

נחתם היום, כ"א בטבת תשפ"ד (2 בינואר 2024).

מועד אחרון להגשה: 2.1.2024 (בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.12.2023).

ת"צ 8295-10-17

תז"פ ליום 3.1.2024

לפני כבוד השופטת מיכל עמית - אניסמן

**בבית המשפט המחוזי**

**בתל אביב-יפו**

**דניאל שפירא**

**המבקש:**

ע"י ב"כ עוה"ד אדם לוין, יונתן רפפורט ורועי ביטון

מרח' אבא הלל סילבר 7 רמת גן

טל' 050-7499916 ; פקס 03-5716290

**-נגד-**

**BOOKING.COM B.V.**

**המשיבה:**

ע"י ב"כ ד"ר אסף רנצלר, פרח רוסלר, עופר קובץ ואורי לבנת

ממשרד ש. הורוביץ ושות' עו"ד (על פי יפוי כוח מוגבל)

מרח' אחד העם 31, תל אביב 6520204

טל' 03-5670700 ; פקס 03-5660974

**היועצת המשפטית לממשלה**

**ובעניין:**

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

מבית קרדן, רחוב מנחם בגין 154, ת"ד 33051, תל-אביב 6492107

טל' 073-3924888/29 ; פקס' ממוחשב 02-6467863

## **עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה להסדר פשרה**

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 29.5.2023, מיום 18.9.2023 ומיום 26.10.2023 והוראת סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**" או "**החוק**"), ובהמשך להתייבבות היועץ המשפטי לממשלה (דאז) להליך שבכותרת, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את עמדתה ביחס להסדר הפשרה שהוגש לאישור בית המשפט הנכבד ביום 8.5.2023 (להלן: "**הסדר הפשרה**").

היועצת המשפטית לממשלה תבקש להעיר ביחס לאישור הסדר הפשרה בהיבטים המפורטים להלן:

### **א. רקע רלוונטי בתמצית**

1. עניינו של ההליך בהגשת בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**"), במסגרתה טען המבקש כי חברת בוקינג BOOKING.COM B.V (להלן: "**המשיבה**") מפרה את הוראות סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**" או "**החוק**") וכן את הוראות סעיף 14(א)(3) לחוק, בכך שהיא מציגה את מחירי העסקאות ביישומון כמחיר סופי של העסקה ומבלי לציין כי צרכן שיבחר לשלם באשראי עשוי לשלם גם עמלת מטבע חוץ (להלן: "**עמלת המרה**").

