

בעניין:

1. מנחם דמרי, ת.ז. 62114137

2. מרדכי חיים דמרי, ת.ז. 059285932 (חסוי, באמצעות אביו, אפוטרופסו, המבקש 1).

ע"י ב"כ עו"ד אמיר ישראלי ואו שלומי כהן

מרח' המגינים 60א' ת.ד. 33138, חיפה 31331

טל': 04-8555099 פקס': 04-8555110

המבקשים

- נגד -

1. קלאסיק הוטל מנג'מנט בע"מ ח.פ. 512660994

מרחוב הירקון 250, תל-אביב 63113

המשיבה

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

המבקשים מתכבדים בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד, בד בבד עם הגשת התביעה העיקרית בתיק דנן ("התביעה"), בקשה לאישור התביעה כייצוגית לפי הוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

- כתב התביעה מצ"ב כנספח "1" לבקשה זו.

- תצהירו של המבקש 1 מצ"ב כנספח "2" לבקשה זו.

ביהמ"ש הנכבד מתבקש בזאת להגדיר את קבוצת התובעים כדלקמן:

"כלל בעלי המוגבלויות אשר חויבו בתשלום עבור החנייה, החל מיום 7/9/2005, בחניון הסמוך למלון דיויד אינטרקונטיננטלי".

- תוכן עניינים -

א. התובענה בתמצית עמ' 3

ב. רקע עובדתי עמ' 4

1. פרטים הנוגעים למשיבה עמ' 4

2. פרטים הנוגעים למבקשים עמ' 5

3. עובדות המקרה בהרחבה עמ' 5

ג. הטיעון המשפטי עמ' 6

1. התנאים לאישור התובענה כייצוגית עמ' 6

2. עילה מכוח הפרת חובה חקוקה עמ' 11

3. עילה מכוח דיני עשיית עושר עמ' 17

4. עילות מכוח חוק הגנת הצרכן עמ' 17

5. הגדרת הקבוצה והסעדים המגיעים לחבריה עמ' 19

1.5. כללי עמ' 19

2.5. צו הצהרתי וצו עשה עמ' 21

3.5. סעד כספי עמ' 22

6. התנאים לאישור התובענה כייצוגית עמ' 25

1.6. התקיימות שאלות משותפות עמ' 25

2.6. הדרך היעילה וההוגנת עמ' 26

3.6. תום לב וייצוג הולם עמ' 27

7. שכר טרחה וגמול עמ' 28

ד. אחרית דבר עמ' 30

“הסדר של תובענה ייצוגית בא להגן על אינטרס היחיד שעה שהוא מביא לכדאיות בהגשת תביעה שהנזק האינדיווידואלי בה הוא קטן. בה בעת הוא מקדם את אינטרס הציבור באכיפת ההוראה החוקית שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. בכך מושגים יעילות, חיסכון בהליכים, אחידות בפסיקה ומניעה של ריבוי תביעות”

(כב' הנשיא ברק, ע"א 8430/99 אנליסט נ' ערד השקעות, פ"ד נו(2) 247)

א. התובענה בתמצית:

1. עניינה של התובענה דנן נוגע להפרה בוטה של הוראות הדין ע"י המשיבה, אשר בניגוד להוראות חוק חניה לנכים, תשנ"ד – 1993, אינה מאפשרת לאנשים בעלי מוגבלות לחנות ללא תשלום בחניון הסמוך למלון דיויד אינטרקונטיננטל.

2. מדובר בהפרה חמורה של הוראות הדין, ובמקרה ראוי מאין כמותו לתובענה ייצוגית, מוסד שתכליתו העיקרית הינה "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות המשפט כיחידים". איש לא יחלוק, כי הנכללים באוכלוסיית בעלי המוגבלויות מתקשים לפנות כיחידים לבתי המשפט השונים, ומכאן חשיבות התובענה הייצוגית במקרים דוגמת זה שלפנינו. יפים לענייננו דבריה של כבי השופטת פלפל, במקרה זהה לענייננו, בת"צ 28705-10-10 **ד"ר אורלי שלמה נ' חברה לניהול של דיזנגוף סנטר ואח'** (נבו, 20.11.2011):

“סיכויי התביעה ברמה העקרונית היו טובים. החוק ברור, והוא קובע שיש לאפשר נגישות לנכים גם לחניונים, ללא תשלום. גביית תשלום מנכים הינה פעולה המנוגדת לחוק, ומכאן שכאמור ברמה העקרונית התובענה היתה אמורה להתקבל אילו נדונה...”

בעיית מציאת מקומות חנייה לנכים הינה בעיה מהותית בחברה הישראלית, לא פעם ולא פעמיים שמענו וראינו אנשים ללא מוגבלות מחנים בחניית נכים, ובכך מונעים מהנכים גישה נוחה למרכזי הקניות. עילת התביעה תיארה מצב קשה שהנכים צריכים לעבור מידי יום על מנת להמשיך בשגרתם.

יתרה מזאת, נושא חניית הנכים הינו נושא כאוב שחייב להיות בראש סדר מעיינינו, ולכן החניונים הגדולים צריכים להיות חוד החנית בנושא מורכב זה.”

3. מכוח סעיף 4ב לחוק חניה לנכים, תשנ"ד – 1993 (להלן - "חוק החניה") מוקנית לציבור האזרחים עם מוגבלות בישראל, הזכות לחנות ללא תשלום במקום ציבורי. לדאבונו הלב, המשיבה מפרה את הוראות חוק החניה בריש גלי ושווללת מציבור האזרחים הסובלים ממוגבלות את זכותם לחניה ללא תשלום, תוך הפרה בוטה של הוראות החוק.

4. כך היה בעניינם של המבקשים, אב ובנו הסובל ממוגבלות קשות, אשר שהו בתאריך 6.1.2012 במלון, בבית הקפה הממוקם בלובי. המבקשים שילמו בעבור החניה, ונציגי המשיבה סירבו באופן מוחלט לזכותם בגין התשלום. כפי שיובהר להלן, צילומים שבוצעו מוכיחים כי המשיבה לא מזכירה ולו

ברמז, על גבי מכוונות התשלום או בשלט הכניסה לחניון, את דבר זכותו של בעל המוגבלויות לחנות ללא תשלום בשטח החניון, פשיטא משום שזכות זו אינה מוכרת על ידה.

5. עד כאן תמציתם של דברים וכעת נפרטם. וכך יהא סדר הדין: נתחיל בהרצאת העובדות כסדרן. נמשיך בפירוט העילות המשפטיות העומדות למבקשים ולחברי הקבוצה. ונקנח בעמידה על התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית.

ב. רקע עובדתי:

1. פרטים הנוגעים למשיבה:

6. המשיבה הינה חברה הרשומה בישראל, אשר הינה הבעלים של מלון אינטרקונטיננטל. ככל שידוע למבקש, המשיבה הינה אף הגוף האחראי על הפעלת החניון, ומשתמשת לצורך כך בשירותיה של חברת אורד בע"מ שעיסוקה בתן שירותי עזר להפעלת חניונים.

- תדפיס המשיבה מאתר רשם החברות מצ"ב בנספח "3" לבקשה זו.

7. החניון בו עסקינן, הממוקם בסמוך למלון דייויד אינטרקונטיננטל, הינו חניון גדול, ולהערכתו של המבקש הוא מכיל לפחות 500 מקומות חניה.

8. מדובר במלון המעניק שירות המוגדר כשירות ציבורי (שירות הארחה).

9. כמו כן המלון מעניק שירותים נוספים, המוגדרים כשירותים ציבוריים, לציבור הרחב. בין היתר פועלות בו מסעדות ובתי קפה (לרבות המסעדה היוקרתית "אוברגיין") וכן פועלים בו ספא, ובריכת שחיה.

- עמודים רלוונטיים מאתר האינטרנט של המלון מצ"ב בנספח "4" לבקשה זו.

2. פרטים הנוגעים למבקש:

10. המבקש 2 הינו נכה, חסוי, ומוגבל בניידותו. המבקשים מחזיקים באישור מטעם משרד התחבורה.

- תו הנכה של המבקש 2 מצ"ב כנספח "5" לבקשה זו.

11. המבקש 2 הינו הבעלים של רכב מסוג פולסווגן טרנספורטר משנת 2009, רכב המותאם לשימוש בעלי מוגבלויות.

- רשיון רכב מס' 2408967 מצ"ב כנספח "6" לבקשה זו.

- תמונות הרכב מצ"ב כנספח "7" לבקשה זו.

