

# היחס בין תובענות ייצוגיות לבין רגולציה

מאת

רועי שפירא\*

## תקציר

דיון על היתרונות והחסרונות של תובענות ייצוגיות צריך להתבצע בהשוואה לכלים רגולטורים אחרים להכוונת ההתנהגות מושא התביעה. וההשוואה אינה יכולה להישען על הנחות גורפות. לא ניתן להניח שמשאביו של הרגולטור תמיד יהיו מוגבלים ולכן תמיד נדרשת אכיפה דרך תובענות ייצוגיות. ולא ניתן להניח שאם הרגולטור כבר בחן סוגיה מסוימת אין מקום להידרש לה במסגרת תובענה ייצוגית. ניתוח מוסדי משווה אמיתי של תובענות ייצוגיות ורגולציה חייב להביא בחשבון את האפשרות של כשלים רגולטוריים, ובפרט את האפשרות של שכי רגולטורי. במילים אחרות, האפשרות שהרגולציה תסטה באופן שיטתי ממטרותיה המוצהרות ותקדם אינטרסים צרים צריכה להשפיע על הדרך שבה אנו מעצבים ומפרשים את מוסד התובענה הייצוגית. מאמר זה מצביע על נסיבות שבהן הסיכון לכשלים רגולטוריים גבוה (או נמוך) במיוחד, ובהתאם מציע חשיבה מחדש על דילמות בתחום התובענות הייצוגית שבתי המשפט והצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות התחבטו בהן: מתי להתחשב בעמדת הרגולטור בשלב אישור התובענה כיייצוגית, באלו עילות תביעה לאפשר תובענה ייצוגיות, אלו עילות תביעה לפטור מאגרה, מתי לאפשר לארגונים חברתיים להגיש תובענה, מה הנוהל המתאים להסדרת תובענה באמצעות גישור, האם יש מקום ליתן מעמד מיוחד לחברות ביטוח, והאם להתייחס אחרת לנתבעים קטנים-בינוניים.

- מבוא ..... 2
- א. מה גורם לשכי רגולטורי ..... 5
1. הגופים המפוקחים נהנים מנקודת פתיחה טובה יותר במשחק ההשפעה על רגולציה יחסית לציבור שעליו הרגולציה נועדה להגן ..... 5
2. שכי רגולטורי יכול להיגרם גם מבציות מידע ומומחיות, שיקולי מוניטין, ושליטה בסדר היום ..... 7

\* פרופסור חבר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. אני מודה לשי לביא על הערות מועילות, לחן שטרנהל על סיועה במחקר, ולמרכז אריסון ל-ESG על מימון נדיב של המחקר.

3. כללי אצבע לזיהוי הנסיבות שבהן החשש לשבי רגולטורי גבוה יחסית..... 9
4. קל יותר להכריז על רפורמה למען הציבור מאשר לאכוף אותה
- ביומיום מול הגופים המפוקחים ..... 13
- ב. כיצד מנגנון התובענה הייצוגית יכול לאזן כשלים רגולטוריים ..... 14
1. איזון בעיית התמריצים הבסיסית והסחף לכיוון תועלות-מרוכזות,  
עלויות-מבוזרות..... 14
2. איזון בעיות המידע, מומחיות, ושליטה בסדר היום ..... 16
3. יתירות באכיפה מאזנת טעויות רנדומליות וחוסר במשאבים ..... 18
- ג. לקחים יישומיים ..... 20
1. האם לאשר את התובענה כייצוגית ..... 20
2. סוגיות שעלו במסגרת דוח הצוות והתזכיר: מי יכול להגיש תובענה,  
גישור, פטור מאגרה, יחס מועדף לחברות ביטוח ולעסקים קטנים..... 25
- סיכום..... 30

## מבוא

במשפט הישראלי התגבשה זה מכבר ההכרה בקשר שבין תובענות ייצוגיות לבין רגולציה.<sup>1</sup> בבואנו להעריך את רציותו של מוסד התובענה הייצוגית והיבטים פרטניים בו, עלינו להשוות לא רק בין תובענה ייצוגית לבין תביעות אחרות, אלא גם בין תובענה ייצוגית לבין כלים רגולטוריים אחרים להסדרת ההתנהגות מושא התביעה. אך טרם התגבשה אצלנו ההבנה כיצד יש לבצע את ההשוואה.<sup>2</sup> ניתוח מוסדי משווה אמיתי של תובענות ייצוגיות ורגולציה חייב להביא בחשבון את האפשרות של כשלים רגולטוריים, ובפרט את האפשרות של שבי רגולטורי. במילים אחרות, האפשרות שהרגולציה תסטה באופן שיטתי ממטרותיה המוצהרות ותקדם אינטרסים צרים צריכה להשפיע על הדרך שבה אנו מעצבים ומפרשים את מוסד התובענה הייצוגית.

טלו לשם המחשה את הטענה המושמעת תדיר בכתי המשפט, שלפיה אין מקום לשימוש בכלי הנשק הלא קונבנציונלי של תובענה ייצוגית כאשר פעילות החברה הנתבעת ממילא נמצאת תחת פיקוח רגולטורי הדוק. הטענה הועלתה גם בפני הצוות

<sup>1</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו, 30.8.2015), פס' 64 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (המציין את "התכלית הרגולטורית" של התובענה הייצוגית). למעשה, מחקר שבחן את ההתייחסויות בפסיקה הישראלית למושג "רגולציה" על הטיותיו השונות מצא כי נתח ניכר מהאזכורים מופיעים בהחלטות במסגרת תובענות ייצוגיות. איילת הוכמן, אלון חספר ורן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47, 60 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016).

<sup>2</sup> לניסיון יוצא דופן להיכנס לניתוח שכזה ראו Shay Lavie, *Class Actions and the Regulatory State: Lessons from Israel*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CLASS ACTIONS: AN INTERNATIONAL SURVEY 503 (Fitzpatrick and Thomas, eds., 2021). כפי שיוכר בהמשך, הניתוח של לביא והניתוח שלי כאן פועלים ברוב הזמן על מישורים שונים. למקום שבו הם פועלים על אותו מישור, ולהבדלים ביניהם במקום זה, ראו הניתוח בהערה 59 להלן והטקסט הצמוד לה.

הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות,<sup>3</sup> וזכתה לדיון נרחב במסגרת צוות משנה ולהתייחסות בדוח הסופי.<sup>4</sup> זאת טענה אשר נשענת על דרך חשיבה שגויה. השאלה הרלוונטית אינה אם הרגולציה בתחום מסוים אינטנסיבית, אלא אם הרגולציה בתחום מסוים אפקטיבית. במילים אחרות, השאלה אינה כמה רגולציה יש אלא אם הרגולציה הקיימת אכן מגנה על האינטרס של ציבור מבוזר. שוק מסוים יכול להיות מאוסדר בכבוד, אך הרגולציה תהיה חלשה במקרה הטוב או שבויה במקרה הרע. בנסיבות כאלה, יהיה זה לעג לרש לטעון שאין מקום לתת לקבוצת אזרחים להגן על עצמם במסלול התובענה הייצוגית משום שהרגולטור כבר מגן עליהם מספיק.<sup>5</sup> כדוגמה קונקרטית, ניתן לחשוב על המקרה של בזק והאסדרה של שוק התקשורת. הרגולטור – משרד התקשורת – ניסה במשך שנים רבות לפתוח את השוק לתחרות, כגון באמצעות "רפורמת השוק הסיטונאי", שמטרתה הייתה להוריד את המחירים לצרכן ולהאיץ את ההשקעה בתשתיות.<sup>6</sup> בזק, המונופול הקיים בשוק אשר נהנה מהמחירים הגבוהים הקיימים, הצליחה למסמס את הרפורמה ולהילחם ברגולציה בדרכים שונות, חוקיות יותר וחוקיות פחות.<sup>7</sup> נגד בזק הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין ההתנהלות האמורה. או אז טענה בזק להגנתה כי אין מקום לשימוש במנגנון התובענה הייצוגית משום ששוק התקשורת נמצא תחת פיקוח רגולטורי הדוק. אלא שהרגולטור באותם ימים היה שבוי של בזק (לשיטתו של מבקר המדינה<sup>8</sup>), או למצער חלש מכדי להתמודד עם בזק (לשיטתו של הרגולטור עצמו<sup>9</sup>). החולשה הרגולטורית גרמה לכך שבזק תמשיך ליהנות מרווחי עתק חריגים, ושהצרכנים בארץ ימשיכו לשלם בכיסם על כך. אלו בדיוק המצבים שבהם תובענה ייצוגית יכולה לאזן בדיעבד ולמצער מראש כשלים רגולטוריים.

<sup>3</sup> חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק").

<sup>4</sup> דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 90 (מרץ 2003) (להלן: "דוח הצוות"). ובפירוט: "גורמים המייצגים נתבעות התייחסו לכך שיש תובענות ייצוגיות רבות אשר מוגשות בגין סוגיות שביחס אליהן יש פיקוח רגולטורי ואשר נבדקו או אושרו על ידי מאסדר. עוד נטען כי כלי התובענה הייצוגית נועד בהגדרתו לאכיפה אזרחית במקרים שבהם ידו של הרגולטור אינה משגת ועל כן אם רגולטור דן בסוגיה ואישר אותה, לא נדרשת בנושא כל אכיפה אזרחית ואין מקום לאפשר הגשת תובענה ייצוגית". (ראו שם, בעמ' 51).

<sup>5</sup> לפירוט הטענה ראו בדוח: "הוצע על ידי גורמים המייצגים נתבעות לקבוע בחקיקה כי בשוק מפותח ומאוסדר בקפידה, פעולות שזכו לאישור המאסדר, שנעשו בהתאם לחוזרים, צווים והנחיות של המאסדר או שנעשו בנושאים תחת סמכותו של המאסדר ושנעשו בידיעתו המלאה וללא התערבותו, יחסו תחת הגנה מפני הגשת תובענה ייצוגית". (שם).

<sup>6</sup> לדוחות של שתי וועדות ציבוריות אשר עסקו בנושא ראו משרד התקשורת דין וחשבון הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל (2008); משרד התקשורת דין וחשבון הוועדה לבחינת מבנה תעריפי חברת "בזק" וערכונם ולקביעת תעריפי שירותים סיטונאיים בתחום התקשורת הנייחת (2011).

<sup>7</sup> ראו לדוגמה תנ"ג (כלכלית ת"א) 18-06-59581 כהן נ' בזק (נבו, 19.1.2020), פס' 30 לפסק הדין של השופטת רונן (המבירה כי מאמציהם של נושאי המשרה בבזק למסמס את הרפורמה הרגולטורית עלו כדי הפרת חובת האמון וחובת הזהירות בדיני חברות).

<sup>8</sup> מבקר המדינה דוח ביקורת מיוחד: היבטים בפעולות משרד התקשורת לאסדרת מגזר התקשורת הנייחת (2017).

<sup>9</sup> משרד התקשורת תחת המנכ"ל שלמה פילבר הודה למעשה כי בכוחה של בזק להתיש את הרגולטור ולנהל טקטיקה של "הפרה משתלמת" (כך פילבר הצדיק את הסתת הספינה הרגולטורית לכיוון המועדף על בזק בניגוד לעמדת הדרג המקצועי). (ראו שם, בעמ' 53).

למען הסר ספק, איני טוען שהיה בהכרח מקום לאשר את התובענה הייצוגית נגד בזק. לתובענות ייצוגיות יש כמובן יתרונות וחסרונות רבים אחרים, מוכרים היטב. הטענה שלי כאן פשוטה וצרה יותר: בפני עצמה, העובדה שפעילות מסוימת מפוקחת על-ידי רגולטור אינה צריכה להוות שיקול נגד תובענות ייצוגיות. מהצד השני, אין גם לקבל מהלך שמניח כי משאבי האכיפה של הרגולטורים תמיד יהיו מוגבלים ולכן תמיד יהיה מקום לאכיפה דרך תובענה ייצוגית. התובענה הייצוגית באה, כאמור, עם עלויות משלה, ואכיפה במקביל יכולה להיתרגם לאכיפת יתר.<sup>10</sup> מושכלת יסוד בניתוח מוסדי משווה היא שלא ניתן להניח כי אם מוסד אחד סובל ממשל, המוסד האחר יעבוד היטב.<sup>11</sup> ניתוח מוסדי משווה מושכל, אשר נשען על הבנה של הגורמים והתוצרים השונים של כשלים רגולטוריים, יאפשר לנו לחשוב מחדש על דילמות בתחום התובענות הייצוגיות שבתי המשפט והצוות הבין-משרדי התחבטו בהן: מתי להתחשב בעמדת הרגולטור בשלב אישור התובענה כייצוגית, באלו עילות תביעה לאפשר תובענה ייצוגיות, אלו עילות תביעה לפטור מאגרה, מתי לאפשר לארגונים חברתיים להגיש תובענה, מה הנוהל המתאים להסדרת תובענה באמצעות גישור, וכיוצא באלה. יש גם חסרונות בולטים בפניה לספרות על שבי רגולטורי, מהם עלינו להיזהר כאשר אנו דנים בתובענות ייצוגיות. הנרטיב של "שבי רגולטורי" עלול להיות חזק מדי (שובה מדי). שימוש לא זהיר בו עלול לגרום לקוראים לאמץ בטעות גישה צינית מדי ("כל רגולציה נדונה להיות שבויה על-ידי הגופים המפוקחים"), או בינארית מדי ("רגולציה היא או שבויה או לא שבויה"), או ליברטריאנית מדי ("מי בכלל צריך רגולציה? ! תנו לכוחות השוק לעשות את שלהם"). נוסף על כך, כל טיעון שיבקש מבית המשפט להתחשב בתמריצים הפועלים על הרגולטור ובהסתברות לכשל רגולטורי הוא מטבעו טיעון אשר עלול לסבך את יישום הדוקטרינה על-ידי בית המשפט, ולהעלות את עלויות ההתדיינות.<sup>12</sup> ועדיין, לא רצוי להתעלם מהתובנות הרבות שנצטברו בספרות על הסיבות לכשלים רגולטוריים שיטתיים ועל מערך התמריצים החומריים ולא-חומריים אשר פועל על רגולטורים. שאיבת תובנות מושכלת מספרות זו תאפשר לנו לעבור מטענות ברמת ה"ככלל" לטענות ברמת מחקר-החתך (cross sectional variation), קרי, לזהות את המכניזמים שדרכם רגולציה נשבית, את הנסיבות שבהן הסכנה לשבי רגולטורי גבוהה יותר או פחות, ואת הרלוונטיות של כל אלה לדיון בתובענות ייצוגיות.

מאמר קצר זה ממשיך בשלושה חלקים. פרק א מחליץ את התובנות הרלוונטיות לענייננו מתוך הספרות העוסקת בכשלים רגולטוריים. פרק ב מסביר כיצד התובענה הייצוגית יכולה לאזן חלק מהכשלים האמורים. פרק ג מיישם את הלקחים מהניתוח

<sup>10</sup> ראו לדוגמה אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עלות התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 34, ה"ש 60 (2019).

<sup>11</sup> ראו בכלליות NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY (1997).

<sup>12</sup> רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" **פורום עיוני משפט** מד 1, 16 (2020).