2. לטענת המבקש, בניגוד למצגיה של המשיבה ביישומון, לאחר ביצוע העסקה לקוחותיה מוצאים עצמם מחויבים גם בתשלום עמלת המרה, שנגבית מכרטיס האשראי שלהם במסגרת העסקה, וזו מתווספת למחיר שהוצג להם על ידי המשיבה ביישומון כ"מחיר סופי".
3. רוצה לומר, לטענת המבקש, עמלת המרה מתגלה לצרכן שבחר לשלם ביישומון באמצעות כרטיס אשראי רק במועד קבלת פירוט החיוב באשראי בגין העסקה, בעוד שבהזמנה באתר המרשתת של המשיבה מופיע מצג, לפיו הסכום שישולם הוא אינו סופי וכי הוא עשוי להשתנות אם חברת האשראי של הצרכן תיגבה עמלת המרה מכאן שהמשיבה מודעת לחובתה לגלות לצרכן בדבר קיומם של חיובים נוספים.
4. עוד נטען על ידי המבקש, כי המשיבה מפרה את סעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן בכך שהיא אינה מאפשרת לצרכנים אשר מבצעים עסקה ביישומון, לעיין בתנאי השימוש לפני ביצוע העסקה, לא שולחת את תנאי השימוש לאחר ביצוע העסקה ואף לא מפנה לתנאי השימוש שבאתר המרשתת שלה.
5. לטענת המשיבה, גם ביישומון קיימת הפניה לתנאי השימוש (זאת לאחר הקלקה על הקישור "תנאים והגבלות כלליים" וטרם ביצוע ההזמנה בפועל) וכן ניתן להגיע לתנאי השימוש גם בתפריט ההגדרות. עוד נטען על ידי המשיבה, כי אין כל מקור חוקי להטיל עליה חובת לגלות לצרכן בדבר העמלה שצד שלישי עשוי לגבות ממנו, וכן שהדין הישראלי כלל לא חל עליה וגם אם כן חל היא לא זו שגובה את עמלת ההמרה אלא חברת האשראי, ולפיכך לא חלה עליה חובת גילוי בדבר העמלה שיכול ותיגבה.
6. ביום 18.5.2021 הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז ביחס לסוגיות שהתעוררו בהליך, ובין היתר בשאלת תחולת הוראות חוק הגנת הצרכן על המשיבה. בתמצית יצוין, כי העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז הייתה, כי המשיבה היא חברה שמכוונת את פעילותה לצרכנים הישראליים, ולפיכך אין לראות את החלת חוק הגנת הצרכן על המשיבה כהחלה חוץ-טריטוריאלית, כפי שהמשיבה מנסה לטעון.
- בהקשר זה צוין, כי המשיבה מנהלת פלטפורמה עבור צרכנים ישראלים, נהנית מרווחים מהשוק הישראלי, משווקת בתי מלון ישראלים ואף הצרכנים כורתים את ההסכם בהיותם בישראל. כל אלו מהווים אינדיקציות לכך שפעילות המשיבה בכל הנוגע לצרכנים הישראליים היא בעיקר בישראל ולמעשה פועלת ככל עוסק ישראלי.
7. לאחר שהוגשה העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז, הצדדים פנו להידברות וניהלו מגעים בניסיון להגיע להסכמות שייתרו הכרעה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית. ביום 8.5.2023 פנו הצדדים לבית המשפט בבקשה לאישור הסדר הפשרה.
8. כפי שצוין לעיל, היועצת המשפטית לממשלה תבקש להעיר ביחס לכמה היבטים בהסדר המפורטים להלן.

## ב. הערות היועצת המשפטית לממשלה

### ב.1. הודעת הגילוי ומיקומה לא מספקים

9. לפי סעיף 7 להסדר הפשרה, החל מיום 1.4.2018 (ביישומון הניתן להורדה מחנות APPLE APP STORE) ומיום 1.7.2019 (ביישומון הניתן להורדה מחנות GOOGLE PLAY) מופיעה ביישומון הודעה לפיה קיימת אפשרות שנותן שירות האשראי יגבה מהמשתמש עמלה אם הלקוח יבחר לשלם בכרטיס אשראי (להלן "הודעת הגילוי"). אולם, בהיעדר צילום מהודעת הגילוי, לא ברור מהו תוכנה והאם היא זהה לתוכן ההודעה המופיעה באתר המרשתת של המשיבה, ומשכך לא ניתן לוודא כי הן נוסח הודעת הגילוי והן מיקומה מספקים.

10. זאת ועוד, מסעיף 7 להסדר הפשרה עולה, כי הודעת הגילוי אינה מהווה גילוי מספק, מפני שקיים צורך להבין מהו הגורם אשר משפיע על העמלה שתילקח וכיצד על הלקוח לברר זאת באופן וודאי. דוגמה לנוסח גילוי מוצע הוא: **"בביצוע תשלום באשראי תיתכן תוספת תשלום בגין עמלת המרה למטבע זר בהתאם להסכם עם נותן שירות האשראי שאיתו התקשר המשתמש"**. גילוי מעין זה צריך להיות מוצג לצרכנים בצורה ברורה וגלויה ובשלב ראשוני בתהליך ביצוע העסקה על ידי הצרכן.

