

ת"צ 4700-04-16

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

המבקשת:

שיר שרית, ת.ז. [REDACTED]
ע"י ב"כ עו"ד חן שטיין
מדרך מנחם בגין, מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול, קומה 35
תל אביב 6702101
טל': 03-6245588 ; פקס': 03-6245599

- נ ג ד -

המשיבה:

קליקס סיאו אייאל בע"מ, ח.פ. [REDACTED]
מקיבוץ נחשונים 73190
ע"י ב"כ עו"ד ברק טל
ממשרד עורכי דין יגאל ארנון ושות'
מדרך מנחם בגין, מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול,
תל אביב 6702101
טל': 03-6087777 ; פקס': 03-6087724

ובענין:

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)
מרחוב דרך מנחם בגין 154, בית קרדן, תל-אביב 33051
טל': 073-3736222 ; פקס': 02-6468005

התנגדות להסדר פשרה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להחלטות בית המשפט הנכבד ובהתאם להוראת סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), מוגשת בזאת התנגדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה אשר גובש בין הצדדים והוגש לאישורו של בית המשפט הנכבד (להלן: "הסדר הפשרה").

עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתפורט להלן, היא כי **אין מקום לאשר את הסדר הפשרה** משום שאינו מהווה "הסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" (כמצוות סעיף 19(א) רישא לחוק תובענות ייצוגיות). הסדר הפשרה חוטא לתכליות חוק תובענות ייצוגיות, וביניהן הרתעה מפני הפרת הדין ומתן סעד הולם לנפגעים מהפרתו, הכל כמפורט להלן.

רקע:

1. המדובר בבקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה, שבה נטען כי המשיבה מטעה את לקוחותיה בכך שהיא מציינת את עלות משלוח המוצרים הנמכרים על ידה רק "במעמד הקופה", מבלי להציג את עלות המשלוח כחלק מהמחיר הכולל של המוצר, ובהיות רכיב זה רכיב שלא ניתן לוותר עליו במסגרת העסקה. בכך לטענת המבקשת, מפרה המשיבה את חובותיה על פי דין בהתאם לסעיפים 17 א ו- 17 ב לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן" או "החוק").
2. המשיבה הכחישה את טענות המבקשת. בין היתר, טוענת המשיבה, כי כל לקוח המבקר באתר האינטרנטי שלה (להלן גם: "האתר") והתעניין במחירי המוצרים, מקבל מידע מלא ומפורט על מחיר המוצר שאותו הוא מבקש לרכוש, לרבות אפשרויות המשלוח השונות ומחיריהן. עוד טוענת המשיבה, כי החובה להצגת מחיר כולל אינה מכוונת לטובין המוצעים למכירה באמצעות האינטרנט, אלא רק על טובין המוצגים פיזית במקום המכירה.
3. הצדדים הגישו לבית המשפט הנכבד בקשה לאישור הסדר פשרה, שעיקריו כדלקמן:
 - א. המשיבה התחייבה בתוך 30 ימים מהמועד הקובע, כי תוסיף בכל פלטפורמה שבה היא מוכרת את מוצריה, לרבות באתר ובאפליקציה, וכן בכל אתר אחר שבו או דרכו ניתן לרכוש את מוצריה, אפשרות "איסוף עצמי" של המוצר הנרכש ובכך לא יחויב הלקוח להשתמש בשירותי משלוח.
 - ב. לחלופין תוכל המשיבה, לפי שיקול דעתה, להציג את מחירי מוצריה כמחיר הכולל את עלות המשלוח הזולה ביותר, מבין מגוון סוגי המשלוחים הקיימים במועד המכירה, ובמקרה כזה תוכל שלא לאפשר איסוף עצמי.
 - ג. חברי הקבוצה הזכאים לפיצוי הם: כל מי אשר רכש או רצה לרכוש ממוצרי המשיבה בכל דרך שהיא בשבע השנים שקדמו לתביעה ועד ליום אישור ההסדר. המשיבה תעניק לחברי הקבוצה משלוח חינם בכל רכישת אלבום תמונות מ"לופה", וזאת עד לשווי של 950,000 ש"ח, ללא הגבלת זמן.
 - ד. עוד הוסכם על שיעור שכר טרחה מומלץ לב"כ המבקשת בסך של 180,000 ש"ח בתוספת מע"מ, וכי שיעור הגמול המומלץ למבקשת המייצגת יעמוד על 20,000 ש"ח.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה:

כללי:

