



בבית המשפט העליון

רע"א 3698/11

ע"א 9244/12

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ס' גיוראן
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המבקשות ברע"א 3698/11 :
1. שלמה תחבורה (2007) בע"מ
2. השכרת רכב שלמה (1987) בע"מ

המערערים בע"א 9244/12 :
יוליה גליזר ואח'

נ ג ד

המשיבים ברע"א 3698/11 :
1. ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ
2. דביר גליזר
3. יוליה גליזר
4. אלמוג טל בן חמו
5. ירון אופק

המשיבה בע"א 9244/12 :
דומיקאר בע"מ

המבקשת להצטרף :
הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית
הוגנת (ע"ר 580490902)

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד (השופטת א' שטמיר) בת"צ 13354-12-08 שניתנה ביום
31.3.11; וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל
אביב (השופט הבכיר י' פרגו) בת"צ (מחוזי תל-אביב)
2370/08 שניתן ביום 7.11.12.

תאריך הישיבה : י"ח בתמוז תשע"ה (5.7.15)

בשם המבקשות ברע"א 3698/11 : עו"ד חגית בלייברג; עו"ד רועי פדל

בשם המשיבים ברע"א 3698/11 : עו"ד עמית מנור; עו"ד יוקי שמש

בשם המערערים בע"א 9244/12 : עו"ד עדי מוסקוביץ

בשם המשיבה בע"א 9244/12 : עו"ד יהודה רוזנטל, עו"ד אהרון מיכאלי

בשם היועץ המשפטי לממשלה : עו"ד יואב שחם

בשם המבקשת להצטרף (הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה

כלכלית הוגנת) : עו"ד אסף פינק

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. לפנינו שני תיקים אשר נשמעו יחד נוכח עניינם המשותף: בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז (השופטת א' שטמך) מיום 31.3.2011 בת"צ (מחוזי מרכז) 13354-12-08 לקבל את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשות (רע"א 3698/11); וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופט הבכיר י' פרגו) מיום 7.11.2012 בת"צ (מחוזי תל-אביב) 2370/08, בו הוחלט לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבות באותו עניין, בנסיבות דומות (ע"א 9244/12). ענייננו בגדרי המותר והאסור בהגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית; ובפרט, שאלת השפעת התנהלותם של התובע המייצג ובא כוחו על קבלת הבקשה. יצוין כי שמיעת הערעורים החלה בכל תיק בנפרד, בשני הרכבים שונים, ולאחר מכן הוחלט לדון בתיקים יחד בהרכב מורחב של שופטי בית משפט זה.

רקע

ב. בחודש דצמבר 2008 הוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברות השכרת הרכב שלמה תחבורה (2007) בע"מ והשכרות רכב שלמה (1987) בע"מ (להלן שלמה); הבקשה הוגשה על-ידי עו"ד ירון אופק, עו"ד דביר גליזר ובת זוגו יוליה גליזר; וכן על-ידי עו"ד אלמוג טל בן חמו, אשר התמחה באותה עת במשרדו של עו"ד דביר גליזר, ועל-ידי ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ הנמצאת בבעלותם של עו"ד דביר גליזר ועו"ד רותם חנניה (להלן כולם יחד שאמגר). ההחלטה שניתנה בעקבות הבקשה לאישור התובענה הייצוגית (להלן הבקשה הראשונה) היא העומדת בבסיס בקשת רשות הערעור ברע"א 3698/11.

לפי הנטען בבקשה הראשונה, עת החזירו לקוחות שלמה, ובהן שאמגר, את כלי הרכב ששכרו מהם, גבו שלמה מחיר מופרז בעבור מילוי מיכל דלק, החורג בהרבה מעלות הדלק עצמו.

ג. בהמשך לכך נטען, כי במהלך החודשים מאי – אוגוסט 2008 שכרה ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ כלי רכב מאת שלמה על בסיס חודשי, ובמהלך תקופה זו חויבה 7 פעמים בגין מילוי מיכל הדלק ביתר עת השיבה את כלי הרכב לשלמה; וכי בחודשים נובמבר-דצמבר 2008 שכרו יתר המבקשים לשמש כתובעים מייצגים כלי רכב משלמה

במועדים שונים וחויבו גם הם ביתר בגין מילוי מיכל הדלק עת השיבו את כלי רכבם לשלמה. אין חולק כי בחוזה ההשכרה עצמו – בסעיף 3.1.1 – נרשם כי השוכר "מתחייב להשיב את הרכב עם מיכל דלק מלא, שאחרת יחויב בתשלום נוסף בגין מילוי מיכל הדלק על פי תעריף המשכירה"; אלא שגם אין מחלוקת כי התעריף אותו גבו שלמה בפועל מן השוכרים גבוה בהרבה מעלותו של דלק בתחנות דלק – 40% מעל המחיר ללקוחות עסקיים ו-128% מעל המחיר ללקוחות פרטיים. לטענת שאמגר, המחיר הוסה כחשבונית באופן המקשה על השוואת המחיר לזה שנגבה בתחנות הדלק; ובנוסף נגבה למעשה כפל מע"מ, הן על-ידי חברות הדלק הן על-ידי שלמה. משכך, ביקשו שאמגר להגדיר את הקבוצה כ"כל אדם ו/או תאגיד אשר שילם למי מבין המשיבות, במהלך שבע השנים האחרונות, תשלומים בגין מילוי מיכל דלק ברכב אותו שכר".

ד. יומיים לאחר הגשת הבקשה הראשונה בבית המשפט המחוזי מרכז, פנו שאמגר, בהרכב שונה אך במקצת, להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נוספת, בעניין דומה, בבית המשפט המחוזי בתל אביב; פסק הדין שניתן בתובענה זו עומד בבסיס הערעור בע"א 9244/12. בקשה זו (להלן הבקשה השנייה) הוגשה על-ידי יוליה גליזר ועו"ד אלמוג טל בן חמו, אשר כזכור הגישו גם את הבקשה הראשונה, ובנוסף על-ידי איתן אהרון (להלן כולם יחד גליזר); לשם הנוחות, יכוננו שאמגר וגליזר יחד כתובעים); באי הכוח היו עו"ד דביר גליזר, אשר כזכור ביקש לשמש כתובע מייצג בבקשה הראשונה, וכן עו"ד רותם חנניה, אשר כאמור החזיקה בבעלותה, יחד עם עו"ד דביר גליזר, את חברת ש.א.מ.ג.ר אשר הייתה גם היא בין המבקשות בבקשה הראשונה. המשיבה בתיק התל-אביבי הייתה חברת השכרת הרכב דומיקאר בע"מ (להלן דומיקאר).

לפי הנטען בבקשה השנייה, לאחר שהחזירו לקוחות דומיקאר את הרכבים ששכרו ממנה, גבתה מהם דומיקאר בעבור מילוי מיכל דלק מחיר מופרז החורג בהרבה מעלות הדלק עצמו. גם כאן, נטען בעיקר כי אף שהחוזה בין הצדדים איפשר זאת, המחיר היה גבוה באופן מופרז מתעריף חברות הדלק; וכי נגבה בעבור הדלק כפל מע"מ. בנוסף נטען כי דומיקאר חייבה את גליזר בגין כמויות יתר של דלק.

ה. לשם שלמות התמונה ואף שהליך זה אינו בפנינו, יצוין כי באותו יום בו הוגשה הבקשה הראשונה, הוגשה בקשה נוספת לבית המשפט המחוזי בתל אביב (ת"א 2351/08), גם היא הסבה עצמה על עילות דומות, וגם המבקשים בה הם יוליה גליזר ועו"ד אלמוג טל בן חמו, אשר לקחו חלק כאמור בשתי הבקשות הקודמות; ובאי כוחם היו עו"ד דביר גליזר ועו"ד רותם חנניה, הזכורים גם הם מן ההליכים הקודמים.

התביעה הוגשה נגד חברת השכרת הרכב י.ד. רכב ותחבורה בע"מ ובהמשך צורפה גם חברת השכרת רכב אלדן תחבורה בע"מ כמשיבה. ההליך הסתיים בפסק דין שניתן על-דרך הפשרה, בו נפסקו לטובת התובעים המייצגים סכום של 45,000 ₪; ולטובת באי כוחם סכום של 130,000 ₪ (ראו פסק דינה של השופט ד"ר ד' פלפל מיום 22.9.11). במסגרת ההסדר תוקן חוזה ההתקשרות בין המשיבות דשם לציבור לקוחותיהן העתידיים; לא נפסק סעד כספי בגין נזקיה הלכאוריים של הקבוצה, משנמצא, בהסתמך על חוות דעת כלכלית, כי ספק אם אלה קיימים.

ו. אקדים ואומר, כי הגעתי לכלל למסקנה לפיה יש להיעתר לבקשת רשות הערעור ברע"א 3698/11, לדון בה כערעור ולקבלו, ומנגד אין להיעתר לערעור בע"א 9244/12; דהיינו, בשורה התחתונה, יידחו שתי הבקשות לאישור התובענות כייצוגיות. כפי שיורחב בהמשך, הטעם המרכזי לכך הוא האופן בו פעלו המבקשים ובאי כוחם בהגישם את הבקשה הראשונה והשניה – השלישית אינה בפנינו – לבתי משפט שונים, ללא יידוע בתי המשפט בהגשת מספר בקשות באותו עניין. משכך, לא ארחיב באשר לטענות המבקשים לגוף הבקשות לאישור התובענות הייצוגיות, ולא על ההחלטות השיפוטיות ככל שהן עוסקות בכך. יש לראות תוצאה מוצעת זו כתרומה ל"תרבות התובענות הייצוגיות", הנמצאת בעיצוב, ולמיקוד האיזון בין תכליתן המהותית בה רצה המחוקק לתכליות של גמול ושכר טרחה – שהם ראויים כתמריץ במקומם ובמידתם – בחינת ניב המשפט העברי "תפשת מרובה לא תפשת – תפשת מועט תפשת" (בבלי ראש השנה ד', ב').

פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים

ת"צ (מחוזי מרכז) 13354-12-08 (הבקשה הראשונה)

ז. בית המשפט המחוזי מרכז (השופטת א' שטמר) מצא לקבל את הבקשה הראשונה ואישר את הגשת התובענה כייצוגית. אשר לטענה כי שאמגר פעלו מתוך תמריץ כלכלי לשם הגשת הבקשה, נקבע כי אין פסול בתמריץ לכשעצמו, שכן זה תומך באינטרס הציבורי אותו מבקשת התובענה הייצוגית ככלל להגשים. בהמשך לכך נקבע, כי איסוף הראיות על-ידי שאמגר נועד לבסס את העילה בגינה הוגשה הבקשה, ומכאן אין בו פגם. אמנם, נקבע כי ראוי היה ששאמגר, במיוחד בהיות חלקם עורכי דין, יגלו את מלוא הפרטים בתצהיר אותו הם מגישים לבקשה לאישור התובענה הייצוגית; אולם בנסיבות נמצא כי אין בפגם זה כדי לשמוט את הקרקע תחת הבקשה עצמה. בנוסף, בית המשפט דן בטענות לגוף הבקשה – תנאי מקפח בחוזה אחיד, הפרת חוזה ועשיית עושר

שלא במשפט – ומצא כי בנסיבות המקרה, אלה מצדיקות אישור התובענה כייצוגית; אשר להוצאות, חייב בית המשפט את שלמה בתשלום בגובה 20,000 ₪.

עוד ציין בית המשפט, כי לאחר הגשת התובענה שינו שלמה את סעיף 3.1.1 בהסכם השכירות, באופן המבהיר את גובה התשלום בעבור מילוי מיכל הדלק על-ידן; אלא שנמצא כי אין בכך כדי להשפיע על בירור התובענה, וזאת כדי למנוע "הפרות יעילות" של הדין מצד בתי-עסק הנדרשים לריפוי פגמים כאלה ואחרים אך נוכח הליכים משפטיים, ותוך תמרוץ-חסר של הגשת תובענות ייצוגיות ראויות.

ת"צ (מחוזי תל-אביב) 2370/08 (הבקשה השניה)

ח. בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט הבכיר י' פרגו) מצא לדחות את הבקשה השניה להגשת התובענה כייצוגית. תחילה, נדרש בית המשפט לשתי הבקשות הנוספות שהגישו גליזר ובאי כוחם, עליהן עמדנו מעלה, וקבע כי די בביזור הבקשות, הדומות במהותן, בין בתי המשפט השונים, מבלי להודיע לבית משפט אחד על הבקשה המתבררת בבית המשפט האחר, כדי להביא לדחיית הבקשה השניה. עוד נקבע, כי העובדה שגליזר התקשרו עם דומיקאר אך לשם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית באותו עניין, שוללת את העילות בגינן הוגשה הבקשה. בית המשפט נדרש להחלטתה האמורה של השופטת שטמר ובפרט לאיסוף הראיות על-ידי המבקשים, בו כאמור לא מצאה פגם השופטת שטמר; וציין כי עמדתו מנוגדת לעמדתה. נקבע, כי מקום בו המבקש מפר במודע את חוזה ההשכרה כדי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בסוגיה, עולה הדבר כדי חוסר תום לב והגינות, הנדרשים לשם הגשת תובענה ייצוגית, מכוח סעיף 8 לחוק; ולכך יש להוסיף כאמור את הגשת הבקשות המבוזרות, אשר יש בה כדי להוסיף על חוסר תום ליבם והגינותם של המבקשים ובאי כוחם. בנוסף לאלה נדרש בית המשפט המחוזי, מעבר לצורך, גם לגוף עילות התביעה, ומצא לדחות. בית המשפט דחה איפוא את הבקשה, תוך חיוב המבקשים בהוצאות בגובה 50,000 ₪.

טענות הצדדים

רע"א 3698/11 (הבקשה הראשונה)

ט. בבקשת רשות הערעור נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא דחה את הבקשה הראשונה נוכח היעדר תום ליבם של שאמגר. לפי הנטען, בכך ששאמגר אספו באופן יזום ראיות כנגד שלמה, ולא גילו את מלוא העובדות בתצהיר, וכן בכך שמטרת פעולתם היתה אך להעשיר את כיסם הפרטי – עולה הדבר כדי חוסר תום לב המצדיק

מחיקת הבקשה. כן נטען כנגד עילות אישור הבקשה לגופן, אולם – כאמור – נוכח התוצאה אליה הגעתי איני רואה צורך להרחיב על כך. בסיכום הדברים נטען, כי כיון שהשאלות נשוא בקשת רשות הערעור פשוטות באופן יחסי, ואילו בירור התובענה לגופה יצריך השקעת זמן ומשאבים גדולה מאוד, ראוי להידרש לבקשת רשות הערעור מבלי להמתין לפסק דין סופי בתובענה הייצוגית לגופה.

י. שאמגר מתנגדים לבקשת רשות הערעור. לשיטתם, לא נפל פגם באופן בו ניתח בית המשפט המחוזי את העילות המבססות את התובענה הייצוגית, ומכל מקום אין מקום להתערבותו של בית משפט זה בשלב המקדמי של אישור הבקשה הראשונה, טרם דיון בתובענה לגופה. אשר לטענות בדבר חוסר תום לב נטען, כי אלה אינן מבוססות, וכי בית המשפט המחוזי ציין מפורשות שאין באיסוף ראיות לשם ביסוס התובענה לעלות כדי חוסר תום לב שיש בו לדחות את הבקשה.

ע"א 9244/12 (הבקשה השנייה)

יא. נטען בערעור, כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שמצא לדחות את הבקשה נוכח התנהלות גליזר ואי-יידועו של בית המשפט האחד בהליכים המתנהלים בבית המשפט האחר; כך, שכן אין מדובר בתובענות זהות, ומכאן כי לא היה צורך ביידוע. עוד נטען, כי ההסכמים האחידים שנחתמו בין החברות נשוא הבקשות השונות לבין לקוחותיהן שונים בין חברה אחת לאחרת, וישנם פערים ניכרים בין המחירים שגבו כל אחת מן החברות בגין מילוי מיכל הדלק, ולכן לא ניתן היה להגיש את שלוש הבקשות יחד ולא ניתן היה לדון בהן במאוחד. עוד נטען, כי כל אחת מן החברות נשוא הבקשות השונות ידעה על הבקשות המתנהלות במקביל, והן בחרו שלא לציין זאת בפני בית המשפט, שכן לא היה להן אינטרס לאחד את הדיונים. עוד טוענים גליזר, כי לא היה מקום לקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה האופן בו פעלו לביסוס טענותיהם, תוך איסוף ראיות כנגד דומיקאר, עולה כדי חוסר תום לב שיש בו לדחות את הבקשה. ראשית נטען בהקשר זה, כי לפחות חלק מן המקרים שהובאו בבקשה השניה הם מקרים שנבעו מתוך צורך אמתי ולא מתוך כוונה להגיש תובענה ייצוגית ועשיית רווחים גרידא; ומכל מקום, אין בעצם איסוף הראיות כפי שנעשה כדי להביא למסקנה שגליזר חסרי תום לב. בהקשר זה נטען, כי בהינתן קיומה של עילת תביעה "טובה" אצל אחד מהתובעים המייצגים, איסוף הראיות הנוסף נדרש לשם ביסוס העילה, ולשיטתם אין לקבוע כי הוא מכתים את בקשת האישור בחוסר תום לב שיש בו כדי להביא לדחייתה. לסיכום נטען בהקשר זה, כי דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית אך נוכח התנהלות התובע המייצג או בא הכוח הוא סעד חריג, וככלל, אין להורות מטעם זה בלבד על

דחיית הבקשה, אלא יש להורות על החלפת התובע המייצג או בא כוחו. עוד נטען כי לא היה מקום לדחות את הטענות לגופן, משנמצא להן ביסוס משפטי ועובדתי כדבעי.

יב. לטענת דומיקאר אין מקום להיעתר לערעור, משלא נפל פגם בממצאיו של בית המשפט המחוזי. לעניין התנהלותם של גליזר, נטען כי מדובר בהתנהלות חסרת תום לב, משגליזר פעלו באופן מחושב לשם יצירת עילות תביעה, מבלי שהיה בכוונתם לעשות שימוש ברכבי דומיקאר; ובהמשך הגישו שלוש תובענות נגד חברות השכרה שונות בעילות דומות לבתי משפט שונים בסמיכות, מבלי לידע את המותבים השונים על קיומן של התובענות. כן נטען בהקשר זה, שמטרת גליזר היתה ליצור מיסוך בין המותבים השונים, כדי להגדיל את האפשרות שמא מי מבין המותבים יאות לקבל את הבקשה ולאשר את התובענה כייצוגית, גם אם מותב מקביל לו יסרב.

עמדת המבקשות להצטרף כידיד בית המשפט

יג. ביום 1.7.15 הוגשה בקשה להצטרפות כידידת בית המשפט מטעם "הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת" (להלן תנועת הצלחה); יוער, כי כפי שצוין בהגינות בבקשה, אחד מבאי כוח התנועה מנהל בעצמו הליך נגד חברה אחרת להשכרת רכב, בעילות דומות לאלה נשוא ענייננו, ומכאן כי יש לבחון את העמדה בקב חומטין מתבקש. לעמדת התנועה, יש לקבל את הערעור ולדחות את בקשת רשות הערעור, דהיינו לאשר את שתי התובענות הייצוגיות. אשר לטענת איסוף הראיות נטען, כי מדובר בשלב חשוב בביסוס הבקשה, ועל כן זהו חלק מתפקידו של התובע המייצג ובא כוחו; במסגרת זו, לפי הנטען, על המבקש ובא כוחו לבצע בדיקות יזומות שמטרתן לבחון האם המקרה בו נתקלו הוא חריג, או שמא משקף דפוס פעולה חוזר. הודענו למבקשת כי נשמע את דבריה ובכך נסתפק.

הדיון

יד. הדיון בתיקים נשוא ענייננו בבית משפט זה כלל מספר מהלכים. תחילה, נדון כל תיק בנפרד בפני הרכב שונה. בדיון שנערך ברע"א 3698/11 מיום 3.9.12 (הנשיא גרוניס, השופט פוגלמן והשופטת ברק-ארז), טרם נודע לבית משפט זה על עצם קיומו של ההליך הנוסף שהתנהל כאמור בבית המשפט המחוזי בתל אביב וטרם ניתן פסק דינו של השופט פרגו (מיום 7.11.12), הסכימו הצדדים להצעת בית המשפט לבוא במגעיים לפשרה, ולצורך זה מונה מומחה שיבחן את פעולות שלמה הנוגעות לתדלוק הרכבים בתקופה הרלבנטית. ביום 30.7.14 נערך דיון נוסף באותו התיק בפני הנשיא

גרוניס, השופט מלצר והשופט פוגלמן, בסופו הודיעו הצדדים כי המגעים לפשרה לא הסתיימו. ביום 5.1.15 נערך דיון בע"א 9244/12 בפניי ובפני השופטים דנציגר וסולברג, וביום 14.1.15 הוחלט כי שני התיקים יידונו יחד בהרכב מורחב.