11. ראו בהקשר זה סעיף 31 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז, מיום 18.5.2021, כדלהלן:

**"דברים אלו נכונים אף אם המשיבה אינה יכולה לנקוב בשיעור העמלה או בסכומה. חובתה, לכל הפחות, לעדכן את הצרכן כי ככל שיבחר לשלם בכרטיס אשראי, ייתכן שיידרש לשלם עמלת המרה שאינה כלולה במחיר שהוצג לו. יובהר, כי הוספת הערה לפיה המחיר השיקלי המוצג הוא לצרכי הערכה בלבד אינו מהווה גילוי מספק לעניין זה. אמירה כללית זו אינה מאפשרת לצרכן להבין מה הגורם המשפיע על השינוי במחיר ומול מי עליו לברר אותו ובכך מהווה הטעיה בנושא מהותי לעסקה – המחיר. עוד יצוין, כי לא ברור כיצד ניתן לכתוב עסקה בין שני הצדדים כאשר המחיר לא ידוע והוא מוצג רק על בסיס הערכה. גם מסיבה זו, הוספת ההערה אינה פותרת את הקושי המוצג"**.

### ב.2. הבעייתיות במנגנון הפיצוי

ב.2.א. אין מקום לבצע חישוב שונה ושרירותי ביחס לחברי הקבוצה בשים לב למספר הפעמים שבוצעו הזמנות על ידם באתר אלא יש לקבוע אחוז אחיד של פיצוי לכלל חברי הקבוצה

12. במסגרת סעיף 10 להסדר הפשרה, על כל תתי סעיפיו, קיים מנגנון חישוב שונה של "ערך ההזמנה הקובע" (הערך לצורך חישוב עמלת ההמרה ששולמה בקשר עם כל הזמנה מזכה בשיעור הולך ופוחת) ביחס לחברי הקבוצה, בשים לב למספר הפעמים שהזמין ביצע הזמנות לאירוח בחוץ לארץ באמצעות היישומון. זאת מתוך הנחה שככל שמשתמש מסוים ביצע כמות גדולה יותר של הזמנות, כך ישנו סיכוי גבוה יותר שהמשתמש היה מודע לכך שעשויה להיגבות ממנו עמלת המרה. רוצה לומר, ככל שמספר הפעמים שהשתמש ביצע הזמנות גדול יותר – כך גדל הסיכוי שהוא נחשף והיה מודע לכך שעשויה להיגבות ממנו עמלת המרה.

13. בהקשר זה יוער, כי לא ברור מדוע יש מקום לפיצוי משתנה באופן שתלוי בכך שמדובר בעסקה ראשונה באמצעות היישומון או יותר. על הנתבעת חל איסור להטעות ומשעה שלא ביססה את עמדתה כי צרכן שביצע מספר עסקאות באתר היה מודע לכך שישלם עמלת המרה, אין מקום לערוך הבחנה לפי מספר העסקאות.

זאת ועוד כאשר צרכן בוחן את העסקה ועורך השוואת מחירים, הוא בוחן את המחיר המופיע באתר המרשתת או היישומון של המשיבה, ולא אמור לזכור לקחת בחשבון עלויות נוספות גם אם ביצע רכישות קודמות באמצעות המשיבה. כמו כן, ייתכן שהרכישה הקודמת נעשתה לפני זמן רב והוא אינו זוכר זאת או שזו בוצעה באמצעי תשלום שונה שלא נגבתה בגינו עמלת המרה (למשל באמצעות כרטיס אשראי שמקושר לחשבון מטבע חוץ).

14. אפשר שיש לקוחות שידעו על כך שיחויבו בעמלה, ולא הוטעו בפועל ולכאורה לא נגרם להם נזק. אולם, כלל שיוחלט שיש להתחשב בכך, על עניין זה לבוא לידי ביטוי במסגרת חישוב הפיצוי והנזק הכולל שנגרם לקבוצה, במסגרת חישוב מקדם הפשרה שיחול באופן אחיד על כלל העסקאות, ולא באמצעות החלת מקדם פשרה משתנה ופוחת בהתאם למספר העסקאות שביצע לקוח מסוים.