3.ב. עובדות המקרה בהרחבה:

12. הכניסה לחניון היא דרך שערים חשמליים ומופק לחונה כרטיס חניה. החונה נדרש לשלם עבור החניה במכונות אוטומטיות, טרם היציאה מהחניון. **בחניון לא מופיע כל שלט ו/או כיתוב המודיע כי אנשים עם מוגבלות פטורים מתשלום בעבור חניה.** ולא בכדי.

- תמונות רלוונטיות מצ"ב כנספח "8" לבקשה זו.

13. ביום 6/1/2012 ביקשו המבקשים להגיע אל מלון דיויד אינטרקונטיננטל ושהו בבית הקפה הממוקם בלובי המלון. יוער, כי המבקש 1 נוהג מעת לעת לקחת את בנו החסוי לבתי קפה שונים, ובהקשר זה הוא מעדיף לעשות כן בבתי קפה של בתי מלון המתאפיינים בנגישות גבוהה לנכים ובחניון המוקם בסמוך לבית המלון. לעומת זאת, בתי קפה רגילים אינם מתאפיינים בנגישות גבוהה לנכים והגישה אליהם היא בעייתית.

14. המבקשים, בבואם לחניון ואף בעוזבם אותו, פנו דרך האינטרקום הקיים במכונות האוטומטיות אל נציגי המשיבה בדרישה שלא לשלם בעבור כרטיס החניה. בתגובה השיבו הנציגים כי אין כל פטור לנכים בחניון.

15. בלית ברירה, נאלצו המבקשים לשלם 15 ש"ח בעבור החניה בבניין. סכום זה מעולם לא הושב למבקשים.

- העתק קבלה עבור החנייה מצ"ב כנספח "9" לבקשה זו.

- העתק קבלה מבית הקפה שבלובי המלון מצ"ב כנספח "10" לבקשה זו.

ג. הטיעון המשפטי:

ג.1. התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

16. חוק תובענות ייצוגיות נועד להסדיר באופן ממצה את הדינים החלים על הגשת תביעות ייצוגיות בישראל. בין היתר, נועד החוק לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, כאשר מטרתו המוצהרת של המחוקק היא לפעול לשם שיפור ההגנה על זכויות. החוק בבסיסו אף נועד לקדם באופן ספציפי ארבע מטרות המפורטות בו. סעיף 1 להוראות חוק תובענות ייצוגיות קובע באופן הבא:

“מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.”

17. שתי התכליות המרכזיות שבבסיס החוק הינן תכלית הפיצוי (“מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין”) ותכלית ההרתעה (“אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו”). תכלית הפיצוי עיקרה במתן סעד למי שנפגע מהפרת הוראות הדין. תכלית ההרתעה עיקרה בתמרוץ מעוללים פוטנציאליים להימנע מהפרה עתידית של הוראות הדין. כפי שנקבע ברעא 4556/94 טצת ואח' נ' א' זילברשץ ואח', פ”ד מט(5) 774, 784:

“ביסוד התובענה הייצוגית מונחים שני שיקולים מרכזיים: האחד, הגנה על אינטרס הפרט באמצעות מתן תרופה ליחיד שנפגע. אותו יחיד, ברוב המקרים, אינו טורח להגיש תביעה. לעתים בא הדבר בשל כך שהנזק שנגרם לאותו יחיד הוא קטן יחסית. עם זאת, הנזק לקבוצה הוא גדול, כך שרק ריכוז תביעות יחידים לתביעה אחת, היא התובענה הייצוגית, הופך את תביעתם... השיקול השני עניינו אינטרס הציבור. ביסוד אינטרס זה מונח הצורך לאכוף את הוראות החוק שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית ערך מרתייע. מפרי החוק יודעים כי לניזוקים יכולת פעולה נגדם...”

18. את חשיבותה של התובענה הייצוגית ניתן להסביר אף בדרך של ניתוח כלכלי. בהעדר האפשרות להגיש תובענה ייצוגית, אדישותו הרציונאלית של הצרכן גורמת לתת-אכיפה ומאפשרת לעוסק

להותיר בידיו כספים אותם נטל שלא כדין. לעומת זאת, במסגרת התובענה הייצוגית ניתן להורות על השבה מלאה של הכספים שניטלו בניגוד לדין. הדברים מודגמים בטבלה שלהלן:

טבלה 1: הצורך בתובענה הייצוגית

סך הרווחים שהופקו בניגוד לדין	אחוז התביעות האישיות שמוגשות	הרווח שנותר בידי המעוול
5,000,000 ש"ח	1%	4,950,000 ש"ח
5,000,000 ש"ח	5%	4,750,000 ש"ח
5,000,000 ש"ח	10%	4,500,000 ש"ח

19. אדישותו הרציונאלית של הצרכן גורמת להימנעות מהגשת תביעה אישית, בפרט מקום בו סכום התביעה הינו נמוך ואינו מצדיק את הטרחה והעלויות הכרוכות בהגשת התביעה. כמפורט בטבלה, גם מקום בו 10% מהצרכנים מגישים תביעה אישית, וזוכים במלוא הפיצוי, הרי שעדיין נותר המעוול עם 90% מהרווחים אותם הפיק שלא כדין. במצב דברים זה, העוולה הינה משתלמת. לעומת זאת, התובענה הייצוגית מאפשרת לחברי הקבוצה לזכות בפיצוי מלא, ובכך תורמת גם להרתעת עוסקים מפני ביצוע עוולות.

20. חוק תובענות ייצוגיות אינו מתיר הגשת תובענה ייצוגית בכל עניין ועניין אלא רק בעניינים המנויים בתוספת השניה לחוק, או בעניינים בהם נקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית. כאמור בסעיף 3(א) לחוק:

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

21. התוספת השניה לחוק כוללת רשימה של עילות בהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית. לענייננו, העילה הקבועה בסעיף 1 לתוספת היא הרלוונטית:

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

22. מובן מאליו, כי המבקש הינו לקוח של המשיבה, שהינה עוסק בהיותה מי שמוכר נכס או שירות. אותו שירות הינו שירות החניה בחניון או שירותים הניתנים בידי המלון לרבות בבית הקפה ובמסעדות

שהמלון מפעיל. לעניין זה יצוין, כי חוק תובענות ייצוגיות מתיר גם הגשת תביעה בידי לקוח, לרבות לקוח עסקי, כנגד עוסק, גם בעילות שאינן מכוח הוראות חוק הגנת הצרכן.

23. בהקשר זה חוק תובענות ייצוגיות מהווה הסדר מרחיב לעומת הדין הקודם שהתיר הגשת תביעה מכח הוראות חוק הגנת הצרכן בלבד, בידי "צרכן" כהגדרתו באותו חוק. עמד על-כך כב' השופט בנימיני בבש"א (ת"א) 14184/07 תא (ת"א) 2057-07 שרון דפני פרי נ' שערי דלק פתוח וניהול-שותפות רשומה (נבו, 2.8.2010) בפסקה 14:

המונח "לקוח" איננו מוגדר בחוק הגנת הצרכן, ויש לפרשו כפשוטו, כך שיחול על כל מי שרכש נכס או קיבל שירות מ"עוסק" במהלך עיסוקו... "צרכן", לעומת זאת, מוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כ"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביחי או משפחתי". לכן נפסק בעבר, לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות, כי כאשר התובענה הייצוגית מבוססת על עילה מכח חוק הגנת הצרכן, הקבוצה התובעת כוללת רק את רוכש הנכס, ולא כל מי שמשמש בו. כמו-כן, הגדרת "צרכן" הוציאה מתחולתה כל מי שרכש נכס לצרכים שאינם אישיים, ביתיים או משפחתיים, והכוונה ללקוחות מוסדיים או עסקיים... אולם כיום, אין חלות עוד מגבלות אלו בתובענה ייצוגית, שכן היא איננה חייבת להיות מוגבלת לעילה שמכוח חוק הגנת הצרכן, והיא גם אינה מוגבלת למי שמוגדר כ"צרכן" ... לאור האמור לעיל, אין הבקשה שבפני מצומצמת רק לעילות מכוח חוק הגנת הצרכן, אלא כוללת עילות נוספות שיפורטו לקמן. כמו כן, הקבוצה התובעת עשויה לכלול לא רק מי שנחשבים כצרכן לפי החוק, אלא גם "לקוחות" של המשיבה אשר רכשו מהן דלק לרכבים המשמשים לצורכי עסק.

