

בעניין: **ישי רז, ת"ז 027398866**
ע"י ב"כ עוה"ד אסף שילה
מרח' בקעת הירח 4א, כפר סבא 44631
טל: 054-7372987; פקס: 153-77-4002228
דוא"ל: assaf-shiloh@013.net

המבקש
התובע

- נ ג ד -

1. **י.י. אשמורת בע"מ, ח.פ. 514046408**
משד' רוטשילד 10, תל אביב

2. **יעל כנפו, ת"ז 37782638**
מרח' פרישמן 20א, תל אביב

3. **יעל שפיגלמן**
מרח' שלמה המלך 31, ראשון לציון

המשיבות
הנתבעות

סכום התביעה האישית: ₪ 3,000

סכום התביעה הייצוגית: ₪ 12,870,000

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאשר למבקש להגיש את התובענה בתיק כתובענה ייצוגית.

[א] עותק התובענה מצ"ב כנספת א'.

נימוקי הבקשה

I. מבוא

1. עניינה של התביעה ושל בקשה זו לאשרה כתביעה ייצוגית הינה הפרות בוטות ומתמשכות של החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג - 1983 (להלן: "חוק מניעת העישון") ע"י המשיבות בפאב "אשמורת" להלן: "הפאב").

II. העובדות הרלוונטיות

2. המשיבה מס' 1 (להלן: "החברה") הינה המפעיל של הפאב, המצוי בכתובת האמורה לעיל - שד' רוטשילד 10, תל אביב. מובן, כי בין עיסוקיו של הפאב כלולה הגשת מזון או משקאות.

3. המשיבה מס' 2 הינה בעלת המניות הרשומה והדירקטורית הרשומה של החברה.

[ב] עותק מנסח הרישום של החברה מצ"ב כנספת ב'.

המשיבות 2-3 הינן המנהלות של הפאב (להלן: "המנהלות").

4. ביום 12.6.09 הגיע המבקש לפאב עם מספר חברים נוספים.

- מספר של לקוחות עישנו באין מפריע, במקומות שונים בפאב.
- המבקש וחבריו ביקשו מהמוזגים (ברמנים) לגרום להפסקת העישון במקום.
- תחילה נראה היה כי בקשתם מכובדת, והברמנים ביקשו מכל היושבים על הבר לכבות את הסיגריה.
- ואולם, בחלוף לא יותר מדקה הוצתו סיגריות חדשות על ידי אותם לקוחות שהתבקשו לכבותה, מול פניהם של הברמנים. הפעם הלקוחות לא זכו לכל הערה שהיא מצד מי מהברמנים.
5. בנוסף, גם התקליטן (די-גיי) המועסק בפאב, עישן בו ללא הפרעה ובגלוי.
- למעשה, המסר העולה למראה באי הפאב ועובדיו (חלקם, לפחות) המעשנים ללא הפרעה הוא די ברור: העישון בפאב מותר.
6. ביום 4.7.09 הגיע המבקש שוב למקום בלוויית חברו. שוב עישנו רבים מבאי המקום ללא כל הפרעה - לא כל שכן דרישה מצד מי מעובדי הפאב להפסיק או נקיטת פעולה אחרת בעניין. שוב נאלצו המבקש וחברו לסבול את העשן במקום, תוך נסיונות להתחמק מכל סיגריה שמודלקת, עד שבסופו של דבר עזבו.
7. ביום 10.7.09 ביקר המבקש שוב בפאב.
- המבקש לא הופתע לגלות כי הפרת חוק מניעת העישון ממשיכה להתבצע בצורה גלויה ורחבת היקף, ואינה מטרידה כלל את עובדי הפאב: כעשרה לקוחות עישנו על הבר ובסביבתו באין מפריע; יתר על כן - היו אורחים שנכנסו עם סיגריה דלוקה, אך ארבעת עובדי המקום שעמדו בכניסה לא העירו להם דבר.
- באותו יום צילם המבקש תמונות של אורחים המעשנים באין מפריע בפאב.
- [ג] עותק תמונה של אנשים המעשנים בפאב מאותו יום מצ"ב כנספח ג'.
- [ד] עותק קבלה שניתנה למבקש עבור רכישת שתיה בפאב באותו מועד מצ"ב כנספח ד'.
8. ביום 10.8.09 ביקר המבקש שוב בפאב.
- כרגיל - אנשים עישנו בפאב בצורה חופשית, ללא הפרעה וכמובן ללא דרישה כלשהי מצד מי מעובדי המקום.
- [ה] עותק תמונה של אנשים המעשנים בפאב מאותו יום מצ"ב כנספח ה'.
9. יצוין, כי המבקש ביקר במקום במועדים נוספים בהם היה עד לתופעה המדוברת.
10. בעקבות הפרתו של חוק מניעת העישון, הורשעו המשיבות ביום 21.1.09 בעבירה עליו בת"פ 5316/08 בבית המשפט לעניינים מקומיים בתל אביב.
- על המשיבות נגזרו עונשי קנס שונים, אך חשוב מכך - על המנהלות נגזר לחתום על התחייבות להמנע מעבירה על החוק למניעת עישון למשך שנתיים (להלן: "פסק הדין הפלילי"). למרבה הצער, המנהלות לא כיבדו את ההתחייבות (שככל הנראה חתמו עליה).
- [ו] עותק מפסק הדין הפלילי, כפי שפורסם באתר האינטרנט של עמותת "אוויר נקי", מצ"ב כנספח ו'.
11. ככל הידוע למבקש, תופעת העישון בפאב לא הפסיקה מעולם, אלא שרירה וקיימת, לפחות מאז כניסתו לתוקף של תיקון מס' 2 לחוק (7.11.07), אשר הרחיב את תחולתו על עסקים מסוגו של הפאב.