המוסדי המשווה של רגולציה ותובענות ייצוגיות לסוגיות קונקרטיות אשר עמדו במרכז דוח הצוות לבחינת חוק תובענות ייצוגיות.

## א. מה גורם לשבי רגולטורי

נגדיר "רגולציה" לצרכינו באופן רחב, ככל התערבות ממשלתית בפעילות שוק.<sup>13</sup> רגולציה יכולה לסבול מכשלים או להיות "שבויה". נקרא לרגולציה "שבויה" כאשר היא נוטה באופן שיטתי לסטות מהאינטרס הציבורי שבשמו היא הוקמה ולקדם אינטרסים של קבוצות לחץ צרות, כגון הגופים המפוקחים עצמם. הדגש כאן הוא על "באופן שיטתי": השאלה איננה אם הרגולטורית טעתה. רגולטורים, כבני אדם, טועים. השאלה היא אם הרגולטורית נוטה לטעות לאותו כיוון, שבמקרה גם חופף את האינטרסים של קבוצות לחץ חזקות. הגדרה שכזאת ממקדת את המבט במערך התמריצים אשר פועל על רגולטורים.

קיימת כיום הסכמה בספרות על שבי רגולטורי, שלפיה שבי רגולטורי כמעט אף פעם אינו מוחלט או דטרמיניסטי.<sup>14</sup> לפיכך, עלינו לנטוש את הטיעונים מסוג "ככלל" ("ככלל, הרגולציה תטה להיות שבויה בידי הגופים המפוקחים") ולהתמקד במקום בניסיון לזהות את הנסיבות הפרטניות שבהן קיימת אסימטריה חריפה בווקטורים שפועלים על הרגולטור, כך שהווקטורים אשר דוחפים אותו לכיוון האינטרס של קבוצות לחץ חזקות חזקים בהרבה מהווקטורים אשר דוחפים אותו לכיוון האינטרס הציבורי הרחב. פרק זה מחלץ לצרכינו ארבע תובנות רלוונטיות מתוך הספרות הענפה אשר מנתחת את מערך הווקטורים אשר פועלים על רגולטורים.<sup>15</sup>

1. הגופים המפוקחים נהנים מנקודת פתיחה טובה יותר במשחק ההשפעה על רגולציה יחסית לציבור שעליו הרגולציה נועדה להגן

במשחק ההשפעה על רגולציה כלכלית, הגודל הוא פעמים רבות חסרון. רגולציה משפיעה על קבוצות שונות בחברה. היינו יכולים לחשוב שכלל שהקבוצה המושפעת גדולה יותר, כך הרגולציה תעבוד לטובתה: מקבלי ההחלטות יירצו לקבל תמיכה

<sup>13</sup> בהגדרה רחבה שכזאת, "רגולטור" אינו חייב להיות פקיד מקצועי, אלא יכול להיות גם, לדוגמה, שר בממשלה.

<sup>14</sup> ראו בכלליית PREVENTING REGULATORY CAPTURE (Daniel Carpenter & David A. Moss eds., 2014).

<sup>15</sup> ראו לדוגמה דנ"א 18/4960 ז'ולגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 52–58 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו), (4.7.2021); רועי שפירא "הקניין החדש וסדרי הכוחות הישנים" משפט, חברה ותרבות ה 173, 174 (2022). ראו גם MARVER H. BERNSTEIN, REGULATION BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION 83-102 (1955); George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 22 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3, (1971) Ernesto Dal Bó, *Regulation*, 22 OXFORD REV. ECON. POL.'Y 203, (2006) *Capture: A Review*, 22 OXFORD REV. ECON. POL.'Y 203, (2006).

רחבה, ולכן יעצבו את הרגולציה כך שתטיל עלויות על הגופים המפוקחים כדי להרעיף תועלות על ציבורים רחבים כגון צרכנים, עובדים, והקהילה בכללותה. בפועל, דווקא קבוצות אינטרס צרות כגון התעשייה המפוקחת זוכות להשפעה לא פרופורציונלית על רגולציה כלכלית.<sup>16</sup>

הסיבה לכך היא שקבוצות גדולות סובלות מבעיות מידע ומבעיות תיאום. עבור כל אחד מחברי הקבוצה הגדולה יהא זה רציונלי להישאר לא-מידע ולא-אקטיבי לגבי סוגיות רגולטוריות שונות.<sup>17</sup> זוהי "בעיית האדישות הרציונלית": עלויות רכישת הידע לגבי סוגיה רגולטורית הן עצומות, ואילו התועלת בהיותו של היחיד מידע זניחה (נניח שהאזרח היחיד יהפוך למידע לגבי סוגיה רגולטורית שהיא, כיצד יועיל לו הידע? כיצד יוכל להשפיע בקולו היחיד על המדיניות?).<sup>18</sup> גם במצבים שבהם הציבור הרחב מידע בנוגע בהשלכות של החלטה רגולטורית מסוימת (אולי כי עלויותיה בולטות במיוחד, או כי התקשורת מסקרת אותה בהרחבה), קשה לציבור להתארגן בצורה אפקטיבית כדי להביא לשינוי במדיניות. זוהי "בעיית הפעולה המשותפת":<sup>19</sup> כל אחד מהפרטים בקבוצה ירוויח אם תתקיים פעולה משותפת להשפעה על הרגולציה, אך לאף אחד אין די תמריץ כדי לשאת אישית בעלויות ההצטרפות למאבק (זמן, כסף, מאמץ), וכך המאבק אינו מתרומם מלכתחילה. התארגנות פוליטית חשופה לבעיית הטרמפיסט: כל אחד מחברי הקבוצה ירצה לחסוך את כספו ואת מרצו ולהותיר לאחרים להילחם כדי לשנות את הרגולציות לא צודקות ולא יעילות גם עבורו.<sup>20</sup>

קבוצות אינטרס צרות, לעומת זאת, נוטות להיות מידועות ומאורגנות היטב.<sup>21</sup> לשם המחשה, טלו תרחיש היפותטי שבו המדינה מעניקה מונופול בתשתיות תקשורת לחברה אחת, שניתן לתארו כסובסידיה בגובה מיליארד שקלים לשנה. עבור כל אחד ממשלמי המיסים בארץ – אלו המממנים את הסובסידיה – העלות היא מאה שקלים, וקיים סיכוי לא מבוטל שאנחנו בכלל לא נדע על קיומה. עבור המונופול, לעומת זאת, יש מיליארד סיבות להעסיק צבא של לוביסטים על מנת להבטיח כי הסובסידיה לא תבוטל.

ובכל זאת, מבט מפוכח מגלה כל הזמן ובכל מקום רגולציות שמטילות עלויות על קבוצות הלחץ המרוכזות בשם האינטרס הציבורי הרחב, על אפן וחמתן של האדישות הרציונלית ובעיית הפעולה המשותפת. הדבר נובע מכך שבחיים האמיתיים קיימים ווקטורים רבים אחרים מעבר לתמריצים החומריים הבסיסיים שהזכרו לעיל. למקבלי ההחלטות עצמם (פוליטיקאים נבחרים או רגולטורים מקצועיים) יש אידיאולוגיה מסוימת ורצון לשרת את הציבור שמניעים אותם ומתגברים על לחצים מצד קבוצות

<sup>16</sup> ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 29 (2010).

<sup>17</sup> ראו Anthony Downs, *The returns from information and their diminution, in* ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY (1957).

<sup>18</sup> שם.

<sup>19</sup> ראו MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION* (1965).

<sup>20</sup> ראו גם ברק מדינה "פרק יא: משפט ציבורי" **הגישה הכלכלית למשפט** 565, 594 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

<sup>21</sup> ראו גם David Freeman Engstrom, *Agencies as Litigation Gatekeepers*, 123 YALE L.J. 616, 674 (2013).

האינטרס.<sup>22</sup> לאזרחים יש סיבות מגוונות להשקיע בלהיות מיוודעים ומעורבים גם כאשר תחשיב עלות-תועלת קר היה מראה שעדיף להם להישאר ישובים מול נטפליקס.<sup>23</sup> ולקבוצות האינטרס קשה לנצח במשחק ההשפעה הפוליטי אם אין להם נרטיב שמקנה לניסיונות ההשפעה שלהם לגיטימיות (קרי, מסווה קידום של האינטרס הצר שלהם בתור מהלך נעלה לקידום האינטרס הציבורי).<sup>24</sup> השלב הבא, אם כן, הוא להבין מתי הווקטורים שמפעילים קבוצות האינטרס הצרות יצליחו לגבור על אותם ווקטורים אחרים של אידיאולוגיה, רצון לדאוג לאחרים, שיקולי מוניטין, וכיוצא באלה. לשם כך, עלינו תחילה להבין מהם המנופים שאותם יכולות קבוצות האינטרס הצרות להפעיל.

2. שבי רגולטורי יכול להיגרם גם מבעיות מידע ומומחיות, שיקולי מוניטין, ושליטה בסדר היום

קבוצות אינטרס מצליחות לתרגם את היתרון ההתחלתי האמור לעיל להשפעה על הרגולציה בדרכים מגוונות.<sup>25</sup> "שבי רגולטורי" אינו נובע רק משחיתות מפורשת המתבטאת במסירת מעטפות עם דולרים בסמטאות חשוכות. רגולציה יכולה לסטות מהאינטרס הציבורי גם מסיבות בוטות וחוקיות יותר. כסף יכול לעבור לא רק במעטפות אלא בדרכים עקיפות הרבה יותר שעוברות מתחת לרדאר. ואימים יכולים להגיע לא רק דרך הנחת ראש של סוס מת על כרית המיטה, אלא גם דרך סיקור תקשורת שלילי שפוגע במוניטין של הרגולטורית שהעזה לפעול נגד קבוצות הלחץ.<sup>26</sup> הרגולציה עלולה להיות מוטה כתוצאה ממחשבה של הרגולטורית על אפשרויות העסקה עתידיות בקרב הגופים המפוקחים ("דלת מסתובבת"<sup>27</sup>). בנוסף, הרגולציה עלולה להיות מוטה כתוצאה מפערי מידע ומומחיות היוצרים תלות לא-בריאה של המפוקחים במפוקחים ("שבי אפיסטמי").<sup>28</sup> בעיות מידע מגיעות בכמה גוונים: לרגולטור יכולה להיות בעיה של גישה למידע על מבנה העלויות של התעשייה וכיצד הוא יושפע משינויים ברגולציה. לחלופין, הרגולטור יכול לחייב את התעשייה לספק מידע, אך התעשייה יכולה להגיב ב"הפצצת" הרגולטור בכמויות מידע שאותן

<sup>22</sup> ראו בהרחבה DANIEL A. FARBER & PHILLIP P. FRICKY, LAW AND PUBLIC CHOICE 31 (1991).

<sup>23</sup> ראו בהרחבה DONALD P. GREEN & IAN SHAPIRO, PATHOLOGIES OF RATIONAL CHOICE (1994).

<sup>24</sup> ראו בהרחבה GUNNAR TRUMBULL, STRENGTH IN NUMBERS (2012).

<sup>25</sup> על הצורך לצלול ולהבין לעומק את המכניזמים השונים שדרכם שבי רגולטורי יוצא לפועל (על מנת שנוכל להציע פתרונות מושכלים) ראו PAUL J. QUIRK, INDUSTRY INFLUENCE IN FEDERAL REGULATORY AGENCIES 16 (1981).

<sup>26</sup> לדוגמה קונקרטיית ראו גיא רולניק ורועי שפירא דינמיקה של שבי רגולטורי – חקר המקרה הישראלי 35 (נייר עמדה, מוסד שמואל נאמן 2019).

<sup>27</sup> ראו רועי שפירא "דלתות מסתובבות ומידת האפקטיביות של תקופות צינון" מחקרי משפט לד' (2021), בפרק א'.

<sup>28</sup> ראו לדוגמה QUIRK, לעיל ה"ש 25, בעמ' 16-17.

לרגולטור לא יהיו את המשאבים לעבד ולהבין כראוי.<sup>29</sup> לו הרגולטור ינסה לקבל חוות דעת של מומחים בתחום, הוא עלול לגלות שהמומחים עובדים אצל התעשייה או בשבילה. רגולציה גם עלולה להיות מוטה כתוצאה מהטיות קוגניטיביות והזדהות יתר של המפקחים עם המפוקחים ("שבי תרבותי").<sup>30</sup>

לבסוף, שבי רגולטורי עלול להיווצר גם כתוצאה משיקולי מוניטין של הרגולטור. בשנים האחרונות התפתחה ספרות תיאורטית ואמפירית המראה כיצד הרצון לשמר מוניטין טוב משפיע על התנהלות רגולטורים.<sup>31</sup> אך שיקולי מוניטין אינם פותרים בהכרח את בעיית השבי ומובילים את הרגולטור לפעול לטובת אינטרס הציבור; לעיתים הם אפילו מחריפים את הבעיה.<sup>32</sup> הסיבה לכך היא שמוניטין הוא פעמים רבות מעוות ונתון למניפולציות.<sup>33</sup> רגולטורית המתנהלת היטב תוכל לסבול ממוניטין רע, בעוד שרגולטורית הפועלת נגד האינטרס הציבורי תוכל ליהנות ממוניטין טוב. בשורה התחתונה, הספרות מראה כי רגולטורים חרדים לשיקולי המוניטין שלהם מנסים למזער תשומת לב ציבורית לטעויות שלהם. הרגולטורים ישנו את פעילותם כפונקציה של היקף ואופי הסיקור התקשורתי שלו הם זוכים.<sup>34</sup> מכך נובע שרגולטורים עלולים להגיב ביתר על נושאים בולטים שזוכים לסיקור אינטנסיבי, ולהגיב בחסר על נושאים מסובכים ולא אטרקטיביים מספיק לסיקור.<sup>35</sup> קבוצות הלחץ הצרות יודעות טוב יותר מהציבור הרחב כיצד להציף לסדר היום התקשורתי טענות שלהם כלפי הרגולטור (בדרך כלל מוסוות כטענות על כך שהרגולטור פוגע באינטרס ציבורי רחב).<sup>36</sup> וכך, דווקא רגולטורית החרדה למוניטין שלה עלולה למצוא עצמה נוטה לטעות תמיד לטובת התעשייה ולא לטובת הציבור. טעויות נגד התעשייה תובלטנה ותפומפמנה בתקשורת, בעוד שטעויות נגד הציבור תהיינה כמו עץ שנפל ביער בלי שאף אחד היה כסביבה (האם הוא באמת השמיע רעש?).<sup>37</sup>

<sup>29</sup> ראו בכלילית Wendy Wagner & Will Walker, *Incomprehensible!* (2019).  
<sup>30</sup> ראו לדוגמה James Kwak, *Incentives and Ideology*, 127 HARV. L. REV. FORUM 253 (2014); בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625-652 (2001); QUIRK, לעיל ה"ש 25, בעמ' 19-20.

<sup>31</sup> ראו לדוגמה Moshe Maor, *Theorizing Bureaucratic Reputation, in* ORGANIZATIONAL REPUTATION IN THE PUBLIC SECTOR (Waeraas & Maor eds., Sharon Gilad et al., *Organizational Reputation, the Content of Public Allegations, and Regulatory Communication*, 25 J. PUB. ADM. RES. THEORY 451 (2015); Moshe Maor et al., *Organizational Reputation, Regulatory Talk, and Strategic Silence*, 23 J. PUB. ADM. RES. THEORY 581 (2013).

