

על יישומן הראוי של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות בתובענות ייצוגיות

מאת
אלון קלמנט ונעמה הדסי*

תקציר

תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, מבקשות לשנות את אופן ניהול ההליך האזרחי ואת השיקולים העומדים בבסיסו. רשימה זו בוחנת כיצד צפויות תקנות סדר הדין האזרחי החדשות להשפיע על ניהול הדיון בתובענות ייצוגיות וכיצד ראוי לפרש אותן, בשים לב להבדלים שבין הליך התובענה הייצוגית לבין הליכים אזרחיים אחרים. מטרת ההליך המשפטי, הבעיות שהוא מעורר והפתרונות להן הם שונים בתובענה הייצוגית בהשוואה להליכים אחרים. בעקבות זאת מתחייבת התייחסות שונה לסדרי הדין. רשימה זו מדגימה כיצד שיקולים אלה השפיעו על פרשנות בתי המשפט לתקנות סדר הדין האזרחי בעבר, ומסבירה כיצד יש ליישם את השיקולים הללו על פי התקנות החדשות.

מבוא

- א. תובענות ייצוגיות וההליך האזרחי
- ב. תיקונים בתקנות תובענות ייצוגיות
 1. הוראות התחולה
 - (א) ערעורים
 - (ב) דיון בתובענה הייצוגית לאחר שאושרה
2. החרגת תובענות ייצוגיות מהחובה לקיים דיון מקדמי ופגישת מהור"ת
3. אורך כתבי טענות
4. הוראה מיוחדת לעניין בקשות
- ג. חובת תום הלב, האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט ופסיקת הוצאות
 1. החלת חובת תום הלב והאיסור על השימוש לרעה בהליכי משפט בתובענות ייצוגיות
 - (א) החלת החובות על התובע ועל עורכת הדין המייצגים
 - (ב) החלת החובות על הנתבעת ועורך דינה
2. פסיקת הוצאות

* פרופסור למשפטים ותלמידת תואר ראשון בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב, בהתאמה. אנו מודים לעורכי הדין גיל רון והדס הולצשטיין-תמיר על הערותיהם המעולות.

ד. סוגיות דינויות שונות

1. ניסוח בקשת האישור וצירוף חוות דעת לבקשה
 2. תיקון בקשת האישור
 3. גילוי מסמכים ושאלונים בשלב בקשת האישור
 4. התאמת הסדרים החלים על תביעה לשלב הדיון בבקשת האישור
- סיכום

מבוא

ביום 1.1.2021 נכנסו לתוקף תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות), שהחליפו את תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות הקודמות). התקנות החדשות מבקשות לעצב מחדש את אופן ניהול ההליך האזרחי ואת השיקולים העומדים בבסיסו. מדברי ההסבר שפרסם משרד המשפטים עולה שמטרתן העיקרית של התקנות החדשות היא ייעול, קיצור ופישוט ההליך האזרחי, תוך עשיית צדק במסגרת קיומו של הליך ראוי והוגן.¹ בתוך כך צומצם מספר התקנות, והסדרים רבים שנקבעו בתקנות הקודמות שוננו. כמו כן נכללו בתקנות החדשות כמה עקרונות יסודיים, אשר נועדו לחול על כל ההליכים האזרחיים המובאים בפני בית המשפט ולשמש "כלי פרשני ראשון במעלה" בעת יישום סוגיות דינויות שונות.²

רשימה זו מתמקדת בהשפעותיהן של התקנות החדשות על תובענות ייצוגיות. הליך התובענה הייצוגית הוא הליך ייחודי, שאופן הדיון בו נקבע בידי שלושה דברי חקיקה: בראש המדרג הנורמטיבי ניצב חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, אשר מגדיר בין היתר את תכליותיה של התובענה הייצוגית; מתחתיו נמצאות תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, אשר מסדירות סוגיות ספציפיות בניהול ההליך; לבסוף, בתחתית המדרג, נמצאות תקנות סדר הדין האזרחי, אשר חלות בתובענות ייצוגיות בשינויים המחויבים בכל עניין דינוי שאינו מוסדר בהוראה אחרת בחוק או בתקנות תובענות ייצוגיות.³ בפועל ישנם נושאים דינויים רבים בתובענה הייצוגית שפרשנותם נשענת על ההסדרים הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי, כך שלשינויים בהסדרים אלו עשויה להיות השפעה ניכרת על ניהול ההליך הייצוגי ועל השגת מטרתו, נוסף על עקרונות

¹ דברי הסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, 2 <https://www.gov.il/BlobFolder/news/16122020/he/16.12-explanatory.pdf> (להלן: דברי ההסבר).

² שם, בעמ' 5.

³ תק' 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

היסוד, אשר חלים גם על הליכים שנקבעו בעניינם סדרי דין מיוחדים, ובכלל זה התובענה הייצוגית.⁴

אף שהרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי עוררה דיון נרחב בקהילה המשפטית,⁵ השפעתה על הליך התובענה הייצוגית טרם נבחנה. רשימה זו מבקשת לבחון לראשונה כיצד צפויות התקנות החדשות להשפיע על ניהול הליך התובענה הייצוגית וכיצד ראוי לפרשן במסגרת זו, בשים לב למטרות ולמאפיינים הייחודיים של ההליך. בתוך כך נבחנים התיקונים השונים שחלו בתקנות החדשות ובתקנות תובענות ייצוגיות במסגרת הרפורמה, ונדונות שאלות ראשוניות שמתעוררות בעקבות תיקונים אלו, הן מנקודת מבט מעשית והן מנקודת מבט נורמטיבית.

נקודת המוצא של רשימה זו היא שמטרות ההליך המשפטי, הבעיות שהוא מעורר והפתרונות להן, שונים בתובענה הייצוגית בהשוואה להליכים אחרים. מושכלות היסוד בהליך "הרגיל", אשר נוגעות לזכות לתבוע ולהפסיק את התביעה, לבחירת ייצוג בידו עורך דין, לשליטה בהליך ובהחלטות המתקבלות בו, לזכות להתפשר ולסעדים הניתנים בהליך, מיושמות בצורה מובחנת ושונה בתובענה ייצוגית. לפיכך לא רק המקור הנורמטיבי לכללי הדיון בתובענה הייצוגית הוא שונה, אלא גם הרציונלים להליך והשיקולים שמנחים את כללי הדיון הם שונים. גם הבעיות הנובעות מן המבנה המיוחד של הליך התובענה הייצוגית – בעיית הנציג של מייצגי הקבוצה, מחד גיסא, והחשש מפני שימוש לא-ראוי בהליך לצורך הפעלת לחץ על נתבעים, מאידך גיסא – מחייבות התייחסות שונה לסדרי הדין. בתי המשפט הכירו בהבחנות הללו כאשר הם בחנו בעבר סוגיות דיוניות בהליכים ייצוגיים. הטענה ברשימה זו היא שיש לאמץ את ההבחנות הללו גם ביישום התקנות החדשות.

הרשימה בנויה באופן הבא: **פרק א** מציג בקצרה את הליך התובענה הייצוגית, ומסביר כיצד הוא נבדל מן ההליך האזרחי "הרגיל"; **פרק ב** בוחן את התיקונים השונים בתקנות תובענות ייצוגיות, שתוקנו בעקבות הרפורמה; **פרק ג** מתמקד בשני שינויים עקרוניים בתקנות החדשות – החלת עקרון תום הלב והאיסור על שימוש לרעה בהליך השיפוטי, והשינוי במשטר פסיקת הוצאות המשפט, ובוחן כיצד ראוי ליישם בתובענות ייצוגיות; **פרק ד** מציג כמה שינויים נקודתיים בתקנות החדשות, ובוחן כיצד הם צפויים ואמורים להשפיע על הסדרים דיוניים ייחודיים שנקבעו בתובענות ייצוגיות דוגמת גילוי מסמכים ותיקון כתבי טענות. כמו כן נבחנות בפרק זה הוראות נוספות בתקנות החדשות המתייחסות על פי לשונן ל"תביעה" או ל"תובענה", כהגדרתה בתקנה 6 לתקנות החדשות, ודורשות התאמה לשלב הדיון בבקשת האישור, דוגמת ההוראות שעניינן מתן הודעה לצד שלישי.

⁴ תק' 180 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות); דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57.

⁵ ראו למשל בג"ץ 8684/20 לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים (נבו) (27.12.2020).

א. תובענות ייצוגיות וההליך האזרחי

התובענה הייצוגית היא הליך ייחודי בסדר הדין האזרחי. במסגרתו מבקשים התובע ועורכת דינו לנהל הליך בשם קבוצה שלמה של תובעים שלא ייפו את כוחם לכך ושאינם בעלי דין בו. למרות זאת תוצאות ההליך מחייבות את התובע המייצג ואת חברי הקבוצה במידה שווה.⁶ בכך חורגת התובענה הייצוגית מכמה עקרונות יסוד בהליך האזרחי – הן בנוגע לאוטונומיית היחיד ושליטתו בהליכים המשפטיים המתנהלים בעניינו,⁷ הן בנוגע לעקרון השליחות, שלפיו שליחות מוקנית בהרשאה מפורשת מטעם השולח,⁸ והן ביחס לעיקרון שלפיו אדם מחויב במעשה בית דין רק אם היה צד להליך.⁹ באמצעות "הגמשת" העקרונות הללו מאפשרת התובענה הייצוגית ריכוז של תביעות שניהולן הפרטני לרוב אינו כדאי, תוך התגברות על קשיי האיחוד והתיאום הכרוכים בנייהול תביעות רבות-משותפות.

התובענה הייצוגית מאתגרת במידה מסוימת את ההבחנה המסורתית בין פרוצדורה למהות. אף על פי שנהוג לראות בתובענה הייצוגית מכשיר דיוני שאינו מקנה עילות תביעה,¹⁰ היא משפיעה עמוקות על זכויות ועל חובות הצדדים בדין המהותי. ריכוז התביעות מאפשר את הגשתן של תביעות שאחרת לרוב לא היו מוגשות, ובכך מממש את זכויותיהן המהותיות של חברי הקבוצה.¹¹ יתרה מזאת, נדמה כי הסדרתו של

⁶ ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 קובע, כי פסק הדין בתובענה הייצוגית יהווה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה. עם זאת נשמרת לחברי הקבוצה הזכות לצאת ממנה בכפוף לתנאים הקבועים בס' 11 לחוק.

⁷ סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" **משפטים** לד' 21, 27 (2004).

⁸ ס' 1 ו- 3 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 710, 709 (2016).

⁹ שם; נינה זלצמן **מעשה בית-דין בהליך אזרחי** 435-427 (1991).

¹⁰ ראו למשל דנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 417 (2003) ("התובענה הייצוגית לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת גג אחת"); רע"א 7028/00 אי.בי.אי. ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פס" 16 (נבו 14.12.2006); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס" 24 (נבו 29.8.2011); בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס" 3 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 19.7.2021).

¹¹ אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז' 75, 111-114 (2007); איסי רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחדש על קטגוריות ישנות" **פרוצדורות** 45, 82-86 (טליה פישר ויששכר רוזן-צבי עורכים) (2014).

המנגנון בחקיקה ראשית – להבדיל מחקיקת משנה – מחזקת אף היא את המסקנה שלפיה מדובר בהסדר בעל מאפיינים מהותיים.¹² כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, "ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דיוני של ניהול תביעות, אלא כראש וראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים. חלק ניכר מהשינויים שנעשו בחוק המוצע משקפים תפיסה זו".¹³ תפיסה זו באה לידי ביטוי בין השאר בסעיף המטרות, שבו נכללו מטרות ציבוריות דוגמת שיפור ההגנה על זכויות,¹⁴ אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו¹⁵ וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.¹⁶ מטרות אלו מתווספות למטרות משמעותיות נוספות שעניינן קידום אינטרס הפרט – מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים,¹⁷ ומתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין.¹⁸

לצורך הגשמת המטרות האמורות רותם חוק תובענות ייצוגיות את האינטרס הפרטי של התובע המייצג ועורכת דינו במסגרת מודל מעין-יזמי. השניים משקיעים מאמצים באיתור עילות תביעה ולאחר מכן בהגשת בקשות וניהולן, מתוך שאיפה לזכות בשכר טרחה וגמול בסוף ההליך.¹⁹ מאפיין ייחודי זה של התובענה הייצוגית הוא שמאפשר את הגשמת מטרתו המגוונת של המנגנון, אך בה בעת הוא מוליד שתי בעיות עיקריות – בעיית הנציג ובעיית תביעות הסרק, שעליהן נכתב רבות במאמרים קודמים.²⁰ בעיית הנציג נובעת מפערי המידע ומהבדלי האינטרסים המובנים שבין התובע המייצג ועורכת דינו לבין יתר חברי הקבוצה בתובענה הייצוגית, ומעוררת בעיקרה חשש מפני מצב שבו הנציגים יקדמו את עניינם על חשבון חברי הקבוצה ויסיימו לפשרות שאינן

12 קלמנט ושאפירא, לעיל ה"ש 11, בעמ' 112.

13 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257.

14 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

15 שם, בס' 1(2).

16 שם בס' 1(4).

17 שם, בס' 1(1).

18 שם, בס' 1(3); לדיון במטרותיו השונות של חוק תובענות ייצוגיות ובהבחנה בין מטרות "ציבוריות" למטרות נוספות, ראו שי נ' לביא "גלגל המזל: כיצד לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות?" עיוני משפט מ 321, 325-332 (2017); עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכויות מגדלת" משפט ועסקים כד 111, 119-126 (2021).

19 אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 938-939 (2015).

20 ראו למשל אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לר 301, 317-332 (2004); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 390-392 (2004); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 9-16 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות").

משקפות את סיכויי ההליך.²¹ בעיית תביעות הסרק נובעת מכך שהתובענה הייצוגית חושפת את הנתבעת לעלויות, לנזק כלכלי ולפגיעה במוניטין בקנה מידה משמעותי, גם אם סיכוייה נמוכים. כך, תחת ההנחה שהנתבעת היא שונאת סיכון, מתעורר החשש שלפיו היא תיטה להתפשר גם בתביעות שיסודן העובדתי והמשפטי רעוע כדי שלא לשאת בהשלכות של ניהול ההליך.²²

לנוכח הצורך בהגנה על חברי הקבוצה ועל האינטרס הציבורי מפני בעיות אלו, לבית המשפט מסור תפקיד פיקוח משמעותי בחלקיו השונים של ההליך הייצוגי. בשלב המקדמי של בקשת האישור נדרשים התובע המייצג ועורכת דינו לשכנע את בית המשפט כי הבקשה ממלאת אחר תנאי הסף הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, הכוללים בין היתר את הדרישה שישנה אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות המתעוררות בתביעה יוכרעו לטובת חברי הקבוצה ואת הדרישה שהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.²³ גם סיום ההליך על דרך הפשרה, ההסתלקות או החדילה כפוף לאישור בית המשפט, בהתאם למנגנונים המפורטים בחוק.²⁴ זאת ועוד, מנגנון פסיקת הגמול ושכר הטרחה מאפשר אף הוא לבית המשפט לכוון את התנהגותם של התובע המייצג ועורכת דינו, ובכך להרתיע מפני הגשת תביעות סרק או פשרות לא-הולמות.²⁵

יישום החוק בניהול שלביו השונים של הליך אישור התובענה הייצוגית הביא לפסיקה ענפה העוסקת בתפקידו הניהולי של בית המשפט בהליך.²⁶ בכך "הקדים" החוק את התקנות החדשות הבאות: תקנה 3(א), המטילה על בית המשפט את האחריות לניהול ההליך השיפוטי ואת החובה ליזום – אם נדרש – ולהחליט כל החלטה במטרה לקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן; תקנה 2, המגדירה הליך שיפוטי ראוי והוגן בכל הנוגע למערכת השיפוט "המנהלת את ההליך"; תקנה 5, המחייבת את בית המשפט לאזן בין האינטרס של בעלי הדין לבין האינטרס הציבורי.²⁷ לפיכך יישומן של

²¹ שם, בעמ' 10-12.

²² שם, בעמ' 12-16.

²³ ס' 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

²⁴ שם, בס' 9(ב), 16, 18-19; ראו גם קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 20. לדיון בהסתלקויות "מתוגמלות", ראו ע"א 8114/14 מרקיס מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (נבו 5.8.2018).

²⁵ וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 720.

²⁶ ראו למשל ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437, פס' 6 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2007).

²⁷ ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פס' 20 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ביניש (נבו 28.5.2012) ("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

הוראות אלה בתובענה הייצוגית חייב להיות כפוף להוראות חוק תובענות ייצוגיות ולפסיקה שפירשה את סמכויות בית המשפט ואת האופן שבו עליו לערוך את האיוונים הראויים בניהול ההליך.

יתרה מכך, בתי המשפט הדגישו לא אחת שהתובענה הייצוגית היא הליך ייחודי, בבחינת *sui generis*.²⁸ הסדרים דיוניים שונים שמקורם בסדרי הדין "הרגילים", ובהם הודעה לצד שלישי, תיקון כתבי טענות וגילוי מסמכים, יושמו בתובענה הייצוגית בשינויים המחויבים, בהתאם למאפייניה ובכפוף לאיוונים השונים המנחים את ניהולה.²⁹ בתוך כך, ניתן משקל ניכר לאינטרסים הציבוריים העומדים בבסיסה, כמו גם לחשש מפני ניצולה לרעה. פרשנותן של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות במסגרת התובענה הייצוגית כפופה אף היא לאיוונים אלו. לכן, כפי שנדגים לאורך רשימה זו, ישנם הקשרים שונים שבהם ראוי ליישם את הוראות התקנות החדשות "בשינויים המחויבים", בהתאם לאמור בתקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, על מנת לממש כראוי את מטרת ההליך.

כפי שעולה מדברי ההסבר שפרסם משרד המשפטים, אחד הנושאים המרכזיים בתקנות החדשות הוא האיוון בין האינטרס הפרטי של בעלי הדין בהליך במימוש זכויותיהם לבין האינטרס הציבורי שעניינו מימוש זכויותיהם של כלל המשתמשים במערכת המשפט. ברוח זו התקנות מבקשות לאמץ מסגרת חשיבה "מידתית", המדגישה את הצורך בניהול מיטבי של המשאב השיפוטי המוגבל.³⁰ עם זאת, כבואנו לפרש מטרה זו חשוב לזכור כי בתובענה הייצוגית האינטרס הפרטי והאינטרס הציבורי

במטרה לייעל את הדיון ולפשטו... במובן זה קיים דמיון מסוים בין הסמכויות המוקנות לשופט היושב בקדם משפט לבין סמכויותיו של שופט הדין בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, אשר נועדו שתיהן לאפשר לשופט לגלם תפקיד אקטיבי במטרה לסייע לצדדים להגדיר את המחלוקת ביניהם ולהעמידן על מספר מוגבל של שאלות שבהן ניתן לדון במסגרת של הליך משפטי... הסמכויות הרחבות שהוקנו לבית משפט הדין 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 במחלוקת שבין הצדדים. זאת, בשים לב לאינטרס הציבורי שאותו משרת ההליך הייצוגי".

