בבית המשפט המחוזי
מרכז בלוד **ת.צ. 34564-05-15**

בעניין: **עמותת אזרחים למען הסביבה עמותה רשומה מס'580172872**

באמצעות ב"כ עוה"ד נאור יאיר ממן ו/או יהודה שוורץ ו/או עמית גנס אח'
מרח' טווס 1 הוד השרון 45353
טל': 073-7690444; פקס: 073-7690445;

המבקשת

- נ ג ד -

קומפוסט שלוחות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ א.ש. 57-005317-3

באמצעות ב"כ עו"ד אריה נייגר ו/או יה"ל פורת /או עמרי לימור ו/או אח'
עמית, פולק, מטלון ושות'
רח' ראול ולנברג 18, בנין D ,קומה 6, רמת החייל, תל- אביב 6971915
טל': 03-5689000; פקס': 03-5689001

המשיבה

טיעונים משפטיים לענין שהוגדר על ידי בית המשפט

בהתאם להחלטת בית המשפט כפי שהוגדרה והובהרה בפרוטקול הדיון מיום 19.5.16, המבקשת מתכבדת להגיש טיעונים משפטיים "**ביחס לשאלה האם העובדה שייזום ההליך והעברת חלק מהחומרים אשר שימשו לצורך הגשת בקשת האישור נעשתה על יד מתחרה עיסקי של המשיבה מהווה כשלעצמה סיבה לדחות את בקשת האישור**". (בפרוטוקול הדיון מיום 19.5.16, עמ' 5 שורות 22-24)

כל האסמכתאות מאתר "נבו" וכל ההדגשות אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

השאלה העומדת במוקד הדיון

1. כאמור בפתיח, השאלה העומדת במוקד הדיון הינה שאלה משפטית אשר הוגדרה על ידי בית המשפט במסגרת הדיון כמפורט בה (להלן: "**השאלה שבפתיח**").
2. כפי שעולה מהגדרת השאלה שפתיח, הדיון אינו מתייחס למקרה שההליך נפתח או הוגש על ידי המתחרה העסקי, או מנוהל על ידו, או שיש לו השפעה על ההחלטות המתקבלות על-ידי עורכי הדין המנהלים את ההליך. עסקינן בסיטואציה בה ה"יזמות" של המתחרה הסתיימה במועד בו הועברו החומרים לצד שלישי, מכאן ואילך הצד השלישי בחן את החומרים באופן אובייקטיבי והגיע למסקנה שיש מקום להגיש את התובענה הייצוגית ולנהלה על פי שיקול דעתו הבלעדי.. לצורך הדיון, נכנה את הסיטואציה נשוא הדיון: "**תובענה** (ייצוגית) **עצמאית שיזם מתחרה**".
3. המבקשת תטען, כי יש להשיב לשאלה שבפתיח בשלילה. בהתאם לחוק התובענות היצוגיות, ללשון החוק, לתכליתו העיקרית ולתכליות המשנה שלו, כמו גם בהתאם למדיניות המשפטית הראויה, אין בכך שהיוזמה נולדה על ידי מתחרה עסקי, כשלעצמה, כדי להוות סיבה לדחיית בקשת האישור.

4. לדעת המבקשת לא ניתן לקבוע הלכה הגורסת כי תביעה שהוצתה על-ידי מתחרה עסקי היא אפריוריות נגועה ופסולה וכי במקרה שכזה השאלה האמיתית היא האם תובענה מסוג זה מנוהלת ונשלטת על-ידי אותו מתחרה שיזם אותה. המבקשת תטעים כי גם במקרים שבהם המתחרה העסקי מנהל את התובענה לאחר הגשתה אין לקבוע כלל גורף של פסילה וכי נוכח האפשרות להחליף את התובע ו/או ב"כ על בית המשפט לאזן בין חשיבותה של התובענה והיכולת להגישה שוב (בשים לב להתיישנותה, נזקים ראייתים והיכולת לממן את עלויותיה) לבין הסיכונים הגלומים בניהול תובענה שכזו.

5. להלן תנמק המבקשת את את עמדתה בהרחבה.

<u>התכלית העיקרית של חוק התובענות הייצוגיות ותכליות המשנה</u>

6. נקודת המוצא לדיון זה הינה פרשנות חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006 (להלן: "**החוק**"), זאת על פי כללי הפרשנות המקובלים ובראשם לשון החוק והתכליות שהוא נועד לשרת.

7. בבחינת תכליות החוק עומד לנגד עיננו, ראש וראשון, סעיף 1 לחוק המבהיר את המטרות והתכליות של החוק:

> **"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:**
> **(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;**
> **(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;**
> **(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;**
> **(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."**

8. התכלית הראשית, האבן הראשה עליה עומד החוק, הינה יצירת מכשיר חברתי-משפטי המעניק לחברי הקבוצה הניזוקים את התפקיד המצוי בדרך כלל בידיה של רשות האכיפה הקלאסית. המכשיר הייצוגי מכיר בחברי הקבוצה כ "רשות אכיפה אלטרנטיבית" ומאפשר להם לאכוף את הדין על מעוול או מפר חוק שללא המכשיר הייצוגי אין כדאיות כלכלית לאכוף עליו את הדין.
ודוק, ברגיל המשפט הפרטי מכיר בסמכותם של בתי המשפט לדון במקרה המובא לפניהם על פי עובדותיו הקונקרטיות ואין זה מעניינם לשקול הרתעה מפני הפרה עתידית של הדין. העובדה שהחוק מונה כמטרה לא רק את אכיפת הדין, אלא גם את ה"הרתעה מפני הפרתו", מחזקת את המסקנה כי החוק רואה במכשיר הייצוגי כ "רשות אכיפה" נוספת על רשות האכיפה הקלאסית.

