

פרק עשרים ואחד

הערעור בתובענות ייצוגיות

ערן טאוסיג*

א. כללי

פרק זה עוסק בהליכי ערעור הנוגעים להליך משפטי ייחודי – הליך התובענה הייצוגית. בטרם אדון בהליכי הערעור אציג בקצרה את המאפיינים והמטרות של הליך התובענה הייצוגית, שהם הרקע לכללי הערעור הייחודיים שנקבעו להליך זה; וכן אדון בקושי המרכזי שבהליך התובענה הייצוגית – בעיית הנציג. לאחר מכן אעסוק בהשגה על פסק דין ועל החלטה אחרת בהליך התובענה הייצוגית, ואתעכב על הלכת סלקום נ' פתאל,¹ ששינתה במידה ניכרת את נוף התובענות הייצוגיות בישראל. בהקשר זה אציג בעין ביקורתית את המצב המשפטי בישראל בהשוואה למצב בארצות-הברית ואביא הצעה לשינוי. בהמשך אתייחס לתובענות ייצוגיות בשני תחומים ספציפיים – תובענות ייצוגיות ב"עניין כלכלי" ותובענות ייצוגיות המתבררות בבית משפט לעניינים מנהליים – שלגביהן נקבעו בחקיקה כללים מיוחדים לעניין ערעור. אסיים את הפרק בהצגת היבטים דיוניים ייחודיים של הערעור בתובענות ייצוגיות.

ב. המאפיינים הייחודיים של הליך התובענה הייצוגית

בבסיס שיטת המשפטית הישראלית, האדברסרית במהותה,² עומד העיקרון שלפיו כל אדם הוא

* ד"ר למשפטים ומרצה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ובמרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודתי מסורה לארנה רבינוביץ/עיני, לטל חבקין, לחמי בן-נחן ולעמית לויין על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לארתור קליימן על סיועו המעולה והמסור במחקר.

1 רע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל (פורסם בנבו, 6.5.2010) (להלן: הלכת סלקום נ' פתאל).

2 אף על פי שהשיטה בישראל היא אדברסרית כבארצות המשפט המקובל, בשנים האחרונות ניכר בה כרסום משמעותי עקב אימוץ של עקרונות אינקוויזיטוריים. ראו, למשל, תקנות 65, 72(ב), 143(5), 144, 168 ו-169 לתקנות סדר הדין האזרחי; סטיבן גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר הדין האזרחי" משפטים יט 663 (1990); דודי שוורץ "מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי" ספר השנה של המשפט הישראלי 417, 423 (1997); אירית חביב-סגל דיני חברות – לאחר חוק החברות החדש כרך א 565 (1999). כך, למשל, אומצו כללים אינקוויזיטוריים בקדם המשפט. ראו רע"א 5528/10 Sf Wing Overseas Real Estate Investments Ltd נ' ניב (פורסם בנבו, 26.7.2010) ("לצורך קיומן של התכליות הנזכרות, ניתנה בידו של השופט היושב לדין סמכות רחבה באשר לדרכי ניהול המשפט בשלב קדם המשפט. בשלב זה אמור השופט לאחז במושכות. עליו לגלות יוזמה בקידום התיק, על רקע המטרות של קדם המשפט [...] משמע, שלב קדם

המוכשר ביותר לייצג את האינטרסים שלו-עצמו, ולפיכך יש להבטיח כי בכל דיון משפטי בעניינו של אדם תהיה לו הזדמנות להציג את עמדתו.³ זהו הכלל; אך יש מצבים חריגים שבהם השיטה מתירה לאדם או לקבוצת בני אדם להיות מיוצגים על ידי אחר. התובענה הייצוגית היא אחד מחריגים אלה.⁴ בהליך זה, יחיד או מספר מצומצם של חברים בקבוצה גדולה של יחידים, שלכולם עליות תביעה המעוררות שאלות משותפות הדורשות הכרעה שיפוטית, משמשים צד להתדיינות שיפוטית שתוצאותיה יחייבו את כל חברי הקבוצה (למעט אלה שוידעו כי לא ירצו בכך), ומייצגים בה את עניינם של כל חברי הקבוצה.⁵

כאשר יש קבוצה גדולה של תובעים פוטנציאליים בעלי שאלות משותפות של חוק או של עובדה, וכל אחד מבני הקבוצה נפגע בשל הפרת חובה בעלת אופי זהה כלפיו, יש הצדקה להגיש תביעה בשם הקבוצה כולה כדי לחסוך את הטרדה הכרוכה בהגשה ובניהול של תביעות נפרדות. כך ייחסכו משאבי שיפוט ויימנע מצב של הכרעות סותרות.⁶

- המשפט הינו בעל אופי אינקוויטורי [...] על כן ראה מחוקק המשנה ליתן בידי בית המשפט בגדרו של שלב דיוני זה את הסמכות להורות מיוזמתו, הגם שלא שנדרש לכך בידי מי מבעלי הדין, על 'כל הוראה לסדר הדין שיש בה לפשט את הדיון או להקל עליו' (תקנה 143(10) ותקנה 144 לתקנות סדר הדין האזרחי).³
- ראו Micahel Protos, *An Epistemological Approach to Class Certification: A Classy Understanding of the Problems of Class certification* 42 CASE W. RES. L. REV. 1297, 1303 (1992); סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" **משפטים** ט 416, 421 (1979).⁴
- גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית", שם. התובענה הייצוגית כונתה לראשונה "תביעת-ייצוג-קבוצתית" על ידי סטיבן גולדשטיין במאמרו החלוצי הנזכר לעיל, כתרגום למונח האמריקני "Class Action". זאת, כדי להבדילה מהליכים ייצוגיים נוספים שלפי גולדשטיין מתאימים אף הם להיקרא ייצוגיים. ראו גם סטיבן גולדשטיין ועל עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" **משפטים** לב 462, 463 (2002); ת"א (מחוזי ים) 545/91 (המ' 1488/91) **עטייה נ' עיריית ירושלים**, פ"מ תשנ"ג(1) 452, 457 (2002) ("בבסיס מתן ההיתר לתביעות ייצוגיות עומדת התעלמות מסיימת מאחד העקרונות הבסיסיים ביותר של עקרונות הצדק הטבעי, שלפיו לא ייחרץ דינו של אדם בטרם ניתנה לו האפשרות להשמיע את טענותיו בבית-משפט") (הנשיא ו' זילר); רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נז(3) 220, 236–238 (2003) (להלן: פרשת **א.ש.ת.**) ("התובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות. היא מהווה אתגר לשיטה האדברסרית. במרכזה עומד סכסוך כלכלי, נטול צביון אישי, כאשר במקומו של העיקרון המבטיח לכל בעל דין את יומו בבית המשפט, בא עקרון הייצוג, שנועד להבטיח כי עניינם של חברי הקבוצה שלא נטלו חלק פעיל בהליך בפני בית המשפט, ייוצג באופן הולם") (השופט ט' שטרסברג-כהן).⁵
- ראו, למשל, אברהם פלמן והרדה בר-מור **דיני חברות בישראל להלכה ולמעשה** כרך שני 902–903 (מהדורה רביעית, 1994). ראו גם ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ' ראבי**, פ"ד נז(4) 637, 690 (2003) (להלן: עניין **תנובה**); דנ"א 5712/01 **ברוני נ' בוק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(6) 385, 446 (2003) (להלן: דנ"א **ברוני**); פרשת **א.ש.ת.**, לעיל ה"ש 4. הסדר דומה מוכר בארצות-הברית במסגרת כלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים (23 (FED. R. CIV. P.)).⁶
- ע"ם 2395/07 **אכדיה סופטור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים** (פורסם בנבו, 27.12.2010) (להלן: עניין **אכדיה**).

אם כן, התובענה הייצוגית נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצת אנשים – שנזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, ואלמלא האפשרות לרכז את תביעותיהם לא היה להם כדאי לתבוע את נזקם והם לא היו מפרצים – לתבוע בשם כל התובעים שסכום תביעתם או נזקם הכולל גבוה עקב מספרם הרב.⁷

סעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות⁸ קובע כי פסק דין שניתן בתובענה ייצוגית יוצר מעשה בית דין לגבי הנמנים בקבוצה,⁹ למעט אדם שהודיע לבית המשפט על רצונו לא להיכלל בה.¹⁰ כך גם בארצות-הברית.¹¹ על כן, שימוש במכשיר התובענה הייצוגית משליך על היקף זכויותיו של כל חבר בקבוצה המיוצגת.

- 7 שם, פס' 14 ("תובענה ייצוגית מוגשת על ידי תובע בשם קבוצת אנשים שלא ייפו את כוחו לכך [...]) התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרסים של כלל הנפגעים, ומקדמת בכך יוזמה לנקיטת הליך המשרת את עניינם של רבים") (השופטת א' פרוקצ'יה). ראו גם ע"א 8430/99 **אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קנות באמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ**, פ"ד נו(2) 247, 256 (2001) (להלן: עניין **אנליסט**) ("הסדר של תובענה ייצוגית בא להגן על אינטרס היחיד שעה שהוא מביא לכדאיות בהגשת תביעה שהנוק האינדיווידואלי בה הוא קטן") (הנשיא א' ברק); ע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312 (1997) (להלן: עניין **מגן וקשת**); עניין **תנוכה**, לעיל ה"ש 5. כך גם בארצות-הברית. ראו, למשל, Linda Silberman, *The Vicissitudes of the American Class*, 7 TUL. J. INT'L & COMP. L. 201, 205 (1999); Sylvia R. Lazos, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations*, 84 MICH. L. REV. 308, 311 (1985); Deposit Guaranty Nat'l. Bank v. Roper, 445 U.S. 326, 338 (1980); Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974).
- 8 סעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות קובע: "פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשמהם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה".
- 9 ראו גם ע"א 6887/03 **רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות** (פורסם בנבו, 20.7.2010) (להלן: עניין **רזניק**).
- 10 סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות קובע: "אישר בית המשפט תובענה ייצוגית, יראו כל מי שנמנה עם הקבוצה שהגדיר בית המשפט בהחלטתו כאמור בסעיף 10(א), כמי שהסכים להגשתה כתובענה ייצוגית בשמו, אלא אם כן הודיע לבית המשפט על רצונו שלא להיכלל בקבוצה, בתוך 45 ימים מיום פרסומה של החלטת בית המשפט בדבר אישור התובענה הייצוגית או בתוך מועד מאוחר יותר שיקבע בית המשפט". בעניין **רזניק**, לעיל ה"ש 9, קבע בית המשפט העליון: "המאפיין המרכזי של התובענה הייצוגית הינו עקרון הייצוגיות. פירושו, כי 'התובע המייצג' שבקשתו אושרה מייצג את כל חברי הקבוצה, שהגדרתה הוכרה על ידי בית המשפט, למעט אלו שהודיעו על רצונם לצאת ממנה (Opt out) (סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות). בנסיבות מיוחדות מוסמך בית המשפט להורות, כי ההצטרפות לקבוצה תיעשה באופן אקטיבי (Opt in) (סעיף 12 לחוק תובענות ייצוגיות). ההכרעה בתובענה הייצוגית יוצרת מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה (סעיף 24 לחוק). זאת, על אף שחברי הקבוצה לא הביעו הסכמה לייצג ובחלק מהמקרים הם אף אינם מודעים לו". כמו כן ראו רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774 (1996).
- 11 בתובענות ייצוגיות לפי כלל 23(b)(3) לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים (FED. R. CIV. P.) 23(b)(3); דהיינו: בתביעות ייצוגיות לסעד כספי מהסוג הקיים בישראל. ראו, למשל, Neil L. Rock, *Class Action Counsel as Named Plaintiff: Double Trouble*, 56 FORDHAM L. REV. 111 (1987); Graham C. Lilly, *Modeling Class Actions: The Representative Suit as an Analytic Tool*, 81 NEB. L. REV. 1008 (2003); Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797, 808 (1985).

1. מטרתו והצדקותיו של הליך התובענה הייצוגית

הליך התובענה הייצוגית נועד להתמודד עם מצבים שבהם תאגיד גדול או רשות ציבורית פוגעים בקבוצת אנשים גדולה, כשלכל פרט נגרם נזק קטן יחסית אולם סך כל הנזקים יכול להגיע לסכומי עתק.¹² כאמור, התובענה הייצוגית מאפשרת לתובע אחד לייצג את חברי הקבוצה כולם.¹³ הבעיה המרכזית שמנגנון התובענה הייצוגית נועד לפתור היא היעדר תמריצים עבור הפרטים שנפגעו לתבוע את זכותם, שהרי העלויות הצפויות לפרט הנפגע התובע לבד – במיוחד בשקלול הסיכון של אי-הצלחת התביעה – גבוהות מהתמורה הצפויה בשקלול הסיכוי לזכות.¹⁴

כאשר מנגנוני האכיפה של הוראות הדין אינם יעילים, המטרות שקבע המחוקק בחוק תובענות ייצוגיות, שיידונו להלן, אינן מוגשמות במידה מספקת. על כן, חוק תובענות ייצוגיות קובע מערך תמריצים – הן לתובע הייצוגי הפוטנציאלי הן לעורך-הדין המבקש לייצג את הקבוצה¹⁵ – כדי לפתור את הבעיה של היעדר מנגנון שוק לאכיפה יעילה של הוראות החוק.¹⁶

12 עניין **אכדיה**, לעיל ה"ש 6, פס' 14.

13 עניין **רזניק**, לעיל ה"ש 9 ("התובענה הייצוגית הינה כלי דיוני המקבץ אל תוכו תביעות אישיות של יחידים הקבוצה"); עניין **אנליסט**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 256; זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: חכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" **משפטים** לב 381, 410 (2002) ("התובענה הייצוגית משמשת מכשיר לאכיפת זכויותיה של קבוצת תובעים שלכל אחד מחבריה אין, בדרך כלל, תמריץ כספי מספיק להגשת תביעה בשל הפרת זכויותיה-הוא. מנגנון התובענה הייצוגית מאפשר לאחד מחברי הקבוצה להגיש תביעה – בשמו ובשם קבוצת התובעים כולה – בגין הנזק שנגרם לכל חברי הקבוצה, אף ללא הסמכה מפורשת להגשת התביעה מטעם כל אחד ואחד מחברי הקבוצה. תוצאות התביעה מהוות מעשה ביתדין כלפי חברי הקבוצה שלא הודיעו על רצונם שלא להימנות עם הקבוצה").

14 תביעות אלה כונו בארצות-הברית "negative value class actions" או "negative estimated value". ראו, למשל: John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370, 429-32 (2000); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 419-23 (2004); Lucian A. Bebchuk & Alon Klement, *Negative-Expected-Value Suits, in* PROCEDURAL LAW AND ECONOMICS (Chris Sanchirico ed., 2012).

15 ראו לעניין זה ס' 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות.

16 עניין **מגן וקשת**, לעיל ה"ש 7. מישור נוסף שבו ניתן תמריץ להגשת תובענות ייצוגיות הוא מימון התובענה הייצוגית על ידי קרן מיוחדת שהוקמה למטרה זו מכוח סעיפים 27 ו-31(א) לחוק תובענות ייצוגיות. הקרן מנוהלת על ידי משרד המשפטים ומוסדרת בתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), התש"ע-2010 ובתקנות תובענות ייצוגיות (סדרי עבודתה של הנהלת הקרן למימון תובענות ייצוגיות), התש"ע-2010. הגם שהקרן הוקמה עם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006, רק בשנת 2010 הוסדרו הכללים לעבודתה. הקרן הוקמה מלכתחילה לשבע שנים מיום החקיקה של חוק תובענות ייצוגיות, כאמור בסעיף 27(1) לחוק, והארכה של תקופת פעילותה דורשת צו של שר המשפטים. לא ברור, אם כן, ממהי יש למנות שבע שנים לפעילותה אם הרשות השתתחה כחמש שנים עד שהוסדרו הכללים לפעילותה. נוסף על קרן זו, בעבר אפשר היה לקבל מימון לתובענה ייצוגית בניירות ערך מכוח פרק ט' בסעיף 154 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, שבוטל עם החקיקה של חוק תובענות ייצוגיות. כיום, לאחר ביטול פרק ט' לחוק ניירות ערך, אפשר לקבל מימון מכוח סעיף 209א לחוק החברות, התשנ"ט-

לצורך מטרה זו לא די בחקיקה פלילית או ברגולציה אחרת כגון פיקוח של הרשויות. הן החקיקה הפלילית הן רשויות המדינה הממונות על אכיפתה אינן מתמודדות באופן יעיל עם פגיעות קטנות בצרכנים, והן פועלות ביתר הצלחה בטיפול בהפרות חמורות יותר של הדין – אם בשל שיקולי מדיניות, אם משיקולי תקציב ואם בשל אופי הכלים העומדים לרשותן. לעתים אף חסר לרשויות מידע על אודות הפרות ספציפיות כלפי הצרכנים.¹⁷

אם כן, תפקידה של התובענה הייצוגית הוא לספק תמריץ ליחיד לאתר את המידע הנחוץ להגשת התביעה ולהשקיע זמן וממון לשם קבלת גמול, במטרה להביא לידי אכיפה יעילה של הוראות הדין והגשמת תכליתו.¹⁸ תכלית זו איננה מתמקדת רק בהגנה על מי שנפגע מהפרת הדין, אלא כוללת גם מטרות כגון הסדרה יעילה של פעילות השחקנים בשוק שבו התובענה עוסקת, הגברת היציבות והוודאות בשוק שהמנגנון חל עליו והגברת שכלולו במובן זה שאינפורמציה מרבית ואותנטית מגיעה לאותו שוק.¹⁹

1999 ומכוח סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994. קרן זו פועלת תחת חסותה של הרשות לניירות ערך, ומימונה נפרד מהמימון של הקרן מכוח חוק תובענות ייצוגיות כאמור בסעיף 27(ז) לחוק תובענות ייצוגיות.

17 מלומדים בארצות-הברית ובישראל מסכימים כי האכיפה הפרטית היא כלי האכיפה היעיל ביותר – ודאי יותר מאכיפה על ידי רשויות המדינה; לעניין זה ראו, למשל, Tiana S. Mykkeltvedt, *Common Benefit and Class Actions: Eliminating Artificial Barriers to Attorney Fee Awards*, 36 GA. L. REV. 1149, 1174 (2002) ("The class action is a valuable tool for vindication of individual rights. Private enforcement is a necessary supplement to government regulation in today's world. The growing distance between sellers and consumers allows sellers to benefit from imposing small losses on a large, diverse and generally underrepresented population. The class action enables individual claimants to pool their claims, making litigation, enforcement, and justice possible where it would otherwise be cost-prohibitive."); Stephen B. Burbank, *The Class Action in American Securities Regulation*, 4 ZZZPINT 321 (1999). ראו גם עניין **מגן וקשת**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 321–323 (השופט ט' שטרסברג-כהן; יש לעודד את השימוש בכלי זה משום שיש לו ערך מרתיע. נוסף על אינטרס ההרתעה החברתי עומדת לכל פרט בחברה זכות שיינתנו לו סעדים ושחובות שחבים כלפיו אכן יקוימו).

18 פרשת **א.ש.ת.**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 287–288. ראו גם פרשת **טצת**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 784. על היעילות של הליך התובענות הייצוגיות באכיפת זכויות חוקתיות כתבה בספרה דפנה ברק-ארז **עוללות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכויות החוקתיות** 297–296 (1993). לשיטתה, תביעה ייצוגית היא הליך מתאים ויעיל גם להגנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות כמו זכות ההפגנה, כנהוג בארצות-הברית.

19 ע"א 1977/97 **ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נה(4) 584, 599 (2001) (להלן: ע"א **ברזני**); משה בר-ניב (בורונובסקי) "אבולוה של התובענה הצרכנית הייצוגית" **עיני משפט** יט 251, 252–253 (1995). המלומד נעם שר הציג במאמרו את הבעייתיות הטמונה בשוק שבו הציבור יודע כי חברה יכולה להפר במידה מסוימת את הוראות הדין בלי לחשוש לסיכון ממשי – מעין "דילמת אסיר" שתוצאתה שיווי המשקל על שם Nash, שבו החברה מפרה את הוראות הדין והמשקיע אינו מאמין למצגיה. לפי שר, הליך התובענה הייצוגית מביא לכך שהתוצאות של אותה חברה מורעות אם היא בוחרת להפר את הוראות הדין. לכן, בהינתן קיומה של התובענה הייצוגית כדאי לחברה לבחור אסטרטגיה של גילוי נאות, דהיינו: הליך

לפי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, מטרת החוק הן: מימוש זכות הגישה לערכאות, אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין וניהול יעיל והוגן של ההליך.²⁰ כאמור, התובענה הייצוגית מאפשרת לממש את זכות הגישה לערכאות כשזכות זו אינה ישימה דה פקטו. אוסיף כי בארצות-הברית נעשה שימוש בהליך זה כדי להגן על קבוצות חלשות באוכלוסייה – בין היתר הוגשו תובענות ייצוגיות על ידי מי שנפגעו מאפליה מגדרית או גזעית²¹ כמו גם קבוצות נכים.²² יוער, כי גם בישראל הוגשו תובענות ייצוגיות כדי להגן על זכויות של נכים, עיוורים וחירשים.²³

מטרה עיקרית נוספת של התובענה הייצוגית נעוצה באינטרס החברתי בהגנה על שלטון החוק, באכיפתו ובהרתעה מפני הפרתו.²⁴ כדי להרתיע מפריס פוטנציאליים נדרשת סנקציה

- התובענה הייצוגית גורם לכך שאינפורמציה מרבית ואוטנטית מגיעה לשוק. נעם שר "דיני ניירות ערך – מגמות מרכזיות" **עיוני משפט** כב 265, 275–279 (1999).
- 20 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגישה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה: (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממזה של תביעות".
- 21 כן, למשל, בפרשת *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (הגנה על זכויות תביעה ייצוגית לגבי הפרדה בין קבוצות, בין השאר בחינוך, באמצעות דוקטרינת "Separate but equal"). בית המשפט העליון קבע כי מדובר בהפרת התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית האוסר על המדינות בארצות-הברית למנוע זכות הצבעה מאזרחי ארצות-הברית או לפגוע בזכויות של בני אדם כלשהם, במטרה למנוע אפליה של אפריקנים-אמריקאים.
- 22 ראו, למשל, *Lucas v. Kmart Corp.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 51439 (D. Colo. July 27, 2006) (תובענה ייצוגית נגד רשת חנויות הכלבו Kmart משום שלא הנגישה את חנויותיה לציבור הנכים שהשתמשו בכיסא גלגלים. הצדדים הגיעו להסכם פשרה שלפיו שילמה Kmart 13 מיליון דולר בתוספת כ-3 מיליון דולר שכר טרחת עורכי-דין); *Lane v. Kitzhaber*, 841 F. Supp. 2d 1199 (D. Or. 2012) (אורשה תובענה ייצוגית שהוגשה בשם בעלי נכויות ומוגבלויות שהועסקו במקלטי עבודה. בבסיס התובענה נטען כי השמתם של בעלי המוגבלויות במקלטי עבודה, שבהם ניתנת להם תעסוקה, פוגעת בשילובם בחברה ומפלה אותם. בית המשפט התבקש להורות למדינת אורגון כי תשנה את מדיניות התעסוקה לבעלי המוגבלויות כך שבפועל הם ישולבו בעסקים בקהילה ולא יופרדו ממנה).
- 23 לפסיקות בתי המשפט בתובענות של נכים למימוש זכויותיהם ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מרכז) 1925-08/09 **רחוברג נ' אי.פי.אי. (תנועה חנייה) (ישראל) בע"מ** (פורסם בנבו, 5.7.2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 28705-10/10 **שלמה נ' חברה לנהול של דיזינגוף סנטר בע"מ** (פורסם בנבו, 20.11.2011); ת"א (מחוזי ב"ש) 1300/07 **גונפולסקי נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 9.8.2010). ראו גם בקשה לאישור תובענה ייצוגית ת"צ 9353-02/12 **צורן נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (הוגשה ביום 6.2.2012); ת"צ (מחוזי י"ם) 9177/07 **ברוך נ' "אגוד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 31.7.2012) (תובענה ייצוגית של עיוורים להנגשת זכויותיהם בתחבורה הציבורית); בש"א (מחוזי ת"א) 27068/06 **לוי נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ** (פורסם בנבו, 2.2.2010) (זכויות חירשים). ראו גם: גיא הלפטק "תיאוריה כלכלית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" **משפט ועסקים** ג 327–319 (2005).
- 24 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 30728/07 **חבה נ' עיריית בת-ים** (פורסם בנבו, 22.02.2009) ("חשיבותה הציבורית של הגשת התובענה היא ביישום עקרונות שלטון החוק, שכן סביר להניח שאלמלא הייתה מוגשת, המשיכה הייתה ממשיכה לגבות את האגרה שלא כדין. חשיבותן של תובענות ייצוגיות מעין זו נובעת גם מהאפקט ההרתעתי והחינוכי שהן מפעילות כלפי רשויות ציבוריות בכלל ורשויות מקומיות בפרט, לפעול על פי חוק,

ראויה בגין ההפרה; פיצוי הנפגעים, ושכר הטרחה והגמול הנגזרים ממנו, מיועדים לתמרץ את התובע הפוטנציאלי לתבוע ולהביא להפעלת הסנקציה האמורה. כך, הליך התובענה הייצוגית מסייע באכיפה של נורמות רצויות למחוקק, שבהיעדר גורם בעל אינטרס כלכלי, ולנוכח חולשת המנגנון הציבורי לפקח או להעניש בגין ההפרה, עלולות להיות מופרות בריש גלי. כפי שנראה להלן, בהקשר זה יש חשיבות מיוחדת להחלטה אם לאשר תובענה כייצוגית אם לאו: החלטה שגויה עלולה לפגוע בהרתעה, שהיא אחת המטרות העיקריות של חוק תובענות ייצוגיות.