4. פרסום מחיר שאינו כולל את סך כל התשלומים הכלולים בעסקה מהווה הפרה של סעיף 17 לחוק הגנת הצרכן - הסעיף מחייב את העוסק להציג לצרכן את מחירם הכולל של הטובין, כאשר סעיף 17 לחוק מגדיר מהו אותו מחיר כולל וקובע שעל העוסק לכלול במחיר הכולל כל תשלום שהצרכן לא יכול לוותר עליו במסגרת העסקה.
5. לפיכך, ככל שצרכן לא יכול לוותר על תשלום דמי משלוח, הרי שחלה חובה על העוסק לכלול רכיב זה במחיר הכולל שמוצג לצרכן כמחיר העסקה. הפרדה של רכיב מרכיבי התשלום, יוצרת מצג שווא לפיו המוצר המוצג למכירה זול יותר מהמחיר אותו נדרש הצרכן לשלם בפועל, ולכן אי הצגת המחיר הכולל מהווה הטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.
6. היועץ המשפטי לממשלה יבהיר, כי בניגוד לטענת המשיבה, גם כאשר מדובר בעסקה המתבצעת באמצעות מכר מרחוק, חלה חובה על העוסק לפרסם את מחיר המוצר כולל דמי משלוח, במקום מובלט.
- לעניין זה ראו את הנחיית הממונה על הגנת הצרכן בנוגע להצגת מחירים בעסקאות מכר מרחוק, המפורסמת באתר האינטרנט של הרשות להגנת הצרכן וזמינה בקישור הבא – <http://www.economy.gov.il/Trade/ConsumerProtection/Instructions/DocLib/23.pdf>
7. בהתאם להנחיה, העוסק יכול להציג את רכיבי התשלום הכולל, קרי את מחיר המוצר ואת מחיר דמי המשלוח, אולם חייב להציג בנוסף גם את המחיר הכולל. ככל שדמי המשלוח דיפרנציאליים, יפרסם העוסק כמחיר דמי משלוח את דמי המשלוח המינימאליים האפשריים, ובאותו עמוד או לחלופין בקישור למוצר, על העוסק לפרסם את אפשרויות המשלוח השונות ועלויותיהן.

הסדרה עתידית:

8. על פי המוסכם בהסדר הפשרה, המשיבה מתחייבת להוסיף בכל פלטפורמה שבה היא מוכרת את מוצריה, אפשרות לאיסוף עצמי או להציג את מחירי מוצריה כמחיר הכולל את דמי המשלוח הזולים ביותר.
9. לעניין זה, היועץ המשפטי לממשלה מבקש להבהיר, בהתאם להנחייה דלעיל, כי ככל שקיימות אפשרויות משלוח נוספות במחירים אחרים, על המשיבה לפרט באותו עמוד (או בקישור למוצר) את אפשרויות המשלוח השונות ועלויותיהן, במנותק מהשאלה האם ישן

נקודות לאיסוף עצמי. הוראה זו חסרה בהסדר הפשרה, ויש להוסיפה על מנת לעמוד בדרישת החוק להגנת הצרכן כמפורט בהנחיית הרשות הנ"ל.

קבוצות המבקשים הזכאים לפיצוי והשוני בפיצוי בין תתי הקבוצות:

10. בהסדר חילקו הצדדים את הפיצוי המוצע בין שלוש קבוצות, כפי שיפורט להלן:
 - א. חברי הקבוצה הראשונה הינם קבוצת צרכנים שרכשו מוצר באתר עד ליום 30.6.2014, כאשר פירוט עלויות המשלוח השונות עד למועד זה הוצג בתוך מחירון אלבומי התמונות השונים, ולא בעמוד נפרד. לגבי קבוצה זו הוסכם, כי סכום הפיצוי יהיה 30% ממנגנון הפיצוי בהתאם לחישוב המוצע בהסדר.
 - ב. חברי הקבוצה השנייה הינם צרכנים אשר רכשו מוצרים החל מיום 1.7.2014, כאשר פירוט עלויות המשלוח לא הופיע באותו בעמוד אלא בדף נפרד שניתן להגיע אליו באמצעות קישור. לגבי קבוצה זו הוסכם כי סכום הפיצוי יהיה 50% ממנגנון הפיצוי בהתאם לחישוב המוצע בהסדר.
 - ג. חברי הקבוצה השלישית הינם צרכנים אשר רכשו מוצרים באמצעות האפליקציה, להם לא הוצג מחירון וגם לא הוצג קישור למחירון. לגבי קבוצה זו הוסכם, כי סכום הפיצוי יהיה 75% ממנגנון הפיצוי בהתאם לחישוב המוצע בהסדר.
11. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה, שההפרדה בין הקבוצות אינה ראויה, שכן קיימת הפרה של הוראות החוק בנוגע להצגת המתיר הכולל בכל שלוש הקבוצות. בשלוש הקבוצות אין יידוע ברור בדבר דמי המשלוח, וכאמור לעיל, המחיר הכולל הינו פרט מהותי בעסקה שעל הצרכן לדעת טרם ביצוע תשלום עבור המוצר.
12. אשר על כן, סכום הפיצוי הראוי צריך להיות מושתת על אחוז פיצוי אחיד מוסכם, ובהתאם לכך, חישוב הנזק צריך שיהיה זהה לכל חברי הקבוצה. מובן שאחוז הפיצוי שייקבע צריך להיות הולם את נסיבות העניין, את שיעור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, ואת הסיכונים והסיכויים של התביעה, כפי שרואה זאת בית המשפט הנכבד. כך בהתאם להוראות סעיף 19 ג(2) לחוק תובענות ייצוגיות, המורה לבית המשפט להתייחס בהחלטתו באישור הסדר פשרה ל- "פער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה, לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".

הגדרת הקבוצה:

13. היועץ המשפטי לממשלה יעיר גם, כי הגדרת חברי הקבוצה כוללת כאמור לעיל גם את כל "מי שרצה לרכוש" מהמשיבה. נראה, כי מטרת הגדרה רחבה זו היא להחיל מעשה בית דין על חברי קבוצה נוספים מבלי להעניק להם פיצוי ראוי בנסיבות העניין, במיוחד כשהנוק שנגרם לחברי קבוצה אלה לא חושב במסגרת קביעת סכום הפיצוי. נראה, כי הגדרת חברי הקבוצה אינה ראויה בנסיבות העניין. לנוכח האמור, מוצע לקבוע כי הגדרת חברי הקבוצה תכלול רק את מי שרכשו בפועל ממוצרי המשיבה. מהסדר הפשרה עולה, כי חברי הקבוצה שביצעו רכישה ניתנים לאיתור, והדבר אף עולה מפורשות מאופן חישוב גובה הפיצוי.