24. כמו כן ניתן לדון בתובענה גם מכוח סעיף 9(1) לתוספת השניה המתיר הגשת תובענה בקשר עם:

תביעה בעילה לפי פרקים ד', ה' או ה' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

25. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את רשימת הזכאים להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית. לענייננו, רלוונטי סעיף 4(א)(1) לחוק:

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

26. כלומר, על מנת להיות זכאי לנהל תובענה ייצוגית, על המבקשים להראות כי עומדת להם עילת תביעה באחד העניינים המנויים בתוספת השניה, וכן כי התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים. וליישום לענייננו, על המבקשים להראות כי עומדת להם עילת תביעה כנגד המשיבה, וכי עילת התביעה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט לכלל חברי קבוצת התובעים.

27. בשלב של הבקשה לאישור תביעה ייצוגית על המבקשים לשכנע את ביהמ"ש כי עומדת להם לכאורה עילת תביעה אישית, אך אין להעמיד בהקשר זה דרישות מחמירות. עמדה על-כך השופט שטרסברג כהן בע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו**, פ"ד נא(2) 312 (פסקה 19 לפסק-דינה):

"נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

28. בנוגע להוכחת הנזק, חוק תובענות ייצוגיות קובע כי די בהוכחת גרימה של נזק ברמה לכאורית. כאמור בסעיף 4(ב)(1) לחוק: "בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן 1(א) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק." בשלב אישור התובענה כייצוגית, די בהוכחת נזקו של המבקש ואין צורך להראות את הנזק אשר נגרם לכלל חברי הקבוצה. כפי שקבע כב' השופט בנימיני בת.א. 1065/05 **שאי שאול נ' תדיראן** (פורסם ב"נבו", 14.2.08) בפסקה 31 להחלטה:

" כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק" (סעיף 4(ב)(1) לחוק). בשלב זה, אין צורך להראות נזק שנגרם לכאורה לכל חברי הקבוצה. זאת ועוד, בניגוד לדין הישן, מורה סעיף 8(ג)(2) לחוק, כי בית המשפט יאשר תובענה ייצוגית גם כאשר לא הוכחה עילה אישית לכאורה של המבקש; אלא שבמקרה זה יורה בית המשפט על החלפת התובע המייצג."

29. התנאים לאישור תביעה ייצוגית מנויים בסעיף 8(א) לחוק, הקובע כי:

8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:
 - (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
 - (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
 - (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
 - (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

30. על המבקש לאשר תובענה כייצוגית לעמוד בתנאים הקבועים בחוק. יחד עם זאת, נתונה לביהמ"ש הנכבד הסמכות להורות על החלפת תובע, ולאשר את התובענה בשמו של תובע ייצוגי חליפי, מכוח הוראת סעיף 8(ג) לחוק. משמעות הדבר היא שגם במידה ונפסק כי התובע הייצוגי עצמו הינו נעדר עילת תביעה אישית, או שהתובענה הוגשה בחוסר תום לב, הרי שבסמכותו של ביהמ"ש להורות על החלפתו. על השלכתו הדרמטית של סעיף 8 לחוק עמד ביהמש העליון ברע"א 2022/07 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר-און השקעות בע"מ** (13.8.07, פורסם ב"נבו"):

"סמכותו של ביהמ"ש להורות על החלפת תובע משנה מקצה לקצה את מהות ההליך המקדמי בשלב בקשת האישור. עד לחקיקת החוק, די היה לו לנתבע הייצוגי, בכדי להוביל לדחיית בקשת האישור, לו היה מראה כי התובע הייצוגי איננו בעל עילת תביעה אישית או כי הוא אינו מייצג באופן הולם את הקבוצה. הצלחתו של הנתבע הייצוגי במשימה זו, דינה היה להוביל להדיפת התביעה כנגדו. במצב המשפטי הקודם, בקשת האישור היתה נבחנת כהליך אדוורסרי בין שני צדדים: התובע הייצוגי והנתבע. כשלוננו של התובע להראות כי עומדת לו עילת תביעה אישית, מוביל היה בהכרח לדחייתו של בקשת האישור ולסילוק התובענה כולה.

בעקבות חקיקת החוק, נדרש בית המשפט לשאול את עצמו שתי שאלות: האחת, האם עומדת לתובע הייצוגי עילת תביעה אישית. השנייה, במידה והתשובה לשאלה הראשונה היא בשלילה, האם ניתן להחליף את התובע הייצוגי בתובע אחר, ולאשר את התובענה הייצוגית בשמו. מתן מענה לשאלה השנייה מצריך בחינה רחבה יותר של הטיעונים בבקשת האישור, תוך התמקדות בזכויותיה של הקבוצה המיוצגת כולה כלפי הנתבע הייצוגי. מכאן, שעל הנתבע הייצוגי המבקש להדוף את בקשת האישור, מוטלת החובה להתמודד עם טענות ביחס לקיומה של זכות תביעה בידי קבוצת התובעים בכללותה."

31. בהתאם להוראות שפורטו לעיל, הרי שהדיון משלב זה יחולק למספר שלבים. **בשלב הראשון**, נראה כי עומדת למבקשים, ואף ליתר חברי הקבוצה, עילת תביעה אישית כנגד המשיבה, וכי נגרם להם לכאורה נזק. **בשלב השני**, נעמוד על נזקם הלכאורי של חברי הקבוצה, ועל הסעדים להם הם זכאים. **בשלב השלישי**, נעמוד על התקיימות התנאים לאישור התביעה כייצוגית המנויים בסעיף 8 לחוק.

32. וכעת לפירוט הדברים כסדרם.

ג.2. עילת תביעה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה:

33. סעיף 63 לפקודת הניקין קובע באופן הבא:

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

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

34. בע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז(1) 113, בעמ' 139, עמד ביהמ"ש העליון על היסודות הנדרשים לצורך קיום עולת הפרת חובה חקוקה, שהינם: (א) קיום חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (ב) החיקוק נועד לטובתו של הניזוק (ג) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו, (ד) ההפרה גרמה לניזוק נזק (ה) הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזקים אליו נתכוון החיקוק.

קיומה של חובה בדיו:

35. הוראת סעיף 4 לחוק החניה לנכים, קובעת כי אדם הסובל ממוגבלות זכאי לחנות ללא תשלום בחניון שמהווה את הדרך הנגישה היחידה אל מקום ציבורי, וזאת כדלקמן:

"מקום ציבורי שהגישה הנגישה היחידה אליו לאדם עם מוגבלות היא דרך חניה במקום הציבורי הכרוכה בתשלום, תחול על המפעיל או המחזיק של המקום הציבורי חובה לשלם בעד חניה במקום האמור, בשל האדם עם המוגבלות, ככל שנדרש לאדם כאמור מקום חניה; לענין סעיף זה –

"אדם עם מוגבלות" – כהגדרתו בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות;

"חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות" – חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998;

"מקום ציבורי" – כהגדרתו בסימן ג' לפרק ה' 1 בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות;

"תשלום" – לרבות שיפוי בעד תשלום."

36. סעיף 5 לחוק השוויון מגדיר "אדם עם מגבלות" כדלקמן:

"אדם עם מוגבלות" – אדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים;

37. נוכח נכותו של המבקש 2, אין כל ספק כי הוא עונה על הגדרת "אדם עם מוגבלות". בהתאם לכך, רשויות המדינה אף העניקו למבקש 2 תג חניה לנכה, על פי חוק החניה לנכים.

38. "מקום ציבורי" מוגדר בחוק השוויון באופן הבא:

"119. בסימן זה ובסימן ה' –

"מקום ציבורי" – אחד מאלה:

(1) מקום או חלק ממקום, המפורט בתוספת הראשונה, העומד לשימושו של כלל הציבור או חלק בלתי מסוים ממנו;

(2) מקום שבו ניתן שירות ציבורי כהגדרתו בסעיף 19;

39. התוספת הראשונה לחוק השוויון מפרטת שורה ארוכה של מקומות המוגדרים כציבוריים, ובין היתר:

(1) משרד או מיתקן של גוף ציבורי כהגדרתו בסעיף 5;

(2) אולם הרצאות, מרכז כנסים, אולם שמחות, גן אירועים, מרכז קהילתי, מועדון או כל מקום, המשמש להתכנסות;

(3) אולם ספורט או מיתקן ספורט, בריכת שחיה, חוף רחצה, מקום מרפא, או כל מקום להתעמלות ולפנאי;