מטרה נוספת של הליך התובענה הייצוגית היא יעילות וחסכון בעלויות:²⁵ היעילות מושגת באמצעות איחוד תביעות רבות כשמדובר במערכת עובדות אחת העתידה לבסס עלית תביעה נגד אותם נתבעים. כך נחסך מבית המשפט לדון בכל תביעה בנפרד ונחסך זמן שיפוטני יקר.²⁶ כמו כן, באמצעות איחוד תביעות רבות בהליך אחד אפשר להשיג גם אחידות בפסקי הדין.²⁷

לכאורה אפשר לרכז תביעות רבות בדרך של צירוף ואיחוד תביעות על ידי בית המשפט או על ידי התובעים כתחליף להגשת תובענה ייצוגית;²⁸ אולם ככל שישגדל מספר התובעים יהיו דרכים אלה יקרות ומסובכות יותר מן התובענה הייצוגית. צירופן ואיחודן של תביעות רבות יהא כרוך בעלויות האיתור של כל אחד מן התובעים ובעלויות של התקשרויות אינדיבידואליות בינם לבין עורך-הדין. על אלה יתווספו העלויות הכרוכות בהגשת תביעות נפרדות לבית המשפט ובניהולן – עלויות שבהן נושאים הן התובעים, הן הנתבע, הן בתי המשפט.

2. מי רשאי להגיש בקשה לאישור תביעה כייצוגית?

חוק תובענות ייצוגיות קובע שכדי שתביעה תתנהל כייצוגית נדרש הליך מקדמי שבמסגרתו יחליט בית המשפט אם ראוי לנהל את התובענה כייצוגית.²⁹ סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות

וליהיננו מהטלת אגרות ותשלומי חובה שלא כדין" (השופטת מ' אגמון-גונן); בש"א (מחוזי ת"א) 31160/07 אלון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.5.2009); פרשת א.ש.ת., לעיל ה"ש 5, בעמ' 286–287.

25 ראו, למשל, ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עובד ראבי, פס' 49 (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: עניין תנובה II); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יושב-ראש הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011); רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, 288–289 (2001) (להלן: רע"א רייכרט); פרשת טצת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 774, 784. כך נקבע גם בפסיקה בארצות-הברית. ראו, למשל, Greenfield v. Villager Indus., Inc., 483 F.2d 824, 831 (3d Cir. 1973).

26 חשוב לציין כי החיסכון בעלויות הוא ממשי רק אם כל התביעות האינדיבידואליות אכן היו מוגשות ונדונות בבתי המשפט. אם ערכן של התביעות האינדיבידואליות נמוך מכדי להצדיק את הגשתן על ידי כל תובע, התביעה הייצוגית מגדילה את נפח התביעות המוגשות וממילא גם מגדילה את העלויות האדמיניסטרטיביות.

27 ראו, למשל, United States Parole Comm'n v. Geraghty, 445 U.S. 388, 402–03 (1980); Illinois v. Harper & Row Publishers, Inc., 301 F. Supp. 484, 495 (N. D. Ill. 1969).

28 ראו תק' 7, 21, 24 ו-520 לתקנות סדר הדין האזרחי.

29 ס' 3(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. כך גם בארצות-הברית P. 23 FED. R. CIV.

קובע מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית: תובע חבר בקבוצה הנטענת, ארגון כהגדרתו בסעיף 2 לחוק³⁰ ורשות ציבורית כהגדרתה בתוספת הראשונה לחוק.³¹

ככל שמדובר בארגון, על התובענה הייצוגית להיכלל באחת המטרות הציבוריות שבהן הארגון עוסק לפחות במשך שנה אחת קודם להגשת התובענה. הארגון אמנם לא צריך עילת תביעה אישית, אך סעיף 4(א)(3) לחוק קובע כי בית המשפט צריך להשתכנע שיש קושי להגיש את התביעה על ידי אדם החבר בקבוצה שיש לו עילה אישית. להבדיל מארגונים, שלוש הרשויות הציבוריות כהגדרתן בתוספת הראשונה לחוק אינן צריכות להוכיח קושי להגיש את התביעה על ידי אדם החבר בקבוצה; דא עקא, עד כה טרם הוגשה תביעה ייצוגית על ידי איזו משלוש הרשויות האלו.

3. העילות להגשת תובענה ייצוגית

סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות מתיר להגיש תובענה ייצוגית אך ורק בעילות המפורטות בתוספת השנייה לחוק. סעיף 30(2) לחוק קובע כי שר המשפטים רשאי – באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ולאחר התייעצות עם שר האוצר – להוסיף עילות אחרות, כפי שאכן קרה פעמיים מאז חקיקת החוק בשנת 2006: בשנת 2008 הוסף פרט 12 בדבר תובענה ייצוגית נגד "מפרסם כהגדרתו בסעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים)", התשמ"ב-1982, בעילה לפי הסעיף האמור; ובשנת 2011 הוסף לתוספת פרט 13 בדבר תובענה ייצוגית "נגד חברה להפעלת מערכת סליקה פנסיונית מרכזית, בקשר להעברת מידע או כספים באמצעות מערכת סליקה פנסיונית מרכזית".

אלון קלמנט הציע לחלק את העילות המפורטות בתוספת השנייה לשלוש קטגוריות:³² הראשונה, עילות תביעה חדשות שלא נכללו בחוקים שאפשרו הגשת תובענה ייצוגית לפני חקיקת החוק החדש. בקטגוריה זו נכללות בעיקר עילות מתחום יחסי העבודה.³³ הקטגוריה השנייה כוללת עילות שמסגרתן נותרה כפי שהייתה לפני קבלת החוק. בקטגוריה זו נמצאות תובענות ייצוגיות שהוגשו מכוח חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; חוק החברות, התשנ"ט-1999; חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005;

30 ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות קובע: "תאגיד, למעט תאגיד שהוקם על פי דין, או הקדש, הקיים ופועל באופן סדיר וממשי במשך שנה לפחות לקידום מטרה ציבורית, אחת או יותר, ושנכסיו והכנסותיו משמשים להגשת המטרות הציבוריות בלבד, ובלבד שפעילותו אינה מטעם מפלגה או גוף פוליטי אחר או בזיקה למפלגה או לגוף כאמור או לשם קידום מטרותיהם".

31 (סעיף 1 – ההגדרה 'רשות ציבורית'): נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים. 3. נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

32 אלון קלמנט "קורים מנחים לפרשנותו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" הפורקליט מט 131, 131 – 179 (2006).

33 ראו פרטים 8 ו-10 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

הוראות הנגישות לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996. הקטגוריה השלישית כוללת עילות תביעה בנושאים שאפשר היה לתבוע בגינם בתובענה ייצוגית לפי חוקי התובענות הייצוגיות שקדמו לחוק תובענות ייצוגיות, אולם החוק החדש הרחיב את מסגרתן ואת תחולתן. בקטגוריה זו נכללות תביעות צרכניות, תביעות בנושאי ביטוח ובנקאות ותביעות בנושאים הקשורים במפגעים סביבתיים.

בתחום הצרכני חוק תובענות ייצוגיות מאפשר הגשת תביעות נגד "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, מבטח או סוכן ביטוח, תאגיד בנקאי, חברה המנהלת קופת גמל וחברה להפעלת מערכת סליקה פנסיונית מרכזית.³⁴ המשותף לנתבעים אלה הוא הקשר שיש בינם לבין מספר גדול של לקוחות שלכל אחד מהם נגרם בדרך כלל נזק קטן יחסית כתוצאה מכך שהנתבעים פעלו שלא על פי החוק או לא קיימו את חובותיהם החוקיות. מספר התובעים הגדול והנזק הקטן יחסית שנגרם להם מונעים הגשה של תביעות אינדיבידואליות ומצדיקים שימוש בהליך של תובענה ייצוגית.

מבחינה עקרונית החוק מאפשר להגיש תובענה ייצוגית נגד המדינה ורשויותיה – בעיקר באמצעות פרט 11 לתוספת השנייה לחוק, המאפשר להגיש "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או כל תשלום חובה אחר". כפי שנראה להלן, החוק קובע הגנות מהגנות שונות למדינה ולרשויותיה, ואלה מגבילות את האפקטיביות של ההליך ואת האפשרות להביא להגשמת מטרות החוק.³⁵

4. בעיית הנציג בתובענות ייצוגיות

בעוד שכתביעה רגילה התובע והנתבע הם בעלי האינטרס העיקריים בתוצאותיה, וכל אחד מהם יכול להעריך את סיכוייו ואת סיכוניו ואת הפשרה שתספק אותו, בתובענה ייצוגית חברי הקבוצה המיוצגת אינם שותפים לניהול התביעה או למשא ומתן לפשרה. היעדרם משולחן המשא ומתן עלול לגרום לכך שזכויותיהם תקופחנה בהסכמת נציגיהם הלא הם התובע ועורך-הדין המייצגים.

34 ראו פרטים 2 ו-3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כמו כן ראו, למשל, רע"א 2598/08 **בנק ייב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא** (פורסם בנבו, 23.11.2010) (להלן: **עניין ייב**); ת"צ (מחוזי מרכז) 41075-02/10 **פריזט נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 12.4.2011); בש"א (מחוזי ת"א) 12916/08 **איי. אי. גיי ישראל חברה לביטוח בע"מ נ' בלסטרה** (פורסם בנבו, 26.8.2008); בש"א (מחוזי ת"א) 21177/04 **גנידי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 15.1.2009).

35 ראו להלן בפרק זה, בעמ' 672–673. יש להעיר כי החוק קובע הגנות גם לנתבעים שאינם המדינה או רשותיה. סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר לבית המשפט להימנע מאישור תובענה כייצוגית במקרים שבהם עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנוקק לשירותיו של גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע. סעיף 20(ד)(2) לחוק מסמיק בית משפט שהכריע בתובענה ייצוגית לטובת הקבוצה להתחשב בהערכת פיצויים בנוק העלול להיגרם לציבור הנוקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו עקב פגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע בהשוואה לתועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור.

רבות נכתב בספרות ובפסיקה על בעיית הנציג בכלל ובתובענות ייצוגיות בפרט.³⁶
 בתובענה ייצוגית בעיית הנציג מחמירה אף יותר כשהצדדים מבקשים לאשר הסדר פשרה,³⁷
 ועל כן חוק תובענות ייצוגיות מחייב אישור של בית המשפט להסדר פשרה. כמו כן, בשונה
 מתובענה "רגילה", בית המשפט הוא הפוסק הבלעדי בדבר שכר הטרחה לבא-כוח הקבוצה
 ובדבר הגמול לתובע הייצוגי.³⁸

36 ראו, למשל, אירית חביבי-סגל **דיני חברות** כרך א 694–700 (2007). ראו גם ת"צ (מחוזי מרכז) 4263-03/11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 16.4.2012) (להלן: עניין **אשל היאור**) (השופט ע' גרוסקופץ); ת"א (מחוזי ת"א) 2560/01 **בירנבוים נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ** (פורסם בנבו, 17.3.2003) (להלן: עניין **קלאב הוטל**); בש"א (מחוזי ים) 5725/04 **דיסקין נ' ישפאר הום-טק בע"מ** (פורסם בנבו, 10.1.2008) (להלן: עניין **ישפאר**) (נדחה הסדר פשרה תוך התחשבות בבעיית הנציג שהוצגה על ידי המועצה הישראלית לצרכנות); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 5, 9–12 (2011); לכתיבה בארצות-הברית ראו Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlement Under Attack*, 156 U. PA. L. REV. 1649, 1698–1700 (2008); John C. Coffee, Jr., *Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working*, 42 MD. L. REV. 215, 236–52 (1983); Alexandra D. Lahav, *Two Views of the Class Action*, 79 FORDHAM L. REV. 1939, 1948 (2011).

37 ראו, למשל, ע"א 5503/11 **דבא נ' דינרי** (פורסם בנבו, 18.1.2012) ("החשש המובנה בתובענות ייצוגיות הוא כי האינטרסים של התובע המייצג קבוצה אינם תמיד חופפים את האינטרסים של היחידים בקבוצה או של הקבוצה עצמה (קושי זה נהוג לכנות 'בעיית הנציג'), והוא עלול לפעול בניגוד לטובתם. החוק, ולפני כן החוקים הספציפיים שעסקו בתובענות ייצוגיות, ביקשו לתת מענה לסוגיה זו בצורות שונות, כגון באמצעות הדרישה לאישור בית המשפט להסדר פשרה ליישוב סכסוך שהוגשה בעניינו בקשה לאישור תובענה (סעיף 18 לחוק); והדרישה לאישור בית המשפט כאשר מבקש, נתבע או מייצג מעוניינים להסתלק מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, ולקבל, במישרין או בעקיפין, טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו כאמור (סעיף 16 לחוק)") (השופט א' רובינשטיין). ראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ** (פורסם בנבו, 30.8.2011) ("תובענות ייצוגיות מאופיינות, מטבע הדברים, בבעיית נציג. כשמן כן הן. תובענות ייצוגיות בהן הפרט מייצג את הכלל. בתחילת ההליך לאישור תובענה ייצוגית וניהולה, האינטרסים של התובע המייצג ובא כוחו זהים לאינטרסים של הקבוצה – לקבל אישור, להוכיח את התובענה ולזכות בפיצוי גבוה ככל האפשר. פני הדברים משתנים לחלוטין כאשר מוצעת תובענה/ת הייצוגית/ת ובא/ת כוחה/ה הסדר פשרה. אז קיים חשש אמיתי לניגוד עניינים. משלב זה נפרדים האינטרסים של התובעת המייצגת ובא כוחה מאלו של הקבוצה המיוצגת וקיים חשש כי אלו ימהרו להתפשר על חשבון הקבוצה המיוצגת") (השופט מ' אגמון-גונן); ת"צ (מחוזי מרכז) 5731-08/07 **קיבל נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 31.7.2011); גיל אורוין וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147 (2011); קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 12–10; אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפטים** מג 351, 367–363 (2012). ראו גם Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Judicial Review of Class Action Settlements*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 167 (2009); Coffee, *Accountability*, *supra* note 14.

38 ס' 22–23 לחוק תובענות ייצוגיות.

התובע ועורך-הדין המייצגים נושאים בכל העלויות והסיכון הכרוכים בניהול התובענה הייצוגית אך זוכים רק בחלק מפירותיה.³⁹ מצב זה עלול להביא לכך שהם יסכימו לפשרה העלולה לקפח את הקבוצה המיוצגת. כאשר הם עומדים לפני החשש שידרשו להשקיע זמן ומשאבים בתביעה שתסתיים בהפסד או בתוצאה שאינה כדאית דיה לדעתם, התובע ועורך-הדין עלולים להסכים לפשרה שתותיר בידם בוודאות סכום גבוה ככל האפשר.⁴⁰ על כן, חוק תובענות ייצוגיות קובע מנגנונים שנועדו לוודא שהסדר הפשרה המוצע הוא ראוי ושהאינטרסים של חברי הקבוצה נשמרים.⁴¹

בשנים האחרונות, עקב העומס הרב המוטל על בית המשפט העליון, אפשר לזהות אצלן מגמה ברורה של העברת עניינים לבתי המשפט המחוזיים – ובכלל זה תובענות ייצוגיות.⁴²

39 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 10–12. לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי יש לפסוק שכר טרחה לעורך-הדין המייצג את הקבוצה לפי שיטת האחוזים מהסכום שנגבה לטובת חברי הקבוצה. ע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט** (פורסם בנבו, 23.5.2012). בארצות-הברית עורך-הדין הוא היזם העיקרי והוא המשקיע את המשאבים הכספיים למציאת עילת תביעה מתאימה ולניהול ההליך בבית המשפט. לעומת זאת, בארץ עורכי-דין מנועים אחת מלממן הוצאות משפט – מצב היוצר אנומליה במערך המתמריצים, שכן בתחומי משפט מסוימים (כגון דיני ניירות ערך), שנדרשת בהם השקעה כספית ניכרת, לא קל למצוא תובע ייצוגי שיסכים לקחת על עצמו את הסיכון הכספי. ראוי לקבוע כללי אתיקה מיוחדים עבור עורכי-דין המנהלים תובענות ייצוגיות, שיאפשרו להם לשאת בהוצאות ניהול ההליך.

40 ראו Eran B. Taussig, *Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 1295–97 (2010); ויצנבליט, לעיל ה"ש 37; בשי"א (מחוזי ת"א) 23972/08 **זילברפלד נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 10.5.2010). (במסגרת תובענה ייצוגית קיים ניגוד אינטרסים מובנה בין התובע הייצוגי ובא כוחו מהוד גיסא, לבין יתר חברי הקבוצה, שבשמה מבוקש להגיש את התובענה הייצוגית, מאידך גיסא. אותו ניגוד אינטרסים מובנה בא לידי ביטוי בחשש, שמא התובע הייצוגי יגיע להסכמה עם הנתבעים, מכוחה הוא יקבל גמול בדרך זו או אחרת, ואז יונח את עניינים של יתר חברי הקבוצה, אותם הוא מתיימר לייצג בתביעה שהגיש. נוכח העובדה, שפסק דין במסגרת הפשרה מהווה למעשה מעשה בית דין לגבי יתר חברי הקבוצה, וקימום שולל מיתר חברי הקבוצה את זכות התביעה, חייב בית המשפט לוודא, כי במסגרת הסכם הפשרה נבחן עניינם של כלל חברי הקבוצה, והוא בא לידי ביטוי בקבלת התייחסות ראויה והוגנת במסגרת ההסכם המוצע") (השופטת ד' גנות).

41 מנגנון חשוב במיוחד הוא המנגנון המאפשר התנגדות להסדר פשרה. סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי כל אדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין העולה בבקשה לאישור הסדר הפשרה, וכן היועץ המשפטי לממשלה – רשאים להגיש לבית המשפט, בכתב, תוך 45 יום מפרסום ההודעה על הסדר הפשרה או לפי מועד שקבע בית המשפט, התנגדות להסדר הפשרה המוצע וכן להמלצה המוסכמת בעניין גמול ושכר טרחה. עד כה נעשה שימוש מוגבל במנגנון חשוב זה. למקרים שבהם הוגשו התנגדויות לבית המשפט ראו, למשל, עניין **קלאב הוטל ועניין ישפאר**, לעיל ה"ש 36; כמו כן ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 1424/09 **גוטמן נ' גביעות-טבע הגליל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.7.2011). (הוגשו שתי התנגדויות להסדר פשרה שבמסגרתו ביקשו הצדדים לתת קופונים לרכישת בקבוקי מים כפיצוי לטובת הציבור. בית המשפט התרשם מההתנגדויות שהוגשו ודחה את הבקשה לאישור ההסדר).

42 דוגמה בולטת לכך היא הקמתו של בית המשפט לעניינים מנהליים. מטרתו של חוק בית המשפט לעניינים מנהליים הייתה בראש ובראשונה להקל על העומס בבית המשפט העליון. סעיף 1 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים קובע: "חוק זה מטרתו להסמיך באופן הדרגתי את בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט

הצורך להפחית מהעומס המוטל על בית המשפט העליון בא לידי ביטוי גם באישור של הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות,⁴³ גם אם לא תמיד זו הדרך היעילה והמיטבית מבחינת חברי הקבוצה ולא תמיד יש בכך תמריץ ראוי לבעלי הדין.

דוגמה מובהקת לכך הייתה פרשת סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל.⁴⁴ באותו מקרה התבקש בית המשפט המחוזי לאשר כייצוגית⁴⁵ תובענה למתן צו שיוורה על השבת כספים שנגבו ביתר בגין אגרת נוסעים היוצאים מנמלי התעופה בישראל. בית המשפט המחוזי קיבל באופן חלקי את בקשת התובעת לאשר את תביעתה כייצוגית.⁴⁶ התובעת והנתבעים הגישו בקשות לרשות ערעור על ההחלטה. בית המשפט העליון המליץ לצדדים להגיע להסדר פשרה לנוכח הוראת סעיף 45(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, שככל הנראה גרמה לתביעה האישית של התובעת הייצוגית להתיישן.⁴⁷

הצדדים הגישו בקשה לאישור של הסכם פשרה ובית המשפט העליון קבע, בדעת רוב, שאין חובה להפעיל את הפרוצדורה הקבועה בסעיפים 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות לגבי פשרה שהיא פרי הצעתו. לדברי השופטת א' פרוקצ'יה, החשש מפני קנוניה "אינו קיים במקום שהפשרה הינה פרי הצעתו של בית המשפט, הניתנת על בסיס היכרות מעמיקה של מכלול נתוני העניין; במיוחד כך הדבר כאשר ההצעה מוצעת על ידי ערכאת הערעור, שמלוא החומר שנדון בערכאה הדיונית והכרעתה מונחים בפניה".⁴⁸

הואיל ובית המשפט העליון סבר כי אינו צריך לקיים את הוראות סעיפים 18–19 לחוק, הוא לא הורה לפרסם הודעה על הסדר הפשרה או לפרסם הודעה לגופים המנויים בסעיף 18(ג) לחוק, וממילא לא אפשר הגשת התנגדויות או בקשות לצאת מן הקבוצה.⁴⁹ החלטתו של בית המשפט העליון לאשר את הסדר הפשרה לא התייחסה לשיקולים המנויים בסעיף 19(ג)(2) לחוק, שלפיהם על בית המשפט לבחון את הסדר הפשרה. ההחלטה גם לא הגדירה את הקבוצה

לענינים מינהליים לדון בעניינים מנהליים הנדונים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בבתי משפט אחרים, על ידי שופטים של בית המשפט המחוזי שייקבעו לצורך זה, ולפי סדרי דין מיוחדים שייקבעו". ראו גם עת"מ (מנהליים ת"א) 28037-05/10 אוטו מיקס ישראל בע"מ נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.8.2011) ("התמריץ לחקיקתו נבע, בין היתר, מהעומס שרבץ על שכמו של בג"ץ, אשר ריכז את השיפוט בעניינים מנהליים כערכאה ראשונה").

43 ראו, למשל, רע"א 8564/09 בנק הפועלים בע"מ נ' אביב שירותים משפטיים בע"מ (פורסם בנבו, 27.9.2011); רע"א 2362/08 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול, פס' 3, 6 (פורסם בנבו, 14.12.2011); לעיל ה"ש 37, לעיל ה"ש 40, בעמ' 9–11.

44 רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008) (להלן: פרשת סבו).

45 ת"א (מחוזי ת"א) 2477/09 (בש"א 57254/99) סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 30.7.2002).

46 ש.ם.

47 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 76.

48 פרשת סבו, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2–3.

49 ס' 11 ו-18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם פרשת סבו, לעיל ה"ש 44, דעת המיעוט של השופט א' רובינשטיין, פס' א–ד לפסק דינו.

המיוצגת, את עיקרי הסדר הפשרה, את עילות התובענה, את השאלות המשותפות לחברי הקבוצה ואת הסעדים שנתבעו.

אולם, הבעיה העיקרית היא שהחלטה כללה חברי קבוצה שלא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה כייצוגית:⁵⁰ הקבוצה המיוצגת הוגדרה בהסדר הפשרה ככוללת תובעים שלא נכללו בקבוצה המיוצגת כפי שהוגדרה בהחלטה של בית המשפט המחוזי לאשר את התובענה כייצוגית.⁵¹

כפי שהסביר אלון קלמנט,⁵² בפרשת סבו אכן התממשו הסיכונים הטמונים בהסדרי פשרה בתובענה ייצוגית. בית המשפט העליון לא נתן דעתו לבעייתיות הרבה בהסדר הפשרה שאושר. מאחר שפסק הדין לא הגדיר אפילו את חברי הקבוצה המיוצגת לפי הסדר הפשרה, ובהתחשב בבעייתיות שבהסדר, ספק גדול אם האישור שנתן בית המשפט העליון אכן ייצור מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שלא נכללו בהגדרה של בית המשפט המחוזי בהחלטתו לאשר את התובענה כייצוגית, אם יבחרו לתבוע בעתיד.

