



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 1468/23

לפני : כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקש : עו"ד אריה ישראל ערמון

נ ג ד

המשיבות :

1. ויקטורי רשת סופרמרקטים בע"מ
2. טיב טעם רשתות בע"מ
3. רשת חנויות רמי לוי שיווק השיקמה 2006 בע"מ
4. יינות ביתן בע"מ
5. כלבו חצי חינם בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 22.12.2022 בת"צ 53091-10-20 שניתנה על ידי כבוד השופטת לימור ביבי; ובקשה לעיכוב ביצוע

בשם המבקש : עו"ד רועי בכר; עו"ד אברהם יהודה

בשם המשיבה 1 : עו"ד נופר טל

בשם המשיבות 2-3 : עו"ד רונית סיטון זלקינד

בשם המשיבה 4 : עו"ד נועם מחלב; עו"ד קובי בר-און

בשם המשיבה 5 : עו"ד אור נוי; עו"ד אסטר נחום

פסק-דין

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת לימור ביבי) בת"צ 53091-10-20 מיום 22.12.2022, במסגרתה נקבע כי על המבקש להפקיד ערובה בסך של 100,000 ש"ח להבטחת הוצאות המשיבות כתנאי

להמשך ניהולו של ההליך. בצדה של בקשת רשות הערעור, הוגשה גם בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה.

רקע עובדתי והליכים קודמים

1. ביום 26.10.2020 הגישו עו"ד אריה ישראל ערמון (להלן: המבקש), ועו"ד סיון יעלי בצרי (להלן: עו"ד בצרי, ויחדיו: המבקשים) בקשה לאישור תובענה כייצוגית לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות): "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (להלן: בקשת האישור). בבקשת האישור נטען, כי חמש המשיבות – רשתות קמעונאיות בתחום המזון (להלן: המשיבות) – מספקות בעקבות הזמנות המבוצעות באתר האינטרנט שלהן או דרך יישומים ייעודיים אחרים (פלטפורמות אלו יכנונו להלן: שירותי האונליין) מוצרים שקילים (כגון פירות, ירקות, גבינות ועוד) במשקל העולה על זה שהוזמן על ידי הלקוחות, וגובות מהם תשלום בהתאם לאשר סופק בפועל. נטען כי בכך, המשיבות "מאלצות" את הלקוחות לקבל, באופן שיטתי, מוצרי מזון במשקלים החורגים מאלה שהוזמנו על ידם ואף לשלם בגין חריגות אלו (להלן: החריגות), וזאת מבלי שנתבקשה הסכמתם לכך. על כן, סבור המבקש כי קמות לו ולחברי הקבוצה עילות תביעה שונות, ביניהן: הטעיה צרכנית לפי סעיפים 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, רשלנות לפי סעיף 39 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ועילות נוספות. יוער, כי לבקשת האישור צורפו מעל ל-100 קבלות בגין הזמנות שביצע המבקש בשירותי האונליין של המשיבות במועדים שונים במהלך שנת 2020 (להלן: ההזמנות), אשר מהן עולה כי אחוז החריגות נע, לכאורה, בין שיעורים אפסיים לעשרות ואף מאות אחוזים. עוד יצוין כי נוסף על הנזק הממוני שנגרם לכאורה למבקש ולחברי הקבוצה, הלה תבע גם בגין היווצרותו של נזק בלתי ממוני, שנגרם לטענתו כתוצאה מעוגמת הנפש שחוו הלקוחות, הפגיעה באוטונומיה שלהם ועוד. לפיכך, הנזק הכולל הוערך על ידי המבקש בכ-1.675 מיליארד ש"ח.

2. לאחר שהתקבלו תשובות המשיבות לבקשת האישור, תגובת המבקשים לתשובותיהן (להלן: תגובת המבקשים), ולאחר שהתקיים דיון קדם משפט ביום 12.9.2021, הודיעה עו"ד בצרי ביום 1.10.2021 כי היא לא תעמוד על תביעתה. בהמשך, ביום 4.10.2021 ביקשה המשיבה 4, יינות ביתן בע"מ (להלן: יינות ביתן), למחוק סעיפים מסוימים מתגובת המבקשים וכן את התצהירים שצורפו אליה, משהם העלו, לטענתה, טענות שלא נכללו בבקשת האישור: המבקשים טענו בתגובתם ובתצהירים שצורפו לה כי הם לא עשו כל שימוש בחריגות שקיבלו מהמשיבות – עובדה אשר לשיטתם, מבססת

את קיומו של נזק ממוני שנגרם להם (הוא התשלום בגין אותן חריגות). ואולם, אלו לא ציינו טענה עובדתית זו בבקשת האישור. משכך, נוסף על יינות ביתן, אף יתר המשיבות ביקשו למחוק סעיפים מתגובת המבקשים (או את כולה), כאשר הן טענו לסעיפים שונים אותם יש לשיטתן למחוק ממנה – כל אחת מנימוקיה שלה (בקשות המחיקה יכוננו יחדיו להלן: בקשות המחיקה). ביום 6.12.2021 הכריע בית משפט קמא בבקשות למחיקה, וקבע כי יש לקבלן ברובן, כך שהטענות לעניין הנזק והתצהירים שצורפו לתגובת המבקשים יימחקו, משהם עולים לכדי הרחבת חזית אסורה (להלן: ההחלטה מיום 6.12.2021). בנוסף, ומשעו"ד בצרי משכה את תביעתה כמפורט לעיל, נקבע כי על המבקש לערוך שינויים נוספים בכתב התגובה החדש שיוגש, כך שטענותיה של עו"ד בצרי יימחקו גם הן. בהתאם לכך, המבקש הגיש כתב תגובה מתוקן ביום 22.12.2021 (להלן: כתב התגובה המתוקן).