9. על בסיס תכלית עיקרית זו קובע החוק "כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות". התכלית של כללים אלו, הינה יצירת מערכת של בלמים ואיזונים שנועדה לאפשר את השימוש במכשיר הייצוגי תוך איזון בין כל האינטרסים המנוגדים של השחקנים השונים המשתתפים בהליך. כך, נקבעו כללים לפתור את בעיית הנציג הידועה (לאזן בין האינטרסים המנוגדים של חברי הקבוצה, התובע המייצג ועורכי הדין) וכך נקבעו כללים שתכליתם להגן על הנתבעים מפני תביעות סרק או ניצול לרעה של המכשיר הייצוגי, וזאת בשל עוצמתו הייחודית של המכשיר הייצוגי.

10. החשש מפני ניצול לרעה של המכשיר הייצוגי בידי מתחרה עסקי ככלי לסחיטה או לתחרות בלתי הוגנת הינו חשש מובנה להליך הייצוגי, אשר יש ליתן עליו את הדעת במסגרת מכלול השיקולים והאיזונים בין האינטרסים המנוגדים.

11. ניתן להניח ברמה גבוהה של סבירות כי חשש זה עמד לנגד עיניו של המחוקק, שכן כבר בענין רעא 4556/94 **טצת ואח' נ' א' זילברשץ** פ"ד מט (5) 774, (להלן: "**ענין טצת**") אשר היה אחד ממספר פסקי דין

חשובים שהיוו את הבסיס ליוזמה לחקיקת החוק, עמד השופט ברק על הסכנות הטמונות בתובענה הייצוגית:

> **"בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות. שימוש לא נכון בה עלול לפגוע הן ביחידי הקבוצה המיוצגים והן בנתבעים ובמשק כולו...כן יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית - אף אם אין בה כל ממש - עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה"**

12. במוקד דיון זה עומדת השאלה כיצד מתייחס החוק לתובענה ייצוגית עצמאית שיזם מתחרה עסקי, הן על רקע החששות שלעיל והן על רקע השאלה העקרונית האם ראוי לפסול אפריורית תובענה שהיוזמה שלה נולדה משיקולים הזרים, לכאורה, לשיקולים העומדים ביסוד ההכרה במכשיר הייצוגי.

<u>דיון בשאלה שבפתיח על רקע לשון החוק ותכליותיו</u>

13. על רקע תכליות החוק ניגש לבחון את עמדתו של החוק לשאלה שבפתיח.
14. ההתייחסות לסיטואציה בה מתחרה עסקי יזם חקירה והעביר חומר "מפליל" לצד שלישי לצורך הגשת תובענה ייצוגית אמורה להימצא במערכת הבלמים והאיזונים שיצר המחוקק במסגרת סעיף 8 לחוק.
15. לצורך התייחסות לסיטואציה זו, שהיא הסיטואציה העומדת במוקד דיון זה, נדרש לנתח את הסעיפים הרלבנטיים בסעיפים 8 לחוק על רקע תכליתם הספציפית ולאור התכלית העיקרית ותכליות המשנה המתוארות לעיל. הפרשנות הראויה לסעיפים הרלבנטיים בחוק תאפשר ליישם אותה על השאלה העומדת לדיון בפתיח.
16. הסעיפים הרלבנטיים לענייננו, הנדרשים לדיון, הינם סעיפים 8 (א) (2) ו (4) לחוק:

> **"(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;**
>
> **(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;**
>
> **(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."**

17. סעיף 8 (א) (3) לחוק לא רלבנטי לענייננו, שכן הגישה המקובלת, לאור העדר האפשרות מצד הנתבע לערער על החלטה מסוג זה, שהוא דן בתום הלב במסגרת היחסים שבין חברי הקבוצה לתובע ולעורך הדין.
18. להלן ננתח את הסעיפים על פי לשונם, תכליתם, הפרשנות הקיימת בפסיקה והפרשנות הראויה לטעמה של המבקשת.

19. הדרישה במישור תום הלב מנוסחת בהוראת סעיף 8 (4) לחוק כחובה המופנית כלפי ייצוג וניהול עניינם של כלל חברי הקבוצה בלבד. דרישת תום הלב אינה מנוסחת כחובה כלפי הנתבע, אינה מנוסחת כחובה כללית ואף אינה מנוסחת כמופנית כלפי הגשת בקשת האישור, זאת בניגוד להוראות חוק שהיו קיימות בעבר ודרשו באופן ספציפי תום לב בהגשת הבקשה. (למשל, סעיף 35 ב לחוק הגנת הצרכן תשמ"א1991).

20. השאלה הפרשנית העולה מנוסח הסעיף והרלבנטית לענייננו הינה כפולה: האחת, האם דרישת תום הלב מופנית רק כלפי חברי הקבוצה המיוצגת או גם כלפי הנתבע; השניה, מהי המשמעות שיש ליתן לנוסח החוק אשר מיקד את דרישת התום הלב לשלב הייצוג והניהול ולא לשלב הגשת הבקשה.

21. לענין השאלה הראשונה, האם הדרישה מופנית גם כלפי הנתבע קיימות דעות שונות. השופט מלצר בענין עא 8037/06 **שי ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ** (להלן: "**ענין פריניר**") נקט בדיעה שהדרישה מופנית כלפי חברי הקבוצה ולא כלפי הנתבע (ראה סעיפים 91-89). כך גם עולה מדעתו של פרופ' קלמנט במאמרו אלון קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק", הפרקליט, כרך מט (תשס"ז-תשס"ח) 131 בעמ' 150 (להלן: "**קווים מנחים**").