חישוב סכום הפיצוי:

14. ראשית, אופן חישוב הפיצוי בהסדר הפשרה מעורר ספקות בדבר סבירות גובה הפיצוי, ביחס לנזקים שנגרמו בפועל לחברי הקבוצה, שכן בחישוב הנזקים שנגרמו ואשר מכוחם נגזרה ההטבה המוצעת, קבעו הצדדים כי לא יילקחו בחשבון רכישות חוזרות. זאת, בשל טענת המשיבה כי כל לקוח שביצע רכישה חוזרת באתר המשיבה, מודע מראש לכך שיחויב בנוסף בתשלום דמי משלוח, ולפיכך לא יכולה לעמוד לו עילת תביעה.

15. לעניין זה יודגש, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לכלול בחישוב הפיצוי את כלל הלקוחות שהזמינו מוצרים ושילמו על המשלוח, מבלי לערוך הבחנה בין לקוחות שביצעו רכישה באתר המשיבה בפעם הראשונה לבין לקוחות שערכו רכישה חוזרת, שכן אין לדעת האם אותם לקוחות זכרו את עלות המשלוח מרכישתם הקודמת, וכמו כן הלקוחות לא בהכרח היו מודעים לעלות המדויקת של המשלוח ברכישה השנייה. על כן, דומה, שהטענה שלא מתקיימת בנסיבות אלו עילת ההטעה אינה מבוססת דיה. עוד ראוי לציין, שהחובה להציג מחיר כולל לפי חוק הגנת הצרכן מנותקת מהשאלה האם הלקוח מודע לכך שהמחיר שהוצג באתר אינו המחיר הכולל. סעיפים 17א ו-17ב לחוק הגנת הצרכן מחייבים את הצגת דמי המשלוח לצרכן, גם כשהעוסק מניח שהצרכן יודע שיצטרך לשלם דמי משלוח מכיוון שביצע רכישה בעבר.

16. לאור האמור, בעת חישוב הפיצוי יש להביא בחשבון את כלל הרכישות שבוצעו באתר המשיבה ולא רק את הרכישות הראשונות באתר.

17. שנית, הצדדים הסכימו כי בחישוב היקף הפיצוי יש להתחשב רק בלקוחות שרכשו את שירות המשלוח הזול ביותר, זאת על בסיס ההנחה שבחירתם של אלה שבחרו באופציה היקרה יותר מעידה על כך שממילא לא היו בוחרים באפשרות האיסוף העצמי (שהיא ללא עלות), אילו הייתה קיימת.

18. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לכלול בחישוב הפיצוי את כלל הלקוחות שהזמינו מוצרים ושילמו על משלוח, בהתאם לדמי המשלוח ששילמו, ולא ניתן להכליל בהסדר הפשרה אך ורק את קבוצת הלקוחות שהזמינו את המשלוח הזול ביותר. ההנחה שבבסיס צמצום הפיצוי לרוכשי המשלוח הזול אינה מבוססת ולא ניתן להיבנות ממנה.

אופי הפיצוי:

19. בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, קבע המחוקק כי יש להעדיף את מכשיר הפיצוי הישיר לחברי הקבוצה, אם אלה ניתנים לאיתור. עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה היא כי סעד של פיצוי כספי אישי לחברי הקבוצה הוא הסעד הראשון שאותו יש לפסוק בתובענה ייצוגית. בהתאם לסעיף 20 הנ"ל, ורק אם מצא בית המשפט כי פיצוי כספי אינו מעשי בנסיבות העניין – הוא רשאי לתת סעד אחר לטובת הקבוצה.

20. ויודגש, הסעד החלופי מיועד למקרים בהם אין אפשרות להתחקות אחר חברי הקבוצה, ולא כאשר הדבר כרוך בקושי כזה או אחר (למעט מקרים שבהם העלות אינה סבירה אל מול שווי הנזק).

21. הדרישה לאיתור חברי הקבוצה נובעת גם ממטרותיה של התובענה הייצוגית. חוק תובענות ייצוגיות נועד, בין היתר, לפצות את מי שנגרם לו נזק כזה שלא מצדיק בהכרח הגשת תביעה אישית. בנסיבות העניין, נראה כי חברי הקבוצה ניתנים לאיתור והדבר אף עולה מפורשות מאופן חישוב גובה הפיצוי בהסדר הפרשה.

א. בעניין זה מבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות לקביעת בית משפט העליון בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ"י עזבו המנוח ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011), שם נקבע כדלקמן (בסעיף 49 לפסק הדין): "מקובלת עלי עמדתו של בית משפט קמא לפיה נועדו המנגנונים הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ליתן מענה לאותם המקרים אשר בהם לא ניתן לחשב את הפיצוי ולחלקו על פי איזה מן המנגנונים הקבועים בסעיף 20(א) לחוק. אכן, בניגוד לעמדה שהציגה תנובה אין סעיף 20(ג) מצמצם עצמו לקשיים בחלוקת הפיצוי בין חברי הקבוצה ("משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה")..."