למען שלמות התמונה יוער, כי המשיבה 1, ויקטורי רשת סופרמרקטים בע"מ (להלן: ויקטורי), ביקשה למחוק סעיפים אף מכתב התגובה המתוקן, ובקשה זו נדחתה ברובה ביום 13.1.2022. ביני לביני, הגיש המבקש בקשה להוספת ראיות על מנת שיוכל להגיש תצהירים נוספים, וחרף התנגדותן של המשיבות, זו התקבלה בחלקה ביום 24.2.2022.

3. בהמשך, ביום 11.11.2022, ביקשו המשיבות להורות למבקש להפקיד ערובה להבטחת הוצאותיהן בניהול ההליך כתנאי להמשך ניהולו, בסכום שלא יפחת מ-350,000 ש"ח (להלן: הבקשה להפקדת ערובה). נטען כי יישומו של המבחן האינטגרטיבי שהותווה בפסיקה לבחינת השאלה אימתי יידרש מגיש בקשת אישור להפקיד ערובה, מוביל למסקנה כי בנסיבות העניין על המבקש לעשות כן. זאת, בין היתר משום שלשיטתן, ניתן לקבוע בנקל כי מצבו הכלכלי של המבקש רעוע, וכן משום שבקשת האישור דלה ובלתי מבוססת מבחינה משפטית, בדומה לבקשות נוספות לאישור תובענה כייצוגית שהגיש המבקש בעבר. במסגרת התנגדותו של האחרון לבקשה להפקדת ערובה, הלה ציין כי טענותיהן של המשיבות שגויות הן מבחינה עובדתית הן מבחינה משפטית, וכי כל מטרתן היא לסכל את ההליך ולהקשות על המבקש.

4. ביום 22.12.2022 הכריע בית משפט קמא בבקשה להפקדת ערובה, וקבע כי מתקיימות בענייננו נסיבות חריגות אשר מצדיקות את חיוב המבקש בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות המשיבות, והעמיד את גובה הערובה על סך של 100,000 ש"ח (להלן: הערובה ו-ההחלטה, בהתאמה). בתוך כך, בית המשפט סקר את שלושת התנאים המצטברים שהותוו בפסיקה לעניין זה במסגרת רע"א 4381/17 תועלת לציבור נ' בנק

הפועלים בע"מ (2.10.2017) (להלן: שלושת התנאים או המבחן האינטגרטיבי, ו-עניין תועלת לציבור, בהתאמה): לבקשת האישור יש סיכויים דלים; מצבו הכלכלי של מגיש בקשת האישור הוא רעוע; מגיש בקשת האישור התנהל בצורה בלתי ראויה מבחינה דיונית. במסגרת יישומם של תנאים אלו, בית המשפט עמד על מצבו הכלכלי של המבקש בהרחבה, ובתוך כך על העובדה שנגד המבקש ננקט הליך פשיטת רגל שהסתיים במתן צו הפטר (פש"ר 12-07-56990. להלן: הליך הפש"ר) כמו גם מספר הליכי הוצאה לפועל; שאין כל נכסים רשומים על שמו; וכן על הצהרתו בפני בית המשפט זה מחודש מרץ 2022, במסגרת הליך אחר (ע"א 1633/22 ערמון נ' כל בו חצי חינוס בע"מ (12.7.2022). להלן: ע"א 1633/22), לפיה הוא שרוי בקשיים כלכליים.

עוד ציין בית המשפט כי יש לקבל את טענת המשיבות לעניין דלותה המשפטית של בקשת האישור, בהינתן שלא עלה בידי המבקש להצביע על נזק שנגרם לו או לחברי הקבוצה, וניסיונותיו לעשות כן בדיעבד עלו כדי הרחבת חזית, כמפורט בהחלטה מיום 6.12.2021. ביחס לתנאי השלישי והאחרון, שעניינו התנהלותו הדיונית של המבקש, נקבע כי תנאי זה מתקיים בענייננו, אם כי לא באופן מובהק. לאור כל אלו, נקבע כי ישנו מקום לחייב את המבקש בהפקדת ערובה כתנאי להמשך ניהולו של ההליך. ואולם, מאחר שההליך הייצוגי הוא דו-שלבי, ואנו מצויים בשלב בקשת האישור, נקבע כי אין למצות את מלוא גובה ההוצאות הצפויות למשיבות כבר בשלב זה, ועל כן גובה הערובה הועמד על סך של 100,000 ש"ח בלבד.

על החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערעור שלפניי.

טענות הצדדים

5. לשיטת המבקש, יישום שגוי של שלושת התנאים במסגרת ההחלטה הוביל את בית משפט קמא לתוצאה קשה, אשר יש בה כדי לחסום את זכותו של המבקש, וכנגזר מכך אף של חברי הקבוצה, ליומם בבית המשפט. לגישתו, בית המשפט סטה מאופן היישום הראוי של המבחן האינטגרטיבי בכללותו, וזאת בעיקר נוכח קביעתו של בית משפט זה בעניין תועלת לציבור כי התוצאה של חיוב בהפקדת ערובה תהא מוצדקת במקרים חריגים שבחריגים, ורק כאשר התמונה העובדתית נהירה באופן שמייתר את בירורה על ידי בית המשפט. זאת ועוד, נקבע כי יש לחייב מגישים של בקשות אישור תובענה כייצוגית בהפקדת ערובה רק במקרים בהם כוחם המצטבר של שלושת התנאים מרשים ומסיבי. ואולם, המבקש סבור כי אף לא אחד מהתנאים כאמור מתקיים בענייננו, קל וחומר שלא באופן "מסיבי": ראשית, באשר לסיכוייה של בקשת האישור, הודגש כי

לא רק שסיכוייה אינם קלושים, אלא שהם מן המשופרים – בהקשר זה המבקש הפנה למספר תביעות בעניינים דומים, כאשר אחת מהן מתנהלת כיום כתובענה ייצוגיות (דהיינו, צלחה את משוכת שלב בקשת האישור); שנית, ובניגוד לנטען על ידי המשיבות בבקשה להפקדת ערובה, אין בעת הזו (וגם לא במועד הגשת בקשת האישור) חוב מכל סוג שהוא העומד לחובת המבקש, ואף לא כל הליך גבייה שמתנהל נגדו. בנוסף, הצהרתו במסגרת ע"א 1633/22 הייתה אומנם כנה, אך היא אינה רלוונטית עוד, שכן היא נבעה מקושי זמני ונקודתי – שחלף; שלישית, ביחס להתנהלותו הדיונית של המבקש, הוטעם כי אף במסגרת ההחלטה נקבע כי תנאי זה מתקיים ברף הנמוך, ומכל מקום, עצם העובדה שבקשות שהגיש המבקש נדחו, או התקבלו חלקית, אינה עולה לכדי התנהלות דיונית בלתי ראויה.

