

תובענה ייצוגית – הבירור העובדתי

המבחן לבירור העובדתי

תובענה ייצוגית היא הליך מיוחד. ייחודה מתבטא כבר בהגדרתה בחוק תובענות ייצוגיות:

”תובענה ייצוגית – תביעה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא יפו את

כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה

או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.”

תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם שלא ייפו את כוחו של התובע הינה חריג בנוף המשפטי שלנו.

בשל אופיה המיוחד של התובענה הייצוגית, ההחלטה בבקשה לאישור תביעה ייצוגית היא החלטה דרמטית שבדרך כלל גם מנבאת את תוצאות ההליך כולו. מהאופי המיוחד של התביעה הייצוגית והחשיבות הגדולה שיש להחלטה על אישור או אי-אישור התביעה הייצוגית נגזרים מספר כללים חשובים לעניין אופי הבירור העובדתי.

כך למשל, דחיית בקשה לאישור תביעה ייצוגית אינה החלטה אחרת אלא פסק דין והערעור על החלטה כזו הינו בזכות.

ראה: (1) ע"א 10052/02 **בועז יפעת ואח' נ' דלק מוטורס ואח'** פ"ד נו(4) 513, 518.

(2) ע"א 8501/03 **תאגיד לאיסוף כלי משקה בע"מ נ' קראוס** (הוצאת נבו)

ישנן מספר התבטאויות בפסיקה באשר לאופי והיקף הבירור בבקשה להכרה בתביעה ייצוגית – התבטאויות שכפי שנראה להלן, לא תמיד מתיישבות זו עם זו.

ברע"א 10052/02 **בועז יפעת נ' דלק מוטורס** פ"ד נו(4) 513, קבע בית המשפט כי הליך התביעה הייצוגית שונה מהליך ביניים רגיל לנוכח האופי המיוחד של ההליך.

”שוני משמעותי הוא שבניגוד להליך ביניים רגיל, הליך זה עשוי לסתום את הגולל על אפשרות הגשתה של התובענה”.

דברים אלה של בית משפט עליון בוחנים את העניין מזווית הראייה של התובע (סתירת הגולל על אפשרות הגשת התובענה) אך האופי המיוחד נגזר גם מזווית הראייה של הנתבע. כך למשל נקבע ברע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ** פ"ד מט(5) 774, 785 :

”בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות. שימוש לא נכון בה עלול לפגוע הן ביחיד הקבוצה המיוצגים והן בנתבעים ובמשק כולו. אכן, התובענה הייצוגית היא רבת עוצמה. היא עלולה לפגוע (כמעשה בית דין) ביחיד שכלל לא ידע עליה. לעיתים היא עלולה לבוא כקנוניה שבין התובע הייצוגי לבין הנתבעים. כן יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה”.

לנוכח דבריו אלה קבע בית המשפט העליון בפרשת טצת כי הליך אישורה של תובענה ייצוגית חייב להיות הליך רציני ויעיל :

”הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל”.

הנגזר מדברים אלה הוא שהליך הבירור של בקשה להכיר בתובענה ייצוגית, הינו מורכב יותר ומעמיק יותר מבקשת ביניים רגילה. לצורך ההכרעה בבקשה נדרשת תשתית עובדתית. כן נקבע ברע"א 8562/06 **פופיק נ' פזגז**, הוצאת נבו בעמ' 15 :

”הליך אישורה של תובענה ייצוגית הינו, ככלל מורכב בהרבה מהליך בירורה של בקשה רגילה בכתב”.

הנטל העובדתי המוטל על מגיש הבקשה כבד. ודאי כבד יותר מבקשת ביניים רגילה. כך נקבע ברע"א 4778/12 **תנובה נ' אופיר נאור** (הוצאת נבו), ג' :

”ברי כי נטל ההוכחה המוטל על מגיש בקשת האישור אינו קל. זאת אפילו בשלב הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, בו יש להדרש לתשתית הראייתית הלכאורית העומדת ביסוד התובענה הייצוגית ולסיכויי הצלחתה.”