²⁸ ראו למשל רע"א 8562/06 פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ, פס' 7 (נבו 15.4.2007); רע"א 5635/13 קורל-תל בע"מ נ' רו, פס' 32 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס (נבו 1.4.2015) (להלן: עניין קורל-תל); בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר, פס' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 22.11.2012).

²⁹ ראו למשל שם, בפס' 13-20 (תיקון כתבי טענות); עניין קורל-תל, לעיל ה"ש 28, בפס' 50-25 (הודעה לצד שלישי); רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר, פס' 17-15 (נבו 16.4.2018) (הליכי גילוי מסמכים); רע"א 5638/21 גיליני נ' רותם אמפרט נגב בע"מ, פס' 9-10 (אר"ש 4.1.2022) (המצאת התחייבות עצמית בבקשה לסעד זמני).

³⁰ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2-6.

אינם מובחנים, שכן התובענה, שהיא הליך פרטי לכאורה, משרתת מטרת ציבוריות של אכיפת הדין ושל הרתעה מפני הפרתו. נוסף על כך, המטרה של מתן סעד הולם בתובענה הייצוגית חורגת מבעלי הדין, והיא נוגעת לקבוצה רחבה של נפגעים, המיוצגים בהליך אך אינם בעלי דין בו. לפיכך "רוח" התקנות ובפרט הוראת תקנה 5 לתקנות החדשות, אשר מחייבת את בית המשפט לאזן לפי הצורך בין האינטרס של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי, אינה צריכה לשנות את המסגרת הנוהגת בתובענות ייצוגיות. בתובענה ייצוגית האינטרס הציבורי כולל גם – ואולי בעיקר – את האינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת, וממילא כולל גם את העקרונות המפורטים בתקנה 5: נגישות הציבור למערכת בתי המשפט, קיום דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל, חיסכון במשאבי זמן ועלויות ומניעת הכרעות סותרות. לפיכך, בעוד שבהליכים אינדיבידואליים החלת תקנה זו עשויה להוביל בנסיבות מסוימות לצמצום אפשרויות שונות העומדות בפני בעלי הדין,³¹ החלתה בתובענה הייצוגית בצורה לא-זהירה, ללא התחשבות בעקרונות המנחים את ניהולה, עלולה לפגוע במטרות העומדות בבסיסה.

בטרם נדון בתיקונים השונים בתקנות סדר הדין האזרחי ובתקנות תובענות ייצוגיות, נזכיר כי בראש המדרג הנורמטיבי הייחודי לתובענה הייצוגית מצוי חוק תובענות ייצוגיות, מתחתיו תקנות תובענות ייצוגיות ורק לאחריהן תקנות סדר הדין האזרחי. לפיכך גם לאחר כניסתם של התיקונים השונים לתוקף נותרו כל ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות בעינם, שכן בסוגיות אלו לחוק תובענות ייצוגיות עדיפות נורמטיבית. הסדרים אלו כוללים בין היתר את התחומים הבאים: ניהול הליך האישור, ההסתלקות והפשרה;³² קביעת שכר טרחה וגמול;³³ השתתפות של חבר קבוצה, של רשות ציבורית או של ארגון בדיונים;³⁴ התיישנות;³⁵ הודעות שיש לפרסם והוראות הנוגעות להחלטות ולמסמכים שונים שמוגשים.³⁶ כמו כן, הליכי העברה ואיחוד של בקשות אישור או של תובענות ייצוגיות שמתעוררות בהן שאלות משותפות דומות או זהות מוסיפים להתנהל לפי ההסדר הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר את העברתה של בקשת אישור מאוחרת לבית המשפט שאליו הוגשה בקשת האישור הקודמת.³⁷

³¹ כך למשל, בהקשר של תיקון כתיב טענות – ראו דיון להלן בפרק ד.2.

³² ס' 16, 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות.

³³ שם, בס' 22 ו-23.

³⁴ שם, בס' 15.

³⁵ שם, בס' 26.

³⁶ שם, בס' 25.

³⁷ שם, בס' 7. יוער כי ברע"א 6226/20 ביטון נ' ארקיע (נבו) (11.3.2021) קבעה השופטת ברוך, כי הסעיף חל גם כאשר שתי בקשות האישור מתנהלות לפני בתי משפט בעלי סמכות עניינית שונה. קביעה זו היא מוקשית, שכן הוראות הסמכות העניינית בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קודמות בוודאי להוראות המאפשרות את

ב. תיקונים בתקנות תובענות ייצוגיות

תקנות תובענות ייצוגיות כוללות הוראות דינויות הנוגעות לניהול הליך הבקשה לאישור והתובענה הייצוגית. כדי להתאים את ההליך בתובענה הייצוגית לתקנות החדשות הותקן בחודש דצמבר 2020 תיקון מס' 3 לתקנות תובענות ייצוגיות (להלן: תקנות התיקון).³⁸ בפרק זה נציג את התיקונים השונים, ונדון בכמה מהשאלות שמתעוררות בעקבותיהם.

העברת ההליך לפי חוק תובענות ייצוגיות. חשוב לציין שיש לקרוא את הסעיף יחד עם תק' 40 לתקנות החדשות, אשר מסדירה את איחודן של תובענות באותו בית משפט או בבתי משפט של אותה דרגה, ועם ס' 49 לחוק בתי המשפט, אשר קובע הוראות לעניין העברה ואיחוד בין בתי משפט שלום באותו מחוז. בעבר, כאשר הוגשו תביעות בנושא אחד לבתי משפט אחדים בעלי אותן סמכויות, תק' 7 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות הקודמות) הסמיכה את נשיאת בית המשפט העליון או את מי שהיא הסמיכה לשם כך לקבוע למי מבין בתי משפט אלה תהיה סמכות ייחודית לדון בהן. תק' 40 לתקנות החדשות מצמצמת את הסמכות הזו, ומאפשרת לעשות כן רק כאשר התביעות הוגשו במחוזות שונים. ככל הנראה הייתה כוונתו של מחוקק המשוה, כי במקום שבו מוגשות תביעות באותו נושא ובאותו מחוז – לבתי משפט שלום שונים – העברתן תיעשה בידי נשיא בית משפט השלום, לפי סמכותו מכוח ס' 49 לחוק בתי המשפט. ראו יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 234-233 (2021) (להלן: רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי**) (רוזן-צבי מציין כי מאחר שסמכות נשיא בית משפט השלום מוגבלת רק לתביעות "שטרם החל הדיון בהן", המקרה שבו התביעות באותו נושא הוגשו בבתי משפט שלום שונים באותו מחוז ושהחל הדיון בחלקן נותר ללא מענה בתק' 40(ב) לתקנות החדשות, ולכן על הצדדים לפנות בבקשה להעברת מקום הדיון לפי ס' 78 לחוק בתי המשפט). כמו כן, עולה שאלה מה יש לעשות כאשר הוגשו כמה תביעות בבתי משפט שלום, חלקן באותו מחוז וחלקן לא. נראה שהוראת ס' 78 לחוק בתי המשפט מאפשרת העברה בכל המקרים הללו, על פי הוראת נשיאת בית המשפט העליון או מי שהסמיכה לכך (אם כי כאשר החל הדיון בתובענה המועברת העברתה לפי סעיף זה מותנית בהסכמת השופט שהחל לדון בה). סמכותה של נשיאת בית המשפט העליון לאיחוד תביעות היא חשובה בתובענות ייצוגיות בעיקר כאשר הוגשו תביעות רבות והן לא הועברו בידי בתי המשפט השונים לאותו בית משפט. לעניין זה, ראו בש"א 8226/12 **דיפלומט מפיצים נ' בשתאוי** (נבו 30.1.2013); בש"א 599/15 **פירסק נ' קו צינור אילת אשקלון** (נבו 29.4.2015).

תקנות תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 3), התשפ"א-2020, ק"ת 1318.

³⁸

1. הוראות התחולה

אחת השאלות ביישום הרפורמה נוגעת לתחולת התקנות החדשות על הליכים תלויים ועומדים. באשר להליכים "רגילים" התקנות החדשות קובעות הסדר תחולה מדורג, שלפיו חלק מההסדרים החדשים חלים גם על הליכים שנפתחו לפני יום התחילה (1.1.2021).³⁹ בחינה של הוראות התחולה המדורגת מצביעה על כך, שכוונת מחוקק המשנה הייתה להחיל את אותם הסדרים שאינם דורשים תיקון פעולות דינויות שביצוען החל לפני יום התחילה.⁴⁰ לכן, למשל, באף אחת מן ההוראות הללו לא נכללו מרבית ההסדרים המנויים בפרק ג לתקנות חדשות, שעניינו כתבי הטענות בהליך.⁴¹

לעומת זאת, תקנה 7 לתקנות התיקון קובעת הסדר תחולה ייחודי לתובענות ייצוגיות, שלפיו התיקון לתקנות תובענות ייצוגיות יחול על "הליכים שנפתחו ביום התחילה או לאחריו". עוד מבהירה התקנה כי על הליכים שנפתחו לפני יום התחילה יחולו התקנות הקודמות, שהוחלו על פי תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות לפי נוסחן ערב יום התחילה בשינויים המחויבים.

³⁹ תק' 180(ג)1-1(3) לתקנות החדשות. על פי תק' 180(ג)1, על כל הליכים שנפתחו לפני יום התחילה יחולו ההוראות הבאות בתקנות החדשות: הוראות פרק א (עקרונות היסוד); תק' 30 ו-33 (ציון מועד ההגשה האחרון ואי-קבלת מסמך); פרקים ה-ז (איחוד תובענות, סילוק כתבי טענות ותיקון כתבי טענות); תק' 50-55 (הוראות לעניין בקשות); פרקים יא-יב (פרק הדיון ודיון מהיר); פרק טז (ההחלטה השיפוטית); פרקים יח-כ (הוצאות, המצאות והוראות כלליות); כמו כן תחול "כל הוראה אחרת שבית המשפט הורה לבעלי הדין לקיימה". יש לציין שהחלת הוראות ההמצאה מחוץ לישראל עלולה ליצור שינוי משמעותי, אשר עלול לסרב גם הליכים רגילים. הדיון בכך חורג מהמסגרת האפשרית ברשימה זו. כמו כן, על פי תק' 180(ג)2 לתקנות החדשות, על כל הליכים שנפתחו לפני יום התחילה אך טרם הוגש בעניינם כתב הטענות האחרון יחולו ההוראות המנויות בתק' 180(ג)1 והוראות פרק ט לתקנות החדשות (שאלונים, גילוי ועיון במסמכים). על פי תק' 180(ג)3, על הליכים שנפתחו לפני יום התחילה ושקדם-המשפט בעניינם נקבע ליום ה- 1.3.2021 ואילך יחולו ההוראות המנויות בתק' 180(ג)1, והוראות פרקים ח (בקשות ורשימת בקשות), י (קדם המשפט) ו-יג (עדים) לתקנות החדשות.

⁴⁰ ההסדרים שאינם כלולים בהסדר התחולה המדורג הם ההסדרים הקבועים בפרקים הבאים: פרק ב (סמכות מקומית); פרק ג (כתבי הטענות), למעט תק' 30 ו-33 (ציון מועד ההגשה האחרון ואי-קבלת מסמך); פרק ד (דיון מקדמי בין בעלי הדין ופגישת מהו"ת); פרקים יד-טו (מומחים וסעדים זמניים); פרק יז (הערעור) לתקנות החדשות.

⁴¹ פרק זה כולל בין היתר הוראות שונות בנוגע למבנה כתבי הטענות, אופן ניסוחם ומועד הגשתם, את החובה לרכז בכתב התביעה את כל עילות התביעה כלפי הנתבעת ולכלול בו את מלוא הסעד שלו זכאי התובע בשל עילות התביעה, וכן הסדרים נוספים בעניין צירוף בעלי דין, הגשת תביעה שכנגד ומתן הודעה לצד שלישי.

זהו הסדר תחולה שונה מההסדר המורכב שקבוע בתקנות החדשות כאשר להליכים "רגילים". מטרתו הייתה ככל הנראה למנוע סיכוכים הנובעים משילוב הוראות שונות במדרג הנורמטיבי, תוך עירוב בין התקנות הקודמות לתקנות החדשות ושינוי מהות ההליך הייצוגי. לפיכך התקנות החדשות אינן משנות דבר בנוגע לכל ההליכים הייצוגיים שנפתחו לפני יום התחילה, אלא אם בית המשפט מפרש את התקנות הקודמות לאור הוראות התקנות החדשות, כפי שאכן נעשה בנוגע לתקנות בכלל,⁴² ובתובענות ייצוגיות בפרט.⁴³ מאחר שההוראה המפורשת משמיעה את כוונת מחוקק המשנה שלא לשנות הסדרים דיוניים בהליכים שכבר החלו, נראה שגם פרשנות לאור התקנות החדשות צריכה להיות כפופה לכוונה זו. עם זאת לאור הוראת תקנה 180(א), הקובעת שחלק א לתקנות החדשות "חול על כל ענין אזרחי המובא לפני בית המשפט", עקרונות היסוד הקבועים בו חלים גם בהליכי תובענות ייצוגיות שהחלו לפני יום התחילה.⁴⁴ החלתם של עקרונות אלה אינה פוגעת בנייהול ההליכים שכבר החלו או מסרבלת אותם, ולכן אינה פוגעת במטרה שבגינה נקבעה הוראת התחולה המיוחדת לתובענות ייצוגיות. עם זאת החלתם כפופה לבחינה מהותית, הנגזרת ממטרות התובענה הייצוגית ומאפייניה, כפי שמוסבר להלן.

⁴² ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 18-03-14272 בורנשטיין נ' מינהל מגורים ישראל – מ.ש.י. בע"מ, פס' 7 (נבו 16.6.2021) (דיון בבקשות למתן צווים לגילוי מסמכים ומתן מענה לשאלונים).

⁴³ ראו למשל עניין גלילי, לעיל ה"ש 29. עוד ראו החלטות בעניין קיצור כתבי טענות: ת"צ (מחוזי ת"א) 20-12-12783 אמטל מחשבים בע"מ נ' המועצה הישראלית לצרכנות (נבו 24.1.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 20-01-56241 מ.ת.מ. מוטורס בע"מ נ' ברק, פס' 13-19 (נבו 7.2.2021); ת"צ (מחוזי חי') 20-01-58006 וולפנר נ' Boiron, פס' כה-כז (נבו 7.3.2021) (על פי החלטות אלו, אף על פי שעל בקשות לאישור ועל תובענות שהוגשו לפני כניסת התקנות החדשות לתוקף חלות התקנות הקודמות, בית המשפט רשאי להורות על קיצור כתבי הטענות ברוח עקרונות היסוד של התקנות החדשות במקרים המתאימים, ובפרט בתיקים שטרם התקיים בהם דיון ושלא ייגרם כל נזק).

⁴⁴ תק' 7 לתקנות התיקון קובעת, שההפניה לתקנות סדר הדין האזרחי תהיה לתקנות הקודמות בנוגע להליכים שנפתחו לפני יום התחילה. לכן תק' 5 לתקנות החדשות, שקובעת שעקרונות היסוד ישמשו את בית המשפט בהפעילו את שיקול דעתו לפי התקנות או לפי "כל חיקוק אחר המפנה אליהן", אינה יכולה לשמש לבדה בסיס להחלת חלק א על בקשות אישור שהוגשו לפני יום התחילה. שאלה היא אם בית המשפט רשאי להשתמש בסמכות הנתונה לו לפי תק' 180(ג)1) סיפא לתקנות החדשות, שלפיה על הליכים שנפתחו ערב יום התחילה תחול גם "כל תקנה אחרת שבית המשפט הורה לבעלי הדין לקיימה". מבחינה פורמלית, מאחר שהתקנות החדשות אינן חלות על הליכים שנפתחו לפני יום התחילה, גם תקנה זו אינה חלה. נדמה שגם מבחינה מהותית, פרשנות אשר מצמצמת את סמכותו של בית המשפט להחיל תקנה מהתקנות החדשות על הליכים תלויים ועומדים תשרת את מטרת המחוקק בהוראת התחולה הייחודית שקבע, כפי שהוסבר לעיל.

השאלה המרכזית שמתעוררת למקרא תקנה 7 לתקנות התיקון היא מהו "הליך שנפתח" לצורך תקנה זו. לשאלה זו יש חשיבות בכל הנוגע לערעורים שהוגשו לאחר יום התחילה ולתובענות ייצוגיות שאושרו לאחר אותו מועד. האם הוראות התקנות החדשות חלות כאשר בקשת האישור הוגשה לפני יום התחילה, אולם הוגש ערעור לאחריה, ולחלופין כאשר הבקשה התקבלה לאחר אותו יום וההליך העיקרי מתנהל מאותו מועד ואילך?⁴⁵ כפי שנסביר להלן, התשובות על שאלות אלה צריכות להיגזר מן המטרה של מחוקק המשנה שלא לסרב הליכי תובענה ייצוגית שנוהלו על פי התקנות הקודמות, ובה בעת לאפשר להסדרים בתקנות החדשות לחול ככל שהם אינם גוררים סרבול שכזה.

(א) ערעורים

בדברי ההסבר לתקנות החדשות נכתב, כי לצורך הוראות התחולה ערעור הוא הליך בפני עצמו.⁴⁶ הנחיה זו נובעת מהכלל המנחה בהוראות המעבר, שלפיו יש לשאוף לתחולה מקסימלית של הוראות התקנות החדשות על הליכים תלויים ועומדים,⁴⁷ ומהתחולה החלקית של התקנות גם על הליכים שנפתחו לפני יום התחילה, כנזכר לעיל. לעומת זאת בנוגע לתובענות ייצוגיות בחר מחוקק המשנה בגישה הפוכה, שלפיה התקנות אינן חלות על הליכים תלויים ועומדים. לפיכך נשאלת השאלה, אם החלת התקנות החדשות על הליכי ערעור מתיישבת עם מטרה זו.

בית המשפט העליון נדרש לאחרונה לסוגיה זו במסגרת ערעור שהוגש בעניין ג'ול. באותו עניין קבעה רשמת בית המשפט העליון כי התקנות החדשות חלות על הליכי ערעור שנפתחו לאחר יום התחילה, גם בהליכים ייצוגיים.⁴⁸ לעמדתה, קביעה זו

⁴⁵ עשויה לעלות שאלה מה הדין החל כאשר הוגשו שתי בקשות לאישור, האחת מהן לפני יום התחילה והשנייה לאחריה, ושתיהן מאוחדות במסגרת ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות. מצב שכזה הוא ככל הנראה נדיר. נציין כי כאשר טרם החל הדיון בבקשה הראשונה על בית המשפט להכריע איזו תהיה בקשה האישור "המובילה" ומה ייעשה בבקשות האחרות, מכוח ס' 7(ב)(1), ולכן הוא יכול להורות כי הדיון בבקשה שאושרה ייערך בהתאם לתקנות החדשות. כאשר החל הדיון בבקשה הקודמת נראה שעל בית המשפט לנהל את הבקשה על פי התקנות הקודמות, אלא אם הוא מחק את הבקשה הקודמת בהתאם לסמכותו לפי ס' 7(ב)(2).

