עוד בעניין תביעת־ייצוג־קבוצתית — ההתפתחות במשפט האנגלי

מאת

פרופ׳ סטיבן גולדשטיין *

א. מבוא. ב. פרשת *Prudential Assurance*. 1. רקע הפרשה. 2. התייחסות לפסיקה קודמת שדחתה תביעות־ייצוג־קבוצתיות שלא התבססו על זכות ביחד. 3. פסיקה חדשה לגבי צווי מניעה. 4. הקביעה ההלכתית. ג. תביעת־ייצוג־קבוצתית: הרקע ההיסטורי וההשוואתי. ד. ההלכה והפסיקה הישראלית עד עתה. ה. ההבחנה בין סעדים לצורך תביעות־ייצוג־קבוצתיות. 1. צו מניעה לעומת תביעת פיצויים. 2. פסק דין הצהרתי לעומת תביעת פיצויים. ו. האם רצוי להתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית בארץ במסגרת תקנה 29. ז. הערה נוספת — קביעת האגרה ופרשת הפרוות. ח. סיכום.

א. מבוא

לא מזמן פרסמנו בכתב עת זה מאמר[1] על המכשיר הדיוני הקרוי תביעת־ייצוג־קבוצתית, במיוחד כפי שהוא פותח בסדר הדין הפדראלי של ארצות הברית[2]. המכשיר מאפשר, ברשות בית המשפט ובכפוף לתנאים אחדים, לתובעים רבים שאינם מאורגנים בשום איגוד, אבל המתייחסים למעשה אחד או לסדרה אחת של מעשים, לצרף את תביעותיהם הנפרדות בתובענה אחת, וכן לתבוע על־ידי נציג על מנת לקבל פיצויים עבור הנזק שנגרם לכל אחד מהם לחוד. לתפקיד זה הנציג ממנה את עצמו ומגיש את התביעה בשם הקבוצה ללא צורך בהסכמת חברי הקבוצה מראש ואפילו בלי ידיעתם. במאמר ההוא התייחסנו למשפט הישראלי הנוכחי, ברם הסקנו שלאור ההלכה הפסוקה אצלנו, שפירשה את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ״ג—1963, פירוש מצומצם, אין השיטה הישראלית הנוכחית מאפשרת להגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית. מכיוון שבסופו של דבר הגענו למסקנה שכדאי לאפשר הגשת תביעות שכאלה בארץ, המלצנו לתקן את המשפט הישראלי על־ידי התקנת סדרת תקנות חדשה.

בהגיעו למסקנה, שתקנה 29 איננה מתירה הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית עבור קבוצת אנשים על מנת שיפוצו בשל נזק שנגרם לכל אחד מהם לחוד, הסתמך בית המשפט העליון על ההלכה האנגלית שנפסקה לגבי התקנה האנגלית המקבילה לתקנה

* תודתי נתונה למר אסף פוזנר על עזרתו המעולה בהכנת רשימה זאת.

1 ס׳ גולדשטיין, ״תביעת־ייצוג־קבוצתית״ — מה ועל שום מה ?״, **משפטים** ט׳ (1979) 416.

2 תקנה 23 לתקנות סדר הדין האמריקני הפדראלי.

nevo.co.il

29[3], הלא היא צו 15 תקנה 12, וזאת למרות השוני בלשון בין שתי התקנות. הסתמכות כזאת על ההלכה האנגלית כדי לפרש תקנה שבתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, היא שכיחה בפסיקה הישראלית[4] ובדרך כלל מוצדקת, וזאת למרות שתקנות סדר הדין הישראליות מ־1963 מתיימרות להיות יצור ישראלי עצמאי ולא מעין נוסח חדש של התקנות המנדטוריות שהתבססו על התקנות האנגליות. זאת, מכיוון שלאמיתו של דבר כמעט כולן מהוות "תרגום עברי" (או ניסיון תרגום עברי) של התקנות המנדטוריות. לכן קיימת זיקה הדוקה בעניין סדר הדין בין ההלכה האנגלית ובין ההלכה הישראלית, ולאור הפסיקה הישראלית המפרשת את תקנה 29 קיימת זיקה הדוקה מאוד בין הגישה המקובלת באנגליה כלפי תביעות־ייצוג־קבוצתיות ובין הגישה המקובלת אצלנו.

יוצא אפוא, שהתפתחויות בתחום זה בפסיקה האנגלית צריכות לעניין אותנו לא רק לשמן אלא גם ובעיקר מכיוון שהן עשויות להשפיע על ההלכה הישראלית העתידה לבוא[5]. לכן ראינו לנכון להוסיף למה שכבר כתבנו על תביעות־ייצוג־קבוצתיות בעבר את הרשימה הזאת, הדנה בפסק דין אנגלי חדש *Prudential Assurance Co.* v. *Newman Industries et al*, שבו נקט שופט של מחלקת ה־Chancery של ה־High Court עמדה מפתיעה, המהווה אולי מפנה בהלכה האנגלית שהתקרבה יותר למשפט האמריקני הפדראלי בנדון. ייתכן שבהשפעת המשפט האנגלי החדש תתקרב גם ההלכה הישראלית יותר לשיטה האמריקנית הפדראלית; וזאת אף ללא התיקון המוצע בתקנות.

ב. פרשת *Prudential Assurance*

1. רקע הפרשה

בפרשת *Prudential Assurance* הגישו כמה בעלי מניות של חברה ציבורית גדולה, שמניותיה נסחרות בבורסה האנגלית, תביעה נגד מנהלי החברה בשל תרמית ועושק המיעוט בקשר עם רכישת חברה שנייה, שבה היה למנהלי החברה הראשונה עניין כספי[6]. התובענה הוגשה במפורש הן עבור בעלי המניות שהגישו אותה והן עבור כל יתר בעלי המניות של החברה הראשונה (למעט כמובן המנהלים שנתבעו). הנתבעים התגוננו בטענה שאין לתת לתובעים להגיש כאן תביעה נגזרת, היינו, תביעה לממש

3 ראו: ע"א 86/69 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, ו־3 אחרים, פ"ד כג(1) 645; המ' 1021/68 שלמה אלקלעי ו־9 אחרים נ' מדינת ישראל ואח' ת.א. 483/63 (תשכ"ט—1969) 89.

4 ראה, לדוגמה, ע"א 543/59 מדינת ישראל נ' קיסלוג, פ"ד יב(2) 4165; גואנשיר נ' חברת החשמל ואח', פ"ד כט(1) 169; ע"א 565/77 מורחי נ' *Nobel's Explosives Ltd Co.*, פ"ד לב(2) 115.

5 הזיקה בין סדר הדין הישראלי ובין סדר הדין האנגלי באה לידי ביטוי בפרשנות התקנות הישראליות, וזאת מכיוון שהן נשאבו מן המקור האנגלי ונתבססו עליו. אין בזה משום היזקקות למשפט האנגלי על מנת לפתור בעיה של לאקונה במשפט הישראלי. לכן ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922—1947, על־ידי חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980 (ס"ח 978 עמ' 163), לא ישפיע על המשך זיקה זאת.

6 (1980) 2 W.L.R. 339, (1979) 3 All E.R. 507 (להלן: *Prudential Assurance*).

את זכותה של החברה, מחמת העובדה שהעיסקה שעליה התלוננו התובעים אושרה באסיפת בעלי המניות. כב' השופט וינלוט (Vinelott) ממחלקת ה־Chancery הגיב באומרו, שהשאלה האם ניתן להגיש תביעה נגזרת לאחר שהעיסקה אושרה באסיפת בעלי המניות היא שאלה כבדה וקשה, אולם כאן הוא לא היה צריך להזדקק לה, וזאת משום שמכל מקום התובעים ביקשו לתקן את כתב התביעה על מנת שהיא תבוסס לחלופין על בסיס שני, והוא — תביעות אישיות של בעלי המניות המוגשות בצירוף דרך תביעת־ייצוג־קבוצתית [7]. בבקשם לתקן את כתב התביעה תבעו התובעים, בתביעתם האישית, (1) פסק דין הצהרתי עבור התובעים עצמם וכן עבור כל יתר בעלי המניות של החברה, שלהם נגרם הנזק, שיצהיר שכולם זכאים אישית לפיצויים עבור הנזק שנגרם להם, ו־(2) סכום הפיצויים המגיעים לתובעים עצמם — הנציגים בלבד לעומת שאר חברי הקבוצה [8].

2. התייחסות לפסיקה הקודמת שדחתה תביעות־ייצוג־קבוצתיות שלא התבססו על זכות ביחד

הנתבעים טענו, שכאן מדובר בתביעות נזיקיות נפרדות של כל בעל מניות לחוד ואין לתבוע תביעות כאלה בתביעת־ייצוג־קבוצתית לפי התקנה האנגלי הדורשת "עניין זהה" ("same interest") לכל המיוצגים בתביעה כזאת. בטיעון זה הסתמכו הנתבעים על סדרת פסקי דין אנגליים [9], שבהם דחו תביעות־ייצוג־קבוצתיות שהוגשו בשם תובעים שניזוקו אישית על מנת להשיג פיצויים עבור הנזק שנגרם לכל אחד מהם לחוד. הטענה היתה, שהפסיקה הזאת קבעה שההלכה האנגלית היא שהדרישה ל"עניין זהה" פירושה עניין משפטי משותף לכל חברי הקבוצה, כלומר, מקרה שבו תובעים לאכוף זכות משותפת או זכות ביחד, לעומת זכות כמו זאת שנתבעה כאן, שהיא לחוד לכל אחד מבעלי המניות אישית. ואכן כך נראית גם לנו הפסיקה האנגלית הקודמת. אולם לא כך קבע כב' השופט וינלוט בפסק דין מהפכני זה. אמנם הוא בדק את הפסיקה האנגלית הדורשת זכות ביחד, אבל הוא הבחין את הפסיקה הזאת מהמקרה הנוכחי, מכיוון שבכל פסקי הדין האלה תבעו פיצויים עבור כל חברי הקבוצה.

7 בעניין תביעות נגזרות ראה: א' יורן, "אחריות מנהלים: אכיפתה וביטוח נגדה", **משפטים** ט (1979) 453; ר' בכר, "התפתחויות בדיני תביעה נגזרת", **משפטים** יא (1981) 174.

8 בשלב מאוחר יותר בפרשת *Prudential Assurance* קבעה מחלקת ה־Chancery של ה־High Court לגופו של עניין שהנתבעים אכן רימו את בעלי המניות. באותו פסק הדין גם קבע בית המשפט שניתן היה להגיש תביעה נגזרת למרות אישורה של האסיפה. כמו כן התייחס בית המשפט לבעיה של כפל תשלום העלולה להתעורר עקב הגשת שני סוגי התביעות, היינו, התביעה הנגזרת והתביעות האישיות של בעלי המניות. ברשימה זאת לא נתייחס לבעיות אלה, מכיוון שאינן קשורות במישרין לחשיבותו של פסק הדין כלפי תביעות־ייצוג־קבוצתיות.

9 הנתבעים הסתמכו בעיקר על שני פסקי הדין האלה: *Markt. & Co. Ltd.* v. *Knight Steamship Co. Ltd.* (1970) 2 K.B. 1027, C.A.; *Churchill* (*Lord*) v. *Whethall* (1918) 87. L.J. Ch. 524, שעליהם התבססה גם ההלכה הישראלית. ראה ע"א 86/69 79/69 (לעיל, הערה 3) 648—649.

nevo.co.il

לעומת זאת, כאן תובעים רק פסק דין הצהרתי עבור חברי הקבוצה שאינם נציגיה ומאידך גיסא — פיצויים רק בשביל הנציגים.

3. פסיקה חדשה לגבי צווי מניעה

בנוסף לאבחון הפסיקה שדחתה תביעות־ייצוג־קבוצתיות מסתמך כב' השופט וינלוט על שני פסקי דין חדשים ממחלקת ה־Chancery, שבהם תבעו צווי מניעה. הראשון הוא פרשת *I. Bollinger* v. *Costa Brava Co. Ltd.* (No. 2)[10], שבו הגישו שנים־עשר יקבי השמפנייה הטובים ביותר מאיזור שאמפן שבצרפת תביעה הן עבורם הם והן עבור כל יתר יקבי השמפנייה הצרפתיים. בתביעה זו תבעו צו מניעה בשל גניבת עין נגד יקבים ספרדים המשווקים את ייגותיהם כשמפנייה. התובעים קיבלו את צו המניעה. בפסק דין זה לא התייחס בית המשפט כלל לבעיה הדיונית של הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית במקרה זה. בית המשפט התייחס אך ורק לפלוגתאות מהותיות כלפי העוולה של גניבת עין; אך בהתייחסו לפסק דין זה כב' השופט וינלוט אינו מזכיר את העובדה שבעיית הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית לא נדונה בו במפורש. אולם הוא כן מביע את דעתו, שייתכן שהזכות לשמור על השם "שמפנייה" היא זכות השייכת ליקבי איזור שאמפן ביחד דווקא. ולכן ייתכן שאין ללמוד מפסק דין זה על הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות כלפי זכויות השייכות ליחידי הקבוצות לחוד.

