

התובע
(המבקש)
הצלחה - התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר)
ע"י ב"כ עוה"ד עמית מנור ואח'
מגדל המוזיאון, רח' ברקוביץ 4 תל אביב 6423806
טל': 03-6075001 פקס: 03-6075029

- נ ג ד -

- הנתבעות**
(המשיבות)
1. **אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ**
ע"י ב"כ משרד אגמון ושות', רוזנברג הכהן ושות' עו"ד
הגן הטכנולוגי, בנין 1, כניסה ג'
דרך אגודת ספורט הפועל 1, מלחה, ירושלים 92149
טל': 02-5607607 פקס: 02-5639948
 2. **British Airways PLC**
ע"י ב"כ ש. הורוביץ ושות' עו"ד
רחוב אחד העם 31 תל אביב 65202
טל': 03-5670700 פקס: 03-5660974
 3. **Deutsche Lufthansa AG**
 4. **Swiss International Air Lines Ltd.**
שתייהן ע"י ב"כ פישר, בכר, חן, וול, אוריון ושות' עו"ד
רחוב דניאל פריש 3, תל אביב 6473104
טל': 03-6944141 פקס: 03-6941351

ובעניין:
היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)
מדרך מנחם בגין 154, בית קרדן, תל אביב 6492107
טלפון: 073-3736173; פקס: 073-3736483

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לגבי הבקשה למחיקת הבקשה לאישור התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית (להלן: **"הבקשה למחיקה"**).

כללי**1. עיקרי עמדת היועץ הנם כדלקמן:**

- 1.1. בפנינו תובענה ייצוגית, העוסקת בתיאום תוספות למחיר שירותי הובלה, בין חברות תעופה. תביעה בנושא זה הוגשה נגד מי מהנתבעות גם בארצות הברית ונראה שהעניין נושא תובענה זכה לפרסום. התביעה היא תביעה שיש חשיבות ציבורית בבירורה. לכך התייחס היועץ המשפטי לממשלה בעמדה קודמת שהוגשה מטעמו בהליך הנוכחי.
- 1.2. לטענת אחת מהנתבעות בתביעה, אחד מעורכי הדין שהגישו את בקשת האישור ייצג אותה בעבר. לטענתם הם הגישו תלונה בעניין זה ללשכת עורכי הדין. לטענתם התנהגות זו פסולה היא, ואין די בהתפטרות עורך הדין אליו מתייחסת הטענה אלא הדבר פוגם בתביעה כולה ולפיכך יש למחוק את בקשת האישור.
- 1.3. מבחינה עקרונית, במסגרת בדיקת התאמת התביעה לאישור, על בית המשפט להידרש גם לתום ליבם של מבקשי האישור, כאמור בסעיף 8 לחוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו – 2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**" או "**החוק**"). טענות לפיהן מגישי התביעה ייצגו בעבר את הנתבע בתביעה, הן דבר שיש להידרש לו במסגרת בחינת תום הלב.
- 1.4. במקרה הנוכחי, לנוכח מכלול הנסיבות אשר יפורטו להלן, די בהתפטרותו של עורך דין ברעם אליו מתייחסות הטענות ואין הצדקה לפסילת כל יתר המייצגים או לפסילת התביעה כולה.
- 1.5. אין צורך להידרש במקרה הנוכחי לשאלה העקרונית אם ייתכנו נסיבות שבהן פגם בתום הלב של מגיש התביעה יצדיק פסילת התביעה כולה.
2. יובהר, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה אינה מתייחסת ליתר הסוגיות השנויות במחלוקת בין המבקשת והמשיבות ובכלל זה למחלוקת העובדתית ביניהן.