⁴⁶ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57.

⁴⁷ שם, בעמ' 58.

⁴⁸ ע"א 2548/21 אופיר נ' ג'ול לאבס אנד פרוקטס ישראל בע"מ (נבו) (26.7.2021) (להלן: עניין ג'ול). שאלה אחרת היא מהי המסגרת הדיונית הנכונה לדיון בערעור שהוגש לפני יום התחילה, בעוד שהערעור הנוסף מטעם המשיבה ("ערעור שכנגד", כלשון התקנות הקודמות) הוגש לאחר יום התחילה, בהתאם למסגרת הקבועה בתקנות החדשות. ראו ע"א 9221/20 פרקש נ' מדינת ישראל – רשות המיסים (אר"ש) (19.9.2021) (הרשם

מתבקשת הן משום שהמונח "הליך" כולל בתוכו הליך ערעור, שהוא הליך נפרד ומובחן מן ההליך המתנהל בערכאה הדיונית, והן לנוכח הצורך בקביעת כללים אחידים לכלל הליכי הערעור האזרחיים.⁴⁹ אף שמסקנתה של הרשמת היא נכונה, הנימוקים לכך שונים מאלה שעליהם היא התבססה. הנימוק הלשוני אינו יכול להכריע לבדו בשאלה, העולה עקב משמעותו הלא-ברורה של המונח "הליך"; הנימוק התכליתי בדבר אחידות כללי הערעור אינו משכנע, בשים לב לכך שמחוקק המשנה בחר להחריג הליכים ייצוגיים מהוראת התחולה המדורגת, כמוסבר לעיל.

השאלה הפרשנית צריכה כאמור להיות מוכרעת בהתאם לבחינה אם החלת התקנות החדשות על הליכי ערעור משרתת את מטרת מחוקק המשנה, או שמא היא עלולה לשנות את מהות ההליך הייצוגי. הוראות התקנות החדשות באשר לערעור אינן משנות מהותית את ההסדרים שחלו על פי התקנות הקודמות, למעט הוראות הנוגעות לכתבי הטענות בערעור ולמועדים החלים בו.⁵⁰ זאת ועוד, בניגוד להליך ניהול בקשת האישור בערכאה הדיונית, אשר כפוף להוראות מיוחדות בחוק תובענות ייצוגיות ובתקנות תובענות ייצוגיות, הליך הערעור אינו קובע הוראות מיוחדות לתובענה הייצוגית.⁵¹ לכן החלת התקנות החדשות על הליכי ערעור לא תפגע במטרתו של מחוקק המשנה לשמור את ניהולן של בקשות אישור שהוגשו לפני יום התחילה ללא שינוי. המסקנה מכך היא שאכן ראוי להחיל את התקנות החדשות בהליכי הערעור.

גולדשטיין ציין כי שאלת המועד להגשת הערעור מטעם המשיבה בנסיבות אלו היא שאלה סבוכה בעלת פנים לכאן ולכאן, ולא ראה צורך להכריע בה. עם זאת בנסיבות העניין הוא סיווג את הערעור הנוסף כערעור שכנגד, בהתאם לתקנות הקודמות, "על כל המשתמע מכך".

⁴⁹ עניין גזול, לעיל ה"ש 48. ראו תק' 180(ג) לתקנות החדשות, שקובעת כי "תחילתן של תקנות אלה ביום י"ז בטבת התשפ"א (1 בינואר 2021) (להלן – יום התחילה) והן יחולו על הליך לרבות ערעור, שנפתח ביום התחילה או לאחריו".

⁵⁰ המועד להגשת ערעור ובקשת רשות ערעור לפי תק' 137 לתקנות החדשות הוא 60 ימים מיום המצאת ההחלטה, והמועד להגשת ערעור מטעם המשיבים לערעור העיקרי הוא 60 ימים מיום המצאת הערעור (או מועד מאוחר יותר של הודעה על הפקדת הערובה או המצאת החלטת פטור מהפקדת ערובה). מועדים אלה הם ארוכים יותר מהמועדים שניתנו להגשת ערעור, בקשת רשות ערעור וערעור שכנגד לפי תק' 397-398 ו- 434 לתקנות הקודמות, ולכן יש חשיבות רבה לשאלה מהן התקנות שחלות על הליכי ערעור שעניינם בקשת אישור שהוגשה לפני 1.1.2021.

⁵¹ למעט תק' 11(ד) לתקנות תובענות ייצוגיות, שקובעת כי "בקשת מערער לחזור בו מערעור על החלטת בית המשפט שלא לקבל בקשה לאישור, וכן הסכמת בעלי הדין על קבלת ערעור על החלטת בית משפט לקבל בקשה לאישור, טעונות אישור של בית משפט שלערעור; הוראות תקנה זו יחולו על בקשה או הסכמה כאמור, זולת אם הורה בית המשפט שלערעור אחרת".

חשוב להדגיש ששאלות שעולות בערעור ביחס להסדרים הדיוניים בערכאה הדיונית, צריכות להיפתר בהתאם לתקנות הקודמות. דהיינו – הליך הערעור יתנהל לפי התקנות החדשות, אולם ההכרעות בו יתייחסו לתקנות הקודמות החלות בערכאה הדיונית. בהתאם, אם הדיון לאחר הערעור חוזר לבית המשפט קמא, יש לנהלו לפי התקנות הקודמות, שכן הדיון בבקשה החל לפני יום התחילה.

(ב) דיון בתובענה הייצוגית לאחר שאושרה

מהו דינה של תובענה שאושרה לאחר יום התחילה כאשר בקשת האישור הוגשה לפני אותו יום? תקנה 5(א) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת כי משאישור בית המשפט את התובענה כתובענה ייצוגית, יראו את נוסח התובענה שצורף לבקשה לאישור ככתב תביעה ויראו את המבקש כתובע. לכאורה הליך התובענה מתחיל רק במועד זה, ולכן אם האישור ניתן לאחר יום התחילה, ניתן לראות בתובענה הייצוגית "הליך שנפתח" לאחר מועד זה. עם זאת התובענה הייצוגית אינה מופיעה "יש מאין" בשלב זה. כתב התביעה צורף לבקשה לאישור מכוח סעיף 5(א)(1) לחוק. התנאים לאישור, שאותם בחן בית המשפט לפני שהוא אישר את התובענה הייצוגית, נסמכים על האמור בכתב התביעה. אותו כתב תביעה הוא שמשמש בסיס לנוסח התובענה כפי שתנוהל מאותו שלב.

זאת ועוד, ישנם הסדרים נוספים שחלים כבר בשלב הבקשה לאישור; החלתם במתכונת שונה, לפי התקנות החדשות, עלולה לפגוע בצדדים, שהתנהלו קודם לאישור על סמך התקנות הקודמות. בהקשר זה ראוי להזכיר את ההסדר שנקבע בעניין מתן הודעה לצד שלישי. בעניין קורל-תל קבע בית המשפט העליון כי ניתן להחיל הסדר זה בתובענות ייצוגיות "בשינויים המחויבים".⁵² לנוכח מאפייני הייחודיים של ההליך הייצוגי, נקבע כי הדבר מחייב קבלת רשות מבית המשפט, בהתאם להסדר שנקבע בתקנה 217 בנוגע לתובענות שלא נפתחו במסירת כתב תביעה ושהוגש בהן כתב הגנה.⁵³ עוד נקבע, כי השלב הדיוני המתאים לבקשת רשות כאמור הוא בעת הגשת התשובה לבקשת האישור.⁵⁴ בחינה של ההסדר הקבוע בתקנות החדשות להודעת צד שלישי מצביעה על כמה הבדלים בהשוואה להסדר בתקנות הקודמות. ראשית, עילות ההודעה לצד שלישי בתקנה 22 לתקנות החדשות מנוסחות בצמצום לעומת תקנה 216 לתקנות הקודמות, כך ששאלת השאלה אם הפרשנות שניתנה לשלוש החלופות שנמנו בה בעבר עדיין עומדת בעינה.⁵⁵ שנית, בשונה מהתקנות הקודמות, כעת הצד השלישי

⁵² עניין קורל-תל, לעיל ה"ש 28, בפס' 29 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס.

⁵³ שם, בפס' 39.

⁵⁴ שם, בפס' 42. לפיכך, נקבע כי המועד להגשתה הוא 90 ימים מהיום שהומצאה למשיב, בהתאם לתק' 2(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות.

⁵⁵ תק' 216 לתקנות הקודמות מנתה שלושה מקרים אפשריים: "רשאי נתבע ליתן לכל אדם... הודעה לצד שלישי במקרים האלה: (1) כשהנתבע טוען נגד הצד השלישי שהוא

אינו רשאי להגיש תביעה שכנגד.⁵⁶ שלישית, תקנה 23(א) מחילה על ההודעה לצד שלישי, על כתב ההגנה של הצד השלישי ועל כתב התשובה לכתב ההגנה את ההסדרים שנקבעו בתקנות החדשות לעניין כתב התביעה, כתב ההגנה וכתב התשובה "בשינויים המחויבים".⁵⁷ בעקבות הבדלים אלה ראוי לקבוע שהוראות התקנות הקודמות הנוגעות להודעת צד שלישי, אשר חלו טרם קבלת החלטת האישור, ימשיכו לחול גם לאחריה.⁵⁸

מנגד, ישנם הסדרים רבים שהחלתם על התובענה הייצוגית לא תפריע לניהול ההליך או תביא לסירבולו, גם אם הבקשה הוגשה לפני יום התחילה ונוהלה על פי התקנות הקודמות. למעשה אלו ההסדרים אשר מנויים בהוראת התחולה המיוחדת שבתקנה 180(ג), הקובעת תחולה חלקית של התקנות החדשות על הליכים שנפתחו ערב יום התחילה. אלא שהחלתה של תקנה 180(ג) על תובענות ייצוגיות יוצרת בעיה מבחינה לשונית, שכן התנאי החלטה הוא שההליך נפתח ערב יום התחילה, אולם תנאי זה בדיוק הוא התנאי החללתן של התקנות הקודמות על תובענות ייצוגיות לפי תקנה 7 לתקנות התיקון.

אנו מציעים לתת למונח "הליך שנפתח" פירוש שונה בתקנות התיקון ובתקנות החדשות, באופן שיאפשר את החלתן המוגבלת של התקנות החדשות לפי הוראת תקנה 180(ג).⁵⁹ אף שפרשנות זו נדמית מאולצת מבחינה לשונית, יהיה בה כדי להגשים את מטרתו של מחוקק המשנה בתקנות אלה, ולהביא לניהול יעיל יותר של הליכי תובענות ייצוגיות שנפתחו לפני יום התחילה. לפיכך, אנו סבורים שראוי להחיל על תובענות

זכאי להשתתפות או לשיפוי ממנו בשל כל סעד שיפסק נגדו בתובענה; (2) כשהנתבע טוען נגד הצד השלישי שהוא זכאי כלפיו לסעד הכרוך בנושא התובענה והוא בעיקרו כסעד שמבקש התובע; (3) כששאלה או פלוגתה בין הנתבע לצד השלישי הכרוכה בנושא התובענה היא בעיקרה כזו השנויה במחלוקת בין התובע לנתבע, ומן הראוי שתופתר גם ביניהם לבין הצד השלישי". לעומתה תק' 22 לתקנות החדשות קובעת, כי "נתבע רשאי לתת הודעה לצד שלישי לכל אדם, במקרים בהם הוא זכאי ממנו להשתתפות, לשיפוי או לביצוע פעולה בנוגע לסעד הנתבע ממנו או אם מתקיים קשר עובדתי או משפטי משותף בסוגיה שבינו ובין הצד השלישי, הכרוכה בנושא התובענה". לעמדה שלפיה יש לפרש את תק' 22 לתקנות החדשות בדומה לתק' 216 לתקנות הקודמות, ראו רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 159.

56 תק' 23(ג) לתקנות החדשות.

57 שם, בתק' 23(א).

58 לדיון באופן שבו יש ליישם את הוראות התקנות החדשות בנוגע להודעת צד שלישי, בשלב הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ראו דיון להלן בפרק ד.4.

59 אנו מודים ליותרם רכניץ על כך שהסב את תשומת ליבנו לאפשרות זו.

ייצוגיות שאושרו לאחר יום התחילה ואשר בקשת האישור בעניינן הוגשה לפני אותו יום את התקנות החדשות, בכפוף להוראת תקנה 180(ג).⁶⁰

2. החרגת תובענות ייצוגיות מהחובה לקיים דיון מקדמי ופגישת מהו"ת

פרק ד לתקנות החדשות קובע חובות קיום דיון מקדמי בין בעלי הדין ופגישת מהו"ת (מידע, היכרות ותיאום), תוך הסתייעות במגשרים לאחר מועד הגשת כתיב הטענות ולפני מועד קדם המשפט.⁶¹ ואולם תקנה 5(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת כי פרק זה לא יחול בהליכי אישור ותובענות ייצוגיות.

הוראה זו משמיעה את תפיסת מחוקק המשנה, שלפיה נושא הפשרה בתובענות ייצוגיות הוא שונה מאשר בתביעות רגילות בשל המורכבות הקשורה לייצוג חברי הקבוצה ולאיינטרסים המיוחדים בתביעות אלה.⁶² בעוד שהפשרה בהליך הפרטני כוללת אך ורק את הסכסוך בין בעלי הדין, הפשרה בתובענה הייצוגית מערבת אינטרסים נוספים אשר חורגים ממנו, לרבות האינטרס של הקבוצה המיוצגת שאינה נוכחת בהליך. בהתאם לכך, חוק תובענות ייצוגיות כולל מנגנון ייחודי שנועד לאפשר לבית המשפט לבחון את טיבו של ההסדר, לצד מעורבות של גורמים נוספים ובהם היועץ המשפטי לממשלה ומתנגדים להסדר.⁶³ בשונה מהליכים "רגילים", שבהם די בכך שהצדדים הגיעו להסכמה, הרי בהליכים ייצוגיים מתעורר חשש מפני קיפוח אפשרי של אינטרס של הקבוצה המיוצגת, שנעדרת משולחן המשא ומתן לפשרה. גם השימוש במגשרים המסייעים למשא ומתן צריך להיות כפוף למגבלות הנובעות מהמבנה הייחודי של התובענה הייצוגית. אך לאחרונה קבעה השופטת רונן בעניין **חורב** כי ראוי להקפיד על בחינת הסכמי פשרה גם כאשר הם הושגו באמצעות מגשר, ולבחון אם הם משרתים את טובת הקבוצה.⁶⁴ לכן, בהיתן הפיקוח הייחודי שנדרש

⁶⁰ כאמור לעיל בה"ש 39, השינוי בתקנות החדשות בנוגע להמצאה מחוץ לישראל עלול ליצור קושי באשר להליכים שהחלו לפני יום התחילה. קושי זה אינו מיוחד דווקא לתובענות ייצוגיות, והדיון בו חורג ממסגרת רשימה זו.

⁶¹ יוער כי על פי תק' 37(יא) לתקנות החדשות, חובת קיום פגישות המהו"ת חלה על תובענות המוגשות לבתי המשפט המפורטים בתוספת השנייה לתקנות. נכון לכתיבת שורות אלה מפורטים בתוספת השנייה בתי משפט השלום בלבד. על פי פרסומי משרד המשפטים, התוכנית צפויה להתרחב ולכלול בהמשך גם בתי משפט מחוזיים. ראו משרד המשפטים "הרפורמה בסד"א של שקד: הליך הוגן, קיצור זמנים, התייעלות, שקיפות, מענה בלבתי מיוצגים" 3 (הודעת דוברות 20.9.2018).

⁶² דברי ההסבר לטיטת תקנות תובענות ייצוגיות (תיקון), התשפ"א-2021.

⁶³ ס' 18 לחוק תובענות ייצוגיות; ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 20.

⁶⁴ ת"צ (מחוזי ת"א) 48536-12-17 **חורב נ' פועלים אי.בי.אי.** – ניהול וחימום בע"מ, פס' 12-6 (נבו 19.5.2021).

בהקשרים אלו, דומה כי ההחרגה של תובענות ייצוגיות מההסדרים האמורים, הכופים על הצדדים משא ומתן מוקדם ופנייה לגישור, היא רצויה.

3. אורך כתבי טענות

תקנה 2(ז) לתקנות תובענות ייצוגיות מגבילה את היקפי העמודים בכתבי טענות ובתצהירים המוגשים בהליך הייצוגי. בהתאם לתקנה זו, בקשה לאישור ותשובה לא יעלו על 30 עמודים, והתצהירים המצורפים לא יעלו על 25 עמודים. תשובת המבקש לא תעלה על 5 עמודים, והתצהיר המצורף לה לא יעלה על 3 עמודים. יש לציין שההגבלה על אורך התשובה של המבקש היא משמעותית, והיא עשויה לשנות את שיקוליהם של מבקשים בבקשות אישור, בחלוקה בין טענות שהם מעלים בבקשה, לטענות שהם שומרים לתשובה.⁶⁵ לעומת זאת, יצוין כי בקשת הסתלקות ובקשה לאישור הסדר פשרה אינן מוגבלות בהיקפן.⁶⁶

4. הוראה מיוחדת לעניין הבקשות

בעבר כלל המונח "בקשה" בתקנות סדר הדין האזרחי את כל סוגי הפניות של הצדדים לבית המשפט – בעניינים דיוניים ומהותיים כאחד. כיום כוללות התקנות החדשות הבחנה בין "בקשה" ל"פנייה", כך ש"פנייה" מוגדרת כעוסקת בעניינים טכניים הנוגעים לניהול השוטף של ההליך, לרבות פנייה לשינוי מועדים.⁶⁷ על כן הגדרת המונח "בקשה" היא הגדרה שיווית.⁶⁸

⁶⁵ ככלל, אין לכלול בתגובה לתשובת המשיב לבקשת האישור חומר אשר "על פי טיבו ואופיו" היה אמור להיכלל בבקשת האישור המקורית ללא קבלת היתר מראש מבית המשפט. עם זאת אין מניעה לכלול בתגובה ראיות וטענות המהוות מענה ישיר לטענות הגנה שהועלו בתשובה לבקשה, ללא צורך בקבלת היתר כאמור. בתוך כך נקבע בפסיקה, כי אין חובה לכלול בבקשת האישור מענה מראש לטענות ההגנה, שכן מקומו הטבעי הוא בתגובה לתשובה. ראו רע"א 2224/17 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' פרוידמן**, פס' 7-6 להחלטה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 27.6.2017); רע"א 1235/19 **סופר נ' אורגד ח.ש.ן בע"מ**, פס' 11-12 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 2.4.2020).

