח המייצג, אין מחלוקת על כך שמטרתו הינה להשיא את רווחיו." (סעיף 43 לפסה"ד)

"הניסיון להציג את התובענה הייצוגית ככלי חברתי המנותק מכל זיקה עסקית-כלכלית אינו הולם את המציאות המשפטית והחברתית אשר במסגרתה צמח הכלי הנדון... כלי התובענות הייצוגיות... בא לאוויר העולם במטרה לרתום את האינטרס הכלכלי-הפרטי של התובעים המייצגים ושל באי כוחם לשם קידום מטרות ציבוריות ובכך להביא לאכיפה יעילה של הוראות הדין... אף אם תכלית התובענה הייצוגית הינה כזו שניתן להגדירה

המונע בדרך כלל מעורכי דין לפרסם את עצמם.

⁸ רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש פ"ד נ"ה (5) 276, 295-296 (2001).

⁹ ע"א 8430/99 אנליסט אי.אם.אס נ' ערד השקעות פ"ד נו(2) 247, 258.

¹⁰ עוד ראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשיץ פ"ד מט(5) 774, 785.

¹¹ עע"מ 2395/07 אכדיה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (2010), בסע' 20 לפסה"ד.

¹² ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן [פורסם בנבו] (2012).

כ"חברתית", הרי שהכלים שנבחרו להגשמת אותה תכלית נטועים היטב בעולם הכלכלי-עסקי, כאשר אינטרסים פרטיים צרים מתועלים לטובת השגתה במסגרת מנגנון בעל אופי שוקי... הנה כי כן יוצא כי לא זו בלבד שאינטרסים כלכליים פרטיים אינם עומדים בהכרח בסתירה לקידום מטרות חברתיות ציבוריות חשובות, אלא שהם אף עשויים להיות מתועלים לשם קידומן של אותן מטרות" (ס' 53 לפסה"ד).

19. כידוע, סוגיית המניע הכלכלי הייתה אחת הסוגיות שבהן עסק פס"ד פרינר, לעיל ס' 1, כאשר במסגרת פסה"ד, התקבל ערעור (בין היתר) בסוגיה זו, כאשר בימ"ש זה חזר וקבע (בניגוד לקביעותיו של ביהמ"ש המחוזי באותו תיק), שאין פגם בקיום המניע הכלכלי, ומניע זה אינו עולה כדי חוסר תום לב ואינו מצדיק את דחיית התובענה, כל עוד אינו עומד בסתירה לקידום טובת הקבוצה והאינטרס הציבורי:

"שיקולים תועלתניים וכספיים, שהניעו את התובע הייצוגי להגיש את תביעתו – אין בהם כדי לשלול את תום לבו ולהכשיל את אישורה של התובענה כייצוגית... הוא הדין ביתר-שאת בשעה שהמניעים הכספיים האמורים מיוחסים לעורך-הדין, שזה עיסוקו ואין פסול בציפיותו לקבל שכר טירחה." (סעיפים 85-86 לפסק דינו של כב"ה השופט מלצר).

"לא זו בלבד שהמחוקק לא ראה מקום לקבוע, כי ייזום ההליך הייצוגי על-ידי עוה"ד המייצג, ממניעים של רצון להפיק רווח אישי, גורע מסיכוייה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית להתקבל, אלא שהוא אף הכיר בתובע המייצג ובא-כוחו כמעין יזמים המבצעים אכיפה פרטית של זכויותיהם של כלל חברי הקבוצה, באמצעות ביהמ"ש..." (ס' 90 לפסה"ד של השופט מלצר)

"אין מקום לדחות בקשה לאישורה של תובענה... מבוססת-עילה ושמתיקיימים לגביה כל התנאים הנדרשים על פי החוק – ולפגוע אגב כך בזכויותיהם של חברי הקבוצה... ובסיכוייהם לקבל טובת הנאה מזכייה אפשרית בתובענה, ואף במטרות החברתיות שההליך הייצוגי נועד להשיג – כל עוד המבקש הראה כי קיים יסוד סביר להניח, שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב. וזאת, גם אם המניע להגשת התובענה והמוטיבציה לנהל אותה... נעוצים בתקווה להשיג רווח אישי לתובע הייצוגי ולעוה"ד... מנגנון התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של עוה"ד (ושל התובע) למטרה הציבורית. הרצון לקבל שכ"ט, או גמול... הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה." (ס' 93 לפסה"ד של השופט מלצר)

"התובענה הייצוגית שונה היא מתובענה רגילה. תובענה זו מקדמת גם ובעיקר אינטרס ציבורי... בשל חשיבות זו לקיום הליכי תובענה ייצוגית... חוק התובענות הייצוגיות... מעודד הגשתן באמצעות קביעת גמול לתובע המייצג ולב"כ... כפי שציין חברי השופט מלצר, על מנת לקדם את האינטרס הציבורי, חוק התובענות הייצוגיות נותן תמריץ כלכלי בדמות מיזם עסקי, המאפשר לעוה"ד לפעול כיוזם כלכלי המשקיע את מרצו וזמנו בתובענה למען הסיכוי שיפסק שכ"ט נדיב לטובתו... החוק מאפשר לקדם את שני האינטרסים – הן קידום האינטרס הציבורי והן האינטרס הכלכלי, שאינם בהכרח זאב וכבש זה לזה. יכולים השניים לדור בכפיפה אחת. המערכת משתמשת במניע הכלכלי כדי שפרטים – כולל עו"ד – יסייעו לה לקדם את האינטרס הציבורי. כלומר, האינטרס הכלכלי מגויס לשירותו של האינטרס הציבורי." (פסק דינו של השופט גיוראן)

"ישנו דיסוננס מסוים, לא מבוטל, בין הרכיב הציבורי של התובענות הייצוגיות לבין הרכיב הכלכלי הכרוך בהן ומהוה קטר להן. כשלעצמי הייתי מתקשה לחיות בשלום ערכית עם צרימה זו, שהרי ישנה – כאמור – ציפיה ואפשרות למאבקים צרכניים, למשל מעמותות ללא כוונת רווח, ולאז דווקא מכיוון של בעלי אינטרס כלכלי, והדבר נאמרים בלא חלילה - כוונת פגיעה באיש. ואולם, המחוקק הישראלי- בעקבות שיטות משפט אחרות- בחר גם בדרך זו ופתח נתיב והביטוי לו הוא חוק תובענות ייצוגיות. חוק זה כהלכתו מופעל הוא בהנעה הכלכלית..." (ס' י"א לפסה"ד של השופט רובינשטיין)

"ידע המחוקק כי מטרה ציבורית זו... כדי שתושג בדרך של תובענה ייצוגית זקוקה למי שישא את המשא על שכמו, והוא לא יעשה כן אם לא יזכה לשכר הולם. עלינו להידרש כאמור לאיזון ההוגן כלפי

כולי עלמא. (ס' ג' לפסה"ד של השופט רובינשטיין)

עוד ר' בדברי כב' השופט רובינשטיין (בהסכמת השופטים מלצר והנדל) לאחרונה בפס"ד מי הגליל:¹³ "מתוך הבנה כי המטרה הציבורית לא תושג בלא שהעמלים במלאכה יקבלו שכר הולם בתמורה לפועלם, יצר המחוקק מערכת תמריצים כלכליים להגשת תובענות אלה ולקידום האינטרס הציבורי הגלום בהן... המניע הכלכלי הוא מניע לגיטימי להגשת תובענות ייצוגיות ואין בו כשלעצמו כדי להעיד על חוסר תום לב או פגם אחר בהגשת התובענה... אכן האינטרס הכלכלי הוא הקטר המניע את רכבת התובענות הייצוגיות ואין בו פסול כשלעצמו מיסודו במידה הנכונה... אך דברים אלה אמורים כל עוד אין הוא מביא לידי הפרתן של החובות המוטלות על התובע המייצג וב"כ, ולהפיכת האינטרסים על פניהם... קרי המירוץ לגמול ושכר הטרחה ישטוף ויטביע את המטרה הציבורית. זאת אין להלום..."¹⁴ (ס' כ"א לפסה"ד)¹⁴

20. אם כן, לסיכום, המסקנה העולה, מחוק תובענות ייצוגיות, מכוונת המחוקק, ומפסיקתו הברורה של בימ"ש זה לאורך השנים, שאין מקום לדחות תובענה ייצוגית מחמת קיום מניע כלכלי, שהרי מניע זה הוא העומד ביסוד מוסד התובענה הייצוגית כפי שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות, ו- "חוק זה כהלכתו מופעל הוא בהנעה כלכלית" (כלשונו של השופט רובינשטיין בפס"ד פרינר, לעיל ס' 1).
כך גם, מחמת הטעמים דלעיל, שדחיית תובענה ראויה, מחמת קיום מניע כלכלי, תפגע בטובת הקבוצה ובאינטרס הציבורי שהם התכלית העיקרית של החוק, ובנוסף, התמקדות בסוגיית המניע, תביא לקיומם של דיונים ארוכים ומיותרים בבירור המניע, דיונים שלא יקדמו את התובענה לגופה ואת טובת הקבוצה.

התמודדות עם הבעיות הנובעות ממתן הלגיטימציה למניע הכלכלי

21. אמנם, אין לכחד, שקיום מניע כלכלי, העומד כפי הנראה בבסיסן של רוב התובענות הייצוגיות המוגשות, בהחלט מעורר חששות, שמטרתם של התובע המייצג ובא כוחו להשיא את הרווח הכלכלי שלהם, עלולה לבוא על חשבון קידום טובת הקבוצה והאינטרס הציבורי. זו היא כמובן "בעיית הנציג".
אכן, בעיית הנציג, מובנית בעצם קיומו של מוסד התובענה הייצוגית, המבוסס כאמור על מנגנון ההנעה הכלכלית, ומשהוחלט לאמץ מוסד זה בחקיקה, אין מקום לתרעומת כלפי עצם קיום המניע הכלכלי (כל עוד התובענה לגופה הינה תובענה ראויה, העולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי), אלא יש להתמודד עם בעיית הנציג ולתת לה פתרונות, באופן שיקטין את הסיכוי, למימוש הסיכון בפועל.¹⁵
וכפי שנאמר בעמדת היועץ בעניין פרינר (מצ"ב ומסומנת א'), בסעי' 8-11:

"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..."

המחוקק הישראלי... התמודד עם בעיית ניגוד העניינים המובנית בתביעה הייצוגית, בכך שהטיל על ביהמ"ש

¹³ ע"מ 2978/13 מי הגליל נ' יונס [פורסם בנבו] [23.7.15].

¹⁴ ר' גם בפסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין ע"א 3506/09 צאייג נ' קסלמן [פורסם בנבו] [2011].

¹⁵ ר' בפרוטוקול הדיון של ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט, בדבריו הממצים של ח"כ רשף חן:

"אני מניח שזה ברור לכולם: יש בתביעה ייצוגית גם יתרונות וגם חסרונות... יש בתביעה הייצוגית יתרונות ברורים: זוהי אכיפה אזרחית, והיא עושה את העבודה כאכיפה אזרחית... לעומת זאת, בדיוק כמו כל הדברים האחרים בשוק החופשי, אם השוק חופשי לחלוטין, הוא פתוח לניצול לרעה. משימת הוועדה היא להצליח לייצר את האיזונים הנכונים – לקחת את הטוב ולשלול את הרע." (פרוטוקול מיום 20.4.05, בעמ' 30)

- את החובה לפקח על התובע הייצוגי ועל ב"כ... משמעות ההחלטה לאמץ את דרך התובענות הייצוגיות, כפי שעולה מחוק התובענות הייצוגיות, היא הכרה במניע הכלכלי כמניע לגיטימי.**"
22. אם כן, השאלה שצריכה להיבחן ע"י בתיהמ"ש אינה עצם קיומו של מניע כלכלי המובנה במוסד התובענה הייצוגית, אלא בבחינה קונקרטית האם בהליך הספציפי, המניע הכלכלי הלגיטימי כשלעצמו, פוגע בטובת הקבוצה, וכן בבחינת האופן שבו מקדמים התובע המייצג ובא כוחו את האינטרס הציבורי.
23. לשם כך, עומדות כמובן לבתיהמ"ש הוראותיו הרבות של החוק שנועדו להתמודד עם בעיית הנציג, וסמכויות הפיקוח הרחבות שהקנה המחוקק לבתיהמ"ש בנדון, בכל שלבי הדיון בתובענה הייצוגית.
24. על החשיבות בפיקוחו של ביהמ"ש, שהאינטרס הכלכלי של התובע המייצג וב"כ לא יבוא על חשבון הקבוצה, ועל המנגנונים השונים הקבועים בחוק לשם התמודדות עם בעיית הנציג עמד בימ"ש זה בהרחבה בעניין פריניר, לעיל ס' 1, כאשר לצד הכרת פסה"ד בלגיטימיות של המניע הכלכלי כאמור, עמד פסה"ד גם על הצורך לאזן זאת עם פיקוח ביהמ"ש, על שמירת האינטרסים של הקבוצה והאינטרס הציבורי:
- "נשאלת בעיקר השאלה, האם האינטרס האישי של עוה"ד בניהול התובענה עולה בקנה אחד עם עניינם של כלל חברי הקבוצה... עיקר החשש הוא מפני ניצול ההליך הייצוגי... לצורך הפקת רווח אישי, של הנציג, על חשבונם של חברי הקבוצה. לפיכך, נקבעו בחוק מנגנוני פיקוח ובקרה שתכליתם לוודא, בין היתר, כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל "לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור..." ולא לטובתו האישית של התובע הייצוגי ו/או בא-כוחו, עוה"ד המייצג..."** (ס' 92 לפסק דינו של השופט מלצר, שם).
- וראו שם עוד, בסקירת מגנוני הפיקוח והבקרה שניתנו לבתי המשפט, במסגרת חוק תובענות ייצוגיות.¹⁶
25. בנוסף לשמירה על כך, שהאינטרסים הכלכליים של התובע המייצג וב"כ לא יבואו על חשבון האינטרסים של הקבוצה במקרה קונקרטי, יש חשיבות גם בצביון הכללי של מוסד התובענה הייצוגית, כך שיישמר אופיו של ההליך הייצוגי כמי שנועד לקדם את טובת הקבוצה כתכליתו העיקרית, ללא הפיכת היוצרות כך, שעניין פסיקת שכה"ט והגמול, יהפוך, למעשה אם לא להלכה, לעיקרם ולמטרתם של ההליכים הייצוגיים. גם בעניין זה, כמובן, קיימת חשיבות למעורבותו ולפיקוחו של ביהמ"ש הדין בתובענה הייצוגית, על כל שלביה.¹⁷
26. נוסף על פיקוחם של בתיהמ"ש על כך, שהמניע הכלכלי של התובע המייצג וב"כ לא יבוא על חשבון האינטרסים של הקבוצה, ונוסף על שמירת צביונו של מוסד התובענה הייצוגית כמוסד שעיקרו בתכלית הציבורית, קיימת נקודה נוספת, שיכולה גם היא להוות מענה לבעיות הנובעות מהמניע הכלכלי.
27. לא פעם מוגשות מספר בקשות לאישור תובענות ייצוגיות באותו עניין, כך שעל ביהמ"ש מוטל להכריע בין הבקשות, בהתאם להוראות סעיף 7 לחוק (כאשר ביהמ"ש מוסמך לדון יחדיו בבקשות השונות, או להורות על מחיקת אחת הבקשות). השיקול המרכזי שקובע החוק בנדון הינו, הבטחת ייצוג הקבוצה בדרך הטובה והיעילה ביותר, בדרך המתחשבת גם בשלב שבו מצוי הדיון בבקשות האישור או בתובענות המתחרות, ובסדר הגשת הבקשות מבחינה כרונולוגית (ר' סעיף 7(ב)-(1)-(3) לחוק). ראו גם ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי [פורסם בנבו] 18.1.12, בסעיף י"ז לפסה"ד של השופט רובינשטיין: **"שיקול מרכזי הוא... שעניינה של הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הטובה והיעילה ביותר."**¹⁸

¹⁶ עמדו על כך גם השופט ג'ובראן בפסק דינו שם, וכן השופט רובינשטיין בסע' ט"ו-ט"ז לפסק דינו. כן ראו בפסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין מי הגליל, לעיל ה"ש 13, בסע' כ"א-כ"ג לפסק דינו.