(4) בית דואר לרבות מיתקן לחלוקת דואר וסוכנות דואר, בית מרקחת, מקום לממכר תרופות שלא בבית מרקחת, בית שימוש, בנק, מכבסה לרבות שירות לניקוי יבש, מוסך, מכון יופי, מספרה, מקלט, מרכז אינטרנט, משרד או בנין משרדים, משרד או מקום המשמש בדרך כלל ארגון עובדים או מפלגה, סוכנות ביטוח, סוכנות לתיווך מקרקעין, סוכנות נסיעות, סנדלריה, תחנת דלק, או כל מקום שמספק שירות מעין אלה לציבור;

(5) בית חולים, מעבדה או מכון לביצוע בדיקות רפואיות, מרפאה, תחנה לאם ולילד, תחנת מגן דוד אדום, או כל מקום המספק שירותי בריאות;

(6) בית חולים לבעלי חיים, מעבדה או מכון לביצוע בדיקות רפואיות לבעלי חיים, מרפאה לבעלי חיים, או כל מקום המספק שירותי בריאות לבעלי חיים;

(7) בית מלון, פנסיון, אכסניה, בית הארחה או כל מקום, המספק שירותי אירוח ולינה;

(8) בית משפט ובית דין, בית דין צבאי, בית מעצר, בית סוהר, תחנת משטרה, תחנת משמר אזרחי, או כל מיתקן צבאי הפתוח לשירות האזרח;

(9) מעון או גן לילדים, בית ספר, מוסד ללימודי אמנויות, מוסד על-תיכוני להשכלה טכנית, מקצועית, תורנית או דתית, מוסד להשכלה גבוהה או כל מקום שמספק שירותי לימוד או חינוך, ולענין נגישות המקום הציבורי – למעט מוסדות חינוך וגני ילדים כמשמעותם בסימן ד';

(10) בית עלמין;

(11) בית קולנוע, תאטרון, אולם מופעים, דיסקוטק, אצטדיון או כל מקום, המשמש למופעים ולבידור, באופן קבוע או זמני;

(12) בית תפילה, מקווה או כל מקום המספק שירותי דת;

(13) גלריה, מוזיאון, ספרייה או כל מקום לתרבות ואמנות;

(14) גן, גן חיות, גן שעשועים, פארק, או כל מקום המשמש לבילוי ופנאי;

- (15) חלק מאולפן טלוויזיה, אולפן רדיו או חלק מכל מקום המשמש באופן קבוע לריאיונות לתקשורת;
- (16) חניון, מסוף, נמל, תחנת אוטובוס, תחנת מוניות, תחנת רכבת, או כל מקום המשמש לתחבורה ציבורית, ולענין נגישות המקום הציבורי – למעט תחנות, נמלים ומקומות כמשמעותם בפרק ה';
- (17) מסעדה, בית קפה, בר או כל מקום שמגישים בו מזון ומשקאות;
- (18) מעון לסטודנטים, מעון לתלמידים, מעון לעובדים, או כל מקום של שירותי מגורים או לינה לתקופות קצרות;
- (19) מקום שהוא אתר ארכיאולוגי, אתר הסטורי, מרכז מבקרים במפעל, שמורת טבע, או כל מקום למבקרים;
- (20) מרכול, מכולת, סופרמרקט, מקום למכירת מזון, חנות, כלבו, מרכז קניות, קיוסק, שוק או כל מקום, המשמש לקניות או להשכרת ציוד;
- (21) מרכז תעסוקה, פנאי או מקום מגורים לאנשים עם מוגבלות, לילדים או לקשישים, מחלקה לשירותים חברתיים, בית תמחוי, מרכז לטיפול בדרי רחוב, מעון או מקלט לנשים מוכות, ילדים מוכים או הוסטל לגברים אלימים, או כל מקום, המספק שירותי רווחה או שירות טיפולי;
- (22) קלפי.

40. הבניין, ואף החניון, מקיימים אפוא את החלופה הראשונה של הגדרת "מקום ציבורי" בסעיף 19ז הנ"ל:

א. קיים במקום בריכת שחיה וקיים במקום ספא – סעיף קטן 3.

ב. מדובר בבית מלון – סעיף קטן 7.

ג. מדובר בחניון – סעיף קטן 16.

ד. במקום מופעלות מסעדות ובתי קפה – סעיף קטן 16.

41. החלופה השניה של הגדרת "מקום ציבורי" מגדירה ככזה בו ניתן "שירות ציבורי", כהגדרתו בסעיף 19י לחוק השוויון, כדלקמן:

"בסימן זה ובסימן ה' –

"שירות ציבורי" – אחד מאלה:

(1) שירות הניתן לציבור או לחלק בלתי מסוים ממנו בידי גוף ציבורי או במקום ציבורי כהגדרתו בסימן ג';

(2) שירות מהשירותים המפורטים בתוספת השניה המיועד לכלל הציבור או לחלק בלתי מסוים ממנו.

42. על כך שהבניין הוא מקום ציבורי כבר עמדנו לעיל. השירות שניתן בבניין הוא לציבור או לחלק בלתי מסוים ממנו. לפיכך, מתמלאים תנאי ס"ק (1) הנ"ל.

43. זאת ועוד; השירותים הניתנים בבניין, המיועדים לכלל הציבור או לחלק בלתי מסוים ממנו, הינם שירותים ציבוריים, כמפורט בתוספת השניה לחוק השוויון:

- (1) שירות בריאות;
- (2) שירות בידור;
- (3) שירות חינוך, השכלה או פנאי, ולענין נגישות השירות הציבורי – למעט שירות חינוך כמשמעותו בסימן ז' ;
- (4) שירות רווחה;
- (5) שירות ספורט;
- (6) שירות תיירות;
- (7) שירות אוטובוסים, רכבות, תובלה אווירית, אניות, מוניות והשכרת רכב או כל שירות תחבורה, ואולם לענין נגישות שירות מהשירותים המפורטים בפסקה זו יחולו הוראות פרק ה', למעט לענין השכרת כלי רכב כאמור בסעיף 19 יב;
- (8) שירות תרבות;
- (9) שירות הארחה;
- (10) שירות מסחר;
- (11) שירות דת;
- (12) שירות אנרגיה;
- (13) שירות בזק;
- (14) שירות בנקאות, אשראי, ביטוח, פנסיה או כל שירות פיננסי.

44. אשר על כן, מתמלאים גם תנאיו של ס"ק (2) הנ"ל.

45. יוצא אפוא, כי מתקיימת כאמור גם החלופה השנייה של סעיף 19 לחוק השוויון. מן המקובץ עולה לפיכך, כי הבניין וכך גם החניון, הינם "מקום ציבורי". החניון הינו **הגישה הנגישה היחידה לבניין**: אין כל גישה נגישה אחרת לאדם בעל מוגבלויות; לא ניתן לאתר מקום חניה זמין באזור לאדם בעל מוגבלויות; לא ניתן לחנות ברחובות הסמוכים, ועל מנת שאדם בעל מוגבלויות יגיע לשטח המלון עליו לחצות מספר רב של רחובות סואנים; לא ניתן לאתר במקומות הסמוכים חניה בכחול לבן או מקומות חניה המיוחדים לנכים.

- תמונות מאזור המלון מצ"ב **כנספח "11"** לבקשה זו.

46. משכך, קמה למבקשים וליתר חברי הקבוצה הזכות שלא לשלם בעבור החניה במקום.

המשיבה הפרה את הוראות הדין:

47. כפי שפורט לעיל דרשה המשיבה ואף גבתה בפועל תשלום עבור חניה מאנשים עם מוגבלות ובכללם מהמבקש 2.

48. משכך, במעשיה ו/או במחדליה, הפרה המשיבה את הוראת סעיף 4ב לחוק החניה. המשיבה אף נמנעה מהצבת שלטים המודיעים על זכות העומדת למבקשים ולחברי הקבוצה להימנע מהתשלום, תוך הפרת הוראות הדין ותכליותיו.

החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק:

49. אין ספק כי תכלית החקיקה הנוגעת לאנשים בעלי מוגבלויות נועדה להגנתם ולקידום נגישותם תוך ניסיון להשוואת תנאיהם, ככל הניתן, לאדם שאינו בעל מוגבלות.

50. כך לדוג' עולה מלשון החוק וכן מדברי ההסבר להצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון) התשס"א-2000, אשר סעיף 4ב לחוק חניה לנכים תוקן יחד עימו:

"... במקביל, ממליצה הועדה על תיקונים ותוספות להצעת חוק זו, שיש בהם כדי להבהיר הוראות שונות ולחזק את ההתחשבות בנטל הלוגיסטי הצפוי הן למגזר הציבורי והן למגזר הפרטי..."