כמו כן, ראה בת"צ (מרכז) 37321-01-11 שגיאה מייזליק נ"י עיריית פתח תקווה (פורסם בנבו, 14.12.2014, להלן: "עניין מייזליק") סעיף 33 לפסק הדין: "כבר נפסק, שאמנם סעיף 20 בחוק תובענות ייצוגיות מתייחס למצב שבו "הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית...", ושבהלכת ראבי הנ"ל נדונה תובענה שהוכרעה. ואולם, העיקרון שיש לפסוק פיצוי לחברי הקבוצה ושרק בהיעדר אפשרות כזו יש לפסוק סעד לטובת הקבוצה או לטובת הציבור חל גם במסגרת אישור הסדר פרשה בתובענה ייצוגית (ר' כב' השופט ענבר בת"צ (ת"א) 22236-07-11 שרייר נ"י שירותי בנק אוטומטיים בע"מ [פורסם בנבו] (16.9.14) וכב' השופטת אגמון-גונן ת"צ (ת"א) 2786/07 ישראלי נ"י מכבי שירותי בריאות בע"מ [פורסם בנבו] (30.8.11))..." (ההדגשות אינן במקור).

22. על כן, על צדדים בהסדר פשרה לנמק מדוע הוחלט להעניק פיצוי בדמות הטבה ללקוחות עתידיים במקום פיצוי כספי אישי לחברי הקבוצה. ואולם, הצדדים להסדר דגן לא נתנו הסבר מספק לשאלה מדוע במקרה זה יש להעדיף את ההטבה המוצעת חלף פיצוי כספי אישי, אשר הוא הסעד המועדף לפי החוק והפסיקה.
23. עוד יצוין כי פיצוי כספי מרתיע יותר מאשר 'הסדר קופונים', המיטיב במידה לא מבוטלת גם עם המשיבה ובכך מקהה את חודה של ההרתעה. בנסיבות העניין, מתן פיצוי בדמות משלוח חינוך בכל רכישת אלבום תמונות מהמשיבה, מהווה למעשה הנחה לרכישות עתידיות. כלומר, על מנת לקבל את הפיצוי ידרשו חברי הקבוצה לשלם סכומים נוספים למשיבה שעשויים להביא להגדלת רווחיה ואף עלולה ליצור תמריץ הפוך להפרת הדין. בנוסף, הפיצוי המוצע לחברי הקבוצה לא בהכרח מתאים לכל חבריה, ולא בהכרח קיים צורך לחברי הקבוצה בפיצוי זה.
24. על כן, בנוסחו הנוכחי, הסדר הפשרה אינו מבטיח הרתעה יעילה של המשיבה מכיוון שהסיכוי שחברי הקבוצה יממשו את הפיצוי הוא נמוך, ואף מתגמל את המשיבה.
25. לאור כל האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי המתווה המוצע אינו עולה בקנה אחד עם תכליות חוק תובענות ייצוגיות, וביניהן הרתעה מפני הפרת הדין ומתן סעד תולם לנפגעים מהפרתו.

פרסום הסדר הפשרה ותקופת ההטבה:

26. הסדר הפשרה לא מחייב את המשיבה להבהיר, כי מדובר בפיצוי הניתן במסגרת של הסדר פשרה. ניסוח זה אינו ראוי, במיוחד כמצב בו ההטבה המוצעת היא ללא מגבלת זמן. הצגת הדברים באופן כזה עלולה ליצור מצג כאילו הסיבה להורדת מחיר המשלוחים באתר נעשית מטעמים שיווקיים ועל כן עלולה לפגוע במידת ההרתעה של המשיבה מפני הפרת הדין בעתיד, כאמור.
- לעניין זה ראה בעניין מייזליק, שם נדחתה בקשה לאישור הסדר פשרה, בין היתר בשל התוצאה של אי הרתעה, ובלשון בית המשפט הנכבד (סעיף 36): "...ההסדר המוצע אינו עונה על מטרות חוק תובענות ייצוגיות. ההסדר כלל אינו נותן סעד תולם לנפגעים מהפרת הדין – התושבים ששילמו ארנונה בהסדר תשלומים. הפיצוי המוצע נותן הטבה לקבוצה קטנה ומצומצמת של תושבי המשיבה, שאינם בהכרח כולם חברים בקבוצה. קבוצה קטנה זו היא שתהנה מבית הספר הרלבנטי, ללא כל קשר לקבוצה הנפגעת. גם המטרה של הרתעה מפני הפרת הדין אינה מושגת בהסכם זמני ההסכם המוצע. המשיבה שגבתה כספים שלא כדין, מבקשת למעשה לעשות שימוש בכספי גביית היתר, לקידום פרויקט של בית ספר שהוא גם כך בתחום אחריותה ותפקידיה הרגילים. בכספי גביית היתר מקבלת המשיבה למעשה תוספת תקציב לפיתוח, שלא על פי סדרי העדיפויות הרגילים, ולא זו בלבד, אלא שבכך היא מציגה עצמה כמיטיבה עם תושבי העיר, אף שכספי המימון נגבו מהקבוצה שלא כדין...".