5. השפעות המאפיינים של התובענה הייצוגית על הערעור

בשל מאפייניו הייחודיים של הליך התובענה הייצוגית יש לערעור בהליך כזה חשיבות מיוחדת כאמצעי בקרה. יש לכך שלוש סיבות עיקריות: הראשונה היא פוטנציאל מוגבר לשימוש לרעה

-
- 50 זאת בניגוד לאמור בסעיף 18(1)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.
- 51 בית המשפט למעשה הגדיר קבוצה חדשה, שונה מהקבוצה המקורית שהוגדרה בבית המשפט המחוזי וכללה תובעים הרלוונטיים לתקופה שבין 1.7.1997 לבין 1.7.2002 (להלן: **הקבוצה המקורית**). הסדר הפשרה הרחיב את הקבוצה כך שתכלול תובעים הרלוונטיים לתקופה שבין 9.9.1992 לבין 31.1.2009 (להלן: **הקבוצה המורחבת**).
- 52 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 72–81. לדעתו של קלמנט, פסיקת בית המשפט העליון בפרשת סבו הייתה בעייתית מכמה טעמים. ראשית, דעת הרוב בבית המשפט העליון סברה כי אין צורך לקיים את הוראות סעיפים 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות. לפיכך לא הורה בית המשפט על פרסום הסדר הפשרה בכלל – ולגופים המנויים בסעיף 18(2) לחוק בפרט. כתוצאה מכך לא יכלו חברי הקבוצה החדשה להגיש התנגדויות או בקשות לצאת מן הקבוצה, כאמור בסעיף 18(ד)–(ו) לחוק. יתרה מזו: החלטת בית המשפט בפרשת סבו פסחה על השיקולים המנויים בסעיף 19(2)(ג) לחוק הכוללים, בין היתר, הגדרה מפורשת של הקבוצה המיוצגת, הגדרת העיקרים של הסדר הפשרה, מנייה של עילות התובענה או של השאלות המשותפות לחברי הקבוצה והסעדים שנתבעו. שנית, הגדרת הקבוצה המורחבת היא רחבה יותר מזו שהתווה בית המשפט המחוזי. נוסף על כך, בית המשפט הגדיר קבוצה מיוצגת שכללה תובעים שעילתם טרם התגבשה משום שטרם רכשו את כרטיסי הטיסה. שלישי, חברי הקבוצה המורחבת שלא היו חלק מחברי הקבוצה המקורית עשויים להיות כפופים להתיישנות בעניינם. רביעית, לגבי חברי הקבוצה המורחבת שלא היו חלק מהקבוצה המקורית מעולם לא פורסמה הודעה בדבר היותם חלק מן התובענה הייצוגית, משום שהחלטת בית המשפט המחוזי לא כללה אותם והחלטת בית המשפט העליון לא הגדירה אותם כמפורש. התוצאה היא שהסדר הפשרה יצר כלפיהם מעשה בית דין המונע מהם לטעון טענות בעניין זה בעתיד – כל זאת בלי שהיו מודעים לכך. חמישית, לחברי הקבוצה המקורית ולחברי הקבוצה המורחבת לא עמדה הזכות לצאת מן הקבוצה משום שהסדר לא זכה לפרסום. כתוצאה מכך נפגעה זכות הגישה לערכאות הן של חברי הקבוצה המקורית הן של חברי הקבוצה המורחבת.

בהליך בשל היותו "נשק בלתי קונבנציונלי", בעיקר בשל בעיית הנציג ובשל בעיה של תביעות סחטניות העוללות להביא לפשרות לא הולמות (על כך ארחיב להלן). הסיבה השנייה היא החשש לשיבוש ההרתעה, שהיא ממטרותיו העיקריות של ההליך, ככל שיינתנו החלטות שגויות במסגרת ההליך. הסיבה השלישית לחשיבותו המיוחדת של הערעור היא החשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות של רבים – חברי הקבוצה – כפי שאכן קרה בעניין סבו.

ג. השגה על פסק דין ועל החלטה אחרת בתובענה ייצוגית

1. החלטה הדוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית

הפסיקה ראתה החלטה לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית כפסק דין שהערעור עליו בזכות. בעניין **קראוס**⁵³ ניתנה החלטה כאמור והוגש עליה ערעור. הצד שכנגד ביקש למחוק את הערעור על הסף בטענה שמדובר בהחלטה אחרת שהערעור עליה הוא ברשות. רשם בית המשפט העליון קבע כי החלטה הדוחה בקשה לאשר תובענה כייצוגית מקימה זכות ערעור ודחה את הבקשה למחוק את הערעור על הסף. על החלטה זו הוגש ערעור. השופט א' ריבלין קיבל את עמדת הרשם. הוא החיל מצד אחד את מבחן הסעד, כדי לקבוע שהסתיים תחום מוגדר של ההליך, ומהצד האחר החיל את ההלכה שנפסקה בפרשת **ברזני**, לאמור:

ערעורו של ברזני נסב על חלקה של ההחלטה הדוחה את אישור התובענה הייצוגית ככל שזו נוגעת למתן סעד כספי. הלכה פסוקה היא, כי החלטת בית המשפט למחוק מכתב התביעה חלק הנוגע לאחד הסעדים מהווה פסק דין חלקי [...] ההחלטה נשוא הערעורים שלפנינו סיימה את הדיון בשאלת הסעד הכספי ועל כן יש לראות בה פסק דין חלקי עליו ניתן לערער בזכות.⁵⁴

עמדה זו ראויה משום שלתובענות ייצוגיות יש מאפיינים שאינם תואמים תפיסות משפטיות מוכרות. השוני מתבטא בדין המהותי כמו גם בדין הדיוני.⁵⁵ לפיכך, החלטה לא לאשר תובענה

53 ע"א 8521/03 **תאגיד לאיסוף כלי משקה בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נח(3) 289 (2004).
 54 ע"א **ברזני**, לעיל ה"ש 19. ראו בדומה ע"א 7346/01 **שטנדל נ' בזק בינלאומי בע"מ**, פ"ד נו(3) 61 (2002); בר"ם 9749/07 **עואודה נ' מועצה מקומית כפר כנא** (פורסם בנבו, 7.1.2008) ("דרך התקיפה הנכונה של החלטה הדוחה בקשה לאשר תובענה כתובענה ייצוגית היא זו של ערעור ולא בקשת רשות ערעור [...] הטעם לכך הוא שהחלטה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית עשויה להכריע את גורלה של התובענה הייצוגית כולה ולכן 'דחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה פסק דין, הניתן לערעור בזכות [...] לעומת זאת, החלטה המאשרת תובענה ייצוגית מהווה החלטה אחרת'") (השופטת מ' נאור).
 55 ראו, למשל, עניין **תנובה II**, לעיל ה"ש 25.

כייצוגית מסיימת את הדיון גם אם לכאורה הדיון בתביעה האישית עשוי להימשך.⁵⁶ משניתנה החלטה כאמור ההליך בא אל קצו מבחינה מהותית ועל כן ראוי להעניק עליה זכות ערעור.⁵⁷

2. החלטה המקבלת את הבקשה לאשר תובענה כייצוגית

להבדיל מהחלטה לדחות בקשה לאשר תובענה כייצוגית, החלטה המאשרת תובענה כייצוגית ניתנת לערעור ברשות בלבד. נותני הרשות הם בית המשפט שנתן את ההחלטה, ככל שנתן רשות בגוף החלטתו, או בית המשפט שלערעור.⁵⁸ משמעות הדבר היא שעל הנתבעים להגיש בקשה לרשות ערעור לבית המשפט שלערעור (בדרך כלל בית המשפט העליון), אלא אם כן נתנה הערכאה הדיונית (בדרך כלל בית המשפט המחוזי) רשות לערער בגוף ההחלטה. בעניין זה שונה המצב מהדיון הרגיל, שבו הערכאה הדיונית איננה רשאית ליתן רשות ערעור על החלטה אחרת.

גם אם במבט ראשון אפשר היה לחשוב שהמשוכה לקבלת רשות ערעור אינה גבוהה, להלן נראה כי בפרשת **סלקום נ' פתאל**⁵⁹ הגביל בית המשפט העליון את הנסיבות שבהן תינתן רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה כייצוגית.

ככל שמדובר בהחלטה הדוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית בנוגע למשיב אחד ומקבלת אותה לגבי משיב אחר, המשיב השני יוכל להגיש בקשת רשות לערער על ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית נגדו, והמבקש יוכל להגיש ערעור בזכות בנוגע להחלטה הדוחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית לגבי המשיב הראשון.⁶⁰ סיטואציה דומה מתרחשת כשבית המשפט דוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית למתן סעד אחד אך מקבל אותה לגבי סעד אחר. במצב כזה יוכל המבקש להגיש ערעור בזכות על דחיית הבקשה לסעד האחד

56 יצוין שכיום קובעת תקנה 9 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"א-2010: "נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית והתובע מבקש לברר את תביעתו האישית, יגיש התובע בשלה תובענה נפרדת לבית המשפט המוסמך".

57 עניין **קראוס**, לעיל ה"ש 53, פס' 5 סיפה.

58 מדובר בחריג לכלל הרגיל לגבי הסמכות לתת רשות ערעור, הנתונה בדרך כלל רק לבית המשפט שלערעור (ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט). סעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות קובע: "החלטה לאשר תובענה ייצוגית לפי סעיף זה, ניתנת לערעור אם ניתנה רשות לכך בגוף ההחלטה או מאת בית המשפט שלערעור". ראו גם בעניין **מועצה מקומית כפר כנא**, לעיל ה"ש 54. הדברים נכונים גם להליך בבית המשפט לעניינים מנהליים.

59 הלכת **סלקום נ' פתאל**, לעיל ה"ש 1.

60 כך היה, למשל, ברע"א 2616/03 **ישראל בע"מ נ' רייס** (פורסם בנבו, 14.3.2005), שבמסגרתו נדונה החלטה של בית המשפט המחוזי לקבל באופן חלקי בקשה לאישור תובענה כייצוגית בת"א (מחוזי ת"א) 2588/98 **רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 3.2.2003).

והמשיב יוכל להגיש בקשת רשות לערער על קבלת הבקשה לאישור תובענה כייצוגית לגבי הסעד האחר.⁶¹

3. החלטות נוספות הנתונות לערעור ברשות

במסגרת תובענה ייצוגית ייתכנו החלטות ביניים נוספות: החלטה המורה על הפסקת ייצוג של עורך-דין או על החלפתו;⁶² החלטה המורה על החלפת התובע;⁶³ החלטה להעביר דיון כשיש בקשה קודמת לאישור של תובענה כייצוגית או תובענה ייצוגית קודמת, שמתעוררות בה שאלות משותפות של עובדה או משפט הזהות או דומות בעיקרן לשאלות המתעוררות בבקשה לאישור;⁶⁴ החלטות בענייני שכר טרחה וגמול;⁶⁵ החלטות בעניין גילוי מסמכים או שאלונים⁶⁶ ועוד. על כל החלטות הביניים האלה אין ערעור בזכות ויש להגיש בקשת רשות לערער בהתאם לכללים הרגילים לגבי "החלטה אחרת".⁶⁷

בשולי הדברים אעיר כי סעיף 20(ב) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית המשפט רשאי למנות "ממונה" בעל כישורים מתאימים, שיקבע את הדרך ואת המועד להוכחת הזכאות לסעד של כל אחד מיחיד הקבוצה וכן את דרך חלוקת הסעד ביניהם. תקנה 15 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 מאפשרת להגיש ערר על החלטתו של הממונה. הערר ייתמך בתצהיר לאימות העובדות המשמשות לו יסוד.⁶⁸ אף על פי כן, נכון למועד כתיבת שורות אלה לא פורסמה החלטה בערר מסוג זה.

- 61 כך היה, למשל, בע"א ברזני, לעיל ה"ש 19, שם הוגשו ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי לדחות את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית ככל שזו התייחסה לתובענה ייצוגית למתן סעד כספי, ובקשת רשות ערעור על ההחלטה של אותו בית משפט לאשר את הגשת התובענה כתובענה ייצוגית למתן סעד הצהרתי.
- 62 בהתאם לסעיפים 7(ב), 8(ג)1 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 36 (בית המשפט דחה בקשה להחליף את עורך-הדין שייצג את המבקשת בבקשה לאישור תובענה כייצוגית. עם זאת נקבע כי עורך-הדין המייצג לא ייצג עוד את עניינה האישי של המבקשת, להבדיל מעניינה של הקבוצה. למיטב ידיעתי, המבקשת לא הגישה בקשת רשות ערעור על ההחלטה) (השופט ע' גרוסקופף).
- 63 בהתאם לסעיף 8(ג)1 (כאשר לא מתקיימות לגבי התובע דרישות הסף האמורות בסעיף 8(א)3 או 8(א)4 לחוק) ולסעיף 8(ג)2 לחוק תובענות ייצוגיות (כאשר לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)1 עד 3).
- 64 ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 65 ס' 22–23 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 66 ראו, למשל, רע"א 10052/02 **יפעת נ' דלק מוטורס**, פ"ד נז(4) 513, 518–519 (2003). רע"א 6715/05 **מחסי ערובה נאמן בע"מ נ' אייזנברג** (פורסם בנבו, 11.11.2005); עידו באום "מקלות בגלגלים: ערעור ברשות על החלטות ביניים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בנושא כלכלי" **משפטים על אתר** ג 44, 55–56 (2011).
- 67 לדיון בהבחנה בין "פסק דין" ל"החלטה אחרת" ראו לעיל פרק 4.
- 68 למקרים שבהם מונה ממונה ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 633/08 **אפריים – גל מעיתון שיווק והפצת עיתונים בע"מ** (פורסם בנבו, 11.1.2011); ת"צ (מחוזי מרכז) 1018-03/08 **פתאל נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 7.12.2011). תפקיד הממונה לפי חוק תובענות ייצוגיות דומה לתפקיד המכונה בארצות-הברית Special Master, שתפקידו לקבוע כיצד יש לחלק את סכומי הכסף שנפסקו (בפסק דין או בהסדר פשרה)

4. עניינים שבהם לא תינתן רשות לערער

בתוקף הסמכות שהוקנתה לו בתיקון מס' 52 לחוק בתי המשפט⁶⁹ התקין שר המשפטים את צו בתי המשפט, שנכנס לתוקף ביום 2.8.2009. הצו קובע עשרה נושאים שבהם לא תינתן רשות ערעור.⁷⁰ הצו נועד לצמצם את סוגי ההחלטות שבהן תינתן רשות ערעור במשפט האזרחי בדומה לדין הנוהג בתחום הפלילי, שם בדרך כלל אין אפשרות לערער על החלטות ביניים אלא במסגרת פסק הדין הסופי.⁷¹ הצו הוא חלק מהמגמה לקצר את הליכי המשפט ולמעשה להגביל את סמכותה של ערכאת הערעור להתערב בהליכים המתקיימים בערכאה הדיונית, במטרה לייעל את מערכת המשפט.⁷² הצדקה נוספת להתקנת הצו הייתה שמירה על רצף דיוני של ההליכים בפני ערכאה מסוימת חלף העברת התיק הלוך ושוב בין הערכאות.⁷³ בעניין **חמדאן** קבע השופט נ' הנדל, בקשר לתכלית זו, כי הצו לא נועד להגביל את בית המשפט בבואו לבחון אם להעניק רשות ערעור על פסק דין בגלגול שלישי, שמעצם טיבו אינו מעכב את המשך ההליך; כמו כן הצו אינו עוסק בבקשת רשות לערער על פסק דין בגלגול שני דוגמת ערעור על פסק דין בבית המשפט בתביעות קטנות.⁷⁴ גישה מצמצמת זו לצו חזרה במקרים נוספים.⁷⁵

נוסף על סוגי העניינים המנויים בצו נקבעו בדברי חקיקה נוספים עניינים אחרים שבהם לא ייתן בית המשפט רשות לערער. כך למשל, סעיף 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בהחלטה לאישור תובענה כייצוגית שבה יש יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת – לא תתקיים לנתבע אפשרות לערער על החלטה בעניין זה, לא ברשות ולא בזכות.⁷⁶

לחובת הנתבע במסגרת התובענה הייצוגית. אחד מעורכי-הדין הכולטים שמונו לתפקיד זה בארצות-הברית הוא עורך-דין קנת פיינברג, בין היתר במסגרת התובענה הייצוגית בעניין הכימיקל *Agent Orange*: *In re* "Agent Orange" Prod. Liab. Litig., 100 F.R.D. 718 (E.D.N.Y. 1983), *aff'd* 818 F.2d 145 (2d Cir. 1987).

- 69 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 52), התשס"ח-2008, ס"ח 668.
- 70 לדיון בצו בתי המשפט ראו לעיל פרק 6, בעמ' 233–238.
- 71 פרוטוקול ישיבה מס' 17 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, הכנסת ה-18 (9.6.2009).
- 72 ע"א (מחוזי חי') 33406-04/11 **פולכרום מינרלים (1978) בע"מ נ' טמבור בע"מ** (פורסם בנבו, 4.8.2011).
- 73 כש"א 5692/10 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 9.11.2010); רע"א 6269/11 **חמדאן נ' עזבן ואקים** (פורסם בנבו, 22.11.2011).
- 74 עניין **חמדאן**, שם, פס" 2.
- 75 בבג"ץ 4130/11 **עוזאד נ' הקסטודיה די טרה סנטה** (פורסם בנבו, 24.7.2011) התעוררה הסוגיה אם אפשר לפנות לבית הדין הגבוה לצדק כשבית משפט נותן החלטה שהיא לכאורה בחוסר סמכות ותוך פגיעה בזכויות של אחד הצדדים, כשעל החלטה מסוג זה יש הגבלת ערעור מכוח הצו. בג"ץ קבע אמנם כי אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ביניים של בתי משפט אזרחיים, וכי על החלטה מהסוג שנדון (לפי סעיף 1(7) לצו בתי המשפט) אפשר להשיג במסגרת הערעור על פסק דין בהליך; אולם במקרים נדירים שבהם תינתן החלטה בחוסר סמכות היורד לשורש העניין, ואין לעותר סעד חלופי, בג"ץ עשוי לדון בעתירה.
- 76 ס' 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

גם בסעיף 41(ה)1 לחוק בתי המשפט נקבע כי לא תינתן רשות ערעור על "החלטת בית משפט מחוזי לאשר תובענה ייצוגית לפי פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 או לאשר תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999".⁷⁷
עם זאת נקבע:

לבקשת בעל דין, יקיים בית המשפט דיון חוזר בהחלטת האישור בהרכב של שלושה שופטים; מצא ההרכב כי בקשה לדיון חוזר מעלה עניין שיש בו חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים, רשאי הוא להורות על העברת הדיון בו לבית המשפט העליון אשר ידון בבקשה לדיון חוזר כאילו הייתה ערעור על ההחלטה; על החלטת ההרכב לפי פסקה זו לא תינתן רשות ערעור.⁷⁸

ארחיב בעניין זה להלן.

ד. מתי תינתן רשות לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית?

כפי שהוצג לעיל, חוק תובענות ייצוגיות קובע בסעיף 8(ד) שכאשר ניתנת החלטה לאשר תובענה כייצוגית, אפשר לערער על ההחלטה אם ניתנה רשות לכך בגוף ההחלטה או מאת בית המשפט שלערעור.

עד לאחרונה, כאשר נתבע הגיש לערכאת הערעור בקשת רשות לערער על החלטה לדון בתובענה כייצוגית, הרשות ניתנה כעניין שבשגרה ובית המשפט העליון בחן את ההחלטה ודן בה לגופה.⁷⁹ לאחרונה חל שינוי בעמדתו של בית המשפט העליון בפרשת **סלקום נ' פתאל**:⁸⁰ בית המשפט דחה בקשה של חברת סלקום לערער על החלטת בית המשפט המחוזי, שאישר תביעה שהוגשה נגדה כתובענה ייצוגית.

77 ס' 41(ה)1 לחוק בתי המשפט.

78 ס' 41(ה)2 לחוק בתי המשפט. לתחולתו של סעיף זה על הליכים תלויים ועומדים ראו רע"א 6270/11 **משעור נ' רחנברג** (פורסם בנבו, 23.10.2011) (סעיף 41(ה)2 לחוק בתי המשפט לא חל על תובענה ייצוגית שהוגשה לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 59 (ביום 15.12.2010). הוטעם כי "את המונח הליך יש לפרש כמתייחס לפתיחה של הליך עיקרי, ובענייננו להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית". אולם ראו רע"א 7109/11 **רדיניק נ' זמיר** (פורסם בנבו, 30.10.2011) (נדחתה בהחלטה קצרה בקשת רשות לערער על החלטה המאשרת הגשת תביעה נגזרת בהסתמך על סעיף 41(ה)1 לחוק בתי המשפט, אף שהבקשה לאישור תביעה נגזרת הוגשה בשנת 2006, לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 59 (עובדה זו לא צוינה בהחלטת בית המשפט העליון, אך היא נלמדת מהחלטת בית המשפט המחוזי מושא בקשת הרשות לערער: ת"א (מחוזי ב"ש) 3112/04 **רדיניק נ' זמיר** (פורסם בנבו, 28.7.2011)). החלטות אלו אינן מתיישבות זו עם זו.

79 ראו, למשל, עניין **טצת**, לעיל ה"ש 10; רע"א 8851/02 **ישראל כרס בע"מ נ' שלומוביץ**, פ"ד נט(3) 422 (2004); רע"א 5765/02 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלג** (פורסם בנבו, 26.8.2009).

80 הלכת **סלקום נ' פתאל**, לעיל ה"ש 1.

השופט א' גרוניס, בדין יחיד, התייחס לשאלה אם יש לדחות את הבקשה לרשות ערעור שלא לגופה, תוך שמירה על הטענות לשלב הערעור על פסק הדין בתובענה הייצוגית, אם יוגש. אחרי דיון קצר במאפיינים הייחודיים של התובענה הייצוגית קבע בית המשפט כי נקודת המבט של יעילות ההליך אינה מעלה תשובה היפה לכל המקרים. מצד אחד, אם כתוצאה מהערעור יבוטל האישור להגשת התובענה הייצוגית, יעיל שהחלטה תתקבל בטרם כילתה הערכאה הראשונה את זמנה בדיון בתובענה עד תומה; הוא הדין במקרה שבו תמצא ערכאת הערעור לנכון לתקן את החלטת האישור באופן שיש בו כדי להשפיע על ניהול הדיון בתובענה. מצד שני, דיון מיידי בערכאת הערעור עלול להימצא לא יעיל מכמה סיבות: ראשית, ייתכן שהמשך ההליך בערכאה הדיונית היה מוביל לפשרה או לפסק דין שעליו לא היו הצדדים מערערים, ואז ערכאת הערעור כלל לא הייתה נדרשת לעניין;⁸¹ שנית, דיון בהשגות על החלטת האישור מיד לאחר הינתנה עלול להביא לכך שערכאת הערעור תידרש לסוגיה יותר מפעם אחת: אם תידחה בקשת הרשות לערער וינתן פסק דין בתובענה הייצוגית אפשר יהיה להגיש ערעור על פסק הדין והתיק יגיע שוב אל פתחה של ערכאת הערעור. מצב שבו ערכאת הערעור נדרשת לתיק מסוים יותר מפעם אחת הוא בעייתי מבחינת ניצול יעיל של משאבי המערכת המשפטית ובראשם הזמן השיפוטי. כמו כן, יש בכך כדי להאריך את משכו הכולל של ההליך תוך פגיעה באינטרס התובע; שלישית, ככל שתידרש ערכאת הערעור לטענות נגד החלטת האישור לגופן יביא הדבר לעיכוב הדיון בתובענה הייצוגית, ובכך יש כדי לפגוע ברציפות הדיון בערכאה הדיונית וביעילותו.

לשיטת בית המשפט, התשובה לשאלה אם יש ליתן רשות ערעור על החלטה המאשרת תובענה כייצוגית מתקבלת מאיזון השיקולים בכל מקרה לגופו. בית המשפט הצביע על רשימה לא ממצה של קריטריונים שיש בהם, לשיטתו, לסייע בהתוויית המדיניות המשפטית בסוגיה זו. העניין הראשון שיש להביא בחשבון הוא המשמעות של קבלת התובענה הייצוגית מבחינת הנחבע: כאשר המשמעות חמורה במיוחד – עקב סכום התביעה, איתנותו הפיננסית של הנחבע ונתונים אחרים השייכים לעניין – יש בכך כדי לתמוך בבירור מיידי של ההשגות על החלטת האישור.

העניין השני שיש להתחשב בו נוגע לשאלה מה משקל השאלות, המשפטיות והעובדתיות, המתעוררות בבקשת הרשות לערער בהשוואה לשאלות שנותר לדון בהן בגדר התובענה הייצוגית. בעניין זה יש להתחשב במספר השאלות, בטיבן ובמורכבות הכרוכה בבירורן. כאשר השאלות שנותרו פתוחות רבות ומורכבות, והשאלות שהוכרעו בהחלטה לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית הן פשוטות יחסית, יש היגיון בכך שערכאת הערעור תדון מיידי בהשגות על החלטת האישור – בהנחה שהכרעה בהן תייתר את הצורך לדון בהמשך בשאלות המורכבות.

העניין השלישי נוגע לסיכויים של בקשת הרשות לערער.⁸² מבחינה עקרונית, ככל שסיכויי הבקשה לרשות ערעור נחזים להיות גבוהים יותר, כך מוצדק לדון בה לגופה ולא לדחות את בירור ההשגות לשלב שלאחר פסק הדין. עם זאת, מבחינה מעשית יש קושי להעריך סיכויים של הליך ערעורי, ולשיטת בית המשפט אין טעם בבחינה מקדמית מדוקדקת של סיכויי הבקשה. לשיקול זה יש מקום רק במקרי קצה, דהיינו: כשהקשיים בהחלטת האישור, או היעדרם, בולטים על פני הדברים.