22. השופט רובינשטיין בענין עע"מ 4171613 **מי הגליל נ' יונס** (להלן: "**ענין מי הגליל**") נקט גישה שונה לפיה חובה זו מתייחסת גם למישור היחסים שבין התובע הייצוגי לבין הנתבע הייצוגי:

> **"אשר לסברת המלומדים חבקין ובן נון ,כי חובת תום הלב המוטלת במסגרת חוק תובענות ייצוגיות על התובע- הייצוגי ובא כוחו ,אינה חלה כלפי הנתבע ,דעתי שונה ,בכל הכבוד ,נוכח מאפייניו החברתיים והציבוריים של מכשיר זה ,ובפרט כוחו הרב ,ויכולתו להביא לאכיפת הדין תוך הגשמת זכות הגישה לערכאות .ניתן לדעתי בהחלט לפרש חובה מוגברת זו כחלה גם במישור היחסים שבין התובע הייצוגי ובא כוחו ,לבין הנתבע הייצוגי".**

23. בנוסף, הכירו בתי המשפט בחובת תום הלב כלפי נתבעים וכלפי בית המשפט כחובה כללית , למשל בסעיף 95 לפס"ד פריניר:

> **"יסודה של גישה זו בחובת תום הלב הכללית החלה בשיטת המשפט שלנו , גם ביחס לשימוש בהליכי משפט, ובגדרה מחויבים גם התובע הייצוגי ובא הכוח המייצג לנהוג בתום לב ,ביחס לצד שכנגד וכלפי ביהמ"ש".**

24. לצורך דיון זה אנו מניחים כי דרישת תום הלב מתייחסת גם למישור היחסים כלפי הנתבע, הן לאור חובת תום הכללית והן לאור התכליות של המכשיר הייצוגי והדרישה לאזן בין האינטרסים המנוגדים.

25. לעניין השאלה השניה, האם דרישת תום הלב מתייחסת גם למניעים להגשת הבקשה, הרי שלשון החוק מבהירה באופן דווקני (דווקנות שמתחדדת לאור לשון החוקים שקדמו לחוק התובענות הייצוגיות), כי דרישת תום הלב רלבנטית אך ורק לייצוג וניהול ההליך ולא למניעים שעמדו ביסוד הגשת הבקשה.

26. בענין פריניר התייחס לכך כב' השופט מלצר:

> **"משנחקק חוק תובענות ייצוגיות, רוככה הדרישה לקיומו של תום לב בהגשת התובענה – וכיום סעיף 8(א)(4) לחוק דורש: "יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב" (ההדגשה הוספה – ח"מ)"**

27. ובהמשך בסעיפים 91-90:

> **"אלא שהחוק אף הסיט את "קו פרשת המים" לבחינת תום הלב של התובע המייצג ובא-כוחו, משלב הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית – לשלב של ניהול התובענה. "**

28. גם דעתו של המלומד קלמנט במאמרו "קוים מנחים" הינה שהחוק בנוסחו הקיים מתעלם מדרישת תום הלב ביחס למניעים בהגשת הבקשה ומעביר את המוקד לדרישת תום הלב בייצוג ובניהול התובענה ולא בהגשתה:

> **"תום לב. נושא אחד שבו התמקדו בתי המשפט, כאשר בחנו את דרישת תום הלב בעבר, הוא המניעים להגשת תובענה ייצוגית. לגישתי, לאור התמקדות בדרישת תום הלב בייצוג ובניהול התובענה ולא בהגשתה, מניעיהם של עורכת הדין או של התובע להגיש את התובענה הייצוגית אינם צריכים להישקל כיום בבחינת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית"** (שם, עמוד 148)

29. מהאמור לעיל עולה, כי החוק במתכונתו הנוכחית, <u>בניגוד לעמדתם של בתי המשפט בעבר</u>, לא מייחס חשיבות משמעותית, אם בכלל, למניעים להגשת התובענה, כל עוד אין חשש לחוסר תום לב בניהול התובענה ובייצוגה.

30. בהתאם להוראות סעיף 8(4) לחוק, גם אם התובענה הוגשה ממניעים זרים, הבחינה שעל בית המשפט לבחון ממוקדת בייצוג וניהול ההליך ולא במניעים שהובילו להגשת הבקשה.

31. עמדה זו מתיישבת עם התכליות של המכשיר הייצוגי, כאשר השיקולים שהנחו את בתי המשפט בעבר, אשר ייחסו חשיבות למניעים בהגשת הבקשה, אינם רלבנטיים עוד לתובענה שהוגשה על פי החוק. ראשית, החוק במתכונתו רואה בתכלית העיקרית של החוק את ההגנה על טובתם וזכויותיהם של חברי הקבוצה. הצורך בהגנה על נתבע מפני תביעות סרק או מפני תביעות שהוגשו כמנוף לחץ וכאמצעים לפגיעה בתחרות קיבל כבר מענה הולם במסגרת המנגנונים ששולבו במסגרת החוק. השאיפה לעודד את התכלית העיקרית של החוק, על רקע המנגנונים לפיקוח ואיזון, אינם מצדיקים פסילת תובענה רק בשל כך שהוגשה ממניעים פסולים.

32. על רקע זה יש גם להתייחס לדבריו של בית המשפט בענין טצת לעיל. החששות שהוצגו על ידי בית המשפט בענין טצת מצאו את פתרונם והתייחסותם במסגרת ההסדרים ומנגנוני הבלמים והאיזונים הקיימים בחוק וממילא אינם רלבנטיים עוד ואינם דורשים התייחסות נוספת.