¹⁷ ר' בסעיף א' לפסה"ד של השופט רובינשטיין בעניין פריניר, לעיל ס' 1; ס' כ"א לפס"ד מי הגליל, לעיל ה"ש 13.

¹⁸ עוד ראו לאחרונה בהחלטתה של הנשיאה נאור בבש"א 3686/15 ישראל בע"מ נ' מושקוביץ (2.7.15): **"למותב שנקבע**

28. בהתאם לכך, כאשר מדובר בבקשות אישור מתחרות, אפשר ויהיה מקום בין מכלול השיקולים, למתן עדיפות מסוימת, במקרים המתאימים, לבקשת אישור שבבסיסה עומדים מניעים ציבוריים-חברתיים ולא דווקא כלכליים. כך מן הטעם, שבדרך כלל, בקשה המוגשת ממניעים ציבוריים, עשויה פחות לעורר את בעיית הנציג, וגם מן הטעם שתהיה בכך תרומה לשמירת צביונו הציבורי של מוסד התובענה הייצוגית, והכל כמובן, בכפוף לשיקול העיקרי והוא טיבה של בקשת האישור עצמה וטיבו של הייצוג ע"י התובע המייצג וב"כ, מבחינת קידום האינטרסים של חברי הקבוצה. היועץ המשפטי לממשלה עמד על עמדתו זו גם בסי' 8 לעמדה בעניין פרינר (מצ"ב ומסומנת א'). בעניין זה ראו גם בפס"ד קמינסקי¹⁹: "יש מקום כי בתי המשפט יתנו דעתם לטיבם של המייצגים, בבואם להכריע... בין תביעות שונות."

29. עוד נפנה לסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע, שארגון רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק אותו ארגון, אף שלארגון עצמו אין עילה אישית ובתנאי שקיים קושי להגיש את בקשת האישור בשם תובע בעל עילה אישית. עוד נקבע שם, שהמועצה הישראלית לצרכנות רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, אף אם לא קיים קושי כאמור. בנוסף, מובן שהגבלת הגשת תובענות ייצוגיות בידי ארגונים כאמור, מתייחסת רק להגשת התובענות בידי הארגונים עצמם כתובעים מייצגים ללא עילה אישית, ולעומת זאת אין כל הגבלה על הגשת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בידי תובע מייצג בעל עילה אישית, המיוצג ע"י ארגונים ציבוריים, הפועלים ממניעים חברתיים וציבוריים, ונראה שיש לעודד פעילות כזו.²⁰

ר' סי' כ"ב לפס"ד מי הגליל, לעיל ה"ש 13:

"ניתן היה לצפות שהייצוג בתביעות אלה יבוא גם- ואולי בעיקר- מכיוון של עמותות ציבוריות הפועלות לקידום מטרת חברתיות, ולא דווקא מכיוונם של בעלי אינטרסים כלכליים פרטיים... יש לעודד ארגונים ציבוריים ועמותות לעשות שימוש בכלי התובענה הייצוגית, כדי לקדם אינטרסים ציבוריים חשובים..."

וכן ר' סעי' י"א לפסה"ד של השופט רובינשטיין בעניין פרינר, לעיל סעיף 1:

"ישנה כאמור ציפייה ואפשרות למאבקים צרכניים למשל מעמותות ללא כוונת רווח ולא דווקא מכיוון של בעלי אינטרס כלכליים..." (ר' גם סי' ג' לפסה"ד, שם).²¹

30. מכל מקום, גם סוגיית התחרות בין בקשות אישור, שהינה תופעה שאינה נדירה, מאזנת את החששות הצומחים מסוגיית המניע הכלכלי, שהרי שיקול מרכזי בהכרעה בין בקשות האישור השונות נעוץ בשאלה איזו תובענה תייצג ותקדם באופן הטוב ביותר את האינטרסים של הקבוצה, וגם עניין זה עשוי לסייע

בהתאם להוראות סעיף 7(א) לחוק תובענות ייצוגיות מוקנה שיקול הדעת להכריע האם לאחד את הדיון בבקשות האישור השונות וכן האם למחוק אחת מהן... בשלב זה פותח משקלו של שיקול המועד הכרונולוגי וניתן משקל מכריע לטיב הבקשה."

¹⁹ ע"א 3450/12 קמינסקי נ' בתי זיקוק לנפט (6.5.13). הדברים שם מתייחסים לטענת אדם טבע ודין באותו הליך, שהיה על ביהמ"ש המחוזי להעדיף אותם כמייצגים, מהטעם שהם פועלים משיקולים ציבוריים. כמובן, איננו מביעים כאן כל עמדה קונקרטיה בעניין אדם טבע ודין.

²⁰ ראו גם בדברי ח"כ רשף חן במליאת הכנסת מיום 1.3.06: "אין מניעה לארגון לעמוד מאחורי תובע מייצג, כאשר ניתן למצוא את התובע המייצג. אם אתה ארגון שעוסק לצורך העניין באיכות הסביבה דרך המלך היא לבוא ולמר: הנה התובע המייצג. אני מעמיד לרשותך עו"ד... פשוט, התובע הנומינלי הוא לא הארגון אלא התובע המייצג, ואין עם זה שום בעיה...לארגונים כאן ניתן מעמד חסר תקדים."

וכן ר' בדיון במליאת ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 1.3.06, בעמ' 3, בדברי ח"כ מיכאל איתן יו"ר הוועדה: "אני לא מוציא את הארגונים מהמשחק, להפך. הארגונים, תפקידם יהיה לחפש, לאתר, לראות את הבעיה, ולקחת בן אדם, והם יוכלו להיות שותפים איתו."

²¹ עוד ראו בדיון בוועדת חוקה חוק ומשפט בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, מיום 7.2.06, בעמ' 33, שם עמדו עו"ד תמי סלע (היועצת המשפטית של הוועדה) וגב' שרית דנה (המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז) על היתרונות שבייצוג ע"י ארגון ציבורי. וכן ראו פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט, מיום 3.8.05, עמ' 81-82.

להמרצת התובעים המייצגים וב"כ, שלא לזנוח את האינטרס הרחב של הקבוצה. זאת, בנוסף על העדיפות שאפשר ותינתן במקרים המתאימים לתובענה שתוגש ממניעים ציבוריים, כאמור.

ייזום תובענות ייצוגיות בידי עורכי דין

31. שאלה זו הועלתה ע"י ביהמ"ש הנכבד בגדרי הליך ע"א 9244/12 שלפנינו, בהחלטה מיום 5.1.15:
- "תיק זה מעורר שתי שאלות... השניה- הדרך שבה הוגשה הבקשה, קרי ייזומה על ידי עורכי דין והגשתה בבתי משפט שונים... ערים אנו לפסה"ד בעניין פריניר... אולם יתכן שיש מקום, גם נוכח דיעות שונות שהושמעו בו וכן בפסיקה נוספת, להרחבת ההרכב."**
32. כידוע, הכלל הוא, שהלקוח הוא זה אשר מחפש את עורך דינו ושוכר את שירותיו המקצועיים, ואילו עוה"ד אינו מחפש אחר לקוחותיו והדבר אף נאסר ועולה כדי עבירה משמעתית בהתאם להוראות סעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961: **"לא ישדל עו"ד, בעצמו או על ידי אחר, כל אדם למסור לידי עבודה מקצועית."**
- כך נקבע עוד מקדמא דנא בעניין עמ"מ 2/60 פלוני נ' יושב ראש וחברי המועצה המשפטית פ"ד טו 311, 317 (1961): **"כלל הוא שעל הלקוח לחפש את פרקליטו אך הפרקליט אסור לו לחפש את לקוחו"**.²²
33. חרף האמור, בתחום התובענות הייצוגיות, כפי הנראה, המציאות היא, שלא פעם עוה"ד יוזמים את הגשת התובענות ותרים אחרי תובע מייצג, וזאת לנוכח דרישת סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לתובע מייצג בעל עילה אישית.²³
34. בפתח דברינו נעיר, שהיועץ המשפטי לממשלה, אינו רואה לנכון לעת הזו, להביע עמדה בסוגיה המשמעתית כשלעצמה, בנוגע לשאלת פרשנות איסור השידול בגדרי סעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין, ביחס לתובענה ייצוגית. כידוע, לשכת עורכי הדין היא הגורם העיקרי המוסמך על פי דין בהקשר לאכיפת הדין המשמעתית החל על ציבור עוה"ד. לפיכך, אף פנינו ללשכת עורכי הדין, על מנת לשמוע את עמדתה בסוגיה. לשכת עורכי הדין מסרה, שסוגיית דיני המשמעת החלים על עו"ד במסגרת הליכים ייצוגיים תלויה ועומדת בפני ועדת הרביזיה בכללי האתיקה של הלשכה. לעת הזו, היועץ המשפטי לממשלה ממתין לקבלת עמדת הלשכה, טרם שיגבש את עמדתו בסוגיה המשמעתית. עם זאת, ומבלי לקבוע מסמרות בשלב זה, דומה לכאורה, כי על הפרשנות הניתנת להתנהגות עורכי הדין מכוח דיני התובענות הייצוגיות, ועל פרשנות איסור השידול בהקשר של הליך ייצוגי בגדרי הדין המשמעתית, להלוטם זו את זו.
35. על כן, במסגרת העמדה שלפנינו, נביע עמדה רק בשאלת ההשלכות של ייזום תובענה ייצוגית על ידי עו"ד, על סוגיית אישור התובענה הייצוגית, ולא נידרש לסוגיה המשמעתית.

²² ראו גם על"ע 9960/06 חולדננקו נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין [פורסם בבנו] (2008), בסעיף י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

²³ בהצעת החוק הממשלתית (הצעת חוק (ממשלה) תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 234 (26.1.06), בעמ' 263 נאמר: **"כידוע, פעמים רבות, עוה"ד הוא שיוזם ומנווט את התובענה הייצוגית, ולא התובע"**. בדומה ראו בדברי ההסבר להצעת החוק הפרטית בנדון (ה"ח פ/890, הועברה לוועדת חוקה חוק ומשפט בתאריך 25.2.04): **"בפועל הניסיון מלמד כי מי שיוזם את התביעות הייצוגיות הם עורכי הדין"**. ועוד ראו בפרוטוקול ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 13.9.05, בעמ' 46, בדברי ח"כ רשף חן: **"בואו נסכים שבפועל, בחלק גדול מאוד מהמקרים, מי שמזוהה את הבעיה, ויוזם את ההליך, זה עו"ד, יש לו את הכלים לזהות את הבעיה, יש לו את הכלים כדי להבין, ויש לו אינטרס להרוויח כסף"**. וכן ראו שם בעמ' 52, בדבריו של ח"כ רשף חן: **"אם אנחנו נמנע מעורכי דין לחפש תובעים מייצגים באופן אקטיבי, אנחנו נקטין באופן משמעותי מאוד את ההיתכנות של תובענות ייצוגיות"**. עוד ראו סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א תש"ס 27, 46-47; אלון קלמנט התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של תובע יחיד על פני תובעים רבים מחקרי משפט כא תשס"ד-2004 387, 414; אלון קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות", הפרקליט מט התשס"ז, 131, 157.

36. לעמדתנו, אף אם מדובר באיסור משמעותי (וכאמור מבלי להביע כל עמדה בכך), אין פירושו של דבר, שעובדה זו צריכה לגרור עימה מיניה וביה, את דחיית בקשת האישור.
- ככל שמדובר בבקשת אישור ראויה ומבוססת, המקדמת את טובת הקבוצה, בדרך כלל, לא יהיה מקום שלא לאשרה רק מחמת האיסור המשמעותי שבוצע ע"י עוה"ד בתחום השידול או בתחום אחר (ככל שבוצעה עבירה כאמור), שהרי בכך נפגע בטובת הקבוצה ובהרתעת הנתבעת, המהוות את התכליות העיקריות של החוק.
37. עם זאת, יתכן שניתן יהיה להסיק מהעבירה המשמעותית ככל שבוצעה בכלל ובזיקה לטיפול בתיק בפרט, על טיב ייצוגו של עוה"ד. כידוע, בהתאם להוראות סעיף 8 לחוק, ביהמ"ש רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו (בין היתר) הדרישות, שקיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. על כן, אפשר שניתן יהיה במקרים מסוימים, ללמוד מהעבירה המשמעותית ככל שבוצעה, על טיב הייצוג הצפוי לקבוצה בתיק, בסוגיית תום הלב והייצוג ההולם, והכל כמובן בכפוף לנסיבות המקרה הקונקרטי.
- השוו למשל לאמור ב-ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי, בסעיף כ"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין וסעיף 8 לפסק דינו של השופט מלצר, שתובע מייצג שאינו רושם את בקשת האישור שהגיש, בפנקס התובענות הייצוגיות, כמצוות סעיף 6 לחוק, מעלה שאלות וספיקות לגבי מידת רצינותו בניהול תובענה ייצוגית, באופן שעשוי ללמד על מידת עמידתו של התובע המייצג באמת המידה הקבועה בסעיף 8 לחוק, בדבר ייצוג הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב.
38. אולם, גם אם כך הדבר, אין מתחייבת מכך דחיית בקשת האישור, שהרי בהתאם להוראות סעיף 8(ג)(1) לחוק, פגם בקיום דרישות החוק, לייצוג כלל חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, אינו חייב להביא לדחיית בקשת האישור:
- "ביהמ"ש רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת. אישר ביהמ"ש תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב..."**
39. עוד ראוי להדגיש, שלצד אישור התובענה, כאשר היא מבוססת ועולה בקנה אחד עם טובת הקבוצה ועם האינטרס הציבורי, בהחלט יהיה מקום, לתת ביטוי לעבירה המשמעותית ככל שבוצעה, במסגרת הסמכויות הנתונות לביהמ"ש.
- בסופו של דבר, המשפט הוא אחד, וכן צריכה להיות הלימה בין דיני המשמעת לדיני התובענות הייצוגיות.
- כך, כאמור, יוכל ביהמ"ש להורות על החלפת ב"כ המייצג, ככל שאין יסוד להניח שהקבוצה תיוצג באופן הולם על ידו. בנוסף, יוכל כמובן ביהמ"ש לתת ביטוי לעבירה המשמעותית ככל שבוצעה במסגרת פסיקת שכה"ט בתיק (עד כדי איון שכה"ט כאשר מדובר בעבירת משמעת חמורה, ובהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש), ובמקרים המתאימים יוכל ביהמ"ש אף לפסוק הוצאות כנגד ב"כ המייצג.
40. עמדתנו לפיה ייזום תובענות ייצוגיות ע"י עו"ד, לא צריך בהכרח להביא לדחיית בקשת אישור, נתמכת גם בפסיקתו של ביהמ"ש הנכבד, הן במסגרת פס"ד פרינר, והן בפס"ד קודמים, שעמדה על תפקידו המרכזי של עוה"ד בהליך הייצוגי (ושוב: מבלי לקבוע מסמרות כרגע, בהיבט של האיסור המשמעותי). ר' למשל בעניין רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת, בסעיף 7 לפסה"ד של השופטת שטרסברג-כהן:
- " התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדווסרית. במרכזה עומד סכסוך כלכלי נטול ציביון אישי... ניהול ההליך המשפטי יוצא מידיהם של הצדדים ונשלט על-ידי אנשי המשפט: עורכי-דין ושופטים..."**
- לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות ראו בפס"ד חיים קרן, לעיל ה"ש 12, בסעי' 21 לפסה"ד.