ברם, למרות דעתו האישית, שייתכן שבפרשת השמפנייה מדובר בזכות ביחד לעומת זכויות לחוד, אומר כב' השופט וינלוט שהוחלט אחרת בפסיקה. כוונתו היא לפסק הדין השני בעניין השמפנייה, הלא הוא *H. P. Bulmer Ltd. and Showerings Ltd.* v. *J. Bollinger S. A. and Champagne Lanson Père et Fils*[11] בפרשה זו הותר צו מניעה לזכות יקבי השמפנייה בתביעת־ייצוג־קבוצתית דומה לזאת של פסק הדין הקודם, ובו נאמר מפורשות (מפי כב' השופט באקלי), שזכויותיהם של בעלי היקבים באיזור שאמפן בצרפת, בשם "שמפנייה", הן זכויות לחוד, היינו הן שייכות לכל יקב ויקב לחוד, לעומת זכות השייכת לכולם ביחד. לכן לומד כב' השופט וינלוט מפסקי דין אלה, שכלפי צווי מניעה ניתן להגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות, למרות שהן מבוססות על תביעות נזקיות השייכות ליחידי הקבוצה לחוד. נעיר בינתיים, שהגשת תובענה לצו מניעה, המבוססת על עילות שאינן שייכות לחברי הקבוצה ביחד אלא לכל אחד מהם לחוד, נראית לנו בעייתית. ההבדלה המבוססת על הסעד המבוקש ומבחינה בין צו מניעה ובין פיצויים איננה מובנת מאליה. על ההבחנה הזאת נדון בהרחבה בהמשך הרשימה. נסתפק כאן אפוא באמרנו שייתכן שגם כב' השופט וינלוט חש בבעייתיות זאת. אמנם הוא הסתמך על פסקי הדין בפרשות השמפנייה, אולם כפי שייוודע מדבריו שנביא בחלק הבא של הרשימה, היתה הסתמכותו מסויגת.

4. הקביעה ההלכתית

לאחר שאיבחן את הפסיקה הנוגדת להתרת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות המבוססת

10 (1961) 1 W.L.R. 277.
11 (1978) R.P.C. 79.

nevo.co.il

על זכויות נזקיות לחוד ולאחר שהתייחס לפסקי דין החדשים לגבי צווי מניעה, סיכם כב' השופט וינלוט את דעתו כדלקמן:

> In summary, in my judgment, it is clear on authority and principle that a representative action can be brought by a plaintiff, suing on behalf of himself and all other members of a class; each member of which, including the plaintiff, is alleged to have a separate cause of action in tort, provided that three conditions are satisfied. The first I have already stated. No order can properly be made in such a representative action if the effect might in any circumstances be to confer a right of acton on a member of the class represented who would not otherwise have been able to assert such a right in separate proceedings, or to bar a defence which might otherwise have been available to the defendant in such a separate action. Normally, therefore, if not invariably the only relief that will be capable of being obtained by the plaintiff in his representative capacity will be declaratory relief, though, of course, he may join with it a personal claim for damages. It is not clear how far the grant of injunctive relief is consistent with this principle in that for any member of the class represented to establish a right to injunctive relief in separate proceedings he would have to show a present apprehension of injury and might be faced with a defence of laches or acquiesence. Injuncions were, of course, granted in the Spanish Champagne and Babycham cases, but that may have been justifiable in the particular circumstances of those cases on the ground that there was both a joint and several cause of action in tort.
>
> The second condition is that there must be an "interest" shared by all members of the class. In relation to a representative action in which it is claimed that every member of the classe has a separate cause of action in tort, this condition requires, as I see it, that there must be a common ingredient in the cause of action of each member of the class. In the present case that requirement is clearly satisfied... The third and related condition is that the court must be satisfied that it is for the benefit of the class that the plaintiff be permitted to sue in a representative capacity. The court must, therefore, be satisfied that the issues common to every member of the class will be decided after full discovery and in the light of all the evidence capable of being adduced in favour of the claim. For unless this condition is satisfied it would be wrong to permit the representative plaintiff "to conduct litigation on behalf of another without his leave and yet so as to bind him" [12].

במלים אחרות, כב' השופט וינלוט פסק, שלפי התקנה האנגלית מותר להגיש תביעת־ייצוג־קבוצתית למרות שלכל חבר הקבוצה עילת נזיקין אישית ולחוד, אם קיימים שלושת התנאים האלה:

1. על־ידי הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית לעומת תובענות רגילות נפרדות, לא יזכה אף חבר מן הקבוצה לזכות שלא היה זוכה לה בתובענה רגילה ולא תישלל מהנתבע שום הגנה שהוא היה זוכה לה בתובענה רגילה.

12 *Prudential Assurance* עמ' 355.

nevo.co.il

2. קיים עניין משותף לכל חברי הקבוצה.
3. לדעת בית המשפט הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית תהיה לטובת הקבוצה.

אין שום ספק, שצדק כב' השופט וינלוט בהצביעו על שלושת התנאים האלה כהכרחיים להתרת ניהול תביעת־ייצוג־קבוצתית. אלה הם התנאים העיקריים החלים לפי סדר הדין האמריקני הפדראלי ועליהם הרחבנו את דברינו במאמרנו הראשון. אולם בניגוד לגישה האמריקנית, קביעתו של כב' השופט וינלוט כאן סומכת על התנאי הראשון כדי להוציא תביעות לפיצויים עבור חברי הקבוצה מכלל תביעות־הייצוג־הקבוצתיות שמותר להגישן.

ניתוח ההלכה הנ"ל, על החיוב ועל השלילה שבה, הוא עיקר עניינו ברשימה זאת. אולם לפני שנתחיל בכך עלינו להתעכב על שני תנאים שאינם מופיעים בציטטה הנ"ל, אך ניתן לטעון שהם נובעים מעובדות פרשת *Prudential Assurance* ומגבילים, אפוא, את הלכה שנפסקה בה. כוונתנו הן לאופי פעולת הנתבעים כאן והן לאופייה של הקבוצה התובעת.

לעומת פרשיות אחרות, שבהן טענו שחברי הקבוצה רומו אישית על־ידי הנתבע בסדרת מעשים, הרי בפרשת *Prudential Assurance*, באותו המעשה, היינו, רכישת החברה השנייה, רימו המנהלים את כל בעלי המניות בבת אחת. האם עובדה זאת מגבילה את הלכת *Prudential Assurance*? לנו נראה שלא, וזאת מכמה סיבות. ראשית כל, בפסק הדין עצמו לא הודגשה עובדה זאת כלל והיא גם לא באה לידי ביטוי בקביעתו ההלכתית של בית המשפט. שנית, גם ההלכה האנגלית הקודמת לא ייחסה חשיבות להבדל בין נזק שנגרם לחברי הקבוצה בבת אחת על־ידי מעשה אחד ובין נזק שנגרם להם בזמנים שונים על־ידי סדרת מעשים. בשני המקרים גם יחד פסלה ההלכה הקודמת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות כל עוד מדובר בעילות השייכות לחברי הקבוצה לחוד[13].

יתרה מזו, גם ההיגיון אינו מחייב הבדלה כזאת. אין ספק, כי כדי להתיר הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית צריכות להיות שאלות שהן משותפות לכל חברי הקבוצה. ואמנם, לפי התקנה האמריקנית הפדראלית, בהפעלת שיקול דעתו להתיר או לא להתיר הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית בסוג הנדון ברשימה זאת על השופט להחליט שהשאלות המשותפות לחברי הקבוצה עולות במשקלן על השאלות שאינן משותפות. ברור גם שבמקרה שבו נגרם הנזק לכל חברי הקבוצה בבת אחת על־ידי מעשה אחד משותף לכל, לעומת גרימת הנזק בהזדמנויות שונות על־ידי סדרת מעשים יחידים, סביר שתהיינה יותר שאלות משותפות ופחות שאלות שאינן משותפות. אולם, עובדה זאת אינה מחייבת קבלת כלל מוחלט המגביל הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות למקרים שבהם הנזק נגרם בבת אחת.

העובדה שהנזק נגרם בבת אחת לכל חברי הקבוצה על־ידי מעשה אחד של הנתבע אינה מבטיחה כשלעצמה שלא תהיינה שאלות שאינן משותפות אפילו בקשר עם אחריות הנתבע. תיתכנה הגנות לנתבע כלפי חברי הקבוצה השונים, הגנות כגון

13 ראה *Markt. & Co. Ltd.* v. *Knight Steamship Co. Ltd.* (לעיל, הערה 9). עובדה זאת גם זכתה להכרה אצלנו, כאשר הזכיר בית משפט העליון את ההלכה האנגלית. ע"א 86/69 79/69 (לעיל, הערה 3) 649.

אשם תורם, מניעות, אי־הסתמכות על דברי המרמה של הנתבע וכיו״ב, שאינן משותפות לכל חברי הקבוצה, חרף העובדה שהגזק נגרם לכולם על־ידי מעשה אחד של הנתבע. מאידך גיסא, על־ידי שימוש בצורת מרמה זהה, כגון שימוש בהסכמים אחידים, תיתכן סדרת מעשים שכמעט שאין בהם כלל שאלות שאינן משותפות.

הכלל החשוב הוא, שהשאלות המשותפות חייבות לעלות במשקלן על השאלות שאינן משותפות על מנת להצדיק התרת ניהול התובענה כתביעת־ייצוג־קבוצתית. אבל כלל זה הוא עניין לשיקול הדעת המופעל כלפי תובענה לגופה ואינו מצדיק קביעה מוחלטת המגבילה את השימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות מהסוג הנדון רק למקרים של גרימת נזק לכל חברי הקבוצה בבת אחת על־ידי מעשה אחד של הנתבע.

הדבר השני שניתן אולי להצביע עליו כדי לצמצם את הלכת *Prudential Assurance* הוא העובדה, שהקבוצה התובעת היתה מורכבת מבעלי מניות של חברה אחת. האם יש להגביל בשל כך את ההלכה לקבוצה מאוגדת ומאורגנת יותר מאשר, לדוגמה, קבוצת צרכנים שהדבר היחיד המקשר את חבריה אלה עם אלה והיוצר למעשה את הקבוצה הוא שכולם נפגעו בצורה דומה מאותו יצרן? לנו נראה, שגם אופי הארגון של הקבוצה אינו בעל משמעות שבכוחו להבדיל בין פרשת *Prudential Assurance* ובין הדוגמה הנ״ל. גם דבר זה לא הודגש כלל בפסק הדין ולא בא לידי ביטוי בסיכום ההלכה שהבאנו לעיל. כמו כן אין שום זכר לעניין כזה בהלכה האנגלית, בהלכה הישראלית ואף לפי השיטה האמריקנית. לבסוף, בפרשת *Prudential Assurance* לא מדובר בחברה פרטית אלא בחברה ציבורית גדולה שמניותיה נסחרות בבורסה. ולכן אין לייחס לבעלי המניות יחס של חברות בארגון או באיגוד בהבחנה מיחידים שקנו אותה סחורה בצורה מסחרית.

יתרה מזו, יש לציין שאם באמת מתייחסים לקירבה בין חברי הקבוצה כאילו היא בעלת משמעות, נראה לנו שבפסקי דין הישראליים שבהם לא הותרה הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות הקירבה בין חברי הקבוצה היתה הדוקה יותר מאשר בפרשת *Prudential Assurance*. בעניין שלמה אלקלעי[14], שבו דחתה כב׳ השופטת בן־פורת את הבקשה לנהל את התובענה כתביעת־ייצוג־קבוצתית, כל חברי הקבוצה היו חוכרי דירות באותה השכונה ומאותו קבלן. ואפילו בפסק הדין פרנקישה פלצאינרוסטרי מרקלה ושות׳ נ׳ רבינוביץ (להלן פרשת הפרוות)[15], שהוא פסק הדין הישראלי המנחה בסוגיה זאת, יש בסיס לחשוב שחברי הקבוצה, היינו מוכרי הפרוות, היו מאוגדים בהסתדרות כלשהי[16].

לכן נראה לנו, שאין חשיבות בפרשת *Prudential Assurance* לא לעובדה שכל חברי הקבוצה נפגעו בבת אחת על־ידי מעשה אחד של הנתבעים ולא לעובדה שכולם היו בעלי מניות באותה חברה. יוצא אפוא, שכפוף לעובדה שמדובר כאן רק בפסק דין של מחלקת ה־Chancery של ה־High Court ולא של בית הלורדים, ואפילו לא של ה־Court of Appeals, עלינו להתייחס לפסק הדין זה כאל תקדים הקובע הלכה כללית לגבי השימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות באנגליה.

14 לעיל, הערה 3.
15 שם.
16 ראה דברינו בהמשך על פרשה זאת וקביעת האגרה.

nevo.co.il

אנחנו מגיעים, אפוא, לשאלות העיקריות המועלות כלפי פרשת *Prudential Assurance* ואלה הן: האם פסק הדין מוצדק הן כלפי החיוב שבו, היינו, התרת תביעת־ייצוג־קבוצתית על מנת להשיג פסק דין הצהרתי, והן כלפי השלילה שבו, היינו, שלילת האפשרות לקבל פיצויים באותו משפט עבור חברי הקבוצה שאינם נציגיה. על מנת לבחון את השאלות האלה עלינו להרחיב את הדיבור כאן על הרקע ההיסטורי וההשוואתי לשימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות.