33. כך, למשל, ככל שעולה חשש שהתביעה לא תנוהל בתום לב, החוק מקנה לבית המשפט כלים שונים. בית המשפט רשאי להחליף את התובע הייצוגי או את עורכי הדין או את שניהם, או לצרף תובעים או עורכי דין. הכלי שניתן בידי בית המשפט רואה לנגד עיניו את התכלית העיקרית של טובת הקבוצה. מחיקת תובענה ראויה בשל כך שהוגשה ממניעים זרים עלולה לפגוע באינטרסים של הקבוצה באופן בלתי מידתי, שכן ניתן להשתמש באמצעי מידתי שפגיעתו פחותה ולפתור את החשש מפגיעה בנתבע באמצעות מנגנון שגם ישמור על האינטרסים של הקבוצה וגם ימנע חשש לפגיעה לא מוצדקת בנתבע. כמובן, ששיקול הדעת של בית המשפט הוא רחב דיו והוא יכול גם להגיע למסקנה שיש למחוק את התביעה אם מצא שאכן המניעים הזרים עלולים להשפיע על ניהול ההליך וייצוגו, אולם החלטה זו תתקבל לאחר שנשקלו ושוקללו כל השיקולים הרלבנטיים ולא כהחלטה אפריורית גורפת.

34. הדברים נכונים מקל וחומר בסיטואציה נשוא הדיון בה מדובר בתובענה עצמאית, על אף שמי שיזם אותה היה מתחרה עסקי.

35. לשונו של סעיף 8(4), בפרט לאור השוני בין לשון החוקים שקדמו לחוק, מלמד על תכליתו של החוק ומורה אותנו כי באיזון בין האינטרסים של הקבוצה לאינטרסים של הנתבע, אין כל מקום לקבוע שהתובענה תיפסל אך ורק בשל המניעים (יהיו זרים ככל שיהיו) שהובילו להנעת ההליך, כל עוד אין חשש לייצוג וניהול לא הולם של ההליך עצמו.

36. יתירה מכך, גם אם היה עולה חשש שכזה, הרי שהפתרון על פי החוק הקיים אינו פתרון אבסולוטי המציע קביעה אפריורית של מחיקת התובענה, אלא בחינה של מכלול השיקולים הקיימים כאשר החוק מקנה עדיפות לפתרון שלא יפגע בקבוצה, ובין היתר, מאפשר לבית המשפט, כאמור, לנטרל את החשש באמצעות החלפת ה"קטר" בקטר אחר.

37. מהאמור עולה, כי על פי לשונו ותכליתו של סעיף 8(4) וכן לאור התכלית העיקרית של המכשיר היצוגי על מנגנוניו ותכליות המשנה, התשובה לשאלה מושא הדיון בהקשר של דרישת תום הלב הינה תשובה שלילית.

<u>סעיף 8 (א) (2) הדרך היעילה וההוגנת</u>

38. בנוסף לדרישת תום הלב, נדרש בית המשפט בסעיף 8(א) (2) לבחון האם התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.

39. פרופ' קלמנט במאמרו קוים מנחים בדיעה שהגנה על נתבע מפני שימוש לא ראוי במוסד התביעה הייצוגית יכולה להיכלל תחת תנאי זה של "הדרך היעילה וההוגנת" :

> **"נושא זה אשר צריך למצוא פתרונו במסגרת תנאי זה הוא הגנה על הנתבע מפני שימוש לא ראוי בתובענה הייצוגית. למשל, הגשת תובענה ייצוגית על ידי מתחריו של הנתבע או ביוזמתם במטרה להפעיל לחץ על הנתבע וליצור תחרות בלתי הוגנת, אינה יכולה להיחשב לדרך יעילה או הוגנת להכרעה במחלוקת אשר לכלל התובעים המיוצגים אינטרס ממשי בה"**

40. מכאן עולה השאלה נשוא הדיון, האם ניתן וראוי לקבוע כי יש לפסול <u>אפריורית</u> תובענה שיזם מתחרה על אף שמדובר בתובענה עצמאית וזאת בנימוק שמדובר בדרך לא הוגנת להכרעה במחלוקת. על פי טענה זו, מתחרה שיזם איסוף של מידע "מפליל" על מתחרהו לצורך הגשת תביעה ייצוגית עשה שימוש לרעה במכשיר הייצוגי למטרות שלא לשמן הוא נועד והפך בכך את המכשיר הייצוגי לדרך לא הוגנת לניהול המחלוקת.

41. **ראשית**, על אף קשת האפשרויות הרחבה של התוכן שניתן להכניס לדרישת ה"דרך ההוגנת", הרי שהחוק לא מתייחס, ולו ברמז, לאפשרות של פסילת תובענה שהוגשה ממניעים זרים לתכליותיה. מהנוסח שאימץ המחוקק לענין דרישת תום הלב ניתן ללמוד כי אין כל חשיבות יותר למניעים שעמדו ביסוד הגשת הבקשה, קל וחומר שאין חשיבות במקרה של תובענה עצמאית למניעים שעמדו לנגד עיניו של מי שיזם את ההליך. מדיניות זו משתלבת עם התכליות של המכשיר הייצוגי כפי שהורחב לעיל.

42. בהתאם למדיניות הדווקנית של החוק, אין כל מקום לקבוע פסילה אפריורית של תובענה עצמאית שמתחרה יזם באמצעות הנוסח הרחב הקיים בדרישת "הדרך ההוגנת", למעט אם שוכנע בית המשפט, לאחר בחינת כלל הנסיבות, שהתובענה לא משרתת את התכלית הקיימת בחוק וכל כולה הינה הפעלת לחץ לא הוגן או יצירת תחרות לא הוגנת, באופן ההופך את ההליך כולו להליך לא הוגן כלפי הנתבע.

