

החוק האמיתי

ת"צ 18245-11-14

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

לפני כב' השופט רחמים כהן

המבקש:

אורי גולדשטיין ת.ז. [REDACTED]

ע"י עו"ד ירון גולדין
לצרכי הליך זה חברי הקבוצה מיוצגים ע"י עוה"ד אריה חגי ו/או רונית
ציפרוט ו/או אהרון בראלי ו/או איתי דדון ו/או דנה ארזי ו/או קרין
זאבי ו/או אסף שמילה
[REDACTED]
[REDACTED]

- נ ג ד -

המשיבה:

המשביר בתי כלבו בע"מ ח.פ. 514357458

ע"י ב"כ עוה"ד לילי דורון ו/או יניב קליינבלט ו/או
ממשרד עוה"ד ש. פרידמן ושות'. עורכי דין
[REDACTED]
[REDACTED]

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב - אזרחי
מדרך מנחם בגין 154 תל אביב 6133001, ת.ד. 33051
טל': 073-3924768 ; פקס': 02-6468005

התנגדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה להסדר פשרה

בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד ובהתאם להוראת סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק"), מוגשת בזאת התנגדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה אשר גובש בין הצדדים במסגרת הבקשה לאישור ניהול התובענה שבכותרת כתובענה ייצוגית.

פתח דבר

1. עניינו של ההליך שבכותרת הוא בתביעה ובבקשה לאישור ניהולה כתובענה ייצוגית (להלן: "בקשת האישור"), במסגרתן נטען כי המשיבה, חברת המשביר בתי כלבו בע"מ (להלן: "המשיבה"), הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") ותקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכולל מידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ח-1995 (להלן: "תקנות הגנת הצרכן (גודל האותיות)") והוראות חקיקה נוספות. זאת, במסגרת מבצע שכונה "האירוע השנתי הגדול" שפרסמה המשיבה בחודש נובמבר 2014 ובו הודיעה על מתן "החזר כספי" ללקוחות חברי המועדון שלה (להלן: "המבצע").

