

המבקשים - התובעים הייצוגיים

1. ברזובסקי הובלות בע"מ ח.פ. 11593881 (להלן: התובעת הייצוגית)
2. צבי ברזובסקי ת.ז. 052352317 (להלן: התובע הייצוגי)
שניהם מרחוב הרימון 61, גני תקווה.
שניהם באמצעות ב"כ עו"ד משה בן-ארי מרח' עליאש 5 ירושלים
טל' 02-6232084 פקס 02-6251177
מען למכתבים: ת.ד. 7552, ירושלים 91074

נגד

המשיבה - הנתבעת

- איתוראן איתור ושליטה בע"מ. מס' חברה: 520043811 (להלן: הנתבעת)
רח' השיקמה 3 א.ת. אזור 58001.
מען למכתבים: ת.ד. 11473 אזור 58001
טל 5571314-03; 5571333-03; פקס 5571393-03

תובענה ייצוגית

התובענה הייצוגית רצ"ב כחלק בלתי נפרד מהבקשה לאישור התובענה כייצוגית.
נספחי הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הם גם נספחי התובענה הייצוגית.

ואלה נימוקי התובענה**1. שאלות מקדמיות**

- 1.1. הבקשה מוגשת על פי הוראות חוק תובענות ייצוגית תשס"ו – 2006. (להלן: החוק).
- 1.2. התובענה הייצוגית מוגשת על פי החוק הני"ל, התוספת השניה, סעיפים 1, 4.
סעיף 1 מורה:
"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".
סעיף 4 מורה:
" תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים"
- 1.3. **סמכות עניינית ומקומית** (סעיף ב5(1) לחוק)
סכום התביעה של התובעים הייצוגיים – מפורט להלן בסעיף 7.4.
בהערכה זהירה, סכום התביעה המשוער לכל חברי הקבוצות הוא עשרות מיליוני ש"ח.

פרשנות

- רע"א 10198/02 עיריית ראשון לציון נ' אדטו**, תק.על. 2003(2), סעיף 2.
השופט ריבלין פסק:
" כאשר מוגשת תובענה ייצוגית, מגיש התובענה אינו יודע, ברגיל, מהו גודלה של קבוצת התובעים ומי מבין חברי הקבוצה בשמם מוגשת התובענה יבקש לצאת מן התביעה (opt-out) (השוו: רע"א 7633/98 דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' משה שמש ואח', תק-על 99 (3) 886). משכך, חרף לשונה הברורה של תקנה 16(א), דומה כי יש לקבוע, כי בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות, אין מגיש התובענה נדרש לכתוב בכתב תביעתו מהו סכום התביעה המדויק, והוא יכול

לצאת ידי חובתו בכך שיעריך, ככל שביכולתו, את סכום התובענה של כלל חברי הקבוצה הפוטנציאלים". (ההדגשה לא במקור).

לאור הערכת סכום התביעה ועניינה, לבית משפט נכבד זה יש סמכות עניינית לדון בבקשה ובתביעה.

כתובת משרדה הראשי של הנתבעת מקנה לבית המשפט הנכבד סמכות מקומית.

הערה

בהסכם האחיד שאושר בבית הדין לחוזים אחידים ב-31.1.05, מוקנית סמכות מקומית לכל בתי המשפט המוסמכים בישראל (ת/6, סעיף 32.5). בחוזה עם התובעת הייצוגית משנת 1998 (ת/11) הסמכות מוגבלת לבית המשפט בתל אביב. ב-1.9.02, בעקבות דיונים בין הנתבעת ליועץ המשפטי לממשלה, הנוסח תוקן לנוסח שבסופו של דבר אושר. (ראה ת/4 סעיף 32.5).

1.4. בדיקה בפנקס תובענות ייצוגיות (סעיף 5א(2) לחוק).

בבדיקה בפנקס התובענות הייצוגיות באתר האינטרנט של בתי המשפט, לא נמצאה תובענה ייצוגית תלויה ועומדת, אשר השאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה, כולן או חלקן, זהות או דומות בעיקרן לשאלות כאמור המתעוררות בבקשה זו.

2. מבוא

2.1. התובענה והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, עוסקות, בין השאר, בתנאים מקפחים בחוזה אחיד שלא אושר ובפרשנות וביצוע של חוזה אחיד שאושר.

חוזה אחיד הוא "חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד, הספק, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם". (חוק חוזים אחידים, הגדרות, סעיף 2).

בשל אי השוויון ביחסי הכוחות בין הספק עתיר העוצמה ללקוחותיו, יש חשש ממשי שהחוזה האחיד מוטה לטובת הספק.

(על פי ההגדרות בחוק, "ספק" הוא "מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר". "לקוח" הוא "מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר").

2.2. חוק החוזים האחידים התשמ"ג-1982, נועד למנוע מספקים לנצל את כוחם ולהגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים (סעיף 1 לחוק).

2.3. כל לקוח הקשור בחוזה אחיד רשאי לטעון טענת קיפוח במסגרת תביעה נגד הספק (חוק החוזים האחידים, סעיפים 3, 5).

2.4. סכסוך בעניין של חוזה אחיד על מכלול העניינים הכרוכים בו, מתאים, מעצם טיבו ומהותו, לדיון במסגרת של תובענה ייצוגית שכן, על פי הגדרה, חלק נכבד מהשאלות העשויות להתעורר, הן שאלות משותפות לקבוצה גדולה.

על אף זאת, למיטב ידיעת התובעים, לא נעשה עד כה שימוש בתובענות ייצוגיות לתיקון עיוותים וקיפוחים בחוזים אחידים. מבחינה זו, התובענה והבקשה בענייננו הן תקדימיות ולכן הן עשויות להביא לפריצת דרך שתתרום להגשמת המטרות של חוק תובענות ייצוגיות (סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות), וביניהן אכיפת החוק, הרתעה מפני הפרתו ומתן סעד הולם לנפגעים, הן בפרשה שבענייננו והן בכל התחומים והעניינים הרבים בהם קיימים חוזים אחידים המכתיבים לציבור את חובותיו וזכויותיו.

לאור האמור לעיל, יש עניין ציבורי רב ואמיתי לברר את הבקשה והתובענה בענייננו עד תום ובמידת הצורך לקבוע הלכות עקרוניות.

3. תמצית התובענה

3.1 ב- 31.1.05 אישר בית הדין לחוזים אחידים את החוזה האחיד של הנתבעת לאחר שפסל סעיפים מקפחים רבים. על אף זאת, הנתבעת לא ביטלה את הסעיפים המקפחים בחוזים של הלקוחות שהתקשרו איתה לפני ה-31.1.05 ולא הודיעה להם כי בחוזים עליהם הם חתומים יש תנאים מקפחים.

3.2 הערה:

השאלה אם הנתבעת חותמת עם לקוחותיה על חוזה, אינה נקייה מספק. הנתבעת שומרת על עמימות בסוגיה זו וברוב המקרים שהיא מתבקשת להציג את החוזה החתום, היא טוענת שאינה מוצאת אותו. סוגייה זו תלובן במהלך הדיונים בתביעה. בשלב זה ברור שישנם מקרים בהם הנתבעת, כמדיניות מודעת ומכוונת, לא חותמת על חוזה עם לקוחותיה. הניסוחים לעיל ובהמשך על כך שהנתבעת ולקוחותיה חתומים על הסכמים, כפופים להערה זו.

3.3 על פי נוהל של הנתבעת שאינו כתוב בחוזה, כל חוזה שנחתם עם לקוח מתייחס לכל כלי הרכב של הלקוח במועד החתימה על החוזה ולכל כלי הרכב שהלקוח ירכוש בעתיד. כלומר, כל החוזים שנחתמו לפני ה-31.1.05, נשארו בתוקף והם חלים על כל כלי הרכב שנרכשו או ירכשו על ידי הלקוח גם לאחר ה-31.1.05.

3.4 למיטב ידיעתם וניסיונם של התובעים, אם וכאשר נחתם חוזה, הנתבעת לא נותנת ללקוחותיה העתק חוזה כשהוא ממולא וחתום. היא נותנת להם רק דוגמה של החוזה עליו חתמו, אם חתמו.

במקרים המפורטים בסעיף 3.3 לעיל, ועל אף שלשיטת הנתבעת, החוזה החל על העסקה הוא החוזה שנחתם לפני ה-31.1.05, העתק החוזה שניתן ללקוח, הוא החוזה האחיד שאושר ב-31.1.05.

3.5 הנתבעת לא מסוגלת לאתר חוזים חתומים הנמצאים ברשותה.

3.6 החוזה האחיד שאושר ב-31.1.05, הוא חוזה השתדלות שמערכת המיגון של הנתבעת תתריע בעת ניסיון גניבה ותאתר את הרכב לאחר הגניבה. בכל מקרה שהמערכת לא פועלת בעת גניבת הרכב, הנתבעת לא נותנת ללקוח, ביוזמתה, הסבר מדוע המערכת לא פעלה ואינה עונה בצורה עניינית על בקשותיו לקבל הסבר בנדון.