דברים דומים נאמרו בע”א 10406/06 עצמון נ’ בנק הפועלים (הוצאת נבו), 10 :

”במלאכת בחינת סיכויי התביעה אין להקל ראש וכבר נקבע כי ראוי לעבור פרוזדור זה בזהירות מרובה וליתן את הרשות רק במקרים המחייבים זאת, לבל תתבררנה תביעות סרק ייצוגיות שאינן ראויות להתברר ככאלה, על כל המורכבות והבעייתיות הכרוכות בהן.”

אחד התנאים להכרה בתביעה הייצוגית היא טיב עילת התביעה (תנאי שלנוכח הוראות החוק נחלש מעט שכן החוק מאפשר להחליף מבקש באחר שיש לו עילת תביעה). ברע”א 729/04 מיי’ נ’ קו מחשבה (הוצאת נבו) נקבע כי על בית המשפט בשלב הבקשה לתביעה ייצוגית להכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה (8) :

”על מנת להשתכנע כי, לכאורה, קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה אם הוא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים. בחינה מעמיקה של סיכויי הצלחת התובענה היא מלאכה רבת חשיבות. יש לזכור, כי הכלי של תובענה ייצוגית הוא רב עוצמה. בצד היתרונות של כלי זה, לא ניתן להתעלם מכך שעצם אישורה של בקשה להגיש תובענה ייצוגית עשוי ליצור לחץ כבד על הנתבע... על כן, נדרשים אנו להיכנס לעובי הקורה ולבחון בחינה מהותית אף את עילות התביעה בעת הבקשה לאישור.”

וזאת לזכור. באשרו תביעה ייצוגית, בית משפט צריך להשתכנע כי התקיימו התנאים המנויים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. התנאי של עילת התביעה וטיבה שנבחן לעומק כאמור לעיל לא מוכרע באופן סופי (הוא יוכרע סופית בתביעה עצמה). התנאים המיוחדים לשם הכרה בתביעה כייצוגית (למשל שיש שאלות משותפות של משפט ועובדה ושהדרך הראויה להכריע בהליך היא על

דרך של תביעה ייצוגית) – לגביהם ההכרעה היא סופית ולא לכאורית. לשמם ודאי נדרש בירור מעמיק.

בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו פ"ד נא(2) 312 נקבע כד (328):

”בהליך של בקשת הרשות להגשת התובענה הייצוגית נפרסת בפני בית המשפט יריעה רחבה של המחלוקת. מעבר לאמור בכתב התביעה יש בפניו תצהירים; המצהירים נחקרים בחקירה נגדית אם מוצאים הצדדים לנכון לעשות כן; השופט נדרש לבדיקת חומר הראיות העובדתיות המובא לפניו ולקביעת העובדות הרלבנטיות לצורך סעיפים 54א ו-54ב בחוק.”

קביעה שונה במקצת מההלכות לעיל ניתנה על ידי בית המשפט לאחרונה ברע"א 2128/09 הפניקס נ' עמוסי (הוצאת נבו). בפסק דין זה הקל בית המשפט את הנטל על התובע בשלב הבקשה להכרה בתביעה הייצוגית. כך בעמ' 15:

”תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקצועית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן אינה ראויה. נוסף על כך, דיון שמתבצע באופן זה אינו יעיל, מכיוון שנוצרת כפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור; חוסר היעילות הטמון בכפילות זו גדל מקום בו פונים הצדדים פעמיים לערכאת הערעור.. עוד יש לציין כי בירור עיקר התובענה בשלב המקדמי, אף מסכל את מטרת החוק להגן על הנתבעים. נוכח כל אלה אין הצדקה להרחבת היריעה בשלב המקדמי של אישור התובענה הייצוגית. יש להקפיד על בירור התנאים המוגדרים בחוק, והם לבדם”

יש כאן שינוי במגמה, שעם כל הכבוד אינו משכנע.