⁶⁶ ראו תק' 11(ה) ו-12(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, אשר מחריגות את בקשת ההסתלקות ואת הבקשה לאישור הסדר פשרה מתק' 50(5) לתקנות החדשות, המגבילה את אורכן של בקשות.

⁶⁷ תק' 55 לתקנות החדשות.

⁶⁸ רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 283.

תקנה 49(א) לתקנות החדשות קובעת "עוצר בקשות", כך שלא יוגשו בקשות בין מועד הגשת כתב הטענות האחרון⁶⁹ לבין מועד קדם המשפט, למעט בסוגים מסוימים של בקשות המנויים בתקנה זו.⁷⁰ לעומת זאת, תקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת הוראה מיוחדת באשר להגשת בקשות בהליך האישור, ותוחמת את המועדים שבין מועד הגשת כתב התשובה האחרון לבין אחד משני מועדים – מועד קדם המשפט או 45 ימים לאחר הגשת כתב התשובה האחרון,⁷¹ לפי המאוחר ביניהם. הבקשות המוחרגות מ"עוצר הבקשות" בתקנה 49(א) לתקנות החדשות מוחרגות גם מתקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות, ונוסף להן מוחרגות בקשת הסתלקות לפי סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות ובקשה לעיכוב הליכים בשל הליך פלילי. כמו כן, על פי תקנה 2(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, יתר הוראות תקנה 49(ב)-(ט) לתקנות החדשות מוחלות בשינויים המחויבים.⁷²

הוראה זו נבעה מכך שתקנה 4(א) לתקנות תובענות ייצוגיות אינה מחייבת את בית המשפט לקבוע קדם-משפט, אלא רק מתירה לו לעשות כן, בניגוד להוראה בתקנות החדשות אשר קובעת שישבת קדם-משפט תיקבע לאחר שהוגש כתב הטענות האחרון.⁷³ בהקשר זה יש לציין שהפרקטיקה בתובענות ייצוגיות היא לקבוע קדם-משפט, ולכן ההבדל במועדים יהיה בדרך כלל חסר משמעות. לפיכך, מן הראוי היה לתקן באותה ההזדמנות את תקנות תובענות ייצוגיות ולקבוע הוראה דומה לזו הקבועה בתקנות החדשות, או לבטל את תקנה 4(א) לתקנות תובענות ייצוגיות ולהחיל על הליך בקשת האישור את ההסדר הכללי הקבוע בפרק י לתקנות החדשות.

לאור תקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות, כאשר לא נקבע קדם-משפט וחלפו 45 הימים ממועד הגשת כתב התשובה האחרון, ניתן לכאורה להגיש בקשות גם אם הן אינן מנויות בחריגים ל"עוצר הבקשות" שהוזכר מעלה. במקרה שכזה ההסדר של רשימת בקשות, המותנה בקיומו של קדם-המשפט, ממילא אינו מתקיים.⁷⁴ צריך לשים לב גם לאנומליה שעלולה להיווצר במקרה שכזה כאשר לבקשות המנויות בתקנה 49(א)-(3)-(7) לתקנות החדשות: תקנה 49(ב) קוצבת להן 60 ימים ממועד הגשת כתב

⁶⁹ לפי תק' 6 לתקנות החדשות, מועד הגשת כתב הטענות האחרון הוא המועד שהיה אפשר להגיש בו כתב תשובה או מועד הגשתו, לפי המוקדם.

⁷⁰ תק' 49(1)-(10) לתקנות החדשות.

⁷¹ יוער כי בשונה מההסדר הקבוע בתקנות החדשות, אין בהסדר זה התייחסות לחלופה של "מועד הגשתו", כפי שזכר לעיל.

⁷² הוראה זו נראית מיותרת, לאור הוראת תק' 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, אשר מחילה ממילא את הוראות תקנות סדר הדין האזרחי כאשר אין הוראה מיוחדת לעניין הנדון בתקנות תובענות ייצוגיות. אולם היא נחוצה כדי למנוע ספקות כאשר לתחולת תק' 49(ב)-(ט) לתקנות החדשות, הן בשל הוראת תק' 2(א) לתקנות תובענות ייצוגיות והן משום שמדובר בבקשת האישור ולא בתביעה עצמה.

⁷³ תק' 61 לתקנות החדשות.

⁷⁴ שם, בתק' 49(ג).

הטענות האחרון,⁷⁵ בעוד שבקשות שכלל אינן מנויות בתקנה 49(א) יוכלו להיות מוגשות החל מ- 45 ימים מאותו מועד ואילך ללא הגבלת זמן, בכפוף לכך שלא נקבע מועד לקדם-משפט.

עוד יצוין בהקשר זה, כי עלולה להתעורר בעיה בנוגע לבקשה לאיחוד דיון לפי תקנה 40 לתקנות החדשות. בקשה זו מנויה בתקנה 49(א)(6), כך שלפי תקנה 49(ב) יש להגישה תוך 60 ימים ממועד הגשת כתב התשובה לבקשה לאישור. עם זאת נושא איחוד הדיון בתובענות ייצוגיות שונות הוא ייחודי, והוא מתעורר לעיתים לאורך זמן כאשר מוגשות בקשות אישור שונות בנושאים דומים או זהים. אומנם פרשנות תכליתית תאפשר לכלול בקשה שכזו ברשימת הבקשות גם לאחר פקיעת 60 הימים,⁷⁶ ואולם לפי תקנה 49(ז) לא יהיה אפשר להגישה אם לא נכללה ברשימה. עם זאת מאחר שתקנה 49(ז) מאפשרת לבית המשפט לתת רשות להגיש בקשה שכזו אם הוא שוכנע כי לא היה אפשר לציין את הבקשה ברשימת הבקשות או כי לבעל הדין היה הצדק סביר למחדלו, נראה כי בכך יש פתרון לבעיה זו. זאת ועוד, יש לזכור שתקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות מחילה את הוראות תקנות סדר הדין "בשינויים המחויבים". נראה שבהקשר זה יש להחיל שינויים כאלה כמפורט לעיל.

באשר ליתר ההוראות המצויות בפרק הבקשות, יצוין כי תקנה 50 לתקנות החדשות, המפרטת את אופן הגשת הבקשה והתשובה, מוחרגת מכוח הוראותיה הספציפיות של תקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות, למעט הוראת תקנה 50(6) לתקנות החדשות אשר מאפשרת לבית המשפט להורות כי הבקשה תידון בעל פה. הוראות תקנה 51 לתקנות החדשות וכן הוראת תקנה 52, המחילה את פרק יא שקובע הוראות הנוגעות לדיון, חלות גם הן על בקשה לאישור. כך גם הוראת תקנה 53, הקובעת ברירת מחדל של פסיקת הוצאות בכל בקשה. עם זאת כפי שיוסבר להלן, הוראה זו כפופה להוראות המיוחדות הקבועות בסעיפים 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות לעניין פסיקת גמול ושכר טרחה.⁷⁷

⁷⁵ ראו רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 289. רוזן-צבי סבור, בנוגע למועד 60 הימים שניתנים להגשת בקשות לפי תק' 49(א)(3)-(7) לתקנות החדשות, מכוח תק' 49(ב), שיש לספור אותם מהיום שבו כתב הטענות האחרון הומצא לבעל הדין. כוונתו כנראה למקרה שבו כתב הטענות הוגש לפני המועד האחרון שקבוע לו בדיון. על אף שיש היגיון במניית המועד ממועד ההמצאה, יש לשים לב שעלול להיווצר חוסר התאמה בין מועד זה לבין המועד האחרון להגשת בקשות, שגם הוא קבוע בתק' 49(א) רישא למועד הגשת כתב הטענות האחרון.

⁷⁶ רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 290-291.

⁷⁷ ראו דיון להלן בפרק ג.2.

ג. חובת תום הלב, האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט ופסיקת הוצאות

פרק זה דן בשני שינויים יסודיים בתקנות החדשות, אשר עשויים להשפיע השפעה ניכרת על ההליך הייצוגי. השינוי הראשון נוגע להוראות חלק א לתקנות החדשות, אשר קובע את עקרונות היסוד, ובפרט לעקרון תום הלב ולאיסור על שימוש לרעה בהליך השיפוטי ותוצאותיו. השינוי השני נוגע להוראות הנוגעות לפסיקת הוצאות בבקשות במהלך ההליך ובסופו.

1. החלת חובת תום הלב והאיסור על השימוש לרעה בהליכי משפט בתובענות ייצוגיות

חלק א לתקנות החדשות מונה כמה עקרונות יסוד אשר אמורים להנחות את בתי המשפט בעת ניהול ההליכים האזרחיים. חלק זה מונה חמש תקנות: תקנה 1 קובעת את מטרות התקנות; תקנה 2 מגדירה מהו "הליך שיפוטי ראוי והוגן"; תקנה 3 קובעת עקרונות מנחים לניהול המשפט ואת חובות בעלי הדין, לרבות החובה לנהוג בתום לב ובהגינות דיונית; תקנה 4 קובעת איסור על השימוש לרעה בהליך השיפוטי; תקנה 5 קובעת את עקרון איזון האינטרסים, כפי שהוזכר לעיל.⁷⁸

מבין העקרונות הללו, שני עקרונות שיש להם חשיבות יתרה בתובענה הייצוגית הם חובת תום הלב והאיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט. חובת תום הלב נקלטה זה מכבר בסדר הדין האזרחי, הוכרה בפסקי דין רבים והיא מהווה נורמה דיונית מקובלת. עם זאת היקף החובה, תוכנה וההשלכות לאי-קיומה לא קיבלו מענה אחיד. נוסף על כך, במספר מועט של מקרים קבעו בתי המשפט שהתנהלותו של בעל דין עלתה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט, והם גזרו את האיסור מחובת תום הלב.⁷⁹

התקנות החדשות מבחינות בין שני עקרונות אלה, ומחילות את שתי החובות הללו הן על בעל הדין והן על עורכת דינו: תקנה 3(ב) לתקנות החדשות קובעת חובה על בעלי הדין ובאי כוחם לסייע לבית המשפט בקיום המוטל עליהם לפי התקנות וכן לנהוג בתום לב ובהגינות דיונית "תוך שהם מסייעים במימוש התכלית הדיונית, ובכלל זה העמדת הפלוגות האמיתיות שבמחלוקת בין בעלי הדין, מיקודן, כירורן והכרעה בהן". מבחן התכלית הדיונית הוא מבחן שיש ליישמו בהתייחס להוראה הדיונית הספציפית ולמטרותיה. פעולה שאינה מסייעת במימוש תכלית ההוראה הדיונית עלולה להיחשב לפעולה שלא בתום לב. תקנה 4 לתקנות החדשות קובעת איסור על בעל דין

⁷⁸ פרק א לתקנות החדשות. ראו גם את דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5-6.

⁷⁹ ראו למשל בש"א 6479/06 **בנק דיסקונט נ' שנפ** (נבו 15.1.2007); רע"א 6658/09 **מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ** (נבו 12.1.2010); ע"א 2452/01 **אורן נ' מגדל חברה לביטוח**, פ"ד נח(1) 577 (2003).

או עורכת דינו להשתמש שימוש לרעה בהליכי משפט ובכלל זה 'פעולה בהליך שמטרתה או תוצאתה לשבשו, להשהותו או להטריד בעל דין, לרבות פעולה בלתי מידתית לאופי הדיון, לעלותו או למורכבותו'. הבחנה אפשרית בין החובות קשורה למטרת הפעולה המפירה – אם היא כוונה לשימוש בזכות דיונית אולם הביאה לפגיעה בה, שאז זו תהיה הפרה של חובת תום הלב, או אם היא כוונה למטרה זרה להליך, שאז היא תיחשב לשימוש לרעה בהליכי משפט.⁸⁰

להבחנה בין החובות יש משמעות, בין היתר, בתוצאה של הפרתן. בתקנות החדשות אין סנקציות מפורשות על התנהלות דיונית בחוסר תום לב.⁸¹ לעומת זאת, תקנה 42 לתקנות החדשות מאפשרת לבית המשפט למחוק כתב טענות רק משום שסבר שבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט, ותקנה 151(ג) קובעת סנקציה מפורשת על שימוש לרעה בהליכי משפט בידי בעל דין, של פסיקת הוצאות לטובת הנפגע או לטובת אוצר המדינה, ובנסיבות מיוחדות מאפשרת לחייב אף את עורכת דינו בהוצאות. סנקציות חמורות אלה מחזקות את הצורך בהבחנה בין חובת תום הלב לבין האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט, שאליו צריכים בתי המשפט לפנות רק במקרים המתאימים.

השאלה היא כיצד משפיעים ההסדרים הללו על חובות הצדדים בתובענה הייצוגית ועל באי כוחם. הדיון שלהלן מפריד בין החלת חובת תום הלב והאיסור על שימוש לרעה בהליך על התובע המייצג ועורכת דינו, לבין החלתם על הנתבעת ועורך דינה.

(א) החלת החובות על התובע ועל עורכת הדין המייצגים

את הוראות תקנות סדר הדין האזרחי יש ליישם בתובענות ייצוגיות בכפוף להוראות חוק תובענות ייצוגיות ולעקרונות הייחודיים המנחים את ניהולן. חוק תובענות ייצוגיות מתייחס במפורש לסוגיית תום הלב של התובע ושל עורכת הדין המייצגים, וקובע כי אחד התנאים לאישור תובענה ייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".⁸² לפיכך השאלה היא במה אם בכלל מוסיפות הוראות התקנות החדשות לעניין חובת תום הלב והחובה המקבילה שלא לעשות שימוש לרעה בהליכי משפט.

בעבר הדגישו בתי המשפט שדנו בתנאי זה כי חובת תום הלב המוטלת על התובע המייצג ועל עורכת הדין נבחנת בראש ובראשונה במישור היחסים שבינם לבין יתר חברי הקבוצה, אשר אינם נוכחים ומעורבים בניהול ההליך. בהתאם נדרש בית המשפט לבחון אם קיים ניגוד אינטרסים בין התובע המייצג ועורכת הדין לבין חברי הקבוצה,

⁸⁰ לדיון בהבחנה זו, ראו רע"א 8921/20 SKS Holdings LLC נ' אורן, פס' 27-30 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 13.5.2021).

⁸¹ שם, בפס' 27.

⁸² ס' 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

ובפרט אם ההליך מנוצל לצורך הפקת רווח על חשבונם.⁸³ נוסף על כך, החובה אף פורשה ככזו שמחייבת את התובע המייצג ואת עורכת הדין לנסח את בקשת האישור ביסודיות ובכבוד ראש, כך שהגשת בקשה לא-מעמיקה עשויה להוביל למסקנה כי הם לא ייצגו את הקבוצה בתום לב, ובנסיבות מסוימות להוביל להחלפתם.⁸⁴

לצד זאת קבעו בתי המשפט בהזדמנויות שונות, כי חובת תום הלב המוטלת על התובע המייצג ועל עורכת הדין חלה גם כלפי הצד שמנגד וגם כלפי בית המשפט – הן מכוח החובה הקבועה בסעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות והן כנגזרת של חובת תום הלב הכללית שעוגנה בפסיקה.⁸⁵ בעניין **חרסט** פורשה החובה ככזו שכוללת איסור העלמת מידע מגורמים אלו וכן איסור על שימוש לרעה בהליכי משפט.⁸⁶

במישור היחסים שבין התובע המייצג ועורכת הדין לבין הנתבעת יושמה חובת תום הלב באשר למניעים להגשת בקשת האישור. בעניין **פריניר** הציג בית המשפט העליון כמה דוגמאות לא-ממצות אשר עשויות להצדיק את דחיית בקשת האישור מטעם זה, כמו למשל במקרים שבהם הבקשה הוגשה בניסיון לפגוע במתחרה עסקי או בניסיון "לסחוט" פשרה.⁸⁷ כמו כן, יושמה חובת תום הלב בהזדמנויות שונות גם בנוגע לסוגיית הפנייה המוקדמת לנתבעת טרם הגשת הבקשה.⁸⁸

⁸³ רע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ**, פס' 92 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 4.9.2014).

⁸⁴ עניין **אינסלר**, לעיל ה"ש 28, בפס' 19 לפסק הדין של השופט פוגלמן; רע"א 2444/04 **שופרסל בע"מ נ' כהן**, פס' 9 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 21.12.2008) (להלן: עניין **שופרסל נ' כהן**). למען הנוחות נתייחס לאורך הדיון בפרק זה והלאה ל"תובע" ו"נתבעת", שמבחינה פורמלית מעמדם לפני אישורה של התובענה הייצוגית הוא של "מבקש" ו"משיבה", בהתאמה.

⁸⁵ רע"א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ**, פס' ל לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין ופס' 4 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 6.9.2017) (להלן: עניין **שלמה תחבורה**); ת"צ (מחוזי מר') 11-07-36086 **חרסט נ' ידיעות אחרונות (שותפות רשומה) ואח'**, פס' 22 (נבו 19.9.2012).

⁸⁶ שם; ראו גם עניין **ביטון**, לעיל ה"ש 37, בפס' 12, המתייחס לבקשה להעברת תובענה לפי ס' 79(א) לחוק בתי המשפט שהוגשה בידי חבר קבוצה שביקש "לתפוס פיקוד" על בקשת האישור (לאחר שהגיש בקשת אישור מאוחרת בבית משפט אחר) כאל פעולה בחוסר תום לב.

⁸⁷ עניין **פריניר**, לעיל ה"ש 83, בפס' 95 לפסק הדין של השופט מלצר.