3.7 המעשים והמחדלים המפורטים לעיל מגבשים עוולות אזרחיות וביניהן פגיעה בציבור ובשלטון החוק, רשלנות, חוסר תום לב, חוסר הגינות, אי גילוי נאות, הטעיה, התעשרות שלא כדין של הנתבעת והפליה לרעה של הלקוחות שחתמו עם הנתבעת על חוזים לפני ה-31.1.05 והחוזים נשארו בתוקף גם אחרי ה-31.1.05, על אף שהנתבעת יודעת שהם כוללים תנאים מקפחים שדינם ביטול.

החוקים הרלוונטיים הם, בין השאר: חוק החוזים, חוק החוזים האחידים, חוק ההגבלים העסקיים, חוק עשיית עושר ולא במשפט, פקודת הנזיקין.

3.8 נזק: המעשים והמחדלים של הנתבעת, גרמו וגורמים ללקוחות הנתבעת נזקים.

3.9 הסעדים המבוקשים: פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו אל תעשה, פיצוי כספי.

4. העובדות הרלוונטיות לבקשה לאישור התובענה הייצוגית

הנתבעת

4.1 הנתבעת היא "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן (חוק תובענות ייצוגיות, התוספת השניה, סעי' 1).
נוסח ההגדרה בחוק הגנת הצרכן: "עוסק - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן".

4.2 הנתבעת היא חברה ציבורית הרשומה בישראל. מניותיה נסחרות בבורסה לני"ע בתל-אביב ובנסד"ק. החברה עוסקת במכירת מערכות אזעקה ומיגון לרכב ונותנת שירותים וביניהם איכון ואיתור הרכב. (איכון הרכב פירושו ציון המקום בו נמצא הרכב).

לקוח המתקשר עם החברה בהסכם, רוכש ממנה את מערכת המיגון הכוללת רכיבי אזעקה ומיגון פיזי ואת מכשיר האיתור והאיכון. מערכת המיגון מותקנת ברכבו של הלקוח על-ידי החברה או סוכניה המורשים והלקוח משלם דמי מנוי חודשיים עבור שירות האיכון. מערכת האיכון נכנסת לפעולה במקרים המוגדרים בחוזה. ההודעה מהמערכת המותקנת ברכב, מגיעה למרכז הבקרה הארצי של החברה והוא מדווח לגורם הרלוונטי (בדרך כלל משטרת ישראל), על האירוע ועל מיקומו של הרכב.

(פסק הדין של בית הדין לחוזים אחידים בירושלים מה- 27.1.04, **וע 2030/01** איתוראן איתור ושליטה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, המועצה הישראלית לצרכנות, הרשות להגנת הצרכן בהסתדרות. פסה"ד רצ"ב ומסומן **ת/1**).

4.3. הממונה על ההגבלים העסקיים קבע ששוק איתור הרכב הוא שוק נפרד וכי הנתבעת מחזיקה בנתח שוק של 80%. אי לכך, הוא הכריז ב- 16.7.01, שהנתבעת היא בעלת מונופול באספקה של מערכות איתור לכלי רכב בישראל. (**ת/1**, סעיף 11. ההכרזה רצ"ב ומסומנת **ת/2**).

עד למועד הגשת הבקשה והתובענה, ההכרזה הנ"ל לא בוטלה ולא צומצמה (אתר האינטרנט של הממונה על ההגבלים העסקיים: www.antitrust.gov.il).

4.4. רוב הלקוחות של הנתבעת אינם מתקשרים איתה מרצונם החופשי. בדרך כלל, חברת הביטוח המבטחת את רכבם מתנה את הביטוח בהתקנת מערכת איתור ובמקרים מסוימים היא דורשת מבעל הרכב להתקין את המערכת של הנתבעת ולא מערכת של חברה אחרת (למשל, **ת/1**, סעי' 4. ראה גם **ת/10**).

4.5. היועץ המשפטי לממשלה קבע כי על הנתבעת מוטלת חובת הגינות וסבירות מוגברת בשל היותה מונופול ובשל העובדה שהלקוחות נאלצים להתקשר איתה כמפורט בסעיף 4.4 לעיל (**ת/1**, סעי' 4).

4.6. החוזה בין הנתבעת לכל אחד מלקוחותיה הוא חוזה לטווח ארוך והוא תקף כל עוד אינו מסתיים בגלל אחת הסיבות המפורטות בחוזה.

4.7. **השתלשלות העניינים שהביאה לאישור החוזה האחיד ב-31.1.05**

לאחר שחברות ביטוח הגישו נגד הנתבעת תביעות שיבוב בגין תנאים מקפחים בחוזה, פנתה הנתבעת לבית הדין לחוזים אחידים וביקשה לאשר את החוזה האחיד בינה לבין לקוחותיה (בקשת הנתבעת והחוזה שהוגש לביהמ"ש רצ"ב ומסומנים **ת/3**).

לאחר הגשת הבקשה לבית הדין, תיקנה הנתבעת מספר סעיפים בחוזה. החוזה המתוקן הוגש לבית הדין ב- **1.9.02** (2 עמודים מסיכומי הנתבעת והנוסח המתוקן של החוזה רצ"ב ומסומנים **ת/4(א)**). ב- 3.12.02 הוגש נוסח מתוקן נוסף ששימש בסיס לדיון (ראה **ת/1** סעי' 2. בקשת הנתבעת והנוסח המתוקן של החוזה רצ"ב ומסומנים **ת/4(ב)**).

ב-27.1.04 ניתן פסה"ד הראשון (**ת/1**). נפסק שמספר ניכר של סעיפים בחוזה הם מקפחים, כמפורט בפסה"ד.

ב-28.7.04 ניתנה ההחלטה השניה. נפסק שעדיין יש בחוזה סעיפים מקפחים, כמפורט בהחלטה. (ההחלטה רצ"ב ומסומנת **ת/5**).

לאחר שהנתבעת תיקנה את החוזה, הוא אושר בפסק דין סופי שניתן ב- **31.1.05** (פסה"ד והחוזה שאושר, רצ"ב ומסומנים **ת/6**).

4.8. תוקף החוזה שאושר הוא 5 שנים, מ- 31.1.05 עד 31.1.10 (חוק חוזים אחידים סעי' 14(א); פסק הדין **ת/6**).

במשך 5 השנים הנ"ל, לא ניתן לתקוף את החוזה שאושר בגין סעיפים מקפחים (חוק חוזים אחידים, סעיף 14(ב)). ההגבלה בסעיף זה מתייחסת רק לחוזים שאושרו.

אף אחד מהצדדים לדיון לא ביקש מבית הדין לדון ולפסוק בשאלה: מה דינם של הסעיפים המקפחים בחוזים תקפים שנחתמו לפני ה- 31.1.05, ובית המשפט לא עסק בכך.

ראה:

החוק, סעיף 18(ב); ע"ש 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי. פסה"ד ניתן ב- 10.6.04; החלטה בתיק הנ"ל מה-2.2.05. ביהמ"ש לא החיל את החוזה על חוזים תקפים שנכרתו לפני מתן פסה"ד ודחה את בקשת היועץ המשפטי לממשלה לדון בכך לאחר מתן פסה"ד.

ח"א 8010/02 המפקח על הבנקים נ' בנק הפועלים, "סוף דבר" סעיף ה'. פסה"ד ניתן ב-9.2.06 והחיל את החוזה האחיד שאושר על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן פסה"ד וטרם בוצעו במלואם.

4.9. אין חולק כי כל החוזים בין הנתבעת ללקוחותיה שנחתמו לפני ה-31.1.05, כוללים תנאים מקפחים. על אף זאת, מה-31.1.05 ועד הגשת התובענה הייצוגית נשוא בקשה זו, הנתבעת לא הודיעה ללקוחות שהתקשרו איתה לפני ה-31.1.05, כי חוזה ההתקשרות כולל תנאים מקפחים ולא הציעה להם לחתום על חוזה בנוסח שאושר ע"י בית הדין לחוזים אחידים.

4.10. החוזה בין הנתבעת ללקוח חל על כל כלי הרכב שבבעלותו. לא נחתם חוזה מיוחד ונפרד עבור כל כלי רכב נוסף שנרכש. כלומר, החוזה עליו חתמו הלקוחות לפני ה-31.1.05 תקף גם לגבי כל כלי רכב שנרכש אחרי ה-31.1.05, המועד בו אושר החוזה האחיד. האמור לעיל הוא נוהל שאינו מעוגן בחוזה. (מכתב הנתבעת לתובעת מה-12.6.07. המכתב רצ"ב ומסומן ת/7).

במקרים המפורטים לעיל, הצדדים לא חותמים על תוספת או שינוי בהסכם. הלקוח לא מקבל שום מסמך המודיע לו כי הרכב הוסף לחוזה הקיים, להוציא תוספת בחשבונית המס החודשית, של תשלום דמי מנוי עבור הרכב החדש.

4.11. כאמור לעיל בהערה בסעיף 3.2, השאלה אם הנתבעת חותמת על חוזה עם כל לקוח, אינה נקיה מספק. מתקבל הרושם שהנתבעת לא עושה זאת. עד כה התובעים לא מצאו אפילו פסק דין אחד בו הוצג בבית משפט חוזה חתום על ידי הנתבעת והלקוח. גם בעניין משאית 1 הנתבעת לא נתנה לתובעת הייצוגית חוזה חתום ע"י הצדדים, אם נחתם חוזה כזה. בעניין המונית אין חולק שלא נחתם חוזה (ת/7).

