

בפני כב' השופטת הדס עובדיה

בעניין:

מרדכי מלאכי, ת"ז 028798254

ע"י ב"כ עו"ד אסף שילה מרח' העמק אילון 2 ב,

כפר סבא 4462704

טל: 054-7372987; פקס: 153-77-4002228.

דוא"ל: assaf@assaf-shiloh.co.il

המבקש

- נ ג ד -

חברת פרטנר תקשורת בע"מ, ח.צ 520044314

ע"י ב"כ עוה"ד דרור סברנסקי ו/או דניאל ארבל ואח'

מאגמון ושות' משרד עורכי דין שכתובתם למסירת כתבי בי-דין:

בית אלקטרה, רח' יגאל אלון 98 תל-אביב

טל' 03-6078607; פקס: 03-6078666

המשיבה

המועצה הישראלית לצרכנות, ח.פ. 51-0535073

ע"י ב"כ עו"ד הדס הולצשטיין-תמיר ו/או עו"ד פרופ' אלון קלמנט

מהקליניקה לתובענות ייצוגיות

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801

טל': 03-6407408; פקס': 03-6407422

המועצה

התנגדות מטעם המועצה הישראלית לצרכנות להסדר הפשרה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 20.3.19 ומיום 2.5.19, מוגשת בזאת התנגדות מטעם המועצה הישראלית לצרכנות (להלן: המועצה) להסדר הפשרה המוצע.

כל ההדגשות בציטוטים שלהלן אינן במקור, אלא אם צויין אחרת.

א. פתח דבר

1. המועצה הישראלית לצרכנות הינה חברה ממשלתית הפועלת מכוח חוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008. מטרת המועצה, על פי חוק, היא לפעול באופן עצמאי לטובת ציבור הצרכנים בישראל.
2. במסגרת תפקידה להגן על טובת ציבור הצרכנים ולפעול למימוש זכויותיהם, פועלת המועצה, בין היתר, באמצעות בדיקת הסדרי פשרה המוגשים לאישור בתי המשפט בתובענות ייצוגיות. זאת, על מנת לוודא שהסדרי פשרה אלה הינם ראויים, הוגנים וסבירים עבור חברי הקבוצה המיוצגת. ככל שהמועצה סבורה כי הסדר פשרה שהוגש לאישור בית המשפט אינו ראוי, הוגן וסביר עבור חברי הקבוצה, שוקלת המועצה האם להגיש את עמדתה ביחס לאישור ההסדר, וזאת מתוקף סמכותה לפי סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות או החוק**).
3. כפי שיפורט בהרחבה בהתנגדות זו, המועצה סבורה כי **אין מקום לאשר את הסדר הפשרה המוצע**. להלן בתמצית טעמי המועצה להתנגדותה לאישור ההסדר:
 - 3.1. ראשית, בניגוד להוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות, ועל אף שניתן לזהות ולאתר את חברי הקבוצה המיוצגת, הסדר הפשרה אינו מעניק להם סעד כספי אלא "הטבה". נוכח הוראותיו של סעיף 20(ג)1 לחוק הקובעות כי "סעד אחר" לטובת חברי הקבוצה יינתן רק מקום שבו פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות העניין, הסדר הפשרה אינו הולם את הוראות החוק או את תכליתו במתן פיצוי הולם לנפגעים מהפרת הדין.
 - 3.2. שנית, ההטבה המוצעת בהסדר הפשרה אינה מהווה פיצוי ראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה: הערכת שווין של ההטבות מבחינת חברי הקבוצה נעשתה בצורה שגויה. שוויה האמיתי של ההטבה - הן השווי לכל לקוח, הן השווי המצטבר - נמוך מהשווי המוצג בהסדר. כמו כן, ההסדר אינו מבחין באופן ראוי בין חברי הקבוצה שהצטרפו לתכנית ורכשו מכשיר סלולרי בעקבות התניה (תתי קבוצות א' וב') ובין חברי קבוצה שלא הצטרפו לתכנית ולא רכשו מכשיר סלולרי (תתי קבוצות ג' וד'), למרות שסיכויי התביעה של הקבוצות הללו שונים באופן משמעותי. עולה החשש כי הקבוצה השנייה מקבלת פיצוי "על חשבונה" של הקבוצה הראשונה. בנוסף, על פניו, ההטבה הניתנת באופן 'אוטומטי' לחברי תתי קבוצות א' וג' אינה עומדת בתנאים שנקבעו בהוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: **חוק הגנת הצרכן**) להארכת עסקה לתקופה קצובה.
 - 3.3. שלישית, הסדר הפשרה, כמו גם כתבי הטענות שהוגשו בהליך, אינם פורשים כראוי את המסגרת המשפטית הנוגעת לעניין, וכתוצאה מכך אינם מאפשרים לבית המשפט הנכבד לבחון כדבעי את סיכוייה של עילת התביעה על מנת לקבוע האם ההסדר ראוי והוגן ביחס לסיכויי התובענה.
4. כבר עתה יצוין, כי קיומו של הליך גישור בפני כבוד נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז (בדימוס) הגב' הילה גרסטל, אינו מחליף את שיקול דעתו של בית המשפט הנכבד הבוחן את הסדר הפשרה, ואין בכוחו לייתר את ההליכים הקבועים בחוק לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית.
5. לאור האמור, וכפי שיפורט בהרחבה להלן, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה.

ב. תיאור ההליכים עד כה

ב.1. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית

6. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית הוגשה בחודש ינואר 2017, על ידי המבקש, מר מרדכי מלאכי, נגד חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן: **בקשת האישור**).
7. בקשת האישור הוגשה בטענה כי המשיבה התנתה את ההצטרפות לתכנית "Orange Kosher Green" שיועדה לציבור החרדי (להלן: **התכנית** או **תכנית גרין כשר**), החל ממחצית שנת 2014 ועד תחילת שנת 2016, ברכישת מכשיר טלפון סלולרי (ס' 6-7 לבקשת האישור). לטענת המבקש, תניה זו מנוגדת להוראות סעיף 64א לרישיון המשיבה (ס' 1 לבקשת האישור).
8. הקבוצה המיוצגת נחלקה בבקשת האישור לשתי תתי קבוצות (ס' 4 לבקשת האישור): "**תת קבוצה א'**: לקוחות המשיבה אשר הצטרפו לתכנית מאז תחילת שיווקה ועד הפסקת שיווקה. **תת קבוצה ב'**: לקוחות המשיבה או לקוחות של חברות אחרות, אשר מעוניינים היו להצטרף לתכנית, אך נמנעו מלעשות כן בשל התנאי של רכישת מכשיר הטלפון".
9. על פי הטענה, בקשת האישור הוגשה לאחר שנערכה פניה מוקדמת אל המשיבה ולאחר שנוהל משא ומתן לפשרה שלא צלח (ס' 2 לבקשת האישור). לטענת המבקש, בעקבות פנייתו הופסק שיווק התכנית ומכאן שהתייתר הסעד בדבר הפסקת התנהלותה הבלתי חוקית של המשיבה בעתיד ומטרת בקשת האישור מתמצה במתן פיצוי לחברי הקבוצה בגין נזקי העבר (ס' 2-3 לבקשת האישור).
10. המבקש טען כי התנאי המחייב רכישת מכשיר טלפון כתנאי להצטרפות לתכנית, לא הופיע במסמכי ההתקשרות של החברה אך לטענתו, הוא היה חד משמעי ונמסר ללקוחות באופן קבוע (ס' 7 לבקשת האישור). לתמיכה בטענתו צירף המבקש הקלטות שנערכו על ידו ועל ידי מר אלחנן תגר לנציגי מוקד המכירות של המשיבה, בכולן נמסר כי תנאי להצטרפות לתכנית הוא רכישת מכשיר סלולרי (נספח ב' לבקשת האישור, שיחות 1-7). לבקשת האישור צורפו תצהירים של המבקש ומר תגר ביחס לשיחות עם נציגי המכירות. כמו כן, צורפו פרסומים שונים ביחס לתנאי האמור (נספחים ג'1-ג'3 לבקשת האישור). המבקש הצהיר כי בכל הפרסומים להם נחשף – עשרות פרסומים שונים – התנאי להצטרפות לתכנית היה רכישת המכשיר (ס' 11 לתצהירו של המבקש). עוד הצהיר המבקש על כך שלפחות ארבעה משווקים טענו בפניו כי המשיבה התנתה את ההצטרפות לתכנית ברכישת מכשיר טלפון, וכי על אף שהיה גם תנאי של החזרת מכשיר, מעולם לא נתקלו במקרה של החזרת מכשיר בפועל (ס' 12 לתצהיר המבקש).
11. לחלופין טען המבקש, כי גם אם התנאי להצטרפות לתכנית היה החזרת מכשיר ולא רכישת מכשיר, הרי שהמטרה האמיתית של תנאי זה הייתה לדרבן את הלקוחות לרכוש מכשיר חדש תחת זה שהוחזר, וגם הוראה זו מנוגדת להוראת הרישיון של המשיבה ולתכליתה (ס' 32-36 לבקשת האישור).
12. לטענתו של המבקש, התנהלותה של המשיבה הפרה את הוראות סעיף 64.1א לרישיון, והינה בגדר הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (ס' 40 לבקשת האישור). כמו כן, נטען כי התעשרות המשיבה כתוצאה ממכירת המכשירים מנוגדת לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (ס' 41 לבקשת האישור).
13. נזקו של המבקש בגין הקווים בהם הצטרף לתכנית הוערך בסכום של 420 ש"ח, ובגין הקווים בהם נמנע מלהצטרף לתכנית הוערך בסכום של 960 ש"ח (ס' 23 לבקשת האישור). המבקש עמד על השוונות בין חברי הקבוצה מבחינת

הנוק שנגרם להם. הנוק שנגרם לחברי קבוצה שהצטרפו לתכנית ורכשו מכשיר הועמד על סכום שבין 150 ש"ח ל- 1,000 ש"ח לכל חבר קבוצה, בתלות בשווי המכשיר מבחינתם, ובסה"כ סכום של 4,000,000 ש"ח (ס' 44-49 לבקשת האישור). הנוק שנגרם לחברי הקבוצה שנמנעו מלהצטרף לתכנית הועמד על סכום של 15 ש"ח בחודש, 540 ש"ח לשלוש שנים עבור כל חבר קבוצה, ובסה"כ סכום של 51,840,000 ש"ח (ס' 52-54 לבקשת האישור).