⁸⁸ אף על פי שהמחוקק נמנע מלקבוע חובה כללית בעניין, הכירו בתי המשפט בכך שהיעדר פנייה שכזו עשוי לעלות כדי חוסר תום לב בנסיבות מסוימות (ראו דנ"ם 5519/15 **יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ**, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 17.12.2019)). כך למשל, בעניין **חרסט**, לעיל ה"ש 85, בפס' 29-30, קבע השופט גרוסקופף כי בנסיבות שבהן אינטרס הקבוצה נוגע להתנהלות עתידית של הנתבעת פנייה

במישור היחסים שבין התובע המייצג ועורכת הדין לבין בית המשפט הדגישה הפסיקה את הצורך במניעת כפל דיונים ופסיקות סותרות. בעניין **שלמה תחבורה** נקבע, כי היעדר רישום של הבקשה לאישור בפנקס התובענות הייצוגיות וכן אי-יידוע של בית המשפט בדבר קיומן של תובענות ייצוגיות דומות המתנהלות במקביל עלולים לעלות כדי חוסר תום לב, ואף להעלות ספק בנוגע ליכולתה של עורכת הדין לייצג את הקבוצה באופן הולם.⁸⁹ כך הוא בייחוד כאשר מדובר בבקשות "משוכפלות" שהוגשו בידי אותם גורמים, ובפרט כאשר הן הוגשו לבתי משפט שונים.⁹⁰ עם זאת בתי המשפט לא קבעו כי עצם הגשתן של הבקשות המשוכפלות עולה כדי חוסר תום לב, אלא הם התמקדו במחדל הדיוני הכרוך בכיזורן בין ערכאות שונות ובהסתרת המידע מהמשיבים ומבית המשפט.⁹¹

מוקדמת עשויה להוביל לפתרון הסכסוך בדרכים יעילות, ובכך לשרת את טובת הקבוצה. באותו מקרה נמצא, כי התובעים נמנעו באופן שיטתי מפנייה מוקדמת על מנת למנוע מהנתבעות הפוטנציאליות את ההזדמנות לתקן את דרכיהן בטרם תוגש הבקשה. לפיכך נקבע, כי מדובר בחוסר תום לב כלפי הנתבעת הפוטנציאלית ובהתנהלות שאינה הולמת או רצויה מבחינת הקבוצה באופן שמצדיק את דחיית הבקשה. עם זאת בעניין אחר קבע השופט גרוסקופף, כי במקרים שבהם הבקשה נוגעת להתנהלות הנתבעת בעבר אין בהיעדר פנייה כדי לבסס חוסר תום לב, שכן פנייה מוקדמת בנסיבות אלו אינה מקדמת את ענייני הקבוצה, אלא רק מאפשרת טיפול נקודתי בענייניו של התובע תוך הותרת הרווחים הפסולים בידה של הנתבעת (ראו ת"צ (מחוזי מר') 1577-11-16 **הורובין אבן אוזן ושות' נ' גיטי גטאקסי סרוויס ישראל בע"מ**, פס' 56 (נבו 2019.3.9)).

⁸⁹ עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 85, בפס' מ לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

⁹⁰ שם, בפס' כד. ראו גם את עניין **חרסט**, לעיל ה"ש 85, בפס' 18-23.

⁹¹ בת"צ (מחוזי מר') 24102-05-18 **איל"ה נ' אמות השקעות** (נבו 2019.4.10) נדון מקרה חריג שבו הוגשו עשרות בקשות, ולאחר שהתובעת הסתלקה מחלק ניכר מהן נותרו 19 בקשות שבהן לא הייתה הסכמה של הנתבעת שלא לדרוש הוצאות. מאחר שעורך דינה של התובעת לא ציית להוראות בית המשפט ולא יידע את בית המשפט ואת הנתבעות בדבר קיומן של ההליכים המקבילים, נפסקו נגד התובעת הוצאות בסך 2,500 שקלים חדשים לכל נתבעת וכן הוצאות לטובת המדינה נגד עורך הדין בסך 25,000 שקלים חדשים. מקרה חריג נוסף מהעת האחרונה הוא עניין רזק, שבמסגרתו נדונו 36 בקשות זהות שפורזו ב- 8 בתי משפט שלום שונים. בחלק מן הבקשות לא הוזכרו כלל ההליכים הזהים שמתנהלים במקביל, ובחלק אחר צורפה רשימת הליכים חלקית בלבד. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בחוסר תום לב המצדיק את מחיקת הבקשות על הסף. ראו ת"צ (מחוזי נצ') 45924-11-18 **רזק נ' עיריית כפר סבא**, פס' 28 לפסק הדין של הנשיא אברהם (נבו 2020.8.6) (על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון – ע"א 6016/20 **רזק נ' עיריית כפר סבא**. ערעור זה תלוי ועומד במועד כתיבת שורות אלו).

התקנות החדשות משנות מהדין הקודם בכך שהן קובעות את מבחן התכלית הדיונית לחובת תום הלב ובכך שהן מוסיפות עליה את האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט. שאלה היא אם בתי המשפט ירחיבו את חובת תום הלב שנקבעה בעבר, בעיקר כלפי הנתבעת וכלפי בית המשפט. אחת הסוגיות שעשויות להיבחן במסגרת זו היא הגשתן של תביעות "משוכפלות" נגד נתבעים שונים. בתי המשפט קבעו כאמור כי חובת תום הלב מחייבת את מי שמגיש תביעות שכאלה לרשום אותן בפנקס וליידע את בית המשפט ביחס אליהן,⁹² אולם לא הוטל איסור על הגשתן. החשש בנוגע לתביעות אלה הוא של שימוש אסטרטגי שלהן בהליכי משפט באמצעות ניהולם במקביל של הליכים נגד מספר רב של נתבעים.⁹³ כמו כן, הגשת תביעות "משוכפלות" מאיימת לממש את בעיית הנציג אל מול חברי הקבוצה בתביעות השונות, שכן ההתנהלות בתביעה אחת עשויה לשמש את התובע המייצג ואת עורכת הדין בתביעה אחרת. זאת ועוד, הגשת עשרות רבות של תביעות "משוכפלות" מעוררת חשש שתביעות אלו הוגשו מבלי שישנה נכונות לטפל בהן עד סופן.⁹⁴ על פניו ניהול שכזה אינו עולה בקנה אחד עם חובתם של המייצגים כלפי כל אחת מהקבוצות שבשמן הם הגישו את התביעות, אף מעבר לחובתם כלפי הנתבעת ובית המשפט.

למרות זאת, כפי שהוסבר לעיל, חשוב לזכור את המטרות הציבוריות העומדות בבסיס התובענה הייצוגית, ויש להימנע מפגיעה לא-ראויה בתמריצים להגשתה. כך למשל, אם הבסיס לתביעות המשוכפלות מצוי בהוראות רגולטוריות שהופרו, על בית המשפט לבחון גם את התועלת שבהליכים אלה, לאור מטרות חוק תובענות ייצוגיות הקבועות בסעיף 1. עליו להבחין בין ריבוי התביעות, אשר בו כשלעצמו אין פגם (שכן הוא עשוי להעיד על ריבוי ההפרות בידי נתבעים רבים), לבין התנהלות לא-ראויה של התובעים המייצגים או של עורכת הדין שלהם, אשר מצביעה על הבעיות שפורטו לעיל. הדגש שבתקנה 3(ב) על מבחן התכלית הדיונית מורה, שכאשר התביעות המרובות לא נועדו לשרת את חברי הקבוצה ואת מטרות חוק תובענות ייצוגיות אלא נועדו לצורך השגת הסתלקות מהירה בכל אחת מהן, הגשתן עלולה להיות בגדר חוסר תום לב. עם זאת מאחר שהתביעות מכוונות לתיקון ההפרה שבגינן הן מוגשות, אין לראות בהגשתן משום שימוש לרעה בהליך המשפטי אף אם ההגשה תיחשב להפרה של חובת תום הלב, משום ששימוש לרעה בהליך המשפטי דורש שהמטרה בהגשת בקשת האישור תהיה זרה למטרות התובענה הייצוגית. תנאי זה לא יתקיים בדרך כלל.

⁹² ס' 5(2)(א) ו-6(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁹³ לדיון בהתנהלות אסטרטגית מול נתבעים "מפוזרים", ראו Assaf Hamdani & Alon Klement, *The Class Defense*, 93 CALIF. L. REV. 685, 696-699 (2006).

⁹⁴ ראו את עניין איל"ה, לעיל ה"ש 91, בפס' 15.

(ב) החלת החובות על הנתבעת ועורך דינה

חוק תובענות ייצוגיות אינו מחיל במפורש את חובת תום הלב על הנתבעת ועורך דינה. לפיכך בהקשר הזה לתקנות החדשות עשויות להיות השלכות משמעותיות, בעיקר בנוגע להתנהלות של נתבעים במקרים הבאים: התנהלות שמטרתה להטיל עלויות על תובע מייצג ולהרתיעו מפני הגשה וניהול של תובענה ייצוגית; התנהלות שמטרתה הרתעת חברי קבוצה והנעתם לפרוש מן התובענה הייצוגית; התנהלות שמטרתה "לשחד" את עורך הדין ולהביאו להסכים להסתלקות או לפשרה שפוגעות בחברי הקבוצה, אולם מיטיבות עימו. כל אלה עלולים להיחשב להתנהלות שלא בתום לב, על התוצאות הנובעות מכך. יתרה מכך, במקרים שבהם הנתבעת "יוזמת" את הליך התובענה הייצוגית כדי להגיע לפשרה שתבטיח לה הגנה מפני תביעות עתידיות,⁹⁵ הדבר עלול אף להיות בגדר שימוש לרעה בהליך המשפטי.

בהקשר הזה המאפיינים המיוחדים לתובענה הייצוגית, אשר נובעים ממטרותיה הציבוריות ומהיעדרם של חברי הקבוצה המיוצגת מן ההליך, עשויים לפעול דווקא להגברת חובות תום הלב שהוטלו עד כה, בהסתמך על חובת תום הלב בתקנות החדשות. ההגנה על חברי הקבוצה מפני שימוש בהליך התובענה הייצוגית באופן שאינו מממש את זכויותיהם בצורה ראויה דורשת להטיל מגבלות גם על התנהלותה של הנתבעת. מגבלות אלה צריכות להיות מוטלות באופן שמאפשר לה להגן על זכויותיה, אולם בה בעת מונע ממנה מלנצל לרעה את היעדר הפיקוח של חברי הקבוצה על נציגיהם בהליך.

בתי המשפט מיעטו להחיל במפורש את עקרון תום הלב על הנתבעת ועורך דינה בהליכים ייצוגיים בעידן התקנות הקודמות. ניתן לזהות דוגמה נדירה לכך בפסיקת בתי הדין לעבודה שדנה בתחולת הסייג הקבוע בפרט 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. פרט זה מגביל הגשת תובענות ייצוגיות במקרה של "תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי".⁹⁶ בתי הדין לעבודה קבעו בכמה הזדמנויות כי השימוש בסייג זה בתור הגנה בדיעבד, בניסיון להתחמק מניהול התובענה הייצוגית, עלול לעלות כדי חוסר תום לב המצדיק את אי-יישומו של הסייג: כך למשל במקרים שבהם המעסיק טען לתחולת ההסכם הקיבוצי לאחר שהכחיש את

⁹⁵ בהקשר האמריקני חשש זה נדון בעבר בעיקר בהקשר של עוולות המוניות. ראו למשל John C. Coffee Jr., *Summary – The Corruption of the Class Actions: The New Technology of Collusion*, 80 CORNELL L. REV. 851 (1995).

⁹⁶ פרט 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. לדין בסייג זה, ראו אלון קלמנט ושרון רבין מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369 (2009).

קיומו בתחילת ההליך⁹⁷ או במקרים שבהם הוא טען לתחולתו אף על פי שמעולם לא פעל לפיו.⁹⁸ ואולם נראה כי השימוש המפורש בעקרון תום הלב כבסיס לאי-תחולת הסייג נזנח מאז פסק דינו של בג"ץ בעניין **מפעלי השמירה**, אשר דן בהרחבה בתנאים לתחולתו ושרטט קווים מנחים שונים לבחינת הסוגיה.⁹⁹

בהקשרים אחרים הביעו בתי המשפט חשש מפני התנהלות אסטרטגית העלולה להקשות על התובע המייצג ועורכת דינו, אך מבלי שהשתמשו מפורשות בעקרון תום הלב. כך למשל, בהקשר של הודעה לצד שלישי עמדו בתי המשפט על החשש כי הנתבעות עלולות להשתמש באפשרות זו כצעד אסטרטגי, במטרה להגדיל את עלויות ההליך ולהתיש את התובע המייצג ואת עורכת דינו.¹⁰⁰ עוד צוין, כי במקרים רבים הנתבעת בתובענה הייצוגית היא גוף בעל יכולות כלכליות משמעותיות, וכי ההכבדה הצפויה לתובע ולעורכת הדין עקב השימוש בה עלולה להפעיל עליהם לחץ גדול להתפשר או להסתלק מן ההליך, ואף להרתיע תובעים פוטנציאליים.¹⁰¹ על רקע חשש זה קבע בית המשפט העליון בעניין **קורל-תל** כי הודעה לצד שלישי בהליך הייצוגי כפופה לקבלת רשות מבית המשפט, וכי במסגרת זו עליו לבחון בין השאר אם מדובר בהודעה חסרת בסיס שהוגשה כצעד "אסטרטגי גרידא".¹⁰² במובן זה ייתכן, כי חובת

⁹⁷ ע"ע (ארצי) 454/09 **ב.ג. מוקד אבטחה בע"מ – בן שלמה**, פס' 17 (נבו 29.3.2011) ("אין ספק כי חוסר העקביות של החברה באשר לתחולת ההסכם הקיבוצי לצד העובדה שהחברה לא יישמה את הוראותיו של הסכם זה לאורך השנים רק מעוררים חשד כי הטענה נולדה כדי לחסות בצילו של הסייג הקבוע בחוק ולסכל את אישורה של התובענה הייצוגית. בעניין זה כבר נפסק, כי מעסיק העושה שימוש בחריג שבפריט 10(3) כמעין 'הגנה' או 'חסינות' בדיעבד מפני ניהולה של תובענה ייצוגית יתפס כמי שמתנהל התנהלות חסרת תום לב המצדיקה שלא ליישם את החריג לגביו").

⁹⁸ ע"ע (ארצי) 132/10 **בוסקילה – סער בטחון בע"מ**, פס' 20-23 (נבו 3.9.2012). העתירה שהוגשה לבג"ץ בעקבות פסק הדין נדחתה, לצד הבהרות בנוגע להיקף הסייג הקבוע בפריט 10(3) לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות. ראו בג"ץ 1893/11 **הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין לעבודה** (נבו 30.8.2015).

⁹⁹ באותו עניין קבע בית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ), כי החריג הסטטוטורי לא יחול בנסיבות שבהן הארגון מזניח את חובתו לייצג עובדים שזכויותיהם מופרות, שכן במקרה שכזה ההסדר אינו "מסדיר" את יחסי הצדדים, כלשון ס' 10(3) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו שם, בפס' 76 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. לדין ולביקורת על הנמקה זו, תוך השוואה לאפשרות השימוש בהשתק דיוני ובעקרון תום הלב, ראו אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 530-526 (2017).

¹⁰⁰ עניין **קורל-תל**, לעיל ה"ש 28, בפס' 25 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס.

¹⁰¹ ת"צ (מחוזי מר') 38191-01-15 **סלמור נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 22 (נבו 8.4.2016).

¹⁰² עניין **קורל-תל**, לעיל ה"ש 28, בפס' 35 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס.

תום הלב עשויה לשמש כעת מסגרת נוספת או חלופית עבור בתי המשפט בבואם לשקול שיקולים אלו.

חובת תום הלב עשויה להיות רלוונטית גם למערכת היחסים שבין הנתבעת ועורך דינה לבין חברי הקבוצה הפוטנציאליים, בשלב שקודם לאישור הבקשה. סוגיה זו טרם זכתה לדיון מקיף בפסיקת בתי המשפט בישראל, אך היא מעסיקה את הפסיקה בארצות הברית זה זמן.¹⁰³ נקודת המוצא לדיון שבארצות הברית היא שהנתבעת רשאית ליצור קשר עם חברי הקבוצה הנעדרים בשלב זה, ולעיתים היא אף נדרשת לעשות זאת כחלק ממהלך העסקים הרגיל שלה, ללא קשר להליך המתנהל.¹⁰⁴ בנקודת הזמן הזו חברי הקבוצה מצויים בסטטוס ייחודי, משום שפורמלית הם עדיין אינם מיוצגים בידי התובע ועורכת דינו.¹⁰⁵ יש בכך כדי לאפשר לנתבעת לפנות אליהם ישירות, כמו למשל לצורך איסוף מידע שעשוי לסייע לה בהליך או לצורך יישוב התביעה הפרטנית שלהם.¹⁰⁶ פנייה שכזו עשויה לשרת את האינטרסים של חלק מחברי הקבוצה,¹⁰⁷ אולם היא מעוררת חשש מפני ניצול לרעה. הנתבעת עלולה לנצל את הפנייה לחברי הקבוצה כדי לשכנעם לפרוש מן ההליך או להתפשר באופן שפוגע במטרות התובענה הייצוגית ואולי אף באותם חברי קבוצה שהתפשרו, להעביר להם מידע מטעה או מבלבל בנוגע לתביעה או להטיל ספק בייצוגם הראוי בידי התובע המייצג או עורכת דינו.¹⁰⁸ כאשר

¹⁰³ ראו למשל Gulf Oil Co. v. Kleiner v. First Nat'l Bank, 751 F.2d 1193 (11th Cir. 1985).

Bernard, 452 U.S. 89 (1981) (להלן: עניין Gulf Oil).

¹⁰⁴ כך למשל במקרים שבהם מתנהלת בין הנתבעת לבין חברי הקבוצה מערכת יחסי עבודה או מערכת יחסים עסקית מתמשכת. לדיון באתגרים הייחודיים שמעוררות מערכות יחסים מהסוג הזה, ראו 3 WILLIAM B. RUBENSTEIN, NEWBERG ON CLASS ACTIONS § 9:7 (5th ed. 2011) (להלן: NEWBERG); Andrei Greenawalt, *Limiting Coercive Speech on Class Actions*, 114 YALE L.J. 1953 (2005).

¹⁰⁵ NEWBERG, לעיל ה"ש 104; JOSEPH M. MCLAUGHLIN, MCLAUGHLIN ON CLASS ACTIONS § 11:1 (18th ed. 2021). לדיון ברובד האתי של סוגיה זו, ראו Debra Lyn Bassett, *Pre-Certification Communication Ethics in Class Actions*, 36 GA. L. REV. 353 (2002).

¹⁰⁶ Newberg, לעיל ה"ש 104; Mclaughlin, לעיל ה"ש 105.

¹⁰⁷ Douglas R. Richmond, *Class Actions and Ex Parte Communications: Can We Talk*, 68 MO. L. REV. 813, 849-850 (2003).

¹⁰⁸ בין היתר נקבע בפסיקה בארצות הברית, כי בתי המשפט רשאים לנצל את הסמכויות הנרחבות הנתונות להם בהליך על מנת להגביל סוגים שונים של תקשורת בין הנתבעת לבין יתר חברי הקבוצה הנעדרים במקרים המתאימים ובהתבסס על ממצאים ברורים, כך למשל במקרים של הטעיה או של איומים. דוגמה אפשרית להטעיה של חברי קבוצה היא החתמתם על טופסי ויתור לאחר שהוגשה בקשת האישור, מבלי ליידע אותם באופן ברור על קיומה ועל נפקות הוויתור בהקשר זה. להרחבה, ראו Manual for Complex Litigation

בוחנים סיטואציות מן הסוג המתואר בהקשר הישראלי דרך המסגרת הקבועה בתקנות החדשות, נראה כי החלת עקרון תום הלב תוכל לסייע לדיון בהן ולהוות בסיס ראשוני לדיון נרחב יותר – שטרם התפתח בפסיקה בישראל – באשר לחובות של הנתבעת ועורך דינה כלפי חברי הקבוצה בהליך הייצוגי.