רקע כללי

3. עניינה של התובענה הייצוגית שבכותרת הוא תיאום בין חברות תעופה, ובכללן המשיבות, בעניין תוספות שונות (ובין היתר, תוספת דלק, תוספת בטחון, תוספת מלחמה ותוספת מכס) למחיר שירותי הובלה אווירית של מטענים בין השנים 2000 - 2006, אשר על פי הנטען תואמו בין המשיבות לבין עצמן ובין לבין חברות נוספות.
4. היועץ המשפטי לממשלה הודיע על התייצבותו במסגרת ההליך שבכותרת, מכוח סמכותו על פי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].
5. כמו כן ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, הגיש היועץ המשפטי לממשלה, ביום 7/9/2014, את עמדתו, לעניין הסוגיות העולות במסגרת התובענה שבכותרת והנוגעות לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**").
6. עיקרי עמדת היועץ שהוגשה, הנם כדלקמן:

(א) לדעת היועץ המשפטי לממשלה, יש להכיר בעילתו של צרכן עקיף בכל הנוגע לעולות תיאום מחירים. ראשית, אין לקבל את העמדה שלפיה צרכן עקיף הוא בהכרח ניזוק עקיף. שנית, דוקטרינת הצרכן העקיף, שלפיה לצרכן עקיף אין עילה לתבוע בתובענה ייצוגית, אינה חלה על תובענות ייצוגיות בתחום ההגבלים

העסקיים בישראל ואין מקום להחילה גם להבא. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי אימוץ הדוקטרינה יביא לחסימת ערוץ התובענות הייצוגיות בעילות שיסודן בחוק ההגבלים העסקיים בפני קהל רחב של צרכנים ולפגוע פגיעה ממשית באכיפת דיני ההגבלים העסקיים בישראל בכלל ובמעמדה של התובענה הייצוגית כאמצעי רלוונטי באכיפת דינים אלה בפרט.

בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי גם אם יתגלה ניגוד עניינים, בכוח או בפועל, בין חברי הקבוצה, אין בכך כדי להוות טעם מספיק להצדקת החלתה של דוקטרינת הצרכן העקיף במשפט המקומי וכי במסגרת ההליך, ככל שיאושר, ניתן לברר באופן יעיל יותר את נזקה של כל תת קבוצה של צרכנים ואת הפיצוי הראוי לה, על רקע תמונת הטענות והעובדות המלאה.

(ב) לדעת היועץ המשפטי לממשלה, אין לקבל את טענת המשיבות כי חובת ההודעה הנכללת בסעיף 7(3) לחוק ההגבלים העסקיים, הינה בבחינת "אות מתה" או עניין טכני, ומשכך, ככל שהתקיים ביניהן הסדר כובל, הריהו נכנס לגדרי הסייג הקבוע בחוק. יש לשלול טענה זו הן לגופה והן לאור ההלכה המורה על פרשנות מצמצמת של הסייגים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים.

7. ביום 21/12/2014 הגישה המשיבה 1 בקשה למחיקת התובענה שבכותרת. לטענתה, נתגלו נסיבות, קיצוניות בחומרתן, בנוגע להגשת הבקשה לאישור התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית.

8. לטענת המשיבה 1, ב"כ התובע המייצג, עו"ד ברעם היה נגוע לכאורה בניגוד עניינים חמור. יצוין, כי בינתיים התפטר עו"ד ברעם מייצוג התובע המייצג בתובענה שבכותרת.

9. המבקשת הגיבה לבקשה והמשיבות הגישו את התייחסותן לתגובת המבקשת. כל צד צירף לכתבי טענותיו חוות דעת מומחה, בתחום דיני האתיקה, התומכת בעמדתו.

10. להלן יסקרו עיקרי טענות הצדדים.

תמצית טענות הצדדים

11. לטענת המשיבות, עו"ד ברעם, היה כאמור, נגוע, לכאורה, בניגוד עניינים חמור ומשדבק בו פגם זה, הסתבר, כי הבקשה לאישור התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית נולדה בחטא ודינה מחיקה.

12. כך, בראשית נובמבר 2014 התעורר אצל המשיבה 1 החשד, לפיו בידיו של עו"ד ברעם מצוי מידע פנימי של אל על. חשד זה הצטרף לעובדה, שבדיון ההוכחות שנערך בתיק שבכותרת ביום 15/9/2014 התברר, כי ב"כ המבקשת הם שיזמו את ההליך שבכותרת.