ראה ת"ק 4783/05 עו"ד שמואלי נ' איתוראן (פסה"ד ניתן ב-5.4.06 בביהמ"ש לתביעות קטנות בחיפה). בסעיף 9 נפסק:

"הנתבעת לא החתימה התובע על חוזה התקשרות, ולדברי נציגה בדיון, לאור ריבוי הלקוחות אין הנתבעת יכולה להמציא חוזה ספציפי לכל לקוח".

דברים אלה הם הודאה מפורשת שהנתבעת הפרה הפרה מהותית את החוזה האחיד שאושר ב-31.1.05 ואת החוזה האחיד בנוסחיו השונים לפני שאושר.

ראה:

ת/3, ת/11(ג). סעיף 3.1 מורה כי ההסכם ייכנס לתוקף רק לאחר שהלקוח והנתבעת יחתמו על החוזה ולאחר שיבוצע נוהל הקישור האלקטרוני.

ת/6 (החוזה שאושר). סעיף 3 מורה כי ההסכם ייכנס לתוקף לאחר שיחתם ע"י הלקוח.

בסיפא של ת/3, ת/11(ג), ת/6 יש מקום לחתימה של הלקוח ושל הנתבעת. עובדה זו יוצרת מצג שגם הלקוח וגם הנתבעת צריכים לחתום על החוזה. עובדה זו תואמת את הדרישה של סעיף 3.1 בת/3 ובת/11(ג). היא אינה תואמת את דרישת סעיף 3 בת/6.

לשיטת הנתבעת, החוזה המחייב את התובעים ביחס למשאית 1 ולמונית, הוא ת/11(ג) הוזה לת/3 (ראה סעיף 4.10 לעיל, סעיף 4.24 להלן, ת/7).

לחילופין

התובעים יטענו כי ישנם מקרים בהם הנתבעת, במודע ובכוונה, לא חותמת על חוזה עם הלקוח על אף הדרישות המעוגנות בחוזה.

4.12. הנתבעת לא נותנת ללקוחותיה העתק חוזה בו מולאו כל הפרטים הדרושים, וביניהם תאריך וחתימה של נציג הנתבעת. הנתבעת מסתפקת במתן העתק של נוסח החוזה בלי הפרטים שמולאו על ידי הלקוח, בלי תאריך ובלי חתימה של נציג הנתבעת. לעתים ההעתק שנמסר ללקוח, מוחתם בחותמת החברה.

- 4.13. כאמור לעיל בסעיף 4.10, חוזים שנחתמו לפני ה-31.1.05, נשארו בתוקף והם חלים גם על כל כלי הרכב שנרכשו או ירכשו על ידי הלקוח אחרי ה-31.1.05. במקרים אלה, העתק החוזה שניתן ללקוח, הוא החוזה האחיד שאושר ב-31.1.05 (ת/6).
- 4.14. בסעיף 23 בחוזה האחיד שאושר (ת/6), מדגישה הנתבעת כי פעולת המערכת שהיא מפעילה תלויה בגורמים רבים שאינם בשליטתה ולכן היא אינה מתחייבת כי השירות יביא לתוצאה הרצויה. "במיוחד אין החברה מתחייבת כי המכשיר או המערכת יפעלו בכל מקום או בכל זמן או כי ניתן יהיה לאכן את הרכב בכל מצב שיידרש, בין במקרה של אזעקה, בין במקרה של איכון, ובין במקרה של לחיצה על לחצן כלשהו המותקן ברכב."
- 4.15. במקרה של גניבת רכב בלי שמערכת המיגון התריעה על כך ובלי שהיה איכון של הרכב, הנתבעת לא מוסרת ללקוח ביוזמתה ו/או לאחר פנייתו את כל המידע הרלוונטי ובין השאר את המידע הבא:
- (א). האם נערכו כל הבדיקות הדרושות כדי לברר מדוע הרכב לא אוכן, ומחן כל הבדיקות הנ"ל.
- (ב). האם נערכה בדיקה כדי לברר אם הנתבעת ו/או מי מעובדיה, התרשל וזו הסיבה, או אחת הסיבות, לכך שהרכב לא אוכן.
- (ג). מתי נערכה כל אחת מהבדיקות הנ"ל ובדיקות נוספות, אם היו, ומי ערך אותם (שם הבודק, מקצועו ותפקידו).
- (ד). האם כל אחד מהבודקים כתב דו"ח בדיקה וחתם עליו.
- (ה). מה היו התוצאות המלאות של כל אחת מהבדיקות שנעשו.
- (ו). מסירת כל דו"חות הבדיקה, ללא השמטות וקיצורים, לבעל הרכב.
- 4.16. התובעים יטענו כי למיטב ידיעתם והבנתם, הנתבעת לא עורכת את הבדיקות המפורטות בסעיף 4.15 לעיל ו/או בדיקות אחרות שנועדו לגלות מדוע המערכת לא התריעה על הגניבה ומדוע הרכב לא אוכן.
- 4.17. התובעים יוסיפו ויטענו כי למיטב ידיעתם והבנתם, הנתבעת לא הודיעה מעולם לאף לקוח שרכבו נגנב, כי מערכת המיגון לא התריעה והרכב לא אוכן בגלל רשלנות שלה ו/או של עובדיה וכי מעולם לא שילמה, ביוזמתה, את הפיצוי המעוגן בחוזה (סעיף 24.3.4 ב-ת/3 וב-ת/6).
- מספר פסקי דין קבעו שהנתבעת ו/או עובדיה, התרשלו במילוי חובותיהם. ראה למשל, ת.א. 4315/04 ז'ורנו נ' איתוראן (ת/8). (ההדגשות באותיות גדולות לא במקור).
- ראה גם ע"א 126/85 ר.ג.ס. נ' מדינת ישראל. ביהמ"ש העליון פסק שהמשטרה התרשלה שכן במועד גניבת היהלומים, מערכת האזעקה שהיתה אמורה להיות מחוברת למוקד המשטרה, היתה מנותקת בגין רשלנות. נפסק שמחדלי המשטרה איפשרו את הפריצה ואת גניבת היהלומים.

התובעים הייצוגיים

- 4.18. התובעת הייצוגית היא חברת הובלה שבבעלותה היו מספר כלי רכב כמפורט ב-ת/9.
- התובע הייצוגי הוא המנהל והבעלים היחיד של התובעת הייצוגית.
- 4.19. כלי הרכב הנמצאים כיום בבעלותה של התובעת הייצוגית הם:
1. משאית מס' 8114200 שנרכשה ב-27.8.95 (להלן: משאית 1)
 2. מונית מס' 6524025 שנרכשה ב-26.6.05 (להלן: המונית).
- (ת/9).
- 4.20. חברת הביטוח המבטחת את כלי הרכב המפורטים בסעיף 4.19 לעיל, התנתה את הביטוח של משאית 1 ברכישה של מערכת המיגון והשירותים של הנתבעת. התובעים פעלו כנדרש.
- (במשך השנים בוטחו כלי הרכב של התובעת בחברות ביטוח שונות על פי המלצתו של סוכן הביטוח הקבוע של התובעת. כל חברות הביטוח הציגו את התנאי הנ"ל. רצ"ב כדוגמה העתק הביטוח של משאית 1 לשנת 2007, (ת/10). ראה פרק א', "התנאי המוקדם").

לגבי המונית אין דרישה של חברת הביטוח שהמיגון המפורט בפוליסת הביטוח יהיה של הנתבעת.

- 4.21. ההתקשרות של התובעת הייצוגית עם הנתבעת לגבי משאית 1 נעשתה בשנת 1998
ההתקשרות לגבי המונית נעשתה בשנת 2005, במועד רכישת המונית.
- 4.22. לאור האמור לעיל בסעיף 4.21, התובעת הייצוגית היא "לקוח" של הנתבעת משנת 1998, במשמעות סעיף 1 של התוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.
- 4.23. למיטב זכרונו של התובע הייצוגי הוא לא חתם על חוזה בעניין משאית 1.

השתלשלות העניינים היתה כדלקמן:

ב-2.2.98 הותקנה במשאית 1 מערכת איתוראן. במועד ההתקנה מסר המתקין לתובע הייצוגי העתק החוזה ועליו חותמת הנתבעת. על דוגמת החוזה אין תאריך והיא אינה חתומה ע"י נציג של הנתבעת (העתק החוזה רצ"ב ומסומן **ת/11(ג)**). כמו כן מסר המתקין לתובע הייצוגי טופס הוראת קבע לבנק לתשלום דמי המנוי החודשיים. התובע הייצוגי חתם על הוראת הקבע, ועל פי הוראת המתקין הוא מסר אותה לבנק כדי שיאשר אותה. למיטב ידיעתו והבנתו של התובע הייצוגי, הבנק אישר את ההוראה והחזיר את הטופס המאושר לנתבעת.