ג. תביעת־ייצוג־קבוצתית: הרקע ההיסטורי וההשוואתי

המכשיר הדיוני הקרוי תביעת־ייצוג־קבוצתית, מקורו בהמצאה של בתי הדין ליושר של אנגליה, שבאה לפתור בעיה מיוחדת שהתעוררה אצלם[17]. עקרונות בתי הדין ליושר חייבו את צירופם בתובענה אחת של כל המעוניינים בפרשה, הן תובעים והן נתבעים. חובת הצירוף הזאת בבתי הדין ליושר היתה הרבה יותר רחבה מאשר חובת הצירוף המינימלית של בתי המשפט לחוק המקובל, המשתקפת אצלנו היום בתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

בגלל חובת הצירוף המחמירה הזאת נתקלו בתי הדין ליושר במקרים לא מעטים שבהם חויב צירוף, אבל מחמת המספר הגדול של המעוניינים הצירוף לא היה מעשי. לכן מן ההכרח היה לאפשר קיום חובת הצירוף על־ידי הגשת תביעה קבוצתית שבה ייצגו נציגי הקבוצה את כל חבריה שהיה צריך לצרפם. כאשר איחדו באנגליה במאה הקודמת את בתי הדין ליושר עם בתי המשפט לחוק המקובל נכנס הסדר זה של בתי הדין ליושר גם לתקנות הדין הרגילות, למרות שהן בבתי המשפט לחוק המקובל והן בבתי המשפט המאוחדים חובת הצירוף היא מצומצמת יותר; ולכן הצורך להתיר הגשת תביעות ייצוגיות כדי לפתור את בעיית חובת הצירוף כמעט שאינה קיימת אצלם.

אין בכוונתנו ברשימה זאת לגלוש לנושא של צירוף חובה היום באנגליה ובארץ, שהוא נושא מורכב ומסובך מאוד וההלכה הפסוקה לגביו איננה ברורה כלל. אולם ניתן לומר בקיצור ובאופן כללי, שקיימים שני סוגי צירוף חובה. ובלשון תקנה 24: החובה לצרף "אדם שהיה צריך לצרפו" והחובה לצרף אדם "שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה".

הפרשנות המקובלת מייחסת את הסוג הראשון, היינו, "שהיה צריך לצרפו", למקרים שבהם החוק המהותי קובע שהזכות שבנדון היא זכות משותפת לתובעים שונים ב י ח ד, בהבחנה מזכות ביחד ולחוד, או שהחוב שבנדון חל על חייבים שונים ב י ח ד, בניגוד לאחריות ביחד ולחוד. במשפט המקובל היו מקרים כאלה נפוצים בעבר במידת מה. היום, לאור ההתפתחויות בדיני חוזים ובדיני נזיקין, כמעט שאינם קיימים, לא באנגליה ולא אצלנו.

משמעותו של הסוג השני, שבו "נוכחותו של אדם דרושה", אינה ברורה דיה וגישות

17 ראה: J. J. Cound, J. H. Friedenthal & A. R. Miller, *Civil Procedure*; (2nd ed., 1974) 566—567; *Bedford* (*Duke of*) v. *Ellis* (1904) A.C. 1, H.L. (E).

nevo.co.il

שונות נמצאות בהלכה הפסוקה הן באנגליה והן אצלנו. ניתן לומר, שהרעיון נוגע בעיקר למקרים שבהם מחייבים צירוף אדם, על כורחו של התובע, כדי לקדם לפחות אחת משתי המטרות האלה: (א) לכבול את המצורף בתוצאות המשפט על מנת להגן על הנתבע מפני הסכנה שהוא יחויב במשפטים נפרדים בצווים סותרים או בחיובים סותרים אחרים בעין (לעומת חיובים כספיים שאין בהם די על מנת ליצור חובת צירוף); או (ב) לתת למצורף "להתערב" על מנת להגן על עניינו הוא שעלול להיפגע במשפט, ולפי הגישה המסורתית עניין כזה חייב להיות חפצי ולא כספי גרידא [18].

בלי להאריך את הדיבור בעניין צירוף חובה ניתן לסכם את הנושא לצורך עניינו ברשימה זאת באמרנו, שהמקרים שבהם הצירוף הוא חובה הם נדירים. יתר על כן, כמעט שאינם כוללים מקרים שבהם חובה לצרף תובעים דווקא. ולבסוף, הם גם כמעט אינם כוללים מקרים שבהם החובה היא לצרף אנשים רבים, וכפי שכבר הזכרנו — האפשרות להגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות באה לפתור בעיה של צירוף במקרים שבהם המספר הגדול של המועמדים לצירוף עושה את צירוף כל אחד מהם בלתי יעיל ובסיס זה הוא תנאי מוקדם לשימוש בתביעת־ייצוג־קבוצתית בכל גירסותיה.

יוצא מכל האמור לעיל, שאין חשיבות ממשית למכשיר הדיוני הזה כל עוד השימוש בו מקביל לצירוף חובה [19].

לעומת זאת יש חשיבות רבה למכשיר אם ניתן להיעזר בו גם במקרים של צירוף לפי רצונו של התובע, צירוף המוסדר אצלנו היום בתקנה 19 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

ואכן כך פיתחו את המכשיר בארצות הברית בתקנה 23 לתקנת סדר הדין הפדראלי שלפיה ניתן, ברשות בית המשפט ובכפוף לתנאים נוספים, להגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות לא רק במקרים של צירוף חובה אלא גם במקרים שבהם תובעים רבים

18 על הנושא של צירוף חובה לפי תקנה 24 ראה בן היתר: ע"א 543/59 **מדינת ישראל נ' קיסלוב**, פ"ד יד(2) 1165; ע"א 265/72 **אל נחמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(2) 479; זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה רביעית, תל־אביב, תשל"ג) 142—146; ובאנגליה: *Arnon* v. *Raphael Tuck & Sons Ltd.* (1956) 1 Q.B. 357; *Gurther* v. *Circuit* (1968) 2 Q.B. 587; *Vandervell's Trustee's Ltd.* v. *White* (1971) A.C. 972, (1970) 3 W.L.R. 352.

19 כפי שנסביר להלן ברשימה זאת (ראה הערה 30 להלן), בדרך כלל אין חובה להגיש תובענה כתביעת־ייצוג־קבוצתית. במקרה שמתאים להגיש תביעת־ייצוג־קבוצתית הברירה להגישה היא בידי נציגי הקבוצה. אולם במקרים נדירים אפשר שתחויב בעקיפין הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית בתובענות שבהן צירוף כל המעוניינים הוא חובה לפי ההסדרים החלים על צירוף חובה, היינו, אצלנו תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963. ואלה הם מקרים שבהם זכויות המעוניינים שייכות להם ביחד. טול מקרה שבו למרות חובת הצירוף אינם מצטרפים בתובענה כל התובעים שהיה צריך לצרפם ומשום כך מבקש הנתבע למחוק את כתב התביעה. אם ינסה התובע להצדיק את אי צירופם של כל המעוניינים בטיעון, שמספרם גדול מדי מכדי לאפשר באופן מעשי את צירופם, ישיבו לו שבשביל זה נולד המכשיר הנקרא תביעת־ייצוג־קבוצתית ועליו להיעזר בו על מנת לקיים את מצוות הצירוף. ניתוח זה מדגים שוב את ההיגיון שבקשירת תביעות־ייצוג־קבוצתיות, לפחות בעניין צווי מניעה בסוג של שב ואל תעשה (ראה הערה 30 להלן), למקרים שבהם הזכות שעליה מבוססת התובענה שייכת להברי הקבוצה ביחד.

nevo.co.il

מתייחסים למעשה אחד או לעסקה אחת או לסדרה אחת של מעשים או עסקות. ולמרות שיש משמעות־מה באפשרות להגיש תביעות כאלה כאשר הסעד המבוקש הוא צו מניעה המתייחס לכל חברי הקבוצה בעת ובעונה אחת ובאותה הצורה, החידוש הגדול והחשוב ביותר שבשיטה האמריקנית הפדראלית והמאפיין את השיטה הזאת היא האפשרות להגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות על־ידי "קבוצות" אנשים שאינם מאורגנים מראש בשום איגוד כדי לקבל פיצויים דווקא, עבור הנזק שנגרם לכל אחד מהם לחוד.

במקרים כאלה, האפשרות להגיש תביעת־ייצוג־קבוצתית מהווה עידוד להגשת תביעותיהם הקטנות של ניזוקים, שכל אחד ואחד מהם סבל אמנם נזק קטן בלבד, אבל בסך הכל נגרם נזק גדול לציבור. בדרך זאת מפוצים אנשים שנגרם להם נזק אישי קל מבחינה כספית, ושאלמלא האפשרות לרכז את תביעותיהם בתביעת־ייצוג־קבוצתית לא היה כדאי להם לתבוע את נזקם ולא היו מפוצים. נוסף על כך, החשש פן ייתבעו בדרך של תביעות־ייצוג־קבוצתיות עשוי להביא אנשים כגון יצרנים, ספקים ונותני שירותים לכך שיימנעו מלסכן את הציבור או להזיק לו. מבחינה זאת מהווה השימוש בסוג זה של תביעות־ייצוג־קבוצתיות על־ידי אנשים פרטיים תוספת לאכיפת החוק על־ידי מוסדות ממלכתיים. המקרה השכיח של שימוש בסוג זה של תביעות־ייצוג־קבוצתיות הוא תביעה המוגשת עבור קבוצת צרכנים כלפי סדרה אחת של מעשים או עסקות שבה כולם ניזוקו בצורה דומה על־ידי אותו היצרן או אותו הספק. במשפט כזה, לאחר קביעת האחריות בדיון שבו משתתפים רק נציגי הקבוצה, יוזמן כל אחד מחברי הקבוצה להוכיח את הנזק הכספי שנגרם לו לחוד ויקבל פיצויים אישיים בעקבות הוכחותיו.

ד. ההלכה והפסיקה הישראלית עד עתה [20]

ההסדר התחיקתי הישראלי לעניין תביעת־ייצוג־קבוצתית הוא תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, כפי שתוקנה בתשל"ד. במאמרנו הראשון ניתחנו תקנה זו מבחינה לשונית והצבענו על פירוש מתקבל על הדעת שהיה מאפשר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית. למרות זאת נוכחנו לדעת, שההלכה הפסוקה הישראלית פירשה תקנה זו בדרך אחרת.

פסק הדין העיקרי הנוגע לפירוש תקנה 29 הוא פרשת הפרוות שכבר הוזכרה לעיל [21]. בפרשה זו נטען שבסדרת עסקות, שנעשו כולן במתכונת אחת, קיבלו המשיבים מאת המערערים ומכל יתר הנושים פרוות במרמה ולא שילמו תמורתן. התובעים ביקשו להרשות להם לייצג בתובענה את ארבעים ושלושה המעוניינים.

בית המשפט העליון פסק, שאין זה מקרה מתאים להפעלת תקנה 29. כבוד השופט ח' כהן דבק בפירוש האנגלי המסורתי, הדורש "עניין זהה" המשותף לתובעים ולמיוצגים. למרות שינויי נוסח בין התקנות האנגליות והתקנה הישראלית, סבר השופט ח' כהן כי אין בכך כדי להצדיק סטייה מהפירוש האנגלי המסורתי.

20 לניתוח מקיף בסוגיה זו ראה מאמרנו הראשון.
21 לעיל, הערה 3.

nevo.co.il

מ"מ הנשיא כבוד השופט זילברג הצטרף למסקנה זו, אך הביע את דעתו שחבל שכך המצב ו"מן הראוי היה... שלא לנעול דלת בפני המערערים ולאפשר להם להגיש תביעה יצוגית" [22].

לעומת השופט זילברג, סברה כבוד השופטת בן־פורת בפרשת אלקלעי [23], שנידונה בבית המשפט המחוזי בירושלים, כי מצב זה נכון ורצוי. בפרשה זו ביקשו שני תובעים שהחזיקו בתור חוכרים בדירה בשיכון "יפה נוף" בירושלים, לייצג עוד חמישים וחמישה מעוניינים. הטענה המרכזית שעליה נשענה תביעתם היתה, כי הנתבעות הפרו את חוזי החכירה בכך שמסרו לכל המעוניינים דירות שאינן ראויות למגורים.

השופטת בן־פורת תמכה את החלטתה בכמה נימוקים. ראשית, לדעתה הלשון של תקנה 29 — "בתובענה אחת" — דורשת עניין משותף, כפירוש האנגלי המסורתי. שנית, הטעם העקרוני; לדעתה "אין להרשות הכרעה בדינו של אדם, אשר אינו נמנה עם בעלי הדין, כאשר התוצאה היא (או עלולה להיות) לרעתו", ולאדם כזה, לדעת השופטת, אין בתקנה 29(ב) משום פתרון מספיק. ומסקנת השופטת: "צריך הסעד להיות לטובתם של כל המיוצגים ללא כל צורך בחקירה ודרישה אלא מעצם טיבו" [24], דהיינו "עניין משותף". מסקנה זו נתמכת גם בהערות נוספות, בדרך כלל אמרות אגב, הנמצאות בפסקי דין ישראליים אחרים [25].