2. עיקר טענות המבקש הוא, כי המשיבה הטעתה את לקוחותיה כאשר שלחה להם הזמנה אישית המדגישה את זכאותם לקבל "החזר כספי" מהמשיבה בשיעור 20% מהיקף הרכישות בשנת 2014 באמצעות כרטיס נטען שצורף להזמנה; וכי למעשה לא מדובר בהחזר כספי כלל, אלא בהפחתה מהמחיר ברכישת מוצרים מסוימים, וזאת עד לשווי של 20% מכל מוצר חדש שיירכש, ולתקופה של 6 ימים בלבד.
3. בכך נטען, הפרה המשיבה את הוראות חוק הגנת הצרכן האוסרות על הטעית לקוחות; הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן הנוגעות לתוקף של שוברי זיכוי ושל תווי קניה, כאשר הגבילה את תוקף המבצע לשישה ימים בלבד; הפרה את הוראות תקנות הגנת הצרכן (גודל האותיות) המחייבות, כי מידע מסייג יפורסם בגודל מינימאלי של האותיות שלא יפחת מ-30% מגודל האותיות הגדולות ביותר; כמו כן טען המבקש, כי התנהלות המשיבה עולה כדי עוולת התרמית, עוולת הרשלנות, הפרת חובות תקוקות, הטעיה והפרת החובה לקיים משא ומתן בתוויל, בניגוד לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
4. בתגובתה לבקשת האישור טענה המשיבה, כי יש להורות על דחיית הבקשה משלל טעמים, ביניהם שלא התקיימה כל הטעיה צרכנית, תרמית או פעולה בחוסר תום לב בפרסום המבצע, וזאת כיון שתנאי המבצע המגבילים פורטו בבירור בעלון אליו היה מוצמד כרטיס ההטבה, בעלון המבצע שצורף להזמנה האישית, וכן בתקנון המבצע שפורסם במרשתת. זאת, בהתאם לתנאים הקבועים בדין לעניין גודל האותיות. עוד טענה המשיבה, כי אין עילת תביעה מכוח חוק הגנת הצרכן, שכן לא מדובר בשובר זיכוי או שובר מתנה שלגביהם קבע המחוקק תוקף מינימאלי, אלא באמצעי שיווקי ותו לאו.
5. במהלך תקופת המבצע, ביום 6.11.2014, שלחה הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: "הרשות") שלחה מכתב לנתבעת מכוח סמכותה לפי סעיף 21(א)(4) לחוק הגנת הצרכן בנוסחו דאז. במכתב צוין, כי הניגוד בין האופן בו מוצג המבצע לבין אופיו האמיתי אינו עולה בקנה אחד עם תקנות הגנת הצרכן (גודל האותיות); וכי מסע הפרסום מטעה צרכנים בעניין מהותי בעסקה בניגוד להוראות סעיפים 2 ו-7 לחוק הגנת הצרכן. הרשות הורתה לנתבעת להסיר את מבצע הפרסום או לחילופין לתקנו, כך שיתאפשר לצרכן שקיבל הזמנה אישית לממש את ההחזר הכספי במלואו ולא רק עד גובה של 20% מקנייתו הבאה; עוד הורתה הרשות לנתבעת לדווח לרשות על ביצוע ההוראות כאמור בתוך 24 שעות. הנתבעת השיבה ביום 9.11.2014 למכתב הרשות ובו דיווחה, כי הפסיקה את מסע הפרסום וכי יידעה את צרכניה בדבר אופן מימוש ההטבה, על אף שלא הייתה סבורה שהיה במבצע משום הטעיה של לקוחותיה. לאור תגובת המשיבה, הרשות החליטה לא לפתוח בהליך משפטי כלפי המשיבה בנושא המבצע אלא להסתפק בהתראה בלבד.
6. יצוין, כי בתקופת המבצע היו בידי הרשות סמכויות אכיפה פליליות בלבד, ולא היו בידיה סמכויות אכיפה מנהליות, כפי שברשותה היום.
7. ביום 10.11.2014 הוגשה הבקשה לאישור ניהול התובענה כתובענה ייצוגית שבכותרת.