יה. בדיון בהרכב המורחב מיום 5.7.15 הדגישה באת כוח שלמה, שהסוגיה העיקרית, לפי הנטען, המתעוררת בתיקים נשוא ענייננו היא סוגיית תום ליבם של התובעים ובאי כוחם, בכך שהגישו 3 תובענות דומות ביסודן לשני בתי משפט, מבלי יידוע המותבים השונים על קיומם של הליכים מקבילים. עוד הודגש, כי בשונה מן המקרה שנדון בע"א 8037/06 שי ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ (2014) (להלן עניין פרינר) (עליו יורחב בהמשך), בענייננו אין המדובר רק בשאלה של ייזום תובענה ייצוגית על-ידי עורך דין, אלא בעורך דין המביא את לקוחותיו להפר הסכם שעליו הם חתומים, ובנוסף מסתיר קיומן של תובענות נוספות שהוגשו לבתי משפט בהליכים מקבילים. בשם דומיקאר נטען, כי גליזר פעלו בניגוד להוראת סעיף 5(2) לחוק תובענות ייצוגיות, בכך שלא הודיעו לבית המשפט על קיומם של הליכים דומים המתנהלים במקביל להליך נשוא העניין, ויש בכך כדי לחזק את העובדה כי פעלו בחוסר תום לב. עוד נטען, כי אין מחלוקת שהמניע הכלכלי בהגשת תובענה ייצוגית לכשעצמו אינו פסול, אולם דווקא ההכרה בלגיטימיות של מניע כלכלי מחייבת את בתי המשפט בפיקוח הדוק יותר על התובעים המייצגים ובאי כוחם, ובחינת תום ליבם בהתאם. לכן, משנמצא בענייננו כי אלה האחרונים פעלו בחוסר תום לב קיצוני, תוך הסתרת העובדות בתצהיריהם, אין די בהפחתת שכר הטרחה והגמול או בהחלפת התובע המייצג, אלא יש לדחות את התובענה.

יו. בשם שאמגר נטען, כי שלוש הבקשות שהוגשו שונות זו מזו, ולכן לא היה מקום להגישן יחד, באמצעות אותו תובע מייצג ולאותו בית משפט. עוד נטען, כי אף אם ייקבע ששאמגר פעלה בחוסר תום לב, הפתרון לכך אינו דחיית הבקשה אלא החלפת התובע המייצג או הפחתת הגמול או שכר הטרחה. בא כוח גליזר – אשר לא ייצג אותם בהליך בבית המשפט המחוזי – טען, כי התמקדות בסוגיית תום הלב תחזיר את מוסד התובענות הייצוגיות לאחור, טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, שכן החברות הגדולות ישכרו חוקרים פרטיים כדי להראות שמבקש פלוני או בא כוחו פעלו בחוסר תום לב; כך יורתו רבים מהגשת בקשות מעין אלה, כאשר מעיקרא פערי הכוחות בין הצדדים גדולים. מכאן נטען, בדומה לטענת בא כוח שאמגר, כי הפתרון צריך להתבטא בהפחתת הגמול או שכר הטרחה ולא דחיית התובענה. בשם תנועת הצלחה נטען, כי אין באיסוף הראיות על-ידי התובע המייצג ובא כוחו כדי להצדיק דחיית תובענה ייצוגית,

שכן מדובר בפעולות הכרחיות לשם ביסוס התובענה. אשר להגשה המבוזרת נטען, כי אף שהדבר יכול לעלות כדי פגם בהגשת הבקשה, אין הדבר מצדיק דחייתה, אלא לכל היותר החלפת התובע המייצג.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

יז. נוכח חשיבות הסוגיות שעל הפרק וההכרעות הסותרות, ביקשנו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. תחילה השמיע בא-כוח היועץ את עמדתו בעל פה בדיון לפנינו, ובהמשך הגיש עמדה סדורה בכתב. בעמדת היועץ מיום 9.11.15 נטען, כי אין בעצם הגשתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית למטרות רווח, ואף לא תוך ייזום עילות תביעה, כדי להצדיק דחייה או מחיקה של הבקשה, שכן התמריץ הכלכלי הוא שעומד בבסיס התובענה הייצוגית. עוד נטען בהקשר זה, כי ככל שבית המשפט מבקש להביע את מורת רוחו מהתנהלות התובע המייצג או בא כוחו, הדרך ההולמת לעשות זאת, תהא ככלל באמצעות הפחתת הגמול ושכר הטרחה, ולא באמצעות דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

אשר לשאלת ההשלכות של הגשת תביעות מבוזרות נטען, כי כאשר מדובר במספר בקשות שעניינן דומה הדבר עשוי לעלות כדי פגם בהגשת הבקשות; ואולם, ההשלכות של ההגשה המבוזרת צריכות להתברר בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, כאשר אין בכך כדי להביא בהכרח לדחיית התובענה הייצוגית. היועץ נמנע – וטעמיו עמו – מהבעת דעה בענייננו הקונקרטי, דהיינו האם יש בהתנהלות התובעים בענייננו כדי להביא לדחיית התובענות הייצוגיות. בנוסף הובעה עמדת היועץ לגוף הטענות, אולם כאמור, נוכח התוצאה אליה הגעתי, לא אכביר דברים על כך.

יח. ביום 27.1.16 הוגשו תגובות הצדדים לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. בתגובת שלמה נטען, כי עמדת היועץ אינה נותנת את המשקל הראוי לכך שענייננו בנסיבות קיצוניות במיוחד, העולות כדי "יזמות חורגת" וחוסר תום לב קיצוני המצדיקים דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית; כך, בין היתר, מן הטעם שהתובעים ביזרו את בקשות האישור – כאמור, שלוש במספר – בין שני בתי משפט, וכך הביאו בסופו של יום להכרעות סותרות בתובענות דומות עד מאוד. בתגובת דומיקאר נטען, כי היועץ המשפטי לממשלה מעניק משקל יתר לטובת הקבוצה על פני שיקולים רלבנטיים נוספים, תוך קיפוח זכויותיהם של משיבים לבקשות אישור. בהמשך לכך נטען, כי מכל מקום אין בעמדת היועץ כדי לשנות מקביעת בית המשפט המחוזי לפיה יש לדחות את הבקשה במקרה הפרטני, שכן הנסיבות החריגות בענייננו,

כפי שציינן בית המשפט המחוזי, עולות כדי חוסר תום לב קיצוני אשר די בו לדחות את הבקשה.

מנגד, שאמגר סבורים כי עמדת היועץ ראויה, וכי עולה ממנה שאין בהתנהלותם כדי להביא לדחיית הבקשה לתובענה הייצוגית נשוא ענייננו. כך, שכן אף אם מניע כלכלי עמד בבסיס הבקשה ואף אם עורכי הדין פנו ללקוחות מיוזמתם, כפי שציינן היועץ אין בכך כדי להביא לדחיית הבקשה. אשר להגשה המבוזרת של הבקשות נטען, כי הבקשה נשוא ההליך היא הראשונה בזמן ולכן לעניין אישורה אין חשיבות לכך שלאחר הגשתה הוגשו בקשות אחרות.

הכרעה

יט. ענייננו בשאלה בתחום הרחב של תובענות ייצוגיות, הנוגעת להשפעת התנהלותם של התובע המייצג ובא כוחו על קבלת בקשה לאישור תובענה כייצוגית. ספציפית עלתה השאלה – האם נפלו פגמים באופן בו פעלו התובעים ובאי כוחם בענייננו, ואם התשובה לכך בחיוב, האם יש בפגמים אלה כדי להביא לדחיית הבקשות או שמא די בהפחתת גמול ושכר טרחה. אקדים ואומר כי לשיטתי, התנהלות התובעים ובאי הכוח בהליכים השונים עולה כדי חוסר תום לב קיצוני, ומטילה ספק בדבר יכולתם של באי הכוח לייצג באופן הולם את הקבוצות במקרה דנא, ומכאן כי אין מקום להמשך בירור התובענות כייצוגיות. כאמור מעלה, ענייננו באיזון הראוי ב"תרבות התובענות הייצוגיות", שאלה הנדרשת, מחד גיסא, לכך שיש צורך ב"מנוע כלכלי" להנעת תובענות ייצוגיות כמכשיר חברתי שהמחוקק רצה בו, שמהותו גמול ושכר טרחה, ומאידך גיסא לשאלה האם יש לתמוך ב"תעשיית תובענות ייצוגיות" שעיקרה אינו "תיקון עולם" חברתי, אלא גמול ושכר טרחה, והיכן קו הפדות. אסביר להלן את עמדתי.

תכליתו הציבורית של חוק תובענות ייצוגיות

כ. ברי כי המחוקק, בחוק את חוק תובענות ייצוגיות ועוד לפני כן, ראה חשיבות במוסד זה לשם קידום אינטרסים חברתיים וכלכליים כאחד. התובענה ייצוגית באה לקבץ תחתיה כמות גדולה של אינדיבידואלים להם נגרם נזק כתוצאה מפעילות מסוימת של נתבע, אולם הנזק הקונקרטי של כל אחד מחברי הקבוצה לרוב אינו מספיק לשם הגשת תובענה אישית לבית המשפט המוסמך, על כל ההוצאות הכרוכות בכך (ס' דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט (1) 9, 21 (התשס"ה) (להלן דויטש); מ' בר-ניב "גבולה של התובענה הצרכנית

הייצוגית" עיוני משפט יט 251, 252 (התשנ"ד)). בנוסף, מבקשת התובענה הייצוגית להביא צדק לצרכנים "הבלתי מודעים", אשר כלל אינם מודעים לפגיעה אשר נגרמה להם כתוצאה מפעולות שונות של הנתבע (עניין פרינר, פסקה 58 לפסק דינו של השופט מלצר; ע"א 2187/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012) (להלן עניין גדיש); ע"א 1834/07 חיים קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פסקה 13 לפסק דינו של השופט דנציגר (2012) (להלן עניין קרן)).

כא. ועוד, אחת ממטרותיו המרכזיות של חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 – ולטעמי, כאן העיקר – היא הגשמת אינטרסים ציבוריים נכבדים. הדברים קיבלו ביטוי מפורש בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 הצעות חוק 93 (תשס"ה), בו נאמר שהחוק נולד "מתוך הכרה בתפקיד הציבורי של מכשיר התובענה הייצוגית לאכיפת הדין ומתוך רצון לעודד הגשת תובענות ייצוגיות, בעלות חשיבות ציבורית" (שם, בעמ' 234; הדגשה הוספה – א"ר). מטרתו הציבורית של ההליך היא המכוונה את בית המשפט בבחנו את בקשת האישור, כאשר "לנגד עיניו של בית המשפט צריכה לעמוד תדיר השאלה, כיצד משרת התיק את האינטרס הציבורי, בניהולו ובתוצאתו, ומכך נגזר כל היתר" (עניין פרינר, פסקה י"א לחוות דעתי (הדגשה הוספה – א"ר); וראו גם ע"מ 2978/13 מי הגליל – תאגיד ביוב אזורי בע"מ נ' יוסף אחמד יונס, פסקה ט"ז (2015) (להלן עניין מי הגליל; דויטש, בעמ' 22). מתוך כך גם נקבע בפסיקה, למשל, כי אין מקום לצמצם את יכולתן של עמותות ציבוריות להגיש תובענות ייצוגיות, שכן צמצום אפשרות זו עלול "לגרוע מכוחה של התובענה הייצוגית ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים" (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות; וראו גם פסקאות 2-5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז באותו העניין (9.12.2015); וראו גם עניין מי הגליל, פסקה כ"ד; ועניין פרינר, פסקה ג' לחוות דעתי). ויודגש, הן כאשר מדובר בתובע פרטי "קלאסי" בעל אינטרס כספי, הן כאשר מדובר בתובע ציבורי – מטרתו המרכזית של החוק, לדידי, היא קידום האינטרס הציבורי, כאשר המניע הכלכלי הוא לכל היותר תמריץ לעשות כן, אף שלהלכה יכלו להתמקד בכך גם עמותות ציבוריות ללא כוונות רווח, המקדמות מטרות ציבוריות בשלל תחומים אחרים. כפי שציין השופט ג'ובראן בעניין פרינר בהידרשו ליחס לתובענות אלה:

"הוראות חוק התובענות הייצוגיות נקראות ברוח תכליתו, היא קידום האינטרס הציבורי. בקשות אשר אינן עולות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי ומבקשות לקדם אינטרסים אחרים, יסוננו כבר בשלב זה. זהו שלב אימננטי במערך הפיקוח של בית המשפט על התובענה

הייצוגית...” (הדגשה הוספה – א”ר; וראו גם עניין קרן, פסקה 43).

משעמדנו על התכלית הציבורית העומדת בבסיס החוק, רעיון ערכי, חברתי ונאצל, נעבור לבחון את הסוגיות הקונקרטיות נשוא ענייננו, מתוך נקודת המבט הציבורית. סוגיות אלה, החופפות בחלקן, נוגעות כולן להתנהלותם של בא הכוח והתובע המייצג בהגשתה ובירורה של תובענה ייצוגית, ולהשלכות התנהלות זו על קבלת הבקשה או דחייתה.

חובת הרישום והיידוע בדבר תובענה ייצוגית בעניין זהה או דומה

כב. סעיף 6(א) לחוק מחייב את מגיש התובענה הייצוגית לרשום את התובענה בפנקס התובענות הייצוגיות. סעיף 5(א)(2) מחייב, בהתאם, את המבקש להגיש תובענה ייצוגית, לבדוק את הפנקס שמא יש בקשות אחרות תלויות ועומדות באותו עניין או בעניין דומה; ובסיפת הסעיף נאמר: “מצא המבקש כי רשומה בפנקס בקשה לאישור או תובענה ייצוגית כאמור, יציין בבקשתו לאישור את פרטיה”. נציין כבר כאן, כי נדמה שהסדר האמור שבסעיף 5(א)(2) יפה מקל וחומר, בפרשנות בחינת פשיטא ובשכל הישר ובגדרי תום הלב, גם למקרה בו התובע המייצג או בא כוח הקבוצה זהים בתובענה הראשונה בזמן ובתובענה שבאה אחריה, בין אם הראשונה נרשמה ובין אם לאו; ברי, כי מטרת הרישום היא ליידע את בא הכוח הפוטנציאלי הנוסף בדבר קיומה של התובענה, ובמקרים בהם מדובר באותו בא כוח, או באותו תובע מייצג, מובן כי אלה יודעים על התובענה שהגישו הם עצמם, ומכאן חובתם ליידע את בית המשפט על אודותיה, בין אם זו נרשמה ובין אם לאו. עוד אציין, כי ממידע שהועבר מהנהלת בתי המשפט עולה, שהחל מחודש ספטמבר 2014 הרישום מתבצע באופן אוטומטי עם הגשת הבקשה דרך מערכת נט המשפט; אולם ברי כי הדבר אינו מפחית מחובתם של הצדדים ליידע את בית המשפט בדבר בקשות דומות בהתאם לאמור בחוק.

סעיף 7 יוצר הסדר משלים לכך, בכך שבמקרים בהם יידע המבקש את בית המשפט בדבר קיומה של תובענה ייצוגית שהוגשה בעניין דומה – כפי שהחוק כאמור מחייבו לעשות – בסמכותו של בית המשפט לאחד את הדיונים על-ידי העברת הדיון לבית המשפט בו החלה להתברר התובענה הקודמת.

כג. פנקס התובענות הייצוגיות ולצדו חובת היידוע האמורה, נועדו ליתן פומבי לתובענות ייצוגיות המתנהלות בעניינים דומים, תוך ריכוז המידע באופן שקוף וגלוי לעיני כל, המאפשר לציבור ולתובעים ייצוגיים בכוח לכלכל את צעדיהם באופן

מושכל; מטרתו העיקרית בכך היא יעילות, דהיינו מניעת דיונים נוספים בעניינים דומים מאוד ואף זהים המביאים להשחתת זמנם של הצדדים ולהשחתת זמן שיפוטי (עניין דבח, פסקאות י"ח-כ'), אך אוסיף לכך את הממד הערכי של הגינות. כך עולה גם מדיוני ועדת המשנה אשר דנה בזמנו בהצעת החוק:

"האינטרס האמיתי שזה בא להגן עליו, זה אינטרס יעילות הדיון. זה בא בעצם לוודא שכשיש תביעות שהם מספיק דומות כדי שהם ידונו ביחד, הם באמת ידונו ביחד; לא התובע, לא הנתבע, אלא [על] בית המשפט באים להגן... כי זה חלק, יש פה כמה אינטרסים שפועלים בחוק הזה, והאינטרס של יעילות הדיון הוא בפירוש אחד" (עמ' 32 לפרוטוקול הדיון של ועדת משנה לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות, מפי חבר הכנסת ר' חן (30.11.05); הדגשה הוספה – א"ר; ראו גם תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, תחת סעיף 25).

אכן, יעילות משמעה, בין היתר, מניעת בזבוז של זמן שיפוטי יקר – אין בעבודה השיפוטית ממד יקר הימנו – באמצעות מניעת דיונים מיותרים בסוגיות דומות ואף זהות, ובכך תורמת היא להשאת התועלת הציבורית והגנה על האינטרס הציבורי. כפי שציינתי בעניין קודם, "הביטוי 'בזבוז זמן שיפוטי' אין משמעו, בעיקרו, אך מטעם בעלי דין זלזול בכבודו של המותב המסוים היושב בדין וביומנו; מדובר גם בראיה מערכתית-כוללת, שכן לבזבוז זמן שיפוטי השפעה מהותית על קהל המתדיינים כולו, בהיבט של הקצאת הזמן השיפוטי והשירות הניתן לבעלי דין אחרים" (בע"מ 6754/15 פלוני נ' פלוני, פסקה ח' (12.11.15) (להלן עניין פלוני); הדגשה במקור). בהמשך לכך, כאמור, אין חולק על תרומתו האפשרית של מוסד התובענות הייצוגיות לתועלת הציבור, אולם ספק אם יש תועלת כלשהי בדיון באותו עניין במקביל במספר בתי משפט, במיוחד בלא שבית משפט אחד מודע לקיום ההליך המקביל בבית המשפט האחר. בדיוק לשם כך נועד הפנקס; בדיוק לשם כך נדרש היידוע בדבר הליכים דומים. הדברים נכונים ככלל, ובפרט במערכת המשפט הישראלית שהיא מן העמוסות במערכות המשפט בעולם המערבי (ראו – מערכת המחקר של הרשות השופטת "מערכת המשפט בישראל ביחס למערכות משפט אחרות בעולם" (14.7.11)). כפי שציינתי בעניין פלוני האמור, ייתכן כי הדבר מצריך שינוי מערכתי, אולם עלינו כבית משפט לתרום את חלקנו להקטנת העומס, והכל בפריזמה הרחבה של האינטרס הציבורי. ובאשר להגינות, רוב מלים אך למותר; מי שאינו נוהג בהגינות ובתום לב, האם ראוי הוא להיות "שליח ציבור" בתובענה ייצוגית? לכך גם תשובה סטטוטורית, אליה נשוב להלן (פסקה כ"ו).

כד. בנוסף לשאלת היעילות, הרישום בפנקס ולצדו חובת היידוע בדבר תובענות דומות, נועדו ליתן מענה לבעיה הידועה לשמצה – והיא שלובה בשאלת היעילות – של *Forum Shopping* (המונח לא זכה, דומני, לתרגום הולם בעברית, ואולי יאה לו "ציד ערכאות", כפי שעלה משיחה ראשונית שהתקיימה עם המזכירה המדעית של האקדמיה ללשון העברית), היינו פניה לערכאה שהתובעים ובאי כוחם סבורים כי הסיכוי שתביעתם תתקבל מרבי.

נפנה מבטנו אל מעבר לים – תופעה זו מוכרת מאוד בארצות הברית על מערכות המשפט המדינתיות הרבות בה, בנוסף לזו הפדרלית, וזוכה לביקורת רבה (Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg "Exorcising the Evil of Forum-) Shopping" 80 *Cornell L. Rev.* 1507 (1994-1995); Antony L. Ryan Principles of *Forum Selection*, 103 *W. Va. L. Rev.* 167). בתוך כך, אפשרות מסוימת ל- *Forum Shopping* היא פניה למספר בתי משפט ומותבים במקביל והגשת תובענה לכל אחד מהם, בתקווה כי מי מהערכאות תקבל את הטענות. בעיה זו גם מתחדדת בדו"ח שיצא תחת ידיו של הקונגרס האמריקאי, במסגרתו נדרש לבעיות שונות העולות מבירורן של תובענות ייצוגיות ברחבי ארצות הברית. בין היתר, תחת הכותרת של "Other abuses of class action rules", מופיע "Copycat class actions clog the courts and permit forum shopping". וכך נכתב:

"[A]nother common abuse is the filing of 'copycat' class actions (i.e., duplicative class actions asserting similar claims on behalf of essentially the same people). Sometimes these duplicative actions are filed by lawyers who hope to wrest the potentially lucrative lead role away from the original lawyers. In other instances, *the 'copycat' class actions are blatant forum shopping—the original class lawyers file similar class actions before different courts in an effort to find a receptive judge who will rapidly certify a class... The result is enormous waste*—multiple judges of different courts must spend considerable time adjudicating precisely the same claims asserted on behalf of precisely the same people" (U.S Congress "The Class Action Fairness Act of 2005" report 109-14, at p.23 (2005); הדגשה הוספה –) א"ר.