לאור כל האמור, סבור המבקש כי יש לבטל את ההחלטה ולפטור אותו מהפקדת כל ערובה. לחלופין, סבור המבקש כי יש להפחית את גובה הערובה הנדרשת באופן ניכר.

6. בתשובתה מיום 12.3.2023, טענה ויקטורי כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור כבר מהסיבה שככלל, התערבות בהחלטות בעניין ערובה תיעשה במקרים חריגים ביותר. לגופו של עניין נטען, כי המבקש הציג נתונים בלתי מדויקים ביחס להזמנות שביצע מויקטורי, באופן אשר שומט את הקרקע תחת כל טענה להתנהלות שיטתית ומנוגדת לדין מצדה. משכך, סיכויי בקשת האישור קלושים לשיטתה, באופן אשר מקיים את התנאי השני שנקבע בעניין תועלת לציבור. באשר למצבו הכלכלי של המבקש, זו סמכה ידיה על ההחלטה, אשר קבעה כי למעשה, המבקש הודה בעצמו בחלק מטענות המשיבות לעניין מצבו הכלכלי הרעוע, מאחר שהוא לא סתר אותן (פס' 7 להחלטה). לתפיסתה, אין ספק כי המבקש לא יוכל לעמוד בפירעון הוצאותיה (ככל שיושת עליו חיוב כזה), וכי הליכים שהתנהלו בעבר בעניינו – בכללם הליך הפש"ר – מדברים בעד עצמם.

7. ביום 14.3.2023 הצטרפה כלבו חצי חינם בע"מ, היא המשיבה 5 (להלן: חצי חינם), לעמדת ויקטורי והוסיפה, כי טענותיו של המבקש לפיהן אין לו כל חוב או תיק התלויים ועומדים נגדו כיום, אינה מצדיקה סטייה מההחלטה, וזאת משום שלב העניין אינו בתיק כזה או אחר, אלא בהתנהלות כלכלית בלתי יציבה ורעועה שמפגין המבקש לאורך זמן. יינות ביתן הצטרפה גם היא לטענותיהן של ויקטורי וחצי חינם, אך הוסיפה כי סיכויי בקשת האישור בעניינה נמוכים במיוחד, בהינתן שהיא ציינה בתקנון שירות האונליין שלה כי מוצרים שקילים עלולים להגיע ללקוח עם "סטייה סבירה" מהמשקל

המבוקש, וכי התשלום מחושב לפי המשקל שנמסר ללקוח בפועל. יתר על כן, יינות ביתן הדגישה במיוחד את סוגיית הנזק – מאחר שהמבקש לא טען במסגרת בקשת האישור כי הוא לא עשה שימוש בחריגות שקיבל מהמשיבות, כלל לא ברור שנגרם לו נזק כתוצאה מהתנהלות הנטענת.

8. המשיבות 2 ו-3, טיב טעם רשתות בע"מ (להלן: טיב טעם) ורשת חנויות רמי לוי שיווק השקמה (2006) בע"מ (להלן: רמי לוי), החרו החזיקו אחר טענות יתר המשיבות (ויקטורי, יינות ביתן וחצי חנים) ביחס ליישום שלושת התנאים בעניינו של המבקש. ברם, לעניין התנהלותו הדיונית של המבקש הן העירו כי ניתן ללמוד על הבעייתיות שבבקשת האישור אף מהעובדה שהמבקש הגיש אותה בפזיזות ובהיעדר ביסוס משפטי מספק. בשל פזיזותו הנטענת, אין פלא איפוא – כך לעמדת השתיים – כי המבקש ניסה בשלב מאוחר יותר "לתקן" את מחדליו; ניסיונות שלא צלחו. משכך, אף אלו סבורות כי משקלם המצטבר של יישום שלושת התנאים בעניינו עומד באמות המידה שנקבעו בפסיקה, ומצדיק את חיובו של המבקש בהפקדת הערובה בהיקפים משמעותיים.

לאור כל האמור, סבורות חמש המשיבות כי דין בקשת רשות הערעור להידחות במלואה.

9. ביום 29.3.2023 הגיב המבקש לתשובותיהן של המשיבות (להלן: התגובה) וחזר על עיקרי טענותיו. המבקש הוסיף וטען כי על פי ההלכה הפסוקה, גם מקום בו קיים קושי כלכלי מסוים אצל מגיש בקשת האישור (וכאמור, המבקש מכחיש כי קיים קושי כזה בעניינו), ואף כאשר סיכויי בקשת האישור אינם גבוהים והתנהלותו של האחרון אינה מיטבית – אין להורות על הפקדת ערובה כתנאי להמשך ניהול ההליך. על כן, הלה עומד על טענתו כי לא רק שלא היה מקום לבצע בירור עובדתי מלכתחילה בסוגיית יציבותו או מסוגלותו הכלכלית, אלא שאף לאחר בירור שכזה – ולאור התנאים המחמירים שהציבה הפסיקה בעניין – לא היה מקום להורות על הפקדת הערובה.

