



בבית המשפט העליון

רע"א 4778/12

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס

המבקשות: 1. תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית
בישראל בע"מ
2. תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית
בישראל בע"מ

נגד

המשיב: עו"ד אופיר נאור

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי
במחוז מרכז מיום 23.05.2012 בתיק ת"צ 46010-07-11
שניתנה על ידי כבוד השופטת א' שטמדר

בשם המבקשות: עו"ד טל אייל בוגר; עו"ד דר להב; עו"ד קרן כהן
בשם המשיב: עו"ד שחר בן מאיר

פסק-דין

1. בבית המשפט המחוזי מרכז מתבררת בקשה לאישור תובענה ייצוגית (להלן – בקשת האישור). הבקשה הוגשה על ידי המשיב, נגד המבקשות (להלן – תנובה). לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז (כבוד השופטת א' שטמדר) לדחות את בקשת תנובה למחיקת מסמכים וטענות מתשובת המשיב לתשובת תנובה לבקשת האישור (קרי, מהתשובה לתשובה).

2. בחודש יולי 2011 הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי מרכז בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד תנובה. בבקשת האישור נטען, כי תנובה ניצלה את מעמדה כמונופול וקבעה החל מחודש יולי 2006 "מחיר גבוה ומוגזם שהינו בלתי הוגן, ביחס למוצר בסיסי הנצרך כמעט בכל בית בישראל – גבינת קוטג'". המשיב טען, כי העלאת מחיר גבינת הקוטג', בשיעור של כ-40%, הינה בגדר ניצול לרעה של מעמדה של

תנובה כמונופול, בניגוד לסעיף 29א(ב)(1) בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים). בהקשר זה הדגיש המשיב, כי עלות ייצור גבינת קוטג' "אינה עולה ואף אינה מתקרבת לאותו שיעור של עליית המחיר לצרכן". המשיב העריך את הסעד הכספי לקבוצה הייצוגית בסך של כ-125 מיליון ש"ח.

3. בקשת האישור לא נתמכה בחוות דעת כלשהי. תנובה הגישה כתב תשובה לבקשת האישור. התשובה נתמכה בחוות דעת. כעבור מספר חודשים הגיש המשיב תשובה לתשובת תנובה (להלן – תשובת המשיב). לתשובה צירף המשיב חוות דעת מטעמו ומסמכים שלא צורפו לבקשת האישור. תנובה הגישה לבית המשפט המחוזי בקשה למחיקת המסמכים ולמחיקת הטענות הנוגעות למסמכים בתשובת המשיב. לחלופין, עתרה תנובה להורות למשיב להגיש בקשה מתאימה הנתמכת בתצהיר לצירוף המסמכים החדשים (להלן – בקשת המחיקה).

4. ביום 16.5.2012 דחה בית המשפט המחוזי מרכז (כבוד השופטת א' שטמיר) את בקשת המחיקה. בית המשפט הדגיש, כי היעדרות לבקשת המחיקה תהא צעד בלתי יעיל אשר יוביל להארכת ההתדיינות. לצד זאת הדגיש בית המשפט המחוזי, כי נוכח התנהלותו ה"חד צדדית" של המשיב, יהא עליו לשאת בהוצאות תנובה בסך של 3,500 ש"ח. כמו כן, קבע בית המשפט המחוזי כי "לאור ההיפוך שחל בסדר הגשת חוות הדעת" תוכל תנובה להשיב לתשובת המשיב ולצרף לתשובה הנוספת חוות דעת מעודכנת מטעמה. תנובה אינה משלימה עם החלטתו של בית המשפט המחוזי. מכאן בקשת רשות הערעור שלפניי. החלטתי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה.