43. אדרבה, קביעה גורפת כזו במסגרת החלטה שיפוטית עלולה להכשיל הגשתן של תביעות מוצדקות, על אף הפגיעה בחברי הקבוצה, ולהכשיל את המטרה העיקרית של אכיפת הדין והרתעה מפני אכיפתו.

44. קביעה שכזו אף עלולה לסרבל את ההליך שלא לצורך ולהפוך כל תביעה ייצוגית לנטל מכביד וחקירה צולבת שיערכו הנתבעים ויהפכו כל אבן להתחקות אחר מקורות המידע שברשות התובעים. התובע הייצוגי ובאי כוחו יצטרכו להיחקר ולתת דין וחשבון על כל קשריהם העסקיים על מנת לוודא שהם לא קיבלו את המידע בדרך עקיפה ממתחרה כלשהו, ואין לדבר סוף.

45. **שנית**, לא ניתן לקבוע אפריורית כי כל אימת שמתחרה יזם הגשת תובענה יצוגית כנגד מתחרהו הינה בהכרח שימוש במכשיר הייצוגי כדי להפעיל לחץ לא ראוי או לגרום לתחרות בלתי הוגנת. על אף שדיון זה הינו דיון משפטי תיאורטי ואין רלבנטיות לעובדות תיק זה, ניתן לראות בנסיבות תיק זה כדוגמא בו דוקא הטענות המופנות כנגד הנתבע במסגרת התובענה מראות, לכאורה, שהנתבע פעל מתוך תחרות בלתי הוגנת כלפי יזם התובענה, כאשר עצם ההפרות הנטענות איפשרו לו לפגוע בתחרות [ראה סעיף 1 לכתב האישום שהוגש נגד המשיבה ונאשמים נוספים באותו ענין]. פגיעה בתחרות יוצרת התעשרות שלא כדין ומקנה לקבוצה אפשרות לתבוע בשל כך בלבד.

46. לא ניתן לקבוע איפוא, כהנחה אפריורית, כי תובענה שיזם מתחרה נועדה להפעיל לחץ לא הוגן או לפגוע בתחרות. לכל הפחות, יש ליתן משקל למידת השיקול הזר של המתחרה. לא הרי מתחרה שמלכתחילה מחפש כל דרך לפגוע במתחרהו כהרי מתחרה שנתקל בפעילות לא חוקית של המתחרה ומנצל את ההזדמנות לאכוף עליו את הדין. לא הרי מתחרה שיוזם הליך ייצוגי כנגד מתחרהו בנסיבות של התנהלות עסקית במהלך העסקים השגרתי כדי לפגוע בתחרות, כהרי מתחרה שיזם הליך ייצוגי שהעילה הייצוגית שבו לא נובעת מהתנהלות במהלך העסקים השגרתי. מידת התמריץ של המתחרה לפגוע במתחרהו, הינה שונה ממקרה למקרה ומקבלת חשיבות שונה במערכת השיקולים.

47. יתירה מכך, ייתכנו אפילו נסיבות שהצורך של מתחרה להפעיל לחץ על מתחרהו הינו צורך מוצדק והלחץ הינו לחץ הוגן בשל כך שדווקא המתחרה הנתבע הוא שפוגע בתחרות באמצעות הפרת הדין. המטרות של התובענה הייצוגית יכולות להיות רחבות ובכלל זה במקרה שעסק גורם למפגע סביבתי באופן כזה שהפגיעה בסביבה מהווה תשתית המאפשרת לו גם לפגוע בתחרות. אלו שיקולים שעל בית המשפט לשקול וייתכן שימצא לנכון, בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, שההגנה על התחרות מוצדקת והינה חלק מתכליות ההליך היצוגי וכחלק מהשיקולים לאשר את התובענה.

48. כך, לא ניתן להתייחס במידה שווה ליוזמה של מתחרה המשתמש במכשיר הייצוגי לקדם אינטרסים אחרים שאינם קשורים להליך הייצוגי, לבין יוזמה של מתחרה המשתמש במכשיר הייצוגי כדי לקדם אינטרסים עסקיים הקשורים בטבורם ובמהותם לפעולות ולמעשים העומדים בלב ליבו של ההליך הייצוגי.

49. מכאן שאין זה ראוי להניח הנחה אפריורית בכל מקרה שתביעה שהוגשה על ידי מתחרה הוגשה משיקולים זרים לתובענה הייצוגית או שהיא נעשתה לצרכיו העסקיים באופן לא לגיטימי קטיגורית .

50. **שלישית,** התכלית העיקרית של המכשיר הייצוגי רואה בקבוצה ובמייצגיה (התובע ועורך הדין) רשות אכיפה אלטרנטיבית. רשות אכיפה קלאסית רשאית ואף חייבת לבחון מידע שהגיע אליה ממתחרה עסקי, על אף השיקולים הזרים שייתכן שעומדים בבסיס המצאת המידע וגם אם המתחרה השקיע אמצעים כדי להשיג את המידע. אדרבה, דרכו של עולם שלמתחרים קל יותר לחשוף מחדלים ועוולות של נתבעים פוטנציאליים הן בשל הנגישות שלהם למידע והיכרותם האינטימית עם השוק ועם ה"שטח" והן בשל האינטרס שלהם להשקיע משאבים בחשיפת המפגע או העוולה, אינטרס אשר בדרך כלל לא קיים אצל הניזוק הרגיל דל האמצעים. פסילת המידע אפריורית עלולה להכשיל את האפשרות לאכוף את הדין ולאפשר לנתבע פוטנציאלי לעוול כרצונו מבלי שיש למאן דהוא אינטרס או יכולת להשקיע משאבים בחשיפת ההתנהלות הלא חוקית של מעוול המוני.