וכמובן וכידוע, בימ"ש זה נדרש לכך בהרחבה בפס"ד פרינר, לעיל סעיף 1. וכך כתב השופט מלצר שם :

"הדין... מניח כי התובענה הייצוגית נשלטת, הלכה למעשה, על ידי אנשי המשפט ולא על ידי התובע הייצוגי... ההנחה הנ"ל עמדה גם לנגד עיני המחוקק בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות... לא זו בלבד שהמחוקק לא ראה מקום לקבוע כי ייזום ההליך הייצוגי על ידי עוה"ד המייצג ממניעים של רצון להפיק רווח אישי גורע מסיכוייה של הבקשה להתקבל... אלא שהוא אף הכיר בתובע המייצג ובבא כוחו כמעין יזמים..."²⁴ (ס' 87-90 לפסה"ד)

"נובע עוד, לגישתי, כי במקרים ראויים, גם פעולה של עורך-דין המייצג לאיתורם של נפגעים בפועל לצורך הגשת תובענה ייצוגית – אין בה, בהכרח, כדי להכשיל מניה וביה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. זו גם העמדה העולה מהפסיקה בארה"ב, הרואה בפעולה של עו"ד, שתכליתה היא לשכנע נפגע לשמש כתובע ייצוגי, רק עניין אתי – העלול לשמש נושא לדיון משמעותי כנגד עוה"ד, אם הוא נעשה בצורה בוטה ופוגענית, אך לא עניין שדי בו כדי לאיין את כושרה של התובענה להתברר כייצוגית... גישה זו ראוי שתניקט, לדעתי, גם במחוזותינו." (ס' 94 לפסה"ד)

כך עולה, גם מפסה"ד של השופט ג'ובראן שם, שקבע, שיש לאפשר לעו"ד להניע את ההליך הייצוגי, היות והתכליות הציבוריות של החוק גוברות לדעתו באיזון הכולל, על הכלל שלפרקליט אסור לחפש את לקוחו.

ועוד ראו בסעי' ט"ו לפסה"ד של השופט רובינשטיין שם בעניין פרינר, שהביע את עמדתו, שאין לזנוח את מושכלות היסוד, שלפרקליט אסור לחפש את לקוחו. עוד נאמר, שאף שדברים אלו נקבעו בהקשר של הדין המשמעותי, ואף אם אינם נכונים באותה עוצמה בכל מקרה בענייננו, בתובענות ייצוגיות, לעמדת כב' השופט רובינשטיין, אין מקום לעודד התנהגות מעין זו, במסגרת הליכי תובענה ייצוגית. ראו גם, בס' כ"ב לפסה"ד של השופט רובינשטיין בעניין מי הגליל, לעיל ה"ש 13 :

"אציין עוד את תופעת ייזומן של תובענות כאלה על ידי עורכי דין, כגון פניה אל קבוצה נתונה על מנת לעניינה בהגשת תובענה. בעניין פרינר סברתי... כי אף שאין בייזום כאמור בהכרח משום חוסר תום לב, יש להישמר מפני הפיכה של הגשת תובענות ייצוגיות לתת התמחות שתועלתה אינה בשירות העניין הציבורי אלא בשירות הכיס גרידא... וגם לשם כך נדרש כאמור פיקוחו ההדוק של ביהמ"ש."

41. ראוי לציין, שבמסגרת החלטת הנשיאה נאור מיום 25.8.15 בעניין דנ"א 5406/15 פרינר נ' ברזילי, לדחות בקשה לדיון נוסף על פסה"ד הנזכר בעניין פרינר, קבעה הנשיאה, שבשאלה האם ראוי שעו"ד ייזום פנייה לתובעים פוטנציאליים לשם הגשת תביעה ייצוגית לא נפסקה הלכה בפסה"ד, היות ודברי השופטים בנדון נאמרו בנסיבות התיק למעלה מן הצורך, ועל כן יש להגדירם כאמרת אגב.

42. סיכומם של דברים בפרק זה: לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום לדחות בקשת אישור מבוססת, רק מחמת ייזומה על ידי עוה"ד המייצג. כך, לאור כל הנימוקים דלעיל, כך לנוכח האינטרס הציבורי וטובת הקבוצה התומכים בכך שבקשת אישור ראוייה תקודם ותבורר לגופה, וכך גם בהתאם לפסיקת ביהמ"ש הנכבד לאורך השנים, לרבות בפסה"ד שניתנו לאחרונה בעניין פרינר ו- מי הגליל. מכל מקום, נדגיש שוב, שעמדתנו מתייחסת רק לשאלת ההשפעה של ייזום הליכים ייצוגיים על ידי עו"ד, על ההכרעה בבקשת האישור. לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה אינו מביע כל עמדה במסגרת שלפנינו, ביחס לשאלה האם ייזום הליכים ייצוגיים על ידי עו"ד עולה כדי עבירה משמעותית. עם זאת,

²⁴ השופט מלצר, גם מפנה (שם, בסעי' 90) לעמדתם של המלומדים חבקין וכן נון, שעוה"ד הם אלה שבדרך כלל יוזמים הליכים ייצוגיים, היות והם מחזיקים בידע ובמומחיות הנדרשים והם בעלי האינטרס העיקרי בנדון.

מבלי לקבוע מסמרות, על פניו דומה, שלכאורה, על הפרשנות להתנהגות עורך דין המותרת בגדרי חוק **תובענות ייצוגיות** (לאור מהותו ותכליתו הציבורית של ההליך הייצוגי ומאפייניו הייחודיים) ועל הפרשנות לאיסור השידול בנסיבות של תובענה ייצוגית בגדרי חוק **לשכת עורכי הדין, להלום זו את זו**.

יצירה מלאכותית של עילת תביעה לשם הגשת תובענה ייצוגית

43. בפרק זה נבחן את השאלה האם במקרים שבהם, יצר התובע המייצג לעצמו עילת תביעה אישית באופן מלאכותי, רק לשם הגשת תובענה ייצוגית (לנוכח דרישת סעיף 4(א)(1) לחוק לקיומה של עילה אישית כתנאי להגשת בקשה לאישור), די בכך לשם דחיית בקשת האישור, או שבמידה ובקשת האישור מבוססת לגופה, וברמה הקבוצתית קיימת עילת תביעה טובה ובקשת האישור צפויה לקדם את טובת הקבוצה, הרי שיש מקום לאישור התובענה, למרות שהעילה האישית נוצרה באופן מלאכותי רק לשם הגשת ההליך.

44. נעיר בפתח הדברים, שאין זהות בין השאלה שבה אנו עוסקים בפרק זה, לבין הסוגיות שבהן עסקנו בפרקים הקודמים. כלומר, בהחלט יתכנו מקרים, שבהם העילה האישית של התביעה נוצרה באופן מלאכותי לשם הגשת התביעה הייצוגית, אולם המניע לכך אינו כלכלי אלא לשם תקנת הציבור, והפסקת העוולות ע"י הנתבעות, ולשם כך בא תובע מייצג ו"מייצר" לעצמו עילה אישית. כמובן, יתכנו גם מקרים שבהם הסוגיות כן יהיו כרוכות זו בזו. מכל מקום, נבקש בפרק זה לברר את סוגיית העילה המלאכותית, כשלעצמה. כפי שכתבנו לעיל, ההתייחסות תהיה לשאלה המשפטית העקרונית, מבלי להביע עמדה האם בכל המקרים שלפנינו, אכן מדובר בכך מבחינה עובדתית.

45. בפסיקה ובספרות מצאנו עמדות שונות בנדון ונדמה, **שהשאלה טרם הוכרעה באופן ברור, בנימ"ש זה**.²⁵

46. לעמדתנו, נראה, שאין לדחות בקשת אישור, רק מהטעם שהעילה האישית יוצרה למטרת הגשת התובענה, וזאת בשונה מתביעה אישית. כך, היות ועיקרו של ההליך הייצוגי הינו הרובד הייצוגי והקבוצתי, הרי שאין לדרוש **דרישות מחמירות בגדרה של העילה האישית, מעבר למתחייב מהחוק**. כפי שעולה מדברי הנשיא (בדימוס) ברק בעניין **טצת** (בעמ' 791), לעיל ה"ש 10:

"יש להיזהר מהוספת דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות כייצוגיות העלולות לסרבלי הליך במקום לייעלו... יש למנוע הפיכת הדיון המקדמי ב"כשירות" התובע הייצוגי, לדיון העיקרי. יש למנוע מחברה נתבעת... שאין להם הגנה טובה לגוף התובענה, למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם באשר לזהות התובע הייצוגי." ובדומה ראו בס' 21-22 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) בייניש בעניין **גדיש**:

²⁵ ר' דברי השופט נ. ישעיה בעניין ת"א 1334/02 **עצמון נ' בנק הפועלים בע"מ** [פורסם בנבו] (29.10.06) שכתב, שיצירת עילה לשם הגשת הליך ייצוגי עשויה לעלות כדי חוסר תום לב ולהצדיק דחיית בקשת אישור (ערעור על פס"ד זה נדחה (ע"א 10406/06, 28.12.09), אולם, ללא הכרעה בסוגיית תום הלב). עוד ר' רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשיץ פ"ד מט' (5) 774, 790-791** שם נקבע ע"י הנשיא (בדימוס) ברק, שאין בהיותו של תובע כתובע מקצועי הרוכש מניות בחברות על מנת לתבוע, בכדי לשלול בהכרח את יכולתו להיות תובע מייצג; ר' גם בפסה"ד המחוזי בש"א (ת"א) 106462/98 **רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ**, שם נכתב בסע' 22 לפסה"ד, שמהלכת טצת עולה, שהדרישה לכך שההליך הייצוגי יינקט על ידם אדם שנפגע ע"י הנתבעים, מוטלת בספק. ר' עוד רע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש פ"ד נה(5) 276, 302-304** (2001); רע"א 8851/02 **ישראלכרט בע"מ נ' שלומוביץ פ"ד נט(3) 422, 429-432** (2004).

מפסק דינה של הנשיאה נאור שם בעניין שלומוביץ עולה, שיצירת עילה לשם הגשת תובענה ייצוגית לא תהיה אפשרית כאשר מדובר בעילה של הטעייה (היות ונסיבות יצירת העילה חותרות תחת קיום העילה האישית עצמה), אך כן תהיה אפשרית כשמדובר בעילה חוזית. ר' גם אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט (תשס"ג-2002) 240, שהביעה עמדה ברורה בשאלה הנדונה:

"נראה שעצם העובדה שהוא ביצע פעולה מול העוסק רק על מנת לרכוש מעמד של "נפגע" לצורך הגשתה של תובענה ייצוגית... איננה נתפסת כמעשה חסר תום לב... הגשת תביעות (מבוססות לגופן) למטרות שונות מעצם הזכיה של התובע בסעד... אין רואים זאת כחוסר תום לב".

"האפשרות לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית אך בשל התנהלותו הדייונית של התובע הייצוגי צריכה להישמר למקרים חריגים. זאת, בין היתר, בהתחשב בתכליתו של ההליך הייצוגי להתמודד עם כשלים הקיימים במנגנון ההתדיינות ה"רגיל" ולצמצם את פערי הכוח... הקפדה עם התובע הייצוגי הפוטנציאלי עלולה לשבש את מטרות החקיקה."²⁶

ראוי לציין, שגם החוק עצמו קבע חריגים לדרישת העילה האישית, וזאת לנוכח התכלית הציבורית-הקבוצתית העומדת בבסיס החוק: כך ביחס לאפשרות שמעניק החוק לארגונים להגיש הליך ייצוגי ללא עילה אישית בתנאים מסוימים (ר' ס' 4(א)-(2)-(3) לחוק), וכך בנוגע להוראה לפיה, חובה על ביהמ"ש לאשר תובענה גם ללא עילה אישית תוך החלפת התובע המייצג, אם מתקיימים שאר תנאי החוק.²⁷ כאמור, התכלית הציבורית והקבוצתית היא העומדת בבסיס הוראות אלה. ר' הצעת חוק תובענות ייצוגיות (ה"ח 234 (26.1.06)), בעמ' 259 ו-264.

47. לפיכך, כאשר מדובר בבקשת אישור ראויה ומבוססת ברמה הקבוצתית, העולה בקנה אחד עם האינטרסים של הקבוצה, וכאשר קיימת עילה אישית גם אם זו יוצרה לשם הגשת התובענה, הרי שלעמדתנו אין לדחות את בקשת האישור, שהרי בכך יפגעו האינטרסים של הקבוצה, שהם העיקר.²⁸

48. עוד יש לתת את הדעת לכך, שלעיתים הבחירה אינה בין תובענה ייצוגית שתהיה מבוססת על תובע בעל עילה אישית שנוצרה באופן אותנטי, לבין עילת תביעה מלאכותית, אלא בין תובענה ייצוגית שתהא מבוססת על עילה מלאכותית כאמור, לבין סיטואציה שבה כלל לא תוגש תובענה ייצוגית והעולה תמשיך להתקיים על חשבון חברי הקבוצה.

49. עמדתנו נתמכת גם בטעם, שהצבת דרישה לכך שעילת התביעה תיווצר באופן אותנטי ולא לשם הגשת התביעה, עלולה להביא לקיומם של דיונים ארוכים בבירור עובדתי של נסיבות יצירת העילה האישית של התובע המייצג, דיונים שעל פניהם לא יתרמו דבר לאינטרסים של הקבוצה ולתכליות ההליך הייצוגי.

50. ועוד נוסף כי גם הנימוקים לעצם הדרישה לעילה אישית²⁹ תומכים בעמדה, שאין לשלול עילה אישית שיוצרה לשם הגשת בקשת האישור, שהרי גם עילה אישית שנוצרה בנסיבות אלה עונה לתכליות שהדרישה נועדה להשיג: התובע המייצג חבר למעשה בקבוצת התובעים; יש לו, במידת מה (ובמידה שאינה פחותה מכל תובע מייצג אחר) אינטרס משותף עם חברי הקבוצה שעשוי למתן את בעיית הנציג; התובע בעל העילה יוכל לפקח על פעולתו של עוה"ד; התובע יוכל להמחיש לביהמ"ש את העילה הקבוצתית; התובע יוכל להעיד על הפרטים העובדתיים הנחוצים.