דיון והכרעה

10. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור, בטענות הצדדים כפי שהן הובאו בתשובות לבקשה ובתגובת המבקש לתשובות אלה, הגעתי למסקנה כי יש לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. אקדים מסקנה לדיון ואומר כי דין הבקשה להתקבל באופן חלקי, כפי שיפורט להלן.

11. נקודת המוצא של הדיון בענייננו היא תקנה 2(ו) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: התקנות), לפיה בקשת אישור לתובענה כייצוגית לא תותנה בהפקדת ערובה להוצאות הנתבע, אלא "מטעמים מיוחדים שיירשמו". מה הם טעמים מיוחדים אלה? שאלה זו נדונה בהרחבה בעניין תועלת לציבור, במסגרתו פירש השופט ניל הנדל את התקנה האמורה, תוך עמידה על הדמיון והשוני שבין ההסדר הקבוע בתקנה 2(ו) לתקנות לבין הסדרים אחרים שעניינם חיוב תובע בהפקדת ערובה (עניין תועלת לציבור, בפסקאות 3-5), וכן לאורן של התכליות המהותיות והדיוניות של ההליך הייצוגי בכללותו (שם, בפסקאות 6-9). בתוך כך, השופט הנדל הרחיב בדבר מנגנון הפקדת הערובה כמנגנון אשר מאזן בין זכות הגישה לערכאות והזכות לקניין של התובע, מן העבר האחד, לבין המטרות שבמניעת תביעות סרק ויעולו של ההליך, מן העבר השני: בעוד שזכות הגישה לערכאות והזכות לקניין מושכות לעבר גישה מרחיבה, אשר מאפשרת לתובע (או מגיש בקשת האישור) לקבל את יומו בבית המשפט מבלי להיתקל במכשולים כלכליים דוגמת הפקדת ערובה, יעילותו של ההליך הדיוני והחתימה למניעת תביעות סרק שואפות למנוע מצבו בו נתבע שנכפה עליו הליך שיפוטי, וסיים אותו כשידו על העליונה, ייאלץ לשאת בהוצאותיו (שם, בפסקה 3).

12. בהמשך לכך, וכפי שהבהיר השופט הנדל, חשיבותו של האיזון האמור – אשר רלוונטי להסדרים הנוגעים להפקדת ערובה במסגרת כל הליך משפטי – מתחדדת על רקע תכליותיו הייחודיות של ההליך הייצוגי. ראשונה במעלה בהקשר זה היא התכלית הציבורית של מוסד התובענה הייצוגית – הליך אשר תכליתו הגרעינית מתן פתרון משפטי וחברתי לשאלת מימושן של תביעות מזעריות, דומות ורבות, אשר אין כל כדאיות כלכלית לניהול עצמאי ונפרד של כל אחת ואחת מהן כשהיא עומדת לבדה (ראו, למשל: רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר, פסקה 14 (16.4.2018); רע"א 2298/19 פינצ'בסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ, פסקה 19 (4.8.2021)). כך, ריכוזן של תביעות אלו יחדיו במסגרת מוסד התובענה הייצוגית, יוצר תובענה אחת, משמעותית ואפקטיבית, אשר מאפשרת לקבוצת הנפגעים לממש את זכותם לגישה לערכאות השיפוטיות ולפיצוי הולם בגין העוול שנגרם להם (ראו: רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 16 (14.12.2006); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקה כ' לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין (6.9.2017) (להלן: עניין שלמה); עניין תועלת לציבור, בפסקה 6). באופן זה, מושגת, בין היתר, התכלית שבמיצוי הדין עם גופים גדולים, אשר פעולותיהם עלולות לגרום לנזק שהוא זניח ברמה האינדיווידואלית, אך

משמעותי בערכו המצטבר, באופן המונע מהם התעשרות שלא כדין על חשבון הציבור (ראו: רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא, פסקה 4 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (23.11.2010); ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (12.3.2014)) ומרתיע אותם מפני הפרת הדין (סעיף 1 לחוק; ע"א 7100/19 קימברלי-קלארק ישראל שיווק בע"מ נ' גז-מסטיי, פסקה 16 (11.8.2021)).

13. אף תבניתו הדיונית של ההליך הייצוגי, המבדלת אותו מהליכים אזוריים "רגילים", משפיעה על סוגיית הערובה הנדונה. כידוע, ההליך הייצוגי הוא דו-שלבי: בשלב הראשון מתקיים דיון מקדמי בבקשת האישור, ורק לאחריו, אם נמצא כי בקשת האישור עומדת בתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, מתבררת התובענה לגופה. מבנה דו-שלבי זה עלול ליצור פתח לפגיעה ביעילותו של ההליך הייצוגי משני צדדי המתרחס. מצד הנתבעת, בדמות "גרירת" ההליך על פני זמן רב או בדמות ניסיונה להחליש את התובע הייצוגי באופן אשר ירתיע אותו משימוש בכלי התובענה הייצוגית (ראו: רע"א 9989/17 ניו ספורטס אנד מרקטינג בע"מ נ' זילברג, פסקה 24 (22.11.2018); והשוו רע"א 5635/13 קורל-תל בע"מ נ' דז, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא אשר גרוניס (1.4.2015)); ומצד התובע הייצוגי, אשר עלול לפעול ממניעים פסולים, כגון רצון לפגוע במתחרה עסקי או "לסחוט" פשרה (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פסקה 95 לפסק דינו של השופט חנן מלצר (4.9.2014); והשוו עניין שלמה, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט פוגלמן). נוכח כל אלה, הובע חשש מפני התמשכות יתר של השלבים המקדמיים (ובראשם שלב הדיון בבקשת האישור) תוך "השתלטותם" על ההליך הייצוגי העיקרי (ראו: רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 15 (5.7.2012); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 633, 661-662 (2013)). בהמשך לכך, ובהתבסס על האיוון שהוזכר לעיל, חשוב שגם האפשרות להגיש בקשה להפקדת ערובה לא "תכביד" יתר על המידה על השימוש במכשיר הייצוגי, אלא הדיון בה יהיה במסגרת הליך פשוט ומהיר, שלא יסבך שלא לצורך את הדיון בשלב בבקשת האישור, מחד גיסא, ולא יביא להכבדה מיותרת בעלויות התדיינות, מאידך גיסא.