מעבר לידיעתו האישית של המבקש בעניין, כפי שצוין לעיל, הוא שמע זאת ממכריו.

כמו כן, בביקורת שנעשתה ע"י המקומון "עכבר העיר", אשר פורסמה באתר האינטרנט שלו ביום 21.1.08, צוין, בין היתר, כך:

"אין מאפרות, אבל מסתדרים."

[ז] עותק מהביקורת באתר עכבר העיר מצ"ב כנספת ז'.

12. המבקש סבל נזק לא ממוני כתוצאה מהחשיפה לעישון: הנאתו מהבילוי נפגמה בצורה משמעותית הן בשל עצם השאיפה הכפויה של עשן הסיגריות והריח הנלווה אליהן, הן בשל הצורך לנסות ולהתחמק מאותם מפגעים שסבבו אותו לכל עבר, הן בשל מפח הנפש שנגרם לו מהזלזול הבוטה לפנייה שלו מעובדי הפאב לגרום להפסקת העישון, והן בשל הזלזול של באי המקום המעשנים בבריאותו ובנוחיותו.

חשוב לציין, כי אופיו של הפאב ייחודי: קהל היעד של הפאב הוא קהילת ההומוסקסואלים, והוא בין הבודדים המיועדים לסוג זה של קהל. מכאן, כי האלטרנטיבות העומדות בפני חבר בקהילה, אשר מבקש לבלות עם בני הקהילה אינן קיימות כמעט. זו הסיבה שהמבקש נאלץ לחזור לפאב פעם אחר פעם בכל פעם מחדש.

13. עוד ראוי להוסיף, כי המבקש סובל ממחלת ריאות כרונית. נוכחות עשן הסיגריות מקשה עליו את הנשימה עוד יותר.

[ח] עותק מסמך רפואי בעניין מצ"ב כנספת ח'.

14. מכל הנימוקים האמורים המבקש מעריך את נזקו ב- 3,000 ₪.

15. עוד יצוין, כי השלטים בפאב המודיעים על איסור העישון אינם מתאימים להוראות תקנות הגבלת העישון במקומות ציבוריים (קביעת שלטים), תשמ"ד-1984: כך, למשל, הם אינם כוללים סמל, אלא כיתוב בלבד.

[ט] עותק תמונת שלט במקום מצ"ב כנספת ט'.