בפרשת **סלקום נ' פתאל** הוחלט לא ליתן רשות לערער על החלטה המאשרת תובענה כייצוגית בעילה של הפרת חוזה. נקבע כי בנסיבות העניין אין מקום לבחון את הטענות מיידית, במסגרת בקשת רשות ערעור, וכי אלה ייבחנו בגדר הערעור על פסק הדין הסופי.

בשולי ההחלטה ציין בית המשפט כי בדיון שקיים במעמד הצדדים הוא העלה אפשרות שתגובש פשרה לפי מתווה מסוים. המבקשת ביקשה שהות לשקול את העניין, אך בסופו של דבר הודיעה כי מאחר שמדובר בשאלה משפטית עקרונית היא מעדיפה שבית המשפט יכריע בה כבר בשלב הנוכחי. "לטעמי, בתיק זה אין לחתור להכרעות עקרוניות על חשבון האפשרות לסיים את המחלוקת על דרך הפשרה", ציין בית המשפט.⁸³ כפי שנראה להלן, נימוק זה דומה לאחד השיקולים שציינה הפסיקה בארצות-הברית בגדר השיקולים אם ליתן רשות ערעור על החלטה המאשרת תובענה כייצוגית (ולעכב את בירורה עד להכרעה בערעור): אם יש חשש שבלא רשות ערעור ועיכוב הבירור בתובענה ייגרר הנתבע להוצאות ניכרות, שעלולות כשלעצמן עלולות ליצור לו תמריץ להתפשר, אף שהסיכון הטמון בתיק אינו מצדיק פשרה – חשש כזה, לפי הפסיקה בארצות-הברית, עשוי להטות את הכף ליתן רשות ערעור ולעכב את ביצוע ההחלטה.⁸⁴

דא עקא, שעצם העובדה שהצדדים לא יזדקקו להתערבות של ערכאת הערעור אינה מצביעה על כך שההכרעה בערכאה הדיונית היא צודקת. הפשרה שאליה עשויים הצדדים להגיע, אליבא דבית המשפט, עשויה בהחלט לנבוע מהסיכון הרב שהנתבע נחשף אליו לאחר אישור התביעה כייצוגית, כמו גם מהיותו שונא סיכון.⁸⁵ בית המשפט התייחס אמנם לסיכון הרב שהנתבע עלול להיות חשוף לו בגדר התובענה הייצוגית, אך הוא נתן לסיכון זה משקל מוגבל

82 הלכת **סלקום נ' פתאל**, לעיל ה"ש 1, פס' 5.

83 שם, פס' 6 סיפה.

84 ראו, למשל, Waste Management Holdings, Inc. v. Mowbray, 208 F.3d 288 (1st Cir. 2000); Isaacs v. Sprint Corp., 261 F.3d 679 (7th Cir. 2001); Jefferson v. Ingersoll Intern. Inc., 195 F.3d 894 (7th Cir. 1999).

85 החרבה על שנתא הסיכון (risk averse) של התובע ראו למשל: STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 186–92 (1987); John C. Coffee, Jr., *Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. CHI. L. REV. 877, 893–94, 915–16 (1987); גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות "משפטים" לד' 997, 301, 330 (2004).

בלבד בשל "האינטרס של כלל הנזקקים לשירותיה של מערכת המשפט בנוהול מהיר ויעיל של ההליכים".⁸⁶

דוקו: דחיית הבקשה לרשות ערעור עלולה להמריץ נתבעים להתפשר גם כשאין לכך עילה אמיתית ולסייע בכך לתובעים ייצוגיים סחטנים. שיקול זה מכיר במערכת התמריצים המיוחדת המאפיינת את הליך התובענה הייצוגית ונותן ביטוי לחשש האינהרנטי משימוש לרעה בו על ידי תובעים ייצוגיים.⁸⁷ מדובר בשיקול רלוונטי שראוי להביאו בחשבון, והוא דווקא מטה את הכף לכיוון הפוך מזה שעליו הצביע בית המשפט.

על כל פנים, מקריאת ההחלטה בפרשת **סלקום נ' פתאל** ומפסקי הדין שניתנו בעקבותיה⁸⁸ עולה כי לפנינו מציאות משפטית חדשה, שלפיה ככלל לא תינתן רשות לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית אלא בהתקיים התנאים שהוצגו לעיל.

1. משמעותה של החלטה לאשר תביעה כתובענה ייצוגית

נוכח החשיבות שהמחוקק מייחס להליך התובענה הייצוגית, כמו גם נוכח הסיכון שהוא מטיל על נתבעים פוטנציאליים, החוק בישראל מציב לפני המבקש להיות תובע ייצוגי משוכה לא נמוכה – אישור בית המשפט להגשת תובענה כייצוגית לפי התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות.⁸⁹

לקבלת בקשה לאישור תובענה כייצוגית יש משמעות קרדינלית מבחינת הנתבע. השופט מ' חשין, בעומדו על העצמה הרבה הטמונה בהליך התובענה הייצוגית, כינה אותה "נשק בלתי קונבנציונלי [...]" שמהלכת אימים על עוסקים למיניהם [...]. משל הייתה רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו.⁹⁰ בשל אופיו של ההליך, אישור תובענה כייצוגית הוא צעד משמעותי לקראת חשיפתו האפשרית של הנתבע לחיוב בסכומים גבוהים מאוד, לפגיעה קשה במוניטין שלו, ובמקרים לא מעטים גם לאיום על יציבותו הכלכלית.

יתרה מזו: מוכרת וידועה הטענה בדבר הסיכון שתובענות ייצוגיות יוגשו ממניעים פסולים כגון סחיטה, קנוניה, מניעת תחרות, השתלטות עוינת וכיוצא באלה. אף אם אין ממש בתובענה ייצוגית היא עלולה לדחוק נתבעים להתפשר שלא ממניעים ענייניים. כך, למשל, כדי להימנע מהתדיינות ארוכה, העלולה לפגוע בנתבע מבחינה עסקית, הוא עשוי להתפשר גם אם הוא סבור

86 הלכת **סלקום נ' פתאל**, לעיל ה"ש 1, פס' 2.

87 ראו עניין **אנליסט**, לעיל ה"ש 7; עניין **טצת**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 783–785; ע"א 345/03 **ריכרט נ' יורשי שמש**, פ"ד סב(2) 437, 474–476 (2007) (להלן: ע"א 345/03 **ריכרט**); עניין **תנוכה II**, לעיל ה"ש 25, פס' 21 סיפה.

88 ראו להלן בהמשך תת פרק זה.

89 ס' 3 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות.

90 דנ"א **ברוני**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 406.

כי בסופו של יום תידחה התובענה.⁹¹ תובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים עלולות להזיק לא רק לנתבעים עצמם אלא למשק כולו.⁹² בכך שהנתבעים יגלגלו עליו את הנזק.⁹³ לפי אותה טענה, תביעות סחטניות עלולות להביא לפשרות גבוהות משוויין האמתי של התביעות.⁹⁴ במצב כזה ברור שהנתבע עלול להיפגע קשות מאחר שגיבוש כל התובעים בכוח מאיים עליו הן בהתמוטטות כלכלית והן בפגיעה בשמו הטוב. נוסף על הסיכון הנובע מזכייה אפשרית בתובענה ייצוגית נגדו, העלויות הכרוכות בניהולה עלולות להביא לכך שהנתבע יסכים לפשרה הגבוהה מערכה הצפוי של התובענה. העלויות שייחסו או אינן רק אלה הכרוכות בנייהול התיק אלא גם הפגיעה במוניטין. מדובר בעלויות ניכרות ביחס לעלויות עבור התובע הייצוגי בשלב המקדמי.⁹⁵ במקרים כאלה התובענה הייצוגית מוגשת לא מתוך כוונה לנהל עד הכרעה בפסק דין אלא רק כדי לאיים על הנתבע באותן עלויות ראשוניות ובפגיעה במוניטין שלו.⁹⁶

- 91 לעניין זה נקבע בארצות-הברית לא פעם כי אי-הודאות והפוטנציאל הטמונים בתביעה ייצוגית מביאים לכך שתובעים בעלי תביעות חלשות מצליחים לסחוט פשרה מחברות שפעלו כדין. ראו, למשל, Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores, 421 U.S. 723, 740–41 (1975).
- 92 לגבי בעיה זו ראו, למשל, פרשת **טצת**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 783–785; עניין **מגן וקשת**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 322–323; ע"א 4474/97 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד נד(2) 577, 586–587 (2000); רע"א **רייכרט**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 288–289.
- 93 למשל באמצעות הגדלת הפרמיות, אם הנתבעת היא חברת ביטוח.
- 94 ראו פרשת **טצת**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 791 ("יש להבטיח כי התובענה הייצוגית לא תהפך למכשיר של סחטנות במסווה החוק. יש למנוע סחטנות בדמות התובענה הייצוגית (Strike Suit); יש להכיר בסכנה הטמונה משימוש בלתי ראוי במכשיר של התובענה הייצוגית"). הדבר מקבל משנה-תוקף הואיל ונתבעים בתביעות ייצוגיות הם פעמים רבות שונאי סיכון (risk averse): הם יעדיפו לשלם סכום כסף גבוה משווייה האמתי של עלת התביעה ובלבד שלא ייחשפו לסיכון של הפסד בתובענה הייצוגית לגופה, על כל המשתמע מכך. על שנתא סיכון בתובענות ייצוגיות ראו, למשל, *Note, Risk Preference Asymmetries in Class Action Litigation*, 119 HARV. L. REV. 587 (2005).
- 95 John C. Coffee, Jr., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 COLUM. L. REV. 669 (1986).
- 96 בעיית הסחטנות עלולה גם לסכל את מטרותיו של הליך התובענה הייצוגית: אם אין קשר בין הפשרות שאליהן הצדדים מגיעים לבין הנוק שגרם הנתבע בפועל, מטרת ההרתעה מסוללת. בד בבד, בעיית הנציג גורמת לכך שהתובע הייצוגי ובא-כוחו יסכימו לעתים לפשרות נמוכות יחסית לנוק שנגרם. מאחר שתביעות סחטניות מעלות במידה ניכרת את חבותם של נתבעים שקיימו את חובותיהם, ומאידך גיסא הפשרות הנמוכות מפחיתות מחבותם של מי שגרמו לנזקים גבוהים בהפרת החובה, ההרתעה האמורה להיות מושגת באמצעות הליך תובענה ייצוגית – מדוללת. במחקר מקיף שנערך בארצות-הברית בתחום נירות ערך התגלה שפשרות הושגו לאו דווקא במקרים הצודקים, ושגם גובה הפשרה לא היה בהכרח מוצדק בנסיבות העניין. ראו Janet. C. Alexander, *Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions*, 43 STAN. L. REV. 497 (1991).

האפשרות לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית מפחיתה את הסיכונים הללו, הואיל והיא מאפשרת לערכאה נוספת להתרשם מעילת התביעה ומהראיות התומכות בה בטרם יוטל על כתפי הנתבע כובד משקלו של ההליך הייצוגי, על מגוון משמעויותיו.

2. ההשפעות של הלכת סלקום נ' פתאל על נוף התובענות הייצוגיות

בעקבות ההחלטה בפרשת **סלקום נ' פתאל** ניתנו לא מעט פסקי דין, חלקם במוחב תלתא, שציטטו אותה בהסכמה.⁹⁷ במרבית המקרים הובילה ההלכה לדחיית בקשה לרשות ערעור על החלטה לאשר תובענה כייצוגית, אולם כאשר סבר בית המשפט העליון שהערעור עומד באמות-המידה שנקבעו בהלכה זו, הוא נתן רשות לערער. כך, למשל, בפרשת **הפניקס נ' עמוסי**,⁹⁸ שבמסגרתה הקל בית המשפט העליון את הנטל המוטל על כתפי המבקש לאשר את תביעתו כתובענה ייצוגית,⁹⁹ הפנה בית המשפט העליון להלכת **סלקום נ' פתאל** וקבע – בהתייחס לפרשנות הפוליטות שעמדו במוקד אותו עניין – כי "יהא זה ראוי ומועיל יותר לדון גם בשאלה זו כבר עתה".¹⁰⁰

97 ראו, למשל, עניין **יהב**, לעיל ה"ש 34; רע"א 2536/10 **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' בן עמי** (פורסם בנבו, 12.9.2011); רע"א 7540/10 **אלטמן ורקחות טבעית (1993) בע"מ נ' גיאן** (פורסם בנבו, 11.12.2011); רע"א 1197/10 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אסטוריה אינוסטמנט לימיטר** (פורסם בנבו, 16.5.2012); רע"א 4328/12 **שירביט חברה לביטוח בע"מ נ' קובובסקי** (פורסם בנבו, 22.6.2012); רע"א 9171/10 **חברת בזק בינלאומי בע"מ נ' MYRNA MANDAF** (פורסם בנבו, 19.9.2012).

98 רע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי** (פורסם בנבו, 5.7.2012).

99 הן בעניין **עמוסי**, שם, והן בע"א 2718/09 **גדיש קרנות תגמולים בע"מ נ' אליסינט בע"מ** (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: **עניין גדיש**) מסתמך שינוי לקולה בגישת בית המשפט בשאלת הנטל המוטל על המבקש לאשר את תביעתו כתובענה ייצוגית. בפסקי דין אלה נקבע כי אין להיכנס לעומק הטענות בשלב המקדמי של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אלא לבחון אם יש "אפשרות סבירה" לקיומה של עילת תביעה. כמו כן נקבע שאין לבחון בשלב זה את כל השאלות העובדתיות והמשפטיות שעולות לדיון בתביעה. בית המשפט העליון קבע שאין להכביד בבדיקת הסיכויים להצלחת התובענה, והנחה את בתי המשפט הנמוכים לנצל את הסמכויות שהוקנו להם בחוק למציאת פתרונות לבעיות העולות מבקשות האישור, וזאת חלף דחיית בקשות האישור. הנשיאה ד' ביניש קבעה לעניין זה בעניין **גדיש**: "מקום בו סבור בית המשפט כי מבחינה מהותית הצביע תובע ייצוגי פוטנציאלי על עילות שמן הראוי לבררן במסגרת הליך ייצוגי, ראוי כי ישקול את האפשרות להתגבר על הקשיים שמעוררת התובענה במישור תנאי הסף לאישורה כייצוגית, באמצעות שימוש בסמכויות שהקנה לו המחוקק". נראה שגישה זו של בית המשפט העליון מיטיבה עם תובעים ייצוגיים ופוגעת בנתבעים, שכן היא מקלה על תובעים ייצוגיים להביא לאישור תביעתם כייצוגית והופכת את העמידה בתנאי זה לפשוטה יותר להוכחה. עם זאת יש בגישה חדשה זו יתרונות גם עבור נתבעים בתובענות ייצוגיות: ראשית, החלטות בית המשפט העליון בעניין **גדיש** ובעניין **עמוסי** מפחיתות את האפקט השלילי שיש כיום לאישור תובענה כייצוגית. בית המשפט העליון בעניין **עמוסי** התייחס לכך שההבנה שאישור תובענה אינו בגדר סוף פסוק תביא לכך שאישור תובענה כייצוגית נגד נתבעים לא תפגע חמורות כמוניטין של החברות הנתבעות. משהובהר כי זהו אף שלב מקדמי יהיה בכך כדי להפחית את ההשפעה השלילית של אישור התובענה כייצוגית.

100 עניין **עמוסי**, לעיל ה"ש 98, פס' 20.

3. ההשפעות של הלכת סלקום נ' פתאל על בקשות לעיכוב ביצוע של החלטה לאשר תובענה כייצוגית

הלכת סלקום נ' פתאל השפיעה דרמטית על ההחלטות של בתי המשפט המחוזיים בבקשות לעיכוב ביצוע של ההחלטה לאשר תובענה כייצוגית. בתי המשפט השתמשו בקביעה – שלפיה במקרים רבים עצירת הדיון לצורך ערעור על החלטת האישור היא שאינה יעילה – כדי לדחות בקשות לעיכוב ביצוע. יתרה מזו: בתי המשפט המחוזיים קבעו כי הואיל והלכת סלקום נ' פתאל צמצמה במידה ניכרת את האפשרות לדון בהשגות על אישור תובענה כייצוגית בבקשת רשות ערעור, על פי רוב לא יהיה זה ראוי לעכב את ביצוע ההחלטה. עוד נקבע, כי כאשר הסיכויים שתינתן רשות לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית הם מעטים, ממילא גם עיכוב הביצוע של החלטה זו יהא לא יעיל. לפיכך קבעו בתי המשפט המחוזיים כי הפועל היוצא של הלכת סלקום נ' פתאל הוא שבמסגרת בקשה לעיכוב ביצוע מוטל על הנתבע הנטל להראות כי בנסיבות המקרה מתקיימים התנאים לדיון בהשגותיו במסגרת הבקשה לרשות ערעור.¹⁰¹

אשר לסוגיה של סיכויי הערעור, יש חשיבות להלכת עמוסי דלעיל, שם קבע השופט א' ריבלין כי בניגוד לעבר אין לבדוק את רצינות התובענה במידה רבה מדי בשלב המקדמי של בקשה לאישור תובענה כייצוגית.¹⁰² מפסק דין זה עולה לכאורה שבשלב המקדמי יבצעו בתי המשפט בדיקה לכאורית בלבד ויותירו את כובד הבדיקה לשלב הבא. על כן, אם בשלב המקדמי הבדיקה היא לכאורית בלבד, ממילא אין טעם להקדיש לה בחינת ביניים על ידי ערכאת הערעור ואין טעם לעכב את ביצוע ההחלטה.

ככל שמדובר בעיכוב ביצוע של פסק דין סופי בתובענה ייצוגית, להבדיל מהחלטה לאשר תובענה כייצוגית, המבחן לעיכוב הביצוע של פסק הדין יהא המבחן החל בתובענות שאינן ייצוגיות, דהיינו: בית המשפט ישתמש בסמכותו לעכב את הביצוע של פסק הדין בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד הוא שהמבקש הראה כי יש לו סיכויים טובים להצליח בערעור והאחר הוא שאם לא יעוכב ביצוע פסק הדין והערעור יתקבל – יהא זה מן הנמנע או קשה מאוד להשיב את המצב לקדמותו, או שהביצוע פסק הדין יגרום למערער נזק שאינו ניתן לתיקון.¹⁰³

101 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1936/06 צימרמן נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 30.12.2010); ת"צ 1449/08 (מחוזי ת"א) 014 בוק בינלאומי בע"מ נ' Myrna Mandap (פורסם בנבו, 3.2.2011) ("צודקים המשיבים, כי הלכת פתאל מצמצמת את המקרים בהם תאושר בקשת רשות ערעור, וכפועל יוצא מכך – מצמצמת את המקרים בהם תתקבל בקשה לעיכוב ביצוע". ובהמשך: "יש להדגיש כי הלכת פתאל אמורה להוות תמרור דרך ואות אזהרה לגבי הדרך להגשת בקשות לעיכוב ביצוע על החלטות לאישור תובענות ייצוגיות, הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון"); ת"צ (מחוזי מרכז) 13354-12/08 ש.א.מ.ג.ר שירוני אכיפה בע"מ נ' שלמה תחבורה 2007 בע"מ (פורסם בנבו, 11.9.2011).

102 עניין עמוסי, לעיל ה"ש 98, פס"ד 12 ר-15.

103 ראו, למשל, בש"א 86/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מג(1) 334, 335 (1989). כך נהג בית המשפט העליון כשאשר את הבקשה לעיכוב ביצוע חלקי בע"א 2051/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 14.9.2010). אין החלטות רבות מסוג זה בשל המספר הזעום של תובענות ייצוגיות שהסתיימו בפסקי דין עד היום.

4. המצב המשפטי בארצות-הברית

בדצמבר 1998 תוקן כלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים, הדין בהליך התובענה הייצוגית, במטרה להעניק לבית המשפט לערעורים שיקול דעת לזון בערעורים על החלטות ביניים בדבר קבלה או דחייה של בקשות לאישור תובענות כייצוגיות.¹⁰⁴ כלל זה שונה מהכלל הרגיל בארצות-הברית, שלפיו אין כל אפשרות לערער על החלטות ביניים.¹⁰⁵ ודוק: בית המשפט העליון האמריקני, האמון על קביעת כללי הפרוצדורה הפדרליים,¹⁰⁶ מצא לנכון לקבוע כלל מיוחד המאפשר להגיש בקשת רשות לערער על החלטה המקבלת או דוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

הסיבה העיקרית לחריג הייתה הטענה של נציגי הנתבעים בפני הוועדה המייעצת לניסוח כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים, שלפיה אישור תובענה כייצוגית מחייב אותם להתפשר גם אם הם סבורים שמדובר בתביעה טורדנית, הואיל ולא יכלו להרשות לעצמם להמתין עד למועד פסק הדין בתביעה – לא כל שכן לערער על פסק הדין.¹⁰⁷ ההוצאות העצומות שעלו להיגרם לנתבע מעצם ניהול ההליך, כמו גם מפסק הדין שיינתן בסיומו, גורמות לנתבעים להגיע לפשרות לא מוצדקות.¹⁰⁸

בהקשר זה חשוב לציין, כי להבדיל מסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות בישראל, כלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים בארצות-הברית אינו כולל תנאי סף המחייב את בית המשפט לבחון את סיכויי ההצלחה של התובענה במסגרת הדיון באישורה כייצוגית. בשנת

104 כלל 23(f) לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים קובע: "A court of appeals may in its discretion permit an appeal from an order of a district court granting or denying class action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 10 days after the order is entered." FED. R. CIV. P. 23(f) להתייחסות בתי המשפט לשאלה זו טרם התיקן ראו, למשל, *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 U.S. 463 (1978).

105 ראו *DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTION DILEMMAS – PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN* 29 (Rand Institute for Civil Justice, 2000); *FLEMING JAMES, JR., GEOFFREY C. HAZARD, JR. & JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE* 745–46 (2001).

106 תחיקת כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים נעשת בשיתוף פעולה של ועדה מטעם הקונגרס ושל שופטי בית המשפט העליון של ארצות-הברית. הסבר על ההליך ניתן לראות באתר בתי המשפט של ארצות-הברית; הסבר על הרכב הוועדה ניתן לראות באותו אתר.

107 ראו, למשל, 1 WORKING PAPERS OF THE ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES ON PROPOSED AMENDMENTS TO CIVIL RULE 23, at 409 (1997) (summary of comments by William T. Coleman, Jr.); *JAMES FLEMING ET AL., CIVIL PROCEDURE* 777 (5th ed. 2001); Casey M. Erhard, *A Discussion of the Interlocutory Review of Class Certification Orders under Federal Rule of Civil Procedure 23(f)*, 51 *DRAKE L. REV.* 151 (2002).

108 בבטיי "פשרות לא מוצדקות" או "לא ראויות" הכוונה לפשרות שאין בהן קשר בין עילת התביעה והנוק שנגרם לתובעים לבין הסדר הפשרה שאליה הגיעו הצדדים בפועל.

1974 קבע בית המשפט העליון בפרשת *Eisen*¹⁰⁹ כי כלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים אינו מסמיך את בית המשפט לבדוק את סיכויי הצלחת התובענה. עם זאת, בתי המשפט לערעורים בארצות-הברית טו מהלכה זו, במיוחד בשנים האחרונות, כשקבעו – למשל, בפרשת *Hydrogen Peroxide*¹¹⁰ – כי יש לבדוק היטב שדרישות הסף המפורטות בכלל 23 אכן מתקיימות, אפילו אם הדבר מחייב בדיקה של סיכויי ההצלחה בתביעה. קביעה דומה קבע לאחרונה בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Dukes*¹¹¹ עם זאת, בית המשפט העליון סירב ללכת צעד נוסף קדימה ולקבוע כי יש לבדוק את הסיכויים להצלחת התביעה מעבר למתחייב כדי לבדוק אם מתקיימות דרישות הסף שבכלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים.¹¹²

בתי המשפט הפדרליים לערעורים קבעו סטנדרטים מקלים יחסית לבקשות רשות לערער, מה שבפועל הביא לכך שבמקרים רבים בתי המשפט לערעורים בודקים את החלטות בתי המשפט הדיוניים (district courts) אם לאשר או לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית. לפני שאתייחס בקצרה לסטנדרטים שקבעו בתי המשפט הפדרליים, חשוב לציין כי בין המלצותיה של הוועדה המייעצת לבית המשפט העליון של ארצות-הברית הוצג מבחן מרחיב יחסית. לפי מבחן זה, יש ליתן רשות לערער כאשר –

Rule 23(f) interlocutory review may be appropriate to address “death-knell”-type situations for either plaintiff or defendants: [...] when the grant of class certification places insurmountable pressure on defendants to settle.¹¹³

-
- Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 177 (1974) (“[Rule 23 conferred no] authority to conduct preliminary inquiry into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action.”) 109
- In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.* 552 F.3d 305, 307 (3d Cir. 2009) 110
- Miles v. Merrill Lynch & Co.*, 471 F.3d 24, 41 (2d Cir. 2006)
- Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551–52 (2011) (“A party seeking class certification must affirmatively demonstrate his compliance with the rule – that is, he must be prepared to prove that there are in fact sufficiently numerous parties, common questions of law or fact, etc. [...] In this case proof of commonality necessarily overlaps with respondents’ merits that Wal-Mart engages in a pattern or practice of discrimination.”) 111
- כך נקבע בפסק דין של בית המשפט העליון של ארצות-הברית לאחר פסק הדין בעניין *Dukes*, שם, בעניין *In Erica P. John Fund v. Halliburton*, 131 S. Ct. 2179 (2011) 112
- Fed. R. Civ. P. 23(f) advisory committee’s note (1998 amendments) 113
- ראו, למשל, *In re Delta Air Lines*, 310 F.3d 953, 960 (6th Cir. 2002); Regents of the Univ. of Cal. v. Credit Suisse First Boston (USA), Inc., 482 F.3d 372, 379 (5th Cir. 2007).