8. ביום 30.7.2019 הודיעו באי-כוח הקבוצה והמשיבה לבית המשפט הנכבד, כי ניהלו ביניהם משא ומתן לפשרה והגיעו לידי הסכמה, אשר פורטה בבקשה לאישור הסדר פשרה.
9. ברקע לדברים, עומד סכסוך בין באי כוחו של המבקש בנוגע לייצוג הקבוצה בתובענה הייצוגית. לנוכח הסכסוך, בית המשפט נדרש להחליט בנוגע לזהות עורך הדין שייצג את הקבוצה. לפי החלטת בית המשפט, עורך הדין אריה חגי ייצג וימשיך לייצג את הקבוצה, שבשמה הוגשה הבקשה לאישור. ואילו לאור הודעות ובקשות המבקש כי אינו מעוניין שעורך הדין חגי ייצג אותו, נקבע כי אין עורך הדין חגי מורשה לקבל החלטות בעניין עילת התביעה האישית של המבקש, אלא אם תתקבל הודעה אחרת מצדו. בדיון שהתקיים ביום 17.7.2019 מסר המבקש, המיוצג על-ידי עורך הדין גולדין, כי הוא מתנגד להסדר הפשרה המוצע. כמו כן, המבקש הגיש בקשת רשות ערעור על ההחלטה בעניין הייצוג, אשר נמחקה בהסכמה ביום 7.11.2019 (רע"א 3151/18 גולדשטיין נ' המשביר בתי כלבו בע"מ (פורסם בנבו, 7.11.2019)).
10. עיקרי הסדר הפשרה הם כדלקמן:
- (א) חברי הקבוצה הוגדרו ככל אדם או תאגיד שקיבל או היה זכאי לקבל כרטיס החזר כספי במסגרת "האירוע השנתי הגדול" של המשיבה שנערך בחודש אוקטובר בשנת 2014.
- (ב) המשיבה מתחייבת להאריך את תוקף החברות של כל חברי מועדון הלקוחות של המשיבה ביום הגשת הסדר הפשרה לפרק זמן נוסף של ארבעה ימים.
- (ג) הארכת תוקף המנוי השנתי לחבר מועדון אחד ליום אחד מגלמת פיצוי כספי של 27 אגורות, שהוא עלות של כרטיס חבר ליום. בהתאם, הארכת תוקף המנוי השנתי לכל חברי המועדון בארבעה ימים משקפת הטבה של 792,425 ש"ח.
- (ד) ההודעה על הארכת תוקף החברות במועדון הלקוחות תפורסם באתר המרשתת של המשיבה ובדבר הדואר הבא שישלח לחברי המועדון.
- (ה) מוצע לקבוע שהמשיבה תשלם גמול למבקש ושכר טרחה לבאי-כוחו ביחד בסך כולל של 100,000 ש"ח, כאשר הצדדים מותירים לשיקול דעתו של בית המשפט את החלוקה בין הגמול למבקש לבין שכר הטרחה לב"כ הקבוצה. בית המשפט התבקש להתנות את תשלום הגמול למבקש בדחיית תביעתו האישית והסכמתו לתנאי הסדר הפשרה.
11. כפי שיפורט להלן, היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לאישור הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית. הסדר הפשרה המוצע אינו מתיישב עם תכלית סעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות, אשר הינה יצירת הרתעה מפני הפרת הדין, וכן עם תכליתו של סעיף 1(3) לחוק, שהינה מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, והכל כפי שיפורט להלן. לפיכך, עמדת היועץ המשפטי

לממשלה היא, כי אין מדובר בהסדר ראוי, הוגן וסביר כלפי כלל חברי הקבוצה, כמצוות סעיף 19(א) לחוק.

12. מדובר בהטבה בדמות של הארכת תברות במועדון הלקוחות בארבעה ימים בלבד, הטבה שאינה משמעותית והיא אף אינה מפצה את חברי הקבוצה הנפגעת אלא את חברי המועדון כיום. כמו כן, ההטבה המוצעת בהסדר במתכונתה הנוכחית עלולה להוביל להשאת רווחיה של המשיבה חלף הרתעתה.

13. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להבהיר, שעצם הדיון בבקשה לאישור הסדר פשרה במצב דברים, לפיו לא קיים תובע מייצג התומך בהסדר הפשרה ועומד מאחוריה, היא סוגיה שאינה נקייה מספקות. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה לא יבקש לקבוע כאן מסמרות בנדון, שכן, אין זה המקום לדון בשאלות אלו שעה שגם בחינת הסדר הפשרה לגופו מובילה למסקנה שאין מקום לאישור ההסדר, הואיל והוא אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה ותכליות החוק, כפי שיפורט להלן.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

א. המסגרת הנורמטיבית – עילת תביעה

14. האיסור לכלול מידע מטעה בעניין מהותי בעסקה קבוע בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן מתייחס מפורשות להטעיה בפרסומת, וקובע, בין היתר, כי מי שמטעמו נעשתה הפרסומת יראה כמפר את הוראות סעיף 2 לחוק זה.

