

בבית המשפט העליון

רע"א 8562/06

בפני: כבוד השופט א' גרוניס

המבקשת: לימור פופיק

נגד

המשיבים:

1. פזגו 1993 בע"מ
2. החברה האמריקאית - ישראלית לגז בע"מ
3. סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ
4. דורגו בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-
אביב-יפו בבש"א 21403/03 ת"א 2319/03 מיום 21.9.06
שניתנה על ידי כב' השופטת נ' אחיטוב

בשם המבקשת: עו"ד יהודה רסלר
עו"ד רמי דקל

בשם המשיבה 1: עו"ד צבי אגמון
עו"ד תמר בזק-רפפורט
עו"ד דרור סברנסקי

בשם המשיבה 2: עו"ד גד טיכו
עו"ד דורון טאובמן

בשם המשיב 3: עו"ד ניב זקלר
עו"ד עופר ארגוב
עו"ד ערן זך

בשם המשיבה 4: עו"ד ניר כהן
עו"ד אמיר בן-ארצי
עו"ד שירלי דרחי

פסק-דין

1. בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטת נ' אחיטוב), בה נדחתה בקשת המבקשת להגיש ראיות ולזמן עדים.

2. ביום 3.12.03 הגישה המבקשת תביעה נגד המשיבות ועימה בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית. טענתה העיקרית של המבקשת הייתה כי החל משנת 1994 ועד לשנת 2003 היו הסדרים כובלים בין המשיבות, אשר הובילו להפחתת התחרות ביניהן בתחום הספקת הגז ולפגיעה בצרכנים. במקביל להליכים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, החל להתנהל בבית המשפט המחוזי בירושלים, בסוף שנת 2004, הליך פלילי נגד המשיבות (ת.פ. 366/04). בכתב האישום שהוגש בגדרו של אותו הליך הואשמו המשיבות בעברות על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ובכללן היותן צד להסדרים כובלים. ביום 10.7.06 הגישה המבקשת בקשה לצירוף ראיות ולזימון עדים, בה ביקשה להגיש לבית המשפט פרוטוקולים של עדויותיהם של שישה מעדי התביעה בהליך הפלילי. כמו כן ביקשה המבקשת כי בית המשפט ייזמן לעדות את אותם שישה עדים. המבקשת ציינה בבקשתה כי לא תוכל לקבל תצהירים מעדים אלה והדגישה כי מדובר בראיות שלא היו קיימות בעת שהגישה את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. המשיבות טענו - ומוסיפות לטעון גם היום - כי אין מקום להיעתר לבקשת המבקשת. הן סבורות כי אין בסיס בדין לקבלת בקשה זו. כן טוענות המשיבות כי מדובר בניסיון חוזר של המבקשת לתקן את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגישה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענתן השנייה של המשיבות וקבע כי אין להיעתר לבקשת המבקשת משום ש"זהו ניסיון נוסף לתקן את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, שכבר נדחתה [כך במקור - א' ג'] בעבר".

3. מוקד הדיון בבקשת רשות ערעור זו הוא בזימונם של ששת העדים. הפרוטוקולים שביקשה המבקשת להגיש אינם מהווים לכשעצמם ראיה קבילה, ובכך מודה גם המבקשת. הכלל הוא כי פרוטוקול דיון במשפט פלילי אינו קביל, כשלעצמו, כראיה במשפט אזרחי. על המבקש להגישו לזמן את העד הרלוונטי למתן עדות בבית המשפט. במהלך עדות זו ייתכן וניתן יהיה להגיש את הפרוטוקול, בהתחשב בהוראות דיני הראיות הנוגעות לכך (ראו, רע"א 275/96 עקנין נ' גילת (לא פורסם)). במקרה אחד רשאי בית המשפט לעיין בכתב האישום, בפרוטוקול ובכל חומר אחר שהוגש במשפט הפלילי, שלא בהתאם לאמור לעיל. זאת, כאשר הוא רואה צורך בכך לשם הבהרת הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, שהתקבלו כראיה לפי סעיף 42א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (ראו, סעיף 42ב לפקודת הראיות). זהו אינו המקרה דנא ומשכך, הגשת הפרוטוקולים אפשרית - אם בכלל - רק תוך כדי עדותם של העדים הרלוונטיים. נותר לנו, אם כן, לבחון את החלטתו של בית המשפט ביחס לבקשה לזימון עדים בלבד. כדי לעשות כן, עלינו להתחקות אחר טענותיהן של המשיבות, שהובילו את בית המשפט קמא להחלטתו. יש להבחין בין כמה נדבכים