<sup>32</sup> שפירא, מעמד בכורה לעמדת הרגולטור, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9.  
<sup>33</sup> ראו רועי שפירא "משפט ומוניטין: כיצד ההליך המשפטי מכתוב סנקציות מוניטין" **משפט ועסקים** כג, פרק א (2019); ROY SHAPIRA, LAW AND REPUTATION: HOW THE LEGAL SYSTEM SHAPES BEHAVIOR BY PRODUCING INFORMATION 11-35 (2020).  
<sup>34</sup> ראו SHAPIRA, שם, בעמ' 155-189.

<sup>35</sup> שם.  
<sup>36</sup> ראו לדוגמה Clare Leaver, *Bureaucratic Minimal Squawk Behavior: Theory and Evidence from Regulatory Agencies*, 99 AM. ECON. REV. 572 (2009).  
<sup>37</sup> לדוגמאות קונקרטיות תוצרת כחול-לבן ראו רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 26, בעמ' 56.



3. כללי אצבע לזיהוי הנסיבות שבהן החשש לשבי רגולטורי גבוה יחסית

התובנה הראשונה שאותה חילצנו מהספרות על שבי רגולטורי נגעה לתמריצים העודפים שיש לגופים המפוקחים (יחסית לציבור הרחב) להשתתף במשחק ההשפעה על רגולציה. התובנה השנייה נגעה לערוצים שדרכם הגופים המפוקחים יכולים לתרגם את התמריצים הללו להשפעה בפועל. כעת הגענו לתובנה החשובה מכולן לצרכינו, היא זיהוי הנסיבות שבהן רגולציה נוטה יותר (או פחות) לשרת אינטרסים צרים על חשבון האינטרס הציבורי הרחב. ניתן להפנות בהקשר זה לשני כללי אצבע. הראשון והמוכר יותר נוגע בחלוקת העלויות והתועלות מהרגולציה. כדי לזהות מהן הסוגיות שבהן החשש משבי רגולטורי גבוה יותר עלינו לבחון את זהות הקבוצות המרוויחות והמפסידות מהחלטה רגולטורית נתונה. בהכללה, ניתן לחלק את הקבוצות לקבוצת לחץ מרוכזת וקטנה, וציבור רחב ומבוזר. מכך, מגיעים לחלוקה של 2\*2 (ארבעה סוגי החלטות רגולטוריות) בהתאם למטריצה א' להלן.<sup>38</sup>

**המרוויחים**

קבוצה קטנה/מרוכזת	קבוצה גדולה/מבוזרת	המפסידים	
<p><b>CB-DC</b> דוגמה: הטבות מס לחברות פרטניות</p>	<p><b>DB-DC</b> דוגמה: תשלומי רווחה לנזקקים</p>	קבוצה גדולה/מבוזרת	
<p><b>CB-CC</b> דוגמה: עניין המזרחי</p>	<p><b>DB-CC</b> דוגמה: הפחתת זיהום תעשייתי/רפורמת הסלולר</p>	קבוצה קטנה/מרוכזת	

בסוג אחד של החלטות רגולטוריות, הרגולטור מעניק הטבה לקבוצה מרוכזת, ובסופו של דבר אלו שמשלמים את החשבון הם קבוצה מבוזרת (Concentrated Benefits – Dispersed Costs (CBDC)) דוגמה אפשרית היא סובסידיות והקלות מס לחברות/תעשיות מסוימות. סוג שני של החלטות רגולטוריות מיטיב עם קבוצה גדולה אחת על חשבון קבוצה גדולה אחרת (Dispersed Benefits –

<sup>38</sup> המטריצה זכתה ליישום פופולרי על-ידי חוקר מדע המדינה ג'יימס וילסון. ראו James Q. Wilson, *The Politics of Regulation, in THE POLITICAL ECONOMY* 82 (Thomas Ferguson & William N. Joel Rogers eds., 1984). ליישום קלאסי למשפטים (פרשנות החקיקה) ראו לדוגמה Jr. Eskridge, *Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988).

(Dispersed Costs (DBDC)). דוגמאות קלסיות הן קצבאות להבטחת הכנסה לנזקקים, או סיוע לנכים. אלו הענקות רגולטוריות המטילות עלויות על ציבור רחב (האזרחים שמיסהים מממנים את תשלומי הרווחה), לטובת ציבור רחב אחר (הנזקקים המקבלים תמיכה כספית). סוג שלישי הוא זה שבו הרגולטור מטיל עלויות חדשות על קבוצה מרוכזת, והציבור הרחב הוא זה שנהנה (Dispersed Benefits – Concentrated Costs (DBCC)). דוגמא קלסית תוצרת כחול-לבן היא רפורמת הסלולר, שהעבירה בצורה כמעט חסרת-תקדים עושר מאסיבי מכיסם של שלוש חברות סלולר חזקות לכיסם של צרכני סלולרי בארץ.<sup>39</sup> הסוג האחרון הוא זה שבו קבוצה מרוכזת אחת חזקה נהנית מההחלטה הרגולטורית וקבוצה מרוכזת אחרת סובלת ממנה (Concentrated Benefits – Concentrated Costs (DCCC)). דוגמה אפשרית תוצרת כחול-לבן היא הרקע העובדתי לפסק-דין המזרחי: החלטה שיכולה להתפרש כמעבירה עושר מכיס הלובי הבנקאי לכיס הלובי החקלאי (שבאקלים דאז היה מיוצג היטב במסדרונות השלטון).<sup>40</sup>

מיון הסוגיות הרגולטוריות האמור אינו עוזר לנו לקבוע מה תהיה ההחלטה הנכונה בסוגיה פרטנית. תפקידו מוגבל יותר: לעזור לנו לזהות סוגיות שבהן הלחצים הפועלים על הרגולטור יהיו מוטעים לצד אחד. לצורך זה, חשוב להבחין בין החלטות רגולטוריות "סימטריות" (רביע שמאלי תחתון ורביע ימני עליון) לבין אלו שהן "אסימטריות" (רביע שמאלי עליון ורביע ימני תחתון). בהחלטות אסימטריות, החשש להשפעה בעייתית על הרגולציה גדול יחסית. בפרט, החלטות שמרעפות תועלת על קבוצת לחץ מרוכזת ומפזרות את העלויות על ציבור רחב היא הקטגוריה "היציבה" והבעייתית ביותר. גם רגולציות שלא היו מיועדות לחלק כך את התועלת והעלויות נוטות לנדוד לעבר חלוקה כזאת בפועל במהלך הזמן, ונוטות להיות חסינות באופן יחסי מפני מאמצים לביצוע רפורמות.<sup>41</sup> בהכרעות מסוג זה, ההשפעה על הרגולטורית במגוון ערוצים – הצעות עבודה עתידיות, תלות במידע ומומחיות, שליטה בנרטיב וברעת הקהל, וכך הלאה – חד-צדדית במיוחד. לעומת זאת, בהחלטות "סימטריות", שבהן גם התועלת וגם העלות מבוזרות על ציבור רחב או על קבוצת לחץ, החשש להשפעה לא פרופורציונלית קטן יותר.

אך גם הבחנה זאת אינה מספרת את הסיפור כולו. כפי שראינו לעיל, חלק לא-מבוטל מהדינמיקות המשפיעות על רגולציה אינו קשור לחלוקת התמריצים החומריים. לפיכך יש מקום להשתמש בכלל אצבע משלים – מטריצת 2\*2 נוספת – לזיהוי הסוגיות שמועדות על פניהן לפורענות יותר מאחרות, והוא החלוקה של סוגיות רגולטוריות לפי

<sup>39</sup> לניתוח רפורמת הסלולר ראו ארז כהן "התערבות או מעורבות: תהליכי רגולציה בענף התקשורת הסלולרית בישראל" *מסגרות מדיה* 11 79 (2013).

<sup>40</sup> ראו עמחי כהן, לעיל ה"ש 15.

<sup>41</sup> ראו לדוגמה Jessica Leight, *Public Choice: A Critical Reassessment*, in GOVERNMENT AND MARKETS: TOWARD A NEW THEORY OF REGULATION 213, 232 KAY L. SCHLOZMAN & JHON (Balleisen & Moss eds., 2010) (המרכז הפניות רלוונטיות); T. TIERNEY, ORGANIZED INTERESTS AND AMERICAN DEMOCRACY 317 (1986) (המספקים תימוכין אמפיריים).

הבולטות והסיבוכיות שלהן.<sup>42</sup> "בולטות" מתייחסת לנראות הציבורית של הסוגייה: מדברים עליה במהדורות החדשות של שמונה בערב ובמרשתת? הציבור הרחב מודע לה? "סיבוכיות" מתייחסת ליכולת של אנשים שאינם מומחים בתחום להבין את הסוגייה. לפי חלוקה זאת, ככל שסוגייה רגולטורית בולטת פחות ומסובכת יותר, כך היא נתונה להשפעה עודפת של הגופים המפוקחים.

---

<sup>42</sup> למאמר הקלאסי המציג את החלוקה ראו: William T. Gormley, Jr., *Regulatory Issue* למאמר המארגנים של הסיווג לפי בולטות/סיבוכיות ראו לדוגמה: Matthew Eshbaugh-Soha, *The Conditioning Effects of Policy Salience and Complexity on American Political Institutions*, 34 POLICY STUD. J. 223 (2006). למחקר אמפירי התומך בעקרונות *Networks in a Federal System*, 18 POLITY 595 (1986).

**בולטות**

		גבוהה	נמוכה
<b>סיבוכיות</b>	גבוהה	בולט, מסובך דוגמה: אישורי תרופות	לא בולט, מסובך דוגמה: כללי דיווח חשבונאי
	נמוכה	בולט, לא מסובך דוגמה: שכר מינימום; דת ומדינה	לא בולט, לא מסובך דוגמה: פיקוח על תנאי תברואה במסעדות

לשם המחשה, טלו את דוגמת אסדרת קידוחי הגז הטבעי.<sup>43</sup> דומה שניתן היה להבחין בהבדל משמעותי בדרך שבה הגופים החזקים קיבלו את מבוקשם בין "מתווה ששינסקי" (שעסק בחלוקת התגמולים) לבין "מתווה הגז" (שעסק באסדרה המדוקדקת של כמה לייצא, מתי לפתח, וכיוצא באלה). במתווה ששינסקי גם קמפיין אלים שניהלו הגופים החזקים נגד הרגולטורים ויועציהם כשל, ככלל, מלמנוע מהמדינה לקבל החלטה המגדילה משמעותית את התגמולים המגיעים לציבור על אפס וחמתם של הגופים החזקים. לעומת זאת, במתווה הגז כבר נרשמו קורת רוח משמעותית בקרב הגופים המפוקחים, ומורת רוח משמעותית בקרב הציבור הרחב. המטריצה המחלקת את הסוגיות הרגולטוריות לפי העלויות והתועלות אינה עוזרת להסביר את ההבדלים בין שני סוגי החלטות אלה. הרי בשניהם, ההחלטות הרגולטוריות נוטות לחלק את העלויות והתועלות בצורה אסימטרית במובהק: מצד אחד, האינטרסים של מספר מצומצם של גופים חזקים מאין כמוהם (נוכל אנרגי (עכשיו שברון) וקבוצת תשובה), ומהצד האחר, האינטרסים של ציבורים רחבים במיוחד (משלמי המיסים במתווה ששינסקי; צרכני החשמל והדורות הבאים מבחינת ביטחון אנרגטי ואיכות הסביבה במתווה הגז). לעומת זאת, המטריצה המחלקת את הסוגיות הרגולטוריות לפי בולטות וסיבוכיות מספקת הסבר אפשרי, כדלקמן.

כאשר מדובר בשאלה אם חברות הגז תשלמנה 12.5% או 60% מתוך, נגיד, 250 מיליארד, קל במיוחד לדבר על היתרונות והחסרונות במהדורות החדשות המרכזיות ולתווך אותם לציבור ("האם אתם בעד שהציבור יקבל 100 מיליארד, או 2 מיליארד?") . לעומת זאת, האזרח הממוצע יתקשה עד מאוד להסביר מה בכלל כולל מתווה הגז, שלא לומר לתאר את היתרונות והחסרונות שבו. בהחלטה מהקטגוריה הראשונה, קל

<sup>43</sup> בעקבות תגליות של מאגרי גז טבעי משמעותיים מול חופי ישראל, החליטה המדינה על הצורך בעדכון הרגולציה בתחום, ומינתה לשם כך מספר וועדות ציבוריות, אשר בעקבות המלצותיהן עודכנו ההסדרים הנוגעים לשלל היבטים, מתשלום תגמולים ודרך שלבי פיתוח והיקף הייצוא.

לרגולטורים להתגבר על ניסיונות לחץ של הגופים החזקים משום שהבולטות הגבוהה והסיבוכיות הנמוכה מייצרות וקטור מאזן בדמות סיקור תקשורתי ולחץ ציבורי כבד.

4. קל יותר להכריז על רפורמה למען הציבור מאשר לאכוף אותה ביומיום מול הגופים המפוקחים

הדוגמה האחרונה של אסדרת הגז הטבעי ומתווה ששינסקי גם ממחישה את התובנה הרביעית והאחרונה שנבליט לצרכינו, והיא ההבדל בין שלבים שונים של רגולציה (קביעת כללים, ניטורם, ואכיפתם). מתווה ששינסקי אמנם הלך כברת דרך גדולה לכיוון הציבור הרחב, אך בשנים שמאז נערמו טענות ובעיות אינספור הקשורות ביכולתן של חברות גז להימנע מלהעביר כספים לציבור.<sup>44</sup> ככלל, קל יותר להכריז במסיבת עיתונאים רבת רושם על רגולציה שתטיל עלויות על הגופים החזקים בשם אינטרס ציבורי רחב, וקשה יותר לנטר ולאכוף את הציות לרגולציה ביומיום. שלב האכיפה היומיומי מתקיים לרוב מתחת לרדאר הציבורי, והיתרונות של הגופים המפוקחים בו בולטים במיוחד.<sup>45</sup>

הרגולטורים האמונים על אכיפה, מצידם, סובלים מבעיות משאבים, בעיות מידע, ובעיות תמריצים.<sup>46</sup> משאביהם של רגולטורים מוגבלים, ופעמים רבות אין ביכולתם לנטר בצורה מקיפה ולהילחם עד הסוף מול גופים מפוקחים שמנסים לנקוט בטקטיקת "הפרה משתלמת".<sup>47</sup> גם אם לרגולטורים יש גישה למידע ויכולת לנקוט בפעולות אכיפה, הם לא תמיד מעוניינים לעשות כן: כך לדוגמה, בתרחיש אחד אכיפה אגרסיבית עלולה לפגוע ביציבות של אחד הגופים המפוקחים, ורגולטורים עשויים לתעדף שיקולי יציבות המפוקחים על-פני שיקולים כגון רווחת הצרכן.<sup>48</sup> בתרחיש אחר, פקיד הציבור פשוט מעוניין "בחיים שקטים" ולפיכך אינו מעוניין לצאת למלחמת חורמה כל יום מול גוף מפוקח חזק.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> ראו לדוגמה ישראל פישר "הנשק של חברות הגז בקרב על מיליארדי שקלים: דף פשוט" **TheMarker**, 11.8.2021; ישראל פישר "לא בוצעה השוואה עולמית ותחזיות ההכנסות כשלו; איפה הכסף ממתווה הגז?" **TheMarker**, 20.10.2021; אבי בר-אלי "חברות הגז 'שיחקו' עם 850 מיליון שקל - כדי לחמוק מתשלום מס" **TheMarker**, 24.11.2021.