ב.2. התשובה לבקשה לאישור התובענה כייצוגית

14. ביום 24.5.17 הגישה המשיבה את תשובתה לבקשת האישור (להלן: **התשובה**). בתשובתה, הציגה המשיבה את צרכי הייחודיים של המגזר החרדי ואת האפשרות שהיא מציעה למכשירים "כשרים" ותכניות "כשרות" (ס' 22, 27, 34-33 לתשובה), ובכלל זה את תכנית "Orange Kosher Green" שהייתה זולה יותר ביחס לתכניות כשרות אחרות (ס' 37 לתשובה).

15. המשיבה טענה כי הצטרפות לתכנית לא הייתה מותנית ברכישת מכשיר חדש אלא **בהחזרת** מכשיר ישן (ס' 2 לתשובה), אך זאת מסיבות לגיטימיות, כדי לעודד מנויים להחזיר מכשיר ישן שנמצא ברשותם, להפחית את השימוש במכשירים מסוג "דור 2" ובאופן זה לעשות שימוש יעיל יותר בתדרים העומדים לרשותה (ס' 39 לתשובה).

16. המשיבה טענה כי במסגרת התכנית, המנוי לא חויב לרכוש מכשיר כלל וכל שהיה עליו לעשות כדי להצטרף לתכנית היה להחזיר מכשיר ישן מרשימת דגמים ספציפית הפועלים בטכנולוגיית "דור 2" (ס' 42 לתשובה). לטענת המשיבה העובדה כי "אלפים" מבין המצטרפים לתכנית לא רכשו מכשיר מהמשיבה שוללת את הטענה לקיומו של תנאי לרכישת מכשיר (ס' 48 לתשובה). עוד מפנה המשיבה למסמכים שונים, שלטענתה תומכים בטענתה: טופס תנאי התכנית (ס' 50-51 לתשובה, נספח 2); טופס סיכום העסקה (נספח ד' לבקשת האישור); תסריט שיחה המיועד לנציגי המכירה והשירות (ס' 57-59 לתשובה).

17. המשיבה הודתה כי נוכח התנאי המחייב החזרת מכשיר ישן, גובר הסיכוי לרכישת מכשיר חדש ממקור כלשהו, וטענה כי על מנת לאפשר את המהלך הייתה צריכה לתת פתרון בדמות "רכישה אטרקטיבית" של מכשיר דור כשר ממנה (ס' 44-45 לתשובה). עוד טענה כי העובדה שאין ביכולתה להציג נתונים בדבר החזרת מכשירים אינה פוגעת בטענתה לענין זה (ס' 69-73 לתשובה).

18. ביחס לשיחות עם נציגי המכירות שהוצגו בבקשת האישור, המשיבה הסכימה כי הוצג מידע מטעה וטענה כי הסיבה לכך היא שמרבית הטיפול בתכניות הכשרות נעשה באמצעות משווקים חיצוניים ולא באמצעות הנציגים הטלפוניים (ס' 83-85 לתשובה). עוד לטענת המשיבה, השיחות המוקלטות מעידות על כך שהמבקש ידע כי התניה האמתית היא דרישה להחזרת מכשיר ישן, ועל אף ידיעתו בחר להקליט את נציגי המשיבה ולהתקשר בעסקאות הכוללות רכישת מכשיר, באופן המעורר חשד ביחס לקיומה של עילת תביעה אוטנטית (ס' 86-90 לתשובה). לטענת המשיבה המבקש אינו בעל תביעה אישית, בהעדר עילה נגד המשיבה ונוכח פעולותיו המכוונות של המבקש ליצירת עילת תביעה (ס' 115-129 לתשובה).

19. התשובה נתמכה בתצהירה של הגב' וולף, מנהלת מחלקת גיוס לקוחות ומגזרים במשיבה.

ב.3. התגובה לתשובה לבקשה לאישור התובענה כייצוגית

20. ביום 28.6.17 הגיש המבקש תגובה לתשובה לבקשת האישור (להלן: **התגובה לתשובה**).

21. לטענת המבקש, תשובת המשיבה לא הציגה תשובה עובדתית לראיות הרבות שהוצגו בבקשת האישור לכך שתנאי להצטרפות התכנית היה רכישת מכשיר (ס' 1-7 וס' 22-31 לתגובה לתשובה). כמו כן, נטען כי טענת המשיבה לפיה עמלת המכירה למשווקים החיצוניים תינתן במכירת ציוד קצה בלבד, מוכיחה כי אלו התנו את התכנית ברכישת המכשיר (ס' 4.א לתגובה לתשובה).

22. לטענת המבקש טיעוני המשיבה חסרי הגיון. בין היתר נטען כי ללא התנאי הדורש רכישת המכשיר, אין כל סיבה בגינה ציבור הלקוחות יעדיף להצטרף לתכניות אחרות של המשיבה, יקרות יותר מהתכנית מושא הבקשה (ס' 11 לתגובה לתשובה). כמו כן, בהינתן מאפייני לקוחות הציבור החרדי, והעובדה כי הם לא נהנים מיתרונות המכשירים המתקדמים, אין סיבה להניח כי הם ירכשו מכשיר מתקדם, יקר יותר מהמחיר אצל משווקים אחרים (ס' 12-15 לתגובה לתשובה). המבקש טען כי התירוץ המקורי של המשיבה לדרישתה להחזרת המכשיר - תרומה לאיכות הסביבה - נזנח בתשובתה, דבר המעיד על ניסיון חדש להצדקה בדיעבד של התנהלותה (ס' 19 לתגובה לתשובה).

4.ב. הליכי ביניים

23. ביום 9.7.19 התקיים דיון ראשון בבקשת האישור, בסופו ניתנה החלטה על השלמת הליכי ביניים והמשך ניהול משא ומתן, ובמידת הצורך פנייה לגישור.

24. המבקש הגיש בקשה לגילוי מסמכים ומתן תשובות לשאלון, והמשיבה התנגדה למסור את הנתונים המבוקשים, למעט נתונים שהתבקשו על ידי בית המשפט (להלן: **התגובה לבקשה לגילוי מסמכים**). במסגרת תשובתה לבקשה לגילוי מסמכים טענה המשיבה, בין היתר, כי התכנית שווקה למגזר החרדי בין 20.4.14 ועד ליום 18.1.16 (ס' 8(א) לתגובה לבקשה לגילוי מסמכים), וכי למשיבה אין נתונים מאומתים ביחס לכמות המכשירים שהוחזרו על ידי המצטרפים לתכנית (ס' 8(ז) לתגובה לבקשה לגילוי מסמכים).

25. ביום 10.12.17 התקיים דיון נוסף בבקשת האישור. בתום הדיון בית המשפט הורה למשיבה למסור למבקש את הנתונים והמסמכים שהיא מוכנה למסור. עוד הורה בית המשפט לצדדים להתקדם בהליך הגישור.

26. ביום 24.12.18 הגישו הצדדים בקשתם הראשונה לאישור הסדר פשרה (להלן: **הבקשה הראשונה לאישור הסדר פשרה**). בבקשה זו הוצע, בין היתר, לחלק את חברי הקבוצה לארבע תתי קבוצות תוך הסכמה כי מתן ההטבה לתתי קבוצות ב' וד' תוצע באמצעות חייגן אוטומטי (ס' 18 ו-24 לבקשה הראשונה לאישור הסדר פשרה).

27. ביום 1.1.19 נערך דיון בבקשה הראשונה לאישור הסדר פשרה, בסופו הציע בית המשפט הנכבד לצדדים כי "לאור מידת הפגיעה בפרטיותם של תתי קבוצה ד', גודלה ומספר החיוגים, תוכן ההצעה המוצעת להם – כי קבוצה זו תוסר כליל מהסכם הפשרה". כן הורה בית המשפט לצדדים "לפרט את ההסבר לגבי תתי קבוצה ב', מידת ההטבה מול מידת ההטרדה". בתוך כך, הורה בית המשפט לצדדים להגיש הסדר פשרה מתוקן.

5.ב. הבקשה לאישור הסדר פשרה

28. ביום 23.1.19 הגישו הצדדים בקשה מתוקנת לאישור הסדר פשרה (להלן: **הבקשה לאישור הסדר פשרה**). הסדר הפשרה הינו תוצאה של הליך גישור שניהלו הצדדים אצל כבוד הנשיאה (בדימוס) הילה גרסטל.