לטענות המשיבות. ראשית יש לבחון את טענתן - שהתקבלה בבית משפט קמא - לפיה מדובר ב"ניסיון נוסף" שנדחה בעבר. לפי טענה זו הואיל והמבקשת ביקשה לזמן עדים אלה או להגיש ראיות דומות בעבר ובקשתה נדחתה, יש לדחות את בקשתה הנוכחית על הסף. הנדבך הבא לטענת המשיבות עוסק בעצם האפשרות להגיש ראיות שלא צורפו מלכתחילה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ככלל, ולזימון עדים שתצהיריהם לא צורפו לבקשה, בפרט. המשיבות אינן שוללות לחלוטין אפשרות להגיש ראיות כאמור, אלא שלטענתן התרת הגשת ראיות נוספות במקרה דנא תהווה מתן היתר לעריכת "מקצה שיפורים" בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. הנדבך השלישי מתייחס לעדים שזימונם התבקש. במסגרת זו טוענות המשיבות, כי ניתן היה לצרף תצהירים של העדים או של חלקם מלכתחילה, כי עדותם לא תועיל למבקשת, וכי זימונם למתן עדות יביא לסרבול ההליך.

4. את טענת המשיבות לפיה מדובר ב"ניסיון נוסף" יש לבחון על רקע כמה מבקשות הביניים שנדונו בבית משפט קמא: ביום 20.12.05 הגישה המבקשת תגובה משלימה לתשובת המשיבות לבקשה לאישור תובענה ייצוגית. לתגובה זו צירפה שני פרוטוקולים מההליך הפלילי וחוות דעת מומחה. יחד עם התגובה הגישה המבקשת גם בקשה לזימון שני עדים שהעידו במסגרת ההליך הפלילי. בית המשפט קיבל את הבקשה לזימון עדים. המשיבות הגישו (כל אחת בנפרד) בקשה למחיקת התגובה מהטעם שהיא אינה עומדת בהוראת תקנה 241(ג) ו-1(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן - תקנות סדר הדין האזרחי). כן ביקשו המשיבות כי בית המשפט יבטל את החלטתו שהתירה את זימון שני העדים. ביום 11.5.06 החליט בית המשפט המחוזי לבטל את זימון העדים מהטעם שהמבקשת לא טרחה לנמק מדוע "לא הגישה בקשה בדרך הנקוטה לפי תקנה 241 לתקנות סדר הדין האזרחי שמורה כי יש לצרף תצהיר לשם אימות העובדות המשמשות יסוד לבקשה". בית המשפט הדגיש כי מדובר בעדים ששמם הוזכר לראשונה בבקשה לזימונם וכי לא הוסבר מה הסיבה לבקשה המאוחרת לצירוף העדים. לגבי התגובה, מצא בית משפט קמא כי היא רצופה בראיות ובפרטים מהותיים חדשים שזכרם לא עלה בתובענה עצמה או בבקשה לאשרה כתובענה ייצוגית. זאת - כך ציין בית המשפט המחוזי - מבלי שהוגשה בקשה להגשת ראיות נוספות. לפיכך, הורה בית המשפט המחוזי על מחיקת התגובה תוך שהוא מצייין כי ניתן יהא להגישה מחדש לאחר שיוצאו ממנה כל אותם חלקים שיש בהם משום פרטים מהותיים או ראיות חדשות. כמו כן, הורה בית משפט קמא בהחלטתו מיום 11.5.06, כי כל בקשה שבדעת אחד הצדדים להגיש, תוגש תוך 60 ימים מיום מתן ההחלטה. בהתאם להחלטה זו הגישה המבקשת תגובה מתוקנת ביום 11.6.06 ממנה נמחקו הפרטים שבית משפט קמא הורה על מחיקתם. ביום 10.7.06 הגישה המבקשת

בקשה חדשה לצירוף ראיות ולזימון עדים (היא הבקשה נשוא ענייננו). המבקשת טוענת כי בכך פעלה לפי החלטתו של בית המשפט המחוזי שהתיר לבעלי הדין להגיש בקשות במהלך 60 הימים מיום 11.5.06, וכי החלטתו הקודמת של בית משפט קמא אינה מונעת בעדה לבקש להגיש ראיות נוספות ולזמן עדים. המשיבות טוענות בתוקף כי מדובר בניסיון נוסף להוסיף ראיות חדשות וכי בית המשפט המחוזי לא התכוון להתיר ניסיון שכזה. כאמור, בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המשיבות.