27. בסעיף 18 להסדר הפשרה מצוין, כי ההטבה תינתן ללא הגבלת זמן עד למיציא גובה ההטבה בסכום המוצע, ועל כן יתכן כי בסופו של יום יוותרו בידי המשיבה כספים אשר יהיו שייכים לחברי הקבוצה בהתאם להוראות ההסדר. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש לקצוב תקופת זמן לביצוע ההסדר, שלאחריו המשיבה תגיש דיווח בדבר מימוש הכספים לבית המשפט הנכבד (להלן: "דו"ח המימוש"). ככל שתישאר יתרת פיצוי בלתי מנוצלת, מוצע לקבוע בהסדר הוראה לפיה יתרת הכספים שתיוותר, תועבר, בהתאם לאמור בסעיפים 20 ו-27א לחוק תובענות ייצוגיות, כתרומה לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות, תוך שבית המשפט יעיד את הכספים לנושא הקרוב לתובענה.

בדק:

28. בהתאם לסעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, בטרם יאושר הסדר הפשרה יש למנות בודק, אלא אם כן מתקיימים טעמים מיוחדים שיירשמו.

29. טעמה של דרישה זו של החוק, נעוץ בצורך בבדיקה חיצונית ובלתי תלויה של ההסדר ושל השאלה האם הוא עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה, אשר קולם אינו נשמע באופן ישיר על ידי בית המשפט, וזאת בין היתר לנוכח העובדה שבעיתוי זה של ההליך התובעים והנתבעים נמצאים באותה חזית והתיק אינו מתברר לגופו לפני בית המשפט.

30. מינוי הבודק נדרש גם, על מנת לחשוף לפני בית המשפט הנכבד את מלוא המידע הרלוונטי הנחוץ לו לצורך בחינת הסדר הפשרה, שלא בהכרח מובא לפניו על ידי התובע והנתבע, ולא בהכרח ידוע לתובע ולנתבע עצמם.

31. בעניין זה – ראו גם בדברי בית המשפט העליון בפסק דין קמינסקי, ביחס לסוגיית מינוי בודק במסגרת בחינה הסכמי פשרה בתובענות ייצוגיות:

"...נוכח הערותיו של היועץ המשפטי לממשלה שאנו רואים בהן טעם במישור העקרוני וככלל, בלא שניטע מסמרות כאן... ככל שהמדובר בהערות היועץ המשפטי לממשלה, במהות סבורים אף אנו כי דרך המלך היא עמידה – גם מצד בית המשפט – בכל דרישותיו הדיוניות של הדין". (ע"א 3450/12 מזל קמינסקי נ' בתי זיקוק לנפט (פורסם בנבו, 6.5.2013). (ההדגשות אינן במקור).

32. ועוד ראו ת"צ (ת"א) 2786/07 שרה ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ (פורסם בנבו, 27.12.2012), בעמודים 7-8 להחלטה, שם עמד בית המשפט המחוזי על החשיבות שבמינוי בודק.

33. על כן, בהתאם להוראות החוק ופסיקת בית המשפט העליון, דרך המלך צריכה להיות מינוי בודק, טרם שיאושר בית המשפט הסדר פשרה בתובענה ייצוגית.

34. בהסדר הפשרה מונים הצדדים להליך זה מספר נימוקים בנוגע להעדר הצורך במינוי בודק. יובהר, כי על אף שהיועץ המשפטי לממשלה חולק על נימוקים אלה, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור לאחר בחינת מכלול החומר המונח לפניו, שקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים שלא למנות בודק, היועץ המשפטי לממשלה לא יתנגד לכך.

גמול לתובעת המייצגת ושכר טרחה לבא-כוחה:

35. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הסכומים המבוקשים אינם סבירים בנסיבות העניין, שכן אין בהסדר הפשרה פיצוי ממשי לחברי הקבוצה וכן לנוכח העובדה שלא ידוע מי מחברי הקבוצה יעשה שימוש בהטבה.

36. ההלכה המנחה בעניין קביעת שכר טרחת עורך דין וגמול לתובע ייצוגי בתובענה ייצוגית נקבעה על ידי כב' הנשיא (דאז) גרוניס בע"א 2046/10 עזבון המנוח שמש נ' דן רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012). בהלכה זו נקבע, כי שכר הטרחה ישולם כשיעור מסוים מתוך הסכום שנפסק ונגבה בפועל, לטובת הקבוצה המיוצגת. על כן, מוצע לקבוע את גובה שכר הטרחה רק לאחר שיוגש לבית המשפט דיווח על הפיצוי שניתן לחברי הקבוצה בפועל.

37. מוצע שככל שבית המשפט הנכבד יחליט להפחית את סכום שכר הטרחה, סכום ההפחתה יועבר לטובת הגדלת סכום הפיצוי לטובת הקבוצה (ראו לעניין זה, סעיף 9 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס בעניין ע"א 7615/11 מיכל גלבע נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פורסם בנבו, 16.12.2012).

38. כמו כן, בהתאם להסדר הפשרה, ישולם הסכום 30 יום לאחר קבלת פסק דין. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה יש לקבוע, כי חלק הארי של שכר הטרחה ישולם לאחר הגשת דרישת המימוש כאמור לעיל. בדרך זו, של קשירת קשר מהותי בין הפיצוי לחברי הקבוצה לבין תשלום לתובע הייצוגי ובא כוחו, יתומצו האתרונים לפעול להשאת הפיצוי לחברי הקבוצה.

