



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

1

לפני: כב' השופטת מיכל נד"ב

מבקשים:

1. מרק ליטבין
2. ילנה ליטבין
3. מקסים טיוטיוניק

נגד

משיבות:

1. בלה שלומקינס בע"מ
2. פנינה פייר

החלטה

לפני בקשה לאישור תובענה ייצוגית לפי סעיף 3(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

א. תמצית הבקשה

1. המשיבה 1 (להלן: "החברה") היא חברה המחזיקה במועדון "בלה שלומקינס" (להלן: "המועדון") שהוא מקום בילוי בו מוגשים מזון ומשקאות. המשיבה 2, פנינה פייר (להלן: "המשיבה"), היא מנהלת בחברה.
2. המועדון הוא מקום ציבורי כהגדרתו בפרט 11 לתוספת לחוק למניעת עישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983 (להלן: "החוק למניעת עישון"), ועל כן העישון בו אסור לפי סעיף 1 (א) לחוק למניעת עישון.
3. ביום שישי מעשנים באי המועדון במועדון, באין מפריע. החוק למניעת עישון לא נאכף והמבקרים במועדון נחשפים לעשן סיגריות, שלפי לשון החוק למניעת עישון גורם למוות לנכות ולתחלואה.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

4. המשיבים מפריים את הוראות החוק למניעת עישון בכך שאינם מפקחים ואינם עושים כל הניתן למניעת עבירות של עישון במועדון שהוא מקום ציבורי.
5. המשיבה אחראית להפרת הוראות החוק למניעת עישון בהיותה "נושא משרה" על פי סעיף 5 לחוק למניעת עישון.
6. המבקשים ביקרו במועדון ביום שישי ה-15.8.08. במועדון יש שילוט האוסר את העישון. למרות זאת העישון התקיים בכל שטח המועדון כולל בשולחן הסמוך לשולחן המבקשים. המבקשים העירו למלצרית ששרתה אותם וזו השיבה להם: "נכון, אז תעשו מה שאתם רוצים". גם עובד אחר שפנו אליו השיב אותה תשובה.
- הפרסום באינטרנט של אירועי יום שישי במועדון כולל תמונות של אנשים עם סיגריות בידיהם.
7. עילות התביעה של המבקשים הן עוולות הרשלנות, הפרת חובה חקוקה, וסיוע למעשה תקיפה הכל לפי פקודת הנזיקין.
8. בית המשפט העליון בהלכת שמש עניין רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ (לא פורסם, 5.7.06) (להלן: "הלכת שמש") הכיר בעילת תביעה של הפר חובה חקוקה כמתקיימת במקרה של הפרת החוק למניעת עישון על ידי מחזיק של מקום ציבורי (מסעדה באותו עניין). כן הכיר בחשיבות "האכיפה האזרחית" של החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים.
9. סעיף 1 בחוק תובענות ייצוגיות קובע את מטרותיו קרי- מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין וניהול יעיל והוגן וממצה של תביעות.
- הבקשה נושא הדיון מגשימה את כל מטרות חוק תובענות ייצוגיות. בת"א 9307/07 מן נ' פוקצ'טה בע"מ (לא פורסם, 1.7.08) אישר בית המשפט המחוזי בירושלים הגשת תביעה כתובענה ייצוגית עקב הפרת החוק למניעת עישון. (אישור זה ניתן במסגרת בקשה לאישור הסדר פשרה - מ' נ').
10. חוק תובענות ייצוגיות חל בענייננו מבחינת מהותו וחל על הצדדים מפאת מעמדם בעיני החוק הנ"ל. למבקשים עילת תביעה אישית בגין העוולות הנטענות. הקבוצה הרלבנטית היא האנשים שבקרו במועדון בימי שישי מיום 5.1.08 ועד 15.8.08 (ר' הצהרת ב"כ המבקשים פר' עמ' 2 שו' 5-6) אשר אינם מעשנים ואשר נחשפו שם לעישון כפוי. בכל יום שישי נכחו במועדון כ-200 איש הראויים להימנות על חברי הקבוצה. התביעה הוגשה בתום לב.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