חיוב מגיש בקשת האישור בהפקדת ערובה – אימתני?

14. מהתכליות האמורות, ומתבניתו של ההליך הייצוגי, גזרה הפסיקה את הכלל שיש ליישם במקרים בהם המשיבה לבקשת האישור, היא הנתבעת בהליך הייצוגי, מבקשת לחייב את מגיש בקשת האישור בהפקדת ערובה. בעניין תועלת לציבור נקבע כי יש

לבחון שלושה שיקולים מרכזיים בהקשר זה: סיכוייה של בקשת האישור; מצבו הכלכלי של המבקש; ואופן התנהלותו במסגרת ההליך. שילוב שיקולים אלה יוצר, כך נקבע, "מבחן אינטגרטיבי", כאשר חיוב המבקש בהפקדת ערובה תלוי בכך שלבקשת האישור סיכויים דלים; שמצבו הכלכלי של המבקש רעוע; וכי הוא התנהל בצורה לא ראויה (שם, בפסקה 8). באשר למשקלו הסגולי של כל תנאי וליחסים הפנימיים בין שלושת השיקולים, צוין כי:

אין הכוונה לקבוע נוסחה מתמטית קשיחה ולייחס לכל אחד מן השיקולים – סיכויי ההליך, מצב כלכלי והתנהלות לא ראויה – משקל של שלישי. נכון לבחון את מכלול השיקולים. יתכן כי במקרה מסוים שיקול אחד יתפוס את מרכז הבמה, ויאפשר לחייב בערובה גם אם הפרמטרים האחרים לא התקיימו במלוא קומתם. אולם, תוצאה כזו בוודאי תהיה בגדר חריג שבחריגים. המבחן הרגיל מתחשב בשלושת השיקולים [...]. הכוח המצטבר של השיקולים חייב להיות רב ומרשים. דהיינו, הנחת המוצא היא כי גם כאשר קיים קושי כלכלי מסוים, סיכויי בקשת האישור אינם גבוהים, והתנהלותו של המבקש אינה מיטבית, אין בכך כדי להצדיק את חיובו בהפקדת ערובה (שם).

עוד נקבע ביחס לאופן יישומם של התנאים האמורים, כעניין של מדיניות שיפוטית, כי בית המשפט לא יידרש במסגרתו לערוך בירור עובדתי מקיף של הסוגיות שבמחלוקת (שם, בפסקה 7). בירור כזה, אשר עשוי לחפוף במידה רבה לשאלות העובדתיות שיידונו בשלב בקשת האישור, עלול ליצור "בירור כפול" של הסוגיות שיידונו במסגרת ההליך, תוך יצירת שלב ביניים נוסף במסגרתו, ובכך לעכב לחינם את בירורה של בקשת האישור לגופה (שם).

15. אף לדידי שלושת השיקולים הללו – סיכויי הבקשה להצליח, מצבו הכלכלי של מבקש בקשת האישור, והתנהלותו הדיונית של האחרון – רלוונטיים לשאלה אם יש לחייב את מגיש הבקשה בהפקדת ערובה, וככל שחיוב כזה אכן נעשה – אף לקביעת שיעור הערובה. ברם, לכשעצמי אני סבור כי היחסים הפנימיים בין השיקולים הללו, אותם משקף אופן בחינת השיקולים במקרה נתון, וכן משקלם הנורמטיבי, שונים קמעה מאלו שהותוו בעניין תועלת לציבור. אסביר.

16. כזכור, נקודת המוצא היא שככלל, מגיש בקשת אישור אינו מחויב בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות הצד השני כתנאי לניהולו של ההליך אותו הוא יזם (תקנה 2(ו) לתקנות תובענות ייצוגיות). על רקע מטרתה של הפקדת ערובה על ידי התובע, ונוכח

האיזון בין האינטרסים השונים הרלוונטיים לעניין כמפורט לעיל, הפעלת החרג לכלל האמור מוצדקת כאשר מתעורר חשש ממשי הן לכך שבסופו של ההליך יוטל עליו חיוב בהוצאות משפט, הן לכך שהוא לא יוכל לעמוד בפירעון חיוב זה (השוו רע"א 7687/18 רשות המסים - מנהל מע"מ לוד נ' מרעב חסן בנייה וסחר בע"מ, פסקאות 8-9 לפסק דיני (15.7.2020) (להלן: עניין חסן)). למעשה, התנאי אשר עניינו מצב כלכלי רעוע של מגיש הבקשה נועד להבטיח שהטלת חיוב הערובה על האחרון תיעשה אך במקרים בהם ישנו חשש ממשי, שבשונה מהמקרה הטיפוסי, מגיש הבקשה לא יוכל לשלם את הוצאותיו של יריבו בסופו של ההליך במקרה הצורך. אכן, בהמשך לדברינו שלעיל, תנאי זה נובע מתוקף המעמד החוקתי של זכות הגישה לערכאות בכלל, ומתוקף חשיבותה הייחודי במסגרת תובענות ייצוגיות בפרט (רע"א 7221/16 הטכניון מכון טכנולוגי לישראל נ' מילגרום, פסקה 3 (13.9.2017); רע"א 5638/21 גלילי נ' רותם אמפרט נגב בע"מ, פסקה 9 (4.1.2022)). מהבחינה הזו, ניתן לראות בתנאי האמור "תנאי סף" לצורך חיוב מגיש בקשת האישור בהפקדת ערובה, במובן שאם תנאי זה אינו מתקיים (דהיינו, מגיש הבקשה מצוי במצב כלכלי סביר, לכל הפחות), לא תהיה כל סיבה לחייבו בהפקדת ערובה לכתחילה. נמצאנו למדים, אם כך, כי מדובר, במקרה הרגיל, ב-"תנאי בלעדיו אין" לצורך חיוב מבקש בקשת אישור בהפקדת ערובה.