סיכום:

39. לאור האמור בעמדה זו, היועץ המשפטי לממשלה מתנגד להסדר בנוסחו הקיים. לגישת היועץ המשפטי לממשלה הסדר הפשרה אינו הסדר ראוי והוגן, כנדרש בסעיף 19 (ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

אורי אמיני

אורי אמיני, עו"ד

סגן בכיר א' בפרקליטות מחוז ת"א – אזרחי

פמתי"א תצ/6341/17

א.א. 1313216

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 4700-04-16

לפני כב' השופט חסדאי

המבקשת:

שיר שרית, ת.ז. 022177059

ע"י ב"כ עו"ד חן שטיין

מדרך מנחם בגין, מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול, קומה 35

תל אביב 6702101

טל': 03-6245588 ; פקס': 03-6245599

- נ ג ד -

המשיבה:

קליקס סיאנו אייאל בע"מ, ח.פ. 513567693

מקיבוץ נחשונים, 73190

ע"י ב"כ עו"ד ברק טל

ממשרד עורכי דין יגאל ארנון ושות'

מדרך מנחם בגין, מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול,

תל אביב, 6702101

טל': 03-6087777 ; פקס': 03-6087724

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

מרחוב דרך מנחם בגין 154, בית קרדן, תל-אביב 33051

טל': 073-3736222 ; פקס': 02-6468005

תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש בזאת את תשובתו לתגובות המבקשת והמשיבה, שהוגשו בעקבות הגשת התנגדותו להסדר הפשרה (להלן בהתאמה: "תגובות המבקשת" ו-"תגובות המשיבה"), כדלקמן:

1. בחליף זה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה (לעיל ולהלן: "הסדר הפשרה"). בהתאם ולפי סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק") הוגשה התנגדות היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה (להלן: "התנגדות היועץ המשפטי לממשלה"). יובהר, כי אין המדובר בעמדת "בא כוח הפרקליטות" כטענת ב"כ הצדדים בתגובותיהם, אלא בעמדת היועץ המשפטי לממשלה עצמו, שאושרה על ידו.

היועץ המשפטי לממשלה חוזר על כל האמור בהתנגדות אשר הוגשה מטעמו בהליך זה.

2. היועץ המשפטי לממשלה אינו מביע כל עמדה ביחס למחלוקות המשפטיות או העובדתיות שבין הצדדים. תשובה זו נועדה אך ורק להבהיר שוב את עמדתו ביחס להסדר הפשרה שהוגש בהליך זה.

היועץ המשפטי לממשלה מוצא לנכון להעיר מספר הערות על חלק מהאמור בתגובות המבקשת והמשיבה, כדלקמן:

א. בנוגע לסעיפים השונים לתגובות הצדדים, שעניינם במהותה של "פשרה" בתובענות ייצוגיות: לעמדת היועץ המשפטי לממשלה אין להתייחס לפשרה בתובענות ייצוגיות כפשרה בהליך משפטי רגיל. חוק תובענות ייצוגיות קבע מנגנוני פיקוח על אישור הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, בשל הבעייתיות הגלומה בהם לנוכח **השפעתם על ציבור רחב** אשר למעשה אינו חלק מההליך, ומאחר שאישור הסדר פשרה חוסם את זכות הגישה של חברי הקבוצה לערכאות שיפוטיות באותו עניין בעתיד. לפיכך, יש לבחון את הסדר הפשרה בתובענה ייצוגית בקפידה יתרה.

ב. על החשיבות בבחינת הסדרי פשרה בהליכים של תובענות ייצוגיות- ראה בפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 3832/17, רחל לוי נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2017), שם נפסק כי:
 "הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות מעוררים בעיות שונות שמקורן ב'בעיית הנציג', כלומר בחשש שהתובעים המייצגים ובאי-כוחם יבכרו את האינטרס האישי שלהם על פני האינטרס של הקבוצה כולה. חשש זה מתעצם בעת הגעתם של הצדדים להסכם פשרה, שעשוי להיטיב עם התובעים המייצגים על חשבון הקבוצה המיוצגת. המחוקק, אשר צפה את החשש האמור, התווה באופן מפורט את הליך אישור הסכם הפשרה בתובענה הייצוגית, בסעיפים 18-19 לחוק, באופן שיש בו כדי לפקח ולמזער את החשש האמור (ראה: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענות ייצוגיות" משפטים מא, 5 2011; רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ), פורסם בנבו, פסקאות 8-9 והאסמכתאות שם, 27.5.2015). מטרתו של המסלול שהתווה המחוקק הוא לוודא שבית המשפט אינו מאשר את הסדר הפשרה כ'חותמת גומי', אלא בוחן ובודק, עד שהוא מגיע למסקנה כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, כלשון סעיף 19(א) לחוק" (ההדגשות אינן במקור).

ג. אשר לטענה כי המשיבה מקיימת את הנחיות הממונה על הגנת הצרכן (סעיף 12 לתגובת המשיבה): היועץ המשפטי לממשלה ישוב ויטען, כי סעיפים 17א ו-17ב לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"), חלים גם בעסקת מכר מרחוק.

היועץ המשפטי לממשלה ער לקושי להחיל את סעיף 17 באופן מילולי, אלא שלצורך כך באה הנחיית הממונה על הגנת הצרכן, אשר מבהירה באיזה אופן יש להציג את מחיר הטובין בעסקת מכר מרחוק.