ב. תמצית התגובה

1. המשיבה ירשה את מניות בעלה בחברה. היא אינה מנהלת את המועדון ואינה נמצאת בו. מנהל המועדון הוא בנה רן פייר (להלן: "פייר").
2. המבקשים הציגו מקרה בודד בנקודת זמן אחת. לאחר זמן צרפו תצהיר של אדם נוסף דוד אסף שמתאר אירוע שלא היה. החברה נלחמת בעישון. ברחבי המועדון תלוי שילוט האוסר עישון, אין מאפרות במועדון ולא הוקצה מקום לעישון במועדון.
3. תובע המגיש תובענה ייצוגית צריך לעמוד ברף שכנוע גבוה מזה הנדרש ממנו בתביעה רגילה באשר לסיכויי תביעתו.
4. המבקשים לא הוכיחו קיומה של עילת תביעה אישית במידת סבירות ראויה – אין הוכחה לעישון, לאי מניעתו, ולקיומו של נזק.
5. לבית המשפט שיקול דעת אם לאשר ניהולה של תביעה כתובענה ייצוגית אפילו מתקיימים התנאים שבסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות.
שיקול ראוי לעניין זה הוא "גודל הנתבע". החברה אינה גוף כלכלי גדול שמכשיר התובענה הייצוגית נועד לסייע לפרט להתמודד עימו.
אישור התובענה עלול לגרום להתמוטטותה הכלכלית של החברה.
6. התובענה אינה מתאימה להידון כתובענה ייצוגית :
אין מדובר בקבוצה קרי בריבוי תובעים. הראייה שלאחר פרסום הבקשה לא הצטרפו תובעים נוספים למעט אסף שמסר תצהיר מפוקפק.
התביעה מתבססת על משתנים אינדיבידואליים ועל כן אינה מתאימה להיות מוגשת כתובענה ייצוגית.
המבקשים אינם ראויים לייצג את הקבוצה, כי לא הבחינו שגורם העשן היא מכונת עשן כמקובל במועדונים, וכי העדיפו פנייה למלצרית על פני פנייה למנהל המועדון.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטיבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

ג. ההוראות הרלוונטיות מהחוק למניעת עישון

סעיף 1:

"(א) לא יעשן אדם במקום המפורט בתוספת (להלן - מקום ציבורי) .
(ב)..."

סעיף 1א:

"מטרתו של חוק זה למנוע את העישון במקומות ציבוריים ואת חשיפת הציבור לעישון, הגורמת למוות, למחלות ולנכות".

פרט 11 בתוספת:

"מסעדה, מזנון, בית קפה, לרבות כל בית אוכל בית משקה, מועדון, דיסקוטק או מקום אחר שבו 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".

סעיף 2א:

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

(ב) יראו את המחזיק של מקום ציבורי כמי שמילא אחר הוראות סעיף קטן (א), אם הוכיח כי עשה את כל אלה:

(1) פנה לאדם המעשן או המחזיק סיגריות, סיגרילה, נרגילה, סיגר או מקטרת כשהם דלוקים במקום ציבורי, בין בעצמו ובין באמצעות אחר מטעמו, לחדול מהמעשה האסור או נקט אמצעים סבירים כדי להבטיח מניעת עבירות לפי סעיף 1(א) ו-1(ב);

(2) התלונן, בין בעצמו ובין באמצעות אחר מטעמו, בפני המפקח כמשמעותו בסעיף 7, על הפרת הוראות סעיף 1(א) או (ב), או עשה מאמץ סביר לעשות כן, אם על אף פעולתו כאמור בפסקה (1), נמשכה הפרת הוראה מההוראות האמורות.

(ג)..."

סעיף 5:

"(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".



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

סעיף 8 :

"(א) עישן אדם במקום ציבורי, או החזיק שם סיגריה, סיגרילה, סיגר או מקטרת כשהם דלוקים, לעיניו של מפקח או סדרן, רשאי המפקח או הסדרן לדרוש ממנו לזהות עצמו ואם סירב לעשות כן, רשאי הוא לעכב אותו באותו מקום עד לבוא שוטר, אך לא יותר מאשר שעה אחת.

(ב) לענין סעיף זה, "סדרן" - מי שהבעל או המחזיק של מקום המפורט בתוספת מינהו להיות סדרן באותו מקום והוא עונד תג בולט המעיד על תפקידו ומציג תעודה על מינויו כסדרן.

(ג) "...".

ד. העדויות הרלוונטיות

1. בדיון שהתקיים ביום 9.12.08 נשמעו שלושה עדים מטעם המבקשים שכולם טענו כי בעת ששהו במועדון נחשפו לעישון אסור, וכך שני עדים מטעם המשיבות.