17. שונים הם הדברים, ביחס לשיקולים האחרים אותם התווה השופט הנדל בעניין תועלת לציבור – סיכויים נמוכים להצלחת בקשת האישור והתנהלות דיונית בלתי ראויה של מגיש הבקשה. שיקולים אלו נועדו לשקף את הסיכוי שיוטלו הוצאות על מגיש הבקשה לטובת הצד השני בסופו של ההליך. ואכן, סיכוי זה עלול להפוך לממשי, על דרך הכלל, בשתי דרכים מרכזיות: אחת, כאשר בית המשפט מתרשם במהלך ההליך כי מדובר בבקשת אישור מופרכת, אשר לא הייתה הצדקה לנהלה מלכתחילה; ושנייה, כאשר התנהלותו הדיונית של מגיש הבקשה בלתי ראויה באופן המצדיק את חיובו בהוצאות בסוף ההליך. לשיטתי, בהינתן תפקידם זה של השיקולים הללו, אין צורך לראותם כ"תנאים", ובוודאי שלא "תנאים מצטברים" במובן זה שישנו הכרח בעמידה בשניהם גם יחד כדי לחייב מגיש בקשת אישור בהפקדת ערובה. אפשר שבמקרה מסוים, החשש הממשי לכך שיוטלו הוצאות על מגיש בקשת אישור שמצבו הכלכלי רעוע, ינבע מהתרשמות בית המשפט כי קיימת הסתברות ממשיית שמגיש בקשת האישור ינהלו אותה בדרך דיונית קלוקלת (וראו לעניין זה את פסק דיני בת"צ (מחוזי מרכז) 5567-06-08 בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ (20.12.2010), בו אומנם לא אושרה הבקשה לאישור תובענה כייצוגית, אך ההוצאות שנפסקו לטובת המשיבים נבעו מחוסר תום-ליבן של המבקשות, כמי שעשו שימוש פסול בהליך הייצוגי. שם, בפסקאות 31-33, 42); יכול שהוא ינבע מהתרשמות בית המשפט בדבר "דלות" בקשת האישור, העלולה להוביל בהמשך ההליך

למסקנה כי מדובר בבקשה מופרכת, אשר לא היה מקום להגישה מלכתחילה (ראו, למשל: ת"צ (מחוזי מרכז) 12636-10-16 לרנר נ' די.בי.אס. שירותי לווין (1998) בע"מ (14.2.2019), וכן את בקשת רשות הערעור שהוגשה על החלטה זו ונדחתה על ידי השופטת ענת ברון, ואשר גם במסגרתה הוטלו הוצאות על המבקשת – רע"א 1850/19 לרנר נ' די בי אס שירותי לווין (1998) בע"מ (7.1.2020)); ויכול שהוא ינבע מקיומם המצטבר של שני השיקולים גם יחד – דהיינו בקשה שהשילוב בין "דלותה" לבין החשש לניהולה באופן בלתי ראוי, יצדיק חיוב מגישי בקשת האישור בתשלום הוצאות משפט (כפי שהתרחש בת"צ (מחוזי מרכז) 20607-04-11 ליברמן נ' מוזס כפר סבא בע"מ (30.10.2014). ראו פסקאות 18, 20, 26-27 לפסק דיני).

18. מן המקובץ עולה, אפוא, כי כאשר מצבו הכלכלי של מגיש הבקשה רעוע, חיובו בהפקדת ערובה יוכל להיעשות באחד משלושת המצבים הבאים:

א. קיים חשש משמעותי כי מגיש הבקשה יתנהל באופן בלתי ראוי, וזאת בהינתן ניסיון העבר (בהליך הנוכחי או בהליכים קודמים), הגם שבקשת האישור גופה ראויה לדיון, ואינה מופרכת על פני הדברים.

ב. אין אינדיקציה של ממש כי התנהלותו הדיונית של מגיש הבקשה אינה תקינה, אך התרשמות בית המשפט היא שסיכויי בקשת האישור קלושים באופן מובהק;

ג. התנהלותו הדיונית של מגיש הבקשה אינה בלתי ראויה באופן מובהק, אך גם אינה חפה מקשיים; וסיכויי בקשת האישור, גם אם אינם קלושים, אינם גבוהים.

19. סיכומו של דבר: כאשר מתבקש חיובו של מגיש בקשת אישור בהפקדת ערובה להוצאות בניהול ההליך, בית המשפט נדרש לערוך מבחן דו-שלבי: בשלב הראשון, יש לבחון אם מגיש הבקשה שרוי במצב כלכלי רעוע. במקרה שהתשובה לשאלה זו חיובית, יש לפנות לשלב השני, במסגרתו ייבחנו, במעין מתכונת של "מקבילית כוחות", השיקול הנוגע להתנהלותו הדיונית של מגיש הבקשה, וסיכוייה של בקשת האישור להצלחה. משקלם המצטבר של שני השיקולים הללו, הנבחנים במבט צופה פני עתיד, יקבע אם יש מקום לחייב את מגיש הבקשה בהפקדת ערובה, ובאיזה שיעור.