29. ביום 27.1.19 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד המורה על פרסום ההסדר, וביום 7.2.19 פורסמה בעיתונות הודעה בדבר הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה.

30. עיקרו של ההסדר בחלוקת חברי הקבוצה לארבע תתי קבוצות, בהתאם לשאלות הבאות: האם הצטרפו לתכנית "גרין כשר" אם לאו; האם רכשו מכשיר סלולרי בסמוך להצטרפות לתכנית; והאם נכון למועד הבדיקה הם נמנים עם לקוחות המשיבה. לכל קבוצה ניתנה הטבה שונה, כדלקמן:

קבוצה	האם בתכנית "גרין כשר"	האם רכשו מכשיר	האם מנויי המשיבה נכון לחודש מאי 2018	מספר חברי הקבוצה	ההטבה
קבוצה א'	הצטרפו לתכנית "גרין כשר"	רכשו מכשיר סלולרי עם הצטרפות לתכנית	מנויי המשיבה	3,797 חברי קבוצה. מתוכם 2,040 עדיין שייכים לתכנית ו- 1,757 אינם משתייכים עוד לתכנית.	צירוף/ חידוש לתכנית בעלות של 20 ש"ח בחודש בצירוף חבילת שיחות לחו"ל, באופן אוטומטי לתקופה של 18 חודשים. ההודעה על מתן ההטבה תינתן בחשבונית. (ס' 15-17 להסדר פשרה).
קבוצה ב'	הצטרפו לתכנית "גרין כשר"	רכשו מכשיר סלולרי עם הצטרפות לתכנית	אינם מנויי המשיבה	4,485 חברי קבוצה (ס' 12 להסדר פשרה)	הצעה להתקשר עם המשיבה בתכנית בעלות של 20 ש"ח בחודש לתקופה של 18-24 חודשים. ¹ ההודעה על ההטבה תפורסם בעיתון. (ס' 19 להסדר פשרה).
קבוצה ג'	הצטרפו לתכנית אחרת (יקרה יותר) של המשיבה	לא רכשו מכשיר סלולרי	מנויי המשיבה	19,618 חברי קבוצה (ס' 13 להסדר פשרה)	"הקפאת" מחיר התכנית אליה משתייך המנוי לתקופה של שנתיים, בהתאם למחיר שנקבע במועד תחילת התכנית. ההודעה על מתן ההטבה תינתן בחשבונית. (ס' 21-22 להסדר פשרה).
קבוצה ד'	הצטרפו לתכנית אחרת (יקרה יותר) של המשיבה	לא רכשו מכשיר סלולרי	אינם מנויי המשיבה	104,000 חברי קבוצה (ס' 14 להסדר פשרה)	הצעה להתקשר עם המשיבה בתכנית אחרת, בעלות חודשית של 25 ש"ח לתקופה של שנתיים. ההודעה על ההטבה תפורסם בעיתון. (ס' 24 להסדר פשרה).

31. שוויה של ההטבה לכל אחד מחברי תת קבוצה א' הוערך בסכום חודשי של 15.9-19.9 ש"ח למשך 18 חודשים, בהתאם לשאלה האם כיום הוא עדיין שייך לתכנית גרין כשר. שוויה של ההטבה לכל אחד מחברי תת קבוצה ג' הוערך בסכום חודשי של 8.5 ש"ח למשך 24 חודשים. סך שווי ההטבה לחברי תתי קבוצות א' וג', שהינם לקוחות המשיבה במועד הבדיקה וההטבה ניתנת להם באופן אוטומטי, הוערך בסך של 6.1 מיליון ש"ח (ס' 25 להסדר פשרה).

¹ בעניין זה יצויין כי לא ברור משך ההטבה עבור חברי תת קבוצה ב'. בסעיף 19 להסדר הפשרה (וסעיף 17 לבקשה לאישור הסדר פשרה) מצויין כי המחיר המוצע יוותר לתקופה של 18 חודשים ואילו בסעיף 27 להסדר הפשרה (וסעיף 28 לבקשה לאישור הסדר פשרה) מצויין כי ההטבה ניתנת לתקופה של 24 חודשים.

עוד יצויין כי לא ברור האם ההטבה לחברי תתי קבוצות ב' וד' כוללת חבילת חו"ל.

32. בנוסף לכך, שוויה של ההטבה עבור חברי תתי קבוצות ב' וד' יקבע בהתאם למספר חברי הקבוצה שיבחרו לממש את ההטבה. שוויה של ההטבה עבור חבר תת קבוצה ב' הוערך בסכום חודשי של 8.5 ש"ח למשך 24 חודשים (ס' 27 להסדר פשרה), ושוויה של ההטבה עבור חבר תת קבוצה ד' הוערך בסכום חודשי של 4.27 ש"ח למשך 24 חודשים (ס' 28 להסדר פשרה).

33. אישור הסדר הפשרה יגבש מעשה בית דין ביחס לכל חברי הקבוצה (ס' 31 להסדר פשרה).

34. עוד ביקשו הצדדים להימנע ממינוי בודק לפי סעיף 19(ב) לחוק (ס' 32-33 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

35. הצדדים המליצו לבית המשפט להורות על גמול בסכום של 200,000 ש"ח למבקש ושכר טרחה בסכום של 600,000 ש"ח לבא כוחו. סכומים אלו ישולמו בתוך 14 ימי עסקים מהמועד שבו ניתן פסק דין המאשר את הסדר הפשרה (ס' 35(א)-(ג) לבקשה לאישור הסדר פשרה). כמו כן, יקבלו המבקש ובא כוחו יחדיו סכום נוסף של 10 ש"ח בגין כל חבר בתתי קבוצות ב' וד' אשר יממש את ההטבה וייוותר מנוי אצל המשיבה למשך 12 חודשים (ס' 35(ד) לבקשה לאישור הסדר פשרה).

36. להסדר הפשרה צורף תצהירה של תרי ישכיל, סמנכ"ל חטיבת השיווק במשיבה, התומך בנתונים הנוגעים למספר חברי הקבוצה (ס' 4-5 לתצהיר). עוד כולל התצהיר הסבר לגבי חישוב שווי ההטבה (ס' 6-7 לתצהיר). כן צורפו תצהירים מטעם הצדדים ובאי כוחם.

ג. הבהרת המצב המשפטי – חוק התקשורת

37. כבסיס להכרעה בבקשה לאישור הסדר פשרה, על בית המשפט לבחון את סיכויי התביעה וסיכוייה. סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות שתוקן במסגרת תיקון מספר 10 לחוק, קובע כי במקרים בהם הסדר הפשרה הוגש לפני אישורה של התובענה כייצוגית, בית המשפט יידרש למצוא "כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית, הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

38. בהתאם לתיקון, בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, שאינה עומדת לכאורה בתנאי הוראות סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. לפיכך, על בית המשפט לבחון, בין היתר, האם ישנה אפשרות סבירה כי אותן שאלות תוכרענה לטובת הקבוצה.

39. בענייננו, הצדדים להליך נמנעו מלפרוש בפני בית המשפט הנכבד את התמונה המלאה ביחס למצב המשפטי הקיים, ולא הפנו בטיעוניהם לסעיף החוק הרלוונטי המבסס את עילת התביעה.

40. כאמור, בקשת האישור מבוססת על הטענה להפרת חובה חקוקה של סעיף 64.1א לרישיונה של המשיבה (ס' 29-40 לבקשת האישור), שקבע כי: "בעל רישיון לא ייצור כל זיקה בין הטבה כלשהי בגין שירותי רט"ן שהעניק למנוי, לרבות זיכוי, הנחה, תוכנית תעריפים ייחודית, סל שירותים וכיוצא ב" (להלן בסעיף זה – "הטבה") לבין העובדה כי ציוד קצה רט"ן שבידי המנוי נרכש, נשכר או התקבל מבעל הרישיון או ממשווק אחר מטעמו."

41. כעולה מהחלטת משרד התקשורת מיום 28.7.09 בנושא "ניתוק הזיקה בין עסקת רכישת ציוד קצה ובין מתן הטבות" (להלן: החלטת משרד התקשורת), בחינת המצב הנוהג בשוק הרט"ן בישראל העלתה כי מפעילים נוטים לכרוך את

מכירת ציוד הקצה עם מכירת שירותי הרט"ן למנוי, כך שמנוי שמצטרף לשירות או משדרג את המכשיר שברשותו, רוכש את ציוד הקצה שלו כחלק מהסכם ההתקשרות ובמקביל זוכה להטבה בתשלום הטלפון החודשי (ס' 2 להחלטת משרד התקשורת).

החלטת משרד התקשורת מיום 28.7.09 מצ"ב ומסומנת **כנספח 1**.

42. בעקבות האמור, החליט משרד התקשורת "לנתק את הזיקה, ככל שקיימת, בין מכירת ציוד קצה בידי המפעיל, לבין מתן הטבות הנוגעות לשירותי הרט"ן, וזאת באופן שיאפשר למנוי אשר רכש את ציוד הקצה מידי ספק אחר, לקבל את אותן ההטבות" (ס' 9 להחלטת משרד התקשורת). במסגרת החלטה זו גם הוסף סעיף 64.1א לרישיון (ראי נוסח התיקון בנספח 1 לעיל).

ראי למשל: ת"צ (מחוזי מר') 6730-04-12 **ג'ונסון נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 91 להחלטתה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 3.9.14): "תכליות התיקון היו הסרת חסמי מעבר בין חברות הרט"ן והגברת התחרות בשוק ציוד הקצה, המכשירים."