רשות לערער על החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, מכוח כלל 23(f) לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים, ניתנת לפי שיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט שלערעור.¹¹⁴ הסטנדרטים שנקבעו לעניין זה משתנים ממחוז (circuit) למחוז,¹¹⁵ אך יש שלוש קטגוריות שבהן משתמשים בדרך כלל בתי המשפט. הקטגוריה הראשונה – מצד התובעת הייצוגית: כאשר דחיית הבקשה לאישור תובענה כייצוגית הנחיתה "מכה אנושה" על התובעת הייצוגית, באופן שהמשך ההתדיינות תהיה יקרה עבורה, הואיל והתביעה האינדיבידואלית שלה קטנה יחסית.¹¹⁶

הקטגוריה השנייה – מצד הנתבע: כאשר יש סיכון ממשי שעקב הסיכון הגבוה המוטל על הנתבע כתוצאה מאישור התובענה כייצוגית, יוטל עליו לחץ שלא ניתן להתגבר עליו להתפשר, אף שהפשרה אינה משקפת את טיב העילה באותו מקרה.¹¹⁷ בשתי קטגוריות אלה, המכונות "death-knell petitions", המבקש רשות לערער עדיין נדרש להראות שהחלטת בית המשפט קמא מוטעית מיסודה. אם מדובר בהחלטה שאין עילה להתערב בה לגופו של עניין, אין טעם ליתן רשות לערער.¹¹⁸

הקטגוריה השלישית היא מצב שבו דיון בהחלטה נשוא בקשת הרשות לערער יאפשר פיתוח של שאלה משפטית שטרם הוכרעה.¹¹⁹ בתי משפט מסוימים הגבילו את מתן הרשות לערער תחת קטגוריה זו למקרים שבהם הנושא העומד על הפרק עלול לא להיבחן בכלל אם יושאר לשלב הערעור על פסק הדין הסופי, וכן למקרים שבהם בית המשפט סבור שיש צורך

[Appeals pursuant to Rule 23(f) are] permitted in the sole discretion of the court of 114
 appeals...The court of appeals is given unfettered discretion whether to permit the
 appeal, akin to the discretion exercised by the Supreme Court in acting on a petition
 for certiorari." Fed. R. Civ. P. 23(f) advisory committee's note (1998 amendments)
 Erhard, *A Discussion of the Interlocutory Review of Class Certification*, supra note 115
 107, at 159–69; Christopher A. Kitchen, *Interlocutory Appeal of Class Action*
Certification Decisions under Federal Rule of Civil Procedure 23(f): A Proposal for a
New Guideline, 2004 COLUM. BUS. L. REV. 231, 244–51 (2004)
 זה קורה בוודאי כשמדובר בתובענה ייצוגית מהסוג שכונה בספרות negative value class actions; ראו 116
 לעיל ה"ש 14.
 Blair v. Equifax Check Servs, Inc., 181 F.3d 832, 834–35 (7th Cir. 1999) (defendants 117
 facing claims where "the stakes are large and the risk of settlement or other
 disposition that does not reflect the merits of the claim is substantial."); Prado-
 Steiman v. Bush, 221 F.3d 1266, 1272–73 (11th Cir. 2000)
 עניין, Blair v. Equifax Check Servs, Inc., שם. 118
 שם, בעמ' 832. ראו גם Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 259 F.3d 154, 165 (3d Cir. 2001); Regents of Univ. of Cal. v. Credit Suisse First Boston (USA) 119
 Inc., 482 F.3d 372, 379–80 (5th Cir. 2007); John C. Coffee, Jr., *The New Class Action*
Landscape: Trends and Developments in Class Certification and Related Topics
 2005–2011, in 12 BNA CLASS ACTION LITIGATION REPORT § 48 (2011)
 קופי מתייחס גם למתן רשות ערעור כשהחלטת הערכאה הדיונית הייתה שגויה בעליל.

מיידית בפתרון.¹²⁰ במרבית המחוזות תינתן רשות לערער גם אם בית המשפט שלערעור יקבע שיש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.¹²¹

בית המשפט שלערעור יבחן אם מתקיימת כל אחת מדרישות הסף לאישור התובענה כייצוגית, כמו גם את ההחלטה שהתקבלה באופן כללי.¹²² ההחלטה אם לאשר או לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית נתון לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית והחלטתה לא תתהפך אלא אם בית המשפט ניצל לרעה את שיקול דעתו (abuse of discretion standard),¹²³ דהיינו: אם בית המשפט שלערעור מחליט לתת רשות לערער, הוא יבחן את ההחלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית לפי סטנדרט של ניצול שיקול הדעת לרעה.¹²⁴

ניצול לרעה של הסמכות מתקיים כשהערכאה הדיונית השתמשה בסטנדרט משפטי שגוי, ביצעה יישום שגוי של סטנדרט משפטי נכון, הסתמכה על ממצאים עובדתיים שגויים בבירור, הסתמכה על קריטריון לא ראוי, נכשלה בבחינת קריטריון שצריכה הייתה לתת לו משקל ניכר או בחנה את הקריטריונים הנכונים אך הגיעה להחלטה שגויה בבירור;¹²⁵ פשיטא: כשהחלטה חורגת ממתחם הסבירות.¹²⁶

Waste Mgmt. Holdings, Inc. v. Mowbray, 208 F.3d 288, 294 (1st Cir. 2000); 120
Sumitomo Copper Litig. v. Credit Lyonnais Rouse, Ltd., 262 F.3d 134, 139 (2d Cir.
.2001)

ראו, למשל, Waste Mgmt. Holdings, Inc. v. Mowbray, 208 F.3d 288, 294 (1st Cir. 2000) 121
("While we hope that these general comments will be helpful to parties deciding whether to pursue applications under Rule 23(f), we do not foreclose the possibility that special circumstances may lead us either to deny leave to appeal in cases that seem superficially to fit into one of these three pigeonholes, or conversely, to grant leave to appeal in cases that do not match any of the three described categories."); Chamberlan v. Ford Motor Co., 402 F.3d 952, 952 (9th Cir. 2005); Lienhart v. Dryvit Systems, Inc., 255 F.3d 138, 144–46 (4th Cir. 2001); Prado-Steiman ex rel. Prado v. Bush, 221 F.3d 1266, 1271–72, 1276 (11th Cir. 2000) ("whether the petitioner has shown substantial weakness in the class certification decision, such that the decision likely constitutes an abuse of discretion, to be an additional factor used by the .appellate court in determining whether to grant Rule 23(f) review.")

שם. 122

2 JOSEPH M. MCLAUGHLIN, MCLAUGHLIN ON CLASS ACTIONS § 7:15 (8th ed. 2011) 123
Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682, 703 (1979); Coleman v. Gen. Motors Acceptance 124
Corp., 296 F.3d 443, 446 (6th Cir. 2002); Sterling v. Velsicol Chem. Corp., 855 F.2d 1188, 1197 (6th Cir. 1988); Maldonado v. Ochsner Clinic Foundation, 493 F.3d 521, 523 (5th Cir. 2007); Denny v. Deutsche Bank AG, 443 F.3d 253, 263 (2d Cir. 2006); .Cooper v. Southern Co., 390 F.3d 695, 711 (11th Cir. 2004)

2 JOSEPH M. MCLAUGHLIN, MCLAUGHLIN ON CLASS ACTIONS § 7:15 (8th ed. 2011); 125
In re Simon II Litig., 407 F.3d 125, 132 (2d Cir. 2005) ("A district court abuses its discretion when (1) its decision rests on an error of law (such as the application of the wrong legal principle) or a clearly erroneous factual finding, or (2) its decision-

הסטנדרט לבחינת ההחלטה משתנה כשמדובר בטעות בעובדה לעומת טעות שבדין. כאשר מדובר בשאלה עובדתית, הסטנדרט לבחינת ההחלטה הוא אם ההחלטה היא בבירור שגויה (clearly erroneous standard);¹²⁷ הסטנדרט לבחינת שאלה שבדין הוא סטנדרט מקל של בחינה מחדש (*de novo review*).¹²⁸ שאלות מעורבות של עובדה ודין נבחנות בארצות-הברית באמצעות סטנדרט משתנה, הנע בין הקטבים של שני הסטנדרטים שצוינו.¹²⁹ כדי לסבר את האוזן בדבר טיבם של מבחנים אלה, חשוב להעיר כי נכון לשנת 2009 ניתנה רשות לערער בקרוב למחצית מבקשות הרשות לערער שהגישו נתבעים בתובענות ייצוגיות.¹³⁰ מספר זה הוא גבוה, במיוחד אם מביאים בחשבון שברירת המחדל הנהוגה בארצות-הברית היא שאין לערער על החלטות ביניים.

אם כן, בעוד שבארצות-הברית החליט בית המשפט העליון להרחיב את האפשרות לערער על החלטה לקבל או לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית, בישראל הלך בית המשפט העליון לכיוון ההפוך והגביל את האפשרות לעשות כן.¹³¹

though not necessarily the product of a legal error or a clearly erroneous factual finding-cannot be located within the range of permissible decisions.”); *Schachner v. Blue Cross and Blue Shield of Ohio*, 77 F.3d 889, 895 (6th Cir. 1996); *Klay v. Humama, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1251 (11th Cir. 2004); *Waste Mgmt. Holdings, Inc. v. Mowbray*, *supra* note 120, at 295

ראו דיון לעיל בפרק 14, בעמ' 493–498. 126

Robertson v. Monsanto Co., No. 07-30577, 2008 WL 2787478, at *4 (5th Cir. July 18, 2008) (“Facts expressly or impliedly found by the district court in the course of determining jurisdiction are reviewed for clear error.”) (quotation marks and citation omitted); *Cordes & Co. Fin. Serv. Inc. v. A.G. Edwards & Sons, Inc.*, 502 F.3d 91, 98 (2d Cir. 2007) (“Findings of fact upon which the district court bases a Rule 23 determination are reviewed for clear error. [...]”); *In re Xcelera.com Sec. Litig.*, 430 F.3d 503, 516 (1st Cir. 2005) (finding the question of whether a market is efficient to be a fact-dominated inquiry and reviewing under clear error)

Cole v. General Motors Corp., 484 F.3d 717, 723–24 (5th Cir. 2007); *In re Initial Public Offering Securities Litig.*, 471 F.3d 24, 32 (2d Cir. 2006); *Zervos v. Verizon New York, Inc.*, 252 F.3d 163, 168–169 (2d Cir. 2001)

2 JOSEPH M. McLAUGHLIN, *McLAUGHLIN ON CLASS ACTIONS* § 7:15 (8th ed. 2011) 129 (citing e.g., *In re PolyMedica Corp. Securities Litigation*, 432 F.3d 1, 4 (1st Cir. 2005): “Mixed questions of law and fact are reviewed on a degree-of-deference continuum, ranging from non-deferential *de novo* review for legal questions, to deferential clear-error review for questions of fact”)

Julian W. Poon et al., *Interlocutory Appellate Review of Class-Certification Rulings under Rule 23(f): Do Articulated Standards Matter?* CERTWORTHY 1, 10 (2009) 130

בארצות-הברית הליכי הערעור על החלטות אלה מגיעים לבתי המשפט לערעורים ואילו בישראל הם מגיעים בדרך כלל לבית המשפט העליון, שעליו מוטל ממילא עומס כבד מנושא. סביר להניח שזה הרקע לצמצום האפשרות לערער בישראל לעומת ארצות-הברית. 131

5. ביקורת והצעה לשינוי

שאלת הנסיבות שבהן יש לתת רשות לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית קשורה לשאלה כללית יותר – שאלת אמות-המידה שלפיהן תחליט ערכאת הערעור אם ליתן רשות ערעור על החלטת ביניים או לדחות את הדיון בהחלטת הביניים לערעור על פסק הדין הסופי. ככלל אפשר לומר שאבן הבוחן היא מידת הצורך בהכרעה מיידית באשר להחלטת הביניים לעומת שיקולים אחרים. ברוח זו ציין השופט ש' לוי:

קיימים לפעמים שיקולים מעשיים המצדיקים הכרעה בדבר נכונותה של החלטת ביניים גם לפני מתן פסק הדין. כך, למשל, במקרים מסויימים פועלת החלטת הביניים באופן מעשי כאילו ניתן פסק הדין והוא – אם מדובר באינטרס קצר ימים או אם הדיון בתיק העיקרי לאחר זמן רב כבר לא יהיה מעשי; למשל, במשפטי קניין רוחני. דוגמה אחרת: ההכרעה בהחלטת הביניים היא יחסית עניין לטיעון-קצר ועשויה למנוע משפט מסובך וארוך, אם ההחלטה תעמוד בעינה, ובית המשפט שלערעור סבור בשלב הבקשה לרשות לערער שקיים סיכוי ממשי שתתקבל. השיקולים כאן הם שיקולים של אדמיניסטרציה שיפוטית ובית המשפט יכול (ולפעמים צריך) להביא בחשבון בשקלו את החלופות השונות, באיזו דרך יחסך זמן שיפוטי יקר למערכת.¹³²

אם כן, ככל שהחלטת הביניים בעלת השפעה מכרעת יותר על זכויות הצדדים או על ניהול הדיון בערכאה הדיונית, באופן שיהיה קשה יותר להשיב את המצב לקדמותו אם יתברר בשלב מאוחר יותר שהחלטה הייתה שגויה – כך ייטה בית המשפט לא לדחות את הברור לשלב הערעור על פסק הדין.¹³³

טלו לדוגמה החלטות בבקשות לסעדים זמניים, שעשויות להיות בלתי-הדירות ולהשפיע במידה ניכרת על זכויות הצדדים. על אף הרטוריקה השגורה בפיהם של בתי המשפט, שלפיה אמת-המידה למתן רשות ערעור ולביקורת ערעורית על החלטות אלה היא מצומצמת ותיעשה במקרים חריגים,¹³⁴ נראה כי בית המשפט לא מהסס להתערב בהחלטות בעניין סעדים זמניים – ובהתאם, אמת-המידה להתערבות בהן היא מקלה יותר בהשוואה לאמת-המידה להתערבות

132 לוי תורת הפרוצדורה, בעמ' 208–209.

133 גיא שני "רשות לערער על בקשת הרשות לערער (ביגלוגל שני)" – דין מצוי, דין מוצע ודין רצוי בסוגיית הערעור על 'החלטה אחרת' "עיוני משפט" ל' 71, 81–82 (2006).

134 ראו, למשל, רע"א 5072/00 איזי יוגב תעשיות בע"מ נ' מסגריה האחים אבו בע"מ, פ"ד נה(2) 307, 310 (2000); רע"א 8415/07 חברת אנ.די.סי. יצרני תכשיטים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 5 (פורסם בנבו, 24.10.2007); רע"א 3569/10 אלו עוז בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פס' 9 (פורסם בנבו, 28.6.2010); ע"א 1668/11 לוי נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פס' 3 (פורסם בנבו, 27.7.2011); ע"א 3851/11 נדב נ' לוי, פס' 4 (פורסם בנבו, 7.6.2011); בע"מ 4820/12 פלוני נ' פלונית, פס' 7 (פורסם בנבו, 19.7.2012).

בהחלטות ניהוליות, ומתחם שיקול הדעת של הערכאה הדיונית הוא מלכתחילה צר יחסית.¹³⁵ גם בארצות-הברית יש חריגים סטטוטוריים המקנים זכות לערער על החלטות בבקשות ביניים מסוימות (כגון בקשות לצווי מניעה) בניגוד להחלטות ביניים אחרות.¹³⁶

כפי שראינו, גם החלטה לאשר תובענה כייצוגית היא החלטה קרדינלית המשפיעה על זכויות הצדדים, הואיל והיא עלולה לגרום לנתבע להתפשר כמי שכפאו שד אף על פי שמדובר בתביעת סרק או בתביעה שלא ראוי לתמרץ נתבעים להתפשר בה.¹³⁷ כמו בהחלטה העוסקת בסעדים זמניים, גם בהחלטה לאשר תובענה כייצוגית אי-אפשר יהיה להחזיר את המצב לקדמותו הואיל וההליך עלול להסתיים בהסדר פשרה לא ראוי.¹³⁸

במאמר העוסק בניתוח כלכלי של סדר הדין האזרחי הבחין אלון קלמנט בין רשות לערער על החלטות ביניים שסיכוייהן להשפיע על התוצאה הסופית מעטים (ולכן הן מוסיפות להליך עלויות ללא הצדקה) לבין החלטות העשויות להשפיע על התוצאה הסופית אם בפסק דין ואם בפשרה.¹³⁹ לדבריו, לגבי החלטות מהסוג האחרון יש ליתן רשות לערער ואין להמתין לערעור על פסק הדין הסופי. ככל שמדובר בהחלטת ביניים שגויה, העלולה להשפיע על תוצאותיה של הפשרה, הפשרה שתתקבל עלולה לחסום את תיקון ההחלטה השגויה בדרך של ערעור על פסק הדין הסופי, ועל כן הדרך היחידה לתקן את הטעות היא לאפשר ערעור על החלטת ביניים.¹⁴⁰ אם כן, הואיל והחלטה לאשר תובענה כייצוגית עלולה לגרור הסדר פשרה לא ראוי, שאינו מקדם את המטרות של חוק תובענות ייצוגיות ושא-אפשר יהיה לתקן את נזקיו בשלב הסופי, ראוי להקל במתן רשות ערעור על החלטה מסוג זה.

על כן, מהסיבות שהוצגו לעיל, המצב המשפטי לאחר הלכת **סלקום נ' פתאל** יוצר קושי של ממש. אכן, העומס המוטל על בית המשפט העליון בישראל הוא מן הכבדים בעולם; נכון גם שהחמרת הסטנדרט למתן רשות לערער על החלטות לאשר תובענה כייצוגית עשויה להקל על

135 ראו לרין **תורת הפרוצדורה**, בעמ' 225 (בניגוד להחלטות בעניינים מנהליים גרידא, שבהם יש לערכאה הדיונית שיקול דעת רחב, בענייני סעדים זמניים מעורב גם יסוד של ביקורת שיפוטית מובהקת לפי הכללים המקובלים בעניינים אלה).

136 שני, לעיל ה"ש 133, בעמ' 96-97.

137 כדי להשיג את המטרות של הליך התובענה הייצוגית, המפורטות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, חשוב שהמזיק ישלם עבור נזק שגרם ולא ישלם עבור נזק שלא גרם. אם המזיק ישלם יותר מהנזק שגרם עלול להיווצר מצב של הרתעת-יתר, דהיינו: הרתעה שעקב חומרתה, מרתיעה לא רק את מבצע העוולה אלא גם אורח שומר חוק, שיימנע מעשיית מעשים כשרים עקב החשש שמא יתפרשו כמצדיקים תובענה ייצוגית, על כל המשתמע מכך. יתרה מזו: מצב של הרתעת-יתר יעודד עורכי-דין ותובעים ייצוגיים להגיש תביעות סרק לבתי המשפט מתוך תקווה לזכות בהסדר פשרה. ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 12-16 Arthur Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem*, 92 HARV. L. REV. 664, 665 (1979).

138 כפי שהוצג לעיל, הסדר פשרה לא ראוי הוא הסדר שאין קשר בינו לבין הנוק שהנתבע גרם בפועל. הסדר פשרה כזה פוגע ב"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו". ס' 21 (2) לחוק תובענות ייצוגיות.

139 אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" **הגישה הכלכלית למשפט** 997, 1059-1060 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

140 שם.

עומס זה; עם זאת, לאור מאפייניו הייחודיים של הליך התובענה הייצוגית שהוצגו לעיל – שבגינם יש חשיבות מיוחדת לערעור כאמצעי בקרה על החלטות לאשר תובענה כייצוגית – נראה שהמחיר הוא כבד מנשוא.

על כן, ראוי לפרש את הלכת **סלקום נ' פתאל** באופן שיקל על נתבעים שהתביעה נגדם אושרה כתובענה ייצוגית. גם התיקונים לסעיפים 41 ו-52 לחוק בתי המשפט,¹⁴¹ שלכאורה מצמצמים את המקרים שבהם תינתן רשות לערער, הולכים יד ביד עם העמדה שלפיה יש לקבוע מבחנים מקלים למתן רשות ערעור על החלטה לאשר תביעה כייצוגית. כל כך למה? התיקון דלעיל לחוק בתי המשפט קובע כי "רשות [...] לגבי החלטה אחרת תינתן אם שוכנע בית המשפט כי אם הערעור על החלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד הליך נזק של ממש". כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית, ברוב התביעות תהיה משמעות קרדינלית לכך שהערעור יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא מיידית. על כן, לפי מבחן מחמיר זה ראוי דווקא להקל על נתבעים המבקשים לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית.

אזכיר גם את ועדת אור, שהגישה דין וחשבון לבדיקת מבנה בתי המשפט בישראל והמליצה לאפשר הגשת בקשת רשות ערעור ביחס להחלטות ביניים רק ביחס להחלטות בעניינים מסוימים, ויתר ההחלטות יהיו נתונות לבדיקה אך ורק במסגרת ערעור על פסק הדין.¹⁴² ועדת אור סימנה החלטות מסוימות, בעלות השלכות משמעותיות על ההליך (כגון החלטה בעניין סעד זמני),¹⁴³ מן הטעם שיש בהן כדי להכריע את גורל התביעה כולה. אותו רציונל חל גם במקרה של החלטה לאשר תביעה כתובענה ייצוגית.

על כן, בדרך כלל ראוי לצדד במתן רשות לערער על החלטה לאישור תובענה כייצוגית מכמה סיבות: המשמעות שיש לייחס לאישור תובענה כייצוגית מנקודת מבטו של הנתבע; הרצון להימנע מבידור מיותר וממושך של תביעה שאושרה כתובענה ייצוגית ושבידיעבד יתברר שמלכתחילה היה הדבר שגוי; והאפשרות להגיע באמצעות הערעור להסדר פשרה מהיר במקרים המתאימים לכך. הניסיון מלמד כי מתן רשות לנתבע לערער על החלטה לאשר תובענה כייצוגית עשויה לקדם הסדר פשרה ביזמת בית המשפט העליון כבר במהלך הדיון בערעור.

ה. ערעור על החלטה לאשר תובענה בעניין כלכלי כתובענה ייצוגית

חרף האמור בסעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי החלטה לאשר תובענה כייצוגית ניתנת לערעור ברשות, חוק בתי המשפט בנוסחו המתוקן קובע הוראות מיוחדות (*lex*

141 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 52), התשס"ח-2008, ס"ח 668.

142 דוח ועדת אור, בע"מ 107-109.

143 שם, בעמ' 109.

(specialis) לעניין תובענות ייצוגיות המתבררות במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.¹⁴⁴

ביום 15.12.2010 נכנס לתוקפו תיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט.¹⁴⁵ התיקון לחוק הוא פרי חשיבה ומחקר של כמה שנים לשיפור מערכת המשפט.¹⁴⁶ הרציונל הכללי של התיקון הוא יצירת הסדרים חדשים לעניין סמכות השיפוט במטרה לייעל ולשכלל את האכיפה הפלילית, המנהלית והאזרחית בעניינים כלכליים.¹⁴⁷ ההסדרים שהוצעו בהצעת חוק בתי המשפט נקבעו ברוחן של המלצות הוועדה בראשותו של זוהר גושן.¹⁴⁸

במשך שנים רבות נשמעו קולות בדבר הצורך ביצירת התמחות והתמקצעות במערכת המשפטית בתחום הכלכלי.¹⁴⁹ אכן, לתיקון הוגדרו כמה מטרות נוספות שכללו, בין היתר, יצירת תשתית קבועה ומבודקת של מערכת שיפוט יעילה ומקצועית שבה יידונו מרבית העניינים הקשורים לדין הכלכלי – ובכך להביא לאחידות ועקיבות בפסיקה בנושאים אלה; הקטנת אי-הוודאות והגברת היציבות בתחום הכלכלי בכלל ובתחום דיני נירות ערך ודיני החברות בפרט.¹⁵⁰ בעקבות התיקון נוצרה מציאות משפטית חדשה שבה פועל במחוז תל-אביב בית משפט כלכלי.¹⁵¹ כדי להעניק לאזרח סעד מקצועי ויעיל.