2. המבקשים העידו בתצהיר כי ביום 15.8.08, יום שישי, הגיעו למועדון בקבוצה של 7 אנשים (הכוללת גם את המבקשת 2) וכי העישון התקיים בכל שטח המועדון, כולל בשולחן הקרוב אליהם. הם העירו למלצרית (שלפי החשבונית שמה לי-אל קבונבסקיה) שענתה להם "נכון, אז תעשו מה שאתם רוצים". תשובתו של אחד העובדים, אליו פנה המבקש 1, הייתה זהה. לאחר שמספר ניסיונות לחפש מקום במועדון בו האוויר נקי "יחסית" לא צלחו הם נאלצו לעזוב את המקום.

בחקירתו הוסיף המבקש 1, כי הם שהו במועדון שעה וחצי-שעתיים (פרוי' עמ' 13 ש' 26), כי הם היו בין הראשונים שהגיעו למועדון והוא לא יודע מתי אנשים התחילו לעשן (פרוי' עמ' 14 ש' 6-7), כי הוא לא יודע כמה אנשים עישנו והוא ראה לפחות 3 אנשים ליד השולחן שלהם שמעשנים וכן ש"היה מסריח", וכי הם יצאו מספר פעמים החוצה לשאוף אוויר נקי וגם הם היו אנשים שעישנו. (פרוי' עמ' 14 ש' 8-9, 11 ו-23-22).

המבקש 1 הוסיף בחקירתו שהעובד אליו פנה לאחר פנייתו למלצרית נראה כמנהל והוא לא יודע מה שמו (עמ' 15 ש' 4-7).

המבקש 3 הוסיף בחקירתו, כי כשהגיעו למועדון היו מעט אנשים ובמקום שישבו לא היו בהתחלה מעשנים, ומאוחר יותר התיישבו לידם והתחילו לעשן (פרוי' עמ' 21 ש' 7-8). גם ברחבת ריקודים היו מעשנים והמבקש 3 גם נכווה מסיגריה (פרוי' עמ' 21 ש' 11-12).



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

עוד העיד המבקש 3 כי הם העירו למעשנים שהתעלמו מהם וכי המבקש 1 פנה לאחראי (בנוסף לפנייה למלצרית) (פרוי' עמ' 21 ש' 10, 12 ו-17-18). הם לא קיבלו מענה מהאחראי (פרוי' עמ' 21, ש' 12).

דוד אסף, עד התביעה, מסר בתצהירו ובעדותו, כי ביום 5.1.08, יום שבת, בא למועדון עם רעייתו וזוג נוסף להופעה של טריפונס. לאחר שהתיישבו התלוננו שמעשנים במועדון.

מי שהוצג כבעל המועדון (או מנהלו), מר רן פייר (שאח"כ התברר שהוא בנה של הנתבעת 3), "איים עלינו שאם לא מתאים לנו אנחנו יכולים לעזוב". לאחר שנשאלו במועדון הגיע פייר עם שני שומרי המקום שנעמדו על ידם בצורה מאיימת ואיים שאם לא יעזבו הם יפנו אותם בכוח מהמקום (פרוי' עמ' 9 ש' 30-32 ועמ' 10 ש' 1). לכן עזבו את המקום. בעקבות פרסום בעיתון על הגשת התביעה הייצוגית יצר קשר עם ב"כ המבקשים וסיפר לו על האירוע שחוה.

בחקירתו העיד אסף כי אינו יודע מי עישן לידו. כי עישנו מאחוריו ולפניו. כי לא הרגיש את העשן כשנכנס - אך הרגיש כשהתיישב. (פרוי' עמ' 7 ש' 18-7). הוא זוכר שהעשן הפריע לו אחרי שהתיישב. (פרוי' עמ' 8 ש' 31).

אסף הוסיף בחקירתו כי לאחר שהמלצרית השיבה שאין מה לעשות ענה לה שיש מה לעשות (התכוון להגשת תלונה) ושתידע את בעל הבית. בפועל הוא לא הגיש תלונה כדי לא לבלות את כל זמנו בבתי משפט ואלמלא הפרסום בעיתון לא היה משתף פעולה (פרוי' עמ' 9 ש' 22-7).

אסף העיד בחקירתו שבירר טלפונית שמנהל המקום הוא רן פייר, הבן של בעל הבית שהוא עבד במשטרת ישראל. (פרוי' עמ' 10 ש' 20-2).

לעניין מכונת עשן העיד כי זה דמה-עשן ולא עשן. לא זכור לו שהייתה כזאת (פרוי' עמ' 9 ש' 26-29).