- חוסר היעילות בבירור כפול מניח כי התובענה תאושר (רק אז יהיה דיון כפול), אך בירור מעמיק בשלב הראשון עשוי למנוע הכרה בתובענות סרק והוא במובן זה יעיל יותר.
 - הגנה על הנתבע לא מושגת מבירור שטחי של תנאי החוק ושל טיב העילה. ההגנה תינתן רק מבירור קפדני.
 - חלק מהתנאים (להכרה בתובענה כייצוגית) מחייבים בירור מעמיק שכן שלב זה הוא היחיד בו נבחנים תנאים אלה.
 - אין בפסק הדין התייחסות לפסיקה הקודמת שפסק הדין חורג ממנה.
- כך או כך, ברור שלנוכח האופי המיוחד של הליך הבקשה לאישור, נדרש בירור עובדתי מעבר למקובל בבקשת ביניים. הגשת הראיות וחקירת העדים צריכים להיגזר מכך.

השאלה הטקטית

ראינו שהמבחן שנקבע לבירור העובדתי בשלב הבקשה מחייב בירור מעמיק יותר מאשר בקשת ביניים רגילה.

כאן מתעוררת שאלה טקטית. תובע הגיש בקשה להכיר בתביעה כייצוגית וצירף תצהיר לא משכנע. זה קורה הרבה. עסקינן בסוגייה שמחייבת עדות מומחה.

ניתן דוגמא. בייצור גבינה נוצרים מלחים שיש לפנות. תנובה פינתה את המלחים לים על-פי היתר הזרמה. בבדיקות של המשרד לאיכות הסביבה התברר כי היתה חריגה במספר מקרים בכמות השפכים שהוזרמו לים. הוגשה תביעה ייצוגית בטענה שהים לא זוהם והמתרחצים נפגעו. לא צורפה חוות דעת. תנובה טוענת שגם אם היתה חריגה, הים לא זוהם, שכן הכמות מזערית והשפכים מוזרמים במרחק וכלל לא מגיעים לחוף. לצרף חוות דעת? האם הנתבע יסתפק בתצהיר לקוני ויאמר שהתובע לא הרים את הנטל או שמא יצרף חוות דעת מומחה מטעמו תוך סכנה שחקירתה תוביל את רוב המשפט למסקנה שיש ממש בתביעה.

ההתלבטות קשה. אם לא תביא חוות דעת מטעמך ותסמוך על דלילות ראיות התובע, תעמוד בסיכון שבית המשפט יחפוץ להקל עם התובע ואף יאפשר לו הבאת עדים נוספים. ההימור הוא שלך כעורך

דין. אם תביא את כל הראיות לרבות מומחה ותפסיד – לא תהיה תקומה להליך ובשלב הבא תבוטחך מובטחת. דילמה.

חקירה על תצהיר

האם יש זכות לחקור על תצהירים בבקשה או שמא לבית משפט שיקול דעת לדון בבקשה על פי החומר הכתוב בלבד?

תקנה 2(ה) לתקנות תובענות ייצוגיות תש"ע 2010 קובעת:

"בית המשפט רשאי להחליט בבקשה לאישור על יסוד החומר שהוגש לו לפי תקנה זאת בלבד, או, אם ראה צורך בכך, לאחר חקירת המצהירים על תצהיריהם".

לכאורה מדובר בשיקול דעתו של בית המשפט. ירצה – תהינה חקירות. לא ירצה – לא יהיו חקירות. אין הדבר כך. תקנה דומה לתקנה 2(ה) קיימת בקשר לבקשות בכתב (תקנה 241).