III. הטיעון המשפטי - התביעה האישית

א. אחריותה של החברה

16. החוק למניעת העישון קובע בסעיף 1 את האיסור על עישון (ואף על החזקת מוצרי עישון דלוקים) במקומות ציבוריים. פריט 11 של התוספת לאותו חוק, הקובע מהם סוגי המקומות עליהם חל חוק מניעת העישון, הינו:

"מסעדה, מזנון, בית קפה, לרבות כל בית אוכל, בית משקה, מועדון, דיסקוטק או מקום אחר שבין עיסוקיו הגשת מזון או משקאות אחר (כולם להלן - בית אוכל), למעט חדר נפרד לחלוטין, אם קיים, שהוקצה לעישון בידי הנהלת בית האוכל במפורש, אם הוקצה, ובלבד שיש בו סידורי אוורור תקינים והעישון בו אינו גורם למטרד בחלקים אחרים של בית האוכל ושטחו אינו עולה על רבע של השטח הפתוח לציבור."

החוק חל על הפאב, אם כך.

17. סעיף 2א (א) לחוק מניעת העישון קובע את האחריות של מחזיק המקום הציבורי לעישון בתחומי:

"המחזיק של מקום ציבורי חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירות לפי סעיף 1(א) ו-1(ב) בתחום המקום הציבורי שבהחזקתו."

החברה הינה המחזיקה של הפאב, כפי שנקבע בפסק הדין הפלילי, ועל כן אחראית להפרות החוק למניעת העישון שבצעו בו תדירות, כפי שתואר בהרחבה בפרק העובדתי לעיל.

ב. אחריותו של המנהלות

18. סעיף 5 לחוק למניעת העישון קובע:

- (א) נושא משרה בתאגיד שהוא המחזיק של מקום ציבורי (בסעיף זה – תאגיד), חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי סעיפים 2, 2א ו-2ב בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו; המפר הוראה זו, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(1) לחוק העונשין; בסעיף זה, "נושא משרה" – מנהל פעיל בתאגיד, שותף למעט שותף מוגבל, או פקיד האחראי מטעם התאגיד על ניהול כוח האדם בתאגיד.
- (ב) נעברה עבירה לפי סעיף 2, 2א או 2ב, בידי תאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה הפר את חובתו לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן הוכיח שעשה כל שניתן כדי למלא את חובתו.

המנהלות הינן נושאות משרה כהגדרת מונח זה לעיל, ואחריותו האישית להפרות חוק מניעת העישון בפאב הוכרו, כאמור, בפסק הדין הפלילי.

19. בית משפט נכבד זה (כב' השופטת מיכל נד"ב) קיבל עמדה זו - ספציפית לנושא הגשת תביעה ייצוגית בעילה של הפרת החוק למניעת העישון - בעניין ליטבין¹. בהחלטה מנומקת ומפורטת בנקודה זו פסק, כי חוק מניעת העישון מטיל אחריות אישית אזרחית על מנהל (באותו עניין - מנהלת) החברה המחזיקה במקום הציבורי בו הופר - שם, מועדון בלה שלומקינס.

20. חשוב לציין, כי בהטלת האחריות האישית על המנהלות אין כל חידוש. כאשר מוטלת על אורגן של חברה אחריות נזיקית, אין בעובדה כי פעל (או נמנע מלפעול) עבור החברה בה הוא שימש אורגן על מנת להפחית מאחריותו האישית. זהו כלל ידוע בתורת האורגנים, והדבר מצוין מפורשות בסעיף 54 (א) לחוק החברות, התשנ"ט - 1999:

"אין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן, לחברה, כדי לגרוע מהאחריות האישית שיחיד האורגן היו נושאים בה אילולא אותו ייחוס."