<sup>45</sup> ראו CASS R. SUNSTEIN, *AFTER THE RIGHTS REVOLUTION: RECONCEIVING THE REGULATORY STATE* 102 (1990); יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219, 264 (2017).

<sup>46</sup> ראו ת"צ (חי) 36568-07-19 **עמותת אורחים למען הסביבה נ' אלקון מרכז מיחזור ואח'** (נבו), 4.2.2021, פ"ס 53 לפסק הדין של השופט סוקול.

<sup>47</sup> ראו דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" **עיוני משפט** מה 117, 194-196 (2022).

<sup>48</sup> ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2405/04 **בן עמי נ' הדר בע"מ** (נבו), 27.4.2011 (שם השופט אלטוביה מבהיר כי "לעיתים רכיב הדאגה הצרכנית של הרגולטור היא קטן מרכיבים אחרים, למשל בטחון המדינה, איכות הסביבה או קופת המדינה (אם למשל הגורם המפוקח בידי הרגולטור והנתבע עלול לפנות למדינה בתגובה לאישור תובענה ייצוגית ולתבוע כספים ממנה- שאז הרגולטור יבחן את טובת כלל הציבור אל מול טובת הקבוצה התובעת)"; שפירא, מעמד בכורה לעמדת הרגולטור, לעיל ה"ש 12.

<sup>49</sup> ראו לדוגמה Matthew C. Stephenson, *Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies*, 91 VA. L. REV. 93, 110 (2005).

## ב. כיצד מנגנון התובענה הייצוגית יכול לאזן כשלים רגולטוריים

ככלל, מנגנון התובענה הייצוגית הוא בעל פוטנציאל גבוה לאזן כשלים רגולטוריים. ברמה הבסיסית, המנגנון יכול לאזן את התמריצים להשתתף במשחק ההשפעה על רגולציה: הגמול החומרי הגדול שהוא מספק למי שמייצג קבוצת תובעים יכול לפתור את בעיית הפעולה המשותפת של ציבורים מבוזרים. ברמה קצת פחות אינטואיטיבית, המנגנון גם יכול לצמצם פערים בגישה למידע, במומחיות, ובשליטה בסדר היום. ההליך עצמו, על גילוי המסמכים שבו וחוות דעת המומחים שבאי כוח התובעים מייצרים, יכול להציף מידע על התנהלות המפוקחים והמפקחים, לייצר סיקור תקשורתי (פולר אפ), ולהתניע הליך של "סנקציות מוניטיביות".

נהוג לחשוב על תובענות ייצוגיות מהזווית של איזון כשלים רגולטוריים מסוג אכיפה לא מטבית: כאשר הרגולטור קובע כללים ראויים אך אינו אוכף אותם, שחקנים פרטיים יכולים להיכנס לווקום ולאכוף את הכללים במסגרת תובענה ייצוגית. אך האפשרות של הצפת מידע על התנהלות בעייתית של המפקחים והמפוקחים במסגרת הליך התובענה הייצוגית מאזנת גם כשלים רגולטוריים מסוג קביעת כללים לא מטבית: כאשר הרגולטור מלכתחילה מנסח את הנורמה כך שהתנהלות הגופים המפוקחים תמצא בגבולות החוק (על אף שהיא מזיקה), הנוק שגרמה ההתנהלות יכול להצמיח עילה לתובענה ייצוגית, אשר בתורה גם תחשוף מידע על התנהלותו הבעייתית של הרגולטור בשלב קביעת הכללים (ותרתיע שבי רגולטורי מלכתחילה).<sup>50</sup>

1. איזון בעיית התמריצים הבסיסית והסחף לכיוון תועלות-מרוכזות, עלויות-מבוזרות

ראינו לעיל כי בעיית הפעולה המשותפת יוצרת סחף לכיוון רגולציה שמרעיפה תועלות על קבוצות אינטרס צרות, על חשבון ציבורים מבוזרים. מנגנון התובענה הייצוגית בנוי לפתור בעיות פעולה משותפת שכאלה: הוא מספק תמריצים חומריים חזקים לתובעת ובאת כוחה לאתר מקרים שבהם גופים מפוקחים מטילים עלויות על ציבור צרכנים מבוזר שברגיל אינו מודע ואינו מתואם מספיק כדי להתנגד, ולהילחם בשם אותו ציבור בבית המשפט, כאשר הגמול האישי עבורן אמור להיגזר מהתועלת שתיווצר לקבוצה. כך לדוגמה, תובענה ייצוגית יכולה לעזור במצבים שבהם חברת ביטוח או סלולר גובה ביתר סכומים קטנים יחסים ממיליוני צרכנים.<sup>51</sup> לכאורה, היינו יכולים לחשוב שרשות שוק ההון או משרד התקשורת ישגיחו היטב וימנעו גביית יתר מלכתחילה. בפועל, אלו מצבים שבהם קיימת אסימטריה לטובתם של הגופים המפוקחים והאכיפה הציבורית נמצאת בנקודת פתיחה בעייתית. התמריצים החומריים

<sup>50</sup> לדוגמה קונקרטיית לדינמיקות שכאלה ראו Assaf Jacob & Roy Shapira, *An Information-Production Theory of Liability Rules*, 89 U. CHI. L. REV. 1113, 1148-49 (2022).

<sup>51</sup> ראו לדוגמה עניין זליגמן, לעיל ה"ש 15.

שמספקת התובענה הייצוגית יכולים לאזן את מבנה התמריצים הבעייתי שפועל על רגולטורים במצבים כאלה.<sup>52</sup>

מלבד אספקת תמריצים לייצוג קבוצות שבדרך כלל לא מיוצגות בשלב ההשפעה על רגולציה, תובענות ייצוגיות גם יכולות לאזן את התמריצים של האמונים על אכיפה. כך לדוגמה, בניגוד לרגולטורים האמונים על אכיפה ציבורית, עורכי-דין המגישים תובענות ייצוגיות אינם חושבים על מקומות תעסוקה עתידיים בקרב הגופים המפוקחים.<sup>53</sup> ובניגוד לרגולטורים, עורכי-הדין הפרטיים אינם מקצים משקל יתר לפונקציית המטרה של שמירה על יציבות המפוקחים.<sup>54</sup>

מתובנה בסיסית זאת ניתן לגזור לקחים בסיסיים לשלב הבקשה לאשר תובענה כייצוגית. ראשית וברמה הכללית ביותר, התובנה הבסיסית משרטטת לנו את גבולות הגזרה של טיעונים נכונים ולא נכונים כאשר מתייחסים לרגולציה קיימת בתחום במסגרת שלב האישור.<sup>55</sup> דוגמה להתייחסות שגויה מגיעה מאותם מקרים שבהם בית המשפט מפנה לקיומה של רגולציה אינטנסיבית בתחום מסוים כשיקול נגד אישור תובענות ייצוגיות.<sup>56</sup> השאלה הנכונה היא אינה אם קיימת רגולציה אינטנסיבית בתחום, אלא אם יש סיבות טובות לחשוש מכך שהרגולציה הקיימת בתחום אינה אפקטיבית.<sup>57</sup> דוגמה להתייחסות נכונה לרגולציה מגיעה מאותם מקרים שבהם בית המשפט מפנה להעדר אכיפה ציבורית של הוראה מסוימת כשיקול בעד אישורה של תובענה ייצוגית.<sup>58</sup> אך הטיעון בדבר איזון בעיית התמריצים לא תמיד יצביע על הצורך באישור התובענה כייצוגית. בתת-פרק ג.1 לעיל נפרט תוך שימוש במקרים קונקרטיים מהארץ, וננסה לשרטט כללי אצבע לזיהוי נסיבות שבהן פערי התמריצים נסגרים, או אפילו עובדים לטובת הקבוצה שבשמה מוגשת התובענה הייצוגית.<sup>59</sup> כך המצב, לדוגמה, כאשר לכל

<sup>52</sup> ראו בכלילית Stephen C. Yeazell, *Collective Litigation as Collective Action*, 43 U. ILL. L. REV. 43 (1989).

<sup>53</sup> ראו Alexander I. Platt, *The Whistleblower Industrial Complex*, 40 YALE J. ON REG. 688, 700 (2023).

<sup>54</sup> עניין הדר, לעיל ה"ש 48 (שם כאמור השופט אלטוביה מסביר כי מכשיר התביעה הייצוגית נדרש בין היתר במצבים שבהם "רכיב הדאגה הצרכנית של הרגולטור יהא קטן מרכיבים אחרים").

<sup>55</sup> בתי המשפט עושים זאת בדרך כלל תוך הפניה לסעיף 1(2) לחוק, אשר קובע כי אחת מתכליות התובענה הייצוגית היא "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו". עוד בעניין א.ש.ת. בית המשפט העליון קבע כי התובענה הייצוגית משמשת תכלית זאת גם במישור האזרחי, מקום שבו הסנקציות המוטלות על-ידי הרגולטור אינן מספיקות. רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים, פ"ד נז(3) 220, 237. ראו גם עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת" משפט ועסקים 111, 149-50 (2021).

<sup>56</sup> ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי מרכז) 22553-07-10 שער נ' המוצעה להסדר ההימורים בספורט (נבו), 18.12.2011; הוכמן, חספר ולרגמן לעיל ה"ש 1, בעמ' 74, ה"ש 12-111 (המרכזים הפניות).

<sup>57</sup> העובדה שתחום מסוים מאוסדר בכבדות אינה מעידה על העדרו של שבי רגולטורי; לעיתים ההפך הוא הנכון: השחקנים החזקים בשוק נהנים מהרגולציה אשר משמשת כחסם כניסה למתחרים חדשים. זוהי התיאוריה הפופולרית של ג'ורג' סטיגלר, שלפיה השחקנים הקיימים הם אלו שדורשים יותר התערבות רגולטורית. ראו Stigler, לעיל ה"ש 15.

<sup>58</sup> ראו לדוגמה ע"א 6187/15 פסגות נ' צולר (נבו, 28.5.2018), פס' 37 לפסק הדין של השופטת ברון; ת"צ (מחוזי חיפה) 38449-04-11 שטיין נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ (נבו, 2.1.2013).

<sup>59</sup> שי לביא מציע להבחין לצרכי השאלות שבהן אנו דנים פה בין רגולטור עם מניעים מוטים וכאלה שמניעיהם נקיים. בשפתם, הוא מציע לבתי המשפט "to decipher the agency's motives". Lavie, לעיל ה"ש 2, בעמ' 525. אנו מסכימים על הגישה הכללית אך חלוקים על היישום. אני סבור שבתי המשפט אינם מוכשרים למשימה של התחקות אחר מניעי הרגולטור. עדיפה התמקדות בכללי

אחד מחברי הקבוצה הגדולה יש אינטרס גדול מספיק להיות מעורב בהשפעה על רגולציה (חשבו על תכנון ובנייה ברמה המקומית המשפיע על ערך הנדל"ן). במילים אחרות, יהיו סוגיות משפטיות שבהן ככלל בעיית הפעולה המשותפת נפתרת בדרכים אחרות, ולכן, *ceteris paribus*, הצורך בתובענה ייצוגית קטן.

## 2. איזון בעיות המידע, מומחיות, ושליטה בסדר היום

מלבד השפעה על התמריצים החומריים, בכוחו של הליך התובענה הייצוגית גם לאזן כשלים רגולטוריים הנובעים מחוסר מידע, חוסר מומחיות, שליטה בסדר היום, ושיקולי מוניטין של רגולטורים.

הליך התובענה הייצוגית יכול לחלץ מידע איכותי על התנהלות הגופים המפוקחים שלא היה ברשותו של הרגולטור עובר לתובענה. בארצות הברית, וונדי ואגנר הרחיבה והמחישה טיעון זה תוך שימוש בדוגמאות רבות, כגון תובענות ייצוגיות נגד חברות תרופות אשר במהלכן נחשפו דיונים פנימיים ובהם מידע על הסיכונים החבויים בשימוש בתרופות מסוימות.<sup>60</sup> אמנם סדרי הדין האמריקאיים (שבהם ואגנר מתמקדת) כוללים גילוי מסמכים אגרסיבי ומקיף יותר מכלל מקום אחר בעולם,<sup>61</sup> אך הטיעון העקרוני נכון גם לגילוי מסמכים וההליך בתובענות ייצוגיות תוצרת כחול לבן. הליך של תובענה ייצוגית יכול לסייע בחילוץ מידע שאליו הרגולטור לא יכל או לא רצה להגיע. סמכויות חילוץ המידע של הרגולטור יכולות להיות מתוחמות בחוק או מוגבלות בגלל משאביו. לתובע בתובענה ייצוגית ולבא כוחו, לעומת זאת, יש תמריצים חזקים במיוחד (גמול) לחלץ מידע על התנהלות בעייתית של הגופים המפוקחים (הנתבעים). נוסף על כך, אותו "גזר" כספי בדמות גמול נדיב בתום ההליך מתמרץ את מניעי ההליך הייצוגי לשכור מומחים אשר ינתחו את המידע הקיים בעיניים ביקורתיות. בכך, ההליך הייצוגי יכול לעזור הן בגישה למידע והן בעיבוד המידע, ולסגור במעט את פערי המידע והמומחיות אשר רגולציה עלולה לסבול מהם.

ההליך הייצוגי עשוי גם לעזור באיזון כשלים רגולטוריים אשר נובעים משיקולי מוניטין. ההליך שופך לעיתים אור לא רק על ההתנהלות של הגופים המפוקחים, אלא גם על ההתנהלות של המפקחים. בכך, ההליך יכול להתניע "סנקציה מוניטין" כלפי הרגולטור אשר נתפס כמי שלא ביצע את עבודתו כשורה. גם כאן,

---

אצבע המצביעים על נסיבות שבהן על הרגולטור פועל מערך ווקטורים אסימטרי, על פני התחקות אחר מניעים של רגולטור כזה או אחר. לביא מציע כי את המשמיה הקשה של להבין איזה רגולטור מוטה ואיזה לא ימלאו מרצונם הנתבעים, אשר להם יש בדרך כלל מידע עדיף על הרגולטור המפקח עליהם (ראו שם, בעמ' 522). מבחינתו, ניתן לצאת מנקודת הנחה שמניעי הרגולטור מוטים, כל עוד הנתבעים לא מראים אחרת. אני סבור שזאת נקודת פתיחה קצת בעייתית: במקום לייצר חזקה שהרגולטור מוטה, הייתי מציע להניח שהרגולטור בסדר, אך להשתמש בכללי אצבע המופיעים כאן כדי לזהות מצבים שבהם צריך להתחקות אחר מניעיו.

<sup>60</sup> ראו Wendy Wagner, *When All Else Fails: Regulating Risky Products through Tort Litigation*, 95 GEO L.J. 693 (2007).

<sup>61</sup> ראו Érica Gorga & Michael Halberstam, *Litigation Discovery and Corporate Governance: The Missing Story About the "Genius of American Corporate Law"*, 63 EMORY L.J. 1383, 1389 & n.23, 1406 & n.104 (2014).