15. מטרת ההוראות הקבועות בחוק הגנת הצרכן היא להגן על הצרכן מפני ניצול שלא כדין של מעמדו הכלכלי העודף של העוסק, לקבוע כללי משחק הוגנים ולהבטיח את יכולתו של הצרכן לבחור בחירה מושכלת אם לבצע עסקה על ידי כך שיקבל מידע אמיתי, רלוונטי ומלא לעניין העסקה שהוא עומד לבצע ולמנוע ניצול לרעה של מעמדו החלש יותר של הצרכן (דני"א 5712/01 ברזני נ' בזק, נו (6) 385, בעמוד 431 (2003)). תקנות הגנת הצרכן (גודל האותיות) מחייבות את העוסק לפרסם את הסייגים למבצע בגודל אותיות שאינו פחות מ-30% מגודל האותיות הגדולות ביותר שבמידע המפורסם. התקנות מבטיחות את יכולתו של הצרכן לבצע החלטה צרכנית מושכלת מתוך מידע מלא של כל פרטי המבצע וסייגיו.

16. ההטעיה בפרסום בענייננו משמעותה ניסיון של העוסק לגרום לצרכנים להגיע לתנויות, תוך הסתמכות על הפרסום. השיטה המכונה "פיתוי והחלפה" מתייחסת ל"משפחת" דרכי פרסום ושידוק שנועדו להטעות או להוליך שולל את הצרכן כדי להגביר מכירות. בשיטה זו הפרסום הראשוני מציג מחיר מיוחד או הטבה ברכישת מוצר בחנות וזאת על מנת לגרום לצרכן להגיע. אולם, עם הגעתו של הצרכן לתנות הוא מגלה שהמוצר אינו קיים או שההטבה או ההנחה על המוצר אינה כפי שהוצגה לו. המוכר מציע לצרכן חלופה אחרת, לרוב יקרה יותר, כפי שהתכוון המוכר מלכתחילה למכור (ר' לדוגמא: Wilkie, William L., Carl F. Mela, & Gregory T. Gundlach, *Does "Bait and Switch" Really Benefit Consumers?* 17(3)

(MARK. SCI., 273 (1998)). במצב זה, הצרכן מצוי במצב פסיכולוגי אשר עלול ליצור אצלו התנהגות לא רציונאלית בעקבות עלויות שקועות (Sunk Costs) אותן ספג (למשל הזמן והדלק שהושקעו לצורך הגעה לחנות). התנהגות לא רציונאלית זו מכונה Sunk Cost Fallacy, לפיה הצרכנים ימשיכו בתהליך השקעת המשאבים, וזאת כדי שההשקעה שביצעו עד כה לא תיתפס כבזבז, גם אם המשך ההשקעה אינו מוצדק ואף עלול לפגוע בהם (ראו: Arkes, Hal R & Catherine Blumer, *The Psychology of Sunk Cost*. 35(1) ORGAN. BEHAV. HUM. DECIS. PROCESS, 124 (1985)).

17. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית מציגה, על פני הדברים, עלית תביעה טובה. כך גם מעידים מכתבי הרשות מכוח סעיף 21(א)(4) לחוק הגנת הצרכן בנוסחו דאז, בהם צוין, כי אופן ניסוח המבצע מציג סתירה שעלולה להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה כאמור בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.
18. הסדר הפשרה המוצע איננו ממלא אחר מטרתיו המרכזיות של חוק תובענות ייצוגיות, שכן אין בו כדי ליצור הרתעה מפני הפרת הדין או להעניק סעד הולם לתברי הקבוצה אשר נפגעו מהפרתו, כפי שיפורט להלן.