3. פייר עד המשיבות העיד כי הוא המנהל הבלעדי, המחזיק בפועל והאחראי על הפעלת המועדון. על פי הוראתו נתלו בכל רחבי המועדון שלטים האוסרים עישון. הוא אסר על הקצאת מקום לעישון, אסר להציב מאפרות והדריך את כל העובדים לאסור עישון של מבקרי המועדון. בנוסף, העיד פייר כי במועדון נמצאת מכונת עשן שתפקידה לפזר עשן בכל רחבי המועדון והדבר עלול להטעות מבקר לחשוב שמדובר בעשן סיגריות.

בחקירתו העיד פייר, כי הוא מנהל שכיר בחברה (פרוי' עמ' 26 ש' 20), כי לא מינה סדרן וכי הוא בעצם הסדרן של המקום ונוכח "רוב שעות פעילות המקום". לאחר מכן העיד כי "כל ערב



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

שהמקום פתוח אני נוכח" (פרוי עמ' 23 ש' 28-32) וכי הוא לא זוכר את המצהירים מטעם המבקשים (פרוי עמ' 24 ש' 4-5).

פייר העיד כי לאחר שהוא מבקש ממעשן שיפסיק לעשן השלב השני הוא שמאבטח מבקש ממנו לצאת ואם זה לא עוזר מתבצעת פנייה למוקד העירוני (פרוי עמ' 25 ש' 26-27) מוקד 106 של עיריית תל אביב שאמור לשלוח פקח שירשום דו"ח ויגיע עם שוטר קהילתי (פרוי עמ' 24 ש' 16-18). אין לו תיעוד של הפעמים שהתלונן בעירייה וגם לא פנה לעירייה לקבל תיעוד מעין זה (פרוי עמ' 25 ש' 13-18).

פייר הוסיף כי לא הביא לעדות את המאבטח כי בכל ערב מדובר במאבטח אחר והם עובדי חברת אבטחה. אשר למלצרית ששמה מצוין על גבי החשבונית, זו עזבה את העבודה לפני כשלושה חודשים (פרוי עמ' 26 ש' 1-3 ו-8-9).

ה. דיון - התנאים לאישור תובענה ייצוגית

1. התשתית הנורמטיבית

לעניין מהות העניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית קובע סעיף 3(א) בחוק תובענות ייצוגיות:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; ..."

התוספת השנייה מונה את העניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית. סעיף 1 לתוספת קובע:

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

חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 קובע בסעיף ההגדרות כי:

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

לעניין מיחות התובע קובע סעיף 4(א) בחוק תובענות ייצוגיות:

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

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08

ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

לעניין יסוד הנזק, ככל שמהווה חלק מיסודות התביעה, קובע סעיף 4(ב)(1) בחוק תובענות ייצוגיות:

"(ב) לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק -

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק;"

לעניין שיקולי בית המשפט בבואו לשקול אישור תובענה ייצוגית קובע סעיף 8(א) בחוק תובענות ייצוגיות:

"(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

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

2. התביעה נושא הדיון נכנסת בגדר סעיף קטן 1 לתוספת לחוק תובענות ייצוגיות. אלון קלמנט במאמרו "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 135 (2006) כותב:

"כיום מאפשר חוק התובענות הייצוגיות לתבוע נתבעים אלה [בין היתר את ה"עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן- מ' נ'] בכל עילה שהיא ובלבד שנושא התביעה יהיה עניין שבין הנתבע לבין התובע כלקוח..."

בענייננו החברה עוסקת במתן שירות דרך עיסוק - קרי ניהול מועדון המספק שרותי הסעדה ובידור והתביעה היא נגד החברה בעניין שבינה לבין לקוח שלה - הם המבקשים שבאו לקבל את שירותיה.

3. עילת תביעה אישית – בהלכת שמש הכיר בית המשפט העליון בקיומה של עילת תביעה אישית שעניינה הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין, במקרה של הפרת החוק למניעת עישון, על ידי המשיבה - מסעדה - בה סעדה המערערת ושבה נחשפה לעישון בניגוד לחוק הנ"ל (ר' פסקה 4 לפסק הדין).

באותו עניין הכיר גם בית המשפט בקושי להוכיח נזק ספציפי מעישון וקבע:

"את גרימת הנזק - כנדרש בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין - ניתן רק לשער על דרך 'הסתברות מצטברת'" (ר' פסקה 6 לפסק הדין).