## **ב.2.ב. "כפל ההנחות" שמקבלת המשיבה: הן להביא בחשבון מקדם פשרה (ערך הזמנה קובע בשיעור של 75% או נמוך מכך) והן להוסיף עליו הפחתות נוספות מסכום הפיצוי**

15. הערה נוספת נוגעת למקדם הפשרה שהצדדים קבעו במסגרת הסדר הפשרה: אופן חישוב הפיצוי על ידי הצדדים מביא לתוצאה לפיה סכום הפיצוי מצוי על הצד הנמוך משום שמעבר למקדם הפשרה שנקבע על ידי הצדדים, שבשלו סכום הפיצוי אינו מלא מלכתחילה, יבוצעו הפחתות נוספות מסכום הפיצוי.

16. כך, אף ביחס לחברי קבוצה שביצעו הזמנה ראשונה באתר, הסדר הפשרה לא קובע השבה מלאה אלא השבה בשיעור של 75% ומטה,<sup>1</sup> ועל סכום זה נקבע מקדם פשרה נוסף, בשיעור הולך ופוחת על כל הזמנה נוספת, אשר לא ברורה ההצדקה לו.<sup>2</sup>

17. זאת ועוד, מקדם הפשרה ושיעור עמלת המט"ח המופחת אמורים לקחת בחשבון את טיעוני המשיבה בנוגע לנזק שנגרם לחברי הקבוצה, ובענייננו, כאמור, לא היה מקום להוסיף על ההפחתות שכבר בוצעו (כאמור בסעיפים 10 ו-11 להסדר הפשרה). זאת, בשים לב שלעמדת היועצת המשפטית לממשלה – כפי שהוצגה בהרחבה ביום 19.5.2021 במסגרת התייחסותה לגופה של בקשת האישור וכפי שיבואר להלן, עילת התביעה בבקשת אישור זו מבוססת ויש בכך גם כדי להשליך על גובה הפיצוי לחברי הקבוצה.

18. יוטעם בעניין זה, כי כמצע הכרחי לבחינת הסדר הפשרה בתובענה ייצוגית, חשוב לעמוד על סיכויי התובענה הייצוגית להתקבל. בסעיף 19(א) לחוק נקבע, כי "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה". עוד נקבע בסעיף 19(ג)(2)(א) לחוק, שבהחלטתו בבקשה לאישור הסדר פשרה, יתייחס בית המשפט, בין היתר, ל-"פער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה, לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה וכן יתייחס בין המשפט ל-"סיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית, אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה" (שם, סעיף קטן (ה)).

<sup>1</sup> ראו סעיפים 10.1 – 10.6 להסדר הפשרה: אם מדובר בהזמנה ראשונה שהמשתמש ביצע למקום אירוח בחו"ל באמצעות היישומון – ערך ההזמנה הקובע לצורך ביצוע עמלת מט"ח יעמוד על 75% מערכה הכספי המותאם של ההזמנה; אם מדובר בהזמנה שנייה – ערך ההזמנה יעמוד על 60% מערכה הכספי המותאם של ההזמנה; אם מדובר בהזמנה שלישית – ערך ההזמנה יעמוד על 50% מערכה הכספי המותאם של ההזמנה; אם מדובר בהזמנה רביעית – ערך ההזמנה יעמוד על 35% מערכה הכספי המותאם של ההזמנה; אם מדובר בהזמנה חמישית – ערך ההזמנה יעמוד על 20% מערכה הכספי המותאם של ההזמנה; אם מדובר בהזמנה שישית ואילך – ערך ההזמנה יעמוד על 5% מערכה הכספי המותאם של ההזמנה;

<sup>2</sup> ראו סעיף 12 להסדר הפשרה.