ב. הפיצוי המוצע

19. כאמור, הסדר הפשרה קובע, כי הפיצוי יעשה באמצעות הארכת תוקף מועדון הלקוחות של חברי המועדון במועד הגשת הסדר הפשרה – וזאת בארבעה ימים בלבד.
20. החברות במועדון לקוחות אינה מעניקה פיצוי ממשי ואף אין המדובר בהטבה, אלא היא מהווה אפשרות לקבלת הטבות, בהנחה שקיימות הטבות כלשהן במועדים הרלוונטיים ואשר ממילא קיים ספק רב אם הטבות אלו מתאימות לזכאים להטבה.
21. כפי שיפורט להלן, דרך המלך הינה הענקת פיצוי כספי וישיר לחברי הקבוצה הנפגעת ולא באמצעות קופונים ו/או הנחות. בענייננו, לא זו בלבד שלא מוצע פיצוי כספי אלא שאף לא מוצע פיצוי באמצעות קופונים ו/או הנחות. הפיצוי המוצע הינו אופציה (כחבר מועדון) לקבל הטבה מסוימת – בהנחה שקיימת כזו בימים מסוימים, עבור מוצרים מסוימים, כאשר אין ודאות ואף לא סבירות, כי הזכאים מעוניינים באפשרות לממש את ההטבה המסוימת. מכאן, שאין המדובר בפיצוי שיש בו להעניק סעד הולם.
22. יתרה מכך, אף אם החברות במועדון הלקוחות מזכה בהנחות למוצרים מסוימים, המשמעות היא שעל מנת ליהנות מההטבה יאלצו חברי המועדון להגיע לאחד מסניפי המשיבה דווקא בארבעת הימים הבודדים ולרכוש מוצרים חדשים, אשר עבורם תציע המשיבה הנחות באותם ימים.
23. נוסף לכך, מתווה הפיצוי בהסדר מגביר את החשש כי ההטבה הלכאורית המוצעת בהסדר נועדה בפועל לקידום האינטרסים המסחריים של המשיבה והיא עלולה לתרום לנתבעת להשאת רווחיה כמבצע שיווקי, חלף הרתעתה.

24. הארכת החברות במועדון הלקוחות עלולה לתרום לנתבעת להשאת רווחיה כמבצע שיווקי. קיים חשש שאילו המשיכה תצא נשכרת מההסדר, היא לא תורתע מהפרת הוראות הדין בעתיד. ראו לעניין זה ת"צ 1424/09 גוטמן נ' נביעות-טבע הגליל בע"מ, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 17.7.2011).
25. כמו כן, הפיצוי המוצע על דרך הארכת החברות במועדון המוערך על-ידי המשיבה בסך של כ-800,000 ש"ח אינו מייצג את העלות של הפיצוי עבור המשיבה, אלא את העלות לצרכן.
26. בנוסף, חברי הקבוצה עליהם יחול הסדר הפשרה ומעשה בית דין הם "כל אדם או תאגיד אשר קיבל ו/או זכאי לקבל כרטיס החזר כספי במסגרת האירוע השנתי הגדול של המשיבה שנערך בחודש אוקטובר בשנת 2014". אולם, על פי הסדר הפשרה, ההטבה תינתן לכל חברי המועדון נכון ליום הגשת הסדר הפשרה, אשר הוגש בחודש יולי 2019. משכך עולה, כי לא מתקיימת חפיפה בין הקבוצה שתהיה זכאית להטבה לבין חברי הקבוצה הנפגעים המיוצגים בתובענה ייצוגית זו, כהגדרתם בהסדר הפשרה.
27. הואיל וההטבה בהסדר המוצע אינה מיועדת כלל לחברי הקבוצה הנפגעים, ובמקום זאת ההסדר מציע פיצוי המתחלק בין כל חברי המועדון בחודש יולי 2019, המשמעות היא כי כל אחד מהזכאים להטבה לפי ההסדר יקבל הטבה בשווי של 1.08 ש"ח בלבד, לפי המחיר לצרכן של ארבעה ימי חברות במועדון הלקוחות (ראו פסקה 33 לבקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית). אין מדובר בפיצוי ממשי ונראה, כי אין קשר בין ההטבה לבין ההפרה הנטענת בתובענה.
28. פיצוי כאמור בהסדר הפשרה אינו מתיישב עם תכליות חוק תובענות ייצוגיות. מתווה הפיצוי המוצע אינו מעניק סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין על-ידי המשיבה, לנוכח מתווה הפיצוי שאינו מבטיח פיצוי ממשי לזכאים להטבה ואינו מבטיח כי הוא ימומש בכלל על-ידי הזכאים להטבה, ושעה שלא קיימת חפיפה בין חברי הקבוצה שנפגעו מהמבצע שנערך בשנת 2014 לבין הציבור הזכאי להטבה.
29. המתווה המוצע על ידי הצדדים גם אינו מקיים את תכלית ההרתעה שהרי לא ברור מה שווי ההטבה לצרכן ומה עלותו עבור המשיבה. לנוכח טיבה של "הטבת הקופונים", קשה לכמת את שוויה באופן שבו מציגים הצדדים (מחיר החברות במועדון הלקוחות לארבעה ימים כפול מספר חברי המועדון) ואת העלות למשיבה (ראו ת"צ 17852-10-09 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ, (פורסם בנבו, 10.7.2016) וכן א' קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1-39 (תשע"ו)).
30. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ככלל סעד של פיצוי כספי אישי לחברי הקבוצה הוא הסעד הראשון במעלה בתובענות ייצוגיות. מתן פיצוי כספי ישירות לחברי הקבוצה, מגשים את תכלית החוק בדבר מתן סעד הולם לחברי הקבוצה שנפגעו מהפרת הדין. סעד מסוג זה התבקש בבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית, שם ביקש