13. לפיכך, החליטה המשיבה 1 לבצע בדיקה, שהעלתה, כי עו"ד ברעם היה שותף למתן ייעוץ משפטי, ייצוג והכנת מסמכים משפטיים הנוגעים למשיבה 1, במסגרת עבודתו כעו"ד במשרד עורכי הדין תדמור ושות', בתקופה שבין דצמבר 2005 לאפריל 2007. לטענת המשיבות, במסגרת טיפול זה, עו"ד ברעם היה חשוף למסמכים פנימיים ולמידע המצוי תחת חסיון עו"ד-לקוח.

14. כמו כן, המשיבות טוענות, כי במסגרת עבודתו, טיפל עו"ד ברעם, באופן ישיר, בעניין מושא התובענה הייצוגית שבכותרת – הקרטל הנטען בדבר שילוח מטענים בהיטס. לטענתן, עו"ד ברעם היה חשוף לחומר שנמסר מהמשיבה 1 למשרד עורכי הדין תדמור והוא אף בא בדברים עם גורמים בכירים אצל המשיבה 1, בנוגע לאותו מידע. לטענת המשיבות, עו"ד ברעם אף הכין למשיבה 1 חוות דעת באותו עניין מושא ההליך שבכותרת.
15. עד כאן הטענות שנטענו, אך כמובן יש לבחון אם טענות אלו הוכחו. בניסיון להוכיח טענות אלו הגישו המשיבות לבית המשפט הוגשו שלוש תכתובות דוא"ל בנוגע לדברים האמורים לעיל וכן הוגשה חוות הדעת שהכין עו"ד הרעם עבור המשיבה 1, כאמור לעיל. חוות הדעת הוגשה במעטפה חתומה בטענה, כי הנה חסויה מכח חסיון עו"ד-לקוח.
16. נגד עו"ד ברעם הוגשה תלונה לוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין, מחוז תל-אביב.
17. עו"ד ברעם הודיע לבית המשפט, ביום 10/12/2014, כי אינו זוכר שטיפל בקרטל מטעם המשיבה 1, וכי כל חומר, מסמך או ידע ששימשו אותו בניהול ההליך, נמסרו לו על ידי ב"כ הצלחה או נאספו ממקורות גלויים. יחד עם זאת, הודיע עו"ד ברעם, כי הוא משהה עצמו מייצוג המבקשת, עד לבירור העניין.
18. למרות האמור לעיל, המשיבות עמדו על בקשתן למחיקת ההליך שבכותרת. שכן, לטענת המשיבות, מחיקת ההליך הנו התוצאה הראויה היחידה האפשרית בנסיבות. שכן, הזכות להליך הוגן מחייבת את מחיקת ההליך שבכותרת; אחרת, צפויה פגיעה משמעותית באמון הלקוחות בעורכי דינם ובמערכת השיפוטית, באופן שיגרום להשלכות החורגות בהרבה ממסגרת ההליך דנן.
19. לטענת המשיבות, ניגוד העניינים החרף מכתים את ההליך בכללותו ועל כן, דינו מחיקה. כמו כן, טוענות המבקשות, בין היתר, כי המבקשת וב"כ האחרים של המבקשת, הפועלים במשותף עם עורך הדין המצוי בניגוד עניינים, אינם יכולים להמשיך בייצוג. לטענת המשיבות, הדברים מקבלים משנה תוקף, מקום בו מדובר בתובענה ייצוגית.
20. בתגובה, טענו המבקשת וב"כ, כי עו"ד ברעם עבר בדיקת פוליגרף ונמצא דובר אמת בהצהרתו. כמו כן, טוענת המבקשת, כי דיני האתיקה לחוד והמשפט האזרחי לחוד. כך, אפילו ביצע עו"ד ברעם עבירת אתיקה – אין בכך כדי להביא למחיקת בקשת האישור ולאין את הזכות המהותית שביסודה.
21. כמו כן, טוענת המבקשת, כי המשיבות לא הציגו ולו ראשית ראיה להעברת מידע פנימי או אסור על ידי עו"ד ברעם.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

22. ראשית, נעיר באופן כללי כי עצם הגשת תלונה כנגד עורך הדין המייצג, אין בה כדי לפסול אותו, ולו משום שהתלונה עוד לא נבחנה. כאשר מועלות טענות לפגם בתום ליבו של עורך הדין המייצג, הרי בדרך כלל על בית המשפט לבחון את הטענות לגופן, ללא קשר לבירור התלונה. נוסף כי תוצאה של סילוק תובענה בשל תלונה בלבד שהוגשה בוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין עלולה לפתוח פתח לשימוש בתלונות ככלי לדחיית תובענות ייצוגיות ראויות, או על מנת להגיע להסדרי פשרה שאינם לטובת הקבוצה.