ביחס לתקנה 241 קבע בית המשפט העליון כי זכות החקירה הנגדית נקבעת בחקיקה ראשית – בסעיף 17 לפקודת הראיות ולפיכך, אם מאפשרת התקנה הכרעה בלי חקירה (שלא בסכמת הצדדים) היא בבחינת אולטרה וירס. כן נקבע בבע"א 2508/98 מתן נ' מילטל פד כג(3) 26, 36:

"10. סבור אני שתיקוני התקנות בשנת תשנ"ז ובשנת תשנ"ח לא נועדו לשנות מהדין הקודם לעניין זכותו של בעל-דין לחקור על תצהירי יריבו בחקירה שכנגד גם בהליכי ביניים. כאז כן עתה עומדת לבעל-הדין, מכוח סעיף 17(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), הזכות לחקור את מצהירי יריבו על תצהיריהם ובלבד שמדובר בחקירה רלוונטית והוגנת אשר היקפה נתון לשיקול-דעתו של בית המשפט. יש לציין שנוסח סיפחה של תקנה 241(ד) הוא מטעה ואפשר היה לחשוב למקרא האמור בה שלכאורה אין לקיים חקירה שכנגד בהליכי ביניים וחקירת המצהירים היא יוצא מן הכלל. הרושם המתקבל למקרא התקנה הוא כך ביתר שאת משום שלא נקבעה בתקנות קורלציה בין תקנה זו לבין תקנה 522. כיצד יתייצב בעל-דין לפי תקנה 522(א) "ביום הדיון" אם לא נקבע דיון? אימתי יודיע בעל-דין

ליריבו שהוא מבקש לחוקרו על תצהירו, כשתקנה 241(ד) וטופס 25 אינם קובעים דבר בעניין זה? הדבר גרם לתקלות משום שכאשר נתבקשה תשובתו של המשיב לבקשה בכתב לא היה בהכרח ברור לו שאם בתשובתו הוא לא יבקש לחקור את יריבו על תצהירו לא יתקיים "דיון" על-פה.

לדעתי, אין לפרש את שיקול-הדעת שניתן לבית-המשפט לקיים חקירה שכנגד על התצהירים בצורה מצומצמת יותר מכפי שהדבר היה לפני תיקוני התקנות בשנת תשנ"ז ובשנת תשנ"ח, אך גם לו סברתי שלשון תקנה 241(ד) אינה מאפשרת פרשנות זו, הייתי קובע, כמו שקבע הנשיא אגרנט בע"א 157/66 הנ"ל [3] ש"במקרה כזה הייתה מחוייבת המסקנה, שקיים ניגוד בין התקנה לבין סעיף... [17(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש) – ש' ל') ואזי היה הכרחי להעדיף את הוראת הסעיף האחרון על ההוראה הסותרת שבתקנה". אכן, תקנה 241(ד) טעונה תיקון על-מנת לכלול בה הוראה המתייחסת לדרך שבה שומה על בעל-דין להביע את רצונו לחקור את יריבו על תצהיריהם. כל עוד הדבר לא נעשה יוכל כל בעל-דין להביע את רצונו בעניין זה בכל דרך סבירה."

זימון עדים

הניתן לזמן עדים בבקשה להכיר בתובענה כייצוגית? תקנה 2(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת:

"המבקש יצרף לבקשת האישור תצהיר מטעמו לשם אימות העובדות המשמשות יסוד לבקשה; תצהיר אשר לא צורף לבקשה בעת הגשתה לא יצורף לה שלא ברשות בית המשפט".

מדובר בבקשת ביניים ולכן לכאורה הרשות להבאת עדים – שתצהיריהם לא צורפו – תינתן במשורה.

לנוכח האופי המיוחד של הליך אישור התובענה הייצוגית, בתי משפט קבעו כללים מקילים ביחס לאפשרות זימון עדים. ברע"א 8652/026 פופיק נ' פזגז (הוצאת נבו) קבע בית המשפט כי האופי המיוחד של הבקשה מחייב להקל על המבקש להביא עדים (עמ' 15):

"בהנחה שטענת המבקשת לפיה אין ביכולתה לקבל תצהירים מהעדים שביקשה לזמן נכונה, ובהנחה שמדובר בעדים הדרושים לבירור המחלוקת העובדתית בין בעלי הדין, מתקיים לכאורה טעם מספיק להתיר למבקשת לזמן את העדים. "הואיל והכרעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית מצריכה, בדרך כלל, תשתית עובדתית ניכרת, פוחתת הרתיעה משמיעת עדים שתצהירם לא צורף לבקשה."