המבקש כי המשיבה תיתן ללקוחותיה החזר כספי בהתאם להתחייבותה במבצע, וכן שיפסק פיצוי בגין נזק שאינו ממוני.

31. עם זאת, ככל שבית המשפט הנכבד יקבל את עמדת המשיבה, כי עשויות להיות מחלוקות בנוגע לדרך האיתור של חברי הקבוצה שניזוקו בפועל מהמבצע, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי במקרה זה יש להעדיף מתן פיצוי לטובת ציבור באמצעות הקרן לניהול וחלוקת כספים הנפסקים כסעד שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "הקרן"), בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. סעיף 20(ג)(2) לחוק קובע: "הורה בית המשפט על מתן סעד כספי לטובת הציבור, יורה על העברת הכספים המיועדים לכך לקרן...". בהקשר זה, מוצע כי ינתן פיצוי לטובת הציבור, בהתאם לסכום הפיצוי שייקבע על-ידי בית המשפט הנכבד, או ככל שלא תתקבל התנגדות היועץ בעניין גובה סכום הפיצוי, יועבר הסכום שהוצע על-ידי הצדדים (800,000 ש"ח). פיצוי זה, שיצא מקופת המשיבה, יהיה בו להרתיע את המשיבה, וזאת בניגוד למתווה הפיצוי המוצע בהסדר, כפי שהוסבר.

32. אכן הכלל הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק בדבר העברת הכספים לקרן, הוא חריג לעקרונות הפיצוי המקובלים, שכן כספי הפיצוי אינם מועברים ישירות לידי הניזוקים, אלא ניתנים לטובת הקבוצה בכללותה או לטובת הציבור. עם זאת, חריג זה נועד על מנת לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות גם במקרים שבהם אין אפשרות לזהות את הניזוקים וכדי למנוע הצבת מכשול בלתי עביר לפני הגשת תביעות כאלו. בנוסף, פסיקת פיצוי לטובת הציבור (באמצעות הקרן) מממשת לפחות את תכלית ההרתעה מפני הפרת הדין. זאת, גם אם התכלית בדבר מתן סעד לנפגעים מהפרת הדין אינה מושגת באופן מלא. ראה בעניין זה בפסק דינו של כבי השופט הנדל שניתן עתה (בדעת מיעוט אמנם, אך לא בעניין זה) בעניין דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל, בסעיף 9 לפסק דינו (פורסם בנבו, 17.12.2019).