2. פסיקת הוצאות

התקנות החדשות משנות את משטר פסיקת ההוצאות בהשוואה לתקנות הקודמות בשלושה נושאים עיקריים.¹⁰⁹ ראשית, בעוד שבעבר נהגו בתי משפט בתביעות רבות שלא לפסוק הוצאות נגד בעל הדין שהפסיד בתביעה, תקנה 152 לתקנות החדשות קובעת כיום כי ברירת המחדל היא פסיקת הוצאות: *"בתום הדיון יפסוק בית המשפט הוצאות סבירות והוגנות, זולת אם מצא שקיימים טעמים מיוחדים שלא לחייב בהוצאות כאמור"*. שנית, בעוד שבעבר פסקו בתי משפט במקרים רבים הוצאות מבלי לנמקן, תקנה 153(ד) לתקנות החדשות קובעת כי בהחלטתו צריך בית המשפט לפרט את השיקולים שהנחו אותו בקביעת שיעור ההוצאות. על כך מוסיפה תקנה 153(ג), שקובעת כי על בית המשפט להתחשב בשווי הסעד שנפסק וביחס בינו לבין הסכום שנתבע, בדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון, במורכבות ההליך, בהשקעת המשאבים בהכנתו ובניהולו ובסכום ההוצאות שהתבקש.¹¹⁰ שלישית, תקנה 53 לתקנות החדשות קובעת חובה לפסוק הוצאות בתום הדיון בכל בקשה, ללא קשר לתוצאת ההליך העיקרי, אלא אם יש טעמים מיוחדים שלא לחייב בהוצאות כאמור.¹¹¹

כאשר בוחנים את השפעתן של הוראות אלה על תובענות ייצוגיות, חשוב להדגיש שהוראות אלה אינן רלוונטיות לפסיקת שכר טרחה וגמול לטובת עורכת הדין והתובע המייצגים, אשר השיקולים בפסיקתם קבועים בסעיפים 22 ו-23 לחוק. שיקולים אלה נוגעים להכוונה ראויה של הגשתן ושל ניהולן של תובענות ייצוגיות, למימוש המטרות

; 102-101 בעמ' (2004) § 21.12, 247-249 (Fourth); עניין Gulf Oil, לעיל ה"ש 103, בעמ' 102-101; Newberg, לעיל ה"ש 104; Mclaughlin, לעיל ה"ש 105. לסוגיית ההחתמה על טופסי ויתור ללא גילוי מלא, ראו גם את הערתו של השופט קינר בת"צ (מחוזי מר') - 56065-12-18 מאירזדה נ' קרסו מוטורס בע"מ (אר"ש 29.12.2021) (החלטה ב"הודעה ובקשה מבית המשפט").

¹⁰⁹ אלון קלמנט "רפורמה בהוצאות משפט בהליך האזרחי – מתווה לדיון" משפטים על אתר ט 107, 117-121 (2018).

¹¹⁰ בתק' 512(ב) לתקנות הקודמות נקבעו רק השיקול של הפער בין הסעד שנתבע לסעד שנפסק והדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון.

¹¹¹ לעומת זאת, תק' 511 לתקנות הקודמות אפשרה לבית המשפט להטיל הוצאות בתום הדיון בכל הליך בהתאם לשיקול דעתו.

הקבועות בסעיף 1 לחוק ולצמצום בעיות הנציג והתביעות הסחטניות.¹¹² הדברים אמורים גם בפסיקת שכר טרחה וגמול לטובת התובע המייצג ועורכת דינו בשלב אישור התובענה הייצוגית, אף אם בקשת האישור נדחתה.¹¹³

עם זאת, הוראות התקנות החדשות בנוגע להוצאות עשויות להשפיע על פסיקת ההוצאות נגד תובעים מייצגים שבקשתם לאשר את התובענה הייצוגית נדחתה או שהתובענה נדחתה לאחר אישורה. זאת ועוד, התקנה המחייבת פסיקת הוצאות בכל בקשה עלולה ליצור הכבדה יתרה על תובעים מייצגים, בהנחה שתיושם.¹¹⁴ חשוב לזכור שבתובענה ייצוגית פסיקת ההוצאות משמשת גם היא מכשיר נוסף להכוונת הגשתן וניהולן של תובענות ייצוגיות. הרתעתן של תביעות חסרות בסיס, מחד גיסא, עומדת אל מול החשש מפני הטלת מורא על תובעים מייצגים מפני הגשתן של תביעות ראיות, מאידך גיסא. לפיכך על בית המשפט להיזהר מאוד בפסיקת הוצאות לחובת תובעים מייצגים בתביעות ייצוגיות, בעיקר לאור מטרות החוק שעליו לממשן ולאור הדברים שנאמרו לעיל באשר לאינטרס הציבורי בתביעות אלה. ההתחשבות במטרות אלו באה לידי ביטוי בעבר בפסיקת הוצאות מתונות לחובת תובעים מייצגים שבקשתם נדחתה, למעט במקרים שבהם השתכנע בית המשפט כי מדובר בבקשת סרק שהוגשה

¹¹² אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט 131, 168-178 (2007). לדיון בשיקולים אלו, ראו לאחרונה את פסק דינה של השופטת אגמון-גונן בת"צ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 **גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ** (נבו 20.12.2021) (יוער כי השופטת אגמון-גונן דנה בין היתר ביחס שבין תקנה 153(ב) לתקנות החדשות לבין תקנה 512(ג) לתקנות הקודמות בכל הנוגע להכללת רכיב המע"מ בשכר הטרחה, וקבעה כי אין הצדקה להוספת מע"מ לסכום שנפסק, משום שלשיטתה הקבוצה בתובענה הייצוגית היא שנושאת בשכר הטרחה, ותוספת המע"מ תיגרע מהם. ראו שם, בפס' 37-40. עם זאת יצוין כי התקנה החדשה לעניין המע"מ נותרה דומה לתקנה הקודמת, שבה נקבע כי בית המשפט יכלול מע"מ כחלק משכר הטרחה הכולל, למעט אם הזוכה יכול לנכות מס תשומות. ראו גם דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48).

¹¹³ ראו ס' 22(ג) (1) לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לבית המשפט לפסוק גמול למבקש אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית, וס' 23(ג), המאפשר לבית המשפט לפסוק לבא כוח מייצג שכר טרחה חלקי אף בטרם הסתיים הליך הבירור של התובענה הייצוגית.

¹¹⁴ בהקשר זה יצוין כי ברע"א 519/08 **חירי נ' עוואד**, פס' 15 (נבו 9.8.2010), שנדון לפי התקנות הקודמות, קבע השופט מלצר כי ראוי שבית המשפט יחליט בתום דיון בכל הליך, לרבות בקשות ביניים, אם לחייב בעל דין בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט ללא קשר לתוצאות ההליך העיקרי. ואולם מדברי ההסבר לתקנות החדשות משתמע כי גישה זו לא ייושמה, כך שחלק גדול מהבקשות הוכרע ללא פסיקת הוצאות. ראו את דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24. לכן מידת ההכבדה על תובעים מייצגים תלויה בשאלה אם הוראת תק' 53 לתקנות החדשות, המחייבת פסיקת הוצאות בכל בקשה, תיושם בקפדנות ותוביל לשינוי משמעותי בהקשר זה.

בחוסר תום לב.¹¹⁵ לאור האמור לעיל, ראוי להיזהר מפני הפרת איזון זה גם בעידן התקנות החדשות.

נוסף להשפעה על פסיקת הוצאות נגד התובעים המייצגים, הוראות אלו עשויות להשפיע גם על פסיקת הוצאות לחובת מתנגדים להסדרי פשרה, הן בסיום ההליך והן במהלכו. מנגנון ההתנגדות נועד לספק לבית המשפט מידע חיוני בעת בחינת הסדר הפשרה. בכך הוא משמש פתרון להיעדר הדיון האדברסרי בשלב זה, לנוכח האינטרס האחיד של התובע ושל הנתבעת באישור ההסדר והיעדרם של חברי הקבוצה מן ההליך.¹¹⁶ בהתאם לכך בית המשפט רשאי לפסוק גמול ושכר טרחה למתנגדים ובאי כוחם במקרים שבהם הוא קיבל את טענות ההתנגדות, תוך התחשבות במידת התועלת שהביאה ההתנגדות לקבוצה.¹¹⁷ לאחרונה קבעה השופטת ברון בעניין תלרו כי במסגרת זו יש לבחון גם אם ההתנגדות הובילה לעיכוב ולסרבול אישור ההסדר, וציינה כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה מקום לפסוק הוצאות לחובת מתנגדים שהגישו התנגדויות סרק.¹¹⁸ אנו סבורים כי יש לשמור את השימוש בכלי זה למקרים חריגים במיוחד, ולהימנע ככל האפשר מהטלת הוצאות על מתנגדים. ההנחה העומדת בבסיס עמדה זו היא שעל אף חשיבותו ותרומתו של מוסד ההתנגדות להליכים ייצוגיים, בפועל אין למתנגדים תמריצים רבים להגשת התנגדויות, והשימוש באפשרות זו מצומצם ממילא.¹¹⁹ הטלה לא-זהירה של הוצאות על מתנגדים עלולה להוביל לצמצום גדול אף יותר, ובכך לפגוע בהגשת התנגדויות ראויות ובמטרת הפיקוח שלשמה הן נועדו.

¹¹⁵ ראו למשל ע"א 7928/12 אי.אר. אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 32 לפסק הדין של השופט ג'וראן (נבו 22.1.2015) ("מכשיר התובענה הייצוגית הוא מכשיר דיוני בו אמורים להיות מיוצגים האינטרסים של הציבור הרחב. על הגנת אינטרסים אלו אמון בית המשפט. במסגרת השאיפה לשמר ולקדם את השימוש במכשיר התובענה הייצוגית, על בית המשפט לנהוג במתינות כבואו לחייב בהוצאות מבקשים שבקשתם נדחתה... ככל שלא מדובר בתובענת סרק שהוגשה בחוסר תום לב, אני סבור כי יש מקום להימנע מהטלת הוצאות אשר עלולות להרתיע תובעים פוטנציאליים מלנסות להגן על אינטרסים ציבוריים"); ע"א 2729/14 ארומה אספרסו בר נ' נגים, פס' 5 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 24.3.2016) ("אכן, הלכה היא כי על בית המשפט לנהוג במתינות כבואו להטיל הוצאות בגין דחיית בקשות לאישור תובענה ייצוגית... ואולם, כלל זה אינו חל לגבי מקרים בהם מוגשת בקשת סרק בחוסר תום לב. במקרים כאלה חשוב להרתיע בדרך של פסיקת הוצאות ריאליות מפני ניצול לרעה של מוסד התובענה הייצוגית").

¹¹⁶ ראו קלמנט, "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 28-30.

¹¹⁷ ס' 18(ד1) לחוק תובענות ייצוגיות.

¹¹⁸ רע"א 582/20 תלרו נ' שופרסל בע"מ, פס' 9 (נבו 25.7.2021).

¹¹⁹ ערן טאוסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה" הפרקליט נג 393, 448-446 (2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 1196/07 גבאי נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' 62 (נבו 18.10.2020), והאסמכתאות שם.

ד. סוגיות דיוניות שונות

ישנם כמה הסדרים דיוניים שישומו יישום ייחודי בתובענות ייצוגיות, ופרשנותם נסמכה בין היתר על ההוראות שקבעו התקנות הקודמות באשר לתביעות "רגילות". עם שינוין של הוראות אלה בתקנות החדשות עשויים להיות שינויים גם בהתייחסות של בתי המשפט להסדרים בתובענות ייצוגיות. הסדרים אלה, כפי שהיו קבועים עד לקבלת התקנות החדשות, והאופן שבו השינוי בתקנות החדשות עשוי להשליך גם על היישום של ההסדרים הדיוניים בתובענות ייצוגיות, יידונו להלן. כמו כן ייבחנו בפרק זה הסדרים נוספים בתקנות החדשות הנוגעים לתביעה והדורשים התאמה לשלב הדיון בבקשת האישור.

1. ניסוח בקשת האישור וצירוף חוות דעת לבקשה

תקנה 2 לתקנות תובענות ייצוגיות קובעת כי בבקשה לאישור יפרט בעל הדין את טיעונו, כולל אסמכתאות, בנוגע לכל הנושאים המפורטים בתקנה, לרבות עובדות והוראות דין המקימות את עלילת התביעה. במסגרת זו הודגש, כי על התובע להניח בפני בית המשפט תשתית עובדתית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו, ולגבותה במסמכים רלוונטיים.¹²⁰

הסדר זה הוא שונה ומחמיר יותר מאשר בתביעה "רגילה", שבה שלב הבאת הראיות מתקיים רק בתום קדם-המשפט, לאחר מיצוי הליכי הגילוי והעיון.¹²¹ ההבדל בין ההסדרים נובע ממאפייניו הייחודיים של ההליך הייצוגי, לרבות החשש מפני ההשפעה הנרחבת שלו על הגופים הנתבעים, ובפרט הסכנה מפני שימוש לא-ראוי בו.¹²² לכן בשלב המקדמי של בקשת האישור נדרשים התובע ועורכת דינו לשכנע את בית המשפט כי מדובר בתביעה ראויה הממלאת אחר התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, לרבות התנאי שלפיו ישנה אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת הקבוצה.¹²³ במקרים שבהם הדיון בעילת התביעה מעלה שאלה שבמומחיות, הודגש בפסיקה כי על התובע לצרף חוות דעת מתאימה לצורך ביסוס תשתית ראייתית

¹²⁰ ראו למשל ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פס' 3 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 22.9.2014); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות

עמק זבולון בע"מ, פס' 41 לפסק הדין של השופטת ברק-ארזי (נבו 11.4.2013).

¹²¹ עניין אינסלר, לעיל ה"ש 28, בפס' 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

¹²² רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 557, 588 (2000).

¹²³ עניין אינסלר, לעיל ה"ש 28, בפס' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

לכאורית, בעוד שהימנעות מכך עלולה להוביל בקלות למסקנה כי אין כל סיכוי שהבקשה תתקבל ולהביא לדחייתה.¹²⁴

סוגיית הצירוף של חוות דעת מומחה מטעם הצדדים בהליך רגיל הוסדרה בעבר בתקנה 129(א) לתקנות הקודמות, שקבעה כי בעל הדין רשאי להגיש חוות דעת מומחה וכן את המועדים האפשריים לצירופה. הסדר דומה קבוע כיום בתקנה 87(ה) לתקנות החדשות, שקובעת כי חוות הדעת תוגש לא יאוחר מ-90 ימים לפני המועד שנקבע לשמיעת ראיות או במועד אחר שהורה עליו בית המשפט. לכן, הפסיקה שקבעה הוראות מיוחדות לעניין צירוף חוות דעת לבקשת האישור תעמוד בעינה גם תחת התקנות החדשות, לצד הדגשים לעניין ניסוח בקשת האישור.

יש לציין עוד את הוראת תקנה 24 לתקנות החדשות, אשר קובעת כי תובע יאחד בכתב תביעה אחד את כל עילות התביעה כלפי אותו נתבע בשל אותה מסכת עובדתית. שאלה היא אם יש בכך כדי להטיל חובה על תובע בתביעה רגילה לאחד עילות תביעה שונות, כאשר הכרעה באחת מהן אינה מקימה מעשה בית דין בנוגע לאחרת, ולחלופין אם תקנה זו מאמצת את מבחן העסקה לצורך תחולת מעשה בית דין, כך שכל העילות שיש לצרפן לפי התקנה יושתקו מחמת השתק עילה.¹²⁵ בהקשר של תובענות ייצוגיות עולה תדיר הצורך להפריד בין עילות תביעה שונות שנובעות מאותה מסכת עובדתית, כאשר רק חלקן ניתנות לתביעה בתובענה ייצוגית לאור התנאים לאישור – בין אם משום שהן היחידות שנכנסות בגדר התוספת השנייה¹²⁶ ובין אם משום שהן היחידות שמשותפות לכלל חברי הקבוצה¹²⁷ – או שהן היחידות שעומדות בתנאי שלפיו

¹²⁴ ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 43013-08-15 רי"ך נ' **בנק הפועלים**, פס' 149-151 (נבו) 26.5.2019; ת"צ (מחוזי ת"א) 63128-10-18 **פלטר נ' קרן הגשמה בע"מ**, פס' 37 (נבו) 8.4.2019 (שם נקבע כי אין לאפשר דרך פעולה של הגשת בקשה חסרה שאינה נתמכת בחוות דעת מומחה רק מאחר שלתובע אין יכולת כלכלית לממנה, שכן הגשת בקשה חלקית חושפת את חברי הקבוצה לסיכון כי הבקשה שהוגשה בשמם לא תאושר).

¹²⁵ לדיון במבחן למעשה בית דין בתקנות הקודמות והחדשות, ראו רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 109-111, 168-169. על פי הדוקטרינה של השתק עילה, אין להיזקק לתביעה נוספת בין צדדים או חליפיהם אם התביעה נדונה לגופה והוכרעה בידי בית המשפט המוסמך. ראו ע"א 246/66 **קלוזנר נ' שמעוני**, פ"ד כב(2) 561, 584 (1968). השאלה מהי "עילת התביעה" לצורך דוקטרינה זו זכתה לתשובות שונות בפסיקה שדנה בתקנות הקודמות. לדעת רוזן-צבי, נדמה כי הוראת תק' 24 מאמצת את גישת "מבחן העסקה", שלפיה מכלול העובדות המרכיבות מעשה או עסקה אחת או סדרה של מעשים או עסקאות מהוות עילת תביעה אחת.

¹²⁶ ס' 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות ("לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית").

¹²⁷ שם, בס' 8(א)(1).

התובענה הייצוגית תהיה דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת.¹²⁸ לעיתים אף יש פערים בין הסיכויים להוכחתן של עילות שונות, ומאחר שתנאי לאישור התובענה הייצוגית הוא הוכחה של סיכויי תביעה, ייתכן שהתובע המייצג ועורכת דינו לא יכללו עילות אלה בבקשה לאישור או שבית המשפט לא יארשן במסגרת התובענה הייצוגית, אם הן נכללו.¹²⁹ לפיכך, ואף מבלי להיכנס לשאלת מעשה בית דין הנובעת מדיון בתובענה ייצוגית, ברור שהוראת התקנה אינה צריכה לחול בתובענות ייצוגיות.