ביחס למעמדה של "עמדת הרגולטור" בפרשנות הנחיותיו, ראה לאחרונה ברע"א 9778/16 שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2018):

"הנה כי כן, סקירת השיקולים הרלוונטיים לקביעת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר בפרשנות הנחיותיו מובילה למסקנה כי לאימוץ עמדתו הפרשנית של המאסדר הצדקות משמעותיות ויתרונות ממשיים. לצד זאת, אל לו לבית המשפט לקבל את עמדת המאסדר באופן אוטומטי, וללא כל מנגנון ביקורתי. לנוכח האמור, הצעתי היא כי מקום בו התבקשה והתקבלה עמדתו של המאסדר בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש ליתן להנחיותיו, בשלב ראשון על בית המשפט לבחון האם עמדה זו מתיישבת עם לשון ההנחיות והאם הפרשנות שהציע המאסדר היא סבירה. זאת, בשים לב לכך שמתחם הסבירות ביחס לפעולותיו של המאסדר בתחום מומחיותו הוא, כאמור, רחב ביותר. אם מצא בית המשפט כי עמדתו של המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו. סטייה מברירת המחדל האמורה, תתאפשר מקום בו ימצא בית המשפט כי קיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר ואימוץ פרשנות חלופית תחתיה. כך למשל, מקום בו ישתכנע בית המשפט כי עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים, יהווה הדבר טעם כבד משקל לדחיית עמדת המאסדר. הצעה זו מאזנת, לטעמי, בין היתרונות המשמעותיים המגולמים באימוץ עמדת המאסדר ביחס לפרשנות הנחיותיו לבין תפקידיו הפרשניים והביקורתיים של בית המשפט" (ההדגשות אינן במקור).

ד. בהסדר הפשרה (סעיף 17), מפורט במפורש כיצד היה מחיר המשלוח מוצג בתקופות שונות באתר המרשתת של המשיבה. היו תקופות שבהן המחיר כלל לא הופיע בעמוד המכירה- כך למשל, מצוין כי החל מיום 1.7.2014 פירוט עלויות המשלוח לא הופיע באותו עמוד אלא בדף נפרד שניתן להגיע אליו באמצעות קישור. כמו כן, בהתאם להסדר הפשרה, ביישומון לא הוצג מחירון וגם לא היה קישור למחירון.

חוק הגנת הצרכן נועד להבטיח, בין היתר, שצרכן יקבל החלטה מושכלת אם לבצע עסקה אם לאו, על בסיס מידע מלא ואמיתי שמובא לפניו. רציונל זה לא יתממש אם הצרכן לא ידע בעת קבלת ההחלטה לרכוש מוצר, תוך שמוצג מחיר מסוים לעסקה, כי בסופו של דבר יידרש לשלם בנוסף למחיר שהוצג ואשר לו הסכים, גם תוספת מחיר עבור משלוח המוצר אליו.

בנוסף לכך, כפי שנטען בהתנגדות היועץ המשפטי לממשלה, הפרדה של רכיב מרכיבי התשלום, יוצרת מצג שווא לפיו המוצר המוצג למכירה זול יותר מהמחיר אותו נדרש הצרכן לשלם בפועל (עלות המשלוח הבאה לידי ביטוי בתשלום היא חלק מהעסקה). על כן אי הצגת המחיר הכולל, עלולה להוות הטעיה במחיר, ובכך הפרה של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. לנוכח האמור, ישוב היועץ המשפטי לממשלה ויבהיר, כי המשיבות לא מקיימות אחר הנחיות הממונה על הגנת הצרכן.

ה. פיצוי כספי: כפי שהבהיר היועץ המשפטי לממשלה בהתנגדותו להסדר הפרשה, **בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות, יש להעדיף פיצוי אישי כספי, ככל שהדבר מעשי בנסיבות העניין.** כך, ככל שסכום הפיצוי גבוה יותר, נכון יותר שחברי הקבוצה יקבלו פיצוי כספי ולא הטבה. מובן שאין חובה להשיב לחברי הקבוצה כל סכום פיצוי יהא אשר יהא (כנטען בסעיפים 36,37 לתגובת המשיבה).

גם אם בית המשפט הנכבד ייקבע כי פיצוי כספי אינו מעשי בנסיבות העניין, יש קושי בהסכמה למנגנון הפיצוי המוצע על ידי הצדדים שכן מדובר בפיצוי בצורת הנחה לרכישות עתידיות. לעניין זה אין לקבל את טענת הצדדים שלא מדובר בפיצוי "קופונים" (סעיף 8 לתגובת המבקשת, סעיף 42 לתגובת המשיבה). הטענה של המשיבה כי רוב לקוחותיה הם לקוחות חוזרים שממילא היו מבצעים את הרכישה גם ללא ההטבה נטענה בעלמא, ולא ניתן לפיכך לקבוע, כטענת המשיבה, כי "כלל הנפגעים" ייהנו מההטבה המוצעת.

ו. עוד בעניין הלקוחות החוזרים – ודאי שלא ניתן לקבל אמירה גורפת כי כלל הלקוחות החוזרים "לא הוטעו" (סעיף 27 לתגובת המשיבה), ועל כן אינם זכאים לפיצוי. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם בהסדר פשרה, צריך להביא בחשבון את כלל הלקוחות שביצעו רכישות באתר המשיבה, אפילו אם ניתן להניח שהנזק שנגרם ללקוחות חוזרים נמוך מהנזק שנגרם ללקוחות חדשים (מה שלא הוכח כלל ועיקר).