5. אין ספק שהתנהלותה הדיונית של המבקשת במקרה דנא לא הייתה ראויה. אכן, קדמו לבקשה נשוא ענייננו ניסיונות אחרים להגיש ראיות במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי. ניסיונות אלה נדחו והמבקשת לא ביקשה לערער על ההחלטות בדבר דחייתם. ואולם, עיקר הפגם בניסיונותיה הקודמים של המבקשת - כך עולה מהחלטתו של בית המשפט המחוזי מיום 11.5.06 - היה אי הגשת בקשה מנומקת להוספת הראיות (כך במיוחד ככל שמדובר בבקשה לזימון עדים). בנסיבות אלה, ובהתחשב בנזק שדחיית הבקשה לזימון עדים עלול לגרום למבקשת, מן הראוי היה לבחון את הבקשה נשוא ענייננו (שנומקה וגובתה בתצהיר) לגופה ולא לדחותה על הסף. לפיכך, החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור וזה הוגש על פיה. כאמור, השאלה העומדת בפנינו היא האם ניתן להתיר למבקשת לזמן עדים שתצהיריהם לא צורפו לבקשה לאישור תובענה ייצוגית. ייאמר כבר בפתח הדברים כי הקושי המרכזי בבקשת המבקשת נובע מהאיחור בו הוגשה. כמפורט להלן, גם לו הייתה מנסה המבקשת להגיש תצהירים מטעם העדים בשלב בו הוגשה בקשתה (להכדיל מזימונם לעדות בלבד) לא היה די בכך כדי לפתור את הקושי שבקשה זו מעוררת.

6. בדומה לדין שקדם לו, גם חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן - חוק תובענות ייצוגיות) מורה כי בקשה לאישור תובענה ייצוגית תוגש כבקשה בכתב (ראו, סעיף 5(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). על כן, את השאלה האם ניתן להגיש ראיות נוספות (על דרך של זימון עדים או בדרך אחרת) לאחר שהוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית יש לבחון על רקע הוראות הדין הנוגעות לבקשות בכתב. כך, כל עוד שר המשפטים לא קבע הוראות מיוחדות בעניין זה, על פי סמכותו הקבועה בסעיף 5(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות. ככלל, בקשות בכתב הינן בקשות ביניים. הן עוסקות, על פי רוב, בשאלות דיוניות-משפטיות שמורכבותן אינה רבה והליך בירורן הינו הליך קצר ופשוט יחסית. כדי להבטיח דיון יעיל וקצר בבקשה בכתב קובעות התקנות מגבלות מסוימות על אופן הגשת הראיות התומכות בבקשה. כך, כבהליכים מקוצרים אחרים, נדרש מגיש בקשה בכתב להגיש את התצהיר או התצהירים התומכים בבקשתו יחד עם הבקשה עצמה (ראו, תקנה 241(א) והשוו: הגשת המרצת פתיחה לפי תקנה 255

לתקנות סדר הדין האזרחי, והגשת תביעה בסדר דין מהיר לפי תקנה 214ג לתקנות סדר הדין האזרחי; כן השוו, הגשת בקשת רשות להתגונן בתביעה בסדר דין מקוצר לפי תקנה 205(א) לתקנות סדר הדין האזרחי). תקנה 241(א) מוסיפה ומורה כי תצהיר שלא צורף לבקשה בעת הגשתה לא יצורף לה אלא ברשות בית המשפט. בכך מחמירות ההוראות העוסקות בבקשה בכתב ביחס להסדר הנוהג לגבי המרצת פתיחה, המהווה, כידוע, תובענה עצמאית (לעניין הגשת ראיות נוספות בהמרצת פתיחה, ראו תקנה 257 לתקנות סדר הדין האזרחי). מגבלה אחרת על הגשת הראיות במסגרת בקשה בכתב נקבעה בתקנה 245 לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה זו קובעת, כי אין לשמוע עדים שתצהיריהם לא צורפו לפי תקנה 241, אלא אם כן בית המשפט או הרשם הורה על כך מטעמים מיוחדים שיירשמו. תקנה 245 נועדה להבטיח שבירור הבקשה לא יהפוך ארוך ומסורבל כתוצאה משמיעה ממושכת של עדים. בית המשפט יתיר זימון עדים חלף הגשת תצהיריהם מקום בו הוא מוצא כי דרושה עדותו של אדם אשר אין לבעל הדין שליטה עליו, והוא אינו יכול לקבל ממנו תצהיר (ראו, י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995), 713).