19. לאורן של הוראות אלה, עמד בית המשפט העליון על החשיבות והמשקל הנוגעים לשאלת סיכויי וסיכוני ההליך, במסגרת בחינת הסדרי פשרה. ראו, למשל, בעניין בר"ם 2744/19 עיריית עכו נ' בריל תעשיות נעליים בע"מ (נבו 10.3.2021), בסעיף 16 :

**"בבואו לבחון בקשה לאישור הסדר פשרה בהליך ייצוגי, שומה על בית המשפט לתת דעתו לסיכויים ולסיכונים הגלומים בהמשך ניהול ההליך כפי שהוא מעריך אותם- ובאספקלריה זו לבחון אם ההסדר המוצע הוא "ראוי הוגן וסביר"..."<sup>3</sup>**

20. עוד יובהר, שבמסגרת בחינת סיכויי ההליך נודע משקל לעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, כפי שהטעים בית המשפט העליון בעניין ע"א 2398/22 שולץ נ' הוט (נבו 30.11.2022), בסעיף 8 לפסק דינה של כבוד השופטת ע' ברון :

**"סעיף 18(ג) לחוק מורה כי כל בקשה לאישור הסדר פשרה שלא נדחתה על הסף תועבר לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה. על רקע בעיית הנציג האינהרנטית להליכי פשרה, היועמ"ש הוא גורם אובייקטיבי שנמצא מתאים להשמיע את קולם הנאלם של חברי הקבוצה; ולא פחות חשוב, היועמ"ש אמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי בהליכים ועל הגנה על מוסד התובענה הייצוגית. במהלך השנים מאז חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות צבר היועמ"ש ניסיון ומומחיות בבחינת פשרות ייצוגיות ולעמדתו בנדון נודעת משנה חשיבות..."<sup>4</sup>**

21. כמו כן, ראו בעניין ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממן (נבו 11.4.2022), סעיף 17 (להלן: **"עניין ממן"**) :

**"מוקנה ליועמ"ש תפקיד משמעותי. היועמ"ש נתפס כגורם שביכולתו לתרום תרומה ניכרת לאישור הסדר הפשרה ותמיכתו או התנגדותו להסדר מגלמת משנה חשיבות משום שהיא מגלמת את עמדתו של גורם אובייקטיבי הנעדר עניין אישי בהליך... עמדת היועמ"ש מבטאת חוות דעת של גורם מקצועי שפיתח לאורך השנים מומחיות בתחום... ברשות היועמ"ש כלים רוחביים לבחינת סבירות הסדרי הפשרה..."<sup>4</sup>**

22. כאמור, בעניין שלפנינו, נראה לכאורה ועל פני הדברים, שסיכויי התובענה הייצוגית להתקבל היו טובים, לו הייתה מוכרעת לגופה. הניתוח המשפטי פורט בהרחבה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשה לגופו של ההליך שבכותרת. עיקריו הם :

22.1. חוק הגנת הצרכן הישראלי חל על המשיבה בנסיבות העניין ולפיו חלים עליה איסור הטעיה וחובת גילוי ;

22.2. בהתאם להוראות החוק, עוסק חייב לגלות לצרכן את המידע בדבר האפשרות שיחויב בעמלת המרה ככל שיבחר לשלם באשראי, והיעדר גילוי כאמור מהווה, הפרה של סעיף 14(א)(3) לחוק המטיל על העוסק חובה לגלות לצרכן את מחיר הנכנס ותנאי התשלום האפשריים, וגם

<sup>3</sup> עוד ראו : ע"א 1582/20 חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ (נבו 29.12.2021), סעיף 69 ; רע"א 2298/19 פינצ'בסקי נ' הנסיך מפעל לייצור טחינה בע"מ (נבו 4.8.2021), סעיף 26 ; ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממן (נבו 11.4.2022), סעיף 15.