נגישות לסביבתו של האדם היא בעבורו מפתח לשילוב אמיתי בחברה ולשוויון הזדמנויות. בראש ובראשונה עבור האדם עם המוגבלות עצמו, הנגישות נחוצה להשתתפותו במגוון הפעילויות בחברה ככל אדם אחר. אולם לנגישות פן חשוב נוסף, והוא "הניראות" של אנשים עם מוגבלות בחברה. עצם נוכחותם של אנשים עם מוגבלות בקהילה מביא לכך שילדים כמבוגרים פוגשים ציבור זה ברמה החברתית המיידית. מכאן גם קצרה הדרך לשותפות ולהשתתפות רבה יותר בחיים הפוליטיים, הציבוריים והמקצועיים.

מן המפורסמות הוא כי נושא הנגישות מוזנח באופן בולט, לגבי כלל המוגבלויות – פיסיות, חושיות, שכליות, נפשיות."

נגרם למבקשים נזק אותו נתכוון החיקוק למנוע:

51. עקב הפרת הוראות הדין בידי המשיבה, נגרם למבקשים נזק ממוני, וכן נזק שאינו ממוני. מיותר לציין, כי נזקים אלו ביקש המחוקק למנוע.

52. כמפורט לעיל, נדרשו המבקשים לשלם סך של 15 ₪ בעבור החניה בחניון. זהו נזקם הכלכלי של המבקשים.

53. כמו כן, המבקשים סבורים כי הם זכאים לפיצוי בגין נזיקהם הבלתי ממוניים ובכלל זאת פיצוי המגיע להם עקב בגין פגיעה באוטונומיה, עגמת נפש, אכזבה, כעס והשפלה כתוצאה מהתנהגות המשיבה (בהקשר זה יוער כי הגם שהמבקש 1 אינו סובל מנכות הרי שבפועל הוא מלווה את בנו המוגבל לכל מקום ועוגמת הנפש היתה גם מנת חלקו).

54. נזקים בלתי ממוניים הוכרו בפסיקה. בע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פד נז(1) 672, 682, נאמרו הדברים הבאים בידי כב' השופטת נאור:

הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. **מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן.**

55. זכאותו של המבקש לפיצוי בגין הנזק הבלתי ממוני שנגרם, מתיישבת אף עם האמור בפסק-דינו של ביהמ"ש העליון בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' אלי גורדון**, פ"ד לט(1) 113, שם נאמרו הדברים הבאים בהקשר להגדרת נזק (בעמ' 140):

"הגדרה זו רחבה היא הן לעניין הפגיעות הנזכרות ברישא והן לעניין אלה הנזכרות בסיפא.. היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונחות, שיש להן ביטוי פיסי. לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג "נזק", שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי."

56. בנסיבות העניין, יסתפק המבקשים בדרישה צנועה לפיצוי עקב הפגיעה הבלתי ממונית, הגם שניתן היה לנקוב בסכומים גבוהים בהרבה. המבקשים מעריכים את הפגיעה הבלתי ממונית בסך של 100 ₪.

57. נזקם האישי של המבקשים מסתכם לסך כולל של 115 ₪.

ג.3. עילת מכוח דיני עשיית עושר:

58. סעיף 1 (א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, קובע באופן הבא:

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן — הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן — המזכה), חייב להשיב למזכה את הזוכה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה — לשלם לו את שוויה.

59. בכך שהמשיבה נמנעת מהשבת כספים לציבור בעלי המוגבלויות בגין החניה בחניון שבמלון, היא מתעשרת בניגוד לדין על חשבונם. כספים אלו על המשיבה להשיב.

ג.4. עילה מכוח חוק הגנת הצרכן:

60. חוק הגנת הצרכן הינו דבר חקיקה צרכני שתכליתו – הגנה על הצרכן. בין היתר, מטרת החוק היא למנוע הטעייה של הצרכן ולגרום לעוסקים במשק להביא לידיעת הצרכן מידע מלא אודות הנכס או השירות הנרכש. על תכליתו של חוק הגנת הצרכן עמדה כב' השופטת שטרסברג-כהן בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, בפסקה 9 לפסק דינה:

החוק בא להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. החוק בא להבטיח כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף על-מנת להתעשר שלא כדין על חשבונם של הצרכן. על-מנת להגן על הצרכן נקבעו בחוק "...שורה של חובות ואיסורים על העוסקים – היצרנים, היבואנים, הסוחרים ונותני השירותים – שמטרתם הכוללת היא למנוע הטעיית הצרכן, להביא לידיעתו מידע מלא ככל האפשר על טיב העסקה שהוא עומד לעשות, ולתת לו כלים לממש את זכויותיו..."

וכפי שנקבע ברע"א 8733/96 רוברט לנגברט נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1), 168:

מטרתו של החוק אם כן, להגן על הצרכן, כך שבעשותו עסקה יעמוד לרשותו מלוא המידע ההוגן והנאות, על פיו יוכל לכול לכל צעדיו ולגבש החלטתו בדבר פעילותו הצרכנית, "חוק הגנת הצרכן נמנה עם התחיקה המתערבת בחוזים שבין צדדים לא שווים, והמטילה על הצד החזק - הספק - חובת הוגנות מוגברת כלפי הצד החלש - הצרכן ... חוק הגנת הצרכן מבקש לאזן את חוסר השוויון שבין הצדדים על-ידי הטלת חובת גילוי על ספקים".

61. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שעניינו איסור הטעיה, קובע כדלקמן:

2. איסור הטעיה

(א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;

...

(4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם;

...

(13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית;

62. המשיבה הפרה את החובות הקבועות בסעיפים 2(א) לחוק הגנת הצרכן, והטעתה את המבקשים, בין במעשה ובין במחדל, בנושאים המנויים בסעיפים אלה. העובדה כי אדם עם מוגבלות אינו חב בתשלום עבור החניה הינה עניין מהותי בעסקה, אך המשיבה אינה מודיעות על כך כפי שעולה התמונה שצורפו לעיל.

63. סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, שעניינו איסור ניצול מצוקת הצרכן, קובע כדלקמן:

3. איסור ניצול מצוקת הצרכן

(א) לא יעשה עוסק, כדי לקשור עסקה, דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת, שיש בו ניצול

(1) חולשתו השכלית או הגופנית של הצרכן;

(ב) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת, שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן, בורותו, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכל כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת.

64. לדידנו, מעשיה של המשיבה עולים גם כדי ניצול לרעה של מצוקת הצרכן ויש בהם כדי ניצול "חולשתו השכלית או הגופנית" של הצרכן. והכול, בשים לב לקושי העומד בפני בעלי מוגבלויות לעמוד על קיום זכויותיהם בהתאם לדין.

ג.5. הגדרת הקבוצה והסעדים המגיעים לחבריה:

ג.5.1. כללי

65. בהתאם לסעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי שבעקבות אישור התביעה כייצוגית על ביהמ"ש הנכבד להגדיר את הקבוצה אשר בשמה תנוהל התובענה:

"אישור בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה; לא ייכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור."

66. אנו מציעים כי קבוצת התובעים תוגדר באופן הבא:

"כלל בעלי המוגבלויות אשר חויבו בתשלום עבור החנייה, החל מיום 7/9/2005, בחניון הסמוך למלון דיורד אינטרקונטיננטל".

67. לעניין הסעדים, חשוב להדגיש כי גם בהתאם להוראות הדין הכללי לביהמ"ש הנכבד **סמכות רחבה לקבוע את הסעד הראוי במקרה של הפרת הוראות הדין**. כפי שנקבע בידי כבי' השופט חשין ברע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 268:

"סמכות ליתן כל סעד יש לו לבית המשפט, והשאלה שלפנינו מסבה עצמה על שיקול דעתו של בית המשפט, אם יעניק לבעל דין סעד זה או סעד אחר. דומים הדברים – דומים הם אך אינם זהים – לפעולתו של בית המשפט של ה־Equity, שהתאים את הדין לחיים המשתנים. בית המשפט של Equity החזיק בסמכויות למעשה ליצור דין, ואכן יצר דין מיום ליום. אנו, לענייננו עתה, אין אנו מרחיקים לכת כדי כך. ענייננו הוא אך ורק בנושא הסעד, ולגירסתנו מחזיק בית המשפט – מטבע ברייתו – בשיקול דעת איזה סעד יעניק למתדיין שהוכיח זכותו לפניו.