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

עובר לחקיקת החוק תובענות ייצוגיות קבעה ההלכה כי על התובע להוכיח את העובדות עליהן מתבססת תביעתו באופן לכאורי (ר' רע"א 8332/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 292 (2001) (להלן: "פרשת רייכרט") ר' גם ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 329-330 (1997)). נראה לי שדרישה זו עומדת גם היום לצורך התנאי הקבוע בסעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

משהעידו שניים מן המבקשים כי נחשפו לעישון כפוי במועדון וכי למרות פנייתם לא הופסק העישון, ומשעדותם נתמכה בעדותו של אסף שהיה במועדון במועד אחר ואשר אינו מכיר את המבקשים לכאורה ואשר לטענתו גורש מהמועדון עקב פנייתו בעניין העישון, קמה להם לכאורה עילת תביעה אישית בהתאם להלכת שמש ושוכנעתי שיש אפשרות סבירה שהמבקשים יזכו בתביעתם.

4. קיומם של התנאים שבסעיף 8(א) בחוק תובענות ייצוגיות- המבקש טען כי עילת תביעתו מצדיקה הגשתה כתובענה ייצוגית מאחר וזו מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט שמשותפות לכל חברי הקבוצה. הקבוצה הנטענת היא – אורחי המועדון בימי שישי בערב, אשר אינם מעשנים, החל מיום 5.1.08 ועד 15.8.08 (המועדים שבהם נחשפו המבקשים ואסף לעישון במועדון).

סעיף 8(א)(1) בחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בשלב הבקשה להגשת תובענה ייצוגית על המבקש להוכיח כי יש אפשרות סבירה שהשאלות שבתובענה יוכרעו לטובת חברי הקבוצה. גם סעיפים 3 ו-4 בסעיף 8(א) קובעים כי על המבקש להוכיח יסוד סביר לקיום התנאים הנדרשים בהם קרי- ייצוג הולם ובתום לב לכלל חברי הקבוצה.

בפרשת רייכרט נקבע, לפני כניסת חוק תובענות ייצוגיות לתוקף, כי בשלב הבקשה על בית המשפט להשתכנע במידת סבירות ראויה שהתובע ממלא באופן לכאורי את תנאי הסף הקבועים לאישורה של תובענה ייצוגית (ר' שם, בעמ' 292). נראה כי מבחן זה אומץ בחוק תובענות ייצוגיות.

5. שאלות משותפות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה בתובענה - ב"כ המבקשים טען כי השאלות המשותפות הן: האם הפרו המשיבות בתובענה הנטענת את הוראות החוק למניעת עישון? האם בצעו בכך עוולה של הפרת חובה חקוקה או רשלנות או ניסיון לתקיפה? האם נגרם לחברי הקבוצה נזק עקב כך ואם כן מה טיבו והאם הם זכאים לפיצוי בגיננו?



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08

ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

ב"כ המשיבות טען כי התנאי הראשון לא מתקיים. טענותיו מופיעות בפרוטוקול בעמ' 31 שו' 11 – 21 כדלקמן:

"הדבר הראשון הוא האם יש שאלה מהותית של עובדה או של משפט שמשותפת... התשובה לא זו שאלה עובדתית אם אדם פלוני עישה במקום ואת זה מנהל המקום ניסה למנוע את אותו עישון, השאלה מאוד פשוטה – נשאל פייר וענה תשובות מדויקות שהוא סדרן בעצמו וכי המאבטחים מקיימים את הוראתם לאכוף את הסדר הציבורי ובכלל זה את החוק למניעת עישון, כמו כן הוא קיבל את החוברת המנחה כיצד לפעול, הוא תלה שלטים ובאופן פוזיטיבי הוא אוסר את העישון במועדון ולכן התשובה היא באם אדם מסוים מדליק סיגריה על דעת עצמו הרי הוא עושה זאת בניגוד לחוק, בניגוד לשילוט התלוי על כל עמוד ועמוד בתוך המועדון ובוודאי כאשר מנהל המועדון מר פייר רואה זאת ודורש מיידי הפסקת ביצוע העבירה. די בכך כדי ללמוד שהנהלת המועדון שבראשה עומד אדם אחד מר פייר שהוא המנהל בפועל כפי שנלמד הן מהתצהיר והן מעדותו היום, דורש אכיפת החוק. לאור זאת לא התקיים הסעיף הראשון שהוא סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות".

