



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7672/22

לפני: כבוד המשנה לנשיא נעם סולברג
כבוד השופטת דפנה ברק-ארז
כבוד השופט עופר גרוסקופף

המערערים: 1. רבקה קשתן
2. גינה אלון
3. דורון גורודצקי
4. ד"ר ליליאן ברנע

נגד

המשיבות: 1. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ
2. מקס אי פיננסים בע"מ
3. ישראלכרט בע"מ
4. היועצת המשפטית לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 21.8.2022 בת"צ 50533-07-18 שניתן על ידי כבוד השופטת אסתר נחליאלי חיאט

תאריכי הישיבות: י"ח בסיון התשפ"ד (24.6.2024)
ח' בתמוז התשפ"ד (14.7.2024)

בשם המערערים: עו"ד מיכאל בד; עו"ד אופיר עמיאל
בשם המשיבה 1: עו"ד שי כגן; עו"ד ליטל גדנסקי; עו"ד נועם קוחול
בשם המשיבה 2: עו"ד עופר שובל; עו"ד יואבל לוי
בשם המשיבה 3: עו"ד טל מישר; עו"ד זאב גוטרייך; עו"ד דניאל לוי
בשם המשיבה 4: עו"ד יואב שחם

פסק-דין

השופט עופר גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת אסתר נחליאלי חיאט) מיום 21.8.2022 בת"צ 50533-07-18, במסגרתו נדחתה בקשה לאישור תובענה כייצוגיות שהגישו המערערים נגד שלוש חברות כרטיסי אשראי, בטענה כי יש להטיל עליהן אחריות בשל שימוש לרעה במערך התשלומים שלהן על ידי חברות שיווק ישיר, כחלק מתופעה בזוויה הידועה בשם "עושק הקשישים". בתמצית, בית המשפט קמא קבע כי למרות שלמערערים עומדת עילה משפטית נגד חברות כרטיסי



האשראי, ושקיים אינטרס ציבורי בבירורה, אין מקום לאשר את הגשת התובענה כייצוגית מאחר שזו אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת בנסיבות העניין.

רקע

1. ביום 22.7.2018 הגישו ארבעת המערערים, גב' רבקה קשתן (להלן: גב' קשתן), גב' גינה אלון, מר דורון גורודצקי (להלן: מר גורודצקי) וד"ר ליליאן ברנע (להלן, יחדיו: המבקשים המייצגים) – ילידי השנים 1929 עד 1948 – תביעה ובקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד המשיבות (להלן: בקשת האישור), חברת כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (להלן: כאל), חברת מקס איט פיננסים בע"מ (בשמה הקודם לאומי קארד בע"מ. להלן: מקס) וחברת ישראל כרטיס בע"מ (להלן: ישראלכרט; שלוש המשיבות יכוננו להלן, יחדיו: המשיבות או חברות כרטיסי האשראי), וזאת לפי פרטים 1, 2 או 3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק).

2. ברקע לבקשת האישור, מקרים רבים בהם נטען כי חברות שיווק ישיר ניצלו את החולשה הצרכנית המאפיינת אוכלוסיות מסוימות בחברה הישראלית לצורך ביצוע מעשי מרמה ועושק (להלן: חברות השיווק הישיר). בקשת האישור התמקדה באותם מקרים בהם מעשי המרמה כווננו נגד אוכלוסיית הקשישים, אשר לצורך התביעה הוגדרו כמי שמלאו להם 65 שנים ויותר (יוער, כי מאחר שהגדרה זו אומצה על ידי בית המשפט קמא במסגרת פסק הדין מושא הערעור, והמשיבות לא חלקו על קביעה זו, יעשה להלן שימוש במונח קשיש בהתאם למשמעות זו). על פי המתואר בבקשת האישור, חברות השיווק הישיר בנו מנגנון שיטתי ורחב היקף, אליו קל מאוד להיכנס אך קשה מאוד לצאת, באמצעותו הן פעלו כדי לשכנע קשישים למסור להם את פרטי כרטיסי האשראי שלהם; ולאחר שהשיגו אותם, עשו בהם שימוש על מנת לגבות מהקשישים כספים רבים שלא כדין. השיטות בהן פעלו חברות השיווק הישיר, על פי האמור בבקשת האישור, רבות ומגוונות. כך, למשל, תואר כי מוקדנים טלפוניים של חברות השיווק הישיר פיתו קשישים למסור את פרטי כרטיס האשראי שלהם באמצעות הצעות לרכוש מוצרים במחירים אטרקטיביים או בתמורה לתשלום "דמי משלוח" סמליים. במקרים אחרים, תואר כי המוקדנים התחזו לנציגים של חברות כרטיסי האשראי, וביקשו את פרטי כרטיס האשראי של הקשיש בטענה כי הדבר דרוש לצורך אימות פרטיו, או כי באפשרותו לקבל "מתנות" בתמורה לנקודות שצבר בכרטיס.

לאחר שחברות השיווק הישיר הצליחו לשים את ידיהן על פרטי כרטיס האשראי של הקשיש, הן היו נוהגות, על פי המיוחס, לשלוח מוצרים בשווי נמוך משמעותית מהמחיר שנגבה מהקשיש; לשלוח מוצרים אחרים ממה שסוכם בשיחה הטלפונית; לחייב את כרטיס האשראי שנמסר להן מבלי שנשלחה תמורה כלשהי מצדן; ובהמשך לכך, אף להפעיל לחצים נוספים על הקשיש עד שהסכים להזמין מוצרים נוספים בהם לא היה לו צורך. זאת ועוד, בחלק מהמקרים תואר כי חברות השיווק הישיר היו מעבירות את פרטי כרטיסי האשראי שנמסרו להן לחברות אחרות, אשר בתורן המשיכו לחייב את כרטיס האשראי מבלי שבכלל יצרו קשר עם בעליו. נוסף על כך נטען, כי גם כאשר נשלחו לקשיש מוצרים מסוימים, אלה הגיעו ללא חשבונית או תעודת משלוח, ומבלי שפורטו תנאי העסקה כנדרש לפי הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). כפועל יוצא, לא הייתה לקשיש או למסייעים בידו אפשרות להתחקות אחר מהות החיובים שהופיעו בפירוט האשראי, או יכולת להבין לאיזה עסק נדרש לפנות כדי להפסיק את ההתקשרות. זאת ועוד, גם כאשר הצליחו הקשישים לאתר את חברות השיווק הישיר, ופנו אליהן בבקשה שיפסיקו את החיובים, במקרים רבים פניותיהם היו נדחות או שנמסר להם כי עליהם לשלם תשלום חד פעמי בסך של אלפי ש"ח אם ברצונם להתנתק מהשירות. בדרכים אלו, ואחרות, הצליחו חברות השיווק הישיר, על פי הנטען בבקשת האישור, להונות אלפים רבים של קשישים, כאשר הנזק שנגרם להם נאמד במאות מיליוני ש"ח (לפירוט על התופעה ראו: מיכל סגל ושגית מור "ניצול צרכנים והגנה על זכויות הצרכן של אנשים זקנים בישראל" ביטחון סוציאלי 87, 109, 87-88 (2020) (להלן: סגל ומור); מבקר המדינה סוגיות בהגנה על הצרכן 987-999 (2022)).

3. ההליך הייצוגי דנן איננו מופנה כלפי חברות השיווק הישיר, הנושאות על פי הנטען באחריות הישירה למעשי ההונאה הנלווים, אלא כלפי חברות כרטיסי האשראי, שלשיטת המבקשים המייצגים נושאות אף הן באחריות למעשי ההונאה – לא בשל גרימתם, אלא בשל המחדל לסכל אותם. המבקשים המייצגים סבורים כי היה על חברות כרטיסי האשראי לפעול כדי למנוע את מעשי המרמה והעושה שביצעו חברות השיווק הישיר, ובתוך כך, היה עליהן להפסיק את ההתקשרות עימן, לבטל את החיובים שהוטלו על הקשישים, וליידע את האחרונים על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר. בטרם נצלול לפרטי ההליך שהתנהל בבית המשפט קמא, ולעומק טענותיהם של הצדדים בערעור שלפנינו, נדרש תחילה לעמוד על מאפייני שוק כרטיסי האשראי בישראל, ועל תפקידן של חברות כרטיסי האשראי בתוכו.

שוק כרטיסי האשראי בישראל ותפקידן של חברות כרטיסי האשראי

4. בשנות השבעים של המאה העשרים החל השימוש בכרטיסי אשראי במדינת ישראל, כאשר הנפקתם נעשתה על ידי הבנקים הגדולים בארץ. בשלב זה, הפיקוח על הנפקת כרטיסי האשראי הופעל מכוח החוקים הכלליים שהסדירו את פעילות הבנקים, ואילו מערכת היחסים בין הבנק ללקוח הוסדרה בעיקרה באמצעות דיני החוזים הכלליים. עם התרחבות השימוש בכרטיסי האשראי, בראשית שנות השמונים מינה משרד המשפטים ועדה בראשות השופט אהרן ברק לצורך "בדיקת הבעיות המשפטיות בנושא כרטיסי אשראי, על כל השלכותיו", ובעקבות המלצותיה נחקק בשנת 1986 חוק כרטיסי חיוב, השתמ"ו-1986 (להלן: חוק כרטיסי חיוב). להרחבה על היסטוריית כרטיסי האשראי בישראל ובעולם ראו: ריקרדו בן-אוליאל ולירן חיים דיני בנקאות – מערכות התשלומים כרך ב 179-185 (מהדורה שנייה 2021) (להלן: דיני בנקאות)). מטרתו המרכזית של חוק כרטיסי חיוב הייתה להסדיר את מערכת היחסים שבין מנפיק כרטיס האשראי לבין הלקוח, וזאת מתוך הבנה, כי לנוכח פערי הכוחות המשמעותיים בין הצדדים, דיני החוזים הכלליים אינם מתאימים להסדרת מערכת יחסים זו (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ה"ח הממשלה 1771; רות פלאטו-שנער "תפקיד המשפט בפיתוח ובעיצוב מערך אמצעי התשלום בישראל" משפט חברה ותרבות ה 361, 382 (דרור גולדברג ורון חריס עורכים 2022) (להלן: פלאטו-שנער)). יוער, כי לצד כרטיסי אשראי, ההגדרה של "כרטיס חיוב" בחוק כרטיסי חיוב כוללת סוגים נוספים של אמצעי תשלום, אשר ההתייחסות אליהם אינה נדרשת בענייננו.

עם התקדמות השנים והתפתחות הטכנולוגיה, הולך וגובר השימוש בכרטיסי אשראי בישראל. לשם המחשה, בהשוואה לשנת 2008, בה מספר כרטיסי האשראי הפעילים בישראל עמד על כ-5.01 מיליון כרטיסים, והיקף השימוש בהם מתוך סך העסקאות במשק עמד על 37%, בשנת 2022 כמות כרטיסי האשראי יותר מהכפילה את עצמה ועמדה על כ-10.7 מיליון כרטיסים, וגם היקף השימוש בכרטיסי אשראי עלה באופן ניכר – כ-73.5% מכלל העסקאות במשק באותה שנה נעשו באמצעותם (ראו: יעקב צ'רטוף ועמי צדיק שוק כרטיסי האשראי: ניתוח, רגולציה והשוואה בין-לאומית 3, 9 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2010); בנק ישראל סקירת מערך התשלומים בישראל -51 (49) (2024)). תופעה זו אינה מפתיעה. כרטיס האשראי מאפשר למשתמש לשלם בצורה נוחה, יעילה ובטוחה, ובמקרים רבים השימוש בהם אף מקנה למשתמש הטבות נוספות. מעבר לכך, גם מנקודת מבטו של בית העסק לשימוש בכרטיסי אשראי יש יתרונות רבים,



ובכלל זאת, פישוט פעולת התשלום עבור לקוחותיו, שיפור יכולת המעקב אחר פעילות העסק והקטנת הסיכון לזיוף אמצעי תשלום (ראו: פלאטו-שנער, בעמ' 364). מלבד כוחות השוק, אשר, כאמור, מעודדים צרכנים ובתי עסק להרחיב את השימוש בכרטיסי אשראי, בשנים האחרונות נקטה המדינה בצעדים אקטיביים שמטרתם לצמצם את השימוש במזומן, ול הרחיב את השימוש באמצעי תשלום מתקדמים, לרבות כרטיסי אשראי (ראו: חוק לצמצום השימוש במזומן, התשע"ח-2018. להרחבה על הטעמים העומדים בבסיס מהלך זה ראו גם: הוועדה לבחינת צמצום השימוש במזומן דין וחשבון 17-18, 44-46 (2014); פלאטו-שנער, בעמ' 383-384).

5. לצד היתרונות האמורים, ולנוכח הסיכונים השונים הנובעים מהשימוש בכרטיסי האשראי, בפרט בשים לב להתפתחויות הטכנולוגיות שחלו בשנים האחרונות בתחום התשלומים, התעורר הצורך להתאים את האסדרה הקיימת לעת הנוכחית. בהתאם, בשנת 2019 בוטל חוק כרטיסי חיוב ותחתיו נחקק חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019 (להלן: חוק שירותי תשלום). להרחבה על הרקע לחקיקתו של חוק שירותי תשלום ועל חידושו ראו: רע"א 8364/23 ב.ג.א.נ. אופנה בע"מ נ' ישראל כרטיס בע"מ, פסקאות 23-27 (23.7.2024) (להלן: עניין ישראל כרטיס); פלאטו-שנער, בעמ' 384-392; מיכל עופר צפוני "משטר חלוקת האחריות לשימוש לרעה באמצעי תשלום על פי חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019 תיקון חלקי להסדר חסר" חוקים טז 15, 319-320 (2022) (להלן: עופר צפוני)). ודוק, מאחר שבקשת האישור הוגשה ביחס לפעולות שבוצעו לפני שנחקק חוק שירותי תשלום, הוא אינו חל באופן ישיר על ענייננו, ומערכת היחסים בין הצדדים מוסדרת בהתאם להוראותיו של חוק כרטיסי חיוב (ראו: סעיפים 77 ו-78 לחוק שירותי תשלום).

6. ראינו, אם כן, כי לאור היתרונות הרבים הגלומים בתשלום באמצעות כרטיסי האשראי, אלה הפכו לאמצעי התשלום הנפוץ ביותר בישראל. ככזה, וכן לנוכח הסיכונים הכרוכים בשימוש בכרטיסי אשראי, ראה לנכון המחוקק להסדיר היבטים רבים הנוגעים לשימוש בהם. עוד ראינו, כי בליבת ההסדרה שנקבעה בחוק כרטיסי חיוב עומדת מערכת היחסים בין הלקוח ובין החברה שהנפיקה עבורו את כרטיס האשראי. ברם, זוהי אינה מערכת היחסים היחידה הרלוונטית לענייננו. כך, שכן המבקשים המייצגים סבורים כי יש להטיל אחריות על חברות כרטיסי האשראי לא רק בכובען כמי שהנפיקו עבור או כלוסיית הקשישים את כרטיסי האשראי שלהם (פעילות לגביה קיימת יריבות חוזית בין חברי הקבוצה לחברת כרטיסי האשראי המנפיקה), אלא גם בכובען כמי שסיפקו שירותי סליקה לחברות השיווק הישיר (פעילות לגביה לא קיימת יריבות חוזית בין חברי



הקבוצה לבין חברת כרטיסי האשראי הסולקת). לחידוד השוני בין התפקידים השונים של חברות כרטיסי האשראי, ואופי מערכות היחסים הנגזרות מכך, אפנה עתה.

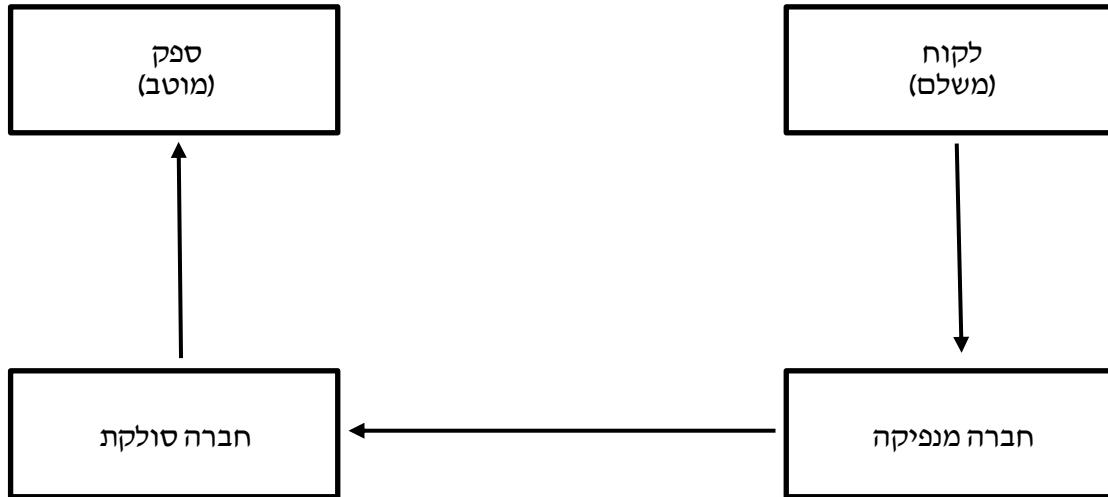
7. בכובעה כמנפיקה (Issuer) של כרטיס האשראי, אחראית חברת כרטיסי האשראי כלפי הלקוח שהכרטיס הונפק לשימוש (המכונה בחוק שירותי תשלום "משלם") להעביר את התמורה שהלקוח התחייב לשלם לבית העסק בו עשה שימוש בכרטיס האשראי שהונפק לו, וכנגד זאת היא מחייבת את חשבון הבנק של הלקוח (ראו: סעיף 7 לחוק כרטיסי חיוב, וכן סעיף 14 הקובע כי: "התניה על הוראות חוק זה שאינה לטובת הלקוח – בטלה"). מכאן שבמערכת יחסים זו פועלת חברת כרטיסי האשראי, מכוח ההסכם בינה לבין הלקוח, בשמו של הלקוח, במובן זה שהיא פורעת עבורו, ועל פי הוראתו, חוב כלפי בית העסק. לצד אחריות זו, מסדיר חוק כרטיסי חיוב היבטים נוספים הנוגעים למערכת היחסים שבין הלקוח והחברה המנפיקה, ובהם גם מנגנון חלוקת הסיכונים בין הצדדים במקרים בהם נעשה שימוש לרעה בכרטיס האשראי של הלקוח (ראו: סעיפים 5 ו-6 לחוק כרטיסי חיוב, והפירוט בפסקה 47 להלן).

בהמשך למערכת יחסים זו, ניצבת מערכת היחסים החוזית בין בית העסק בו ביקש הלקוח לשלם באמצעות כרטיס אשראי (המכונה בחוק כרטיסי חיוב "ספק", בשונה מחוק שירותי תשלום בו נעשה שימוש במונח "מוטב") ובין חברת כרטיסי האשראי המשמשת כסולקת (ויובהר, אין הכרח כי חברת כרטיסי האשראי המנפיקה תהיה גם חברת כרטיסי האשראי הסולקת, ואולם גם אין מניעה לכך). מתוקף תפקיד זה, אחראית חברת כרטיסי האשראי כלפי הספק לפעול עבורו לגביית תשלום התמורה מצד הלקוח, וזאת באמצעות קבלתה מהחברה המנפיקה (לה, כאמור, מעביר הלקוח את התשלום. ראו הגדרת המונח "סליקה" בסעיף 11 ב לחוק הבנקאות (רישוי), השתמ"א-1981). יוער, כי הגם שבאופן עקרוני באפשרותו של הספק להתקשר באופן ישיר עם החברה המנפיקה על מנת שזו תעביר לו את התמורה המגיעה מהלקוח, במקרים רבים (וכך גם בענייננו) מתקשרים הספקים עם חברה סולקת, שתפקידה לשמש כחוליה מקשרת בינו לבין החברות המנפיקות. הטעם לכך הוא פשוט – מאחר שבשוק פועלות מספר חברות מנפיקות, התקשרות עם חברה סולקת אחת מאפשרת לספק להימנע מהסרבול והעלויות הכרוכות בהתקשרות עם כל חברה מנפיקה בנפרד.

מהאמור לעיל נובעת גם קיומה של מערכת יחסים נוספת, שלישית במספר – זו שבין החברה המנפיקה לבין החברה הסולקת (וזאת, למעט המצבים בהם החברה הסולקת היא גם החברה המנפיקה). כחלק ממערכת יחסים חוזית זו, שמשני צדדיה ניצבות חברות

כרטיסי אשראי, מתחייבת החברה המנפיקה לשלם לחברה הסולקת את התמורה בגין עסקת היסוד שנכרתה בין הלקוח והספק, כנגד תשלום עמלה. מערכת יחסים זו היא שמאפשרת לספק לכבד את כלל כרטיסי האשראי שהחברה הסולקת קשורה בהסכמים לגביהם, וזאת אף אם לא קיים קשר חוזי בין הספק לבין החברה המנפיקה (לפירוט נוסף על התפקיד של כל אחד מהשחקנים בשוק כרטיסי האשראי ועל מערכות היחסים ביניהם ראו גם: דיני בנקאות, בעמ' 192-195, 199-203; ע"א 1620/04 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' אקזקיוטיב נסיעות בע"מ, פסקאות 3-5 (20.8.2009); עופר צפוני, בעמ' 323-322). יוער, כי בעסקאות מסוימות יכולה אותה חברה לשמש במקביל הן כמנפיקה והן כסולקת. ואכן, הלכה למעשה, כל אחת משלוש המשיבות, משמשת לעיתים כסולקת בלבד, לעיתים כמנפיקה בלבד ולעיתים גם כסולקת וגם כמנפיקה, וזאת בהתאם לכרטיס האשראי בו נעשה שימוש על ידי הלקוח (הקובע את זהות המנפיק) ולזהות בית העסק מולו נעשתה העסקה (הקובע את זהות הסולק).

ניתן לסכם את מערכות היחסים בין הצדדים השונים לעסקה שנעשתה עם כרטיס אשראי באמצעות התרשים הבא (החצים מתארים את נתיב תשלום התמורה עבור הנכס שרכש הלקוח מהספק):



8. משהוצג הרקע הרלוונטי להבנת הדברים, להלן יוצגו עיקרי ההליך שהתנהל לפני בית המשפט קמא, וכן טענות הצדדים ביחס להכרעה שניתנה בסופו.

9. ביום 22.7.2018, כאמור, הגישו המבקשים המייצגים את בקשת האישור, בה ביקשו לנהל את התובענה כייצוגית בשם קבוצת לקוחות הכוללת את: "כלל לקוחותיה הקשישים של [חברות כרטיסי האשראי – ע"ג] ו/או יורשיהם אשר חברות השיווק הישיר (כהגדרתן להלן) עשו שימוש בכרטיס האשראי שהונפק להם על ידי [חברות כרטיסי האשראי] לשם חיובם בתשלום בגין מוצרים ו/או שירותים ו/או חברות במועדון ו/או דמי משלוח אותם לא הזמינו מחברות השיווק ו/או בגין כל חיוב אחר אותו לא אישרו כדיון ו/או כל תשלום שחוייב מבלי שניתנה נגדו תמורה שוות ערך או תמורה כלשהי [...]" (עמ' 3 לבקשת האישור).

המונח "חברות השיווק הישיר" הוגדר בבקשת האישור באופן הבא: "כלל חברות השיווק הישיר של מוצרים ו/או שירותים אשר התקשרו בהסכמי סליקה עם המשיבות, או עם מי מהן, כפי שייקבע על פי הנתונים שייבדקו באמצעות מומחה שימונה על ידי כב' בית המשפט, אשר ניצלו את מצוקתם של קשישים (כהגדרתם להלן) לשם חיובם בתשלומים שלא כדיון, ובכלל זה, חברות שיווק שאחוז התלונות ו/או ביטולי העסקה ביחס לפעילותן עולה בשיעור ניכר על המקובל" (עמ' 3 לבקשת האישור). לצד האמור, ומבלי לגרוע מכלליות הגדרת חברות השיווק הישיר, המבקשים המייצגים צירפו לבקשת האישור רשימה של למעלה מ-40 חברות, אשר למיטב ידיעתם נכללות תחת ההגדרה האמורה (להלן: רשימת החברות). עוד נטען, כי פרטיהן של כלל חברות השיווק הישיר מצוי בידי חברות כרטיסי האשראי.

10. בהמשך לכך, ולאחר שהמשיבות הגישו את תשובותיהן לבקשת האישור, ביום 21.11.2019 הגישו המבקשים המייצגים בקשה לגילוי ועיון במסמכים, בה ביקשו, בין היתר, לקבל את כל התלונות והבקשות לביטול עסקאות ולהשבת כספים שהתקבלו אצל המשיבות מקשישים, מבני משפחותיהם או מארגוני צרכנות בקשר לחיובים שבוצעו על ידי חברות השיווק הישיר במהלך התקופה הרלוונטית לבקשת האישור. עוד ביקשו המבקשים המייצגים, כי חברות כרטיסי האשראי יעבירו להם אסמכתאות ומידע ביחס להיקף המקרים בהם התקבלה אצלן תלונה או הכחשת עסקה בקשר לחיובם של קשישים על ידי חברות השיווק הישיר. בהמשך להמלצת בית המשפט קמא בהחלטתו מיום 7.1.2020, ביום 26.1.2020 הגישו המבקשים המייצגים בקשה מצומצמת יותר לגילוי ועיון במסמכים, אשר נדחתה על ידי בית המשפט קמא בהחלטתו מיום 2.3.2021. בתמצית, בית המשפט קמא סבר כי גילוי נרחב ומקיף כפי שביקשו המבקשים המייצגים,



אף לאחר שהיקף הבקשה צומצם כאמור, יסרב לאת ההליך ויעכב אותו באופן מהותי, וזאת שעה שעדיין קיימות שאלות משפטיות מהותיות שנדרש ללבן.

11. ביום 2.6.2021 התקיים דיון קדם משפט, במסגרתו בית המשפט קמא הציע כי הצדדים יגישו סיכומים ביחס לשאלה "מיהי הקבוצה ומהו קשיש?" (פרוטוקול הדיון מיום 2.6.2021, עמ' 10 ש' 13). בהמשך לכך, ביום 11.6.2021 קבע בית המשפט קמא כי ניתן להכריע בבקשת האישור מבלי לנהל חקירות של המצהירים. בתוך כך, בית המשפט קמא ציין כי לעמדתו עיקר המחלוקת המצריכה בירור היא משפטית, ונוגעת לשתי שאלות מרכזיות: האחת, שאלת הגדרת הקבוצה, ובייחוד הגדרת המונח "קשיש"; והשנייה, שאלת החובות של חברות כרטיסי האשראי כלפי הקבוצה. זאת ועוד, בית המשפט קמא ציין כי די בתשתית העובדתית שהונחה בבקשת האישור על מנת להכריע בשאלות אלו. לצד האמור, ולנוכח השאלות העקרוניות המתעוררות בהליך, התבקש היועץ המשפטי לממשלה דאז (להלן: היועמ"ש או היועצת לפי העניין) לשקול את התייצבותו להליך.

12. ביום 27.12.2021 הודיע היועמ"ש על התייצבותו להליך, והגיש את עמדתו (להלן: עמדת היועמ"ש בהליך קמא). לאחר שתוארו צעדים שונים שנקטו על ידי הממשלה כדי להתמודד עם תופעת עושק הקשישים, הדגיש היועמ"ש בעמדתו כי אכיפה ציבורית ואכיפה פרטית אינן מוציאות זו את זו, והבהיר כי בראייתו ניתן להכיר בעילת תביעה כלפי חברות כרטיסי האשראי, בכובען כמנפיקות. בהקשר זה צוין, כי לצד האפשרות להטיל אחריות על חברות כרטיסי האשראי, ככל שלא עמדו בחובותיהן לפי חוק כרטיסי חיוב, יש מקום להכיר בחובת זהירות כללית הקמה, בכובען כמנפיקות, ביחס לנזק שנגרם ללקוחות קשישים כתוצאה משיטות שיווק בלתי לגיטימיות מצד חברות השיווק הישיר. בתמצית, היועמ"ש סבר כי הגם שלא ניתן להתעלם מהחשש כי הכרה בחובת זהירות כאמור תוביל לפגיעה בוודאות התשלום ובמהימנות של אמצעי התשלום, קיימים שיקולי מדיניות כבדי משקל המצדיקים את הטלתה של חובת זהירות על חברות כרטיסי האשראי, בכובען כמנפיקות. אלה כוללים, בין היתר, את הקרבה בין החברות המנפיקות לבין הלקוחות מכוח חוזה ההנפקה; את פערי הכוחות בין הצדדים (בפרט כאשר מדובר באוכלוסיית הקשישים); את העובדה שחברות כרטיסי האשראי הן המונע היעיל והזול של הנזק; ואת החשיבות שבהגנה על אוכלוסיות פגיעות מפני מעשי מרמה. על רקע האמור, נטען כי יש מקום להכיר בחובת זהירות של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות, אשר תקום, בהתאם לנסיבות, רק מקום בו הגיש הלקוח תלונה מפורשת בעניין ניצולו לרעה (סעיף 31 לעמדת היועמ"ש בהליך קמא).

הערה: יצוין כי ביום 6.10.2021 הגישה המועצה הישראלית לצרכנות (להלן: המועצה) בקשה להצטרף להליך קמא כידידת בית המשפט. ביום 24.10.2021 בית המשפט קמא נעתר חלקית לבקשת ההצטרפות, וקבע כי המועצה רשאית להגיש את עמדתה במקביל להגשת עמדת היועמ"ש. ביום 30.12.2021 הודיעה המועצה כי היא תומכת בעמדת היועמ"ש, וכי אין בכוונתה להגיש עמדה נפרדת בתיק.

13. ביום 21.8.2022 ניתן פסק הדין של בית המשפט קמא, במסגרתו, כאמור, נדחתה בקשת האישור (להלן: פסק הדין).

14. בראשית הדברים, בית המשפט קמא עמד על החשיבות הציבורית שבנקיטת פעולה נגד מעשי המרמה והניצול שכוונו נגד אוכלוסיית הקשישים, הן במישור החברתי הן במישור המשפטי, אך הבהיר שלא די בכך כדי לאשר את ניהולה של התובענה כייצוגית. לצורך כך, נקבע כי היה על המבקשים המייצגים להוכיח כי הם עומדים בתנאים שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות לאישורה של הגשת תובענה כייצוגית. בעניין זה, בית המשפט קמא אומנם סבר כי המבקשים המייצגים עמדו בנטל להראות כי עומדת להם עילה משפטית נגד חברות כרטיסי האשראי, ושיש אפשרות סבירה שהיא תוכרע לטובתם; אך מצא כי בנסיבות העניין תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת, ולפיכך קבע כי אין מקום לאשר את הגשת התובענה כייצוגית.

15. אשר לעילת התביעה העומדת למבקשים המייצגים, בית המשפט קמא בחן האם היה על חברות כרטיסי האשראי להפסיק את ההתקשרות עם חברות השיווק הישיר, והאם משלא עשו כן, ניתן להטיל עליהן אחריות מכוח עוולת הרשלנות או בשל כך שהפרו את חובת תום הלב המוגברת החלה עליהן.

ביחס לעוולת הרשלנות, בית המשפט קמא קבע כי לנוכח ההסדרים הספציפיים הקבועים בחוק כרטיסי חיוב – הנוגעים לתפקידן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות; ובחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הבנקאות) וכן בהוראת ניהול בנקאי תקין 472 סולקים וסליקת עסקאות בכרטיסי חיוב (1.5.2016) (להלן: נב"ת 472) – הנוגעים לתפקידן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות; עוולת הרשלנות אינה השדה המשפטי המתאים לבחינת אחריותן של המשיבות.

לעומת זאת, בית המשפט קמא סבר כי לנוכח חובת תום הלב המוגברת החלה על המשיבות בשל השירות החיוני אותו הן מספקות, מוטלת עליהן חובה לפעול כדי

לאחר מקרים בהם נעשה שימוש לרעה בכרטיס האשראי של הלקוח במטרה להונות או לרמות אותו; כך בכלל, וכך בפרט מקום בו הלקוח נמנה על אוכלוסיית הקשישים. מכוח חובה זו, בית המשפט קמא קבע כי היה על המשיבות ליידע את לקוחותיהן המתקשרים עם חברה שבעניינה התגבש חשש מפני פעילות הונאתית על הסיכון הכרוך בהתקשרות איתה, וזאת בהתאם לעוצמת החשש וליתר נסיבות העניין. בתוך כך, נקבע כי חובת הגילוי חלה גם אם אין הוראה רגולטורית קונקרטית המחייבת אותן לעשות כן. לצד זאת, בית המשפט קמא הבהיר כי חברות כרטיסי האשראי כפופות גם להוראות הקבועות בחוק כרטיסי חיוב ובחוק הבנקאות, ולפיכך, אם יתברר כי במקרה קונקרטי הן לא פעלו בהתאם להוראות הדין, הרי שלנפגע באותו מקרה תעמוד גם האפשרות לתבוע אותן באופן אישי, בעילה של הפרת חובה חקוקה.

16. בית המשפט קמא סבר, איפוא, כי קיימת אפשרות סבירה שטענותיהם של המבקשים המייצגים בעניין זה יוכרעו לטובתם. חרף האמור, בית המשפט קמא מצא כי בנסיבות העניין לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, הדורש להראות כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. זאת, מאחר שעל מנת לברר את עצם הזכאות של כל אחד מחברי הקבוצה לפיצוי יהיה צורך לנהל הליך הוכחות פרטני, במסגרתו יצטרך כל אחד מחברי הקבוצה להוכיח שהוא "קשיש", ושהוא נפל קורבן למעשי הונאה של חברת שיווק ישיר. בעוד שבית המשפט קמא סבר כי הוכחת היותו של חבר הקבוצה "קשיש" אינה מורכבת, שכן ניתן לעשות שימוש בהגדרת המונח "אזרח ותיק" המצויה בסעיף 14ג לחוק הגנת הצרכן; הוכחה כי הוא נפל קורבן לחברת שיווק ישיר אינה פשוטה כלל ועיקר, וזאת משני טעמים מרכזיים: ראשית, בית המשפט קמא עמד על כך שאין בדין הגדרה המאפשרת בירור מהיר של השאלה מי היא "חברת שיווק ישיר", כפי שאלו הוגדרו בבקשת האישור, ולפיכך יהיה על בית המשפט לשמוע ראיות ביחס לכל אחת מהחברות, להכריע אם מדובר בחברת שיווק ישיר אם לאו, ובתוך כך אף ליתן להן אפשרות להתגונן מפני קביעה כאמור. שנית, בית המשפט קמא התייחס לאפשרות כי ישנם קשישים אשר בחרו להתקשר באופן רצוני עם חברות השיווק הישיר, מבלי שנפל פגם בעסקת היסוד. לנוכח אפשרות זו, בית המשפט קמא ציין כי יהיה צורך לברר באופן פרטני ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה אם נפל בעניינו פגם בעסקת היסוד המצדיק את ביטול ההתקשרות, וכן אם המשיבות הפרו את אחת מהחובות המוטלות עליהן מכוח חוק כרטיסי חיוב וחוק הבנקאות.

בטרם חתימת פסק הדין, בית המשפט קמא התייחס לקושי להיעתר לחלק מהסעדים שהתבקשו במסגרת בקשת האישור, שעניינם באסדרת פעילות חברות כרטיסי

האשראי; וכן לכך שטעם נוסף לדחיית בקשת האישור הוא קיומם של הליכי חקיקה ואסדרה אשר קודמו במהלך הדיון בבקשת האישור.

17. על יסוד האמור, בית המשפט קמא קבע כי לא ניתן לאשר את הגשת התובענה כייצוגית, מאחר שבנסיבות העניין היא אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. לצד זאת, בית המשפט קמא הבהיר כי הדלת להגשת תביעות אישיות פתוחה בפני המבקשים המייצגים.

על הכרעה זו הוגש הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור דנן

18. במסגרת הערעור, טוענים המבקשים המייצגים כי שגה בית המשפט קמא בהחלטתו לדחות את בקשת האישור מהטעם שהיא אינה מתאימה להתברר במסגרת הליך ייצוגי. לעמדתם, בפסק הדין נפלו פגמים רבים המצדיקים את קבלת הערעור, במובן זה שבקשת האישור תתקבל, והליך בירור התובענה ימשיך להתנהל לפני בית המשפט קמא. להלן יפורטו עיקר הטעמים העומדים בסיס הערעור.

19. לעמדת המבקשים המייצגים, נקודת המוצא לדיון היא כי חברות כרטיסי האשראי היו מודעות במשך שנים לתופעת ניצולם של קשישים על ידי חברות השיווק הישיר, ולא עשו דבר על מנת למנוע אותה. במישור העובדתי, נטען כי לאורך השנים הצטברו אצל המשיבות, בכובען כמנפיקות, פניות רבות מצד לקוחות קשישים – הכוללות תלונות, הכחשות עסקה ובקשות לביטול חיובים – מהן ניתן היה ללמוד כי חברות השיווק הישיר מבצעות מעשי הונאה ומרמה כלפי אוכלוסיית הקשישים. מעבר לכך, ובכובען כסולקות, נטען כי המשיבות היו יכולות לזהות את הפעילות החריגה, שכן הן היו חשופות לשיעורים הגבוהים של ביטול העסקאות; לכך שתלונות של לקוחות לא קיבלו מענה; ולסימנים רבים נוספים מהם ניתן היה ללמוד כי חברות השיווק הישיר ניצלו את אוכלוסיית הקשישים. בעניין זה מדגישים המבקשים המייצגים כי ידיעתן של חברות כרטיסי האשראי על תופעת ניצולם הקשישים אף הובילה אותן, במקרים מסוימים, לנקוט בצעדים ממשיים (אם כי לא מספקים לגישתם) כדי למנוע את פעילותן של חברות שיווק ישיר מסוימות.



בשים לב לאמור, וכן לכך שחברות כרטיסי האשראי הרוויחו מהעסקאות שביצעו חברות השיווק הישיר בשל העמלות ששולמו להן, ולכך שעמדת היועמ"ש בהליך קמא תמכה בהטלת אחריות על חברות כרטיסי האשראי, המבקשים המייצגים סבורים כי קמה, במישור המשפטי, הצדקה להטיל אחריות על חברות השיווק הישיר. לעמדתם, קיימות ארבע עילות משפטיות מרכזיות מכוחן ניתן להטיל אחריות על המשיבות: ראשית, ובכובען כמנפיקות, המבקשים המייצגים סבורים כי התנהלותן של חברות השיווק הישיר עלתה כדי "שימוש לרעה" בכרטיסי האשראי של הקשישים, כהגדרת המונח בסעיף 5(א) לחוק כרטיסי חיוב, ולפיכך, בנסיבות בהן פנה אחד הלקוחות למשיבות, היה עליהן לפעול לעצירת השימוש בכרטיסי האשראי, ולזכות את הלקוח במלוא הנזק שנגרם לו (בהתאם להסדר הקבוע בחוק כרטיסי חיוב). עוד נטען, כי היה על המשיבות לפעול באופן דומה כאשר התקיימו התנאים לתחולת ההגנות הקבועות בסעיפים 9 ו-10(א) לחוק כרטיסי חיוב. שנית, ובכובען כסולקות, היה על חברות כרטיסי האשראי לזהות כי חברות השיווק הישיר פועלות במטרה להונות לקוחות קשישים, ולהפסיק את ההתקשרויות עימן. משלא עשו כן, המבקשים המייצגים סבורים כי יש מקום להטיל עליהן אחריות ביחס לנזקים שנגרמו בשל כך לחברי הקבוצה. שלישית, נטען כי למשיבות עומדת חובת זהירות מוגברת כלפי לקוחותיהן בשל מעמדם כתאגיד בנקאי, ולפיכך היה עליהן להימנע מראש מלהתקשר עם בתי עסק שהן ידעו כי פועלים באופן הונאתי, וכן לבטל חיובים שהוטלו על חברי הקבוצה שלא כדין. מאחר שהן לא פעלו כך, לעמדת המבקשים המייצגים יש מקום להטיל על חברות כרטיסי האשראי אחריות מכוח עוולת הרשלנות. לבסוף, ובדומה להכרעת בית המשפט קמא בפסק הדין, המבקשים המייצגים גורסים כי חברות כרטיסי האשראי היו מחויבות לפנות באופן יזום ללקוחות שנפלו קורבן למעשי הונאה, ולהתריע בפניהם על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר.

זאת ועוד, המבקשים המייצגים סבורים כי שגה בית המשפט קמא בקביעתו לפיה התובענה אינה מתאימה להתברר כייצוגית, בשל הצורך בעריכתם של הליכי בירור פרטניים ביחס לעצם הזכאות של חברי הקבוצה לפיצוי. לעמדת המבקשים המייצגים, לנוכח העובדה שבית המשפט לא אישר את בקשת גילוי המסמכים שהגישו, ולא אפשר את חקירת המצהירים, נמנעה מהם האפשרות להוכיח כי דפוסיה הונאה של חברות השיווק הישיר היו זהים ביחס לכל חברי הקבוצה. כך גם היה ניתן ללמוד, בראיית המבקשים המייצגים, אילו בית המשפט קמא היה ממנה מומחה מטעמו שייבחן את המידע אשר מצוי בידיהן של חברות כרטיסי האשראי. עוד הוסיפו המבקשים המייצגים בהקשר זה, כי אין באפשרותם של חברי הקבוצה לנהל הליכים משפטיים פרטניים

ומורכבים נגד חברות כרטיסי האשראי, ולפיכך דחיית בקשת האישור מציבה אותם בפני שוקת שבורה. בנסיבות אלה, המבקשים המייצגים סבורים כי היה על בית המשפט לאשר את הגשת התובענה כייצוגית, או למצער, לאפשר להם לקיים הליכי גילוי במסגרתם יוכח כי התובענה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית.