ג. עילת התביעה

21. זכות התביעה למבקש נתונה לו על פי עוולת הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], כפי שנקבע בשורה של פסקי דין אשר עסקו בעניין. כך, למשל, בעניין אירית שמש² פסק כב' השופט רובינשטיין את הדברים הבאים:

"אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח ובאכיפה. ואולם, כבודתה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל"אכיפה אזרחית", כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים. תביעה בעקבות הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) אף היא דרך לכך, בשעה שענייננו בנוק לאדם, המצטבר והולך. לא למוותר להזכיר סעיף 63(ב) לפקודת הנזיקין קובע כי "בעניין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני אדם בכלל או של בני אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני". אין ספק בכך לענייננו באשר לחוק הגבלת העישון; ראו גם מ' חשין בתוך דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית, בעריכת ג' טדסקי, י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, תשל"ז, 106." ההדגשה אינה במקור - כאן, ובכל ציטוט אחר, אלא אם יצוין אחרת מפורשות]

1 ת"צ (מרכז) 4398-09-08 ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח', www.nevo.co.il (26.1.09), חלק ה, סעיף 10 להחלטה.

2 רעא 9615/05 אירית שמש נ' פוקציטה בע"מ, www.nevo.co.il (5.7.06), פסקה ה (4) לפסק הדין

הנזק והפיצוי האישי הנתבע

ד.

22. פיצוי בגין נזק לא ממוני קשה, מטבע הדברים, לכימות כספי, ושיקול דעת רחב נתון לבית המשפט.
23. חוסר הנוחות הרב שנגרם למבקש תואר לעיל. המבקש מעריך את נזקו הפרטי ב- 3,000 ₪, כאמור.
24. עיון בפסקי דין אשר עסקו בפיצויים ללקוחות של בתי אוכל שונים בהם לא נמנע העישון מראה, כי הפיצויים אשר נפסקו לא פחתו מ- 1,000 ₪.
- כך, למשל:

- בעניין אופיר³ נפסקו לתובע פיצויים בסך 3,000 ₪.

[ג] עותק מפסק הדין בעניין אופיר, כפי שפורסם באתר האינטרנט של עמותת "אוויר נקי", מצ"ב כנספח י'.

- בעניין סימן טוב⁴ נפסקו לתובע פיצויים בסך 2,500 ₪.

[יא] עותק מפסק הדין בעניין סימן טוב, כפי שפורסם באתר האינטרנט של עמותת "אוויר נקי", מצ"ב כנספח יא'.

- בעניין רותם⁵ נפסקו לתובע פיצויים בסך 2,500 ₪.

[יב] עותק מפסק הדין בעניין רותם, כפי שפורסם באתר האינטרנט של עמותת "אוויר נקי", מצ"ב כנספח יב'.

ישנן לא מעט דוגמאות נוספות לפיצויים בסדרי גודל דומים.

IV. התקיימות התנאים להגשת התביעה כתביעה ייצוגית

א.

נושא התביעה - תביעה נגד "עוסק" בקשר לענין שבינו לבין הלקוח

25. סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו - 2006 (להלן בפרק זה: "החוק"), בצירוף פריט 1 לתוספת השניה לחוק, מאפשר הגשת תובענה ייצוגית -

"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

1.א. החברה היא "עוסק", המבקש הינו "לקוח"

26. חוק הגנת הצרכן (בסעיף 1, סעיף ההגדרות) מגדיר "עוסק" כך:

"עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק. כולל יצרן;

החברה עונה על הגדרת "עוסק", כמובן.

27. המבקש הינו "לקוח", כמובן. מאחר שרכש שתיה אין צורך לפרט את תחולתו של המונח "לקוח", הרחבה מהמונח "צרכן" שבחוק הגנת הצרכן, מאחר שאין יכולה להיות מחלוקת כי המבקש נכלל גם בגדר "צרכן"⁶.