2. תיקון בקשת האישור

נקודת המוצא היא שהתובע בהליך הייצוגי נדרש להגיש בקשת אישור מפורטת, ולכלול בה את התשתית העובדתית וכן את הראיות התומכות בה. הוספת ראיות וטענות עובדתיות שלא נכללו בה מלכתחילה דורשת להגיש בקשה לתיקון בקשת האישור.¹³⁰ בהיעדר הסדר ייחודי בחוק או בתקנות תובענות ייצוגיות, סוגיית תיקון בקשת האישור נשענת על ההסדר הקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המחויבים.

בעבר קבעה תקנה 92 לתקנות הקודמות, כי בית המשפט רשאי להתיר בכל עת לכל אחד מבעלי הדין לשנות או לתקן את כתבי טענותיו על מנת שיוכל להכריע בשאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין. במסגרת זו נדרש בית המשפט לאזן בין שלושה אינטרסים: האינטרס של מבקש התיקון בכירור הטענה שלא הועלתה מלכתחילה, על רקע החשש מפני חסימת גישתו לערכאות; האינטרס של המשיב לבקשה שלא להרחיב את יריעת המחלוקת באופן העלול לפגוע בזכויותיו הדיוניות; האינטרס של הציבור בניצול יעיל של המשאבים השיפוטיים ובהכרעה במחלוקת.¹³¹ על מנת לאזן בין האינטרסים הללו הותוו בפסיקה כמה שיקולים מנחים: מידת נחיצותו של התיקון לצורך בירור המחלוקת; השיהוי בהעלאת הטענה והעיתוי שבו הוגשה הבקשה; תום ליבו של מבקש התיקון; מידת הפגיעה האפשרית בבעל הדין היריב.¹³² בתוך כך נקבע,

¹²⁸ שם, בס' 8(א)(2).

¹²⁹ בתוך כך עולה השאלה, אם די בהוכחת עילת תביעה אחת על מנת להביא לאישור הבקשה בנוגע לכל עילות התביעה שנטענו בבקשת האישור. בעניין עמוסי קבע המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין, כי מקום שבו נתבקש סעד זהה המבוסס על כמה עילות חלופיות אין הכרח לברר את כולן בשלב הדיון בבקשת האישור, וכי די בקביעה כי ישנה אפשרות סבירה להכרעה לטובת התובעים באחת מהן. עם זאת יצוין כי השופט מלצר הסתייג מקביעה זו, והמשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בחרה להותיר שאלה זו בצריך עיון. ראו רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פס' 17 לפסק הדין של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין, פס' (א) לפסק הדין של השופט מלצר ופס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (גבו 5.7.2012).

¹³⁰ עניין אינסלר, לעיל ה"ש 28, בפס' 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

¹³¹ שם, בפס' 7.

¹³² שם, בפס' 8.

כי בית המשפט ייטה שלא להתיר תיקון שמטרתו היא הוספת עילה חדשה שלא נכללה בכתב התביעה, אשר הראיות להוכחתה הן שונות מן הראיות הדרושות להוכחת העילה המקורית.¹³³ השאלה מהי עילה חדשה נגזרת מפרשנותו של המונח "עילת תביעה", אשר בעבר לא נכלל בתקנות ובכל מקרה פורש באופן שונה בהקשרים שונים, כמו למשל בהקשר של מחיקת כתב תביעה מחמת היעדר עילה, התיישנות והשתק עילה. מכל מקום, על רקע מכלול השיקולים הללו השתרשה בפסיקה גישה מקילה למדי בנוגע לבקשות לתיקון כתבי טענות בהליכים "רגילים", בייחוד בשלבים מוקדמים של ההליך, ובפרט כאשר ניתן לרפא את הפגיעה בבעל הדין היריב באמצעות פסיקת הוצאות.¹³⁴

בהליכים ייצוגיים עמדו בתי המשפט בכמה הזדמנויות על הצורך להימנע ממתן היתר לתיקון בקשות אישור במקרים שבהם התברר כי המבקש לא ערך את הבקשה בצורה יסודית כנדרש. הרקע לכך הוא החשש מפני מתן תמריצים להגשת בקשות בעלות תשנית עובדתית וראייתית רעועה, תוך שימוש באפשרות התיקון לצורך עריכת "מקצה שיפורים".¹³⁵ בפרט נקבע, כי בית המשפט לא יתיר את תיקון בקשת האישור לצורך הוספת ראיות שהיה אפשר לאתר בשקידה ראויה טרם הגשת בקשת האישור.¹³⁶ ואולם בפסק הדין המנחה בעניין אינסלר עמד בית המשפט העליון על הקווים המנחים לפרשנות תקנה 92 בהקשר הייצוגי, וקבע כי מאפייניו של ההליך מחייבים לתת משקל גדול יותר לאינטרס של הציבור בבירור ובהכרעה בתובענות המגלות עילה.¹³⁷ התוצאה היא הרחבת האפשרות לתקן את הבקשה.

במסגרת הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי הוחלפה תקנה 92 לתקנות הקודמות בתקנה 46(א) לתקנות החדשות, אשר קובעת כי בית המשפט רשאי להורות על תיקון כתב טענות "לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, תוך התחשבות, בין השאר, בהתנהלותו של מבקש התיקון, השלב הדיוני שבו מוגשת הבקשה, והמטרה שהתיקון המבוקש צפוי להשיג". נראה כי התקנה מחילה את השיקולים שנקבעו בפרשנות תקנה 92 לתקנות הקודמות, והיא אינה מבקשת לשנות את המסגרת האפשרית לתיקון.¹³⁸ עם

¹³³ ראו למשל רע"א 867/17 פנינת הצומת בע"מ נ' ש' שלמה מכירת רכב (2000) בע"מ, פס' 12 (נבו 22.3.2017); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 475-477 (2015).

¹³⁴ ראו למשל ע"א 721/84 משען נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 748, 755 (1987); רע"א 2345/98 דנגור נ' ליבנה, פ"ד נב(3) 427, 431 (1998); רע"א 1808/16 אמסלם נ' אלון, פס' 14 (נבו 28.3.2016).

¹³⁵ עניין שופרסל נ' כהן, לעיל ה"ש 84; רע"א 1850/19 לרנר נ' די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ, פס' 9 (נבו 7.1.2020), והאסמכתאות שם.

¹³⁶ עניין פופיק, לעיל ה"ש 28, בפס' 8.

¹³⁷ עניין אינסלר, לעיל ה"ש 28, בפס' 13-14 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

¹³⁸ ע"א 5316/20 רמתיים צופים אגודה הודית בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 4.4.2021); רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 270.

זאת משקלם של השיקולים הציבוריים, שנבחנו גם בעבר, עלה לאור הוראות תקנה 5 לתקנות החדשות.

בהקשר של תביעות רגילות, השיקולים בדבר ניצול יעיל ושוויוני של משאבי מערכת המשפט וקיום דיון משפטי יעיל ומהיר עלולים להביא לגישה מצמצמת יותר באשר לאפשרויות לתיקון כתב התביעה, על חשבון האינטרס של התובע.¹³⁹ לעומת זאת – וכפי שהוסבר לעיל – בהקשר הייצוגי, השיקולים הציבוריים, בעיקר אלה הנוגעים לתועלתה הציבורית של התובענה ולייצוג חברי הקבוצה, תמכו דווקא בהרחבת האפשרות לתיקון, כל עוד אין מדובר בתביעת סרק. כפי שצוין בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **אינסלר**, בעוד שבהליך "רגיל" דחיית בקשת התיקון פוגעת בעיקר באינטרס הפרטני של מבקש התיקון, דחייתה במסגרת הליך ייצוגי עלולה לפגוע לא רק בתובע המייצג, אלא גם בקבוצה המיוצגת ובאינטרס הציבורי.¹⁴⁰ החשש מפני פגיעה זו צריך להמשיך להנחות את בתי המשפט בבואם לבחון בקשות מעין אלו, בכפוף לאיזונים ולסייגים שהנחו את בחינתן בעבר. צמצום אפשרות התיקון מתוך הסתכלות צרה על שיקולי המהירות והיעילות המנויים בתקנה 5 עלול לפגום באיזון הנוהג בתובענה הייצוגית, בשים לב לכך שהשיקול הציבורי מוטמע בה ממילא. לפיכך פרשנות רצויה תקבע, כי אין בעיקרון הקבוע בתקנה 5 כדי לגרוע מהאיזון שנקבע בפסיקה בסוגיה זו.

3. גילוי מסמכים ושאלונים בשלב בקשת האיזור

הליכי הגילוי בהליך האזרחי נועדו לאפשר לבעל הדין לקבל מידע רלוונטי מבעל הדין היריב על מנת להגשים תכליות של הגינות ושל יעילות דיונית, כמו גם הגעה לחקר האמת.¹⁴¹ הפסיקה בעידן התקנות הקודמות עמדה על כך, שהעיקרון המנחה ביסוד הליכים אזרחיים "רגילים" הוא שעל ההליך להתנהל ב"קלפים גלויים", תוך הבטחת גילוי מרבי של המידע הרלוונטי למחלוקת.¹⁴² לכן די בכך שמבקש הגילוי יצביע על

¹³⁹ ראו למשל רע"א 3510/21 **נצר נ' קונפינו**, פס' 9 (נבו 25.8.2021) ("בפסיקה שנהגה לאורך השנים בהן חלו תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984... נהגה גישה ליברלית ביחס לבקשות לתיקון כתבי טענות... כאשר על פי רוב היו נעתרים להן ברוחב לב.... לעומת זאת, התקסד"א החדשות משקפות דרישה להקפדה גבוהה יותר מצד הצדדים על עמידה בדרישות סדרי הדין, ונראה כי במסגרתן תהיה ידו של בית המשפט קפוצה יותר כשמדובר בבקשות לתיקון כתבי טענות").

¹⁴⁰ עניין **אינסלר**, לעיל ה"ש 28, בפס' 13.

¹⁴¹ רע"א 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה**, פס' 18 (ב) (נבו 29.3.2016).

¹⁴² רע"א 2534/02 **שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד נו(5) 193, 195 (2002); רע"א 7802/10 **עמירם גרופ יזום והשקעות יזום והשקעות נ' קרל אופנת גברים איכותית בע"מ**, פס' 16-17 (נבו 15.8.2012).

כך שלמסמך המבוקש עשויה להיות רלוונטיות להליך הנדון.¹⁴³ עם זאת ישנם סייגים העשויים להוביל לצמצום היקף הגילוי, דוגמת הכבדה בלתי-סבירה על בעל הדין.¹⁴⁴

ואולם השיקולים המנחים את הליך גילוי המסמכים בשלב המקדמי של בקשת האישור הם שונים מאלו העומדים בבסיס הליך הגילוי "הרגיל", ונגזרים מתכליותיו וממאפייניו הייחודיים של הליך האישור.¹⁴⁵ במסגרת זו עמדו בתי המשפט על כך שיש להידרש לקיומם של פערי כוחות ומידע בין הצדדים ולאינטרסים החברתיים והציבוריים העומדים בבסיס התובענה הייצוגית. עם זאת, הובע החשש שמתן היתר לגילוי מסמכים במסגרת שלב מקדמי זה עלול להוביל להכבדה יתרה על הנתבעת, ולעודד "מסע דיג" שמטרתו להשלים את התשתית העובדתית החסרה בבקשת האישור.¹⁴⁶ לפיכך נקבע כי תינתן לתובע בשלב זה זכות גילוי במסמכיה של הנתבעת, אם כי זכות שהיא מוגבלת ומצומצמת בהיקפה בהשוואה להליכים "רגילים".¹⁴⁷

תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות משקפת איזונים אלו, ומתירה לבית המשפט להעניק צו לגילוי מסמכים בשלב זה בתנאי שהמסמכים המבוקשים נוגעים לשאלות הרלוונטיות לאישור התובענה כייצוגית. כמו כן, במקרים שבהם התובע הוא שמבקש את הצו, עליו להעמיד "תשתית ראייתית ראשונית" באשר לקיומם של תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית, המעוגנים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. הנטל בדבר "תשתית ראייתית ראשונית" גבוה מהדרישה להוכיח שאין מדובר בבקשת סרק, אך הוא נמוך יותר מהנטל הנדרש לצורך אישור התובענה כייצוגית, על מנת שלא להפוך את הדיון בבקשת הגילוי לדיון בבקשת האישור לגופה.¹⁴⁸ תנאים אלו מצטרפים למגבלות ולתנאים החלים על גילוי מסמכים בהליכים "רגילים".¹⁴⁹

באשר להיקף הגילוי, בתי המשפט קבעו כי הוא ייגזר ממורכבות הסוגיות המתעוררות בבקשת האישור. אף על פי שזכות הגילוי של המבקש נחשבת למצומצמת יותר יחסית לזכות הנתונה לבעלי דין בהליכים רגילים, ייתכנו מצבים שבהם בית

¹⁴³ ע"א 40/49 כיאט נ' כיאט, פ"ד ג 159, 162 (1950); רע"א 9322/07 Gerber Products Company נ' חברת רנדי בע"מ, פס' 7 (נבו 15.10.2008).

¹⁴⁴ שם, בפס' 8.

¹⁴⁵ יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 139-140 (2021).

¹⁴⁶ עניין פרטנר, לעיל ה"ש 29, בפס' 16; רע"א 6646/19 ר.פ.י חקלאות בע"מ נ' MAN Truck & Bus AG, פס' 14 (נבו 12.10.2021).

¹⁴⁷ רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513, פס' 9 (2003).

¹⁴⁸ עניין פרטנר, לעיל ה"ש 29, בפס' 20.

¹⁴⁹ רע"א 1361/18 אסם השקעות בע"מ נ' סרוקר, פס' 7 (נבו 26.6.2018) (במסגרת זו נדרש מבקש הצו להראות כי הדבר יסייע בפישוט ובייעול ההליך, כי המידע או המסמכים הרלוונטיים מצויים בידי או בשליטתו של בעל הדין שכלפיו מופנה הצו וכי הדבר לא יטיל עליו עול בלתי סביר).

המשפט יורה על גילוי מסמכים בהיקף משמעותי, כמו למשל במקרים שבהם מדובר בעילת תביעה קשה ומורכבת.¹⁵⁰ בתוך כך יוער, כי תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות אינה מבחינה בין צו לגילוי מסמך ספציפי ("גילוי מסמך פלוני") לבין צו לגילוי מסמכים כללי, הנוגע לכל מסמך רלוונטי המצוי ברשותו או בשליטתו של בעל הדין.¹⁵¹ עם זאת נקבע כי בית המשפט יורה על מתן צו לגילוי מסמכים כללי בשלב בקשת האישור במקרים חריגים בלבד, על רקע החששות האמורים מפני שימוש לרעה בהליכי הגילוי ובשים לב לכך שרמת ההוכחה הנדרשת בשלב זה היא לכאורית בלבד.¹⁵²

לעומת הליכי הגילוי והעיון במסמכים, סוגיית המענה על שאלונים לא זכתה להסדרה ספציפית בתקנות תובענות ייצוגיות. בהתאם לתקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות החיל בית המשפט העליון בהודמנויות שונות את התקנה הרלוונטית מתקנות סדר הדין האזרחי "בשינויים המחויבים"; הוא קבע כי גם בהקשר זה יש להחיל את הדרישות המעוגנות בתקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, מן הטעם שאין סיבה להבחין בין גילוי מסמכים למענה על שאלון בכל הנוגע לביסוס נטל ראיתי ראשוני.¹⁵³

התקנות החדשות פישטו את הליכי הגילוי והעיון במסמכים בהליכים "רגילים". תקנה 57 לתקנות החדשות קובעת חובת גילוי מסמכים הדרית לאחר שלב כתיב הטענות ולפני שלב קדם-המשפט, ללא צורך בדרישה מוקדמת.¹⁵⁴ ההבחנה בין גילוי מסמכים כללי לבין גילוי מסמך ספציפי נעדרת מנוסח תקנה זו, אך מדברי ההסבר לתקנות עולה כי זכותו של בעל הדין לפנות לבעל הדין שמנגד בדרישה לגילוי מסמך ספציפי נגזרת מחובת הגילוי הכללית.¹⁵⁵ יתרה מכך, לפי תקנה 59(א) לתקנות החדשות ניתן להגיש בקשה לגילוי או לעיון במסמך ספציפי במסגרת רשימת הבקשות.¹⁵⁶ לפיכך, התקנות החדשות אינן מבקשות לשנות את השיקולים בדבר היקף הגילוי. העיקרון העומד ביסוד התקנות החדשות – של משחק בקלפים פתוחים, של שקיפות מלאה ושל גילוי הודי – מוצא את ביטויו בהוראת תקנה 60(א) לתקנות החדשות, אשר קובעת כי "הליכי גילוי ועיון נאותים מהווים תנאי בסיסי לקיומו של הליך שיפוטי ראוי

¹⁵⁰ עניין תנובה, לעיל ה"ש 141, בפס' 18(א).

¹⁵¹ תקנות 112-113 לתקנות הקודמות (בקשה לגילוי מסמכים כללי ולגילוי מסמך פלוני, בהתאמה). ראו גם רע"א 3059/12 שדורי פרסומות מאוחדים מדיה (2003) בע"מ נ' רשות השידור, פס' 10 (נבו 1.7.2012).

¹⁵² רע"א Nippon Yusen Kabushiki Kaisha 7839/20 נ' בז'ה, פס' 13-15 (נבו 6.1.2022).

¹⁵³ עניין תנובה, לעיל ה"ש 141, בפס' 11; רע"א Volkswagen AG 4632/18 נ' גולן, פס' 9 (נבו 26.12.2018).

¹⁵⁴ רע"א 8761/20 פלונית נ' פלוני, פס' 13 (נבו 20.1.2021).

¹⁵⁵ שם. זאת ועוד, לפי דברי ההסבר לתקנות זכות זו נגזרת מהחובה לקיים הליך ראוי והוגן לפי עקרונות היסוד לתקנות, ולכן אין צורך בתקנה ספציפית המורה על כך. ראו דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

¹⁵⁶ ראו גם רע"א 4999/21 גבעון נ' וייל, פס' 7 (נבו 21.7.2021).

והוגן", על מנת לבסס את הסנקציה בגין הפרת הוראות אלו, הקבועה בהמשך הסעיף: 'סבר בית המשפט שבעל דין לא קיים כראוי את חובתו לפי פרק זה, רשאי הוא לחייבו באופן מידי בהוצאות ובמקרים מיוחדים אף למחוק את כתב טענותיו'.

ואולם אין בשינויים אלו כדי לשנות את המסגרת המצומצמת יותר של גילוי שנקבעה בעבר בנוגע לבקשת האישור, אשר מטרתה לאזן בין מתן האפשרות לתובע להשיג ראיות לצורך הוכחת התנאים לאישור, ובפרט לצורך הוכחת סיכויי העילה, אל מול הרצון להגן על הנתבעת מפני הליך שיפוטי מלא הכרוך בעלויות מיותרות.¹⁵⁷ שינוי ברירת המחדל בסוגיה זו, בהתעלם מן הזוהרות הנדרשת בתובענה הייצוגית, עלול להוביל להכבדה יתרה על הנתבעת, ובכך לממש את החששות מפני השפעותיה השליליות של התובענה הייצוגית. לפיכך רצוי לשמור על המסגרת הקבועה בהליכים אלו באופן המבטא את האיזון שעליו עמדנו לעיל.