ז. הטענה שלעניין חישוב הפיצוי יש לקחת בחשבון רק את מי שרכש את המשלוח הזול ביותר (סעיף 34 לתגובת המשיבה): היועץ המשפטי לממשלה **מתנגד להגבלה זו**, שכן הלקוח רשאי לבחור בדרך המשלוח שנוחה לו יותר, בין אם איסוף עצמי, לו היה קיים אצל המשיבה, ובין אם במשלוח יקר יותר (למשל כי הוא מעוניין להימנע מתורים בדואר, או באספקה מהירה יותר שנמנעה ממנו בהעדר איסוף עצמי וכו').

אכן מוסכם כי יש לקוחות שהיו מעדיפים משלוח בכל מקרה, אך אין להסיק מכך כי כל מי שבחר במשלוח יקר יותר ממילא לא היה בוחר באפשרות האיסוף העצמי, אילו הייתה קיימת. לכן, לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה אופן החישוב בהסדר הפשרה המתחשב רק בלקוחות שרכשו את שירות המשלוח הזול ביותר, אינו ראוי.

ח. הטענה לסתירה כביכול בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 13 לתגובת המשיבה): האמור בסעיף 5 להתנגדות היועץ המשפטי לממשלה מכוון למצב בו נדרש תשלום עבור המשלוח ואין משלוח חינם. **יובהר, כי קביעת נקודת איסוף אינה בגדר "משלוח חינם"**. איסוף מנקודת איסוף דורש מהצרכן להגיע למיקום כלשהו ברחבי הארץ, וסביר להניח שלרוב ישתלם יותר לצרכן לשלם דמי משלוח ולא לאסוף את המוצר בעצמו.

פרשנות לפיה חובת הצגת מחיר המשלוח במחיר הכולל חלה כשאין אפשרות לאיסוף עצמי – אינה נכונה. הפרשנות הנכונה לטענה בסעיף 5 להתנגדות היועץ המשפטי לממשלה, היא כזו ש"חובת הצגת מחיר המשלוח במחיר הכולל חלה כשאין אפשרות למשלוח חינם".

ט. החלוקה לתתי קבוצות, שהיוותה בסיס להסדר הפשרה: לדעת היועץ המשפטי לממשלה, מאחר שבכל תתי הקבוצות לא הוצג המחיר הכולל, בהתאם להוראות החוק, אין כל מקום ליצור תתי קבוצות ביחס לשיעור הפיצוי, וחשוב הנוק צריך שיהיה אחיד וזהה לכל חברי הקבוצה, וזאת, כפי שפורט בהרחבה בהתנגדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה. **מובן שאחוז הפיצוי שייקבע צריך להיות הולם את נסיבות העניין, את שיעור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, ואת הסיכונים והסיכויים של התביעה**.

י. הדרישה לקשר סיבתי בין המחדל והנזק (סעיפים 16-17, 29 לתגובת המשיבה): ברי, כי אין חולק על דרישה זו, אלא שהצדדים לא הסבירו באופן משכנע מדוע דרישה זו מצדיקה את הפערים המשמעותיים בגובה הפיצוי בין תתי הקבוצות השונות, ומדוע עניין זה מצדיק לשלול לחלוטין את זכות הפיצוי ברכישה חוזרת.

לעניין זה ראה גם במאמרה של כבי הנשיאה חיות כתוארה היום (חיות, א (תשע"ו) "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית ציבורית", **משפט ועסקים**, יט, בעמ' 945) שהתייחסה לפסקי הדין בעניין ברזני (ע"א 1977/97 **ברזני נ' בזק** החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001) ו- דנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק**, פ"ד נו(6) 385 (2003)), במסגרתו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בנימוק להיעדר קשר סיבתי בשל אי הסתמכות בפועל על פרסום מטעה (ולכן נקבע, שלא הייתה לתובע המייצג שם עילה אישית).

על כך כתבה כב' הנשיאה חיות: "אני רוצה להעז ולומר כי אילו נדונה בקשתו של ברזני כיום, לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות ובהינתן העובדה שמדובר בסוגיה צרכנית חשובה הראויה להתברר בדרך של תובענה ייצוגית היה בית המשפט מאשר את ההליך ומורה על החלפת התובע המייצג".

יתכן וניתן ללמוד מכך, מבלי לקבוע מסמרות כאן, שפחת משקלה של דרישת הקשר הסיבתי באישור תובענה ייצוגית, ככל שמדובר בעילה ראויה במישור הקבוצתי. בכל אופן, לענייננו כאן, כאמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהדרישה לקשר סיבתי בין המחזלים של המשיבה לבין הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה, אינה מצדיקה את הפערים בגובה הפיצוי בין תתי הקבוצות השונות ובין רוכשים ברכישה ראשונה, לרוכשים חוזרים.

3. לאור כל האמור, היועץ המשפטי לממשלה עומד על התנגדותו להסדר הפשרה ויבקש מבית המשפט הנכבד שלא לאשרו.

אורי אמיתי

אורי אמיתי, עו"ד

סגן בכיר א' בפרקליטות מחוז ת"א - אזרחי

פמת"א תצ/ 6341/17

א.א. 1327082