השפעות נסיבות יצירת העילה על עצם קיום העילה האישית

51. כמובן, כל האמור נכון, במידה והנסיבות המלאכותיות של יצירת העילה, אינה חותרות תחת קיום העילה האישית. לעומת זאת, במידה ונסיבות אלה מביאות לכך שהעילה האישית עצמה אינה קיימת, ברי שמצב הדברים יהיה

²⁶ ע"א 2718/09 גדיש קרנות תגמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ [פורסם בנבו] (2012).

²⁷ ר' ס' 8(ג)(2) לחוק; רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי [פורסם בנבו] (2012), בסע' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין; ס' 99 לפסה"ד של השופט מלצר בעניין פרינר, לעיל סעיף 1; עוד ראו בישיבת ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, מיום 26.1.06, בעמ' 16-17, בדברי עו"ד תמי סלע היועצת המשפטית של הועדה.

²⁸ מעניין לציין, שעמדתנו עולה בקנה אחד גם עם דברים מפורשים של ח"כ רשף חן, יו"ר ועדת המשנה שדנה בחוק: "השאלה אם התובע הזה... קנה את המניות שלו כן בתום לב, או לא בתום לב, למי אכפת? הלא כפי שאני לא בודק את זה לגבי 99.999% מהקבוצה, אני יודע אם הם קנו את המניות שלהם כן בתום לב... וכל אחד מהם היה יכול להיות תובע מייצג. מה אנחנו נטפלים אליו? מה החשיבות שלו בכלל?" (פרוטוקול מיום 3.8.05, בעמ' 78).

²⁹ לטעמים לדרישה לעילה אישית ראו, בדברי עו"ד יעל מימון ממשרד המשפטים, בדיון ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט שדנה בחוק, מיום 3.8.05, בעמ' 48, 70, 82 לפרוטוקול, וכן בדברי עו"ד שירלי אבנר ממשרד המשפטים בעמ' 46 ו-81 שם. כן ראו בדיון ועדת המשנה מיום 17.8.05, בדברי עו"ד אבנר, בעמ' 4-5; בדברי פרופסור קלמנט בדיון ועדת המשנה מיום 17.8.05, בעמ' 19-18. ראו עוד בדברי ח"כ רשף חן בישיבת ועדת המשנה מיום 17.8.05, בעמ' 2-3. ובפסיקה ראו רע"א 378/96 וינבלט נ' בורנשטיין פ"ד נד(3) 247, 267-268; ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן [פורסם בנבו] (2012), בסעיף 26 לפסה"ד.

אחר, אולם זאת לא מחמת עצם ייזומה המלאכותי של העילה, אלא מן הטעם שהעילה האישית אינה קיימת. גם במקרה כזה, ביהמ"ש אינו אמור לדחות בקשת אישור ראויה העומדת בתנאי החוק, מלבד העילה האישית, אלא הוא נדרש לאשר את התובענה ולהורות על החלפת התובע המייצג.³⁰

52. בעניין זה, נפנה כדוגמא לנסיבות שבהן נסיבות ייזומה של העילה עשויות להביא לכך שלא קיימת עילה אישית, לפסה"ד של הנשיאה נאור (כתוארה היום) בעניין רע"א 8851/02 ישראלכרט בע"מ נ' שלומוביץ, פ"ד נט(3) 422 (2004). נקבע שם, כי כאשר אדם יודע מראש על "הטעייה" ובידיעה זו מבצע עסקה מלאכותית רק לשם הגשת תובענה ייצוגית כנגד הנתבע, הרי שלא קמה לו עילה אישית של הטעייה (שהרי כאשר קיימת ידיעה מראש על אופן התנהלות הנתבע, לא ניתן לדבר על הטעייה), אך כן עשויה לקום לו עילה אישית של הפרת חוזה (בנסיבות התיק שם, נדחתה גם העילה של הפרת חוזה היות ולא הוגש ערעור בעניין זה). ר' שם, בעמ' 429-432 לפסה"ד.

עוד נעיר, שברור ששאלת קיום העילה האישית, תלויה בנסיבותיו המדויקות של כל תיק קונקרטי ולא ניתן לקבוע כללים קטגוריים בנדון. בין היתר יש לבחון, האם הידיעה מראש של התובע על העוולה, עולה כדי הסכמה מדעת להתנהגות הנתבע, והאם מדובר בזכות משפטית קוגנטית, שאינה ניתנת להתנאה ואינה כפופה לרצון הצדדים.

53. אמנם, נבקש להעיר בעניין השפעת הנסיבות של ייצור עילה לשם הגשת תובענה, על עצם קיום העילה האישית, ביחס לקביעתו של כב' השופט פרגו בס' 3 לפסה"ד מושא ע"א 9244/12 שלפנינו, שבנסיבות של יצירת עילה לשם הגשת תובענה ייצוגית, הרי שהרוכש לא יוגדר כ-"לקוח" בגדרי פריט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות ולא תקום לו עילה אישית (כך, לעמדת כב' השופט פרגו).

מבלי לקבוע מסמרות, אפשר שבנסיבות כאלה, ניתן לטעון שרוכש מוצר לשם הגשת תביעה אינו מוגדר כצרכן בגדרי חוק הגנת הצרכן, שהרי בחוק הגנת הצרכן תשמ"א-1981 הוגדר צרכן בסעיף 1 לחוק כ- "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי", ואילו מי שרוכש מוצר או שירות רק לשם הגשת תביעה, אפשר ואינו בא בגדר מי שרכש האמור לשימוש שעיקרו אישי ביתי או משפחתי. מאידך גיסא, ניתן לטעון (בניגוד לעמדתו של כב' השופט פרגו), שגם אם מטרת הרכישה העיקרית היא הגשת תביעה, הרי בסופו של דבר, המוצר נרכש ונעשה בו שימוש בדרך כלל למטרות הנקובות בסעיף, ועל כן יתכן שגם בנסיבות אלה הרוכש מוגדר כצרכן.

54. כך או כך, לעמדתנו (ובניגוד לקביעת כב' השופט פרגו), רוכש כאמור כן בא בגדרי פריט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות (ובלבד כמובן שהעילה מבוססת לגופה), שהרי פריט 1 אינו מחייב דווקא הגדרה של צרכן: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

כלומר, בכדי לבוא בגדרי פריט 1 לא נדרשת דווקא הגדרה של צרכן, אלא די בהגדרה של לקוח ואפילו אם לא נקשרה עסקה. ראו גם בדברי ההסבר לה"ח תובענות ייצוגיות 234 (26.1.06), בעמ' 284:

"הפרט מרחיב על ההסדר הקבוע בחוק הגנת הצרכן, באופן שהוא מאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד עוסק כהגדרתו בחוק האמור בקשר לענין שבינו לבין לקוח... הפרט אינו מצמצם את הגשת התובענה הייצוגית לעילות הקבועות כיום בחוק הגנת הצרכן... ההסדר המוצע... מבהיר כי כל התחום הצרכני הוא נושא להגשת תובענות ייצוגיות. הגבלות נוספות בהסדר הקיים נבעו מכך, שרק צרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן היה רשאי להגיש תובענות ייצוגיות. מוצע להסיר גם הגבלה זו ולאפשר ניהול תובענות כאמור בידי לקוח".³¹

³⁰ ר' לעיל, ה"ש 27.

³¹ עוד ראו בש"א (מהוזי ב"ש) 4309/05 בארי נ' עיתון הארץ בע"מ [פורסם בנבו] (2009), בסע' 6 לפסה"ד.

לפיכך, ואפילו אם נניח לצורך הדיון בלבד, שרוכש מוצר או שירות לשם הגשת תובענה אינו בא בגדר צרכן, מכל מקום נראה, שהוא כן בא בגדר "לקוח", והרכישה עצמה מוגדרת כ- "ענין שבינו (בין העוסק-י.ש.) לבין לקוח".
 55. נדגיש, כפי שכבר כתבנו לעיל: **איננו מביעים כל עמדה במקרים הקונקרטיים, האם קיימת עילה אישית וקבוצתית.** עמדתנו מכוונת רק לכך, שבאופן כללי, לגישתנו, נסיבות יצירת עילה לשם הגשת תובענה, **אינן סותרות בהכרח דבר קיומה של עילת תביעה לפי פריט 1**, ואינן צריכות להביא בהכרח לאי הגדרתו של התובע המייצג כלקוח.

השלכות חוסר תום לב על אישור התובענה

56. הסוגיה שבה נעסוק כעת, היא השאלה **מה צריכות להיות ההשלכות של התנהלות בחוסר תום לב מצד התובע המייצג או בא כוחו, על אישור התובענה.** אין צריך לומר, שכאשר בקשת האישור אינה מבוססת, הרי שחוסר תום לב רק יהיה סיבה נוספת לדחיית בקשת האישור, ובמקרים המתאימים אף עשוי להצדיק פסיקת הוצאות. השאלה היא, מהו הדין כאשר בקשת האישור ראויה ומבוססת, אך התובע המייצג וב"כ התנהלו בחוסר תום לב. מחד, על התובע המייצג וב"כ חלה חובת תום לב מוגברת. מאידך, התכלית העיקרית של ההליך היא התכלית הייצוגית, ולכאורה דחיית בקשת אישור המקדמת את האינטרסים של הקבוצה, לא תעלה בקנה אחד עם התכלית.

57. שאלה דומה עולה גם בהליכים שאינם ייצוגיים. בפסיקה נקבע, שלנוכח חשיבות זכות הגישה לערכאות, הרי שביהמ"ש ייזהר מפני נעילת שעריו בפני בעל דין, בגין התנהלות דיונית חסרת תום לב, אלא אם כן קיימים טעמים כבדי משקל המצדיקים זאת. עוד נפסק, שתחת סילוק ההליך על הסף שיהיה לו מקום כאמור רק ב- "נסיבות חריגות ויוצאות דופן" של ניסיון זדוני להכשלת ההליך השיפוטי או חוסר תום לב קיצוני, יוכל ביהמ"ש לתת מקום לביקורת כנגד הפגמים בתום הלב, בדרכים אחרות, כגון בפסיקת הוצאות.³²

אמנם, קיימים הבדלים מסוימים בין תובענה רגילה לתובענה ייצוגית בהקשר זה, כך שניתן לטעון שאין להחיל באופן אוטומטי דברים אלה על הליך ייצוגי: כך, בהליך ייצוגי חלה חובת תום לב מוגברת, בין היתר, לנוכח חובת ייצוג הקבוצה בתום לב המנויה במפורש בסעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כאחד התנאים לאישור התובענה הייצוגית; בנוסף, הגשת התובענה הייצוגית טעונה אישור של ביהמ"ש בהתאם לשיקול דעתו ובהתאם לתנאים הקבועים בחוק, וגם מטעם זה קיים שוני, בהשוואה להגשת תובענה רגילה, שאינה טעונה אישור של ביהמ"ש.

מאידך גיסא, דחייה על הסף של ההליך הייצוגי, פוגעת לא רק בתובע המייצג ובא כוחו, אלא גם באינטרסים של הקבוצה המיוצגת, התומכים כמובן בקידומה של בקשת אישור הראויה ומבוססת לגופה. מטעם זה, מתבקש לכאורה, להחיל את הכללים שנקבעו ביחס לזהירות בדחיית הליך על הסף מחמת פגם בתום הלב, גם על הליכים ייצוגיים ואפילו ביתר שאת. וכדברי השופט גרוסקופף בפס"ד חרסט, בסעי' 23:

"הפסיקה מורה כי במקרה הרגיל אין מקום לסילוק הליך על הסף מהטעם של שימוש לרעה בהליכי משפט, אלא יש להסתפק בסנקציות פחותות... כך, מקל וחומר, כשמדובר בבקשה להכרה בתובענה ייצוגית, בה נוסף לזכות היסוד של המבקש שלא תישלל ממנו זכות הגישה לערכאות, יש להתחשב גם באינטרס הקבוצה בביורר עילת התביעה לגופה. לפיכך, נקודת המוצא לדיון בסנקציה חייבת להיות שרק במקרים חריגים תצדיק התנהלות פסולה של המבקש/התובע המייצג או בא הכוח המייצג סילוק על הסף של בקשתם."³³

מכל מקום, נבחן עתה את השאלה הנזכרת, תוך התמקדות בשיקולים הרלוונטיים להליך ייצוגי.

³² ר' בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (15.1.07), בסעי' 4-8 להחלטתה של הנשיאה בייניש; ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל (9.10.03), בסופו סעיף 7 לפסה"ד; ע"א 2722/06 גינות לאה בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ (29.5.06), בסעי' 10 להחלטת הנשיאה נאור. ר' גם לאחרונה בעניין ע"א 8184/12 מרכז תורני לאומי נ' הרב קפלן (28.10.15), בסעיף כ"א לפסה"ד של השופט רובינשטיין.

³³ ת"צ 36086-07-11 חרסט נ' ידיעות אינטרנט. על פסה"ד בעניין חרסט תלוי ועומד ערעור בבימ"ש זה (ע"א 8290/12).

פסקי דינם של בתי המשפט המחוזיים מושא ההליכים שלפנינו

58. דוגמא מוחשית לסוגיה זו, היא השאלה שהתעוררה בתיקים דנן, ביחס להגשת כמה בקשות אישור באותה סוגיה לבתימ"ש שונים, מבלי ליידע את בתימ"ש בתובענות המקבילות ומבלי לרשום את התובענות בפנקס התובענות הייצוגיות. האם לאור כך, היה על בתימ"ש בהליכים שלפנינו לדחות את בקשות האישור על הסף, גם אם היה מדובר בבקשות אישור מבוססות עילה וראויות לגופן? (ויודגש: איננו מביעים כל עמדה בסוגיית העילה, בענייננו).