קיים תיעוד של דוגמאות רבות בעולם לדינמיקה של תובענה ייצוגית אשר *shamed the regulator into account*.<sup>62</sup> תובענות ייצוגיות נגד פולקסווגן בפרשת הרכבים המזהמים חשפו מידע בעייתי על היחסים החמימים מדי בין הרגולטור הגרמני לבין פולקסווגן; תובענות ייצוגיות נגד חברות תרופות בפרשת האופייאטים חשפו מידע על פיקוח נרפה מדי מצד ה-FDA; ותובענות ייצוגיות נגד חברות מזהמות גרמו לרגולטור הסביבתי (ה-EPA) לשנות לחלוטין את מדיניות האכיפה שלו, אחרי שאזלת ידו נחשפה.<sup>63</sup> בכל המקרים הללו, מידע שזרם מההליך המשפטי הזין סיקור תקשורתי ביקורתי כלפי הרגולטור, אשר בתורו גרם ללחצים ציבוריים על הרגולטור לשנות את דרכיו. עצם האפשרות שהוא ייחשף בקלקלתו במסגרת הליך ייצוגי נגד הגופים המפוקחים יכולה למשטר את התנהלות הרגולטור מלכתחילה. המשמעות היא שאף שסעיף 3(א) לחוק אוסר הגשת תובענה ייצוגית נגד רגולטור,<sup>64</sup> תובענות ייצוגיות נגד הגופים המפוקחים מספקות פיקוח עקיף (מוניטיני) על הגופים המפוקחים.

לשם המחשת הפונקציה האמורה של פיקוח על המפוקחים, טלו שתי דוגמאות: תובענות ייצוגיות בקשר עם מחירים שנמצאים תחת פיקוח, ותובענות ייצוגיות בקשר עם הסדרי אכיפה. ככלל, רגולציה באמצעות פיקוח מחירים היא כלי מועד לשבי רגולטורי.<sup>65</sup> יש אסימטריה מובנית ביכולת של הגוף המפוקח להאיר ולדחוף לעדכון כלפי מעלה של המחירים המפוקחים, אל מול היכולת של ציבור הצרכנים המבוזר להאיר ולדחוף לעדכון כלפי מטה, כאשר הדבר נדרש. ואכן, העדויות מרחיבי העולם מלמדות שכאשר יש מקום לעדכן את נוסחת פיקוח המחירים לטובת הצרכנים, היא בדרך כלל לא מתעדכנת במשך כמה שנים טובות.<sup>66</sup> תובענות ייצוגיות מאזנות במשהו את האסימטריה ביכולות הפיקוח על המפוקחים: בארץ, דוגמה קונקרטית מגיעה ממקרה חברת החשמל שחשף את הפיקוח הנרפה (במקרה הטוב) של רשות החשמל על גביית יתר.<sup>67</sup>

הדוגמה השנייה מגיעה מפיקוח על אכיפה ציבורית. לשם המחשה, טלו את המקרה האמריקאי המפורסם של פרשת וולס פארגו. הבנק הענקי נתפס לפני כעשור בהונאה רחבת היקף של צרכנים.<sup>68</sup> הרגולטור הודיע בקול תרועה רמה על פעולת אכיפה

<sup>62</sup> על הפרקטיקה ראו Stephenson, לעיל ה"ש 49, בעמ' 110.

<sup>63</sup> ראו לדוגמה David R. Hodas, *Enforcement of Environmental Law in a Triangular Federal System: Can Three Not Be a Crowd When Enforcement Authority Is Shared by the United States, and Their Citizens*, 54 MD. L. REV. 1552, 1608-09 (1995).

<sup>64</sup> תזכיר חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024 (להלן: "התזכיר") הולך צעד נוסף ומציע לתקן את ס' 3 לחוק, כך שלא ניתן יהיה גם להגיש הודעת צד שלישי נגד רשות (קרי, שגוף מפוקח שהוגשה נגדו תובענה ייצוגית לא יוכל להגיש הודעת צד שלישי נגד רשות במסגרת אותה תובענה ייצוגית).

<sup>65</sup> ראו לדוגמה דיוויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 761, 780-81 (2016).

<sup>66</sup> רויטמן, לעיל ה"ש 4545, בעמ' 259-60.

<sup>67</sup> רע"א 3456/13 **חברת חשמל בע"מ נ' שליידר** (נבו, 29.8.2017). נחזור לדוגמה זאת ביתר פירוט בתת-פרק 1.1 להלן.

<sup>68</sup> ראו E. Scott Reckard, *Wells Fargo's Pressure-Cooker Sales Culture Comes at a Cost*, L.A. TIMES (Dec. 21, 2013), <https://www.latimes.com/business/la-fi-wells-fargo-sale-pressure20131222-story.html>.

שהסתיימה בקנס גדול ובהתחייבויות להכניס שינויים בהתנהלות הבנק מעתה ואילך. אלא שכמו שקורה פעמים רבות, הרגולטור לא אכף את הסדר האכיפה, והבנק לא הטמיע את השינויים שאליהם התחייב כאשר חתם על ההסדר.<sup>69</sup> או אז אזרחים פרטיים הגישו נגד הבנק תובענה ייצוגית על אי-הטמעת השינויים. ההליך נגמר בפשרה של מיליארד דולר, אשר סוקרה בהרחבה בתקשורת.<sup>70</sup> כך, ההליך הייצוגי ייצר הן אקאונטביליות של הגופים תחת אכיפה, והן אקאונטביליות של הגופים האוכפים.

### 3. יתירות באכיפה מאזנת טעויות רנדומליות וחוסר במשאבים

גם כאשר הרגולציה אינה שבויה במובן שהיא מוטה באופן שיטתי לכיוון הגופים המפוקחים, היא מטבעה אינה מושלמת, וייתכן שאכיפה במקביל דרך תובענות ייצוגיות תצליח לשפר את האקאונטביליות של הגופים המפוקחים.<sup>71</sup> זאת תובנה מוכרת היטב בפסיקה בארץ.<sup>72</sup> בפרט, אכיפה דרך תובענות ייצוגיות מורידה את עלויות הטעויות הרגולטוריות, ומגדילה את כמות המשאבים המוקדשת לאכיפה.<sup>73</sup> הנקודה הראשונה היא למעשה עקרון בסיסי בהנדסה: השילוב של שתי מערכות לא מושלמות (כאן, רגולציה ותובענות ייצוגיות) יכול להניב מערכת טובה יותר מכל אחת בנפרד, כל עוד הטעויות של מערכת אחת אינן חופפות לטעויות של מערכת אחרת.<sup>74</sup> ברגיל, אין סיבה שהכשלים של תובענות ייצוגיות יחפפו לכשלים של אכיפה ציבורית, ולו כי האנשים האמונים על אכיפה בכל אחת מהמערכות באים מרקעים שונים ובעלי תמריצים שונים. משכך, ניתן להניח תובענות ייצוגיות "תתפוסנה" ותאזנה טעויות רנדומליות של רגולציה, ולהפך.

הנקודה השנייה נובעת ממה שהפך כבר לאקסיומה, קרי, העובדה שגופים רגולטוריים נוטים לסבול ממגבלות תקציב וכוח אדם.<sup>75</sup> תובענות ייצוגיות רותמות

<sup>69</sup> זאת בעיה מתועדת היטב של חוסר יכולת ו/או תמריצים להשקיע במעקב אחר הסדרי אכיפה. ראו בהרחבה ב Andrew K. Jennings, *Follow-Up Enforcement*, 70 DUKE L.J. 1569, 1574 (2021).

<sup>70</sup> ראו לדוגמה Jonathan Stempel, *Wells Fargo to Pay \$1 Billion to Settle Shareholder Lawsuit Over Recovery from Scandal*, REUTERS (May 16, 2023), <https://www.reuters.com/legal/wells-fargo-reaches-1-bln-settlement-with-shareholders-over-recovery-scandals-2023-05-16>.

<sup>71</sup> למעשה, יתירות באכיפה עשויה גם להפחית את סכנת השבי הרגולטורי פשוט משום שהיא מגדילה את העלויות עבור הגופים המפוקחים לשבות את הרגולציה: הם כעת צריכים להשקיע בלהשפיע לא רק על הרגולטור אלא גם על בתי המשפט. Renee M. Jones, *Dynamic Federalism: Competition, Cooperation and Securities Enforcement*, 11 CONN. INS. L.J. 107, 122 (2004).

<sup>72</sup> ראו גם קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים 756, 709 (2016) (המספקים ראיות לכך שהתובענות הייצוגיות בארץ הצליחו לשפר את האכיפה הפרטית של הוראות רגולטוריות, וטוענים שבכך הושגה "מטרה שחשיבותה לא מבוטלת בעיקר בתחומים שבהם האכיפה הרגולטורית הציבורית היא מועטה").

<sup>73</sup> ראו בכלליות Zachary D. Clopton, *Redundant Public-Private Enforcement*, 69 VAND. L. REV. 285, 288-89 (2016).

<sup>74</sup> שם, בעמ' 308.

<sup>75</sup> ראו לדוגמה עניין צולר, לעיל ה"ש 58, ס' 37; עניין אלקון, לעיל ה"ש 46, ס' 52; Stephenson, לעיל ה"ש 49, בעמ' 107.

לאכיפה סט נוסף של משאבים, ובכך עשויות לשפר את האכיפה.<sup>76</sup> מעבר לנקיטת פעולות אכיפה שהרגולטור לא היה פועל בהן, הליך התובענה הייצוגית גם עשוי לזמן קשת של סעדים שלא תמיד זמינה לרגולטור. בדוגמה של בזק שהזכרנו במבוא לעיל, העיצומים הכספיים שהוטלו במסגרת אכיפה ציבורית היו בטלים בשישים ביחס להכנסות העודפות של בזק מהתעלמות מרפורמה רגולטורית שנועדה לפתוח את השוק לתחרות.<sup>77</sup>

אדגיש את מה שאמור להיות מובן מאליו: יתירות באכיפה, על אף היתרונות האמורים, מגיעה עם עלויות. לכן, עצם העובדה שמשאביו של הרגולטור מוגבלים אינה אומרת שהקצאת משאבים לתובענה ייצוגית היא יעילה מבחינה כלל-חברתית. כלל אצבע אחד שיכול לסייע בהכרעה בטריידאוף הוא איזה סוג של טעות מטריד אותנו יותר בהקשר הפרטני. יתירות באכיפה מפחיתה טעויות מסוג false negatives, קרי, מצבים שבהם הגוף המפוקח התנהל לא בסדר אך לא החוק לא נאכף כלפיו. מנגד, יתירות באכיפה מגדילה טעויות מסוג false positives, קרי, מצבים שבהם הגוף המפוקח התנהל בסדר, אך בכל זאת נאלץ להתמודד עם פעולות אכיפה נגדו.<sup>78</sup> בהקשרים מסוימים, כגון דיני ניירות ערך, העלויות של הטעויות מסוג אכיפת-חסר יטרידו אותנו יותר מאשר העלויות של טעויות מסוג אכיפת-יתר (משום שתרכות של תרמיות בשוק ההון יכולה למחוק ערך במיליארדים).<sup>79</sup> בהקשרים אחרים נדאג יותר מהעלויות המנהליות העודפות והאפקט המצנן על חדשנות.

\*

ראינו אם כן כי תובענות ייצוגיות יכולות להרתיע גופים מפוקחים במקום שבו הרגולטור אינו מרתיע אותם מספיק, וכי תובענות ייצוגיות יכולות גם לחשוף כשלים רגולטוריים ובכך לתמרץ את הרגולטור לעבוד טוב יותר למען האינטרס הציבורי מלכתחילה.

הלקח בדבר יכולתה של התביעה הייצוגית להוות כוח-נגד יעיל לווקטורים המובילים לשבי רגולטורי או "סתם" לכשלים רגולטוריים חשוב במיוחד לאור הקריאות הנשמעות תדיר "להוריד את הנטל הרגולטורי". על קובעי המדיניות בארץ להכיר בכלים השלובים שבין הסדרת התנהגות "אקס אנטה" לבין הסדרת התנהגות "אקס פוסט." מי שמעוניין בהורדת הדרישות הרגולטוריות המערימות חסמי כניסה לשוק מלכתחילה (הסדרה אקס אנטה) חייב לדאוג לכך שתתקיים אכיפה אגרסיבית בדיעבד של אלו אשר ניצלו את הכניסה הקלה לשוק כדי להתנהל בצורה מזיקה (הסדרה אקס פוסט). בארץ נשמעות בשנים האחרונות קריאות מצד חוגים עסקיים מסוימים או מכוני מחקר שמייבאים הגות שמרנית מארצות הברית, להוריד את הנטל

<sup>76</sup> ראו לדוגמה, Stephanie Bornstein, *Public-Private Co-Enforcement Litigation*, 104 MINN L. REV. 811, 858 (2019).

<sup>77</sup> לעיתים הרגולטור מוגבל ביכולתו להטיל סנקציות שתרתענה את הגופים המפוקחים פשוט כי גובה העיצום הרגולטורי מוגבל בחיקוק.

<sup>78</sup> ראו Clopton, לעיל ה"ש 73, בעמ' 309.

<sup>79</sup> ראו Lynn A. Stout, *Type I Error, Type II Error, and the Private Securities Litigation Reform Act*, 38 ARIZ. L. REV. 711 (1996).

הרגולטורי ובאותה נשימה גם להקשות על האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות.<sup>80</sup> ככלל, שני הצעדים האלה אינם אמורים לדור בכפיפה אחת. במדינות שבהן קיימת רגולציה כבדה הקובעת את תנאי הכניסה לשוק, האכיפה האזרחית בדיעבד חסרה (נקרא לזה בהכללה גסה "המודל האירופאי"); ואילו במדינות שבהן קיים לחץ מתמיד להורדת הנטל הרגולטורי אקס אנטה, האכיפה האזרחית בדיעבד אגרסיבית במיוחד (נקרא לזה בהכללה גסה "המודל האמריקאי").<sup>81</sup> לא ניתן לייבא חלק אחד מהמודל של "כמו באמריקה" (פחות נטל רגולטורי) בלי החלק המשלים שלו (יותר אכיפה בדיעבד).<sup>82</sup> צעדים שיכולים להיות מבורכים כשלעצמם כגון חקיקת חוק האסדרה שבין תכליותיו הפחתת הנטל הרגולטורי צריכים להיות מלווים בשמירה וחיזוק מעמדם של מנגנוני אכיפה אזרחית כגון תביעות ייצוגיות ונגזרות.

### ג. לקחים יישומיים

עד כה המאמר הדגיש את הצורך לנתח את התובענה הייצוגית והיבטים פרטניים בה לא בווקום, כי אם בהשוואה לכלים רגולטוריים אחרים. כעת, כאשר אנו חמושים בהבנה טובה יותר של כשלי הכלים הרגולטוריים האחרים והדרכים שבהן תובענות ייצוגיות יכולות לאזנם, ניתן לעבור ללקחים יישומיים לסוגיות קונקרטיות. תת-פרק 1 עוסק בלקח המרכזי, והוא כיצד קיומה של אסדרה צריך להשפיע על אישור תובענה כייצוגית. מופעים שונים של השאלה אשר עולים לא אחת בבתי המשפט הם מתי יש להתחשב בחוות דעת הרגולטור, וכיצד יש להתחשב באכיפה הציבורית הקיימת עובר להגשת התובענה או אחריה. תת-פרק 2 עוסק בלקחים משניים, דרך סוגיות פרטניות אשר זכו לדיון במסגרת עבודת הצוות לבחינת תיקונים לחוק ומצאו את דרכם לתזכיר החוק: מי יכול להגיש תובענה, כיצד לסיים תובענה באמצעות גישור, ואלו עילות לפטור מאגרה.