עם זה בית המשפט הזהיר את עצמו שלא יאפשר לזמן עדים כדי לתקן תובענה פגומה – קרי שלא יאפשר הבאת עדים שיצקו תוכן לבקשה שלא נתמכה כראוי בתצהיר. כך בעמ' 16:

"מקובלת עלי טענת המשיבות, לפיה לאור חשיבותה של התובענה הייצוגית והשפעתה על הציבור המיוצג ועל הגופים הנתבעים, יש לשרש את התופעה של בקשות לאישור תובענה ייצוגית שמוגשות ללא תשתית ראייתית ראויה, כגון בקשות המוגשות על בסיס כתבה בעיתון ותו לא... אין להתיר נסיונות ליצוק תוכן לבקשות מביכות לאישור תובענה ייצוגית תוך כדי הליך האישור. על כן, ככלל, אין להתיר הגשתן של ראיות שהיה ניתן, בשקידה ראויה, להגישן יחד עם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. במאמר מוסגר נציין, כי עשויים להיות מקרים בהם מגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית יעמוד על הצורך בראיה מסויימת רק לאחר שהוגשה תשובת המשיב לבקשה. בשל מורכבות ההליך לאישור תובענה ייצוגית והיקף השאלות העובדתיות והמשפטיות העשויות להתברר בו, יתכן כי גם במקרה כזה תהא הצדקה להתיר הגשתן של ראיות נוספות לאחר שהוגשה תשובת המשיב. זאת אף אם לכאורה ניתן היה להשיג ראיות אלה עובר להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית."

ברע"א 806/08, פזגז נ' פופיק (נבו) (פופיק השני) קבע כבוד השופט מלצר את השיקולים להתיר הבאת עדים נוספים:

א. האם ניתן היה להביא את העדים בבקשה העיקרית?

ב. האם העדים דרושים לצורך ההכרעה במחלוקת?

ג. האם היה שיהוי בהגשת הבקשה?

ד. האם העדים תומכים בטיעונים או שמא מהווים תיקון שלהם?

ה. האם הבאת העדים תיצור סרבול מיותר?

השיקולים אינם בגדר רשימה סגורה ולא כולם חייבים להתקיים.

ראה גם רע"א 2417/08 **בן בשט נ' קדמי** (הוצאת נבו).

סילוק על הסף

ככלל, העקרון שאין לדון בבקשה לסילוק על הסף של תובענה ייצוגית בנפרד מן הבקשה לאישורה אלא במקרים חריגים וקיצוניים.

1) רע"א 2022/07 **הבנק הבינלאומי נ' אר און** (הוצאת נבו)

2) רע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש פ"ד** כה(5) 290, 276.

3) ת"צ 30614-12-12 **זומר נ' סקיילקס** (מחזיקי אגרות החוב בסקיילקס – עסקת פלאפון, סילוק על הסף לנוכח אסיפת בעלי אג"ח, ולהליך לא מתאים (הטענות היו של חוסר סולבנטיות).

בר"ע על אישור תובענה ייצוגית

רע"א 8761/04 **סלקום נ' פתאל** (נבו) שיקולי יעילות מצדיקים דחיית בר"ע (דחיית הבירור לערער לאחר פסק הדין בתביעה עצמה) עם זה יש מקום בכל מקרה לשקול גם שיקולים נגדיים והם:

א. כמה חמור העניין לנתבע.

ב. מה משקל השאלות שמתעוררות בבר"ע בנוגע לשאלות בהן תדון התביעה עצמה.

ג. סיכויי הבר"ע.