עוד ראי: ת"צ (מחוזי י-ם) 29836-11-15 **יעקובי נ' 012 סמייל טלקום בע"מ**, פס' 37 להחלטה של השופטת כנפי-שטייניץ (פורסם בנבו, 13.2.19): "תכלית ההוראה האוסרת על התניית מתן השירותים ברכישת ציוד קצה" היא לנתק את הזיקה בין מתן השירותים ובין מכירת מכשירי הקצה הנדרשים לשם מתן השירותים. זאת על מנת למנוע מונופול של חברות התקשורת בתחום מכירת ציוד הקצה, במגמה להגביר את התחרות בשוק התקשורת ובשוק ציוד הקצה בפרט, ולהביא להוזלת ציוד הקצה".

43. ביום 1.4.12 עבר תיקון חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 53), התשע"ב-2012, במסגרתו הוסף סעיף 51ב(ב) לחוק התקשורת הקובע כי: "בעל רישיון לא יקשור בין התקשרות של המנוי לקבלת שירות רדיו טלפון נייד להתקשרות של אותו מנוי אתו או עם אחר, לרכישה, להשכרה, להשאלה או להחכרה של ציוד קצה, בין בהסכם אחד ובין בהסכמים נפרדים, לרבות בדרך של מתן הנחה או הטבה אחרת כלשהי בהתקשרות אחת בשל ההתקשרות השנייה."

44. כעולה מהדיונים על הצעת החוק, הוספת סעיף 51ב(ב) לחוק התקשורת נבעה ממטרה דומה של ניתוק הזיקה בין מכירת ציוד קצה לבין מתן הטבה בשירותים הסלולריים, ומהחשש כי מכירת ציוד הקצה בזיקה למתן הטבה, מהווה מכשיר לכבילת הצרכן לשירות.

ראי למשל: דבריה של היועצת המשפטית של ועדת הכלכלה של הכנסת, עו"ד בנדלר, בפרוטוקול ישיבה מס' 770 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 21 (5.3.12): "... שלא יהיה קשר בין עסקה למכירה או לרכישת ציוד קצה לבין עסקה למתן שירותי טלפון או רדיו טלפון נייד. **שתי עסקאות שונות, ואסור יהיה לקשור את העסקאות האלה בשום דרך שהיא**. והציפייה היא שמחד גיסא, המחיר של ציוד הקצה שנותר לצרכן לשלם או ללקוח לשלם כשהוא רוצה לנתק את הקשר שלו עם החברה למתן שירותי טלפון, לא יכבול אותו אליה רק בשל כך שפתאום המחיר של ציוד הקצה הוא מאוד מאוד גבוה, ואז זה מהווה חסם בעצם לעזיבה".

ראי גם: דבריו של יו"ר ועדת הכלכלה, כרמל שאמה-הכהן בפרוטוקול ישיבה מס' 336 של הכנסת ה-18, 42 (21.3.12), בעת ההצבעה על תיקון מס' 53 לחוק התקשורת: "מדובר בניתוק זיקה מוחלט בין העסקה לקבלת השירות מבעל הרישיון ובין העסקה לרכישת ציוד הקצה. הוראה זו תגביר גם את מודעות הצרכנים למחירו

האמיתי של המכשיר שהם רוכשים מבעל הרשיון ותביא, יש להניח, להוזלה משמעותית במחירי המכשירים שחברות אלה מוכרות.”

45. להשלמת התמונה יצויין כי ביום 11.1.17 בוטל סעיף 64.1 א לרישיון במסגרת תיקון מס' 87 לרישיון. התיקון אינו כולל הסבר לפשר הביטול, ואולם להבנתנו, הצורך בסעיף זה ברישיון התייתר לנוכח תיקון החוק.

העמודים הרלוונטיים לתיקון מס' 87 לרישיון, מצ"ב ומסומנים **כנספח 2**.

46. כעולה מכתבי הטענות שהוגשו על ידי הצדדים להליך, הצדדים לא התייחסו לביטול הוראת סעיף 64.1 לרישיון ולא כללו כל התייחסות להוראת סעיף 51ב(ב) לחוק התקשורת, באופן שכלל אינו מובן. מתן תמונה מלאה ביחס למסגרת הנורמטיבית והתייחסות ברורה לסעיף החוק הרלוונטי הכרחיים על מנת לאפשר לבית המשפט הנכבד לבחון את עילת התביעה כראוי.

47. ודוק, בקשת האישור שלפנינו הוגשה בחודש ינואר 2017, מספר שנים לאחר שתוקן חוק התקשורת והוסף לו סעיף 51ב(ב) האמור, וככל הנראה סמוך לביטול סעיף 64.1 א לרישיון המשיבה. בנסיבות אלה, לא ברור מדוע בחרו הצדדים שלא לפרוש את התמונה המשפטית המלאה בפני בית המשפט הנכבד.

48. עמדתה העקרונית של המועצה הינה כי תנאי המתנה הצטרפות לתכנית ברכישת מכשיר טלפון סלולרי, כמו גם תנאי המתנה את ההצטרפות בהחזרתו של מכשיר סלולרי ישן, עומדים בניגוד להוראות סעיף 64.1 א לרישיון המשיבה ובניגוד להוראות סעיף 51ב(ב) לחוק התקשורת. יודגש כי הטענה לפיה המשיבה הפסיקה את שיווק התכנית מושא התובענה בטרם הוגשה בקשת האישור ומטעם זה התייתר הסעד הנוגע להפסקת התנהלותה הבלתי חוקית של המשיבה (ס' 2 לבקשת האישור), אינה מייטרת את הצורך בבחינת סיכוייה של עילת התביעה בשלב בחינת הסדר הפשרה.

ד. הסדר הפשרה אינו ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה

49. בית המשפט הבוחן בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, צריך לבחון האם הסדר הפשרה שהוגש ראוי, הוגן וסביר, בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. סעיף 19א(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע אמת מידה המדריכה את בית המשפט לבחון באופן ביקורתי את הסדר הפשרה, ולהגן על עניינם ועל זכויותיהם של חברי הקבוצה אשר אינם נמצאים בפני בית המשפט.

על ההגנה שיש ליתן לחברי הקבוצה בעת אישורו של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ראי: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 5, 38-41 (2011) (להלן: "קלמנט, פשרה והסתלקות"); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147, בעמ' 160 (2011) (להלן: "אוריון ושוורץ, מנגנונים לפיקוח"); ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.8.12).

50. על בית המשפט למנוע פשרות שהסעד הניתן בהם אינו הולם ואינו משקף את מידת הנזק שנגרמה לחברי הקבוצה. פשרות אלה פוגעות בשתי המטרות של החוק – פיצוי והרתעה.

ראי: סעיף 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו מטרות החוק הינן, בין היתר: "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"; ראי גם בדברי ההסבר לס' 1 בהצעת חוק: תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257: "מטרת החוק המוצע היא ליצור מסגרת אשר תאפשר לציבור או לקבוצה של פרטים [...] מימוש של זכות הגישה לבית המשפט וזאת כדי להבטיח אכיפה יעילה של הדין, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרתו ויצירת הרתעה מפני הפרתו".

על תכליותיו של מוסד התובענה הייצוגית ראי למשל: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774-785, 783 (1996); ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 322-323 (1997); ע"א 345/03 רייכרט נ' שמש, פ"ד סב(2) 437, פסקה 9 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ד' בייניש (2007); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים לד 301, 317-324.

51. החלטה על אישור או דחיית הסדר פשרה, צריכה להיבחן לאור רשימת השיקולים המפורטים בסעיף 19(ג)(2) לחוק, ובין היתר:

51.1. הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה עשויים היו לקבלו אילו היה בית משפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;

51.2. השלב שבו נמצא ההליך: יש משמעות לשאלה באיזה שלב מוגשת הפשרה בתובענה הייצוגית. פשרה שמוגשת לאישור בית המשפט לפני אישורה של התובענה כייצוגית דורשת פיקוח משמעותי יותר מפשרה המוגשת לאחר שאושרה כייצוגית. סעיף 19(א) לחוק קובע כי במקרה שבקשה לאישור הסדר פשרה הוגשה לפני אישור התובענה כייצוגית, על בית המשפט לבחון תחילה האם התביעה עומדת לכאורה בתנאים לאישור התובענה כייצוגית, וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

51.3. הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה.

51.4. העילות והסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר: על בית המשפט לפקח באופן הדוק על הסדרי פשרה אשר פוגעים בזכות הגישה החוקתית של חברי הקבוצה לבית המשפט.

52. כפי שיפורט להלן, לעמדת המועצה, הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית אינו ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, ולפיכך אין הוא עומד בדרישת סעיף 19(א) לחוק.

1.ד. הסדר הפשרה אינו מעניק סעד כספי אלא "הטבה"

53. עיקרו של הסדר הפשרה מבוסס על מתן 'הטבות' שונות לחברי הקבוצה להתקשרות עם המשיבה. כלומר, על אף הטענה בבקשת האישור כי לחברי הקבוצה נגרם נזק כספי – בין בשל רכישת מכשיר סלולרי ובין בשל תשלום גבוה יותר למנוי בתכנית כשרה אחרת – ועל אף שהסעד הנתבע בבקשת האישור הוא לפיצוי או להשבה (ס' 65(ד) לבקשת האישור), חברי הקבוצה לא יזכו להשבה כספית, אלא להטבה או זכאות להטבה.