<sup>4</sup> עוד ראו והשוו לעניין רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר (נבו 28.10.2018), בסעיף 23, שם ניתן משקל לעמדתו המשפטית של המאסדר בהחלטה על אישור תובענה כייצוגית.

הפרה של סעיף 2(א)(13) לחוק האוסר על עוסק לעשות דבר במעשה או מחדל שעלול להטעות את הצרכן בכל עניין מהותי בעסקה (ואין ממש בטענת המשיבה לפיה חובה זו צריכה לחול דווקא על מקום האירוח, שכן צריכה רק להופיע הודעת הבהרה בדבר האפשרות לשלם עמלה כאמור. מכל מקום גילוי כזה מצד מקום האירוח עשוי להיות בשלב מאוחר מדי עבור הלקוח);

22.3. במחדלה, מונעת המשיבה מהצרכן להעריך את מחיר העסקה הסופי עבורו, פוגעת ביכולתו לבחור באמצעי התשלום הכדאי עבורו וכן פוגעת ביכולת של הצרכן לעשות את הבירורים הנדרשים מול חברת האשראי איתה התקשר כדי לברר את גובה העמלה שישלם ככל שיבחר לשלם באשראי. כל אלה, פוגעים ביכולתו לקבל החלטה צרכנית מושכלת על בסיס מידע מלא ונכון;

22.4. תניית ברירת הדין המופיעה בתנאי השימוש שבין המשיבה לבין המבקש היא מקפחת (בהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחדים והנימוקים שפורטו בסעיף 43 לעמדת היועץ מיום 19.5.2021);

22.5. תניית השיפוט המופיעה בתנאי השימוש שבין המשיבה לבין המבקש מהווה תנייה מקפחת מהנימוקים שפורטו בהרחבה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז בהליך ת"צ 9139-05-18 **שי צביה נ' Agoda Company Pte. Ltd**, מיום 4.3.2021

23. יצוין, שגם שיעור ההמרה שעל בסיסו חושב הפיצוי הוא 2% מערך ההזמנה הקובע וזאת חרף העובדה שישנם חברי קבוצה ששיעור ההמרה שגובה מהם הוא 3% (ראו סעיף 11 להסדר הפשרה). דהיינו, "עמלת המט"ח המותאמת" – שעליה מופעל מקדם הפשרה – נמוכה מלכתחילה באחוז של מערך ההזמנה הקובע.

#### **ב.2.ג. שכר בודק, גמול למבקש ושכר טרחה**

24. בסעיף 16 להסדר הפשרה נכתב שהצדדים חלוקים בשאלה מי יישא בהוצאות הבודק ככל שימונה, ומבקשים שבית המשפט הנכבד יכריע בכך, על בסיס טיעוני הצדדים שיוגשו בעניין. בסעיף 21 להסדר הפשרה נכתב עוד, שבית המשפט הנכבד יכריע בסוגיית גובה שכר הטרחה והגמול ובשאלה **"באיזה שיעור מתוכם (אם בכלל) יישאו חברי הקבוצה, ובאיזה שיעור מתוכם (אם בכלל) תישא החברה"**, וזאת **"לאחר שתינתן לצדדים הזדמנות לטעון בפניו בעניין"**.

25. מאחר שהצדדים עצמם חלוקים בעניין ומבקשים להגיש את טיעוניהם בכתב, ואלה טרם הוגשו, היועצת המשפטית לממשלה תבקש להגיש את עמדתה הסדורה והמפורטת בסוגיות אלה, לאחר שהצדדים יגישו את טיעוניהם, כך שהתמונה השלמה תעמוד בפניה, וכמקובל במקרים דומים. למען הסדר הטוב, ובהינתן החשיבות העקרונית של סוגיות אלה, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כבר כעת שליועצת המשפטית לממשלה תינתן זכות טיעון בעניין לאחר הגשת טיעוני הצדדים.