20. ודוק, כפי שמטרתה של הפקדת הערובה בהליך הייצוגי היא איזון בין התכליות הציבורית והדיונית שבבסיסו לבין הרצון להבטיח את היכולת להיפרע ממגיש בקשת

האישור בסופו של ההליך (אם בשל עובדת היותו של ההליך הליך סרק, ואם בשל התנהלותו הדינונית הבלתי ראויה של התובע הייצוגי, כמפורט בפסקה 18 לעיל), כך גם גובה הערובה שתופקד – במנותק משאלת עצם החיוב בהפקדתה – אמור לשקף איזון זה, תוך בחינת השיקולים שפורטו ובשים לב לכלל הנסיבות הרלוונטיות בכל מקרה ומקרה. כך, יכול שייקבע כי ישנו מקום לחייב את מגיש בקשת האישור בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות הצד השני, ואולם, כדי לא לפגוע בו ובחברי הקבוצה בצורה החורגת מגדר הסביר, ייקבע כי גובהו של חיוב זה יהיה מתון, במטרה למנוע מצב של הרתעת יתר או אפקט "מצנן" כלפי מגישי בקשות לאישור (ושוב יוזכר כי, כפי שציין גם בית משפט קמא, אין המדובר בשיעור מלוא ההוצאות הצפויות במסגרת הדיון בתובענה גופה, לאור העובדה שעודנו מצויים בשלב אישורה). מטבע הדברים, וכפי שיודגם להלן, זיהוי מצבים כאלו יהיה, ככלל, פועל יוצא של הפעלת המבחנים שנקבעו לעיל, כאשר תוצאות אשר אינן מצדיקות באופן חד משמעי הטלת ערובה עשויות להוביל להפחתת שיעורה.

מן הכלל אל הפרט

21. בהתאם למבחן הדו-שלבי שהוגדר לעיל, בשלב הראשון אבחן אם מצבו הכלכלי של המבקש רעוע באופן אשר מצדיק את חיובו בהפקדת ערובה כלשהי. לאחר מכן, ככל שהתשובה לכך תהיה חיובית, אדון בגורמים הרלוונטיים לצורך בחינת הסיכוי שייפסקו הוצאות לחובת המבקש בנסיבות העניין. לבסוף, אפנה להערכת שיעור החיוב הראוי בנסיבות העניין.

מצבו הכלכלי של המבקש. כפי שציין בית משפט קמא בהחלטתו, ישנן מספר טענות עובדתיות שהועלו על ידי המשיבות בתשובתיהן, ושלא נסתרו על ידי המבקש, אשר מבססות את החשש כי מצבו הכלכלי לא יאפשר לו לעמוד בתשלום הוצאות ההליך, ככל שאלו יוטלו עליו בסופו: נגד המבקש התנהל הליך פש"ר בין השנים 2013-2019 אשר הסתיים בהפטר; נגד המבקש ננקטו בעבר מספר רב של הליכי הוצאה לפועל; למבקש אין כל נכסים הרשומים על שמו; ולבסוף, בפנייתו לבית משפט זה במסגרת ע"א 1633/22 מיום 3.3.2022 טען המבקש בעצמו כי הוא מצוי בקשיים כלכליים. מבלי להיכנס לעובי הקורה, תמים דעים אני עם בית המשפט המחוזי כי מצבו הכלכלי של המבקש – גם אם אניח שחל בו שיפור בשנים האחרונות, כטענתו – אינו מן המשופרים, ועל כן יש סיבות טובות לחשוש כי הלה יתקשה לעמוד בפירעון הוצאותיהן של המשיבות, במקרה הצורך. זאת, במיוחד לאור ריבוי הנתבעות בהליך – חמש במספר – אשר הוצאותיהן עלולות להחלט לעלות לכדי סכומים משמעותיים.

22. משמצאנו כי תנאי הסף שעיקרו במצב כלכלי רעוע של המבקש מתקיים, נפנה ליישומו של השלב השני:

א. סיכויי בקשת האישור. בית משפט קמא ציין, בצדק, כי בשלב זה של הדיון אין מקום לבחון בדקדוק ובקפדנות את סיכויי התביעה. לגוף העניין הוא ציין כי "קיימת בעייתיות בנושא הנזק אשר נגרם למבקש ובכך יש כדי להחליש את סיכויי [של בקשת האישור]" (פסקה 7 להחלטה). קביעה זו מתייחסת להחלטה מיום 6.12.2021, במסגרתה נמחקו סעיפים מכתב התגובה שהגיש המבקש בשל הרחבת חזית (כמפורט לעיל בפסקה 2). סעיפים אלה נגעו לרכיב הנזק הממוני, כאשר במרכז מחלוקת זו עמדה טענת המשיבות כי ככל שהמבקש (וחברי הקבוצה) עשה שימוש בחריגות שקיבל יחד עם המוצרים שהזמין, הרי שלא נגרם לו כל נזק. בכתב התגובה שמסר המבקש (טרם תיקונו), הלה ציין, בין היתר, כי הוא לא עשה שימוש כזה, וביחס לטענה זו קבע בית המשפט כי היא נטענה לראשונה במסגרת כתב התגובה, ועל כן דינה להימחק. אף על פי שסוגיה זו מעוררת קושי מסוים, אינני סבור שניתן לקבוע, כבר בשלב זה, כי סיכויי התביעה נמוכים בהסתמך עליה בלבד. די לציין בהקשר זה, מבלי להביע עמדה לגופו של עניין, כי על פניו ישנה חפיפה מסוימת בין בקשת האישור דנן לבין תובענה ייצוגית אחרת, שהוגשה על ידי עו"ד בצרי נגד חברת שופרסל בע"מ (להלן: שופרסל). נזכיר כי במקור עו"ד בצרי הגישה יחד עם המבקש את בקשת האישור שלפנינו, בהתבסס על טענה דומה לזו שהעלה המבקש בענייננו (לפיה שופרסל מאלצת את לקוחותיה באופן שיטתי לקבל מוצרים במשקל גבוה בעשרות אחוזים מהמשקל שהוזמן על ידם בפועל, וכתוצאה מכך, אלו נאלצים לשלם ביתר בגין אותו "משקל עודף", וזאת מבלי ששופרסל מקבלת את הסכמתם לכך) (ת"צ 31198-04-18. להלן: עניין שופרסל). במסגרת תביעה זו, אשר טרם הגיעה לישורת האחרונה, הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה (נספח י"ד לבקשת האישור) ובגדרה הובעה העמדה לפיה הפגיעה בצרכנים מתבטאת בין היתר בכך ששופרסל לא אפשרה לאחרונים לבחור, עבור כל מוצר ומוצר, אם הם נותנים את הסכמתם לחריגה מהמשקל שהוזמן וננקב על ידם, וזאת עוד בטרם ייגבה מהם התשלום עבורו. לאור זאת, הוצע פתרון אחר, צופה פני עתיד, אשר מגביה את הרף ההתנהגותי בו קמעונאיות מזון צריכות לעמוד לעניין זה, וזאת ללא כל תלות בשאלת הנזק הממוני שנגרם (אם בכלל) לצרכנים עובר למועד הגשת התובענה (ויודגש, כי גם בעניין שופרסל נטען כי לצרכנים נגרם נזק בלתי