לא ירדתי לסוף דעתו של ב"כ המשיבות בטיעונוני אלה ואינני סבורה שיש בהם לשלול את טענות המבקשים. כאמור, נשמעו שלושה עדים מטעם המבקשים שלפי עדותם נחשפו לעישון כפוי במועדון בשני מועדים שונים וזאת למרות שהתריעו בפני מי מעובדי המועדון. נוכח האמור שוכנעתי כי קיימת לכאורה קבוצה- מבקרי המועדון שאינם מעשנים אשר נחשפו לעישון כפוי, כי התובענה מעוררת את השאלות שמנה ב"כ המבקשים וכי לאור העדויות הראשוניות שנשמעו יש אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובת הקבוצה.

6. 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, שם דובר בתביעה אישית על הפרת החוק למניעת עישון, עמד על מחדלי האכיפה בנושא העישון במקומות ציבוריים וקבע:



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

"כבודתה 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.

7. קיומו של יסוד סביר שהתובענה תנוהל בדרך הולמת ובתום לב - ב"כ המשיבות טוען לחוסר תום ליבם של המבקשים. לטענתו - הם הודו שאינם יוצאים תכופות למועדונים על כן עניינם הוא בצע כסף בלבד. המבקשים סרבו לקבל התחייבות מהמשיבות למנות מפקח שיאכוף את החוק למניעת עישון ואף סרבו להצעה שאחד מהם יועסק כאותו מפקח. עוד נטען כי המבקשים הודו שעישנו בעבר ועל כן אינם נקיי כפיים בדרישה לאכיפת החוק למניעת עישון.

לא מצאתי פגם לכאורי בתום ליבם של המבקשים. בעדותו העיד ליטבין כי: **"אני דורש תוצאה ציבורית שבמועדונים לא יעשנו לכן פעלנו כמו שפעלנו" (פר' עמ' 18 שו' 22).** מקסים העיד: **"המטרה של תביעה ייצוגית שגם המקום ישמור על החוק שיפסיקו לעשן, ואני חושב שצריך להיות גם לקח למועדונים אחרים" (פר' עמ' 20 שו' 27-28).**

אין בעובדה שהמבקשים עישנו בעבר לשלול את תום ליבם ואולי דווקא החלטתם לחדול מעישון מלמדת על מודעות שנרכשה בעניין זה. האוטונומיה של המבקשים מחייבת לכבד החלטתם לחדול מעישון.

סירובם של המבקשים לקבל טובת הנאה בדמות "משרת מפקח" אצל המשיבות מעידה דווקא על תום ליבם ועל העובדה שלא ניתן "לקנותם" בפיתוי כספי.

8. ב"כ המשיבות טען עוד שתי טענות הדורשות התייחסות.

9. א. הטענה הראשונה, התובענה הייצוגית נועדה לתקיפת גופים גדולים או ציבוריים, המשיבה היא בר- מסעדה היא אינה גוף כלכלי רב עצמה אלא עסק משפחתי קטן על כן אין להתיר הגשת תובענה במקרה כזה אפילו מתקיימים תנאי חוק תובענות ייצוגיות.

על כך משיב ב"כ המבקשים, הוכח שהוגשו תביעות קטנות על ידי תובעים בודדים אך אלו לא יצרו כל הרתעה והפרת החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים נמשכת.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

ב. סעיף 8 בחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם התקיימו תנאי סעיף 8. נוסח חוק תובענות ייצוגיות שהתקבל הוא כנוסח שהוצע בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 לעומת נוסח הסעיף בהצעת חוק תובענות ייצוגיות היה: **"בית המשפט יאשר ניהול תובענה כתובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה..."** (ר' הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 234). לכאורה, לבית המשפט שיקול דעת אם לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית אפילו מתקיימים כל התנאים הקבועים בחוק.

ג. סעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות קובע:

"(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א) –

(1) הוגשה בקשה לאישור נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית;

(2) הוגשה בקשה לאישור נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית". (הדגשה שלי- מינ')

מסעיף זה עולה כי המחוקק נתן דעתו לסכנה שבאישור בקשה להגשת תובענה ייצוגית ליציבותו הכלכלית של נתבע, ואולם מצא להתייחס רק למקרים הספציפיים שפורטו בסעיף 8(ב).

ד. לא ראיתי מקום לקבוע מסמרות באשר למקרים בהם ראוי שבית המשפט יפעיל את שיקול דעתו ולא יאשר תובענה ייצוגית למרות קיום תנאי החוק. ניתן להעלות על הדעת כי במקרים בהם עוצמת הגשמת מטרות החוק תהיה נמוכה לעומת נזקי המבקש יהיה מקום להפעיל שיקול דעת כזה.