ב-2.2.98 הותקנה מערכת איתוראן במשאית נוספת שאינה רלוונטית לתביעה ולבקשה זו, שכן היא נשרפה באוקטובר 2003. ראה **ת/9**.

כדי להסיר ספק, התובע הייצוגי לא יודע מה שמו של המתקין והיכן ניתן לאתר אותו.

לאחר שהתובע הייצוגי ביקש לראות את החוזה עליו חתם, שלחה לו הנתבעת את המסמכים הבאים:

ב-8.5.07 נשלח אליו טופס ההתקשרות ללקוח פרטי מה- **4.2.98**. (הטופס רצ"ב ומסומן **ת/11(ב)**). התובע הייצוגי לא היה נוכח בעת מילוי הטופס ולא חתם עליו.

ב-9.5.07 נשלח אליו טופס ההתקנה מה- **2.2.98** (הטופס רצ"ב ומסומן **ת/11(א)**). הטופס אינו חתום ולא מצוין בו שם המתקין.

ב-10.5.07 נשלח אליו העתק מהוראת הקבע עליה חתם.

כדי להסיר ספק, התובע הייצוגי ראה את **ת/11(א)** ואת **ת/11(ב)**, לראשונה, כשקיבל אותם מהנתבעת ב- **9.5.07** וב- **8.5.07**.

4.24. המונית נרכשה מיבואן סקודה כשמכשיר איתוראן כבר מותקן בה כחלק ממבצע של היבואן.

ב-7.7.05, במועד קבלת הרכב, קיבלו התובעים את מסמכי הרכב, את טופס התקנת איתוראן מה- **4.7.05** ודוגמה שלא מולאה ואינה חתומה, של החוזה האחיד שאושר ע"י בית הדין לחוזים אחידים. על הדוגמה כתוב "העתק ללקוח" (טופס התקנת איתוראן ב- **4.7.05** רצ"ב ומסומן **ת/12**, המסמך "העתק ללקוח" רצ"ב ומסומן **ת/13**).

התובע הייצוגי לא התבקש לחתום על החוזה עם איתוראן ולא חתם עליו (ראה גם **ת/7**).

לא היה קשר או מגע או שיחה בין התובעים לבין נציג של הנתבעת לפני או אחרי קבלת המונית.

4.25. התובעים חזרו וביקשו מהנתבעת לקבל העתק מהחוזה החתום בעניין משאית 1. ב- **16.5.07** הודיעה הנתבעת כי לא הצליחה למצוא את החוזה. (מכתב הנתבעת רצ"ב ומסומן **ת/14**).

התובעים ביקשו לקבל העתק מהחוזה החתום בעניין המונית. בתשובה מה- **12.6.07** הודיעה הנתבעת שלא נחתם חוזה כזה וכי החוזה בעניין משאית 1 תקף גם לגבי המונית (מכתב הנתבעת **ת/7**).

4.26. העתק החוזה בעניין משאית 1 (**ת/11(ג)**), זהה לחוזה של הנתבעת שהוגש לאישור לבית הדין לחוזים אחידים (**ת/3**). אין חולק שחוזה זה כולל סעיפים מקפחים

רבים. לכאורה, הנתבעת ידעה זאת כבר ב- 1.9.02 כשהגישה לבית המשפט את החוזה המתוקן (ת/4א).

4.27. הנתבעת לא הודיעה לתובעים, בשום שלב ובשום מועד, שהחוזה עליו הם חתומים כולל סעיפים מקפחים ולא הציעה להם לחתום על חוזה חדש שאינו כולל סעיפים כאלה.

4.28. לאחר גניבת משאית 3 ולאחר פניית התובעים לנתבעת (ת/15) ותשובתה מה-3.1.07 (ת/16), עיין התובע הייצוגי בפסה"ד של בית הדין לחוזים אחידים (ת/1), ואז התברר לו, לראשונה, כי החוזה בעניין משאית 1 כולל סעיפים מקפחים וכי הנתבעת הסתירה ממנו עובדה מהותית זו. בהמשך התברר לו כי הנתבעת הסתירה ממנו עובדה זו מספטמבר 2002, במשך כמעט חמש שנים, כשבתקופה מה-1.9.02 עד ה-31.1.05, התברר לנתבעת ההיקף המלא של הסעיפים המקפחים בהם נגוע החוזה עם התובעת הייצוגית.

המשאיות שנגנבו

4.29. לתובעת הייצוגית היו שתי משאיות שנגנבו כדלקמן:

מס' הרכב תאריך הרכישה תאריך הגניבה

8652900 5.5.05 11.5.05 (להלן: משאית 2).

1748500 3.12.03 16.12.06 (להלן: משאית 3).

שתי המשאיות נרכשו מיד שניה כשבשתיהן היתה מותקנת מערכת של איתוראן. בסמוך לרכישת כל אחת מהמשאיות, ועל פי דרישתה של חברת הביטוח, התקשרה התובעת הייצוגית עם הנתבעת. במשאית 2 הוחלפו מספר חלקים במערכת של איתוראן. מערכת המיגון של משאית 3 נבדקה ותוקנה ע"י מתקין מוסמך של הנתבעת.

ב. התובעת הייצוגית לא חתמה על חוזה עם הנתבעת בעניין המשאיות הנ"ל.

התובע הייצוגי ניסה לברר את הטענה במכתב הנתבעת מה-3.1.07, סעיף 5, שמכשירי איתוראן הותקנו ברכבים שלו במאי וביולי 1997 (ת/16). שגית משירות הלקוחות של הנתבעת, הודיעה לו טלפונית כי ביחס למשאיות 2,3 (שנרכשו ע"י התובעת הייצוגית ב-2003 וב-2005), נחתם בשנת 1997 חוזה בין הנתבעת ובין בעל המשאיות הראשון. היא סירבה לשלוח לי את העתק החוזה בנימוק שהוא שייך ללקוח אחר. לבקשתו שלחה לו שגית דוגמה של חוזה מאותה תקופה.

ג. אין חולק כי בעת הגניבה של כל אחת מהמשאיות, מערכת המיגון לא התריעה על הגניבה והנתבעת לא הצליחה לאתר ולאכן אותן לאחר הגניבה.

(בליל ה-16.12.06 נמצאה משאית 3 שרופה בסמוך לטייבה. אין חולק שהמשאית נמצאה ללא סיוע של הנתבעת. משאית 2 מעולם לא נמצאה).

4.30. התובעים מילאו וממלאים את כל חובותיהם על פי החוזים עם הנתבעת לגבי כלי הרכב של התובעת הייצוגית ולגבי המשאיות שנגנבו, עד למועד הגניבה.

4.31. התובעים דרשו מחברת הביטוח את דמי הביטוח בגין גניבת שתי המשאיות. חברת הביטוח בדקה את הדרישות, הגיעה למסקנה שהתובעים לא אשמים במעשה ואו במחדל כלשהו בגין גניבת המשאיות ושילמה לתובעת הייצוגית את כל המגיע לה על פי חוזה הביטוח.

4.32. גניבת משאיות 2 ו-3 גרמה לתובעת הייצוגית ולתובע הייצוגי כבעליה היחיד, נזק כספי משמעותי שלא כוסה ע"י דמי הביטוח שהתקבלו. לתובע הייצוגי נגרמו נזקים נוספים וביניהם: טרחה, בזבוז זמן ועגמת נפש רבה. (על כך שדמי הביטוח לא מכסים את כל הנזקים הכספיים בגין גניבת רכב, ראה ת/1 סעי' 121. ראה גם את מכתבה של התובעת הייצוגית לנתבעת מה-31.12.06 (המכתב רצ"ב ומסומן ת/15).

4.33. התובע הייצוגי חש כעס ותסכול עמוק בגין העובדה שעל אף שהקפיד למלא בדקדקנות את כל ההוראות של הנתבעת, ועל אף שהציוד שרכש ודמי המנוי החודשיים ששילם, הצטברו במשך השנים לסכומי כסף משמעותיים, הרי בשעת

המבחן – שני מקרי גניבה בנסיבות ובמועדים שונים – מערכת המיגון של הנתבעת לא פעלה. כלומר, המערכת של הנתבעת כשלה ב- 100% ממקרי הגניבה של המשאיות של התובעת הייצוגית, והיא לא קיבלה שום תמורה עבור הכסף הרב ששילמה לנתבעת.

למיטב זכרונו של התובע הייצוגי, עד למועד הגשת הבקשה והתביעה בענייננו, הנתבעת לא סיכלה אף ניסיון גניבה של אף אחד מכלי הרכב של התובעת הייצוגית. במשך התקופה, היו מספר לא רב של התרעות שווא ביחס למשאיות ולמונית, אך לא היתה אף התרעת אמת.

4.34. לאחר גניבת משאית 2 ולאחר שקיבל את דמי הביטוח מחברת הביטוח, החליט התובע הייצוגי להתגבר על הכעס והתסכול ולעבור לסדר היום. גניבת משאית 3, הגדישה את הסאה. תובע 2 פנה לנתבעת בשם התובעת הייצוגית וביקש: (א). הסבר מדוע מערכת המיגון והאיכון לא פעלה בכל אחד משני אירועי הגניבה. (ב). פיצויים על הנזקים שנגרמו לתובעים בגין העובדה שמערכת המיגון והאיכון לא פעלה. (ת/15).