5. השאלה המרכזית הטעונה הכרעה הינה, האם נפל פגם בכך שחוות דעת כלכלית, לצד מסמכים נוספים (להלן – החומר הנוסף), צורפו לראשונה על ידי המשיב רק לתשובתו לתשובת תנובה לבקשת האישור, ולא לבקשת האישור עצמה. זאת, בלא שהוגשה בקשה לצירוף החומר הנוסף, למשל בדרך של תיקון בקשת האישור. כידוע, ערכאת הערעור נמנעת, ככלל, להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בנושא מחיקת מסמכים וטענות מכתבי בי-דין. כך באופן כללי, והוא הדין לעניין החלטות שניתנו במסגרת הליך של בקשה לאישור תובענה ייצוגית (ראו, לדוגמה, רע"א 8151/01 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' רייס (לא פורסם, 5.2.2002)). במקרה דנא, קיים צידוק להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי. הלכה פסוקה היא, כי "אין להתיר הגשתן של ראיות שניתן, בשקידה ראויה, להגישן יחד עם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית" (רע"א 8562/06 פופיק נ' פז 1993 בע"מ, פסקה 8 (טרם פורסם, 15.4.2007)).

(להלן – עניין פופיק); רע"א 9421/10 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' ברוט, פסקה 2 (טרם פורסם, 13.2.2011)). בית המשפט המחוזי לא בחן אם המשיב יכול היה, בשקידה ראויה, לצרף את החומר הנוסף כבר במועד הגשת בקשת האישור. בית המשפט המחוזי אף לא בחן כלל אם הטענות בתשובת המשיב, הנסמכות בין היתר על החומר הנוסף, מהוות הרחבת חזית. בית המשפט המחוזי השלים, למעשה, עם התנהלותו של המשיב. הוא התיר, אומנם, לתנובה להשיב לתשובה, והטיל על המשיב הוצאות, אך הוא לא מצא להתערב בדיעבד בהתנהלותו הדיונית של המשיב.

6. איני סבור כי יש לאפשר למבקש בבקשה לאישור תובענה ייצוגית לצרף תוך כדי הליך האישור, ובלא קבלת היתר מבית המשפט, חומר שלא צורף לבקשה עם הגשתה ואשר על פי טיבו ואופיו היה אמור להיות חלק מבקשת האישור המקורית. זאת, בהתחשב במגבלות הקבועות בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן – תקנות סדר הדין), לגבי אופן הגשת ראיות התומכות בבקשה בכתב (ראו תקנות 241(א) ו-245 לתקנות סדר הדין; לסקירת ההסדרים ראו עניין פופיק, פסקה 6). הכלל הוא, כי התשובה לתשובה, במסגרת בקשה בכתב, "אינה אמורה להוות בימה להצגת טענות חדשות, והיא מיועדת למתן מענה לטענות שהועלו בכתב התשובה" (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 477 (מהדורה עשירית, 2009)). מובן, כי יש להתחשב בכך שבקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה Sui Generis בין הבקשות בכתב. זאת, בין היתר, בהתחשב במורכבותה ובהשלכות דחייתה מבחינת המבקש בבקשת האישור. כלומר, לעניין צירוף חומר חדש לאחר הגשת בקשת אישור יש להתחשב בהבדלים בין בקשה בכתב לבין ההליך המיוחד של בקשה לאישור תובענה ייצוגית (ראו, עניין פופיק, פסקה 7). מכל מקום, על המשיב, הוא המבקש בבקשת האישור, לצלוח את המשוכה של קבלת היתר מראש מבית המשפט. אפילו ניתן לגלות גמישות רבה יותר עם מבקשים בבקשת אישור, ביחס למבקשים המגישים תשובה לתשובה במהלך הדיון בבקשה בכתב "רגילה", וביחס לחומר שניתן לכלול בכתב תשובה בהליך אזרחי (ראו תקנה 64 לתקנות סדר הדין), הרי עדיין נדרש בית המשפט ליתן אישור מראש להגשת חומר נוסף בשלב התשובה לתשובה בבקשת אישור (ונראה, כי הדרך הראויה היא הגשת בקשה לתיקון בקשת האישור עצמה). זאת, כמובן, לגבי חומר החורג מגדר מה שרשאי המבקש להביא בגדר תשובה לתשובה. מקובלת עלי טענת תנובה, כי השלמה עם התנהלותו הדיונית של המשיב, אשר צירף לתשובתו חומר נוסף בלא קבלת היתר, עשויה, למרבה הצער, לעודד תובעים ייצוגיים אחרים להתנהל באופן דומה. יש לבלום את התופעה שקנתה לה אחיזה בימינו, של ניסיונות חוזרים ונשנים לעריכת מקצה שיפורים בבקשות לאישור תובענה ייצוגית אשר נשענו, עם הגשתן, ולעתים במודע, על תשתית עובדתית רעועה. אכן, "אין להתיר ניסיונות ליצוק תוכן לבקשות נבוכות