הליך התובענה הייצוגית, שנועד לפתור כשל שוק של היעדר אכיפה אזרחית בשוק ההון בישראל, אמור היה לסייע בקידום המטרות שהתיקון לחוק מקדם באמצעות פיקוח על נושאי משרה ובעלי שליטה בחברות שחוק נירות ערך חל עליהם.¹⁵² בפועל היו שטענו כי מכשיר זה

- 144 ס' 42 עד 42 לחוק בתי המשפט.
- 145 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59), התש"ע-2010, ס"ח 612 (להלן: התיקון לחוק).
- 146 דניאל רימון וטל אמיר "בית משפט כלכלי – מדלוור לישראל" **תאגידים** ז 3, 6 (2010).
- 147 שם, בעמ' 76 (הרציונל לתיקונים אלה "הוא לתת מענה, אף אם חלקי, לכשל בתחום האכיפה הפרטית של הדין הכלכלי בישראל, ובפרט בתחום הליכי התובענות הייצוגיות").
- 148 רשות נירות ערך, הוועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי ('Corporate Governance') בישראל **דין וחשבון** (2006).
- 149 ראו החלק הכללי בהצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 358 (להלן: הצעת חוק בתי המשפט). כך, למשל, בהצעת חוק בתי המשפט נכתב כי ההצעה מועלית "במטרה לייעל ולשכלל את האכיפה הפלילית המינהלית והאזרחית בעניינים כלכליים, מוצע לקבוע בחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 [...] ובדינים הכלכליים המפורטים להלן, הסדרים חדשים לעניין סמכות השיפוט בעניינים אלה".
- 150 שם.
- 151 בהתאם לסעיפים 40 ו-42 לחוק בתי המשפט הוקמה מחלקה כלכלית בבית המשפט המחוזי במחוז תל-אביב, אך כפי שנראה להלן, בפועל נצרכה בתודעה הציבורית המסקנה שמדובר בבית משפט כלכלי ולא במחלקה קבועה בחוק (להלן: בית המשפט הכלכלי).
- 152 באום, לעיל ה"ש 66.

הכזיב.¹⁵³ אחת הסיבות לכך היא טיפול אטי ולא יעיל בתובענות ייצוגיות בעילות מדיני החברות ומדיני ניירות ערך, המונע אכיפה אזרחית יעילה.¹⁵⁴

1. סמכות בית המשפט הכלכלי

הסמכויות של בית המשפט הכלכלי מוסדרות בסעיף 42 לחוק בתי המשפט. סעיף זה מסמיך את בית המשפט הכלכלי לדון בעניינים כלכליים כמשמעותם בסעיף 42 לחוק,¹⁵⁵ ככל שהם נמצאים בסמכותו המקומית של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, וקובע כי בית המשפט יהא בעל הסמכות הייחודית לדון בעניינים כלכליים-מנהליים כמשמעותם בסעיף 42 לחוק בתי המשפט.¹⁵⁶ ככלל, העניינים המובאים לפני בית המשפט הכלכלי יידונו בפניו דן יחיד.¹⁵⁷

כפי שצוין לעיל, כדי שבית המשפט יקנה סמכות לדון בעניין המובא לפניו נדרש שהעניין יהא עניין כלכלי כאמור בחוק בתי המשפט.¹⁵⁸ סעיף 42 לחוק בתי המשפט מפרט את רשימת העניינים שהם עניינים כלכליים. סעיפים-קטנים (1)–(7) קובעים אלו עניינים אזרחיים ייחשבו כ"עניין כלכלי". סעיף-קטן (8) עוסק בעניינים כלכליים בעלי נופך פלילי.¹⁵⁹ "עניין אזרחי", כפי שהובהר בדברי ההסבר לתיקון לחוק, משמעותו כל הליך שאינו פלילי ואינו הליך שנדרש לפני בית המשפט לעניינים מנהליים או לפני בג"ץ.¹⁶⁰

להליך התובענה הייצוגית רלוונטי האמור בסעיף 42ב(4) לחוק הקובע כי עניין כלכלי הוא כל אחד מרשימת העניינים במנויים בסעיף. לענייננו רלוונטי במיוחד סעיף 42ב(4) לחוק, הקובע כי "בקשה לאישור תובענה ייצוגית ותובענה ייצוגית, לפי פרט 5 שבתוספת השנייה לחוק

-
- 153 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 75.
- 154 באום, לעיל ה"ש 66, בעמ' 47. עידו באום ציין כי לפי הנתונים של רשות ניירות ערך, מדי שנה מוגשות בממוצע רק חמש עד שש תובענות ייצוגיות בניירות ערך לעומת 206 תובענות ייצוגיות מסוגים אחרים. נוסף על כך, רק תובענה ייצוגית אחת בניירות ערך התבררה עד תומה עד היום, בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 1134/95 **יורשי שמש נ' רייכרט** (פורסם בנבו, 24.1.2010) (להלן: ת"א **רייכרט**); גם במקרה זה ההליך נמשך יותר מ-16 שנה, ולאחר מתן פסק הדין בשנת 2010 הוגש ערעור לבית המשפט העליון שבמסגרתו הגיעו הצדדים לפשרה; ראו ת"א **רייכרט**, שם. כך, למעשה, רק ביום 23.5.2012 נתן בית המשפט החלטה בנוגע לשכר הטרחה של באי-כוח הקבוצה, וכך באה לקצה התובענה הייצוגית הראשונה בניירות ערך – כ-17 שנה מיום הגשתה בשנת 1995.
- 155 סעיף 42 לחוק בתי המשפט מגדיר מהו "עניין כלכלי" באמצעות שמונה תתי-סעיפים. רישת הסעיף קובעת חריג לסמכותו של בית המשפט הכלכלי, המוציא מגדר סמכותו תביעות אזרחיות שבית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון בהן.
- 156 ס' 42 לחוק בתי המשפט; רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 59.
- 157 באום, לעיל ה"ש 66, בעמ' 48. באום הסיק מסקנה זו מן האמור בסעיף 37 לחוק בתי המשפט: מקריאת הסעיף עולה כי העניינים שבסמכותו של בית המשפט הכלכלי אינם מנויים בסעיפים 37(א) ו-37(ב) לחוק בתי המשפט ולכן – לאור סעיף 37(ג) – ידון בית המשפט הכלכלי בדן יחיד של שופט מחוזי.
- 158 ס' 42 לחוק בתי המשפט.
- 159 שם.
- 160 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 26–30.

תובענות ייצוגיות". סעיף זה מתייחס לבקשות לאישור תובענות כייצוגיות ולתובענות ייצוגיות בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה בקרן נאמנות.

לא ברור: לעניינו רלוונטי במיוחד סעיף מסוים, הקובע כי "בקשה לאישור תובענה ייצוגית ותובענה ייצוגית, לפי פרט 5 שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות" – מה? כתוב שהסעיף קובע כי – אבל לא כתוב מה הוא קובע. אולי לא צריך להיות כתוב שם "הקובע כי", אולי צריך להיות כתוב משהו אחר – "המתייחס במיוחד ל" או בדומה.

חוק בתי המשפט מגדיר מהו עניין כלכלי-מנהלי בסעיף 42ג(א) לחוק. לשם החלת חוק בתי המשפט על עניינים מנהליים-כלכליים נקבע כי החלטה של רשות תהא כהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.¹⁶¹ ככלל, סעיף 42ג(א) לחוק בתי המשפט קובע כי תקיפת החלטות של הרשות לניירות ערך, של רשם החברות ושל הבורסה תהא בדרך של עתירה מנהלית ותהיה בסמכותו הייחודית של בית המשפט הכלכלי.¹⁶²

עם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט נדרש בית המשפט להגדיר את גבולות סמכותו העניינית של בית המשפט הכלכלי. כך, למשל, בעניין **הראל**,¹⁶³ במסגרת בקשה לסילוק על הסף, נדרש בית המשפט לדון גם בשאלה אם העניין שהובא לפניו הוא עניין כלכלי ולכן נתון לסמכות של בית המשפט הכלכלי. השופטת ר' רונן החליטה לדון בבקשה לגופה לאור חשיבותה בקביעת גבולות סמכותו של בית המשפט הכלכלי בעניינים כלכליים.¹⁶⁴ נקבע כי לבית המשפט הכלכלי סמכות בלעדית לדון בעניינים שהחוק הגדירם כעניינים כלכליים, וכאשר אין מדובר בעניין כלכלי – הוא אינו בסמכות בית המשפט הכלכלי.¹⁶⁵ אם נקבע שלא מדובר בעניין כלכלי, בית המשפט הכלכלי רשאי להשאיר את הנושא בטיפולו בכובעו כבית המשפט המחוזי.¹⁶⁶ גישה זו אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט הכלכלי בעניין **פלד**.¹⁶⁷

- 161 ס' 42 לחוק בתי המשפט.
- 162 סעיף 42(ב) לחוק בתי המשפט מבהיר כי הדיון בעניין כלכלי-מנהלי ייעשה לפי הוראות חוק בתי משפט לעניינים מנהליים. למתח בין עניין כלכלי-מנהלי בבית המשפט הכלכלי לבין בית המשפט לעניינים מנהליים ראו רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 60–64.
- 163 ה"פ (מחוזי ת"א) 21643-01/11 **עגיב יעון וניהול בע"מ נ' הראל** (פורסם בנבו, 4.5.2011).
- 164 שם ("אני סבורה כי יש מקום לדון בטענת הראל, ולהכריע בה. המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי היא כאמור לעיל מחלקה חדשה. קביעת גבולות סמכותה העניינית היא חשובה") (השופטת ר' רונן).
- 165 שם ("לכן, אם נושא המחלוקת אינו עניין כלכלי אין למחלקה הכלכלית סמכות עניינית לדון בתובענה – כפי שאין סמכות עניינית לשופט שאינו שופט במחלקה הכלכלית לדון בתובענה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בת"א שעניינה הוא עניין כלכלי").
- 166 שם. השופטת ר' רונן התייחסה לקושי מסוים שהחלטה זו מעלה: "לא נכון יהיה לקבוע ביחס לכול בקשה לסילוק על הסף, כי אין טעם לדון בה, משום שממילא שופט המחלקה הכלכלית יהיה רשאי לדון בתובענה גם כשופט 'רגיל' בבית המשפט המחוזי. זאת, משום שתוצאה כזו עלולה להביא לכך כי יוגשו למחלקה הכלכלית גם תביעות שאינן מתאימות לדיון בפניה, בניגוד לתכלית לה כיוון המחוקק כאשר תיקן את חוק בתי המשפט, והקים את המחלקה הזו".
- 167 ת"צ (מחוזי ת"א) 14227-04/11 **פלד נ' פנומל החזקות בע"מ**, פס" 3 (פורסם בנבו, 3.5.2012) (השופטת ד' קרת-מאיר).

2. ערעור על החלטה לאשר תובענה כייצוגית

זכות הערעור בבתי המשפט השלום והמחוזי מעוגנת בסעיפים 41 ו-52 לחוק בתי המשפט. תיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט משנה – או מצמצם, לפי העניין – את הזכות להגיש בקשות רשות ערעור על שני סוגים של "החלטות אחרות" בתחום הכלכלי.¹⁶⁸ כמוסבר בדברי הצעת החוק, הרציונל לתיקון הוא להגביר את הוודאות וקבלת החלטה סופית בהליך משפטי במהירות הנחוצה בעולם הכלכלי.¹⁶⁹ הסוג הראשון הוא החלטה בשאלה אם הליך מסוים הוא עניין כלכלי או עניין כלכלי-מנהלי אם לאו; הסוג השני הוא החלטה המאשרת תובענה כייצוגית בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה בקרן נאמנות, או החלטה המאשרת תביעה נגזרת.¹⁷⁰ להלן אדון בסוג השני, ובפרט בהסדרי הערעור החדשים שנקבעו בחקיקה הרלוונטית בדגש על אישורן של תובענות כייצוגיות.

כפי שראינו, תובענות ייצוגיות הן תובענות המנוהלות על ידי נציג בשם קבוצת בני אדם שאינם נוכחים בהליך ולא ייפו את כוחו של הנציג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.¹⁷¹ סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה¹⁷² או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית. כמו כן, על בית המשפט לבחון אם מתקיימים התנאים המנויים בסעיף 4 לחוק לגבי זהות המבקש לאשר תובענה כייצוגית, ואם מתקיימות דרישות הסף לאישור התובענה כייצוגית כמפורט בסעיף 8 לחוק.

168 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 67–68; באום, לעיל ה"ש 66, בעמ' 46–47. אוסיף ואעמוד על סוגיה זו בהרחבה בהמשך.

169 ס' 3 לדברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט, לעיל ה"ש 149, בעמ' 363 ("סעיף 41 לחוק בתי המשפט עניינו זכות ערעור. לנוכח התמריץ המובנה לערער על החלטות המאשרות תובענות ייצוגיות ותביעות נגזרות, והחשיבות הרבה בהגברת הוודאות וקבלת החלטה סופית בהליך משפטי במהירות, הנחוצה בעולם הכלכלי, מוצע לקבוע כי לא יתאפשר ערעור על החלטות לאשר תביעה נגזרת או תובענה ייצוגיות בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה של קרן נאמנות, לפני בית המשפט העליון, אלא אם התקבלה החלטה על כך, לפי בקשת בעל דין, לפני הרכב מורחב של שלושה שופטים בבית המשפט המחוזי, שאף על החלטתו לא יהיה ניתן לערער בשלב הביניים").

170 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 67–68 ("הרקע לתיקון בשני העניינים הללו הוא הניסיון הנלמד בפרקטיקה, ממנו עולה כי האפשרות להגיש בקשות רשות לערער על החלטות אלה, והדיונים בהן, מעכבים בצורה ניכרת את ההליכים בערכאות השונות, ומשמשים, למעשה, כלי שרת בידי הצד המעוניין בכך לעכב את ההליך ולדחות את ההכרעה בתיק. מסיבות אלה החלה מגמה, עוד טרם תיקון החוק, של צמצום זכות הערעור על החלטות ביניים").

171 ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם עניין **אכדיה**, לעיל ה"ש 7.

172 התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: התוספת השנייה).

פרט 5 לתוספת השנייה קובע שאפשר להגיש תובענה ייצוגית שהיא תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה בקרן נאמנות.¹⁷³ לפיכך, לאור הסמכויות של בית המשפט הכלכלי, המוסמך לדרון בעניין כלכלי כמשמעותו בסעיף 42ב לחוק בתי המשפט, הוא מוסמך גם לדרון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שעילתה בחוק החברות או בחוק ניירות ערך.

3. עניין כלכלי בראי התובענה הייצוגית וסמכות בית המשפט הכלכלי

לנוכח החידושים בתיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט, בית המשפט הכלכלי נדרש לשאלה מהו עניין כלכלי בטרם יקבע כי מוקנית לו סמכות לדרון בתובענות ייצוגיות המתאימות לכאורה לתיקון. כך, למשל, בעניין פלד נעשה ניסיון להרחיב את הגדרתו של המונח "עניין כלכלי": לבית המשפט הכלכלי הוגשה בקשה לאשר כייצוגית תובענה נגד חברה המנהלת קופות גמל.¹⁷⁴ בבקשה נטען כי לבית המשפט הכלכלי יש סמכות לדרון בבקשה בשל היותה ב"עניין כלכלי" כהגדרתו בסעיף 42ב(א)(1)(ג) לחוק בתי המשפט. עוד נטען כי בית המשפט הכלכלי קונה סמכות גם מכוח סעיף 42ב(א)(4) לחוק בתי המשפט, המקנה סמכות מכוח פרט 5 שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

מנגד נטען כי לבית המשפט אין סמכות עניינית לדרון בעניין זה מאחר שנושא התובענה מוסדר בפרט 2 לתוספת השנייה, שהוא הסדר ייחודי¹⁷⁵ – וככזה אינו בא בגדר "עניין כלכלי" המקנה לבית המשפט הכלכלי סמכות לדרון בתובענה.¹⁷⁶ בית המשפט קבע כי יש להבחין בין פרט 2 לפרט 5 לתוספת השנייה: פרט 2 הוא הסדר ייחודי הגובר על ההסדר האמור בפרט 5. כמו כן, בקשה לאישור תובענה כייצוגית בעניין כלכלי אפשר להגיש רק מכוח פרט 5 לתוספת השנייה, משום שתחום קופות הגמל מוסדר בהסדר ייחודי בפרט 2 לתוספת השנייה, וככזה לא יידון תחת בית המשפט הכלכלי.¹⁷⁷

173 פרט 5 לתוספת השנייה קובע: "תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה; לענין זה – זיקה' – בעלות, החזקה, רכישה או מכירה; 'יחידה' – כמשמעותה בחוק השקעות משותפות בנאמנות; 'נייר ערך' – כהגדרתו בחוק החברות וכן ניירות ערך כהגדרתם בסעיף 52 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968."

174 עניין פלד, לעיל ה"ש 167, פס' 1 (נטען כי עניינה של התובענה הוא בשערורייה שבה ניהלה החברה את כספי עמיתיה באופן רשלני תוך כדי העדפת אינטרסים של החברה על האינטרסים של עמיתי הקופה).

175 מדובר בהסדר ייחודי הקובע אלו נושאים יידונו רק בבית המשפט הכלכלי. השופט ד' קרת-מאיר קבע בעניין פלד, לעיל ה"ש 167, פס' 3(ב), כי "אומנם, כל אחד מסעיפי התוספת השנייה הוא סעיף עצמאי. אולם, בנושא אשר ייחוד לו בתוספת השנייה סעיף ייחודי וספציפי – יש להתמקד באותו סעיף ולהעדיפו על פני סעיפים כלליים אחרים [...] נקבע כי הסעיף הייחודי הספציפי לנשוא הבקשה הוא פרט 2 לתוספת השנייה"; ובמילים אחרות: "תביעה נגד מבטח, סוכן ביטוח או חברה מנהלת, בקשר לעניין, לרבות חוזה ביטוח או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבוטח או עמית, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

176 שם, פס' 3(ה).

177 שם, פס' 3(ב) ("מכאן עולה כי תביעות כנגד חברה המנהלת קופת גמל, כמו במקרה שבפניי, הינה תביעה צרכנית אשר יש להגיש במסגרת פרט 2 לתוספת השנייה, שאינה נכללת בגדר העניינים המפורטים בחוק בתי המשפט כ'עניין כלכלי'. יש לכן לראות בפרט 2 כהסדר ממצא וייחודי בכל הנוגע להגשת תביעות

4. סוגי החלטות שבהן צומצמה זכות הערעור בתיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט

כפי שראינו, החלטה לאשר תובענה כייצוגית היא "החלטה אחרת" ולא פסק דין.¹⁷⁸ לעומתה, החלטה הדוחה בקשה לאשר תובענה כייצוגית מסיימת את ההליך ולכן הערעור עליה הוא בזכות.¹⁷⁹ תיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט צמצם את הזכות לבקש רשות ערעור על שני סוגים של החלטות אחרות הנדונות בפני בית המשפט הכלכלי.¹⁸⁰ למעשה, התיקון המשיך את המגמה שהותוותה בשנים האחרונות לצמצם את האפשרות לערער על החלטות ביניים.¹⁸¹

הסוג הראשון של החלטה שאפשרות הערעור עליה צומצמה הוא החלטה אם הליך מסוים הוא עניין כלכלי או כלכלי-מנהלי שבסמכותו של בית המשפט הכלכלי.¹⁸² סייג זה לאפשרות הערעור נועד למנוע סחבת והתמשכות-יתר של ההליכים המתנהלים בבית המשפט באמצעות הנוהג הרווח להיתלות בשאלת הסמכות לשם עיכוב הבריור לגופו של עניין.¹⁸³ עם זאת נקבע בחוק בתי המשפט סייג שלפיו תינתן רשות ערעור על החלטה של בית המשפט אם יקבע כי הסמכות לדון בתובענה היא של בית המשפט השלום (להבדיל מבית המשפט המחוזי) ולא של בית המשפט לעניינים כלכליים.¹⁸⁴ כמו כן, סעיף 41(ג) לחוק קובע כי לבעל דין תהא אפשרות

ייצוגית נגד חברה מנהלת של קופות גמל"). ראו גם ת"צ 1461/09 ברעם נ' ברקוביץ (פורסם בנבו, 12.5.2010) ("התוספת השנייה" לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 מבטאת את עילות התביעה הייצוגיות האפשריות, על פי החוק. מדובר ברשימה סגורה. אמנם כל אחד מסעיפי 'התוספת השנייה' הוא סעיף עצמאי, ואולם, בנושא אשר לא יוחד ב'תוספת השנייה', סעיף ייחודי וספציפי יש להתמקד בסעיף זה, ולהעדיפו על פני סעיפים כלליים אחרים. בענייננו, הסעיף הייחודי והספציפי לנושאי הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, הוא סעיף 2 'לתוספת השנייה' (השופט י' פרגו). להרחבה לגבי הסדרים ייחודיים בחוק תובענות ייצוגיות ראו עניין יבא, לעיל ה"ש 34 (השופט א' רובינשטיין בחן את הפרשנות של פרט 3 לתוספת השנייה באשר לשאלה אם אפשר להרחיב את שנקבע בפרט 2 לנושאי משרה בתאגיד); קלמנט 'קווים מנחים', לעיל ה"ש 32, בעמ' 134-135 (חוק תובענות ייצוגיות ביטל את ההגבלות שהוטלו על עילות התביעה נגד תאגיד בנקאי).

178 (ד) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם הלכת סלקום נ' פתאל, לעיל ה"ש 1, פס' 3; רע"א 4405/10 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' אלהאפד (פורסם בנבו, 2.8.2010); רע"א 4108/10 אוזן נ' לביא (פורסם בנבו, 16.6.2010).

179 ראו בעניין מועצה מקומית כפר כנא, לעיל ה"ש 54. כמו כן ראו בדברי השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"א ברזני, לעיל ה"ש 19, בעמ' 607; עניין שטנדל, לעיל ה"ש 54.

180 באום, לעיל ה"ש 66, בעמ' 49; רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 67-70.

181 כך, למשל, בצו בתי המשפט; הלכת סלקום נ' פתאל, לעיל ה"ש 1, פס' 6 ("בנסיבות העניין ובהתחשב בשקילותם שנוכרו לעיל סבור אני כי מן הראוי שהטענות תיבחנה, ככל שיהא בכך צורך, בגדר ערעור (אם יוגש) על פסק הדין בתובענה הייצוגית").

182 כאמור בסעיפים 41(ג)2) ו-52(ג) לחוק בתי המשפט.

183 רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 69.

184 שם, בעמ' 69 ("לסייג זה משמעות רק כאשר מדובר בתביעה אזרחית, שכן בדיון פלילי ממילא אי-אפשר לערער על החלטת ביניים. יוצא אפוא, שהנפקות של טעות בשאלת הסמכות כאשר אין זכות ערעור על ההחלטה אינה חריפה דיה כדי להצדיק את הסיכון בהשתתות ההליכים, שהרי כך או כך, הדיון יהיה בערכאה באותה רמה מחוזית או שתהיה העלאה מבית-משפט שלום לבית משפט מחוזי (אם התובע טעה לחשוב

לערער בזכות על החלטה זו במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי. בסעיף 12(ב) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים תוקנה רשימת סוגי ההחלטות האחרות שאפשר לערער עליהן בסמוך לאחר הינתן ובכפוף לרשות.¹⁸⁵

הסוג השני של החלטה שאפשרות הערעור עליה צומצמה הוא החלטה המאשרת תביעה כתובענה ייצוגית בניירות ערך.¹⁸⁶ התיקון לחוק בסעיף 41(ה) קובע כי לא תינתן רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה כייצוגית שעילתה נובעת מזיקה לניירות ערך או ליחידה כמשמעותה בחוק השקעות משותפות, כאמור בפרט 5 לתוספת השנייה, ועל אף האמור בסעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. עם זאת, לנוכח ההשלכות שיש להחלטה מסוג זה, נקבע בסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט כי לבקשת בעל דין בהליך יקיים בית המשפט דיון חוזר בהחלטה לאשר תובענה כייצוגית לפי פרט 5 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וכן בהחלטה לאשר תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות. דיון חוזר כאמור יתקיים בהרכב מורחב של שלושה שופטים, כשלמעשה מדובר במותב הכולל את כל שופטי בית המשפט הכלכלי.¹⁸⁷

מכאן אפשר ללמוד שמחד גיסא חוק בתי המשפט אינו מאפשר לבעל דין להגיש בקשת רשות לערער על החלטה המאשרת תביעה כתובענה ייצוגית בעניין כלכלי, ומאידך גיסא התיקון לחוק מקנה לבעל דין זכות לדיון חוזר בהחלטה המאשרת. נקבע כי המותב בדיון החוזר יהיה רשאי להעביר את הדיון לבית המשפט העליון, שידון בבקשה לדיון חוזר כאילו הייתה ערעור על החלטה המאשרת אם ימצא כי הבקשה לדיון חוזר מעלה עניין שיש בו חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים.¹⁸⁸ לא תינתן רשות ערעור על החלטת ההרכב לדחות דיון בבקשה לדיון חוזר או להעביר את העניין לבית המשפט העליון.¹⁸⁹ הסדר זה אינו פוגע, כמוכן, בזכות הערעור

שאין מדובר בעניין כלכלי והגיש את התביעה לבית משפט שלום, שהעביר את התיק לבית משפט מחוזי). שינוי הסמכות העניינית גורם לכך שבתי משפט שלום לא יהיו מוסמכים עוד לדון בעניינים כלכליים ולפיכך יהפכו לפחות מיומנים בתחומים אלה ולכן במצבים אלה נדרש להשאיר את זכות הערעור, שכן ההשלכה של קביעת הסמכות בעייתית יותר". רימון ואמיר מביאות דוגמה למקרה כזה במאמרן, שם, ה"ש 177, כדלהלן: "כך למשל, במקרה שתביעה שבה העניין הכלכלי משמעותי, אך שעולה בה גם שאלה ביחס לבעלות במקרקעין, שהוגשה לבית-משפט שלום או לבית-משפט מחוזי ואלה קבעו, כי אין מדובר בעניין כלכלי, אלא שמדובר בעניין המצוי בסמכותו של בית-משפט השלום. מקרה אחר – תביעה אזרחית שהסכום הנקוב בה הוא 1,000,000 ש"ח (בדרך כלל בסמכות בית-משפט שלום), הוגשה לבית-המשפט המחוזי מתוך תפיסה, כי מדובר בעניין כלכלי. הנתבע טוען כי אין מדובר בעניין כלכלי ובית-המשפט מקבל את גרסתו ומעביר את התיק לבית משפט שלום".