4.35. בתשובה מה- 3.1.07 דחתה הנתבעת את שתי הבקשות. (תשובת הנתבעת רצ"ב ומסומנת ת/16. הערה: תאריך התשובה: 3.1.06, הוא שגוי).

הנתבעת התעלמה מהבקשה בת/15 למתן הסבר על הסיבות בגינן מערכת המיגון והאיכון לא פעלה, והתעלמה מכל הטענות המפורטות בת/15 ובין השאר בעניין גניבת משאית 3 ודברי יניב, מנהל המשמרת של הנתבעת, שבפריצה דרך חלון אחורי של משאית, גלאי הנפח לא עובדים בכלל או במידה סבירה וייתכן שזו הסיבה שמערכת המיגון לא פעלה. אם זו הסיבה, הרי למיטב ידיעתו והבנתו של התובע הייצוגי, המשמעות היא כי הנתבעת התרשלה כשלא דאגה להתאים את גלאי הנפח לחלל בו הם מותקנים.

הבקשה לפיצויים נדחתה. הנתבעת לא הפנתה את תשומת לבה של התובעת הייצוגית לזכויותיה על פי החוזה האחיד שאושר, על אף העובדה שמשאית 2 נרכשה אחרי ה-31.1.05 (ראה, ת/6, החוזה שאושר, ובין השאר סעיף 3.4.24).

ב- 12.2.07 כתב עו"ד רם מודן, פרקליטו דאז של התובע הייצוגי, מכתב למחלקת המשפטית של הנתבעת. (המכתב רצ"ב ומסומן ת/20). עד למועד הגשת תובענה ובקשה זו לא התקבלה תשובה.

5. עילות התביעה

הנתבעת הפרה את חובותיה לתובעים ובין השאר על פי החיקוקים הבאים: חוק החוזים האחידים (סעיפים 64(6), 18א'), חוק החוזים (סעיף 39), חוק ההגבלים העסקיים (סעיף 29א), חוק עשיית עושר ולא במשפט (סעיף 1), פקודת הניקין סעיפים 35, 36, 41, 63). הנתבעת הפרה את חובת הגילוי הנאות (במשמעות סעיף 15 וסעיף 39 לחוק החוזים), הטעתה את התובעים, התנהגה בחוסר הגינות, הפלתה אותם לרעה וקיפחה את זכויותיהם בכל אחד מהעניינים הבאים:

משאית 1, המונית

הערה:

כל הסעיפים להלן מגבשים פגיעה בציבור במשמעות סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים וחוסר תום לב במשמעות סעיף 39 לחוק החוזים בנוסף לחיקוקים אחרים המפורטים בסעיפים או משתמעים מהם.

5.1. הנתבעת לא הודיעה לתובעת הייצוגית כי בחוזה עליו היא חתומה יש תנאים מקפחים.

ספק, כהגדרתו בחוק החוזים האחידים, הפועל בהגינות ובתום לב וממלא את חובת הגילוי הנאות (במשמעות סעיף 15 וסעיף 39 לחוק החוזים), חייב להודיע ללקוח כי בחוזה אותו ניסח, יש סעיפים מקפחים, בסמוך למועד בו נפסק שהסעיף מקפח. חובה זו כפולה ומכופלת כשעל הספק, ובענייננו הנתבעת, מוטלת חובה מוגברת של הגינות ותום לב.

טעמים להטלת חובה מוגברת של תום לב והגינות על הנתבעת הם, בין השאר, כדלקמן:

- (א). החוזה הוא חוזה אחיד שנוסח ע"י הנתבעת.
- (ב). יש פערי כוחות ניכרים בין הספק ללקוח, לטובת הספק.
- (ג). לנתבעת יש מידע ומומחיות רבים פי כמה מאלה של התובעים.
- (ד). הנתבעת פועלת כדי להגדיל את רווחיה.
- (ה). הנתבעת היא מונופול.
- (ו). בעניין משאית 1, התובעת הייצוגית לא התקשרה עם הנתבעת מרצונה החופשי אלא על פי דרישה של חברת הביטוח.

(ראה לעיל סעיף 4.5 ; ראה גם, בשינויים המתחייבים, ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח נ' קדוש סעי' 52-58, 38-39, 47-52, 55-58, 63-65. פסה"ד ניתן ב-25.6.07 בבית דין העליון בהרכב מורחב).

בענייננו, החובה להודיע לתובעת הייצוגית שהחוזה נגוע בתנאים מקפחים, התגבשה בכל אחד מהמועדים הבאים:

- (א). בסמוך לאחר ה-1.9.02, המועד בו הגישה הנתבעת את ת/4(א) לבית הדין לחוזים אחידים ו/או בסמוך ל-3.12.02 המועד בו הגישה הנתבעת את ת/4(ב) לבית הדין לחוזים אחידים.
- (ב). בסמוך לאחר ה-27.1.04, המועד בו ניתן פסק הדין הראשון של בית הדין לחוזים אחידים (ת/1).
- (ג). בסמוך לאחר ה-28.7.04, המועד בו ניתנה ההחלטה השניה של בית הדין לחוזים אחידים (ת/5).
- (ד). בסמוך לאחר ה-31.1.05, המועד בו ניתן פסק הדין של בית הדין לחוזים אחידים שאישר את החוזה האחיד (ת/6).

5.2 הנתבעת לא ביטלה את הסעיפים המקפחים בחוזה שנחתם לפני ה-31.1.05

- (א). הנתבעת לא הודיעה לתובעת הייצוגית בכל אחד מהמועדים המפורטים לעיל בסעיף 5.1 (א)-(ג), כי הסעיפים המקפחים בחוזה, כפי שהיה ידוע לה בכל אחד מהמועדים הנ"ל, בטלים והם מוחלפים בסעיפים שאינם מקפחים.
- (ב). הנתבעת לא הודיעה לתובעת הייצוגית בסמוך לאחר פסק הדין של בית הדין לחוזים אחידים מה-31.1.05 (ת/6), כי החוזה עליו היא חתומה, מבוטל שכן הוא כולל סעיפים מקפחים וכי היא מוזמנת לחתום על חוזה חדש שאינו כולל תנאים מקפחים.

5.3 המחדלים המפורטים לעיל בסעיפים א' ו-ב', מגבשים הפליה לרעה שלא כדין של התובעת הייצוגית בהשוואה ללקוחות שחתמו על החוזה האחיד שאושר ב-31.1.05.

להפליה זו אין הצדקה משפטית ו/או עניינית ודינה ביטול.

- בסעיף 32 בת/3 ובת/11(ג), ובסעיף 34 בת/6 (החוזה שאושר) כתוב: "הלקוח מצהיר בזה כי הובהר לו שאיתוראן עשויה להתקשר בהסכמים אחרים עם אנשים או גופים אחרים למתן השירות נשוא הסכם זה, כולו או חלקו, ומאשר כי אין ולא תהיה לו כל טענה במקרה שהוראות הסכמים אלה יהיו שונות, כולן או חלקן, מהוראות הסכם זה".

טענת ההפליה אינה עומדת בסתירה לסעיף זה שכן מובנה בו תנאי מהותי ומובן מאליו, שכל החוזים של הנתבעת הם חוקיים ואינם כוללים תנאים מקפחים שהנתבעת יודעת שהם מקפחים.

5.4 הנתבעת החילה את החוזה שנחתם לפני ה-31.1.05 גם על המונית שנרכשה לאחר המועד הנ"ל.

- (א). המונית נרכשה לאחר ה-31.1.05. למרות זאת, החוזה בעניין המונית הוא החוזה של משאית 1 (ת/11) משנת 1998 הכולל תנאים מקפחים (ראה ת/7).

במעשה זה הפרה הנתבעת את סעיף 18א' לחוק החוזים האחידים המורה: "תנאי שבית הדין ביטל ייחשב כבטל בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אחר מועד החלטת בית הדין; תנאי שבית הדין שינה יחול כפי ששונה בכל חוזה כאמור". (ההדגשה לא במקור).

(ב). העובדה שאותו חוזה מתייחס לשני כלי הרכב של התובעת שנרכשו במועדים שונים, מעוגנת במדיניות או בנוהג של התובעת שאינו חלק מהחוזה האחד שאושר ולכן לא חל בעניין זה חוק החוזים האחדים, סעיף 14ב. נוהג זה מקפח את התובעת במשמעות סעיף 3 ו/או סעיף 4(6) לחוק החוזים האחדים.

אם נוהג זה היה חלק מהחוזה הכתוב, סביר להניח שבית הדין לחוזים אחידים היה מבטל אותו בנימוק שהוא מקפח, כפי שקרה בע"ש 195/97. היועץ המשפטי נ' בנק לאומי, סעיפים 10,13,14 (פסק הדין ניתן ב-10.6.04).

5.5. הנתבעת נתנה לתובעים העתק של החוזה האחד שאושר ב-31.1.05, על אף שעל המונית חל החוזה בעניין משאית 1 משנת 1998.