ניתן לטעון, כי אותה סמכות שבית משפט שואב מקרב – היא ועמה כל אשפת הפרשנות שבית המשפט נושא על גבו – כל אלה כוללים בחובם סמכות שיקול דעת המוענקת לבית משפט אם יעניק לתובע סעד זה או אחר בנסיבותיו של עניין פלוני. שיקול הדעת, למותר לומר, אין הוא שיקול דעת חופשי ואין הוא שיקול דעת בלתי מוגבל. בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו באורח 'שיפוטי', תוך שיביא במניין שיקוליו את האינטרסים המתגושים ביניהם. ואולם שיקול דעת בהענקת סעד, באשר שיקול דעת הוא, מהווה חלק מבית המשפט.

אכן, הסעד אינו אלא טפל לזכות, ובמקום שיש זכות יש סעד: ubi jus ibi remedium. בראשית שומה עליו על בית משפט לקבוע אם שמעון מחזיק בזכות, ואם הפר ראובן את זכותו של שמעון. משקבע כך, ולאחר שמיעת טיעוניהם של בעלי הדין, אף רץ בית המשפט אל מחסן הסעדים ונוטל הוא מעל למדפים את הסעד הראוי כי ינתן, לדעתו, לתובע."

68. הדברים יפים מבחינת קל וחומר כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית. בעקבות חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, ניתן לביהמ"ש שיקול דעת רחב לצורך פסיקת סעד בתובענה ייצוגית. כפי שציין כב' השופט בנימיני בת"א 1065/05 שהי נ' תדיראן (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.2.08):

"הגדרת השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה מצריכה בירור של הסעדים המבוקשים בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. מגמת החוק החדש להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין אישור התובענה הייצוגית ודרך ניהולה, מוצאת את ביטויה גם בנושא הסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית. סעיף 20 לחוק דן בסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית, ואלו כוללים "מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה", בהתאם להוראות שבסעיף 20. סעיף 20(ג) לחוק קובע:

"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".

69. כפי שיובהר להלן, ביהמ"ש הנכבד יתבקש ליתן צו הצהרתי המורה כי המשיבה הפרה את הוראות הדין, כלפי בעלי המוגבלויות וכן להוציא צו עשה המורה למשיבה להימנע בעתיד מהמשך הפרת הוראות הדין. בנוסף, יתבקש ביהמ"ש הנכבד לפסוק לטובת הקבוצה פיצוי כספי.

ג. 5. 2. צו הצהרתי וצו עשה

70. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו הצהרתי, ולפיו המשיבה הטעתה את ציבור בעלי המוגבלויות ופעלה בניגוד לדין בכך שגבתה מהם את עלות דמי החנייה בעת הגיעם למקום ציבורי. כמו כן, מתבקש ביהמ"ש הנכבד ליתן צו עשה, ולהורות למשיבה **לחדול באופן צופה פני עתיד מהמשך ההטעייה ומהפרת הוראות הדין**. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבה להימנע מגביית היתר, וכן להציב שילוט מתאים המלמד על זכותם של ציבור בעלי המוגבלויות להחזר התשלום.

71. סעדים שכאלו הינם אפשריים ואף ראויים בהתאם להורות חוק תובענות ייצוגיות. כפי שנקבע בידי כב' השופט אלטוביה בבש"א (ת"א) 21177/04 גינדי טל נ' מגדל חברה לבטוח בע"מ (נבו, 15.1.2009):

"כפי שנקבע לעיל, הפרו המשיבות את חובת הגילוי היזום המוטלת עליהן בכך שלא הסבו את תשומת לבם של המבוטחים המשרתים בצה"ל כי בעת השרות כפופה יכולת ניצול הפוליסות להוראות רשויות הצבא. לפיכך, יש להיעתר לבקשתם של התובעים ולהעניק להם את הסעד ההצהרתי החלופי הנדרש על ידם, היינו תיקונם של הפגמים שנפלו בפוליסות..."

לא נותר אלא לקבוע כיצד על המשיבות למלא אחר חובת הגילוי היזום בקשר עם הוראות הדין הצבאי. באשר לכך, יש להתייחס לנדרש מהמבטח בשני מועדי הזמן הרלוונטיים למידע נשוא התובענה, היינו בשלב עובר לכריתתו של הסכם הביטוח ובמהלך תקופת הביטוח עובר לגיוסו של המבוטח. ראשית – על המשיבות, לכולול בפוליסת הביטוח פסקה "בולטת", במשמעות שניתן למונח זה בדין הביטוח, המפנה את תשומת לב המבוטח כי השימוש בפוליסה כפוף בעת השרות הצבאי להוראות הצבא המשתנות מפעם לפעם. שנית – על המבטח ליידע את המבוטח לקראת מועד גיוסו הצפוי, במועד שמאפשר ביטול ההתקשרות מבחינת גבית תשלומי הפרמיה, כי אופן השימוש בכיסוי הביטוחי מושפע מהוראות הצבא..

וכפי שנקבע גם בת"צ 9386-03-09 שור ואח' נ' מפעל הפיס (17/11/2009, נבו), בפסקה 10 להחלטה:

"האם מבחינת מדיניות משפטית ראוי להכיר בעילה שהסעד המבוקש בה הוא ציווי במסגרת תובענה ייצוגית? לכאורה סעד של ציווי הוא התגלמות הסעד "הטהור" בתובענה ייצוגית אשר נועד לעשות שירות ציבורי לציבור כולו ואין עניינו - כסף. עם זאת יכול לטעון הטוען כי התובע עושה מלאכתו קלה, נוכח הקושי להוכיח נזק לקבוצה בתביעה כספית, הוא מסתפק בסעד של ציווי ומותיר את הקבוצה ללא סעד ממשי שהוא הפיצוי. כמו כן פסק דין שינתן בעניין הציווי יהווה מעשה בית דין שיכבול את חברי הקבוצה וימנע מהם להגיש תביעה אישית כספית (אלא אם כן תוכר זכות לפיצול סעדים - ואינני מביעה דעה לעניין אפשרות זו במסגרת תובענה ייצוגית). התשובה היא שלבית המשפט שיקול דעת לגבי כל תביעה אם לאשר אותה כתובענה ייצוגית (סעיף 8(א) בחוק תובענות ייצוגיות). על בית המשפט לשיקול כל מקרה לגופו. נראה לי כי במסגרת שיקול הדעת ראוי בית המשפט לשיקול - אם השירות הציבורי "שעושה" הצו חשוב כשלעצמו, ככל שהוא עונה על מטרות חוק תובענות ייצוגיות; שאם לא תותר הגשת התביעה בתביעה לסעד של ציווי ולא יוכל תובע ייצוגי לתבוע בסעד של פיצוי, עקב המגבלות של הפסיקה, לא ימצא הליך אזרחי (להבדיל מהליך מנהלי או פלילי) שיוכל לאכוף הוראות דין שבגינן עומדת זכות להגיש תובענה ייצוגית; שהצרכן הבודד לא יטרח להגיש תביעה אישית שלא במסגרת תובענה ייצוגית למתן ציווי הואיל וההוצאות הכרוכות בהגשת תביעה מעין זו גבוהות מאד לעומת הפיצוי הכספי שהוא עשוי לזכות בו."

לאישור צווי עשה כפיצוי בתובענה ייצוגית ראה בש"א 3423/07 דוד סלומון נ' מחלבות גד בע"מ (נבו),
3/9/2009, וכן ת.צ. (מרכז) 1925-08-09 אמיר רוזנברג נ' אי.פי.אי. (תנועה וחניה) (ישראל) בע"מ (נבו),
5/7/2010 שם נקבע, בעניין כבעניינו, כי:

"תכליתה של התביעה מהסוג הנדון היא אכיפת חוק חניה לנכים וחוק שוויון זכויות, והגברת המודעות להוראות החוקים, של אנשים עם מוגבלות ושל הציבור וגופים רלבנטיים אחרים, כמו המפעיל בעניינו. חוק חניה לנכים מטרתו, בין היתר, להבטיח נגישות של אדם עם מוגבלות למקומות ציבוריים שהגישה הנגישה היחידה אליהם היא דרך חניה הכרוכה בתשלום. סעיף 4ב בחוק מחיל על המפעיל או המחזיק של המקום הציבורי חובה לשלם בעד חניה במקום ככל שנדרש מקום חניה לאדם עם מוגבלות. משמע - אדם עם מוגבלות זכאי לפטור מתשלום בעד חניה במקום ציבורי כאמור.

נראה לי כי הסדר הפשרה המוצע מקדם תכליות אלו בצורה נאותה. הנתבעת חדלה לגבות תשלום מחברי הקבוצה. הוצב שילוט בכניסה לחניון, על מכוונות התשלום וביציאה מהחניון, המודיע לחברי הקבוצה על זכותם לחנות ללא תשלום. בכך פעלה הנתבעת ליידוע חברי הקבוצה בדבר זכותם לפטור מתשלום עבור החניה. בכך גם הושגו מטרות החוקים.