ממוני בדמות עוגמת נפש ופגיעה באוטונומיה הצרכנית; טענות דומות הועלו במסגרת בקשת האישור. ראו סעיף 274 לבקשה, ופסקה 1 לעיל).

יובהר, כי אין בהבאת עובדות אלה זו כדי להביע כל עמדה שהיא – לא לעניין הצעת היועץ המשפטי לממשלה, לא לעניין שופרסל ולא לבקשת האישור שבמוקד החלטה זו. ואולם, מאחר שעל פני הדברים בקשת האישור שלפניי דומה לעניין שופרסל, הן במישור העובדתי הן במישור המשפטי, סבורני כי די בציון עיקריה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהיא הובאה במסגרתו, כדי לבסס את המסקנה לפיה סיכויי בקשת האישור אינם קלושים. זאת, אף אם לא יעלה בידי המבקש להוכיח את רכיב הנזק הממוני לו הוא טען. יחד עם זאת, בשלב זה של הדיון, אין באפשרותי לקבוע כי מוצדק לסטות מהתרשמותו הכללית של בית המשפט קמא כי בקשת האישור מעוררת קשיים, וכי סיכוייה אינם ברורים.

ב. התנהלותו הדיונית של המבקש. בית משפט קמא סבר כי התנאי שעניינו ההתנהלות הדיונית של המבקש מתקיים בעניינו "באופן מוחלט" (פסקה 7 להחלטה). לא ראיתי מקום לסטות לצורך הכרעה בבקשה שלפניי גם ממסקנה זו, שכן המדובר בעניין הנתון במובהק להתרשמות הערכאה הדיונית, המנהלת את ההליך, ויכולה לגבש התרשמות מהתנהלות הצדדים. עוד אעיר כי המבקש מרבה בהגשת תובענות ייצוגיות, ואף עניין זה עשוי, בשים לב לאופן התנהלותו בהליכים קודמים, לשמש שיקול לעניין הערכת האפשרות שיוטלו על המבקש הוצאות בגין התנהלות דיונית פגומה (ויובהר: הערה זו מועלית כעניין עקרוני, לא כנקיטת עמדה בעניין התנהלותו של המבקש בעניינו במסגרת הליכים אחרים – נושא לגביו אין לפניי מידע המאפשר הבעת עמדה לגופם של דברים).

23. נוכחנו אפוא כי מצבו הכלכלי של המבקש בעניינו אינו יציב; כי סיכוייה של בקשת האישור אינם ברורים; וכי התנהלותו הדיונית של המבקש אינה חפה מקשיים. בנסיבות דנן, אין לומר כי אנו מצויים בגדר המצבים המובהקים, בהם חיוב בהוצאות יכול להישען על אחד מהשיקולים באופן כמעט בלעדי (מצבים א' ו-ב' בפסקה 18 לעיל) מכאן שאת המקרה יש לבחון במשקפיים של מקרה מעורב, בו רק המצרף שבין סיכויי בקשת האישור לבין התנהלות המבקש יכול להצדיק חיוב בערובה להוצאות (מצב ג').

24. בהינתן האמור, ולא בלי לבטים, הגעתי למסקנה כי אין להתערב בהחלטת בית משפט קמא לחייב את המבקש בהפקדת ערובה (בהתאם ליישומו של המבחן הדו-שלבי,

ובשים לב להתרשמות בית המשפט קמא מהשיקולים הרלוונטיים). עם זאת, בבואנו לקבוע את הסכום שיידרש המבקש להפקיד, יש להביא בחשבון את עוצמתם המוגבלת של שני השיקולים אותם עלינו לשקול, סיכויי בקשת האישור ופגמים בהתנהלות המבקש, כל אחד בפני עצמו, וממילא גם בהצטרבותם. בשקלול האמור, סברתי כי גם אם אין להתערב בעצם החלטה לחייב בהפקדת ערובה, הרי שסכומה אינו יכול להיות על הרף הגבוה. נהפוך הוא – לאור עוצמתם המוגבלת של שני התנאים האמורים בנסיבות דנן, יש לשיטתי להעמיד את סכום הערובה על הצד הנמוך, וזאת על אף מספר המשיבות אותן בחר המבקש לתבוע.

25. טוֹף דָּבָר: בקשת רשות הערעור מתקבלת באופן חלקי, כך שהמבקש יפקיד לקופת בית משפט קמא סך כולל של 25,000 ש"ח, כערובה להבטחת הוצאות המשיבות כתנאי לניהול ההליך, וזאת בתוך 30 יום. למען הסר ספק, יובהר כי הצו הארעי שניתן על ידי ביום 21.2.2023 יוותר בתוקפו עד לחלוף 30 ימים ממועד מתן החלטה זו. בנסיבות העניין, יישאו המשיבות בהוצאות המבקש בסכום כולל של 10,000 ש"ח (2,000 ש"ח כל אחת).

ניתן היום, כ' בתמוז התשפ"ג (9.7.2023).

ש ו פ ט