#### **ב.2.ד. חשש להיעדר חפיפה בין ההטבה המוצעת לבין חברי הקבוצה**

26. במסגרת סעיף 17 להסדר הפשרה, הצדדים מציעים שתי חלופות לאופן החלוקה של ההטבה ללקוחות, והצדדים להסדר הותירו את ההכרעה בין שתי הברירות לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד. בהקשר זה יוער, לגבי החלופה הראשונה, כי ספק אם קיימת חפיפה ממשית בין הנהנים הפוטנציאליים מההטבה המוצעת לבין חברי הקבוצה שנפגעו. לכן נראה, כי ההטבה לא תגיע לידיהם של מרבית חברי הקבוצה ומשכך ראוי, כי תאומץ החלופה השנייה שהוצעה לפיה מלוא הסכום יועבר

לחלוקה לקרן לניהול ולחלוקת כספים מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות, תוך ייעוד הכספים למטרה הקרובה לעניינה של התובענה הייצוגית, וזאת בהתאם להוראות סעיף 20(ג) לחוק.

27. זאת ועוד, פיצוי המוצע בדמות הטבה (הנחה בסך של כ-50 ש"ח להזמנה) לרכישות עתידיות מהמשיבה – אינו מתיישב באופן מיטבי עם מטרות חוק תובענות ייצוגיות משום שלצורך קבלת הפיצוי יידרשו הצרכנים להוציא סכום נוסף ומשמעותי מכיסם, ובמתן הטבה כאמור יש כדי לכבול את חברי הקבוצה לבצע הזמנה נוספת באמצעות המשיבה, שכבר הפרה את הדין כלפיהם.

על כן, נראה שתכלית ההרתעה לא תתממש באופן מיטבי באופן זה וייתכן שמתווה זה אף יביא בעקיפין להגדלת רווחי המשיבה (וכאמור, אף התכלית לתת סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, כפי הנראה, לא תתממש במסגרת מתווה זה, בהינתן הספקות על קיומה של חפיפה ממשית בין הנהנים הפוטנציאליים מההטבה המוצעת לבין חברי הקבוצה שנפגעו). ראו בפסיקת בית המשפט העליון לאחרונה בעניין ע"א 1387/23 גינדי נ' הולמס פלייס (נבו 18.12.2023), סעיפים 8-9 לפסק דין של השופטת רונן ובסעיפים 2-4 לפסק דינה של השופטת וילנר שם. כן ראו ההחלטה שניתנה לאחרונה בעניין ת"צ (תל אביב) 27592-09-18 אולונובסקי נ' הוט מובייל בע"מ (נבו 16.11.2023), סעיף 37.

לעומת זאת העברת פיצוי כספי לקרן, באופן שסכום הפיצוי ייצא באופן וודאי מכיסה של המשיבה יגשים באופן מיטבי את תכלית ההרתעה. ראו בעניין זה: עניין ממך, פסקה 19; עניין ע"א 3604/22 פז נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פסקה 8 (נבו 23.5.2022), וע"א 894/22 רז נ' פרייפלד פסקה 11 (נבו 16.3.2023). אשר על כן, ראוי כי תאומץ החלופה השנייה בדמות העברת הכספים לקרן, כאמור.

## ג. סיכום

28. לנוכח כל האמור, היועצת המשפטית לממשלה תבקש להפנות את בית המשפט הנכבד להערות שפורטו.

כמו כן, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן זכות טיעון ליועצת המשפטית לממשלה בסוגיית הגורם שעליו יושתו הוצאות הבודק (ככל שימונה) והגורם שעליו יושתו תשלומי שכר הטרחה והגמול (ובמידת הצורך גם זכות טיעון בסוגיית שכר הטרחה והגמול כשלעצמה), וזאת לאחר הגשת טיעוני הצדדים בסוגיות אלה והמצאתם לח"מ.

כ"ע/ז

שלמה כהן, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)