ה. אינני סבורה שהעניין דנן הוא מסוג המקרים שבהם, אף על פי שמתקיימים התנאים הנדרשים בחוק כדי לאשר תובענה ייצוגית, יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו ויסרב לאשרה.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

המשיבים מבקשים שלא אאשר את התובענה מהטעם שמדובר במועדון קטן שציבור המשתמשים בו אינו רב. אם אכן לא אאשר את התובענה תהיה משמעות הדבר שעסקים קטנים או בינוניים לא יהיו חשופים לתובענות ייצוגיות דהיינו יוכלו להפר חובותיהם החוקיות ולרמוס את זכויות לקוחותיהם ברגל גסה בידיעה שלכל היותר יתבעו בתביעות פרטניות בסכומים זניחים. בכך תסוכל תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות. לא מצאתי בחוק תובענות ייצוגיות, בתכליתו או בהגיונו יסוד לטענה שאין להחילו על עסקים קטנים או בינוניים.

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בחוק למניעת עישון. דווקא מקומות בילוי מסוג זה כמו המועדון ומסעדות, שהם בסדר גודל זה, מהווים פלח משמעותי במקומות הבילוי של הציבור. לגבי חלק מהציבור מהווים הם סוג של מקום הבילוי היחיד. על כן גם במקומות אלה יש להביא לאכיפת החוק למניעת עישון ולהרתיע את הבעלים מפני הפרתו, והדרך לעשות כן היא בין היתר התובענה הייצוגית. אין צורך להכביר מלים על מטרתו של החוק למניעת עישון שנועד להגן על הציבור מחשיפה לעישון ולמרכיביו העלולה לגרום למחלות, לנכות ואף למוות. יש להקפיד על זכותו הבסיסית של הציבור לשאוף אל קרבו אוויר נקי מהמזהמים שבעשן של סיגריות ודומני שזכותו של אדם להגן על בריאותו היא מהזכויות הבסיסיות של אדם באשר הוא אדם.

10. א. טענתו הנוספת של ב"כ המשיבות היא שיש למחוק את התביעה נגד המשיבה 2 - ב"כ המשיבות טען כי המשיבה אינה מפעילה את המועדון ואינה מנהלת אותו. תצהירה בעניין זה לא הופרך על כן יש למחוק את התביעה נגדה. עוד טען כי הוראת סעיף 5 לחוק למניעת עישון עליה נסמכת התביעה האישית היא הוראה המקימה אחריות פלילית ועל כן אינה מקימה אחריות אזרחית.

ב. המשיבה הצהירה כי היא בעלת 83% במניות החברה. את המניות ירשה מבעלה המנוח. יתרת המניות מוחזקת בידי בנה פייר. היא איננה מנהלת את המועדון ואינה מחזיקה בו. המנהל בפועל הוא בנה פייר. בחקירתה מסרה, כי אינה פעילה במועדון. היא אישרה, כי היא מגישה את דו"חות מע"מ ומס הכנסה והיא חתומה עליהם (פר' עמ' 29 שו' 5-3).

המבקשים המציאו תדפיס מרשם החברות נכון ליום 2.9.08. לפי תדפיס זה המשיבה היא דירקטורית בחברה ביחד עם אחד משה אליהו.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08

ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

ג. סעיף 5 בחוק למניעת עישון קובע אחריות של נושא משרה למניעת עבירה על החוק, באופן שאם הפר החובה דינו קנס לפי סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין. נושא משרה מוגדר כ"מנהל פעיל בתאגיד..."

המשיבה טוענת כאמור, כי היא אינה "מנהל פעיל" וכי מכל מקום מדובר באחריות פלילית שאינה מקימה עילה אזרחית.

שאלת פרשות המונח "מנהל פעיל" עלתה בע"פ 4855/02 ע"פ 4909/02, 4917/02 מדינת ישראל נ' דר' ברוביץ (לא פורסם, 31.3.05) בהקשר של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

סעיף 48 בחוק ההגבלים העסקיים קובע:

"אחריות של חבר-בני-אדם.

48. נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה". (הדגשה שלי – מ' נ').