דהיינו, כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות משוכפלות (*Copycat Class Actions*), ניתן להבחין בין שני סוגי תובענות – האחד, תובענות המוגשות על-ידי

עורכי דין שונים ותובעים מייצגים שונים בעילות דומות, בנוסף על אלה שהגישו ראשונים. השני, והוא הרלבנטי לענייננו, תובענות המוגשות על-ידי אותם עורכי הדין ולעתים אותם תובעים מייצגים בעילות דומות, למטרות *Forum Shopping*. אלה כאלה יוצרות עומס על בתי המשפט, ובהיעדר רישום ויידוע עלולות להביא להכרעות סותרות; ונזכיר, כי מעיקרא אחת ממטרותיה של התובענה הייצוגית היא מניעת תוצאות סותרות בעניינים דומים (Eran B. Taussig "Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings" 83 *St. John's L. Rev.* 1275, 1279 (2009) (hereafter *Taussig*); ראו גם ע"א 3352/13 גמליאל נ' טבע סנטר, פסקה ג' (2014)). ואולם, ההבחנה בין שני הסוגים האמורים חשובה: לתובענות מן הסוג הראשון יתכן ערך פוטנציאלי, שכן יתכנו מצבים בהם התובענה הייצוגית הנוספת שהוגשה באותו העניין – בהתאם למסגרת הפרוצדורלית הקבועה בחוק – על-ידי עורכי דין שונים ותובעים מייצגים שונים, אף שאינה ראשונה בזמן, תורמת לבירור הסוגיה, ומכאן יתכן שניתן יהיה לצרפה לשמיעה במאוחד עם התובענה הראשונה שהוגשה, ובמקרים חריגים אף להעדיפה (בש"א 40404-03-16 ת"צ 16-03-16; מנגד, במקרה (מחוזי תל אביב) עצמון נ' אסם השקעות בע"מ, פסקאות 32-36 (2.7.16)). מנגד, במקרה של תובענות מן הסוג השני שכל מטרותן *Forum Shopping*, ומוגשות כאמור על-ידי אותם עורכי דין או אותם תובעים מייצגים לבתי משפט שונים, ספק אם קיים ערך חיובי כלשהו המצדיק יחס אוהד מבתי המשפט וודאי דיון בכל בקשה לגופה. מכל מקום, מנגנון הרישום נותן מענה מסוים לבעיית התובענות הייצוגיות המשוכפלות, שכן החובה לרשום את התובענה הייצוגית בפנקס, לצד חובת הבדיקה בפנקס ויידוע בית המשפט בתובענה קיימת בעניין דומה, מאפשרים לבית המשפט להיות מיוודע, ומכוח סעיף 7 לחוק, להעביר תובענה דומה במידת הצורך להתנהל בבית המשפט האחר (ראו ע"א 5503/11 אליהו דבח נ' מירון דינרי, פסקה י"ח (2012) (להלן עניין דבח); בש"א 1715/16 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' ליאורה מלכה, פסקה 4 (12.4.16) (להלן עניין סופר פארם); וראו סקירת מקרים בהם עשו בתי המשפט השונים שימוש בסעיף במאמרם של ח' בן-נון וט' חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" עלי משפט יב 7, 16, הערת שוליים 49 (תשע"ו) (להלן בן-נון וחבקין)).

כה. ואולם, המחוקק הישראלי נמנע מיצירת סנקציה מפורשת בחוק במקרה בו הפרו התובע המייצג ובא כוחו את חובותיהם על-פי דין – קרי, רישום התובענה הייצוגית בפנקס ויידוע בית המשפט במקרה בו נמצאה בפנקס תובענה בעניין דומה. ניתן להניח כי הדבר נבע משני טעמים מרכזיים: הראשון, היותו של הפנקס הסדר

ישראלי ייחודי, המצריך בחינה ולימוד טרם יצירת מסגרת מחייבת בעלת מימד נורמטיבי באשר להפרת החובות האמורות בנוגע אליו ויצירת סנקציות הולמות; ראו למשל הדיון בוועדה בכנסת בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, במסגרתו דנו חברי הכנסת בשאלה האם יש צורך כל עיקר בפנקס, בהיעדרו של כלי זה בשיטות משפט אחרות והחשש ליצירת נטל גדול מדי על התובע המייצג ובא כוחו (פרוטוקול הדיון של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003 (30.11.05)). השני, השארת מרחב של שיקול דעת לבית המשפט במקרים בהם הופרה חובה זו, ובחירת הפתרון המיטבי במקרים מעין אלה בהתאם לנסיבות כל מקרה. ואולם, העובדה שהמחוקק לא מצא ליצור נורמה מפורשת התוחמת את השלכות היעדר הרישום או יידוע בית המשפט, אין משמעה כי אין לדבר השלכות על בחינת הבקשה לתובענה ייצוגית. הפתרון יימצא בתנאי הסף הנדרשים מבא כוח הקבוצה והתובע המייצג – ייצוג הולם ובתום לב, שכבר הזכרנוהו, ועל כך להלן.

חובת הייצוג ההולם ובתום לב

כו. במסגרת חוק תובענות ייצוגיות, עיגן המחוקק הישראלי את חובת תום הלב באופן מפורש כתנאי לאישור התובענה הייצוגית, לצד החובה לייצוג הולם על-ידי בא כוח הקבוצה. סעיף 8(א) לחוק קובע, בין היתר, כך:

“בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

...

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.”

שני דגשים עולים מהוראת הסעיף: ראשית, כי הבקשה תאושר אך אם התקיימו תנאי סעיף-קטן 3 וסעיף-קטן 4 כאמור. שנית, כי תנאים אלה – יחד עם יתר תנאיו של סעיף 8(א) – הם תנאים הכרחיים אך לא בהכרח מספיקים; כך נלמד מהרישא, לפיה “בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה...” (ראו בעניין זה גם עניין פרינר, פסקה 76 לפסק דינו של השופט מלצר).

כז. חובת הייצוג ההולם ממקדת את הזרקור, בעיקרה, בעורך הדין המבקש לשמש כבא כוח הקבוצה, ובבחינת מסוגלותו לייצג באופן הולם את האינטרסים השונים של הקבוצה (עניין קרו, פסקה 20; עניין פריניר, פסקה 91 לפסק דינו של השופט מלצר; קלמנט – פרשנות, בעמ' 147). חובה זו נובעת מעצם מהותה של התובענה הייצוגית – קבוצת התובעים, פרט לתובע המייצג, אינה מעניקה הרשאה מפורשת לייצוגם על-ידי בא הכוח, וקבלתה או דחייתה של התובענה משמעה ככלל מעשה בית דין החל גם בעניינם; מכאן, נדרש מבית המשפט לבחון כי בא הכוח מייצגם באופן הולם בהעדרם מההליך השיפוטי (רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 267 (2000) (להלן עניין וינבלט); וכן חוות דעתי בע"א 3506/09 צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון (2011); א' ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג, 351, 359-356 (2013) (להלן ויצנבליט); וראו גם *Richards v. Jefferson* (1996) 517 U.S. 793, 797-799; *County*, 517 U.S. 793, 797-799; *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880, 894; (2008)). "מי יעלה בשליחות הציבור, נקי כפים ובר לבב" (פרפרזה לפסוק בתהלים כ"ד, ג'–ד').

כח. בבואו לבחון את הייצוג ההולם – הדרך ההולמת, כלשון החוק – על בית המשפט ליתן דעתו לכשירותו של עורך הדין ויכולתו לייצג את עניינה של הקבוצה ביעילות ובהוגנות, בין היתר בהתבסס על ניסיונו בעבר (עניין גדיש, פסקאות 47-48; עניין פריניר, פסקה 91; קלמנט – פרשנות, בעמ' 148). ואולם, השאלה אימתי יעלה ייצוג כדי ייצוג הולם או בלתי הולם אינה שאלה פשוטה. כך למשל, כפי שמציין קלמנט, במצב העניינים הרגיל, אין על בית המשפט לפסול בא כוח פוטנציאלי אך כיון שיש עורכי דין טובים ממנו או מנוסים ממנו (קלמנט – פרשנות, בעמ' 147); אולם במצבים מסוימים היעדר ניסיון עלול להביא את בית המשפט למסקנה כי יש להחליף את בא כוח הקבוצה או להוסיף בא כוח נוסף (כפי שנעשה למשל בעניין גדיש, פסקה 48). ראו לעניין זה גם עמדתו של המלומד ויצנבליט, הממקם את חובת הייצוג ההולם בתווך שבין חובות האמון והנאמנות הקיימות למשל בדיני חברות, דיני נאמנות ודיני השליחות, לבין חובות ההגינות ותום הלב הכלליות, הגם שישנו קושי ממשי לתחום את היקפה במדויק (ויצנבליט, בעמ' 369-373). כך או אחרת, ברי כי על בית המשפט להשתכנע שלפניו עורך דין או עורכת דין, העושים מלאכתם נאמנה ובמיומנות ראויה, הנבחנת לא רק על פי ניסיון אלא על פי התרשמות מכתבי בית דין שיצאו מתחת ידם.

כט. חובת תום הלב נוגעת הן לתובע המייצג הן לבא כוח הקבוצה. לשון סעיף 8(4) לחוק מצביעה על כך שעיקרה של חובת תום הלב מופנה למערכת היחסים בין בא הכוח לחברי הקבוצה. כפי שציין חברי השופט מלצר בעניין פריניר:

"במישור זה, נשאלת בעיקר השאלה האם האינטרס האישי של עורך הדין בניהול התובענה עולה בקנה אחד עם עניינם של כלל חברי הקבוצה... עיקר החשש הוא מפני ניצול ההליך הייצוגי (על 'בעיות הנציג' הטבועות בו באופן אינהרנטי) לצורך הפקת רווח אישי, של הנציג, על חשבונם של חברי הקבוצה" (שס, פסקה 92).

ל. ואולם, אוסיף על כך, כי כאשר ענייננו בתובענות ייצוגיות, חובתם של התובע המייצג ובא הכוח לפעול בתום לב, אינה מופנית כלפי חברי הקבוצה בלבד. אכן, חובת תום הלב כלפי חברי הקבוצה היא מרכז הכובד של חובת תום הלב לפי חוק תובענות ייצוגיות, והדבר נובע כאמור מן המאפיינים הייחודיים של כלי התובענה הייצוגית ומהיעדרם של מרבית חברי הקבוצה מניהול ההליכים בפועל. על כן, כדברי חברי השופט מלצר, זו עיקר. ואולם, כידוע, חובת תום הלב משתרעת בשיטת משפטנו על כלל ענפי המשפט, הרבה מעבר לחוק התובענות הייצוגיות, ורוב מילים אך למותר; ראו סעיף 12, סעיף 39 וסעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בהמשך לכך, נזדמן לי לציין בעניין מיי-גליל, כי לדידי יש לפרש את חובת תום הלב כחלה גם ביחסים שבין התובע המייצג ובא כוחו לבין הנתבע (שס, פסקה מ"ב; ראו גם עניין דבח, פסקה כ"ה; וכן עניין פריינר, פסקה 95 לפסק דינו של השופט מלצר; ולעמדה שונה ראו בן-נון וחבקין, בעמוד 13). בצורה דומה, ניתן לומר לטעמי כי חובה זו חלה גם בין התובע המייצג ובא כוח הקבוצה כלפי בית המשפט בו מתנהל ההליך; והכל כאמור כנגזרת של חובת תום הלב הכללית, ומתוך הפריזמה הרחבה של האינטרס הציבורי.

לא. ודוק, אמת המידה של תום לב היא אמת המידה הבסיסית ביותר המצופה מכל בעל דין בשיטת משפטנו. אין המדובר באמת מידה מחמירה ומשודרגת – למשל, כפי שצוין מעלה, של חובת אמון או נאמנות – ולכן אינה מצריכה מבעל הדין לנהוג בצורה יוצאת דופן, אלא כאדם הגון, בן אנוש ראוי לשמו ("מענטש" בלע"ז). כפי שציין הנשיא ברק בשעתו, ונדמה כי הדברים כבר הפכו להיות מושכלות יסוד במשפט הישראלי:

"הוראה זו [של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 - א"ר] ועמה אחותה הבכירה בדבר קיום בתום לב של חיוב הנובע מחוזה (ראו סעיף 39 לחוק והרחבת החובה בסעיף 61(ב) לחוק) – מהווה הוראת יסוד במשפט הישראלי, בכלל, ובמשפט הפרטי, בפרט. היא משקפת דוקטרינה 'מלכותית' (ראו בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, בעמ' 708). היא מהווה את ה'נשמה' של מערכת המשפט (ע"א 391/80 לטרסון נ' שכון עובדים בע"מ, בעמ' 264). היא מציבה בפני הפרט את החובה לנהוג ביושר

ובהגינות (בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, בעמ' 834). היא אינה מעמידה דרישת 'חסידות' גבוהה; היא אינה דורשת כי הצדדים יהיו מלאכים זה לזה. היא באה למנוע מצב שבו אדם לאדם זאב. היא מבקשת להנהיג מסגרת נורמטיבית שבה אדם לאדם – אדם... (ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 297 (2002)).

אדגיש, כי ער אני לחשש – המובן – מהערמת קשיים רבים מדי על התובע המייצג ובא כוחו בשלבים המקדמיים של בירור התובענה הייצוגית, באופן שיהיה בו כדי לפגוע במוסד התובענה הייצוגית; זאת, בין היתר, נוכח פערי כוחות מובנים בין הצדדים, וכמובן על בתי המשפט להזהיר עצמם מתופעה זו של מיקוד "קו ההגנה" של הנתבעים בהתנהלות התובע המייצג ובא כוח הקבוצה, לא בנושא גופו, כדי שלא יהא בכך כדי למנוע בירורן של תובענות ייצוגיות הראויות בירור, וכן להרתיע אנשים נוספים מהגשת תובענות מעין אלה בידיעה כי הנתבעים ינברו בעברם ויתחקו אחר התנהלותם באופן העלול להיות פולשני (ראו למשל רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 791 (1996) (להלן עניין טצת); עניין פרינר, פסקה 96 לפסק דינו של השופט מלצר). על עיני בית המשפט להיות פקוחות ולשוטט במכלול התיק גם בהקשר זה. בהמשך לכך סבורני, כי הפתרון אינו אי-החלטה של דרישת תום הלב כלפי הנתבע ובית המשפט באופן מכליל, אלא פרשנותה בהתאם לתכליות התובענה הייצוגית, תוך מתן דגש לתכליתה הציבורית כאמור. בלשון פשוטה: בית המשפט יבחן האם לפניו תובענה שבמינון הסביר יוברר כי ראשיתה ואחריתה בגמול ושכר הטרחה, או שמא עוסק הוא בתובענה שאינה נטולת אלה, אך תכליתה – טובת הקבוצה והציבור.

לב. ברי, כי לא ניתן לתחום ברשימה סגורה את המקרים בהם התנהלות התובע המייצג או בא הכוח תעורר ספק באשר ליכולתם לייצג ולנהל את התובענה באופן הולם ובתום לב. בעניין פרינר, הביא חברי השופט מלצר מספר דוגמאות אשר נדמה כי אין חולק כי לא יעמדו באמת המידה הנדרשת במובן זה מן התובע המייצג ובא הכוח:

"מבלי למצות את הדיון אציין כי הצדקה לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית עשויה להימצא, למשל, כאשר בית המשפט משתכנע כי התובענה הוגשה ממניעים, אשר בינם לבין התכליות שאותן נועד ההליך הייצוגי לשרת, אין ולא כלום, כגון: רצון לפגוע במתחרה עסקי, או רצון "לסחוט" פשרה (ראו: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996) (להלן: עניין טצת)); ניסיון להפעיל לחץ על הנתבע, או על באי-כחו כאמצעי להשגת מטרות אחרות, שהן זרות לתובענה

הייצוגית ולתכליות שהיא נועדה להשיג (ראו, למשל: ת"צ 5567-06-08 בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ, בפסקה 34: "הניסיון למנף תביעה ייצוגית צרכנית כדי לקדם סכסוך עסקי קודם הוא ניסיון פסול, אשר אין לתת לו יד [...] ניסיון שכזה מהווה חוסר תום-לב מובהק, באשר הוא עושה במכשיר התובענה הייצוגית שימוש למטרה זרה ופסולה..."; ועיינו גם: קלמנט קווים מנחים 146, הסבור כי ניתן להדוף שימוש לא ראוי בתובענה ייצוגית, למשל, כאשר התובענה מוגשת על ידי מתחרים של הנתבע במטרה להפעיל לחץ וליצור תחרות בלתי הוגנת – במסגרת בחינת התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק); הגשתן של תובענות-סרק חסרות בסיס עובדתי או משפטי כנגד נתבעים בעלי "כיס עמוק" (ראו: דברי חברי, השופט א' רובינשטיין ב-ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler Corporation (22.11.2007), ואף "ייצור מכוון של תובענה ייצוגית בעילה של הטעיה, כשזו לא קיימת בפועל" (דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, ב-רע"א 8851/12 ישראלכרט בע"מ נ' שלומוביץ (29.11.2004))" (פרינר, פסקה 95 לפסק דינו של השופט מלצר).

בנוסף, ובהמשך לדיון מעלה באשר לחובת הרישום ויידוע בית המשפט בעניין הליכים דומים, אף שכאמור אין סנקציה מפורשת לצד הפרתן של חובות אלה, נדמה כי המענה הראוי נמצא כאמור בחובות תום הלב והייצוג ההולם. בעניין דבח עמדנו על כך שהימנעות מרישומה של תובענה ייצוגית, כמתחייב בחוק, עלול להצביע על חוסר כשירותו של בא כוח הקבוצה לייצגה; כך, שכן "תובע שאינו עושה את הפעולה הבסיסית שקבע החוק – רישום, מעלה שאלות לגבי מידת רצינותו בניהול תובענה מסוג זה" (שם, פסקה כ"א). חברי השופט מלצר הוסיף, כי "מחדלו של המערער לרשום את בקשתו בפנקס משליך על הניתוח במישור הגשמת ערך היעילות עצמו" (הדגשה במקור – א"ר), וכי "העובדה שהמערער כשל מלפעול בהתאם לסעיף 6(א) לחוק... [מעלה] ספק מסוים באשר ליעילות ההליך שאותו יזם המערער, ואותו הוא מבקש לנהל. זהו המחיר שעל המערער לשאת בו בשל הבעייתיות שבהתנהלותו...". מכאן, מצאנו באותו מקרה, בין היתר מטעם זה, כי יש למחוק את בקשתו של התובע הראשון מקום שנמנע מרישום בקשתו – ולהעדיף את הבקשה השניה.

לג. במסגרת ת"א (מחוזי-תל אביב) 1793/07 מורבר נ' כלל חברה לביטוח (החלטה מיום 2.8.10), נדון מקרה בו הוגשו מספר תובענות ייצוגיות בעניינים דומים למותבים שונים על-ידי אותו בא כוח מייצג. באותה העת טרם החל הרישום בפנקס התובענות הייצוגיות, אך בית המשפט מצא כי יש פגם באי-יידועם של בתי המשפט השונים בהליכים המתנהלים במקביל:

"הגם שסעיף 7 לחוק פותח במלים 'מצא בית המשפט אליו הוגשה בקשה לאישור כי תלויה ועומדת בקשה לאישור קודמת או תובענה ייצוגית קודמת, אשר מתעוררות בה שאלות משותפות של עובדה או משפט, הזהות או דומות בעיקרן.. וגו' הרי שבית משפט אינו חוקר ומוצא אלא ניזון בשיטתנו מפי הצדדים. כל עוד המחוקק לא יתקן את נוסח סעיף 7 זה ויטיל במפורש חובה על צדדים לתובענה ייצוגית ליידע את בית המשפט אם יש צורך בהפעלת הסעיף, יש ללמוד על קיומה של חובה זו מתום הלב הדיוני המתבקש מצד הבא לבית המשפט, בפרט צד שהוא תובע המבקש להיות תובע ייצוגי, וזאת מבלי לגרוע מחובת הנתבע בעניין זה, הגם שמטבע הדברים עיקר עולה של אותה חובה מצויה על כתפיו של התובע המבקש להיות תובע ייצוגי (שם, השופט אלטוביה).

באותו עניין מצא בית המשפט כי אין בפגם זה כדי להוביל לדחיית התובענה, בין היתר, ככל הנראה, כי מדובר היה באישורו של הסדר פשרה בין הצדדים, וכן כיון שחוק תובענות ייצוגיות היה בחיתוליו, ואף כאמור טרם החל הרישום בפנקס.

לד. בעניין סופר פארם, נדרש בית משפט זה לחובתו של עורך דין ליידע את בית המשפט בדבר תובענה ייצוגית דומה המתנהלת במקביל בבית משפט אחר, כאשר אותו עורך הדין הוא שהגיש את שתי התובענות. כך נקבע:

"כאן המקום לבאר כי לא רק שהייתה למלכה הזכות לבקש את איחוד הדיון עם תביעת אפריל לפי סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות, אלא שחובה היה עליה לעשות כן. זו הנחת המוצא שביסוד סעיף 7 לחוק, וכך מתבקש על מנת להגשים את התכליות המונחות בבסיסו. ובמיוחד אמורים הדברים מקום שבו מדובר בעורך דין אחד שמשמש כבא כוח מייצג בשתי התביעות גם יחד. הערכאות הדיוניות הנדרשות חדשות לבקרים לבקשות מסוג זה הכירו בכך שמחובת תום הלב הדיונית נגזרת חובתו של התובע המייצג ובא כוחו ליידע את בית המשפט על אודות בקשות קודמות שהגיש לאישור תובענה ייצוגית שהן דומות לזו המאוחרת, על מנת שתיבחן האפשרות לאחד את הדיונים בהן מכוח סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות... ביזור של הליכים ייצוגיים דומים עלול להסתיים כאמור בהכרעות סותרות ובהשחתה לריק של זמן שיפוטי. ובנוסף, הדבר עלול לגרום להטיה בפסיקה של שכר הטרחה המשולם לבא כוח המייצג, וזאת על השכונם של התאגידיים הנתבעים; ולא מן הנמנע כי עלויות אלה יגולגלו בסופו של יום לפתחו של הצרכן 'הקטן' (שם), פסקה 4 להחלטת השופט ברוך).