54. תוצאה זו חורגת, לכאורה, מהדין המהותי החל בעניין סעדים. בתביעה פרטית, משתובע טוען כי נגרם לו נזק כספי, פנייתו לבית המשפט היא בדרישה למתן סעד כספי. בתביעה רגילה בית המשפט לא מורה על מתן 'הטבה' או סעד יצירתי אחר, כתחליף למתן סעד כספי.

55. כידוע, דיני התובענה הייצוגית קובעים מסגרת דיונית בלבד והם אינם באים לשנות מהדין המהותי הנוגע לפסיקת סעדים, לרבות פיצויים.

ראי: "... התובענה הייצוגית לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת. בהיות התובענה הייצוגית מה שהיא, נתקשה לפרשה כך שיהא בכוחה – על דרך ההילוך לאחור כביכול – לשנות כללי-מהות בדין הנזיקין, ובהם כללי הקשר הסיבתי ויסודות בפסיקת פיצויים." (דנ"א 5712/01 **יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 44 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 11.8.03); וראי עוד: עע"מ 6993/15 **עיריית תל אביב-יפו נ' אספיאדה בע"מ**, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק ארז (פורסם בנבו, 16.8.16); בג"ץ 2171/06 **שני כהן נ' יו"ר הכנסת**, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 11.8.29).

וראי את דברי ההסבר לסעיף 20 לחוק בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח 234, 272: "סעיף זה מסדיר את קביעת בימ"ש בדבר הסעד שיינתן לחברי הקבוצה אם הוכרע בתובענה ייצוגית לטובתם, ואופן הוכחת הזכאות לו, וכן את אופן חלוקת הפיצוי אם נפסק. יחד עם זאת **אין בסעיף זה כדי לשנות מהדין הכללי בנוגע לפסיקת סעדים, לרבות פיצויים. קביעת הזכאות לסעד תיעשה לפי הדינים הרגילים**".

56. יחד עם זאת, האפשרות ליתן סעד אחר תחת מתן פיצוי כספי, אפשרית במסגרת תובענה ייצוגית, וזאת מכוח סעיף 20(ג)1 לחוק הקובע כי: "מצא בית המשפט כי **פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין**".

57. סעיף זה חל על הסדרי פשרה בהתאם להוראות סעיף 19(ד2) לחוק (שהוסף במסגרת תיקון מס' 10 לחוק). על כן, התנאים לתחולתו צריכים להתקיים בין אם מדובר בפסק דין ובין אם מדובר בהסכם פשרה.

וראי לעניין זה את האמור בפסק דינו של כבוד השופט ענבר, שניתן לפני תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות, בת"צ (מחוזי ת"א) 22236-07-11 **שלומי שרייר נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ**, פס' 7.ב (פורסם בנבו, 16.09.2014).

58. סעיף 20(ג)1 לחוק קובע מדרג בין סוגי הסעדים בתובענה ייצוגית, כאשר הסעד המועדף, ברירת המחדל, היא מתן פיצוי כספי.

ראי: פסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מר') 11930-04-12 **אבידן נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**, פס' 42 (פורסם בנבו, 17.3.16): "...סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות קובע מדרג ברור בין סוגי הסעדים אותם ניתן להעניק: הסעד המועדף הוא **"פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם"**. ואולם, אם סעד זה **"אינו מעשי בנסיבות העניין"** ניתן להורות על **"סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה"**, וכחלופה לכך על סעד **"לטובת הציבור"**. (ההדגשות במקור).

וראי גם: ת"צ (מחוזי חי') 45927-03-17 לדרמן נ' עמית החזרי מס בע"מ, פס' 27-28 לפסק דינו של השופט סוקול (פורסם בנבו, 20.2.18): "סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות עוסק במצבים בהם לא ניתן לתת **פיצוי כספי** לקבוצת הנפגעים... מהוראה זו ניתן ללמוד כי דרך המלך היא מתן פיצוי ישיר לחברי הקבוצה עצמה. ככל שלא ניתן לתת פיצוי כספי לחברי הקבוצה, למשל בשל קושי באיתור וזיהוי החברים בה, רשאי בית המשפט לשקול פסיקת פיצוי או הטבה אחרת לקבוצה, כולה או חלקה, ואם פיצוי כזה אינו אפשרי או אינו מעשי, יורה בית המשפט על פיצוי לציבור (ראו אלעד אופיר הנ"ל, בעמוד 196; פלינט ו- ויניצקי הנ"ל, עמ' 649-646; רע"א 1644/15 הנ"ל)."

59. בהתאם להוראות הסעיף, רק כאשר אין אפשרות מעשית לזהות את חברי הקבוצה, בית המשפט רשאי להורות על מתן כל סעד אחר. ודוק, האפשרות ליתן סעד יצירתי או סעד אחר בתובענה ייצוגית, נולדה במטרה לתת פתרון לבעיית זיהוי חברי הקבוצה, ועל מנת שלא לעקר מתוכן תובענות ייצוגיות שהוגשו ביחס לקבוצות שלא ניתן לאתר או לזהות.

ראי: דבריה של נציגת משרד המשפטים, עו"ד שירלי אבנר, בפרוטוקול ישיבה מס' 14 של ועדת משנה לוועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 83 (5.1.2006) (להלן: ישיבת ועדת משנה לוועדת חוקה): "...יש את הסמכות הכללית לבית המשפט במקרה בו הוא רואה שאין אפשרות לחלק כסף או לפסוק סעד כספי לחברי הקבוצה, אז הוא עושה סעד יצירתי..."

עוד ראי: דבריה של היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד תמי סלע, בעמ' 105 לישיבת ועדת משנה לוועדת חוקה: "הסעיף הזה קיים היום בחלק מהחוקים "ראה בית המשפט כי סעד כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי או אינו צודק בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין. זה הסעיף הכללי שמאפשר סעדים יצירתיים."

60. האפשרות לעשות שימוש בסעיף 20(ג) לחוק ובמנגנון "הסעד האחר" לטובת חברי הקבוצה בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית, מתאימה רק כאשר אין אפשרות מעשית להעניק פיצוי כספי בנסיבות העניין. תנאי זה להעדפת מתן פיצוי כספי, נובע גם מן האמור בסעיף 1(3) לחוק בדבר "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין". ברור כי ברירת המחדל לפיצוי חברי קבוצה אשר נגרם להם נזק ממוני, היא מתן פיצוי כספי.

ראי: החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה, השופט ד"ר רניאל בת"צ (מחוזי חי') 29838-05-14 מוסא מגדוב נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, עמ' 4-5 (פורסם בנבו, 22.12.2015): "אני מסכים עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שככל שהטענה שעליה מתפשרים היא שנגבו סכומי כסף שלא כדין, ברירת המחדל היא השבת סכמי כסף, ולא זכות לקבלת שירותים כאלה ואחרים. מהות היחסים בין המנויים לנתבעת היא תשלום כסף מצד המנויים תמורת קבלת שירותים מצד הנתבעת... ברירת המחדל צריכה להיות, שכשם שהנתבעת גבתה כספים, כך תחזיר כספים. היא לא גבתה שירותים. אין צורך שאעבור על כל ההחלטות שצוטטו, בהן אושרו הסדרים שלא כללו תשלום כספי, כדי לאבחן באיזה מהן היה הפגם שנדון גביית כספים שלא כדין, שכן גם אם נמצאת החלטה שאישרה הסדר מתן זכויות תמורת כספים שניגבו, אין ההחלטה מחייבת, בהעדר פסק דין בנושא מבית המשפט העליון. כאמור, זו ברירת המחדל. יתכנו נסיבות שבהן למרות שזו ברירת המחדל, מן הראוי לאשר הסדר פשרה שאינו כולל תשלום כספים. הצדדים לא הצביעו על מניעה כלשהיא לתשלום

כספים במקרה זה. ממילא טוענת הנתבעת, שההטבה תעלה לה כספים ממש. תתכבד ותשלם אותם למנויים הכלולים בקבוצה."

עוד ראי: ת"צ (מחוזי ת"א) 47395-11-10 מינוף וזימות בע"מ נ' דרך ארץ הייוויז (1997) בע"מ, פס' 25 (פורסם בנבו, 26.12.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ, עמ' 13 (פורסם בנבו, 30.8.2011).

אם כי ראי גם: החלטה הדוחה את עמדת המועצה לעניין העדפת מתן פיצוי כספי על פני מתן הטבות בת"צ (מחוזי ת"א) 11503-01-14 בן יעקב נ' ספארק נטוורקס (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 27.2.17). יצוין כי באותו עניין המשיבה טענה כי קיים "קושי ממשי" באיתור חברי הקבוצה (ס' 13 לפסק הדין).

61. בענייננו, הסדר הפשרה מציע להעניק "הטבה" לחברי הקבוצה המיוצגת, וזאת תחת מתן פיצוי כספי. כעולה מן ההסדר, המשיבה יודעת לזהות את חברי הקבוצה, וממילא נדרשת לאתרם על מנת ליתן להם את ההטבה עליה הוסכם בהסדר. לפיכך, אין "קושי מעשי" בנסיבות העניין לאתר או לזהות את חברי הקבוצה. המשיבה אף לא טענה שקיים קושי כזה. הצדדים לא הסבירו מדוע מקום שבו המשיבה יודעת לזהות ולאתר את כל חברי הקבוצה מוצעת הטבה במקום פיצוי. מכאן, שהסכמת הצדדים למתן "הטבה" לחברי הקבוצה אינה עולה בקנה אחד עם התנאי המקדמי למתן הטבה, כפי שנקבע בהוראות החוק.