20. מן העבר השני, המשיבות, חברות כרטיסי האשראי, סבורות כי צדק בית המשפט קמא בקביעתו כי התובענה אינה מתאימה להתברר כייצוגית. מאחר שהמשיבות מחזיקות בעמדה דומה ביחס לחלק נכבד מרכיבי הערעור, עמדתן תוצג להלן במשותף, תוך התייחסות במקומות הרלוונטיים לטענות הפרטניות שהן העלו.

ביחס לאפשרות להטיל עליהן אחריות בכובען כמנפיקות, סבורות המשיבות כי מסקנת בית המשפט קמא, לפיה החברה המנפיקה יכולה להתערב בעסקת היסוד רק מקום בו מתקבלת פנייה מצד הלקוח, מתחייבת מלשון הוראות חוק כרטיסי חיוב. לפיכך, לא ניתן לגזור מהוראות חוק זה חובה החלה עליהן לפנות באופן יזום ללקוחות ולהתריע על עסקאות חריגות או לבטל חיובים, מבלי שהוכח שהתקיים שימוש לרעה בכרטיס האשראי (סעיפים 5, 6 ו-9 לחוק כרטיסי חיוב) או כשל תמורה (סעיף 10 לחוק כרטיסי חיוב). מעבר לכך, המשיבות מבהירות כי על מנת להטיל עליהן אחריות, בשל העובדה כי לא פעלו בהתאם להוראות חוק כרטיסי חיוב בעניינו של לקוח מסוים, נדרש להוכיח זאת באופן פרטני, באופן אשר מטבעו אינו מתאים להתברר במסגרת הליך ייצוגי.

ביחס לאפשרות כי תוטל עליהן אחריות בכובען כסולקות, גורסות המשיבות כי לא קיים עוגן נורמטיבי לטענה כי אסור להן להתקשר עם חברות השיווק הישיר באשר הן, או כי הן מחויבות לבטל באופן גורף את הסכמי הסליקה עימן. חובתן, כפי שהיא מוסדרת בנב"ת 472, היא לבחון כל מקרה לגופו, ולבטל את ההתקשרות עם עסק מסוים רק מקום בו קיים חשש ממשי לפעילות הונאתית מצד בית העסק. רק במקרים אלה המשיבות סבורות כי הן היו מחויבות ליידע את הלקוחות המתקשרים עם אותו בית עסק על קיומו של החשש. בהקשר זה הובהר, כי לאורך השנים המשיבות פעלו על מנת לסיים את ההתקשרות עם בתי עסק מסוימים, כאשר נסיבות העניין הצדיקו זאת. במילים אחרות, לעמדת המשיבות הן עמדו בחובותיהן כסולקות, ולפיכך צדק בית המשפט קמא בקביעתו כי אין מקום להטיל עליהן אחריות. יצוין, כי לעמדת מקס אף אם יתקבלו טענות המבקשים המייצגים ביחס לאפשרות להטיל עליהן אחריות בכובען כסולקות, הרי שאלו אינן רלוונטיות לגביה. זאת, לטענתה, מאחר שבהמשך להחלטה ערכית-מוסרית שקיבלה בשנת 2013, ושיושמה באופן מלא בשנת 2014 (למעט שני מקרים פרטניים בשנת 2017,

בהם נטען כי היא הוטעתה) היא לא סיפקה בשנים הרלוונטיות לבקשת האישור שירותי סליקה לחברות השיווק הישיר, ולכן ממילא אין בינה לבין חברי הקבוצה יריבות לעניין זה.

באופן דומה, המשיבות סבורות כי צדק בית המשפט קמא בקביעתו לפיה לא ניתן להטיל עליהן אחריות מכוח הוראות הדין הכללי, ועוולת הרשלנות בפרט. כך, ולעניין עוולת הרשלנות, גורסות המשיבות כי לא ניתן לעשות בה שימוש מקום בו קיימים הסדרים פרטניים המסדירים את הדרך בה עליהן לפעול; וכן כי הטלת אחריות מכוחה אף תוביל לפגיעה בוודאות העסקית, ולהרתעת יתר של חברות כרטיסי האשראי, באופן אשר יביא בסופו של דבר לפגיעה בלקוחות. מטעמים דומים, ולעניין חובת הגילוי, נטען כי לא רק שאין הצדקה או מקור בדין להטלתה של חובת הגילוי כמפורט בפסק הדין, אלא שהיא עלולה להוביל לכך שהן יידרשו להפר את חובות הסודיות ותום הלב החלות עליהן כלפי בתי העסק המשמשים כלקוחותיהן. עוד ציינו המשיבות, כי קביעתו של בית המשפט קמא בעניין זה היא בגדר הערת אגב, וכי בכל מקרה לא היה עליו להכריע בשאלה זו מבלי שניתנה להן זכות טיעון ראויה.

לבסוף, המשיבות טוענות כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה התובענה אינה מתאימה להתברר כייצוגית. בעניין זה טוענות המשיבות כי הטענות שהועלו במסגרת בקשת האישור מחייבות בירור פרטני ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה, לכל אחת מחברות השיווק הישיר ולכל עסקה בה התקשרו הצדדים. המשיבות אף סבורות כי ניתן למצוא חיזוק לקושי האמור בכך שהמבקשים המייצגים לא צירפו את חברות השיווק הישיר להליך. עוד נטען בהקשר זה, כי חלק ניכר מהסעדים שהתבקשו על ידי המבקשים המייצגים אינם מתאימים להליך ייצוגי, וכי הפתרון לבעיית ניצולם של קשישים מצוי בידי המחוקק.

21. היועצת המשפטית לממשלה הגישה את עמדתה גם בהליך זה, והתמקדה במסגרתה בשאלה אם הליך ייצוגי הוא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת (להלן: עמדת היועצת בהליך הנוכחי). ביחס לשאלה זו, סבורה היועצת כי לא רק שהליך תובענה ייצוגית עשוי להתאים לבירורה של בקשת האישור דנן, אלא שבנסיבות העניין ייתכן כי זהו ההליך המעשי היחיד למיצוי זכויותיהם של חברי הקבוצה. כך, לאור מאפייניהם של חברי הקבוצה – אוכלוסייה מבוגרת המתקשה לנקוט ולנהל הליכים משפטיים מורכבים. עוד נטען, כי הצדקה נוספת לשימוש בכלי התובענה הייצוגית לבירור המחלוקת בין הצדדים היא החשיבות הציבורית והחברתית של ההליך דנן. על רקע האמור, ולשם

ניהולו בצורה יעילה והוגנת, היועצת גורסת כי נדרש להחזיר את ההליך לבית המשפט קמא על מנת שייבחן את האפשרות לחלק את חברי הקבוצה לתתי-קבוצות, באופן שיאפשר להכריע לפחות בחלק מן השאלות שהתעוררו בבקשת האישור. לבסוף, היועצת הבהירה כי הליכי החקיקה שנמצאים בתהליכי קידום אינם שוללים את עילות תביעה ככל שהן נוגעות לחובות שהופרו בגדרי הדין הקיים.

הדיון בערעור

22. ביום 24.6.2024 קיימנו דיון בערעור. במסגרת הדיון חזרו הצדדים על עיקרי טיעוניהם, וביקשו לחדד מספר נקודות קונקרטיות. בתמצית, המבקשים המייצגים שבו והדגישו את החשיבות הציבורית והחברתית בבירור אחריותן של חברות כרטיסי האשראי למעשי המרמה שבוצעו כלפי אוכלוסיית הקשישים. בתוך כך, המבקשים המייצגים הדגישו כי חברות כרטיסי האשראי הן אלו אשר מחזיקות במידע הדרוש לצורך הגדרת חברות השיווק הישיר וההכרעה במחלוקת. לפיכך, נטען כי יש מקום למנות מומחה על מנת שייבחן את המידע שמצוי בידי המשיבות. מן העבר השני, המשיבות הבהירו כי לעמדתן גם אם יצומצם מספר חברות השיווק הישיר שבעניינן תנוהל התובענה הייצוגית לא יהיה בכך כדי לסייע, וזאת מאחר שעדיין יידרש לבחון את נסיבות ההתקשרות ביחס לכל עסקה ועסקה. עוד נטען, כי יש לבחון את השאלה אם הן היו יכולות להבין שחברות השיווק הישיר התנהלו בצורה לא תקינה, וליידע את הלקוח בכך באופן יעיל, בהתאם למצב הדברים שחל בתקופה הרלוונטית (להבדיל מהצעדים בהם הן נוקטות בימים אלה). לבסוף, בא-כוח היועצת חזר בתורו על העמדה לפיה יש מקום להחזיר את הדיון לבית המשפט קמא במטרה לאפשר את ניהול ההליך, גם אם ביחס לקבוצה (או מספר קבוצות) מצומצמת יותר. עוד הובהר, כי חרף הכרעתו של בית המשפט קמא, היועצת עדיין סבורה כי ניתן לעשות שימוש בעולת הרשלנות כדי להטיל אחריות על חברות כרטיסי האשראי, וזאת בזהירות המתבקשת.

23. בתום הדיון שהתקיים לפני המותב הצענו לצדדים כי ייעשה ניסיון להגיע למתווה מוסכם, וכי אפשרות זו תידון לפניי במסגרת דיון בתר-ערעור (ראו החלטנו מיום 24.6.2024). בהתאם להחלטה זו, ביום 14.7.2024 התקיים לפניי דיון בתר-ערעור, במסגרתו העליתי בפני הצדדים הצעה למתווה דיוני. אפס, הצדדים לא השכילו להגיע להסכמות ביחס למתווה המוצע או ביחס לכל מתווה אחר, ולפיכך לא נותר לנו אלא להכריע בערעור.



24. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים והיועצת בחומר הכתוב, ושמעתי את טיעוניהם בעל-פה בדיונים שנערכו, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור, ולהורות על אישורה של בקשת האישור בשינויים מסוימים. בהתאם, אם תשמע דעתי, נורה על קבלת הערעור, במובן זה שיאושר לנהל את התובענה כייצוגית בתנאים שיפורטו להלן; ועל החזרת התיק לבית המשפט קמא להמשך בירור התובענה הייצוגית, יחד עם מספר הנחיות הנוגעות לאופן ניהול ההליך העיקרי.

25. בטרם יפורטו הטעמים העומדים בבסיס עמדתי, אבקש לייחד מספר מילים לתופעה המכוערת של עושק קשישים. בית משפט זה עמד בהקשרים רבים על החומרה היתרה הטמונה במעשי מרמה וניצול המכוונים כלפי אוכלוסיית הקשישים (ראו והשוו: ע"פ 5931/11 עבדולייב נ' מדינת ישראל, פסקאות 17-18 (22.10.2013); ע"פ 1660/19 Kvarstkhava נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (23.10.2019); ע"פ 1781/19 קדיוליץ נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (1.10.2020) (להלן: עניין קדיוליץ)). חומרה זו נובעת, בין היתר, מכך שקבוצת אוכלוסייה זו חשופה במיוחד למעשי מרמה וניצול, ולפיכך מהווה לא פעם מטרה עבור גורמי פשיעה. לכך מספר סיבות.

ראשית, תקופת הזקנה מאופיינת בשינויים קוגניטיביים ומנטליים הפוגעים ביכולתם של הקשישים להבין כי הם נמצאים בסיכון להונאה. כך, למשל, ככל שחולפות השנים גדל הסיכוי ללקות בדמנציה הפוגעת בזיכרון, ביכולת קבלת ההחלטות, ביכולת החשיבה ועוד. יחד עם גורמים נוספים, הפגיעה הקוגניטיבית מובילה לכך שלחלק מהקשישים יש נטייה לסמוך על מידע שמוצג להם, ולתת אמון רב יותר בזרים ובמי שמתחזה למומחה. כתוצאה מכך, גובר הסיכוי כי הם ייפלו קורבן למניפולציות ולמאמצי שיווק אגרסיביים (סגל ומור, בעמ' 90-91; רות פלאטו-שנער ומיכל עופר צפוני "פרשת עוקץ הקשישים: אחריותם של נותני שירותי תשלום במקרי עוקץ לקוחות על ידי בתי עסק" ספר סיני דויטש 313, 352 (משה גלברד ורות פלאטו-שנער עורכים 2024) (להלן: פלאטו-שנער ועופר צפוני)).

שנית, ההזדקנות עלולה להוביל לפגיעה במסגרות החברתיות התומכות בקשיש, להן גם חשיבות רבה בהגנה עליו מפני מעשי מרמה. במרוצת השנים קשישים רבים נאלצים להתמודד עם אוכדן של בני זוג וחברים, עם התרחקותם של הילדים אשר בונים חיים משלהם, ועם הפרישה ממקום העבודה, המביאה בתורה לפרידה מהמסגרות

החברתיות המאפיינות אותו (על חשיבותן של מסגרות אלו ראו: בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 755, 749 (1990); גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 533, 544 (יורם רבין ויובל שני עורכים 2005)). שינויים אלה גורמים, בחלק מהמקרים, לתחושות בדידות וניכור בקרב אוכלוסיית הקשישים, אשר בתורן, ולענייננו, עלולות להגביר את הסיכוי כי ייפלו קורבן לתרמיות צרכניות וכלכליות. מעבר לכך, סביבתו של הקשיש היא שיכולה, במקרים רבים, לסייע לו להבין כי הוא נפל קורבן למעשה מרמה ולעזור לו למצות את זכויותיו (סגל ומור, בעמ' 92; פלאו-שנער ועופר צפוני, בעמ' 352-353).

שלישית, ולבסוף, המאפיינים שתוארו לעיל, יחד עם חסמים נוספים הרלוונטיים לאוכלוסיית הקשישים, ובהם – המצב הכלכלי של חלק משמעותי מחבריה, רתיעה מהתמשכות ההליכים, ואף חוסר אמון במערכת החוק והמשפט – מפחיתים את ההסתברות כי הקשישים ימצו את זכויותיהם, בין אם באמצעות פנייה לבתי המשפט, ובין אם באמצעות פנייה לגופים אחרים הפועלים במטרה לסייע במיצוי זכויות (ראו: עניין קדיוליץ, בפסקה 16; סגל ומור, בעמ' 98-104; קרן צפריר "הזמן נוזל – הימשכות ההליכים המשפטיים כפגיעה בזכות הגישה של אנשים זקנים למשפט ולצדק: בעקבות עב"ל 17-02-45818 פישביין נ' המוסד לביטוח לאומי" מבזקי הארות פסיקה 87, 5, 13-11 (2019); מיכל סגל, שגית מור ושירה הנטמן "עמדותיהם של זקנים כלפי מערכת החוק ובתי המשפט במדינת ישראל: סוגיות בנושא נגישות, אמון וגילנות" גרונטולוגיה וגריאטריה מא 51 (2014); פלאטו-שנער ועופר צפוני, בעמ' 351-355).

26. על רקע האמור, אין חולק כי נדרש לנקוט בצעדים נמרצים, הן במישור החברתי הן במישור המשפטי, על מנת לנסות ולתת מענה הולם לתופעה הנלווה של עושי קשישים. כפי שפירטה היועצת בעמדתה, הממשלה החלה לקדם בשנים האחרונות מספר יוזמות שמטרתן להילחם בתופעה, ולאפשר לקשישים למצות את זכויותיהם (סעיפים 43-46 לעמדת היועצת בהליך הנוכחי). קידום האכיפה הציבורית כמכשיר להתמודדות עם רעה חולה זו, הוא כמובן מבורך, ויש לקוות כי הצעדים הננקטים יישאו פרי בהקדם האפשרי. פשיטא, כי אין בכך כדי לגרוע מחובתו של בית המשפט לאפשר שימוש בכלי האכיפה האזרחית המצויים בתחום סמכותו מקום בו הדבר מסייע להגנה על זכויות אוכלוסייה חלשה זו מפני פגיעה. אכיפה ציבורית ואכיפה פרטית הם מנגנונים משלימים, שהגברת אחד מהם אינה מייתרת את הצורך באחר, בוודאי בתחומים הסובלים באופן מסורתי מאכיפת חסר מסיבות מבניות (ראו והשוו: ע"א 10262/05 אביב שירותים

משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 8 (11.12.2008); ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, 483-484 (2014) (להלן: עניין ברזילי)). אדרבה, ועל כך עוד יורחב להלן, במקרים המתאימים, כאשר התובענה הייצוגית נוגעת לסוגיה ציבורית-חברתית, אשר קיים אינטרס ציבורי מובהק בבירורה כמו במקרה דנן, על בית המשפט לעשות כל שביכולתו על מנת לקדם את הדיון בה.

כאשר למול עינינו עומדת תובנה חשובה זו, אפנה לבחון האם ניתן לאשר את הגשת התובענה כייצוגית בהתאם לתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות.

התובענה הייצוגית והתנאים לאישורה

27. בית משפט זה עמד לא פעם על המאפיינים המיוחדים של התובענה הייצוגית והתכליות שניתן להגשים באמצעותה (ראו, למשל: ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי, פסקה 21 (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה); ע"א 4354/22 טל נ' רותם אמפרט נגב בע"מ, פסקה 28 (12.10.2023)). התובענה הייצוגית מאפשרת לנהל במסגרת הליך אחד תובענה "בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" (הגדרת המונח "תובענה ייצוגית" בסעיף 2 לחוק), כאשר תוצאות ההליך מחייבות את כלל חברי הקבוצה, למעט אלו שהודיעו על רצונם שלא להיכלל בה (סעיפים 11 ו-24 לחוק). מאפיינים אלה של ההליך הייצוגי נועדו לקדם תכליות חברתיות חשובות. ברמת הפרט, ההליך הייצוגי מאפשר לנפגעים לממש את זכות הגישה שלהם לערכאות, גם מקום בו הם מתקשים לפנות בעצמם לבית המשפט כיחידים, או כאשר הנזק שנגרם להם אינו מצדיק ניהולה של תביעה פרטנית. ברמה הציבורית, התובענה הייצוגית משמשת ככלי יעיל לא כיפת הדין ולהרתעת מעוולים פוטנציאליים מפני הפרתו, והיא אף מאפשרת ניהול יעיל וחסכוני של הליכים משפטיים רבים באופן מאוחד (סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות; אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 65-66 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי)).

28. לצד היתרונות הרבים והמשמעותיים שניתן להשיג באמצעות השימוש בכלי התובענה הייצוגית, המחוקק היה ער לכך שישנם מצבים בהם הסיכונים הכרוכים בניהול תובענה כייצוגית עולים על יתרונותיה (על מהותם של סיכונים אלה ראו: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 322-323 (1997); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 237



(2003); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוללות המוניות" משפטים לד 301, 332-324 (התשס"ד); פלינט וויניצקי, בעמ' 19-21). על רקע האמור, וכדי להבטיח כי ההליך הייצוגי ישיג את התכליות העומדות בבסיסו, פיצל המחוקק את ההליך הייצוגי לשני שלבים. בשלב הראשון, שלב בקשת האישור, על מגישי בקשת האישור (המבקש המייצג ובא-הכוח המייצג) להראות כי הם עומדים בשתי מערכות תנאים שנקבעו לאישור התובענה כייצוגית. עניינה של מערכת התנאים הראשונה, המורכבת מתנאי סף להגשתה של תובענה כייצוגית, בסוג התביעה המוגשת (סעיף 3(א) לחוק, אשר קובע כי: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית [...]") ובזהות התובע המייצג (סעיף 4(א) לחוק, אשר קובע "מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובשם מי"). עניינה של מערכת התנאים השנייה, המעוגנת בסעיף 8(א) לחוק, בארבעה מבחנים מצטברים שמטרתם להבטיח כי לא יאושר ניהולן של תובענות שאינן מתאימות להתברר כייצוגיות. על מנת לצלוח את התנאים שנקבעו במסגרת מערכת התנאים השנייה, על התובע הייצוגי להראות כי:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (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 (סעיף 8(א) לחוק).

בשלב השני, אם בית המשפט מצא כי התובענה מתאימה להתברר כייצוגית, ואישר את ניהולה ככזו (בין אם כפי שהוגשה, ובין אם בכפוף לשינויים מסוימים הנדרשים לצורך הבטחת ניהולה באופן הוגן ויעיל. ראו: סעיף 13 לחוק), תמשיך התובענה להתברר עד לסיומו של ההליך – ככלל, בפסק דין, בהסדר פשרה או בהסתלקות.

29. יוער, כי מלבד בחינת התנאים האמורים, לבית המשפט ניתנו סמכויות שונות ונרחבות הנוגעות לאופן ניהול ההליך. בין היתר, בעת אישור ניהולה של התובענה כייצוגית, רשאי בית המשפט להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה, לצרף אליה אנשים ואף להגדיר תתי-קבוצות אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות



של עובדה או משפט אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף 10 לחוק); לאשר את ניהול התובענה הייצוגית בכל שינוי הנדרש לשם הבטחת ניהול בדרך הוגנת ויעילה (סעיף 13 לחוק); להתיר לרשות ציבורית או לארגון (כהגדרתם בחוק) לקחת חלק בדיונים לשם הגנה על עניינם של חברי הקבוצה (סעיף 15 לחוק); וכן לאשר או לדחות הסדרי פשרה ובקשות הסתלקות בהתאם לתנאים שנקבעו לכך בחוק (סעיפים 18-19 לחוק וסעיף 16 לחוק, בהתאמה).

30. ההסדרים שתוארו לעיל נועדו להבטיח כי השימוש שייעשה בכלי התובענה הייצוגית יגשים באופן המיטבי את התכליות שעומדות בבסיס החוק, תוך מתן מענה לסיכונים שעלולים להתעורר אגב ניהול ההליך (ע"א 3506/09 צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון, פסקאות 7-8 (4.4.2011)); עניין תנובה, בפסקה 21; פלינט וויניצקי, בעמ' 21-22). מכאן גם מתחייבת המסקנה לפיה בבואו של בית המשפט לאשר את ניהול של תובענה כייצוגית, עליו להקפיד ולוודא כי הבקשה עומדת בכלל התנאים שנקבעו לאישורה בחוק (ראו: רע"א 3397/23 גלידת שטראוס בע"מ נ' ג'ובראן, פסקה 25 (3.11.2024)). מנגד, ובהלימה, כאשר מונחת לפתחו של בית המשפט בקשת אישור המגלה טעם, גם אם על פני הדברים קיים ספק שמא התובענה מתאימה להתברר כייצוגית, חובתו היא לבחון אם ניתן לעשות שימוש באחד מן הכלים שהוקנו לו בחוק כדי לאפשר את ניהול באופן הוגן ויעיל. כך תמיד; וכך ביתר שאת מקום בו התובענה נוגעת לסוגיה ציבורית-חברתית חשובה במיוחד, כפי מצב הדברים בענייננו (ראו והשוו: ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, פסקה 83 (דעת יחיד) (22.9.2014) (להלן: עניין פרנק); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 158 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') חנן מלצר (4.7.2021)).

31. בראי עקרונות אלה, עלינו לבחון אם בקשת האישור שהוגשה בענייננו עומדת בתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות. נבחן תנאים אלה כסדרם.

סוג התביעה המוגשת – האם התובענה הוגשה לפי אחד הפרטים שנקבעו בתוספת השנייה לחוק?

32. במסגרת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קבע המחוקק רשימה סגורה של מקרים בהם ניתן לנהל תובענות כייצוגיות. כפי שציינתי בעבר, בעשותו כן תחם המחוקק: "את המצבים בהם ניתן לעשות שימוש במכשיר הדיוני של התובענה הייצוגית, וזאת לאחר ששקלל את היתרונות והחסרונות של מסגרת דיונית זו" (ע"א 4110/18 פלונית

נ' קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ, פסקה 7 (7.11.2019)). כאשר מתעורר ספק שמא התובענה שהוגשה אינה נכנסת לאחד מהפרטים שנקבעו בתוספת השנייה לחוק, על בית המשפט לבחון זאת באופן קפדני, ובמקרים המתאימים, אף לשקול לסלק את התובענה על הסף כאשר "ברור על פני הדברים" כי לא ניתן לנהל את התובענה כייצוגית בעילות המופיעות בה (שם, בפסקה 8 והאסמכתאות שם; עע"מ 4784/19 הרינג' משרד המשפטים – רשות האכיפה והגביה, פסקה 4 (12.11.2020)).

33. בנקודת הזמן הנוכחית, מונה התוספת השנייה לחוק למעלה מעשרים מקרים שונים בהם ניתן לנהל תובענות כייצוגיות. בעוד שפרטים מסוימים מתמקדים בטיב מערכת היחסים בין התובע הייצוגי לבין הנתבע (למשל: עוסק-לקוח (פרט 1); מבטח-מבוטח (פרט 2); בנק-לקוח (פרט 3); עובד-מעביד (פרט 10)); באחרים הדגש ניתן דווקא לעילה המשפטית העומדת לתובע הייצוגי (למשל: עילה לפי חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (פרט 4); עילה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (פרט 7)). ענייננו נמנה על הסוג הראשון של המקרים, שכן לטענת המבקשים המייצגים מערכת היחסים בין חברות כרטיסי האשראי ובין לקוחותיהן הקשישים נכללת בפרטים 1, 2 ו-3 לתוספת השנייה לחוק, אשר עוסקים, בהתאמה, במערכות היחסים שבין עוסק ולקוח, מבטח ומבוטח ותאגיד בנקאי ולקוח.

34. לענייננו הפרט הרלוונטי, בו נמקד בחינתנו, הוא פרט 3 לתוספת השנייה לחוק, העוסקת בתביעות: "נגדתאגיד בנקאי, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". ודוק, הגם שאין מניעה עקרונית כי תובע ייצוגי יגיש את תביעתו לפי מספר פרטים שונים (ראו, למשל: בג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקאות 8-7 לחוות דעתי (19.7.2021)); רע"א 5477/20 עיריית בני ברק נ' בן ששון, פסקה 18 (15.8.2021)), קשה לראות כיצד הוספת הפרטים הנוספים (פרט 1 ו-2) במקרה דנן מקדמת את הדיון. משאין חולק כי חברות כרטיסי האשראי הן "תאגיד בנקאי", כהגדרתו בחוק הבנקאות (שהיא ההגדרה אליה מפנה המחוקק בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות), הרי שפרט 3 בוודאי חל בעניינן, ואילו ההתבססות על הפרט הכללי יותר של יחסי עוסק-לקוח (פרט 1), או על הפרט הלא רלוונטי של יחסי מבטח-מבוטח (פרט 2). זאת, שכן חברות כרטיסי האשראי אינן בגדר "מבטח" כהגדרתו בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981) אינה מוסיפה במקרה דנן דבר. כך, בהינתן שעילות התביעה המרכזיות שפורטו בבקשת האישור מבוססות על הפרת הוראות חקיקה שנועדו להסדיר את ענף הבנקאות (לרבות הנפקה של כרטיסי אשראי וסליקה של עסקאות), ועל

המאפיינים המיוחדים של חברות כרטיסי האשראי על רקע תפקידן כגוף המספק שירות חיוני.

35. אם כן, השאלה בה עלינו להכריע היא האם התובענה דנן נכללת בקבוצת המקרים המעוגנת בפרט 3 לתוספת השנייה לחוק. ודוק, חרף החשיבות עליה עמדתי לבחון בכל מקרה ומקרה האם בקשת האישור נכנסת לגדרי התוספת השנייה לחוק, בית המשפט קמא לא נדרש לשאלה זו במסגרת פסק הדין.

36. על מנת להיכלל בפרט 3 לתוספת השנייה לחוק, על התובע המייצג להוכיח כי מתקיימים שני תנאים: האחד – כי התביעה היא נגד "תאגיד בנקאי" (כהגדרתו בחוק הבנקאות. ראו בהגדרת המונח בסעיף 2 לחוק); השני – כי התביעה היא בקשר לעניין שבין התאגיד הבנקאי ובין הלקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו. בעוד שכאמור, אין חולק כי חברות כרטיסי האשראי משמשות כתאגידים בנקאיים, ולפיכך מתקיים התנאי הראשון; עלינו לבחון אם בקשת האישור הוגשה בקשר לעניין שבין התאגיד הבנקאי ובין הלקוח. השאלה מי יחשב כ"לקוח" לעניין פרט 3 לתוספת השנייה לחוק נדונה ברע"א 2598/08 בנקייה לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא (23.11.2010) (להלן: עניין שפירא), שם התעוררה השאלה האם ניתן לראות בזוכים בתיק הוצאה לפועל, אשר קיבלו צווי עיקול נגד חייבים שהם לקוחות של הבנק, כ"לקוח" של הבנק ביחס לעניין זה. לנוכח חשיבותה של ההכרעה בעניין שפירא לענייננו, יפורטו להלן עיקרי הקביעות הרלוונטיות בפסק הדין.

על מנת לענות על השאלה מי יחשב כלקוח של הבנק לעניין מסוים, בית המשפט (מפי השופט אליקים רובינשטיין, ובהסכמת השופטים עוזי פוגלמן ו-סלים ג'ובראן) סבר כי יש לפנות בראש ובראשונה לדיני הבנקאות, ובפרט לאופן בו מוגדרים המונחים הרלוונטיים בחוק הבנקאות. לפי סעיף 1 לחוק זה, לקוח הוא "אדם המקבל שירות מתאגיד בנקאי", כאשר הגדרת המונח "שירות" כיום היא "כל שירות שנותן תאגיד בנקאי" (יוער כי בעת מתן פסק הדין בעניין שפירא הגדרת המונח "שירות" הייתה: "כל שירות שנותן תאגיד בנקאי בתחום פעולתו כמוגדר בפרק ג' לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981"). מאחר ששאלת היותו של אדם "לקוח" של הבנק תלויה, כאמור, בשאלה אם הוא קיבל ממנו שירות, בית המשפט עבר לבחון אם יש לראות בעיקול כשירות שמספק הבנק במסגרת יחסי בנק-לקוח כמובנם בחוק תובענות ייצוגיות. בעניין זה נקבע, כי מאחר שהשירות אותו מספקים הבנקים למעקלים נלווה לשירות הנמצא בליבת פעילותם הבנקאית – החזקה וניהול של כספי הציבור (להבדיל מפעילויות "פריפריאליות" אותן

הוא מבצע, כדוגמת השכרת נכסים או העסקת עובדים), יש מקום לראות שירות זה כמבסס יחסי בנק- לקוח לעניין חוק תובענות ייצוגיות. זאת, תוך שהודגש כי אין הכרח שתתקיים חפיפה מלאה בין נסיבות שיבססו יחסי בנק- לקוח לעניין חוק תובענות ייצוגיות, ובין אלו שיבססו אותם לעניין חוק הבנקאות, שכן את המונחים המופיעים בחוק תובענות ייצוגיות יש לפרש בראי תכליותיו.

למען שלמות התמונה, יצוין כי בחוות דעתו הציע השופט פוגלמן, מבלי לטעת מסמרות, דרך נוספת לפרש את התיבה "בקשר לענין שבין ובין הלקוח" המופיעה בפרט 3 לתוספת השנייה לחוק. בראייתו, בהתחשב בעובדה כי החייב (אשר על חשבונו הוטל העיקול) הוא בבירור לקוח של הבנק, ניתן לראות את תביעת המעקל ככזו שהוגשה בקשר לעניין שבין הבנק לבין לקוחו (החייב). במצבים אלה, השופט פוגלמן סבר כי השאלה אם הזיקה בין הצד שלישי לבין העניין שבין הבנק ולקוחו מספיקה על מנת שהעניין ייכלל בגדר פרט 3 לתוספת השנייה, צריכה להיגזר מתכליות חוק תובענות ייצוגיות.

37. הגם שפסק הדין בעניין שפירא עסק בנסיבות שונות מענייננו, ניתן לגזור ממנו שני עקרונות חשובים להכרעה. האחד, בבחינת השאלה אם התובענה נוגעת לעניין שבין התאגיד הבנקאי ובין הלקוח, יש ליתן משקל משמעותי למהות השירות שנותן התאגיד הבנקאי (עד כמה הוא נוגע לליבת פעילותו) ולזיקה שנוצרת כתוצאה ממנו בינו ובין התובע הייצוגי. השני, במסגרת ההכרעה אם מערכת יחסים מסוימת נכנסת לגדרי פרט 3 לתוספת השנייה לחוק, יש ליתן משקל לשאלה אם אישור ניהול התובענה כייצוגית בעניין הנדון עולה בקנה אחד עם מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות. יישום עקרונות אלה בענייננו מוליך בראייתו למסקנה כי בעוד שעילות התביעה הנוגעת לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות בוודאי נכנסות בגדרי פרט 3 לתוספת השלישית לחוק, קיים קושי לאשר את ניהולה של התובענה כייצוגית ביחס לעילות התביעה הנוגעות לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות. אפרט.

38. אשר לעילות התביעה הנוגעות לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות די שאצין, בתמצית, כי בכובען כמנפיקות התקשרו חברות כרטיסי האשראי באופן ישיר עם חברי הקבוצה עת הנפיקו להם את כרטיסי האשראי, שפרטיו נמסרו לחברות השיווק הישיר. כפי שצוין לעיל, ובהתאם להוראות חוק כרטיסי חיוב, התקשרות זו מכוונת יחסים חוזיים ישירים בין הצדדים, במסגרתם אף לקחו על עצמן חברות כרטיסי האשראי אחריות למקרים בהם נעשה שימוש לרעה בכרטיסי האשראי של הלקוח (עליה עוד יורחב להלן). בנסיבות אלו, ועל רקע העובדה שהוראת פרט 3 לתוספת השנייה לחוק



מתמקדת, כאמור, באופי מערכת היחסים בין הצדדים ולא בעילות התביעה לגביהן התבקש אישורה של התובענה כייצוגית, פשיטא כי לא מתעורר קושי לאשר את ניהולן של התובענה דנן כייצוגית בכל הנוגע לעילות התביעה הנוגעות לפעילותן של המשיבות בכובען כמנפיקות.

39. לעומת זאת, ובכל הנוגע לעילות התביעה הנוגעות לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות, קיימת שאלה אם ניתן לראות במערכת היחסים בין חברות כרטיסי האשראי ובין חברי הקבוצה ככזו הנכנסת בגדרי פרט 3 לתוספת השנייה לחוק. כפי שפורט לעיל, בכובען כסולקות השירות אותו מספקות חברות כרטיסי האשראי מיועד בראש ובראשונה לבתי העסק אשר מתקשרים עימן במערכת יחסים חוזית. תפקידן של חברות כרטיסי האשראי בכובען זה הוא, כאמור, לגבות מהחברה המנפיקה את התשלום שהיא גבתה מהלקוח, ולהעבירו לבית העסק. האחריות המשפטית העיקרית שלהן, אם כן, היא מול בתי העסק, והם גם אלה אשר נושאים בעמלת הסליקה. שירות זה אומנם עשוי ליצור זיקה מסוימת בין הלקוח של בית העסק ובין החברה הסולקת, אולם היא משנית ביחס לזיקה הנוצרת בין בית העסק לבין החברה הסולקת. בנסיבות אלו, נדרש לבחון, בשים לב לעקרונות שנקבעו בעניין שפירא, האם זיקה זו מספיקה על מנת לכונן בין הלקוח המשלם לבין החברה הסולקת מערכת יחסים של לקוח-תאגיד בנקאי לעניין פרט 3 לתוספת השנייה לחוק.

40. סבורני כי אין צורך שנכריע בסוגיה העקרונית האמורה במקרה הנוכחי, שכן בראיית תכליות חוק תובענות ייצוגיות, אין מקום לאשר במקרה דנן ניהול תובענה כייצוגית (והשוו לעיקרון השני הנלמד מהלכת שפירא. ראו פסקה 37 לעיל). כך, שכן בנסיבות המקרה דנן ההכרה ביחסי לקוח-תאגיד בנקאי לעניין פעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות אינה הכרחית על מנת לקדם את תכליות ההליך הייצוגי, ועלולה אף לפעול כנגדן. אפרט.

ראשית, הכרה באפשרות לנהל את ההליך הייצוגי דנן גם ביחס לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות אינה נדרשת על מנת לקשור אותן להליך, ואף לא בשביל להיעתר למרבית הסעדים שהתבקשו במסגרת התובענה, ככל שיימצא כי היא מוצדקת. כך, מאחר ששלוש המשיבות שימשו בתקופה הרלוונטית גם כמנפיקות וגם כסולקות, ועל כן הכרה באפשרות לנהל את התובענה הייצוגית נגדן בכובען כמנפיקות מספיקה על מנת לבחון את האפשרות להטיל עליהן אחריות ביחס לפעילותן של חברות השיווק הישיר.

שנית, גם אם בפעולתן כסולקות מעניקות חברות כרטיסי האשראי שירות בעיקר לבתי העסק, עדיין, כפי שיובהר בהמשך, מידע המגיע אליהן בעקבות פעילות זו עשוי להיות רלוונטי לחובותיהן כלפי לקוחותיהן כמנפיקות. מכאן שגם לצורך הגדרת היקף חובותיהן של חברות כרטיסי האשראי כלפי חברי הקבוצה בה עסקינן ספק אם נדרש שהתביעה תתייחס במישרין גם לפעילותן כסולקות.

שלישית, בחינת פעילותן של חברות כרטיסי האשראי כסולקות אל מול חברות השיווק הישיר, מעוררת שאלות מורכבות, שספק אם העמסתן על ההליך דנן, שהוא מורכב דיו, עולה בקנה אחד עם השאיפה לנהל את ההליך בצורה יעילה. כך, במיוחד, בשים לב לקושי לבחון התנהלות זו בהליך שהצד הישיר להתקשרות החוזית (בית העסק) אינו מתדיין בו, ובהינתן המאמצים שהשקיעו ועדיין משקיעות חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות באיתור חברות הפועלות באופן מרמתי, ובסיום ההתקשרות עימן ככל שקמה הצדקה לכך (ראו: סעיפים 36-37 לתשובת כאל; סעיפים 14-15 לתשובת מקס; סעיף 46 לתשובת ישראל כרט). בהקשר זה יצוין כי אחת מחברות כרטיסי האשראי (מקס) טענה כי קיבלה כבר בשנת 2013 החלטה ערכית-מוסרית שלא לספק כלל שירותי סליקה לחברות השיווק הישיר, וכי כל חברות כרטיסי האשראי הצביעו על כך שניסיון מצדן להפסיק את מתן שירותי הסליקה לבית עסק עלול להתקל בקשיים משפטיים (ראו, למשל: רע"א 5138/20 הלפ פי סי טכנולוגיות בע"מ נ' ישרכארט בע"מ (11.8.2020)). לאור זאת, ומבלי לנקוט כל עמדה בשאלה אם טענות אלו מצדיקות את אופן התנהלותן של חברות כרטיסי האשראי כסולקות בתקופה הרלוונטית, די בהן כדי להבהיר מדוע בירור עניין זה במסגרת ההליך הנוכחי יסבך את ההליך, וצפוי להאריך בצורה משמעותית את משך התנהלותו.

41. על רקע האמור, סבורני כי בשים לב לקושי בהחלת פרט 3 בנסיבות העניין, ובהינתן שהדבר אינו נדרש ואף עלול להכביד שלא לצורך על ההליך, אין מקום לאשר את ניהולה של התובענה הייצוגית דנן בעילות הנוגעות לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות (להבדיל מפעילותן בכובען כמנפיקות). מבחינה דוקטרינרית, מעדיף אני לבסס מסקנה זו במקרה דנן על שיקול הדעת הכללי המסור לבית המשפט לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות (לסמכות זו ראו רע"א 6388/19 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' הופמן, פסקה 106 והאסמכתאות שם (22.6.2023)). כנגזר מכך, אין במסקנה האמורה כדי לשלול את האפשרות כי במקרים אחרים ניתן יהיה להכיר ביחסי לקוח-

תאגיד בנקאי לעניין פרט 3 לתוספת השנייה לחוק בין חברה סולקת ובין לקוח של בית העסק המקבל ממנה שירותי סליקה. סוגיה עקרונית זו תיוותר, אם כך, לעת מצוא.

42. לסיכום חלק זה, בקשת האישור צולחת במקרה דנן את התנאי הקבוע בסעיף 3 (א) לחוק, ואולם יש לאפשר את ניהול התובענה הייצוגית רק ככל שהיא נוגעת לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות. לפיכך, בחינת יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית תיעשה להלן רק ביחס לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות.

זהות המבקש המייצג – האם המבקשים המייצגים הוכיחו קיומה של עילת תביעה אישית?