לה. ומבט אל מעבר לים: ניתן ללמוד על מקרים נוספים מן המשפט האמריקאי, הקובע חובה דומה לזו המופיעה בסעיף 8 כאמור (וראו בהרחבה – William B. Rubenstein *Newberg on Class Actions – Volume 1* (5th edition, 2011) (hereafter *Newberg*); אם כי עלינו לעשות זאת בזהירות, ובשינויים המחויבים להסדר הישראלי הכולל בחוק התובענות הייצוגיות, שהוא מעט שונה מזה האמריקאי (ראו *Taussig*). סעיף 23(a) לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים בארצות הברית, מגדיר את תנאי הסף להגשת תביעה ייצוגית, ביניהן הדרישה כי המייצג בתביעה מסוג זה יגן על האינטרסים של הקבוצה התובעת בהגינות ובאופן הולם:

"(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

...

(4) the representative parties will *fairly and adequately protect the interests of the class.*"

rule of civil procedure, Title IV
(emphasis added – E.R))

תחילה, שימש המונח "the representative parties" הן לבחינת מידת התאמתו של התובע המשמש כנציג הקבוצה, והן לבחינת מידת התאמתו של עורך הדין המייצג, בא כוחה של הקבוצה; בהמשך הוסף סעיף 23(g) המחיל חובה זו מפורשות גם על בא-כוח הקבוצה (ראו *Newberg, at* §3:52 & §3:80). אשר לתובע המייצג, בוחנים בתי המשפט האם קיימים ניגודי אינטרסים בין נציג הקבוצה ובין יתר חבריה (וראו לדוגמה *New directions treatment Services v. city of Reading*, 490 F. 3d 293, 313, 19 A.D Cas. (BNA) 687 (3rd. Cir. 2007); *Langbecker v. Electronic Data Systems Corp.*, 476 F.3d 299, 314, 39 Employee Benefits Cas. (BNA) 2352 (5th Circ. 2007); *Pagan v. The New Wilson's Meats, Inc.*, 2011 WL 18760 27 (E.D. Pa 2011)).

לו. בתוך כך, מודגש כי התובע המייצג חייב להיות חלק מן הקבוצה, ונבחנת קיומה של הלימה בין סיפורו האישי של התובע לבין סיפורם של יתר חברי הקבוצה. בהקשר זה נבדק האם סבל התובע מאותה עוולה שנגרמה ליתר חברי הקבוצה, בנסיבות דומות (*Rattray v. Woodbury County, Iowa*, 253 F.R.D. 444, 455 (N.D. Iowa (2008)). שיקול נוסף בו נעזרו בתי המשפט כדי לקבוע כי האדם המוצע אכן מתאים וכשיר לשמש כנציגם של כלל חברי הקבוצה, נעוץ בכישוריו ויכולותיו של אותו אדם;

יוער, כי בתי משפט שונים בארצות הברית העניקו פרשנות שונה לכך, אולם להלן מספר דוגמאות:

(1) מידת הידע וההיכרות שלו עם פרטי המקרה בגינו מוגשת התביעה (*Cavin v. Home Loan Center, Inc.*, 236 F.R.D. 387, 394 (N.D. Ill. 2006); *Suowitz v. Hilton Hotels Corp.*, 383 U.S. 363, 86 S. Ct. 845, 15 L. Ed. 2nd 807, 10 Fed. R. Serv. 2nd 678 (1966); במקרים מסוימים הוטעם כי נדרשת מן התובע המייצג רמה מסוימת של ידע שהוא נפרד מן המידע שסופק לו על ידי עורך הדין המייצג (*Berger v. Compaq Computer Corp.*, 257 F.3d 475, 483 n.18, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 91480, 50 Fed. R. Serv. 3d 51 (5th Cir. 2001)).

(2) מידת ההיכרות וההפנמה של תפקידו כמייצג, ובתוך כך מודגשת מידת הבנתו לאחריות הנדרשת ממנו כלפי יתר חברי הקבוצה כמי שאחראי לשמור על האינטרסים שלהם; (*Spinelli v. Capital One Bank*, 265 F.R.D. 598, 603 (M.D. Fla. 2009); *McKay v. Tharaldson*, 272 F.R.D. 465, 468 (D.N.D. 2011)).

(3) מידת המוטיבציה והרצון של התובע לשמש כנציגם של כלל חברי הקבוצה (*Piazza v. Ebsco Industries, Inc.*, 273 F.3d 1341, 1346 (11th Cir. 2001)). אציין, כי פעמים ניסו הנתבעים להצביע על חוסר כשירות של נציג התובעים עקב מצב רפואי קלוקל, מחמת גיל, או נוכח יכולת כלכלית מוגבלת, אולם הפסיקה כיום אינה עושה שימוש בשיקולים אלה, אשר נתפסים כבלתי רלבנטיים לבחינת כשירותו (*Mendez v. Radec Cro.*, 232 F.R.D. 78, 93 11 Wage & Hour Cas. 2d (BNA) 172, 152 Lab. Cas. (CCH) P 35089 (W.D. N.Y. 2005); *Cavin v. Home Loan Center, Inc.*, 236 F.R.D. 387, 394 (N.D. Ill. 2006); *Kriendler v. Chemical Waste Management, Inc.*, 877 F. Supp. 1140, 1159, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 98, 641, 32 Fed. R. Serv. 3d 242 (N.D. Ill. 1995); *CV Reit, Inc. v. Levy*, 144 F.R.D. 690, 698 (S.D. Fla. 1992)).

לז. אשר לעורך הדין המייצג, ככלל, בוחנים בתי המשפט בארה"ב האם לעורך הדין המייצג הכישורים והניסיון הנדרש לצורך ניהול ההליך המשפטי, וכן בודקים את הקשר ואת מערכת היחסים בינו ובין חברי הקבוצה. בתוך כך בודקים בתי המשפט האם עורך הדין המבקש לייצג את הקבוצה מוכשר לתפקיד, והאם ביכולתו לנהל את התביעה באופן איתן ונמרץ, תוך שמירה על האינטרסים של הקבוצה. לצורך כך מתחשבים בתי המשפט במספר שיקולים:

(1) מידת הניסיון של עורך הדין בניהולן של תביעות ייצוגיות, כמו גם מידת היכרותו עם החוק הרלבנטי - אין מדובר בשיקול אשר מוביל לפסילתו של עורך הדין, אולם קיומו של ניסיון מוכח בניהולן של תביעות מסוג זה נתפס כאישור להתאמתו של עורך הדין לייצוג במובן זה, *Mathers v. Northshore Mining Co.*, 217 F.R.D. 474, 486, 92 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1360 (D. Minn. 2003); *O'Neill v. Gourment Systems of Minnesota, Inc.*, 219 F.R.D. 445, 454 (W.D. Wis. 2002).

(2) מידת המשאבים שעורך הדין מסוגל להשקיע בניהול התביעה – שיקול המופיע גם בסעיף 23(g)(1)(A)(iv) כשיקול מחייב בבחינת כשירותו של עורך הדין לייצג (וראו *Welch v. Theodorides-Bustle*, 273 F.R.D. 692, 696 (N.D. Fla. 2010); *Pritchard v. County of Erie*, 269 F.R.D. 213, 218 (W.D. N.Y. 2010)).

(3) ניגודי עניינים של עורך הדין – כדי לקבוע כי עורך הדין אינו כשיר לייצג נדרש קיומם של ניגודי עניינים מוכחים ולא עתידיים או תיאורטיים גרידא (*Williams v. Empire Funding Corp.*, 183 F.R.D. 428, 440 (E.D. Pa. 1998)) בהם עורכי הדין ייצגו מספר קבוצות שתבעו, הכירו השופטים לעתים בכך שהדבר עשוי לסייע לתובעים ולהקנות להם יתרון מול הנתבעים, ועל כן התירו ייצוג זה (*Holden v. Burlington Northern, Inc.*, 665 F. Supp. 1398, 1426-27, 60 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1255 (D. Minn. 1987)).

(4) עורך דין כתובע מייצג – נמצא כי מצב זה מעלה חשש לפגיעה באינטרסים של יתר התובעים בקבוצה, שכן משמעותו ויתור על פונקציה משמעותית אותה ממלא התובע המייצג כמפקח על עורך הדין והתנהלותו (*Matassarini ex rel. Great Empire Broad. ESOP v. Lynch*, 174 F. 3d 549, 559, 23 Employee Benefits Cas. (BNA) 1663, Fed. Sec L. Rep. (CCH) P 90465, 43 Fed. R. Serv. 3d 924 (5th Cir. 1999)). בדומה, נקבע גם כי גם עורך דין אשר נכלל בגדר הקבוצה התובעת, לא יוכל לייצגה בתביעה בבית המשפט, שכן מצב זה מקים חשש ממשי כי האינטרס שלו יגבר על האינטרס של יתר חברי הקבוצה ועל כן לא יוכל לייצגם נאמנה (*Oxendine v. Williams*, 509 F.2d 1405, 1407 (4th Cir. 1975)).

(5) קיומן של עבירות אתיות קודמות ונוכחיות, לרבות אי דיוקים בפירוט העובדות בכתב התביעה וכן הפרות של הוראות בית המשפט. בית המשפט יתחשב בחומרת

ההפרה האתית ובנסיבות המקרה כדי להכריע לעניין כשירותו של עורך הדין להמשיך ולייצג בתביעה הנדונה, *Walter v. Palisades Collection, LLC*, 2010 WL 30897, (E.D. Pa.2010); *Bogner v. Masari Investment, LLC*, 25 F.R.D 529, 533 (D. Ariz. 2009); *Jimenez v. Domino's Pizza, Inc.*, 238 F.R.D. 241, 248 (C.D. Cal. 2006); *Sipper v. Capital One Bank*, 2002 WL 398769 (C.D Cal); *Bonder v. Oreck Direct, LLC*, 2007 WL 1223777 (N.D Cal. 2007); *Busby v. JRHBW Realty Inc.*, 513 F.3d 1314, 1323-24, 69 Fed. R. Serv. 3d 1329 (11th Cir. 2008).

לח. בנוסף, ולענייננו, מספר בתי משפט הביעו הסתייגות מכך שקרוב משפחתו של בא כוח הקבוצה משמש גם כתובע המייצג; זאת, "on the ground that the relative cannot fairly and adequately represent the class under circumstances giving rise to an apparent conflict of interest" (*In re Microsoft Corp. Antitrust Litig.*, 214 F.R.D. 371, 374-375, Judge J. Frederick Motz (D. Md. 2003); see also: *Zlotnick v. TIE Communications, Inc.*, 123 F.R.D. 189, 193-94 (E.D. Pa. 1988); *Kirby v. Cullinet Software, Inc.*, 116 F.R.D. 303, 308-10 (D. Mass. 1987); *Taussig*, at 1333 המצופה מבא כוח הקבוצה (*Newberg*, at §3:78). כפי שמתאר זאת *Newberg*, חשש זה של בתי המשפט נובע מכך שחוק תובענות ייצוגיות מושתת על ההנחה שהתובע המייצג מפקח במידת-מה על בא כוח הקבוצה, שמא "יקריב" את האינטרסים של הקבוצה תמורת קבלת שכר טרחה גבוה; וכאשר מדובר בקרובי משפחה, ספק אם יוכל התובע המייצג לעשות זאת בצורה הולמת. עוד יוער, כי לפי *Newberg* הדברים אמורים בשינויים המתחייבים, גם כאשר מדובר ביחסי קרבה משמעותיים אחרים שאינם בהכרח משפחתיים, לרבות קשר פיננסי או קשר בין עורכי דין העובדים יחד באותו משרד (*Newberg*, at §3:70, §3:78). מנגד, הוצגו גם עמדות שונות, שלפיהן אין מניעה מראש בייצוג על-ידי קרובי משפחה או מקורבים אחרים, והדבר ייבדק בהתאם לנסיבות המקרה (*Fischer v. International Telephone and Telegraph Co.*, 72 F.R.D. 170 (E.D.N.Y. 1976); *Lewis v. Goldsmith*, 95 F.R.D. 15, 20 (D.N.J. 1982); *Werlington v. Champion Healthcare Corp.*, 1999 ND 173, 598 (N.W.2d 820, 827-828 (N.D 1999)).

לכשעצמי, אינני סבור כי יש בקרבה משפחתית, או קרבה אחרת, כדי להצביע בהכרח על חוסר מסוגלותו של בא הכוח המייצג לייצג בצורה הולמת את הקבוצה או מן התובע המייצג כלשמש כמייצגה, וחזקה על בתי המשפט הדנים בתובענה כי יפקחו

על ההליך, ויפעלו למניעת המצב המתואר בו מקריב בא כוח הקבוצה את האינטרסים של החברים; בתוך עמנו אנו יושבים, והניסיון עד כה מבירורן של תובענות ייצוגיות, מהן מוצדקות, מעלה כי פעמים רבות קיימים יחסי קרבה מסוימים בין התובע המייצג ובא הכוח, כמו למשל עבודה באותו משרד עורכי דין, באופן המאפשר בכל זאת בירורה של התובענה לאשורה. ואולם, מן הסיבות האמורות מעלה, סבורני כי בהצטרף אינדיקציה זו לאינדיקציות נוספות, הדבר מאותת שלא בחיוב בדבר מסוגלות בא הכוח לייצג נאמנה את האינטרסים של הקבוצה בכללותה, להבדיל מן האינטרסים המצומצמים שלו ושל התובע המייצג; כך, במיוחד כאשר מדובר ביחסי קרבה משפחתיים מדרגה ראשונה. עלינו להישמר שמא יהפוך מפעל התובענות הייצוגיות לעסק משפחתי, שכל מטרתו השאת רווחי התובע המייצג ובא הכוח, על חשבון האינטרס של חברי הקבוצה והאינטרס הציבורי הרחב. על כן, עם שאין הדלת נעולה למייצג בעל קרבה, על בית המשפט לבדוק בשבע עיניים את המכלול.

לט. שיקול נוסף הנלקח בחשבון במשפט האמריקאי הוא מידת האמינות והמהימנות של התובע המייצג – לרבות מקרים של עבר פלילי; ובתוך כך עסקו בתי המשפט בשאלה האם עברו עלול לשמש אינדיקציה לכך שלא יוכל לשמור על האינטרסים של כלל חברי הקבוצה במקרה נשוא העניין. עיון בפסיקה האמריקאית מעלה, כי בתי המשפט נזהרו מלקבוע כלל חד-משמעי, לפיו עברו הפלילי של התובע המייצג במקרים שאין להם קשר ענייני עם המקרה הקונקרטי, ישפיע בהכרח לעניין כשירותו לשמש כתובע מייצג באותו המקרה, במיוחד כאשר מדובר בעבירות אשר בוצעו לפני זמן רב; אלא נקבע שהדבר ייבדק בהתאם לנסיבות המקרה (*Lane v. Page*, 272 F.R.D. 558, 579 (D.N.M. 2011); *McCall v. Drive Financial Services, L.P.*, 236 F.D.R. 246, 251 (E.D. Pa. 2006); *Stanich v. Travelers Indem. Co.*, 259 F.R.D. 294, 315 (N.D. Ohio 2009).

אשר לחוסר מהימנות הנובעת מהתנהלות התובע המייצג בתובענה הקונקרטית, במספר מקרים בהם מסר התובע המייצג מידע שאינו מלא במסגרת תצהיר או עדות באותה תובענה, נקבע כי התנהלותו עלולה להעיב על יכולתו לשמש כתובע מייצג באותה תובענה, כפי שמציין *Taussig*, 94842 (S.D. N.Y. 2008); *Searcy v. eFunds Corp.*, 2010 WL 1337684 15 (N.D. Ill. 2010); *Lapin v. Goldman Sachs & Co.*, 254 F.D.R. 168, 176, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 94842 (S.D. N.Y. 2008); נדמה כי בנוגע לשיטת המשפט הישראלית, סביר יותר יהיה להידרש לסוגיית המהימנות בגדרי חובתו של התובע המייצג לנהוג בתום לב כלפי חברי הקבוצה, כלפי הנתבע וכלפי בית המשפט (שס), בעמ' 1331). כך למשל, מקום בו נמצא כי ישנן סתירות מהותיות "שמעבר לאי-

התאמות משניות" – "beyond minor inconsistencies" – בין תצהירו של התובע המייצג לבין המידע שעלה מחקירתו הנגדית, יש בכך כדי להעלות ספק באשר לאמינותו ובאשר ליכולתו לייצג את הקבוצה באופן הולם (*Kaplan v. Pomerantz*,) 132 F.R.D. 504, 510 (N.D. Ill. 1990); ראו גם *Darvin v. International Harvester*, 610 F. Supp. 255, 257 (S.D.N.Y. 1985). נדמה כי הטעם לכך ברור, ואין מניעה להחיל רציונל זה בשיטת משפטנו – המצג העובדתי אותו מציג התובע המייצג הוא המבסס את עילת התובענה הייצוגית בשם התובעים כולם, ומשנמצא כי אינו מקפיד על הצגת הדברים כהוייתם, ספק אם ביכולתו לייצג את האינטרס של הקבוצה כולה (וראו בהקשר זה גם בש"א 2419/04 (מחוזי תל אביב) חברת תאוצה ניהול והשקעות בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (2009)). כל אלה – בגדרי השכל הישר.

ואולם אדגיש, כי יש להיזהר מפני "מסע דיג" של הנתבע, במסגרת התובענה הייצוגית, אחר הליכים קודמים שאין להם קשר ענייני למקרה נשוא העניין ובמסגרתם נמצא לכאורה כי התובע אינו מדייק בלשונו; כפי שצוין מספר פעמים מעלה, נוכח פערי הכוחות השכיחים בין התובע המייצג והנתבע, עלינו להיזהר מפני הרחבה יתרה של עילות פסילת התובע המייצג והרתעת יתר של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים על-ידי נבירה בעברם והתחקות אחר התנהגותם, וזאת חלף דיון ענייני בטענות לגוף התובענה. על בית המשפט הדין בתיק לפקח ולודא זאת. ואולם, כאמור, משנמצא כי התובע המייצג נמנע מהצגת התמונה המלאה בעניינים הקשורים בטבורם לתובענה, נדמה כי קשה לחלוק על כך שהדבר מטיל ספק ביכולתו לייצג את אינטרס הקבוצה בתום לב, וספק אם הדבר עומד בחובת תום הלב המצופה ממנו על פי הדין גם כלפי הנתבע ובית המשפט כאמור.

מ. אם כן, מצאנו למדים כי היעדר רישומה של תובענה ייצוגית וכן אי-יידועו של בית המשפט בדבר קיומה של תובענה ייצוגית דומה המתנהלת במקביל, עלולים לעלות כדי חוסר תום לב וכן להעלות ספק לגבי יכולתו של בא כוח הקבוצה לייצגה באופן הולם; כך במיוחד, כאמור, במקרים בהם מדובר באותו בא כוח המייצג בהליכים השונים או באותם תובעים מייצגים. כך אף מקום בו נמצא כי התובע המייצג הגיש תצהירים שאינם מדויקים לבית המשפט, וייתכן שגם מקום בו התובע הייצוגי ובאי הכוח קשורים ביניהם בקרבה משפחתית. נפנה עתה לנפקותם האפשרית של פגמים אלה. כך קובע סעיף 8(ג)(1) לחוק:

”בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר בית המשפט תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול ענינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב כאמור באותו סעיף קטן.”

לשון הסעיף – ”רשאי” – מלמדת על כך שכאשר מגיע בית המשפט למסקנה כי התובע או בא כוחו אינם עומדים בדרישת סעיף 8(א)(3) או סעיף 8(א)(4), דהיינו כי לא נמצא יסוד סביר להניח שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל באופן הולם או בתום לב, מסור לו שיקול דעת באשר להמשך בירור התובענה: ראשית, ביכולתו לדחות את התובענה מטעם זה. שנית, ביכולתו לאשר את התובענה אך להורות על החלפת התובע המייצג או בא הכוח, או לפעול בדרך אחרת כדי להבטיח שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל באופן הולם או בתום לב. בעניין גדיש ציינה הנשיאה ביניש, כי כאשר מצא בית המשפט כי התובענה במהותה ראויה לבירור, יש לדחותה מטעמים של פגמים בהתנהלות הדיונית של התובע או בא הכוח במקרים חריגים בלבד; זאת, נוכח פערי הכוחות המובנים בתובענה הייצוגית מעיקרא, ונוכח החשש שמא עורכי הדין החזקים והמנוסים יטו לרוב לייצג את החברות הנתבעות, ועורכי הדין המייצגים יהיו פחות מנוסים (שם, פסקה 21).

מא. אפשרות נוספת, חלף דחיית התובענה או החלפת התובע או בא הכוח, יכולה למצוא את ביטויה בפסיקת הגמול או שכר הטרחה בסופו של ההליך. סעיף 22 לחוק קובע, כי בקביעת הגמול לתובע המייצג, יתן בית המשפט דעתו, בין היתר, לטרחה הכרוכה בבירור התובענה (סעיף 22(ב)(1)), לתועלת שהביאה התובענה לחברי הקבוצה (סעיף 22(ב)(2)), וכן לחשיבותה הציבורית (סעיף 22(ב)(3)). מלשון הסעיף – ”בין היתר” – נלמד כי מדובר ברשימה פתוחה. על האמור ניתן להוסיף, לדידי, את התנהלותו של התובע המייצג. היינו, אף אם מצא בית המשפט לקבל את התובענה בסופו של יום, הנה כאשר התובע המייצג פעל באופן שאינו תם לב, יש לתת לכך משקל בקביעת הגמול ההולם ((ראו גם עניין קרן, פסקה 22; עניין פריניר, פסקה ט”ז; ע”א 1509/04 דנוש נ’ *Chrysler Corporation*, פסקה 15 (2007)). סעיף 23 קובע, בדומה, את רשימת השיקולים אשר על בית המשפט לשקול בבואו לפסוק שכר טרחה לבא הכוח. בין היתר, נקבע מפורשות כי על בית המשפט ליתן דעתו ל”אופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את הקבוצה” (סעיף 23(ב)(4)).