33. בהעברת כספים לקרן תתקיים תכלית ההרתעה, שהרי סכום הפיצוי המוסכם יצא מקופתה של המשיבה ויועבר לטובת הציבור בכללותו באמצעות הקרן, וכך המשיבה לא תגדיל את רווחיה. יוזכר, שבהתאם להוראות סעיף 20(ג) לחוק על בית המשפט ליעד את הכספים המועברים לקרן "לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה", ובאופן זה, פעמים רבות, לפחות חלק מחברי הקבוצה כן ייהנו מהפיצוי שייפסק, כך שגם התכלית בדבר מתן סעד לנפגעים מהפרת הדין תתממש, ולו באופן חלקי.

34. בכל הנוגע לגובה הסכום שיועבר לקרן, נראה כי גובה הפיצוי המוצע בהסדר הינו על הרף הנמוך ואינו משקף את העובדה כי קיימת עילת תביעה טובה.

35. סכום הפיצוי המוצע בהסדר נקבע על יסוד הנחת הצדדים, כי רק 50% מחברי המועדון שמימשו את השוברים במבצע הוטעו (לפי דברי באי-כוח המשיבה בדיון מיום 17.7.2019 בעמוד 14 שורות 4-10). בעניין זה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי מלכתחילה הקבוצה ששימשה בסיס לחישוב הנזק – חברי המועדון שמימשו את השוברים – הינה מצומצמת מידי (להלן: "הקבוצה המצומצמת"). הגדרת הקבוצה יוצאת מנקודת הנחה מוטעית כי לא קיימת אפשרות שהיו חברי מועדון שקיבלו את השובר, אך כאשר הגיעו לממשו או אך שקלו

לעשות כן, ונוכחו בהטעיה – בחרו שלא לממשו. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הקבוצה שעל בסיסה צריך להיערך החישוב צריכה לכלול את כלל חברי המועדון שקיבלו את השובר. מהקבוצה המצומצמת שהיוותה את הבסיס לחישוב הסכום, הופחתו 50% כאמור עבור אלה שלא הוטעו, ועוד כשליש נוסף בגין סיכויי ההליך.¹ לנוכח כל האמור, אופן חישוב סכום הפיצוי בהסדר הפשרה המוצע כפי שהוסבר לעיל, הינו על הרף הנמוך.

ג. הצורך במינוי בודק

36. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 17.7.2019, התבקש היועץ המשפטי לממשלה "להתייחס לשאלת הצורך במינוי בודק".

37. בהתאם לכך, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להבהיר, כי בהתאם לסעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, בטרם יאושר הסדר הפשרה יש למנות בודק אלא אם מתקיימים טעמים מיוחדים שיירשמו. קיומה של דרישה זו נובע מן הצורך בעריכתה של בדיקה חיצונית ובלתי תלויה של ההסדר המוצע, ושל השאלה האם הוא עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה אשר קולם אינו נשמע באופן ישיר על-ידי בית המשפט. זאת, בין היתר, לנוכח העובדה כי בעיתוי זה של ההליך התובעים והנתבעים נמצאים באותו צד, וההליך אינו מתברר לגופו לפני בית המשפט. על כן, בהתאם להוראות החוק ופסיקת בית המשפט העליון, דרך המלך היא מינוי של בודק טרם קבלת אישורו של בית המשפט להסדר פשרה בתובענה ייצוגית (ראו ע"א 3450/12 קמינסקי נ' בתי זיקוק לנפט (פורסם בנבו, 6.5.2013)).

38. עם זאת, ככל שלאחר בחינת מכלול החומר המונח לפניו יסבור בית המשפט הנכבד כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים שלא למנות בודק במקרה דנן, היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד לכך.

ד. גמול למבקש ושכר טרחה לבאי-כוח

39. על פי הסדר הפשרה, המשיבה תשלם שכר טרחה וגמול בשיעור כולל של 100,000 ש"ח לא כולל מע"מ (להלן: "הסכום הכולל"), כאשר הצדדים השאירו לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד את החלוקה בין הגמול שישולם למבקש לבין שכר הטרחה שישולם לבאי-כוח הקבוצה מתוך הסכום הכולל.