185 ס"ק (א3) בסעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים שונה כך שהוסף לו סייג: "למעט החלטה בשאלה אם עניין מסוים הוא עניין כלכלי-מנהלי, אם לא, כמתואר בסעיף 41(ג)(2) לחוק בתי המשפט".

186 כאמור בסעיף 41(ה) לחוק בתי המשפט.

187 ס' 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט; ראו גם רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 75–76.

188 רימון ואמיר, שם, בעמ' 77–78. השוו להסדר הקבוע בסעיף 6 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. בית המשפט לעניינים מנהליים רשאי להעביר עתירה מנהלית בעלת חשיבות מיוחדת לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

189 ס' 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט.

המוקנית לבעל דין לערער על פסק הדין הסופי בתובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 41(ה)(3) לחוק בתי המשפט.

5. ביקורת על ההסדרים החדשים בתיקון לחוק בתי המשפט

ההסדר החקיקתי החדש שהוצג לעיל מעורר קושי. בדומה לביקורת שהוצגה לעיל (לגבי רשות ערעור על החלטות לאישור תובענה כייצוגית בעניין שאינו כלכלי), התיקון לחוק בתי המשפט מכרסם בזכות הגישה לערכאות ומצמצם את הזכות לבקש רשות ערעור. כמו בחידושים רבים אחרים בסדרי הדין, ההצדקה לכך היא הרצון ביעילות ובמניעה של עינוי דין. ספק אם הניסיון לייצל את המערכת השיפוטית צלח בכל הקשור לתובענות ייצוגיות בעניינים כלכליים.¹⁹⁰

אפשר לטעון, והדבר עולה בקנה אחד עם הביקורת שהובאה לעיל, כי המנגנון שנקבע בתיקון לחוק בתי המשפט פוגע במידה לא סבירה בבעלי הדין שאינם זוכים לבירור עניינם בבית המשפט העליון. פועל יוצא מכך הוא שלא נוצרת הלכה פסוקה.¹⁹¹ אכן היו שטענו שהמנגנון הוא תקדימי ואינו מתיישב עם השיטה הנוהגת בישראל, שהמנגנון מיותר ושהוא לא יצמצם כלל את הכשל או לא יפתור אותו בצורה מלאה.¹⁹²

אם כן, המחוקק ניסה ליצור מערכת משפט מקצועית יותר, יעילה יותר, כזו שאוכפת את הדין במהירות; בפועל, תיקון מס' 59 לחוק בתי המשפט מביא לעתים לתוצאה ההפוכה – מסרבל את ההליך ויוצר התדיינות מיותרת. בדומה לביקורת שהובאה לעיל, נדמה שהתיקון לחוק פוגע בזכות הגישה לערכאות בשם עיקרון היעילות ושלא בכל המקרים יש לכך הצדקה.

190 באום, לעיל ה"ש 66, בעמ' 50–52.

191 ראו רימון ואמיר, לעיל ה"ש 146, בעמ' 79–80. עוד הן טוענות כי המנגנון שנקבע בחוק אינו ראוי הואיל ו"וספק אם הסדר זה יביא לקיצור משך ההליך, לאור העובדה כי בקשת רשות הערעור הנדרשת כיום עשויה להידחות אף בלא דיון (תוך נטילת סיכון של חיוב בהוצאות), בעוד שלפי ההסדר עומדת לנתבעים זכות לדיון חוזר ויש סיכוי שהנתבעים ייטו להשתמש בה לעתים תכופות; אין סיבה להבחין בין תובענה ייצוגית הנוגעת לעניינים כלכליים לבין יתר התובענות הייצוגיות; ההבחנה בין שלב אישור התובענה לשלב הדין בתובענה גופה היא מלאכותית, לאור העובדה שהשוק מייחס חשיבות רבה לשלב המקדמי" (שם, בעמ' 81).

192 שם, בעמ' 83–86 ("ההסדר לפיו תקיפת החלטה נעשית באותה ערכאה הוא בבחינת 'אח חורג' לשיטה הנוהגת; במיוחד חריגה עוברת ושיבתו של השופט, שהחלטתו נתקפת בשלב הדין הנוסף, יישב בהרכב שבוחן את ההחלטה. הטענה היא, כי אין זה סביר שהשופט, שהחלטתו נתקפת בשלב הדין הנוסף, יישב בהרכב שמחליט על גורלה של תקיפה זו. זאת לאור קיומו של חשש לכאורה מפני 'יד רוחצת יד', כאשר שופט החושש שבעתיד יהפכו החלטה שלו, יימנע מלהפוך החלטה של שופט אחר").

1. הערעור בתובענות ייצוגיות המוגשות מכוח חוק בתי משפט לעניינים מנהליים

חוק תובענות ייצוגיות מאפשר להגיש תובענה ייצוגית גם בהליכים מנהליים. להלן אעמוד על יחסי הגומלין בין התובענה המנהלית לבין הליך התובענה הייצוגית, תוך התמקדות בהליכי הערעור.

1. התובענה המנהלית בראי דיני התובענות הייצוגיות

בדומה לתובענה ייצוגית שאינה מנהלית, כדי להיכנס לטרקלין התובענה הייצוגית על המבקש לצעוד בפרוזדור שבו יש לאשר את התובענה המנהלית כתובענה ייצוגית. בטרם ידון בית המשפט בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מכוח החוק עליו לוודא תחילה שסוג ההליך עומד בתנאיה של התובענה המנהלית,¹⁹³ כאמור בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.¹⁹⁴ נוסף על כך עליו לוודא שהתובענה המנהלית תהא באחד משני העניינים המנויים בתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

פרט 2 לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים קובע כי בית המשפט ידון בתובענה מנהלית כתובענה ייצוגית בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות,¹⁹⁵ ובה בעת קובע גם סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות כי נוסף על המנוי בתוספת השנייה אפשר להגיש תובענה ייצוגית גם אם הוראת חוק קובעת זאת במפורש.¹⁹⁶

193 למהותה ולמאפייניה של התובענה המנהלית ראו ע"מ 9660/03 **עיריית רחובות נ' שברון**, פ"ד נט(6) 241, 248–247 (2005); בש"א (מחוזי צרת) 320/09 **מועצה אזורית הגלבע נ' ויקטור גרייב בע"מ** (פורסם בנבו, 25.11.2009); ת"מ (מחוזי נצ') 102/09 **ויקטור גרייב בע"מ נ' מועצה אזורית הגלבע** (פורסם בנבו, 31.1.2012).

194 ס' 3(5) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים; פרט 2 לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

195 ס' 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע: "בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית המשפט לעניינים מנהליים; בסעיף קטן זה, 'החלטה של רשות' – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים". ראו לעניין זה, למשל, ת"מ (מנהליים חי') 27283-01/10 **אבואלחוף נ' הנהלת בתי המשפט** (פורסם בנבו, 20.1.2010). ("סעיף 5(3) לחוק קובע את סמכותו של בית משפט זה לרון בתובענה מנהלית מאלה המנויות בתוספת השלישית לחוק. סעיף 2 לתוספת קובע כי תובענה מנהלית היא תביעה כאמור בסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות התס"ו-2006, וסעיף זה קובע כי תביעה כאמור היא תביעה 'שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה'. ועוד נאמר באותו סעיף כי החלטה של רשות היא כהגדרתה בסעיף 2 לחוק שהוא משמיענו 'החלטה של רשות – החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או מחל"ו").

196 ס' 3 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 22541-02/11 **בן דוד נ' חברת מי אביבים 2010 בע"מ** (פורסם בנבו, 24.1.2012). (נבחנו התנאים להגשת התובענה הייצוגית בהליכים מנהליים מכוח סעיף 3 לחוק הקובע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית מקום וקיים חוק הקובע זאת במפורש, וכן בית המשפט מונה את התנאים להגשת תביעה ייצוגית בהליך מנהלי נגד רשות. כמו כן נקבע כי לשם הגשת תובענה ייצוגית

הסדר נורמטיבי נוסף שמכוחו אפשר להגיש תובענה ייצוגית בהליכים מנהליים מופיע בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. התוספת השנייה לחוק מפרטת רשימה של סוגי תביעות שאפשר להגיש בדרך של תובענה ייצוגית, ופרט 11 ברשימה זו מאפשר הגשת תובענה ייצוגית "נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה, או תשלום חובה אחר".¹⁹⁷ כאשר מוגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית בהליך מנהלי, בית המשפט בוחן אם התקיימו כלל התנאים הנדרשים בחוק תובענות ייצוגיות.¹⁹⁸

בתובענות ייצוגיות נגד המדינה או רשויותיה יבחן בית המשפט את ההסדר הקבוע בסעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לרשות לחדול באמצעות הודעה מגבייה לא חוקית (להלן: הודעת חדילה), כך שבפועל לא יאשר בית המשפט תובענה כייצוגית אם הגישה הרשות הודעת חדילה.¹⁹⁹

הגנה חשובה נוספת המוקנית למדינה ולרשויותיה קבועה בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי "לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס

מכוח סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות על הרשות לעמוד בגדרי הגדרת "רשות" ו"החלטה של רשות", כאמור בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים).

197 ראו, למשל ת"צ (מנהליים ת"א) 20727-01/10 אופיס כל נט בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 25.04.2012) (להלן: עניין אופיס). בעניין אופיס בחן בית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בשל טענות המבקש בדבר גבייה לא חוקית של ארנונה. הרשות הגישה הודעת חדילה לפי סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט בחן אם הבקשה לאישור התובענה עולה בקנה אחד עם התנאים הנדרשים להגשתה כהליך מנהלי בבית המשפט לעניינים מנהליים, וקבע כי משהודיעה הרשות על חדילה אין לאשר את הבקשה ולאור תרומתה לחברי הקבוצה ייפסק גמול ושכר טרחה לפי סעיף 9(ג) לחוק; גורן, בעמ' 895; אורי גורן בתי משפט מנהליים 351–354 (2008).

198 ת"צ (מנהליים י"ם) 17846-10/10 קישון נ' מדינת ישראל – רשות האכיפה והגביה – ההוצאה לפועל, (פורסם בנבו, 25.3.2012) (הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין גבייה לא חוקית של אגרה עבור העתקת מסמכים בתיקי הוצאה לפועל בלשכת ההוצאה לפועל. נטען כי האגרה גבוהה מעלותה בפועל לרשות). ראו גם ת"צ (מנהליים י"ם) 36218-05/11 גלעד נ' עיריית בית שמש (פורסם בנבו, 26.1.2012) (נדחתה בקשה לאישור תובענה מנהלית כייצוגית בעילת גביית ארנונה לא חוקית משום שלא התקיימה עילת תביעה אישית).

199 ראו, למשל, ת"צ 40550-12/10 (מנהליים ת"א) יעקבי נ' עיריית גבעתיים (פורסם בנבו, 28.5.2012); ת"מ (מנהליים ת"א) 125/06 אלוני נ' עיריית חולון (פורסם בנבו, 29.5.2007). בתי המשפט הקפידו על עניין ההגשה של הודעת חדילה תוך 90 יום ולא נטו לאשר הארכת מועד לעניין זה. כך, למשל, בת"צ (מחוזי מרכז) 8746-11/10 קופלוביץ נ' המועצה המקומית גני תקוה, פס" 8 (פורסם בנבו, 28.04.2011) ("לטעמי יש לפרש את ס' 9 בדווקנות ובצמצום ובהתאמה להאריך את המועד רק במקרים ראויים") (השופטת מ' נד"ב); בש"א (מנהליים ת"א) 31032/06 סריגי שלום ומלכה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פס" 21 (פורסם בנבו, 15.7.2009) ("סבורני כי על מנת ליהנות מזכות היתר המוקנית לרשות לפי סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, עליה לקיים בדיקת את דרישות הסעיף") (השופט ע' בנימיני); ת"מ (מנהליים ת"א) 134/07 חצובי נ' עיריית רחובות, פס" 12 (פורסם בנבו, 20.12.2007) ("בהיותו של סעיף זה סעיף חריג [ס' 9 לחוק], המקנה זכות מיוחדת לרשות, יש מקום לדקדק ביישום הוראותיו") (השופטת ר' רונן).

לאותו צד שלישי". כלומר: אם לא השתמשה הרשות בסמכות המוקנית לה לפיקוח, להסדרה או לאכיפה, לא ישמש הדבר עילה להגשת תובענה ייצוגית נגד המדינה.²⁰⁰

המדינה ורשויותיה נהנות מהגנות נוספות²⁰¹ לרבות הגבלת הסעד (ניתן לקבלו ל-24 חודשים בלבד);²⁰² הימנעות מדיון בבקשת האישור בטרם חלפו 90 יום ממועד ההגשה של בקשת האישור;²⁰³ הימנעות מאישור תובענה כייצוגית במקרים שבהם עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיה של הרשות או לציבור כולו;²⁰⁴ ומשהכריע בית המשפט בתובענה ייצוגית נגד המדינה, הוא מוסמך להתחשב בהערכת הפיזיים בנזק העלול להיגרם לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור כולו.²⁰⁵

200 ס' 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו, למשל, ת"א (מחוזי נצרת) 24822-12/10 אלפסי נ' כימוטל בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.2011) (נדחתה בקשה לצרף רשות כבעל דין מקום שהנוק נגרם על ידי צד שלישי ולא על ידי הרשות עצמה); עניין אכדיה, לעיל ה"ש 6; עניין אופיס, לעיל ה"ש 197.

201 למשל, עניין אכדיה, לעיל ה"ש 6 (סקירת המגבלות המוטלות על המבקש אישור תובענה ייצוגית נגד המדינה); עניין אופיס, לעיל ה"ש 197 (סקירת ההגבלות המוטלות על התובע בתביעה ייצוגית נגד רשויות ציבוריות) ("למרות האמור, החליט המחוקק, במסגרת חוק תובענות ייצוגיות, להגביל, משמעותית, את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות כנגד רשויות ציבוריות, הן בצמצמו את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית, וגם בקביעת מנגנונים המגבילים את אישור התובענה הייצוגית כנגד הרשות"). בהקשר זה חשוב לציין עתירה שהוגשה לאחרונה בקשר להגנות שנקבעו בחוק לטובת המדינה ורשויותיה – עניין כהן, לעיל ה"ש 25. בפסק דינו קבע בג"ץ כי בקובעו את ההגנות הללו ביקש המחוקק לאזן "בין הרצון להשתמש בתובענה הייצוגית ככלי להתרעת הרשות הציבורית, למניעה ולהפסקה של גבייה בלתי חוקית תוך איחודן של תביעות פרטניות לתביעה אחת, ובין הרצון למנוע פגיעה קשה בניהול התקציבי של הרשות" (שם, פס' 41), וכי "אין בהגבלות שבחוק 'לטובת המדינה ורשויותיה' כדי לפגוע בזכות הגישה לערכאות פגיעה שאינה חוקתית". כמו כן ראו ת"צ (מנהליים ת"א) 40267-12/10 חיון נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 21.6.2012); רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין (פורסם בנבו, 13.2.2011). בעניין כהן, שם, לא מצא בג"ץ לנכון לפסול את ההסדר הייחודי הואיל והמחוקק לא שלל את זכות התביעה האישית של כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת. דא עקא שפסק הדין מתעלם מן ההנחה העומדת בבסיס הליך התובענה הייצוגית: התביעה הפרטנית של כל אחד מחברי הקבוצה היא קטנה מדי מכדי שיהיה כדאי להגישה בלא הליך שיאגד את אותן תביעות אינדיבידואליות לכדי הליך אחד.

202 מדובר במעין ההיישנות מיוחדת לתובענות ייצוגיות נגד המדינה ורשויותיה. ס' 21 לחוק תובענות ייצוגיות קובע: "אישור בית המשפט תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד רשות, לא ייחייב את הרשות בהשבה לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור; אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכותו של כל חבר בקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית לתבוע, בשל אותה עילה, סעד גם לגבי תקופת נוספות".

203 ס' 9(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

204 ס' 8(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

205 ס' 20(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

2. הערעור המנהלי בראי דיני התובענות הייצוגיות ויחסי הגומלין ביניהם

מקום שניתן פסק דין של בית המשפט לעניינים מנהליים יש זכות ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון בין בעתירות מנהליות בין בתובענות מנהליות.²⁰⁶ לעומת זאת, מקום שניתן פסק דין של בית המשפט לעניינים מנהליים בערעור מנהלי ובערעור על החלטת הרשם, או משניתנה החלטה אחרת של בית המשפט לעניינים מנהליים,²⁰⁷ מדובר בערעור ברשות.²⁰⁸

בעבר לא ניתן היה לערער או לבקש רשות לערער על החלטת ביניים בהליך מנהלי שבמסגרתה נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגית. זאת, משום שמדובר בהחלטת ביניים שלא נמנתה עם ההחלטות המנויות בסעיף 12(ב) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, הקובע רשימה סגורה של עניינים שבגינם ניתן להגיש בקשת רשות ערעור.²⁰⁹ על אותן החלטות שאינן מנויות בסעיף 12(ב) לא ניתן לערער מיידית אלא רק במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי.²¹⁰

בשל חשיבותו הרבה של ההליך ובשל השפעתו על ציבור גדול, תיקן המחוקק בשנת 2008 את סעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים²¹¹ והוסיף את סעיף 12(13), המאפשר להגיש בקשת רשות לערער על החלטה לאשר תובענה מנהלית כייצוגית לפי החוק וכן על החלטה של בית המשפט לעניינים מנהליים שלפיה רשות לא הוכיחה חדילה מגבייה לפי סעיף 9(ב) לחוק.²¹²

המחוקק שינה את ההסדר הסטטוטורי באופן המקל על הרשות, והתיר לה לתקוף החלטה לאשר תובענה מנהלית כייצוגית באמצעות ערכאת הערעור כבר בשלב הביניים,²¹³ באמצעות בקשת רשות ערעור.²¹⁴

- 206 ס' 11 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. ראו גם גורן בתי משפט מנהליים, לעיל ה"ש 197, בעמ' 356.
- 207 החלטה אחרת המוגדרת בתקנות סדר הדין האזרחי בשונה מהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. ראו דיון לעיל בפרק 19, בעמ' 593–596.
- 208 ס' 12 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים; תק' 31–34 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין); ראו גם גורן בתי משפט מנהליים, לעיל ה"ש 197, בעמ' 356–357; גורן, בעמ' 913.
- 209 בר"ם 4676/08 עיריית חולון נ' משטא (פורסם בנבו, 11.2.2010) (להלן: בר"ם משטא); ע"ע 980/08 מנירב נ' מדינת ישראל–משרד האוצר (פורסם בנבו, 21.6.2010).
- 210 גורן בתי משפט מנהליים, לעיל ה"ש 197, בעמ' 357–358.
- 211 ראו הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 46), התשס"ח-2007, ה"ח הממשלה 341 ("החלטות מסוג זה [החלטות של אישור תובענה כייצוגית] מרחיקות לכת לעניין מתכונת הדיון בחביעה. לפיכך, מוצדק לברר מחלוקות בשאלה זו מוקדם ככל האפשר").
- 212 ס' 12(13) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.
- 213 כאמור, אם נדחתה בקשה לאישור תובענה מנהלית כתובענה ייצוגית אפשר לערער בזכות. עניין מועצה מקומית כפר כנא, לעיל ה"ש 54; ע"ע 7373/10 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.11.2010) (הוגש ערעור על החלטת בית המשפט שקיבלה חלקית בקשה לאישור תובענה ייצוגית (עילה אחת התקבלה ועילה אחת נדחתה). משרצה המערער להגיש ערעור על החלטת הדחייה (של אחת העילות), סירבה לכך מזכירות בית המשפט ומנעה את סיווגו של הערעור כערעור בזכות. בית המשפט קבע כי הערעור על ההחלטה הרוחה את העילה הוא בזכות); ע"ע 5967/07 רו' נ' עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 8.2.2011).

בפסיקה התעוררו כמה סוגיות סביב הסיפה של סעיף 12(13) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. אחת המרכזיות שבהן עסקה בפסיקת שכר וגמול לתובע ייצוגי ולבאי-כוחו שעה שרשות הודיעה הודעת חדילה. פסק הדין המנחה והתקדימי בעניין זה ניתן בעניין **אכדיה**. השופטת א' פרוקצ'יה, בדעת רוב, התוותה אמות-מידה מנחות לפסיקת גמול מיוחד לתובע מייצג ושכר טרחה לבא-כוחו במצב שבו לא אושרה התובענה הייצוגית נגד הרשות הציבורית עקב הפסקת הגבייה על ידי הרשות.²¹⁵

סוגיה נוספת נסבה סביב שאלת סיווגו של ערעור שהוגש טרם תיקון חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, בזכות או ברשות, וסביב השפעתו של הסיווג על העובדה שהמערערת איחרה את המועד להודיע כי חדלה מהגבייה שלא כדין. בעניין **משטא** נתבקש בית המשפט לעניינים מנהליים להאריך את המועד שבו רשות יכולה להודיע הודעת חדילה מכוח סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט דחה את הבקשה²¹⁶ והעירייה, שסברה כי עומדת לה זכות ערעור, הגישה ערעור לבית המשפט העליון.²¹⁷

הגב' משטא הגישה בקשה לסילוק על הסף של הערעור בטענה שהערעור לא הומצא לה. לאחר הגשת הבקשה תוקן החוק באשר לעילות שמכוחן ניתן להגיש ערעור על החלטה בבקשת ביניים. לפיכך, לאחר שהתקבלה תגובת העירייה לבקשה לסילוק על הסף, ביקש בית המשפט מהעירייה כי תתייחס גם לסעיף 12 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, שתוקן בינתיים, באשר לזכותה של העירייה לערער בזכות.

לאחר שהתקבלה תגובת העירייה דן בית המשפט העליון (הרשם י' מרזל) בבקשה לסילוק על הסף וקבע כי משמעות ההחלטה של בית המשפט קמא – לא להאריך את המועד להודעה על חדילה מגבייה – זהה במשמעותה לאי-הוכחה של חדילה מגבייה ככל שהדברים נוגעים להמשך ניהולה של התובענה כייצוגית.²¹⁸ לפיכך ניתנה למערערת ארכה להודיע הודעת חדילה מגבייה שלא כדין; בית המשפט קבע כי הערעור ישונה מערעור בזכות לערעור ברשות.²¹⁹

לאחר החלטה זו, ולאחר ששונה הערעור לערעור ברשות, הגיע התיק לדיון בבית המשפט העליון למתן הכרעה בערעור המנהלי שהוגש על ההחלטה שניתנה בבית המשפט לעניינים מנהליים בעניין **משטא**. בית המשפט העליון, בראשות השופטת מ' נאור, פסק כי שגה הרשם בהחלטה שקיבל בבקשה לסילוק על הסף. בית המשפט קבע כי החלטה הדוחה בקשה להארכת מועד לפי סעיף 9(א) לחוק תובענות ייצוגיות אינה באה בגדר רשימת המקרים הסגורה שבסעיף

214 בש"ס 7572/10 **מדינת ישראל – צבא הגנה לישראל מדור תשלומים נ' לוי** (פורסם בנבו, 3.2.2011); עניין **מועצה מקומית כפר כנא**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 119.
215 עניין **אכדיה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 13–19.
216 בש"א 31160/06 **עיריית חולון נ' משטא** (פורסם בנבו, 14.4.2008).
217 ע"מ 4676/08 **עיריית חולון נ' משטא** (פורסם בנבו, 8.1.2009).
218 שם, פס' 4.
219 שם, פס' 10.