מב. בהמשך לכך, נוכח הפער האינהרנטי בין התובע לנתבע והחשש שמא הנתבע ימקד את הגנתו בבחינת תום הלב וכישורי התובע המייצג ובא כוחו, חלף מתן מענה לסוגיה המהותית – ועל כך עמדנו מעלה – מקובלת עלי העמדה, כי דחיית תובענה ייצוגית נוכח פגמים דיוניים שנפלו בה צריך שתישקל באופן מוקפד ביותר (ראו גם עניין קרו, פסקה 21).

ואולם, כאשר יימצא כי ההתנהלות עולה כדי חוסר תום לב קיצוני, ובין היתר גם בהתחשב בשלב הדיוני בו נמצאת הבקשה, הדבר עלול להביא את בית המשפט לדחות את התובענה, נוכח הצורך בהרתעת תובעים ועורכי דין פוטנציאליים עתידיים מהתנהגות דומה, והכל תוך שמירה על האינטרס הציבורי ותכליתה הציבורית של התובענה הייצוגית בכללותה; וכאמור, אף שעיקרה של חובת תום הלב עניינו במערכת היחסים שבין התובע המייצג ובא הכוח לחברי הקבוצה, עלינו לבחון זאת כחלק מחובתו הכללית של כל בעל דין לנהוג בתום לב במסגרת ההליך המשפטי, כלפי בעלי הדין האחרים וכלפי בית המשפט. הדברים אמורים ביתר שאת כאשר בהתנהלותם של התובע ובא הכוח נפלו מספר פגמים משמעותיים, כאלה שאף אם כל אחד מהם ניתן היה לריפוי בנפרד, משקלם המצטבר עלול להביא לדחיית התובענה. כך במיוחד, כאשר בא הכוח גם הפר חובות מפורשות שבדין, באופן המעלה ספק ממשי באשר ליכולתו לייצג את הקבוצה באופן הולם. *Forum Shopping*, חיזור על פתחיהם של מספר בתי משפט בתקוה שבאחד מהם ייקלט הזרע בלא ליידע אחרים, הוא אינדיקציה ממשית לנושא תום הלב. בנוסף לצורך בהרתעה, יתכן גם כי קיומם של הפגמים מביא למסקנה שאלה יורדים לשורש הטענות בגוף התובענה הייצוגית, באופן המקשה על בירור התובענה הייצוגית עצמה, וגם מטעם זה יתכן לעתים כי לא יהא מנוס אלא להורות על דחיית התובענה מחמת התנהלות התובע המייצג או בא הכוח.

ראו למשל לעניין זה ת"צ (מחוזי מרכז) 36086-07-11 ע"ד אסף חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפה רשומה) ואחרים (19.9.02), שם קבע השופט פרופ' גרוסקופף כי יש לדחות 17 תובענות ייצוגיות שהוגשו באותו נושא על-ידי אותם תובעים מייצגים, בין היתר כיון שבזו בין שני בתי משפט, ומבלי ליידע במסגרת כל אחת מן הבקשות את דבר קיומן של הבקשות הנוספות; אמנם, צוין כי ישנם טעמים נוספים המצדיקים דחיית התובענות, אולם נקבע כי די בביזור לכשעצמו להוביל למסקנה שדין הבקשות כולן להידחות, ולא ניתן להסתפק באמצעי מידתי יותר דוגמת החלפת התובע המייצג, נוכח חוסר תום הלב הקיצוני הטמון בהתנהלות מעין זו (שם, פסקאות 17-23). יוער, כי ערעור על פסק הדין נדחה בהסכמת הצדדים ביום 22.2.17 (ע"א 8290/12; המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ט' ג'ובראן ונ' סולברג).

כללם של דברים, לפנינו אתגר של מינון ומידתיות, וכאמור ברישא, של "תרבות התובענות הייצוגיות", ככל שהפער בין קידום אינטרס ציבורי לבין המניע הכלכלי של התובע המייצג ובא כוחו (וראו להלן) גדול יותר, כך יקשה להידרש לתובענה במשקפיים "נקיות" של אינטרס ציבורי. גם תום הלב וההגינות הם אינטרס ציבורי.

המניע הכלכלי בהגשת התובענה ושאלת הייזום

מג. שאלה נוספת המתעוררת בענייננו, אם כי בשוליו, היא היש לייחס משקל למניע אשר עמד בבסיס הגשת התובענה הייצוגית, בין אם של התובע המייצג בין אם של בא כוח הקבוצה; נזכיר, שבית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט פרגו) מצא בתיק שלפניו כי גם בכך יש להטות את הכף לעבר דחיית התובענה.

מד. נדמה שאין חולק, וציינו זאת בפתח הדברים, כי עצם קיומו של תמריץ כלכלי של התובע המייצג או בא הכוח הוא אינהרנטי למנגנון התובענה הייצוגית, ולכן אינו מצביע לכשעצמו על פגם. כפי שמצוין בדברי ההסבר להצעת החוק, "התובע המייצג ועורך הדין המייצג נוטלים אחריות לרכושם של אחרים והם עושים זאת על פי רוב בשל התמריץ הכלכלי הקיים בצד תובענות אלה" (שם, בעמ' 239). כדבריו של חבר הכנסת ר' חן בדיון במליאת הכנסת באישור חוק תובענות ייצוגיות מיום 1.3.06, "התגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לעורך הדין הם הדלק שיניע או יחניק את התביעות האלה". זוהי גם עמדת המלומדים (ראו למשל – א' קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" מחקרי משפט כ"א 387, 414 (תשס"ד-2004); א' קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 148-149 (תשס"ז) (להלן קלמנט – פרשנות); ויצנבליט, בעמ' 390); וכך גם נקבע בשורה ארוכה של פסיקות של בית משפט זה, הן לפני חקיקת החוק (וראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785 (1996); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 295-296 (2001)) והן לאחריו (עע"מ 2395/07 אכדיה נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (2007); עניין קרו, פסקאות 22-24; עניין פרינר, פסקאות 85-86 לפסק דינו של השופט מלצר, חוות דעתו של השופט ג'ובראן וכן פסקה י"א לחוות דעתי; עניין מי הגליל, פסקה כ"א).

אין רצון, כמובן, לסרס את התובענות הייצוגיות, אך גם לא להפוך אותן למכשיר לשכר טרחה וגמול כעיקר. כפי שציינו בראשית הדברים, נחזור ונדגיש כעת –

התכלית העיקרית היא ציבורית, ואילו המניע הכלכלי הוא תמריץ בלבד לשם הגשמת תכלית זו. מכאן, כפי שציינתי בעניין פריניר, "על בית המשפט בהחלטותיו להישמר שלא להחליף בין העיקר (האינטרס הציבורי) לטפל (האינטרס הממוני של התובעים האינדיבידואליים ובעיקר עורכי הדין)" (שם, פסקה א'). אין להפוך את הקערה על פיה.

מה. שאלה נפרדת, גם אם קשורה בטבורה לשאלת המניע הכלכלי, היא האם יש פגם בהתנהלותו של בא כוח בתובענה ייצוגית היוזם בעצמו את התובענה, ואינו מסתפק בייצוג לקוח המגיע אליו ובפיו בעיה קונקרטית ואוטנטית; דהיינו, תחילה מוצא עורך הדין עילה הנראית לו הולמת תובענה ייצוגית, ולאחר מכן תר אחר התובע המייצג העשוי לדעתו לסייע לכך שטענותיו יתקבלו בבית המשפט. בעניין פריניר נחלקו הדעות במובן מה בשאלה זו: השופט מלצר, אליו הצטרף השופט ג'ובראן, סבר כי כיון שהתובענה הייצוגית היא מעין "מיזם עסקי משותף" בין התובע המייצג לבא כוחו, ונוכח האינטרס הכלכלי העומד כאמור בבסיסה, אין לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר מי שיזם אותה היה עורך הדין ולא לקוחו. בהמשך לכך צוין, כי פעולה של עורך דין לאיתור נפגעים בפועל, אין בה לכשעצמה כדי לפסול את אישור התובענה (פסקאות 93-94 לפסק דינו של השופט מלצר; וכן פסק דינו של השופט ג'ובראן). מנגד, באותו מקרה הבעתי את הדעה, במיעוט, כי חרף המניע הכלכלי העומד בבסיס התובענה הייצוגית, אין מקום למתן אישור גורף לאפשרות הייזום; ראו לעניין זה גם את סעיף (A)(II) לחוק הניירות הערך האמריקאי (The Private Securities Litigation (Reform Act of (1995, Pub. L. 104-67, 109 Stat. 737, המחייב אדם המבקש לשמש כתובע מייצג בתביעה שעילתה הפרה נטענת של דיני ניירות הערך הפדרליים, להגיש תצהיר שלפיו לא רכש את נייר הערך אך לשם ייזומה של תובענה ייצוגית (וראו לעניין זה גם Richard M. Phillips & Gilbert C Miller, "The Private Securities Litigation Reform Act of 1995: Rebalancing Litigation Risks and Rewards for Class Action Plaintiffs, Defendants and Lawyers" 51 *Bus. Law.* (1996) 1009; at 1301). הנה מדבריי בהקשר זה בעניין פריניר:

"ככל שהתובענה הייצוגית היא כלי חשוב, יש צורך באיזון אל מול החשש שהדבר יהפוך תת-התמחות ו'תעשייה' מקצועית שתועלתה אינה בשירות העניין הציבורי אלא בשירות הכיס גרידא... בסופו של יום, מבקשים אנו איפוא איזון ראוי. כשלעצמי, בהקשר לדברי חברי לעניין פעלתנות עורכי דין בתחום התובענות הייצוגיות, רואה אני 'להדליק נורית אזהרה' מסוימת בעניין זה, ושוב – הדברים נאמרים בלא כוונה לפגוע בעורך דין פלוני או אלמוני. בעיני – ועל כך גם אין חברי חולק – התרופה לחשש פן מה שמוצג

כמלחמה על אינטרס ציבורי אינו אלא מכשיר לעשיית רווחים, חשש שאין להתעלם ממנו, ומכל מקום בחלק מן המקרים, ולצורך באיזון, היא בראש וראשונה בשבע העיניים של פיקוח בית המשפט, ללא לאות, בכל שלב ושלב של התובענה הייצוגית, [לרבות] שלב האישור" (שם, פסקאות ט"ו-ט"ז; ההדגשות במקור – א"ר).

פסק דיננו זה אינו עוסק בעיקרו באשר עסק עניין פריניר ואיני בא לגרוע מאשר קבעה דעת הרוב שהכריעה את הכף שם, אף אם דעתי היה שונה במקצת. עם זאת, במקרה הספציפי בו עסקינן, סבורני כי נורית האזהרה שביקשתי להדליק בעניין פריניר מהבהבת במלוא עוצמתה, ועל כך בהמשך.

מו. אציין, כי לדידי, בהמשך לקביעתה של השופטת שטמר בעניין זה (פסקה 21 להחלטה) ובדומה לנטען על-ידי התובעים וכן על-ידי תנועת הצלחה, יתכן שיש מקום להפריד בין ייזומה של תובענה ייצוגית מעיקרא, דהיינו מבלי שיש עילה "אותנטית" בבסיסה, לבין מקרה בו התובענה נשענת על עילה אמתית, אולם לשם ביסוסה החליטו התובע המייצג ובא כוחו לעבות את הראיות שבידיהם על-ידי ייזום עילות תביעה דומות. בעוד המקרה הראשון מעלה חשש מסוים שמא התובע המייצג – אשר יזם את התובענה מראשיתה – אינו כשיר לנהל את עניינם של חברי הקבוצה, וכאמור בעמדתי בעניין פריניר, יש לבחון כל מקרה לגופו, הנה על פני הדברים יתכן שבמקרה השני החשש פוחת; זאת, שכן דווקא איסוף הראיות, בהמשך לפגיעה המקורית והאותנטית, מסייע בייצוגם של חברי הקבוצה נאמנה ובהצגת תמונה מלאה יותר בפני בית המשפט; וגם כאן יש לבחון כל מקרה לגופו.

ואולם, כדי שבית המשפט יוכל לשקול האם גם במקרה בו הוגשה תובענה ייצוגית יזומה, במלואה או בחלקה, יש לאשרה כייצוגית, מצופה מן התובע המייצג כי יציג את התמונה המלאה בפני בית המשפט בתצהירו, ולא יתיימר להציג מקרים שנועדו מראש לשם הגשת התובענה הייצוגית, ככאלה המשקפים עילת תביעה אותנטית. הדברים נובעים הן מחובתו הכללית של התובע המייצג לנהוג בתום לב, ועל כך עמדנו מעלה, והן כיון שיתכנו מקרים בהם עלול הדבר להשפיע על קבלת הטענות לגופן; כך למשל בטענה של הטעיה חוזית, אשר ספק אם ניתן להעלותה במקרה של תובענה ייזומה (ראו בהקשר זה עמדתה של הנשיאה נאור בעניין ישדאכרט; וכן הערתו של השופט מלצר בעניין פריניר, בסיפה של פסקה 95). בהמשך לכך, יקבע בית המשפט, על סמך התמונה העובדתית המלאה שתוצג, האם התובענה – כמות שהיא וחרף ייזומה – ראויה להתברר כייצוגית. תובע מייצג אשר נמנע מציון פרטים אלה בבקשתו, צריך שיידע כי לדבר עלולה להיות השפעה ממשית באשר לסיכויי אישורו כתובע מייצג,

ובמקרי קיצוץ – לסיכויי אישורה של הבקשה בכללותה. הוא שאמרנו: מינון ומידתיות הם שיקולים משמעותיים העשויים להטות את הכף.

מן הכלל אל הפרט

מז. ענייננו כאמור בשתי תובענות ייצוגיות שהוגשו בהפרש של יומיים לשני בתי משפט שונים ונדונו בפני מותבים שונים; לאלה יש להוסיף את התובענה השלישית אשר הוגשה יחד עם התובענה הראשונה ונדונה בפני מותב שלישי במספר. התובעים ובאי הכוח בשלוש התובענות הם זהים למעשה מהותית, לפחות בחלקם – כאן האחד התובע המייצג, כאן הוא בא כוח הקבוצה (עו"ד דביר גליזר); כאן מדובר באנשים המחזיקים יחד בבעלותם בחברה מסוימת, כאן מדובר בחברה עצמה (עו"ד דביר גליזר ועו"ד רותם חנניה; המחזיקים בבעלותם את חברת ש.א.מ.ג.ר). בנוסף, בתובענה השנייה (וכן בשלישית אשר אינה בפנינו), בא כוח הקבוצה (עו"ד דביר גליזר) נשוי לאחת מן התובעות המייצגות (יוליה גליזר) המשמשת גם כתובעת המייצגת – יחד עמו, כאמור – במסגרת התובענה הראשונה (וכן בתביעה השלישית); ואחד מן התובעים המייצגים בשלוש התובענות – אלמוג בן חמו – עבד כמתמחה באותה תקופה במשרד עורכי הדין של בא כוח הקבוצה השנייה (והשלישית) – כאמור, עו"ד דביר גליזר.

בנוסף, בניגוד להוראות הדין המפורשות, התובעים המייצגים או באי כוחם לא יידעו את בית המשפט בדבר קיומן של התובענות האחרות, אף שהם היו אלה שהגישו את שלוש התובענות. ודוקו, אף בפני בית משפט זה בשלב הערעור, נמנעו התובעים המייצגים ובאי כוחם מיידוע בית המשפט בדבר ההליכים המקבילים, ומכאן נוצר גם כאן המצב, כי התובענות התבררו בפני שני מותבים שונים, עד שאוחדו יחד ונדונו בפני הרכב מורחב זה.

מח. כמו כן, אף אם ראשיתן של התובענות בעילת תביעה "אותנטית", היינו נזק אמיתי שנגרם למי מחברי הקבוצה – ואינני קובע כי כך היה – ברי כי המשכן של התובענות בפעולות יזומות שננקטו על-ידי מי מהתובעים המייצגים כדי לבסס את עילות התובענה; כך למשל, אין חולק כי יוליה גליזר, המבקשת לשמש כתובעת מייצגת בשתי התובענות (וכן בשלישית), שכרה רכב מחברת אלדן ביום 28.10.08 והחזירתו למחרת, או אז מצאה לשכור רכב מחברת באדג'ט, שאף אותו החזירה למחרת; מספר ימים לאחר מכן, ביום 5.11.08, שכרה רכב מחברת שלמה Sixt וזה הוחזר למחרת היום, וכן שכרה, באותו יום, רכב נוסף מחברת באדג'ט אשר הוחזר

למחרת. יומיים לאחר מכן שכרה יוליה רכב נוסף מחברת שלמה Sixt, אותו החזירה למחרת היום. פעולות דומות ננקטו גם על-ידי עו"ד אלמוג בן חמו, אשר גם הוא כאמור מבקש לשמש כתובע מייצג בשתי התובענות (וכן בשלישית); ועל-ידי עו"ד דביר גליזר, המבקש כאמור לשמש תובע מייצג בתובענה הראשונה ובא כוח הקבוצה בתובענה השניה (והשלישית). כפי שציינו בתי המשפט המחוזיים בענייננו, פרטים אלה לא הובאו בתצהירי המערערים במלואם. כאמור מעלה, אף אם אין בייזום הפעולות כדי להביא לדחיית התובענה מעיקרא, הנה בהיעדר גילוי כדבעי בתצהירים, וכן בצירוף נסיבות חשודות נוספות – ואלה, כאמור, קיימות בענייננו למכביר – יש לבחון את סוגיית הייזום בקפדנות יתרה.

מט. סבורני, כי נוכח משקלם המצטבר של פגמים אלו בתובענות נשוא ענייננו – ראשית ועיקר, נוכח ההגשה המבוזרת – *Forum Shopping* – והיעדר היידוע של המותבים השונים היושבים בדין שיצרו מינון מוטה לעבר האינטרס האישי-הכלכלי – אין בדינו אלא לקבל את בקשת רשות הערעור ולדחות את הערעור, ולקבוע כי אין לדון בתובענות נשוא ענייננו כתובענות ייצוגיות. אכן, כפי שציינו, במצב העניינים הרגיל, אין בעצם קיומם של פגמים בתובענה הייצוגית כדי להביא בהכרח לדחייתה, ועל בית המשפט לבחון פתרונות מידתיים יותר, לרבות החלפת התובע המייצג או בא הכוח. ואולם, סבורני כי נוכח משקלם המצטבר של הפגמים שנפלו בענייננו היורדים לשורש העניין – ובעיקר, כאמור, ההגשה המבוזרת לשלושה מותבים, ללא רישום וללא יידוע המותבים המקבילים, תוך שבתי המשפט הגיעו לתוצאות סותרות – אין להסתפק בפתרון אחר שהוא פחות מאי-היעתרות לבקשות. הנושא יורד לשורש ההליכים, ועל כן גם אם היה בנושא לגופו משום עניין כתובענה ייצוגית – וכאמור, איני קובע זאת – הנסיבות אינן מותרות לטעמי ברירה.

הערת טיוטת כללית

ג. בהקשר אחרון זה אדגיש, כי התוצאה של אי-היעתרות לתובענה מחמת התנהלות התובע המייצג ובא הכוח, כפי שאירע בענייננו, משמעה כי לא נוצר מעשה בית דין בעילות נשוא התובענה; מכאן, אין מניעה "על הסף" מהגשת תובענה בעילות דומות או זהות, על-ידי תובע מייצג ובא כוח הראויים לכך. מדובר בחריג לכלל הרחב עליו עמדנו מעלה, לפיו ככלל תוצאת התובענה הייצוגית מחייבת את כלל חברי הקבוצה ויוצרת מעשה בית דין; אולם דומה כי ההחרגה בנידון דידן ברורה – משמצא

בית המשפט לדחות את התובענה אך מפאת טעמים הקשורים בהתנהלות התובע המייצג ובא הכוח, וללא בירור לגופן של הטענות, לא התגבש מעשה בית דין (עניין קרן, פסקה 21; עניין וינבלט, בעמוד 269). אמנם, היועץ המשפטי לממשלה הדגיש בחוות דעתו את החשש, שמא אף במקרה בו לא התגבש מעשה בית דין מבחינה פורמלית, בית משפט הדין בתובענה ייצוגית בעילה דומה לזו שנדחתה בעבר מטעמי התנהלותם של התובע ובא הכוח הקודמים, ייטה שלא לאשר את התובענה הייצוגית אך מן הטעם שנדחתה. לטעמי, וכדי שלא "לשפוך את התינוק עם המים", ניתן להפיג חשש זה על-ידי כך שייקבע, כי כאשר מוצא בית המשפט לדחות את התובענה הייצוגית אך מטעמים של התנהלות התובע ובא הכוח, עליו להימנע מדיון בטענות לגופן. אכן, פעמים רבות נוטים בתי המשפט, מטעמי יעילות דיונית, לדון גם בעילות לגופן אף בדחותם את התובענה הייצוגית מטעמים של התנהלות התובע המייצג ובא הכוח. אולם חרף הרצון המבורך ליעילות, נדמה כי הדבר עלול לפגוע באינטרס הציבורי שבבירור העתידי של תובענות ייצוגיות ראויות בעילות אלה; כך למשל, יתכן מאוד כי התנהלותם הבעייתית של התובע המייצג ובא הכוח הביאה לכך שהתובענה עצמה הוגשה באופן שאינו משכנע ואינו מבסס עילה משפטית לקבלת התובענה, בעוד הגשת תובענה בעניין זהה או דומה על-ידי תובע ייצוגי אחר ובא כוח ראויים תבסס עילה לקבלת הבקשה. על בית המשפט להימנע מן האפשרות שובת הלב להיכנס בנעליהם של תובע מייצג ובא כוח עתידיים-תיאורטיים, להעלות טענות בשמם ולהכריע כבר בשלב זה האם מדובר בטענות הראויות לשמש בסיס לתובענה ייצוגית. ככל שיהא בכך צורך, הטענות יתבררו עם הגשתה של תובענה ייצוגית חדשה בעילות זהות או דומות.