ברם, בעקבות פסק הדין *Prudential Assurance* ניתנת חשיבות מרובה להערות האגב של כבוד השופט ח' כהן בפרשת הפרוות:

> "יתכן והמצב היה שונה אילולא תבעו המערערים את סכומי הכסף המגיעים לה; אילו תבעו, למשל, פסק הצהרתי שסדרת העסקאות כולה נעשתה תוך כדי תרמית, כי אז ייתכן והיה מקום להרשות להם לתבוע בתביעה ייצוגית — שלגבי סעד הצהרתי שכזה עניינם של כל 'המעוניינים' שווה הוא וזהה... אילולא תבעו פיצויים (על נזקים אשר הם, מטבע הדברים, שונים במידתם, מתובע לתובע), אלא תבעו, למשל, צו מניעה, אשר הוא, מטבע ברייתו, פועל לטובת כל הניזוקים כולם במידה שווה, כי אז תהא התביעה הייצוגית כשרה..." [26].

במאמרנו הראשון, שבו ניתחנו את הפסיקה הישראלית, לא הקדשנו מקום רב להערות אגב אלו. בפסק הדין *Prudential Assurance* הפכו הערות אגב אלו להיות ראציו.

22 שם, בעמ' 650.
23 לעיל, הערה 3.
24 שם, בעמ' 93—94.
25 ראה בג"צ 117/67 יצחק וצפרירה גור־אל נ' 8 אח' נ' המ.מ. קרית אונו, פ"ד כא(ג) 477; בג"צ 284/74 אברהם אורן ואח' נ' שר המסחר והתעשיה ואח', פ"ד כט(2) 191; ע"א 242/66 סלומון פליפי יעקובסון נ' אוסקר גז ומוזיאון תל־אביב, פ"ד כא(1) 85; ע"א 187/76 אליאס הזימה מטר נ' הכומר אמיל שיפאני ו־9 אח', פ"ד לא(3) 177; ע"א 43/62 מוכה זוקוביץ ואח' נ' שמואל קירשנבאום, פ"ד לג (תשכ"ג—1963) 297. ראה גם ע"א 180/75 יגאל לביב נ' בנק לפתוח תעשיה לישראל בע"מ ואח', פ"ד ל(3) 225 (תביעה נגזרת).
26 לעיל, הערה 3, עמ' 648—649.

nevo.co.il

האם צדק בית המשפט האנגלי בעשייתו זו? האם רצוי שגם אנו נלך בעקבותיו? האם מוצדק הוא לבסס את אפשרות הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית על הסעד המבוקש? מה הם ההבדלים בקשר לתביעות־ייצוג־קבוצתיות בין תביעות לצו מניעה ולפסק דין הצהרתי ובין תביעה לפיצויים? לשאלות אלו אנו פונים עתה.

ח. הבחנה בין סעדים לצורך תביעות־ייצוג־קבוצתיות

1. צו מניעה לעומת תביעת פיצויים

בהערת האגב בפרשת הפרוות אצלנו הביע את דעתו כב' השופט ח' כהן ש"אלא תבעו, למשל, צו מניעה, אשר הוא מטבע ברייתו, פועל לטובת כל הניזוקים כולם במידה שווה, כי אז תהא התביעה הייצוגית כשרה. (1937) *Medcalf* v. *Strawbridge* אולם הנמקה זאת איננה משכנעת דיה. ראשית, מעניין שפסק הדין האנגלי *Medcalf* v. *Strawbridge*[28], שאותו מזכיר כב' השופט ח' כהן כאסמכתא, אינו מוזכר דווקא בידי כב' השופט וינלוט בפרשת *Prudential Assurance*, למרות שהלה חיפש חיזוק בפסיקה האנגלית לדעתו שניתן להגיש תביעת־ייצוג־קבוצתית כשהסעד המבוקש הוא צו מניעה. לדעתנו צדק כב' השופט וינלוט בפסחו על פסק הדין *Medcalf* v. *Strawbridge*.

כמו בפסק הדין הראשון בפרשת השמפנייה לא נדונה לגופה בפרשת *Medcalf* v. *Strawbridge* השאלה האם מותר להגיש תביעת־ייצוג־קבוצתית לעומת תביעה רגילה. בפרשה זאת תבעו צו מניעה בשם כל בעלי הבתים הצופים לחזית הרחוב הנדון, שמטרתו לחייב את הנתבע הגר בסביבה להפסיק להזיק לכביש בעקבות שימוש במכשיר מיוחד שהוא חיבר למכוניתו. השאלה היחידה שעליה נסב פסק הדין היתה, האם במקרה כזה מדובר במטרד לציבור שרק ליועץ המשפטי לממשלה הזכות להגיש תובענה להפסיקו או, האם גם לדיירי הרחוב זכות להגיש תובענה בנדון. אמנם התירו את הגשת התובענה על־ידי דיירי הרחוב, אבל ללא התייחסות לשאלה, האם הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית לעומת תביעה רגילה מותרת כאן.

זאת ועוד, אם בית המשפט בפרשה זאת היה מתייחס לשאלה של הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית כאן, ייתכן שהוא היה מחליט שאכן מותר להגישה כאן. אולם, לאור עובדות הפרשה ייתכן שהוא היה מבסס קביעה זו על הגדרת זכות הנתבעת כזכות השייכת לכל דיירי הרחוב ביחד. לכן קשה ללמוד מפסק דין *Medcalf* v. *Strawbridge* על מצבים אחרים. הנמקתו של כב' השופט ח' כהן לגופו של עניין, הטוענת שהגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית מותרת כשהסעד המבוקש הוא צו מניעה לעומת פיצויים מכיוון שצו מניעה "מטבע ברייתו, פועל לטובת כל הניזוקים כולם במידה שווה", גם היא איננה מספקת אותנו. ראשית כל, עובדה זאת נכונה רק כשמדובר בצו מניעה במובן הלשוני הטהור של הביטוי, דהיינו, צו מסוג שב ואל תעשה. רק הפסקת פעולתו של הנתבע חלה מטבע העניין לטובת כולם במידה שווה. אולם, אם מדובר בצו חיובי המחייב פעולה, לא בהכרח יפעל צו המניעה לטובת כל חברי הקבוצה במידה שווה.

27 שם, בעמ' 649.
28 (1937) 2 All E.R. 393, (1937) 2 K.B. 102.

nevo.co.il

אך חשובה יותר היא העובדה שבהנמקה זאת התייחס כב' השופט ח' כהן רק למקרה שבו זוכה הקבוצה. אולם הנימוק המהותי שהביאה כב' השופטת בן־פורת נגד התרת תביעות־ייצוג־קבוצתיות מתייחסת דווקא למצב ההפוך, היינו, לתוצאות הפסדה של הקבוצה על חבריה שלא השתתפו אישית במשפט. מן ההיבט הזה אין להבדיל בין תביעת־ייצוג־קבוצתית לצו מניעה ובין תביעת־ייצוג־קבוצתית לפיצויים. בשני המקרים מדובר בתביעות נזקיות השייכות לחברי הקבוצה לחוד ובשניהם הפסדה של הקבוצה יהווה מעשה בית דין שישתיק את כל חברי הקבוצה כולל אלה שלא השתתפו במשפט אישית[29]. לכן, מבחינה זאת אין הבדל כלל ועיקר בין תביעת־ייצוג־קבוצתית עבור פיצויים המבוססת על תביעות לחוד ובין תביעת־ייצוג־קבוצתית, שבה הסעד המבוקש הוא צו מניעה אם גם היא מבוססת על תביעות לחוד. יוצא, אפוא, שאם צודקת כב' השופט שאין להתיר תביעות־ייצוג־קבוצתיות כאלה עבור פיצויים מחשש שיושתקו חברי הקבוצה שלא השתתפו אישית במשפט, גם דינן של תביעות כאלה, שבהן הסעד המבוקש הוא צו מניעה, להידחות. ברם, מכיוון שבעיית השתקת חברי הקבוצה שלא השתתפו אישית במשפט קיימת לא רק כלפי צווי מניעה, אלא גם כלפי פסקי דין הצהרתיים בסוג שהותר בפרשת *Prudential Assurance*, מן הראוי לדחות את הרחבת הדיון עליה לחלק הבא של רשימתנו.

ולסיכום, אין להבחין בין תביעת־ייצוג־קבוצתית, בין תביעה לצו מניעה ובין תביעות פיצויים[30].

29 כל השופטים המתייחסים לתקנה 29 אצלנו, וכן כל השופטים המתייחסים לתקנה האנגלית המקבילה, מפרשים אותה כמחילה מעשה בית דין על כל חברי הקבוצה. ראה את הדיון בהמשך רשימה זאת.

30 מן הראוי להוסיף, שכלפי תובענות לצו מניעה מהסוג של שב ואל תעשה, מבחינת טובת חברי הקבוצה התובעת, אין משמעות משפטית להתרת הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית לעומת תביעה רגילה המוגשת על־ידי תובע אחיד השייך לקבוצת המעוניינים. וזאת מכיוון שכב' השופט ח' כהן צודק באמרו שמטבע העניין הצלחתו של היחיד תוחל לטובת הקבוצה כולה. ייתכן שבהגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית במקרים כאלה תהא תועלת פסיכולוגית ופרסומית כאשר ניתן לתובע להדיר את תובענתו ולהגדירה לא רק כעניינו הוא אלא בעניין בעל צביון ציבורי יותר. כמו כן ייתכן, שהגשת התביעה כתביעת־ייצוג־קבוצתית תקל על עריכת מגבית למימון המשפט בקרב יתר חברי הקבוצה. אולם מבחינה משפטית, הצד שמצבו מוטב על־ידי התרת תביעות־ייצוג־קבוצתיות במקרים שכאלה הוא הנתבע דווקא. כל עוד מדובר בתביעות שהן באמת לחוד לעומת ביחד, הנתבע אינו מוגן על־ידי העיקרון של מעשה בית דין אם הוא מצליח בהגנתו נגד אחד או אחדים. לכן הוא דווקא מעוניין שגגדו תוגש תביעת־ייצוג־קבוצתית כדי שאם הוא יזכה יושתקו כל חברי הקבוצה על־ידי מעשה בית הדין.
לכן באופן פאראדוקסלי, הרחבת השימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות מסוג זה תיטיב דווקא עם הצד המתנגד לקבוצה התובעת. (השווה בג"צ 310/80 **דרור הדרום לפיתוח בע"מ נ' עירית תל־אביב—יפו ואח'**, פ"ב לה(1) 253). יתרה מזאת, למרות שהנתבע הוא המעוניין בהגשת החברה כייצוגית־קבוצתית, בדרך כלל אין לו לנתבע שום מכשיר דיוני שהוא יכול להיעזר בו כדי לחייב את הגשת התביעה כתביעת־ייצוג־קבוצתית דווקא. אין בשום הסדר הידוע לנו, לא בארצות הברית, לא באנגליה ולא אצלנו במסגרת התקנות המתייחסות לתביעות־ייצוג־קבוצתיות חובה להגיש תובענה מתאימה כתביעת־ייצוג־קבוצתית, ירצו — יגישו תביעות נפרדות. אולם ראה לעיל, הערה 19.

nevo.co.il

2. פסק דין הצהרתי לעומת תביעת פיצויים

ההלכה החדשנית של פסק דין *Prudential Assurance* מסתמכת באבחונה על ההלכה האנגלית הקודמת; אבחון זה מתבסס על ההבדל בין פסק דין הצהרתי שהוא כן בגדר תביעת־ייצוג־קבוצתית מותרת ובין תביעת פיצויים עבור חברי הקבוצה, שאינה מותרת. דעתנו היא, שאין מקום להבחנה זאת. מבחינת תחולת מעשה־בית־דין במקרה של הפסדה של הקבוצה, אין הבדל בין שני סוגי התביעה האלה. בשניהם, אם תפסיד הקבוצה בשלב קביעת אחריותו של הנתבע, זה יהיה סוף פסוק.

כמו כן, ההסדרים יהיו דומים בשני המקרים אם תצליח הקבוצה בקביעת אחריותו של הנתבע. שתי השיטות הן: (א) שיטת הפיצול: פסק דין הצהרתי ובעקבותיו תובענות נפרדות המוגשות על־ידי יחידי הקבוצה לבד; (ב) השיטה המאוחדת: תביעת־ייצוג־קבוצתית, שבה לאחר קביעת אחריותו של הנתבע יוזמנו חברי הקבוצה להצטרף למשפט ולהוכיח אישית את הנזק שנגרם לכל אחד מהם לחוד. לפי שתי השיטות יתקיימו שני שלבים, הראשון קביעת האחריות הכללית של הנתבע, והשני קביעת זכותו האישית של כל חבר הקבוצה ושיעור הנזק שנגרם לו[31]. זאת ועוד, בשני המקרים מקפידים על כך שהנתבע לא יאבד הגנות כל שהן שיש לו מפני חברי קבוצה מסוימים. ההבדל הוא אפוא, שלפי הלכת *Prudential Assurance* השלב השני, היינו קביעת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה לחוד והתייחסות להגנות מיוחדות של הנתבע מפני חברי הקבוצה, ייערך בתובענות נפרדות. ולעומת זאת, בתביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית, השלב השני הזה הוא חלק בלתי נפרד של תביעת־הייצוג־הקבוצתית עצמה.