3 ת"ק (ת"א) 3658-06-07 אופיר נ' רוזטי מזון בע"מ (מיום 30.8.07)

4 ת"ק (ת"א) 10118-06 סימן טוב נ' אויטה ואח' (1.8.07)

5 ת"ק (ת"א) 1169-07 רותם נ' קפה נטו (17.5.07)

28. הובהר לעיל, כי למנהלות ישנה אחריות אישית לנוזקי המבקש על פי חוק מניעת העישון. האם אחריות אישית זו ניתנת למימוש במסגרת תביעה ייצוגית? המבקש טוען, כי התשובה לכך חיובית. המבקש טוען, כי יש להכיר במנהלות כ"עוסק" לצורך החלת החוק עליהן.
29. בעניין ליטבין, אשר הוזכר לעיל, הוכרה האחריות האישית של מנהלת מועדון "בלה שלומקינס" - הן לצורך התביעה האישית והן לצורך אישורה כייצוגית. יצוין, כי בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה.⁷
30. בעניין ליטבין הוזכרה בהסכמה עמדתו של בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין גן צבי,⁸ שם נערך דיון מקיף בשאלת תחולתו של פריט 1 לתוספת לחוק על אורגן של החברה שהיא "עוסק" כמשמעותו באותו פריט. באותו עניין הוגשה בקשה לאישור תביעה ייצוגית כנגד חברה, אשר הפעילה מעדניה שנטען כלפיה כי הציגה מצג כוזב בדבר כשרותם של המוצרים הנמכרים בה. הבקשה הוגשה גם כנגד מנהלה, וזה הגיש בקשה למחיקה על הסף של הבקשה נגדו. בית המשפט (כב' השופט יצחק ענבר) דחה את הבקשה. תחילה קבע (סעיף 7 להחלטה), כי עומדת עילת תביעה אישית כלפי המנהל מכוח אחריותו האישית למעשה נזיקין, מכוח הרמת מסך או מכח עקרון תום הלב. לאחר מכן ביצע פרשנות למונח "עוסק" בפריט 1, ומצא כי הוא חל גם על אורגן של החברה הנושא באחריות אישית (סעיף 9 להחלטה):

"כאמור לעיל עמדתו היא, כי פריט 1 לתוספת השנייה מאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד אורגן הנושא בחבות אישית.

יסוד הטלתה של אחריות אישית על אורגן הוא בעקרון השוויון, הקובע כי אדם אשר ביצע עוולה ישא בתוצאות הכרוכות באותה עוולה. הטלת אחריות אישית אף מקדמת מטרת של צדק, הגינות ויעילות כלכלית (לכל אלו ראו בהרחבה בעניין צוק אור הנ"ל, בפסקה 22-23). תכליות אלו אינן נעדרות על מפתנה של התובענה הייצוגית. אדרבא, סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות מלמדנו, כי מטרתו של החוק הן, בין היתר, לקדם את אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, לקדם מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, ולקדם ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. רואים אנו, כי תכליותיה של הטלת אחריות אישית מתיישבות יפה עם תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות. פרשנות, שלפיה לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית צרכנית נגד אורגן של תאגיד על אף שהוא נושא באחריות אישית, חותרת תחת תכליות אלו. פרשנות זו אף אינה מתיישבת עם המגמה הכללית להתאים את סדרי הדין להוראות החוק המהותי (וראו לעניין זה את דברי המשנה לנשיא ש' לוין ברע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731, 733).

זאת ועוד אחרת: על פי פרטים אחרים של התוספת השנייה, אין מניעה להגיש תובענה ייצוגית נגד אורגן או נושא משרה הנושאים באחריות אישית. כך הם פני הדברים, למשל, על פי פריט 4 לתוספת, המאפשר הגשת תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים, או על פי פריט 5 לתוספת, המאפשר הגשת תובענה ייצוגית בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה, וכן על פי פרטים 7 – 10 לתוספת, שאף הם מתמקדים בעילת התובענה. בכל המקרים הללו אפשר להגיש תובענה ייצוגית נגד

6 חוק הגנת הצרכן מגדיר "צרכן" כך: "צרכן - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי"

7 רעא 3338/09 בלה שלומקינס פ.ס. מסעדות ומועדונים בע"מ נ' מרק ליטבין, www.nevo.co.il (13.7.09)

8 בש"א (י-ם) 7933/07 עו"ד שלמה גן צבי ואח' נ. מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ ואח', www.nevo.co.il (23.7.08)