43. במסגרת סעיף 4 (א) לחוק נקבע כי רשאים להגיש תובענה ייצוגית אדם שיש לו עילה בתביעה (סעיף 4(א)(1) לחוק); רשות ציבורית כהגדרתה בחוק (סעיף 4(א)(2) לחוק); או ארגון כהגדרתו בחוק (סעיף 4(א)(3) לחוק). לענייננו רלוונטית החלופה הראשונה, משמע נדרש לבחון אם למבקשים המייצגים עומדת עילת תביעה אישית נגד כל אחת משלוש חברות כרטיסי האשראי, וכן אם לכאורה נגרם להם נזק (סעיף 4(ב)(1) לחוק). מאחר שעניין זה לא עמד בלב המחלוקת בין הצדדים, אתייחס אליו אך בקצרה.

בקשת האישור נתמכה, בין היתר, בתצהירה של גב' קשתן. במסגרת תצהיר זה, גב' קשתן תיארה כיצד לאחר מספר שיחות שקיימה עם נציגה של אחת מחברות השיווק הישיר היא השתכנעה למסור לה את פרטי שלושת כרטיסי האשראי בהם החזיקה באותה תקופה – אשר הונפקו על ידי כאל ועל ידי מקס. על פי המפורט בתצהיר, הנציגה הציעה לשלוח מוצרים לביתה של גב' קשתן בתמורה לתשלום דמי משלוח זניחים, בטענה כי הם מגיעים לה על בסיס חברותה במועדון לקוחות. ואכן, מרגע שמסרה את פרטי כרטיסי האשראי שלה, תואר כי החלו להישלח לביתה מוצרים שונים מטעם חברת השיווק הישיר. אלא שמספר חודשים לאחר מכן, בסיוע בנותיה, הבינה גב' קשתן כי היא חויבה, ללא ידיעתה וללא הסכמתה, בסכום מצטבר של כ-63,000 ש"ח. עוד תואר במסגרת התצהיר, כי פרט למשלוח דף פירוט עסקאות בסוף החודש, כאל ומקס לא פנו אליה לאחר שבוצעו החיובים; וכי גם מאמציה להביא לביטול החיובים מולן כמעט ולא הצליחו (למעט עסקה אחת בסך של כ-5,000 ש"ח).

נסיבות דומות פורטו גם בתצהירו של מר גורודצקי, אשר בתקופה הרלוונטית החזיק בכרטיסי אשראי שהונפקו לו על ידי שלושת המשיבות. על פי המתואר בתצהיר

שהוגש מטעמו, לאחר שפנה אל אחת מחברות השיווק הישיר ומסר לה את פרטי אחד מכרטיסי האשראי שלו (אשר הונפק על ידי ישראל כרטיס), החלה אותה חברה להתקשר אליו בתדירות גבוהה בניסיון לשדל אותו לרכוש מוצרים רבים. במקביל, תואר כי נשלחו לביתו מוצרים שונים אותם לא הזמין ולא היה צריך. בהמשך לכך, פנו למר גורודצקי חברות שיווק ישיר אחרות, אליהן מעולם לא פנה, בניסיון לשכנע אותו לרכוש מוצרים נוספים. כמו כן, החלו להופיע בפירוט החיובים שלו עסקאות שכלל לא ביצע, בגין מוצרים שמעולם לא סופקו לו. כאשר פנה לחלק מחברות השיווק הישיר על מנת להתנתק מהשירות, נאמר לו כי לצורך כך עליו לשלם אלפי ש"ח או שהן ימשיכו לחייב אותו בתשלומים נוספים. לבסוף, צוין במסגרת התצהיר כי למעט דף פירוט עסקאות שקיבל בסוף החודש, חברות כרטיסי האשראי לא פנו אליו לאחר החיובים.

מקרים אלה, ואף מקרים נוספים אשר תוארו בבקשת האישור ונתמכו בתצהיר מתאים שצורף לה (או צורף לתיק בהמשך לכך), מספיקים בראייתו על מנת לבסס את קיומה של עילת תביעה אישית בה מחזיקים המבקשים המייצגים. זאת, כפי שיפורט להלן, מאחר שבראייתו עילת התביעה היחידה שבעניינה ניתן לנהל את ההליך היא זו הנוגעת לאפשרות כי המשיבות הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהן, משלא יידעו את הלקוחות בדבר הסיכונים הכרוכים בהתקשרות באמצעות כרטיסי האשראי עם חברות השיווק הישיר. לאור זאת, כל שאחד המבקשים המייצגים נדרש להראות כדי להקים עילת תביעה אישית נגד אחת מהמשיבות, ברמה הלכאורית הנדרשת בשלב זה, הוא כי הונפק לו על ידי כרטיס אשראי, אשר שימש, במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור, על מנת לאפשר ביצוע מעשי מרמה כלפיו על ידי חברת שיווק ישיר, וזאת מבלי שקיבל כל אזהרה מצד חברת כרטיסי האשראי המנפיקה. כך הם טענו, מבלי שהנטען נסתר. השאלה האם חברת כרטיסי האשראי הפרה בכך חובת גילוי היא שאלה משותפת להם ולכלל חברי הקבוצה, ועל כן הדיון בה ייעשה להלן, במסגרת בחינת העילה הקבוצתית. לפיכך בקשת האישור צולחת אף את התנאי הקבוע בסעיף 4(א) לחוק.

44. ראינו, אם כן, כי בקשת האישור צולחת את מערכת התנאים הראשונה לאישור התובענה כייצוגית (סוג התביעה המוגשת וזהות התובע המייצג) ביחס לעילות המבוססות על פעילות של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות. בכך כמובן לא תמה דרכנו, שכן עדיין נדרש לבחון האם בקשת האישור עומדת במערכת התנאים השנייה, שעניינה, כאמור, בהתאמת התובענה להתברר כייצוגית (בהתאם לארבעת מבחנים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק). מאחר שאין מחלוקת בין הצדדים כי מתקיימים התנאים של סעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק, ולאחר שאף אני התרשמתי כי המבקשים



המייצגים ובאי-הכוח המייצגים מנהלים ומייצגים את עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, השאלות אותן נדרש לבחון הן: שאלת העילה הקבוצתית – האם קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק); והאם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת (סעיף 8(א)(2) לחוק). נבחן שאלות אלה כסדרן.

גבולות האחריות של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות – סעיף 8(א)(1) לחוק

45. חלק נכבד מהמחלוקת בין הצדדים נוגע, כאמור, לגבולות האחריות של חברות כרטיסי אשראי בכובען כמנפיקות לפי חוק כרטיסי חיוב והוראות הדין הכללי. מן העבר האחד, המבקשים המייצגים סבורים כי בכובען זה היה על חברות כרטיסי האשראי לזהות את מעשי המרמה והניצול של חברות השיווק הישיר, לבטל באופן יזום את העסקאות שנערכו ביניהן ובין חברי הקבוצה, ואף ליידע את האחרונים על כך שהם התקשרו בעסקה עם חברות אשר יש סיכון כי הן פועלות שלא כדין. מן העבר השני, חברות כרטיסי האשראי טוענות כי מהוראות חוק כרטיסי חיוב לא ניתן ללמוד על חובה החלה עליהן לבטל עסקאות או לפנות באופן יזום ללקוחות, בהיעדר פנייה מתאימה מצידם. לצד זאת, גורסות חברות כרטיסי האשראי כי לא ניתן להטיל עליהן אחריות מכוח הוראות הדין הכללי, מקום בו קיימים הסדרים פרטניים בעניין הקבועים בחוק כרטיסי חיוב. בתוך כך, וביחס לחובת הגילוי, אשר בית המשפט קמא קבע כי חלה עליהן בנסיבות בהן התגבש אצלן חשש מפני פעילות הונאתית, גורסות חברות כרטיסי האשראי כי החלטה אינה עולה בקנה אחד חובות הסודיות ותום הלב החלות עליה כלפי בתי העסק המשמשים גם כן כלקוחותיהן.

46. במחלוקת זו שביין הצדדים, בית המשפט קמא קבע כי הגם שבאופן עקרוני ניתן להטיל על חברות כרטיסי אשראי אחריות ככל שלא עמדו בהוראות חוק כרטיסי חיוב, לא ניתן לגזור מהן או מהוראות הדין הכללי חובה להתערב בעסקת היסוד מקום בו הלקוח לא פנה בבקשה מתאימה בעניין. לעומת זאת, בית המשפט קמא מצא כי מכוח חובת תום הלב המוגברת אשר חלה על חברות כרטיסי האשראי, בשים לב לתפקיד החיוני אותו הן ממלאות, ניתן להטיל עליהן חובת גילוי ויידוע כלפי חברי הקבוצה ככל שהצטבר אצלן חשש ביחס לפעילותן של בית עסק קונקרטי. עמדתי בעניין דומה במובנים רבים לעמדתו של בית המשפט קמא – מצד אחד, לא ניתן לגזור מהוראות חוק כרטיסי חיוב, וקיים קושי לגזור מהוראות הדין הכללי (קושי שבקשת האישור אינה משכילה להתגבר עליו), חובה החלה על חברות כרטיסי האשראי להתערב באופן יזום

בעסקאות בהן התקשרו לקוחותיהן, משמע בהיעדר בקשה מתאימה מצד הלקוח; אך מצד שני, אין בעניין זה כדי לשלול את האפשרות כי בנסיבות מסוימות תהיה מוטלת על החברה המנפיקה חובה ליידע את הלקוח על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברה מסוימת. על רקע זאת, וכפי שיפורט להלן, סבורני כי ביחס לעילה זו, דהיינו חובת היידוע, עמדו המבקשים המייצגים בנטל להראות כי: "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה", כלשון סעיף 8(א)(1) לחוק. כך בתמצית, ועתה ביתר פירוט.

(1) הטלת אחריות על חברה מנפיקה בשל כיבוד חיובים לפי חוק כרטיסי חיוב

47. אחד ההיבטים המרכזיים שמסדיר חוק כרטיסי חיוב הוא חלוקת האחריות במקרים בהם נעשה שימוש לרעה בכרטיס האשראי שהונפק ללקוח. במקרים כגון דא, נקבע בסעיף 5 לחוק כרטיסי חיוב כי הלקוח לא יהיה אחראי לשימוש לרעה שנעשה בכרטיסו, וזאת ככל שמסר הודעה על כך לחברה המנפיקה; וככל שלא מתקיימות הנסיבות שנקבעו בסעיף 5(ד) לחוק האמור (יוער, כי המונח "שימוש לרעה" מוגדר בחוק כרטיסי חיוב באופן הבא: "שימוש בכרטיס חיוב בידי מי שאינו זכאי לכך לפי חוזה כרטיס חיוב, בדרך של רכישת נכסים או משיכת כסף [...]"). דהיינו, הוראה זו קובעת, כי אסור לחברה המנפיקה לחייב את הלקוח, ועליה לזכותו במקרים בהם חויב, בגין עסקאות או פעולות שנעשו תוך שימוש לרעה בכרטיס האשראי שלו, ושהלקוח הודיע עליהן (זאת, למעט סכומים כאמור בסעיף 5(ג) לחוק כרטיסי חיוב, ובכפוף לנסיבות המפורטות בסעיף 5(ד) לחוק. ראו: סעיף 6 לחוק כרטיסי חיוב). ביסודו של הסדר זה עומדת ההבנה, כי בעוד שפוטנציאל הנזק העלול להיגרם ללקוח אשר נעשה שימוש לרעה בכרטיס האשראי שלו הוא גבוה מאוד, לחברת כרטיסי האשראי יש אפשרות לפזר את הנזק בין הלקוחות השונים. מדובר, איפוא, בהסדר מעין ביטוחי, המקנה ללקוחות הגנה מפני שימוש לרעה בכרטיס האשראי שהונפק להם, וככזה החברה המנפיקה אינה רשאית להתנות על הוראותיו (סעיף 14 לחוק כרטיסי חיוב. ראו גם: אמיר בכר "שימוש לרעה בכרטיס חיוב – שחיקת ההגנה המוקנית לצרכן" המשפט 321, 324 (התשס"ז); ע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה ו(7) (4.7.2005)).

48. הגנה נוספת הניתנת ללקוח בהתאם להוראות חוק כרטיסי חיוב נוגעת למקרים בהם העסקה בין הלקוח לבית העסק נעשתה במסמך חסר, קרי במצבים בהם הלקוח לא הציג בבית העסק את כרטיס אשראי שהונפק לו (למשל, מקרים של מכר מרחוק). בנסיבות אלו, אם הלקוח הודיע לחברה המנפיקה בתוך שלושים ימים כי הוא לא ביצע

את העסקה, או שנגבו ממנו סכומים גבוהים מאלה שסיכם עם בית העסק, על החברה המנפיקה להשיב לו את סכום חיוב, או את ההפרש בין הסכום המוסכם לסכום שנגבה בפועל (סעיף 9 לחוק כרטיסי חיוב. ראו גם: עניין ישראלכרט, בפסקאות 73-75; טנה שפיניץ, אלן זיסבלט וורדה לוסטהויז "חוק כרטיסי חיוב – מגמות" הפרקליט לח 644, 652 (1989); עופר צפוני, בעמ' 337-340).

49. לבסוף, לקוחות העושים שימוש בכרטיס אשראי זוכים להגנה במקרים בהם רכשו מוצר מסוים, אך בית העסק לא סיפק את המוצר בתוך פרק הזמן שהוסכם בין הצדדים לכך (מצב המכונה "כישלון תמורה"). לפי סעיף 10 לחוק כרטיסי חיוב, במצבים אלה, לאחר שהלקוח הודיע על כך, ובכפוף לחריגים, על החברה המנפיקה להפסיק לחייב את הלקוח בשל אותה עסקה (לעמדה לפיה ניתן לבטל את העסקה גם מקום בו בית העסק סיפק ללקוח תמורה חלקית ראו: לירן חיים "אחריות בנקאית במערכת היחסים בכרטיס חיוב בכלל ובעת ביטול הוראת פירעון בפרט" משפטים מב 905, 963-965 (2012) (להלן: חיים). יוער, כי עמדה זו אומצה במידה רבה בסעיף 17(3) לחוק שירותי תשלום, אשר קובע כי: "סופק הנכס או השירות במסגרת עסקת היסוד באופן חלקי, יחולו הוראות סעיף זה, בשינויים המחויבים, ביחס לחלק שלא סופק, ובלבד שהחיוב בעד הנכס או השירות שלא סופק ניתן להפרדה".

50. המשותף לשלושת ההסדרים הללו, המורים לחברה המנפיקה שלא לחייב את חשבון הבנק של הלקוח (בין אם על דרך הימנעות מחיובו מלכתחילה, ובין אם על דרך של השבת כספים שנגבו), הוא התנאי לפיו על הלקוח להודיע לחברה המנפיקה כי עומדת לו אחת מן ההגנות שנקבעו בחוק כרטיסי חיוב (יוער כי החוק אינו נוקב במועד מסוים, אשר עד אליו צריכה להימסר ההודעה למנפיק (וראו גם הוראת סעיף 13 לחוק כרטיסי חיוב), ואולם הוא קובע הוראות שונות המבטלות את העמדה עשויה להיות משמעות לעניין זכויות הלקוח. כך, למשל, ביחס לסעיף 5(ג) לחוק כרטיסי חיוב (אחריות חלקית, מוגבלת בסכומים, של הלקוח לעסקאות שנעשו טרם מסירת ההודעה למנפיק); לסעיף 6(א) לחוק כרטיסי חיוב (על המנפיק להשיב כספים בהם חויב הלקוח בגין שימוש לרעה בכרטיס חיוב בתוך 10 ימי עסקים ממועד ההודעה); וכיו"ב). במילים אחרות, לפי הוראות חוק כרטיסי חיוב, בהיעדר פנייה מצד הלקוח, החברה המנפיקה אינה נדרשת, ככלל, להימנע מחיובו, ואינה נדרשת לבטל את החיוב שביצעה, ולהשיב ללקוח את כספו. לכך מספר טעמים משמעותיים. ראשית, תנאי זה הוא ביטוי לעיקרון חופש החוזים. מאחר שעסקת היסוד מבטאת את רצונו של הלקוח להתקשר בעסקה עם בית העסק, הרי שבהיעדר גילוי דעת מצד הלקוח כי הוא מעוניין לבטל את החיוב, ביצוע פעולת הביטול

מיוזמת חברת כרטיסי האשראי עלול להעמיד בסכנה את עסקת היסוד, ולפגוע באוטונומיה של הלקוח להתקשר בעסקאות כרצונו. שנית, אף אם החברה המנפיקה מסוגלת לזהות מקרים בהם יש יסוד סביר להניח כי נפל פגם בחיוב או בעסקת היסוד – בין אם על בסיס היכרותה עם הלקוח ושגרת פעילותו, ובין אם על בסיס חשדות כי בית עסק מסוים אינו פועל כדין – הרי שמבלי להכיר את טענות הצדדים, לחברה המנפיקה אין יכולת לדעת בוודאות אם קיימת הצדקה להתערב בעסקת היסוד על דרך של ביטול החיוב. שלישיית, החברה המנפיקה היא זו שנושאת בסיכון העיקרי במקרים בהם חלה אחת ההגנות שנקבעו בחוק כרטיסי חיוב. לפיכך, אך טבעי הוא שבמקרים בהם עליה לבטל את החיובים שהוטלו על לקוח שלה, באופן העלול להטיל עליה חבות, יוצגו בפניה הנסיבות שהובילו לחיוב, באופן אשר גם יאפשר לה, בהמשך לכך, לפנות לבית העסק ולברר אם פניית הלקוח הייתה מוצדקת (ראו בהקשר זה את הסמכות הנתונה לה מכוח סעיפים 6א(ג), 9(ב) ו-10(ג) לחוק כרטיסי חיוב לחזור ולחייב את הלקוח בשל אותה עסקה, אם התברר שפנייתו לא הייתה מוצדקת. כן ראו סעיף 12 לחוק כרטיסי חיוב המטיל על הלקוח חובות גילוי שונות על מנת לסייע לחברה המנפיקה בבירוריה).

51. מבחינתו של הלקוח, מדובר במנגנון שאמור להיות פשוט וקל ליישום. כל שעליו לעשות הוא לפנות לחברה שהנפיקה לו את כרטיס האשראי בטענה כי חלה אחת מן ההגנות הקבועות בחוק כרטיסי חיוב; ובהתאם לעילה הרלוונטית, החברה תהיה מחויבת לבטל את העסקה בה התקשר, או להשיב ללקוח את הסכומים בהם חויב (וראו גם תקנה 2(א) לתקנות כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986: "הודעה של לקוח למנפיק יכול שתימסר בכתב, בעל פה, בטלפון, במברק, בטלקס או בכל דרך אחרת שהמנפיק הודיע עליה ללקוח"). רק לאחר מכן, אם התברר כי פנייתו של הלקוח לא הייתה מוצדקת, רשאית החברה המנפיקה לחזור ולחייב אותו בשל אותה עסקה. אלא שלמקרא בקשת האישור והתצהירים שהוגשו במסגרתה, מצטיירת תמונה מדאיגה לפיה ההליך הפשוט אותו קבע המחוקק כדי לתת מענה ללקוחות שנעשה שימוש לא ראוי בכרטיס האשראי שהונפק להם, הפך למורכב, והטיפול בפניותיהם של הלקוחות שנפגעו כתוצאה מפעילותן של חברות השיווק הישיר לא נעשה בהתאם להוראות הדין. הדאגה אף גוברת כאשר אנו זוכרים שהנפגעים העיקריים מפעילותן של חברות השיווק הישיר הם לקוחות קשישים, אשר גם כך מתקשים למצות את זכויותיהם מול חברות כרטיסי האשראי ומול בתי משפט. אלא מאי? מאחר שבית המשפט קמא סבר כי התובענה אינה מתאימה להתברר כייצוגית בעניין זה, הכרעות עובדתיות חשובות הנדרשות לצורך הוכחת טענות אלו נעדרו מפסק הדין. אף לפנינו לא הונחה תשתית עובדתית מספיקה על מנת להכריע, אפילו באופן לכאורי (כפי שנדרש לפי סעיף 8(א)(1) לחוק), אם במקרים בהם פנו הלקוחות לחברות



כרטיסי האשראי, האחרונות פעלו בניגוד להוראות חוק כרטיסי חיוב. התלבטתי שמא ראוי בנסיבות אלו להחזיר את התיק לבית המשפט קמא, על מנת שיערוך בירור משמעותי יותר בטענות המבקשים המייצגים. זאת, בעיקר, על רקע החשש כי בשים לב לאופי הטענות, לפרק הזמן שעבר מאז שבוצעו העסקאות ולזהות חברי הקבוצה, ההסתברות כי טענותיהם של המבקשים המייצגים יתבררו במסגרת דיונית אחרת, איננה, בלשון המעטה, גבוהה. אולם, בסופו של יום, ומהטעמים שיפורטו להלן, אף אני מצאתי כי ביחס לעניין זה תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת, וזאת לאור היקף הבירורים הפרטניים שבית המשפט קמא יידרש לערוך (ראו דיון בפסקה 75 להלן).

(2) הטלת אחריות על חברה מנפיקה בשל כיבוד חיובים מכוח עוולת הרשלנות (או עילות כלליות אחרות)

52. טענה נוספת אותה העלו המבקשים המייצגים, היא כי גם אם המשיבות לא הפרו את הוראות חוק כרטיסי חיוב, החלטתן להכיר בתוקף של החיובים שהוטלו על חברי הקבוצה מכוח ההתקשרויות עם חברות השיווק הישיר, מהווה הפרה של חובת הזהירות בהן חבות כלפי חברי הקבוצה. בכך למעשה מבקשים המבקשים המייצגים כי נקבע, בהתאם להלכה שנקבעה בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985), שיש להרחיב את קשת המקרים בהם מחויבות חברות כרטיסי האשראי, בכובען כמנפיקות, לבטל עסקאות בהן התקשרו לקוחותיהן; ובנסיבות המקרה דנן – כי נקבע שחברות כרטיסי האשראי התרשלו בכך שלא ביטלו מיוזמתן את ההתקשרויות של לקוחותיהן עם חברות השיווק הישיר. אקדים מסקנה לדיון, ואציין כי גם אם אניח שיתכנו מקרים יוצאי דופן בהם ניתן לעשות שימוש בעוולת הרשלנות (או בחובות כלליות אחרות המוטלות על חברת כרטיסי האשראי, כגון חובת תום הלב המוגברת או חובות ההגינות והנאמנות) כדי להוסיף על ההסדרים הפרטניים שהיו קבועים בחוק כרטיסי חיוב (וקבועים כיום בחוק שירותי תשלום), לא הונח לפנינו בסיס ראיתי המאפשר לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה כי טענות המבקשים המייצגים בעניין זה יוכרעו לטובת חברי הקבוצה. אסביר.

53. השאלה העקרונית בדבר האפשרות לחייב חברת כרטיסי אשראי שלא לכבד הוראת תשלום מכוח עקרונות כלליים, כגון חובתה שלא להתרשל, חובת תום הלב המוגברת או חובות ההגינות והאמון שהיא חבה ללקוח, היא שאלה נכבדה, ואציע להותיר אותה בצריך עיון.

וזהו גדר הקושי: חוק כרטיסי חיוב קובע הסדרים פרטניים, ברורים ומקיפים ביחס למקרים בהם נדרשת חברת כרטיסי האשראי המנפיקה שלא לכבד הוראת תשלום, בשל פגמים הנוגעים לעסקת היסוד (הסדרים אשר המחוקק אימץ מחדש, בשינויים מסוימים, בפרקים ו' ו-ז' לחוק שירותי תשלום). הסדרים אלה מגדרים את סמכותן של החברות המנפיקות להתערב רק בהוראת תשלום מסוימת, כאשר נפל במהלכה פגם מסוים, ובעקבות פעולה מסוימת של הלקוח (מסירת הודעה לחברה המנפיקה) (ראו בהקשר זה: חיים, בעמ' 965). הרחבת גבולות האחריות של החברות המנפיקות באמצעות עילה כללית (רשלנות; תום לב מוגבר; הגינות ונאמנות; וכיו"ב) משמעה התערבות באיזון שקבע המחוקק בשוק כרטיסי האשראי, כאשר במקרה הרגיל, אין זוהי אפשרות רצויה. אומנם, מן העבר האחד, כפי שגם פורט בעמדת היועמ"ש בהליך קמא, לחברות כרטיסי האשראי קיימת מתוקף תפקידן היכרות עם הרגלי הצריכה של הלקוח ויכולת, במקרים מסוימים, להבין כי קיימת הסתברות גבוהה לפעילות פסולה מצד בית העסק. במקרים אלה, עשויות לשמש חברות כרטיסי האשראי כמונע הנזק היעיל, בפרט כאשר מדובר בלקוחות הנמנים על קבוצות אוכלוסייה פגיעות וחלשות (לחשיבותו של שיקול זה ראו והשוו: ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 26 (25.5.2006); ע"א 4260/15 אלעזר נ' עיריית הוד השרון, פסקה 33 (11.4.2018); רע"א 3643/19 בסט קאר חברה לשירותי רכב בע"מ נ' חיימו בע"מ, פסקה 27 (2.2.2022)). אולם, מן העבר השני, הטלת אחריות על חברות כרטיסי האשראי אף במקרים בהם הלקוח לא פנה בבקשה לביטול החיוב, עלולה לפגוע במהימנות של אמצעי התשלום ובוודאות העסקית, ולהטיל על חברות כרטיסי האשראי אחריות מעין-שיפוטית, מבלי שהיא בהכרח מחזיקה בכלים ובמידע הנדרש על מנת להכריע במחלוקת שבין הלקוח לבין בית העסק (וראו גם הרציונלים שבבסיס דרישת ההודעה, כפי שהם מפורטים בפסקה 50 לעיל. כן השוו: ע"א 7485/10 פנטהאוז רחמני נכסים (1997) בע"מ נ' פפר, פסקה 11 (27.2.2012); ע"א 7657/17 ר"ח חן ברדיצ'ב בתפקידו כנאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר, פסקאות 79-81 (18.6.2020)). זאת ועוד, במקרים רבים ניתן להשיג חלק ניכר מהיתרונות הגלומים באפשרות זו באמצעות הכרה בחובת גילוי החלה על חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות, וזאת בנסיבות שיתוארו להלן.

כיצד ראוי, אם כן, לאזן בין השיקולים המנוגדים הללו? יהיו שיסברו, וזוהי בהחלט עמדה בעלת כוח משכנע (במיוחד בהינתן חלוקת הסיכונים שקבע המחוקק), כי ראוי לאמץ בעניין זה עמדה מצמצמת, כטענת המשיבות לפנינו, ולהימנע מלהטיל על חברות כרטיסי האשראי חובה כאמור, במקרים החורגים מגדר הוראות חוק כרטיסי חיוב

(וכיום, חוק שירותי תשלום). גישה אחרת, מרחיבה מעט יותר, תגלה נכונות להטיל על החברה המנפיקה אחריות מכוח עקרונות כלליים במקרים חריגים, בהם בידי חברת כרטיסי האשראי מידע מבוסס, המלמד כי מדובר ברמת ודאות גבוהה בשימוש לרעה בכרטיס אשראי, בין אם בשל נסיבות מתן הוראת התשלום ובין אם בשל זהות בית העסק.

54. אפס, אין צורך שנכריע במקרה דנן בין שתי הגישות שהוצגו. כך, משום שגם אם תאומץ הגישה השנייה, המרחיבה מעט, פשיטא כי היא מתייחסת למצבים חריגים, ולא ניתן להפעילה באופן גורף כפי שמבקשים המבקשים המייצגים לעשות.

ביטול גורף של עסקאות שנעשו מול בית עסק מסוים – ומקל וחומר, מול סוג מסוים של בתי עסק כפי שסבורים המבקשים המייצגים – עלול לפגוע באופן ממשי בבתי העסק לגביהם התקבלה ההחלטה, וכן בזכותו של הלקוח להתקשר בעסקאות כפי רצונו (ראו: ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437, 526 (2007); דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקה 30 (12.9.2017)). מכאן שלכל הדעות, אין לאפשר מסקנה כה מרחיקת לכת, אלא (וגם זאת רק לדעת המרחיבים) במקרים יוצאי דופן, בהם הונחה תשתית ראייתית המלמדת על הסתברות גבוהה כי בית העסק נוהג לעשות שימוש לרעה בכרטיסי אשראי. ואולם, בקשת האישור אינה מניחה תשתית שכזו – לא ביחס לכלל חברות השיווק הישיר (מונח שהגדרתו מעגלית); לא ביחס למעל ל-40 החברות שנטען בבקשת האישור כי הן חברות שיווק ישיר (אלו המופיעות ברשימת החברות); ואף לא ביחס למי מהן באופן קונקרטי. ממילא, אף לגישת המרחיבים, אין בבקשת האישור כדי להצדיק ניהול תובענה ייצוגית ביחס לטענה מרחיקת הלכת שהעלו המבקשים המייצגים.

55. על פי הנטען בבקשת האישור דנן, היה על חברות כרטיסי האשראי לבטל באופן גורף את כלל העסקאות בהן התקשרו חברי הקבוצה עם כל חברות השיווק הישיר, מונח שהוגדר כאמור בבקשת האישור באופן מעגלי, ולמצער ביחס לקבוצה של מעל ל-40 חברות, שביחס לאף אחת מהן לא הובאו ראיות פרטניות. טענות גורפות ונעדרות ביסוס מסוג זה אינן יכולות לצלוח את שלב בקשת האישור. ככל שמדובר בהתייחסות הכוללת לחברות השיווק הישיר באשר הן, הרי שמשמעות הנטען היא שעל חברות כרטיסי האשראי להימנע מכיבוד חיובים ביחס לקבוצה לא ידועה של חברות, שאין כל דרך להגדירן, אלא בצורה מעגלית (טאטולוגית) (לאמור: "על חברה מנפיקה להימנע מחיוב לטובת חברת שיווק ישיר"; "חברת שיווק ישיר" בתורה היא "חברה המרמה קשישים ברמה כזו שיש להימנע מכיבוד חיובים המוזרמים על ידה" – דהיינו, על חברה מנפיקה

לעשות Y ביחס ל-X, כאשר X מוגדר כמי שיש לעשות Y לגביו). ככל שמדובר ברשימת חברות השיווק הישיר, הרי שהמבקשים המייצגים לא השכילו להניח לפני בית המשפט, ולו ברמה הלכאורית, מידע המצדיק (על פי הגישה המרחיבה) הטלת אחריות על מי מהן, לא כל שכן כולן, שלא לכבד את החיובים לטובתה. המסקנה המתבקשת היא שבין אם ייתכנו מצבים בהם חברה מנפיקה רשאית ונדרשת לסרב לבצע הוראת תשלום מיוזמתה, ובין אם אין כלל מצבים כאלה, בקשת האישור, ככל שמדובר בטענה לכך שהיה על המשיבות להימנע מכיבוד הוראות תשלום מצד חברות השיווק הישיר (תהא הגדרתן אשר תהא), צריכה להידחות.

(3) הטלת אחריות על חברה מנפיקה בשל הפרת חובת גילוי

56. כזכור, במסגרת פסק הדין בית המשפט קמא קבע, כי לנוכח חובת תום הלב המוגברת אשר חלה על חברות כרטיסי האשראי, היה עליהן ליידע את הלקוחות אשר התקשרו בעסקה עם חברה אשר קיים חשש ממשי כי היא פועלת באופן הונאתי בדבר סיכון זה, וזאת בהתאם לעוצמת החשש וליתר נסיבות העניין. מסקנה זו מקובלת עליי.

57. על טיבה של מערכת היחסים השוררת בין הבנק ובין לקוחו עמדתי בע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט, פסקה 81 (18.7.2022) (להלן: עניין גזונטהייט), שם ציינתי כי:

בין הבנק לבין לקוחו שוררת מערכת יחסים מיוחדת. זאת, בשל חיוניות השירותים שמעניק הבנק; מעמדו הייחודי של הבנק בחיי המסחר והכלכלה; פערי הכוחות בין הצדדים (ובפרט היות הבנק "שחקן חוזר" בזירה הפיננסית); אופי היחסים הממושך בין השניים; והאמון שרוכש הלקוח, והציבור הרחב בכללותו, לבנק לאור מהותו כגוף מעין-ציבורי, ולנוכח הידע, הכלים והמקצועיות בהם הוא מתאפיין.

58. לנוכח אופייה המיוחד של מערכת יחסים זו, ומעבר להתחייבויות החוזיות של הבנק כלפי הלקוח בהתאם לחוזה שנכרת בין הצדדים, הבנקים כפופים לחובות רחבות ומוגברות כלפי לקוחותיהם. על חובות אלה ניתן למנות, בין היתר, את חובות ההגינות והנאמנות, חובת הזהירות, חובת תום הלב המוגברת וחובת סודיות (ראו: שם; ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 585-586 (1994) (להלן: עניין צבאח); ע"א 6547/12 עמר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ – סניף נתיבות, פסקה 13 (13.4.2015)).

59. מאפיינים אלה, המצדיקים הטלת חובות מוגברות על הבנקים במישור היחסי שלהם מול הלקוחות, מתקיימים גם כאשר עסקינן במערכת היחסים שבין חברות כרטיסי האשראי ובין לקוחותיהן. כך, בין חברות כרטיסי האשראי ובין לקוחותיהן ישנם פערי כוחות משמעותיים, אשר גם הובילו, כאמור, לחקיקתו של חוק כרטיסי חיוב. פערים אלה מתבטאים בהיקף המשאבים העומדים לרשות חברות כרטיסי האשראי לעומת לקוחותיהן; בפערי המידע הניכרים בין הצדדים; במומחיות בה מחזיקות חברות כרטיסי האשראי; ועוד. מעבר לכך, השימוש ההולך וגובר בכרטיסי האשראי, כמו גם העובדה שבתי עסק רבים רואים בהם כאמצעי התשלום המרכזי, ולעיתים אף הבלעדי, במסגרתו הם מוכנים לקבל תשלום (למשל בעסקאות מכר מרחוק), הופכים את שירותי ההנפקה שמשפקות חברות כרטיסי האשראי לחיוניים. לבסוף, ועל רקע הסיכונים הכרוכים בשימוש בכרטיסי אשראי, חייבים הלקוחות לתת אמון רב בחברות כרטיסי אשראי מתוקף תפקידן כגורם שאמון על מתן מענה כאשר התממש אחד מסיכונים אלה (ראו: פלאטו-שנער ועופר צפוני, בעמ' 340-347; חיים, בעמ' 918-924. על הרציונלים העומדים בבסיס חובת האמון החלה על בנקים ראו: רות פלאטו-שנער דיני בנקאות: חובת האמון הבנקאית 113-148 (2010) (להלן: חובת האמון הבנקאית); עניין צבאח, בעמ' 585; ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, פ"ד סג(3) 248, 266-267 והאסמכתאות שם (2009)). לנוכח האמור, סבורני כי יש להחיל, בשינויים המחויבים, את אותן חובות מוגברות בהן חבים הבנקים גם על חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות (לעמדה דומה ראו: דיני בנקאות, בעמ' 247-249; פלאטו-שנער ועופר צפוני, בעמ' 340-347)

60. השאלה היא, אם כן, האם ניתן לגזור מחובות אלו חובת גילוי המוטלת על חברות כרטיסי האשראי, בנסיבות בהן התקשרו לקוחותיהן עם חברות אשר קיים חשש כי פועלת באופן מרמתי. לצורך מענה על שאלה זו, עלינו לעמוד ביתר הרחבה על מהותן של חובות אלו, וכן על האופן בו יש לאזן ביניהן במקרה בו נוצרת התנגשות.

61. חובות ההגינות והנאמנות: חובתו הכללית של תאגיד בנקאי, וחברת כרטיסי אשראי בכלל זה, היא לפעול במקצועיות, ביושר ובהגינות כלפי הלקוח. בהתאם, על התאגיד הבנקאי לפעול מתוך התחשבות בצרכי כל לקוחותיו ובאינטרסים שלהם, וכן להימנע מניגוד עניינים או ממתן משקל לשיקולים זרים. יש המכנים זאת חובת נאמנות, ואולם בעניין גזונטהייט, הבהרתי כי מאחר שחובות כלליות אלה אינן מגיעות לכדי חובת אמון כמו בן המשפטי הרגיל של המונח (קרי, החובה לפעול אך ורק לפי טובת הנהנה), מוטב אולי לכנותן חובות הגינות (שם, בפסקה 83). בהתאם בפסק דין זה נעשה שימוש

במינוח חובות הגינות ונאמנות לתיאור היבט זה של חובות התאגיד הבנקאי כלפי לקוחותיו (יצוין כי חובת ההגינות והנאמנות עשויה לחול אף ביחסיו של תאגיד בנקאי מול לקוחות עתידיים או צדדים שלישיים. ראו: סעיף 17א לחוק הבנקאות; ע"א 8564/06 סולטאני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 15 (7.7.2008); חובת האמון הבנקאית, בעמ' 113-148). הביטוי הקונקרטי של חובת ההגינות והנאמנות המוטלת על התאגיד הבנקאי עשוי להשתנות ממקרה למקרה, כאשר הדבר תלוי, בין היתר, בסוג השירות שניתן ללקוח, מידת ההסתמכות של הלקוח על התאגיד הבנקאי, וטיב מערכת היחסים בין הבנק ללקוחו (ראו: עניין צבאח, בעמ' 592; ע"א 7424/96 בנק המזרחי בע"מ נ' חברת אליהו גרציאני (1988) בע"מ, פ"ד נד(2) 145, 161-162 (2000); ע"א 7825/01 דאטא סיסטמס אנד סופטוור אינק. נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נח(5) 348, 356 (2004); עניין גזונטהייט, בפסקה 82). זאת ועוד, בקשר לפעולות מסוימות עשויה חובתו של התאגיד הבנקאי כלפי הלקוח לעלות למדרגה של חובת אמון ממש, על כל המשתמע מכך. כך, למשל, כאשר התאגיד הבנקאי פועל כשלוח של הלקוח לצורך ביצוע פעולות מסוימות, או כשהוא משמש כנאמן (trustee) ביחס לרכוש השייך ביושר ללקוח (לדוגמה, מניות הרשומות למסחר בבורסה).

62. לחובת ההגינות והנאמנות של תאגיד בנקאי ניתן למצוא מספר ביטויים הן בחוקים השונים המסדירים את פעילות התאגידים הבנקאיים והן בפסיקה אשר פירשה אותה לאורך השנים. כך למשל, התאגיד הבנקאי אינו רשאי להטעות לקוח בעניין מהותי למתן השירות (סעיף 3 לחוק הבנקאות); לעשות דבר אשר יש בו משום ניצול מצוקתו של לקוח (סעיף 4 לחוק הבנקאות); או להתנות מתן שירות בקניית שירות אחר (סעיף 7א לחוק הבנקאות). חובת ההגינות והנאמנות המוטלת על התאגידים הבנקאיים אף הובילה להכרה בחובת גילוי רחבה החלה עליהם כלפי לקוחותיהם. כך, מעבר לחובה למסור ללקוח את המידע הנחוץ לצורך ביצוע עסקה (ראו לעניין זה, למשל: סעיף 5 לחוק הבנקאות; כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992; וראו גם: סעיפים 8-9 לתקנות כרטיסי חיוב לעניין חובות הגילוי החלות על החברות המנפיקות), הוכרה בפסיקה החובה העומדת לתאגיד בנקאי לוודא כי הלקוח הבין את המידע שנמסר לו (חובת האמון הבנקאית, בעמ' 199-202; ע"א 1304/91 טפחות – בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 327-328 (1993). השוו: ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934, 946-949 (2004)). בנסיבות מסוימות, בית המשפט אף סבר כי חובת ההגינות והנאמנות של התאגיד הבנקאי עשויה להצמיח לו חובה לייעץ ללקוח, ולסייע לו לקבל החלטות בעניינים כלכליים (ראו: עניין צבאח, בעמ' 598).

63. חובת תום לב מוגברת: חובתו של הבנק לנהוג בתום לב במישור יחסיו מול הלקוח נגזרת מאופי היחסים החוזיים בין הצדדים (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (כללי), התשל"ג-1973). אחד הביטויים המרכזיים של החובה לנהוג בתום לב בשלב קיום החוזה הוא החובה לגלות לצד השני מידע רלוונטי (גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 81-82 (מהדורה רביעית 2019); ע"א 9447/06 פוקס נ' אלבט, פסקאות 21-22 (25.3.2008)). כך בכלל, וכך בפרט כאשר אי-הגילוי עלול להוביל להתרחשותו של נזק בו יישא הצד השני (ע"א 3912/90 Eximin S. A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארדי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 76 (1993)). עקרונות אלה, הנכונים ביחס לכל צד המתקשר בחוזה, באים לידי ביטוי אף ביתר שאת במישור היחסים שבין התאגיד הבנקאי לבין לקוחו. במישור זה, לנוכח אופייה המתמשך של מערכת היחסים בין התאגיד הבנקאי לבין הלקוח, ובשים לב לכך שהחוזה העומד בבסיס ההתקשרות הוא חוזה יחס בעל אופי צרכני (למאפיינים של חוזים אלו ראו: רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קטל, פסקה 31 (21.9.2014); ע"א 8336/17 ראובן נ' סופר-דוש בע"מ, פסקאות 32-34 והאסמכתאות שם (15.5.2022)), הכירה הפסיקה בכך שחובת תום הלב החלה על התאגידים הבנקאיים היא מוגברת (ראו: ע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 597 (1999); ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 13 (29.1.2017)). בהתאם, היקפה של חובת הגילוי המוטלת על התאגיד הבנקאי רחבה יותר מזו אשר חלה בעניינם של צדדים "רגילים" (השוו: ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ, פסקאות 53-52 (6.7.2011)).