נשאלת השאלה, מה הן התוצאות וההשלכות הנובעות מההבדל הדיוני הזה ומה היא המסקנה המתבקשת מהן כלפי השיטה הרצויה. לנו נראה, כפי שיתברר להלן, שהתשובה היא שעדיפה התרת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות לפיצויים עבור כל חברי הקבוצה במקום הסתפקות בפסקי דין הצהרתיים. אמנם, יש יתרון־מה לחברי הקבוצה בשיטת הפיצול שבה הם מגישים את תביעותיהם לפיצויים בתובענות נפרדות ומסתמכים מכוח מעשה בית־הדין על פסק דין הצהרתי שהושג בתביעת־הייצוג־הקבוצתית כהחלטה סמוכה וגמורה שקבעה את אחריותו של הנתבע. שיטת הפיצול הזאת נותנת לחברי הקבוצה אפשרות לבחור, כל אחד לפי רצונו הוא, במקום ובמועד שבהם יגישו את תובענותיהם לפיצויים, כפוף כמובן להגבלות המקובלות לגבי סמכות בתי המשפט ותקופת ההתיישנות. לעומת זאת, בשיטת תביעת־ייצוג־קבוצתית לפיצויים מוכרחים כל חברי הקבוצה להגיש את בקשותיהם לפיצויים ולהוכיח את שיעור

31 עלינו לציין, שברשימה זאת אנו מתייחסים אך ורק לסוג תביעות־ייצוג־קבוצתיות הרגיל והמקובל בארצות הברית, היינו, הסוג שבו ברור שחבר הקבוצה לא יפוצה אם אינו מוכיח אישית את הנזק שנגרם לו. לפי שיטה זו סך הכל של הנזק המוכח על־ידי כל אחד מחברי הקבוצה לחוד יהווה את סך הכל שבו יחויב הנתבע. אנו איננו מתייחסים לסוג השני הנדיר והשנוי במחלוקת בארצות הברית שבו ידוע מראש שרוב חברי הקבוצה לא יוכיחו את הנזק שנגרם לכל אחד מהם אישית, מפני שחברי הקבוצה אינם ניתנים לזיהוי ולאיתור אישית או מפני שהנזק שנגרם לכל אחד מהם כה קטן מבחינה כספית עד שלא כדאי להם להוכיח את הנזק אפילו במסגרת תביעת־ייצוג־קבוצתית. ראה מאמרי (לעיל, הערה 1) 430—431.

nevo.co.il

הנזק שנגרם לכל אחד מהם במקום שבו הגישו נציגי הקבוצה את תביעת־הייצוג־הקבוצתית ובמסגרת אותו תיק.

אולם לדעתנו, יתרונות השיטה המאוחדת של תביעות־ייצוג־קבוצתיות לפיצויים עולים במשקלם על יתרון זה של שיטת הפיצול. וכוונתנו לשלושת היתרונות האלה:

(א) **התיישנות.** בשיטה המאוחדת, הגשת תביעת־הייצוג־הקבוצתית בשם כל חברי הקבוצה נחשבת כהגשת כל התביעות הנפרדות השייכות לחברי הקבוצה לצורך תקופת ההתיישנות, כלומר, הוגשה תביעת־הייצוג־הקבוצתית כהלכה בתוך התקופה המותרת, דרישת חוק ההתיישנות קוימה כלפי כל חברי הקבוצה. לעומת זאת, לפי שיטת הפיצול, לפחות אליבא דשופט וינלוט בפרשת *Prudential Assurance*, הגשת תביעת־הייצוג־הקבוצתית לפסק דין הצהרתי אינה נחשבת להגשת התביעות הנפרדות לפיצויים השייכות לחברי הקבוצה לחוד לצורך דרישת חוק ההתיישנות. לכן ברור שגם התביעות הנפרדות האלה חייבות להיות מוגשות תוך התקופה המותרת.

מטבע הדברים, כדי לנצל את פסק הדין ההצהרתי יהיה על חברי הקבוצה להמתין לפסיקת פסק הדין ההצהרתי לפני ההכרעה בתובענותיהם הנפרדות. לכן ברור, שחברי הקבוצה לא ירצו להגיש את תובענותיהם הנפרדות עד שיוודע להם כיצד יפול דבר בתביעת־הייצוג־הקבוצתית לפסק הדין ההצהרתי. עובדה זאת נכונה שבעתיים לגבי מקרה שכיח בשימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות, דהיינו, בקשר עם תביעות קטנות מאוד. ברם, אם יחכו חברי הקבוצה עד תום תביעת־הייצוג־הקבוצתית לפני הגשת התובענות הנפרדות לפיצויים, הם יסתכנו מבחינת תקופת ההתיישנות, במיוחד לאור העובדה שהטיפול בתביעות־ייצוג־קבוצתיות עלול להימשך זמן רב. לכן שיטת הפיצול תגרום אחת משתיים אלה: או שחברי הקבוצה יעדיפו להסתכן מבחינת ההתיישנות ולדחות את מועד הגשת התביעות הנפרדות עד תום פסק הדין ההצהרתי, או שהם יעשו דבר שאינו יעיל לא לחברי הקבוצה, לא לנתבע ולא למערכת בתי המשפט כולה, והוא, להגיש את התובענות הנפרדות לפני שיוודע אם הנתבע אחראי, וזאת כפעולת מנע, למנוע התיישנותן של התובענות. למרות זאת, כפי שכבר הזכרנו לעיל, גרס כב' השופט וינלוט בפרשת *Prudential Assurance* שתביעת־ייצוג־קבוצתית לפסק הדין ההצהרתי לחוד ותובענות נפרדות לפיצויים המסתמכות על פסק הדין ההצהרתי לחוד, לצורך דרישת חוק ההתיישנות, ללא שום השפעה זו על זו.

אך ניתן לחלוק על קביעה זו של כב' השופט וינלוט. אמנם, לא חוק ההתיישנות האנגלי ולא חוק ההתיישנות, תשי"ח—1958, הישראלי, אינם מתייחסים במפורש לבעיה החדשה הזאת המתעוררת בעקבות האפשרות לקבל פסק דין הצהרתי, אבל לא פיצויים בתביעת־ייצוג־קבוצתית. יחד עם זה, שני החוקים מכירים במקרים שבהם נעצר מירוץ מניין תקופות ההתיישנות וייתכן שניתן להקיש ממקרים אלה למצב החדש הזה [32]. בפרט, אולי, ניתן להקיש אצלנו מסעיף 15 לחוק ההתיישנות, תשי"ח—

32 החוק האנגלי הוא ה־Limitations Act 1939 כפי שתוקן ב־1980. לגבי עיכוב מניין תקופת ההתיישנות ניתן להצביע במיוחד על סעיף 2, המסמיך את בית המשפט, בנסיבות אחדות, לדחות את הגנת ההתיישנות, למרות שהתובע לא קיים את מצוות החוק, וכן

nevo.co.il

1958, שבו נאמר ש"הוגשה תובענה לפני בית משפט... והתובענה נדחתה באופן שלא נבצר מן התובע להגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה, לא יבוא במנין ההתיישנות הזמן שבין הגשת התובענה ובין דחייתה". על־ידי היקש ניתן אולי לקבוע, שבמניין תקופת ההתיישנות כלפי הגשת התובענות הנפרדות לפיצויים לפי השיטה המפוצלת, לא יובא בחשון הזמן שבין הגשת תביעת־הייצוג־הקבוצתית לפסק הדין ההצהרתי ובין סיום הטיפול בה[33]. אולם, פתרון זה אינו חד וחלק ונחוצה פסיקה ביחס להתיישנות שהיא נושא המוסדר בפירוט בחוק. יתרה מזו, לפחות כב' השופט וינלוט כבר פסק אחרת.

מכל מקום, הבעיה הזאת איננה קיימת כלל לפי השיטה המאוחדת, שלפיה מגישים חברי הקבוצה את בקשותיהם לפיצויים כחלק בלתי נפרד של תביעת־הייצוג־הקבוצתית וזה מהווה יתרון אחד של השיטה המאוחדת.

(ב) פ י ש ו ט ו י י ע ו ל ש ל ס ד ר י ה ד י ן. יתרון שני שמן הראוי להצביע עליו הוא, שלפי השיטה המאוחדת מקובל להקל על חברי הקבוצה בקבלם את הפיצויים המגיעים להם על־ידי הענקת סמכות רחבה לשופט לפשט ולייעל את דרכי הוכחת שיעור הנזק. לכן הצענו אנחנו בזמנו, כחלק מהמלצתנו להתקין סדרי תקנות חדשים, להתקין תקנה משנה שתאמר:

"(א) בסמוך לאחר קביעת אחריותו של הנתבע כלפי המעוניינים שתבעו בהליך־ייצוג־קבוצתי, ואם מתעורר הצורך לקבוע את שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מיחידי המעוניינים בנפרד, יודיע בית המשפט על כך למעוניינים — בדרך שתיראה לו לפי נסיבות העניין — ויזמין אותם להגיש הוכחות לקביעת שיעור הנזק.

(ב) לצורך קביעת שיעור הנזק לפי תקנת משנה (א) רשאי בית המשפט לקבוע סדר דין מיוחד שייראה לו הוגן ונאות לפי נסיבות העניין, ובכלל זה להתיר שימוש בתצהירים במקום בעדויות בעל־פה"[34].

כמובן שאין להפעיל את ההסדרים המיוחדים האלה אם הם עלולים לפגוע בזכויות הצד שכנגד ואנו גם המלצנו על התקנת תקנה להבטיח שזה לא יקרה. אולם, רשימה זאת איננה המקום הנכון לפרט עניין זה. העיקר לענייננו הוא, שניתן לייעל את התהליך במסגרת תביעת־ייצוג־קבוצתית מאוחדת וספק אם ניתן לעשות כך בשיטה המפוצלת לפיה מגישים תובענה נפרדת עבור הפיצויים.

על סעיף 28 (שתוקן ב־1980), המתייחס להתיישנות כלפי עילות חדשות המוגשות במשפט תלוי ועומד, וכן לבעלי דין חדשים המצורפים למשפט תלוי ועומד. יחד עם זה אין בחוק האנגלי הוראה מקבילה לסעיף 15 לחוק ההתיישנות, תשי"ח—1958, שעליו מצביעים כמקור הישראלי להיקש המוצע.

33 כדוגמה לחקיקה פסיקתית בתחום זה ראה: *Burnett* v. *New York Central R. Co.*, 380 U.S. 424, 85 S. Ct. 1050, 13 L. Ed. 2nd 941 (1965).

34 ראה מאמרי (לעיל, הערה 1) 449.

nevo.co.il

(ג) קרן פיצויים לכיסוי הוצאות הנציגים. אולם ההבדל החשוב ביותר, וזה שלדעתנו מכריע את כף המאזניים לטובת השיטה המאוחדת, היא העובדה שלפי השיטה המאוחדת הנתבע חייב לשלם את כל הפיצויים המגיעים לכל חברי הקבוצה במסגרת תביעת־הייצוג־הקבוצתית בפעם אחת. לכן נוצרת לטובת חברי הקבוצה קרן פיצויים שממנה ניתן להחזיר לנציגי הקבוצה את הסכומים שהם הוציאו כדי לממן את תביעת־הייצוג־הקבוצתית.

יצירת קרן כזאת חשובה במיוחד בארצות הברית מכיוון ששם שונה הגישה לגבי החזר הוצאות מאשר הגישה האנגלית והישראלית. אמנם, גם לפי השיטה המקובלת בארצות הברית חייב המפסיד במשפט, בדרך כלל, להחזיר לזוכה את "הוצאות" המשפט. ברם, בארצות הברית הוצאות המשפט האלה אינן כוללות את שכר טרחת עורך דינו של הזוכה, ולכן, בדרך כלל, אינן משמעותיות מבחינה כספית. יוצא אפוא, שאם בארצות הברית נציגי הקבוצה בתביעת־ייצוג־קבוצתית היו יכולים להשיג רק פסק דין הצהרתי עבור יתר חברי הקבוצות לעומת הפיצויים המגיעים ליתר חברי הקבוצה, הם היו חייבים לשאת במלוא הנטל הכספי של תביעת־הייצוג־הקבוצתית, ללא החזר הוצאותיהם — לא מן הנתבע ולא מיתר חברי הקבוצה — אפילו אם הם היו זוכים לטובת הקבוצה. מצב שכזה היה מרתיע מלהגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות עד כדי כך שספק אם היו מוגשות כלל. לא יהיה שום תמריץ להגיש תובענה דווקא כתביעת־ייצוג־קבוצתית. יתרה מזו, החשיבות העיקרית שבשימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות היום, כפי שהדגשנו ברשימה זאת, היא מתן עידוד להגשת תביעות קטנות במרוכז ועל־ידי כך לאפשר הגשת תביעות שאלמלא האפשרות להגישן כך, לא היו מוגשות כלל, מחמת סכום הכסף הזעיר המעורב בהן. הפתרון של תביעת־ייצוג־קבוצתית הוא ריכוז כל התביעות הקטנות בתובענה אחת. פתרון זה חוסך חלק נכבד מסך הכל של ההוצאות שחברי הקבוצה היו צריכים לשלם עבור כל התביעות אם הן היו מוגשות לחוד ולכן אף מאפשר את הגשתן. אבל כדי להשיג את המטרה הזאת צריך להבטיח שנטל מימון התובענה המאוחדת יחולק בין כל חברי הקבוצה ולא ירבוץ רק על הנציגים. הדרך שבחרו בה בארצות הברית כדי להגשים את השאיפה הזאת היא לנכות מסך כל הפיצויים שמחויב הנתבע לשלם לחברי הקבוצה את הסכום שנציגי הקבוצה הוציאו כדי לממן את המשפט ולהחזיר להם את הסכום הזה לפני שישולמו הפיצויים לחברי הקבוצה. בדרך זאת גם מעודדים אנשים להגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות וגם מגשימים את חובת הצדק, הדורשת שחברי הקבוצה הנהנים מזכיית הקבוצה ישאו בעול מימון הזכייה.