51. בשל האינטרס הציבורי, רשויות אכיפה קלאסיות אף מעודדות מתחרים לחשוף את המידע שבידיהם. כמובן, שמוטלת על רשות האכיפה חובה לבדוק שבעתיים את מהימנות המידע המגיע לידיה ממתחרה עסקי לאור החשש ממידע מוטעה או מוטה או מזויף.

52. הדעת נותנת שאין כל מקום לעשות אבחנה בין השימוש שעושה רשות אכיפה קלאסית במידע שהגיע ממתחרה עסקי לבין השימוש שעושה "רשות אכיפה אלטרנטיבית" במידע דומה, כמובן שבכפוף לכך

שהאיזונים המובנים במכשיר הייצוגי נשמרים והחשש לפגיעה שלא כדין בנתבע מקבל התייחסות הולמת במסגרת המנגנונים של ההליך הייצוגי.

53. פסילת תובענה אפריורית רק בשל כך שהמידע והיוזמה הגיעו ממתחרה עסקי חותרת תחת התכלית העיקרית של המכשיר הייצוגי. זו בדיוק הסיבה שהחוק במתכונתו הנוכחית לא מייחס חשיבות למניעים בהגשת הבקשה וכל שכן במניעים שהובילו לייזום ההליך. העובדה שהיוזמה נולדה משיקולים של תחרות או של פגיעה בתחרות אינה מעלה ואינה מורידה לתכלית העיקרית של המכשיר היצוגי. אדרבה, ניתן לומר אף שהשיקולים של המתחרה אינם שיקולים זרים למכשיר היצוגי. המכשיר הייצוגי, כרשות אכיפה, צריך לעודד קבלת מידע איכותי ויוזמות מצד מתחרים עסקיים, כמובן, הכל בכפוף לכך שהאינטרסים המנוגדים של הצדדים מקבלים ביטוי הולם ומאוזן במנגנונים הקיימים בחוק.

54. הביקורת של רשויות אכיפה קלאסיות על מידע המגיע ממתחרה עסקי מתחלף בהליך הייצוגי במסננת של התובע הייצוגי (בפרט במקרה של תובענה סביבתית שהתובע הינו ארגון סביבתי בעל כלים עצמאיים לבחינת הראיות) , של עורכי הדין ושל בית המשפט עצמו המפקח על ההליך.

55. במקרה של תביעה שבה הוגש במקביל על ידי רשויות האכיפה הקלאסיות כתב אישום פלילי בגין אותן הפרות, החשש לפגיעה בנתבע בשל שיקולים זרים או איכות המידע נחלש עוד יותר.

56. **רביעית**, גם אם נקבל את ההנחה שמתחרה שיוזם הליך עושה זאת משיקולים זרים ואך ורק לצרכיו העסקיים ובמטרה להפעיל לחץ פסול על הנתבע, קביעה אפריורית גורפת לפיה כל תובענה שנולדה מיוזמה של מתחרה עסקי, תיפסל, מנוגדת לתכלית העיקרית של המכשיר הייצוגי ולתכליות המשנה כפי שבאים לידי ביטוי במנגנונים הקבועים בחוק.

57. המנגנון הקבוע בחוק נועד לאזן בין כל האינטרסים המנוגדים של המשתתפים בהליך תוך שיקול כל השיקולים הרלבנטיים ושיקלולם (כל שיקול לפי משקלו) במערכת משולבת של בלמים, איזונים, תכליות עיקריות ותכליות משנה.

58. שקלול כל השיקולים הינו מלאכה המסורה לבית המשפט והתלויה בכל ענין וענין על פי מערכת השיקולים והאינטרסים הרלבנטיים לכל מקרה ומקרה על פי משקלו של כל שיקול בפני עצמו וביחס למשקלם של האינטרסים המנוגדים והאיזון הראוי ביניהם.

59. קבלת הטענה שיש לקבוע קביעות אפריוריות אבסולוטיות באופן קטיגורי מבלי לשקלל את כל השיקולים ולאזן ביניהם בכל מקרה ומקרה תחטא לתכליות של המכשיר הייצוגי ולשימוש המתבקש במנגנונים הקיימים בחוק. מכל מקום, חוק התובענות לא נקט בדרך זו ולא קבע קביעות מסוג זה.

60. כך, גם אם ייקבע כי תובענה שנולדה כתוצאה מיוזמה של מתחרה עסקי הינו שימוש זר במכשיר הייצוגי, הרי שהשיקול לפסילתה אינו יכול להיות אבסולוטי והוא חייב להיות ביחס ליתר השיקולים . כך, למשל, על בית המשפט לבחון ולשקול את מידת הפגיעה בחברי הקבוצה במידה והתובענה תיפסל ואת האמצעים האחרים הקיימים על מנת למנוע את הפגיעה בקבוצה. לא הרי תובענה שמידת הפגיעה בקבוצה הינה משמעותית וקריטית לבין תובענה שהפגיעה בקבוצה פחות משמעותית. כך למשל, יש ליתן הדעת לתוצאות מחיקת התובענה לעומת הנזק שעלול להגרם לחברי הקבוצה. לא הרי תביעה שהסיכויים לקבלתה גבוהים ביותר להרי תביעה המיוסדת על כרעי תרנגולת. לא הרי תובענה שניתן להגישה מחדש במידה ותמחק כהרי תובענה שפסילתה תהווה החלטה חלוטה ולא ניתן יהיה להגישה מחדש (למשל בשל התיישנות) או שהסיכויים שתוגש מחדש הינם סיכויים קלושים (למשל, לאור הקושי להשיג ראיות מחדש או למצוא גורם שירצה או יהיה מסוגל להניע את ההליך מחדש). ולא הרי כל אלה כאשר עילת התובענה נוגעת לפגיעה חמורה בקבוצה כהרי כל אלה כאשר מדובר בפגיעה פחותה יחסית.