64. חובת הזהירות: במישור היחסים בין התאגיד הבנקאי לבין לקוחו, חובת הזהירות מחייבת את התאגיד הבנקאי לנהל ענייניו מול הלקוח במיומנות ובזהירות הראויות. בתוך כך, על התאגיד הבנקאי לדאוג כי נכסיו של הלקוח המופקדים אצלו לא ייפגעו, ולנקוט באמצעים שתאגיד בנקאי סביר היה נוקט בנסיבות העניין. בהקשרים הדומים לענייננו, הכירה הפסיקה בחובת זהירות בה חב התאגיד הבנקאי כלפי הלקוח כאשר מתבצעות פעולות חריגות בחשבון הבנק שלו, או כאשר קיים חשש כי בעל הרשאה לביצוע פעולות בחשבון מנצל לרעה את ההרשאה שניתנה לו בכוונה לרמות את בעל החשבון (ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר ז"ל, פ"ד נט(2) 349, 376-373 (2004) (להלן: עניין אופלגר); ע"א 636/89 כחולי נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, פ"ד מה(3) 274, 265 (1991) (להלן: עניין כחולי); דנ"א 1740/91 בנק ברקליס-

דיסקונט בע"מ נ' פרוסט-קוטסטמן, פ"ד מז(5) 31, 60-61 (1993) (להלן: דיון נוסף כחוליה).
 יפים לעניין זה דבריה של השופטת אסתר חיות בעניין אופגלר, שם ציינה כי:

כאשר מתרחשות לנגד עיני הבנק פעולות חריגות שיש בהן כדי לעורר חשד ממשי באשר לתקינותן או לכשרותן, אין הבנק יכול לשמש זירה שותקת לפעולות כאלה, ועליו כאמור לעורר שאלות, לבצע בדיקות ולנקוט אמצעים סבירים המתבקשים בנסיבות העניין (שם, בעמ' 373).

וברוח דומה, בעניין כחולי הובהר כי:

אין ספק שמוטלת על הבנק חובת זהירות למנוע תרמית בחשבונותיו של לקוחו. בנק היודע על התרמית ועל ניצול לרעה של ההרשאה, לא יוכל להתגונן בטענה שפעל לפי הוראת הלקוח ובהתאם להרשאה כשרה על פניה (שם, בעמ' 275).

ודוק, כפי שהובהר לא פעם בפסיקתו של בית המשפט זה, האחריות של התאגיד הבנקאי אינה מוחלטת. חובת הזהירות של התאגיד הבנקאי נבחנת במבחן אובייקטיבי, משמע לפי השאלה אם הוא פעל באופן שבו תאגיד בנקאי סביר וזהיר היה נוקט בנסיבות העניין. לפיכך, במקרים דומים לענייננו, נדרש בית המשפט לשאלה אם בנקאי סביר היה חושד כי פעולה שבוצעה בחשבוננו של הלקוח היא פעולה חריגה, או שיש בה כדי ללמד על ניצול לרעה או תרמית של הלקוח. ככל שהתשובה לכך היא חיובית, נקבע כי יש לבחון אם התאגיד הבנקאי נקט באמצעים סבירים – החל מברור החשד ועד ליידוע הלקוח – כדי להתמודד עם החשש האמור (עניין אופלגר, בעמ' 372-374; עניין כחולי, בעמ' 277; דיון נוסף כחולי, בעמ' 61).

65. חובת הסודיות: מקורה של חובת הסודיות הבנקאית הוא בפסיקת בית המשפט, ומשמעותה היא כי ללא הסכמת הלקוח, או ככל שלא מתקיימים אחד החריגים שנקבעו לה בדין, התאגיד הבנקאי אינו רשאי למסור לצד שלישי מידע הנוגע לענייניו של הלקוח (ראו: רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 771 (1993) (להלן: עניין סקולר); עניין צבאח, בעמ' 586-590; רות פלאטו-שנער "הזכות לפרטיות פיננסית: עולם הולך ונעלם" משפט חברה ותרבות ב 199, 201-205 (2019). ויוער, כי מידע כאמור אף עשוי לחסות תחת חיסיון פסיקתי. ראו: יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 985-996 (2021). להבחנה בין חובת סודיות לבין חיסיון ראו: שם, בעמ' 405-413). בהיותה פרי הפסיקה, אף חובת הסודיות החלה על התאגיד



הבנקאי אינה מוחלטת. התאגיד הבנקאי יוכל למסור מידע החוסה תחת חובת הסודיות לצד שלישי רק כאשר קיימת חובת גילוי מכוח דין; כאשר מוטלת עליו חובה כלפי הציבור לגלות את המידע; כאשר יש לו אינטרס בגילוי המידע; או כאשר הגילוי נעשה בהסכמת הלקוח (עניין סקולר, בעמ' 771; עניין צבאח, בעמ' 588. לפירוט על האופן בו יישמה הפסיקה את תנאים אלה ראו, למשל: רות פלאטו-שנער "הסודיות הבנקאית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשיח החוקתי החדש" קריית המשפט ח 71, 102-83 (התשס"ט)).

כאשר חובת הסודיות כלפי לקוח פלוני מתנגשת עם חובה אחרת המוטלת על התאגיד הבנקאי כלפי לקוח אלמוני, למשל בנסיבות בהן הוא חייב בגילוי של מידע אשר חוסה תחת חובת סודיות, נקבע בעניין צבאח כי יש לאזן בין החובות השונות בהתאם לנסיבות המקרה (שם, בעמ' 601). יישום אמת מידה זו בנסיבות המקרה שם הוביל את בית המשפט למסקנה כי כאשר בנק יודע כי כספי המשכנתא של הלקוח יועברו לחברה אשר לא מסוגלת לעמוד בהתחייבויותיה, והבנק הוא בעל אינטרס מהותי בהזרמת כספים לאותה חברה, על הבנק ליידע את הלקוח כי הוא מצוי בניגוד עניינים, מבלי שהוא יהיה מחויב למסור פרטים מהותיים ביחס לאותה חברה (שם, בעמ' 602).

66. על יסוד האמור, מתעוררת השאלה האם ניתן להכיר בחובה המוטלת על חברות כרטיסי האשראי ליידע את לקוחותיהן על הסיכון הכרוך בהתקשרות עם גוף מסוים, כאשר נודע להן כי אותו גוף פועל באופן מרמתי? לדידי התשובה לכך חיובית. חובה זו היא נגזרת ישירה של חובות הגילוי המוטלות על חברת כרטיסי האשראי במישור יחסיה מול הלקוח כמפורט לעיל. זאת ועוד, בהינתן שבענייננו מדובר בפעולה שהחברה המנפיקה מבצעת בשם הלקוח (פירעון החוב כלפי בית העסק, באמצעות קיום הוראת הלקוח), הרי שיש בסיס איתן לטענה כי חובת הגילוי היא אף רחבה מזו שהוכרה בעניין צבאח (אשר עסק בנסיבות בהן הבנק פעל מול הלקוח כמלווה – נסיבות שבמובהק אינן יוצרות חובות אמון ממש, אלא חובות הגינות בלבד).

67. ויודגש, בשונה מהטלת חובה על החברה המנפיקה להימנע מביצוע התשלום, שהיא חובה מרחיקת לכת, אשר מעוררת חשש להתנגשות עם הוראות חוק כרטיסי חיוב (ראו דיון בפסקאות 52-55 לעיל), הטלת חובת גילוי על החברה המנפיקה, מתונה הרבה יותר, ואינה מעוררת קושי למול הוראות המחוקק. נהפוך הוא, כל שנדרש מהחברה המנפיקה, בהקשר זה, הוא להתריע, במקרים מתאימים, בפני הלקוח כי התקבלה אצלה הוראת תשלום, וכי יש לה חשש, לאור המידע שברשותה (מבלי שתפרט אותו כמוכן),

שהיא ניתנה תוך שימוש לרעה בכרטיס האשראי (למותר לציין שבהיעדר מידע ממשי המעורר חשש לשימוש לרעה בכרטיס האשראי אין צורך במתן התראה, שהרי אחד היתרונות המרכזיים של כרטיס האשראי הוא האפשרות לבצע במהירות וביעילות תשלומים שוטפים). התראה מסוג זה אינה חריגה כיום, ועוסקים רבים (ובכללן גם תאגידים בנקאיים, לרבות חברות כרטיסי אשראי) נוהגים לתת התראות כאלה ביחס לפעולות שונות שהם מתבקשים לכאורה לבצע על ידי הלקוח. ודוק, אינני נדרש בשלב זה לשאלה החשובה, מה נדרשת החברה המנפיקה לעשות ככל שלא התקבל אצל אישור לביצוע הפעולה בעקבות התראה ששלחה. כך, שכן ייתכן מאוד ששאלה זו הינה תאורתית ביחס לתובענה הייצוגית דנן, בהינתן שהמשיבות כנראה לא שלחו כל התראה, וממילא לא גיבשו כל מדיניות בשאלה כיצד לנהוג בהיעדר תגובה של הלקוח. מכל מקום, לא זהו השלב הראוי לעסוק בעניין זה.

68. ויובהר, חובת הגילוי של החברה המנפיקה, גם במצב בו עסקינן, אינה חובה מוחלטת. הקביעה אם בנסיבות העניין קמה לחברת כרטיסי האשראי המנפיקה חובה ליידע את הלקוח על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות נתונה, תלויה בעוצמת החשש המתעורר ביחס להוראת התשלום או לבית העסק המסוים; בהיקף ובטיב המידע המצוי בידי חברת כרטיסי האשראי – ובתוך כך, המקור ממנו הוא הגיע והאם מדובר במידע סודי; בהיקף העסקה בה מדובר, ובתדירות החיובים בידי העוסק; וכן ביתר נסיבות העניין. מכל מקום, בשים לב לשלב הדיוני בו אנו מצויים, במסגרתו נדרשים המבקשים המייצגים אך להראות כי קיימת אפשרות סבירה כי טענותיהם ביחס לעילה זו יתקבלו, ובית המשפט קמא טרם נדרש לבירור עובדתי מקיף של הסוגיה, איננו נדרשים לקבוע במדויק מה הרף אותו נדרש לחצות כדי שתקום חובת הגילוי האמורה. באופן דומה, איננו נדרשים לקבוע במדויק מה היקף הגילוי בו תהיה חייבת חברת כרטיסי האשראי, וזאת אף בשים לב לאפשרות כי גילוי המידע ללקוח עלול לעמוד בניגוד לחובת הסודיות בה חבה חברת כרטיסי האשראי כלפי בתי העסק (וזאת, במיוחד, כשהמידע בו מדובר מצוי ברשותן מכוח תפקידן כסולקות – וזאת בדומה לקושי שהתעורר בעניין צבאח).

69. בנסיבות העניין, ואף שבמסגרת ההליך קמא בית המשפט לא ערך בירור עובדתי מקיף באשר למידע שהיה מצוי בידי חברות כרטיסי האשראי בנוגע לפעילותן של חברות השיווק הישיר, סבורני כי התשתית העובדתית שהעמידו המבקשים המייצגים בבקשת האישור מספיקה כדי לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה שיתקבלו טענותיהם בעניין הפרת חובת הגילוי, לפי אחד או יותר מהמקורות שנמנו לעיל (חובת הגינות ונאמנות; חובת תום לב מוגברת וחובת זהירות). במילים אחרות, אף לגישתי קיימת אפשרות סבירה כי

ייקבע שהיה על חברות כרטיסי האשראי ליידע את לקוחותיהן, למצער בנסיבות מסוימות, על החשש שהתעורר ביחס לפעילות של לפחות חלק מחברות השיווק הישיר, ולהזהיר אותם מפני הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עימן. לצד זאת, כפי שגם יפורט להלן, אבקש להבהיר כי שאלה זו – האם חברות כרטיסי האשראי הפרו את חובת הגילוי החלה עליהן – היא שאלה המשותפת לכלל חברי הקבוצה. זאת, מאחר שבהיעדר מחלוקת בין הצדדים לגבי העובדה שהמשיבות לא יידעו את לקוחותיהן לגבי הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר, הרי שאם ייקבע כי בנסיבות העניין חלה על המשיבות חובת גילוי, חובה זו חלה לכאורה כלפי כלל חברי הקבוצה. אם כן, התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק – מתקיים בענייננו.

70. בהינתן האמור, כל שנותר לנו הוא לבחון האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת שבין הצדדים בנסיבות העניין, בהתאם לתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק.

האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע בענייננו במחלוקת שבין הצדדים?

71. סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות הייצוגיות קובע כי תנאי לאישורה של תובענה כייצוגיות הוא כי ההליך הייצוגי הוא: "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין". בכואו של בית המשפט לבחון אם מתקיים תנאי זה, עליו לשקול, בין היתר, את התאמת ההליך הייצוגי לבירור המחלוקת לעומת הליכים אפשריים אחרים (החל מניהול הליך פרטני בענייניו של כל אחד מחברי הקבוצה ועד לנקיטה בהליכים פליליים או מנהליים); את יעילות הדיון במתכונת של תובענה ייצוגית; וכן שיקולים אחרים הנוגעים להוגנות ההליך (ראו: פלינט וויניצקי, בעמ' 162-244).

72. בענייננו, כזכור, בית המשפט קמא סבר כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת, וזאת ממספר טעמים. ראשית, מאחר שבדין אין הגדרה למונח "חברת שיווק ישיר", ולכן, בשלב המקדמי יידרש לבחון ביחס לכל אחת ואחת מהחברות הרלוונטיות האם היא נכללת תחת הגדרה זו, בירור אשר כרוך לשיטתו גם במתן זכות טיעון לכל אחת מחברות. שנית, לנוכח האפשרות שחלק מהקשישים היו מעוניינים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר, נדרש יהיה לבחון ביחס לכל אחת מעסקאות היסוד האם נפל בה פגם המצדיק את ביטולה, ובהמשך לכך – האם מי מהמשיבות לא עמדו בחובותיהן לפי החוקים השונים ביחס לעסקה האמורה. שלישית, מאחר שחלק מהסעדים שהתבקשו במסגרת בקשת האישור נוגעים להסדרה עתידית, ואין

זה ממקומו של בית המשפט להיעתר להם, לא כל שכן במסגרת הליך ייצוגי. דביעית, ולבסוף, מכיוון שהליכי החקיקה והאסדרה שקודמו לאורך ההליך מלמדים על כך שתובענה ייצוגית אינה הכלי המתאים לבירור חלק מהמחלוקות.

73. מבלי להקל ראש בשיקולים האחרים אליהם התייחס בית המשפט קמא, דומה כי הקושי המרכזי אשר הביא אותו לקבוע כי הליך ייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת בנסיבות העניין הוא הצורך לערוך בירורים בעלי אופי פרטני כדי להכריע בשאלת זכאותם של חברי הקבוצה לפיצוי. ואכן, מעבר לחובה המוטלת על המבקשים המייצגים להראות כי ביסוד בקשת האישור עומדת שאלה מהותית, עובדתית או משפטית, המשותפת לכלל חברי הקבוצה (כפי שנקבע כאמור בסעיף 8(א)(1) לחוק), הובהר בפסיקה כי תובענה ייצוגית אינה האכסניה המתאימה לניהולם של הליכים המחייבים את בית המשפט לערוך בירורים בעלי אופי פרטני בהיקף משמעותי. זאת, תוך שהודגש, כי לא בכל מקרה בו קיימת שונות כזו או אחרת בין חברי הקבוצה, או שנדרש לערוך בירור נקודתי בשאלה בעלת אופי פרטני, יהיה מוצדק לדחות רק מטעם זה את בקשת האישור (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פסקה 27 (20.7.2010) (להלן: עניין רזניק); עניין תנובה, בפסקה 55; עניין ברזילי, בעמ' 477-475; עע"מ 6993/15 עיריית תל אביב-יפו נ' אספיאדה בע"מ, פסקה 33 (16.8.2016); עע"מ 130/21 ג'קרי נ' מדינת ישראל רשות המיסים, פסקה 52 (23.1.2023)). הגם שלשאלה מה הרף המדויק של בירורים בעלי אופי פרטני שמעבר לו אין מקום לאפשר ניהול התובענה כייצוגית לא ניתנה תשובה מובהקת בפסיקה, ניתן להצביע על מספר שיקולים מרכזיים שהנחו את בתי המשפט בהכרעה אם ניתן לאשר במקרים מעין אלה את ניהול התובענה כייצוגית.

השיקול הראשון נוגע ליחס בין השאלות האינדיווידואליות (הדורשות בירור פרטני) לעומת אלה המשותפות לחברי הקבוצה (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 11 (5.7.2012) (להלן: עניין עמוסי)). במסגרת זאת, נקבע כי ככל שהכרעה בשאלות המשותפות לחברי הקבוצה תסייע באופן ניכר לקדם את פתרון הסכסוך הכולל שבין הצדדים, הנטייה תהיה לראות בתובענה הייצוגית ככלי יעיל והוגן להכרעה בסכסוך שבין הצדדים (שם, בפסקה 19; פלינט וויניצקי, בעמ' 217-219).

שיקול נוסף לו ניתן משקל, הוא אופיין של השאלות האינדיווידואליות, ובפרט השאלה אם הן נוגעות לעצם הזכאות לפיצוי או רק לגובה הפיצוי לו יהיה זכאי כל אחד מחברי הקבוצה. בהקשר זה נקבע כי מאחר שלשונות הנוגעת לגובה הפיצוי ניתן מענה



בסעיפים 20(א)-(ג) חוק, לא יהיה בה, על דרך הכלל, כדי להכשיל את בירורה של התובענה כייצוגית (עניין תנובה, בפסקה 55. ראו גם: פלינט וויניצקי, בעמ' 214-217; רע"א 8851/02 ישראלכרט בע"מ נ' שלומוביץ, פ"ד נט(3) 422, 428-429 (2004); בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 30 (11.7.2022)).

היבט נוסף אשר עשוי להשליך על ההכרעה, הוא האם ניהול ההליך כייצוגי, חרף השונות בין חברי הקבוצה, עלול להוביל לפגיעה בזכויותיו של מי מחברי הקבוצה או של הנתבע לעורר טענות בעלות אופי פרטני. כך, וביחס לחברי הקבוצה, יש לבחון האם ניהול התובענה כייצוגית עלול לקפח את חברי הקבוצה, אשר יש בכוחם להוכיח באופן פרטני כי נגרם להם נזק שונה או גבוה יותר מזה שנגרם ליתר חברי הקבוצה (עניין עמוסי, בפסקה 19; ראו את הסתייגותה של המשנה לנשיא מרים נאור ז"ל משיקול זה בפסקה 3 לחוות דעתה). באופן דומה, וביחס לנתבע, יש לתת משקל לשאלה אם השונות בין חברי הקבוצה עלולה לפגוע בזכותו לנהל הליך הוגן – למשל, כאשר עומדות לו טענות הגנה פרטניות כלפי חלק מחברי הקבוצה (עניין תנובה, בפסקה 55).

לבסוף, על בית המשפט לבחון האם חרף השוני הקיים בין חברי הקבוצה, קיימת דרך יעילה והוגנת להתמודד עם השאלות הפרטניות המתעוררות במסגרת התובענה הייצוגית, באופן שיאפשר את ניהול ההליך כייצוגי (עניין רזניק, בפסקה 27). בתוך כך, על בית המשפט לבחון אם ניתן לעשות שימוש באחד מהמנגנונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק, או בפתרונות אחרים שנקבעו בחוק או בפסיקה כדי להתמודד עם הקשיים הדיוניים שמעוררת התובענה. כך במיוחד, כאשר קיים אינטרס ציבורי מובהק בבירור התובענה. יפים לעניין זה דבריה של השופטת עדנה ארבל בעניין פרנק:

אכן, התובענה שלפנינו היא במילותיו של חברי הנשיא "אתגר דיוני של ממש". הקשיים הדיוניים שעשויים להתעורר אינם מצדיקים, כשלעצמם, את דחיית התובענה בשלב האישור, מרגע שהוכחה אפשרות סבירה לקבלתה, וזאת על מנת שלא לפגוע באינטרס הציבורי בבירורה. אמת, תידרש מידה בלתי מבוטלת של יצירתיות בניהולתה ולשם כך עומדים לרשותו של בית המשפט כלים שונים שהעניק לו המחוקק (שם, בפסקה 83. ההפניות הוסרו).

ודוק, אף שבמקרים מסוימים יהיה בכוחם של הכלים השונים שנקבעו בחוק ובפסיקה לסייע בהתאמת ההליך לבירור כייצוגי, לעיתים לא יהיה מנוס אלא לדחות את בקשת האישור. באשר למהותם של מקרים אלה, ניתן להיעזר בדבריו של השופט אשר גרוניס בעניין רזניק:

כאשר בגדר התובענה הייצוגית או לאחריה יהיה צורך לקיים חקירה פרטנית בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה, הכוללת בירורים עובדתיים מורכבים, שמיעת עדים, הכרעות מהימנות וכדומה, כך שמבחינה מעשית מדובר בפיצול ההליך הייצוגי לסדרה של משפטים נפרדים, אין לאשר את התובענה הייצוגית. כאמור, ישנם פיתרונות שונים העשויים למנוע תוצאה זו. אולם, מקום בו קצרה ידם של פיתרונות אלו מלהושיע, לא תאושר התובענה הייצוגית (שם, בפסקה 27).

74. יישום אמות מידה אלו על שתי עילות התביעה הרלוונטיות לשלב זה (הפרת הוראות חוק כרטיסי חיוב והפרת חובת הגילוי המוטלת על המשיבות), מוליך בראיית למסקנות שונות. כך, ומהטעמים שיפורטו להלן, אני סבור כי לאור היקף השאלות הדורשות בירור פרטני, ההליך הייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת להכריע בשאלה אם המשיבות הפרו את הוראות חוק כרטיסי חיוב. לעומת זאת, באמצעות מספר התאמות להליך, אני סבור כי ניתן יהיה להביא לכך שהנטל הדיוני הכרוך בבירור שאלה הפרת חובת הגילוי, לא יחצה את הרף אשר מצדיק את דחיית בקשת האישור. אפרט.

75. באשר לטענה כי המשיבות הפרו את הוראות חוק כרטיסי חיוב, אף אני שותף לעמדתו של בית המשפט קמא כי ההליך הייצוגי אינו הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. כפי שתואר לעיל, על מנת שתקום זכאותו של לקוח פלוני לסעד, עליו להראות כי הוראת התשלום שנתן חוסה תחת אחת ההגנות הקבועות בחוק כרטיסי חיוב; וכי הוא מסר לחברה המנפיקה הודעה מתאימה בעניין. ודוק, על הלקוח להוכיח כי התקיימו תנאים אלה ביחס לכל אחד מהחיובים שהוא מבקש לבטל. בענייננו, מדובר במספר עצום של עסקאות וחיובים, אשר לגבי כל אחד מהם בית המשפט יידרש לערוך בירור פרטני ולקבוע האם חלה אחת מההגנות שנקבעו בחוק כרטיסי חיוב; האם נמסרה למשיבה הרלוונטית הודעה מתאימה מצד הלקוח; כיצד טופלה פנייתו; ועל יסוד האמור – האם היא הפרה את הוראותיו של חוק כרטיסי חיוב. כל זאת, כאשר סביר להניח כי לפחות חלק מחברי הקבוצה התקשרו מרצונם החופשי בחלק מהעסקאות עם חברות השיווק הישיר, מבלי שנפל פגם בעסקת היסוד; וכאשר בחלק אחר של המקרים, לאחר שנמסרה הודעה מתאימה מצד הלקוח – טיפלה החברה המנפיקה בפנייתו בהתאם להוראות חוק כרטיסי חיוב. מאחר שמדובר בשאלות בעלות אופי פרטני מובהק, ההכרעה במחלוקת תחייב את בית המשפט לקיים, הלכה למעשה, סדרה של משפטים נפרדים בעניינו של כל לקוח ולקוח, ביחס לכל אחת מעסקאות היסוד. לא לכך נועד ההליך הייצוגי, ולפיכך אין

מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא לפיה תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת בנסיבות העניין להכריע במחלוקת זו.

יצוין, במאמר מוסגר, כי ייתכן שמצב הדברים היה שונה אילו הייתה מונחת לפנינו טענה כי מי מחברות כרטיסי האשראי טיפלה בפניות חברי הקבוצה על פי מדיניות אחידה, אשר הביאה, למשל, לסירוב גורף לפניות שהתקבלו, או לסיכול האפשרות לברר כראוי את פניותיהם של חברי הקבוצה. אלא שטענות מעין אלה אין בנמצא, ולמעשה חברות כרטיסי האשראי טוענות להפך. לגישתן, כלל הפניות שהועברו אליהן טופלו בהתאם להוראות חוק כרטיסי חיוב, ולא נפל כל פגם בהתנהלותן.

76. שונים פני הדברים באשר לאפשרות לברר את הטענה כי המשיבות הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהם במסגרת הליך ייצוגי. להבדיל מעילות המבוססות על הפרת הוראות חוק כרטיסי חיוב, על מנת לבחון האם המשיבות הפרו את חובת הגילוי משלא יידעו את הלקוחות על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר, כולן או חלקן, אין צורך לבחון באופן פרטני את כל אחת מעסקאות היסוד בהן התקשרו חברי הקבוצה, וכל אחד מהחיוכים שבוצעו במסגרתם. מוקד הדברים הוא דווקא במישור היחסים שבין המשיבות ובין חברות השיווק הישיר, ובפרט בשאלה אם המשיבות ידעו או היו יכולות לדעת על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר, וזאת על סמך מכלול פעולותיהן (דהיינו, הן כחברות מנפיקות והן כחברות סולקות). כנגזר מכך, יהיה מקום לעבור למישור היחסים שבין המשיבות לבין חברי הקבוצה, ולבחון האם בהינתן המידע האמור (בפועל או בכוח) הייתה מוטלת על המשיבות חובה להזהיר את חברי הקבוצה (לקוחותיהן הקשישים); ואם כן, כיצד היה עליהן ליידע את הלקוחות על כך. אין לכחד, בנסיבות העניין גם בירורן של שאלות אלו אינו פשוט כלל וכלל. לצורך כך, נדרש יהיה לבחון את התשתית העובדתית שעמדה לפני כל אחת מחברות כרטיסי האשראי, ביחס לפעילותן של כל אחת מחברות השיווק הישיר, ולהכריע האם היא הצדיקה הטלת חובת יידוע על החברה המנפיקה כלפי לקוחותיה הקשישים, וככל שהתשובה לכך היא חיובית – באיזה שלב ובאיזה אופן.

77. הקשיים האמורים אף מתחדדים שעה שלבקשת האישור לא צורפה רשימה סדורה של כלל חברות השיווק הישיר הרלוונטיות. אומנם המבקשים המייצגים צירפו לבקשת האישור רשימה של למעלה מ-40 חברות אשר נמנות, לגישתם, על חברות השיווק הישיר, אך לצד זאת הובהר כי מדובר ברשימה שאינה ממצה, ויש לאשר את ניהול התובענה כייצוגית נגד: "כלל חברות השיווק הישיר של מוצרים ו/או שירותים אשר



התקשרו בהסכמי סליקה עם המשיבות, או עם מי מהן, כפי שייקבע על פי הנתונים שייבדקו באמצעות מומחה שימונה על ידי כב' בית המשפט, אשר ניצלו את מצוקתם של קשישים (כהגדרתם להלן) לשם חיובם בתשלומים שלא כדין, ובכלל, זה, חברות שיווק שאחוז התלונות ו/או ביטולי העסקה ביחס לפעילותן עולה בשיעור ניכר על המקובל" (עמ' 3 לבקשת האישור). התוצאה הנגזרת מבחירה זו היא שלשיטת המבקשים המייצגים בית המשפט יידרש, בשלב מקדמי, לגבש את רשימת חברות השיווק הישיר הרלוונטיות לבקשת האישור, ורק לאחר מכן, לבחון האם חלה על מי מהמשיבות חובה ליידע את לקוחותיה על הסיכון הכרוך בהתקשרות עימן.

78. חרף האמור, סבורני כי באמצעות מספר התאמות להליך ניתן לתת מענה לקשיים הדיוניים האמורים, במידה שתאפשר את בירורה של עילה זו במסגרת הליך ייצוגי. ודוק, כפי שכבר צוין לעיל, כאשר אפשרות זו עומדת על הפרק, על בית המשפט להעדיף אותה על פני דחייתה של בקשת האישור. כך, במיוחד, בהינתן חשיבותו הציבורית-חברתית של ההליך הייצוגי בו עסקינן (וראו פסקה 30 לעיל).

באילו שינויים נדרש לאשר את בקשת האישור?

79. סעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי: "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית בכל שינוי שיחליט עליו ביחס לבקשה לאישור, והכל כפי שייראה לו ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית". סעיף זה נועד לתת מענה לאותם מקרים בהם בית המשפט סבור כי התובענה ראויה להתברר במסגרת של הליך ייצוגי בשים לב לאינטרס הציבורי עליו היא מבקשת להגן, אולם, מטעם כזה או אחר, לא ניתן לאשר את ניהולה במתכונת בה היא הוגשה על ידי המבקשים המייצגים (ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלטינט בע"מ, פסקה 20 (28.5.2012); רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, פסקה 15 (14.4.2015)). כפי שעולה מנוסח הסעיף, שיקול הדעת שהקנה המחוקק לבית המשפט הוא רחב, וכך גם קשת השינויים עליהם הוא יכול להורות אם הם נדרשים לצורך הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית.

בענייננו, ובראי הקשיים הדיוניים עליהם עמדתי לעיל, סבורני כי לשם בירורה של התובענה נדרש להורות על שלושה שינויים מרכזיים:

ראשית, יש לצמצם את הגדרת הקבוצה בבקשת האישור כך שזו תכלול רק את לקוחותיהן של המשיבות אשר התקשרו בעסקאות עם חברות שיווק הישיר שנמנו ברשימת החברות (להלן: צמצום הגדרת הקבוצה).

שנית, יש למנות מומחה מטעם בית המשפט על מנת שיבחן את התשתית העובדתית שעמדה בפני המשיבות במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור, ויחווה את דעתו ביחס לשתי שאלות: (א) האם חברות כרטיסי האשראי, כולן או חלקן, ידעו או יכלו לדעת על הסיכונים לחברי הקבוצה (ציבור הקשישים) הכרוכים בהתקשרות עם כל אחת מהחברות שברשימת החברות; (ב) האם חברות כרטיסי האשראי, כולן או חלקן, יכלו, מבחינת הטכנולוגיה שעמדה לרשותן בתקופה הרלוונטית, למסור אזהרה לחברי הקבוצה בצורה יעילה ואפקטיבית.

שלישית, ובהמשך לנקודה הקודמת, יש להורות על פיצול הבדיקה של המומחה כך שהיא תיעשה בשלב הראשון רק ביחס לחמש חברות שיווק ישיר אותן יבחרו המבקשים המייצגים מתוך רשימת החברות, ורק אם בית המשפט קמא ימצא כי יש בממצאי המומחה כדי לבסס את אחריותן של מי המשיבות בעניינן של מי מחברות הללו, תורחב הבדיקה גם ליתר חברות השיווק הישיר שצוינו ברשימת החברות ביחס לאותה משיבה (להלן: פיצול תהליך הבדיקה).

אעמוד כעת בהרחבת מה על הצורך בכל אחד מהשינויים הללו.

80. השינוי הראשון אשר נדרש לעשות על מנת לאפשר את ניהולה של התובענה דנן כייצוגית הוא צמצום הגדרת הקבוצה בשמה היא תנוהל. כפי שצוין לעיל, במסגרת בקשת האישור הגדירו המבקשים המייצגים את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה כלקוחותיהן של חברות כרטיסי האשראי, אשר התקשרו עם חברות השיווק הישיר בעסקאות בהן נפלו פגמים מסוימים. את חברות השיווק הישיר הגדירו המבקשים המייצגים באופן רחב, כחברות שנהנו מהשירותים של המשיבות, ואשר ייקבע כי ניצלו את מצוקתם של הקשישים לשם חיובים בתשלומים שלא כדין (ובכלל זה, חברות שאחוז התלונות או ביטולי העסקאות ביחס לפעילותן עולה בשיעור ניכר על המקובל). כפי שניתן להיווכח, מדובר בהגדרה שהיא לא רק רחבה, אלא למעשה מעגלית (טאוטולוגית) (וראו פסקה 55 לעיל). על מנת למלא הגדרה ריקה זו בתוכן יידרש בית משפט, בשלב המקדמי, להכריע אילו חברות נכנסות תחת הגדרה זו, ורק לאחר מכן לבחון אם בנסיבות העניין המשיבות היו מחויבים לגלות ללקוחותיהן על הסיכון הכרוך בהתקשרות עימן. מעבר לנטל הדינוני

הכרוך בפיצול הדיון לשני שלבים כאמור, ולשאלה מה המדגם מתוכו תיעשה הבחינה האמורה (כלל החברות במשק? כלל החברות המספקות מוצרים או שירותים? כלל החברות שהתקשרו בעסקאות עם קשישים?), מאחר שהמבקשים המייצגים הגדירו את חברות השיווק הישיר כחברות "אשר ניצלו את מצוקתם של קשישים [...] לשם חיובם בתשלומים שלא כדיון" (עמ' 3 לבקשת האישור), בית המשפט יידרש למעשה להכריע בשאלות עובדתיות ומשפטיות מורכבות, המחייבות בירור פרטני בהיקף משמעותי, וכל זאת ללא שהועמד לרשותו מבחן ממשי להגדרת החברות בהן מדובר (גם המבחן הקונקרטי היחידי שהציעו המערערים – "חברות שיווק שאחוז התלונות ו/או ביטולי העסקה ביחס לפעילותן עולה בשיעור ניכר על המקובל" – הוא מבחן עזר בלבד, ואף לגביו נקטו המבקשים המייצגים במונחים כלליים ביותר). כל זאת, אזכיר ואדגיש, כשלב מקדמי, לאחריו עוד יידרש לבחון את השאלה העיקרית – האם ניתן להטיל אחריות על המשיבות בשל הפרת חובת הגילוי המוטלת עליהן.

לעומת זאת, אילו נורה על צמצום הגדרת הקבוצה, כך שזו תכלול רק את לקוחותיהן של המשיבות שהתקשרו בעסקאות עם החברות שמנו המבקשים המייצגים ברשימת החברות, ייחסך מבית המשפט הצורך לערוך בירור מקדמי בשאלה אילו חברות רלוונטיות לבקשת האישור (ויוזכר כי עניין זה עמד במוקד קביעתו של בית המשפט קמא כי התובענה אינה מתאימה להתברר כייצוגית). אף ניתן להניח, בהקשר זה, כי רשימת החברות שצורפה לבקשת האישור חופפת במידה רבה לחברות אשר לגישת המבקשים המייצגים קיימות האינדיקציות המשמעותיות ביותר לכך שניצלו את אוכלוסיית הקשישים, ובהתאם, גם קיים הסיכוי הגבוה ביותר שיימצא כי ניתן להטיל אחריות על המשיבות מאחר שלא גילו על כך ללקוחותיהן. בנסיבות אלו, סבורני כי הפגיעה שתגרם למבקשים המייצגים עקב צמצום הגדרת הקבוצה באופן האמור היא מידתית. זאת, אף בשים לב לעובדה שהכרעת בית המשפט ביחס לקבוצה מוגדרת זו עשויה, בסופו של דבר, לפתוח את הדלת להגשתן של תביעות דומות נוספות ביחס לפעילותן של חברות אחרות.

81. ודוק, אף שצמצום הגדרת הקבוצה יוביל להפחתת ניכרת בקשיים הדיוניים אליהם התייחס בית המשפט קמא, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהליך בירור התובענה עדיין יהיה מורכב מאוד. כך, גם לאחר צמצום הגדרת הקבוצה בית המשפט יידרש לבחון האם על יסוד התשתית העובדתית שעמדה בפני כל אחת משלושת המשיבות, הייתה מוטלת עליה החובה ליידע את לקוחותיה על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם כל אחת מחברות השיווק הישיר שצוינו ברשימת החברות (אשר כזכור מונה למעלה מ-40

חברות). עלינו, אם כן, לנקוט בצעדים נוספים שיאפשרו לנהל את הדיון בשאלה האמורה בצורה הוגנת ויעילה.

82. צעד משמעותי שני בו נדרש לנקוט על מנת להפחית את הנטל הדיוני הכרוך בכירור שאלת החבות של המשיבות הוא מינוי מומחה מטעם בית המשפט על מנת שיחווה את דעתו בשתי שאלות – האחת, האם חברות כרטיסי האשראי, כולן או חלקן, ידעו או יכלו לדעת על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם כל אחת מהחברות שנמנו ברשימת החברות? (ויובהר כי לעניין זה יכולה להיות שונות בין חברות כרטיסי האשראי, בשים לב למידע שהיה ברשות כל אחת מהן); השנייה, האם בתקופה הרלוונטית הייתה לכל אחת מחברות כרטיסי האשראי היכולת הטכנולוגית להזהיר את חברי הקבוצה (לקוחות קשישים) מפני התקשרות עם חברה מסוימת בצורה יעילה ואפקטיבית? (שאלה זו עשויה להצריך הבחנה בין המשיבות, אך ספק אם נדרש במסגרתה לאבחן בין החברות שברשימה). ויובהר, השאלה הנותרת, שאלת קיומה של החובה למסור אזהרה ביחס לחברת השיווק הישיר המסוימת, היא שאלה משפטית, לגביה נדרש בית המשפט להכריע בשים לב לנתונים שיניח לפתחו המומחה.

83. האפשרות למנות מומחה מטעם בית המשפט בטרם הוכרעה התובענה אינה מוזכרת בחוק או בתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: התקנות). זאת, להבדיל מהסמכות של בית המשפט לפי סעיף 20(ב)(1) לחוק למנות "ממונה" לאחר שהתובענה הוכרעה לטובת חברי הקבוצה, ולצורך הוכחת הזכאות של כל אחד מהם לפיצוי כספי או לסעד אחר. האם יש בשתיקת החוק והתקנות בעניין זה כדי ללמד על כך שבית המשפט כלל אינו מוסמך למנות מומחה מטעמו כל עוד לא הוכרעה התובענה הייצוגית לטובת חברי הקבוצה? סבורני כי התשובה לכך שלילית.

תקנה 19(א) לתקנות קובעת כי: "בכל עניין של סדר דין בבקשה לאישור או בתובענה ייצוגית, יחולו תקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המחויבים, והכל אם אין בחוק או בתקנות אלה הוראה אחרת לעניין הנדון". בהיעדר הוראה אחרת ביחס לאפשרות כי בית המשפט ימנה מומחה מטעמו, סבורני כי ניתן להחיל גם בהליכים ייצוגיים את הסמכות המוקנית לבית המשפט למנות מומחה מטעמו במקרים המתאימים (ראו: תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; תקנה 88 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018; והשוו: רע"א 5635/13 קורל-תל בע"מ נ' רז, פסקה 21 (1.4.2015); רע"א 13698-10-24 רמי שבירו הנדסה בניה והשקעות בע"מ נ' שושני, פסקה 30 (26.6.2025)). למינוי מומחה מטעם בית משפט בהליך ייצוגי ראו, למשל: ת"צ (כלכלית)

13-03-44884 מלאכי נ' ELAD HIGH PLATEAU ACQUISITION INC, פסקה 5 (24.3.2016) (כב' השופטת דניה קרת-מאיר); ת"צ (מחוזי חי') 15-09-38021 ח'וטבא נ' קבוצת כרמלטון בע"מ, פסקאות ט-י (30.8.2017) (כב' השופט הבכיר יגאל גריל); ת"צ (מחוזי מרכז) 15-01-15049 כהן נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (4.1.2024) (כב' השופטת יעל מושקוביץ)). בענייננו, אני סבור כי בהשוואה להליכי גילוי ועיון, מינוי מומחה מטעם בית המשפט לצורך בירור התשתית העובדתית שעמדה בפני המשיבות במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור, והיכולת שלהן להביא את המידע לידיעת הלקוחות בצורה יעילה ואפקטיבית, היא עדיפה. כפי שצוין לעיל, בשלבים מוקדמים של הדיון בבקשת האישור ביקשו המבקשים המייצגים כי בית המשפט קמא יורה על קיומם של הליכי גילוי ועיון. אלא שלאור התנגדות המשיבות, ועמדתו של בית המשפט קמא לפיה בקשת הגילוי והעיון המקורית שהגישו המבקשים המייצגים הייתה רחבה מדי, ההכרעה בבקשת הגילוי והעיון (במסגרתה נדחתה הבקשה) ניתנה כשנה ושלושה חודשים לאחר מועד הגשת הבקשה המקורית. בנסיבות אלו, לא ניתן להתעלם מהחשש כי ניסיון נוסף לקיים הליכי גילוי ועיון יוביל למסכת התדיינויות נוספת וארוכה בין הצדדים, באופן שעומד בניגוד מוחלט לאינטרס הקיים לברר את התובענה דנן בצורה מהירה ויעילה עד כמה שניתן. טעם נוסף המצדיק בראיית מינויו של מומחה מטעם בית המשפט, חלף הליכי גילוי ועיון, הוא החשש כי מידע רב המצוי בידי המשיבות ורלוונטי להכרעה במחלוקת ימצא ככזה שחלה לגביו חובת סודיות. הגם שניתן להתגבר על המורכבות שבהעברתו של מידע כאמור למבקשים המייצגים, מנקודת מבטן של המשיבות קיים יתרון בהעברתו למומחה מטעם בית המשפט.