התאגיד והאורגנים החבים בחבות אישית כאחד. בתובענה הייצוגית הצרכנית, המוגשת בגדרו של פרט 1 לתוספת השנייה, אין כל מאפיין המצדיק את צמצום מעגל הנתבעים לתאגידים דווקא, תוך הותרתם של האורגנים הנושאים בחבות אישית פטורים בלא כלום. מן העבר האחר נראה, כי צמצום מעגל הנתבעים יצור אבחנות שרירותיות בין תובענות ייצוגיות לסוגיהן, ובתור שכזה אף לא יעלה בקנה אחד עם סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיו "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות לשם שיפור ההגנה על זכויות..." (ההדגשה אינה במקור).

לזאת ראוי להוסיף, כי תכליתו של פרט 1 לתוספת לא הייתה לצמצם את מעגל הנתבעים הפוטנציאליים, אלא הפרט נוסח כפי שנוסח: "תביעה נגד עוסק..." (להבדיל מ"תביעה בעילה..."), במגמה להרחיב ולאפשר הגשת תובענות ייצוגיות צרכניות גם בעילות שהן חיצוניות לחוק הגנת הצרכן (וראו לעניין זה את דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 234, בעמ' 256; כן ראו ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler corporation, [פורסם בנבו]). בעוד שנוסח היפותטי: "תביעה בעילה לפי חוק הגנת הצרכן", היה מגביל את עילות התובענה הייצוגית הצרכנית לעילות המפורטות בחוק הגנת הצרכן, הרי הנוסח הקיים: "תביעה נגד עוסק...", מאפשר לבסס את התובענה גם על עילות אחרות, כגון: עילות נזיקיות או חוזיות. זו ולא אחרת היא תכליתו של פרט 1 לתוספת השנייה. צמצום מעגל הנתבעים כפי הצעתם של ב"כ המשיב חורג מגדריה של תכלית זו.

יצוין, כי בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה.⁹

31. ראוי להזכיר גם את עמדתו של בית משפט נכבד זה (כב' השופטת אסתר שטמר) בעניין שלזינגר¹⁰.

אף כי באותו עניין נקט בית המשפט הנכבד גישה מצמצמת כלפי האפשרות לתבוע בתביעה ייצוגית אורגן של חברה שהיא חברה מנהלת של קופת גמל, קיבל הוא את עמדת כב' השופט ענבר בעניין גן צבי האמור, תוך שהוא מדגיש את גבולותיה: אותה החלטה חלה על פריט 1 של התוספת (תביעה כנגד עוסק) ולא על פריט 2 (תביעה כנגד חברה מנהלת של קופת גמל) (סעיף 6 להחלטה).

32. ועוד תוזכר החלטת השופט ענבר בעניין מן¹¹, אשר אישר הסכם פשרה בתביעה ייצוגית בנושא עישון במסעדת "פוקצ'טה", אשר הוגשה כנגד מפעילת המסעדה ומנהלה.

33. לפחות כלפי המשיבה מס' 2, שהיא בעלת המניות הרשומה של החברה, ניתן למצוא את הבסיס להגשת תביעה ייצוגית נגדה בדוקטרינת הרמת המסך (סעיף 6 לחוק החברות, התשנ"ט - 1999), וליצור זהות בינה לבין החברה לצורך הגדרתה של המשיבה מס' 2 כ"עוסק".

34. ועוד ראוי להזכיר בהקשר זה את הלכת רייכרט נגד שמש¹², שם התקבלה תביעה ייצוגית נגד נושאי משרה בחברה, אשר נתבעו על ידי בעלי מניותיה בשל מעשי מרמה שביצעו נושאי המשרה.

זכאותו של המבקש להגיש תביעה ייצוגית

ב.

35. סעיף 4 (א) (1) לחוק קובע:

"אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה..."

36. למבקש קיימת עילת תביעה אישית, כפי שפורט באריכות לעיל.

37. המבקש אף עומד בתנאי הקבוע בסעיף 4 (ב) לחוק, לפיו הראה כי לכאורה נגרם לו נזק.