בארץ ובאנגליה המצב שונה קצת לעומת ארצות הברית, מכיוון שאצלנו ובאנגליה הכלל המקובל הוא שהמפסיד, בדרך כלל, מחזיר לזוכה את הוצאות המשפט הכוללות גם את שכר טרחת עורך דינו של הזוכה, והוא כידוע, חלק הארי של הוצאות המשפט[35]. לכן ניתן לטעון, שפחות חשוב שתיווצר קרן פיצויים שממנה אפשר יהיה לפצות את נציגי הקבוצה על חשבון חברי הקבוצה האחרים. אכן, אין ספק שיש ממש בטעון זה ואצלנו, בהשוואה לארצות הברית, יצירת קרן פיצויים היא פחות חיונית, אבל ההבדל הוא במידה גרידא. ודעתנו היא, שעדיין חשוב מאוד שתיווצר אצלנו

35 ראה זוסמן (לעיל, הערה 18) 421—423.

nevo.co.il

קרן פיצויים שדרכה ניתן יהיה לחלק את נטל מימון תביעות־הייצוג־הקבוצתית בין כל חברי הקבוצה הנהנים מזכייתה.

למרות שהשיטה הישראלית מכוונת לאפשר לזוכה בדינו לצאת "שלם" מאת המשפט, מבלי שיצטרך להפחית מפרי ניצחונו את שכר טרחת עורך דינו, במציאות, לעתים קרובות, פוסק בית המשפט כשכר טרחה סכום, שאינו גבוה מספיק כדי לכסות את שכר הטרחה הממשי ששילם הזוכה[36]. כמו כן, אפילו לפי השיטה הישראלית ייתכן שהזוכה יצטרך לשאת בהוצאות אחרות, כגון הפסד בטלתו במהלך המשפט והוצאות לוואי אחרות שאינן מכוסות על־ידי החזר ההוצאות הנפסק לטובתו. יוצא אפוא, שעדיין חשוב אצלנו שתיווצר קרן פיצויים במהלך תביעת־הייצוג־הקבוצתית על מנת שהנציגים יפוצו במאה אחוז על הוצאותיהם למען הקבוצה אם הקבוצה זוכה. פיצוי שלם זה יעודד אנשים להתנדב לייצג קבוצות ולהגיש תביעות־ייצוג־קבוצתיות עבורן. כמו כן, יצירת קרן כזאת תבטיח את הפקת התועלת המירבית ביותר מהגשת תביעות קטנות במרוכז בתובענה אחת משום שהיא תאפשר את חלוקת נטל מימון התובענה בין כל חברי הקבוצה, במידה שהנתבע המפסיד אינו מחויב לשאת בנטל זה. חלוקת נטל המימון בין כל חברי הקבוצה איננה רק שיקול תועלתני מבחינת עידוד הגשת תביעות קטנות, אלא גם שיקול ערכי, מכיוון שעל־ידי כך כל חבר הקבוצה הנהנה מפרי ניצחונה של הקבוצה משתתף במימון יצירת פרי זה. תוצאה זאת נראית לנו צודקת הרבה יותר מאשר התוצאה הנובעת מהשיטה המפוצלת שבה נהנים חברי הקבוצה מפסק הדין ההצהרתי שניתן לטובת הקבוצה, אבל אין עליהם לנכות מהפיצויים שהם יקבלו בתובענותיהם הנפרדות את חלקם במימון השגת פסק הדין ההצהרתי הזה[37].

36 גם באנגליה אינם פוסקים את מלוא שכר הטרחה. ראה: Odgers *on Pleading and Practice* (12th ed., G. F. Harwood ed., 1971) 398—406. ניתוח סיבות נטייתם של בתי המשפט הישראליים לא לפסוק את מלוא שכר הטרחה שמקבלים עורכי דין בפועל היה חורג מנושא רשימה זאת. אולם ניתן להרהר בנדון ולהצביע על שני הסברים שנראים לנו אפשריים: (א) גובה השכר שמקבלים עורכי דין מרתיע את השופטים מלפסוק את הסכום במלואו; (ב) השופטים מרגישים אי־נחת בהפעלת הגישה האנגלית לעומת הגישה האמריקנית כלפי החזר הוצאות. ראה מאמרי (לעיל, הערה 1) 425, 446—448. ברור לנו, שאין ליצור דין מיוחד בעניין החזר הוצאות כלפי תביעות־ייצוג־קבוצתיות לעומת תביעות רגילות. לגבי הנושא הכללי אין אנו בטוחים, שהפתרון הרצוי ביותר הוא פסיקת מלוא שכר הטרחה, היינו, השיטה האנגלית הטהורה בניגוד לשיטה האמריקנית. מכל מקום, אינם פוסקים את מלוא שכר הטרחה ולכן מתעורר הצורך לפצות את הנציגים בדרך אחרת. השווה את הניתוח שעשה פרופ' יורן לגבי מצב דומה לענייננו, היינו, מימון תביעות נגזרות: יורן (לעיל, הערה 6) 462—464.

37 ייתכן שבמקרה של הפעלת השיטה המפוצלת תהיה לנציגי הקבוצה עילה נגד חברי הקבוצה שנהנים מפסק הדין ההצהרתי לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979. אין ספק, שנימוקים שהבאנו לעיל כדי להצדיק חלוקה שווה של הוצאות המשפט בין כל הנהנים ממנו, היינו, כל חברי הקבוצה, הם אותם הנימוקים המעוגנים בעקרונות עשיית עושר ולא במשפט ועקרונות החוק הזה מחזקים את דעתנו שכך הצדק מחייב. אולם פתרון הבעיה של השיטה המפוצלת על־ידי הפעלת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979, אינה נראית לנו מעשית, וזאת משתי סיבות. ראשית לא ברור אם חוק זה היה חל במקרה שלנו. מטבעו של דבר היה מתאים סעיף 5 של החוק העוסק בשיפוי הוצאות עקב פעולה לשמירת עניין הזולת. ברם, הסעיף מתייחס רק לפעולות "לשמירה

nevo.co.il

מכל הסיבות הללו נראה לנו, שאם כבר מתירים הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות כדי לקבל פסקי דין הצהרתיים כשהתביעה מבוססת על תביעות נזקיות השייכות לחוד לחברי הקבוצה, אין להיעצר בנקודה זאת ולא להתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות שבהן ניתן להשיג גם פיצויים בשביל חברי הקבוצה.

עתה עלינו להשיב על השאלה הזאת: אם אין טעם להבדיל בין סוגי הסעדים — האם עדיף להתיר גם תביעות פיצויים כתביעות־ייצוג־קבוצתיות או שמא עדיף לא להתיר לא פסקי דין הצהרתיים, לא צווי מניעה ולא תביעות פיצויים?

ו. האם רצוי להתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית בארץ במסגרת תקנה 29

ניתן להתייחס לשאלה זו בשני מישורים. הראשון, האם עקרונית רצוי וכדאי לאמץ את השיטה האמריקנית הפדראלית ולהתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות במקרים כמו *Prudential Assurance*. לחקר השאלה הזאת הקדשנו את מאמרנו הראשון, שבו ניתחנו הן את היתרונות והן את החסרונות שבשיטה האמריקנית וסיכמנו שסך הכל נוטה לחיוב ולכן כדאי ורצוי לאמץ את השיטה האמריקנית בארץ. מיותר יהיה

על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר..." (ההדגשה שלנו. ס"ג). יש לנו ספק אם בהקשר זה קידום עילותיהם של חברי הקבוצה על־ידי השגת פסק דין הצהרתי שיחול לטובתם הוא בגדר שמירה על רכושם. ספק זה מתחזק על־ידי השוואה בין מלות סעיף 5 ובין הנוסח הרחב יותר של סעיף 1 לחוק האומר: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן — הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן — המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה לשלם לו את שוויה".

לגו אין ספק שבענייננו מדובר בטובת הנאה שמקבלים חברי הקבוצה (הזוכים) והנציגים (המזכים), אם אלה באמת נעזרים בפסק הדין ההצהרתי כדי לקבל את הפיצויים המגיעים להם. אולם, המקרה מטבעו אינו מתאים דווקא למושג "השבה", אלא לעיקרון שבסעיף 5, היינו, שיפוי על הוצאות הנציגים. ייחכן אפוא, שמקרה הנציגים בתביעת־ייצוג־קבוצתית היה נופל בין הכסאות, דהיינו בין סעיף 5 — המוגבל לשמירה על רכוש — ובין סעיף 1 — הכולל כל טובת הנאה, אבל מוגבל לרעיון ההשבה לעומת שיפוי על הוצאות.

אולם אפילו אם היו מפרשים את החוק לטובת זכות הנציגים, קביעה כזו לא היתה פותרת את הבעיה. כדי לממש את זכותם על הנציגים נחוץ לעקוב אחרי התביעות של חברי הקבוצה ולתבעם לאחר זכייתם בהסתמך על פסק הדין ההצהרתי. כמו כן היתה מתעוררת הבעיה הקשה של חלוקת נטל החזר ההוצאות בין חברי הקבוצה. האם כל אחד שיזכה בתביעתו יחויב לפצות את הנציגים על כל הוצאותיהם, היינו, האם חובת כל חבר הקבוצה תהיה ביחד ולחוד לכל הסכום? פתרון כזה יקל על הנציגים, אבל ספק אם הוא יהיה הוגן כלפי חבר הקבוצה הנתפס על־ידי הנציגים. לעומת זאת, אם חבר הקבוצה יחויב אך ורק באחוז מסוים של ההוצאות, אחוז שיבוסס על היחס של הסכום שהוא קיבל לעומת סך הכל שקיבלה הקבוצה כולה, הסכום האחרון לא יוודע עד שיסתיימו כל המשפטים. ומה לגבי חברי הקבוצה המשיגים את מבוקשם על־ידי פשרה מחוץ לכתלי בתי המשפט, וזאת בהסתמכם על פסק הדין ההצהרתי? מכל האמור לעיל נראה לנו, שאין אפשרות מעשית לפתור את הבעיה של השיטה המפוצלת בדרך של הפעלת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979.

nevo.co.il

לחזור כאן על כל אשר נאמר במאמר ההוא בשאלה זאת. נסתפק אפוא בשתי הערות קצרות. דעתנו לא השתנתה מאז פרסום המאמר ההוא בקשר עם הכדאיות שבאימוץ השיטה האמריקנית בארץ ואין לנו שום בסיס לחשוב שהמצב באנגליה כה שונה ממצבנו בארץ, שלא להצדיק העתקת מסקנתנו כלפי ישראל גם לאנגליה. ולכן עקרונית תשובתנו לשאלה הראשונה היא חיובית[38].

אולם זו אינו השאלה העומדת לפנינו לאור ההלכה של *Prudential Assurance*. השאלה איננה האם רצוי להתקין תקנות חדשות נוסח ארצות הברית, אלא האם רצוי לאפשר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית דרך התקנות, האנגלית והישראלית, הנוכחיות. כפי שברור מקריאת מאמרנו הראשון, אנו ערים לבעיות המלוות את השימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות ובסכנה שישתמשו בהן לרעה כאמצעי סחיטה ושוחד. אך סיכמנו, שלמרות זאת כדאי להפעיל את השיטה האמריקנית אצלנו, כיוון שהתועלת שבשימוש בה מרובה על הרע שבה. סיבה נוספת, ולא פחות חשובה היא, שהן להסדר האמריקני הפדראלי והן להסדר שהמלצנו לקבל בארץ על־ידי התקנת סדרת תקנות חדשה יש כלים ומכשירים מפורשים ומפורטים המאפשרים פיקוח והשגחה על השימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות כדי לצמצם בשיעור ניכר, אם לא לבטל כליל, את השימוש בהן לרעה. יתרה מזו, בנוסח התקנות שהמלצנו לאמץ בארץ אפילו חיזקנו את הכלים האלה ביחס להסדר שבארצות הברית. לעומת זאת, לתקנה 29 לתקנת סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, וכמוה לתקנה האנגלית המקבילה, חסרים כלים מפורשים ומפורטים כאלה. נשאלת השאלה האם הטוב מרובה על הרע — כל זאת במסגרת תקנה 29.