נא. סוף דבר: מוסד התובענה הייצוגית הוא מוסד חשוב הנועד לקדם את האינטרס הציבורי בנסיבות שונות, כפי שקבע המחוקק. בהתאם, אין לרפות ידיים מהגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות, ואולם מאותם טעמים של אינטרס ציבורי, הכולל גם תום לב והגינות, עלינו לודא כי תובענות אשר אינן ראויות להיות מוגשות כייצוגיות, תוך הפרה ברורה של הוראות הדין ובחוסר תום לב משווע – לא יאושרו; וכן יש להרתיע תובעים מייצגים ובאי כוח עתידיים מהתנהגות דומה. על בתי המשפט להשגיח פן תפתח "תעשיית תובענות ייצוגיות", כמעין "ענף ייצור" במשק, שכל מטרתן העשרת התובעים ובעיקר באי כוחם, ואילו האינטרס הציבורי בהן דל. מכאן, אם תישמע דעתי, נקבל את בקשת רשות הערעור – רע"א 3698/11 – ונורה על ביטולה של החלטת בית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי מרכז) 13354-12-08; ולא ניעתר לערעור – ע"א 9244/12 – ונותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי תל-אביב) 2370/08 על כנו.

לעניין ההוצאות – הנסיבות המתוארות מעלה מדברות בעד עצמן; התובעים הפרו את הוראות החוק, ביזבו את זמןן של הערכאות השיפוטיות השונות, והטילו על הנתבעים לכלות את זמנם בהליכים משפטיים ארוכים. הדבר מחייב השתתפות הוצאות משמעותיות. מכאן, יישאו שאמגר וגליזר, יחד ולחוד, בהוצאות שלמה בגובה 30,000 ₪ ובהוצאות דומיקאר בגובה 30,000 ₪, וכך יישאו בהוצאות המומחה. סכום ההוצאות המושתת היה גבוה יותר, אילולא מוטלות על שאמגר וגליזר הוצאות המומחה. בנוסף, יישאו שאמגר וגליזר, יחד ולחוד, בהוצאות לטובת אוצר המדינה בגובה 20,000 ₪ בגין הזמן השיפוטי שבזבזו כתוצאה מן ההליכים המקבילים בערכאות השונות והיעדר יידוען של הערכאות השונות בדבר קיומם של אלה. ובחתימה, אציין את הופעתם המכובדת של כל הצדדים בדיון בפנינו ואת איכות טיעוניהם.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט י' דנציגר:

1. אני מצטרף לחוות דעתו המפורטת והמקיפה של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, על נימוקיה ותוצאתה (בשינוי קל). אבקש להוסיף אך כמה מילים.

2. סעיף 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות) מחייב את המבקש לבדוק בפנקס התובענות הייצוגיות אם הוגשה בקשה מוקדמת באותו עניין או עניין דומה, ואם "מצא המבקש כי רשומה בפנקס בקשה לאישור או תובענה ייצוגית כאמור, יציין בבקשתו לאישור את פרטיה". מקל וחומר (כפי שהבהיר גם חברי, השופט רובינשטיין) שאם ידוע למבקש על בקשה לאישור או תובענה ייצוגית מוקדמת באותו עניין או בעניין דומה, שהוא עצמו (או בא כוחו) הגיש, עליו לציין בבקשה לאישור את פרטיה.

בעניין זה הובעה הדעה - בה אני תומך - כי מן הראוי לציין עובדה זו כבר בפתח הבקשה המאוחרת ובאופן בולט (ת"צ (מחוזי מרכז) 3399-04-14 פטשנקו נ' יורוקום תקשורת סלולרית בע"מ, פסקה 5.ב. (1.5.2014), השופט פרופ' ע' גרוסקופף).

3. חובת היידוע של בית המשפט שאליו הוגשה התובענה המאוחרת בדבר התובענה המוקדמת יותר, מטרתה המרכזית היא יעילות, דהיינו מניעת ביזור תובענות שונות העוסקות באותו נושא בפני מותבים שונים וערכאות שונות. מדובר הן בחסכון

זמן עבור הצדדים (ובייחוד המשיבים שלעתים נאלצים לנהל מספר הליכים בבתי משפט שונים) והן עבור בתי המשפט, דבר המתבטא בחסכון זמן שיפוטי, כשבסופו של דבר מדובר בטובת כלל ציבור המתדיינים. יתרה מכך, חובת היידוע מעוגנת גם בערך ההגינות.

4. יידוע בית המשפט אודות בקשה או תובענה קודמת עשוי להביא, במקרים מסוימים, לכך שהליכים אלה יתנהלו במאוחד. עם זאת, במקרים מסוימים, עשוי להביא הדבר למחיקתה של אחת הבקשות (או יותר) עקב ריבוי הליכים. ייתכן כי חשש זה, שההליך שהגישו יימחק עקב קיומו של הליך דומה, הוא שמניע מבקשים ייצוגיים להגיש הליכים דומים בבתי משפט במחוזות שונים, כפי שאירע במקרה דנן, וכן במקרים נוספים. אחרת, קשה להסביר מדוע אפרוורית מחליטים מבקשים ייצוגיים להגיש מספר בקשות באותו עניין או בעניין דומה למספר ערכאות דיוניות (בעלי אותה סמכות עניינית).

5. חברי השופט רובינשטיין עמד על התופעה של "תובענות ייצוגיות משוכפלות", אשר ניתן להבחין בגדרן בשני סוגי תובענות: האחד, תובענות המוגשות על ידי עורכי דין שונים ותובעים מייצגים שונים בעילות דומות; השני, תובענות המוגשות על ידי אותם עורכי דין ולעתים אותם תובעים מייצגים, בעילות דומות. חובת הרישום בפנקס, כמו גם חובת העיון בפנקס בטרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, חלה כמובן על שני הסוגים. עם זאת, היא רלבנטית בעיקר לסוג הראשון, שהרי ממילא בסוג השני של המקרים אמורים המגישים לדעת על ההליכים אותם הגישו הם עצמם. בנוסף, על אלה גם אלה חלה החובה ליידע את בית המשפט בדבר הליך ייצוגי קודם שהוגש בעניין דומה. כאשר אותו מבקש ייצוגי או בא כוח מגיש מספר בקשות לאישור באותו עניין או בעניין דומה, ובוחר להגיש אותן - ללא נימוק טוב (כגון הבדל בסמכות העניינית) - בפני ערכאות שונות, מדובר בהתנהלות מתמיהה. כאשר אותו מבקש ייצוגי או בא כוח לא טורח ליידע את בית המשפט על הליך מקביל שהגיש הוא עצמו, הדבר מעלה ניחוח של חוסר תום לב ושל התנהלות דיונית לא ראויה. כפי שחברי השופט רובינשטיין ציין, הדבר אף עלול להעלות ספק לגבי יכולתו של המבקש או של בא כוח הקבוצה לייצגה באופן הולם.

6. כאשר ידוע למבקש אודות בקשה ייצוגית או תובענה קודמת שהוגשו באותו עניין או בעניין דומה, בין בהתבסס על פנקס תובענות ייצוגיות ובין משום שהוא עצמו, קרוב משפחתו או בא כוחו הגישו הליך כאמור, מן הראוי שהבקשה המאוחרת תוגש לאותה ערכאה דיונית שאליה הוגשה הבקשה המוקדמת באותו עניין. ריכוז בקשות

האישור המוגשות באותו עניין לאותה ערכאה יהיה בו כדי לחסוך את הזמן השיפוטי והמנהלי הכרוך בהעברתן של הבקשות וריכוזן בפני ערכאה אחת (בהתאם לסעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות).

7. אשר לסוגיית הסמכות המקומית, אני סבור - וכמובן מבלי לקבוע מסמרות - כי ברוב המקרים שבהם מוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית לא צפוי להתעורר קושי להגיש את הבקשות לאותה ערכאה דיונית, מההיבט של הסמכות המקומית. לא אכנס לעובי הקורה בנקודה זו, משום שהסוגיה לא עלתה בענייננו, אולם אפנה בהקשר זה להחלטתו של השופט פרופ' ע' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 57574-12-13 כהן נ' סינרון מדיקל בע"מ (24.4.2014), שעסקה בסוגיה זו לעומקה.

8. למרבה הצער, התופעה של "ציד ערכאות" (Forum Shopping), כפי שכינה אותה חברי, קנתה לה אחיזה בתחום זה של תובענות ייצוגיות, ואני סבור כי יש למגרה. זאת, בפרט, כאשר מדובר בתובענות "משוכפלות" המוגשות על ידי אותם צדדים המבזרים אותן בפני ערכאות שונות. והמקרה דנן יוכיח, אם כי קיימות אף דוגמאות נוספות [ראו והשוו: ת"צ (מחוזי מרכז) 36086-07-11 חרטט נ' ידיעות אינטרנט (19.9.2012)]. יצוין, כי ערעור בעניין זה נדחה בעקבות הסכמות בין הצדדים – ראו ע"א 8290/12 דואניאס נ' ידיעות אינטרנט (22.2.2017)].

9. ניתן למגר את התופעה דנן במספר דרכים, עליהן עמד חברי השופט רובינשטיין בפסקה מ' לחוות דעתו: דחייה (או מחיקה) של התובענה; החלפת התובע המייצג או בא הכוח; וצמצום הגמול או שכר הטרחה שישולמו למבקש או לבא הכוח. כמובן ניתן לעשות שימוש גם בסעד של הוצאות משפט, בין כסעד יחיד ובין בנוסף לכל אחת מהדרכים לעיל.

10. מסכים אני עם חברי, כי בנסיבות המקרה דנן, נוכח המשקל המצטבר של הפגמים - ההגשה המבוזרת של התובענות לערכאות שונות מבלי ליידע את המותבים השונים על התובענות הנוספות שהוגשו באותו עניין, כאשר מדובר כאמור באותם צדדים או, לכל הפחות, בצדדים קשורים, אשר אין חולק כי ידעו על קיומם של ההליכים הנוספים – אין די בהפעלת הסמכות להורות על החלפת התובע המייצג או בא כוחו (ראו בעניין זה חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן). אכן, הפגם בהתנהלותם של המבקשים ובאי כוחם צריך להביא לקבלת בקשת רשות הערעור (והערעור לגופו) ברע"א 3698/11 ודחיית הערעור בע"א 9244/12. נוכח חוסר הבהירות בסוגיה של

יצירת מעשה בית-דין במקרה של דחיית תובענה ייצוגית (עליה עמד השופט פוגלמן), מצטרף אני לעמדת חברי כי יש להורות על מחיקתן של בקשות האישור.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. דבריו המחכימים של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, מקובלים עלי במלואם; ראוי כי יכנסו ללב התובעים המייצגים ובאי-כוחם. משבאנו לפרשת תובענות ייצוגיות, ומשעסקנו בחובת הרישום בפנקס התובענות הייצוגיות, אעיר עוד קמעא.

2. כדברי חברי, פנקס התובענות הייצוגיות נועד ליתן פומבי על דבר הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, או כל החלטה מהותית אחרת בהליכים מסוג זה, באופן שיהיה נגיש וגלוי, ולאפשר ריכוז 'שקוף' של המידע על תובענות ייצוגיות לטובת כלל הציבור (ראו: דבח, בפסקה י"ט). עם זאת, נראה כי מילוי חובת הרישום בפנקס לוקה בחסר, עד כי ניתן להעריך בזהירות כי פנקס התובענות הייצוגיות אינו משמש, כעניין שבעובדה, מקור מידע אמין די הצורך לציבור הנפגעים ולמי שמעוניין לדעת על קיומו ומצבו של הליך ייצוגי מסוים. בחינה אמפירית שנערכה לתיקי התובענות הייצוגיות שנפתחו עובר לשנת 2012, מצביעה על כך שרק כ-70% מכלל הבקשות לאישור תובענה ייצוגית נרשמו בפנקס התובענות הייצוגיות; המספרים נמוכים עוד יותר ביחס לשאר המסמכים שהחוק מורה לרשום בפנקס (דוגמת הגשת בקשת הסתלקות, החלטת בית המשפט בדבר אישור התובענה, או אישור הסדר הפשרה ועוד; ראו: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה, תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית, בעמוד 38 (2014) (להלן: פרספקטיבה אמפירית); ראו גם את הודעת ועדת התובענות הייצוגיות שבלשכת עורכי הדין, מיום 8.3.2011, הקוראת לעורכי הדין "לקיים את הוראות החוק [בעניין הרישום בפנקס] ככתבן וכלשוונן". יתרה מכך, הנתונים מצביעים על כך שרישום מחצית מאותן בקשות אישור שנרשמו, נעשה בחלוף זמן ניכר ממועד פתיחת ההליך (פרספקטיבה אמפירית, בעמוד 39); נתון זה מחזק את הרושם כי עוקצו של הפנקס קהה, שכן במקרים רבים אפקטיביות הרישום בפנקס ניכרת דווקא בסמוך למועד פתיחת ההליך הייצוגי.

3. מהם הטעמים למצב עניינים זה?

מדברי חברי, המשנה לנשיאה (בדימ'), ניתן להבין כי מעמדו של הפנקס הוא תולדה של השתמטות מכוונת מצד תובעים ייצוגיים ובאי-כוחם, נוכח העדרה של סנקציה מפורשת כלפי מי שאינו ממלא אחר חובת הרישום. אם אלה הם פני הדברים – כי אז יש בחוות דעתו ומסקנותיו של חברי כדי להציב לתובעים ייצוגיים ולבאי-כוחם "תמרור אזהרה" מפני אי-מילוי הוראות החוק המחייבות את רישום הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ובכך לערוך שינוי משמעותי בתרבות התובענות הייצוגיות בישראל. אכן, הוראות החוק 'חודדו', ומעתה ידעו התובעים הייצוגיים ובאי-כוחם אל-נכון, כי עליהם לנקוט בקולגיאליות, בהגינות ובאחריות.

לצד זאת, אין לבטל גם את האפשרות כי אי-ההקפדה על חובת הרישום בפנקס נובעת, במידת-מה, גם מחסר בהסדרים הקיימים, כמו גם מבעיות טכניות ויישומיות הנוגעות לניהול הפנקס ומידת 'ידידותו' למשתמש'. זהו עניין להנהלת בתי המשפט לענות בו, ולעשות כן מפקידה לפקידה.

4. מכיוון שאין זו האכסניה המתאימה, לא אוסיף עוד לדון בדבר הזה; אציין עם זאת, כי לדעתי המתווה הנוכחי שבו מוסדר פנקס התובענות הייצוגיות, כמכשיר להגדלת האפקטיביות של החוק בהשגת יעדיו, דורש לימוד ועיון ביקורתי.

5. אכן, משמצאנו כי הרישום בפנקס הוא חובה אשר סנקציה בצידה, וזו עשויה, בנסיבות המתאימות, לעלות כדי דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית על הסף, אין מניעה (ואולי הדבר מתבקש ורצוי) כי המחוקק ומחוקק-המשנה, ישובו ויבחנו – למעלה מעשור לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות – את עמידתו של פנקס התובענות הייצוגיות במטרות שהוצבו לו; ויתקנו במידת הצורך את הטעון תיקון (זאת גם בשים לב לכוונתו של מחוקק-המשנה לאמץ מודל רישום דומה שיחול על מוסד התביעה הנגזרת (ראו: סעיף 24 לטיוטת תקנות החברות (הוראות לענין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017).

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

1. בפרשה שלפנינו הודגם חוסר תום לב של בעלי דין מתדיינים מהו. גם אני, בדומה לחברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (פסקה ו לחוות דעתו), סבור כי ההיבט המרכזי בהתנהלותם הפסולה של המבקשים השונים בבקשות לאישור תובענה ייצוגית ובאי כוחם (להלן ביחד: התובעים; אם לא צוין אחרת אשתמש בקיצורים שקבע חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בראשית חוות דעתו), עניינו בהגשת הבקשות

לאישור מטעמם, העוסקות בעילת תביעה דומה (אם לא זהה), לבתי משפט שונים, בהליכים שונים, מבלי לנקוט פעולות נדרשות לצורך רישום הבקשות בפנקס כפי שמורה סעיף 6(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק) ומבלי לציין בהליכים שהוגשו את קיומן של הבקשות האחרות לאישור תובענה ייצוגית, כמתחייב מהוראת סעיף 5(א)(2) לחוק. כפי שאפרט להלן, נוכח נסיבות המקרה החריגות שהוצגו לפנינו, אני מצטרף (בכפוף להערה באשר למתכונת סיום ההליך) לתוצאה שאליה הגיע חברי.

2. התנהלות התובעים, שהורתה בחיפושם אחר הערכאה שבה יזכו לתועלת מירבית (Forum Shopping), תוך הטרחת בתי משפט ומותבים שונים בבירור הליכים דומים במקביל; תוך יצירת עומס מיותר על המערכת השיפוטית, הפוגע בציבור המתדיינים כולו; ותוך העמדתם של מותבים שונים בסכנה של קבלת הכרעות סותרות – מנוגדת לעקרונות בסיסיים של הגינות ותום לב דינניים. כך ככלל, וכך במיוחד כאשר עסקינן בהליך מסוג בקשה לאישור תובענה ייצוגית, כאשר המבקשים ובאי כוחם אינם פונים לערכאות לשם קבלת סעד בעניינם-שלהם בלבד, כי אם עותרים לייצג ציבור של בעלי דין. במצב דברים זה, לצד הזכויות הגלומות בניהול הליך ייצוגי, על התובע המייצג ובא כוחו מוטלות גם חובות דינניות ואחריות רבה יותר לייצג ולנהל את עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב.

3. חברי סבור כי כאשר התובע המייצג נמנע מהצגת העובדות כהווייתן בעניינים מרכזיים להליך (ובענייננו, קיומם של הליכים מקבילים המעוררים אותן שאלות), יש בכך כדי לעורר ספק בקשר ליכולתו לייצג את אינטרס הקבוצה בתום לב כדרישת חוק תובענות ייצוגיות. לשיטתו, הדבר אף מהווה הפרה של החובה לנהוג בתום לב גם כלפי בית המשפט. מחובה זו נגזרת חובתו של תובע מייצג ובא כוחו לרשום את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בפנקס התובענות הייצוגיות, וכן ליידע את בית המשפט בדבר הליכים שהוגשו במקביל. לדברים אלה אני מסכים (וראו גם דברי בית משפט זה בע"א 3352/13 גמליאל נ' טבע סנטר, פסקה ג (16.7.2014): "אכן יש פגם בהגשת תובענות דומות העשויות להיות מוגשות לבתי משפט שונים או מנותבות לשופטים שונים, בלא שהדבר נמסר מפורשות בתובענה באופן שניתן יהיה לטפל בו כראוי על פי הדין [...] אנו מטעימים את האמור, שעליו להיות ידוע בחינת פשיטא בגדרי הגינות ותום לב").

4. להשקפתי, את חובת התובע המייצג ובא כוחו לנהוג בתום לב אף במישור היחסים שביניהם לבין בית המשפט אפשר ללמוד גם מן ההסדר הפרטני הקבוע בסעיף

8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות. סעיף זה קובע תנאי מקדמי לאישור תובענה ייצוגית, שלפיו נדרש "יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). זאת, להבדיל מן התנאי המקדמי הקבוע בסעיף 8(א)(3) לחוק, שלפיו יש להראות כי ענינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת. בדברי ההסבר לחוק תובענות ייצוגיות הבחין המחוקק בין שני התנאים המקדמיים הקבועים בסעיפים אלה כהאי לי שניא :

"מוצע כי לנתבע לא תהיה אפשרות לערער על החלטה בעניין הולמות הייצוג [לפי סעיף 8(א)(3) לחוק – ע' פ'], שכן עניין זה נוגע למישור היחסים שבין התובע המייצג ובא הכוח המייצג לבין חברי הקבוצה. זאת, במובחן מהחלטה בענין תום ליבם של התובע המייצג ובא כוחו [לפי סעיף 8(א)(4) לחוק – ע' פ']" (דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח 234, 263 (להלן: דברי ההסבר לחוק)).

5. בין כך ובין אחרת, התנהלותם החמורה של התובעים בענייננו אינה יכולה לבוא לידי פתרון אך באמצעות פסיקת הוצאות משפט לחובת התובעים או באמצעות הפחתת הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה של בא כוחו, והיא מגיעה לרף הנדרש לצורך הקביעה כי לא מתקיים תנאי הסף הנדרש בעניין תום הלב של התובע המייצג ובא כוחו לצורך אישור התובענות כייצוגיות.

