

# על חלב שנשפך

תגובה למאמרם של עו"ד ירון רייטר ואריאלה אבלוב "חלב חמוץ", "משפט הארץ", דצמבר 2008

/ עו"ד אסף שילה



לתובע את מלוא סכום תביעתו האישית, ובכך לשלול את העילה האישית ולהביא לדחיית הבקשה לאישור התביעה כייצוגית. הן בית המשפט המחוזי בתל אביב והן בית הדין לעבודה בחיפה דחו טענה זו, בקובעם, כי כך יוכל כל נתבע בתביעה ייצוגית להסיר מעליו את עול התביעה, וזה מצב בלתי רצוי: רוב הציבור אינו מודע לעוול שגרם לו הנתבע, העניין יושטק והבעיה לא תבוא על תיקונה.

אני סבור, כי הצורך בהוכחת עילה אישית הוא מיותר, וכי יש לבטל כליל את הדרישה להוכחתה. זאת, על מנת שהטיפול המשפטי ייעשה באושיה (או אם תרצו – ב"issue) ולא באיש; בבעיה אותה מציג התובע הייצוגי, ולא בבעיה של התובע הייצוגי.

## בין דיני הנזיקין לבין הפלילי

ביקורת נוספת אותה מעלים הכותבים היא סוג הנזק בגינו נפסק הפיצוי: פגיעה באוטונומיה. הקשיים שמוצאים הכותבים בפיצוי זה בתביעות ייצוגיות גורם לדעתם לגרירת התובענות הייצוגיות מתחום המשפט האזרחי לתחום המשפט הפלילי.

אני בהחלט מסכים עימם לגבי מהות ההליך הייצוגי. אכן, מדובר בהליך קשה ובעל פוטנציאל להשלכות כספיות משמעותיות ביותר כלפי הנתבע. אכן, אין דינו של נתבע בתביעת נזיקין ייצוגית כדינו של נתבע בתביעת נזיקין אישית. אני מקבל את ההשוואה להליך הפלילי, בעיקר משום שמטרה מרכזית של ההליך הייצוגי – בדומה להליך הפלילי – הוא "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" (סעיף 21(2) לחוק).

ייחודו האמור של ההליך מצדיק הן את הדרישה לנטל הוכחה גבוה, אבל הן את האפשרות לפסוק פיצוי לציבור גם כאשר לא נגרם לו נזק של חסרון כס (נזק ממוני), כמו בנזק המכונה "פגיעה באוטונומיה".

עמדה זו משתלבת היטב עם הרציונאל של דברינו לעיל: בבדיקה של תביעה ייצוגית, הזרקור (ואולי הדימוי המתאים יותר הוא קרני הרנטגן) צריך להיות מופנה לבדיקה וניתוח של התנהגות הנתבע ולא של התובע. ///

**ב**מאמרם מבקרים הכותבים את פסק הדין בפרשת החדרת הסיליקון לחלב ע"י תנור בה. ברשימה זו אתייחס לנקודות הביקורת בהיבטים הכלליים שלהן: נושא העילה האישית ונרשא הפגיעה באוטונומיה.

## זה לא משהו אישי

הכותבים מבקרים את החשיבות הנמוכה שהעניק בית המשפט לקיום עילתו האישית של התובע הייצוגי. לטענתם, הדין מחייב בחינה מדוקדקת של העילה האישית של התובע הייצוגי.

אני מסכים לטענה, בתיקון קל (קל בכמות המילים, כבד במשקלן): בחינת העילה היא אכן עניין חיוני – אבל מה שחשוב לבחון הוא את העילה הקבוצתית, לא העילה האישית.

התמקדות בזוטות, שכל מטרתן להראות שקיים פגם כלשהו בעילת התביעה של התובע הספציפי, מחטיאה את המטרה של ההליך הייצוגי ועלולה לגרום לעיוות דין. האם אכן פגם כזה או אחר בעילת התובע הייצוגי מצדיקה פטור לנתבע מפיצוי הקבוצה?

עיוות דין כזה נגרם באחד מפסקי הדין המרכזיים בתביעות הייצוגיות, המקרה של ברזני נגד בזק. באותו עניין פרסמה בזק תעריפי שיחות לחו"ל בצורה שהיה בה כדי להטעות את הציבור. ברזני לא ראה את אותם פרסומים ולכן לא הוטעה מהם בפועל. דעת הרוב באותו עניין קבעה, כי לפיכך יש לדחות את תביעתו האישית, ועימה גם את הבקשה להכיר בה כתביעה ייצוגית. אך התמשכות ההליכים גרמה להתיישנות המקרה, לא ניתן היה להגיש תביעה באמצעות תובע ייצוגי אחר ובזק יצאה נשכרת.

מאז חלף זמן וחלב זרם. חוק התובענות הייצוגיות חוקק והשתנתה הגישה. יישום סעיף 8(ג) (2) לחוק (לפיו קיימת אפשרות להחליף את התובע המייצג), נעשה לא אחת תוך הדגשת שינוי המגמה שחלה עם חקיקת החוק.

מיקוד הדיון בנושא הקבוצתי ולא האישי, בא לידי ביטוי במקרים בהם מבקש הנתבע לשלם

הכותב מתמחה בתביעות ייצוגיות.