(א). במועד רכישת המונית בה היתה מותקנת מערכת איתוראן, נמסר לתובעים העתק לא ממולא ולא חתום של החוזה האחד שאושר (ת/6), על אף שעל המונית חל החוזה של משאית 1 (ת/11ג). עובדה זו מגבשת הטעיה מכוונת של התובעת ו/או רשלנות רבתי.

בנסיבות העניין, השיטה על פיה העתק החוזה נמסר לתובעים ע"י סוכן המכירות של המכוננית, בלי שנכרת חוזה בין התובעת הייצוגית לנתבעת, היא שיטת עבודה והתקשרות פסולה ומקפחת. (על הבעיות, ההסתבכויות, הטרחה ובזבוז הזמן כתוצאה משיטת עבודה זו, ראה ת.א. 3885/02 ונטורה נ' איתוראן. פסה"ד ניתן בב"מ"ש השלום ברמלה ב-29.2.04 (פסה"ד רצ"ב ומסומן ת/17).

(ב). השיטה הנ"ל מגבשת הפרה מהותית של החוזה האחד מ-1998 (ת/11ג) ושל החוזה האחד שאושר ב-31.1.05 (ת/6). על פי סעיף 3.1 בת/11ג) וסעיף 3 בת/6, חתימה על החוזה היא חלק מהותי ואינטגרלי של החוזה. ראה גם את הסיפא של שני החוזים.

אם הנתבעת רצתה להשתחרר ממילוי חובה זו, היה עליה לבקש מבית הדין לחוזים אחידים לאשר את החוזה האחד בלי לכלול בו את חתימת הצדדים. הנתבעת לא עשתה זאת. לאחר שהחוזה אושר, מוטלת על הנתבעת חובה לבצע אותו על כל פרטיו וחלקיו, כולל חתימת הצדדים.

ראה:

תח"א 7,8/86 גילמור בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', סעיף 1. (פסה"ד ניתן ב-8.9.89). בחוזה יש שתי חלופות לשכלול החוזה. אחת החלופות לא מצריכה חתימה על החוזה. נפסק כי בנסיבות אלה העובדה שהחברה לא חתמה על החוזה, אינה מקפחת. בחוזה עם הנתבעת אין סעיף על פיו החוזה משתכלל גם ללא חתימה של הצדדים, כמפורט בסעיף 3.1 בת/11ג) ובסעיף 3 בת/6. אי לכך, אי ביצוע של החוזים בהקשר זה, מגבש קיפוח של הלקוחות.

5.6. הנתבעת לא מסרה לתובעת הייצוגית העתק של החוזה בעניין משאית 1 כשהוא כולל את תאריך החוזה ואת שמו וחתימתו של נציג הנתבעת.

אם הצדדים חתמו על חוזה בעניין משאית 1, הנתבעת הפרה את חובתה לתובעת הייצוגית והתנהגה בחוסר הגינות ובחוסר תום לב וגרמה לתובעים נזק ראייתי, כשלא מסרה לתובעת הייצוגית העתק של החוזה כשהוא כולל, בין השאר, את כל הפרטים המפורטים לעיל.

5.7. הנתבעת לא שמרה על החוזה החתום בעניין משאית 1.

אם הצדדים חתמו על חוזה בעניין משאית 1, הנתבעת התרשלה במילוי חובתה וגרמה לתובעים נזק ראייתי, שעה שלא שמרה על החוזה או לא הצליחה לאתר אותו, כמפורט בסעיף 4.25 לעיל.

5.8. הנתבעת הציגה בפני התובעים מצג כוזב שהחוזה עם התובעת הייצוגית הוא כשר וחוקי ואינו כולל תנאים מקפחים.

ההתנהגות המתמשכת של הנתבעת כמפורט לעיל, מגבשת מצג כוזב שהחוזה עם התובעת הייצוגית הוא כשר וחוקי ואינו כולל תנאים מקפחים. מצג כוזב זה נעשה במועד ובכוונה שכן במועדים המפורטים בסעיף 5.1 לעיל, ובמיוחד

במועדים המפורטים שם בסעיפים (ב)-(ד), הנתבעת ידעה בוודאות שהחווה כולל תנאים מקפחים.

משאיות 2, 3

5.9. הנתבעת לא בדקה ולא הודיעה לתובעת הייצוגית מדוע מערכת המיגון לא פעלה במהלך הגניבה של משאיות 2, 3.

הנתבעת הפרה את חובתה החוזית לתובעת הייצוגית והתנהגה בחוסר תום לב ובחוסר הגינות, וגרמה לתובעים נזק ראייתי, בעניינים הבאים:

(א). היא לא בדקה מדוע מערכת המיגון והאיכון במשאיות 2 ו-3 לא פעלה בעת הגניבה ואחריה, ולא בדקה אם היא ו/או עובדיה התרשלו וזו היתה הסיבה, או אחת הסיבות, שאפשרו את גניבת המשאיות. לשון אחר, הנתבעת לא בדקה אם היא ועובדיה מילאו בשקידה סבירה את חובת ההשתדלות המוטלת עליהם למנוע את הגניבה, לאתר את הרכב הגנוב ולאכזר אותו.

(ב). היא לא הודיעה לתובעים ביוזמתה מה היו הסיבות שמערכת המיגון לא התריעה על הגניבה ולא איכנה את המשאיות הגנובות, ולא השיבה לתובעת הייצוגית תשובה עניינית על בקשתה לקבל הסבר על הסיבות לכשלים של מערכת המיגון והאיכון ועל בקשתה לפיצויים בגין כשלים אלה.

חובת הבדיקה והדיווח המוטלת על הנתבעת כמפורט לעיל, מבוססת, בין השאר, על חובת ההשתדלות המעוגנת בחווה, על חוק החוזים סעיף 39, על חובת הגילוי ועל פקודת הנזיקין סעיפים 35, 36, 41.

(ג). בענייננו חל הכלל של "הדבר מדבר בעד עצמו" (סעיף 41 לפקודת הנזיקין).

הדעת נותנת שאם היה באמתחתה של הנתבעת הסבר סביר ומבוסס שמערכת המיגון לא פעלה בגלל סיבות שאינן בשליטתה, היא היתה מציגה אותו בפני התובעים. הסירוב להשיב בצורה עניינית לבקשה להסבר, מלמד שאין לה הסבר כזה.

כשאין ולא היתה, טענה שהתובעים אחראים ו/או מעורבים במישרין ו/או בעקיפין בגניבת המשאיות; וכשהתובעים לא יודעים ולא יכולים לדעת מדוע מערכת המיגון והאיכון לא פעלה; וכשהנתבעת שולטת במרכז הבקרה ויש לה הידע והאמצעים לבדוק מדוע המערכת לא פעלה, והאם הסיבה היא אירועים שאין לה שליטה עליהם או סיבה אחרת, סירוב הנתבעת לתת לתובעים הסבר ענייני כלשהו מדוע המערכת לא פעלה, על אף בקשתם המפורשת, מביא לתוצאה שגניבת שתי המשאיות מתיישבת יותר עם המסקנה שהנתבעת לא נקטה באמצעי זהירות סבירים מאשר עם המסקנה שהיא נקטה באמצעים כאלה. לאור האמור לעיל מוטלת על הנתבעת חובה להוכיח שלא התרשלה.

(ד). אי עריכת הבדיקות כמפורט לעיל ואי מסירת תוצאותיהן, אם נערכו, מגבשת נזק ראייתי המטיל על הנתבעת חובה להוכיח שלא התרשלה. (על הדוקטרינה של נזק ראייתי, ראה למשל, ד"נ 1912/05 מדינת ישראל נ' דאהר. פסה"ד ניתן ב-12.4.05).

6. הנזקים

פגיעה בזכות - נזק לא ממוני

כל מעשיה ו/או מחדליה הלא ראויים של הנתבעת כמפורט לעיל, פגעו בזכויותיהם של התובעים. עצם הפגיעה בזכות גרמה להם נזקים במשמעות סעיף 4(ב)1 לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006.

ראה:

ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים הכרמל, פד"י נג(4), 526, תק.על.399(3), 574. הספר: "סוגיות בתובענות ייצוגיות", מאת: אזוב, בן ארי, כרך ב', עמ' 1215-1232.

Aubry v. Éditions Vice-Versa, [1998] 1 S.C.R. 591

בית המשפט העליון בקנדה נתן פיצויים בגין פגיעה בזכות לפרטיות לבחורה שזולמה בשטח ציבורי ללא ידיעתה ותמונתה פורסמה בעיתון אמנותי בלי לבקש ולקבל את הסכמתה.

ת.א. 33165/06 בן-עזרא נ' י.ש.ר. אופנה. פסה"ד ניתן בבית משפט השלום ב-6.8.07.

פיצויים בסך של 5000 ש"ח בגין פגיעה בפרטיות ועשיית עושר שלא במשפט בגלל פרסום של צילום של התובעת בעיתונות הכללית בלי לקבל את הסכמתה. הצילום נעשה בהסכמה וללא תשלום לצורך פרסום בקטלוג של הנתבע. הנתבע טען שתשלום ליום עבודה של דוגמנית הוא \$200. הטענה לא הוכחה. כלומר, רוב הפיצויים שולמו לתובעת בגין הפגיעה בזכות לפרטיות ולא בגין עשיית עושר ולא במשפט.