החלפת התובע המייצג ובא כוחו לעומת סילוק על הסף

6. עד כה הצטלבה דרכי במידה רבה עם דרכו של חברי. ברם, אף שאני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), ראיתי לנכון להוסיף הערה בדבר האפשרות לרפא את הפגמים שנפלו בהתנהלות תובעים באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לבית המשפט להורות על החלפת התובע המייצג ובא כוחו, מקום שבו בית המשפט מצא כי התנאים הנוגעים למהות הטענות בבקשה לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים (היינו, כאשר נמצא כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות משותפות לחברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובת הקבוצה, על פי סעיף 8(א)(1) לחוק; וכי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, כאמור בסעיף 8(א)(2) לחוק). סעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מורה כך :

8(ג)(1). בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית בידי אישור תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים

האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר בית המשפט תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול ענינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב כאמור באותו סעיף קטן.

7. מנגנון זה, לצד מנגנוני פיקוח ובקרה נוספים שהוקנו לבית המשפט שדן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, נועד לאפשר את בירורן של תובענות ייצוגיות ראויות, בנסיבות שבהן קיימים פגמים חמורים בייצוג הקבוצה על ידי התובע המייצג או בא כוחו, הניתנים לתיקון (וראו גם דברי ההסבר לחוק, בעמ' 264). מטעם זה החוק אף קובע כי לבית המשפט סמכות להחליף את התובע המייצג מקום בו נמצא כי אין לו עילת תביעה אישית כדרישת סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות (סעיף 8(ג)(2) לחוק).

8. על תכלית ההסדר הקבוע בסעיף 8(ג)(1) לחוק, והסדרים אחרים שנועדו לאפשר לבית המשפט לברר הליכים ייצוגיים ראויים בדרך יעילה והוגנת, עמדה הנשיאה ד' ביניש (בדימ') בעניין גדיש:

"המחוקק ראה להעניק לבית המשפט הדין בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מספר רב של כלי עזר וסמכויות שנועדו לסייע לו, במקרה בו מצא כי התובענה ראויה להתברר במסגרת של הליך ייצוגי, להכין את התיק במטרה לייעל את הדיון ולפשטו. מכאן סמכויותיו הרחבות של בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית בכפוף לכל שינוי שעליו יחליט (סעיף 13 לחוק); 'לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו [כל] התנאים... אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת' (סעיף 8(ג)(1) לחוק); 'להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה (סעיף 10(א) לחוק); 'להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה', וכן 'להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי להבטיח שענינם של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת' (סעיף 10(ג) לחוק). במובן זה קיים דמיון מסוים בין הסמכויות המוקנות לשופט היושב בקדם משפט לבין סמכויותיו של שופט

הדן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, אשר נועדו שתייהן לאפשר לשופט לגלם תפקיד אקטיבי במטרה לסייע לצדדים להגדיר את המחלוקות ביניהם ולהעמידן על מספר מוגבל של שאלות שבהן ניתן לדון במסגרת של הליך משפטי [...] הסמכויות הרחבות שהוקנו לבית משפט הדן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מצביעות על מגמתו של החוק שלא להציב מכשולים דיוניים או אחרים בפני התובע הייצוגי הפוטנציאלי במקרים בהם, על פני הדברים, מהווה התובענה הייצוגית את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות שבין הצדדים. זאת, בשים לב לאינטרס הציבורי שאותו משרת ההליך הייצוגי" (ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 20 (28.5.2012) (לעיל ולהלן: עניין גדיש); ראו גם חוות דעתו של השופט ח' מלצר בהקשר זה בע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פסקה 99 (4.9.2014) (להלן: עניין פריניר)).

וכך ציין בית משפט זה בקשר לסמכות בית המשפט להורות על החלפת התובעים הייצוגיים, מקום שאלה אינם עומדים בתנאי סעיף 4(א) לחוק, על פי ההסדר הקבוע בסעיף 8(ג)(2) לחוק:

"מנגנון זה משקף את הדגש ששם המחוקק על הקבוצה הנפגעת ולא על המבקש הפרטני. הוא משקף 'העדפה של המהות על-פני המיהות, כלומר: העדפת האינטרסים של הקבוצה והציבור בהכרעה בשאלה האמיתית השנויה במחלוקת על-פני האינטרס האישי של יוזמי ההליך' (עניין אינסלר, פסקה 13) " (ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, פסקה 92 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (22.9.2014)).

וראו בהקשר זה גם את דבריו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס ברע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ, פסקאות 4-5 (13.8.2007), היפים בדרך ההיקש גם לענייננו:

"אשר לבקשה לסילוק הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית (להבדיל מסילוק התובענה גופה), נקבע כי סעד שכזה יינתן במקרים חריגים וקיצוניים, בהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה ולא כלום (ראו, עניין שמש, 290). ואכן, בית משפט זה הורה בעבר על סילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית, כאשר נמצא לו טעם שהשמיט את הקרקע תחת הבקשה כולה.

[...] נראה, כי חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 [...] מחייבת לשקול מחדש את השאלה מהם אותם מקרים חריגים וקיצוניים המצדיקים סילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לפי הדין שקדם לחוק

תובענות ייצוגיות, העדרה של עילת תביעה אישית היה מביא, מיניה וביה, לדחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לכן, ניתן היה אף לסלק על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית מקום בו היה ברור על פני הדברים כי לא קיימת לתובע המייצג עילת תביעה אישית. חוק תובענות ייצוגיות שינה את דיני התובענות הייצוגיות בישראל מבחינות שונות. ההוראה החשובה לענייננו היא זו הקבועה בסעיף 8(ג)(2) לחוק. לפי סעיף זה, על בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא הוכיח התובע המייצג קיומה של עילת תביעה אישית (או קיומן של אחת החלופות האחרות שבסעיפים 4(א)-(1)-(3)), וזאת בתנאי שהראה כי התובענה שהגיש עומדת בתנאי סעיף 8(א) ובכפוף להחלפת התובע המייצג. כלומר, קיימת מבחינה עקרונית אפשרות כי אף אם יתברר שלא עומדת לתובע המייצג עילת תביעה אישית, תאושר התובענה הייצוגית (ראו והשוו, ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (טרם פורסם, 10.7.2007)). לפיכך, טעם הנוגע לעילתו האישית של התובע המייצג וזה בלבד לא יוביל בהכרח, לאור הוראת סעיף 8(ג)(2), לסילוק על הסף של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; ראו גם רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 9 (5.7.2012)).

9. הנה כי כן, מקום שבו התנהלות התובע המייצג או בא כוחו נגועה בחוסר תום לב דיוני חמור במיוחד, וכאשר הפגמים שנפלו בהתנהלותו של מי שמבקש להיות שופר לקבוצת תובעים הם כה חריפים וכה חמורים כך שלא ניתן לרפאם באמצעות פסיקת הוצאות משפט או על ידי הפחתת הגמול לתובע המייצג והפחתת שכר הטרחה לבא כוחו, חוק תובענות ייצוגיות מעניק לבית המשפט סמכות לתקן את הטעון תיקון, ולהביא לפתרון הליקויים באופן נקודתי ומידתי באמצעות החלפת התובעים המייצגים ובאי כוחם באחרים. במצב דברים זה, אם מצא בית המשפט כי מתקיימים שאר תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית המנויים בסעיף 8(א) לחוק, מלבד התנאים הנוגעים להתנהלות הגורמים המייצגים (קרי: הדרישות שבסעיפים 8(א)-(3)-(4) לחוק), ואם הפגמים שנפלו בהתנהלותם של אלה האחרונים הם חמורים כאמור, אזי על בית המשפט לשקול את האפשרות לשנות מן הייצוג – בין אם על ידי החלפתם של התובע או באי הכוח המייצגים, בין אם באמצעות צירוף אחרים אליהם.

10. החלפת התובעים מאפשרת את המשך בירור עילת התביעה הנטענת בתובענה לגופה כאשר בית המשפט מוצא כי היא מעוררת שאלות מהותיות משותפות לכלל חברי הקבוצה וקיים עניין ציבורי בבחינתה במסגרת ההליך הייצוגי. לדעתי, יש להעדיף שימוש בסמכות זו, המאפשרת החלפת התובע המייצג או בא כוחו, על פני דחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית מן הטעם שזו לא עומדת בתנאי הסף הנוגע לייצוג

בתום לב. הפעלת סמכות זו תחת דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית משרתת טוב יותר את תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות ומקדמת את האינטרס הציבורי הכללי, והכל בתנאי שעל פניו בבסיס התובענה עילות תביעה ראויות ומבוססות. על האיזון המיוחד הנדרש בין האינטרסים של הצדדים כאשר עסקינן בהליך הייצוגי בשל תכליותיו החברתיות של חוק תובענות ייצוגיות כבר עמדתי בעניין אינסלר:

“מאפייניו הייחודיים של הליך התובענה הייצוגית מוליכים למסקנה שיש לאזן בין האינטרסים באופן שונה מאשר בתובענה רגילה. בעוד שבתובענה רגילה כל בעל דין מייצג את האינטרס שלו-עצמו והמשקל שניתן לאינטרס הציבור מוגבל יותר, בבקשה לאישור תובענה ייצוגית המבקש ובא כוחו מייצגים את אינטרס חברי הקבוצה (שקולם הישיר נפקד מן ההליך) ובנוסף את אינטרס הציבור במימוש תכליותיו החשובות של מוסד התובענה הייצוגית [...] הואיל ולמוסד התובענה הייצוגית תכליות חברתיות חשובות, שומה על בית המשפט להקנות משקל רב יותר לאינטרס הציבור בבירור ובהכרעה בתובענות ייצוגיות המגלות עילה.

ועוד; האיזון השונה בין האינטרסים מתבטא, בין היתר, במנגנוני ההגנה הקבועים בחוק, שמטרתם להבטיח שאינטרס הקבוצה ואינטרס הציבור יעמדו לנגד עיני בית המשפט בצמתים שונים של ההליך שבהם מערך התמריצים עלול להוביל לתוצאה לא יעילה. כזה הוא, למשל, המנגנון המאפשר לבית המשפט להחליף את התובע המייצג או בא כוחו אם מצא שהתובענה מתאימה להתברר כייצוגית, אך מי מהם אינו מתאים לייצג את הקבוצה (סעיף 8(ג) לחוק; עניין עמוסי, פסקה 8). מנגנון זה משקף העדפה של המהות על-פני המיהות, כלומר: העדפת האינטרסים של הקבוצה והציבור בהכרעה בשאלה האמיתית השנויה במחלוקת על-פני האינטרס האישי של יוזמי ההליך” (בר”ם 4303/12 אינסלר נ’ המועצה האיזורית עמק חפר, פסקה 13 ((22.11.2012)).

11. זאת ועוד; על העדיפות שהקנה המחוקק להמשך ניהול ההליך על פני דחייתו בשל פגמים שנפלו בו והם ניתנים לריפוי, ניתן ללמוד היטב גם מן המנגנון הקבוע בסעיף 8(ג)(2) לחוק, שקובע כי בית המשפט יאשר תובענה ייצוגית שמתקיימים לגביה התנאים הרלוונטיים המנויים בסעיף 8(א) – אך התובע המייצג אינו מקיים את התנאים שנקבעו בסעיפים 4(א)(1)-(3) לחוק. הוראה זו “עולה בקנה אחד עם כוונתו של החוק לאפשר הגשתן של תובענות ייצוגיות התורמות לקידום המטרות המנויות בסעיף 1 לחוק” (אלון קלמנט במאמרו “קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס”ו-2006” הפרקליט מט 131, 137 (2006) (להלן: קלמנט – קווים מנחים)).

12. הגם שסעיף 8(ג)(1) לחוק, הרלוונטי לענייננו, עניינו בסמכות רשות הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט – האינטרס הקבוצתי, כמו גם האינטרס הציבורי בכירור תובענות המבססות, על פני הדברים, עילת תביעה מוצדקת, מחייבים כי פנייה לאמצעי של דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית אך בשל שימוש לרעה בהליכי משפט על ידי התובע הייצוגי (או בא כוחו) תהא שמורה לפגמים חריגים (ראו עניין גדיש, פסקה 21).

13. העדפת אמצעים שאינם כרוכים בסילוק הבקשה לאישור על הסף, כאשר על פניו הבקשה לאישור התובענה מבוססת לגופה, מוצדקת גם משיקולים של יעילות הדיון בהליך הייצוגי. עשיית שימוש במנגנונים הנתונים בחוק מפחיתה את תמריציו של הנתבע להתמקד בתובע המייצג ובעובדות הפרטניות הקשורות אליו במסגרת מאמציו להביא לדחיית הבקשה לאישור (אסתר חיות "התובענה הייצוגית כחלופה לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 947 (2016) (להלן: חיות)). עמד על הדברים הנשיא א' ברק ברע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 791 (1996), אף בטרם נחקק חוק תובענות ייצוגיות: "יש להיזהר מהוספת דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות כייצוגיות העלולות לסרבל הליך במקום לייעלו [...] יש למנוע הפיכת הדיון המקדמי ב'כשירות' התובע הייצוגי, לדיון העיקרי. יש למנוע מחברה נתבעת ומנושאי משרה בה, שאין להם הגנה טובה לגוף התובענה, למקד את מרב המאבק בשלב המוקדם באשר לזהות התובע הייצוגי" (ראו גם עניין גדיש, פסקאות 22-21).

14. גם בחינת שיקולים הנוגעים להכוונת התנהגותם של בעלי דין תומכת בתיקון הפגמים בתום לבם של התובעים בדרך של החלפתם באחרים או באמצעות צירוף תובעים. שהרי, מן הפרספקטיבה של התובעים ובאי כוחם, שימוש במנגנון החלפת או צירוף התובעים המייצגים או באי כוחם אינו נופל, לפחות לא במידה ניכרת, מאמצעי מחמיר יותר של סילוק ההליך הייצוגי על הסף. זה גם זה מרוקנים מתוכן את טובת ההנאה האישית עבור הגורמים המייצגים שהתנהלותם הייתה פסולה או מפחיתים מהיקפה, ובשניהם יש כדי להבטיח כי לא יצא חוטא נשכר (קלמנט – קווים מנחים, בעמ' 152; וראו גם אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 90 (2011) (להלן: קלמנט – פשרה והסתלקות), שמציין כי החלפת בא כוח מייצג (בסיטואציה אחרת מזו שלפנינו) מהווה תמריץ אפקטיבי לעורכי דין שהם שחקנים חוזרים בתחום התובענות הייצוגיות, שכן מעבר לאובדן הייצוג בהליך הפרטני,

החלפתם עלולה להשפיע לרעה על סיכוייהם להתמנות לייצג בהליכים ייצוגיים בעתיד).

15. אמנם, פעולות יזומות מצד בית המשפט לאיתור תובעים ייצוגיים חלופיים חורגות במידה מסוימת מתפקידו המסורתי להכריע בסכסוך המונח לפניו ויכולות להעמידו, בעיני המתבונן, "כמי ששם עצמו כצד לסכסוך" (ראו חוות דעתו של כב' סגן הנשיאה י' ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 לוי נ' פסטה נונה בע"מ, פסקה 35 (26.11.2014), בהקשר שונה מענייננו, המובא אצל חיות, בעמ' 947-948). ברם, בענייננו, המחוקק ראה לנכון להקנות סמכות זו לבית המשפט נוכח השיקולים שעליהם עמדנו, וזאת כאשר נקודת המוצא להפעלת הסמכות היא כי מתקיימים תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית (כאמור בסעיף 8(ג)(1) לחוק), וכי העילה היחידה אשר בעטייה לא ניתן לאשר את הבקשה כייצוגית היא הפגמים בייצוג מצד התובע או בא כוחו. נקודת מוצא זו מאפשרת לבית המשפט להבטיח כי תובענה הראויה לבוא בשערי ההליך הייצוגי – לגופם של דברים – תמשיך ותתברר בהתאם לדרישות הדין. מובן שאין בכך כדי להעיד דבר על ההכרעה בתובענה בסופו של יום ולאחר בירור ההליך.

16. לכך יש להוסיף כי אף אם דחיית הבקשה לאישור מחמת חוסר תום לב התובע המייצג או בא כוחו לא תקים מעשה בית דין נגד חברי הקבוצה (כשיטת חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בפסקה נ לחוות דעתו), כך שלו ירצה תובע פוטנציאלי ראוי תהא לכאורה פתוחה בפניו האפשרות לנסות ו"להחיות" את ההליך באותן עילות, ומבלי שאקבע מסמרות בסוגיה זו, תוצאה זו טומנת בחובה קשיים מעשיים משמעותיים. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה בהליך שלפנינו, דחיית בקשה לאישור, גם אם לא תקים מעשה בית דין, עלולה "לקצץ בכנפיה של תובענה ייצוגית נוספת, שתוגש בעתיד", בין אם כתוצאה מבעיית התיישנות, בין אם בשל גישה בלתי אוהדת לבקשות לאישור המוגשות באותו עניין שבו עסקו הליכים קודמים שנדחו (סעיף 78 לעמדת היועץ; ראו והשוו קלמנט – פשרה והסתלקות, בעמ' 70-71). חשש זה מקבל משנה תוקף מקום שבו ההחלטה לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית כוללת קביעות שיפוטיות לגופן של עילות התביעה הנטענות, אף אם אלה צוינו בשולי הדברים.

17. ודוקו: השיקולים שעליהם עמדתי אינם מובילים למסקנה שלפיה דחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל פגמים בתום לבם של המבקשים או באי כוחם בלבד איננה אפשרית כלל. אלא שכפי שנאמר בעניין גדיש, "האפשרות לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית אך בשל התנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי צריכה

להישמר למקרים חריגים. זאת, בין היתר, בהתחשב בתכליתו של ההליך הייצוגי להתמודד עם כשלים הקיימים במנגנון ההתדיינות ה'רגיל' ולצמצם את פערי הכוח בין התובע והנתבע" (שם, פסקה 21; ראו גם קלמנט – קווים מנחים, בעמ' 152: "נדירות הנסיבות שבהן תהיה הצדקה שלא לעשות זאת [להחליף את התובעים או באי הכוח – ע' פ'] ולדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית". בצד האמור, ראו דבריו של השופט ח' מלצר בעניין פרינר, אשר למקרים שבהם דחיית הבקשה לאישור תובענה כייצוגית עשויה להיות מוצדקת (שם, פסקה 95)).

18. ההחלטה על החלפת התובעים המייצגים לפי ההסדר הקבוע בסעיף 8(ג)(1) לחוק נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, על פי נסיבות המקרה ובראי תכליות החוק שעליהן עמדנו. במסגרתה יש להתחשב, מבלי למצות, בחומרת הפגם הנדון, בפגיעה שנגרמה לנתבעת כתוצאה מהפגם, בהשלכות המשך ניהול ההליך על הנתבעת, בחשיבות הציבורית של הסוגיה שמעורר ההליך הייצוגי, ובנזק שייגרם לחברי הקבוצה לו יידחה ההליך (ראו למשל ת"צ (מחוזי מר') 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקאות 14-15 (3.2.2016); בש"א (מחוזי ת"א) 24655/06 פרחן נ' מולטילוק בע"מ, פסקה 54 (9.2.2009)).

19. אכן, כלשון חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), "לפנינו אתגר של מינון ומידתיות" (פסקה מ"ב לחוות דעתו). במקרה שלפנינו, הפגמים שנפלו בהתנהלות התובעים חמורים ביותר. פיצול ההליכים וציד הערכאות בו נקטו הגורמים המייצגים, הביאו בפרשה שלפנינו בדיוק לתוצאה שאותה ביקש חוק תובענות ייצוגיות למנוע, כך שלפנינו הכרעות סותרות בהליכים ייצוגיים בעניין עילות תביעה דומות, אם לא זהות. לכך יש להוסיף כי אין מדובר בענייננו בגורמים מייצגים אשר לא הקדימו בדיקה של פנקס התובענות הייצוגיות עובר להגשת ההליך הייצוגי מטעמם, כנדרש בחוק, וכתוצאה מכך לא יידעו את בית המשפט בדבר הליך קודם הדומה לזה שבו פתחו (ומבלי לקבוע מסמרות בנפקותה של התנהלות לקויה זו), אלא בהפרה מכוונת ומחושבת של הוראות החוק על ידי אותו גרעין של תובעים. ואם בכך לא די, גם עת הוגשו ההליכים הערעוריים שלפנינו, בחרו התובעים להמשיך בהתנהלותם הפסולה ולא לגלות לבית משפט זה על אודות קיומם של ההליכים המקבילים. להתנהלות זו, ההופכת את הוראות החוק פלסטר, לא נוכל לתת יד.

20. אציין כי לדעתי די בהתנהלות שעניינה פיצול ההליכים, ציד הערכאות והפרת החובות הקבועות בסעיפים 5-6 לחוק כדי להגיע לתוצאה שאליה הגענו, ואין צורך להכריע בשאלת נפקות הקשר משפחתי בין התובע לבין בא כוח מייצג (פסקה ל"ח לחוות דעתו של חברי), כמו גם בשאלת המניע שעמד בבסיס הגשת ההליכים (ואני נוטה להשקפה כי בנסיבות שהוצגו לפנינו, אין בהיבטים אלה כדי להטות את הכף לחובת התובעים גם בבחינתם המצטברת).

21. נוכח דברים אלה, ובמיוחד בנתון לכך שכבר התגשם במקרה זה החשש מפני הכרעות סותרות, הגעתי למסקנה כי המקרה שלפנינו אכן נופל בגדר המקרים החריגים והנדירים שבהם החלפת התובעים הייצוגיים אין די בה, שכן אין בכוחה לרפא את הפגמים בתום לבם של הגורמים הייצוגיים, וזאת חרף חשיבותו הציבורית של ההליך שהגישו – כפי שמצא למצער אחד המותבים שלפנינו, שהחליט לאשר את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית למרות הטענות שהוצגו לפניו בדבר חוסר תום ליבם של התובעים ובאי כוחם. לפיכך, אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי, בכפוף להערתי שלהלן.