כמו כן נראה כי עקב הבקשה נושא הדיון תדאג הרשות לכך שהמפעיל החדש של החניון שבא תחת הנתבעת, ינהג על פי הוראות החוקים. הרשות אמנם לא הייתה צד בהליך אך נכחה בדיון שהתקיים ביום 16.2.10 נוכח בקשת הנתבעת לצירופה כמשיבה נוספת בבקשת האישור. אני ערה לכך שההסדר אינו כולל השבה ואולם נראה לי כי בנסיבות העניין שלפניי ההסדר סביר למרות האמור...".

ג.3.5. סעד כספי

72. לחברי הקבוצה נגרם נזק ממוני, שכן הם שילמו בעת הגעתם למקום ציבורי בבניין בעבור החנייה, מקום שהם היו אמורים להיות פטורים מכך עפ"י דין. כמו כן, נגרם לחברי הקבוצה נזק בלתי ממוני.

73. כפי שפורט לעיל נזקם האישי של המבקשים מוערך בסך 115 ₪.

74. בהעדר נתונים, ננסה להעריך את נזקם המצרפי של חברי הקבוצה על סמך הערכות שמרניות והנתונים שלהלן:

א. עלות שעת חניה ראשונה בחניון הינה 15₪, וכל רבע שעה נוספת הינה בעלות של 5 ₪ עד השעה השניה. המבקש מעריך כי חניה ממוצעת בחניון הינה למשך זמן של 90 דקות, וכי הסכום הממוצע לתשלום הינו בסך 25 ₪.

ב. המבקשים מעריכים כי בחניון קיימים 500 מקומות, ובהתחשב בתחלופה סבירה המבקשים סבורים כי בכל יום ביומו משלמים בעבור החניה 1600 איש, כך שסכום התקבולים המצרפי ליום הינו 40,000 ₪, לשנה 14,600,000 ₪ ולתקופה בת 7 שנים 102,200,000 ₪.

ג. נכון לחודש נובמבר 2008 ישנם בישראל 87,756 נכים שהונפקו להם תגי חניה לנכים.

ד. על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בסוף שנת 2008 מספר כלי הרכב הפרטיים בישראל עמד על 1,875,765 כלי רכב.

75. העולה מן האמור הוא, כי אחוז חברי הקבוצה מכלל בעלי הרכב הפרטי בישראל הוא כ- 4.348%. בהנחה כי חברי הקבוצה נוטים להשתמש ברכבם בצורה מצומצמת יותר, נעריך כי מבין משתמשי החניון 3.5% הינם נכללים בקבוצה. סכום התביעה בגין הנזק הממוני עומד על סך 3,577,000 ₪.

76. בגין הנזק שאינו ממוני, נעמיד בשלב זה את סכום התביעה על סך 3,000,000 ש"ח נוספים כך שסכום התביעה עומד בסה"כ על סך 6,577,000 ₪.

77. לאחר מועד אישור התובענה כייצוגית, יתבצע הליך גילוי מסמכים מסודר, ולאחריו ניתן יהיה לחשב בצורה מדויקת יותר את הנזק המצרפי אשר נגרם.

78. גם אם לא ניתן יהיה לערוך חישוב מדויק של הנזק, הרי שאת חישוב הסך הכולל של הפיצוי לחברי הקבוצה ניתן יהא לעשות באמצעות כלים סטטיסטיים או בדרך של אומדנא. כפי שנקבע למשל לאחרונה ע"י ביהמ"ש העליון בע"א 345/03 **ריכרט נ' יורשי המונח משה שמש ז"ל** (ניתן ביום 7.6.07):

"סיכומם של דברים עד כה, עקרונית ניתן לקבוע את הנזק בתובענות ייצוגיות בדרכים שונות אשר מיושמות בקשת רחבה של מצבים. מן הצד האחד עומדת, כנקודת מוצא, דרך ההוכחה הקבועה בסעיף 20(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות ובתקנות ניירות ערך, לפיה מוכח הנזק באמצעות הגשת תצהירים על-ידי כל אחד מחברי הקבוצה. דרכי הוכחה נוספות, אשר קרובות במהותן להליך האינדיבידואלי, מבוססות על קביעת נזקו של כל אחד מחברי הקבוצה אך זאת, ללא ניהול הליך מפורט של הגשת תצהירים, אלא באמצעות חישוב כללי המבוסס על נתונים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת או ניתנים להוכחה פשוטה. ניתן, כמובן, לשלב בין שתי הדרכים, על-ידי התוויית נוסחה כללית שתיושם, לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה, על-פי הנתונים המיוחדים הנוגעים לו. מן העבר האחר, קיימות דרכים נוספות לקביעת הפיצוי, המבוססות על קביעת סכום הנזק הכולל שנגרם לקבוצה כולה באמצעות שיטות שונות שפורטו לעיל. לבסוף, במקרים בהם לא ניתן לחשב את הנזק (אף שאין חולק כי נגרם), קיימת אפשרות לקבוע את סכום הפיצוי גם על דרך האומדנה."

79. באשר להוכחת הניק ע"י חברי הקבוצה, סעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע בהקשר של מתן פיצוי לחברי הקבוצה באופן הבא:

(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;

(3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה.

80. החוק קובע מנגנון גמיש במסגרתו יהא רשאי ביהמ"ש לקבוע כיצד ניתן יהיה להוכיח את נזקם האישי של החברים בקבוצה, כאשר בהתאם לסעיף 20(א)(3) יתרת הכספים – אשר לא יידרשו – תועבר לאוצר המדינה. לחליפין, במידה ויתגלו קשיים באיתור חלק מחברי קבוצת התובעים, ניתן יהיה ליישם את עקרונות "הפיצוי לטובת הציבור" הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק:

"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."

81. פסיקת סעד לטובת הציבור הוכרה גם כסעד ראוי בפסק-דינה של כבוד השופטת נאור בענין **תנובה נ' ראבי** (בעמ' 687):

”שאלת הסעד ושאלת הגדרתה של “הקבוצה” הן שאלות שיש ביניהן, כפי שנראה, קשר גומלין הדוק. בית המשפט עמד בצדק על כך שאין דרכם של צרכנים לשמור קבלות בגין רכישת החלב, ויהיה קושי במשפט עצמו בהבאת ראיות בידי תובעים פוטנציאליים. נראה לי שפתרון אפשרי לקושי בזיהוי חברי הקבוצה שסביר שאכן יתעורר הוא שייקבע פיצוי לטובת הקבוצה או לטובת הציבור...”

לבית המשפט סמכות רחבה לקבוע את הסעד, ועמדתי היא שגם בתביעות לפי חוק הגנת הצרכן ניתן לקבוע סעד לטובת הציבור או סעד לטובת הקבוצה.”

ג.6. התקיימות יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

82. התנאים לאישור תובענה כייצוגית קבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע באופן הבא:

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

- א. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- ב. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- ג. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- ד. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.”

83. להלן נעמוד על התקיימות תנאים אלו כסדרם.

ג.6.1 מתקיימות שאלות משותפות

84. התנאי הראשון לאישור התביעה הייצוגית הינו כי התובענה מעוררת שאלות משותפות – לכלל חברי הקבוצה – של עובדה ומשפט.

85. מן הראוי להבהיר כי אין כל הכרח בדרישה לזהות בכלל השאלות המשותפות, ודי בכך ששאלות מרכזיות הן משותפות לכלל חברי הקבוצה. כך למשל נקבע ברע"א 8332/96 **שמש נגד רייכרט**, פ"ד נה(5) 276:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת." (פסקה 15 לפסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן)

וראה בנוסף את שנקבע ברע"א 4556/94 **טצת נגד זילברשץ** פ"ד מט(5) 774, באופן הבא:

"אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו - כגון נזק מיוחד - ניתן לבררו בשלב האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחיות של הנתבעים." (פסקה 12 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק).

86. לענייננו, איש לא יחלוק כי התובענה מעוררת שאלות רבות המשותפות לכלל חברי הקבוצה. בין היתר מדובר בשאלות המשותפות הבאות:

(א) לחברי הקבוצה עומדת עילות משפטיות זהות כלפי המשיבה, וזאת בעילה של הפרת חובה חקוקה, עשיית עושר והטעייה.

(ב) לכלל חברי הקבוצה נגרם נזק, אותן ניתן לחשב באופן זהה או דומה באמצעות שיטות חישוב שאינן מסובכות כלל ועיקר.