ע"א 1081/00 אבנעל נ' מדינת ישראל, סעיפים 16-19 והאסמכתאות המפורטות שם. פסה"ד ניתן בביהמ"ש העליון ב-17.1.05.

התובע קיבל פיצוי בגין נזק לא ממוני שנגרם בשל הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון על ידי הרשות המינהלית. הנשיא ברק פסק שהנזק נגרם מעצם ההפרה של חובת ההגינות. כלומר, במישור האזרחי הפרה זו גיבשה רשלנות המחייבת פיצוי.

הפרת חובת הגילוי – קשר סיבתי בין ההפרה לנזק

ע"א 9530/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי. פסה"ד ניתן ב-9.7.07. לשיטת ביהמ"ש העליון (ריבלין, נאור, חיות), ספק אם יש צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לנזק. אי לכך, יש לדון ולהכריע בשאלה: האם פסה"ד בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פד"י נז(6), 385, בעניין קשר סיבתי בין הטעיה לנזק, חל גם על אי גילוי נאות.

עגמת נפש

עגמת הנפש הרבה של התובע הייצוגי בגין גניבת שתי המשאיות היא נזק נוסף הראוי לפיצוי הולם (ראה למשל, ת/8, סעיף 44).

התעשרות שלא כדין של הנתבעת על חשבון לקוחותיה

כל המעשים ו/או המחדלים המפורטים בתביעה, נעשו כדי להגדיל את רווחיה של הנתבעת. בבית הדין לחוזים אחידים, ניהלה הנתבעת מאבק ארוך ועיקש על כל תו ותג כדי להשאיר על כנם את הסעיפים המקפחים ולשמור על הרווחים שהפיקה מהם. רווחים אלה הם התעשרות שלא כדין של הנתבעת על חשבון לקוחותיה והתובעים בכלל זה. ללקוחות מוקנית זכות לקבל רווחים אלה.

הוא הדין ברווחים שנוצרו כתוצאה ממעשים ומחדלים אחרים שאינם חלק מהחובה האחיד, שפגעו בזכויות הלקוחות, כמפורט לעיל.

פרשת ונטורה (ת/17) למשל, היא דוגמה לנזקים שנגרמו לתובעת בתיק הני"ל, למערכת המשפט ולציבור בגין העובדה שלא היה חוזה חתום בין הנתבעת לתובעת או שלתובעת לא נמסר העתק חתום של החוזה, אם היה חוזה כזה. בגין מחדל זה נאלץ בית המשפט לנהל דיון ארוך ומורכב כדי לפסוק מה היה ההסכם.

על פי ההלכה הפסוקה, התובעים זכאים לקבל פיצוי כספי בגין התעשרות הנתבעת שלא כדין, גם אם לא נגרם להם נזק כספי. כעיקרון, ההתעשרות שלא כדין היא על חשבונם והפיצוי צריך להיות בגובה ההתעשרות של הנתבעת.

ראה:

ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו, פד"י מב(1), 221. פסה"ד של השופטים: ש. לוין, ברק, בך.

נזק כספי

הסעיפים המקפחים בחוזה משנת 1998 (ת/11ג), מצמצמים את אפשרויות התובעים למצות את זכויותיהם החוקיות. למיפוי זכויות יש תמיד משמעות כספית. אם, למשל, הנתבעת התרשלה ולא מילאה את חובת ההשתדלות הסבירה, הפיצוי הכספי שיגיע לתובעת הייצוגית על פי החוזה מ-1998, יהיה נמוך פי כמה מהפיצוי שהיה מגיע לה על פי החוזה האחיד שאושר. ההפרש הוא הפסד כספי בגין תנאי מקפח בחוזה.

הערה

השאלה מהם נזקים בגינם יש לשלם פיצויים לנפגע, היא שאלה משפטית- חברתית המשתנה בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות, הכלכליות והחברתיות. עיון בפסיקה בישראל ובמשפט המשווה מלמד כי קיימת מגמה להרחיב את העילות ואת הנזקים בגינם יש לשלם פיצויים. למשל, פיצויים עבור "השנים האבודות", היא עילת פיצוי חדשה יחסית שנוצרה ע"י הפסיקה.

לאור האמור לעיל, מן הראוי לפסוק כי ספק היודע שבחווה האחיד שניסח יש תנאים מקפחים, חייב לפצות את לקוחותיו שכן, על פי הגדרה, תנאי מקפח בחווה גורם ללקוח נזק בר פיצוי. ככל שמספר התנאים המקפחים רב יותר וחומרתם גדולה יותר, הפיצוי צריך להיות גדול יותר. הוא הדין במעשים ואו במחדלים המפורטים לעיל שאינם מעוגנים בחווה האחיד.

7. הסעדים המבוקשים**פסק דין הצהרתי**

- 7.1. מבוקש מכבוד בית המשפט להצהיר כי על הנתבעת היתה מוטלת חובה כלפי התובעים וכלפי כל חברי הקבוצות, לפעול כמפורט להלן וכי היא הפרה את כל החובות הנ"ל (על החלוקה לשתי קבוצות ראה להלן סעיפים 7.4, 8.2):
- (א). להודיע לחברי קבוצה א(1), בסמוך לאחר ה-1.9.02 כי בחווה ההתקשרות המחייב אותם יש לכאורה סעיפים מקפחים; לפרט את הסעיפים הנ"ל ולהודיע כי הם מבוטלים ומוחלפים בסעיפים לא מקפחים.
- (ב). לפעול כמפורט בסעיף א' לעיל בסמוך לאחר ה-3.12.02, ה-27.1.04 וה-28.7.04 (ראה לעיל סעיף 5.1).
- (ג). להודיע לחברי הקבוצה בסמוך לאחר ה-31.1.05 כי בית הדין לחוזים אחידים אישר חוזה אחיד וכי כל החוזים שנחתמו לפני ה-31.1.05 שעדיין בתוקף, מבוטלים ובמקומם נכנס לתוקף החוזה האחיד שאושר.
- 7.2. מבוקש מכבוד בית המשפט להצהיר כי הפרת החובות בסעיפים (א) – (ג) ובעניינים נוספים כמפורט בסעיפים 5.1 - 5.5, 5.8, הפלתה את חברי הקבוצה לרעה וגרמה להתעשרות הנתבעת שלא כדין על חשבון התובעים וחברי קבוצה א'.
- 7.3. הנתבעת הפרה את חובותיה כלפי כל חברי הקבוצות כמפורט בפרק "השאלות המשותפות של עובדה או משפט" של קבוצה א' וב', להלן בסעיף 8.2.

צו עשה

- 7.4. להורות לנתבעת לפעול כמפורט להלן:
- (א). לחתום על חוזה עם כל לקוח חדש ועם כל לקוח קיים שלא נחתם אתו חוזה. בחווה חייבים להיות, בין השאר, הפרטים הבאים: תאריך חתימת החווה; פרטי הלקוח; חתימת הלקוח; פרטי נציג הנתבעת איתו נערכה ההתקשרות; חתימת הנציג הנ"ל, חותמת הנתבעת.
- (ב). לדאוג שכל החוזים של כל הלקוחות, בלי קשר למועד בו התקשרו עם הנתבעת, לא יכללו תנאים מקפחים.
- (ג). חוזים של לקוחות שאינם עומדים בדרישות סעיף 7.4(ב), יוחלפו בחוזים העומדים בדרישות הנ"ל, לא יאוחר מ-90 ימים ממועד מתן פסק הדין בתובענה זו.
- (ד). כל לקוח, בין אם הוא לקוח חדש ובין אם הוא לקוח קיים, יקבל העתק החווה עליו חתם כשכלולים בו כל הפרטים המפורטים לעיל בסעיף (א).
- (ה). לחתום על חוזה נפרד עם כל לקוח עבור כל כלי רכב. סעיף זה יחול על חוזים חדשים וחוזים קיימים, ממועד מתן פסק הדין.

- (ו). על הנתבעת מוטלת חובה לשמור על החוזים החתומים של לקוחותיה ולדאוג שיהיו זמינים לעיון הלקוחות תוך 10 ימים ממועד הבקשה לעיון.
- (ז). בכל גניבת רכב של לקוח בלי שמערכת המיגון התריעה על הגניבה ובלי שבוצע איכון של הרכב, מוטלת על הנתבעת חובה לבדוק, ביוזמתה, את הסיבות לכשל, כולל בדיקה אם הנתבעת ו/או עובדיה פעלו בשקידה סבירה למנוע את הכשל לפני הגניבה (בזמן ההתקנה של המערכת והתאמתה לרכב הנדון), בעת הגניבה ואחריה.
- דו"ח מלא ומפורט של כל ממצאי הבדיקה יישלח ללקוח לא יאוחר מ-30 ימים לאחר הגניבה.
- הנתבעת תאפשר ללקוח לעיין ולצלם את כל המסמכים עליהם התבסס הדו"ח שיקבל מן הנתבעת, לא יאוחר מ-10 ימים מהמועד בו התקבלה בקשת הלקוח.
- הנתבעת לא תיגבה מהלקוח תשלום כלשהו עבור דו"ח הבדיקה והעיון במסמכים. הלקוח ישלם לנתבעת עבור צילום המסמכים שנמסרו לו לעיון. מחיר הצילום יהיה מחיר סביר ומקובל.
- אם הנתבעת תפר חובה זו, כולה או חלקה, היא תשלם ללקוח את הפיצוי המכסימלי המעוגן בסעיף 24.3.4 לחוזה האחיד שאושר (ת/6).