59. כידוע, נחלקו בכך בתימ"ש המחוזיים בפסקי דינם מושא ההליכים דנן, ושאלה זו היא גם אחת השאלות בגינן נקבע דיון בפני הרכב מורחב, בתיקים שבכותרת: "תיק זה מעורר שתי שאלות... השניה- הדרך שבה הוגשה הבקשה, קרי ייזומה על ידי עורכי דין והגשתה בבתי משפט שונים... יתכן שיש מקום... להרחבת ההרכב."³⁴ השופטת שטמר בס' 21 לפסק דינה מושא רע"א 3698/11 עומדת על ההתנהלות הבעייתית של התובעים המייצגים: "מצופה מתובע בכלל, תובע ייצוגי בפרט ועל אחת כמה וכמה כשהוא עו"ד, שתצהירו ישקף אמת לאמיתה וילמד גם על אופן איסוף הראיות מבלי להסתתר מאחורי צרכים עלומים...". מאידך גיסא, השקפתה של השופטת שטמר היא, שלמרות ההתנהלות הבעייתית הנזכרת, אין הצדקה לדחות את בקשת האישור המבוססת לגופה (לפי קביעתה), ועל כן היא הורתה על אישור התובענה הייצוגית. ר' בדבריה שם. מנגד, עמדתו של השופט פרגו שונה (בפסק דינו מושא הליך ע"א 9244/12 שלפנינו):

"התנהלות תקינה זו ובתום לב, הם מתנאי היסוד אותם מעמיד ביהמ"ש נגד עיניו עת הוא בוחן את הבקשה לאישור... תנאים אלה אינם מתקיימים במקרה הנדון. כאמור, שלוש תובענות הוגשו בנדון בסמיכות זו לזו לבתי משפט שונים... יש זהות מלאה בנושאי ועילות התביעה בין שלוש הבקשות או התובענות... בין כל המבקשים/התובעים יש קשר זה או אחר... מהזהות והקשר שבין התובענות ודרך התנהלותם ניתן ללמוד כי אין המדובר בתובענות אמת שהוגשו בתום לב, אלא בהתנהלות שנועדה ליצור פס ייצור של תובענות ייצוגיות משיקולי גמול ושכר וכי על מנת לזכות במירב גמול ושכר הוגשו שלש תובענות לבתי משפט שונים..." (עמ' 8-9 לפסה"ד).

עוד מבסס השופט פרגו את קביעתו אודות חוסר תום לב, גם על ההחזרה המכוונת של מיכל הדלק ע"י התובעים, כשאינו מלא, בניגוד להוראות חוזה ההשכרה.

וממשיך השופט פרגו (בעמ' 11-13 לפסה"ד) לנמק מדוע אינו מסכים עם גישתה של השופטת שטמר:

"שותף אני לדיעה כי הרצון לאכוף אינטרס ציבורי בדרך של תובענה ייצוגית הוא אחד מעיקרי מטרתה של תובענה כזו... אבל המטרה אינה מקדשת את האמצעים. אין להתיר הגשת תובענה ייצוגית עת התובע עצמו מפר במודע, במתכוון ובחוסר תום לב חוזה ההשכרה... אם האינטרס הציבורי היה עומד לנגד עיני התובעים... הם היו מתריעים על כך... הם לא היו מפצלים את התובענות לשלוש תביעות נפרדות ולא היו מבזרים את התביעות בין בתי משפט שונים... קשה לי לקבל את המסקנה אליה הגיעה כב' השופטת שטמר... התנהלות והתנהגות בתום לב הן מיסודות ואושיות המשפט... ובוודאי שהתנהגות הוגנת והולמת ובתום לב נדרשת מתובע המבקש לייצג ציבור נרחב... לא בכדי תום לב וההגינות הם מעיקרי התנאים להגשת תובענה ייצוגית... מנימוקים מצטברים אלה אני מחליט כבר עתה: לדחות את הבקשה לאישור".

וראו שם עוד, בעמ' 7 לפסה"ד, שלדעת השופט פרגו, מהסיבות הנזכרות, דין התובענה לדחייה, אפילו אם היה ממש בטענות התובעים לגופן.

בהמשך פסה"ד בעמ' 14 ואילך, דוחה השופט פרגו למעלה מן הצורך, גם את עילות התביעה לגופן.

60. אם כן, לעמדתה של השופטת שטמר, גם כאשר קיימת התנהלות בעייתית של התובעים ובאי כוחם, אין לדחות בקשת אישור הראויה לגופה, ובלבד כמובן שהתובעים ינהלו את התובענה גופה בתום לב לטובת הקבוצה. לעומת

³⁴ ר' בהחלטה מיום 5.1.15, בתיק ע"א 9244/12 שלפנינו.

זאת, לדעת השופט פרגו, גם אם היה ממש בעילות התביעה לגופן, דינה של בקשת האישור היה לדחייה, מחמת התנהלות התובעים ועורכי דינם שלא בתום לב, והיות ו- "המטרה אינה מקדשת את האמצעים".

61. עוד ראוי לציין בהקשר זה את פסק דינו של השופט גרוסקופף בעניין **חרסט**,³⁵ שדחה על הסף 17 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו באותו עניין, בין השאר מחמת הגשתן בנפרד, לבתימ"ש שונים, מבלי ליידע את בתימ"ש בבקשות השונות שהוגשו, ומבלי לרושמן בפנקס התובענות הייצוגיות בסמוך להגשת הבקשות. נקבע כי ההגשה המבוזרת של בקשות האישור ללא יידוע ביהמ"ש בכך, ללא רישום בפנקס התובענות הייצוגיות וללא שקיפות, עולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט ומהווה חוסר תום לב חמור. על כן, **הורה ביהמ"ש על סילוק בקשות האישור על הסף, תוך חיוב בהוצאות**. זאת, למרות שלגוף הדברים מצא ביהמ"ש כי נפל פגם בהתנהלות הנתבעים.

עם זאת, הודגש בהחלטה כי:

"כשמדובר בבקשה להכרה בתובענה ייצוגית, בה נוסף לזכות היסוד של המבקש שלא תישלל ממנו זכות הגישה לערכאות, יש להתחשב גם באינטרס הקבוצה בבירור עילת התביעה לגופה... נקודת המוצא לדיון בסנקציה חייבת להיות, שרק במקרים חריגים תצדיק התנהלות פסולה של המבקש/ התובע המייצג או ב"כ המייצג, סילוק על הסף של בקשתם. ואולם, גם לאור מבחן מחמיר זה, סבורני כי המקרה הקיצוני שלפני מחייב סילוק..."

עיון בהוראות החוק הרלוונטיות

62. לפני שנעמוד על עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה זו, ולשם הבנת העמדה, נעמוד על הוראות החוק בנדון. כך קובע סעיף 8(א) לחוק:

ביהמ"ש רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) **התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;**
- (2) **תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;**
- (3) **קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;**
- (4) **קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.**

אם כן, כאשר ביהמ"ש שוקל האם לאשר הגשת תובענה ייצוגית עליו לבחון בין היתר, האם קיים יסוד סביר להניח, שענינם של חברי הקבוצה ינהל בדרך הולמת ובתום לב.

ברי, כי בהתאם לאמור, **יש בסמכות ביהמ"ש לדחות בקשת אישור, מהטעם שקיים יסוד סביר לכך שענינם של חברי הקבוצה לא ינהל בדרך הולמת או בתום לב.**

63. אמנם, יש לתת את הדעת לכך, שהדרישה במישור תום הלב והדרך ההולמת, מנוסחת בהוראות החוק כחובה המופנית כלפי ייצוג וניהול ענינם של חברי הקבוצה, ולא מנוסחת באופן ישיר כחובה כללית, וכן אינה מנוסחת כמופנית כלפי אופן הגשת בקשת האישור לביהמ"ש, אלא כלפי ניהול וייצוג חברי הקבוצה, במסגרת בקשת האישור. זאת, בניגוד להוראות חוק שהיו קיימות בעבר ודרשו באופן ספציפי תום לב בהגשת בקשת האישור.³⁶ עמד על כך כב' השופט מלצר בסעי' 93-89 לפסה"ד בעניין פרינר, לעיל ס' 1:

"משנחקק חוק תובענות ייצוגיות, רוככה הדרישה לקיומו של תום לב בהגשת התובענה – וכיום סעיף

³⁵ לעיל, ה"ש 33. כאמור שם, ערעור תלוי ועומד בפני ביהמ"ש הנכבד.

³⁶ ראו למשל סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן תשמ"א-1981 (סעיף שבוטל, במסגרת חוק תובענות ייצוגיות) (תיקון מספר 19 לחוק הגנת הצרכן, ס' 33 לחוק תובענות ייצוגיות התשמ"ו-2006 ס"ה 2054, עמ' 279 (12.3.06)).

8(א)(4) לחוק דורש: "יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב" ... וזאת לצד הדרישה כי: "עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת (סעיף 8(א)(3) לחוק)... החוק אף הסיט את "קו פרשת המים" לבחינת תום הלב של התובע המייצג ובא-כוחו, משלב הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית – לשלב של ניהול התובענה. אכן – החובה לייצג ולנהל את עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, המוטלת על התובע המייצג ועל בא-הכוח המייצג, מוסבת בראש ובראשונה כלפי חברי הקבוצה, אשר עניינם מופקד בידיהם..."
 ראו גם בדבריו של פרופסור אלון קלמנט³⁷: "לעומת הנוסח בחוקי התובענות הייצוגיות אשר דרש כי התובענה תוגש בתום לב, דורש החוק החדש כי "עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב" מוקד דרישת תום הלב הוסט איפוא מן הנתבע, אל קבוצת התובעים המיוצגים."

64. לאור האמור, לכאורה מתבקש, שבמידה ואין יסוד לחשש לייצוג שאינו הולם או שלא בתום לב של חברי הקבוצה, הרי שלא יהיה מקום לדחות בקשת אישור ראויה ומבוססת, גם אם התובע המייצג או בא כוחו פעלו באופן שאינו ראוי או שאינו בתום לב בהגשת בקשת האישור, כלפי הנתבע וביהמ"ש. שהרי, כל עוד, מדובר בבקשת אישור ראויה ומבוססת, וכל עוד עניינם של חברי הקבוצה מיוצג כראוי, הרי שנקודת המבט של האינטרסים של חברי הקבוצה מחייבת לכאורה את אישור התובענה, על אף הפגם בהתנהלות התובע המייצג ובא כוחו.

65. אלא שהדברים אינם כה פשוטים, אלא הינם מורכבים יותר, וזאת משתי בחינות.

א. ראשית, גם אם השאלה המרכזית שעל ביהמ"ש לבחון בגדרי סעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות נוגעת למישור היחסים שבין התובע המייצג ובא כוחו, לקבוצה המיוצגת, במסגרת ניהול בקשת האישור והתובענה, מכל מקום, לכאורה ניתן ללמוד מאופן הגשת בקשת האישור, על אופן הייצוג הצפוי של האינטרסים של הקבוצה. רוצה לומר: ככל שהתובע המייצג ובא כוחו פעלו באופן שאינו ראוי, או בחוסר תום לב כלפי הנתבע ו/או כלפי ביהמ"ש, בהגשת בקשת האישור, ניתן לכאורה יהיה ללמוד מכך, גם על יסוד לחשש, שעניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג בדרך הולמת ובתום לב, כדרישת החוק, אם כי כמובן הכל בכפוף לנסיבות התיק הקונקרטי.

ר' ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי, בס' כ"א לפסה"ד של השופט רובינשטיין (ור' גם ס' 8 לפסה"ד של השופט מלצר):

"על פני הדברים נראה, כי תובע שאינו עושה את הפעולה הבסיסית שקבע החוק - רישום, מעלה שאלות לגבי מידת רצינותו בניהול תובענה מסוג זה, וגם לכך יש ליתן משקל."³⁸

ב. שנית, גם אם המוקד בהוראות החוק בסוגיית תום הלב מוסב על ייצוג עניינם של חברי הקבוצה, מפסיקת ביהמ"ש הנכבד עולה, שגם כלפי ביהמ"ש והנתבע קיימת חובת תום לב כללית. ראו בס' 95 לפס"ד פרינר:

"ייסודה של גישה זו בחובת תום הלב הכללית החלה בשיטת המשפט שלנו, גם ביחס לשימוש בהליכי משפט, ובגדרה מחויבים גם התובע הייצוגי ובא הכוח המייצג לנהוג בתום לב, ביחס לצד שכנגד וכלפי ביהמ"ש. וכן קבע כב' השופט רובינשטיין בעניין מי הגליל, לעיל ה"ש 13, בסעי' מ"ב לפסה"ד:

"אשר לסברת המלומדים חבקיין ובן-נון, כי חובת תום הלב המוטלת במסגרת חוק תובענות ייצוגיות על התובע הייצוגי ובא כוחו, אינה חלה כלפי הנתבע, דעתי שונה, בכל הכבוד, נוכח מאפייניו החברתיים והציבוריים של מכשיר זה, ובפרט כוחו הרב, ויכולתו להביא לאכיפת הדין תוך הגשמת זכות הגישה לערכאות. ניתן לדעתי בהחלט לפרש חובה מוגברת זו כחלה גם במישור היחסים שבין התובע הייצוגי ובא כוחו, לבין הנתבע הייצוגי."³⁹

³⁷ אלון קלמנט קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006, הפרקליט מט' 131, 150.

³⁸ עוד ראו רע"א 378/96 וינבלט נ' בורנשטיין פ"ד נד(3) 247, 268-269: "תפקודו של תובע בעת הליכים מקדמיים לאישור התובענה כייצוגית משליך על שאלת היותו של התובע מייצג הולם..." וכן ראו ס' 19 לפסה"ד בעניין בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר (22.11.12): "הגשת בקשה לאישור מבלי לערוך בדיקה מעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הרלוונטית עלולה כשלעצמה להוליך למסקנה כי יש יסוד סביר להניח שהתובע הייצוגי ובא כוחו לא ייצגו את הקבוצה בתום לב."

³⁹ עוד ר' בעמ' 263 בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 23, מהם עולה שחובת תום הלב חלה גם כלפי הנתבע. ר' גם

66. אם נסכם נקודה זו ביחס להשפעת סוגיית תום הלב על ההחלטה בבקשת האישור, הרי ביהמ"ש צריך לבחון את מימד תום הלב (והייצוג ההולם) בהחלטתו אם לאשר את הגשת התובענה. עם זאת, **המוקד הינו במישור היחסים שבין התובע המייצג ובא כוחו, לבין הקבוצה המיוצגת**, בנייהול בקשת האישור והתובענה. לכן, לכאורה, בעיה בתום הלב ביחס לנתבע או ביהמ"ש, אינה צריכה להביא בהכרח לדחיית בקשת האישור, כאשר הייצוג ההולם ותום הלב ביחס לקבוצה לא נפגעו. אלא, שראינו שהדברים אינם מוחלטים: לעיתים התנהלות בעייתית כלפי הנתבע וביהמ"ש יוכלו ללמד גם על אופן הפעולה הצפוי ביחס לאינטרסים של הקבוצה. בנוסף, בהתאם לפסיקת ביהמ"ש הנכבד, חובת תום הלב חלה גם כלפי הנתבע וביהמ"ש.⁴⁰

67. עוד נבקש להוסיף ולהדגיש, כי **עיון בהוראות החוק מלמד, שגם כאשר קיים יסוד להניח שעניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג וינוהל בתום לב (ולא מדובר רק במישור היחסים שבין התובע לנתבע), התוצאה אינה בינארית ואינה מביאה בהכרח לדחיית בקשת אישור המבוססת לגופה:**

"ביהמ"ש רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או ב"כ מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר ביהמ"ש תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב..." (ס' 8(ג)(1) לחוק).

כלומר, החוק מורה מפורשות, **שגם כאשר אין יסוד להניח, שעניינם של חברי הקבוצה ינוהל בדרך הולמת ובתום לב, ביהמ"ש רשאי לאשר הגשת תובענה ייצוגית, תוך מתן הוראות שיבטיחו את ייצוג הקבוצה בתום לב ובדרך הולמת**, אם בדרך של החלפת התובע המייצג או ב"כ, אם בדרך של צירוף תובעים וב"כ נוספים, ואם בדרך אחרת.