62. טעם נוסף להעדפת פיצוי פרטני בענייננו הוא באפשרות יידוע חברי הקבוצה בדבר הפיצוי המוצע להם במסגרת ההסדר. כעולה מההחלטה מיום 1.1.19, בית המשפט הנכבד נדרש למידת ההטרדה והפגיעה בפרטיותם של חברי תתי קבוצות ב' וד', כתוצאה מכך שההצעה להטבה תיעשה באמצעות "חייגן אוטומטי". בית המשפט הציע כי תת קבוצה ד' תוסר מהסדר הפשרה ולגבי תת קבוצה ב' – יינתן הסבר לגבי "מידת ההטבה מול מידת הטרדה". בהסדר הפשרה המתוקן עולה כי הצדדים החליטו לוותר על אפשרות ה"חייגן האוטומטי" והחליטו על פרסום ההטבה המוצעת בשלוש מודעות בעיתונים יומיים בסוף שבוע במגזר החרדי (ס' 18 ו-25 לבקשה לאישור הסדר פשרה). לעמדת המועצה, ככל שהפיצוי שניתן במסגרת ההסדר היה **פיצוי כספי**, הרי שהאיזון בין מידת ההטרדה הנגרמת לחברי הקבוצה לעומת הפיצוי שניתן להם היה משתנה, ובנסיבות אלו היה מצדיק פנייה פרטנית.

63. העדפת מתן פיצוי כספי לחברי הקבוצה על פני מתן הטבה מתחזקת נוכח קשיים שונים העולים מן ההטבה המוצעת, למשל ביחס לשוויה האמיתי של ההטבה עבור חברי הקבוצה והשאלה האם היא מהווה פיצוי ממשי עבורם, כמפורט להלן.

2.4. ההטבה המוצעת אינה מהווה פיצוי ראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה

64. ההטבה המוצעת בהסדר הפשרה אינה מהווה פיצוי ראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה: ההסדר אינו מבחין באופן ראוי בין חברי הקבוצה שהצטרפו לתכנית ורכשו מכשיר סלולרי בעקבות התניה ובין חברי קבוצה שלא הצטרפו לתכנית, למרות שסיכויי התביעה של תתי הקבוצות הללו שונים באופן משמעותי. עולה החשש כי הקבוצה השנייה מקבלת פיצוי "על חשבונה" של הקבוצה הראשונה. כמו כן, שוויה של ההטבה – הן השווי לכל לקוח, הן השווי המצטבר – נמוך מהשווי המוצג בהסדר. בנוסף, ההסדר מעניק הטבת קופונים, כאשר חלק מהארי מההטבה מכוון לחברי קבוצה שאינם לקוחות של המשיבה ועשוי לשרת את האינטרס השיווקי של המשיבה על פני מתן פיצוי

ממשי לקבוצה. לבסוף, ההטבה שניתנה לחברי הקבוצה באופן אוטומטי, אינה עומדת לכאורה בתנאים שנקבעו בהוראות חוק הגנת הצרכן להארכת עסקה לתקופה קצובה.

ד.2.1. ההסדר אינו עורך אבחנה נכונה בין תתי הקבוצות

65. את חברי הקבוצה המיוצגת ניתן לחלק לשתי קבוצות עיקריות: הקבוצה האחת היא אותם חברי קבוצה שרכשו מכשיר סלולרי בסמוך להצטרפותם לתכנית. כעולה מהנתונים שהוצגו על ידי המשיבה, מספרם עומד על 8,282 מנויים (תתי קבוצות א' וב' בהסדר הפשרה). הקבוצה השנייה היא אותם מנויים שלא הצטרפו לתכנית בשל התנאי המחייב רכישת מכשיר סלולרי, מספרם עומד על 123,718 מנויים (תתי קבוצות ג' וד' בהסדר הפשרה).

66. על אף שעילת התביעה של חברי תת קבוצות א' וב' היא **אותה עילה**, חברי קבוצות אלו אינם זכאים לאותו פיצוי במסגרת ההסדר. על אף שעילתם של חברי קבוצות אלו מבוססת יותר מעילת התביעה של חברי תתי קבוצות ג' וד', ההטבות המוצעות בהסדר לא מגלמות פער זה.

67. לעמדת המועצה, קיים הבדל ברור בסיכונים ובסיכויים של כל אחת מהקבוצות הללו ביחס לאפשרות המשך ניהול התובענה הייצוגית (ראי בסעיף 19(ג)(2)(ה) לחוק תובענות ייצוגיות). כך למשל, ביחס לאפשרות הוכחת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה שרכשו מכשיר סלולרי, נזק השווה למחיר ששילמו בניכוי התועלת מהטלפון שרכשו (תועלת השווה לכל היוותר למחיר שבו יכלו לרכוש את אותו טלפון בשוק), לעומת הוכחת הנזק שנגרם לחברי קבוצה שלא הצטרפו לתכנית. הבדל משמעותי נוסף קיים בין סיכויי התביעה של כל אחת מהקבוצות הללו: חברי הקבוצה שהצטרפו לתכנית רכשו מכשיר סלולרי בגין התניה הפסולה, עילת התביעה שלהם ברורה ומספרם הוכח במסגרת ההליך. לעומת זאת, עילתם של חברי הקבוצה שנמנעו מלהצטרף לתכנית מבוססת פחות. לא ברור כמה מתוך חברי הקבוצה שלא הצטרפו לתכנית נחשפו לתניה הפסולה וכמה מהם נמנעו מלהצטרף לתכנית רק בהסתמך על תניה זו או גם מחמת סיבות נוספות. בנוסף, לא ברור האם ועד כמה מחירי התכניות האחרות של המשיבה אכן הושפעו ממחיר התכנית גרין כשר.

68. הבדלים אלו בין הסיכויים והסיכונים של כל אחת מתתי הקבוצות, צריכים לבוא לידי ביטוי בפיצוי שניתן לכל אחת מהן בהסדר הפשרה. החשש הוא כי הקבוצה השנייה – שלא הצטרפה לתכנית ולא רכשה מכשיר – מקבלת פיצוי "על חשבונה" של הקבוצה הראשונה.

ראי: סעיף 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות המאפשר להגדיר תת-קבוצה ולהורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג אם הדבר דרוש כדי להבטיח שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת.

להרחבה בעניין החשיבות של ייצוג אינטרסים שונים של תתי קבוצות ראי: HERBERT B. NEWBERG & ALBA CONTE, NEWBERG ON CLASS ACTION §7: 31 (5th ed., 2011).

העמודים הרלוונטיים מ-Newberg מצורפים כנספח 3.

69. על פי ההסדר המוצע, חברי תת קבוצה ג', שלא הצטרפו לתכנית ולא רכשו מכשיר סלולרי מקבלים לכאורה אותה הטבה כמו חברי תת קבוצה ב', שהצטרפו לתכנית, רכשו מכשיר סלולרי וכיום אינם נמנים עם לקוחות המשיבה. המשיבה מעריכה את שוויה של ההטבה של שתי הקבוצות ב- 8.5 ש"ח בחודש (ס' 26 ו- 28 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

70. יתרה מכך, חברי תת קבוצה ג' מקבלים את ההטבה באופן אוטומטי בעוד עבור חברי תת קבוצה ב' מתן ההטבה תלויה במימוש בעקבות פרסום בעיתון. כעולה מפרוטוקול הדיון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד ביום 1.1.19 בא כוח המבקש הכיר בכך שקיים סיכוי סביר שחברי תת קבוצה ב' – שרכשו מכשיר סלולרי עם הצטרפותם לתכנית - לא יממשו את ההטבה ולא יקבלו שום פיצוי כתוצאה מההסדר: "לגבי הבעיה בקבוצות ב' וד' שאינם לקוחות של פרטנר שלא יקבלו הטבה – אומר בצורה הכי בוטה אני לא סופר אותם. הם לא נספרים מהסה"כ של החברה ואני לוקח בחשבון שהם לא יקבלו שום דבר ואני גם לא אבקש עליהם דבר" (פרוטוקול הדיון מיום 1.1.19, עמ' 16, מול שורות 7-9).

71. בעניין זה יובהר כי חובת הייצוג ההולם החלה על עורך דין המייצג בתובענה ייצוגית חלה על חברי הקבוצה כולה ולא על תת-קבוצה מסוימת מתוך הקבוצה. העובדה כי קיימים חברי קבוצה אשר קיים קושי גדול יותר לאתרם לצורך מתן פיצוי, מצריכה, מטבע הדברים, התייחסות שונה, ואולם אין בכך כדי לגרוע מזכותם של אותם חברי תת-קבוצה לפיצוי ומחובתו של עורך הדין לייצג את עניינם באופן הולם.

לחובת הייצוג ההולם מקום בו מתקיים פער אינטרסים בין חברי תת-קבוצות ראי למשל: ת"צ (מחוזי מר')
20607-04-11 ליברמן נ' מוזס כבר סבא בע"מ, פס' 21 לפסק דינה של השופט פרופ' גרוסקופף (פורסם בנבו, 30.10.14).