#### 1. האם לאשר את התובענה כייצוגית

היחס בין תובענות ייצוגיות לבין רגולציה עולה תדיר בבתי המשפט בשלב בקשת אישור התובענה כייצוגית, במופעים שונים: האם האסדרה הקיימת משפיעה על עצם קיומה של עילת תביעה? האם האסדרה משפיעה על תנאי "הדרך היעילה וההוגנת" לטפל בעילה? מתי על בית המשפט לפנות למאסדר לקבל את עמדתו על התנהלות הגופים המפוקחים ומה מידת הכבוד שיש לתת לעמדת המאסדר? וכיוצא באלה.

<sup>80</sup> על כך שהעמדה השמרנית (במונחה של להיות pro-market ולא דווקא pro-big-business) ריגלה בחיזוק מעמדה של התביעה הייצוגית, ראו בהרחבה BRIAN T. FITZPATRICK, THE CONSERVATIVE CASE FOR CLASS ACTION (2019).

<sup>81</sup> ראו Samuel Issacharoff, *Regulating after the Fact*, 56 DEPAUL L. REV. 375, 377 (2007).

<sup>82</sup> ללקח כללי זה בהקשר אחר (דיני חברות) ראו רועי שפירא "להיות כמו דלוור" עיוני משפט מד 683 (2021).

כבר עמדנו בפרק ב' לעיל על הלקח הבסיסי והאינטואיטיבי יותר המתחייב מהניתוח כאן: עצם העובדה שקיימת אסדרה, ושהמאסדר שתק ולא פעל לשנות את התנהלות הגופים המפוקחים, אינה אומרת שיש לחסום את ניהול התובענה הייצוגית.<sup>83</sup> חשוב לעמוד בהקשר זה גם על ההשלכות אקס אנטה של אימוץ עמדה שלפיה קיומן של הנחיות רגולטוריות פוטר את הגופים המפוקחים מתביעה ייצוגית. עמדה שכזאת תתמרץ את הגופים המפוקחים להשקיע משאבים ברדיפה אחר רנטות רגולטוריות מלכתחילה.<sup>84</sup> לעומת זאת, אם הגופים המפוקחים יידעו שגם קבלת עמדה מהרגולטור איננה צ'ק פתוח להתנהל בצורה בעייתית, ניתן לטעון שהם יתמרצו להשקיע בשיפור ההתנהלות ולא במרדף אחר רגולטורים.<sup>85</sup> לשם המחשה, טלו את פרשת חברת החשמל, שסבה סביב טענות לגביית יתר מאזרחי המדינה שמימנה חריגות שכר לעובדי חברת חשמל.<sup>86</sup> היועץ המשפטי לממשלה הגיש עמדה שלפיה יש לאמץ את הדוקטרינה האמריקאית של Filed Rate: תחת דוקטרינה זאת, תעריפי מחירים שנמצאים תחת פיקוח הרגולטור אינם יכולים להיות נושא לתובענה ייצוגית, אלא לכל היותר להליך מנהלי.<sup>87</sup> בית המשפט העליון דחה (בצדק) עמדה קטגורית זאת, וקבע כי תביעות אזרחיות יכולות להשלים את הכלים המוגבלים אשר עומדים לרשות הרגולטור למנוע ניצול לרעה של תעריפים.<sup>88</sup> לעניינו, חשובה ההנמקה על ההשפעות הבעייתיות של הדוקטרינה על תמריצי הגופים המפוקחים: היא מתמרצת אותם להשקיע בשתדלנות מול הרגולטורים כדי לקבל תעריפים מיטביים עבורם מלכתחילה ובכך ליהנות מחסינות מאכיפה אקס פוסט.<sup>89</sup>

במקום אחר עמדתי בהרחבה על הלקח המתחייב בכל הנוגע במידת הכבוד שיש לתת לפרשנותו של המאסדר במסגרת שלב האישור.<sup>90</sup> המאמר הוא נכתב אחרי הדיון המקורי בבית המשפט העליון בעניין **זליגמן**, שבו נקבע כי יש ליתן לעמדת המאסדר מעמד כבוד ולא להרהר אחריה. טענתי אז כי דווקא בהקשר הפרטני של **זליגמן** – השלב הדיוני המקדמי של אישור תובענה כייצוגית, עילה של גביית יתר ממיליוני צרכנים על-ידי כמה גופים חזקים, שיקולי מוניטין ויציבות הגופים המפוקחים של

<sup>83</sup> אחזור ואדגיש: ייתכן כי שיקול זה יצטרף לשיקולים אחרים, רלוונטיים יותר. כך לדוגמה, בעניין **שלומי כהן**, השעין בית המשפט את ההחלטה לדחות תובענה ייצוגית בעילה של אפליית מחירים הן על כך שחברות התקשורת היו נתונות לפיקוח של משרד התקשורת שלא הביע התנגדות להתנהלותן בזמן אמת (בסיס שגוי להנמקה) והן על כך שלבית המשפט אין מומחיות לדון בסוגיות שעלו שם (בסיס שיכול להיות נכון להנמקה). ת"צ (ת"א) 42754-05-11 **עו"ד שלומי כהן נ' סלקום ישראל** (9.2.2019); ע"א 528/20 **שלומי כהן נ' סלקום** (נבו, 7.7.2022), ס' 19-25 לפסק-דינה של השופטת ברון.

<sup>84</sup> מבחינת הגופים המפוקחים, השקעת משאבים במרדף אחר רנטות רגולטוריות יכולה להיות השקעה עם תשואה גבוהה מאוד. מבחינה כלל-חברתית, השקעת משאבים במרדף אחר רנטות רגולטוריות היא בובו קולוסאלי של הון פיזי, הון אנושי, והון חברתי. להרחבה ראו שפירא, הקניין החדש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 187-88 וההפניות שם.

<sup>85</sup> ראו Matthew D. Zinn, *Policing Environmental Regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits*, 21 STAN. ENVTL L.J. 81 (2002).

<sup>86</sup> רע"א 3456/13 **חברת חשמל בע"מ נ' שליידר** (נבו, 29.8.2017).

<sup>87</sup> שם, פס' כח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>88</sup> שם, פס' עז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>89</sup> ראו Jim Rossi, *Lowering the Filed Tariff Shield: Judicial Enforcement for a Deregulatory Era*, 56 VAND. L. REV. 1591, 1617 (2003).

<sup>90</sup> שפירא, מעמד בכורה לעמדת הרגולטור, לעיל ה"ש 12.

הרגולטור – הספרות על מערך התמריצים של רגולטורים מציעה סיבות רבות להרהר אחר עמדת המאסדר.<sup>91</sup> בדיון הנוסף בעניין **זליגמן** נהפכה הלכת מעמד הכבוד, תוך אימוץ העמדה שלפיה החשש משבי רגולטורי אינו מאפשר שלא להרהר אחר עמדה של המאסדר.<sup>92</sup> ברם, זאת אינה בהכרח הדרך שבה בתי המשפט מיישמים כיום את הלכת **זליגמן** בתובענות ייצוגיות. כך לדוגמה, בעניין **שלומי כהן** הוגשה בקשה לאשר תובענה ייצוגית נגד חברות הסלולר בגין הפליית מחירים.<sup>93</sup> הרגולטור – משרד התקשורת – הגיש עמדה אשר **דוחה** את פרשנותן של חברות התקשורת ומציעה כי אכן התנהלותן הייתה פסולה. אך בית המשפט נשען על **זליגמן** כדי שלא לקבל את עמדת הרגולטור, ולדחות את הבקשה לאשר התובענה כייצוגית.<sup>94</sup> ייתכן כי היו סיבות טובות שלא לקבל את עמדתו של הרגולטור במקרה הפרטני ההוא. אך ככלל, הניתוח מהזווית שלנו (ניתוח מוסדי משווה עם רגולציה) מצביע על הכיוון ההפוך: כאשר הרגולטור מגיש עמדה נגד החברות החזקות ובעד הצרכנים המבוזרים, אין סיבה מיוחדת לחשוש משבי רגולטורי.

שאלה אחרת שבה ניתן ליישם את הניתוח כאן היא באלו עילות ניתן להגיש תובענה. החוק קובע כי לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בעילות המפורטות בתוספת השנייה לחוק (או בעניין שנקבע מפורשות בהוראת חוק אחרת).<sup>95</sup> מסגרת הדיון כאן תומכת עקרונית, לדוגמה, בהכרה בעילת תובענה ייצוגית נגד פייסבוק בגין הפרת פרטיות המשתמשים, או בהכרה בעילה חוזית בנוגע בתוקף תווי קנייה.<sup>96</sup> אלו בדיוק סוגי העילות שבהן תובענה ייצוגית יכולה להשלים ולאזן כשלים רגולטוריים: העלויות של ההתנהלות מושא התביעה מבוזרות על ציבור רחב במיוחד, חלקן סמויות מהעין וחלקן החצנות על צדדים שלישיים (חשבו על סחר במידע של משתמשי פייסבוק שבו עושים שימוש סוכני כאוס הרוצים להשפיע על הספירה הציבורית); ולרגולטור אין מספיק מידע או יכולת לנטר לאורך זמן את המפרים, שהם לרוב תאגידי ענק.<sup>97</sup> חשוב, עם זאת, להבהיר כי המסגרת המוצעת כאן אינה תומכת באישור כל תובענה כייצוגית. ברמה הבסיסית ביותר, העובדה שיש כשלים רגולטוריים ואפילו שבי רגולטורי אינה משמיעה בהכרח כי ניהול תובענה ייצוגית ישפר את המצב (ולו משום שגם כלי התובענה הייצוגית סובל מעלויות משלו).<sup>98</sup> מעבר לכך, הנקודה המרכזית במאמר זה הייתה להבליט את השונות (variation) ואת הנסיבות שבהן החשש לשבי רגולטורי גדול או קטן יותר. כך לדוגמה, בסוגיות שבהן הציבור הרחב מעורב,

91 ש.ם.

92 לעיל ה"ש 15.

93 לעיל ה"ש 83.

94 ש.ם.

95 ס' 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות. תזכיר החוק מציע להוסיף (באמצעות פרט 18 לתוספת השנייה לחוק) אפשרות הגשת תובענות ייצוגיות בעילה של פגיעה בפרטיות לפי מספר סעיפים מגויים בחוק הגנת הפרטיות ותקנות הגנת הפרטיות (המשקפים את ההפרות החמורות יותר של דיני הגנת הפרטיות).  
96 ת"צ (מחוזי מרכז) 5763-09-11 **חורב נ' שופרסל** (נבו) 29.9.2013.

97 על הקושי של רגולטורים להתמודד עם תאגידי ענק והתפקיד החשוב של ליטיגציה פרטית בהקשר זה ראו בהרחבה 44 *Roy Shapira, The Challenge of Holding Big Business Accountable*, CARDZO L. REV. 203 (2022).

98 ראו קלמנט רונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 34 ה"ש 60; עניין **אלקון**, לעיל ה"ש 46, ס' 36.

הבולטות גבוהה, הסיבוכיות נמוכה, והרגולטור כבר תעדף במודע השקעה (או אי-השקעה) של משאבים, הצורך היחסי בתובענה ייצוגית קטן. לשם המחשה, טלו את דוגמת עניין קול ברמה.<sup>99</sup> שם, ארגון חברתי הגיש תובענה ייצוגית נגד תחנת רדיו, בגין מדיניות של התחנה שלא להשמיע נשים (עילת הפליה אסורה). תחנת הרדיו טענה כי תובענה ייצוגית אינה הדרך ההולמת לניהול הסכסוך, משום שהרגולטור הייעודי – הרשות השנייה – כבר הסדיר את הסוגיה בשורה של הנחיות לאורך השנים. ואכן, כבר בתחילת פעולתה של התחנה החלה לצוץ ביקורת ציבורית חריפה על המדיניות, אשר הגיעה לשולחן הממשלה,<sup>100</sup> והרשות השנייה קבעה ועדכנה כללים לשנות את המצב תוך דיאלוג עם התחנה.<sup>101</sup> בית המשפט העליון קבע שאין בכך כדי לחסום תביעת פיצויים בגין התקופה שבה התקיימה המדיניות של איסור השמעת נשים, בטרם התחנה הגיבה לשינויים ברגולציה (בשנתיים הראשונות לפעולתה). הדיון בסוגיה התמקד בפרשנות סעיף 6 לפקודת הנזיקין, אשר מקנה חסינות מפני תביעה כלפי מעשים שבוצעו לפי הוראות חיקוק או מתוקף הרשאה חוקית.<sup>102</sup> בית המשפט למעשה קבע כי החסינות לא נפרשת כלפי פעולות שהתחנה ביצעה טרם הליכי האסדרה.<sup>103</sup>

אך מהזווית הצרה שלנו, השאלה היא מה התועלת היחסית של תובענה ייצוגית בהינתן הסיכויים לשבי רגולטורי. והתשובה היא: נמוכה יחסית. סוגיית אפליית נשים אינה סוגיה של "תועלות מרוכזות, עלויות מבוזרות". היא נכנסת לרביע הסימטרי של "תועלות מבוזרות, עלויות מבוזרות", שבו החשש לשבי רגולטורי בדרך כלל נמוך. היא גם אינה סוגיה עם בולטות נמוכה או סיבוכיות גבוהה. נהפוך הוא: מהרגע הראשון הסוגיה זכתה לבולטות ציבורית גבוהה, תלונות רבות הגיעו לרשות השנייה שפתחה בהליכי אסדרה, היועץ המשפטי לממשלה כינס ועדה לדון בסוגיית הדרת הנשים והעביר חומר לשרי הממשלה, וכהנה. אדגיש: איני טוען שאין לנהל תובענות ייצוגיות בנושאים חשובים שכאלה.<sup>104</sup> הטענה כאן צרה יותר: בניתוח המוסדי המשווה בין תובענות ייצוגיות לבין רגולציה, אין סיבה לחשוש אפריורית מכשל רגולטורי שיטתי בסוגיות כאלה.

הלקח הרחב יותר הוא שדינמיקות ההשתתפות במשחק ההשפעה הפוליטי אינן מובילות בהכרח להטיה לכיוון קבוצות לחץ קטנות. לעיתים הן מובילות דווקא להטיה "רובנית".<sup>105</sup> ניל קומסר, מאבות הניתוח המוסדי המשווה בהקשר זה, הצביע כדוגמה קלאסית על הליכי תכנון ובניה, שבהם קבוצות גדולות מנהלות מאבקים להרחיק

<sup>99</sup> רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה נ' קולך (נבו, 9.12.2015).

<sup>100</sup> שם, פס' 7-9 לפסק הדין של השופט דנציגר.

<sup>101</sup> שם, פס' 2-6 לפסק הדין של השופט דנציגר.

<sup>102</sup> שם, פס' 13 לפסק הדין של השופט דנציגר.