68. בהתאם לאמור, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, על בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו בכל מקרה ומקרה מהי התוצאה הרצויה. במקרים שבהם סבור ביהמ"ש, שמדובר בתובענה ראויה ומבוססת ודחייתה עלולה להביא לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה, מוצע כי יבחר ביהמ"ש בדרך, שפגיעתה תהיה פחותה ככל הניתן בחברי הקבוצה, וייתן עדיפות לדרך של אישור התובענה, לצד מתן הוראות שיבטיחו את הייצוג הראוי של הקבוצה, אם בדרך של החלפת התובע המייצג וב"כ, ואם בדרך אחרת. בנוסף, כדלעיל, מובן שביהמ"ש יוכל לבטא את ביקורתו כלפי אופן פעולת התובע המייצג וב"כ, בפסיקת הגמול ושכה"ט, וכן בפסיקת הוצאות במקרים המתאימים.

69. עמדה זו נתמכת אף בהלכה הפסוקה. בפסה"ד של הנשיא ברק בעניין טצת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 791 נאמר: **"יש להיזהר מהוספת דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות כייצוגיות העלולות לסרבלין הליך במקום לייעלו..."**

בפרוטוקול הדיון בוועדת המשנה לוועדת חוקה חוק ומשפט שדנה בחוק, מיום 13.9.05, בעמ' 17-20, שם הבהיר גם ח"כ רשף חן (יו"ר הוועדה), שחובת תום הלב חלה גם כלפי הנתבע, ולכן החוק גם נתן לו זכות ערעור על החלטות במישור תום הלב (ומאידך גיסא, הבהיר ח"כ חן, שלהשקפתו, חובת הייצוג ההולם חלה רק כלפי הקבוצה ולכן בעניין זה לא ניתנה לנתבע זכות ערעור).

⁴⁰ בנוסף, יש להדגיש שמעבר לשיקולים המנויים בחוק, בסופו של דבר, ההחלטה האם לאשר הגשת תובענה ייצוגית **נתונה לשיקול דעתו של ביהמ"ש המוסמך בהתחשב במכלול נסיבות התיק.**

ראו בלשון ס' 8(א) לחוק: **"ביהמ"ש רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו כל אלה..."** עוד ראו בסע' 76 לפסק דינו של השופט מלצר בעניין פרינר, לעיל ס' 1: **"חוק תובענות ייצוגיות מעניק, אמנם, לביהמ"ש שיקול דעת באם לאשר תובענה כייצוגית – ושיקול דעת זה איננו מוגבל אך ורק לתנאים הקבועים בסעיף 8(א)(1)-(4) לחוק... מכאן, שגם במקרים שבהם מתקיימים כל התנאים הקבועים בסעיפים קטנים (1) עד (4) לסעיף 8(א) לחוק, עדיין נותר לביהמ"ש מרחב שיקול דעת. והוא רשאי שלא לאשר את התובענה כייצוגית. אם מצא טעם ראוי לכך..."**

גם מטעם זה, ולנוכח שיקול הדעת הרחב הנתון לביהמ"ש האם לאשר הגשת תובענה ייצוגית, נראה, שיש לביהמ"ש סמכות לדחות בקשת אישור, כאשר קיים פגם בתום הלב ואפילו אם פגם זה אינו קשור לייצוג הקבוצה, כך, אף אם היינו סבורים שבגדרי סעיף 8(א)(4) לחוק הוסמך ביהמ"ש לדון רק בתום הלב שבין התובע לקבוצה. מכל מקום, **שאלת הסמכות לחוד, ושאלת שיקול הדעת הראוי בהפעלת הסמכות לחוד.** נדון בכך להלן.

יש למנוע הפיכת הדיון המקדמי ב"כשירות" התובע הייצוגי, לדיון העיקרי. יש למנוע מחברה נתבעת... שאין להם הגנה טובה לגוף התובענה, למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם באשר לזהות התובע הייצוגי." ובדומה ראו בס' 21-22 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) בייניש בעניין גדיש, לעיל ה"ש 26:

"לעיתים הצטברותם של פגמים דיוניים בהתנהלותו של התובע הייצוגי... עשויה להביא למסקנה כי לא ראוי לאשר את התובענה כייצוגית... לטעמנו, האפשרות לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית אך בשל התנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי צריכה להישמר למקרים חריגים. זאת, בין היתר, בהתחשב בתכליתו של ההליך הייצוגי להתמודד עם כשלים הקיימים במנגנון ההתדיינות ה"רגיל" ולצמצם את פערי הכוח... הקפדה עם התובע הייצוגי הפוטנציאלי עלולה לשבש את מטרות החקיקה. אכן, "אין זה מתפקידו של ביהמ"ש לגבש עילות תביעה בעבור התובעים"... אולם, מקום בו סבור ביהמ"ש כי מבחינה מהותית הצביע התובע הייצוגי הפוטנציאלי על עילות שמן הראוי לבררן במסגרת הליך ייצוגי, ראוי כי ישקול את האפשרות להתגבר על הקשיים שמעוררת התובענה במישור תנאי הסף... באמצעות שימוש בסמכויות שהקנה לו המחוקק."

יישה זו אומצה גם לאחרונה במסגרת פס"ד פריינר, לעיל ס' 1. ראו סע' 96-100 לפסה"ד של השופט מלצר שם.⁴¹

השלכות הגשה מבוזרת של בקשות אישור על אישור התובענות

70. עתה נבקש להתייחס בקצרה באופן קונקרטי, לסוגיית ההגשה המבוזרת של תובענות ייצוגיות הנוגעות לאותה מסכת עובדתית ומשפטית, לבתימ"ש שונים, מבלי ליידע את בתימ"ש בכך, ומבלי לרשום את התובענות השונות בפנקס התובענות הייצוגיות, כנדרש, ובשאלת השלכות של התנהלות פגומה שכזו, על סוגיית אישור התובענה הייצוגית. כידוע, בכך מדובר גם בתיקים שלפנינו.

להלן נעמוד על אמות המידה הכלליות בנדון, לגישתנו, אולם את השאלה הקונקרטית האם במקרה שלפנינו ראוי היה לדחות את בקשות האישור על הסף, נותיר לשיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד.

71. בהקשר זה נבקש להתייחס לשאלתו של כב' השופט דנציגר, בהתייחס להפרת חובת הרישום בפנקס התובענות הייצוגיות, במסגרת הדיון בתיקים שלפנינו בפני ההרכב המורחב ביום 5.7.15 (עמ' 17, שורות 32-34 לפרוטוקול):

"הפנו להוראת סעיף 5 (צ"ל סעיף 6-י.ש.), שמחייבת את מי שרוצה לנקוט בהליך כזה, לעשות פעולות מסוימות. זה לא עניין של תום לב, זה חובה ברורה וחד משמעית. האם הפרה של הוראות המחוקק, לא ניסיון לתת מידה כזו או אחרת לפרשנות התנהלות, זאת כשלעצמה לא צריכה להיות סיבה שלא לאשר תובענה ייצוגית?"

72. אכן, קיימת חובה לרשום בקשת אישור בפנקס התובענות הייצוגיות עם הגשתה, כקבוע בס' 6 לחוק. לא מדובר רק בחובה פורמלית, אלא בחובה מהותית שהגיונה ותכליתה בצידה, כפי שנאמר בס' ט"ז לפס"ד דבח, לעיל, ס' 27:

"תכלית הרישום היא ליתן פומבי לדבר הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית באופן שיהיה נגיש וגלוי, ולאפשר ריכוז שקוף של המידע על תובענות ייצוגיות לטובת הציבור, בין היתר כדי לאפשר הן לתובעים פוטנציאליים והן לגופים שונים בעלי עניין (כגון גופים צרכניים), לשקול את צעדיהם."

כך גם, על מנת למנוע דיון במספר בקשות אישור במקביל בפני בתי משפט שונים, באופן שיביא לבזבוז משאבים שיפוטניים ויתכן שאף להכרעות סותרות (שם).

בנוסף, חובה על התובע המייצג וב"כ להציג בפני ביהמ"ש באופן שקוף ומלא, את המידע אודות תובענות ייצוגיות נוספות שהוגשו באותו עניין. קל וחומר שכך יש לנהוג, כאשר מדובר בתובענות

⁴¹ כן ראו בפס"ד מי הגליל, לעיל ה"ש 13, שם נקבע בסע' מ"ד לפסה"ד, שאי קיום חובת הפנייה המוקדמת טרם הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות מנהלית (חובה המבוססת בין היתר על דיני תום הלב- ראו שם בסע' ל"ו לפסה"ד), תביא לידי דחיית בקשת אישור, רק כאשר מדובר בחוסר תום לב מובהק, ואילו בדרך כלל, הפרת חובת הפנייה המוקדמת תבוא לידי ביטוי במישור שכה"ט והגמול. כן ראו בישיבת ועדת המשנה לוועדת חוקה חוק ומשפט שדנה בחוק, מיום 13.9.05, בעמ' 21-26 לפרוטוקול הדיון, שם נדונה השאלה. האם ראוי לדחות בקשת אישור מבוססת לגופה הנגועה בחוסר תום לב, כאשר העמדה שאליה נטו משתתפי הישיבה הייתה, שיהיה מקום לדחות בקשה כזו, כאשר מדובר בחוסר תום לב היורד לשורש ההליך, אך לא יהיה מקום לדחייה על הסף, כאשר מדובר רק באי קיום פנייה מוקדמת.

ייצוגיות נוספות שהוגשו על ידי אותו תובע מייצג או אותם ב"כ (ואפילו אם יש הצדקה לגבי עצם ביזור התובענות). כך דורשים חובת תום הלב, חובת ההגינות, והשכל הישר, כלפי ההתנהלות המתבקשת בהליכים משפטיים בכלל, וביתר שאת כאשר מדובר בהליך ייצוגי שבו נוהגת חובת תום לב מוגברת.⁴² זאת ועוד: בדרך כלל, לא יהיה זה ראוי לבזר ולהגיש במפוצל לבתי המשפט תובענות ייצוגיות שעוסקות באותה מסכת עובדתית ומשפטית. כך, על מנת שלא לבזבז משאבים שיפוטיים ועל מנת שלא להביא להכרעות סותרות. אמנם, ייתכנו מקרים חריגים שבהם תיתכן הצדקה לכך, אולם גם אז הדבר לא יגרע מחובת הרישום של התובענות בפנקס התובענות הייצוגיות, ומהחובה להציג לביהמ"ש באופן שקוף ומלא את פרטיהם של כל התובענות שהוגשו. (ר' סי' 21 לפס"ד חרסט, לעיל, ה"ש 33).

ראו גם ע"א 3352/13 גמליאל נ' טבע סנטר (16.7.14):

"אכן יש פגם בהגשת תובענות דומות העשויות להיות מוגשות לבתי משפט שונים, או מנותבות לשופטים שונים בלא שהדבר נמסר מפורשות בתובענה באופן שניתן יהיה לטפל בו כראוי על פי הדין... אנו מטעימים את האמור, שעליו להיות בחינת פשיטא בגדרי הגינות ותום לב."

73. לאור האמור, מה צריך להיות הדין כאשר החובות הנזכרות (חובת הרישום בפנקס, חובת יידוע בתי המשפט בתובענות השונות, והחובה שלא לבזר תובענות ללא הצדקה לכך) הופרו, ומה צריכה להיות ההשלכה לסוגיית אישור התובענה הייצוגית? האם דינן של בקשות אישור כאלה צריך להיות דחייה על הסף באופן קטגורי ומוחלט?

74. אין ספק שמדובר בפגמים מהותיים, הראויים לכל ביקורת. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לבית המשפט נתון שיקול דעת בהתאם לנסיבות המקרה, בהתאם למידת חומרתם של הפגמים ושל ההוראות שהופרו, ולאור חשיבותה ומידת ביסוסה של התובענה לגופה, לקבוע האם יש מקום לדחות את התובענה, או שיש לפעול במתווה הקבוע בסעיף 8(ג)(1) לחוק, כאמור לעיל.

לעמדתנו, לא בכל מקרה ומקרה יש מקום לדחות התובענה, גם כאשר מתקיימים הפגמים הנזכרים, אלא במקרים המתאימים לכך (ובהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש, לאור מכלול נסיבות המקרה הקונקרטי), נכון יהיה לפעול במתווה של סעיף 8(ג)(1) לחוק, וזאת על מנת לשמור גם על האינטרסים של חברי הקבוצה, התומכים לכאורה, בקידומה של תובענה ייצוגית ראויה, המבוססת לגופה. נציין גם, שהחוק אינו קובע סנקציה אוטומטית, בגין הפרת חובת הרישום בפנקס התובענות הייצוגיות וגם לא קובע, שרישום כזה הוא תנאי הכרחי לאישור התובענה.

מאידך גיסא, הפגמים הנזכרים בהתנהלות המייצגים, בהחלט מהווים שיקול רלבנטי בגדרי סעיפים 8(א)-(3)-(4) לחוק (ייצוג עניינם של חברי הקבוצה בתו"ל ובדרך הולמת), וכדברי השופט רובינשטיין בעניין דבח, לעיל סי' 27:

"כאשר ביהמ"ש בוחן האם לאשר בקשה לתובענה ייצוגית עליו לבדוק, בין היתר, האם התובענה היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, והאם קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיף 8 לחוק). משקל מרכזי איפוא ניתן לשאלה כיצד ינוהל עניינם של חברי הקבוצה... על פני הדברים נראה, כי תובע שאינו עושה את הפעולה הבסיסית שקבע החוק - רישום, מעלה שאלות לגבי מידת רצינותו בניהול תובענה מסוג זה, וגם לכך יש ליתן משקל." (סעי' כ"א לפסה"ד)

75. עמדתנו נתמכת גם באמור בס' 7 לפס"ד של השופט מלצר בעניין דבח, לעיל סי' 27, שכאשר לא קיים תובע את חובת הרישום בפנקס התובענות הייצוגיות, לא בהכרח תינתן קדימות לבקשת אישור מאוחרת שנרשמה, אלא עדיין יינתן משקל לקדימות בקשת האישור הראשונה, הגם שלא נרשמה. וראו גם שם, בסעי' 10-11, לפס"ד של

⁴² ר' סי' 22-18 לפס"ד חרסט, לעיל ה"ש 33. ראו גם ת"צ (מרכז) 8878-10-12 אלמלם נ' סופר פארם (19.3.13), בסעי' 8 להחלטה.

השופט מלצר :

"אין בהערוטיי הנ"ל כדי לקבוע כי בכל מקרה שבו תובע לא שולח העתק מבקשתו למנהל בתימ"ש, כהוראת סעיף 6(א) לחוק, ניתן יהיה לקבל בקשה מאוחרת שהוגשה באותו הנושא. ההפך הוא הנכון: נדרש איזון שיתחשב במגוון הנתונים הרלבנטיים, ובתוכם גם העובדה כי המבקש-הראשון לא פעל בהתאם להוראות החוק. הדבר יבחן, איפוא, על רקע כל מקרה לגופו, ובשים לב, בין היתר: לשלב הקונקרטי שבו נמצאת הבקשה המוקדמת, לטיבו המדויק של הפגם, להסבריו של התובע-הראשון ביחס לליקויי התנהלותו, להשפעת הפגם על המבקש השני, ולנסיבות נוספות של המכלול... סוף דבר: העובדה שהמערער לא רשם את בקשתו לאישור תובענתו כייצוגית - בפנקס - איננה מאיינת את העובדה שבקשתו הינה "בכורה", אך היא יוצרת שיקול חשוב בהקשר להפעלת סעיף 7(ב)(2) לחוק."