לאישור תובענה ייצוגית תוך כדי הליך האישור" (עניין פופיק, פסקה 9). התנהלות כאמור מסרבלת לשווא את הדיון בבקשת האישור; היא מובילה לניצול לא יעיל של משאבים שיפוטיים יקרי ערך; והיא מטילה נטל על המשיב לבקשת האישור, שלעתים אין לו כל הצדקה.

7. ניתן להעלות השערות שונות באשר לסיבות שהובילו להתגברות התופעה המתוארת. לא ניתן לשלול את האפשרות כי קיימים תמריצים מוכּנים שונים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – חוק תובענות ייצוגיות), מבחינת תובעים ייצוגיים, להיות אלה המגישים את בקשת האישור הראשונה בזמן בנושא מסוים. כך, למשל, קובע סעיף 7(ב)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אם תלויות ועומדות בקשות אישור שהוגשו בשם אותה קבוצה, כולה או חלקה, יורה בית המשפט "על מחיקת הבקשה לאישור המאוחרת, כולה או חלקה..." (ההדגשה הוספה – א' ג'; יודגש, כי הסעיף האמור מוסיף וקובע, כי ניתן להורות אחרת "מטעמים מיוחדים שיירשמו"; וראו, ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי, פסקאות ט"ז-כ' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (טרם פורסם, 18.1.2012)). ניתן להפנות, בנוסף, לסעיף 7(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לבית המשפט לו הוגשה בקשת אישור מאוחרת בזמן, להעביר את הדיון בה לבית המשפט לו הוגשה הבקשה המוקדמת בזמן, אם הבקשות מעוררות שאלות משותפות של עובדה או משפט, הזהות או דומות בעיקרן (סעיף 7(א)(1)). יוער, כי אם מתקיימת, בנוסף לכך, זהות או דמיון בין הקבוצות בבקשות האישור, קובע סעיף 7(א)(2) לחוק כי בית המשפט לו הוגשה הבקשה המאוחרת, יעביר את הדיון בה לבית המשפט לו הוגשה הבקשה המוקדמת בזמן (ראו, בש"א 1533/12 אלקיים נ' GlaxoSmithKline (Israel) Ltd, פסקה 2 (טרם פורסם, 11.4.2012)). ניתן להעלות השערות נוספות המסבירות מדוע מוגשות, לעתים, בקשות לאישור תובענה ייצוגית, שאין דרך להגדירן אלא כבקשות "אינסטנט", היינו בקשות שמעיון חטוף בהן ניתן להיווכח כי הן הוגשו בזריזות מופלגת, בלא שנתמכו בתשתית עובדתית ראויה (ראו והשוו, בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 600, 573 (השופט מ' חשין) (1994)).

8. איני מבקש לרמוז בדבריי כי בקשת האישור הוגשה על ידי המשיב בהתבסס על תשתית עובדתית רעועה או מטעמים לא ראויים, ואף אינני מתכוון להעלות השערות לגבי הסיבה שהובילה לאופן הגשת בקשת האישור במקרה דנא, בלא חוות דעת כלכלית התומכת בה. אדגיש, כי ייתכן מאוד שהמשיב יצליח להראות כי מוצדק היה לקבל את החומר הנוסף (ואיני קובע מסמרות לגבי סוגיה זו). כל העניינים הללו ראוי שיתבררו לפני הערכאה הדיונית. יצוין, עם זאת, כי המשיב ביסס את עילת התביעה