בהקשר זה עלינו להתייחס במיוחד לחששות כב' השופטת בן־פורת שאותן הביעה בפרשת שלמה אלקלעי ושהניעוה לסרב להתיר הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית במקרה של תביעות נזקיות נפרדות לחברי הקבוצה ולהגדיר סירוב זה כ"הגיוני וצודק". הכוונה היא לעובדה שבעקבות תביעת־ייצוג־קבוצתית כל חברי הקבוצה, ואפילו אלה שלא השתתפו אישית במשפט, יושתקו על־ידי מעשה בית דין אם תפסיד הקבוצה

38 לאחרונה ניכרת נטייה גם בארצות אחרות, כמו אוסטרליה וקנדה שבהן סדרי הדין האזרחי מבוססים על סדר הדין האנגלי, להמליץ על אימוץ המכשיר של תביעת־ייצוג־קבוצתית נוסח ארצות הברית. ראה: Australian Law Reform Commission, "Access to the Courts — II Class Action", Discussion Paper No. 11, June 1979; Australian Law Reform Commission, "Class Actions: A Panacea or Disaster", c. 27/78 August 1978; Law Reform Committee of South Australia, *Class Actions*, 36th Report to the Atty. Gen., 1977. ההתעניינות בקבלת הגישה האמריקנית כלפי תביעות־ייצוג־קבוצתיות הולכת וגוברת גם במדינות אחרות. ראה את הסדרה M. Cappelletti & B. Garth (eds.), *Access to Justice* (Milan, 1978). אנו ערים כמובן לעובדה, ששילוב המכשיר של תביעת־ייצוג־קבוצתית במשפט הישראלי יחייב שינויים בסוגיות שונות של המשפט. על מספר שינויים כאלה הצבענו במאמר הראשון ודנו בהם בהרחבה בדין־יחשבון שהגשנו על נושא זה למועצה הישראלית לצרכנות, "פיתוח שיטת תביעת־ייצוג־קבוצתית כמגן לצרכנים", 1978. בנוסף לכך, השימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות בארץ עלול לעורר את החשש שעורכי דין, בהיזקקותם למכשיר, ישדלו לקוחות בניגוד לסעיף 56 לחוק לשכת עורכי דין, תשכ"א—1961. תחולת העקרונות המסורתית של האתיקה המקצועית בעידן ייצוג אינטרסים קיבוציים וציבוריים על־ידי עורכי דין הוא אחד הנושאים המשפטיים הדינמיים ביותר היום.

nevo.co.il

בתובענה. ואכן, השתקת חברי הקבוצה שלא השתתפו אישית במשפט היא אחד הדברים הבעייתיים ביותר בשימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתית.

בשאלה זו דנו באריכות במאמרנו הראשון[39], והגענו לבסוף למסקנה שעל אף הקושי יש להחיל מעשה בית דין גם על המיוצגים שאינם משתתפים בפועל במשפט. אך יש לזכור, כי בין הסיבות שהביאו אותנו למסקנה זו היתה העובדה שלאור כל מכשירי הפיקוח שבתקנות האמריקניות ובתקנות שעליהן אנו ממליצים מתמעט מאוד הסיכון שהפסד במשפט ייגרם בשל ייצוג לא הולם, או בשל מעשה שחיתות בין הנתבעים לנציגים. מכשירים מעין אלה אינם קיימים בתקנה 29, ולא במקבילתה האנגלית. כמו כן, סיבה נוספת שהביאה אותנו למסקנתנו הסופית היא העובדה, שהן בתקנות האמריקניות והן באלה המומלצות, יש אפשרות לחבר הקבוצה, שאינו רוצה להיות מיוצג במשפט, להסתלק ממנה לפי בקשתו באופן מוחלט — לא ליהנות מפרי ניצחונה ולא להשתתף בכישלונה. בתקנה 29 ובתקנה האנגלית, אין אפשרות מפורשת שכזו. אמנם, תקנה 29 מאפשרת לחבר הקבוצה הרוצה להשתתף אישית לעשות כן, אך אין בה שום התייחסות לאפשרות להסתלק מן הקבוצה ומתוצאות המשפט. אם כן, מסקנתנו אינה מחויבת המציאות לגבי תקנה 29, והשאלה עולה במלוא עוצמתה — האם במסגרת תקנה 29, ובמסגרת מקבילתה האנגלית, יש מקום להחלת מעשה בית דין על המיוצגים? ומכיוון שכל השופטים שנזקקו לתקנה 29 או לתקנה האנגלית הדומה לה הסכימו ללא עוררין, ובצדק, לדעתנו, שהחלת תקנות אלה מחייבת השתקת כל חברי הקבוצה אם תפסיד הקבוצה[40], השאלה האם לפרש את תקנה 29 להתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות במקרים כמו הפרשיות הישראליות, היינו, פרשת הפרוות ופרשת שמואל אלקלעי ועניין *Prudential Assurance* האנגלי היא שאלה כבדה וקשה.

אולם לעניין זה גם פן שני. ראשית כל, חייבים אנחנו לחזור ולציין שמבחינת הבעיה של תחולת מעשה בית דין בעקבות כישלונה של הקבוצה אין שום הבדל ביחס לסעד המבוקש, היינו אותה הבעיה קיימת באותה החומרה כלפי תביעות לצווי מניעה כפי שהיא קיימת כלפי תביעות לפסקי דין הצהרתיים וכלפי תביעות לפיצויים. ולכן אם נכונים להתיר תביעות לצווי מניעה כשהתובענה מבוססת על עילות נפרדות השייכות לחברי הקבוצה לחוד, מבחינת הבעיה של מעשה בית־דין, אין שום טעם לא לאשר גם תביעות כספיות הן בצורת תביעה לפסקי דין הצהרתיים והן במקום שהסעד המבוקש הוא פיצויים. ולכן הברירה היא להתיר את כל אלה, או לא לאשר אף אחת מהן ולהגביל את תקנה 29 לזכויות ביחד, היינו, השימוש המסורתי בתקנה האנגלית הנובעת מדיני יושר. שאלה זאת, כפי שכבר הצבענו לעיל, היא קשה לאור הנוסח הסתמי של תקנה 29. אולם דעתנו היא, שלמרות הכל עדיף לאפשר הגשת כל התביעות האלו על־פני אי־התרתן. כבר עמדנו בהרחבה — במאמרנו הראשון

39 ראה הדיון במאמרנו (לעיל, הערה 1) 425—426, 436—437, 446—447.

40 מבין פסקי הדין שכבר נזכרו ברשימה זאת ראה במיוחד ע"א 180/75 **יגאל לכיב נ' בנק לפיתוח לישראל בע"מ ואח'**, פ"ד ל(3) 223, 229. ראה גם פסק הדין החדש בג"צ 310/80 **דרור הדרום לפיתוח בע"מ נ' עירית תל־אביב־יפו ואח'**, פ"ד לה(1) 253, המעיד על הנטייה הולכת וגוברת לקבל ייצוג ללא הסמכה מפורשת כבסיס להפעלת מעשה בית דין כלפי המיוצג.

nevo.co.il

ובתחילת רשימה זאת — על היתרונות שבהתרת ניהול תביעות־ייצוג־קבוצתיות הן מבחינת הניזוק, שעל־ידי הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית מתאפשר לו לקבל פיצויים, שאלמלא אפשרות זאת לא היה מפוצה, והן מבחינת הציבור הרחב שייהנה מזהירות ומהגינות רבה יותר מצד יצרנים, ספקים ונותני שירותים, שייזהרו שלא לסכן את הציבור ולא להזיק לו מחשש שייתבעו על־ידי תביעות־ייצוג־קבוצתיות. ונוסף לכך, אמנם תקנה 29 איננה מספקת מבחינת כלים מפורשים ומפורטים כדי למנוע שימוש לרעה בתביעות־ייצוג־קבוצתיות בכלל ולהגן על יחידי הקבוצה בפרט, אולם היא איננה נמצאת במצב נחות מוחלט מבחינה זאת. תקנה 29 דורשת רשות מבית המשפט לניהול תביעת־ייצוג־קבוצתית. אפשר בהחלט לשופט, בהתייחסו לבקשת הרשות, להזדקק לשאלות טרומיות כלפי טיב הגדרת הקבוצה, טיב הייצוג וכיו"ב. וכך עשה כב' השופט וינלוט בפרשת *Prudential Assurance*. יתרה מזו, לפי תקנה 29 על בית המשפט להודיע על הגשת התובענה לחברי הקבוצה שאינם יודעים עליה מראש. בהודעה זאת ניתן להזכיר בין היתר את העובדה שיחול מעשה בית דין על חברי הקבוצה. לבסוף, זכותו של חבר הקבוצה לפי תקנה 29(ב) לבקש להצטרף כבעל דין.

אך התקנה איננה מתייחסת במפורש לשלושה דברים חשובים הקשורים להגנה על חברי הקבוצה ואלה הם: (א) פיקוח על ניהול התובענה לאחר התרת הגשתה; (ב) פיקוח על פשרות והפסקות על מנת למנוע קנוניה בין הנציגים ובין הנתבע כדי להרוויח על חשבון חברי הקבוצה האחרים; (ג) רשות לחבר הקבוצה להסתלק ממנה. לגבי הבעיה של פיקוח על ניהול התובענה, נראה לנו שסדר הדין הישראלי גמיש דיו לאפשר פיקוח שכזה אפילו ללא הוראה מפורשת בתקנה 29. העובדה, שהגשת התובענה מחייבת היתר מיוחד מבית המשפט כבר מעידה על כוונת המחוקק כלפי פיקוח מיוחד. ניתן יהיה להתנות את הרשות הניתנת לפי תקנה 29 בתנאים הקשורים לגלגול העניינים אחר כך. אפילו ללא התניה מפורשת ניתן יהיה לבטל את ההיתר אם לאור התפתחויות יתברר שאין זה רצוי שהתובענה תמשיך להתנהל כתביעת־ייצוג־קבוצתית. זאת ועוד, לרשות שיפוטית לפי השיטה שלנו יש סמכות טבועה על מנת להבטיח משפט הוגן[41]. אפשר יהיה לשופט להיעזר בסמכות זאת כדי להשגיח על ניהול המשפט על־ידי הנציגים. כן יש לשופט שיקול דעת לפי ההסדר הישראלי בעניין מתן תוקף פסק דין לפשרות שבו גם ניתן להיעזר כדי להגן על חברי הקבוצות אם מבקשים הנציגים והנתבעים שיינתן תוקף פסק דין לפשרתם[42]. אין ספק, כי בסופו של דבר ההוראות וההסדרים הללו אינם מושלמים. יתרה מזו, אין הוראה מפורשת כל שהיא המאפשרת ליחיד להסתלק מקבוצה תובעת. ייתכן שבכל זאת יפרשו בתי המשפט את תקנה 29, לאור כללי הצדק הטבעי, ויאפשרו הסתלקות שכזו, למרות ניסוח תקנה 29[43], אבל אין זה בטוח.

41 ראה: ע"א 180/71 **לביא נ' קצין התגמולים**, פ"ד כב(2) 501, 506; בג"צ 150/59 **ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בה"ד הרבני האזורי בירושלים**, פ"ד טו 106, 117; ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה(1) 736, 753. ראה גם שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן התקיקה", **הפרקליט** לא (תשל"ז/ח) 42.

42 ראה זוסמן (לעיל, הערה 18) 421—423.

43 ייתכן, שכדי להגשים מטרה זאת יכולים בתי המשפט להיעזר בתקנה 24 (רישא) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

nevo.co.il

לסיכום, ברור לנו שעדיף להתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות בהתאם לסדרת תקנות חדשה המיועדת לפתור את הבעיות האלה וליצור את הכלים ואת המכשירים הדרושים לצמצם עד כמה שאפשר את השימוש לרעה בתביעות כאלה בכלל, ולהגן על יחידי הקבוצה המיוצגים על־פני התרתן לפי תקנה 29 כפי שהיא מנוסחת היום. אולם, כל עוד לא אומצו תקנות חדשות, דעתנו היא, שבכל זאת רצוי להתיר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות לפי תקנה 29 עם כל הבעיות מאשר לא להתירן כלל.

ז. הערה נוספת — קביעת האגרה ופרשת הפרוות[44]

מן הראוי להשלים את תיאור המצב המשפטי הנוכחי לגבי תביעות־ייצוג־קבוצתיות בארץ בכמה מלים על בעיית קביעת האגרה בתביעות אלה. זאת איננה בעיה הקשורה לפרשת *Prudential Assurance* דווקא, אולם היא התעוררה בפרשת הפרוות בארץ וללא התייחסות לבעיה זאת קשה מאוד להבין במה מדובר בפרשה זאת.

לאמיתו של דבר השימוש בתביעת־ייצוג־קבוצתית בפרשת הפרוות, או ליתר דיוק, הניסיון לשימוש זה, היה בלשון המעטה, יוצא דופן. כבר הזכרנו לעיל שהשימוש השכיח בתביעות־ייצוג־קבוצתיות עבור קבוצות מורכבות מאנשים שהם בעלי תביעות נזקיות לחוד הוא בתביעות קטנות. לעומת זאת, משתמע מפסק הדין בפרשת הפרוות שמדובר בתביעות בעלות ערך כספי גדול דווקא. יתרה מזו, כנראה ניסו להיעזר בפרשה זאת בהגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית כדי לפתור את הבעיה של חלוקת כספו של הנתבע בין נושיו, כאשר אין לו לחייב כסף מספיק לפרוע את חובותיו במלואם. עובדה זאת אינה מופיעה בפירוש בפסק הדין, אולם היא משתמעת ממה שכן מופיע וכוונתנו היא להתייחסות בפסק הדין לקביעת אגרת בית המשפט.