9 רעא 7955/08 יואב בכבוד נ' עו"ד שלמה גן צבי, www.nevo.co.il (19.4.09)

10 תצ (מרכז) 6892-08-08 פנחס שלזינגר נ' הלמן-אלדובי קופות גמל בע"מ, www.nevo.co.il (19.2.09)

11 בשא (י-ס) 6121/07 דן מן ואח' נ' פוקצ'טה בע"מ, www.nevo.co.il (1.7.08)

12 ע"א 345/03 ריכרט נגד שמש, www.nevo.co.il

התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

38. סעיף 8 (א) לחוק קובע את הקריטריונים על פיהם יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו בבואו לפסוק בבקשה לאישור תביעה כייצוגית. הראשון שבהם - בס"ק (1) הוא:

"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

39. השאלה המוצגת בבקשה זו משותפת כמעט לכל מי שהוא לקוח של המשיבה. מדובר במקרה מובהק, בו הבעיה המועלית משותפת לכלל חברי הקבוצה, כהגדרתה להלן.

40. המבקש טוען, מן הסתם, כי טיעונו המפורטים לעיל הינם טובים, וכי ישנו סיכוי גבוה כי יוכרעו לטובת הקבוצה.

התובענה הייצוגית הנה הדרך המתאימה ביותר להכרעה

41. הקריטריון הבא קיים בסעיף 8 (א) (2) לחוק, אשר קובע:

"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין"

42. לגבי קריטריון זה פסק בית משפט נכבד זה בעניין ליטבין כד (פרק ה', סעיף 6 להחלטה):

"האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת - ב"כ המשיבות טוען כי הוכח מפסיקת בתי המשפט שתובעים שפנו בתביעה אישית בעניין הפרת החוק למניעת עישון זכו לפיצוי ראוי על כן זו הדרך הראויה לפעול בענייננו.

סעיף 1 בחוק תובענות ייצוגיות קובע:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;

(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;

(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".

כב' השופט רובינשטיין בעניין שמש [אשר הוזכר וצוטט לעיל ה"ש 2 - הח"מ], שם דובר בתביעה אישית על הפרת החוק למניעת עישון, עמד על מחדלי האכיפה בנושא העישון במקומות ציבוריים וקבע:

"כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל"אכיפה אזרחית", כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור על בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים" (ר' פסקה 4 לפסק הדין).

נראה לי כי דברים אלה יפים לענייננו. התובענה הייצוגית היא כלי ראוי לאכיפה אזרחית ויש בה כדי לקדם את אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו, והיא גם מקדמת את כל שאר מטרות חוק תובענות ייצוגיות המנויות בסעיף 1 שבו.

43. דברים אלה יפים, מקל וחומר בענייננו.

נגד המשיבות נקט הליך פלילי בסיומו הורשעו. ואולם, לא היה בכל כדי להרתיען מלשוב ולהפר את החוק ברגל גסה. "אכיפה אזרחית" המתאימה על פי הלכת שמש להפרת החוק למניעת העישון, מתאימה מקל וחומר במקרה של המשיבות, אשר הליך פלילי כבר נקט נגדן, אך התברר כי מידת האפקטיביות שלו לוקה בחסר.

קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב

44. סעיף 8 (א) (3) ו- (4) לחוק קובעים :

"(3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.

(4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."

45. הנימוקים לעמידתו של המבקש בתנאי זה הם אלה :

- 45.1. המבקש נפגע כספית מהתנהגות המשיבות באותו אופן שנפגעו יתר חברי הקבוצה (למעשה - באופן קשה יותר מהם), ומשכך הוא מייצג נאמנה את האינטרסים המשותפים ;
- 45.2. המבקש מאמין כי בסיוע בא כוחו, ייצג הוא בדרך הולמת את עניינם של כלל חברי הקבוצה ;
- 45.3. המבקש מגיש את התביעה בתום לב מתוך אמונה בה ובהצלחתה לטובת כלל חברי הקבוצה ;

V. הגדרת הקבוצה וגובה הפיצוי הנתבע

46. מבוקש, כי הגדרת הקבוצה תהיה זו :

באי הפאב שאינם מעשנים, אשר ביקרו בו החל מיום 7.11.07 ועד ליום הגשת בקשה זו.