12 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, שבגינם ניתן לבקש רשות ערעור. עוד קבע בית המשפט כי סעיף 12(ב) (13) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים מאפשר להגיש בקשה לרשות ערעור רק על החלטה המאשרת תובענה ייצוגית או על החלטה שרשות לא הוכיחה כי חדלה מגבייה לפי סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.²²⁰

ז. היבטים דינויים בהליכים ערעוריים בתובענה ייצוגית

על סדר הדין בערעור על פסק דין או על החלטה אחרת בתובענות ייצוגיות יחולו תקנות סדר הדין האזרחי, בין אם מדובר בתובענות ייצוגיות המתבררות בבתי המשפט הרגילים בין אם מדובר בתובענות ייצוגיות המתבררות בבתי המשפט לעניינים מנהליים.²²¹

1. חברי הקבוצה אינם צד לערעור

ברגיל, כאשר מוגשים ערעור או בקשת רשות ערעור על החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, חברי הקבוצה אינם צד לערעור. כפי שחברי הקבוצה אינם צד להליך בשלב המקדמי בו נבחנת הבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית, או צד להליך המתנהל במידה שהבקשה לאישור מתקבלת, כך הם גם אינם צד לערעור.

עם זאת, אין להתעלם מהעובדה שהתובע הייצוגי ובא-כוחו מייצגים את חברי הקבוצה הנעדרים אף על פי שאלה לא יפו את כוחם לעשות כן.²²² כמו כן, אין להתעלם מהבעייתיות הנובעת מייצוג כזה.²²³ מסיבה זו יצר חוק תובענות ייצוגיות מנגנונים להבטחת ייצוג הולם לחברי הקבוצה המיוצגת.²²⁴

220 בר"ם משטא, לעיל ה"ש 209.

221 תק' 19(א) ו-19(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

222 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות מגדיר תובענה ייצוגית: "תובענה 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". לעיון בנושא הבסיס לייצוג בתובענות הייצוגיות ראו, למשל, STEPHEN C. YEAZELL, FROM MEDIEVAL GROUP LITIGATION TO THE MODERN CLASS ACTION (1987).

223 רבות נכתב בספרות ובפסיקה, בישראל ובארצות-הברית, על אודות הבעייתיות הטמונה בתובענות ייצוגיות בעיקר בשל בעיית הנציג ובשל החשש לתביעות סחטניות. ראו לעניין זה, למשל, הלל סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו – האמנם?" **דין וחברים** א' 347, 358–361 (2004); עניין **מגן וקשת**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 323; עניין **טצת**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 785. בארצות-הברית: Miller, לעיל ה"ש 137, בעמ' 572; Charles Silver, *We're Scared to Death: Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. REV. 1357 (2003); Bruce Hay & David Rosenberg, "Sweetheart" and "Blackmail" *Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377, 1377–78 (2000); *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298–1300 (7th Cir. 1995) (Judge Posner quoting Judge Friendly); HENRY J. FRIENDLY, FEDERAL JURISDICTION: A GENERAL VIEW 120 (1973); *In re Bridgestone/Firestone, Inc.*, 288

2. ערעור על ידי חבר בקבוצה המיוצגת

ככלל, מי שהיה בעל דין בהליך בפני בית המשפט קמא רשאי לערער על החלטותיו.²²⁵ לכלל זה יש חריג הקובע כי אדם שלא היה צד פורמלי להליך זכאי לערער על החלטה בהתקיים שני תנאים מצטברים: התקיים בעניינו "הליך" ונפגעה זכות הופלדיאנית שלו.²²⁶

חוק תובענות ייצוגיות אינו מתייחס לשאלה מי רשאי לערער על החלטת ביניים או על פסק דין שניתן בתובענה הייצוגית. אולם, נראה כי יש לאפשר לחבר בקבוצה להגיש ערעור או בקשת רשות ערעור, לפי העניין, נוכח האמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. לפי סעיף זה, בית משפט ראשי להתיר לחבר בקבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית להשתתף בדיונים בתובענה ייצוגית או בבקשה לאישור – "אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית, וכן, לעניין חבר בקבוצה – לשם הגנה על ענינו של אותו חבר בקבוצה".²²⁷ הואיל והחוק מאפשר לחבר הקבוצה המיוצגת להצטרף להליך קיים – ומכאן שגם להליך של ערעור – נראה כי אם מצא בית המשפט שהדבר ראוי, יש להתיר גם הגשה עצמאית של ערעור או של בקשת רשות ערעור לחבר בקבוצה שאינו התובע המייצג. נכון למועד פרסום הספר לא מוכרות בקשה או החלטה בעניין זה.

יש שיקולים סותרים בשאלה אם להתיר לחבר בקבוצה המיוצגת לערער אם לאו. מחד גיסא אפשר לטעון כי משעה שבחרו חברי הקבוצה לא לצאת מגדרה,²²⁸ הם בחרו להפקיד את

F.3d 1012, 1016–17 (7th Cir. 2002); *West v. Prudential Sec., Inc.*, 282 F.3d 935, 937 (7th Cir. 2002); *Coffee, Regulation of Entrepreneurial Litigation*, *supra* note 85

224 בין היתר אפשר למנות את דרישות תום הלב והולמות הייצוג המופיעות בסעיפים 8(a)(3) ו-8(a)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, וכן את הפרוצדורות המנויות בסעיפים 18–19 לחוק, שנועדו למנוע פגיעה בחברי הקבוצה כתוצאה מהסדר פשרה לא ראוי הנובע מבעיות כגון בעיית הנציג המוכנית בהליך התובענה הייצוגית. לעניין בעיית הנציג בתובענה ייצוגית ראו לעיל ה"ש 36 ו-37 וגם *Coffee, Private Enforcement*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 669.

225 זוסמן, בעמ' 805–807.

226 ראו לעיל פרק 13.

227 סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות מתייחס באופן דומה גם לארגון ולרשות ציבורית כדלקמן: "בית המשפט רשאי להתיר [...] לרשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת התובענה הייצוגית או לארגון, שאישר השר לענין זה, הפועל לקידום מטרה כאמור, אשר אינם התובע המייצג, להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית, אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית, וכן [...] לענין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה".

228 כפי שראינו, סעיף 11 לחוק מאפשר לחברי הקבוצה לצאת ממנה (opt-out) בתוך 45 יום מפרסומה של החלטת בית המשפט בדבר אישור התובענה הייצוגית או בתוך מועד מאוחר יותר שיקבע בית המשפט. במקרים מסוימים בית המשפט יכול לקבוע הסדר הפוך, שלפיו הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול רק את מי שהודיע לבית המשפט בכתב על רצונו להצטרף לתובענה (opt-in) (ס' 12 לחוק). אפשר לצאת מן הקבוצה בשתי נקודות זמן נוספות: הראשונה היא כשמוגש הסדר הפשרה לאישור בית המשפט. בניגוד לשלב האישור של התובענה הייצוגית, יציאה מהקבוצה בשלב זה אינה אוטומטית (ס' 18(1) לחוק). נקודת הזמן הנוספת השנייה ליציאה מהקבוצה (שלישית בסך הכול) היא לאחר האישור של הסדר הפשרה.

ניהול ההליך – ובכלל זה את החלטה בדבר הגשה או אי-הגשה של ערעור – בידיהם של התובע הייצוגי ובא-כוח הקבוצה. ברם, תוצאה זו עלולה להיות בלתי-ראויה, למשל אם התובע הייצוגי מתרשל או אינו מייצג באופן הולם את חברי הקבוצה. על כן ראוי שבית המשפט ישקול לאפשר לחברי הקבוצה המעוניינים לערער להצטרף לערעור או לבקשת רשות לערער כבעלי דין, בכפוף למבחן היעילות שנקבע בסעיף 25 לחוק.²²⁹ מאותן סיבות ראוי לאפשר לחבר קבוצה להגיש ערעור על החלטה לא לאשר תובענה כייצוגית (בהנחה שהתובע הייצוגי לא עשה כן), אם יוכיח כי הדבר דרוש לניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית.²³⁰ כאשר לפנינו תובע ייצוגי רשלן או לא ראוי, אין להפקיר בידי את האפשרות להגיש ערעור על החלטה לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

בהקשר זה ראוי לציין את עניין לוק נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ,²³¹ שם הוגש ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי שדחה את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית. במסגרת הערעור הגיש בנם של המערערים – שהיה "הרוח החיה" מאחורי ההליך בבית המשפט המחוזי, אך לא צד לו – בקשה להצטרף כמערער. בית המשפט (הרשמת ש' ליבוביץ) דחה את בקשתו, בקובעו שלא הובהר כיצד תיפגענה זכויותיו ההופלדיאניות אם לא יצורף כצד להליך. בית המשפט הוסיף ודן בשאלה אם יש לצרפו גם כמשיב בערעור, וגם על שאלה זו השיב בשלילה. שני טעמים היו לכך: ראשית, המבקש לא הוכיח כיצד אי-צירופו עלול לפגוע במערערים; שנית, לא היה מקום לצרפו מטעמים של יעילות וסדר הדיונים. לגופו של עניין נקבע שהמבקש לא הוכיח שלא הייתה לו הזדמנות להצטרף להליך; הוא אף לא ביקש להצטרף להליך בפני בית משפט קמא כתובע ייצוגי נוסף.²³² טעם נוסף שנזכר בהחלטה היה שלמערערים פתוחה הדרך לבקש להחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי לבחינת השאלה אם יש מקום לצרף את המבקש כתובע ייצוגי נוסף.

- סעיף 19(ד) לחוק מאפשר לבית המשפט להתנות את אישורו להסדר הפרשה בכך שההסדר יאפשר לחבר קבוצה שאינו מעוניין בו להודיע על כך לבית המשפט. בניגוד לשלב שלפני אישור ההסדר, אין חובה לתת אפשרות כזו לחברי הקבוצה המיוצגת, ובית המשפט ייתן אותה רק אם הדבר דרוש "לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה שעליה חל ההסדר, לשם הבטחת אכיפת הדין או לשם פיקוח על ביצוע ההסדר".
- 229 זו התוצאה שאלה הגיעו בארצות-הברית. ראו, למשל, *Winokur v. Bell Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 560 F.2d 271, 277 (7th Cir. 1977), *reh'g denied* 562 F.2d 1034, *cert. denied*, 98 435 U.S. 932 (1978); *United Airlines, Inc. v. McDonald*, 432 U.S. 385 (1977); *Clarke v. Baptist Mem. Healthcare Corp.*, 264 F.R.D. 375, (D. Tenn., 2009).
- 230 אין זה ראוי לאפשר לחבר קבוצה שאינו מי שביקש להתמנות כתובע ייצוגי להגיש ערעור או בקשת רשות ערעור אם הוא אינו עומד ב"מבחן היעילות" שהוצג לעיל. כך גם פסקו בתי המשפט כשדנו בבקשות להצטרף לתובענה הייצוגית בשלב הדין בבקשה לאישור. ראו, למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 2020/09 **אהרונ' דקל קלאב הוטלס אינטרנשיונלס** (פורסם בנבו, 3.7.2011).
- 231 ע"א 5637/05 **לוק נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ** (פורסם בנבו, 27.8.2006).
- 232 מכוח ס' 8(ג1) לחוק תובענות ייצוגיות.

3. תקיפה עקיפה של החלטה באמצעות תובענה ייצוגית מאוחרת

חוק תובענות ייצוגיות לא הסתמך על העיקרון הכללי של מעשה בית דין, וקבע מפורשות בסעיף 24 כי פסק דין בתובענה ייצוגית הוא מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה המיוצגת. זאת, ככל הנראה, משום ייחודה של התובענה הייצוגית, הכופה על חברי הקבוצה את ייצוג עניינם בידי גורם שהם לא ייפו את כוחו.

החלה של מעשה בית דין מכוח פסק דין בתובענה ייצוגית מחייבת משנה-זהירות הן בניהול הליכי האישור של הסדר פשרה והן בתביעה המאוחרת שבה הנתבע מבקש להתגונן בטענת מעשה בית דין. אין חולק כי יש הצדקה למנוע תקיפה מאוחרת של פשרה שאושרה על ידי בית משפט, שאם לא כן עלולות להיפגע זכויותיו של הנתבע כתוצאה מחשיפתו לסיכון של התדיינות חוזרת. מצב זה יפחית את התמריץ של נתבעים להגיע לפשרות ויוריד את ערך הפשרה שאליה יהיו מוכנים להגיע. תוצאה זו אינה מטיבה לא עם הקבוצה המיוצגת ולא עם הציבור בכלל והיא עלולה להביא לבזבוז משאבים. על כן, ככל שהצדדים עמדו בדרישות הפרוצדורליות הקבועות בסעיפים 18 ו-19 לחוק, ראוי שיתקיים השתק עילה ושתימנע הגשתן של תובענות ייצוגיות מאוחרות בגין אותה עילה.²³³

על אף עיקרון זה, ונוסף על דרכי הערעור הפורמליות שנדונו לעיל, ראוי לאפשר תקיפה עקיפה של תוצאות התובענה ייצוגית, אם לא התמלאו התנאים המוקדמים לאישורו של הסדר הפשרה שבגינה. בנסיבות אלה יש לאפשר לחבר בקבוצה להגיש לבית המשפט תובענה ייצוגית נוספת בעניין שכבר נדון בתובענה הייצוגית הראשונה. אמנם הסדר הפשרה שאושר יוצר מעשה בית דין,²³⁴ אך הפונה יוכל לטעון כי תוצאות התובענה הייצוגית לא חלות עליו (ובמקרים המתאימים גם על חלק או על כל חברי הקבוצה המיוצגים), מאחר שבדיעבד התברר כי לא היה מקום לאשר את הסדר הפשרה שאכן אושר. טענה זו התבססה בארצות-הברית על כך שייצוג הקבוצה על ידי הגורמים המייצגים בתובענה הראשונה לא היה הולם²³⁵ ולכן לא ראוי לכבול את חברי הקבוצה בתוצאותיה.²³⁶

האפשרות לתקוף את הסדר הפשרה באמצעות תובענה ייצוגית מאוחרת יוצרת לנתבע תמריץ להימנע מפשרות לא ראויות. הואיל והנתבע מעוניין בפשרה שעלותה עברו נמוכה ככל האפשר, טבעי שינסה לשכנע את התובע הייצוגי ואת עורך-דינו להסכים לפשרה לא ראויה, בהנחה שלאחר אישורה על ידי בית המשפט אי-אפשר יהיה לתקוף את פסק הדין הסופי.

233 ראו לעניין זה, למשל, קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 93.

234 ס' 19(ג)2 לחוק תובענות ייצוגיות.

235 ראו FED. R. CIV. P. 23(a)(4).

236 ראו, למשל, Rock, לעיל ה"ש 11, בעמ' 116; Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy*; 116 *in Class Representation*, 82 TEX. L. REV. 287 (2004); William B. Rubenstein, *Finality in Class Action Litigation: Lessons from Habeas*, 82 N.Y.U. L. REV. 790 (2007); *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812 (1985).

ההתניה של מעשה בית דין בכך שהפרוצדורות הנדרשות לאישור קוימו במלואן משנה את תמריציו של הנתבע: במקום שינסה להקל על עצמו ככל האפשר בהליכים לאישור הסדר הפשרה יהיה לנתבע תמריץ להקפיד עליהם כדי להימנע מתובענה ייצוגית נוספת באותה עילה בעתיד. לפיכך, יש לאפשר תקיפה עקיפה של הסדר הפשרה בתובענה ייצוגית מאוחרת באותה עילה אם פרוצדורת האישור או האופן שבו מומש הסדר הפשרה היו מנוגדים לחוק.²³⁷

כך נקבע בפרשת צ'רטקובסקי²³⁸ שם דחה בית הדין לעבודה בקשה לסילוק על הסף של תובענה ייצוגית מאוחרת שהוגשה באותה עילה מאחר שלא קוימו התנאים לאישור הסדר הפשרה בתובענה המוקדמת. בית הדין קבע כי מאחר שהפעולות המפורטות בסעיפים 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות לא נעשו לגבי ההסדר בבקשה הקודמת לאישור תובענה ייצוגית, אין לומר שהבקשה הקודמת לאישור תובענה כייצוגית נסתיימה בהסדר פשרה. משכך, לא ניתן לבסס עליו טענה בדבר מעשה בית דין, השתק פלוגתא או השתק עילה.

בעניין זה הציע אלון קלמנט, בצדק, כי האפשרות לתביעה חוזרת תוגבל לתובענה ייצוגית בלבד, כדי למנוע תקיפות חוזרות ונשנות בתובענות אינדיבידואליות שיטילו עלויות מיותרות על הנתבע ועל מערכת המשפט ועלולות להביא לסחטנות מצד תובעים אינדיבידואליים.²³⁹

4. המועדים להגשת ערעור או בקשה לרשות ערעור

המועד להגשת ערעור על פסק דין בתובענה ייצוגית הוא 45 ימים.²⁴⁰ המועד להגשת בקשת רשות לערער על החלטה אחרת בהליך של תובענה ייצוגית הוא 30 ימים.²⁴¹ מועדים אלה חלים הן בבתי המשפט הרגילים, הן בבית המשפט לעניינים מנהליים.²⁴²

- 237 להרחבה ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 91–95.
- 238 בש"א (מחוזי ים) 1498/09 ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' צ'רטקובסקי (פורסם בנבו, 4.11.2009). החלטה זו צוטטה בהסכמה במסגרת ת"א (מחוזי ת"א) 2033/00 שגיב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 30.11.2009).
- 239 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 93–94. תופעה זו אפשרית רק כשמדובר בתביעות פרטניות גדולות יחסית, שכונו בארצות-הברית Positive value class actions. כאמור, במקור מכשיר התובענה נועד לטפל במצב שבו יש לתביעה הפרטנית ערך נטו שלילי (Negative value class actions), דהיינו: כאשר שווי התביעה כפול הסיכוי לזכות בה נמוך מהעלויות הכרוכות בניהולה. במקרה כזה לא תוגש תביעה פרטנית. להבדיל, תביעה בעלת ערך נטו חיובי תוגש לבית המשפט גם כששיטת המשפט אינה כוללת תובענות ייצוגיות. להרחבה בעניין זה ראו Coffee, Regulation of Entrepreneurial Litigation, supra note 85, at 904–06; Martin H. Redish & Clifford W. Berlow, The Class Action as Political Theory, 85 WASH. U. L. REV. 753, 762–63 (2007).
- 240 תק' 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 ותק' 297 לתקנות סדר הדין האזרחי.
- 241 תק' 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 ותק' 399 לתקנות סדר הדין האזרחי.
- 242 תק' 19(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

5. בקשה להארכת מועד להגשת ערעור או בקשה לרשות ערעור

בפרק קודם בספר נדונה הפסיקה שקבעה את השיקולים המדריכים את בית המשפט בבקשה להארכת מועד להגשת ערעור או בקשת רשות ערעור.²⁴³ בין היתר ראינו שכאשר הארכת המועד עשויה להשפיע על צדדים שלישיים שאינם מיוצגים בהליך – כמו, למשל, בבקשה להשיג על החלטה בעניין תובענה ייצוגית – יש לייחס משקל גם לאינטרס של אותם צדדים.²⁴⁴ על כן, כאשר בית המשפט שוקל אם לקבל בקשה להארכת מועד כאמור, יש מקום להתחשב בעובדה שהתובע הייצוגי מייצג אינטרסים של כלל חברי הקבוצה ולא רק את האינטרסים האישיים שלו.

6. ראיות נוספות בערעור על החלטה לאשר או לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית

כאשר ערכאת הערעור בוחנת החלטה, על פי רוב נמצא לפניו תיק המוצגים שהיה לפני הערכאה הדיונית שנתנה את ההחלטה. ברגיל, חומר זה בלבד²⁴⁵ משמש את ערכאת הערעור לבחינה של החלטה²⁴⁶ והיא אינה מקבלת ראיות שלא היו לפני הערכאה הדיונית.²⁴⁷ עם זאת, במקרים חריגים המערער רשאי להביא ראיות נוספות בשלב הערעור, בכפוף לאישור ולתנאים שנקבעו בתקנות ובפסיקה.²⁴⁸

תקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כלל וחריג: הכלל הוא שאין לבעל דין בערעור זכות להביא ראיות נוספות;²⁴⁹ החריג הוא שיש נסיבות שבהן תותר הבאת ראיות כאלה לפי שיקול דעתה של ערכאת הערעור. החריג כולל שני תת-חריגים: ספציפי וכללי. החריג הראשון, הספציפי, נוגע למצב שבו סירבה הערכאה הראשונה שלא כדין לקבל ראיה שהייתה צריכה לקבל;²⁵⁰ החריג השני, הכללי, נוגע למצב שבו שוכנע בית המשפט "שכדי לאפשר לו מתן פסק דין, או מכל סיבה חשובה אחרת, דרושה הצגת מסמך או חקירת עד".²⁵¹

-
- 243 ראו דיון לעיל בפרק 5.
- 244 רע"א 8335/10 יקירביץ נ' תרימה מוצרי רפואה ישראלים בע"מ, פס"ד 6 (פורסם בנבו, 25.1.2011).
- 245 ע"א 989/06 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' קר-פרי חולון בע"מ, תק-על 1180 (1)2007 (בעל דין רשאי לצרף מסמכים לתיק מוצגים בערעור רק אם התקבלו כדין כראיה בערכאה הדיונית או בהחלטה על הגשת ראיות נוספות של בית משפט שלערעור).
- 246 תק' 453 לתקנות סדר הדין האזרחי.
- 247 תק' 457(א) רישה לתקנות סדר הדין האזרחי.
- 248 תק' 457(א) סיפה לתקנות סדר הדין האזרחי.
- 249 ע"א 19/82 וקסמן נ' גותן, פ"ד לח(1) 553 (1984).
- 250 ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 243–244 (1984).
- 251 תק' 457(א) לתקנות סדר הדין האזרחי; ע"א 339/86 ארל אורינט שיפינג קומפני נ' או.טי.סי. אויל טריידינג קומפני, פ"ד מב(1) 506 (1988). לדיון מפורט במבחנים שנקבעו בפסיקה, ראו לעיל פרק 10.

סקירה של ההחלטות שניתנו במסגרת תובענות ייצוגיות בעניין צירוף של ראיות נוספות בערעור מראה כי בתי המשפט משתמשים במבחנים הנהוגים בהליכים "רגילים" ואינם מתייחסים כלל לייחודו של הליך.²⁵² אולם, לאור המטרות של חוק תובענות ייצוגיות – ובהן הרצון לשפר את ההגנה על זכויות חברי הקבוצה וכן ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות²⁵³ – יש לשקול מבחן מקל לעניין צירוף ראיות נוספות בשלב הערעור. בית המשפט העליון קבע זה מכבר דין מהותי מיוחד לתובענה ייצוגית;²⁵⁴ קל וחומר שניתן לעשות כן בעניין פרוצדורלי כגון צירוף ראיות נוספות בערעור.

אין לומר שבכל מקרה יש לאפשר הגשה של ראיות חדשות בשלב הערעור, אלא שיש לשקול בחיוב בקשות כאלה כדי להגן על חברי הקבוצה – שלא יצאו נפסדים עקב מחדל של עורך-הדין המייצג את הקבוצה, שלא הם בחרו ולא הם ייפו את כוחו לייצג אותם.

ח. במקום סיכום

בפרק זה נדון הערעור בהליך דיוני ייחודי – הליך התובענה הייצוגית. שורטטה המגמה הכללית בישראל בשנים האחרונות, שבמסגרתה בחרו המחוקק ובית המשפט העליון לצמצם את זכות הערעור על החלטות ביניים, כולל על החלטה לאשר תביעה כתובענה ייצוגית. בפרק זה הוצגה הבעייתיות הנובעת ממגמה זו והוצע כי לאור מאפייניה הייחודיים של התובענה הייצוגית ראוי לקבוע מבחנים מקלים למתן רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה כייצוגית.

דברים אלה עולים בקנה אחד עם המגמה בארצות-הברית ועם חשיבותו המיוחדת של הערעור כאמצעי בקרה חשוב בהקשר של התובענה הייצוגית. חשיבות זו נובעת בעיקר מהפוטנציאל המוגבר לשימוש לרעה בתובענה הייצוגית בשל היותה "נשק לא קונבנציונלי"; חשש נוסף נוגע לשיבוש ההרתעה של הליך התובענה הייצוגית אם יינתנו החלטות שגויות שלא יוכלו לבוא על תיקונן במסגרת ערעור.

252 ראו, למשל, ע"א 3690/07 ירדני נ' **בנק הפועלים בע"מ** (פורסם בנבו, 31.8.2009); ע"א 7414/08 תרו **תעשייה ורקחית בע"מ נ' Sun Pharmaceutical Industries Ltd** (פורסם בנבו, 7.9.2010); ע"א 5378/11 **פרנק נ' אולסיל** (פורסם בנבו, 10.5.2012).

253 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם ענין **יהב**, לעיל ה"ש 34, פס"ב (בית המשפט קבע כי לעניין הגדרת "לקוח" יש להתחשב במטרות החוק כפי שפורטו בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות). ראו גם קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 32 (לאורך המאמר התייחס הכותב לדרך שבה יש לבחון את סעיפי החוק בהתאם לסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות הקובע את מטרותיו).

254 ע"א 345/03 **רייכרט**, לעיל ה"ש 87 (הנשיאה ד' ביניש קבעה כי כאשר דנים בתובענה ייצוגית בניירות ערך אין מקום לדבוק בכלל האחריות ההדדית של "יחד ולחוד", וזאת לשם הגשמת התכליות המיוחדות של דיני התובענה הייצוגית).