4. התאמת הסדרים החלים על תביעה לשלב הדיון בבקשת האישור

אחד העקרונות המרכזיים שעומדים בבסיס התקנות החדשות הוא האחדה ופישוט של סדרי הדין.¹⁵⁸ עיקרון זה בא לידי ביטוי בביטול מרבית ההסדרים המיוחדים שהציעו התקנות הקודמות לפתיחת הליך, כמו המרצת פתיחה וסדר דין מקוצר.¹⁵⁹ תקנה 9 לתקנות החדשות קובעת, כי *'הליך כבית המשפט יפתח בהגשת כתב תביעה, שבמענה לו יוגש כתב הגנה'.*¹⁶⁰ בהתאם לברירת מחדל זו ישנם הסדרים רבים בתקנות החדשות אשר מתייחסים אך ורק ל"תובע", ל"נתבע", ל"כתב תביעה" ול"כתב הגנה".

שאלה פרשנית שמתעוררת בהקשר זה נוגעת לשינוי שנערך בהגדרת המונח *"תובענה"*. בעבר כללה הגדרת המונח *"תביעות, בקשות ושאר עניינים שמביא בעל דין לפני בית משפט כאחת הדרכים שנקבעו לכך"*,¹⁶¹ ולפיכך חלה גם על בקשה לאישור תובענה ייצוגית. לעומת זאת, על פי התקנות החדשות *"תובענה"* היא *'הליך המתנהל בהתאם לתקנות אלה הנפתח בהגשת כתב תביעה'*.¹⁶² מאחר שהליך אישור תובענה ייצוגית נפתח בבקשה ולא בהגשת כתב תביעה, הוא אינו נכלל בגדר *"תובענה"* בתקנות החדשות.

לפי פרשנות זו, בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא *"בקשה"* אשר חלות עליה הוראות פרק ח לתקנות החדשות, ככל שאין הוראות מיוחדות בחוק או בתקנות

¹⁵⁷ אלון קלמנט ורות רונן *"בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית"* **עיוני משפט** מב 5, 47-51 (2019).

¹⁵⁸ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2.

¹⁵⁹ שם, בעמ' 3.

¹⁶⁰ תק' 9 לתקנות החדשות.

¹⁶¹ תק' 1 לתקנות הקודמות.

¹⁶² תק' 6 לתקנות החדשות.

תובענות ייצוגיות.¹⁶³ למעשה, רק כאשר בית המשפט מאשר את התובענה הייצוגית רואים את נוסח התובענה שצורף לבקשה לאישור ככתב תביעה ואת המבקש כתובע. רק אז חלה על הנתבעת חובה להגיש כתב הגנה.¹⁶⁴ עקב כך כל ההוראות בתקנות החדשות שמתייחסות ל"תובענה" אינן חלות לכאורה על בקשה לאישור.¹⁶⁵

ישנם נושאים שבהם ההבחנה בין "תובענה" ל"בקשה" אינה מעוררת קושי; כך למשל בנוגע להוראות הסמכות המקומית בתקנות החדשות, אשר מתייחסות ל"תובענה".¹⁶⁶ הפתרון ניתן בחוק תובענות ייצוגיות, אשר קובע כי "בקשה לאישור תוגש לבית המשפט אשר לו הסמכות העניינית והמקומית לדון בתובענה הייצוגית אם תאושר".¹⁶⁷ כלומר, סוגיה זו מוסדרת ממילא במסגרת חוק תובענות ייצוגיות, הנהנה מעדיפות נורמטיבית, ומכאן שהשינוי בתקנות איננו רלוונטי לתובענה הייצוגית בהקשר זה. עם זאת ישנן הוראות בתקנות החדשות אשר מתייחסות ל"תובענה", ובעקבות זאת אינן חלות לכאורה על בקשה לאישור, אף שהן רלוונטיות אליה. כך בעניינים הבאים: איחוד דיון בתובענות,¹⁶⁸ הגבלת מספר שאלות בשאלון,¹⁶⁹ הגבלה על הגשת מסמך שלא גולה,¹⁷⁰ הוראות לעניין קדם-משפט,¹⁷¹ הוראות לעניין משיבים בערעור,¹⁷² הוראות בדבר המצאה למדינה,¹⁷³ הוראות הנוגעות להמצאות לחו"ל,¹⁷⁴

¹⁶³ כפי שהוסבר לעיל, תק' 2א(א) לתקנות תובענות ייצוגיות שתוקנה בעקבות התקנות החדשות, קובעות הסדר שונה במעט לניהול הבקשות במסגרת הליך אישור תובענה ייצוגית בהשוואה להסדר הקבוע בתק' 49א(א) לתקנות החדשות. ראו דיון בפרק 2 לעיל, תחת "הוראה ייחודית לעניין בקשות".

¹⁶⁴ תק' 5(א) לתקנות תובענות ייצוגיות.

¹⁶⁵ אפשר לכאורה לטעון שגם התובענה הייצוגית אינה תובענה, משום שהיא נפתחת בבקשה לאישור ולא בהגשת כתב התביעה. אולם נראה שפרשנות שכזו אינה תואמת את לשון תק' 5 לתקנות תובענות ייצוגיות ואת הרציונל העומד בבסיס הליך האישור, אשר לפיו מרגע האישור רואים את התובענה הייצוגית כתביעה של הקבוצה המיוצגת נגד הנתבעת.

¹⁶⁶ תק' 7 לתקנות החדשות.

¹⁶⁷ ס' 5(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

¹⁶⁸ תק' 40 לתקנות החדשות.

¹⁶⁹ שם, בתק' 56(ב).

¹⁷⁰ שם, בתק' 60(ג).

¹⁷¹ שם, בתק' 63(ב).

¹⁷² שם, בתק' 136.

¹⁷³ שם, בתק' 163(ד).

¹⁷⁴ שם, בתק' 166(3)-(5)-166(10).

העברת הדיון בתובענה לשופט אחר בערעור על החלטת פסלות¹⁷⁵ והוראות בדבר סמכויות עוזר משפטי.¹⁷⁶

בהיעדר הסדר ייחודי בחוק או בתקנות תובענות ייצוגיות נראה, כי החרגת בקשות לאישור מהוראות אלה בתקנות סדר הדין האזרחי מעוררת קושי משום שהיא מותירה את בתי המשפט ללא כלים מתאימים לטיפול בסוגיות אלו, אשר עשויות להתעורר במהלך שלב האישור. לאור העובדה שבדברי ההסבר לתקנות נכתב כי *"משמעות המונח 'תובענה' בתקנות החדשות דומה למשמעות המונח בתקנות הקודמות"*,¹⁷⁷ לא מן הנמנע כי מדובר בהחרגה לא-מכוונת. כך או אחרת, אין כל הצדקה משכנעת להחרגת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בכל ההקשרים הללו, בשונה מהחרגות מפורשות בהסדרים אחרים אשר להן נמצא מענה בהסדרים הייחודיים לתובענות ייצוגיות. לפיכך, מן הראוי להחיל הוראות אלה גם על בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, באמצעות תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, המאפשרת להחיל תקנות אלו בשינויים המתחייבים ממאפייני ההליך הייצוגי ומן הדין הייחודי החל.¹⁷⁸

בדומה לכך עולה שאלה פרשנית גם באשר לתחולתן של הוראות חדשות אשר מותנות בהגשת כתב תביעה או כתב הגנה.¹⁷⁹ בפרט, הוראות תקנה 28 לתקנות החדשות, שעניינה העלאת טענות מקדמיות בכתב הגנה,¹⁸⁰ והוראת תקנה 29, שעניינה העלאת טענות חוסר סמכות לאחר כתב התביעה, אינן חלות לכאורה בשלב הליך האישור. אולם נדמה שהוראות אלה צריכות לחול כבר בשלב זה – על בקשת האישור ועל התשובה לה. המטרות של הוראות אלה בדבר הקדמת הדיון בטענות מקדמיות לשלבים המוקדמים של ההליך וחיסכון בהליכים ובהוצאות מיותרים מתקיימות גם בתובענה הייצוגית, בכפוף לכך שהליך האישור מיועד ממילא לסנן חלק מהתובענות המוגשות. לכן, פרשנות רצויה של תקנות אלה תקבע שהמשיב לבקשת האישור יידרש להעלות את הטענות המקדמיות בהתייחס לכתבי הטענות בהליך, ולא יוכל להמתין להחלטה בבקשת האישור. פרשנות זו היא אפשרית, לאור הוראת תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות הקובעת שתקנות סדר הדין האזרחי יחולו "בשינויים המחויבים".

¹⁷⁵ שם, בתק' 174(1).

¹⁷⁶ שם, בתק' 177(4)-(5).

¹⁷⁷ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8.

¹⁷⁸ ראו לעיל ה"ש 3; זאת, בניגוד לעמדה העולה מההחלטה בעניין ת"צ (ת"א) - 20427-12-20 **גנסין נ' סי טי אס אוונטיס ישראל בע"מ ואח'**, 2 (נבו 25.1.2021).

¹⁷⁹ בהקשר הזה יש לציין גם את ההוראות הנוגעות למתן סעדים זמניים, אשר גם לפי התקנות הקודמות נהגו בתי המשפט בזהירות רבה בטרם השתמשו בהן בשלב הדיון בבקשת האישור. ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 40874-08-16 **מיזל נ' China National Agrochemical Corporation**, פס' 42 (נבו 10.9.2016).

¹⁸⁰ תק' 6 לתקנות החדשות. טענה מקדמית היא טענה שיש בה כדי לסלק את התביעה כולה או מקצתה על הסף, כמו למשל טענה בדבר התיישנות או ויתור. ראו את דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15.

עם זאת, ההכרעה אם טענות אלה יידונו במסגרת ההחלטה בבקשת האישור או בהליך מוקדם של סילוק על הסף תיגזור מאופיין של הטענות ומן האפשרות להכריע בהן מבלי להידרש לשאלות עובדתיות מורכבות, כפי שהיה אף בעבר, כאשר נהגו התקנות הקודמות.¹⁸¹

שאלה נוספת שמתעוררת בהקשר זה נוגעת להסדר בדבר הוצאת הודעה לצד שלישי. בעבר ערכו התקנות הקודמות הבחנה מפורשת בין תובענות שנפתחו במסירת כתב תביעה והוגש בהן כתב הגנה, שבהן ה"נתבע" היה רשאי להוציא הודעה לצד שלישי ללא צורך בקבלת רשות מבית המשפט, לבין הליכים אחרים, שבהם הודעה לצד שלישי בידי "בעל דין" חייבה קבלת רשות שכזו.¹⁸² לעומת זאת, תקנה 22 לתקנות החדשות קובעת כי "נתבע רשאי לתת הודעה לצד שלישי".¹⁸³ מנוסח תקנה זו עולה כי מדובר בזכות מוקנית של ה"נתבע", למעט במסלול של דיון מהיר.¹⁸⁴

כפי שזכר לעיל, בעניין קורל-תל, שנדון תחת התקנות הקודמות, קבע בית המשפט העליון כי יש להחיל את ההסדר בעניין הודעה לצד שלישי גם בהליכים ייצוגיים, בשינויים המחויבים. קביעה זו נומקה בכך שתכליות ההודעה לצד שלישי – כמו מניעת הכרעות סותרות וחיסכון במשאבים – מתקיימות גם בתובענה הייצוגית, ואף ביתר שאת.¹⁸⁵ עוד צוין כי לרוב נתבעים במסגרת התובענה הייצוגית סכומי עתק, כך שמניעת האפשרות הזו עלולה לגרום לנתבעת נזק רב.¹⁸⁶ עם זאת הובע כאמור החשש מפני שימוש לרעה באפשרות זו, וצוין כי הליך התובענה הייצוגית מחייב מטבעו פיקוח שיפוטי הדוק. לפיכך נקבע כי הגשת ההודעה לצד שלישי תוכפף לקבלת רשות מבית המשפט, בהתאם לנוסח תקנה 217 לתקנות הקודמות.¹⁸⁷ עוד נקבע כי השלב הדיוני המתאים להגשת בקשה זו הוא שלב הדיון בבקשת האישור.¹⁸⁸ הנימוק שעמד בבסיס קביעה זו הוא שהגשת הבקשה בשלב מוקדם ככל הניתן תאפשר לצד השלישי להתגונן כראוי, בעוד שצירופו בשלב מאוחר יותר עלול להוביל לפתיחה מחדש של סוגיות

¹⁸¹ קלמנט ורון, לעיל ה"ש 157, בעמ' 36-40.

¹⁸² תק' 216-217 לתקנות הקודמות.

¹⁸³ תק' 22 לתקנות החדשות.

¹⁸⁴ ראו תק' 80(ב) לתקנות החדשות, שקובעת כי נתבע במסלול מהיר רשאי ליתן הודעה לצד שלישי אך ורק ברשות בית המשפט.

¹⁸⁵ עניין קורל-תל, לעיל ה"ש 28, בפס' 25 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס.

¹⁸⁶ שם, בפס' 29; רע"א 5820/19 שופרסל בע"מ נ' גריינר, פס' 13 (נבו 30.1.2020).

¹⁸⁷ עניין קורל-תל, לעיל ה"ש 28, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס. במסגרת זו בית המשפט נדרש לשקול את השיקולים הבאים: אם יש ביסוס ראוי לחבות הצד השלישי; האם מדובר בצעד "אסטרטגי" גרידא; מהי מידת השוני בין הטענות הנדונות בהליך העיקרי לבין הטענות המופנות כלפי הצד השלישי; מהי מידת הסרבול וההכבדה הצפויים בהליך, ואם בנסיבות אלו ההודעה לצד השלישי עדיפה על פני ניהול הליך נפרד. ראו שם, בפס' 34-37.

¹⁸⁸ שם, בפס' 42.

שונות, ובכך להאריך ולסרב את ההליך.¹⁸⁹ קביעה זו עולה בקנה אחד גם עם ההלכה הנוהגת בעניין הודעות לצד שלישי בהליכים "רגילים", שלפיה יש להגיש הודעה זו בשלב מוקדם ככל הניתן.¹⁹⁰

כאשר בוחנים את האפשרות ליישם את ההסדר החדש בתובענות ייצוגיות מתעוררות שתי שאלות. שאלה ראשונה היא, אם ניתן להוציא הודעה לצד שלישי בשלב האישור בשים לב לכך שתקנה 22 לתקנות החדשות מדברת על "נתבע" ולא על כל בעל דין, כפי שהיה בתקנה 217 לתקנות הקודמות. שאלה שנייה היא, אם הוצאתה של הודעה לצד שלישי דורשת קבלת רשות מבית המשפט. הפרשנות הלשונית המיידית של תקנה 22 מובילה לכאורה למסקנה, כי משלוח הודעה לצד שלישי יתאפשר רק לאחר אישור התובענה כייצוגית ולא בשלב הדיון בבקשת האישור, לפני הגשת כתב ההגנה. אולם תוצאה זו מנוגדת לתכלית שעליה עמד בית המשפט העליון בעניין קורל-תל ולהיגיון העומד בבסיס הדרישה להגשת ההודעה לצד שלישי בשלב מוקדם ככל האפשר. דחיית מועד מתן ההודעה לצד השלישי לשלב ניהול התובענה כייצוגית עלולה לפגוע ביכולתה של הנתבעת להתגונן כראוי בשלב הדיון בבקשת האישור, שהוא שלב מרכזי בהליך.¹⁹¹ זאת ועוד, נראה כי על אף צמצום ההסדר שנקבע בתקנה 217 לתקנות הקודמות, התכלית שעליה עמד בית המשפט העליון בדבר הצורך בקבלת רשות מבית המשפט בהקשר זה נותרה בעינה, בשים לב למורכבות ההליך הייצוגי ולחשיבותו של תפקיד הפיקוח המסור לבית המשפט. לפיכך ראוי ליישם את תקנות 22 ו-23 בהליך הייצוגי "בשינויים המחויבים", בהתאם לתקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, כך שהנתבעת תוכל להוציא הודעה לצד שלישי בשלב בבקשת האישור, אך הוצאתה תהיה כפופה לאישורו של בית המשפט.

פרשנות זו עולה בקנה אחד עם התפיסה שמנחה את התקנות החדשות, שלפיה השמטת הסדר המצוי בתקנות הקודמות אינה מלמדת בהכרח על הסדר שלילי, וכי בנסיבות אלו עקרונות היסוד לתקנות החדשות ישמשו מורה דרך לבית המשפט ולצדדים.¹⁹² תקנה 3(א), אשר מטילה על בית המשפט אחריות לניהול ההליך ומאפשרת לו ליזום ולהחליט כל החלטה במטרה לקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן,¹⁹³ יחד עם תקנה 176(א), אשר מעגנת את סמכותו הטבעה של בית המשפט ומתירה לו ליתן בכל עת כל הוראה בכל עניין הנוגע לסדרי הדין, מאפשרות לבית המשפט ליתן הוראות כאמור.¹⁹⁴

¹⁸⁹ שם, בפס' 39-41.

¹⁹⁰ שם, בפס' 39, והאסמכתאות שם.

¹⁹¹ שם, בפס' 40.

¹⁹² דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

¹⁹³ תק' 3(א) לתקנות החדשות.

¹⁹⁴ שם, בתק' 176(א).

סיכום

תקנות סדר הדין האזרחי החדשות מבקשות לחולל שינוי מהותי בהתנהלותם של הליכים בבתי המשפט. הן קוראות לבית המשפט לנקוט גישה פעילה ויוזמת, ורואות בו אחראי לניהול ההליך השיפוטי לשם הגשמת המטרות העומדות ביסוד התקנות.¹⁹⁵ הכוונה היא לנהל כל הליך מתוך מודעות להשלכותיו על הליכים אחרים ועל המערכת המשפטית ככלל, תוך שמירה על התנהלותם של הצדדים בתום לב על מנת לממש את קיומו של הליך ראוי והוגן. רשימה זו הסבירה את האופן שבו התקנות החדשות עשויות להשפיע על ניהול הדיון בתובענות ייצוגיות. דגש הושם על ההבדלים שבין תובענות ייצוגיות לבין יתר התובענות, ועל האופן שבו הבדלים אלה משליכים על יישומן של התקנות החדשות בתובענות ייצוגיות. בפרט הושם דגש על תכליתיה הציבוריות של התובענה הייצוגית ועל איזון האינטרסים והשיקולים הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות. שיקולים אלה השפיעו על פרשנות בתי המשפט לתקנות סדר הדין האזרחי בעבר, והם צריכים להנחותם גם בעתיד.

¹⁹⁵ שם, בתק' 3(א).