7. בטרם נפנה ליישום הוראות תקנות 241 ו-245 על עובדות המקרה דנא, עלינו לבחון גם את מאפייניה הייחודיים של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית הינה בבחינת Sui Generis בין הבקשות בכתב. מאפיין ייחודי אחד של בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא כי בשונה מהליך ביניים שגרתית, הליך זה עשוי להכריע את גורלה של התובענה הייצוגית. על כן, דחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה פסק דין, הניתן לערעור בזכות (ראו, ע"א 8521/03 תאגיד לאיסוף כלי משקה בע"מ נ' קראוס, פ"ד נח(3) 289; לעומת זאת, החלטה המאשרת תובענה ייצוגית מהווה החלטה אחרת: ראו, סעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. על פי האמור שם, הרי בניגוד לדין הנוהג ככלל לגבי החלטות אחרות, יכולה הערכאה הדיונית ליתן רשות ערעור ולא רק ערכאת הערעור). בנוסף, הליך אישורה של תובענה ייצוגית הינו, ככלל, מורכב בהרבה מהליך בירורה של בקשה רגילה בכתב. במסגרת הליך אישור תובענה ייצוגית בודק בית המשפט האם התובע המייצג אוחז בעילת תביעה אישית (כך בדרך כלל, ואולם ראו סעיפים 4(א)-(2)-(3), וכן סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). כן בודק בית המשפט אם עומדת התובענה הייצוגית בתנאים שנקבעו בחוק לאישורה, כגון קיומן של שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, שיש אפשרות סבירה שיוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות). כלומר, טרם הכרעתו בשאלת אישור התובענה הייצוגית בוחן בית המשפט שורה ארוכה של שאלות עובדתיות ומשפטיות הנוגעות לתובענה ולאישורה (ראו, ז' גושן, מבט ביקורתי על חוק החברות החדש - תכלית החברה,

הצעות רכש והתובענה הייצוגית, משפטים לב (תשס"ב) 381, 412-417). ההבדל בין בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבין בקשות ביניים אחרות הוביל, בין היתר, לכך שהפסיקה הכירה בהליך של גילוי מסמכים (מוגבל ככל שיהיה) בגדרה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית (ראו, רע"א 1005/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513, 518; רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774). הבדל זה צריך לעמוד לנגד עינינו גם כאשר נדרשים אנו לשאלת הבאת ראיות נוספות שלא צורפו לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ולזימון עדים שתצהיריהם לא הוגשו לפי הוראות תקנה 241.