<sup>103</sup> שם.

<sup>104</sup> ראו גם ברק אתירם "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" **משפט וממשל כ** 47 (2019).

<sup>105</sup> ראו בהקשר דומה לעניינו Zachary D. Clopton, *Diagonal Public Enforcement*, 70 *STAN. L. REV.* 1077 (2018) "Public enforcers are presumably subject to political pressures. But private enforcement may vindicate minority interests where (majoritarian public institutions elect not to sue)".

מיזמים בעלי ערך חברתי מאזורים לאיזורים שבהם שוכנות קבוצות מיעוט (NIMBY).<sup>106</sup> ביישום לענייננו, ניתן לחשוב על מקרה **אלקון**.<sup>107</sup> שם, עמותה העוסקת בהגנה על הסביבה הגישה עתירה נגד המפעלים המזהמים את מפרץ חיפה. השופט סוקול קבע באופן תקדימי (ובצדק, לטעמי) כי ניתן לנהל תובענה ייצוגית בעילת נזיקין המונית בגין חשיפה ממושכת לזיהום (Mass Exposure). אך לצרכינו כאן שווה להתעכב על הבעייתיות שבחלק מסוים של ההנמקה שלו: השופט סוקול משתמש בעובדה שהיו "מאבקים ציבוריים רבים" ו"פעילות חיקיתית עניפה" להרחיק את המפעלים והעסקים מאזור מפרץ חיפה כדי להסיק שהאינטרס הציבורי מחייב את בירור אחריותם של המפעלים לריבוי התחלואה במסגרת תובענה ייצוגית.<sup>108</sup> בלשונו: "אין ספק שהכרעה משפטית רחבת היקף בגדרה של תובענה ייצוגית, אם תכיר בטענות המבקשת, תסייע במיגור התופעה ובצמצום הזיהום והפגיעה באוכלוסייה."<sup>109</sup> ברם, הרקע העובדתי האמור ממחיש עד כמה זוהי סוגיה שבה הבולטות הציבורית גבוהה, והתמריצים של כל אחד מחברי הקבוצה הגדולה גדולים דיים (השפעה על ערך הנדל"ן שלו) כדי להצדיק השתתפות במשחק ההשפעה על רגולציה. כל מועמד או מועמדת לראשות העיר חיפה (או הקריות) נדרשים מפורשות לסוגיות הללו ושמים אותם במעלה סדר היום שלהם. מהזווית הצרה שלנו, המשמעות היא שהצורך להשתמש במנגנון התובענה הייצוגית מצטמצם.

דוגמה לא אינטואיטיבית אחרת מגיעה מעניין **אופטיקה הלפרין**.<sup>110</sup> בעקבות כתבה טלוויזיונית שהראתה כי הרשת מאפשרת לעובדים שאינם אופטומטריסטים מורשים לבצע בדיקות שונות ולהתאים משקפיים ללקוחות,<sup>111</sup> הוגשה בקשה לאישור תובענה כייצוגית. אופטיקה הלפרין טענו להגנתם שהרגולטור – משרד הבריאות – תומך בעמדתם. חוק עיסוק באופטומטריה קובע "חריג התמחות", שתחתיו מתמחים יכולים לספק שירות (כמו במקצועות אחרים, כגון רפואה). אך התקנות שהיו אמורות להסדיר את ההתמחות באופטומטריה טרם הותקנו. משכך, שר הבריאות אישר לאופטיקה הלפרין עבודה של אופטומטריסטים שלמדו בחו"ל אך טרם נבחנו וקיבלו רישיון ישראלי.<sup>112</sup> בית המשפט העליון דחה טענה זאת, תוך שהוא מדגיש את חשיבות ההקפדה על ההסדרה הסטטוטורית של העיסוק במטרה להגן על בריאות הציבור ולהבטיח שהצרכנים מקבלים "את הטיפול הטוב והמיומן ביותר שניתן לקבלו בתקופה מודרנית."

אך מהזווית של שבי רגולטורי, רישוי מקצועות הוא פעמים רבות חלק מהבעיה ולא חלק מהפתרון. מחקרים תיאורטיים ואמפיריים רבים מראים כי הקפדה יתירה על רישוי מקצועות משרתת את השחקנים הקיימים החזקים בשוק, על חשבון חופש

<sup>106</sup> לעיל ה"ש 11.

<sup>107</sup> לעיל ה"ש 46.

<sup>108</sup> שם, פס' 8, 109 פסק הדין.

<sup>109</sup> שם, פס' 109.

<sup>110</sup> רע"א 3530/21 **אופטיקה הלפרין בע"מ נ' זיס** (נבו, 3.3.2022).

<sup>111</sup> המסגרת הנורמטיבית הקובעת דרישת רישוי היא חוק עיסוק באופטומטריה, התשנ"א-1991.

<sup>112</sup> עניין **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 110, פס' 10 לפסק הדין של השופט ברון.



העיסוק, תחרות, ורווחת הצרכן.<sup>113</sup> במילים אחרות, הגנה על תקנים ורישוי עלולה לפגוע באינטרס של הקבוצה הגדולה והמבוזרת (צרכנים). למען הסר ספק, ייתכן מאוד שבנסיונות המקרה הפרטני היה מקום לאשר את התובענה כייצוגית: נראה שהיו שם היבטים של הטעיית הלקוחות, והאישור משר הבריאות התקבל בדיעבד, תוך טענות לקשרים חמימים מדי בין הדרג הפוליטי לבין רשת המשקפיים הפרטנית.<sup>114</sup> הטיעון כאן, אחזור ואדגיש, צר יותר ומתמקד רק בהשוואה לרגולציה: אין סיבה אפריורית לחשוש שהרגולטור מגן בחסר על דרישות רישוי מקצועי; אם כבר, יש סיבה לחשוש שהרגולטור מגן על דרישות אלה ביתר. לפיכך, לא בטוח שלמנגנון התובענה הייצוגית יש יתרון יחסי בהגנה על דרישות אלה.

2. סוגיות שעלו במסגרת דוח הצוות והתזכיר: מי יכול להגיש תובענה, גישור, פטור מאגרה, יחס מועדף לחברות ביטוח ולעסקים קטנים

*מי יכול להגיש תובענה.* הספרות על שבי רגולטורי מצביעה על חסרון לגודל במשחק ההשפעה על רגולציה: ככל שהציבור אשר עליו הרגולציה נועדה להגן גדול יותר, כך הוא סובל מבעיית האדישות הרציונלית ובעיית הפעולה המשותפת. לפיכך, מבנה התמריצים הבסיסי מייצר סחף לכיוון רגולציה שתדעף תועלות על קבוצת לחץ קטנה ומרוכזת על חשבון ציבור רחב ומבוזר. רגולציה תגבר על הסחף האמור ותגן על הציבור הרחב כאשר יתקיימו ווקטורים מנוגדים, כגון רווח אלקטורלי לאדם מסוים אשר נתפס כפועל נגד קבוצות הלחץ בשם הציבור הרחב ("יום פוליטי" בלשון ספרות מדעי המדינה,<sup>115</sup> או "תהיו כחלונים!" בלשון הפוליטיקה הישראלית<sup>116</sup>), או תמריץ חומרי לאדם מסוים אשר נתפס כפועל בשם הקבוצה (כגון גמול נדיב בתובענות ייצוגיות).

תובנה בסיסית זאת תומכת בהמלצת הצוות להקל על הגשת תובענות ייצוגיות על-ידי ארגוני חברה אזרחית.<sup>117</sup> ארגוני חברה אזרחית מהווים נוגדן פוטנציאלי לבעיית הפעולה המשותפת. באמצעות תרומות קטנות של הון מחברי הציבור הרחב ומאמצי התנדבות של אחרים, ארגוני חברה אזרחית יכולים להשמיע את קולו של הציבור המבוזר במשחק ההשפעה הפוליטי. והם יכולים לעשות זאת גם כאשר אין תמריץ חומרי או אלקטורלי מיידי לפעולה בשם הציבור הרחב.<sup>118</sup> במילים אחרות, ההכרה

<sup>113</sup> לדוגמה עדכנית ראו Jack Brown, *A Blind Eye: How the Rational Basis Test Incentivizes Regulatory Capture in Occupational Licensing*, 17 J.L. ECON. & POL'Y 135 (2022).

<sup>114</sup> ראו לדוגמה עידו אפרתי "אופטיקה הלפרין ביקשו, וליצמן אישר להעסיק אופטומטריסטים ללא רישיון בניגוד לחוק" *הארץ* (31.5.2019) (המעלה טענות על קשר בין תרומות נדיבות להסידות גור לבין טובות הנאה רגולטוריות שניתנו על-ידי סגן השר ליצמן).

<sup>115</sup> ראו Wilson, לעיל ה"ש 38.

<sup>116</sup> יאיר אלטמן ואטילה שומפלבי 'נתניהו על הקוטג': תהיו כחלונים ותמצאו פתרון" *Ynet*, (19.6.2011), <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4083931,00.html>.

<sup>117</sup> הדוח ממליץ לבטל את דרישת הקושי להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילה אישית, הקבועה כיום בסעיף 4(א)(3) לחוק. ההמלצה תורגמה לס' 5 לתזכיר החוק, אשר ממליץ לתקן בהתאם את ס' 4 לחוק.

<sup>118</sup> ראו גם ע"א 7842/16 אדם טבע ודין נ' פירסק (נבו), (29.7.2017), פס" 17 לפסק הדין של השופט דניאל רנינגר.

בתובענה ייצוגית ככלי שערכו גבוה במיוחד כאשר מערך הווקטורים הפועל על הרגולטור אסימטרי, מחייבת אותנו לאפשר לארגוני חברה אזרחית להשתמש בתובענה ייצוגית כאחד מהכלים בארסנל שלהם לאיזון מערך הווקטורים.

התובנה בדבר האסימטריה בתמריצים להשפיע על רגולציה גם מבליטה בעייתיות אפשרית בהמלצת הצוות לציין את מספר התובענות הייצוגיות אשר הוגשו בעבר על ידי תובע ייצוגי מסוים. פרק א' לעיל הסביר מדוע בניתוח קר של עלות-תועלת אין זה "רציונלי" עבור אדם מהישוב להשקיע עלויות במאבק נגד גופים חזקים אשר מרוויחים על חשבון הרבים. ואכן, הן במנגנוני שוק (חשבו על כתיבת ביקורות שליליות מפורטות במרשתת או תלונות למרכזי לקוחות) והן במנגנונים משפטיים, מי שמפעיל את מנגנון האקאונטביליות ופותר את בעיית הפעולה המשותפת הם פעמים רבות קבוצה קטנה של "מתלוננים סדרתיים" או "נודניקים".<sup>119</sup> לנודניקים שכאלה יש מבנה אישיות והעדפות ייחודי, שמסייע להם לסייע לכולנו: הם נאבקים עד כלות גם במחיר אישי, ועל הדרך מייצרים החצנות חיוביות (הרתעת הגופים המפוקחים) עבור רוב הצרכנים האחרים שנותר פסיבי גם כאשר הוא מזהה בעיה במוצר או בשירות.<sup>120</sup> לפיכך, העובדה שאותו אדם כתב הרבה ביקורות שליליות במרשתת או הגיש הרבה תובענות ייצוגיות עדיין לא אומרת שהביקורת הבאה שהוא יכתוב או שהתובענה הבאה שהוא יגיש תהייה לא מוצדקות. במקום להשתמש במספר התובענות הייצוגיות שהוגשו בעבר על-ידי תובע פרטני כנתון חשוב, בתי המשפט צריכים להתייחס לשאלה מה קרה בתובענות שהוגשו בעבר: אם הן סולקו במהרה או נוהלו והתבררו כבעלות יסוד מסוים.

**כיצד להסדיר תובענה ייצוגית באמצעות גישור.** בשנים האחרונות יותר ויותר תובענות ייצוגיות הוסדרו באמצעות הליך גישור, אשר בסימומו מוגש ההסדר המוצע על-ידי המגשר לאישור בית המשפט. דוח הצוות עסק בצורך להתאים את הליך הגישור "לייחודיות שבתובענה ייצוגית", באמצעות קביעת חובות פירוט וגילוי לבית המשפט על הבירורים העובדתיים שהמגשר ערך.<sup>121</sup> מהזווית שלנו, מדובר בצעד הכרחי אך כזה שאינו מספיק. דוח הצוות המליץ באותה פסקה כי הנתונים אשר אותם המגשר צריך לגלות לבית המשפט יוכלו במקרים המתאימים "להיות מוגשים במעטפה סגורה לבית המשפט ולעיונו של היועץ המשפטי לממשלה ולא להיות גלויים לציבור".<sup>122</sup> כל עוד נתוני הבירור העובדתי אינם פומביים, נמנעת אחת מהתרומות הפוטנציאליות הגדולות ביותר של תובענה ייצוגית: חשיפה רבים של מידע על ההתנהלות הבעייתית של המפוקחים והמפקחים.<sup>123</sup> במילים אחרות, חובת הגילוי שהוצעה בדוח הצוות אולי הייתה מסייעת לבית המשפט להעריך טוב יותר את ההסדר המוגש לאישורו, אך ככל

<sup>119</sup> ראו בהרחבה Yonathan Arbel & Roy Shapira, *Theory of the Nudnik: The Future of* *Consumer Activism and What Can We Do to Stop It*, 73 VAND. L. REV. 929 (2020); רועי שפירא "שימוש בטכנולוגיה להשתקת צרכנים נודניקים" בתוך **טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדין הישראלי** (זמר, גרינבאום וגאון עורכים, 2022).

<sup>120</sup> שם.

<sup>121</sup> דוח הצוות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 82.

<sup>122</sup> שם.

<sup>123</sup> תת-פרק ב.2 לעיל.

הנראה לא הייתה תורמת להצפת מידע על בעיות רגולטוריות והתנעת סנקציות מוניטיביות.<sup>124</sup> על רקע זה, יש לברך על השינוי שחל בתרגום המלצת הצוות לתזכיר החוק: ס' 12 לתזכיר הופך את הפומביות לברירת המחדל, בקובעו כי רק כאשר בית המשפט ימצא טעמים מיוחדים לכך ניתן יהיה להסתיר את הנתונים שהגיש המגשר מהציבור.

לשם המחשה, טלו את מקרה הזיהום בנחל אשלים.<sup>125</sup> דופן של בריכה שהכילה חומרים רעילים של חברת רותם אמפרט (חברה בת של ICL) קרס, וגרם לנזק סביבתי חמור (חלקו בלתי הפיך) בנחל אשלים ושמורת הטבע. משנתברר האסון הסביבתי הוגשו שלוש תובענות ייצוגיות בידי אזרחים. או אז המדינה החליטה לבקש מבית המשפט לתת לה לנהל את התובענה הייצוגית (באמצעות פרקליטות מחוז דרום), ובית המשפט נעתר. אך המדינה לא ניהלה את ההליך עד תומו: היא קיימה מול הנתבעים הליך גישור, והגיעה לפשרה אשר אושרה בבית המשפט המחוזי בבאר שבע. ההסדר כלל תשלום פיצוי למדינה בגובה 100 מיליון ₪. המתנגדים לפשרה הצביעו על כך שבניגוד לדרישותיה המקוריות של המדינה בתובענה, ההסדר אינו כולל הטלת אחריות אישית או הודאה כלשהי של נושאי משרה או הוראות להתנהלות עתידית של החברה. בית המשפט המחוזי דחה את ההתנגדות, בטענה כי כדי להטיל אחריות אישית יש לקיים בירור עובדתי וחקירות בבית המשפט (לא די בגישור). בית המשפט לא התייחס לסוגיית מתן הוראות להתנהלות עתידית; המדינה בתשובתה להתנגדות טענה כי לרגולטור גם כך יש סמכות להטיל הוראות עתידיות, ולכן אין צורך להטיל הוראות כאלה במסגרת תובענה ייצוגית.