40. נראה, כי הגמול למבקש ושכר הטרחה המוצעים בהסדר מצויים על הצד הגבוה, וזאת בהתחשב בסוג הפיצוי המוצע בהסדר ותועלתו לחברי הקבוצה וכן בכך שנראה כי ההסדר אינו משיג הרתעה ראויה של המשיבה מפני הפרת הדין. לעניין זה יצוין, כי על פי הפסיקה, על סכום שכר הטרחה בפיצוי שאינו כספי לחברי הקבוצה, כפי שמוצע בהסדר הפשרה דנן,

¹ לפי הסבר באי-כוח המשיבה בדיון מיום 17.7.2019, הופחתו 50% על בסיס סיכויי התביעה כך שהסכום הגיע לכ- 600,000 ש"ח. עם זאת, לסכום זה הוסיפו הצדדים 200,000 ש"ח עבור הפיצוי. המשמעות היא, כי סכום הפיצוי משקף כ-66% מהסכום שחושב על בסיס 50% מהקבוצה המצומצמת.

להיות נמוך משכר הטרחה בתיק בו ניתן פיצוי כספי לחברי הקבוצה (בעניין זה ראו ת"צ 944-08-11 חזות נ' סנו – מפעלי ברונס בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 23.6.2014)) וכן ת"צ (י-ם) 38624-11-16 נחום וינקר נ' אי. גיל כרמל סוכנויות והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 20.2.2019).

41. העקרונות המנחים לקביעת שכר טרחה וגמול למבקש חולקו בפסיקה לשלושה סוגים עיקריים של שיקולים: א. שיקולי תשומה – שיקולים הנוגעים לעלויות ולסיכון שנטלו על עצמם התובע הייצוגי ובא כוחו, כגון: טרחה, סיכון, הוצאות ומורכבות ההליך; ב. שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת – כלומר, שיקולים הנוגעים לתועלת שהביאה התובענה לקבוצה; ג. שיקולים הנוגעים לתועלת הציבורית מהתובענה הייצוגית והרצון לעודד הגשת תובענות שתועלתן הציבורית גדולה יותר.

42. כמו כן, בהסדר הפשרה המוצע הציעו הצדדים, כי הסכומים ישולמו תוך 30 ימים מהיום שפסק הדין יהפוך לחלוט. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לקבוע לכל הפחות כי חלק משמעותי מתשלום שכר הטרחה לבאי כוח המבקשים יהיה מותנה במימוש פסק הדין ובהשלמת ביצועו. זאת, בהתאם לסמכותו של בית המשפט הנכבד לפי סעיף 23(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, ובהתאם להלכה, לפיה יש להתנות את שכר הטרחה והגמול של התובע הייצוגי ובאי כוחו במימוש חלקי או מלא של הסעדים שבהסדר הפשרה, על מנת לתמרץ את בא כוח הקבוצה לפקח ולהגדיל את מימוש הפיצויים על ידי חברי הקבוצה (בעניין זה ר' ע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012) ות"צ 10672-03-13 שניידר נ' זי.בי.אס. שרותי לווין (1998) בע"מ (פורסם בנבו, 3.11.2016). וראו לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עע"מ 2748/15 מי אביבים נ' ליבוביץ, בסעיף 44 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.9.2019), הנדרש להוראה זו של סעיף 23(ד) לחוק ועומד על תכליתה).

סוף דבר

43. מן האמור עולה, כי הסדר הפשרה המוצע איננו ממלא אחר מטרתיו המרכזיות של חוק תובענות ייצוגיות, שכן אין בו כדי ליצור הרתעה מפני הפרת הדין או להעניק סעד הולם לחברי הקבוצה אשר נפגעו מהפרתו ועל כן נראה כי הוא אינו הסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

44. אשר על כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין מקום לאשר את הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית.



עדי שם טוב ילז, עו"ד

פרקליטות מחוז תל אביב-אזרחי