בבקשת האישור על סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף זה קובע, כי ניתן יהיה לראות בעל מונופולין כמי שמנצל לרעה את מעמדו בשוק, באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, אם הוכח כי הלה קבע "רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין" (לדיון בהוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ראו, רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 711-713 (2005) (להלן – עניין ישראלכרט)). סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים מוסיף וקובע, כי פעולה בניגוד להוראות החוק הינה בגדר עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. ברי, כי נטל ההוכחה המוטל על מגיש בקשת האישור אינו קל. זאת, אפילו בשלב הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, בו יש להידרש לתשתית הראייתית הלכאורית העומדת ביסוד התובענה הייצוגית ולסיכויי הצלחתה (ראו, רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 290-293 (2001); רע"א 8761/09 סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל, פסקה 2 (טרם פורסם, 6.5.2010)). אכן, "מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר" (עניין ישראלכרט, בעמ' 716 (השופטת מ' נאור)). בהקשר זה הוסיפה השופטת נאור והדגישה בעניין ישראלכרט (שם), כי "תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה בלתי פשוטה שכזאת יכול למשל להגיש חוות-דעת כלכלית היפותטית... [ההדגשה הוספה – א' ג']". מכאן, שלכאורה היה מצופה מהמשיב דכאן, דווקא בבקשת אישור העוסקת בסוגיה כלכלית מובהקת, לתמוך את טענותיו, כבר בבקשת האישור, בחוות דעת כלכלית המבססת את טענתו בדבר קביעת מחיר לא הוגן לגבינת הקוטג'. נכון הוא, שהמשיב הסתמך בבקשת האישור על שורה של מסמכים שהוכנו על ידי גורמים שונים. למשל, דו"ח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מחודש יולי 2011, המצביע, לטענת המשיב, על העלאת מחירי המזון בישראל ועל הפער בין העלאת המחירים לבין עלות חומרי הגלם. כמו כן, היפנה המשיב למחקר של משרד החקלאות שהוכן לצורך בחינת הצורך בפיקוח על מוצרי חלב. עם זאת, המשיב לא צירף, כאמור, חוות דעת כלכלית שהוכנה על רקע בקשת האישור עצמה, המתמקדת בטענה בדבר קביעת מחיר לא הוגן על ידי תנובה לגבינת קוטג'.

9. סבורני, איפוא, כי הדרך הדיונית הראויה לבחינת מידת הצידוק בהוספת החומר החדש, כמו גם הטענות המתייחסות לאותו חומר, הינה הגשת בקשה למתן היתר לצירוף החומר או בקשה לתיקון בקשת האישור. היה ותוגש בקשה כאמור יידרש בית המשפט לבחון האם יכול היה המשיב, בשקידה ראויה, לצרף את החומר החדש כבר לבקשת האישור. יש לזכור, כי תנובה, אשר נדרשה להשיב לבקשת האישור, צירפה לתשובתה חוות דעת כלכלית. משמעות הדברים היא, כי היה ותינתן למשיב אפשרות לצרף חוות דעת מטעמו לתשובתו לתשובת תנובה, הרי יש להניח כי תנובה

תיאלץ להגיש חוות דעת נוספת מטעמה. אין להטיל נטל כאמור על משיב בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, בלא בחינה כלשהי של הסוגייה, וביתר פירוט את מידת הצידוק לצירוף חומר נוסף רק בשלב התשובה לתשובה. מן העבר השני, יש אף להתחשב באופייה המיוחד של בקשת האישור (ראו פסקה 6 לעיל). מכל מקום, חובה לאפשר לבעלי הדין להציג את טענותיהם בנושא.

10. התוצאה היא שהערעור מתקבל, במובן זה שהמשיב יהא רשאי להגיש לערכאה הדיונית, עד ליום 10.10.2012, בקשה לצירוף החומר הנוסף והטענות החדשות לתשובתו לתשובה או בקשה לתיקון בקשת האישור. היה ולא תוגש בקשה עד המועד האמור, תינתן החלטה חדשה על ידי בית המשפט המחוזי בבקשה למחיקה על הסף, בהתחשב בשיקולים שהובאו לעיל. נוכח התוצאה אליה הגעתי, לא ראיתי צורך בהגשת תגובה מטעם תנובה לתשובה לבקשת רשות הערעור. לבסוף, איני מוצא להתערב בסכום ההוצאות שהושת על המשיב בהחלטת בית המשפט המחוזי (3,500 ש"ח). חיוב זה יעמוד על כנו. עם זאת, המשיב יישא, בגין בקשת רשות הערעור, בשכר טרחת עורך דין בסך 10,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ט בתמוז התשע"ב (19.7.2012).

ה נ ש י א