לעמדתנו, דברים אלה יפים לא רק לדיני התחרות בין בקשות אישור מתחרות, אלא גם לסוגיית אישור בקשת האישור כשלעצמה: הפרת חובת הרישום בהחלט מהווה שיקול בסוגיית אישור התובענה, אך אין מדובר בשיקול כטגורי עם תשובה אחת הכרחית ומוחלטת, אלא הדבר יהיה כפוף למכלול נסיבות המקרה הקונקרטי.

האם במקרים של פגמים בתוה"ל, הדרך של הגשת בקשת אישור חדשה היא פיתרון מספק?

76. אמנם, ניתן לכאורה להקשות על עמדתנו, מדוע לא לדחות בקשת אישור שכרוכה בה התנהלות לא ראויה, ובמידה ובאמת קיימת עילת תביעה מבוססת, ניתן יהיה להגיש בקשת אישור חדשה שתוגש בתום לב ובאופן ראוי?⁴³ ראוי לדון בכך, גם לנוכח הקשיים המעשיים של בתי המשפט, במציאת תובעים חלופיים ולשימוש הלא נפוץ בכלי זה.

77. אלא, שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם הפתרון של הגשת בקשת אישור חדשה אינו חף מקשיים, שעשויים להיות משמעותיים. נסביר.

עד היום לא הוכרעה בפסיקה השאלה, האם החלטה הדוחה בקשת אישור, יוצרת מעשה בית דין, שימנע הגשת בקשות אישור חדשות באותן סוגיות.⁴⁴ איננו מתכוונים כאן, לקבוע מסמרות בשאלה הנכבדה הנזכרת. מכל מקום, סימני השאלה שהוצבו בפסיקה, לאפשרות ההגשה מחדש של בקשת אישור חדשה לאחר דחיית בקשת אישור קודמת באותו עניין (אם מכוח מעשה בית דין ואם מכוח דוקטרינות אחרות), מלמדים, שהפתרון של הגשת בקשת אישור חדשה, לאחר דחיית בקשת אישור המבוססת לגופה, אך נגועה בפגמים בתום הלב, לא בהכרח יהיה פיתרון מעשי.

78. זאת ועוד: אפילו אם ברמה הפורמלית ייקבע, שהחלטה הדוחה בקשת אישור אינה יוצרת מעשה בית דין, מכל

⁴³ אכן, זה בדיוק היה נימוקו של ח"כ רשף חן, לעמדתו לפיה כאשר מדובר בחוסר תום לב חמור היורד לשורשו של הליך, יש לדחות את בקשת האישור על הסף, אף אם מדובר בתובענה מבוססת לגופה. ר' פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה לוועדת חוקה חוק ומשפט, שדנה בחוק, מיום 13.9.2005, עמ' 21-22 לפרוטוקול.

⁴⁴ בעניין ת"א 1043/00 (מחוזי תל אביב) רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי (24.10.02) נקבע ע"י כב' השופטת חיות (בשבתה כשופטת מחוזית), במצב הנורמטיבי שלפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, שדחיית בקשת אישור אינה יוצרת מעשה בית דין במובן הפורמלי, אולם על מגיש בקשת האישור המאוחרת להראות, כי קיים הבדל משמעותי בין בקשות האישור, שאם לא כן, תהיה הצדקה לסילוק בקשת האישור השנייה על הסף, מכוח סמכותו הכללית של ביהמ"ש לסלק תובענה העולה כדי הטרדה. בעניין ע"א 2505/06 בקר נ' סלקום ישראל בע"מ (9.12.08), נקבע, שאין מקום במסגרת התיק לדון בכלל שנקבע ע"י השופטת חיות בעניין רוזנפלד, ובהשלכות חקיקת חוק תובענות ייצוגיות על כך, והדבר הושאר בצריד עיון. הדבר הותר בצ"ע גם בהחלטות נוספות. ר' ע"א 6887/03 רוניק נ' ניר (20.7.10) בסעיף 12 לפסה"ד; רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין (13.2.11), בסע' 28 לפסה"ד של השופטת חיות; ולאחרונה ר' ע"א 3068/15 חברת דואר ישראל בע"מ נ' טנוס (כבוד השופטת חיות, 3.9.15).

מאידך גיסא יצוין, שבכמה החלטות נקבע, שמחיקת בקשת אישור במסגרת הסתלקות אינה מקימה מעשה בית דין, כלפי שאר חברי הקבוצה (חוץ מהתובע המייצג), ואינה משפיעה על זכויותיהם. ר' ע"א 9585/11 יערי נ' מגדל (1.10.13), בסע' 3 לפסה"ד; ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל, בסע' 7 להחלטה (29.9.13); ע"א 7809/12 חזאן נ' קלאב הוטל (31.12.13), סע' 8-11 לפסה"ד. ר' גם בסע' 50 לפס"ד חרסט, לעיל ה"ש 33, שם נקבע, שסילוק בקשות האישור על הסף, לא ישלול הגשת בקשות אישור חדשות בעתיד, ככל שהנתבעים לא יתקנו את דרכם.

מקום, ברמה המעשית, בקשת אישור חדשה צפויה להיתקל בקשיים ממשיים. ראו בעניין **גולן טלקום**,⁴⁵ שהגם שהסתלקות אינה יוצרת מעשה בית דין, עם זאת אישור הסתלקות **עלול לקצץ בכנפיה של תובענה ייצוגית נוספת, שתוגש בעתיד**. ראו גם בדברי **קלמנט**,⁴⁶ שהגם שההסתלקות אינה מקימה מעשה בית דין, בקשות אישור עתידיות **עלולות להיחסם באופן מעשי**, לנוכח גישה לא אוהדת של בתיהמ"ש לבקשות אישור המוגשות באותו עניין, שבו עסקו בקשות אישור קודמות שנדחו. עוד טען **קלמנט** שם, בעמ' 71, שבקשות אישור עתידיות עלולות להיתקל גם בבעיה של התיישנות.

יש להוסיף, שמטבע הדברים, גם לא קיימת ודאות שיימצאו מייצגים אחרים, שירימו את הכפפה ויגישו הליך ייצוגי נוסף. כך בכלל, וכך במיוחד לנוכח הבעיות שזכרו, שאיתן תצטרך להתמודד בקשת אישור שניה, המוגשת באותו עניין.

גם פרק הזמן שיחלף, עד שתוגש (אם בכלל) בקשת אישור חדשה ועד שתידון בקשה כאמור הוא שיקול, שהרי בפרק זמן זה, העוולה של הנתבע עלולה להמשיך להתקיים, על חשבונם של חברי הקבוצה.

79. בנוסף, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במקרים שבהם יחליט ביהמ"ש המוסמך, לאור מכלול נסיבות המקרה, שקיימת הצדקה לדחיית בקשת האישור על הסף, אכן הפתרון יצטרך להיות בהגשת בקשת אישור חדשה שתוגש ותנוהל בתום לב, כאשר לגישתנו, **לא תוכל להיטען כנגדה טענה של מעשה בית דין או מניעות**, בהתחשב בכך, שבקשת האישור הראשונה נדחתה רק מחמת פגמים בתום הלב, ולא מחמת קביעות שיפוטיות במישור עילת התביעה (וכאמור, **מבלי לקבוע כאן כל מסמרות** בשאלה, האם חל מעשה ביה"ד, כאשר בקשת אישור נדחתה במישור העילה).

80. כעת, לפני סיום, נתייחס בקצרה, לשאלות כלליות שעלו בתיקים דנן, בדיני החוזים האחידים ובדיני המע"מ.

שאלות כלליות בדיני החוזים האחידים

81. סוגיה כללית אחת שהועלתה ע"י המבקשים ברע"א 3698/11 היא השאלה, **האם ההליך הייצוגי הינו הליך מתאים לבירור דבר קיומו של תנאי מקפח בחוזה אחיד**. ר' ס' 52-50 לבקשת רשות הערעור.

בעניין זה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להביע את עמדתו, **שניתן להעלות טענה בדבר תנאי מקפח בחוזה אחיד במסגרת הליך ייצוגי**, ובמקרים המתאימים הדבר אף ראוי **ויש בו כדי להגשים את תכלית דיני החוזים האחידים והתובענות הייצוגיות כאחד**. המסגרת שלפנינו אינה מתאימה להאריך בדברים, ומכל מקום נסביר בקצרה את עמדתנו. נבקש להדגיש, שדברינו יתייחסו **לשאלה הכללית**, ללא הבעת עמדה האם מדובר בנסיבות בתנאי מקפח.

82. נימוק אחד שניתן לגישה, שההליך הייצוגי אינו מתאים לנדון הינו, שבשל השלכות קביעה בדבר תנאי מקפח בחוזה אחיד ביחס לקבוצה רחבה, ראוי שהדבר יובא בפני ביה"ד לחוזים אחידים.⁴⁷ לעמדתנו, בכל הכבוד, **יש לדחות נימוק זה**.

האפשרות לפנות בבקשה לביטול או לשינוי של תנאי מקפח בחוזה אחיד לביה"ד לחוזים אחידים **פתוחה רק בפני היועץ המשפטי לממשלה וגופים נוספים שנקבעו בחוק**, בתקנות או הוכרו על ידי שרת המשפטים (ר' סע' 16 לחוק **החוזים האחידים תשמ"ג-1982**. להלן בפרק זה: **"החוק"**), ולא בפני כל לקוח.

⁴⁵ ת"צ (מרכז) 6712-12-12 סער פרי הנדסה בע"מ נ' גולן טלקום בע"מ (4.4.13), בסע' 7 לפסה"ד.

⁴⁶ אלון קלמנט פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית משפטים מא, תשע"א 5, בעמ' 70.

⁴⁷ ר' בש"א (באר שבע) 4309/05 בארי נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (26.5.09), בסוף ס' 9 לפסה"ד. אמנם, יצוין שביהמ"ש שם לא הכריע בסוגיה.

כך, ההליך המתנהל בפני ביה"ד לחוזים אחידים הוא בעל אופי ציבורי ומינהלי, והחלטותיו נועדו להשפיע על צדדים שלישיים רבים, שהתקשרו עם הספק על פי אותו נוסח חוזה, אף שאינם צד ישיר להליך המשפטי. לעומת זאת, יכולתו של הלקוח לטעון טענת קיפוח, היא רק במסגרת הליך בבימ"ש רגיל, מכוח ס' 19 לחוק.

על כן, לעמדתנו, אין לשלול מלקוח את יכולתו להעלות בפני ביהמ"ש, טענה בדבר תנאי מקפח, על בסיס סמכותו של ביה"ד לחוזים אחידים, שהרי בפני הלקוח כלל לא פתוחה הדלת ליזום הליך בביה"ד, ולפיכך מובן, שהעלאת הטענה ע"י לקוח במסגרת הליך ייצוגי, אינה פוגעת בסמכותו של ביה"ד. כך גם, בעוד שתחולת שינוי התנאי המקפח ע"י ביה"ד לחוזים אחידים היא על כל חוזה אחיד, שנכרת על פי החוזה שלגביו ניתנה החלטת ביה"ד או על חוזה הדומה במהותו לחוזה זה (ר' סעיף 18 לחוק), תחולת שינוי התנאי המקפח ע"י ביהמ"ש בהליך ייצוגי, היא על החוזים האחידים שבהם התקשרו חברי הקבוצה.

83. אכן, יש להתייחס גם לשאלה האם הליך ייצוגי בא בגדר "הליך שבין ספק ללקוח", שבגדרו בלבד מוסמך בית משפט לדון בטענות בדבר תנאי מקפח בחוזה אחיד, בהתאם לסעיף 19 לחוק חוזים אחידים.

לגישתנו, **התשובה לכך חיובית**, היות ולא מצאנו כל טעם מהותי לכך, שהליך ייצוגי המוגש בשם לקוחות רבים כנגד הספק, לא יבוא בגדרו של סעיף 19 כאמור. אדרבה, נראה שמאפייניו של ההליך הייצוגי רק מחזקים את עמדתנו, שיש לאפשר את העלאת הטענה בהליך זה. בדומה להליך המתנהל בביה"ד, גם הליך של תובענה ייצוגית הוא בעל אופי ציבורי ובאפשרותו להשפיע על לקוחות רבים שהתקשרו עם הנתבע, ובכך להגשים את תכלית דיני החוזים האחידים. גם מטעם זה, לגישתנו, יש לאפשר את העלאת הטענה, במסגרת הליך ייצוגי. וראו גם בדבריו של השופט גרוסקופף ב- ת"צ (מרכז) 5763-09-11 חורב נ' שופרסל בע"מ (29.9.13), בסעי' 15 לפסה"ד:

"האפשרות לפנות בבקשה לביטול או לשינוי של תנאי מקפח בחוזה אחיד לביה"ד לחוזים אחידים, אפשרות הפתוחה רק לפני גורמים מסוימים... אינה שוללת את האפשרות לתקוף תניה חוזית בטענה כי היא מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד לפני בית משפט בהליך שבין ספק ללקוח (ראו סעיף 19 לחוק החוזים האחידים), ואין דין או טעם השוללים את האפשרות לתקוף אותם, במקרים מתאימים, בהליך של תובענה ייצוגית".

על כן, לעמדתנו, צדקה השופטת שטמר, בסעי' 8 לפסק דינה שלפנינו, כאשר דחתה את טענת המבקשים בנדון.

84. טענה כללית נוספת, שהעלו המבקשים ברע"א 3698/11 הינה הטענה, שתנאי מקפח הינו "מגן ולא חרב", ועל כן טענת תנאי מקפח לא תוכל לעמוד לימין תובעים.⁴⁸

גם בעניין זה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה שונה מעמדת המבקשים, ותומכת בקביעתה של השופטת שטמר בסעי' 8 לפסק דינה שלפנינו. ס' 19 לחוק הקובע את סמכותו של ביהמ"ש לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד, אינו מתנה סמכות זו בזוהר הצד שמעלה את טענת הקיפוח. זאת ועוד: הגבלת העלאת טענת קיפוח לטענת הגנה בלבד, עלולה לסכל את הגשמת מטרת החוק להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים. לא סביר, שאפשרותו של הלקוח לפעול להסרת הקיפוח תהיה מותנית בהגשת תביעה נגדו על ידי הספק. על כן, לשון החוק ותכליתו מובילות למסקנה כי לקוח יכול להעלות טענת קיפוח מיוזמתו, במסגרת תביעה.⁴⁹

85. ולבסוף נעיר, ביחס לטענת המבקשים ברע"א 3698/11,⁵⁰ שסעיף 23(1) לחוק החוזים האחידים שולל את האפשרות להגדרת התנאי הנוגע לתשלום הנוסף, בגין החזרת מיכל דלק שאינו מלא, כתנאי מקפח בחוזה אחיד, היות ומדובר בתנאי הקובע את התמורה הכספית. כאמור, לא נביע עמדה האם התנאי המדובר הינו תנאי מקפח בנסיבות העניין.

