

מסמך זה נחתם ביום חמישי כ' אב תשפ"א, 29 יולי 2021

## בבית המשפט העליון בירושלים

ע"א 1329/20

### המעוררים:

1. **מרדכי לב**
2. **חן לדרמן שלום**  
באמצעות ב"כ עוה"ד ד"ר שחר ולר ו/או פרופ' עומר דקל  
מרחוב נחלת יצחק 32א, קומה 5, תל אביב, 6744824  
טל': 03-7746333; פקס': 03-7746330

### המשיבות:

1. **קלאב הוטלס אינטרנשיונלס (א.ק.ה.) בע"מ**
2. **קלאב הוטל ניהול (1996) בע"מ**  
באמצעות ב"כ עו"ד ממושרד ש. הורביץ ושות', עורכי דין  
מרחוב אחד העם 31, תל אביב, 65202  
טל': 03-5670700; פקס': 03-5660974

### מתייצב להליך:

#### **היועץ המשפטי לממשלה**

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה  
מרחוב קרית מדע 5, בניין B3 קומה 5  
הר חוצבים, ירושלים, 97776  
טל': 073-3929631; פקס': 02-6467624

#### עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח הסמכות שהוענקה לו בהתאם לסעיף 1 לפקודת  
סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] מוגשת בזאת עמדת היועץ  
המשפטי לממשלה בהליך שבנדון.

לעמדה זו מצורף תיק מוצגים.

---

## **פרק א – מבוא**

1. ערעור זה נסוב על פסק דינו של בית המשפט קמא שסילק על הסף את הבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית שהגישו המערערים (להלן: "**בקשת האישור**"; מוצג 2 למוצגי המערער). בערעור משיג המערער על סילוק בקשת האישור על הסף וכן על הביקורת שהופנתה כלפי בא כוחו בפסק הדין. בתמצית, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי פסק הדין על נימוקיו שגוי, וכי יש לבטלו ולדון בבקשת האישור של המערערים לגופה. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי סילוק התביעה על הסף עומד בניגוד להלכה הפסוקה, לפיה, ככלל, אין מקום לסילוק בקשות אישור על הסף אלא במקרים חריגים וקיצוניים, כשמועלה נימוק ברור וחד משמעי, השומט את הבסיס מבקשת האישור (רע"א 8332/96 **שמש נ' רייכרט**, פ"ד נה(5), 276, 290 (2001)). טענות המשיבות בבקשתן למחיקה על הסף אינן עונות כלל על המבחן האמור, והן אף מוטעות לגופן. משכך, לא היה מקום לסילוק בקשת האישור על הסף.

## **פרק ב – הרקע לבקשת האישור הנוכחית ויחסה להליכים בתביעת הביטול הראשונה**

### **ב(1). מטרת התביעה הנוכחית והסעד המבוקש בה**

2. בפסק הדין קיבל בית המשפט קמא שורה של טענות שהועלו על ידי המשיבות, המחייבות, לדעתן, את סילוק בקשת האישור על הסף. טענות אלו נוגעות להליכים אחרים, שבין בעלי היחידות במלונות של המשיבות לבין המשיבות. לפיכך חשוב לעמוד על בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית קודמת, ומהלך הדיון בה, ועל יחסה להליך הנוכחי, וכן להבהיר מה מהות בקשת האישור הנוכחית, מה הסעד המבוקש בה, ומהי הבעיה שהיא מבקשת לתת לה מענה.

3. עניינו של הליך זה בתביעתם של כ – 15,000 בעלי יחידות נופש (מתוך כ 25,000 בעלי יחידות) שרכשו יחידות נופש במלונות שבבעלות המשיבות אך וויתרו על זכות הנופש לפני שנים רבות ומכונים אצל המשיבות "הלא פעילים". במסגרת בקשת האישור הנוכחית התבקש בית המשפט ליתן סעד הצהרתי שמטרתו היא להגן על חברי הקבוצה, מפני דרישותיהן של המשיבות, כי ישלמו להן דמי אחזקה שנתיים בגין כל השנים הרבות מאז הפסיקו לעשות שימוש ביחידות הנופש.

4. לטענת המשיבות חובות דמי האחזקה של "הלא פעילים" מגיעים לכדי 425 מיליון ש"ח. עם זאת, לא ברור כלל אם חובות אלה רשומים בכלל בספרי המשיבות. המשיבות פנו בדרישות אל חברי קבוצה לא פעילים, ובמקרים מסויימים אף ניהלו תביעות נגד חברי קבוצה. בחלק קטן מן המקרים הגיעו לפשרות בלחץ הדרישות הללו.