בערכאה הראשונה טענו נציגי הקבוצה שכדי לקבוע את אגרת בית המשפט, הנקבעת בדרך כלל כאחוז מסוים של הסכום המבוקש, צריך להתייחס רק לסכום המבוקש על־ידי שני נציגי הקבוצה עבורם הם, ולא להביא בחשבון את הסכום המבוקש בשביל יתר חברי הקבוצה המיוצגים. בית המשפט המחוזי דחה את הטיעון והיתנה את הגשת התובענה כתביעת־ייצוג־קבוצתית בצירופם באופן רשמי של יתר חברי הקבוצה ובתשלום האגרה המלאה המתבססת על סך הכל המבוקש עבור כל חברי הקבוצה. בערעור, כפי שהסברנו לעיל, פסק בית המשפט העליון שהמקרה אינו מתאים כלל להגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית, אולם כב' השופט ח' כהן רמז, בהתייחסו לפסק הדין מבית המשפט קמא, שאם היה המקרה מתאים להגשתו כתביעת־ייצוג־קבוצתית לא יהיה מקום לתנאים הנ"ל. בפסק דינו התייחס גם כב' השופט זילברג לעניין האגרה לאמור:

"המערערים הם רק חלק קטן ממוכרי הפרוות, ישנם עוד כ־40 נושים שרומו כמותם, ואם יצטרכו להצטרף כתובעים נוספים על פי תקנה 19, ייצאו וידם על ראשם, כי אגרת התביעות בלבד תעלה בהרבה על השלל שאפשר עוד להציל

44 ע"א 86/69 79/69 (לעיל, הערה 3).

nevo.co.il

באמצעות התביעה. מן הראוי היה אפוא שלא לנעול דלת בפני המערערים ולאפשר להם להגיש תביעה ייצוגית"[45].

לגופו של עניין, אנו חולקים על הטענה שלגבי תביעות־ייצוג־קבוצתיות לפיצויים ניתן לקבוע את שיעור האגרה בהתחשב רק בשוויין של התביעות האישיות של הנציגים. עקרונית אין שום טעם שלא תשולם האגרה המלאה המבוססת על סך הכל המגיע לכל חברי הקבוצה לעומת צמצומה לתביעות נציגיה גרידא.

מטבעו של העניין, הסעד המבוקש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות כולל את הפיצויים המגיעים לכל חברי הקבוצה התובעת והרי ריכוז תביעות נפרדות בתובענה אחת הוא מטרתו העיקרית של התהליך המיוחד הזה. מאידך גיסא, ההתבססות על השווי המלא של הסכום הכולל שיצטבר מחיבור שוויין של העילות הנפרדות של כל חברי הקבוצה עלולה להרתיע מפני שימוש מוצדק בהליך הקבוצתי, אם יידרש תשלום מראש של מלוא האגרה שתחושב על בסיס זה. זאת ועוד: יש להניח, שבמקרים רבים לא ידעו בוודאות מהו השווי המדויק של הסעדים המבוקשים. קושי כזה בהערכה מראש של השווי אינו מיוחד לתביעות־ייצוג־קבוצתיות דווקא. תקנות בית המשפט (אגרות), תשל"ו—1976, כבר מתייחסות לעניינים כאלה ולכן לא יהיה צורך ליצור הליך חדש ומיוחד לגבי תביעות־ייצוג־קבוצתיות.

(א) **תביעות־ייצוג־קבוצתיות שבהן הסעד המבוקש אינו ניתן לביטוי בכסף.** תקנה 5 של תקנות האגרות מתייחסת לפי הכותרת שלה ל"הליכים שרואים את שוויים כבלתי ניתן לביטוי בכסף", כגון הליך שהסעד המבוקש בו הוא צו מניעה, צו הצהרתי וכיו"ב. לגבי הליכים כאלה נקבע בתקנות האגרות סכום אגרה קבוע וסופי שהוא (החל מ־10.8.81) —.60 שקל.

נראה לנו, שפתרון זה לקביעת האגרה הולם גם תביעות־ייצוג־קבוצתיות שבהן הסעד המבוקש אינו ניתן לביטוי בכסף. מוצע אם כן שבעד תביעות־ייצוג־קבוצתיות מסוג זה תשולם האגרה לפי סכום קבוע וסופי.

(ב) **תביעות־ייצוג־קבוצתיות שבהן הסעד המבוקש ניתן לביטוי בכסף.** תקנות האגרות מכירות בסוג נוסף של תביעות שלעניין קביעת האגרות ותשלומן נקבע בהן הסדר מיוחד. כוונתנו לתקנה 6 שדנה בתביעות לפיצויים בגין נזקי גוף, שהסעד המבוקש בהן הוא אמנם פיצוי כספי, אך גובה הסכום אינו צריך להיקבע מראש. לפי תקנה 6(א) של תקנות האגרות יראו את הסעד המבוקש לנזקים בתביעת פיצויים בשל נזקי גוף כסעד בהליך ששווי הסעד המבוקש בו אינו ניתן לביטוי בכסף במובן של תקנה 5. נקבע לכן, שעל התובע לשלם מראש את הסכום הקבוע, שהוא, כעת, כאמור, —.60 שקל בלבד, אולם לפי המשכה של תקנה 6, אם יחויב הנתבע לשלם פיצויים לתובע "יהיה על התובע לשלם את יתרת האגרה שהיתה מגיעה אילו שווי הסעד היה ניתן לביטוי בכסף לפי סכום הפיצויים שבו נתחייב הנתבע...".

נראה לנו, שההסדר הקיים בתקנות האגרות לתשלום האגרה בתביעות פיצויים

45 שם, בעמ' 650.

nevo.co.il

בגין נזקי גוף מתאים גם לתביעות־ייצוג־קבוצתיות שבהן מבוקש סעד כספי, בין אם הסעד הזה מבוקש בשל נזקי גוף ובין אם בשל סיבה אחרת. אנו מציעים, אפוא, שאם חותר הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות לפיצויים, יוכנס תיקון לתקנות האגרות אשר ישווה את הטיפול בקביעת אגרה ותשלומה בגין תביעות־ייצוג־קבוצתיות לסכומי כסף, להסדר שנקבע בתקנות האגרות לטיפול בקביעת אגרות ותשלומן בתביעות לפיצויים בשל נזקי גוף, והוא שייקבע תשלום קבוע מראש וקביעת אגרה סופית בתוך המשפט לפי הסכום שהנתבע יחויב לשלם לכל חברי הקבוצה.

מן הראוי להוסיף, שהסדר כזה היה משווה למעשה את המצב כלפי תביעות־ייצוג־קבוצתיות לפיצויים לזה שהיה קיים לפי השיטה המפוצלת שמחייבת הלכה *Prudential Assurance*. במקרה האחרון, במשפט הראשון שבו תובעים פיצויים רק עבור העילות האישיות של נציגי הקבוצה ומסתפקים בפסק דין הצהרתי כלפי יתר חבריה, היו משלמים אגרה רגילה, המבוססת על שיעור הפיצויים הנתבעים על־ידי הנציגים אישית ועוד סכום זעיר מאוד עבור פסק הדין ההצהרתי שהוא קבוע מראש ואינו מבוסס על שווי העניין העומד היום על —60 שקל בלבד. אחר כך ישלם כל חבר קבוצה המגיש תביעה אישית אגרה המבוססת על שווי תביעתו.

בניסיונה להיעזר בתביעת־ייצוג־קבוצתית על מנת לחסוך באגרה, פרשת הפרוות היא בהחלט מקרה יוצא דופן. אולם, בזה לא מסתיים הייחוד שבניסיון להיעזר בתביעת־ייצוג־קבוצתית בפרשה זאת. עלינו לשים לב להערתו של כב' השופט זילברג שתשלום האגרה המלאה כאן תהפוך את הגשת התביעות ללא כדאית, כי "אגרת התביעות בלבד תעלה בהרבה על השלל שאפשר עוד להציל באמצעות התביעה". במה מדובר כאן? הרי האגרה היא אחוז מסוים של הסכום המבוקש ושיעורה יכול לעלות על הסכום שיזכו לו התובעים רק בהנחה שהזוכים לא יוכלו לפרוע מן הנתבע את הסכומים המגיעים להם משום שנשאר לו מעט מאוד מן הכסף שהוא לקח מהם. וזאת נראית לנו הסיבה היחידה המתקבלת על הדעת להסביר את המתרחש בפרשה זאת.

אם היה כאן רק נושה אחד הוא היה יכול להתגבר על הבעיה של האגרה ששיעורה עלול לעלות על סכום הכסף שניתן לגבות מן הנתבע על־ידי הפחתת הסכום המבוקש והשוואתו לכספו הנשאר של הנתבע. בזה הוא היה מוותר על יתר הכסף המגיע לו. ברם, גם זה אינו פתרון מושלם, מכיוון שאם הוא טעה כלפי מטה בהערכת כספו של הנתבע הוא היה מפסיד את סכום הטעות. יתרה מזו, אפילו ללא טעות, בוויתורו על העודף בהגשת תביעתו התובע היה מוותר על תקוותו לקבל את מלוא הכסף המגיע לו במקרה שהנתבע היה משתקם מבחינה כספית[46].

אולם, בפרשת הפרוות הבעיה חמורה יותר. מכיוון שיש נושים רבים, מטבע הדברים לא היינו מצפים להגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית כאן אלא להיפך. היינו מצפים שבמצב שכזה כל אחד מן הנושים היה מזדרז להגיש את תביעתו האישית כדי לזכות במעט הכסף הנשאר לנתבע לפני שתופסים אותו הנושים האחרים. העובדה שדבר זה לא קרה מרמזת שכאן הסכימו סוחרי הפרוות ביניהם שבמקום להיאבק על הכסף

46 ראה תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

nevo.co.il

המועט עדיף לחלקו ביניהם באופן מסודר והוגן. ואולי ניתן ללמוד מכך שמדובר בהסתדרות סוחרי הפרוות שארגנה את המערך הזה.

מכאן נשאלת השאלה מה היה אפשר לעשות כדי להשיג את המטרה. הדרך הבולטת לעניין היא לכפות על הנתבע תהליך של פשיטת רגל. לא בחרו בדרך זאת, אולי מכיוון שנראה להם יעיל יותר או נוח יותר להיעזר בפסק דין קבוצתי ובהליכי הוצאה לפועל מאשר בהליכי פשיטת הרגל [47].

מכל מקום בחרו לא להיעזר בהליך של פשיטת רגל, אלא לנסות לנצל את המכשיר של תביעת־ייצוג־קבוצתית כמעין פשיטת רגל, או כפי שאומרים האנגלים, כהליך מדומה של "Marshalling of Assets", לצורך חלוקת נכסיו של הנתבע בין כל נושיו. זהו בהחלט ניסיון יוצא דופן לשימוש במכשיר של תביעת־ייצוג־קבוצתית, שכמותו איננו מכירים בשום פרשה אחרת, אפילו לא בארצות הברית.

ח. סיכום

פסק הדין האנגלי החדש *Prudential Assurance* מעלה את האפשרות, שהדעה הרווחת שהשיטה הישראלית אינה מתירה הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות נוסח ארצות הברית כבר אינה מדויקת. פסק הדין המהפכני הזה מתיר הגשת תביעת־ייצוג־קבוצתית המבוססת על תביעות השייכות לחברי הקבוצה לחוד, כדי להשיג פסק דין הצהרתי בעניין אחריותם של הנתבעים לחברי הקבוצה. כמו כן, כבר התירו באנגליה הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות המבוססות על תובענה השייכת לחברי הקבוצה לחוד כאשר הסעד המבוקש הוא צו מניעה. לנו נראה, שהתרת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות במקרים כאלה מעוררת בעיות לא קלות הן כלפי ההלכה הפסוקה הקודמת והן כלפי הצורך להגן על חברי הקבוצה ולמנוע עד כמה שאפשר את השימוש לרעה בתביעות־ייצוג־קבוצתיות. אנחנו מסופקים אם בית המשפט האנגלי בפרשת *Prudential Assurance* היה ער מספיק לבעיות אלה.

יתרה מזו, אנו שוללים את ההבחנה שנעשתה בפרשת *Prudential Assurance* בין תביעת־ייצוג־קבוצתית להשיג פסק דין הצהרתי כלפי אחריות הנתבע ותו לא, שהיא מותרת, ובין תביעת־ייצוג־קבוצתית שנועדה להשיג גם את הפיצויים המגיעים לחברי הקבוצה, שהיא פסולה. אם מוכנים להתיר את הראשון אין שום טעם לאסור את השני. נהפוך הוא, לשני, יתרונות חשובים על־פני הראשון. מן הראוי גם לציין שבשלב זה *Prudential Assurance* הוא פסק דין אנגלי של מחלקת ה־Chancery בלבד ואין להסיק בהכרח שהוא יתקבל אצלנו. לעומת זאת, ניתן לראותו כמימוש הערות האגב שכבר הושמעו אצלנו בפרשת הפרוות ועובדה היא, שבית המשפט העליון הישראלי קשר קשר הדוק בין ההלכה הישראלית ובין ההלכה האנגלית בנושא זה.

לגופו של עניין, לא ללא לבטים והיסוסים אנו מחייבים את קבלת החיוב שבהלכת *Prudential Assurance*, היינו, התרת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות אפילו אלה

47 ראה: א' פרוקציה, "פשיטת רגל על בקשת החייב", הפרקליט ל (תשל"ה—תשל"ו) 284—287.

nevo.co.il

מבוססות על תובענות השייכות לחברי הקבוצה לחוד. אך זאת, בלי לקבל את הלאו הלא־הגיוני והלא־רצוי שבהלכה זאת, כלומר, הגבלת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות כאלה רק לקבלת פסקי דין הצהרתיים, לעומת השגת פיצויים עבור חברי הקבוצה. אבל, מכל מקום לנו ברור שעדיף לעגן את כל הטיפול בתביעות־ייצוג־קבוצתיות בסדרת תקנות חדשה, שתענה על הבעיות המיוחדות שמכשיר זה מעורר.

nevo.co.il