61. כך, למשל, נניח מקרה קיצוני שבו מתחרה עסקי יזם תובענה כנגד מתחרהו בשל הרעלת בארות מים בפסולת רדיואקטיבית, כאשר לא ניתן להשיג ראיות אפקטיביות אחרות לראיות שהמציא המתחרה. האם גם במקרה כזה נאמר כי יש לפסול את התובענה על הסף ולהתיר הרעלת בארות מים ללא אכיפה רק בשל כך שהיוזמה לתובענה נולדה בידי מתחרה עסקי, יהיו שיקוליו אשר יהיו?

62. במסגרת מערכת האיזונים יש לשקול גם את מידת חוזקו של "השיקול הזר" שעמד ביסוד ההחלטה ליזום את ההליך בפני עצמו וביחס לשיקולים האחרים, כאמור, של מידת הפגיעה, טובת הקבוצה וכיוצא באלה. לא כל יוזמה של מתחרה עסקי הינה הפעלת לחץ פסול או יצירת תחרות בלתי הוגנת, ולכל הפחות, מידת הפסול או התחרות הבלתי הוגנת שונה בכל מקרה על פי נסיבותיו, כמפורט לעיל.

63. אינו דומה מתחרה שיוזם הליך בשל תחרות לא הוגנת בגוף העילה הייצוגית לבין מתחרה שהתחרות חיצונית לעילה. כך, למשל, מקרה בו בנק החבר באיגוד בנקים נחשף לקיומו של קרטל בין בנקים אחרים ויוזם את העברת המידע המפליל לצורך תביעה ייצוגית אינו דומה למקרה בו בנק יוזם הליך ייצוגי כנגד בנק אחר בעילה לפגיעה רוחבית בעובדי הבנק האחר במסגרת דיני העבודה.

64. יתירה מכך, גם הפתרונות שיש לאמץ במקרה שהיוזמה נולדה אצל המתחרה הינן פתרונות שונים התלויות בהקשר הכללי. באיזון בין כל השיקולים בית המשפט מחוייב לאמץ את הפתרון הראוי לנסיבות כל מקרה ומקרה. ברי שבמקרים מסויימים הוא רשאי לקבוע שיש להחליף את את התובע הייצוגי או את עורך דינו, או את שניהם, או לצרף תובע או באי כח, ובמקרים אחרים הוא רשאי לקבוע שיש למחוק את התובענה, או במקרים אחרים ניתן לקבוע תנאים שיבטיחו את ניתוק התובענה מהיוזמה.

65. ראיה לגמישות הקיימת בשיקלול השיקולים ניתן למצוא בעניין שנדון בפני בית משפט זה בענין תצ (מרכז) 5567-06-08 **תמי בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ** (להלן: "**ענין תמי בר**"). בענין תמי בר בו הוגשה תביעה ייצוגית על ידי מתחרה עסקית שהיה לה סכסוך עסקי קודם עם הנתבע בגין עילות שונות שעלו במסגרת התובענה. כך, לענין טענות לקיומם של חומרים רעילים בסרדינים בית המשפט כמעט לא התחשב בעובדה שהתובענה הוגשה ונוהלה על ידי מתחרה עסקית בעלת סכסוך קודם וזאת לאור החשיבות שהיתה יכולה להינתן לניהול התובענה במידה ואכן היה חשש לקיומם של חומרים רעילים בסרדינים. יהיה קשה לקבוע שיש להתיר פגיעה כה משמעותית בקבוצה רק בשל כך שהמתחרה יזם את ההליך. לעומת זאת, בכל הנוגע לשאלת ההטעיה, שמידת הפגיעה בקבוצה פחותה יותר, בית המשפט נדרש והתחשב יותר בנסיבות הגשת התביעה וניהולה בידי מתחרה עסקי.

66. מענין תמי בר עולה, כי המשקל שיש ליתן לשיקול הקורא לפסול תובענה שהיוזמה שלה נולדה משיקולים זרים או לשיקול של חשש כי התרת תביעות ייצוגיות על ידי מתחרה עסקי עלולה להביא לייצוג בלתי הולם של האינטרסים של חברי הקבוצה, או לפגיעה בלתי הוגנת בנתבע, הינו משקל שונה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, הן בפני עצמו, והן ביחס לאינטרסים ולשיקולים האחרים הקיימים במקבילית הגמישה של האינטרסים והשיקולים הנבחנים על ידי בית המשפט.

67. גם בעניין ת"צ 10538-02-13 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ ואח'** (להלן: "**ענין אל על**") נאמר על ידי בית המשפט דכאן דברים דומים ביחס לאיזון האינטרסים המובנה במערכת השיקולים לאישורה של תובענה או לפסילתה על הסף:

> " **הפעלת הסמכות לסלק תובענה על הסף בשל התנהלות מגישיה לא תעשה באופן גורף, אלא היא מחייבת איזון בין האינטרסים המתנגשים** – בפסק דין **חרסט**, פסקה 23, לאחר שהבהרתי את קיומה של הסמכות לסלק על הסף תובענה ייצוגית בשל התנהלות מגישיה, ציינתי את הדברים הבאים ביחס לאופן השימוש בסמכות זו:

"מהי הסנקציה הראויה בגין התנהלותם הדיונית הפסולה של המבקשים, שהתבטאה בהגשה מבוזרת של מספר רב של בקשות דומות, ללא השקיפות המתחייבת? בעניין זה לא ניתן, כמובן, לקבוע כלל אחיד. הפסיקה מורה כי במקרה הרגיל אין מקום לסילוק הליך על הסף מהטעם של שימוש לרעה בהליכי משפט, אלא יש להסתפק בסנקציות פחותות כגון זקיפת חוסר תום הלב לחובתו של המתדיין ופסיקת הוצאות (ראו [בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ, [פורסם בנבו] פסקה 8 (ניתן ב- 15.1.2007 ע"י הנשיאה דורית ביינישׁ)]. **כך, מקל וחומר, כשמדובר בבקשה להכרה בתובענה ייצוגית, בה נוסף לזכות היסוד של המבקש שלא תישלל ממנו זכות הגישה לערכאות יש להתחשב גם באינטרס הקבוצה בבירור עילת התביעה לגופה. לפיכך, נקודת המוצא לדיון בסנקציה חייבת להיות שרק במקרים חריגים תצדיק התנהלות פסולה של המבקש/התובע המייצג או בא הכוח המייצג סילוק על הסף של בקשתם**".