5. בת.א 2020/09 **יצחק דקל נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.) בע"מ**, (לעיל ולהלן): **"תביעת הביטול הראשונה"** או **"בקשת האישור הראשונה"**, לפי הענין מוצג 7 למוצגי **(המערער)**, הוגשה בשנת 2009 בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית, שנועדה להתמודד עם סירובן של המשיבות להכיר בזכותם של בעלי היחידות שביקשו לוותר על זכותם לנופש, ולחדול מלשלם את דמי האחזקה. לעמדת המשיבות, וכך השיבו לכל בעל יחידה שביקש לוותר על זכותו, בעלי יחידות קשורים בהסכם הרכישה, עד לתום תקופתו (לרוב כ-100 שנים), והם חייבים לשלם מידי שנה בשנה דמי אחזקה, ואינם רשאים לפרוש מן ההסכם.

### ב(2). פסק הדין בתביעת הביטול הראשונה

6. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ברון) קיבל את בקשת האישור וקבע, כי העסקה הקנתה לרוכשים זכות חד צדדית להשתמש ביחידת הנופש שבעבורה שילמו תמורה, וכי מאחר שתשלום דמי האחזקה אינו חובה העומדת בפני עצמה לפי ההסכם, אלא בגדר תנאי למימוש זכות הנופש, זכאי כל בעל יחידה לוותר על זכות הנופש ולחדול בתוך כך מתשלום דמי האחזקה.

7. עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי, כי בעל זכות נופש אינו רשאי להקפיא את זכותו, לחדול מתשלום דמי האחזקה בתקופת ההקפאה, ולשוב ולעשות בה שימוש. לפיכך, מי שמעוניין לעשות שימוש בזכות הנופש חייב לשלם את דמי האחזקה באופן רציף, גם אם לא עשה שימוש בה בשנה מסוימת.

### ב(3). הצורך בהכרעה לאחר חוק זכות הביטול

8. קודם להכרעה בתביעת הביטול הראשונה, התקבל בכנסת תיקון מס' 37 לחוק הגנת הצרכן, התשע"ד-2014 (לעיל ולהלן: **"חוק זכות הביטול"**, מוצג 7 לעמדה זו). תיקון זה הוסיף את סעיף 13א לחוק ואת התוספת הרביעית לחוק, וקבע כי לכל בעל יחידת נופש נתונה הזכות לבטל את החוזה, ללא תלות בהוראות החוזה. תיקון זה חל על פי הקבוע בו גם על חוזים שנכרתו לפני תחילת תוקפו.

9. בעקבות קבלת חוק זכות הביטול, נדרש בית המשפט במסגרת תביעת הביטול הראשונה, לשאלה אם יש עוד צורך בה. עמדת המבקשים ועמדת היועץ המשפטי לממשלה והמועצה לצרכנות היתה, שהחוק לא פתר את בעייתם של כל אלפי האנשים שניתקו קשר עם המשיבות, מתוך וויתור גמור על זכות הנופש, עובר לתיקון החוק, ונדרשים על ידי המשיבות לשלם להן דמי אחזקה בגין תקופה במהלכה למעשה ויתרו על זכותם. נטען, כי זו היתה מטרתה המרכזית של תביעת הביטול. מכאן שתכלית בקשת האישור הראשונה היתה לא רק להכיר בזכות הביטול

מכאן ולהבא, אלא גם להגן על הלא פעילים שפרשו עוד קודם לקבלת החוק, מפני דרישות המשיבות לתשלום "חובות עבר".