47. מטבע הדברים, למבקש אין נתונים מדוייקים אודות מספר המבקרים בפאב, והוא יבקש לקבלם במסגרת בירור התביעה, אם זו תאושר כייצוגית.
48. המבקש מעריך, כי מדי ערב באמצע השבוע מבקרים בפאב 100 אנשים, ואילו בסופי שבוע 300 אנשים.
- מכאן, כי המבקש מעריך, כי בתקופה הקובעת ביקרו בפאב 85,800 מבקרים. מאחר שרבים מהמבקרים הינם מבקרים חוזרים, יש לדייק : בוצעו בפאב 85,800 ביקורים שונים.
49. המבקש מעריך, כי מבין המבקרים 3/4 אינם מעשנים.
50. כאמור לעיל, המבקש טען כי נזקו האישי מגיע ל- 3,000 ₪, והראה, כי הפיצויים שנפסקו בתביעות האישיות היו בסדרי הגודל האמורים.
- שוב יוזכר, כי נזקי באי הפאב הלא מעשנים חמורים יותר מאשר במקרים אחרים, לאור העובדה כי בפני חברי קהילת ההומוסקסואלים אין מצויות אלטרנטיבות של ממש לבילוי בפאב.
51. עם זאת, ולמען ההגינות, יש לציין כי סכומים אלה הביאו בחשבון גם את ההיבט הציבורי שבפסיקת פיצויים גבוהים, ואילו היבט זה בא לידי ביטוי בתביעה ייצוגית בעצם אישורה (סך הפיצוי הנתבע הינו גבוה).
- בעניין ליטבין אישר בית המשפט הנכבד תביעה ייצוגית, בו הסעד הנתבע הוא 1,000 ₪ לכל אחד מחברי הקבוצה. אך למרות זאת מוצא המבקש לנכון לבקש לפסוק פיצוי של 200 ₪ בלבד לכל אחד מחברי הקבוצה בגין כל ביקור.
52. המבקש מעריך, איפוא, את הפיצוי המבוקש לכלל חברי הקבוצה ב- 12,870,000 ₪.

VI. הסעדים המבוקשים בבקשה זו

53. הסעדים המבוקשים בבקשה זו הינם:

- 53.1. לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית;
 - 53.2. להגדיר את הקבוצה בשמה תנוהל התביעה כאמור לעיל;
 - 53.3. לקבוע כי המבקש והח"מ יהיו התובע המייצג ובא הכוח בהתאמה;
 - 53.4. לקבוע כי עילת התביעה המשותפת לקבוצה היא הפרת החובה החקוקה בחוק למניעת העישון;
 - 53.5. לקבוע כי השאלות המשותפות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה הינן:
 - 53.5.1. האם הפרו המשיבות את הוראות החוק למניעת עישון?
 - 53.5.2. האם בצעו בכך עוולה של הפרת חובה חקוקה?
 - 53.5.3. האם נגרם לחברי הקבוצה נזק עקב כך, ואם כן - מה גובהו ומה הפיצוי שיינתן להם עקב כך?
 - 53.6. לקבוע כי הסעדים הנתבעים בתביעה הייצוגית הינם:
 - 53.6.1. צו עשה, המורה למשיבות לאכוף את הוראות חוק מניעת העישון בפאב;
 - 53.6.2. פיצוי בסך 1,000 ₪ לכל אחד מחברי הקבוצה או כל סכום אחר אשר יקבע בית המשפט הנכבד.
 - 53.7. לתת הוראות בדבר אופן פרסום ההחלטה, ולקבוע כי המשיבות תשאנה בהוצאות הפרסום;
 - 53.8. לקבוע את שכר טרחתו של ב"כ המבקש בבקשה זו.
54. תצהירו של המבקש מצ"ב לתמיכה בעובדות בקשה זו.


אסף שילה, עו"ד
ב"כ המבקש