באותו עניין קבע בית המשפט העליון:

"המונח שאותו יש לפרש איננו 'מנהל' כי אם 'מנהל פעיל'. מונח זה אינו מופיע כלל בחקיקה הרלוונטית לדיני החברות, אלא בסעיף 48 לחוק ההגבלים. תכליתו הכללית של חוק ההגבלים ותכליתו הספציפית של סעיף 48 מחייבות לפרש את המונח 'מנהל פעיל' כד שיחול, לכל הפחות, על אותם נושאי משרה שבכוחם למנוע (או לצמצם) בפועל את מעורבות החברה בביצוען של עבירות לפי החוק (השוו: ע"פ 4148/03 ישי כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (2) 629, 633-632) (ההדגשות במקור).

גם בענייננו מחייבת לכאורה תכלית החוק פרשות דומה, ונראה לכאורה לצורך שלב זה של הדיון שהמשיבה בהיותה דירקטורית בחברה אחראית לכאורה בשל אי הפעלת כוחה למניעת העבירה על החוק למניעת עישון במועדון.

ד. אשר לטענה, כי מדובר באיסור פלילי. אחת העילות הנטענות בתביעה היא עילה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

סעיף 63 קובע:

"(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליה נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לעניין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד 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".

ה. איסור פלילי הוא בגדר חובה חקוקה. עפ"י לשון הפקודה התנאים לקיום העוולה הם בין היתר שהחיקוק נועד לטובתו ולהגנתו של התובע, וכי ההפרה גורמה נזק מסוגו או מטבעו של הנזק אשר אליו כיוון החיקוק.

ובלשון בית המשפט העליון בע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לונטונט מועדון חברים בע"מ (2.7.03):

"גם בהנחה כי הופר איסור פלילי, עדיין על התובע להוכיח כי החיקוק שעליו הוא מבסס את תביעתו אכן נועד להגן על האינטרסים שלו".

בענייננו, החיקוק האוסר עישון נועד להגן על בריאות הציבור, לרבות הפרטים בציבור שהמבקשים הם מפרטיו, והפרת החיקוק בענייננו גרמה לכאורה את הנזק אליו כיוון החיקוק קרי – "חשיפת הציבור לעישון, הגורמת למוות, למחלות ולנכות" (סעיף 1 א. לחוק למניעת עישון).

על כן העובדה שמדובר בחיקוק פלילי אינה שוללת אחריות אזרחית של המשיבה לפי החוק למניעת עישון.

ו. יש לציין שלאחרונה הכיר בית המשפט המחוזי בירושלים בבש"א (י-ס) עו"ד שלמה גן צבי נ' מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ (23.7.08), במקרה בו נתבעה חברה שהיא "עוסק" לצורך חוק הגנת הצרכן, באפשרות לתבוע גם את אורגן החברה שהיה בעל מניות ומנהל בחברה, כנושא בחבות אישית בשל פעולותיו.



בית המשפט המחוזי מרכז

26 ינואר 2009

ת"צ 4398-09-08
ליטבין ואח' נ' בלה שלומקינס בע"מ ואח'

11. לאור כל האמור לעיל, אני מאשרת את התובענה הייצוגית עפ"י העילות והסעדים המפורטים בה. על פי דרישת ס' 14 לחוק תובענות ייצוגיות אני קובעת:
- א. הקבוצה - באי המועדון, שביקרו במועדון בימי שישי בין התאריכים 5.1.08 ועד 15.8.08, שאינם מעשנים.
- ב. התובע המייצג ובא הכוח המייצג הם המבקשים בבקשה זו ובא כוחם.
- ג. עילות התובענה והשאלה של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה הן כמפורט בסעיף ה.5 להחלטה.
- ד. הסעד הנתבע הוא פיצוי בסך 1,000 ₪ לכל חבר בקבוצה.
- ה. ב"כ המבקשים יפרסם הודעה על אישור התובענה הייצוגית לפי סעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. ההודעה תכלול את הפרטים המפורטים בסעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות. טיוטת ההודעה תועבר לפני פרסומה לבית המשפט על פי הוראות סעיף 25(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.
- ההודעה תפורסם בעיתונים "ידיעות אחרונות" ו"מעריב". המשיבות ישאו בהוצאות הפרסום. עותק ההודעה לאחר פרסומה יישלח למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס לפי סעיף 25 (ז) לחוק תובענות ייצוגיות.
- ו. המשיבות יגישו כתב הגנה בתוך 45 יום.
- ז. המשיבות ישאו בהוצאות המבקשים ככל שהיו כאלה ובשכ"ט ב"כ המבקשים בסך 5,000 ₪ בצירוף מע"מ.
- ניתן היום, א' שבט תשס"ט, 26 ינואר 2009, בהעדר הצדדים.

מיכל נד"ב, שופט