ב(4). ההליכים בתביעה הראשונה ושאלת השלכתם על חובות העבר

10. לאחר אישור תביעת הביטול הראשונה במסגרתה הוכרה הזכות לויתור על זכות הנופש, ביקשו המבקשים שם לתקן את התביעה ולהוסיף סעד, שלפיו, לא ניתן לתבוע את מי שלא שילם דמי אחזקה ולא עשה שימוש בזכות הנופש, וזאת לאור ההחלטה המאשרת את התביעה בה נאמר כי תשלום דמי האחזקה אינו חיוב העומד לעצמו אלא תנאי לשימוש בזכות הנופש.
11. תכלית התיקון המבוקש היתה למנוע מהמשיבות להגיש נגד ה"לא פעילים" תביעות לתשלום חובות עבר. המבקשים לא התכוונו בבקשת התיקון לעתור לסעד המכיר בזכות להקפיא זמנית את זכות הנופש ולעשות בה שימוש. בהחלטת האישור נאמר עוד קודם, כי בעלי היחידות אינם זכאים להקפיא את זכות הנופש, והמבקשים שם לא ביקשו להשיג על כך. לפי העמדה המשפטית של המבקשים, משמעות הקביעה של בית המשפט במסגרת תביעת הביטול הראשונה, שבעל יחידה אינו רשאי להקפיא זמנית את זכות הנופש, היא שמי שאינו עושה שימוש בזכות הנופש בשנה מסויימת, לא יכול לעשות שוב שימוש בזכות הנופש, אלא אם כן ישלם את דמי האחזקה לשנים הקודמות. לעמדת המבקשים שם, די בכך כדי להבטיח שלא ניתן יהיה להקפיא את זכות הנופש ולחזור לעשות בה שימוש מבלי לשלם את דמי האחזקה לשנים הקודמות.
12. לעומת זאת, לעמדת המבקשים, מי שחדל לשלם את דמי האחזקה ואינו מתכוון לעשות עוד שימוש בזכות הנופש לעולם (משמע ויתר עליה) אינו חשוף לתביעה לתשלום דמי אחזקה בגין השנים מאז חדל לעשות שימוש כאמור.
13. מטרת התיקון היתה איפוא להוסיף סעד המבהיר כי ה"לא פעילים" אינם חשופים לתביעה לתשלום חובות עבר.
14. ואולם, בשל אופן ניסוח האמור של הסעד על ידי בא כוח התובע המייצג, בית המשפט בתביעת הביטול הראשונה סבר כי מטרת התיקון המבוקש היא לבקש הכרה בסעד ההקפאה למרות שנשלל בהחלטת האישור. בא כוח המבקשים הבהיר במהלך הדיון כי אין הוא עותר להכרה באפשרות להקפיא את זכות הנופש. למרות זאת דחה בית המשפט הנכבד את בקשת התיקון [ראו בפרוטוקול מוצג 3 לעמדה הנוכחית].
15. עם זאת, בהתייחס להשלכת ההכרה בזכות הביטול על הדרישה לתשלום חובות עבר, אמר בית המשפט, כי "בית המשפט בין כך ובין כך יידרש, ככל שימצא לכך מקום, לסוגיות המשפטיות שתיקן זה מעורר - לרבות ההשלכות, ככל שיהיו, לפסק הדין שיינתן בסופו של דיון" (החלטה

מיום 25.2.2014 בתביעת הביטול הראשונה מוצג 3 לעמדה זו). להבנת היועץ המשפטי לממשלה, כוונת בית המשפט היתה שבפסק הדין שיינתן הוא יתייחס להשלכת ההכרה בזכות הביטול על ה"לא פעילים".

16. בהקשר הנוכחי חשוב לזכור, כי דחיית בקשת התיקון האמורה נבעה מסברת בית המשפט כי היא מעוררת מחדש את נושא זכות ההקפאה. בהחלטה האמורה לא נשללה הבקשה להורות על נפקות ההכרה בזכות הביטול על הלא פעילים. להיפך, בית המשפט הנכבד התכוון להתייחס לכך בפסק דינו, בין כך ובין כך, וללא תיקון התביעה, כפי שעולה מדבריו. בסופו של דבר פסק הדין שניתן, לאחר שהתיק עבר לטיפולו של שופט אחר, לא התייחס לסוגייה זו, כמפורט להלן.

17. לאחר אישור תביעת הביטול הראשונה, היא נדונה לגופה על ידי כבוד השופט רחמים כהן. בפסק הדין חזר בית המשפט המחוזי על עיקרי ההנמקות שבהחלטה על אישור התביעה. לענייננו חשובה הקביעה כי תשלום דמי האחזקה אינו בגדר חובה העומדת לעצמה, וכי מי שאינו מעוניין בשימוש בזכות הנופש כלל, רשאי לוותר עליה ולחדול מלשלם דמי אחזקה [ראו מוצג 12 למוצגי המערער].

18. המבקשים סברו, כי קביעתו של בית המשפט בפסק הדין פטרה את קבוצת הלא פעילים מהצורך להידרש לטענות המשיבות ודרישותיהן לתשלום חובות עבר.

19. גם היועץ המשפטי לממשלה סבר כך, שכן כל תכלית הדיון בבקשת האישור בתביעת הביטול הראשונה, לאחר קבלת חוק זכות הביטול, היתה להסיר מעל קבוצת ה"לא פעילים", את ענן דרישותיהן הלא חוקיות של המשיבות, לתשלום דמי אחזקה בעבור שנות העבר. זאת, משום שלשם ביטול ההסכם או ויתור עליו מכאן ואילך ניתן היה לעשות שימוש בחוק, ולא היה צורך בבירור בקשת האישור הנ"ל.