סעד כספי

החישוב הכספי ייעשה לאחר קבלת הנתונים מהנתבעת. עקרונות הפיצוי הכספי המבוקש הם:

7.5 (א). חברי קבוצה א'

(ראה להלן, סעיף 8.2, הגדרת הקבוצה).

כפיצוי סמלי עבור הפגמים בחוזה, יקבל כל אחד מחברי הקבוצה, הנחה של תשלום של חודשיים כל שנה, עבור כל שנה מהמועד בו קיים פגם בחוזה או בהליך ההתקשרות של כל כלי רכב, כמפורט לעיל בסעיפים 5.1-5.8, ועד למועד בו הפגם יתוקן, ובתנאי שיהיה בתקופה של 7 שנים לפני הגשת התובענה.

לקוחות שההתקשרות איתם נגועה ביותר מפגם אחד, יקבלו הנחה רק של חודשיים בשנה עבור כל הפגמים. הפיצוי יחושב מהתקופה בה נוצר הפגם ו/או הפגמים הראשונים ובתנאי שיהיה בתקופה של 7 שנים לפני הגשת התובענה.

כדי להקל על הנתבעת, הפיצוי לכל לקוח יתפרש כך שכל שנה תינתן הנחה של חודשיים בלבד.

הפיצוי ללקוחות יהיה על חשבון הנתבעת.

הנתבעת לא תעלה את מחיר המנוי של חברי הקבוצה כדי לממן את הפיצוי ללקוחות.

הערכת גודל הקבוצה:

כל לקוחות הנתבעת בישראל במועד אישור התובענה הייצוגית.

ב-31.3.07 מספר הלקוחות של הנתבעת בעולם היה 407,000. כמחצית הלקוחות הם בישראל. אי לכך, בסוף מרץ 2007, מספר הלקוחות בישראל היה כ-200,000.

בשנת 2006 מספר הלקוחות בעולם גדל ב-49,000, כלומר כ-4083 בחודש. בהנחה שהגידול ב-2007 היה דומה, הגידול בישראל הוא כ-2041 לקוחות בחודש.

אי לכך, עד סוף 2007, מספר הלקוחות בישראל יהיה כ-219,000 (הנתונים לקוחים מפרסומי הנתבעת באתר האינטרנט שלה).

מחיר המנוי החודשי :

דמי המנוי ששילמה התובעת הייצוגית לנתבעת עבור מרץ 2007, ללא מע"מ, היו:
 עבור משאית 1 - \$ 15 שהם 62.5 ש"ח (על פי שער של \$1 = 4.17 ש"ח).
 עבור המונית - \$ 12 שהם 50.05 ש"ח (על פי השער הנ"ל). (ת/18).
 לצורך הערכת העלות, נניח שהמחיר החודשי הוא \$ 13.5 שהם 56.30 ש"ח על פי השער הנ"ל (הממוצע של שני התעריפים ששילמה התובעת כמפורט בת/18).

הפיצוי לחודשיים לכל אחד מחברי הקבוצה יהיה כ- 112.6 ש"ח.
עלות הפיצוי הממוצע לכל אחד מחברי הקבוצה ל-3,5 שנים בממוצע יהיה כ- 392 ש"ח.

(ב). חברי קבוצה ב'

(ראה הגדרת הקבוצה להלן בסעיף 8.2).

הערכת גודל הקבוצה:

לפחות כמה אלפי לקוחות ב-7 השנים שלפני הגשת התובענה. הערכה זו מבוססת על הנתונים הבאים:
 כל שנה נגנבים בישראל כ-30,000 כלי רכב. כ-22% נמצאים ומוחזרים לבעליהם. התוצאה היא שכל שנה נגנבים כ-23,000 כלי רכב. רוב כלי הרכב הגנובים הם חדשים יחסית ולכן יש להניח שלרובם יש אמצעי מיגון. אם נניח של-20,000 כלי רכב יש מיגון, הרי סביר להניח של-80% מהם יש מערכת של הנתבעת (ראה סעיף 4.3 לעיל). כלומר, על פי החישוב הנ"ל כל שנה נגנבים כ-16,000 כלי רכב עם מערכת של הנתבעת. בהנחה (המבוססת על השערה בלבד), שב-20% מהמקרים מערכת המיגון לא פועלת בעת הגניבה, הרי כל שנה יש כ-3,000 מקרים כאלה.
 (דה מרקר 18.7.07: נתונים של המשטרה על מספר גניבות כלי הרכב והחזרתם ב-2006. על פי ת/2 - לאיתוראן יש 80% משוק המיגון).

הפיצוי

כל חבר קבוצה שהנתבעת לא נתנה לו הסבר בכתב מדוע מערכת המיגון והאיכון לא פעלה, יקבל כפיצוי מחצית מסכום הפיצוי המכסימלי על פי סעיף 24.3.4 לחוזה האחיד שאושר (ת/6). הפיצוי המכסימלי על פי החוזה הנ"ל הוא התשלום החודשי בדולרים כפול 100. הפיצוי המבוקש הוא התשלום החודשי כפול 50. התשלום יהיה על פי שער ה-\$ במועד התשלום).

לכל חבר קבוצה שהוא אדם פרטי, ישולם בנוסף סך של 500 ש"ח בגין עגמת נפש עבור כל מקרה גניבה בו מערכת המיגון לא פעלה והנתבעת לא נתנה לו הסבר בכתב על הסיבות לכך. סכום זה ישא הצמדה וריבית ממועד הגניבה ועד התשלום בפועל.

(ג). חלוקת הכספים לחברי הקבוצות

אם התובעים יזכו, חישוב הסכומים שיגיעו לכל אחד מחברי הקבוצות, יעשה על פי נוסחה שתאושר על ידי בית המשפט ועל פי הנתונים בספרי הנתבעת לגבי כל אחד מהלקוחות.
 חישוב הסכומים וחלוקתם ייעשה ע"י הנתבעת יחד עם ב"כ התובעים או מי מטעמו.
 דו"ח תקופתי על ביצוע פסק הדין, בחתימת הנתבעת וב"כ התובעים, יימסר לבית המשפט.

(ד). הפיצוי האישי לתובעים הייצוגיים

הפיצוי לתובעת הייצוגית:

עבור משאית 1, הנחה של חודשיים כל שנה עבור מספר השנים משנת 2000 ועד תחילת ביצוע פסה"ד.

עבור המונית, הנחה של חודשיים כל שנה עבור מספר השנים משנת 2005 ועד תחילת ביצוע פסה"ד.
עבור אי דיווח על סיבות הגניבה של משאית 2: \$15 כפול 50 = \$750 (על פי שער ה-\$ ביום התשלום).
עבור אי דיווח על סיבות הגניבה של משאית 3: כנ"ל.

הפיצוי לתובע ייצוגי:

500 כפול 2 = 1000 ש"ח, בגין עגמת נפש על אי מתן הסבר מדוע מערכת המיגון והאיכון לא פעלה בשני מקרי הגניבה.
 סך של 500 ש"ח ישא ריבית והצמדה מ- 11.5.05, מועד הגניבה של משאית 2 ועד התשלום בפועל.
 סך של 500 ש"ח ישא ריבית והצמדה מ- 16.12.06, מועד הגניבה של משאית 3 ועד התשלום בפועל.

תמורה לתובע הייצוגי ולפרקליטו

(א). שכר טרחת עורך-דין

20% מהסכום הכולל שיגיע לחברי הקבוצות בתוספת מע"מ כדין, ובצירוף ריבית והצמדה ממועד מתן פסק הדין ועד התשלום בפועל.
 הסכום נקבע לאור נסיבות העניין ולאור הוראות סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות.

גמול לתובעים הייצוגיים

8% מהסכום הכולל שיגיע לחברי הקבוצה בתוספת מע"מ כדין ובצירוף ריבית והצמדה ממועד מתן פסק הדין ועד התשלום בפועל.
 הסכום נקבע לאור נסיבות העניין ולאור הוראות סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות.

(ב). כמקובל בדין האזרחי, התשלום לתובע הייצוגי ולפרקליטו יהיה בנוסף לתשלום לחברי הקבוצה ולא על חשבונם.

(ג). התובע הייצוגי ופרקליטו יקבלו מהנתבעת החזר ההוצאות שהוציאו לניהול התביעה.

כל הטענות הן מצטברות או חלופיות בהתאם להקשר הדברים.

לאור כל האמור לעיל, מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ולתת לתובעים את כל הסעדים המבוקשים ברישא של בקשה זו וכל סעד נוסף בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

משה בן-ארי, עו"ד

ב"כ התובעים הייצוגיים.