8. בהנחה שטענת המבקשת לפיה אין ביכולתה לקבל תצהירים מהעדים שביקשה לזמן נכונה, ובהנחה שמדובר בעדים הדרושים לבירור המחלוקת העובדתית בין בעלי הדין, מתקיים לכאורה טעם מספיק להתיר למבקשת לזמן את העדים. זאת במיוחד לאור העובדה שנראה כי אופיו הקצר והיעיל של הדיון בבקשות בכתב ממילא לא נשמר כשמדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. כמו כן, הואיל והכרעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית מצריכה, בדרך כלל, תשתית עובדתית ניכרת, פוחתת הרתיעה משמיעת עדים שתצהירם לא צורף לבקשה. ואולם, הבעייתיות בבקשה שהגישה המבקשת נובעת לא רק מכך שביקשה לזמן עדים שתצהיריהם לא הוגשו, אלא מהמועד המאוחר שבו הוגשה הבקשה ומהטענה שיש בעדויות משום תיקון בדיעבד של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. בהקשר זה עלינו להבחין בין תיקון של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לבין הבאת ראיות לביסוס האמור בה. ברי, כי ככל הליך משפטי אחר אין להתיר הגשת ראיות החורגות ממסגרת המחלוקת העובדתית כפי שהיא עולה מכתבי הטענות שהגישו בעלי הדין. זאת, בין אם הוגשו ראיות אלה באיחור ובין אם הוגשו מלכתחילה. השאלה הקשה יותר, המתעוררת לאור הוראת תקנה 241(א), הינה מתי יש להתיר הגשת ראיות נוספות שלא צורפו לבקשה לאישור תובענה ייצוגית. מקובלת עליי טענת המשיבות, לפיה לאור חשיבותה של התובענה הייצוגית והשפעתה על הציבור המיוצג ועל הגופים הנתבעים, יש לשרש את התופעה של בקשות לאישור תובענה ייצוגית שמוגשות ללא תשתית ראייתית ראויה, כגון בקשות המוגשות על בסיס כתבה בעיתון ותו לא (ראו והשוו, בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 600). אין להתיר ניסיונות ליצוק תוכן לבקשות נבובות לאישור תובענה ייצוגית תוך כדי הליך האישור. על כן, ככלל, אין להתיר הגשתן של ראיות שהיה ניתן, בשקידה ראויה, להגישן יחד עם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. במאמר מוסגר נציין, כי עשויים להיות מקרים בהם מגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית יעמוד על הצורך בראיה מסוימת רק לאחר שהוגשה תשובת המשיב לבקשה. בשל מורכבות ההליך לאישור תובענה ייצוגית והיקף השאלות העובדתיות והמשפטיות העשויות להתעורר בו, ייתכן כי גם במקרה כזה תהא הצדקה להתיר הגשתן של ראיות נוספות לאחר

שהוגשה תשובת המשיב. זאת, אף אם לכאורה ניתן היה להשיג ראיות אלה עובר להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.

9. ובחזרה לענייננו: בית המשפט המחוזי לא בחן, באף אחת מהחלטותיו את הצורך בזימון העדים לכשעצמו. על כן, אין לפניי תשתית עובדתית על פיה ניתן לקבוע אם אמנם לא הייתה יכולה המבקשת לאתר את העדים בשקידה ראויה עובר להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. כמו כן, לא נקבע אם אכן לא ניתן היה לקבל תצהירים מטעמים ולצרפם לבקשה לאישור תובענה ייצוגית או לחלופין לבקש כבר בעת הגשת הבקשה כי בית המשפט יזמנם למתן עדות. למשיבות טענות עובדתיות רבות בנוגע לשאלות אלה שלא התבררו. שאלה נוספת שיש לבחון לגופה היא האם עדויות העדים שזימונם התבקש חורגות ממסגרת המחלוקת העובדתית שהותוותה בכתבי הטענות אם לאו. בבית משפט קמא גם לא נבחנו טענות המשיבות בדבר העדר נפקות לעדותם של העדים ובדבר הסרבול שייגרם עקב זימונם. כדי לברר את כל אלה, אין מנוס אלא להשיב את התיק לבית המשפט המחוזי. אציין כי אחת מטענות המשיבות שיש בהן כדי לעורר דאגה, היא הטענה כי לא יהיה סוף לבקשותיה של המבקשת להוסיף ראיות, כי ככל שיתמשכו ההליכים בתיק הפלילי תבקש המבקשת שוב ושוב להוסיף ראיות שמקורן בהליך זה. המשיבות מצביעות על כך שבבקשה הראשונה לזימון עדים ביקשה המשיבה לזמן שני עדים ואילו בבקשה נשוא בקשת רשות ערעור זו ביקשה לזמן שישה עדים (כולל השניים הראשונים). ברי כי אין ליתן יד להוספה מתמשכת של ראיות בהתאם לשמיעת העדויות בהליך הפלילי (כך במיוחד שעה שהתביעה בהליך הפלילי הודיעה כי בכוונתה לזמן 220 עדים). נוסף על כל אלה את המובן מאליו והוא כי בכוחו של בית המשפט להיעתר לבקשה לגבי מקצת העדים.

10. הערעור מתקבל באופן חלקי, החלטתו של בית המשפט המחוזי מבוטלת והעניין יחזור אליו, כאמור לעיל. לאור מחדליה הדיוניים של המבקשת בבית משפט קמא, אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ז בניסן התשס"ז (15.4.2007).

ש ו פ ט