ד.2.2. שוויה של ההטבה נמוך באופן משמעותי מהשווי שהוצג בהסדר

72. שוויון של ההטבות עבור כל חברי הקבוצה אינו מגיע כדי הסכומים המוצגים בהסדר. להערכת המשיבה, שווי ההטבות לחברי תתי קבוצות א' וג' עומד על כ- 6.1 מיליון ש"ח כולל מע"מ (ס' 26 לבקשה לאישור הסדר פשרה), ושווי ההטבות לחברי תתי קבוצות ב' וד' תלוי באחוזי המימוש של ההטבות. כאמור, הצדדים מעריכים כי המימוש יהיה נמוך עד אפסי (פרוטוקול הדיון מיום 1.1.19 עמ' 16, מול שורות 4-9, 20).

73. כאמור, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, ברירת המחדל היא מתן פיצוי כספי. ככל שניתנת הטבה תחת מתן פיצוי כספי, נוצר פער בין שווי של ההסדר כפי שהוצג על ידי הצדדים לבין שווי האמיתי.

להרחבה לעניין הפער בין סעדים כספיים לסעדים בעין ראי: אלון קלמנט "הפער בין שווי הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1, 11-14 (התשע"ו), (להלן: "קלמנט, הפער בין שווי נחזה לשווי ממומש"): "...הפער בין שווי הנחזה של הסדר פשרה לבין שווי הממומש גדול יותר כאשר הסעד שניתן הוא סעד בעין, בהשוואה להסדר פשרה שהסעד שניתן בו הוא סעד כספי. הסיבות הנוספות לפער כאשר הסעדים הם בעין נובעות מכך שסעדים אלה אינם ממומשים תמיד, מכך שגם כאשר הם ממומשים יש פער בין מחיר השוק שלהם לבין שוויים לגבי חברי הקבוצה (או לגבי צדדים שלישיים שקיבלו אותם), ומכך שמחירם האמיתי בשוק נמוך במקרים רבים מהמחיר שמוצג במסגרת הסדר הפשרה." (שם, בעמ' 14).

74. שווי ההטבה המוצעת לכל אחת מתתי הקבוצות בהסדר חושבה בהתאם להפרש בין נתון או מחיר מסוים שבחרו הצדדים ("הכנסה ממוצעת ללקוח"/ העלות החודשית של התכנית הכשרה הזולה המוצעת היום/ תוספת של 10 ש"ח לאחר שנה בתכניות הכשרות) לבין המחיר המוצע בהטבה. רבים מן הנתונים על בסיסם נערכו החישובים והאומדנים אינם מופיעים בבקשה לאישור הסדר פשרה או בתצהיר שצורף לה, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף

18(ב) לחוק ותקנה 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, התשע"א-2010, הקובעות כי על הצדדים לגלות את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה.

75. לעמדת המועצה, חישוב ההטבות במסגרת ההסדר **נעשה באופן שגוי** :

75.1. **ביחס לתת קבוצה א'** – שוויה של ההטבה הוערך בהתאם ל"הפרש ההכנסה הממוצעת של לקוח המשויך לתכנית זו" (הערת שוליים לס' 26 לבקשה לאישור הסדר פשרה). גם בתצהיר שצורף לבקשה לאישור הסדר פשרה, המשיבה מציינת כי "לצורך חישוב שווי ההטבה לחברי הקבוצה נמצאה הכנסה הממוצעת ללקוח [ARPU], ממנה הופחת התשלום החודשי שייגבה מהם על פי ההטבה הרלבנטית להם." (ס' 6 לתצהירה של תרי ישכיל, נספח 6 לבקשה לאישור הסדר פשרה). הצדדים אינם מפרטים מה פשרו של הנתון ומדוע הוא הרלוונטי להערכת שוויה של ההטבה. להבנתנו, נתון זה נמדד על סמך כלל ההכנסות מחולק במספר הלקוחות הרלוונטיים. נתון זה עשוי לכלול גם תשלומים נוספים שאינם חלק מדמי המנוי ועל פניו הוא אינו רלוונטי לצורך חישוב ההטבה. יש לזכור כי לצדדים יש אינטרס להגדיל את הסכום ממנו נגזרת ההטבה, ובהתאם להציג ערך גבוה יותר להטבה המוצעת.

75.2. הדרך הנכונה לחישוב שוויה המקסימלי של ההטבה עבור חברי תת קבוצה א' היא חישוב ההפרש בין המחיר הקיים כיום העומד על פי פרסומי המשיבה על 29.9 ש"ח (כולל חבילת חו"ל), לבין מחיר החבילה המוצעת העומד על 20 ש"ח. ככל הנראה, זו הדרך בה הצדדים עצמם חישובו את שווי ההטבה עבור חברי תת קבוצה ב'.

פרסומי המשיבה ביחס לתכנית הכשרה העדכנית לשנת 2019, מצ"ב ומסומן **כנספח 4**.

75.3. יתרה מכך, במידה ויש לקוחות המשלמים מחיר נמוך מ-29.9 ש"ח, השווי המקסימלי עבורם שווה להפרש בין המחיר שהם משלמים לבין 20 ש"ח. כך למשל, ההטבה המקסימלית שמקבל לקוח המשלם כיום 25 ש"ח היא 5 ש"ח בלבד.

הצדדים להסדר לא הציגו נתונים ביחס למחיר המשולם כיום על ידי חברי הקבוצה המיוצגת, למרות שמחיר זה הוא הרלוונטי לצורך חישוב ההטבה בהסדר ולא ה-ARPU.

75.4. **ביחס לחברי תת קבוצה ג'** - שוויה של ההטבה הוערך "בהתאם לתוספת של 10 ש"ח שנהוגה לאחר שנה בתכניות הכשרות" (הערת שוליים לס' 26 לבקשה לאישור הסדר פשרה). המשיבה לא הציגה שום ראיה ביחס להתייקרות המחירים וטענתה זו לא נתמכה בתצהיר. על פניו הטענה להתייקרות מחירים מדי שנה אינה תואמת את מחירי השוק בתחום הסלולרי המציגים מחירים נמוכים לאורך זמן. לשם הדוגמא, בתכנית הכשרה של המשיבה הכוללת שיחות ללא הגבלה בארץ (בכפוף לשימוש הוגן) ו-500 דקות שיחה ליעדים נבחרים לחו"ל לשנת 2016 – התשלום החודשי בשנה הראשונה עמד על 29.9 ש"ח. בתכנית הכשרה של המשיבה לשנת 2017 – התשלום החודשי בשנה הראשונה עמד גם הוא על 29.9 ש"ח. בשנת 2018 המחיר עלה ועמד בשנה הראשונה על 39.9 ש"ח בחודש, ואילו בשנת 2019 המחיר ירד וכאמור, בהתאם לפרטי התכנית הכשרה העדכנית של המשיבה לשנה זו, הוא עומד על 29.9 ש"ח בחודש.

פרסומי המשיבה ביחס לתכנית הכשרה לשנים 2016-2017-2018, מצ"ב במאוחד ומסומן **כנספח 5**.

75.5. הדרך הנכונה לחישוב שווייה המקסימלי של ההטבה עבור חברי תת קבוצה ג' היא חישוב ההפרש בין המחיר הקיים כיום העומד על פי פרסומי המשיבה על 29.9 ש"ח (כולל חבילת חו"ל), לבין המחיר שישלמו בפועל. כך למשל, ההטבה המקסימלית שמקבל לקוח שישלם על פי הסדר הפשרה 25 ש"ח היא 5 ש"ח בלבד.

75.6. בנוסף, **ביחס לכל חברי הקבוצה** - חישוב ההטבה בהתאם להפרש בין המחיר הקיים להטבה המוצעת הוא מטעה, שכן עבור חברי קבוצה רבים שוויה האמיתי של ההטבה יהיה נמוך ממחיר זה, ותלוי במספר פרמטרים הקשורים למימד הזמן:

75.6.1. **מחירי המשיבה** - שוויה של ההטבה מבחינת כל חברי הקבוצה תלויה במידה רבה בשינויי המחיר של התכניות הכשרות של המשיבה. ככל שמחיר התכניות יעלה או ירד במהלך התקופה בה ניתנת ההטבה, שוויה תשתנה בהתאם. כך למשל, ההטבה לחברי תת קבוצה ג' - הקפאת המחיר למשך 24 חודשים - הוערכה בכ- 4 מיליון ש"ח. ככל שמחיר התכנית הקיימת בה מצויים חברי קבוצה אלו לא עלה או לא יעלה בתקופה בה ניתנת ההטבה, הם למעשה לא יקבלו כל פיצוי. יתרה מכך, ככל שמחיר התכנית הכשרה ירד (כפי שלמשל קרה בתכניות המשיבה בין השנים 2018 ו-2019, נספח 5 לעיל), לא רק שהסדר הפשרה לא יטיב עם חברי הקבוצה אלא הוא עלול לפגוע בהם אם לא יעזבו את התוכנית המוצעת בהסדר.