⁴⁸ ר' ס' 53-55 לבקשת רשות הערעור.

⁴⁹ זו היא גם עמדתן של המלומדות לוסטהויז ו- שפניץ. ר' רודה לוסטהויז ו-טנה שפניץ חוזים אחידים 182-183 (1994).

⁵⁰ ר' ס' 56 לבקשת רשות הערעור.

מכל מקום נבקש להדגיש, שלעמדתנו, אין תחולה לסעיף 23(1) לחוק בנסיבות, היות ותכלית הסעיף הקובע שהוראות החוק לא יחולו על תנאי הקובע את התמורה הכספית הינה, שלרוב, התמורה הכספית עומדת במרכז התעניינותו של הלקוח בעת קשירות העסקה. משכך, לא מתעורר הצורך להגן על הלקוח, שכן התמורה הכספית ידועה לו, והוא מסוגל לערוך השוואת מחירים ולהעריך את כדאיות העסקה. על כן ההנחה היא, שקיימת הסכמה קונקרטית של הלקוח לרכיב התמורה⁵¹ (ובניגוד למצב הדברים הרגיל בחוזה אחיד, שלנוכח פערי הכוחות בין הצדדים ומידת ההשתתפות המינימאלית של הלקוח, בקביעת פרטי החוזה האחיד (אם בכלל), לא ברור, שקיימת הסכמה אמיתית של הלקוח לפרטי ההסכם). לפיכך, לעמדתנו, יש לפרש באופן מצמצם את ס' 23 לחוק ולא להחילו כאשר תכליתו אינה מתקיימת.⁵² בענייננו, התשלום שבו יחויב הלקוח בגין החזרת מיכל דלק שאינו מלא, אינו עומד במרכז תשומת ליבו של הלקוח,⁵³ ושיעור התשלום אף אינו ידוע במועד כריתת החוזה. לפיכך, אין להחיל את הוראות סעיף 23(1) לחוק, בנסיבות שלפנינו.

86. נבקש להדגיש, שעמדנו על עיקרי עמדתנו בסוגיות החוזים האחידים שהתעוררו, אך בקצרה, וככל שביהמ"ש הנכבד יראה צורך בכך, נוכל להגיש השלמת טיעון מפורטת יותר בנדון.

גביית מע"מ בכפל?

87. סוגיה אחרונה שנבקש להתייחס אליה בקצרה, היא סוגיית גביית המע"מ. התובעים המייצגים טענו, שהתקיימה בנסיבות גביית מע"מ בכפל, היות וחברות ההשכרה גבו תשלומי מע"מ על כלל רכיבי העסקה, לרבות ביחס לתשלום הנוסף בגין החזרת מיכל דלק שאינו מלא (להלן: "התשלום הנוסף"), וזאת למרות שיש להניח שחברות ההשכרה משלמות מע"מ, כאשר הן ממלאות את המיכל בתחנות הדלק. חברות ההשכרה ביקשו לדחות הטענות.⁵⁴ גם בין בתי המשפט המחוזיים בפסה"ד מושא ההליכים דן התעוררה מחלוקת בנדון. כב' השופט פרגו בעמ' 30-32 לפסק דינו קבע כי לא מדובר בכפל מע"מ מהנימוקים שפירט, ואילו השופטת שטמר קבעה בסע' 16 לפסק דינה שגביית המע"מ בכפל מהוה סימן לכך, שמדובר במחיר מופרז, וכי אין לחייב את השוכרים במע"מ, ביחס לתשלום הנוסף.

88. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שבנסיבות העניין אין מדובר בגביית מע"מ בכפל. בהתאם לקבוע בסע' 2 לחוק מס ערך מוסף התשל"ו-1975 (להלן: "החוק"), מוטל מע"מ "על עסקה בישראל", וזאת "בשיעור אחיד ממחיר העסקה". המונח "עסקה", מוגדר בסעיף 1 לחוק, בין היתר, כ"מכירת נכס או מתן שירות בידי עוסק במהלך עסקו", כאשר "עוסק" הוא "מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקיו". המונח "מכר" מוגדר בסעיף 1 לחוק בצורה רחבה ביותר הכוללת, לרבות "השכרתו", וגם המונח "נכס" הוגדר בצורה רחבה.

⁵¹ ר' פס"ד ע"א 276/09 טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (2011), בסע' 18 לפסה"ד.

⁵² עמדה זו התקבלה בהחלטות רבות של ביה"ד. לדוגמאות בפסיקה ראו ורדה לוסטהויז ו-טנה שפניץ חוזים אחידים 34-36 (1994).

⁵³ ר' גם בסע' 60 לבקשת רשות הערעור, שם המבקשים עצמם הטעימו את העובדה, שרכיב התשלום בגין אי השבת מיכל דלק מלא, אינו מצוי במרכז תשומת ליבו של הלקוח, וכי סכום הפיצוי בנדון הוא סכום שולי ביותר וזניה, ביחס לעלות השכרת הרכב. עוד נעיר, שנסיבות פס"ד טאבא, לעיל ה"ש 51, עליו מסתמכים המבקשים (בסע' 57 לבקשת רשות הערעור שלפנינו), שונות בתכלית מענייננו, ואין כאן מקום להאריך.

⁵⁴ ר' ס' 108-111 לבקשת רשות הערעור בתיק רע"א 3698/11; ס' 129-130 לתשובת המשיבים לבקשת רשות הערעור, שם; סע' 51 לסיכום טענות המערערים בתיק ע"א 9244/12; ס' 34-39 לסיכום טענות המשיבה שם; ס' 10 לסיכום תשובת המערערת שם.

בענייננו, אין חולק, שהשכרת רכבים בידי חברות ההשכרה עולה כדי "עסקה" כמשמעותה בחוק. משכך, חברות ההשכרה חייבות במע"מ על השכרת הרכבים כאשר המע"מ מוטל, כאמור בסעי' 2 לחוק, בשיעור אחיד ממחיר העסקה.

89. כמובן, השאלה שהתעוררה הינה, האם יש להגדיר את התשלום הנוסף כחלק ממחיר העסקה, עליו מוטל מע"מ.

סעיף 7 לחוק עוסק בהגדרת מחיר העסקה וקובע בין היתר (בסעיף קטן (2)) שמחיר כולל:

"כל הוצאה אחרת בביצוע העסקה, שעל פי ההסכם על הקונה להחזירה. לרבות עמלה, או ריבית בשל תשלום לשיעורין, ריבית או כל תשלום אחר בשל פיגור בתשלום, ופיצויים בשל הפרת ההסכם כשאינן עמה ביטול העסקה..."

כלומר, מחיר עסקה כולל את כל התמורה שהוסכמה, ובכללה כל הוצאה אחרת שנשא בה המוכר בביצוע העסקה, אשר לפי ההסכם על הקונה להחזירה למוכר, לרבות פיצויים בשל הפרת הסכם. הגיונה של הוראה זו נעוץ בכך, שגם תשלומי קנסות ופיצויים מהווים מבחינה כלכלית חלק מתמורת העסקה.⁵⁵

90. לפיכך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, שגם בענייננו יש להגדיר את התשלום הנוסף כחלק ממחיר העסקה, היות ומבחינה כלכלית מדובר בחלק מתמורת העסקה, בין אם נראה את התשלום הנוסף כנובע מההתחייבות החוזית של הצדדים בהסכם השכירות, ובין אם נראה זאת כפיצוי על הפרת חוזה. נדגיש, שלעניין זה, אין חשיבות לשאלה האם התשלום הנוסף הינו בשיעור מופרז, או האם מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד (וכאמור לעיל לא נביע כל עמדה בכך). שאלות אלה אינן משפיעות על הגדרת התשלום הנוסף, כחלק ממחיר העסקה, שעל פי דין מוטל עליו מע"מ.

91. עוד נבהיר, שלעמדתנו, העובדה שחברת ההשכרה משלמת מע"מ על הדלק שרכשה מתחנת הדלק למילוי החסר, ובנוסף החברה גובה מע"מ משוכר הרכב, בין היתר, בגין התשלום הנוסף על החזרת מיכל דלק שאינו מלא, אינה עולה כדי גביית מע"מ בכפל. בהקשר זה עלינו להבחין ולהבדיל בין שתי עסקאות שונות נפרדות זו מזו –

האחת - בין חברת ההשכרה לחברת הדלק, שעניינה רכישת דלק; במסגרת עסקה זו, חברת ההשכרה משלמת לחברת הדלק עבור הדלק שהיא רוכשת ממנה. למחיר הדלק מתווסף המע"מ, שחברת הדלק חייבת בו ואשר מגולגל על חברת ההשכרה. מאידך, חברת ההשכרה רשאית לנכות את המס שגולגל עליה בגין רכישת הדלק (מס תשומות).

השנייה - בין חברת ההשכרה לשוכרי הרכבים, שעניינה השכרת רכב, כאשר כחלק ממחיר העסקה, מחויב השוכר לשלם לחברת ההשכרה תשלום נוסף, במידה והרכב מוחזר עם מיכל חסר. למחיר העסקה הכוללת מתווסף המע"מ, שחברת ההשכרה חייבת בו בגין מכלול העסקה: דמי ההשכרה + התשלום הנוסף, כאשר המע"מ מגולגל על השוכר.

עסקינן, כאמור, בשתי עסקאות נפרדות, אשר כל אחת מהן חייבת בתשלום מע"מ באופן נפרד, בהתאם למחיר העסקה הרלוונטית. על כן, לא מדובר בחיוב בכפל.⁵⁶

⁵⁵ ר' ה"ח מס ערך מוסף (תיקון) תשל"ח-1978, ה"ח 1332 (13.3.78), בעמ' 127, בדברי ההסבר בצד ימין למטה; אהרן נמדר, מס ערך מוסף, מהדורה החמישית - 2013, בעמ' 113; ע"א 19/86 עזריאלי נ. מנהל מע"מ, פ"ד מג(3) 537 (1989); א' שניידר, "פיצויים - חיוב במס ערך מוסף", רואה החשבון לד (6-1985), 349.

⁵⁶ לדיון בפסיקה במקרים קרובים לענייננו ר' ע"א 1306/99 חוף הכרמל ואח' נ' מנהל מע"מ, פ"ד נח(2) 602 (2004); ע"א 6014/04 מנהל מע"מ נ. ראדקו אינבסטמנט לימיטיד [פורסם בנבו] (2009). גם שם עמד ביהמ"ש על האבחנה, בין שתי עסקאות שונות, כאשר על פי דין, מוטל על כל אחת מהן בנפרד תשלום מע"מ, ולכן נדחתה טענה, שמדובר בכפל מס.

92. נוסף, שתשלום מע"מ מבטא, את תוספת הערך שתורמת יחידה עסקית בפעילותה העיסוקית. לפיכך, החוק מטיל את המס על מלוא המחיר של מכירות ושירותים הניתנים על ידי העוסק, אך מתיר לו לנכות את המס שגולגל עליו בגין הרכישות והשירותים שקיבל.⁵⁷ לכן, **הטלת מע"מ בגין התשלום הנוסף מתחייבת ממבנה החוק ותכליתו**. עמדה אחרת אינה מתיישבת, בכל הכבוד, עם מטרות החוק ומתעלמת מהערך המוסף הגלום בתשלום הנוסף לחברת ההשכרה.

93. לבסוף, נבקש לדחות גם את טענת התובעים המייצגים,⁵⁸ המתבססת על תקנה 6(א) לתקנות מס ערך מוסף התשל"ו-1976 הקובעת: **"סכום ששילם עוסק כהוצאה בשביל לקוחו, והוצאה חשבונית או מסמך אחר שאישר המנהל לענין זה לשמו של אותו לקוח, לא יהיה חלק מהמחיר"**.

לעמדתנו, **סעיף זה אינו רלוונטי לענייננו**. עניינה של התקנה הינו בלקוח, אשר משלם סכום לצד שלישי באמצעות "מתווך", וכפי שנקבע בפס"ד צ.ד.א- תכליתה הינה: **"למנוע מצבים בלתי צודקים, בהם ישלם הלקוח מס שלא לצורך על תשלומים המועברים לצד ג' באמצעות העוסק, המשמש אך כ"מתווך" לעניין זה..."**⁵⁹. בהתאם לכך, לא כל תשלום שמועבר על ידי העוסק לצד שלישי מוחרג ממחיר העיסוק:

"כדי שלא ייחשבו הסכומים חלק ממחיר העסקה, על העוסק להיות אך "צינור" להעברתם, צינור ותו לא: הכספים עוברים דרכו ובאמצעותו, אך מבלי שתהיה לו נגיעה של ממש מכל סוג בהם..." (פס"ד צ.ד.א, סי' ט"ז). בנוסף לדרישות המהותיות, תחולת התקנה מותנית בעמידה בתנאים "טכניים" כגון הוצאת חשבונית על שם הלקוח.

94. בענייננו, לא זו בלבד ש**בהיבט המהותי של הדברים אין מקום להחיל את התקנה**, שהרי חברות ההשכרה, כאשר הן ממלאות ורוכשות את הדלק החסר במכלי הרכבים מתחנות הדלק (לאחר ששוכרים החזירו רכבים ללא מילוי המכלים כאמור), אינן בגדר של **"מתווך" גרידא ובוודאי אינן בבחינת צינור שאין לו נגיעה לכספים**, אלא גם התנאים הטכניים שנקבעו בתקנה אינם מתקיימים, ועניין זה מחזק גם את העמדה המהותית, בדבר אי היותן של חברות ההשכרה, צינור בלבד.⁶⁰

95. לפיכך, לגישתנו, **התשלום הנוסף בענייננו, בגין הדלק החסר, מוגדר כחלק ממחיר העיסוקה, וממילא חייב במע"מ**.

96. לאור כל האמור, **מתבקש ביהמ"ש הנכבד לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בסוגיות השונות שעל הפרק**.

יואב שחם, עו"ד
פרקליטות המדינה

היום: כ"ז חשוון ה'תשע"ו; 9.11.15

⁵⁷ בעניין זה ר' ה"ה מס ערך מוסף תשל"ה-1975, ה"ה 1178, (28/04/1975), בדברי ההסבר בעמ' 235; א' נמדר, מס ערך מוסף, המהדורה הרביעית, 2009, בעמ' 37; ע"א 10739/07 רשות המסים - היחידה לפירוקים נ. קלאבמרקט - רשתות שיווק בע"מ, בסע' 20-21 לפסה"ד [פורסם בנבו] (2011); ע"א 7973/11 ר.א. שליט פיתוח בניה ויזום פרויקטים בע"מ ואח' נ' מנהל מס ערך מוסף, [פורסם בנבו] (2013), בסע' 11 לפסה"ד.

⁵⁸ ר' למשל בסע' 51 לסיכום טענות המערערים בתיק ע"א 9244/12. ר' גם בעמוד 31 לפסה"ד של כב' השופט פרגו, מושא ע"א 9244/12 שלפנינו.

⁵⁹ ע"א 8669/07 צ.ד.א אחזקה ושירותים בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ [פורסם בנבו] (2009), בסע' ט"ו לפסה"ד של השופט רובינשטיין.

⁶⁰ ר' בס' כ' לפסה"ד של השופט רובינשטיין בעניין צ.ד.א, לעיל, ה"ש 59.