68. אמנם הדיון דנן אינו עוסק בסילוק על הסף כפשוטו, אולם, החלטה לקבוע כי תביעה שהוגשה על ידי מתחרה תיפסל אפריוריות כמוה כסילוק התביעה על הסף.

69. מכל האמור עולה, כי לא לחינם נמנע המחוקק מלקבוע קביעות אבסלוטיות ביחס להגשת תביעה על ידי מתחרה עסקי או תביעות שהונעו מכוח יוזמה של מתחרה. על פי התכליות של החוק והמנגנונים הקיימים לא ניתן לקבוע אפריורית כי כל הליך שהוגש על ידי מתחרה הינו פסול, קל וחומר לא ניתן לקבוע כי תובענה עצמאית שיזם מתחרה הינה תובענה שיש לפסול אותה אפריריות מבלי שנלקחו בחשבון ושוקללו כל האינטרסים והשיקולים הרלבנטיים.

70. יתירה מכך, גם אם היה נקבע איסור בדין או בפסיקה על הגשת תביעה בידי מתחרה או על ייזום תביעה בידי מתחרה, לא היה ניתן להסיק אפריורית בכל מקרה על פסילת הבקשה.

71. כך, למשל, נאמר על ידי בית המשפט דכאן בענין אל על:

> **"במילים אחרות, כלל הסילוק בהקשר בו עסקינן, ממש כמו כלל "פירות העץ המורעל", אינו יכול להיות כלל גורף, המחייב פסילה של בקשת האישור בכל מקרה בו הופר איסור זה או אחר (לכך שכלל "פירות העץ המורעל" אינו מוחלט ראו עניין יששכרוב, פסקאות 74-65 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביינישׁ). זהו גם המצב כשכלל זה נקבע בחקיקה. ראו סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א – 1981; סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט – 1979). כלל הפסילה, אף אם הוא קיים, חייב להיות כלל גמיש, הבוחן את שני צדי המשוואה: חומרת הפגיעה באינטרסים המוגנים במקרה הקונקרטי מזה, והנזק שבפסילת התוצרים מזה. "**

72. וגם קשיים יישומיים רבים מעורר כלל בלתי גמיש, כך למשל, מתחרה עסקי יכול להעביר מידע אנונימי. יתרה מכך, יתכן ותוגש תובענה על בסיס ראיות שהעביר מתחרה והיא תמחק, אולם תובע פוטנציאלי אחר לא יוכל לעשות שימוש בראיות אלה משום שהן נגועות כראיות שנאספו על-ידי מתחרה. כמו כן ובאופן עקבי לפסילה הגורפת תובע אחר אינו יכול לעשות Follow Up על אותן ראיות שהן בחינת פירות העץ המורעל. בהקשר זה יש לשים לב שעוסק אשר יודע כי נאספו עליו ראיות על-ידי רשות חוקרת ישתול אותם אצל תובע פוטנציאלי באמצעות מתחרה כדי להופכם לפירות מורעלים שיפסלו כל אפשרות לעשות בהן שימוש.

וזוהי רשימה חלקית שמעורר יישומו של כלל גורף.

73. אם במקרה שבו הופר איסור אמרינן כך, הרי שקל וחומר בן בנו של קל וחומר במקרה שאין איסור מפורש בדין.

סיכום

74. בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות ולתכליותיו, אין מקום לקביעה כי יש לפסול אפריורית תובענה ייצוגית שיצאה לפועל בעקבות יוזמה של מתחרה, בוודאי לא כאשר מדובר בתובענה עצמאית.

75. תובענה ייצוגית עשויה לחשוף עיוותים חמורים דווקא באמצעות העברת מידע על-ידי מתחרה. והדברים נפוצים דווקא כאשר מדובר בקרטלים ופגיעה בבריאות הציבור, שאז המידע הוא לעיתים נחלתו הבלעדית של מתחרה עסקי. החלת כלל פסילה גורף משמעו כי מעשים חמורים ביותר שדיני התובענות אמורים לטפל בהם לא יגיעו לכדי ברור או מיצוי. ברי תוצאה שכזו נוגדת בעליל את תכליתו של חוק התובענות.

76. מאידך, לקשיים שמעוררת תובענה שהוצתה על-ידי מתחרה עסקי ניתן מענה בחוק התובענות לרבות לענין הטענה שהגשת ההליך על ידי מתחרה מהווה שימוש לרעה במכשיר הייצוגי. המבקשת אינה גורסת כי הדברים לעולם לא יגיעו לכדי פסילת ההליך, אולם הדבר הוא תלוי נסיבות ועל בית המשפט לאזן בין השיקולים השונים במקבילית הכוחות, בין היתר, חשיבותה של התובענה, מידת הסיכון שבהמשך ניהול ההליך והאפשרות שתובענה זהה תוגש שוב ללא מעורבות של מתחרה בייזומה.

נאור יאיר ממן, עו"ד
ב"כ המבקשת