75.6.2. **מחירי השוק של המתחרים** - שוויה של ההטבה מבחינת כל חברי הקבוצה מושפעת גם ממחירי השוק של המתחרים, ובבחירות הלקוחות הנובעות משיקולים שונים להעדיף מוצר זה או אחר. מפרסום של אתר העוסק בהשוואת מחירים, עולה כי בחברות מתחרות למשיבה קיימים גם מחירים נמוכים יותר עבור חבילות כשרות שונות. כך למשל בחברת גולן טלקום, המחיר עבור חבילה כשרה של שיחות ללא הגבלה בישראל בלבד עומד על 12.90 ש"ח בחודש. בחברת רמי לוי, המחיר עבור חבילה כשרה של שיחות ללא הגבלה בארץ עומד על 14.9 ש"ח בחודש, וחבילה הכוללת גם 500 דקות שיחה לחו"ל עומדת על 26.9 ש"ח בחודש. מכאן ששווי ההטבה מבחינת חברי הקבוצה אינו נגזר אך ממחיר התכניות הכשרות הקיים אצל המשיבה.

פרסום ביחס למחירי חברות אחרות, מצ"ב ומסומן **כנספח 6**.

75.6.3. **עזיבת לקוחות** - ביחס לכל חברי תתי הקבוצות, שוויה של ההטבה נגזר מהשאלה האם יישארו לקוחות של המשיבה בכל התקופה בה ניתנת ההטבה. ככל שחלק מחברי הקבוצה יבחרו לעזוב את המשיבה, שוויה של ההטבה מבחינתם תהיה שווה 0. ההנחה לפיה חברי הקבוצה יישארו לקוחות של המשיבה משך כל תקופת ההטבה היא חסרת בסיס (וראי את הסכמת הצדדים למתן שכר טרחה נוסף, בגין כל חבר תתי קבוצות ב' וד' שיבחר לממש את ההטבה ולהישאר מנוי של המשיבה למשך 12 חודשים (ס' 35(ד) לבקשה לאישור הסדר פשרה)).

להרחבה בעניין זה ראי: קלמנט, הפער בין שווי נחזה לשווי ממומש, בעמ' 16-18: "יוצא, אם כן, שמחיר השוק מהווה אינדיקציה לשווי של הכדור לגבי הרוכשת כאשר ניתנה לה בחירה אם לרכוש אותו אם לאו. כאשר זה המצב, השווי גבוה מהמחיר לגבי כל מי שבחרה לרכוש אותו, ונמוך מהמחיר לגבי כל מי שבחרה לא לרכוש אותו. המחיר כשלעצמו, אינו מייצג את

שוויו ה"אמיתי" של הכדור [...] כאמור, אף ששווי ההטבה **המרבית** למי שמימשה אותה שווה להנחה שהיא נותנת בהשוואה למחיר השוק, שוויה **האמיתי** יכול להיות נמוך יותר. יתרה מזו, השווי לגבי מי שלא מימשה את ההטבה הוא אפס."

76. כמו כן, הצעת התכנית לחברים בתת קבוצות ב' וד', שאינם מנויים של המשיבה, עלולה להוות גימיק שיווקי – מבצע למשיכת לקוחות – יותר מאשר פיצוי ממשי לחברי קבוצה זו.

ראי למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2405/04 **בן עמי נ' הדר חברה לבטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 27.04.2011). בית המשפט דחה בקשה לאישור הסדר פשרה, שהציעה להעניק לחברי הקבוצה המיוצגת מבצע צרכני של 3 חודשי ביטוח ללא תשלום, מן הטעם כי מדובר בהליך שיווקי.

77. בנוסף לקשיים שהועלו עד כה, ההסדר כולל אי בהירויות וסתירות:

77.1. מהסדר הפשרה לא ברור האם ההטבה המוצעת לחברי תתי קבוצות ב' וד' – כוללת גם חבילת חו"ל. בפירוט ההתחייבויות של המשיבה לחברי קבוצות אלו לא מצוין כי ההטבה כוללת גם חבילת חו"ל (בניגוד לחברי תת קבוצה א' – שם מתן חבילת חו"ל צוין מפורשות – ס' 16 להסדר הפשרה). מצד שני, בהודעות לחברי תת קבוצות ב' וד' צוין כי ההטבה כוללת גם חבילת חו"ל (נספח 4 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

77.2. קיימת סתירה לגבי משך ההטבה הניתנת לחברי תת קבוצה ב'. בסעיף 19 להסדר הפשרה (וסעיף 17 לבקשה לאישור הסדר פשרה) מצוין כי המחיר המוצע יוותר לתקופה של 18 חודשים ואילו בסעיף 27 להסדר הפשרה (וסעיף 28 לבקשה לאישור הסדר פשרה) מצוין כי ההטבה ניתנת לתקופה של 24 חודשים.

77.3. עוד ביחס לתתי קבוצות ב' וד' – בבקשה הראשונה להסדר הפשרה הצדדים אפשרו לממש את ההטבה למשך 120 יום (פס' 19, 24 לבקשה הראשונה לאישור הסדר הפשרה), ואילו בהסדר הפשרה המתוקן קיצרו הצדדים את התקופה ל- 30 ימים בלבד, מבלי לתת כל הסבר לקיצור משמעותי זה (פס' 19, 24 להסדר הפשרה).

78. מכל הסיבות הללו – העובדה כי ההטבה אינה מגלמת את הפער בין חברי הקבוצה השונים, שוויה של ההטבה שחושב בצורה שאינה נכונה והוא נמוך משמעותית מהסכום שהוצג בהסדר, הקשיים ואי הבהירויות הקיימים – ההטבה המוצעת אינה מהווה פיצוי ראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

ד.3.2. ההטבה המוצעת באופן 'אוטומטי' אינה עומדת בתנאי חוק הגנת הצרכן

79. בנוסף לאמור עד כה, על פניו, ההטבה המוצעת באופן 'אוטומטי' לחברי תתי קבוצות א' וג' אינה עומדת בתנאים שנקבעו בהוראות חוק הגנת הצרכן להארכת עסקה לתקופה קצובה.

80. בבקשתם לאישור הסדר פשרה, הצדדים אינם מפרטים את תנאי התכניות השונות **הקיימות** של המשיבה בהן נמצאים חברי הקבוצה, לקוחותיה של המשיבה, שעתידיים לקבל את ההטבה באופן אוטומטי. ככל שהתכניות הקיימות מהוות "עסקה לתקופה קצובה" בהתאם להגדרה בסעיף 13א לחוק הגנת הצרכן, על המשיבה **להודיע** לצרכנים, בתקופה שבין שישים הימים שלפני מועד סיום העסקה לבין שלושים הימים שלפני אותו מועד, על מועד סיום העסקה או ההתחייבות (סעיף 13א(ב) לחוק הגנת הצרכן) באופן המפורט בחוק. בדרך זו, ביקש החוק להגביר את מודעות הצרכנים לסיום העסקאות בהן התקשרו, כך שיוכלו לשקול את צעדיהם.

ראי: בדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 24) (עסקה לתקופה קצובה ומשלוח חשבוניות בעסקה בתשלומים), התשס"ח-2008, ה"ח 152 (להלן: **ההצעה לתיקון מס' 24 לחוק הגנת הצרכן**): "פעמים רבות, צרכן מסכים להתקשר עם עוסק בעסקה לתקופה מוגבלת, והוא אינו מודע לכך שהחוזה כולל הוראה שלפיה ההתקשרות תוארך אוטומטית בתום אותה תקופה. מטבע הדברים, רוב רובם של הצרכנים אינם מנהלים מעקב מסודר אחר מועד פקיעת החוזה או מועד סיום ההטבה שבשלה התקשרו בעסקה, ולפיכך אינם מודעים למועד סיום החוזה או ההטבה... כדי להגביר את התחרות בין העוסקים והן את מודעות הצרכנים לעסקאות שבהן הם מתקשרים, מוצע לתקן את חוק הגנת הצרכן... ולקבוע בו כי על עוסק להביא לידיעת הצרכן את המועד שבו תסתיים התחייבותו לפי החוזה שבניהם, או את המועד שבו תסתיים ההטבה הכלולה בחוזה... מידע זה, מחד גיסא קל לעוסקים לגלותו, ומאידך גיסא הוא מאפשר לצרכן לשקול את צעדיו."

81. בהתאם להוראות סעיף 13א(ד)(1) לחוק הגנת הצרכן, במקרים של הארכת תקופת ההתקשרות, על העוסק לפרט בהודעה את תנאי העסקה ולציין "**במפורש**" כי ההתקשרות ביניהם תימשך לאחר מועד סיום העסקה או ההתחייבות אלא אם כן יודיע הצרכן כי ברצונו לסיימה, וכי זכותו של הצרכן לסיים את ההתקשרות בכל עת".

82. מכאן, שמתן 'הטבה' שעניינה הארכת חוזה התקשרות באופן אוטומטי, מבלי שניתנת הודעה לצרכנים על סיום העסקה הקודמת ומבלי שניתנת הודעה כי ההתקשרות נמשכה לאחר מועד סיום העסקה וכי לצרכן עומדת הזכות לסיים את ההתקשרות מתי שיחפוץ, אינה עומדת בהוראות חוק הגנת הצרכן.


ה. סיכום

83. לאור האמור בהתנגדות זו, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על דחיית הבקשה לאישור הסדר פשרה.

84. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד:

84.1. להורות למזכירות בית המשפט להמציא לח"מ עותק מכל החלטה שתוגש בהליך דנן;

84.2. להורות לבאי כוח המבקש ולבאי כוח המשיבה להמציא לח"מ כל מסמך או בקשה שיוגשו על ידם בתיק, לרבות נספחיהם.


הדס הולצשטיין-תמיר, עו"ד


פרופ' אלון קלמנט, עו"ד

**באי כוח המועצה הישראלית
לצרכנות**

תל אביב, 10 יוני 2019