84. צעד משמעותי נוסף, שלישי ואחרון, בו נדרש לנקוט על מנת לייעל את ההליך שיתקיים לפני בית המשפט קמא הוא פיצול תהליך הבדיקה של המומחה. כפי שצוין לעיל, התפקיד של המומחה שימונה מטעם בית המשפט יהיה לבחון את התשתית העובדה שעמדה לפני כל אחת מחברות כרטיסי האשראי במועדים הרלוונטיים, ביחס לפעילותן של כל אחת מחברות השיווק הישיר הרלוונטיות. גם לאחר צמצום מספר חברות השיווק הישיר שבעניינן תיערך הבדיקה, ותיבחן בהתאם לממצאיה שאלת האחריות של המשיבות, עדיין מדובר במספר גבוה יחסית של חברות, אשר הבירור בעניינן יטיל נטל דיוני כבד על בית המשפט ועל הצדדים (השוו: עניין פרנק, בפסקאות 83-84, וכן בפסקאות 3-4 לחוות דעתו של הנשיא אשר גרוניס. שם בית המשפט דן במקרה בו הוגשה תובענה ייצוגית נגד 70 משיבות). על מנת להתמודד עם המורכבות האמורה, סבורני כי נכון לפצל את בירור התובענה לשני שלבים: בשלב הראשון, המומחה שימונה מטעם בית המשפט יבחן את התשתית העובדתית שעמדה בפני המשיבות ביחס

לחמש חברות שיווק ישיר שייבחרו על ידי המבקשים המייצגים מתוך רשימת החברות (להלן: הרשימה המצומצמת), וכן אם בתקופה הרלוונטית הייתה לחברות כרטיסי האשראי היכולת להביא את המידע לידיעת הלקוחות בצורה יעילה ואפקטיבית. לאחר שתיערך בחינה כאמור, בית המשפט קמא יבחן האם על יסוד ממצאיו של המומחה ניתן לבסס את אחריותה של כל אחת מהמשיבות. אם התשובה לכך תהיה חיובית ביחס למי מהמשיבות, בשלב השני בית המשפט יעבור לבחון במתכונת זהה אם יש מקום להטיל אחריות על אותה המשיבה ביחס לפעילותן של יתר חברות השיווק הישיר שנמנו ברשימת החברות (השוו: רע"א 8959/08 קריסטל מכונות ומוצרי חשמל בע"מ נ' פרנק, פסקה 8 (5.1.2009)). לעומת זאת, אם ימצא כי לא ניתן להטיל אחריות על מי המשיבות בשל כך שלא גילתה ללקוחות על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם אף אחת מחמש החברות שנבחרו מתוך הרשימה המצומצמת, בכך יסתיים ההליך ביחס לאותה משיבה (קרי, מבלי שהמומחה יידרש לבחון את התשתית העובדתית שעמדה בפני אותה משיבה ביחס ליתר חברות שנכללו ברשימת החברות).

85. למען הסר ספק, יובהר כי גם במתכונת הדיונית שתוארה לעיל, האתגרים הדיוניים עימם ייאלץ בית המשפט קמא להתמודד הם משמעותיים. למרות זאת, לאור האינטרס הציבורי-חברתי המובהק בבירור התובענה דנן, בראי תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות, אני סבור כי מחובתו של בית המשפט לעשות כל שאל ידו על מנת לאפשר את בירור המחלוקת במתכונת כזו או אחרת. זאת, גם במחיר של פגיעה מסוימת בתובעים המייצגים (המתבטאת בענייננו בצמצום העילות המשפטיות שבעניינן תתברר התובענה, ובצמצום רשימת חברות השיווק הישיר לגביהן תיבחן האחריות של המשיבות); וגם במחיר של פגיעה מסוימת במשיבות (שייאלצו להתגונן מפני תובענה ייצוגית מורכבת במיוחד). עמדתי לעיל על הצעדים אשר בראייתי נדרש לנקוט בשלב זה על מנת לאפשר הדיון בתובענה, אך לצד זאת יש להבהיר כי לא מן הנמנע כי בהמשך הדרך בית המשפט קמא יידרש להתמודד עם אתגרים נוספים. חזקה עליו כי יידע לעשות שימוש בכלים הנתונים לו על מנת לאפשר את המשך בירור ההליך בדרך הוגנת ויעילה.

86. הנה כי כן, בכפוף להתאמות שתוארו לעיל, וביחס לטענה כי המשיבות הפרו את חובת הגילוי שחלה עליהן, אני סבור כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת.

87. התופעה המכוערת של ניצול קבוצות אוכלוסייה המתאפיינות בחולשה צרכנית, דוגמת אוכלוסיית הקשישים, היא רעה חולה במחוזותינו, וניתן רק לקוות כי הצעדים שננקטו על ידי המחוקק יביאו במהרה לתוצאה המיוחלת. עד אז, מחובתם של כלל הגורמים הרלוונטיים, לרבות בתי המשפט, לתרום את חלקם להתמודדות עם התופעה; כל אחד בגזרתו הוא. ההליך שלפנינו ממחיש את יכולתה של התובענה הייצוגית לשמש ככלי אפקטיבי לקידום האינטרס הציבורי, בתחומים בהם כוחו של הפרט לא תמיד מספיק כדי להתמודד עם העוול שנגרם לו. ראינו כי באמצעות התובענה דגן הצליחו המבקשים המייצגים להביא לדיון סוגיה ציבורית-חברתית בעלת חשיבות ציבורית מובהקת, וייתכן כי בהמשך ההליך הם גם יצליחו באמצעותה להביא לכך שיינתן לחלק מחברי הקבוצה סעד ההולם את הפגיעה שנגרמה להם. כאשר לפתחו של בית המשפט מגיעים תיקים כדוגמת התובענה דגן, מחובתו היא לעשות את כלל המאמצים על מנת לאפשר את הדיון בה, תוך שימוש בארגז הכלים הרחב שהקנה לו המחוקק.

88. בנסיבות המקרה דגן סברתי כי חרף האתגרים הדיוניים הכרוכים בבירור התובענה, ניתן, ביחס לחלק מהעילות, ובאמצעות מספר התאמות להליך, לאשר את ניהול התובענה כייצוגית. בטרם סיום, אבקש להבהיר כי אין בדבריי כדי להביע עמדה ביחס לגורלה של התובענה. כפי שצוין לעיל, אף שבנסיבות העניין אני סבור כי המבקשים המייצגים עמדו בנטל להראות כי מוצדק לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, נדרשות עדיין השלמות עובדתיות משמעותיות על מנת שניתן יהיה להכריע בשאלה אם יש מקום להטיל אחריות על המשיבות.

89. במישור האופרטיבי, וכמפורט לעיל, אציע לחברי ולחברתי כי נורה על קבלת הערעור, על ביטול פסק הדין של בית המשפט קמא, ועל קבלת בקשת האישור בהתאם למפורט להלן:

(-) חברי הקבוצה: כל הלקוחות הקשישים (לקוחות שגילם 65 ומעלה) של המשיבות 1-3 אשר עשו שימוש בכרטיס אשראי שהונפק להם על ידי המשיבות כדי להתקשר בעסקה עם אחת מחברות השיווק הישיר שנמנו במפורש בבקשת האישור (עמ' 3-4 לבקשת האישור), ונפגעו כתוצאה מכך, מבלי שהמשיבות יידעו אותם מראש על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר.

(-) עילות התביעה שהתובענה הייצוגית מאושרת בגינן: הפרת החובה ליידע את הלקוחות על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר שהוזכרו בבקשת האישור.

(-) הסעד הנתבע: פיצוי חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם עקב פעולותיהן של חברות השיווק הישיר שנמנו במפורש בבקשת האישור.

(-) התובעים המייצגים: גב' רבקה קשתן (נגד כאל ומקס), גב' גינה אלון (נגד כאל), מר דורון גורודצקי (נגד כאל, מקס וישראלכרט) וד"ר ליליאן ברנע (נגד כאל).

(-) באי-הכוח המייצגים: עו"ד מיכאל בך ועו"ד רון לדרמן.

90. אם כן, אם תשמע דעתי יוחזר ההליך לבית המשפט קמא לצורך בירור התובענה גופה. כמצוות תקנה 6 לתקנות כתב תביעה מתוקן יוגש לבית המשפט קמא בתוך 30 ימים. במסגרת כתב התביעה המתוקן המבקשים המייצגים יציינו אילו חברות שיווק ישיר הם מעוניינים לכלול ברשימה המצומצמת, אשר כאמור בעניינן תוגש חוות דעת המומחה שימנה בית המשפט קמא בשלב הראשון. כתב ההגנה יוגש על פי תקנות תובענות ייצוגיות, אלא אם יורה בית המשפט קמא אחרת. לאחר שיוגשו כתבי-דין יורה בית המשפט קמא על מינוי מומחה מטעמו בהתאם להוראות שנקבעו בעניין זה בפסקאות 79-86 לעיל.

91. הצדדים יפרסמו הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. ההודעה תכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, פירוט בדבר המנגנון שנקבע בפסק הדין לבירור התובענה הייצוגית, וכן הבהרה על זכותו של כל חבר קבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות. ההודעה תפורסם בשלושה מחמשת העיתונים היומיים הגדולים בישראל, לפי בחירת באי-הכוח המייצגים. נוסח ההודעה יתואם בין באי-כוח הצדדים ויובא לאישור בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו תוך 14 יום ממועד מתן פסק דין זה. גודל ההודעה יתואם בין באי-הכוח המייצגים לבאי כוח המשיבות, ובלבד שגודל האותיות יעלה בלפחות 33% על הקבוע בתקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ה-1995. המשיבות תישאנה יחד ולחוד, ובחלקים שווים ביניהן, בעלויות פרסום ההודעה.

92. המזכירות תעביר עותק של פסק דין זה למנהל בתי המשפט כדי שיעדכן את פנקס התובענות הייצוגיות.

93. לבסוף, אציע לחברי וחברתי כי בהתאם לסמכותנו לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, נפסוק לבאי-הכוח המייצגים שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב זה, וזאת בסכום כולל של 75,000 ש"ח, בו יישאו המשיבות בחלקים שווים ביניהן (25,000 ש"ח כל אחת).

עופר גרוסקופף
שופט

המשנה לנשיא נעם סולברג:

1. יריעה רחבה ומקיפה פרש חברי, השופט ע' גרוסקופף, בהציעו כי הערעור יתקבל, כך שנורה על ביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי; נקבל אנו את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, בשינויים; ונשיב את ההליך לבית המשפט המחוזי לשם ניהול התובענה גופה, תוך קביעת הוראות הנוגעות לדרך ניהולה בערכאה הדיונית. עמדתי-שלי – שונה קמעא. סבורני, כי דין הערעור להתקבל באופן חלקי.

2. בהתייחס לעיקר פסק הדין של בית המשפט המחוזי – קרי, דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, באשר זו אינה "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת" – אף אני סבור כחברי, כי דין הערעור להתקבל. אין די בעצם קיומה של שונות בין חברי הקבוצה, כדי להוביל לדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית. כך בכלל, ובפרט – כשאנו מְשׁוּוֹים לנגד עינינו את הקשישים – חברי הקבוצה המיוצגת, אשר לפי הנטען, נפלו קורבן למעשי הונאה מתמשכים ורחבי-היקף, ונעשקו תוך ניצול נבזי של הזדקנותם ובדידותם; ושההיתכנות המעשית לניהול הליכים פרטניים כדי לתבוע את נזקייהם כיחידים – נמוכה ביותר.

3. אולם, לגבי דידי, יש לקבל את הערעור – במתכונת שונה מזו המוצעת על-ידי חברי; דומני, כי נכון יהיה להשיב את בקשת האישור להתברר כל צרפה לפני הערכאה הדיונית, כפוף למספר הוראות הנוגעות לגידורה, ולקביעת מתווה לליבונה. זאת, בהמשך ובהתאם גם להחלטתנו מיום 24.6.2024, בתום הדיון בערעור, בה הובהר כי "בדעתנו להחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי, תוך קביעת מתווה לבירור מושכל ומגודר של בקשת האישור".

4. לצד זאת, בכל הנוגע לדחיית הבקשה לאישור ניהול תובענה ייצוגית בעוללת הרשלנות, מכוח דיני הנזיקין הכלליים, סבורני כי יש להותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו, וכי דין ראשו זה של הערעור – להידחות.

"עָשׂוּ אֶת הָעֵקֶר עֵקֶר" (במדבר רבה כב, ט): מיקוד הסוגיה שעל הפרק

5. מוצאנו בפסק הדין מושא הערעור שלפנינו, שעל-פיו, חרף חבויות משפטיות שבהן ככלל נושאות המשיבות 1-3 (להלן גם: חברות כרטיסי האשראי) כלפי לקוחותיהן, הרי שהליך התובענה הייצוגית איננו המסגרת הדיונית המתאימה לבירור המחלוקת. בית המשפט המחוזי קבע, כי התנאי לאישור תובענה כייצוגית המעוגן בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק), לפיו "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין" – אינו מתקיים בענייננו; משכך, נפסק, כי דין הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, להידחות.

6. להלן לוז הכרעתו של בית המשפט המחוזי:

"דין בקשת האישור להידחות ולא מהטעם שאין בקשת האישור 'מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה' הוא התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, אלא מאחר שהתרשמתי כי אין התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין, הוא התנאי הנדרש בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. [...] בהחלט יתכן, ואינני שוללת כי בתנאים המתאימים שיוכחו יכול וחברות האשראי יחוייבו בגין נזקים שנגרמו לקשישים שנפלו קורבן להונאות ולמעשי תרמית תוך שימוש במערכות התשלום שמספקות המשיבות, ואולם התרשמתי כי הדרך להוכחת הנסיבות הללו היא הדרך הפרטנית ולא במסגרת תובענה ייצוגית" (ההדגשות במקור).

7. זו השאלה שבליפת הערעור: האם בנסיבות העניין, תובענה ייצוגית היא אכן "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת", כמצוות סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות? בית המשפט המחוזי השיב בשלילה, ועל יסוד זה, דחה את בקשת האישור.

8. אין תימה אפוא, כי בתשובתה לערעור הדגישה היועצת המשפטית לממשלה, כי עמדתה בהליך דנן "נתמקד בשאלת היות הליך התובענה הייצוגית 'הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת', כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק. כך, מהטעם, שדחיית בקשת האישור בוטסה בפסק הדין על נימוק זה; הערעור מתמקד בסוגיה זו; ובית משפט קמא הנכבד [...] לא שלל קיום עילות תביעה העומדות ליחיד הקבוצה כלפי המשיבות, כך ששאלת החובות המוטלות על המשיבות אינה עומדת במוקד הערעור, אלא שאלת התאמתו של הליך התובענה הייצוגית לבירור הטענות". אכן, טוב נעשה אם בזאת נתמקד ונדון אף אנו, כבית משפט שלערעור.

9. עוד יש להזכיר: דברים אלה שאמרנו באשר למיקוד הסוגיה הצריכה להכרעתנו, קיבלו ביטוי במישור הדיוני, למן ראשיתו של הליך הערעור בבית משפט זה, עת נדחתה בקשת המערערים להגדלת היקף כתב הערעור, תוך שהוטעם, כי "בסופו של יום, בית המשפט המחוזי דחה בפסק דינו את בקשת אישור התובענה כייצוגית על רקע קביעתו כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת למיצוי עילות התביעה הלכאוריות. חלק זה בפסק הדין, אשר ביחס אליו מופנה הערעור, מונה כעשרה עמודים בלבד (עמודים 25-35), והשאלות המשפטיות והעובדתיות שנדונו במסגרתו ממוקדות וברורות. משכך, איני סבורה כי השגה ערעורית על חלק זה בפסק הדין מצדיקה חריגה ממגבלת ההיקף הקבועה בתקנות" (החלטת הרשמת ל' משאלי-שלומאי מיום 6.12.2022, פסקה 5).

10. בהתאם, גם במישור המהותי, שומה עלינו לבחון במסגרת דרישת "היעילה וההוגנת" את שאלת התאמתו של הליך התובענה הייצוגית לבירור המחלוקת בנסיבות ענייננו; בכך אפוא, ארחיב. לעומת זאת, לגבי דידי, בחינה, ולו לכאורית, של עילות התביעה אשר נדחו בפסק הדין אך מחמת קביעתו של בית המשפט המחוזי כי התובענה הייצוגית איננה המסגרת הדיונית המתאימה לבררן, והכרעה אם יש לאשר ניהול תובענה ייצוגית בעילות אלו, אם לאו – אינה צריכה להכרעתנו בעת הזו. בחינה מעין זו גם אינה רצויה, ומעוררת קושי רב, בהעדר תשתית עובדתית וראייתית מספקת על מנת לעשות כן; כך בשלב דיוני זה של ההליך, ולא כל שכן – כערכאת ערעור. מוטב להותיר את הדיון בשאלות אלו – לערכאה המבררת, בנתון למספר הוראות, שיסייעו לכך שהבירור במסגרת ההליך הייצוגי אכן יהא יעיל והוגן. עם זאת, נוכח היריעה הרחבה שפרש חברי בחוות דעתו, אתיחס להיבטים אחדים הנוגעים לשאלות אלו, בצמצום, ובזהירות המתחייבת בשלב זה.

האם "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין" (סעיף 8(א)(2) לחוק)?

על דרישת "היעילה וההוגנת" בראי החוק והפסיקה
 11. ראשית הצירים, בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע את התנאים המצטברים, אשר רק בהתמלאם, רשאי בית המשפט לאשר תובענה כייצוגית. זהו 'מנגנון סינון' אשר נועד, מחד גיסא, לאשר תביעות ראויות ומתאימות לבירור במסגרת ההליך הייצוגי; ומאידך גיסא – למנוע אישורן של תביעות סרק בלתי ראויות כתובענות ייצוגיות, בהיותן חסרות סיכוי להצליח או מכוונות להפעלת לחץ על הנתבע (ראו: אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 109 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי); אלון קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 139 (התשס"ז) (להלן: קלמנט)).

12. סעיפים 8(א)(1) ו-8(2) לחוק – עניינם ב'אכסניה הדיונית', בשאלת התאמתו של הליך התובענה הייצוגית להכרעה במחלוקת הנדונה:

8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:
 (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
 (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.

13. שלוש הן הדרישות בהוראות סעיפים 8(א)(1) ו-8(2) לחוק, את כולן יש לצלוח על מנת שיהא ניתן לקבוע כי התובענה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית: דרישת השאלות המהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה; דרישה לאפשרות סבירה כי שאלות אלו יוכרעו לטובת הקבוצה; ודרישת היעילות וההוגנות של מסגרת התובענה הייצוגית להכרעה במחלוקת (להרחבה, ראו: קלמנט, עמודים 139-146; ראו גם: רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 9 (5.7.2012) (להלן: עניין עמוסי); ע"א 9494/08 נ' רכבת ישראל, פסקה 5 (27.6.2013) (להלן: עניין 19)).

14. דרישות אלו, נוסחו על-ידי המחוקק באופן 'שסתומי', כסטנדרטים ולא ככללים: "כל אחד מן התנאים לאישור תובענה כייצוגית משמש כמעין שסתום בפני עצמו המאפשר לבית משפט לקדם שימוש ראוי בכלי הייצוגי: אופן הפרשנות של התנאי קובע את גודלם של החורים במסננת, שבאמצעותה בורר בית המשפט את אותן תובענות הראויות להתברר

כייצוגיות" (בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 24 (11.7.2022) (להלן: עניין שחם)). לצד זאת, מובן, כי תפקידה של ההלכה הפסוקה – להתוות את השיקולים שלאורם יש לבחון את דרישות החוק האמורות, לצקת בהן תוכן, ולגבש קווים מנחים ברורים ליישומן. זאת, להבטחת מידה ראויה של ודאות, בד בבד עם גמישות לפי הנחוץ בהפעלתן על נסיבות משתנות.

15. בדרך זו פסעה הפסיקה עד כה, עקב בצד אגודל, וכך נוסף ונעשה אנו, בכל הנוגע לאופן שבו יש לבחון את דרישת "היעילה וההוגנת" שבחוק – אשר אופן בחינתה ו? שומה עולה בענייננו ביתר שאת, באופן מזוקק. כפי שצוין בפסיקה, בית משפט זה טרם נדרש "להכריע בשאלה הרחבה מהם המקרים בהם יש לאשר תובענה ייצוגית על אף קיומם של נושאים פרטניים, תוך שימוש במנגנונים הקבועים בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות או בפיתרונות אחרים" (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקה 27 (20.7.2010) (להלן: עניין רזניק)). אכן, שאלה זו היא "שאלה קשה ומורכבת, אשר טרם זכתה לעיון ממצה בפסיקה ולקביעת קריטריונים ברורים" (פלינט וויניצקי, עמוד 211).

16. לא פעם ולא פעמיים, על מנת לצקת תוכן לדרישת "היעילה וההוגנת" – נפסק, כי יש להתבונן בה גם מבעד לדרישת השאלות המשותפות שבסעיף 8(א)(1) לחוק; ככזו הבאה להוסיף עליה, ואשר הגדרתה לעתים משורטטת בהתייחס אליה: "תנאי אחד לאישור תובענה ייצוגית הוא 'השותפות בקבוצה' ותנאי נוסף הוא 'התאמת המסגרת למחלוקת' [...]. אמנם אלה שני תנאים נפרדים אך התשתית העובדתית של המבחן האחד עשויה להשפיע על המבחן האחר" (עניין פן, פסקה 7; ראו גם: ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פסקה 77 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (בדעת מיעוט, אך לא לעניין זה) (22.9.2014) (להלן: עניין אולסייל)).

17. הודגש בפסיקה כי אין די בעצם קיומן של שאלות מהותיות המשותפות לחברי הקבוצה, וכי יש להביא במניין השיקולים גם את מידת הדומיננטיות של אותן שאלות משותפות שמעוררת התובענה; קרי, לבחון בגדרי דרישת "היעילה וההוגנת" את משקלו של הרכיב הקבוצתי-המשותף אל מול משקלו של הרכיב האינדיבידואלי-פרטני. יפים כאן דברי השופט א' ריבלין בעניין עמוסי:

"אמנם, המחוקק הישראלי לא ראה לנכון לכלול תנאי נפרד לאישור התובענה הייצוגית שעניינו הוא הדומיננטיות של השאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה. ברם, אין בכך כדי לשלול את הרלוונטיות של שיקול זה. טענה בדבר משקלן

הנמוך של השאלות המשותפות עשויה להיות שקולה למעשה לטענה כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, ועל כן יש לדון בה במסגרת הדיון בתנאי זה" (שם, פסקה 11; ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו והשוו: עניין רזניק, פסקה 27).

חשובים גם דברי ההסבר המובאים בצד סעיף 8(א)(2) בהצעת חוק תובענות

ייצוגיות הממשלתית:

"מטרת הדרישה המופיעה בפסקה זו היא לשקף את מטרת החוק, לסייע לניהול יעיל הוגן וממצה של תביעות, ואת אופיו של מכשיר התובענות הייצוגיות. כך, למשל, יכול בית המשפט להביא בחשבון את גודל הקבוצה ואת היקף השאלות המשותפות לחברי הקבוצה לעומת היקף השאלות שאינן משותפות לחברי הקבוצה" (דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח 234, 263 (להלן: דברי ההסבר); ההדגשה הוספה – נ' ס').

18. מן הראוי להזכיר גם את ההבחנה שבין "מדיניות מפרה" לבין "תקלות נקודתיות" – הבחנה אשר עשויה ללמד על קיומה, או העדרה, של קבוצת נפגעים, ועל משקלו של הרכיב הקבוצתי-המשותף אל מול משקלו של הרכיב האינדיבידואלי-פרטני. כך, כפי שהזדמן לי להסביר בעבר: "ניכר הפער שבין טענה על אודות מדיניות או אופן התנהלות שנוקט בה עוסק, שיש בה משום הפרת הדין, לבין טענה על כך שהוא מרבה לטעות, באופן נקודתי, ובכך מפר את הדין. טענה מן הסוג הראשון, אם היא מוכחת כדבעי, הריהי מבססת מיניה וביה קיומה של קבוצת נפגעים – הלא היא כל הצרכנים שכלפיהם הופעלה המדיניות האמורה. [...] אולם כאשר מבקש טוען כי העוסק שגה באופן שבו נהג כלפיו – למשל, שנציג שירות פירש את דבריו שלא כהלכה – ניכר הקושי בהוכחת קיומה של קבוצת נפגעים" (ע"א 2112/17 גרסט נ' 013 נטויד'ן בע"מ, פסקה 29 (2.9.2018) (להלן: עניין נטויד'ן)).

19. על כן, בעת בחינת התקיימותה של דרישת "היעילה וההוגנת" בשלב הדיון בבקשת האישור, יש לשקלל את "היחס בין התועלת בניהול התובענה הייצוגית בשאלות המשותפות לקבוצת התובעים, לבין העלות הכרוכה בדיון הנפרד בשאלות שאינן משותפות"; זאת, גם "בהשוואה לחלופות הקיימות בסדרי הדין – ניהול תובענות נפרדות וצירוף תובעים בדרך הקבועה בתקנות סדר הדין האזרחי" (קלמנט, עמודים 145-146; להרחבה, ראו גם: פלינט וויניצקי, עמודים 217-219).

20. במסגרת בחינה זו, על בית המשפט הדין בבקשת האישור, להביא במניין שיקוליו את גודלה המספרי של הקבוצה המיוצגת, ואת עוצמת הקושי באיתור התובעים

הפוטנציאליים. ככל שהקבוצה המיוצגת גדולה יותר, וככל שרוב הקושי לאתר את התובעים הפוטנציאליים – כך פוחתת ההיתכנות המעשית לניהול תובענות פרטניות ולצירוף תובעים במסגרת הליך אזרחי 'רגיל', והתובענה הייצוגית תהא "הדרך היעילה וההוגנת" ביתר שאת להכרעה בנסיבות העניין (ראו: רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פסקה 75 (9.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה); קלמנט, עמוד 146); כמבואר בדברי ההסבר:

"תובענה ייצוגית תיחשב בדרך כלל כדרך היעילה וההוגנת ביותר כאשר מספרם הרב של חברי הקבוצה גורר חוסר יכולת מעשית לצרף את כולם כבעלי דין. בנוסף, משקף שיקול זה את העובדה כי יש בניהולן של תובענות פרטיות על ידי פרטים רבים חוסר יעילות למערכת המשפט וחשש מפסיקות סותרות" (שם, עמוד 263; כן ראו: ערן טאוסג "הערעור בתובענות ייצוגיות" הערעור האזרחי 631, 632 (חמי בן-נון וטל חבקין מחברים, מהדורה שלישית, 2012) (להלן: טאוסג)).

21. שיקול חשוב נוסף הוא מידת הכדאיות בהגשת תביעות אישיות. כך, כאשר נזקו הפרטני של כל אחד מחברי הקבוצה הוא בשיעור נמוך מכדי שתביעה אישית תהא משתלמת מבחינה כלכלית עבור חבר הקבוצה הבודד, בהינתן העלויות הכרוכות בהגשתה ובניהולה – מה שמכונה בספרות המשפטית כ'תביעה בעלת ערך נטו שלילי' (Negative Expected Value) – ספק אם עניינם של חברי הקבוצה יזכה לבירור משפטי בהעדר כלי התובענה הייצוגית (להרחבה, ראו: אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 393-398 (2004); מיכאיל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א 449, 478 (התשס"ה) (להלן: קרייני); טאוסג, עמוד 633. ראו גם: ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247, 256 (2001); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 278 (2003); עע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, פסקה 14 (27.12.2010) (להלן: עניין אכדיה)).

22. מצב דברים זה, של תביעות אישיות בעלות ערך נטו שלילי, הוא המצב הקלאסי, הפרדיגמטי, הממחיש ביתר שאת את התאמתה – ואף את נחיצותה – של התובענה הייצוגית ככלי לבירור המחלוקת: "מקרה טיפוסי בו תובענה ייצוגית צפויה להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הוא מקרה שבו הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה אינו גבוה מספיק בכדי להצדיק הגשת תביעה אישית. תובענות ייצוגיות כאלו אף כונו בעבר 'תובענות ייצוגיות קלאסיות' [...]. במקרים כאלו, תובענה ייצוגית אינה רק הדרך היעילה

ביותר לדיון בנושא, אלא היא ככל הנראה גם הדרך היחידה שבה יזכה עניינם של חברי הקבוצה לבירור משפטי" (עניין עמוסי, פסקה 18; ראו גם, והשוו: עע"מ 6993/15 עיריית תל אביב-יפו נ' אספיאדה בע"מ, פסקה 33 (16.8.2016)). עם זאת, אבהיר, כי אין מדובר בתנאי שבלעדיו אין, לצורך צליחת דרישת "היעילה וההוגנת". לאמור: גם במצבים שבהם הנזק הפרטני של כל אחד מחברי הקבוצה, עומד על סכום אשר פדאי מבחינה כלכלית לנהל בגינו תביעה אישית (קרי, כאשר התביעה האישית היא תביעה בעלת ערך נטו חיובי' (Positive Expected Value) – אין משמעות הדבר, כי התובענה הייצוגית אינה דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת; יתר השיקולים, הן אלה המנויים לעיל, הן אלה שלגביהם אפרט להלן – כוחם יפה "גם כאשר הסכום שתובע כל חבר בקבוצת התובעים אינו פעוט" (עניין עמוסי, פסקה 18).

23. ניתן לומר לפיכך, כי שלושת השיקולים האמורים – גודל הקבוצה, עוצמת הקושי באיתור תובעים פוטנציאליים, ומידת הכדאיות בהגשת תביעות אישיות – עניינם במצבים אשר מובנה בהם אפריוורית חשש מוגבר להיתכנות מעשית נמוכה, אם בכלל, לניהול הליכים בפסים הרגילים של סדר הדין האזרחי. בצד, יתכנו גם חסמים מיוחדים המאפיינים את קבוצת התובעים הפוטנציאליים לצורך הגשת תביעות כיחידים – חסמים אשר עשויים להתעורר בנסיבות העניין הקונקרטי, ולהטות את הכף לראות תובענה ייצוגית כדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הנדונה (זאת כמובן, מבלי לגרוע מן החובה לבחון את התקיימותם של שאר התנאים הנדרשים לאישור תובענה כייצוגית).

24. קטגוריה אחת של חסמים מיוחדים אצל קבוצת התובעים הפוטנציאליים, עניינה בנסיבות שבהן התובעים כיחידים אינם רוצים להגיש תביעות אישיות נגד הנתבע מחמת חשש מפניו – אם בשל חשש כי הנתבע יתנכל להם; אם בשל חשש מעלויות שהוא עלול להטיל עליהם; אם בשל חשש מהערכת היחסים כאשר מתקיימת מערכת יחסים מתמשכת בין קבוצת התובעים לבין הנתבע, המתאפיינת בפערי כוחות. דוגמה מובהקת לכך, יכולה להתרחש בתובענות ייצוגיות מתחום משפט עבודה, כאשר "התובעים הנם עובדים החוששים להצטרף לתובענה משום שהמעביד עלול להתנקם בהם בשל כך" (קלמנט, עמוד 146, ה"ש 59 שם); זאת בפרט, בשים לב לכך שחשש הטבעי של עובדים מפני הגשת תביעות אישיות נגד מעסיקם "אינו רק מפני התנכלות מצד המעביד – פגיעה בתנאי העבודה או פיטורים עקב אכיפת הזכויות – אלא גם מפני הערכתם של יחסי העבודה, גם אם המעביד אינו נוקט צעדים פעילים במטרה לפגוע בתנאי העבודה" (אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא(2) 369, 377 (2009); להרחבה: ראו שם, עמודים 377-378). בנסיבות מעין אלו, של

חסמים מיוחדים המאפיינים את קבוצת התובעים הפוטנציאליים לצורך הגשת תביעות כיחידים – יהא זה שיקול נוסף במסגרת בחינת דרישת "היעילה וההוגנת", שעשוי להוביל "להעדפת התובענה הייצוגית על תביעות אישיות" (שם; עניין שחם, פסקה 28).

25. קטגוריה שניה של חסמים כאמור, נוגעת לנסיבות שבהן מתעורר חשש, כי התובעים כיחידים אינם יכולים להגיש תביעות אישיות נגד הנתבע – אם בשל חוסר מודעותם לפגיעה בזכויות, או באינטרסים שלהם, ולכך שזו עשויה להקנות להם זכאות לסעד; אם בשל השתייכותם לקבוצת אוכלוסייה חלשה, או כזו אשר נרתעת או מתקשה באופן מובחן לפנות לערכאות. בנסיבות כגון דא, לא זו בלבד שמובנה חשש לאי-היתכנות מעשית לכך שאותו עניין יבוא בשערי בית המשפט בהעדר כלי התובענה הייצוגית; אלא גם, שמלכתחילה, אותן נסיבות עלולות לשמש כר פורה להתנהגות עוולתית מכוונת כלפי אותה קבוצת תובעים, תוך ניצול חולשתם, אי-מודעותם לזכויותיהם, או חוסר נגישותם למערכת המשפט. השופט י' דנציגר עמד בעניין קול ברמה, על היבט חשוב זה של מכשיר התובענה הייצוגית:

"את הזרקור בענייננו יש להפנות בעיקר להתנהגות העוולתית [...] במובן זה, התועלת בבירור התנהגות עוולתית זו במסגרת של תובענה ייצוגית עולה בהרבה על התועלת שבבירור פרטני על ידי הגשת תובענות אישיות. בנוסף, אני סבור כי במקרה הנוכחי הגשת התובענה הייצוגית תימנע 'דילול' של זכויות התובעות הפוטנציאליות אשר סביר להניח שחלקן לא היו פונות לבתי המשפט לקבל סעד, כך שבאישור התובענה כייצוגית תושגנה מטרות ההרתעה והפיצוי באופן טוב יותר מאשר בדרכים דיוניות אחרות" (שם, פסקה 77).

26. ודוק: התחשבות בחסמים מיוחדים המאפיינים קבוצת תובעים פוטנציאליים לצורך הגשת תביעות אישיות כיחידים, קשורה בטבורה לתכלית התובענה הייצוגית ככלי דיוני אשר נועד להגשים ולממש את זכות הגישה של יחידים אל בית המשפט – "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים" (סעיף 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות; ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם בדברי ההסבר, עמוד 257). בהתאם, גם פסיקת בית משפט זה קבעה כי במסגרת בחינת דרישת "היעילה וההוגנת" – "ניתן להתחשב גם בשיקולים הנובעים מנקודת מבט חברתית, ולשאול האם יש בהגשת תובענה ייצוגית, בנסיבות, תועלת וחשיבות חברתית" (דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 158 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (4.7.2021) (להלן: דנ"א זליגמן); ההדגשה במקור; כן ראו, פסקאות 30 ו-87 לחוות דעתו של חברי, השופט גרוסקופף; ראו גם: עניין קול ברמה, פסקאות 76-77; ע"א 8037/06 ברזילי נ'



פריינד (הס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 468, 410 (2014) (להלן: עניין פריינד); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקה כ (6.9.2017); אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 157, 159-158 (2014).

27. מן הראוי לציין, כי יתכנו נסיבות שבהן דרישת "היעילה וההוגנת", עשויה ליתן מענה לחששות שאינם באים על פתרונם במסגרת דרישות החוק האחרות לאישור תובענה כייצוגית. זאת, שכן "המונח 'הוגן' הוא למעשה 'מונח סל', אשר מאפשר החדרה של עקרונות וכללים למיניהם לתוך השיקולים שבית המשפט צריך לשקול בבואו להכריע אם ראוי לאשר תובענה ייצוגית" (פלינט וויניצקי, עמוד 226; ראו גם: קלמנט, עמוד 145). כך למשל, לצורך הגנה על נתבע מפני שימוש לא ראוי בתובענה ייצוגית, כאשר התובענה הוגשה "מתוך רצון לפגוע בנתבע, או מתוך ניסיון 'לסחוט' פשרה, או להפעיל לחץ על הנתבע, או על בא-כוחו, כאמצעי להשיג מטרות, אשר זרות לתובענה הייצוגית ולתכליותיה" (דנ"א זליגמן, פסקה 157; ראו גם: עניין פריינד, פסקה 95; פלינט וויניצקי, עמוד 20, ה"ש 17); או למשל, כאשר זו הוגשה ביוזמת מתחריו של הנתבע מתוך מטרה ליצור תחרות בלתי הוגנת (ראו: דנ"א זליגמן, פסקה 157; קלמנט, עמוד 146). אם כן, בנסיבות שבהן התובענה הוגשה בחוסר ניקיון כפיים או ממניעים פסולים, אף אם בקשת האישור עשויה לצלוח את יתר התנאים לאישור המנויים בחוק תובענות ייצוגיות, הרי שמסור לבית המשפט שיקול דעת שלא לאשר את התובענה כייצוגית, ככל שימצא לנכון כי לא ניתן לראותה כדרך יעילה וגם הוגנת להכרעה במחלוקת שהובאה לפניו (ראו: פלינט וויניצקי, עמודים 241-242; אציין במאמר מוסגר, כי מבחינה דוקטרינרית, אין הכרח להתמודד עם מצבים מעין אלה במסגרת דרישת "היעילה וההוגנת", וניתן להיזקק להוראת סעיף 8 (א) רישא לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיה, אף אם התמלאו כל דרישות הסעיף לאישור תובענה כייצוגית – "רשאי" בית המשפט לאשרה; 'רשאי' לאשר, אך לא 'חייב'). מכל מקום, בהקשר זה, מקובלת עלי הגישה כי אמנם דרישת "היעילה וההוגנת" היא 'מונח סל' רחב וכוללני שנקט בו המחוקק כתנאי לאישור תובענה כייצוגית, אולם "השימוש בתנאי זה צריך להיעשות בזהירות רבה" (קלמנט, עמוד 145).

28. מכאן, לקושי מרכזי העשוי להתעורר בהקשר זה, שהוא גם תורף הערעור שלפנינו: קיומה של שונות בין חברי הקבוצה המיוצגת.



על שונות בין חברי הקבוצה המיוצגת ודרישת "היעילה וההוגנת"

29. השקלול האמור שיש לערוך במסגרת בחינת דרישת "היעילה וההוגנת", בין התועלת הגלומה בבירור השאלות המשותפות בדרך של תובענה ייצוגית לבין העלות שיצריך הבירור הפרטני הנפרד בשאלות שאינן משותפות – כרוך, פעמים רבות, במידת השונות בין חברי הקבוצה; כפי שנקבע בפסיקה, "מידת ההומוגניות של חברי הקבוצה הנטענת היא שיקול במניין השיקולים הנבחנים תחת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, בגדרי ההכרעה בשאלה אם הליך מסוים מתאים להתברר כתובענה ייצוגית" (עע"מ 5817/19 ד"ר מלצר בע"מ נ' עיריית ראשון לציון, פסקה 20 (9.7.2023) (להלן: עניין מלצר)).

30. ככל שהקבוצה המיוצגת אחידה יותר, נקל יהיה לקבוע כי התועלת בבירור המחלוקת המשותפת בדרך של תובענה ייצוגית עולה על העלות הכרוכה בבירורים פרטניים, ככל שיידרשו. מנגד, ככל שהשונות בין חברי הקבוצה גדולה יותר, כך שניהול ההליך הייצוגי יצריך בירורים פרטניים רבים ומורכבים יותר, הרי שמתגבר החשש שמא יצא שכרה של התובענה הייצוגית בהפסדה, ושלפיכך אינה "הדרך היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת (ראו למשל: ע"א 458/06 חברת בזק בינלאומי בע"מ (6.5.2009); ע"א 4831/07 מזרחי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 4 (3.3.2010)); כך נקבע, כי "כאשר בגדר התובענה הייצוגית או לאחריה יהיה צורך לקיים חקירה פרטנית בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה, הכוללת בירורים עובדתיים מורכבים, שמיעת עדים, הכרעות מהימנות וכדומה, כך שמבחינה מעשית מדובר בפיצול ההליך הייצוגי לסדרה של משפטים נפרדים, אין לאשר את התובענה הייצוגית" (עניין רזניק, פסקה 27).

31. עם זאת, שונות בין חברי קבוצה, אינה מאורע נדיר בעולם התובענות הייצוגיות; על-פי עמדת היועצת, היא אף "קיימת במקרים לא מעטים בין חברי הקבוצה". לא בכדי, ראה לנכון בית משפט זה לדבר בה במסגרת בחינת דרישת "היעילה וההוגנת" בהקשרים שונים אשר התעוררו בעולם המעשה ובאו לפניו במרוצת השנים. לא פעם ולא פעמיים הבהירה הפסיקה, כי אין די בקיומה של שונות בין חברי הקבוצה, כשלעצמה, כדי להוביל למסקנה כי דרישת "היעילה וההוגנת" אינה מתקיימת ושלפיכך יש לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית (ראו: עניין רזניק, פסקאות 25-27; עניין פריניר, עמוד 477; ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש (5.11.2015) (להלן: עניין דבוש) – פסקה 4 לחוות הדעת של השופטת ד' ברק-ארז (בדעת רוב לעניין זה, וראו שם גם את חוות הדעת של השופט י' דנציגר, פסקה א); עניין פן, פסקה 7; רע"א 4114/17 כמיפל בע"מ נ' זוהר,

פסקה 6 (2.11.2017); בר"מ 9100/15 עיריית פתח תקווה נ' מרדכי, פסקה 20 (28.6.2018).

32. כפי שניווכח להלן, ההיתכנות להעדר אחידות בין חברי קבוצה – לא רק שלא נעלמה מעיני המחוקק, אלא שהוא נתן דעתו עליה, במפורש ובמפורט, וקבע בחוק תובענות ייצוגיות הסדרים יעודיים המשמשים להתמודדות עם שונות בין חברי קבוצה; 'סל כלים', אשר הסתייעות בו, במקרים המתאימים, תוכל לאפשר לנהל תובענה כייצוגית אשר תהא "הדרך היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת, חרף קיומה של שונות כאמור. פנים ונכוחים דברי השופט א' חיות ברע"א 3425/16 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' ברנד, פסקה 16 (11.7.2016) (להלן: עניין אל על):

"אמנם, ישנם מקרים שבהם לא ניתן יהיה לאשר תובענה ייצוגית בשל קיומה של שונות גדולה בין חברי הקבוצה המיוצגת המחייבת ברור פרטני בנוגע לזכאותו של כל אחד מהם לסעד המבוקש בתובענה. ואולם, הלכה היא כי בית המשפט לא יידחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל קיומה של שונות בין חברי הקבוצה בהקשר זה אלא במקרים שבהם ברור כבר בשלב בקשת האישור כי לא ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת שונות זו באמצעות הכלים שמעמיד סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות או פתרונות אחרים שנדונו בפסיקה. [...] אף שבמקרה דנן ייתכן קושי להוכיח את זכאותו של כל אחד מחברי הקבוצה לפיצוי, אין לומר כבר בשלב זה כי לא ניתן להתגבר עליו באמצעות אחד ההסדרים הייעודיים שפותחו לשם כך בחקיקה ובפסיקה ולפיכך, השונות הקיימת בין חברי הקבוצה במקרה דנן אינה עילה לדחייתה של בקשת האישור" (ההדגשות הוספו – נ' ס').

בדומה, כך נקבע ברע"א 3418/16 המועצה להסדר ההימורים בספורט נ' אבידן, פסקה 21 (1.9.2016) (להלן: עניין אבידן):

"אכן, זיהויים וברור זכאותם לסעד של חברי קבוצה זו אינה משימה פשוטה. עם זאת [...] אין מדובר במקרה שבו ברור וגלוי כבר בשלב בקשת האישור כי הדבר אינו ניתן לביצוע [...] על כן, אין לקבל את [הטענה] כי הקושי בפסיקת סעד לחברי הקבוצה מצדיק את דחיית הבקשה" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

ברוח זו, דברי השופט א' גרוניס בעניין רזניק:

"ישנם מקרים בהם אין מנוס מאי מתן אישור לניהול תובענה ייצוגית, וזאת בשל קיומם של נושאים אינדיווידואליים המבחינים בין חברי הקבוצה. [...] ישנם פיתרונות שונים העשויים למנוע תוצאה זו. אולם, מקום בו קצרה ידם של



פיתרונות אלו מלהושיע, לא תאושר התובענה הייצוגית
(שם, פסקה 27; ההדגשות הוספו – נ' ס').

33. אם כן, בכוא בית המשפט לבחון, במסגרת דרישת "היעילה וההוגנת", אם תובענה ייצוגית היא אכן אכסניה מתאימה לבירור המחלוקת – אל לו לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית אך מחמת עצם קיומה של שונות בין חברי הקבוצה; שומה עליו לבחון תחילה, אם בנסיבות העניין "ברור כבר בשלב בקשת האישור" כי לא ניתן יהיה להתגבר במסגרת ההליך הייצוגי על הקשיים שמעוררת אותה שונות, באמצעות 'סל הכלים' העומד לרשותו על-פי חוק תובענות ייצוגיות וההלכה הפסוקה, וכי "קצרה ידם של פיתרונות אלו מלהושיע" בגדרי ההליך הייצוגי. לכך אפנה עתה.

סל הכלים' להתמודדות עם שונות בין חברי הקבוצה במסגרת ההליך הייצוגי

34. סעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, כותרתו "אישור בשינויים", מוסר בידי בית המשפט 'סמכות גג' כללית להורות על "כל שינוי שיחליט עליו ביחס לבקשה לאישור, והכל כפי שייראה לו ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית" (ההדגשה הוספה – נ' ס'; ראו גם: תקנה 6 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות), בדבר "אישור תובענה בשינויים"). לאמור: בכוא לבחון בקשה לאישור תובענה כייצוגית, נתונה לבית המשפט סמכות רחבה לערוך כל שינוי שיראה לנכון בבקשת האישור, כך שניהולה של התובענה הייצוגית אכן יהא "הוגן ויעיל" (ראו בדומה, פסקה 79 לחוות דעתו של חברי, השופט גרוסקופף; כן, ראו: ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 20 (28.5.2012) (להלן: עניין גדיש); רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, פסקה 15 (14.4.2015); עניין דבוש, פסקה 5 לפסק דינה של חברתי, השופטת ברק-ארז (בדעת רוב בסוגיה זו)).

35. הנה כי כן, חוק תובענות ייצוגיות "מאפשר לבית המשפט גמישות רבה בהגדרת: הקבוצה, העילות והסעדים, במטרה לאפשר את קיומה של התובענה במקום שבו האינטרס הציבורי מצדיק את בירורה בהליך ייצוגי, תוך חתירה להשגת יעילות דיונית" (עניין פרינר, פסקה 98). כך, במסגרת הוראות חוק תובענות ייצוגיות הנוגעות להגדרת הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה, קובע סעיף 10(ג) כי לבית המשפט נתונה אפשרות להגדיר גם תת-קבוצה:

בית המשפט רשאי להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה; הגדיר בית המשפט תת-קבוצה כאמור, רשאי הוא להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי



להבטיח שענינים של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.

סעיף זה, נועד להתמודד עם שונות בין חברי הקבוצה במישור העילה; ומסמיך את בית המשפט להגדיר תת-קבוצה, ככל שימצא לנכון כי אמנם מתעוררות שאלות משותפות של עובדה או משפט – אלא שאלה משותפות רק לחלק מחברי הקבוצה, ולא לכלל חבריה (ראו גם: סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי בית המשפט רשאי להתיר לחבר קבוצה להשתתף בדיונים במסגרת ההליך הייצוגי, לרבות בדיונים בבקשת האישור, על אף שאינו התובע המייצג, "אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית"; עניין פריינר, פסקה 98).

36. כפי שהבהירה הפסיקה בעבר, ברי כי הכוונה אינה לאפשר לנהל תובענה ייצוגית לגבי "מספר אסטרונומי של קבוצות" (עניין אולטייל, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; אם כי באותה פרשה נקבע ש"ריבויין של הקבוצות" היא רק "בעיה נוספת שהיה מקום ליתן עליה את הדעת [...] גם אם כל התנאים לעניין אישור התובענה הייצוגית היו מתמלאים"). אולם, ככלל, ניתן לאפיין ולקבוע כי במצבים מעין אלה, של שונות במישור העילה, מעמיד חוק תובענות ייצוגיות לרשות בית המשפט את האפשרות להגדיר תת-קבוצה, אחת או יותר, שלגביה מתעוררות באופן מובחן שאלות משותפות מסוימות של עובדה או משפט; בדרך זו, מאפשר החוק, במקרים המתאימים, בירור יעיל והוגן במסגרת ההליך הייצוגי, של עילת תביעה הרלבנטית אך לגבי אותה תת-קבוצה שהוגדרה:

"בטרם ידחה בית משפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי יידרש לאפשרות להכשיר את התובענה לבירור בהליך ייצוגי באמצעות שימוש בפתרונות המופיעים בחוק, כגון: הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות (סעיף 10(ג))" (עניין גדיש, פסקאות 35-36; וראו גם: עניין דבוש, פסקה 5 לחוות הדעת של חברתי, השופטת ברק-ארז).

37. לצד האפשרות להתמודד, במקרים המתאימים, עם קיומה של שונות בין חברי הקבוצה במישור העילה, העמיד המחוקק לרשות בית המשפט, בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, כלים נוספים שנועדו להתגבר על מורכבות אפשרית כתוצאה משונות הנטועה במישור הסעד. כך, לעניין הוכחת הזכאות לסעד, רשאי בית המשפט, במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לטובת הקבוצה, להורות כי תידרש הוכחת זכאות פרטנית על-ידי כל חבר קבוצה (סעיף 20(א)(2) לחוק), "ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין" (סעיף 20(א) לחוק). עוד מאפשר

החוק לבית המשפט, להורות על מינוי "ממונה", שתפקידו יהיה להכריע בבקשות להוכחת הזכאות הפרטנית לסעד על-ידי חברי הקבוצה ובדרך חלוקתו (סעיף 20(ב)(1) לחוק; ראו גם תקנות 13-14 לתקנות תובענות ייצוגיות, שבגדרן קבע מחוקק-המשנה הוראות מפורטות יותר, הנוגעות להוכחת זכאות פרטנית ולמינוי ממונה).

38. בנוסף, לגבי טיב הפיצוי הנפסק כסעד, מסמיך סעיף 20(א)(3) לחוק את בית המשפט לפסוק "פיצוי כספי בסכום כולל", תוך קביעת הוראות בדבר "אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה". עוד מאפשר חוק תובענות ייצוגיות לבית המשפט, ככל ש"פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת" – להורות על מתן "כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין" (סעיף 20(ג)(1) לחוק). זאת, כאשר באפשרותו לפסוק גם סעד כספי לטובת הציבור, באמצעות העברת הכספים לקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד אשר הוקמה מכוח סעיף 27 א לחוק, תוך שבית המשפט ייעד את הכספים לתחום קרוב ככל האפשר לנושא התובענה (סעיף 20(ג)(2) לחוק).

39. ודוק: אמנם כן, המיקום הגיאומטרי להפעלת כלים אלה, המסורים בחוק תובענות ייצוגיות לשם התמודדות עם שונות ומורכבות במישור הסעד, הוא בהמשכו של ההליך הייצוגי, לאחר שהוכרעה התובענה, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה המיוצגת (סעיף 20(א) רישא לחוק). עם זאת, 'סל הכלים' להתמודדות עם העדר אחדות בין חברי קבוצה – לרבות האפשרויות שלעיל במישור הסעד, הרלבנטיות לשלבים מאוחרים של ההליך הייצוגי – צריך שיעמוד לנגד עיניו של בית המשפט כבר למן הדיון בבקשת האישור, בכואו לבחון אם תובענה ייצוגית תהא "הדרך היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת הנדונה (לדברים ברוח זו, על הזיקה שבין כלים אפשריים להתמודדות בהמשך ההליך הייצוגי עם קושי בשלב פסיקת הסעד, לבין טיב הבחינה הנדרשת כבר בשלב בקשת האישור, ראו: עניין אבידן, פסקה 21).

40. מן הראוי לציין, בנוגע להתמודדות עם העדר אחדות בין חברי הקבוצה, גם את ההבחנה בין שונות במישור העילה לבין שונות במישור הנזק. בעוד שונות מן הסוג הראשון "משליכה על קיומה של עילת תביעה ועל עצם זכותו של כל חבר [קבוצה] לקבלת סעד"; הרי ששונות מן הסוג השני – "מתמקדת בשלילת האפשרות להעריך את הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה או לפסוק פיצוי בגינו" (עניין שחם, פסקה 30; ההדגשות במקור; ראו גם: פלינט וויניצקי, עמודים 214-217). כפי שהוטעם

בפסיקה, "החשש העיקרי במקרה של שונות הרלוונטית להוכחת עילת התביעה, הוא כי ייפגעו זכויות הנתבע לנהל הליך הוגן ולהעלות טענות הגנה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה"; זאת, להבדיל משונות במישור הנזק, אשר "נתפסת כפחות חמורה או בעייתית" (עניין שחם, פסקה 30; ראו והשוו גם: עניין מלצר, פסקה 20; עניין רוניק, פסקה 27; עניין פרינר, פסקה 70; עניין קול ברמה, פסקה 69). משכך, נקבע בפסיקה, כי "שונות לעניין גובה הנזק אין בה, ככלל, כדי להכשיל את בירורה של התובענה כייצוגית ואת מתן הסעד בגדרה" (ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי, פסקה 55 (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה)).

41. בהמשך להבחנה הקטגורית האמורה, וכמענה למצבים של שונות לגבי גובה הנזק, הכירה ההלכה הפסוקה באפשרות לקבוע את גובה הנזק הכולל בתובענה הייצוגית – על דרך האומדנא: "אין מניעה לנקוט בדרך האומדנא שהיא דרך מוכרת ומבוססת בשיטתנו המשפטית לכימות נזק באותם המקרים אשר בהם אין אפשרות לחשב במדויק את הנזק שנגרם לתובע אינדיבידואלי. [...] ניתן להעריך את הנזק בדרך זו כאשר מדובר בקבוצה. יחד עם זאת חשוב להדגיש כי הערכת נזק על דרך האומדנא אין משמעותה קביעת סכום שרירותי הנראה כניחוש גרידא ועל בית המשפט אשר לו נתון שיקול הדעת בעניין זה לבסס את הסכום שיקבע תוך היוזקות לעוגנים מתאימים כלשהם המאפשרים הערכה של הנזק על דרך האומדנא כאמור" (שם, פסקה 53).

42. הפסיקה עמדה על פתרונות נוספים שיכול בית המשפט לעשות בהם שימוש על מנת להתגבר על שונות במישור הנזק, כך שזו לא תכשיל את בירור התובענה כייצוגית. בין אלה, ניתן להזכיר את האפשרות להיעזר בנתונים סטטיסטיים לצורך חישוב גובה הנזק; את האפשרות למינוי מומחה; וכן את האפשרות להסתייע במודלים שיושמו בהקשרים דומים בעבר: "השונות העובדתית רלוונטית בעיקר לשאלת אומדן הנזק שהתנהלות הבנק הסבה לכל אחד מחברי הקבוצה, ואף שמלאכת חישוב הפיצוי במקרה דנן עשויה להיות מורכבת, אין מדובר בקושי הפוגם ביכולת לנהל את ההליך הייצוגי" (רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, פסקה 29 (28.10.2018); ראו גם: עניין תנובה, פסקה 53).

43. סיכומם של דברים עד כאן: במסגרת הבחינה אם תובענה ייצוגית היא "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת" כמצוות סעיף 8(א)(2) לחוק, אין די בעצם קיומה של שונות בין חברי הקבוצה, כדי לדחות את בקשת האישור. שונות כאמור, יכול שתוביל לדחיית בקשת האישור, ככל שכבר בשלב בחינת בקשת האישור ברור כי לא ניתן יהיה להתגבר על העדר האחידות בין חברי הקבוצה, באמצעות שימוש בכלים העומדים לרשות

בית המשפט לאורך חיי ההליך הייצוגי – אם בתחילתו (האפשרות להגדיר תת-קבוצה על-פי סעיף 10(ג) לחוק, או הסמכות ל"אישור בשינויים" על-פי סעיף 13 לחוק); אם במהלכו (האפשרות למנות מומחה לחישוב היקף הנזק, האפשרות להסתייע בנתונים סטטיסטיים, או האפשרות לקביעת הנזק הכולל על דרך האומדנא); אם בסיומו (האפשרות למנות "ממונה", כמו גם יתר האפשרויות על-פי סעיף 20 לחוק להתמודדות עם שונות במישור הסעד).

מהתם להכא

44. כשלנגד עינינו ניצבים השיקולים שהותוו על מנת לצקת תוכן ביישום דרישת "היעילה וההוגנת" שבסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; חמושים בהלכה הפסוקה, שלפיה ככלל, אין די בעצם קיומה של שונות בין חברי הקבוצה כדי לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית; וכשבאמתחתנו 'סל הכלים' שמקנה חוק תובענות ייצוגיות ושפותח בפסיקה להתמודדות עם שונות כאמור – נבחן את קביעת בית המשפט המחוזי העומדת במוקד הערעור, שלפיה התובענה הייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת" להכרעה במחלוקת בנדון דידן.

45. כאמור בחוות הדעת של חברי, השופט גרוסקופף, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי יש לדחות את בקשת האישור מאחר שלא התקיימה דרישת "היעילה וההוגנת" לפי סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות – התבססה על ארבעה טעמים:

הטעם הראשון, עניינו בהגדרת הקבוצה. לפי קביעת בית המשפט המחוזי, בהעדר הגדרה בדין "המאפשרת בירור מהיר של השאלה מי היא 'חברת שיווק ישיר' כמופיע בהגדרת הקבוצה", יהא על בית המשפט לנהל הליך בירור ארוך אשר יצריך שמיעת ראיות בנוגע לכל חברה וחברה בנפרד.

הטעם השני, נובע מן הבירור הפרטני שיידרש לצורך הכרעה בהליך. הוסבר בהקשר זה, כי "כדי לברר את זכאות כל אחד מחברי הקבוצה לפיצוי יהיה צורך לברר באופן פרטני את שאלת עסקת היסוד והאם נפלו פגמים בכריתת העסקה דוגמת עושק או כפייה [...] בכפוף לדיון נוסף שיידרש בשאלה האמנם בנסיבות העניין הקונקרטי חברת כרטיסי האשראי הפרה איזו מחובותיה שבדין".

הטעם השלישי, נוגע לחלק מן הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור, אשר על-פי נוסחם ומהותם, עניינם בהסדרה עתידית. סעדים אלה, לדברי בית המשפט המחוזי,



“נוסחו בצורה כה מרחיבה ולמעשה בקשת המבקשים היא כי בית המשפט יכתיב למשיבות כיצד לפעול בעתיד”, כך שחסרה “אותה קונקרטיזציה הנחוצה לסעד הציווי”. הוסבר בהקשר זה, כי “הסדרה עתידית אינה ‘סעד’ במובן הרגיל של המילה, ולרוב משקפת הסכמות שהושגו במסגרת הסדר פשרה”, וכי אין זה מתפקידו של בית המשפט לעצב הסדרה עתידית; משכך נקבע, כי “אין בידי בית המשפט הזה ליתן למשיבות צווים נרחבים ומרחיקי לכת כפי שמופיעים בבקשה”.

הטעם הרביעי, נעוץ בקיומם של הליכי חקיקה ואסדרה, “המתקיימים במקביל לדיון בבית המשפט”, ואשר “קודמו במידה ניכרת במהלך הדיון בבקשת האישור”. בהקשר זה נקבע, כי בשל העובדה ש“אסדרת מערכת התשלומים היא עניין שבמומחיות המאסדר הרלוונטי”, ובהתחשב בכך שבקשת האישור “אינה עוסקת בעניין נקודתי או בטענות ספציפיות לגבי חברת שיווק ישיר כזאת או אחרת, אלא מנוסחת בצורה רוחבית ועולה כי היא מבטאת ניסיון לערוך שינוי התנהגותי רחבי בכל שוק שירותי התשלום באמצעות הליכים משפטיים” – נראה כי תובענה ייצוגית אינה הכלי המתאים לכך, וכי “זה המקום למחוקק ו/או לרגולטור לעצב את ההוראות ודרכי ההתנהלות”.

46. חברי, השופט גרוסקופף, התייחס ל“צורך לערוך בירורים בעלי אופי פרטני”, מאחר שזהו הקושי המרכזי בבסיס הכרעת בית המשפט המחוזי; ולא מצא לנכון להידרש גם ליתר הטעמים שניתנו בפסק הדין, הגם שציין, כי זאת “מבלי להקל ראש בשיקולים האחרים אליהם התייחס בית המשפט קמא” (פסקה 73 לחוות דעתו). גם בראייתי, מידת השונות בין חברי הקבוצה, והחשש מהיקף הבירורים הפרטניים שיִדרשו בעטייה – היוו טעם עיקרי לקביעת בית המשפט המחוזי כי תובענה ייצוגית לא תהא “הדרך היעילה וההוגנת” להכריע במחלוקת, והובילוהו לדחות את בקשת האישור. לא בכדי, ראיתי לנכון להרחיב את הדיון בסוגיה זו, כמובא לעיל. ברם, סבורני כי בבואנו ליישם את הדברים ולהכריע בהליך שלפנינו, עלינו להידרש, גם אם בקצירת האומר, לכל הטעמים שהובאו בפסק הדין כבסיס לקביעה שבמוקד הערעור דנן. על אחת כמה וכמה, שעלינו לעשות כן על מנת להגיע לכלל מסקנה כי יש להורות על ביטול הכרעת בית המשפט המחוזי, הנסמכת על הטעמים האמורים.

47. שני הטעמים הראשונים – הן הקושי בהגדרת הקבוצה, הן הצורך בבירור פרטני, הם למעשה היבטים שונים הנובעים מהעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה המיוצגת. אכן, זהו עיקר הקושי שהוביל את בית המשפט המחוזי לדחות את בקשת האישור. אלא שדומני, כי בית המשפט המחוזי הזדרז קמעא לקבוע כי לא ניתן יהיה להתגבר על שונות

זו במסגרת ההליך הייצוגי. כמפורט בהרחבה לעיל, שונות בין חברי הקבוצה יכול שתוביל לדחיית בקשת האישור מחמת דרישת "היעילה וההוגנת", כאשר "ברור כבר בשלב בקשת האישור", כי לא ניתן יהיה להתגבר על העדר האחידות בין חברי הקבוצה באמצעות שימוש בכלים העומדים לרשותו של בית המשפט במהלך חיי ההליך הייצוגי, וכי "קצרה ידם של פיתרונות אלו מלהושיע" בגדרי ההליך הייצוגי (ראו לעיל פסקאות 32-33, והאסמכתאות שם).

48. דא עקא, בית המשפט המחוזי לא ראה להיזקק לאותו 'סל כלים' שבו צייד המחוקק את בית המשפט, ושלאמתחתו הוסיפה ההלכה הפסוקה עוד כהנה וכהנה. בחינה מעין זו של האפשרות לעשות שימוש בכלים המתאימים המופקדים בידי בית המשפט, לא נעשתה בטרם ננעלו שערי ההליך הייצוגי לפני המבקשים-המייצגים וחברי הקבוצה הקשישים. ודוק: אין מדובר בפלפול עיוני גרידא באשר למתודולוגיית הדיון וההכרעה; למהלך זה – השלכות ברורות במישור התוצאה המעשית לגבי גורלה של התובענה. זאת, שכן בחינה כאמור, היתה מוליכה את בית המשפט להתאמות ולשינויים שניתן היה להורות עליהם על מנת לאפשר את בירור התובענה במתכונת הייצוגית.

49. ישום האמור לעיל, בדבר תוכנה של דרישת "היעילה וההוגנת", והשיקולים שהותוו לבחינתה – מטה את הכף לראות את התובענה הייצוגית כ"דרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת". כפי שצוין גם בפסק הדין, מדובר על "יותר מעשרות אלפי חברי קבוצה" ועל "מאות אלפי עסקאות יסוד" שנעשו בין חברי הקבוצה ובין חברות השיווק הישיר. אין לכחד, בירור תובענה רחבת היקף מעין זו – אינו פשוט, לשון המעטה. ברם, כמפורט לעיל, ככל שהקבוצה המיוצגת גדולה יותר, וככל שרוב הקושי לאתר את התובעים הפוטנציאליים – כך פוחתת ההיתכנות המעשית לניהול תובענות פרטניות ולצירוף תובעים במסגרת הליך אזרחי 'רגיל'. כפי שהוסבר, במצבים כבענייננו, אפרוירית מובנה חשש מוגבר להיתכנות מעשית נמוכה, אם בכלל, לניהול הליכים בפסים הרגילים של סדר הדין האזרחי (ראו פסקאות 19-23 לעיל, והאסמכתאות שם).

50. כך בכלל, וכך בפרט כשלנגד עינינו חברי הקבוצה המיוצגת – קשישים, אשר לפי הנטען, נפלו קורבן למעשי הונאה מתמשכים ורחבי-היקף, ונעשקו תוך ניצול נכזי של הזדקנותם ובדידותם – הרי שלחשש האפרוירי הכללי מפני היתכנות מעשית נמוכה לניהול הליכים פרטניים, נלווים בענייננו גם חסמים מיוחדים המאפיינים את קבוצת התובעים הפוטנציאליים לצורך הגשת תביעות כיחידים (וראו המפורט בפסקה 25 לחוות דעתו של חברי, השופט גרוסקופף, בנוגע לשינויים ולקשיים המיוחדים המאפיינים את

תקופת הזקנה ותהליך ההזדקנות). מדובר אפוא, בקטגוריה השנייה של החסמים המיוחדים שעליהם הרחבתי לעיל, דהיינו: בנסיבות שבהן ההסתברות כי התובעים כיחידים יפנו למערכת המשפט ויגישו תביעות פרטניות – נמוכה ביותר; אם בשל חוסר מודעותם לפגיעה בזכויות או באינטרסים שלהם, אם בשל השתייכותם לקבוצת אוכלוסיה מוחלשת, או כזו אשר נרתעת או מתקשה באופן מובהך לפנות לערכאות (ראו לעיל פסקאות 25-26, והאסמכתאות שם). בנסיבות כבענייננו, ההליך הייצוגי – דווקא הוא – עשוי להיות, וביתר שאת, האכסניה הדיונית המתאימה לבירור המחלוקת. זאת במיוחד, בזכרנו את תכלית התובענה הייצוגית ככלי דיוני אשר נועד להביא ל"מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים" (סעיף 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות).

51. אשר לטעם בדבר סעדי ההסדרה העתידית: תחילה, יש להבהיר במישור העקרוני, כי לבית המשפט נתונה הסמכות לפסוק סעדים מסוג זה. סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מעניק לבית המשפט "סמכות כללית לתת סעד" בעניין אזרחי הנדון לפניו, וקובע כי "כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו" (ראו: רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 268 (1999); ליישום הדברים בתובענות ייצוגיות (קודם לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות), ראו: ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673, 686-688 (2003)).

52. הדברים אמורים ביתר שאת מאז חקיקת חוק תובענות ייצוגיות. החוק, לא נועד לצמצם את גדרי סמכותו הכללית של בית המשפט לפסוק סעד בעניין אזרחי אשר נדון לפניו; אדרבה, הוראות חוק תובענות ייצוגיות מלמדות באופן מפורש על שיקול הדעת הרחב המסור לבית המשפט בכל הנוגע למישור הסעד – בהגדרת "הסעדים הנתבעים" במסגרת החלטה לאשר תובענה כיייצוגית (סעיף 14(א)(4) לחוק); בהגדרת הסעדים במסגרת אישור הסדר פשרה "שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר" (סעיפים 19(ג)(1)(ב) ו-19(ג)(2)(ו) לחוק); ובפרט – בעיגון אפשרותו של בית המשפט "להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין" (סעיף 20(ג)(1) לחוק; ההדגשה הוספה – נ' ס'. ראו: רע"א 1394/24 אופטיקה הלפרין נ' זיס, פסקה 24 (24.4.2025), ועיינו שם, פסקאות 27-31 – לגבי אופן פסיקת הגמול ושכר



הטרה בגין "רכיב ההסדרה העתידית", לרבות התייחסות לאפשרות של "תובענות ייצוגיות בהן הסעד היחיד שניתן נוגע להסדרה עתידית".

53. אם כן, במישור העקרוני, הסמכות ליתן סעדים שעניינם הסדרה עתידית – נתונה. לצד זאת, לגוף הסעדים המבוקשים ואופן הגדרתם בבקשת האישור, מסכים אני עם בית המשפט המחוזי כי צווי העשה שנתבקשו בבקשת האישור, נוסחו בצורה מרחיבה למדי. אינני לנכון להאריך יתר על המידה בעניין זה, שכן צווים אלה – רובם ככולם – עניינם במישור היחסים שבין חברות כרטיסי האשראי לבין חברות השיווק הישיר, במתן שירותי סליקה. יש לצמצם את היקף הסעדים המבוקשים בבקשת האישור, כך שייכללו אך ורק סעדים רלבנטיים לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות (ראו להלן פסקאות 83 ו-105). משכך, סבורני, כי אף במישור המעשי, הקונקרטי, ניטל העוקץ מן הקושי בדבר סעדי ההסדרה העתידית, שעליו, בין היתר, ביסס בית המשפט המחוזי את קביעתו באשר לדרישת "היעילה וההוגנת".

54. לבסוף, באשר לקיומם של הליכי אסדרה חלופיים, אחזור בתמצית למושכלות יסוד, שעליהן כמובנים רבים מושתת עצם קיומו של הליך התובענה הייצוגית: כלי אכיפה ציבורית כאלה ואחרים, אינם מוציאים כלי אכיפה פרטית. אדרבה, מוסד התובענה הייצוגית נועד לשמש ככלי משלים לאכיפת הדין ולהרתעה מפני הפרתו (ראו סעיף 1(2) לחוק). כפי שהוסבר בנוגע ל"תכלית רגולטורית" של מוסד התובענה הייצוגית, עוד קודם לעיגון מטרה זו בחוק תובענות ייצוגיות, זוהי "מטרה עקרונית העומדת מאחורי מוסד התביעה הייצוגית [...] מטרה זו נכונה וצודקת לא רק בהקשר של המקרה הקונקרטי אלא גם בשם המדיניות הכללית, המבקשת לאכוף את הנורמות הקיימות ולמנוע מצב של תת-אכיפה מבחינתם של גופים אחרים [...] ולהרתיע נתבעים שנמצאים בעמדה דומה מלהתנהג [כמו הנתבע הקונקרטי] בעתיד" (קרייני, עמודים 479-480). כאמור, מאז שנחקק חוק תובענות ייצוגיות, תכלית זו גם חרותה על דגלו. יפים בהקשר זה דברי חברתי, השופטת ברק-אח:

"מסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות ניתן ללמוד כי לתובענה הייצוגית שתי תכליות עיקריות: הראשונה – מתן סעד לקבוצת נפגעים; השנייה – אכיפת החוק והרתעה מפני הפרות נוספות. התובענה הייצוגית משרתת את האינטרס הפרטי של התובע אך גם 'רותמת' אותו לטובת הכלל, על-ידי כך שהיא מבטיחה פיצוי למי שמסייע לאכיפת הדין ולהרתעה מפני הפרתו באותם מצבים שבהם קיים 'כשל שוק' באכיפה. מבחינה זו, התובענה הייצוגית היא גם כלי רגולטורי, במובן הרחב של מונח זה" (בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 64 (30.8.2015); ראו גם: רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי



מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 633, 653 (2013)
 (להלן: עניין מגדל) – בנוגע להיות התובענה הייצוגית
 "כלי יעיל לפיקוח על גופים כלכליים גדולים").

55. התובענה הייצוגית היא אפוא, כלי אכיפה פרטית משלים, ואין בעצם קיומם של הליכי אסדרה חלופיים כדי להוליך למסקנה כי יש לדחות את בקשת האישור. יתר על כן. שימוש במנגנון התובענה הייצוגית ככלי אכיפה פרטית כחלק מן המאבק האסדרתי הכולל למיגור ולעיקור התופעה הנלווה של עושק הקשישים – מבורך ומתבקש. על כן, שיקולים של מדיניות אכיפה ציבורית דווקא מחדדים את החשיבות שבבירור התובענה הייצוגית, ככל שניתן, ובהתאמות הנדרשות במסגרת הדין – ככלי אכיפה פרטי, משלים, אפקטיבי.

56. סיכום ביניים: עד כאן בחנתי את הטעמים שעל יסודם הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי התובענה הייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת"; זאת, לאור השיקולים שהותוו לעיל לבחינת דרישת "היעילה וההוגנת". דומני, כי שגה בית המשפט המחוזי בדחותו את בקשת האישור מטעמים אלה. כך בפרט, לאור תכליתה של התובענה הייצוגית, המעוגנת בסעיף 1(1) לחוק, ככלי דיוני למימוש זכות הגישה לערכאות – "לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים"; כשלנגד עינינו, חברי הקבוצה המיוצגת – קשישים, אשר נטען לניצול מצוקתם; ואשר ההליך הייצוגי, עשוי לשמש, בהתאמות הנדרשות, ככלי דיוני שיביא למימוש זכות הגישה שלהם לערכאות. טרם נעילת השער מפני האפשרות לניהול תובענה ייצוגית, היה על בית המשפט לבחון תחילה, אם ברור כבר בשלב בקשת האישור כי לא ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת השונות בין חברי הקבוצה. היה על בית המשפט להידרש לסל הכלים, העומד לרשותו, על-פי חוק תובענות ייצוגיות וההלכה הפסוקה. לכך אפנה כעת, בראי עילות התובענה השונות.

בשאלת עילות התובענה

57. באשר לעילות התובענה, זוהי, בתמצית, הכרעת בית המשפט המחוזי: במישור העקרוני, חברות כרטיסי האשראי נושאות כלפי חברי הקבוצה בשני סוגים של חבויות: האחד, עניינו בחובת גילוי ויידוע, המוטלת על חברות כרטיסי האשראי "בנסיבות בהן הצטבר אצלן] חשש ביחס לבית עסק הפועל לכאורה באופן מרמתי או בדרך הנראית כהונאה". זאת, כנגזרת מן החובות המוגברות שחבות בהן חברות כרטיסי האשראי ללקוחותיהן, "בשים לב לאופי המיוחד של השירות המסופק לה[ם], שהוא שירות בסיסי

וחיוני שהשימוש בו הכרחי כדי להשתלב בצורה סבירה במהלך החיים המודרני; והשני – חבויות מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 (להלן: חוק כרטיסי חיוב; אין חולק על כך שחוק זה חל בנוגע לתובענה שבענייננו, הגם שמאז נחקק חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019 (להלן: חוק שירותי תשלום)).

58. לצד זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי אין להטיל אחריות על חברות כרטיסי האשראי גם מכוח עוולת הרשלנות; זאת, מאחר שדיני הנזיקין הכלליים אינם "השדה המתאים לאיזון בין האינטרסים המנוגדים שעל הפרק", ובשים לב להוראותיהם של ההסדרים הספציפיים המעוגנים בחוק כרטיסי חיוב ובחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הבנקאות). הוראות אלו, "מבטאות את האיזון בין האינטרסים השונים, ולעיתים גם מנוגדים, העומדים על הפרק בעת הדיון בשאלה המורכבת ובעלת ההשלכות הרחבות בעניין הפעלת מערכת תשלומים בכלכלה מודרנית". עוד עמד בית המשפט המחוזי על החשיבות של "כללי משחק ידועים מראש ומוכרים לכל השחקנים" – כללים שראה המחוקק לקבוע במפורש ובאופן קוגנטי; וכן על כך שאלה מסדירים "מערכת יחסים חוזית" שבין הלקוח לבין המנפיק (ההדגשה במקור). הוטעם, כי הרחבת מסגרת החבות המעוגנת בהוראות החוק הנוגעות ל"מישור החוזי בין הצדדים לחוזה כרטיס החיוב" – תהווה התערבות בלתי רצויה "בחופש החוזים ואוטונומיית הרצון", ותחתור, הלכה למעשה, תחת ההיגיון המגולם בהסדרים אלה, אשר "משקף את הבנת המחוקק את הקושי הגדול ואת המשמעות של התערבות מנפיקים בעסקאות יסוד".

59. חברי, השופט גרוסקופף, פרש יריעה רחבה בהתייחס לכל אחת מן החבויות השונות, דן בהן בפרטות, וסבור "במישור האופרטיבי", כי יש לקבל את הערעור, במובן זה שנורה על ביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי, נקבל את בקשת האישור (תוך ביצוע מספר התאמות ושינויים) ונחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי לשם בירור התובענה גופה, תוך קביעת הוראות הנוגעות לאופן המשך בירורה בערכאה הדיונית. במישור העילה, לעמדת חברי, יש לאשר את התובענה כייצוגית בעילה אחת בלבד, שהוגדרה כך: "הפרת החובה ליידע את הלקוחות על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר שהוזכרו בבקשת האישור".

60. בשלב דיוני זה, דומני, בהעדר תשתית עובדתית וראייתית מספקת לדיון ולהכרעה, אל לנו כערכאת ערעור לחרוץ את גורלן של עילות התובענה – אשר נדחו על-ידי בית המשפט המחוזי אך בשל קביעתו כי לא נתקיימה בהן דרישת "היעילה וההוגנת" – לא לשבט (בנוגע להטלת אחריות מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב), גם לא

לחטד (בנוגע להטלת אחריות בגין הפרת חובת הגילוי והיידוע). לגבי דידי, טוב היה אפוא, אילו היינו עוצרים כאן, ומחזירים את ההליך לערכאה הדיונית, לשם דיון ממצה בעילות אלו, על-פי מתווה מגודר לבירור בקשת האישור (ראו בדומה, החלטתנו מיום 24.6.2024, בתום הדיון בערעור שהתקיים לפני המותב).

61. ברם, משנפרשו הדברים בהרחבה בחוות הדעת של חברי, השופט גרוסקופף, ובטרם אפנה למתכונת האופרטיבית שבה יש לדעתי להחזיר את המשך הבירור לערכאה הדיונית, אקדים התייחסויות אחדות. תחילה, לגבי עילות התובענה שנדחו אך מן הטעם שאינן מתאימות להתברר בהליך של תובענה ייצוגית – הטלת אחריות בגין הפרת חובת הגילוי והיידוע, והטלת אחריות מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב – ואבאר מדוע דעתי שונה משל חברי, באשר להכרעה האופרטיבית לגביהן. לאחר מכן, אדון בעילת התובענה שנדחתה בפסק הדין גם בפן המהותי – הטלת אחריות מכוח דיני הנזיקין הכלליים. לגבי עילה זו, דעתי כדעת חברי, כי יש לדחות את הבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית בעילה זו. ברם, טעמי אינם חופפים לטעמיו; דומני, כי צדק בית המשפט המחוזי בקובעו שיש לדחותה במישור העילה המהותי, ולא רק במישור הייצוגי הדיוני, וכי יש להותיר לפיכך את פסק הדין על כנו בנוגע לעילה זו.

(א) הטלת אחריות בגין הפרת חובת הגילוי והיידוע – לחטד?

62. כאמור, אשר לחובת הגילוי והיידוע – חברי, השופט גרוסקופף, סבור כי יש להורות על קבלת בקשת האישור, הגם שאף לדבריו, "במסגרת ההליך קמא בית המשפט לא ערך בירור עובדתי מקיף באשר למידע שהיה מצוי בידי חברות כרטיסי האשראי בנוגע לפעילותן של חברות השיווק הישיר". דעתי שונה.

63. תמים דעים אני עם חברי, כי "חובת הגילוי של החברה המנפיקה, גם במצב בו עסקינן, אינה חובה מוחלטת. הקביעה אם בנסיבות העניין קמה לחברת כרטיסי האשראי המנפיקה חובה ליידע את הלקוח על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות נתונה, תלויה בעוצמת החשש המתעורר ביחס להוראת התשלום או לבית העסק המסוים; להיקף ולטיב המידע המצוי בידי חברת כרטיסי האשראי – ובתוך כך, המקור ממנו הוא הגיע והאם מדובר במידע סודי; היקף העסקה בה מדובר, ותדירות החיובים בידי העוסק". כמו כן, מסכים אני עם חברי כי לצורך הטלת חבות כאמור, "נדרש יהיה לבחון את התשתית העובדתית שעמדה לפני כל אחת מחברות כרטיסי האשראי, ביחס לפעילותן של כל אחת מחברות השיווק הישיר, ולהכריע האם היא הצדיקה הטלת חובת יידוע על החברה המנפיקה כלפי לקוחותיה הקשישים, וככל שהתשובה לכך היא חיובית – באיזה שלב ובאיזה אופן" (ראו פסקאות 69-



68, 76 ו-77 לחוות דעתו של חברי; ההדגשות הוספו – נ' ס'). דברים אלה ממצים, מוסכמים עלי.

64. אלא שאף מבלי שנעשה בירור עובדתי כאמור, בא חברי לכלל מסקנה כי עלינו לאשר את התובענה כייצוגית בעילה זו. למסקנה זו, אינני שותף.

65. חובת הגילוי והיידוע נבחנת כאמור באופן הקשרי, במכלול נסיבות העניין, על יסוד תשתית ראייתית, וכתלות בממצאים עובדתיים; בראשם – בחינה, הכרחית ומקדימה, באשר לטיב המידע שהיה מצוי בידי חברות כרטיסי אשראי לגבי חברות השיווק הישיר. דא עקא, שבחינה מעין זו – לא התקיימה בענייננו, אף לא באופן לכאורי שבלכאורי; לא כל שכן, שלא נתבררה די צרפה בבית המשפט המחוזי, באופן אשר היה עשוי לאפשר לנו בשלב זה, בשבתנו כערכאת ערעור, לקבוע כי ניתן לצלוח את שלב בקשת האישור ולאשר לפיכך את ניהול התובענה כייצוגית בעילה זו.

66. לא פעם ולא פעמיים, התריע בית משפט זה מפני הסכנות הטמונות בגישה המקלה יתר על המידה באשר לרף התשתית הראייתית לצורך אישור תובענה כייצוגית:

“הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראייתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה. משכך, שומה על בתי המשפט להקפיד על כך שרק תביעה שהונחה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס עילתה, יתאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית במסגרת ההליך העיקרי” (עניין מגדל, עמוד 675; ההדגשה הוספה – נ' ס'; כן, ראו שם, בהרחבה, בפסק דינה של חברתי, השופטת ברק-ארז, עמודים 652-654).

ובמקום אחר:

“הלכה היא כי התשתית הלכאורית שעל המבקש להציג לביסוס בקשת האישור אינה נבחנת על-פי אמות המידה ועל-פי הכללים המקלים הנוהגים לעניין סילוק תובענה על הסף בהעדר עילה. הכללים שנקבעו לצורך אישור בקשה לניהול תובענה כייצוגית מחמירים יותר ולפיהם לא ניתן להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה ועל מבקש האישור להציג בטיעונים ובראות לכאוריות בסיס ממשי – עובדתי ומשפטי – התומך בתביעתו. עוד נפסק כי על מנת שבית המשפט ישתכנע כי קיימת לכאורה אפשרות סבירה ש'שאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה' עליו 'להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר



להכרעה לטובת התובעים' [...] הלכה זו נשתרשה עוד טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות [...], והיא נותרה בעינה ועומדת איתן על רגליה גם לאחר חקיקת החוק" (עניין אולטייל, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות, והאסמכתאות שם; ראו גם: עניין עמוסי, פסקאות 12-15; עניין אכדיה, פסקאות 15-16; בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פסקה 16 (22.11.2012)).

67. זאת ועוד: אם נשוב אל נסיבות העניין הקונקרטי שלפנינו, ונפנה מבטנו אל ההליך שהתנהל עד כה בבית המשפט המחוזי, ניווכח, כי הקושי בהעדרו של בירור עובדתי כאמור בנדון דידן – מתחדד ביתר שאת, בשני היבטים עיקריים: ההיבט האחד, נעוץ בעובדה כי לא התקיימו הליכי גילוי ועיון במסמכים, מענה לשאלונים או חקירות מצהירים (ראו החלטות הביניים של בית המשפט המחוזי מיום 2.3.2021 ומיום 11.6.2021). ראוי להזכיר את עניין מגדל הנ"ל, שבו עמדה חברתי, השופטת ברק-ארוז, על הזיקה שבין ביסוס תשתית עובדתית מספקת לצורך אישור תובענה כייצוגית ובין התקיימותם של הליכי גילוי מסמכים וחקירות מצהירים, והדגישה את "החשיבות הנודעת להנחת תשתית לכאורית לעילות התביעה כבר בשלב האישור של התובענה הייצוגית, דבר שלא נעשה בנסיבות העניין שבו חברו זו לזו ההימנעות מחקירת המצהירים, מחד גיסא, וההימנעות מנקיטה בהליך של גילוי מסמכים, מאידך גיסא" (עמודים 664-665; וראו גם דברי חברתי, שם בעמוד 656: "שאלות עובדתיות חשובות מן המעלה הראשונה להנחת תשתית ראשונית לתובענה הייצוגית לא התבררו די צורכן. בנסיבות אלה, אני סבורה כי אין מוצא מהחזרת הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית לבית המשפט קמא. במסגרת זו ניתן יהיה להשלים את התשתית העובדתית לדיון – בין על דרך חקירת המצהירים ובין על דרך גילוי מסמכים". ראו גם, ברוח זו: עניין אולטייל, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת חיות). אמנם כן, בנסיבות ענייננו, בית המשפט המחוזי הוא שלא נעתר לבקשות המערערים, הן לגילוי ועיון במסמכים ולמילוי שאלונים, הן לחקירת המצהירים (השוו: עניין אולטייל, שם; עניין מגדל, עמודים 655-656); אולם, העיקר בשלב זה, לצורך הכרעתנו כאן באשר לאופן שבו יתקבל הערעור ויוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי, הוא שטרם הונחה תשתית ראייתית, ולו לכאורית, על מנת לצלוח את שלב בקשת האישור.

68. ההיבט השני, נובע מן הניסוח הגורף והכוללני של בקשת האישור, ככזו שאינה מתייחסת אך לרשימה סגורה וממצה של חברות שיווק ישיר, כי אם ל"כלל חברות השיווק הישיר". בבקשת האישור עצמה הובהר, כי יהא על בית המשפט לגבש ולהגדיר תחילה את רשימת חברות השיווק הישיר שלגביהן מתייחסת התובענה. ברם, במסגרת ההליך שהתנהל עד כה לפני בית המשפט המחוזי, שלב מקדים זה – לא נעשה. משאלה הם פני הדברים, הרי שממילא לא התקיים, בירור בשאלה האם איזו מחברות כרטיסי האשראי

הפרה את חובת הגילוי והיידוע בדבר הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר, שכאמור, טרם הוברר והוגדר אילו הן (וראו, בדומה, גם פסקה 77 לחוות דעת חברי).

69. לא בכדי, בעמדת היועצת שהוגשה במסגרת הליך הערעור דנן הודגש, כי "לא תובע עמדה לעת הזו (כשם שלא הובעה עמדה בהליך קמא), בשאלה, האם יש לאשר את התובענה כייצוגית והאם קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה, כדרישת סעיף 8 לחוק. לשם כך נדרש בירור ראייתי, ובחינה האם הוכחה אפשרות סבירה לקיומה של עילת תביעה טובה שתוכרע לטובתה של קבוצה קונקרטית ומוגדרת בהליך תובענה ייצוגית"; וכי "היועצת המשפטית לממשלה לא קובעת מסמרות בשלב זה, האם דין בקשת האישור להתקבל. לשם כך, נדרשת בחינה ראייתית [...] כוונת הדברים היא, שלא היה מקום, בכל הכבוד, להורות על דחיית בקשת האישור בשלב זה". משכך, סברה היועצת, כי במישור האופרטיבי, "יש לקבל את הערעור במובן זה, שבקשת האישור תושב לבירור בבית המשפט קמא" (ההדגשות במקור). אכן כן, מבלי שנערך בירור עובדתי בסיסי, נדרש, הכרחי; מבלי שהונחה לפני בית המשפט המחוזי תשתית ראייתית לכאורית (וממילא, גם לפנינו כבית משפט שלערעור (תקנה 144 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018)); ונוכח כל המפורט לעיל – מקובלת עלי עמדת היועצת, כי לא נוכל לקבוע בשלב זה, כי מתמלאת דרישת החוק בסעיף 8(א)(1) סיפא, בדבר קיומה של "אפשרות סבירה" כי תובענה בעילות אלו תוכרע לטובת הקבוצה. ודוק: אמנם דרישת "היעילה וההוגנת" עומדת בליבת הערעור, ובה התמקדתי, אך יש לזכור כי מדובר בדרישה המתווספת לדרישת ה"אפשרות הסבירה"; פשוט וברור אפוא, שאין במיקוד הדיון בה, כדי לייתר התמלאותו של תנאי זה לאישור תובענה כייצוגית (וראו פסקאות 11-13 לעיל).

70. ועוד זאת: בחוות דעתו, מציין חברי, כי "באמצעות מספר התאמות להליך ניתן לתת מענה לקשיים הדיוניים האמורים, במידה שתאפשר את בירורה של עילה זו במסגרת הליך ייצוגי. [...] כאשר אפשרות זו עומדת על הפרק, על בית המשפט להעדיף אותה על פני דחייתה של בקשת האישור. כך, במיוחד, בהינתן חשיבותו הציבורית-חברתית של ההליך הייצוגי בו עסקינן". אלא, שביצוע התאמות ושינויים באמצעות 'סל הכלים' העומד לרשות בית המשפט כמפורט מעלה – שאכן שומה על בית המשפט לבחון אם לעשות בו שימוש, בפרט בשים לב לחשיבות הציבורית של התובענה בה עסקינן – נועד ליתן מענה לדרישת "היעילה וההוגנת", שלגביה אכן הרחבתי את הדיבור; ובכך לאפשר את ניהול ההליך הייצוגי, במקרים המתאימים ולאור השיקולים שהותוו לעיל, גם במצבים שבהם קיימת שונות מסוימת בין חברי הקבוצה המייצגת. עם זאת, ברי כי אין עניינו של 'סל כלים' זה,

להסיג את תנאי החוק האחרים אשר קיומם המצטבר נדרש על מנת לצלוח את שלב בקשת האישור ולאשר ניהול תובענה כייצוגית, בעילה זו או אחרת.

71. הפועל היוצא מן האמור לעיל, הוא כי בבוא בית המשפט לבחון אם תובענה ייצוגית היא אכן אכסניה מתאימה לבידור המחלוקת, אל לו לדחות בקשה לאישור כתובענה ייצוגית אך בשל עצם קיומה של שונות בין חברי הקבוצה; עליו לבחון תחילה, אם בנסיבות העניין לא ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת אותה שונות, באמצעות סל הכלים' האמור. ברם, גם אל לו לקבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית אך בשל עצם האפשרות להתגבר על אותה שונות באמצעות התאמות כאלה ואחרות – אשר, כאמור, נועדו לתת מענה במסגרת דרישת "היעילה וההוגנת", ושאינן מחליפות את יתר דרישות החוק לשם אישור תובענה כייצוגית.

72. אין לכחד, זעקת הקשישים העשוקים – נשמעת למרחוק; ניצול חולשתם ובדידותם – נלוז; הצורך בקידום ההליכים – דוחק; והרצון להושיט סעד – מובן. אולם, לא נוכל לדלג על שלב דיוני מקדים, חשוב, אלמנטרי – בידור בקשת האישור. סבורני אפוא, כי יש לקבל את הערעור כמובן זה שבקשת האישור לניהול תובענה ייצוגית בעילה זו, תשוב להתברר כל צרפה בבית המשפט המחוזי, ובהתאם למתכונת שתפורט להלן.

(ב) הטלת אחריות מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב – לשבט?

73. כאמור, עמדת חברי היא, כי בעוד יש להעתר לבקשת האישור באשר לחובת הגילוי והיידוע, יש לדחותה בנוגע לחבויות של חברה מנפיקה מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב. בכך, הלכה למעשה, נסתם הגולל, לשיטת חברי, על האפשרות לבידור עילה זו במסגרת ההליך הייצוגי. דעתי – שונה.

74. לדעתי, מבלי שהונחה במסגרת ההליך לפני בית המשפט המחוזי, תשתית ראייתית, ולו לכאורית – לא נוכל בשלב זה, בשכתנו כערכאת ערעור, לחרוץ את גורלן של עילות התובענה אשר נדחו בבית המשפט המחוזי, אך מחמת קביעותיו באשר לדרישת "היעילה וההוגנת". עמדה זו, פועלת לשני הכיוונים. כך, לגבי דידי, לא ניתן להכריע בבקשה לאישור התובענה כייצוגית בעילות אלו – אם לקבלה, אם לדחותה. פועל יוצא הוא, אפוא, כי גם בנוגע לעילה זו, יש להחזיר את הדיון בבקשת האישור להתברר כדבעי לפני הערכאה הדיונית.

75. בדחותו את בקשת האישור בעילה זו, קובע חברי, כי "מאחר שבית המשפט קמא סבר כי התובענה אינה מתאימה להתברר כייצוגית בעניין זה, הכרעות עובדתיות חשובות הנדרשות לצורך הוכחת טענות אלו נעדרו מפסק הדין. אף לפנינו לא הונחה תשתית עובדתית מספיקה על מנת להכריע, אפילו באופן לכאורי (כפי שנדרש לפי סעיף 8(א)(1) לחוק), אם במקרים בהם פנו הלקוחות לחברת כרטיסי האשראי, האחרונות פעלו בניגוד להוראות חוק כרטיסי חיוב". תמים דעים אני אפוא עם חברי, לגבי העדרה של תשתית עובדתית מספקת לצורך הכרעה בבקשת האישור. אלא שכאן מתפצלות דרכינו – בעוד חברי סבור, כי יש לדחות את בקשת האישור בעילה זו, הגם שלא בלי התלבטות "שמא ראוי בנסיבות אלו להחזיר את התיק לבית המשפט קמא, על מנת שיערוך בירור משמעותי יותר בטענות [המערערים]" (ראו פסקה 51 לחוות דעתו); עמדתי שלי היא, כי יש להחזיר את בקשת האישור להתברר בבית המשפט המחוזי, על-פי מתווה מגודר כמפורט להלן – כך לגבי חובת הגילוי והיידוע, וכך גם לגבי חבויות מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב.

76. במוכן זה, דומני, כי השאיפה הפנה והצורך הדוחק לקדם את ההליך, בשים לב לאינטרס הציבורי-חברתי המובהק בבירורו, לא בהכרח עושים חסד עם חברי הקבוצה הקשישים. חברי נתן דעתו על כך, וציין כי "מחובתנו של בית המשפט לעשות כל שלא ידו על מנת לאפשר את בירור המחלוקת במתכונת כזו או אחרת. זאת, גם במחיר של פגיעה מסוימת בתובעים המייצגים (המתבטאת בענייננו בצמצום העילות המשפטיות שבעניינן תתברר התובענה [...]); וגם במחיר של פגיעה מסוימת במשיבות (שיאלצו להתגונן מפני תובענה ייצוגית מורכבת במיוחד)". כמפורט בהרחבה לעיל, גם אני סבור כי על בית המשפט לעשות כל שלא-ידו בנסיבות העניין – אך זאת, על מנת להתגבר על הקשיים הדיוניים בניהול ההליך הייצוגי, ובטרם ידחה את בקשת האישור אך מחמת דרישת "היעילה וההוגנת" מבלי שנבחנה אפשרות לעשות שימוש ב'סל הכלים' הנתון לו על-פי החוק וההלכה הפסוקה.

77. יחד עם זאת, מקובלת עלי הקביעה כי לשם הטלת חבות על חברה מנפיקה מכוח ההסדרים הרלבנטיים המעוגנים בחוק כרטיסי חיוב – נדרש תנאי מקדים: כי הלקוח ימסור הודעה למנפיק (ראו גם פסקה 50 לחוות דעתו של חברי). כך, סעיף 5 לחוק כרטיסי חיוב, בנוגע ל"אחריות לשימוש לרעה", קובע כי "הלקוח לא יהיה אחראי בשום מקרה לשימוש לרעה שנעשה אחרי שנמסרה הודעה" (סעיף-קטן (ב)), כאשר 'הודעה' מוגדרת שם כ"הודעה של הלקוח למנפיק אחרי שנודע לו על גניבת כרטיס החיוב, על אבדנו או על שימוש לרעה" (סעיף-קטן (א)); ראו גם בסעיף 6(א) לחוק כרטיסי חיוב, הקובע כי עיתוי מסירת הודעה כאמור למנפיק, משליך על מועד ההשבה). כך גם סעיף 9 לחוק כרטיסי חיוב,



המסדיר מצב של "עסקה במסמך חסר", חל בנסיבות שבהן הלקוח "הודיע למנפיק, תוך שלושים ימים מיום שנמסרה הודעת המנפיק על החיוב שהוא לא ביצע את העסקה או שפרטי המסמך הושלמו שלא בטכום שבו התחייב הלקוח". בדומה, סעיף 10 לחוק כרטיסי חיוב, בעניין "הפסקת תשלום בשל אי-הספקה" – חל אף הוא אך בנסיבות שבהן "הודיע לקוח למנפיק" (עוד יצוין סעיף 13 לחוק כרטיסי חיוב, לגבי "מסירת הודעה", וכן תקנה 2 לתקנות כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, שכותרתה "דרך מסירת הודעות" – אשר לפיה, "הודעה של לקוח למנפיק יכול שתימסר בכתב, בעל פה, בטלפון, במברק, בטלקס או בכל דרך אחרת שהמנפיק הודיע עליה ללקוח"; ההדגשות הוספו – נ' ס').

78. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא, כי נדרשת פניה אקטיבית מצד הלקוח לחברה המנפיקה, וכי בהעדרה – לא ניתן להטיל אחריות על חברות כרטיסי האשראי מכוח הסדרים אלה שבחוק כרטיסי חיוב (אשר לאפשרות להטלת חבות על חברות כרטיסי האשראי מכוח דיני הנזיקין הכלליים, אף בנסיבות שבהן לא נעשתה פניה מצד הלקוח ושלא הופרו לפיכך הוראות חוק כרטיסי חיוב – ראו להלן בחלק (ג)). פועל יוצא הוא, כי עילה לפי חוק כרטיסי חיוב, עשויה לקום בענייננו אך כלפי אלו מבין חברי הקבוצה אשר מסרו הודעה לחברת כרטיסי האשראי המנפיקה, ולא כלפי כלל חבריה. משכך, אכן קיים קושי בבירור בקשת האישור במתכונת המקורית שהוגשה, בכל הנוגע לעילה זו.

79. לפנינו אפוא מצב של שונות במישור העילה, שבו אמנם מתעוררות שאלות משותפות של עובדה או משפט, אך זאת רק בהתייחס לחלק מחברי הקבוצה; כאמור, במצב דברים זה, לסעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות – פתרונים. כמפורט מעלה, הוראת-חוק זו, מסמיכה את בית המשפט "להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה". באמצעות אפשרות זו, ניתן, במקרים המתאימים, להכשיר במסגרת ההליך הייצוגי בירור יעיל והוגן של עילת תביעה אשר רלבנטית אך לגבי אותה תת-קבוצה שהוגדרה (ראו לעיל פסקאות 35-36). כפי שנפסק, "במקרה בו קיימת שאלה שהתשובה לה עשויה להשתנות בין חלקים שונים בתוך הקבוצה, יכול בית המשפט להגדיר תת-קבוצה בתוך הקבוצה (סעיף 10(ג) לחוק)" (עניין דבוש, פסקה 5 לחוות הדעת של חברתי, השופטת ברק-ארז); תוך שהובהר – "מוטב לבחון דרכים להתגבר על השוני בין חברי הקבוצה טרם הקביעה כי אין תוחלת לתובענה" (שם, פסקה א לחוות הדעת של השופט דנציגר; ראו גם: עניין גדיש, פסקה 35).

80. כך ככלל, וכך בענייננו. לגבי דידי, אין מקום למנוע כבר בשלב זה אפשרות לניהול תובענה ייצוגית בעילה של הפרת חוק כרטיסי חיוב, אך מחמת הקביעה כי תובענה ייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת" לבררה – שעה שניתן להגדיר תת-קבוצות המתייחסות באופן מובחן לאותם חברי קבוצה אשר פנו לאיזו מחברות כרטיסי האשראי (ראו גם עמדת היועצת בערעור דנן, שלפיה "ניתן לשקול התייחסות מובחנת, לתת-קבוצות של אזרחים ותיקים שהתלוננו לפני המשיבות על פעולות חברות השיווק"). כך, בעוד בקשת האישור, במתכונתה המקורית, התייחסה לשלוש קבוצות אשר הוגדרו כ"כלל לקוחותיה הקשישים" של כל אחת משלוש חברות כרטיסי האשראי המשיבות; הרי שניתן להגדיר בתוך כל אחת משלוש קבוצות אלו, המקיפות את כלל הלקוחות הקשישים, גם תת-קבוצה של לקוחות קשישים אשר מסרו הודעה לחברה המנפיקה, ואשר עשויה לקום להם באופן מובחן עילת תביעה לפי חוק כרטיסי חיוב, (ברי כי אין מדובר ב"מספר אסטרונומי של קבוצות" (השוו: עניין אולטייל, פסקה 4 לפסק הדין של הנשיא גרוניס)).

81. אבהיר, כי בית המשפט רשאי לעשות שימוש באפשרות להגדיר תת-קבוצה על-פי סעיף 10 (ג) לחוק תובענות ייצוגיות, על מנת להתגבר על קיומה של שונות בין חברי הקבוצה במסגרת ההליך הייצוגי, מיוזמתו; גם מבלי שהדבר נתבקש בגדרי בקשת האישור, או אף לאחר מכן על-ידי מי מהצדדים להליך (ראו והשוו: עניין גדיש, פסקה 36; כמו כן, ראו לעיל פסקה 34 לחוות דעתי (והאסמכתאות שם), בדבר הסמכות הרחבה של בית המשפט ל"אישור בשינויים" לפי סעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, והגמישות המסורה לו בהקשר זה, לרבות באשר לאופן הגדרת הקבוצה).

82. כמו כן, בצד אפשרות זו להגדיר תת-קבוצות לפי סעיף 10 (ג) לחוק, ובכך להתגבר על שונות במישור העילה בשלב זה, ראוי להזכיר, כי לרשות בית המשפט עומדים כלים נוספים על-פי סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות – שיוכלו ליתן מענה, ככל שתתעורר בהמשכו של ההליך הייצוגי מורכבות גם במישור הסעד (ראו והשוו: עניין גדיש, פסקה 35; עניין רזניק, פסקה 27). כך בפרט, סמכותו של בית המשפט להורות על מינוי "ממונה" שתפקידו יהיה להכריע בבקשות להוכחת הזכאות הפרטנית לסעד על-ידי חברי הקבוצה ובדרך חלוקתו (ראו לעיל בפסקאות 37-39). אזכיר עוד את האפשרות לעשות שימוש בכלים שהותוו בפסיקה על מנת להתמודד עם מורכבות הנובעת משונות במישור הנזק – אשר כאמור, כפי שנפסק, "אין בה, ככלל, כדי להכשיל את בירורה של התובענה כייצוגית ואת מתן הסעד בגדרה" (להרחבה, ראו פסקאות 40-42 לעיל). לא למותר לציין, כי ככל שבהמשך ההליך הייצוגי יתעוררו אתגרים נוספים הנובעים מהעדר אחידות בין חברי הקבוצה, לא מן הנמנע כי בית המשפט ידרש לעשות שימוש בכלים

נוספים העומדים לרשותו על מנת לאפשר בירור הוגן ויעיל של התובענה, לא כל שכן ככל שימצא לנכון לאשרה כייצוגית.

83. אבהיר, כי בדיון לעיל התמקדתי בעילת התובענה הנוגעת להפרת חבויות שונות מכוח ההסדרים המעוגנים בחוק כרטיסי חיוב, אשר חלים על חברות כרטיסי האשראי ככובען כמנפיקות. בכל הנוגע לטענות להפרת חוק הבנקאות והוראת ניהול בנקאי תקין 472 "סולקים וסליקת עסקאות בכרטיסי חיוב" (1.5.2016) – שאמנם הוכרו במישור העקרוני בפסק הדין של בית המשפט המחוזי – הרי שבניגוד לחוק כרטיסי חיוב, מכוונות הללו כלפי חברות כרטיסי האשראי ככובען כסולקות; לא כמנפיקות. לעניין זה, אני מצרף דעתי בהסכמה לדעתו של חברי, מטעמיו (ראו פסקאות 37-42 לחוות דעתו). זאת, מבלי לטעת מסמרות בשאלה העקרונית, לגבי אפשרות החלתו של פרט 3 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות ("תביעה נגד תאגיד בנקאי, בקשר לענין שבינו לבין לקוח"), גם על מערכת היחסים שבין חברה סולקת ובין לקוחותיו של בית עסק המקבל שירותי סליקה מאותה חברה. לפיכך, לגבי דידי, יש להחזיר את בקשת האישור להתברר לפני בית המשפט המחוזי, כאמור לעיל, אך זאת – בנוגע לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי כמנפיקות. אשר לפעילותן כסולקות, כפי שהיטיב חברי לכאר, הדבר צפוי להעמיס ולהכביד על ההליך הייצוגי שבענייננו, המורכב ממילא, כאשר ספק אם נדרש או מועיל מבחינת חברי הקבוצה כי התובענה תתייחס גם לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי ככובען זה.

(ג) הטלת אחריות מכוח דיני הנזיקין הכלליים

84. כאמור, בשונה מעילות התובענה האחרות, אשר נדחו על-ידי בית המשפט המחוזי אך מחמת דרישת "היעילה וההוגנת", טענות המערערים בכל הנוגע להטלת אחריות מכוח עוולת הרשלנות – נדחו בפסק הדין גם במישור העילה המהותי, ולא רק במישור הייצוגי הדיוני; כאמור, בית המשפט המחוזי קבע, בעיקרו של דבר, כי דיני הנזיקין הכלליים אינם "השדה המתאים לאיזון בין האינטרסים המנוגדים שעל הפרק". זאת, בשם לב להסדרים הספציפיים אשר משקפים "את הבנת המחוקק את הקושי הגדול ואת המשמעות של התערבות מנפיקים בעסקאות יסוד", ומבטאים את הכרעת המחוקק באיזון שבין השיקולים המורכבים השונים הכרוכים בכך.

85. בחוות דעתו, מציג חברי שיקולים לכאן ולכאן באשר לאפשרות להכיר בעילת תביעה זו, אך לבסוף מכריע כי יש לדחותה מן הטעם שתובענה ייצוגית אינה המסגרת המתאימה לבררה, משעה ש"לא ניתן להפעילה באופן גורף". דעתי – שונה קמעא. במישור

התוצאה, אני סבור, כחברי, כי יש לדחות את הבקשה לאשר ניהול תובענה ייצוגית בעילה זו; ברם, לגבי דידי, בצדק קבע בית המשפט המחוזי, כי יש לדחותה במישור המהותי, ומשכך יש להותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו בסוגיה זו.

86. בטרם אפנה לשאלה אם יש מקום להתערבות מכוח דיני הנזיקין הכלליים במערכת היחסים שבין מנפיק ולקוחו, אעמוד בתמצית על טיבה ומהותה של מערכת יחסים זו. שתי הערות מקדימות: האחת – כי הדיון שלהלן בעילת התביעה הנזיקית הכללית, יתייחס אך למישור היחסים אל מול חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות; השניה – כי לצד ההתמקדות בהוראות חוק כרטיסי חיוב, שחל במועדים הרלבנטיים לתובענה דנן, סבורני כי יש מקום להתייחס, ולו על דרך ההפניה, גם להוראות חוק שירותי תשלום. זאת, בהתחשב בכך שחוק זה, שהחליף את חוק כרטיסי חיוב, מגלם באופן מפורש ופוזיטיבי, כקודמו, את הכרעת המחוקק באשר לאותו איזון עדין ומורכב בין השיקולים שעל הפרק.

87. מערכת היחסים שבין מנפיק ובין לקוח, על-פי טיבה ומהותה, היא מערכת יחסים חוזית. זוהי אפוא נקודת המוצא של חוק כרטיסי חיוב, כמו גם של חוק שירותי תשלום, אשר מכפיף את מישור היחסים החוזי שבין מנפיק ולקוחו להוראות שונות (בפרט, ראו: סעיפים 2-4, 7 ו-8 לחוק כרטיסי חיוב; פרקים ב' ו-ג' לחוק שירותי תשלום – "חווה שירותי תשלום" ו"גילוי נאות ואיסור הטעיה", בהתאמה). כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב, "הצעת החוק מתרכזת ביחסים המשפטיים בין מנפיק הכרטיס ללקוח. החווה ביניהם נקשר לעיתים קרובות על בסיס של חוסר איזון בין הצדדים: המנפיק הוא גורם עסקי מובהק, בעל אמצעים, ידע ומומחיות בתחומו, בעוד שהלקוח לרוב משתמש בכרטיס לביצוע עסקאות שרובן צרכניות, מבלי שהוא ער לסיכונים העסקיים והמשפטיים הכרוכים בשימוש בכרטיס" (דברי הסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ה"ח 1771, 124). ברם, בבסיס אותן הוראות חוק קוגנטיות, שנחקקו כפועל יוצא מחוסר האיזון האמור בין הצדדים – ניצבת, כנתון, אותה 'חוזיות' של יחסי מנפיק-לקוח. כך היא נקודת המוצא של המחוקק לגבי "כרטיס חיוב" בכלל (כאשר "כרטיס אשראי" מנוי בגדר סוג אפשרי של "כרטיס חיוב", וראו סעיף 1 לחוק כרטיסי חיוב); וכך קובע ומבהיר סעיף 7 לחוק כרטיסי חיוב באשר ל"כרטיס אשראי" בפרט:

7. חווה כרטיס אשראי הוא חווה בין לקוח לבין מנפיק, שלפיו מתחייב הלקוח לשלם למנפיק את תמורת הנכסים שנרכשו מספק באמצעות כרטיס האשראי, והמנפיק מתחייב כלפי הלקוח לשלם את התמורה לספק; התשלום של הלקוח למנפיק יכול שיהיה בדרך של חיוב חשבונו של הלקוח בתאגיד בנקאי או בכל דרך אחרת (ההדגשה הוספה – נ')



ס'; בדומה, ראו גם: סעיף 2(א) לחוק שירותי תשלום, שלפיו, זהו "חוזה בין נותן שירותי תשלום ובין לקוח, למתן שירותי תשלום".

וכאמור בדברי ההסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב:

"סעיף זה מתאר את היחסים המשפטיים המאפיינים את השימוש בכרטיס אשראי. [...] צורת התשלום עבור הנכסים שנרכשו משתקפת בחוזה שבין המנפיק לבין הלקוח בכך שהמנפיק מתחייב כלפי הלקוח לשלם לספק והלקוח מתחייב לשלם למנפיק את תמורת הנכסים שרכש מהספק" (שם, עמוד 129; ראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק שירותי תשלום, התשע"ח-2018, ה"ח 1246, 1155: "עניינה של הצעת חוק זו [...] הסדרת היחסים החוזיים וההגנות הצרכניות שיחולו במסגרת מתן שירותי תשלום, בין נותן שירותי התשלום לבין לקוח, כאשר הלקוח הוא צד לעסקה נושאת התשלום" (ההדגשות כולן הוספו – נ' ס').

88. האפשרות להטיל חבות מכוח דיני הנזיקין הכלליים, כשבין הצדדים קיימת מערכת יחסים הסכמית, רצונית, הכפופה לחוזה שביניהם ולדיני החוזים – היא שאלה נכבדה, המתעוררת בהקשרים שונים ונבדלים. כפי שצינתי בעבר, "שאלת מארג היחסים שבין דיני החוזים לדיני הנזיקין, פנים רבות לה. ביותר מדרך אחת, עשויה מערכת עובדתית מסוימת, להקים עילות תביעה בשני ענפי-משפט אלו" (רע"א 7265/23 עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' פלוני, פסקה 27 (4.3.2024) (להלן: עניין עמידר); להרחבה, ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 81-90 (מהדורה שנייה, 2018)). כך בכלל, וכך ביתר שאת, כאשר עסקינן, כבענייננו, בחיובים בגין נזק כלכלי טהור; נזק הבא לידי ביטוי אצל הניזוק בהפסד ממון גרידא, מבלעדי נזק פיזי, לגוף או לרכוש (ראו: אריאל פורת נזיקין כרך א 223 (2013)). מצבים אלה, באופן קטגורי, מערבים ומשלבים בהם פעמים רבות את העילה החוזית מזה, והנזיקית מזה (ראו: ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 805-815 (2012) (להלן: גלעד, גבולות האחריות); ראו גם: שם, עמודים 850-855, בנוגע ל"נזק כלכלי טהור שמקורו במתן שירות רשלני" בעניינם של ניזוקים ישירים, לרבות "ניזוקים שהם לקוחות"; תמר גדרון "חובת הזהירות בעולות הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126, 139-144 (תשנ"ה); תמר גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי" הפרקליט נ 95, 106-109 (תשס"ח)).

89. לצורך ענייננו, אסתפק באמירה כי התערבות נזיקית במארג היחסים החוזיים שבין הצדדים מעוררת קשיים לא מבוטלים, משמדובר ב"תביעה נזיקית בין צדדים

למערכת יחסים הסכמית", שבה "החייב הנזיקי הוא-הוא החייב החוזי; שני צירי החיובים נעים במקביל" (עניין עמידר, פסקה 29, וראו גם האסמכתאות שהובאו בפסקה הקודמת). בקטגוריית מצבים זו, מובנה חשש כי הטלת אחריות נזיקית תאפשר עקיפה של תפישות יסוד דיני החוזים; חשש מפני פלישת האובייקטיבי-החיצוני-הנזיקי אל תוך הסובייקטיבי-הפנימי-החוזי. כפי שסברתי בעבר – בדעת מיעוט באותה פרשה – במצבים מעין אלה, "ככלל, אין מקום להשתמש במודל הנזיקי על מנת לעקוף את המודל החוזי ואת האיזונים הקיימים בו, ולייצר חובות שלא הוסכמו בין הצדדים – בוודאי מקום שבו מדובר בנזק כלכלי טהור" (ע"א 8146/13 ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני, פסקה 7 לפסק דיני (21.7.2016)).

כך גם הרחבתי בעניין עמידר :

"כאשר צד לחוזה תובע ברשלנות את הצד השני שעימו התקשר, מתעוררת שאלת פלישתו של סטנדרט האדם הסביר' האובייקטיבי, לתוך סטנדרט ההתנהגות ההסכמי המגולם בחוזה. בנסיבות אלו, יש מקום לטענה, כי לאחר שהצדדים טרחו 'לנקד' לתוך ההתקשרות ביניהם את ציפיותיהם ההדדיות, אין עוד מקום לאפשר להם להחדיר למערכת היחסים שביניהם, במעין 'יבוא מקביל', חובות התנהגות חיצוניות, שזכרם לא בא במערך ההסכמי; כי אין מקום לתת ל'פיל הנזיקי', להשתולל ב'ערוגת הפרחים החוזית' (גלעד, עמודים 812-814, ה"ש 33). [...] 'הענקת סעדים אלה באמצעות עוולת הרשלנות, מהטעם שהנתבע התרשל בכך שסטה מנורמת ההתנהגות המחמירה של האדם הסביר, תחתור תחת ההסדר החוזי ותפגע באיזונים שבבסיסו' (שם, עמוד 663) " (עניין עמידר, פסקה 29; על מנת שלא נימצא חסרים, אציין כי דברים אלה שהזדמן לי להבהיר בדין יחיד בעניין עמידר, הובאו ונקבעו מאז גם בפסק דין שניתן במותב תלתא בבית משפט זה, באשר ל"יחס הראוי בין דיני החוזים לדיני הנזיקין", ובפרט "בעניין החשש מפני שיבושם של דיני החוזים בשל הטלת אחריות בנזיקין" (ע"א 7721/22 ולטר נ' שטבהולץ, פסקאות 67-64) ((24.12.2024)).

90. ברם, דיון ממצה בשאלה הרחבה על היחס ההולם בין חבויות מכוח דיני החוזים לבין חבויות מכוח דיני הנזיקין – ימתין לעת מצוא. זאת, שכן בענייננו, איננו עוסקים בשאלת מקומם של דיני הנזיקין הכלליים 'רק' בהינתן שבין הצדדים נכרת חוזה, על הסיכונים והסיכויים הגלומים בו ועל הגיונו השוקי-המסחרי; אלא בשאלה אם יש מקום להרחיב באמצעות דיני הנזיקין הכלליים את ההסדרים הספציפיים שקבע המחוקק, לגבי מצבי התערבות בחופש ההתקשרות שבין הצדדים והתנאים לצורך הטלת אחריות בגין אי-כיבוד חיובים. דהיינו, לא היחס בין דיני הנזיקין לחוזה בלבד, אלא, באופן ספציפי יותר: היחס בין דיני הנזיקין לחוק המסדיר יחסים חוזיים מסוג זה שבין מנפיק ולקוח. בדומה לעמדת בית המשפט המחוזי, תשובתי לשאלה זו – בשלילה.



91. חוק כרטיסי חיוב מסדיר באופן ברור, מקיף ומפורש, את סוגי המצבים שבהם פגמים מסוימים אשר נפלו בעסקת היסוד, גוררים הטלת חבויות שונות על מנפיק כלפי הלקוח, בשל הדרישה מחברת כרטיסי האשראי המנפיקה להתערב ולא לכבד את הוראות התשלום בנסיבות מוגדרות אלו (בפרט, ראו שם, סעיפים 5, 6, 6א, 9 ו-10; בדומה, ראו פרקים ו' ו-ז' לחוק שירותי תשלום). כאמור לעיל, ומבלי להרחיב לגבי פרטי ההסדרים השונים שבחוק כרטיסי חיוב, העיקר לענייננו הוא כי תנאי מקדים לשם הטלת חבות על חברה מנפיקה, הוא כי הלקוח ימסור הודעה למנפיק. מבלי שנעשה פניה אקטיבית מצד הלקוח לחברה המנפיקה, לא ניתן להטיל אחריות על חברות כרטיסי האשראי מכוח הסדרים אלה שבחוק כרטיסי חיוב (ראו לעיל פסקאות 77-78).

92. אם כן, על-פי חוק כרטיסי חיוב, לא ניתן להטיל אחריות על חברת כרטיסי אשראי מנפיקה, בגין העדר החלטה יזומה מצדה – קרי, שלא בעקבות הודעה מצד הלקוח – שלא לכבד חיובים. כמו כן, הטלת אחריות על מנפיק תתאפשר רק בהתקיים אחד המצבים המעוגנים בחוק כרטיסי חיוב. זאת, כפי שהוסבר בספרות המשפטית, בשונה מעולות הרשלנות שבדיני הנזיקין הכלליים:

“התכלית החקיקתית של הסדר חלוקת האחריות מצביעה באופן ברור על כך שחלוקת האחריות לשימוש לא מורשה בכרטיס איננה נקבעת על פי רשלנות הצדדים, לא רגילה ולא חמורה. הקריטריון היחיד להטלת האחריות על הלקוח הוא הכניסה לאחד משלושת החריגים שבחוק [כרטיסי חיוב]. [...] עיון בלשון חוק כרטיסי חיוב מעלה כי תכלית החוק כאמור קיבלה ביטוי לשוני ברור ומפורט בחוק באמצעות קביעת רשימת חריגים להגבלת אחריות הלקוח. [...] מבחינה עיונית ניתן למנות כמה מגרעות להסדר הקיים [...]. כנגד מגרעות אלה עומדים היתרונות שבהסדר הקיים – מניעת נשיאת הלקוח בנזק שיתקשה לעמוד בו, קביעת כללי התנהגות ברורים ללקוח, מזער עלויות ההתדיינות וצמצום האפשרות לריקון ההסדר מתוכן בשל הכנסת מושגים עמומים כמו רשלנות. [...] לאור היותו של כרטיס החיוב אמצעי תשלום כה נפוץ וכה רווחי למנפיקים, ושהסיכונים הגלומים בו עלולים להיות משמעותיים ללקוח, בצד יכולתם המוכחת של המנפיקים להתגונן מפניהם באופן טוב הרבה יותר מהלקוחות” (אמיר בכר “שימוש לרעה בכרטיס חיוב – שחיקת ההגנה המוקנית לצרכן” המשפט יא 321, 326-325 (תשס”ז) (להלן: בכר, שימוש לרעה בכרטיס חיוב); ההדגשות הוספו – נ’ ס’).

93. זהו האיזון שבו בחר המחוקק לילך, בין הגנה על הלקוח מפני שימוש לרעה במצבים שבהם נפלו פגמים בעסקת היסוד, והיותה של חברת האשראי המנפיקה, ככלל,



מונעת הנזק היעילה – מחד גיסא; ובין הגנה על חופש החוזים ואוטונומיית הרצון של הלקוח להתקשר בעסקה זו או אחרת, שקילת מידת הוודאות שבה יכולה חברת האשראי המנפיקה לזהות פגמים בעסקת היסוד, והחשש מפני פגיעה במהימנותם של אמצעי התשלום והוודאות בשוק האשראי – מאידך גיסא (ברוח זו, ראו פסקה 53 לחוות דעתו של חברי; להרחבה על פרטי ההסדר על-פי חוק כרטיסי חיוב והשיקולים השונים שבבסיסו, ראו: טנה שפניץ, אלן זיסבלט וורדה לוסטהויז "חוק כרטיסי חיוב – מגמות" הפרקליט לח 644, 649-650 (תשמ"ח); בכר, שימוש לרעה בכרטיס חיוב, עמודים 332-323; לביקורת שנמתחה על הסדר חלוקת האחריות בחוק כרטיסי חיוב, ראו: אורנה דויטש "חלוקת הסיכונים בתשלום באמצעות כרטיסי אשראי – על הצורך בשינוי גישה" המשפט ג 149 (תשנ"ו); לירן חיים "אחריות בנקאית במערכת היחסים בכרטיס חיוב בכלל ובעת ביטול הוראת פירעון בפרט" משפטים מב 905, 924-939 (2012); בכר, שימוש לרעה בכרטיס חיוב, עמודים 337-354).

94. להכרעה זו של המחוקק באיזון בין השיקולים השונים, ניתן ביטוי גם בדברי ההסבר להצעת חוק כרטיסי חיוב: "פעולת המנע של המנפיק יכולה להתחיל רק לאחר שהלקוח מודיע [...] מוצע שהסיכון העיקרי של השימוש לרעה בכרטיס חיוב יוטל על המנפיק, זאת משום שהוא יכול לפזר את הנזק בין כלל המשתמשים בכרטיס חיוב, בעוד שהלקוח הבודד עלול להיות צפוי לנזקים בלתי סבירים. [...] כדי שהלקוח ינהה מהגבלת האחריות עליו להודיע למנפיק לאחר שנודע לו בפועל על גניבת הכרטיס, על אבדנו או על השימוש לרעה בו. הלקוח יהיה אחראי בסכומים גבוהים יותר ככל שאיחר להודיע למנפיק. [...] סכומים אלה באים לדרבן לקוח שנודע לו על גניבת הכרטיס, אובדנו או על שימוש לרעה בו, להודיע על כך בהקדם למנפיק" (עמודים 128-129 (לגבי "אחריות לשימוש לרעה"); כמו כן, ראו שם, עמודים 129-130 (לגבי ההסדרים הנוגעים ל"עסקה במסמך חסר" ו"אי-הספקה"). בדומה, דברי ההסבר להצעת חוק שירותי תשלום, המאמצים בעיקרו של דבר את ההסדרים שקבע חוק כרטיסי חיוב, מבהירים, כי "מסירת ההודעה [...] למעשה מסמנת את גבולות האחריות של המשלם: מרגע מסירתה הוא לא יהיה אחראי לשימוש לרעה שנעשה לאחר מכן, ובהתאם אף תיגזר חובתו לשאת בעלויות 'השתתפות עצמית'. משכך יש חשיבות ליצירת ודאות משפטית ביחס לשאלה מה ייחשב גניבה או אבדן של אמצעי התשלום לעניין ההודעה כאמור" (עמודים 1177-1184; להרחבה, ראו: רות פלאטו-שנער "חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019: הגנת הצרכן הפיננסי בעולם של שירותי תשלום דיגיטליים" המשפט כז 275 (2021); מיכל עופר צפוני "משטר חלוקת האחריות לשימוש לרעה באמצעי תשלום על-פי חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019" חוקים טז 315, 324-341 (2022), וראו הביקורת על ההסדר שנחקק בחוק שירותי תשלום – שם, עמודים 370-358).



95. לפיכך, הרחבת גבולות האחריות של חברות כרטיסי האשראי המנפיקות באמצעות עוולת הרשלנות הכללית – קרי, גם מבלי שנתקיים התנאי המקדים שבחוק בדבר מסירת הודעה למנפיק מצד הלקוח – תהווה, הלכה למעשה, התערבות באיזונים העדינים שקבע המחוקק, באופן מקיף ומפורש, במסגרת ההסדרים הסטטוטוריים בחוק כרטיסי חיוב (ובהמשך ובדומה, גם בחוק שירותי תשלום). משכך, הטלת אחריות מכוח דיני הנזיקין הכלליים, תהא בלתי מוצדקת ולא רצויה. בלתי מוצדקת – משעה שמדובר בהסדרים חקיקתיים 'עבים', מפורטים, וכפי שיעידו גם דברי ההסבר להם, אותו תנאי מקדים הדורש מסירת הודעה למנפיק – נחקק בכוונת מכוון, לאחר מחשבה, ובעיקר: מגלם את האופן שבו סבר המחוקק כי יש לאזן בין השיקולים והאינטרסים המורכבים הכרוכים בסוגיה זו; ולא רצויה – נוכח החשש כי התערבות זו מכוח דיני הנזיקין הכלליים, תפר ב'רגל גסה' אותה ודאות, חשובה ונחוצה, להבטחת תפקודו התקין של שוק האשראי בישראל וליציבותו (ראו גם דברי חברי בהקשר זה, בפסקה 53 לחוות דעתו).

96. המלומד ישראל גלעד, היטיב להתריע מפני שני היבטים בעייתיים אלה שבהם לוקה התערבות מעין זו – הסגת גבול בלתי מוצדקת למעשה התחיקתי של הרשות המחוקקת, ויצירת אי-ודאות בלתי רצויה בדין הנוהג; תוך שגם בהקשר זה, כמו בעירוב התחומין הרחב יותר שבין דיני הנזיקין לדיני החוזים, הושם דגש מיוחד על מצבים שבהם, כבענייננו, עסקינן בנזק כלכלי טהור:

“אמנם לעיתים יש ב'פלישה' זו של עוולת הרשלנות לתחומי דינים אחרים פן חיובי, שהוא שיפורם של האחרונים, אך מנגד לוקה התערבות שכזו בכל אלה: חציית קווי ההפרדה בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת; פגיעה באיזונים ובהסדרים המעוצבים בדינים אחרים בכלל ובדיני החוזים בפרט; טשטוש הגבולות בין ענפי המשפט ובין משבצות האחריות; ויצירת אי-ודאות באשר לדין הנוהג. גם בעייתיות זו, בדומה לבעייתיות שבהרתעת-היתר ובעלות-היתר, מתעצמת בהקשר של האחריות לנזק הכלכלי הטהור. זאת משום שסוגיית האחריות לנזק זה מטופלת באורח אינטנסיבי בענפי משפט אחרים [...] החשש משיבוש תפקודם של דינים אחרים עקב הטלת אחריות ברשלנות בולט במיוחד במצבי נזק כלכלי טהור שעליהם חלים דיני החוזים” (גלעד, גבולות האחריות, עמודים 812-813; ההדגשות הוספו – נ' ס').

97. אציין עוד, כי בעמדת היועצת פורטו “תיקוני החקיקה הנשקלים העומדים על הפרק”. בכללם, תזכיר חוק למניעת פגיעה כלכלית בצרכן (תיקוני חקיקה), התשפ”ב-

2021, וכן הצעה שנבחנת בימים אלה על-ידי גורמי המקצוע (וטרם הבשילה לכדי הבאתה לאישור ועדת השרים לענייני חקיקה), "לפיה ייכלל במסגרת תיקוני החקיקה תיקון נוסף לחוק שירותי תשלום, שלפיו נותן שירותי תשלום יידרש להפסיק להעביר כספים לעוסק, הנוגעים לעסקת תשלום מסוימת, אם התגבשו תנאים המעידים על חשש למרמה לכאורה בעסקת היסוד". תיקונים אלה שעל הפרק, טרם הבשילו לכדי מעשה תחקיטי מוגמר, חלקם טרם מצויים בחציו של המחוקק. ממילא, כפי שהובהר גם בעמדת היועצת, אינם בגדר דין מצוי; דומני, כי לנוכח כלליותם ובוסריותם של אלה, ספק אם ניתן ללמוד מהם אף משום קריאת כיוון פרשנית לדין רצוי קונקרטי דיו, ולהקיש מהם באופן זה או אחר לענייננו. לגבי דידי, יש בהם בעיקר כדי לחזק וליתן משנה תוקף לאשר אמרנו: עניין הוא למחוקק לענות בו. זאת, גם בראי המחוקק וגורמי המקצוע הרלבנטיים, כפי שמלמדת פעולתם לעיגון הסדרים מפורטים בחוק, שמטרתו תהא, כפי שהוסבר בעמדת היועצת, "מחד להעניק הגנה לצרכנים מעסקאות שנעשו במרמה, ומאידך לקבוע כללים שייצרו וודאות אצל נותני שירותי התשלום, לעניין התנאים להפסקת העברת התשלומים" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

98. לסיכום חלק זה: במישור עילות התובענה, דומני, יש להחזיר לבית המשפט המחוזי את הדיון בבקשת האישור בעילות אשר נדחו בפסק הדין אך מחמת קביעתו כי הללו אינן מתאימות להתברר בהליך של תובענה ייצוגית – דהיינו, הפרת חובת הגילוי והיידוע, והפרת ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב (זאת, כאמור, בנוגע לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות, ולא כסולקות). לעומת זאת, בכל הנוגע להטלת אחריות בגין עוולת הרשלנות, אשר נדחתה בפסק הדין גם במישור העילה המהותי, לדעתי – נכון יהיה להותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו, ולהורות כי אין מקום להרחבת גדר האחריות בכגון דא באמצעות פנייה לדיני הנזיקין הכלליים.

מתכונת השבת ההליך לבית המשפט המחוזי

99. כאמור, כחברי, אף אני סבור כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שדחה את בקשת האישור אך מחמת אי-עמידה בדרישת "היעילה וההוגנת"; משכך, דין הערעור בעיקרו – להתקבל, במובן זה שההליך יוחזר להתברר לפני בית המשפט המחוזי. יחד עם זאת, בשלב דיוני זה, בהעדר תשתית עובדתית וראייתית מספקת – ולו לכאורית – לדיון והכרעה, אל לנו כערכאת ערעור לחרוץ את גורלן של עילות התובענה אשר נדחו על-ידי בית המשפט המחוזי אך מטעם זה, ולהכריע בבקשת האישור – אם לקבלה, אם לדחותה. טוב נעשה אם נחזיר את בקשת האישור להתברר, בעילות אלו, לפני בית המשפט המחוזי.

זאת, על-פי מתווה מגודר, אשר נועד לאפשר ככל הניתן כי הבירור במסגרת ההליך הייצוגי אכן יהא יעיל וגם הוגן – הן מבחינת הצדדים להליך מזה ומזה, הן מבחינת משאבי בית המשפט בניהול התובענה (ברוח זו, ראו החלטתנו מיום 24.6.2024, בתום הדיון בערעור שהתקיים לפני המותב, כי "בדעתנו להחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי, תוך קביעת מתווה לבירור מושכל ומגודר של בקשת האישור").

100. המתכונת האופרטיבית שבה אציע כי נחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי, נסמכת על השיקולים שהותוו לעיל, על 'סל הכלים' העומד לרשות בית המשפט בכגון דא, ועל אופן שומו ההולם בנסיבות העניין הנדון. הוראות המתווה האופרטיבי המוצע, נחלקות לשניים: הוראות בדבר גידור בקשת האישור, והוראות מיעלות לבירור ההליך. הקטגוריה הראשונה עניינה בהוראות שנועדו להתבצע באופן נקודתי, חד-פעמי, ומייד – כאשר הליך בירור בקשת האישור, יתחדש לאחר הגשת בקשת אישור מתוקנת, ויעשה בהתאם למתכונתה המגודרת כמפורט להלן; ההוראות בקטגוריה השנייה – מכוונות להתבצע באופן מתמשך במהלך חיי ההליך הייצוגי, ולמצער עד גמר בירור שלב בקשת האישור.

101. חברי מציע מתווה אופרטיבי, "אישור בשינויים" של בקשת האישור לפי סעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, אשר לפיו תתנהל התובענה הייצוגית גופה. ההוראות האופרטיביות המוצעות על-ידי חברי – נכוחות, חשובות, מיעלות את ההליך, ומאפשרות את המשך בירורו במתכונת הייצוגית – והן מקובלות עלי, בעיקרו של דבר; אך זאת, לא לשם ניהול התובענה גופה, כי אם, לצורך החזרת הדיון בבקשת האישור לבית המשפט המחוזי, בכפוף לתוספות ושינויים מסוימים הנדרשים לגבי דידי.

גידור בקשת האישור

102. תיחום הגדרת "חברות השיווק הישיר": יש לתחום ולצמצם את המונח "חברות השיווק הישיר" כהגדרתו בבקשת האישור, כך שמונח זה יכלול רק את הרשימה השמית של החברות ובתי העסק שנמנו בבקשת האישור (וראו פסקה 80 לחוות דעתו של חברי). בהתאם, חברי הקבוצה שבשםם יבוקש לנהל תובענה ייצוגית, יהיו ללקוחותיהן הקשישים של חברות כרטיסי האשראי המשיבות, אשר לגביהם, אותן חברות שיווק ישיר – המנויות בשמותיהן בגדרי הרשימה שלעיל – פעלו בדרך המתוארת בבקשת האישור, וחיבו אותם בתשלומים שונים, שלא כדין, כמפורט שם.

103. הגדרת תת-קבוצות: כאמור, בקשת האישור התייחסה, במתכונת שהוגשה, לשלוש קבוצות אשר הוגדרו כ"כלל לקוחותיה הקשישים" של כל אחת משלוש חברות כרטיסי האשראי המשיבות. יש להגדיר בתוך כל אחת מאלה, המקיפות את כלל הלקוחות הקשישים, תת-קבוצה של אותם לקוחות קשישים אשר מסרו הודעה לחברה המנפיקה; להם, עשויה לקום עילת תביעה מובחנת בגין הפרת ההסדרים הרלבנטיים בחוק כרטיסי חיוב, כמפורט לעיל בפסקאות 77-81. כמו כן, בהתאם להוראת סעיף 10(ג) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות – בהמשך, ובנתון לשיקול הדעת המסור לערכאה הדיונית, רשאי יהיה בית המשפט "להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי להבטיח שענינם של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת".

104. צמצום העילות שאליהן מתייחסת בקשת האישור: במישור עילות התובענה, בקשת האישור תתייחס אך לשתיים אלו: הפרת חובת הגילוי והיידוע על הסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם חברות השיווק הישיר (על-פי הגדרתן המתוחמת לעיל), והפרת סעיפים 5, 6, 9 ו-10 לחוק כרטיסי חיוב. בקשת האישור לניהול תובענה כייצוגית בעילה הראשונה, (תתברר כלפי כלל הלקוחות הקשישים של כל אחת מחברות כרטיסי האשראי המשיבות; בעוד שבכל הנוגע לעילה השניה – תתברר בקשת האישור באופן מובחן, אך כלפי הלקוחות הקשישים הנמנים עם אחת, או יותר, מבין תת-הקבוצות, כהגדרתן לעיל. זוגם זו, תתבררנה אך בנוגע לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות, ולא כסולקות (וראו לעיל פסקה 83).

105. צמצום הסעדים המבוקשים בבקשת האישור: בהמשך ובהתאם לצמצום האמור במישור העילה, יש לצמצם את היקף הסעדים המבוקשים בבקשת האישור, כך שיכללו אך ורק סעדים רלבנטיים לפעילותן של חברות כרטיסי האשראי בכובען כמנפיקות; סעדים הנוגעים לפעילות חברות כרטיסי האשראי בכובען כסולקות בלבד – לא יכללו בבקשת האישור המתוקנת.

הוראות מיעלות לבירור ההליך

106. מינוי מומחה מטעם בית המשפט: לאחר שתוגש בקשת אישור מתוקנת כנ"ל, יש להורות על מינוי מומחה מטעם בית המשפט. זאת, כאמור בחוות דעתו של חברי – הן באשר לטעמים שבעטיים יש לבכר בענייננו מינוי מומחה על-פני הליכי גילוי ועיון במסמכים או חקירות מצהירים; הן באשר לשאלות שביחס אליהן יתבקש המומחה לחוות דעתו בנוגע לעילת הפרת חובת הגילוי והיידוע (וראו פסקאות 79, 82-83 לחוות דעת חברי). לזאת יש להוסיף, בהלימה לגישתי הנ"ל, ובהינתן שלא נערכו הליכי גילוי ועיון



במסמכים, מענה לשאלונים או חקירות מצהירים – כי היא על המומחה שימונה לחוות דעתו גם באשר לשאלה הבאה, המתייחסת לעילת התובענה של הפרת חוק כרטיסי חיוב: האם בקרב חברות כרטיסי האשראי המשיבות, כולן או חלקן, היתה נהוגה מדיניות מפרה, גורפת וכוללנית בכל הנוגע למענה ולאופן הטיפול בפניות ובהודעות שנמסרו על-ידי הלקוחות הקשישים הנמנים עם אחת, או יותר, מביין תת-הקבוצות שהוגדרו לעיל (זאת, להבדיל מ"תקלה נקודתית" (ראו והשוו: עניין נטוויזן, פסקאות 29-33 לפסק דיני); כמו כן, המעיין בפסקה 75 סיפא לחוות הדעת של חברי, יוכל להיווכח בדברים ברוח זו, הגם שצוינו ב"מאמר מוסגר" וללא נפקות במישור האופרטיבי).

107. פיצול תהליך הבדיקה: יש להורות על פיצול תהליך הבדיקה שיערוך המומחה שימונה; מקובלת עלי הצעתו של חברי לקבוע כי זו "תיעשה בשלב ראשון רק ביחס לחמש חברות שיווק ישיר אותן יבחרו המבקשים המייצגים מתוך רשימת החברות, ורק אם בית המשפט קמא ימצא כי יש בממצאי המומחה כדי לבסס את אחריותן של מי נמחרות כרטיסי האשראי המשיבות בעניינן של מי מהחברות הללו, תורחב הבדיקה גם ליתר חברות השיווק הישיר שצוינו ברשימת החברות ביחס לאותה משיבה" (פסקה 79 לחוות דעתו, וראו גם שם, פסקה 84). בהלימה לעמדתי שלעיל במישור עילות התובענה, האמור ביחס לפיצול תהליך הבדיקה, יחול גם לגבי בדיקת המומחה בהתייחס לעילת הפרת חוק כרטיסי חיוב, כפי שהוגדרה מעלה. לגבי דידי, מתווה זה שהציע חברי, שלפיו בשלב הראשון של הליך בדיקת המומחה, תידרש בחינה מדגמית ראשונית על מנת לבסס תשתית עובדתית, כבסיס לאפשרות להטלת אחריות על איזו מחברות כרטיסי האשראי המשיבות – מתווה שאף אני סבור, כאמור, כי עלינו לאמץ – אך מחדד בראיית את מקומה הגיאומטרי המתאים של בחינה מדגמית-לכאורית זו במסגרת ההליך הייצוגי: שלב בירור בקשת האישור.

108. אשר על כן, עם החזרת ההליך לבית המשפט המחוזי, יקבע בית המשפט מועד להגשת בקשת אישור מתוקנת, בהתאם להוראות המגדרות הנ"ל. לאחר שתוגש בקשת האישור המתוקנת, יורה בית המשפט המחוזי על מינוי מומחה מטעמו, וייתן הוראות בכל הנוגע ליישום תהליך הבדיקה על-פי המתווה האמור. כל זאת, כמובן, מבלי לגרוע מאפשרותו של בית המשפט לעשות שימוש בכלים אחרים העומדים לרשותו על מנת לאפשר בירור הוגן ויעיל של התובענה, ככל שבהמשך ההליך תתעורר מורכבות נוספת הנובעת מן השונות הקיימת בין חברי הקבוצה, ולא כל שכן ככל שימצא לנכון לאשר את ניהול התובענה כייצוגית (וראו בדומה, סיפא פסקה 85 לחוות דעתו של חברי); לא בכדי ראיתי לנכון להרחיב את הדיבור ב'סל כלים' זה, בנסיבות ההליך הייצוגי שלפנינו – הליך בעל חשיבות ציבורית לבירורו, אך גם מורכב.

עוללות

109. טרם סיום, לא למותר לציין כי ככל שלאחר החזרת ההליך לבית המשפט המחוזי – אם לדיון בתובענה גופה (כדעת חברי), אם לדיון בבקשת האישור (כדעת י-שלי) – יגיעו באי כוח הצדדים להסדר פשרה עוד קודם לסיום תהליך הבדיקה של המומחה מטעם בית המשפט ולחיווי דעתו; הרי שאז, דומני, כי בנסיבות ענייננו, יש להקפיד לפסוע בדרך המלך' שקבע המחוקק, ולהורות על מינוי "בודק" בטרם יאשר בית המשפט הסדר פשרה כזה או אחר (סעיף 19 (ב) לחוק תובענות ייצוגיות). זאת, חרף הפרקטיקה הנוהגת בהקשר זה בערכאות הדיוניות, כך שלמעשה, "במציאות הכלל הפך לחריג" (ע"א 1582/20 חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ, פסקה 76 (29.12.2021) (להלן: עניין חלפון)). כך בפרט, משלא התקיימו הליכי גילוי ועיון במסמכים, מענה לשאלונים או חקירות מצהירים, לשם בירור התשתית העובדתית (ראו פסקה 83 לחוות דעתו של חברי, בה הוברר כי מינוי מומחה מטעם בית המשפט נועד "לצורך בירור התשתית העובדתית", כדרך אפקטיבית יותר – "חלף הליכי גילוי ועיון", אשר נתבקשו ונדחו בהחלטת הביניים של בית המשפט המחוזי; כן ראו, והשוו: עניין חלפון, פסקה 76; ע"א 1439/20 דקל נ' בירנבוים, פסקה 37 (26.7.2022) (להלן: עניין דקל)).

110. על כל פנים, לנוכח התמשכותם של ההליכים מזה שנים, ובפרט בשים לב לכך שחברי הקבוצה המיוצגת נמנים עם אוכלוסיית הקשישים, ברי כי הצורך בקידום ההליכים – דוחק. טוב יעשו באי כוח הצדדים אילו יפנו לאפיק של פשרה, אשר תביא ל"הסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה", כמצוות סעיף 19 (א) לחוק תובענות ייצוגיות. כפי שהזדמן לי לציין בפרשה שנדונה בעניין דקל, בהתייחס למוסד הפשרה בתובענות ייצוגיות:

"כך מלמדנו הברייתא הידועה על שתי ספינות הנפגשות בנהר: "צדק צדק תרדוף": אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו [=פגשו] זה בזה: אם עוברות שתיהן – שתיהן טובעות; בזה אחר זה – שתיהן עוברות [...]. עד כאן שורת הדין. אבל יש מצב שבו נחוצה פשרה: 'היו שתיהן קרובות או שתיהן רחוקות, הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו'. בנסיבות שבהן תביא התנהלות עיקשת לטביעה, לירידת שתי הספינות למצולות, הפשרה איננה 'רק' פתרון 'יפה' יותר מהדין; היא פתרון צודק יותר, הגיוני, לתועלת הכול.

על בסיס ברייתא זו, פסק הנצי"ב מוולוז'ין, כי במקרים של ריבוי מתדיינים, איש איש ועמדתו, השקפתו ורצונו, באופן המקשה על ניהול ההליך, ומונע הכרעה לרווחת כולם – הצורך בפשרה גובר; שכן הרדיפה אחר שורת הדין תפגע

במתדיינים כולם: 'קשה להכריע הרבים המתחייבים על-פי דין תורה ושלא ישאר מחלוקת על מקומה כשהיה לפני הדין תורה [...] אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום, ההכרח לעשותו פשרה. ועל כיוצא בזה תניא בסנהדרין (דף ל"ג) צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה. [...] ' (שו"ת משיב דבר חלק ג, סימן י') (פסקאות 4-5 לפסק דיני שם; ההדגשות הוספו – נ' ס').

אכן, "יפה כח פשרה מלכח הדין" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין כב, ו);
יפה שעה אחת קודם.

סוף דבר

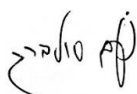
111. נוכח האמור, אני סבור, כי במתווה שלעיל, "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת"; דומני כי טעה בית המשפט המחוזי בדחותו את בקשת אישור התובענה כייצוגית מחמת הקביעה כי דרישה זו אינה מתקיימת בענייננו. כך בפרט, לאור תכליתה של התובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 1(1) לחוק, אשר נועדה לקדם את זכות הגישה לערכאות – "לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים"; כשלנגד עינינו, נוכחים-נפקדים חברי הקבוצה המיוצגת – קשישים, אשר נטען לניצול נלוז של חולשתם, בדידותם, מצוקתם; ואשר ההליך הייצוגי, דווקא הוא, עשוי לשמש – בהתאמות הנדרשות – ככלי דיוני שיביא למימוש זכות הגישה של אוכלוסיה זו למערכת המשפט, לבל ייוותרו יחידים-יחידים העומדים בפני שוקת שבורה – "וְהִנֵּה דְמַעַת הַעֲשָׂקִים וְאִין לָהֶם מְנַחֵם וּמִיַּד עֲשָׂקִיהֶם פָּחַ" (קהלת ד, א).

112. יש להותיר לערכאה הדיונית לבחון ולברר את הפלוגתאות שבמחלוקת, בהתאם למתווה האמור, לגבש תשתית עובדתית, ולהכריע אם דין בקשת האישור להתקבל, אם לאו; ככל שכן – יכריע בית המשפט המחוזי באילו עילות יש לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, ויגדור את שאר המאפיינים לפיהם תנוהל התובענה הייצוגית, כמצוות סעיף 14 (א) לחוק. בין כה ובין כה, בשלב זה, ובהעדר תשתית עובדתית וראייתית, אֵל לנו כערכאת ערעור לחרוץ את גורלן של עילות התובענה – לא לשבט (בנוגע לחבויות מכוח ההסדרים הספציפיים בחוק כרטיסי חיוב), גם לא לחסד (בנוגע להפרת חובת הגילוי והיידוע). לצד זאת, בכל הנוגע לדחיית הבקשה לאישור ניהול תובענה ייצוגית בעוולת הרשלנות, מכוח דיני הנזיקין הכלליים, סבורני כי יש להותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו, וכי ראש זה של הערעור, דינו – להידחות.

113. בהתחשב בתוצאה שאליה הגעתי, שלפיה דין הערעור להתקבל בעיקרו, גם אני סבור כחברי, כי יש לפסוק הוצאות לטובת המערערים – אך זאת, ובהלימה לתוצאה



האמורה: בגין ניהול הליך הערעור, ולא בגין ניהול התובענה הייצוגית עד לשלב זה (השוו לפסקה 93 לחוות דעת חברי). אציע אפוא כי המשיבות 1-3 יישאו בהוצאות המערערים, בחלקים שווים, בסך כולל של 45,000 ש"ח (15,000 ש"ח כל אחת); כאשר סכום זה יפסק, כאמור, בגין הליך הערעור דנן, ולפיכך לא יהווה "שכר טרחה חלקי", כמובנו על-פי סעיף 23(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, אשר משתלם "על חשבון שכר הטרחה הכולל" (ראו והשוו: ע"א 24-11-24665-11 דשגמלופנסיה בע"מ נ' גרינברג, פסקה 92 (13.8.2025)). פסיקת שכר טרחה, כולל כמו גם חלקי, בגין ניהול התובענה הייצוגית – נותר לשיקול הדעת הרחב המסור לערכאה הדיונית שלפניה התבררה התובענה, ושלפניה גם תשוב להתברר.



נעם סולברג
משנה לנשיא

השופטת דפנה ברק-ארז:

1. במרכז ההתדיינות שבפנינו עומדת תופעה מכוערת, שלמרבה הצער חוזרת על עצמה: פעולות עושק ומרמה המכוונות כנגד אוכלוסייה מוחלשת, במקרה זה אוכלוסיית הקשישים. לאמיתו של דבר, השאלה שהתחדדה במסגרת ההתדיינות היא האם יש מקום לאשר ניהול של תובענה ייצוגית שלא נגד האחראים הישירים, יוזמי המרמה ומבצעה, אלא נגד "המעגל השני", של מי שנהנו ממנה בעקיפין וחטאו בעצימת עיניים חלקית או מלאה. אכן, לכאורה, החברות שמכרו לקשישים מוצרים אין חפץ בם וחייבו אותם בסכומים אסטרונומיים בגינם, או שחייבו אותם ללא תמורה כלל, הן מחוללות המרמה. אולם, אף חברות כרטיסי האשראי, המשיבות 1-3 (להלן: המשיבות), אשר החיובים בוצעו באמצעות מערך התשלומים שלהן לאורך תקופה ארוכה, מבלי שפעלו ליידע את לקוחותיהם ביחס לחשד למרמה, עשויות להיות בעלות אחריות משפטית בענייננו.

2. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בקבעו כי בנסיבות העניין אין מדובר בדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, כנוסחו של סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות). שני חבריי סבורים כי דין הערעור להתקבל, וזוהי אף עמדתי. חשוב ורצוי – והדבר אף אפשרי

במישור הדין המצוי – כי הכלי הדיוני של תובענות ייצוגיות ישמש במקרה כגון זה, שבו מדובר באוכלוסייה מוחלשת שלה קשיי התארגנות וגישה למערכת המשפט. מדובר בדרך יעילה והוגנת להכריע במחלוקת, והאחריות עשויה להיות מוטלת לא רק על מחוללי המרמה אלא גם על העומדים מנגד. זוהי אף עמדתם של חבריי. לצד האמור, נפלו בין חבריי חילוקי דעות באשר לאופן קבלת הערעור: מהן העילות הרלוונטיות במקרה זה ומהו השלב הדיוני שממנו יש להמשיך את ההתדיינות. אקדים ואומר כי בעניין זה אני מחזיקה בגישה משלבת, כמפורט בהמשך.

3. בעיקרו של דבר, חברי השופט ע' גרוסקופף ממקד את קבלת הערעור בעילה של הפרת חובת הגילוי. לשיטתו ניתן לאשר את הבקשה לתובענה ייצוגית בגין עילה זו, ולהחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לניהול התובענה עצמה. זאת, תוך גידור המחלוקת וקביעת תנאים לגבי אופן הבירור של התובענה. לצד זאת, הוא דוחה את הערעור בכל הנוגע לעילות הנוספות שעליהן התבססה בקשת האישור. חברי המשנה לנשיא נ' סולברג סבור כאמור אף הוא שדין הערעור להתקבל. אולם, לשיטתו, לא הונחה בשלב הנוכחי תשתית מספקת לאישור הבקשה לתובענה ייצוגית, ועל כן יש להחזיר את בקשת האישור לבית המשפט המחוזי – הן ביחס לעילה של הפרת חובת הגילוי והן ביחס לעילה שעניינה הפרת החובות הסטטוטוריות המוטלות על חברות כרטיסי האשראי מכוח חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 (להלן: חוק כרטיסי חיוב). חוות דעתו של חברי המשנה לנשיא סולברג במובן מסוים מצמצמת יותר את קבלת הערעור ובמובן אחר מרחיבה אותה יותר. חוות דעת זו מחזירה את התיק לשלב דיוני מקדמי יותר – זה של בקשת האישור. לצד האמור, היא מותירה את הדלת פתוחה גם בפני העילה הנוספת שעניינה הפרת החובות המוטלות על חברות כרטיסי האשראי על-פי החוק. כפי שכבר ציינתי – דרכי היא דרך המשלבת בין עמדותיהם של חבריי, כפי שאסביר.

4. כחברי השופט גרוסקופף אף אני סבורה כי הונחה תשתית מספקת המאפשרת לאשר כבר בשלב הדיוני הנוכחי את העילה שעניינה הפרת חובת הגילוי. לשיטתי, די בחומר שהונח בפנינו כדי לקבוע שחברות כרטיסי האשראי, בכובען כמנפיקות, היו מחויבות לפעול על מנת לאתר מקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בכרטיסי האשראי של לקוחותיהן, וליידע אותם על החשד שעלה ביחס אליהם. בשים לב למידע שלכאורה הצטבר בידיהן של חברות כרטיסי האשראי, אף לגישתי קיימת אפשרות סבירה שטענותיהם של המערערים יוכרעו לטובת חברי הקבוצה, וכי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. אבקש להבהיר כי החובות שהוטלו על חברות האשראי במסגרת החקיקה הרלוונטית אינן מהוות "מידת חסידות" אלא דרישה בסיסית

(כפי שמוסבר בפסקאות 57-59 לחוות דעתו של חברי השופט גרוסקופף). זוהי דרישה מוצדקת לא רק מטעמים של "עשיית הישר והטוב" אלא אף משיקולי תועלת ברורים. מדובר בפעולה שעלותה נמוכה עבור חברות כרטיסי האשראי ותועלתה הפוטנציאלית עבור לקוחותיהן – רבה. יתרה מכך, מקובלים עליי התנאים שפורטו בחוות דעתו של השופט גרוסקופף ביחס לאופן ניהול התביעה מכאן ואילך, לרבות לעניין שכר הטרחה (ראו פסקה 93 לחוות דעתו).

5. לצד זאת, כחברי המשנה לנשיא סולברג אני סבורה שאין לשלול את האפשרות של ניהול התובענה הייצוגית אף ביחס לטענות שעניינן הפרת חובותיהן של חברות האשראי לאפשר את מימוש הזכויות העומדות ללקוחותיהן על-פי החקיקה הרלוונטית (במועדים הרלוונטיים להליך – חוק כרטיסי חיוב, וכיום בשינויים המחויבים – חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019). לשיטתי, יש מקום לברר במסגרת ההליך האם חברות האשראי העמידו לרשות הלקוחות מערכת נגישה דיה למתן הודעות על ביטול עסקאות. זאת, בשים לב לכך שמהנתונים המובאים בבקשת האישור עולה תמונה מטרידה לפיה ההליך הפשוט המתחייב בהתאם לחוק, אשר נועד לתת ללקוחות מענה מידי ונוח, הפך מסורבל, כך שבפועל גם מאמצים של חלק מחברי הקבוצה להביא לביטול החיובים לא צלחו. חברי השופט גרוסקופף עומד על הקושי לברר, במסגרת תובענה ייצוגית, את השאלה אילו עסקאות ניסה כל אחד ואחד מן הלקוחות לבטל. לשיטתו, הדבר ידרוש בירור פרטני ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה ולכל אחת מן העסקאות שמי מהם ביצע.

6. אכן, ההליך הייצוגי אינו מתאים לעריכת בירור פרטני של תלונות כה רבות במסגרתו. אולם, גם לשיטתו של חברי השופט גרוסקופף הדבר אינו נדרש בהכרח ככל שיימצא כי "מי מחברות כרטיסי האשראי טיפלה בפניות חברי הקבוצה על פי מדיניות אחידה" (פסקה 75 לחוות דעתו). לשיטתי, יש אינדיקציות, לכאורה, לכך שבפני הלקוחות ניצב קושי גורף לממש את זכויותיהם החוקיות ולהודיע על ביטול העסקאות. כפי שציין חברי השופט גרוסקופף: "מצטיירת תמונה מדאיגה לפיה ההליך הפשוט אותו קבע המחוקק... הפך למורכב, והטיפול בפניותיהם של הלקוחות שנפגעו כתוצאה מפעילותן של חברות השיווק הישיר לא נעשה בהתאם להוראות הדין" (כמפורט בפסקה 51 לחוות דעתו). לכך יש להוסיף כי דומה שטענותיהם של המערערים מכוונות בעיקרן להפרה שיטתית של החובות לפי חוק כרטיסי חיוב, להבדיל מאשר בחינה פרטנית של כל תלונה ותלונה. כך למשל, צוין בהודעת הערעור כי "במשך למעלה מעשור שקדם לתביעה, התקבלו אצל כל אחת מן המשיבות עשרות אלפי תלונות של קשישים... המשיבות הן הגורם היחיד בידיו היתה תמונה כוללת ממעוף הציפור, בזמן אמת, אודות

התופעה וממדיה" (בפסקה 19) (ההדגשות במקור). כן צוין שם כי "רק במקרים מעטים... חרגו המשיבות ממנהגן, וביטלו עסקאות תוך השבת כספים לקשישים" (בפסקה 23). הדברים נלמדים אף מן הבקשה לגילוי ולעיון במסמכים שבה נכללו גם מסמכי מדיניות רחבים, לרבות נהלים הנוגעים לאופן הטיפול בתלונות והנחיות רגולטוריות שחלות על המשיבות ביחס לכך.

7. על כן, ניתן ואף ראוי לבחון במסגרת ההליך, האם חברות כרטיסי האשראי פעלו באופן שיטתי להקשות על לקוחותיהן לפנות אליהן בנושא ביטול עסקאות והאם הן טיפלו בפניות כאמור על-פי מדיניות שהביאה לסיכול מהותי של אפשרות זו, כפי שצוין לעיל. מכיוון שמערכת הדינים החלה על כרטיסי האשראי מושתתת על זכותם של הלקוחות להודיע על ביטול עסקה במקרים מסוימים (בשל אי-אספקת המוצר למשל), היכולת לעשות זאת צריכה להיות נגישה ואפקטיבית. יתר על כן: ככל שהתגבשה אצל חברת כרטיסי האשראי "מסה קריטית" של מידע ביחס לחברה זו או אחרת, במידה המצדיקה את יידוע הלקוחות, ממילא אותה מסה קריטית חייבה אותן לוודא כי המערכת שבאמצעותה מתקבלות הודעות בנוגע לעסקאות שהלקוחות מבקשים לבטל היא מערכת נגישה ואפקטיבית. הדבר נכון ביחס לכלל האוכלוסיות הנמנות על לקוחותיהן של חברות האשראי, ובמשנה תוקף ביחס לאוכלוסיית הקשישים. אלה הן שאלות שראויות לבירור.

8. יודגש, כי משאלו הם פני הדברים ביחס לעילה של הפרת החובות לפי חוק כרטיסי חיוב, הייתי נכונה לשקול בחיוב את הקביעה כי ניתן, כבר כעת, לנהל את התובענה הייצוגית גם ביחס לעילה הזו. אולם, בשים לב לעמדתו של חברי המשנה לנשיא סולברג, אשר נכון אמנם להשאיר את הדלת פתוחה ביחס לעילה של הפרת חובות מכוח חוק כרטיסי חיוב, אך במתכונת של השבת הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית בלבד – ראיתי להצטרף, ולו מטעמים מעשיים, לתוצאה שאליה הגיע בהיבט זה.

9. לקראת סיום, ראיתי להדגיש גם אני, כי חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט סמכויות רחבות לניהולן של המורכבות שבתובענות הייצוגיות. חבריי עמדו בהרחבה בחוות דעתם על שימושים אפשריים בחלק מן הכלים הללו (ראו: פסקה 29 לחוות דעתו של חברי השופט גרוסקופף ופסקאות 34-43 לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיא סולברג). כלים אלו יעמדו לרשותו של בית המשפט המחוזי עת יידרש לאופן ניהולו של התיק, תוך התחשבות בשלב הדיוני השונה ביחס לכל אחת מהעילות. אני



סמוכה ובטוחה כי בית המשפט המחוזי ימצא את הדרך לעשות כן במתכונת שתהיה יעילה וצודקת.

10. עוד יוער ששני חבריי כאחד סוברים כי לא הונחה תשתית לאישורה של תובענה ייצוגית במקרה זה על בסיס עוולת הרשלנות הכללית. אף אני מסכימה לכך, כאשר דעתי נוטה לזו של חברי השופט גרוסקופף אשר ראה לנכון להשאיר את השאלה בדבר תחולת דיני הנזיקין הכלליים על המקרה דנן בצריך עיון שעה שהתשתית הראייתית שהונחה בפנינו בכל מקרה אינה מספקת. מכל מקום, אינני סבורה שנדרשת בשלב הנוכחי הרחבה נוספת של היריעה בעניין זה.

11. בסוף דבריי אחזור למקום שבו פתחתי: לא זו בלבד שהמקרה שבפנינו מתאים לדיון בדרך של תובענה ייצוגית, אלא שאני רואה חשיבות מיוחדת בשימוש בכלי זה במקרים שבהם העילה מתייחסת לעוול נרחב, המשולב בבעיית נגישות משמעותית של יחידי הקבוצה למערכת המשפטית.



דפנה ברק-ארז
שופטת

הוחלט פה-אחד על קבלת הערעור ועל החזרת ההליך לבית המשפט קמא, משעה שנמצא כי לא היה מקום לדחות את בקשת אישור התובענה כייצוגית אך מן הטעם שתובענה ייצוגית אינה "הדרך היעילה וההוגנת" להכריע במחלוקת בנסיבות העניין.

באשר לאופן קבלת הערעור – הן בשאלת עילות התובענה, הן בשאלת השלב הדיוני המתאים שבו יוחזרו להתברר במסגרת ההליך הייצוגי – הוחלט על המתכונת האופרטיבית הבאה:

(-) ביחס לעילת התביעה שעניינה הפרת חובת הגילוי – הוחלט, ברוב דעות השופטים עופר גרוסקופף ודפנה ברק-ארז, כנגד דעתו של המשנה לנשיא, השופט נעם סולברג, על החזרת הדיון לבית המשפט קמא לצורך בירור התובענה הייצוגית גופה. בכל



הנוגע לעילה זו, יחולו ההוראות המפורטות בפסקאות 79-86 ו-89-92 לפסק דינו של השופט עופר גרוסקופף.



(-) ביחס לעילת התביעה שעניינה הפרת הוראות חוק כרטיסי חיוב – הוחלט; ברוב דעות המשנה לנשיא נעם סולברג והשופטת דפנה ברק-ארז, כנגד דעתו של השופט עופר גרוסקופף, על החזרת הדיון בבקשת האישור לבית המשפט קמא. בכל הנוגע לעילה זו, יחולו ההוראות המפורטות בפסקאות 99-108 לפסק דינו של המשנה לנשיא נעם סולברג.

(-) ביחס לעילת התביעה המבוססת על עוולת הרשלנות בדיני הנזיקין הכלליים – הוחלט פה-אחד כי יש לדחות את בקשת אישור התובענה כייצוגית.

לגבי פסיקת ההוצאות, תחול פסקה 93 לפסק דינו של השופט עופר גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ח שבט תשפ"ו (15 פברואר 2026).

עופר גרוסקופף
שופט

דפנה ברק-ארז
שופטת

נעם סולברג
משנה לנשיא