23. הטענה שבעבר יוצגה מי מהנתבעות על ידי ב"כ התובע הייצוגי באותו עניין, מעלה את השאלה אם פגם בדרישת תוס הלב של המייצגים כנדרש בחוק תובענות ייצוגיות.
24. אחד התנאים הנדרשים לאישור תביעה ייצוגית הוא שייצוג עניינם של חברי הקבוצה ייעשה בדרך הולמת ובתום לב (סעיפים 8(3) ו-8(4)) לחוק תובענות ייצוגיות). דרישת תוס הלב בסעיפים אלו שמה דגש על האינטרס של הקבוצה.
25. יחד עם זאת, נראה כי, בגדר בחינת תוס הלב, יש לבחון גם קשיים הנוגעים להוגנות כלפי הנתבעים. אם אין הדבר בא בגדר סעיף 8(3) ו-8(4) לחוק, הרי נראה כי הוא בגדר שיקול הדעת הכללי של בית המשפט באישור תביעה.
26. כאשר נפל פגם שורשי בהתנהלותו של התובע הייצוגי, ניתן בדרך כלל לרפא את הפגם, בדרך של החלפת התובע שנפל בו הפגם. ייתכנו מקרים קיצוניים שבהם הפגם בו מדובר יורד לשורש התביעה, והחלפת התובע לא תרפא אותו, אך אלו מקרים קיצוניים.
27. בגדר נושא זה, עולה השאלה אם במקרה קיצוני שבו עורך דין אשר ייצג לקוח, הנחשף לפגם בהתנהלות הלקוח כלפי לקוחותיו, מגיש אחר כך תביעה ייצוגית כנגד הלקוח שלו לשעבר, יש פגם היורד לשורש התביעה ולא רק לייצוג. זו שאלה מורכבת, המצריכה עיון והיא עשויה להיות תלויה בנסיבות. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי השאלה אינה מתעוררת במקרה הנוכחי, ועל כן בהתייחס למקרה הנוכחי היא מהווה עניין תיאורטי.
28. במקרה הנוכחי, התביעה מעלה נושא שזכה לפרסום בארץ ובחו"ל. לחבנתנו, אין ראייה לכך שפעילותו של עו"ד ברעם במסגרת אותו משרד, בו עבד כשכיר בעבר, היא שחשפה את המידע עליו מבוססת התביעה שבכותרת לאוויר העולם.
29. תמונת הדברים היא שעו"ד ברעם, אחד המייצגים שימש לפני שנים לא מעטות כעו"ד שכיר במשרד עורכי דין שייצג את אחת הנתבעות. הדבר היחיד שהוצג הוא חיוב שהוציא משרד זה בגין 18 שעות טיפול על ידי עו"ד ברעם. לפי הטענה הוכנה על ידו חוות דעת, אך זו הוגשה במעטפה חתומה ולא ניתן לעיין בה. ממילא לא ניתן לדעת מה טיבה של חוות הדעת, מה מידת המעורבות של עו"ד ברעם ומה טיב המעורבות. מאחר ומיוחס לאותו משרד טיפול בתביעה ייצוגית בארצות הברית, הרי חיוב של 18 שעות בלבד אינו מעיד כשלעצמו, על מעורבות אינטנסיבית, ההופכת את התביעה כולה לפסולה.
30. בנוסף, יוער להלן, כי משהוגשה התובענה הייצוגית ונרשמה בפנקס התובענות הייצוגיות, ומשהפכה התובענה לפומבית, הרי שהיא מהווה נחלת הכלל וממילא ניתן יהיה לעשות בה, או במידע העולה ממנה, שימוש גם בתובענה ייצוגית אחרת שתוגש.
31. לנוכח כל אלה, נראה כי די בהתפטרותו של עו"ד ברעם, ואין למנוע את בירורה של התביעה כולה.
32. שיקול נוסף ומרכזי שיש לשקול בנסיבות, למול אינטרס ההגנה על יחסי עורך דין לקוח הנו האינטרס של הציבור בייזומה ובירורה של תביעה ייצוגית. בענייננו, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש עניין ציבורי ממש, בתובענה שבכותרת (ראה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין עילת התביעה) וכי יש חשיבות לנהלה, תוך ריפוי הפגמים שדבקו בה; אם אכן דבקו בה כאלה. אינטרס נוסף שיש להביאו בחשבון הוא חופש העיסוק של המייצגים, כל זה כאשר אין ביסוס לטענות כי נפל פגם ממשי בהתנהלותם.

33. לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, כאשר התובענה הייצוגית הנה מבוססת ובעלת עילה משפטית מוצקה, הרי שיש עדיפות שלא לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית ובכך לקפח את זכותה של הקבוצה ושל הציבור, בשל התנהלות ב"כ התובע המייצג.

34. אין כל ספק, כי דחייה על הסף של ההליך הייצוגי, פוגעת לא רק בתובע המייצג ובא-כוחו, אלא גם באינטרסים של הקבוצה המיוצגת, התומכים בקידומו של ההליך המשפטי שהנו ראוי ומבוסס.

35. לכן, במקרים שבהם סבור בית המשפט, כי המדובר בתובענה ראויה ומבוססת וכי קיים בה עניין ציבורי ממשי, או כי דחיית התובענה עלולה להביא לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה, מוצע, כי בית המשפט הנכבד יבחר בדרך שפגיעתה בחברי הקבוצה תהיה פחותה ככל הניתן, תוך מתן אפשרות לאישור התובענה כייצוגית.

36. סעיף 8(ג)(1) לחוק קובע:

"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת; אישר בית המשפט תובענה ייצוגית בהתאם להוראות פסקה זו, יתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול ענינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב כאמור באותו סעיף קטן."

37. וראה גם את דברי כבוד השופט ד"ר בנימיני בבש"א (ת"א) 1895/05 אמיר שהי שאול נגד תדיראן מוצרי צריכה בע"מ [פורסם בנבו]:

"סעיפים 8(א)(3) ו- (4) לחוק תובענות ייצוגיות דורשים כי בית המשפט ישתכנע כי קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. אך בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא מתקיים תנאי זה, אם ניתן להבטיח את קיומו באמצעות צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג, או באמצעות החלפת המבקש או בא-כוחו (סעיף 8(ג)(1) לחוק). החוק החדש, כאמור לעיל, שם את הדגש על האינטרס של חברי הקבוצה. ... אך גם לו הייתי סבור כי נפל פגם כלשהו בתום ליבו של המבקש, ואינני סבור כך, היה מקום לפעול במקרה זה על פי הוראת סעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, ולאשר את התובענה על דרך של צירוף תובע מייצג אחר, שכן התובענה מעלה סוגיה צרכנית חשובה. אפשרות זו קיימת בכל עת, גם לאחר אישור התובענה הייצוגית, אם יתברר כי יש צורך בכך."

[ההדגשות אינן במקור – הח"מ].

38. בנוסף, ראה לדוגמא בש"א (ת"א) 24655/06 דניאל פרחן נגד מולטילוק בע"מ, [פורסם בנבו]; ת"צ (ת"א) 44205-04-12 ראובן רוזנפלד נגד משואות יצחק - מושב שיתופי להתיישבות של הפועל מזרחי, [פורסם בנבו].

39. בהערת אגב, נעיר כי לצד שיקול זה, הרי שמבחינת טובת הקבוצה, יש לשקול בנסיבות, במסגרת התאמת הייצוג של התובע הייצוגי ובא-כוחו, האם לא נדרש לצרף עורך דין נוסף בעל מומחיות בתחום ההגבלים העסקיים, במקומו של עו"ד ברעם שהתפטור.

מיטל בסלי-דובדבני, עו"ד
 סגנית בכירה בפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)