דחיית תובענה ייצוגית שאינה מייצרת מעשה בית דין?

22. לשיטתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), "התוצאה של אי-היעתרות לתובענה מחמת התנהלות התובע המייצג ובא הכוח, כפי שאירע בענייננו, משמעה כי לא נוצר מעשה בית דין בעילות נשוא התובענה; מכאן, אין מניעה 'על הסף' מהגשת תובענה בעילות דומות או זהות, על-ידי תובע מייצג ובא כוח הראויים לכך" (פסקה ג לחוות דעתו). התוצאה שמציע חברי מותירה פתח לתובעים פוטנציאליים להגיש בקשה חדשה לאישור תובענה ייצוגית באותן עילות תביעה (או בעילות דומות). מן העבר האחד, תוצאה זו מטילה נטל כבד על הנתבעות, אשר עשויות להידרש להשיב פעם נוספת להליך המעורר את אותן עילות, וזאת למרות שעשו כן בהליך קודם, תוך השקעת משאבים רבים הנדרשים לשם כך. מן העבר האחר, תוצאה זו מביאה לסיום בירורו של ההליך הנוכחי, ואם לא תוגש תובענה חדשה על ידי תובעים ובאי כוח ראויים – הנתבעות עשויות "לחמוק" ממיצוי ההליך בנדון דידן, וזאת הגם שלפי אחת ההכרעות השיפוטיות שניתנו בהליך זה – התובענות מגלות על פני הדברים עילת תביעה הראויה להתברר בהליך ייצוגי. זאת ועוד; כפי שציינתי מעלה, אף אם דחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית מחמת פגמים בייצוג לא תקים מעשה בית דין בעילות שעליהן התבססה התובענה, כשיטת חברי ומבלי לטעת מסמרות, "החייאת" תובענה כאמור על ידי תובעים ראויים בעולם המעשה איננה חפה מקשיים וגם בכך יש להתחשב.

23. כשלעצמי, אני סבור כי סוגיית המשמעות שיש ליתן לדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית מחמת פגמים בייצוג לעניין החלת הדוקטרינה של מעשה בית דין מעוררת שאלות כבדות משקל אשר לא לובנו דיין בפסיקת בית משפט זה (ראו למשל ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פסקה 12 (20.7.2010); רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין, פסקה 28 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (13.2.2011); רע"א 3068/15 חברת דואר ישראל בע"מ נ' טנוס, פסקה 9 (3.9.2015)). אכן, כאשר בית המשפט דוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית אך מן הטעם של התנהלות פגומה מצד הגורמים המייצגים, מבלי לדון ולהכריע בשאלת העילה שבבסיס ההליך הייצוגי, נראה כי ישנם טעמים טובים התומכים בקביעה, מבלי לקבוע מסמרות, כי אין בכך כדי למנוע דיון בגופה של עילה זו בהליך מאוחר. יחד עם זאת, מששאלה זו לא הייתה במוקד ההליכים שלפנינו, ואף לא נדונה בערכאות למטה, ניתן לדעתי להותירה בצריך עיון לעת הזו (ואעיר, בהקשר זה, כי הפסיקה בעניין וינבלט ניתנה עובר לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247 (2000)). משכך, בנסיבות המקרה שלפנינו, ניתן להורות על מחיקת הבקשה לאישור תובענה כייצוגית חלף דחייתה.

24. אשר על כן, ולו דעתי הייתה נשמעת היינו דנים ברע"א 3698/11 כאילו ניתנה רשות, הוגש ערעור לפי הרשות שניתנה ומקבלים את הערעור במובן זה שהפגמים שנפלו בהתנהלותם של התובעים – שעליהם עמדנו לעיל, יביאו למחיקת הבקשה לאישור תובענה כייצוגית חלף אישורה. אשר לע"א 9244/12, אציע לחבריי לקבל את הערעור באופן חלקי כך שנורה על מחיקת הבקשה לאישור תובענה כייצוגית נושא הליך זה תחת דחייתה. למותר לציין כי הנחתי היא כי ככל שינסו התובעים שלפנינו לחדש את ההליכים האמורים, יתחשב בית המשפט שאליו יוגש ההליך בדברים האמורים בפסק דיננו זה, וזאת בשים לב להוראות סעיף 8(ג)(1) לחוק כאמור.

המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג' ובראן:

25. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, על כלל נימוקיה המפורטים והבהירים. לנוכח הפגמים הרבים שנפלו בבקשות לאישור התובענות הייצוגיות מושא ענייננו, ובשל חוסר תום הלב הניכר שבו הן נגועות – אף מצאתי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי, שלפיה יש להורות על סילוקן על הסף על דרך של דחייה. ואנמק בקצרה.

26. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, תופעת "ציד הערכאות" שנגלתה בהליכים שלפנינו במלוא עוזה ועזות מצחה, אינה נחלתה הבלעדית של שיטתנו המשפטית. תופעה זו שכיחה במיוחד בארצות הברית, שם נוצר כר פורה להתנהלות אסטרטגית בלתי ראויה בשל ריבוי מערכות המשפט שבהן עשויה להיווצר סמכות מקבילה – הן אלו המדינתיות והן זו הפדראלית. לא למותר לציין כי בעקבות מורת הרוח שעוררה התנהלות זו, כפי שתיארה חברי (ראו פסקה כד לחוות דעתו), העביר הקונגרס האמריקאי לפני למעלה מעשור חקיקה (Class Action Fairness Act of 2005) אשר הקלה על נתבעים – המבקשים להתדיין בערכאות פדראליות בתובענות ייצוגיות שהוגשו נגדם – להעבירן מהערכאות המדינתיות שבהן הוגשו. ברם, בעוד ניכרת הצלחתה של חקיקה זו בריכוז רובן המכריע של התובענות הייצוגיות במערכת משפט אחת, אף לאחריה ממשיך להתנהל ציד ערכאות אחר מחוזות שיפוט פדראליים אשר נתפסים כסלחניים ביחס לרף הדרוש לאישור תובענות ייצוגיות (ראו: Robert H. Klonoff, *The Decline of Class Actions*, 90 WASH. U. L. REV. 729, 743-45, 823-24 (2013); Richard A. Nagereda, *Class Certification in the Age of Aggregate Proof*, 84 N.Y.U. L. REV. 97, 168-69 (2009); Howard M. Erichson, *CAFA's Impact on Class Action Lawyers*, 156 U. PA. L. REV. 1593, 1596-1602, 1607-14 (2008)). דינמיקה זו באה ללמדנו על רגישותו הרבה של מוסד התובענות הייצוגיות – על התמריצים הכלכליים כבדי המשקל שטומן הוא בחובו – לניצול מצד אלה שהאינטרס הציבורי אינו מובא במניין שיקוליהם. רגישות זו מחייבת את המחוקק לתשומת לב יתרה לתמורות ולמגמות בלתי רצויות המתרחשות בשטח, ולתגובה הולמת משזו נדרשת. במובן זה שותף אני לדבריו מאירי העיניים של חברי השופט נ' סולברג בדבר הצורך בטיוב מנגנון הרישום בפנקס התובענות הייצוגיות.

27. לשיטתי, דחיית הבקשות בנסיבות ענייננו אינה אלא צידו השני של המטבע ביחס להלכה שנקבעה בדעת רוב בע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדט 1987) בע"מ (4.9.2014), שאליה הייתי בשעתו שותף. נכונותו של בית משפט זה להרחיב את שערו

של מוסד התובענה הייצוגית אף לנסיבות שבהן עורך הדין הוא היוזם את ההליך, מחייבת מניה וביה משנה זהירות ביחס לבקשות הבאות בשערים אלה. בעוד גישתי היא כי המניע הכלכלי הוא זרז חיוני להגשתן של בקשות לאישור אשר סופן בהגשמת האינטרס הציבורי (וראו פסק דיני שם), אין להקל ראש באפשרות לניצול פתח זה לרעה בידי אלה שטובת הציבור אינה ניצבת לנגד עיניהם, אף לא כתכלית משנה לצד הרווח הכלכלי שמבקשים הם להפיק. על מנת ליצור מערכת תמריצים מאוזנת אשר תמנע ניצול לרעה של מוסד רב-ערך זה, שומה על הערכאות השונות לנקוט אמצעים מרתיעים בנסיבות שבהן נגלית לנגד עיניהן התנהגות מחוסרת תום לב כבענייננו.

כפי שהראה חברי השופט ח' מלצר, ניתן לשרטט מקשתת של אמצעים אשר יינקטו בנסיבות שבהן נפל פגם בהתנהלותו של מבקש או בזו של בא כוחו (ראו פסקה 2.ב. לחוות דעתו). כדעת כלל חבריי להרכב, סבורני כי במקרה שלפנינו גדשו מבקשי בקשות האישור את הסאה, וראויה התנהלותם לסנקציה החריפה ביותר במדרג זה – קרי סילוק בקשותיהם על הסף. זאת ועוד, אף מבין שתי דרכי הסילוק העומדות לרשותנו – מחיקה מזה ודחייה מזה – יש לבכר לשיטתי את זו המחמירה שבהן, וזאת על מנת להלום את שאט הנפש שמעוררת התנהלות המבקשים ולהבטיח כי אלה יושתקו מפני פתיחה בהליכים נוספים בהקשר דומה. בדומה לחבריי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (ראו פסקה ג לחוות דעתו) והשופט ח' מלצר (ראו פסקה 2.ג. לחוות דעתו), דומני כי משלא נדרשנו לטענות הצדדים לגופם, וממילא לא הכרענו בהן – אין בדחיית תביעותיהם האישיות של המשיבים ברע"א 3698/11 ושל המערערים בע"א 9244/11 מחמת התנהלותם כדי להשתיק חברות וחברי קבוצה אחרים מפני הגשת בקשה חדשה לאישור תובענה ייצוגית בעילות דומות לאלו שלפנינו.

28. אשר על כן, מסכים אני לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, הן לעניין טעמיו והן לעניין התוצאה שאליה הגיע.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט ח' מלצר:

1. בנסיבות המקרה שלפנינו – אני מצטרף לתוצאה ולהנמקה המוצגות בחוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') השופט א' רובינשטיין.

2. עם זאת אני מרשה לעצמי להעיר מספר הערות:

א. ההכרעה כאן איננה גורעת ממה שנפסק ב-ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (04.09.2014) (להלן: עניין פריניר) – הן פה אחד והן בדעת הרוב שם. הנה כי כן כל עוד ההליך הייצוגי ומי שמבקשים להיות: תובע ייצוגי ובאי-כוחו – מתיישבים עם האינטרסים של הקבוצה המיוצגת ונוהגים בתום לב (בהתאמה), הרי שאין מקום לדחות בקשת אישור מבוססת, מחמת המניע הכלכלי העומד בבסיס התובענה הייצוגית, שהרי התמריצים הכלכליים שמעניק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות, או החוק), לתובע המייצג ולבאי-כוחו – מקדמים את טובת הקבוצה, ומביאים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות. כך גם בנוגע לייזום התובענה על ידי עורכי הדין. בנושא זה נקבע בעניין פריניר – בדעת רוב – כי ייזום שכזה איננו מהווה נימוק המצדיק דחייה של בקשת האישור, ככל שהדבר עולה בקנה אחד עם טובת הקבוצה ויש בהתנהלות תום לב, כאמור (בעמדה דומה צידד אף היועץ המשפטי לממשלה בעניין פריניר וכן בהתייצבותו כאן). לגבי תפקידו ופועלו של התובע הייצוגי, שגם הוא "מעין יזם" – ראו עוד: ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (12.08.2012), מפי חברי, השופט י' דנציגר, ועיינו בסעיף 23(ב) לחוק, המאפשר התחשבות בהוצאות שהוציא עורך הדין המייצג לשם הגשת התובענה הייצוגית ולשם ניהולה – בזמן שבית המשפט קובע את שכר טרחתו. מהוראה זו עולה לכאורה שמותר לעורך הדין המייצג לפעול עוד קודם להגשת הבקשה לאישור, דהיינו בעת ייזום התובענה.

עם זאת לכלל הנ"ל יש גם חריגים, שחלקם אוזכר בעניין פריניר, שם אף נאמר שאין מדובר ברשימה סגורה של יוצאים מן הכלל (ראו: שם, פסקה 95 לחוות דעתי). הנסיבות שנתקלנו בהן בתיק זה, באות בגדר חריג, שכן מי שביקשו להיות תובעים מייצגים וכן באי-כוחם לקו פה מאוד בהתנהלות לא ראויה (הם הגישו מספר בקשות אישור דומות לבתי משפט שונים, מבלי ליידע את הערכאות הרלבנטיות (כולל בית משפט זה) בעובדה זו, ומבלי לרשום את הגשת הבקשות – בפנקס התובענות הייצוגיות, כנדרש על-פי סעיף 6 לחוק). התנהגות זו, ובעיקר ההסתרה הנ"ל, מצדיקה, בנסיבות, את דחיית הבקשה לאישור (כגישת דעת רוב חבריי כאן) ולא רק את מחיקתה (כעמדת חבריי: השופט ע' פוגלמן ו-י' דנציגר). טעמי לכך יובאו מיד בסמוך.

ב. התנהלות פגומה של תובע ייצוגי בכוח, או של בא-כוחו עלולה להביא לאחת מהתוצאות הבאות (בין השאר בהתאם לחומרת התנהגותם, אל מול מהותיות העילה) ואמנה אותן מן הקל אל הכבד:

(1) אישור התובענה הייצוגית, תוך חיוב התובע הייצוגי (ככל שהראה עילה ועמד בשאר דרישות החוק) – בהוצאות.

(2) הפחתת הגמול לתובע הייצוגי והקטנה של שכר הטירחה לעורך הדין – בעת סיום ההליך (ככל שזה יבוא לידי גמר באחת הדרכים המוכרות). ראו: סעיפים 9(ג), 19(ו), 22 ו-23 לחוק.

(3) החלפת התובע הייצוגי ו/או בא-כוחו. ראו: סעיף 8(ג) לחוק. עיינו: אסתר חיות, התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית ציבורית, משפט ועסקים י"ט 935, 946-947 (תשע"ו- אוגוסט 2016).

(4) מחיקה, או דחיה של הבקשה לאישור, שכן אף אם מתקיימות כל דרישות סעיף 8 לחוק – לבית המשפט שמור שיקול דעת האם לאשר את התובענה כיייצוגית, אם לאו (הדבר נלמד מלשון רשאי שבסעיף 8(א) רישא לחוק).

נוכח העובדה שהתובעים הייצוגיים-בכוח ובאי-כוחם כאן נפגמו בדרישת תום הלב – (אמצעים 1) ו-2) הנזכרים לעיל אינם באים פה בחשבון לגביהם, שכן אין לומר על מבקשי האישור שיכול להתקיים בעניינם התנאי הקבוע בסעיף 8(א) (4) לחוק, דהיינו כי: "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב" על ידיהם (ראו גם סעיף 17 לחוק).

אף החלפת התובעים הייצוגיים, או באי-כוחם במסגרת ההליך בהתאם לאמצעי (3) שלעיל – מוקשה הוא בנסיבות, שכן ראוי ליצור הפרדה (מעין "חומה סינית") בין יוזמי ההליך שבפנינו לבין תובענה ייצוגית חדשה, ככל שתוגש כזו ותימצא לה עילה במכלול (הקביעה האמורה מסוייגת, בין השאר, מאחר והנתבעים טענו כי הם כבר שינו בעבר את דרכיהם ואת המערכת החוזית הרלבנטית) – וזאת כדי שהתובעים-בכוח החדשים לא ידרשו ולא יורשו ליהנות מ"פירות העץ המורעל", ומסיבות נוספות.

נותרה איפוא לדיון השאלה אם ראוי למחוק את בקשת האישור, או לדחותה – סוגיה בה נפלה כאמור מחלוקת בין חברי, ואני מוצא עצמי ב"מחנה הדוחים", מנימוקים שיובחרו בס"ק ג' שלהלן.

ג. שתי החלופות הנ"ל (מחיקה, או דחיה) – אפשריות הן בעקרון, ואולם בנסיבות המיוחדות פה, כאשר התובעים הייצוגיים-בכוח ובאי-כוחם ביקשו לנצל לרעה את ההליכים השיפוטיים אותם יזמו ובהם פתחו – יש להורות על דחיית בקשתם לאישור התובענות בשל חוסר תום הלב שהיה כרוך במהלכיהם – במשמעותו ובנפקותו המשפטית (עיינו והשוו: בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' משה שנפ ע"ד אסף חרטט נ' ידיעות אינטרנט (19.09.2012), שנדון בבית משפט זה במסגרת ע"א 8290/12 – ראו החלטתי מתאריך 11.06.2013 ופסק הדין מתאריך 22.02.2017).

סילוק בקשות האישור בנסיבות אלו – איננו מונע הגשת בקשות אישור חדשות ע"י תובעים-ייצוגיים-בכח אחרים ובלתי קשורים, שכן על דחיה שכזו לא חל מעשה בית דין, ככל שמדובר בתובעים-ייצוגיים-בכוח צדדים שלישיים ובטענות שלא הוכרעו קודם לכן. ראו: רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נ"ד (3), 247, 269 (2000), שנפסק טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות ו-רע"א 3068/15 חברת דואר ישראל בע"מ נ' נזאר טנוס (03.09.2015), שנפסק ע"י חברתי השופטת א' חיות לאחר כניסתו של החוק לתוקף.

מטעם זה שותף אני גם לגישתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ'), השופט א' רובינשטיין, שבחר שלא להיכנס לגופם של דברים ולהותיר את המחלוקות העובדתיות והמשפטיות הפרטניות במכלול – להתדיינות עתידית, ככל שתיפתח כזו, ואיך זיל גמור.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. סילוקן על הסף של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות עקב התנהלות דיונית פסולה של המבקשים או באי כוחם הוא נושא עדין. אקדים ואזכיר כי, ככלל, אין על המבקש אישור תובענה ייצוגית לנמק מדוע הגיש את בקשתו, אלא עליו לעמוד בתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, לרבות:

8" (א) [...] (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה.

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".

על רקע דברים אלה, המניע עשוי להיות רלוונטי ואף רלוונטי מאד. ברם, מניע כלכלי – קרי, רצון לקבלת התמריץ הכספי שבאמצעותו עודד המחוקק הגשת תובענות ייצוגיות ככלי לאכיפה אזרחית – לא רק שאינו פסול כשלעצמו אלא מהווה גורם מוכר ולגיטימי (ע"א 8037/06 בדילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פסקאות 85-94 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (4.9.2014)).

להשלמת התמונה, גם אם נמצא שלא מתקיימת דרישת תום הלב יש לשקלל את החריג שהתווה המחוקק בסעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, על פיו –

"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר בית המשפט תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול ענינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב כאמור באותו סעיף קטן".

2. ועדיין, סעיף 8(א)(4) עומד על תילו, ומציב את דרישת תום הלב בשער הכניסה להגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לפיכך, על אף הזהירות המתבקשת בדחיית בקשות אישור שאינן עומדות בתנאי זה, הקו קיים. אין לעבור אותו ולעיתים אין להשלים עם מעברו. עקרון תום הלב אכן חוצה את הדין המהותי והדיוני ותחומים שונים במשפט, אך נכון לפרשו ולבחון את השלכותיו בהתאם למגרש הרלוונטי להליך המסוים. ביישום האמור לתחומנו ונושאנו, הנסיבות החריגות וההפרה הבוטה של חובת תום הלב מצדיקות את התוצאה של דחיית בקשות האישור. החלטת בעלי הדין שלא לגלות את אוזני המותבים השונים שאליהם הוגשו בקשות האישור – הזרות במהותן – על קיום הליכים מקבילים, נושאת חומרה מיוחדת. מדובר בהסתרה מכוונת של אקט בעייתי כשלעצמו – פיצול הליך זהה במהותו, בניסיון פסול לערוך Forum shopping, ותוך רמיסת האינטרס הציבורי בבירור יעיל של התובענה ובמניעת הכרעות סותרות. המפגש בין חובת תום הלב והאיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט לבין מוסד התובענות הייצוגיות מחייב, אפוא, את דחיית בקשות האישור על הסף – תוך העברת מסר ברור לגבי החומרה שבה נתפסים ניסיונות לתעתע בבתי המשפט ולהציג בפניהם תמונה חלקית וסלקטיבית.

די בכך כדי להביא לדחיית בקשות האישור. לכן, אין צורך להכריע בענייננו מהו היקף הגילוי הנדרש, אם בכלל, לגבי טיב ואופי הפעולות היזומות שנקטו התובעים הייצוגיים ובאי כוחם (ראו פסקאות מ"ו ו-מ"ח לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). מאותו הטעם, לא נדרש להביע עמדה בדבר נפקות הקשר המשפחתי בין התובע לבא הכוח המייצג (ראו פסקה ל"ח לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ופסקה 20 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן).

3. בכפוף להערה האחרונה, אני מצטרף לעמדת חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין – ומנימוקיו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין; בנקודה אחת חלקו השופטים דנציגר ופוגלמן, בדעת מיעוט, והציעו למחוק את הבקשה לאישור תובענה כייצוגית תחת דחייתה.

ניתן היום, ט"ו באלול התשע"ז (6.9.2017).

המשנה לנשיאה (בדימ') המשנה לנשיאה (בדימ') ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט