<u>בבית המשפט העליון</u>

רע"א 4363/17

לפני:	כבוד השופטת א' חיות
המבקשת:	נקניק נהריה כשר זוגלובק בע"מ
	נ ג ד
המשיבים:	1. עו"ד שגב ירון 2. אברהם בן שושן

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בתיק ת"צ 46053-02-16 שניתנה ביום 1.5.2017 על ידי כב' השופט מ' רניאל

בשם המבקשת:	עו"ד טלילה רוזלנבלום
בשם המשיבים:	עו"ד אדי בליטנשטיין

<u>פסק-דין</u>

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט מ' רניאל) מיום 1.5.2017 בת"צ 46053-02-16 אשר קיבל בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגישו המשיבים נגד המבקשת.

רקע הדברים והחלטתו של בית המשפט קמא

1. המבקשת מפעילה חנות בה נמכרים מוצרי מזון שונים הנארזים במקום ומתומחרים לפי משקל. המשיב 1 הוא עורך דין במקצועו וביום 21.12.2015 פנה אל המבקשת וטען בפניה כי היא אינה מפחיתה ממשקל המזון הנמכר על ידה את משקל האריזה. במכתבו ציין המשיב 1 כי בכוונתו להגיש תביעה לבית המשפט בגין הטעיה וכי הוא שוקל גם הגשת תביעה ייצוגית. לאחר דין ודברים הסכימו המשיב 1 והמבקשת כי המשיב 1 יוותר על תביעתו תמורת פיצוי בסך 5,000 ש"ח וביום 14.1.2016 שלחה המבקשת למשיב 1 כתב וויתור המעגן את ההסכמה בכתובים (להלן: כתב הוויתור). לאחר שקיבל את כתב הוויתור הודיע המשיב 1 למבקשת כי היא מטעה את לקוחותיה

בעניין נוסף ודרש ממנה פיצוי בסך 10,000 ש"ח. הצדדים לא הגיעו להסכמות בהקשר זה ומשכך הגישו המשיב 1 והמשיב 2 בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת בה נטען כי היא מטעה את לקוחותיה בנוגע למחיר מוצרי המזון הנמכרים על ידה וכי כתב הוויתור אותו שלחה למשיב 1 תומך במסקנה זו.

2. ביום 25.12.2016 התקיים דיון בבקשת האישור בו נחקרו המצהירים מטעם הצדדים. במהלך אותו הדיון טען בא כוח המבקשת כלפי המשיב 1 כי הוא הציג בפני המבקשת מצג שווא לפיו בכוונתו לוותר על כל טענותיו נגדה תמורת פיצוי בסך 5,000 ש"ח, ואלה חילופי הדברים שהתנהלו בסוגיה זו כלשונם:

> ש: אז כשאמרת לה שאתה מקבל 5,000 שקל תסגור את העניין זה אומר שלא התכוונת בכלל, רצית להתחכם. אמרת לה 5,000 שקל זה סתם. שיחקת פה איתה?
> ת: ממש לא. 5,000 שקל זה לא סתם. זה סכום מאוד גבוה וזו הראיה הכי חשובה בתיק שהציעו לשלם 5,000 שקל כשהנזק שלי אם אני מכמת אותו הוא הרבה יותר. תחשבו למה הצעתם את הסכום הזה.
> ש: שאלה אותך מה יעשה אותך מרוצה ואמרת בעמ' 2 לתמליל 'תמורות 5,000 שקל אני אראה את העניין סגור'. התכוונת או לא?
> ת: התכוונתי שאני רוצה ..
> ש: תענה כן או לא
> ת: באותו הרגע התכוונתי בוודאי אבל אתה לא נותן לי לומר למה התכוונתי
> ש: התכוונת לקבל 5,000 שקל כן או לא?
> ת: התכוונתי לקבל מהם מכתב בכתב שהם מוכנים לשלם לי 5,000 שקל וזה בעיניי הודאה ולקיחת אחריות וזה מה שקיבלתי בסופו של דבר (עמ' 28 ש' 8-22 לפרוטוקול הדיון מיום 25.12.2016)

כמו כן אישר המשיב 1 באותו הדיון כי בינו ובין בא כוחו קיים הסכם לפיו יחלקו ביניהם את שכר הטרחה שייפסק בהליך הייצוגי, ככל שזה יוכרע לטובת הקבוצה המיוצגת (שם, בעמ' 21 ש' 17-22). בעקבות כך, טענה המבקשת כי המשיב 1 ובא כוחו אינם מתאימים לייצג את הקבוצה ואילו המשיב 1 ובא כוחו טענו מנגד כי אין פסול בהסכם שכר הטרחה שנכרת ביניהם ואולם, ככל שיימצא כי הסכם זה מהווה מכשול לאישור התובענה הייצוגית הם "מסכימים לוותר על חלוקת שכה"ט" (סעיף 292 לסיכומי המשיבים בבית המשפט קמא, מב/2). כמו כן הבהירו המשיבים כי המשיב 1 אינו מעורב בשום צורה בניהול ההליך ואין לו השפעה על שיקול הדעת של בא כוחו.

3. ביום 1.5.2017 קיבל בית המשפט קמא את בקשת האישור והתיר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשת. בית המשפט קמא קבע כי בקשת האישור מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט אשר ישנה אפשרות סבירה כי יוכרעו לטובת הקבוצה המיוצגת. עוד קבע בית המשפט קמא כי המשיבים ובא כוחם מתאימים לייצג את הקבוצה ודחה את טענת המבקשת לפיה התנהלותו של המשיב 1 טרם הגשת בקשת האישור פוסלת אותו מלשמש כתובע מייצג. בית המשפט קמא קבע בהקשר זה כי למרות שעולה חשד כי פנייתו של המשיב 1 למבקשת נועדה להוציא ממנה הודאה בביצוע העוולה הנטענת בבקשת האישור, הוא אינו פסול מלשמש כתובע מייצג שכן בסופו של דבר הוא לא וויתר על טענותיו ועמד על ניהול ההליך הייצוגי.

עוד קבע בית המשפט קמא כי הסכם שכר הטרחה שנחתם בין המשיב 1 ובא כוחו אף הוא אינו פוסל אותם מלייצג את הקבוצה. בית המשפט קמא קבע כי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות) וכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה), אוסרים על המשיב 1 לקבל חלק משכר הטרחה שייפסק בהליך הייצוגי. עוד קבע בית המשפט קמא כי הסכם שכר הטרחה שבין המשיב 1 לבא כוחו עלול להציב את המשיב 1 בניגוד עניינים, ואף מטעם זה אין מקום להכיר בתקפו של הסכם זה. עם זאת, קבע בית המשפט קמא כי מאחר שהמשיב 1 ובא כוחו "מסכימים שהסכם חלוקת שכר הטרחה אינו תקף, הרי מוסר בזאת ניגוד העניינים האפשרי. כמובן, שבהמשך הדרך אבטיח אי חלוקה של שכר הטירחה" (פסקה 114 להחלטה).

טענות הצדדים

4. בבקשת רשות הערעור טוענת המבקשת כי שגה בית המשפט קמא משהתיר למשיב 1 ולבא כוחו לשמש כתובע וכבא כוח מייצגים (המבקשת אינה מלינה על מינויו של המשיב 2 כתובע מייצג). לטענתה, הסכם שכר הטרחה שנחתם בין המשיב 1 ובא כוחו מגביר את התמריץ שלהם להכשיל הסכמי פשרה ראויים המטיבים עם הקבוצה המיוצגת מתוך רצון להשיא את שכר הטרחה שייפסק בהליך. לפיכך, סבורה המבקשת כי הסכם שכר הטרחה שנחתם בין המשיב 1 ובא כוחו פוסל אותם מלייצג את הקבוצה. כמו כן, טוענת המבקשת כי המשיב 1 ובא כוחו הסתירו את דבר קיומו של הסכם שכר הטרחה ביניהם ואף מטעם זה הם אינם ראויים לייצג את הקבוצה, ועוד היא טוענת כי העובדה שהמשיב 1 ובא כוחו הסכימו בדיעבד לבטל את ההסכם ביניהם אינה מרפאת את הפגמים שנפלו בהתנהלותם. בנוסף על כך טוענת המבקשת כי המשיב 1 פסול מלשמש כתובע מייצג גם בשל האופן שבו התנהל טרם הגשת בקשת האישור. לטענת

המבקשת, המשיב 1 אישר כי הציג בפניה מצג שווא לפיו בכוונתו לוותר על טענותיו כלפיה תמורת פיצוי בסך 5,000 ש"ח אף שמעולם לא הייתה לו כוונה לעשות כן, וזאת מתוך רצון להוציא ממנה במרמה תימוכין לבקשת האישור שהתעתד להגיש נגדה. המבקשת סבורה כי התנהלות זו עולה כדי חוסר תום לב קיצוני אשר פוסל את המשיב 1 מלשמש כתובע מייצג.

5. המשיבים טוענים מנגד כי הסכם שכר הטרחה שנכרת בין המשיב 1 ובא כוחם אינו פוסל אותם מלייצג את הקבוצה וזאת אפילו יש בהסכם זה משום ביצוע עבירה אתית. מכל מקום, כך טוענים המשיבים, ההסכם בין המשיב 1 ובא כוחו בוטל ונקבע כי אין לו תוקף ובנסיבות אלו, ברור כי אין מקום למנוע מהם את ייצוג הקבוצה. כמו כן טוענים המשיבים כי לא נפל פגם באופן שבו התנהל המשיב 1 כלפי המבקשת טרם הגשת בקשת האישור. לשיטתם, פניותיו של המשיב 1 למבקשת טרם הגשת הבקשה לא רק שאינן פוסלות אותו מלשמש כתובע מייצג, אלא שהן מעידות על התאמתו לתפקיד. זאת, כך נטען, משום שפניותיו הביאו את המבקשת לחשוף מידע שסייע לבסס את הטענות שהועלו בבקשת האישור.

דיון

6. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור, לדון בה כבערעור ולקבל את הערעור בחלקו, כפי שיפורט להלן.

7. על המבקש לשמש כתובע מייצג מוטלת החובה לייצג את הקבוצה שבשמה הוא פועל בדרך הולמת ובתום לב ואותה חובה עצמה מוטלת גם על בא כוחו (ראו, סעיפים 8(א)(3) ו- 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות; וכן ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ בפסקאות 90-94 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (4.9.2014) (להלן: עניין פרי ניר); רע"א 3431/15 יוטרייד פרמיום בע"מ נ' יושרה - עמותה לקידום היושרה בשוק ההון, בפסקה 5 (16.7.2015); רע"א 2444/08 שופרסל בע"מ נ' כהן, בפסקה 9(א) (21.12.2008)). התנהלותו של המשיב 1 כלפי המבקשת טרם הגשת בקשת האישור אינה מתיישבת עם חובה זו והעובדה כי מדובר בעורך דין אך מעצימה את הפסול שבהתנהלותו.

המשיב 1, על פי דבריו שלו עצמו, הציג בפני המבקשת מצג שווא לפיו הוא מוכן לוותר על כל טענותיו כלפיה תמורת פיצוי בסך 5,000 ש"ח. הוא ניהל עמה משא ומתן לפשרה וגרם לה להאמין כי כנגד התשלום שביקש אין ולא תהיינה לו טענות

נגדה בעוד אשר לאמיתו של דבר התכוון המשיב 1 לקבל מהמבקשת כתב הוויתור המשקף, כביכול, את מה שהוצע על ידו על מנת שיהווה ראיה בהליך בקשת האישור שתכנן מלכתחילה להגיש נגדה. כבר נפסק כי נקיטת יוזמה המכוונת להגשת הליך ייצוגי, גם כאשר המניע המונח ביסודה הוא מניע כלכלי, היא כשלעצמה אינה פסולה (ראו: עניין פרי ניר, בפסקאות 90-94 לפסק דינו של השופט ח' מלצר וחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). ואולם, כאשר תובע פוטנציאלי נוקט יוזמה כזו כמהלך מקדים להגשת בקשת אישור ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בתובע שהוא גם עורך דין במקצועו, ניתן לצפות כי יפעל ביושר ובהגינות. בכלל זה ניתן לצפות כי לא יטעה את הצד שכנגד להאמין כי הוא קונה סיכון בהסדר שהוצע לו בעוד שמדובר בתחבולה שהיא לגישתי בלתי לגיטימית בנסיבות העניין, אשר נועדה להוציא מידי המשיב הפוטנציאלי מסמך שיוצג כראיה לטענות שמתכוון התובע להעלות נגדו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. נוכח התנהלותו זו של המשיב 1 שגה בית המשפט קמא משהתיר לו לשמש כתובע מייצג והחלטתו בעניין זה מצדיקה התערבות. יודגש עם זאת, כי אין לפרש את מסקנתי זו כנקיטת עמדה כלשהי באשר לקבילותו או למשקלו הראייתי של כתב הוויתור בהליך דנן.

8. הסכם שכר הטרחה שנכרת בין המשיב 1 לבא כוחו אף הוא מעורר קשיים לא מבוטלים, אך משהגעתי למסקנה כי המשיב 1 אינו מתאים לשמש כתובע ייצוגי מן הטעמים שפורטו לעיל ומשהודיעו המשיב 1 ובא כוחו כי הם מוותרים על ההסכם לחלוקת שכר הטרחה ביניהם לא ראיתי להרחיב בעניין זה עוד, ובנסיבות אלו לא ראיתי מקום לפסול את בא כוחם של המשיבים מלשמש כבא כוח מייצג.

אשר על כן, הערעור מתקבל בחלקו במובן זה שהחלטתו של בית המשפט קמא לאפשר למשיב 1 לשמש כתובע מייצג מבוטלת.

נוכח התוצאה שאליה הגעתי, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, ב' באלול התשע"ז (24.8.2017).

ש ו פ ט ת