(ג) הכרעה בפסק דין לטובת הקבוצה תשרת את עניינה של כלל חבריה, אשר יזכו לפיצוי. כמו כן, ההכרעה תשרת היטב את תכלית ההרתעה, ותמנע בעתיד עוולות צרכניות דומות.

2.6.ג. הדרך יעילה והוגנת

87. התנאי השני הוא כי התובענה הייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכריע בסכסוך בנסיבות העניין.

88. בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית

המשפטי", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" וכן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". לענייננו, יש באישור התביעה הייצוגית כדי להגשים את המטרות הנ"ל בכללותן.

89. ראשית, יש בהגשת תביעה ייצוגית זו בכדי לתרום משמעותית להרתעתה של המשיבה – ומעוולים כדוגמתה – מלפגוע בצורה חמורה בציבור במקרים כדוגמת המקרה נשוא תובענה זו.

90. שנית, תובענה זו היא הכרחית על מנת לממש את זכאותם לפיצוי של חברי הקבוצה כלפי המשיבה. סכום התביעה דנן אין די בו על מנת לתמרץ תובע לפתוח בהליך משפטי מורכב ומסובך כנגד גופים במיוחד כדוגמת המשיבה, וראה בהקשר זה את הדברים שנאמרו ברע"א 4556/94 **טצת ואח' נג' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, בעמ' 784.

ג.6. תום לב וייצוג הולם

91. לעניין דרישת תום-הלב, הרי שתביעה זו הוגשה בתום-לב בידי המבקשים אשר נפגעו ממעשיה של המשיבה ומעוניינים לזכות בפיצוי המגיע להם וכן לפעול על מנת להרתיע את המשיבה מפני מעשים דומים בעתיד. מן הראוי לציין כי הפסיקה קבעה כללים מקלים לעניין דרישת תום הלב. כך למשל, נקבע בה.מ. 141/95 **ראבי נ' תנובה** (פורסם בנבו) כי:

"דרישת תום הלב אין משמעה דרישה לאלטרואיזם, ואם נמנע מן המומחים לדבר, כמו עורכי הדין, לטפל באופן רווחי בתביעות צרכניות- תמצא מטרת החוק, לעודד אכיפה אזרחית על-ידי הצרכנים – מסוכלת."

92. בבש"א 1440/98 **זילברשלג נ' אל-על** (פורסם בנבו) נקבע כי:

"חוסר תום הלב צריך שיתבטא ביסודות שהם על גבול אי החוקיות ונראה שלא די בהתנהגות רשלנית גרידא של התובע בכדי לשלול את תום ליבו".

בדומה, ברע"א 4556/94 **ט.צ.ת ואח' נגד זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, 778 נקבע ע"י כב' הנשיא ברק כי "עניין כשירות התובע איננו יכול להפוך עיקר וכל מה שיש לבדוק הוא האם התובענה הייצוגית הוגשה מתוך מניעים פסולים כגון: פגיעה בחברה המתחרה, או רצון לסחוט פשרה".

93. לעניין הייצוג ההולם, הרי שהמבקשים הינם בעלי האמצעים הכלכליים הנדרשים לשם ניהול ההליך. המבקשים ייוצגו ע"י עוה"ד אמיר ישראלי ושלומי כהן שהינם בעלי ניסיון רב בתחום התובענות

הייצוגיות, המבטיחים להעמיד לרשות הקבוצה ייצוג משפטי ככל שיידרש על מנת לממש את זכויות החברים בקבוצה כלפי המשיבה.

עו"ד אמיר ישראלי הינו בעל נסיון רב בתחום, וניהל תביעות ייצוגיות שונות אשר אושרו כתובענות ייצוגיות, לרבות תצ (חי') 11781-05-09 **חנה להט ואח' נ' כרמל כימיקלים בע"מ** (22.12.2010, פורסם ב"נבו"), ת.צ (ת"א) 38194-07-10 **דוד ספיר נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (5.9.2011, פורסם ב"נבו"), תא (ת"א) 1251-07 **אורי קידן נ' דקלה חברה לביטוח בע"מ** (2.1.2011, פורסם ב"נבו").

עו"ד ישראלי הינו אף מרצה בקורס "דיני הגנת הצרכן" באוניברסיטת חיפה, ובקורס "תובענות ייצוגיות" במכללת נתניה, וכתב מאמרים בתחום התובענות הייצוגיות -

(אמיר ישראלי, "כוחו של השוק: על התובענה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" **משפטים** לז' תשס"ז, 131, אמיר ישראלי, "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית (בעקבות ת.א. 1012/02 בועז יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ ואח'") ("הארץ דין").

ג.7. שכר טרחה וגמול:

94. תקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע 2010, מורות כי יש לפרט במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית גם את דרך חישוב הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו. סעיף 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות – המתייחס לשכר טרחת עורך הדין - קובע באופן הבא:

"בקביעת שיעור שכר הטרחה של בא כוח מייצג לפי סעיף קטן (א), יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

- (1) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;
- (2) מורכבות ההליך, הטרחה שטרחה בא הכוח המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, וכן ההוצאות שהוציא לשם כך;
- (3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית;
- (4) האופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך;
- (5) הפער שבין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה הייצוגית.

ואילו סעיף 22(ב) לחוק תובענות ייצוגיות – המתייחס לגמול לתובע המייצג - קובע באופן הבא:

”בקביעת שיעור הגמול יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

- (1) הטרחה שטרח התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בפרט אם הסעד המבוקש בתובענה הוא סעד הצהרתי;
- (2) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;
- (3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.”

95. אנו מציעים, כי שכר הטרחה והגמול ייקבעו באחוזים מגובה ההטבה לחברי הקבוצה, וכך אנו מציעים כי בקביעת גובה הסכומים יתחשב ביהמ”ש הנכבד אף בעניינים הבאים:

(א) התועלת שתצמח לחברי הקבוצה מהפסקת הפרת הוראת הדין, ההתעשרות שלא כדין והטעיית המשיבה בהתאם לדין.

(ב) מידת החשיבות הציבורית של התביעה, העוסקת בסימון המנוגד לדין של מוצרי מזון.

(ג) העבודה היסודית שהושקעה בהגשת התובענה ובכתיבתה. בכתיבת הבקשה הושקעו שעות עבודה רבות.

96. בשלב זה, ומקום בו גודל הקבוצה וגובה הסכומים שנגבו מחבריה, אינו ידוע, הרי שאין מקום לנקוב בנתונים מספריים ביחס לשיעור שכר הטרחה והגמול.

ד. אחרית דבר

“ מוסד התובענה הייצוגית הוא בעל חשיבות רבה בצמצום הפער המובנה שבין התמריץ הפרטי לעשיית שימוש במערכת אכיפת החוק האזרחית לבין התמריץ החברתי הכולל לעשיית

שימוש שכזה. הוא מאפשר התפתחותן של תביעות שאף כי קיים אינטרס חברתי

בבירורן, אפשר שלא היו באות לאוויר העולם בהיעדרו... ”

(כב' השופט פוגלמן, רעא 2598/08 בנק יהב נ' ליאור שפירא ואחרים (נבו, 23.11.2010))

97. מהאמור לעיל עולה, כי מתקיימים כלל התנאים הנדרשים לצורך אישורה של התובענה כייצוגית וכי תובענה זו מגשימה את תכליותיו של החוק.

98. מכל האמור לעיל מתבקש ביהמ"ש הנכבד לעשות שימוש בסמכותו ולהורות כדלקמן:

א. לאשר את ניהול התובענה כתובענה כייצוגית, לדון בה ולהכריע בה לטובת המבקשים.

ב. להורות על הדרכים להוכחת נזקם של יחידי הקבוצה.

ג. לפסוק לטובת חברי הקבוצה פיצוי כולל בסך 3,577,000 ₪ (או כל סכום אחר אותו ימצא ביהמ"ש הנכבד לנכון לפסוק בנסיבות העניין בהתחשב בין היתר בשאלה אם לאחר הגשת התביעה המשיכה המשיבה במעשיה הפסולים).

ד. להורות על מתן צווי עשה וצוויים הצהרתיים כמפורט לעיל.

ה. לפסוק פיצוי מיוחד למבקשים בגין הטרחה, והסיכון אותם נטלו על עצמם למען חברי הקבוצה.

ו. להורות על תשלום שכר טרחה לעורכי הדין המייצגים בהתאם לשיקולים שפורטו לעיל.

שלומי כהן, עו"ד

אמיר ישראלי, עו"ד

ב"כ המבקשים