יש לפחות שלושה היבטים בעייתיים בתשובתה של המדינה ובהנמקה של בית המשפט. ראשית, ההנמקה מאיינת הלכה למעשה את האפשרות שתובענה ייצוגית שתופנה לגישור תייצר אקאונטביליות של מקבלי ההחלטות: לא ניתן יהיה להטיל על נושאי המשרה סנקציה במסגרת ההליך המשפטי; ומשום שהבירור העובדתי של המגשר חסוי לציבור, גם הסנקציה המוניטיבית שנושאי המשרה (והרגולטורים עצמם) יסבלו ממנה תהא מוגבלת. שנית, תשובתה של המדינה מתעלמת מהכשלים הרגולטוריים השיטתיים שהובילו לאסון מלכתחילה. במקרה שלפנינו, הרגולטור הורה פעם אחר פעם בזמן אמת לחברה להפסיק להשתמש בבריכה אחרי שהתגלו בה ליקויים חמורים. אלא שההוראות החוזרות והנשנות לא נאכפו. לטעון כעת כי אין טעם להידרש במסגרת התובענה הייצוגית להוראות לגבי התנהלות עתידית, משום שהרגולטור יכול להכווין את התנהגות החברה מתי שרק ירצה, גובל בלעג לרש.<sup>126</sup> לו ההליך המשפטי

<sup>124</sup> בעניין **חורב** (לעיל ה"ש 96) ציינה השופטת רונן כי החשיבות של גילוי כלפי בית המשפט (קרי, שהמגשר יבהיר לבית המשפט את הליך העבודה שלו וההנמקה שלו להסדר המוצע) חורגת מהרצון לסייע לבית המשפט להעריך טוב יותר את ההסדר המוצע. גילוי שכזה, ציינה השופטת רונן, גם יתמרץ את המגשר להביא מלכתחילה הצעת הסדר ראוייה כדי לשמור על המוניטין שלו. זהו טיעון שנשען על הרצון של מגשרים לשמור מוניטין טוב כלפי שופטים, בתור שחקנים חוזרים. הטיעון שלי עוסק במוניטין מסוג אחר: מוניטין של החברה הנתבעת ושל הרגולטור שאינו צד להליך.

<sup>125</sup> ת"צ (ב"ש) 37232-08-17 **הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים נ' רותם אמפרט נגב בע"מ** (18.5.2023).

<sup>126</sup> ואכן, גם דוח ערכני של מבקר המדינה מצביע על אכיפת חסר של דיני הגנת הסביבה. מבקר המדינה **אכיפה בתחומי הגנת הסביבה: ביקורת מעקב** (2023).

היה מתברר עד הסוף בדיון פומבי בבית המשפט (במקום בגישור בדלתיים סגורות), היינו יכולים להיחשף גם למידע שמסביר כיצד קרה שהחברה החליטה להתעלם מהוראות הרגולטור, ומדוע הרגולטור לא השתמש בכל הכלים העומדים בשרותו כדי לגרום לה להפסיק להתעלם. לבסוף, תמוהה בעיני העובדה שהמדינה דרשה לנהל את התביעה במקום תובעים אזרחיים, ולבסוף לקחה את התביעה למסלול של גישור ולא התעקשה על בירור ציבורי עד הסוף ועל אחריותיות. ככלל, כשביל לסגור תביעה בדרך שכזאת לא צריך את המדינה כתובעת הייצוגית.<sup>127</sup>

אלו עילות לפטור מאגרה. רפורמת האגרות הקודמת כתובענות ייצוגיות הובילה לשינוי בסוג התובענות המוגשות בארץ.<sup>128</sup> בפרט, הפטור שניתן מאגרה בתובענות הנוגעות בענייני אנשים עם מוגבלויות<sup>129</sup> הוביל לעליה דרסטית בנתח התובענות הייצוגיות המוגשות בעילות כגון אי פרסום באתר האינטרנט של עסקים אודות הנגשה.<sup>130</sup> באותן תובענות, אחוז הפשרות המוקדמות (עוד לפני שהנושא נדון בבית משפט) היה גבוה במיוחד.<sup>131</sup>

על רקע התפתחות זאת, המליץ הצוות לבטל את הפטור האמור. מהזווית שלנו, מדובר בהמלצה נכונה. פרסום אודות ההנגשה לאנשים עם מוגבלויות היא סוגיה חשובה בפני עצמה, אך כזאת שבה מנגנון התביעה הייצוגית פחות נדרש ככלי לאיזון שבי רגולטורי.<sup>132</sup> מבחינת מבנה העלויות והתועלות, הרגולציה אודות פרסום ההנגשה היא סוגיה "סימטרית" אשר מטילה עלויות על ציבור רחב בשם תועלת לציבור רחב אחר (DBDC). מבחינת פערי המידע והמומחיות, לא מדובר בסוגיה מסוכנת או כזאת שגם האנשים המושפעים ממנה יתקשו להבחין בה. לפיכך, זאת אינה רגולציה שבה החשש משבי רגולטורי גבוה. ייתכן, כמובן, שהאכיפה של הרגולציה בנוגע בפרסום ההנגשה עדיין תהיה חסרה, גם ללא שבי רגולטורי. אך תובענות ייצוגיות המסתיימות בפשרה מוקדמת לפני שהנושא הגיע לבית המשפט אינן מסייעות להציף מידע על התנהלות בעייתית של המפקחים או המפוקחים. משכך, ספק אם תובענות כאלה מובילות להרתעה מיטבית.

<sup>127</sup> טיעון דומה ניתן להחיל גם על תובענות ייצוגיות אשר מסתיימות בפשרות שלא קדם להן גישור. אך כפי שהנמקת בית המשפט המחוזי בעניין אשלים מרמזת, נראה כאילו העובדה שהפשרה מוגשת על-ידי מגשר בעל שם (בדרך כלל שופט בדימוס) משווה לפשרה ולבירור שקדם לה מכובדות מיוחדת בעיני בית המשפט, אשר עשויה בתורה לגרום לבית המשפט שלא לרחוף לבירור עובדתי נוסף ולא לקבל התנגדויות.

<sup>128</sup> הרפורמה הקודמת הכניסה פטור בתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007 לתובענות הנוגעות בענייני אנשים עם מוגבלויות.

<sup>129</sup> דוח הצוות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 65.

<sup>130</sup> דוח הצוות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 64. לשם המחשה ראו גם הדר קנה "52 בקשות ייצוגיות הוגשו נגד מלונות בשל אי פירוט אמצעי הנגישות באתר" **TheMarker** (23.8.2020).

<sup>131</sup> דוח הצוות, שם. לשם המחשה ראו גם מתן ברניר "בדיקת 'גלובס': רפורמת התביעות הייצוגיות הצליחה, אבל אולי יותר מדי" **גלובס** (20.1.2020).

<https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001315412>

<sup>132</sup> אבהיר: איני טוען שאכיפת הוראות הקשורות להנגשת עסקים לאנשים עם מוגבלויות אינה חשובה. ככלל המאמר, הטענה כאן צרה יותר: זהו אינו תחום החשון באופן מובהק לחשש של שבי רגולטורי, ומוזוית צרה זאת מנגנון התובענה הייצוגית פחות נדרש לאיזון כשלים רגולטוריים.

לשם המחשה, ניתן להנגיד את הפטור שניתן בפרט 9 לתוספת השנייה לחוק (הנגשה לאנשים עם מוגבלויות) לפטור שניתן בפרט 6 לתוספת (מפגעים סביבתיים). בעוד שפרט 9 עוסק בסוגיות שבהן החשש לשבי רגולטורי אינו גבוה, פרט 6 עוסק בסוגיות שבהן החשש גבוה. ברגולציה העוסקת במפגעים סביבתיים, מבנה העלויות והתועלות הוא אסימטרי, הבולטות פעמים רבות נמוכה, והסיבוכיות פעמים רבות גבוהה. משכך, הן המלצת הצוות לבטל את הפטור בפרט 9, והן המלצת הצוות להותיר על כנו את הפטור בפרט 6, נכונות.

**פדיווילגיה לחברות הביטוח.** תזכיר החוק כולל סעיף אשר לא הופיע בהמלצות הצוות, ולפיו על בית המשפט להתחשב בטעמים נוספים נגד אישור תובענה כייצוגית כאשר מדובר בחוזים ארוכי טווח בתחום הביטוח והחיסכון הפנסיוני.<sup>133</sup> דברי ההסבר לתזכיר מקדימים ומציינים כי מדובר בתחום "המפוקח באופן הדוק על ידי המאסדר – רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון". עמדנו כבר בפרק המבוא לעיל על כך שזאת אינה הנמקה משכנעת. השאלה אינה אם התחום מפוקח באופן הדוק אלא האם התחום מפוקח באופן אפקטיבי. ובמקום אחר, בהקשר של ניתוח עניין **זליגמן**, עמדתי בפירוט על כך שדווקא ההקשר של גביית יתר ממבוטחים וחוסכים לפנסיה הוא הקשר שבו הסיכון לכשל רגולטורי גבוה במיוחד ותובענות ייצוגיות נדרשות במיוחד: העלויות מבוזרות, התועלות מרוכזות, הסיבוכיות גבוהה, והבולטות נמוכה.<sup>134</sup> למעשה, בית המשפט העליון עצמו (בעניין **איגוד שמאי הביטוח**) הזהיר מפורשות כי הרגולציה על ביטוח מועדת לפורענות (קרי, העדפת יתר של אינטרס הגוף המפוקח על פני האינטרס הצרכני) בהקשר זה גם מבלי שיהיה חשש לשחיתות לא חוקית.<sup>135</sup>

על רקע זה, סעיף 8א לחוק המוצע מוקשה במיוחד. לדוגמה, הסעיף המוצע מסמן לבית המשפט כי כאשר הנתבעות בתובענה ייצוגית הן חברות ביטוח, עליו לשקול ביתר שאת שיקולים של עוצמת הפגיעה בנתבע.<sup>136</sup> הסעיף גם מציע להוסיף שלייקס על חגורה: במצב שבו בית המשפט לא ידחה בקשה נגד חברת ביטוח על הסף, מוצע לקבוע כי ליועץ המשפטי לממשלה תהיה אפשרות להגיב. אבל רגולטורים של גופים פנינסיים גם כך שוקלים **כית** את שיקולי יציבות הגופים הפנינסיים.<sup>137</sup> אלו בדיוק המצבים שבהם תובענה ייצוגית נדרשת כדי לאזן את ההטייה הרגולטורית הקיימת.

<sup>133</sup> סעיף 8 לתזכיר, המציע להוסיף את סעיף 8א לחוק.

<sup>134</sup> שפירא, לעיל ה"ש 12.

<sup>135</sup> בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 652–653 (2001).

<sup>136</sup> דברי ההסבר לסעיף המוצע כוללים אמנם דברי טעם על המגבלות לשנות חוזים ארוכי טווח באופן חד צדדי לאור תקופת החוזה. והסעיף המוצע מגביל בטעם את התיקון רק למצבים שבהם היה אישור רשמי מגורם מוסמך. ועדיין: החשש הוא גם מהסימון האקספרסיבי הבולט של חוזי ביטוח וחיסכון פנסיוני כהתנהלות אשר צריכה להיות מוגנת במיוחד מפני תובענות ייצוגיות. זהו מסר מוטעה במקרה הפרטני, ואני חושש שהוא יגרום לתמריצים שליליים לענפים אחרים לנסות ולקבל לעצמם החרגות דוגמות. את דברי הטעם המופיעים בהסבר יוכלו בתי המשפט לשקול ברגיל במסגרת שיקולי יעילות והוגנות בכל מקרה לגופו. אין צורך בסעיף חוק מיוחד לשם כך.

<sup>137</sup> ראו לדוגמה בארץ את דו"ח **הוועדה לשינוי כלכלי חברתי** (2011), עמ' 163 ואילך; ובעולם את Kathryn Judge, *Financial Regulation Beyond Stability*, 19 J. L. ECON. & POL'Y (2024).

*הבחנה בין נתבעים קטנים לבין נתבעים גדולים.* לבסוף ועל הקצה המזלג: תזכיר החוק כולל הבחנה בין נתבעים בהתאם לגודל העסק, כאשר ככל שהעסק קטן יותר, כך ההגנות עליו מפני תובענות ייצוגיות משמעותיות יותר. מהזווית הצרה שלנו – קרי, הצורך להתחשב בכשלים ושבי רגולטורי בבואנו לעצב את הסדרי התובענה הייצוגית – זהו עיקרון נכון. החשש מכשלים ושבי רגולטורי גדל (לאו דווקא בצורה מונוטונית) ככל שהגוף המפוקח גדול יותר.<sup>138</sup> עסקים קטנים נתונים לבעיית הפעולה המשותפת במאמצי ההשפעה על רגולציה, אינם מהווים מקור משיכה לרגולטורים המסיימים את תפקידם הציבורי (אין דלתות מסתובבות), אינם משפיעים על סדר היום הציבורי, ואינם מחזיקים מחלקות רגולציה או צוותים של עורכי דין ואנשי יחסי ציבור על ריטיינר.<sup>139</sup> תאגידי ענק אשר שולטים בנתח נכבד מהשוק הם פעמים רבות לא רק "גדולים מכדי ליפול" אלא גם "גדולים מכדי לאסדר."<sup>140</sup>

## סיכום

דיון על היתרונות והחסרונות של תובענות ייצוגיות אינו יכול להתקיים בווקום. הוא חייב להתבצע בהשוואה למנגנונים אחרים להכוונת התנהגותן של החברות המפוקחות. וההשוואה צריכה להיות מושכלת, ולא להישען על הנחות גורפות. לא ניתן להניח שמשאביו של הרגולטור תמיד יהיו מוגבלים ולכן תמיד תדרש אכיפה דרך תובענות ייצוגיות. לא ניתן להניח שאם הרגולטור כבר בחן סוגיה מסוימת אין מקום להידרש לה במסגרת תובענה ייצוגית. כפי שהצוות לתיקון החוק זיהה נכון, יחסי הגומלין בין רגולציה לבין תובענות ייצוגיות הן נושא מורכב. לפיכך, ולאור החשיבות הפרקטית הגבוהה של הנושא, הצוות המליץ "להמשיך ולדון" בו.<sup>141</sup> מאמר קצר זה הציג זווית אחת (מני רבות אפשריות) להמשיך את הדיון: זיהוי הנסיבות שבהן הסיכון לכשלים רגולטוריים ובפרט לשבי רגולטורי גבוה במיוחד.

<sup>138</sup> ראו Shapira, לעיל ה"ש 97.

<sup>139</sup> ש.ם.

<sup>140</sup> ש.ם.

<sup>141</sup> דוח הצוות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 89.