20. ואולם, בטיעוני הצדדים בבקשת התובעים לפסיקת שכר טרחה לבא כוח התובע המייצג התגלעה בין הצדדים מחלוקת. בעוד שהתובעים טענו, כי פסק הדין הכיר גם ביחס לעבר באפשרות לוותר על הזכות ולחדול מתשלום דמי אחזקה, ואף הביא תועלת כספית המתבטאת בסילוק טענות לחובות עבר, עמדת המשיבות היתה כי פסק הדין לא קבע זאת.

21. בפסק דין משלים קבע בית המשפט המחוזי כי פסק הדין שנתן עסק רק בעצם קיומה של זכות הביטול ולא דן בנפקותה ובמחלוקת על חובות העבר. לפיכך, כך קבע, גובה חובות העבר אינן הבסיס לפסיקת הגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לבא כוחו [ראו מוצג 13 למוצגי המערער]. על פסק הדין בתביעת הביטול, הוגש ערעור של המשיבות, ועל פסק הדין המשלים בתביעת הביטול הוגשו ערעורים הדדיים.

ב(5). הדיון בערעורים על פסק הדין בתביעה הראשונה ושאלת ההשלכה על טענת חובות העבר

22. במסגרת סיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה בערעורים ההדדיים על שכר הטירח בתביעת הביטול – ע"א 7823/17, ע"א 7874/17 **קלאב הוטלס נ' דקל ואח'** – פרש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו באשר לנפקות פסק הדין, מבחינת ה"לא פעילים", ובאשר לטענות המשיבות לחובות עבר. היועץ המשפטי לממשלה ביקש מבית משפט נכבד זה להבהיר נפקות זו. זאת, בשים לב לכך, שתכלית בקשת האישור הראשונה והתביעה שאושרה היתה להגן על ה"לא פעילים", מפני הטענות הלא מוצדקות שמעלות המשיבות כלפיהם בעניין חובות עבר. היועץ המשפטי לממשלה אף ציין, כי ללא הבהרה כאמור, עשויה להידרש בקשת אישור ניהול תובענה כייצוגית נוספת [ראו מוצג 1 לעמדה הנוכחית; וראו גם פרוטוקול הדיון בערעור מיום 11.6.2018. מוצג 2 לעמדה הנוכחית].

23. בסיכומיו בערעורים הנ"ל טען היועץ המשפטי לממשלה, כי הודעת הנתבעות בסיכומיהן, כי פסק הדין אינו מונע מהן להמשיך לדרוש דמי אחזקה מקבוצת ה"לא פעילים", כפי שעשו עד כה כאילו לא הוכרעה המחלוקת, מעוררת קושי, ולכאורה אינה עומדת בחובת תום הלב המוטלת על צד לחוזה ועל מתדיין.

24. היועץ המשפטי לממשלה חלק על קביעת בית המשפט בפסק הדין המשלים לפיה סעד הביטול עומד כשלעצמו, ולא נילוית לו הכרה בכך שחברי הקבוצה ויתרו בפועל על החוזה עובר לחקיקת החוק. על כך אמר היועץ המשפטי לממשלה, כי אכן באופן כללי, ביטול חוזה הוא סעד שמשמעותו היא שמכלול הקשר החוזי מתנתק, ואין עוד חיובים הדדיים. בחוזה מכר למשל המשמעות היא שאין החלפה של תמורות. הנכס לא מועבר לקונה והתמורה לא משולמת למוכר. לא כן בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנוכחי המחייבות הידרשות גם לעבר. במקרה הנדון מדובר באלפי אנשים שוויתרו בפועל זה מכבר על הזכות לנופש וחדלו מכל ניצול שלה. המחלוקת היחידה שנותרה בינם לבין הנתבעות, היא אם על אף וויתור זה, הם חייבים בתשלומים דמי אחזקה שנתיים לאורך שנים. המחלוקת היא אפוא על חובת תשלום דמי אחזקה ביחס לעבר למי שוויתר על זכות הנופש, ולכך בלבד.

25. היועץ המשפטי לממשלה סבר אפוא שלנוכח הערות בית המשפט קמא בפסק הדין המשלים, יש מקום להתערבות בית משפט נכבד זה, ולהבהרה כי חברי הקבוצה שחדלו לעשות שימוש בזכות הנופש, הם בגדר מי שוויתרו על זכות הנופש, ואין הם חבים בדמי אחזקה לאחר הפסקת השימוש. לחלופין, סבר היועץ המשפטי לממשלה כי יש מקום להחזיר את הדיון בנקודה זו לבית המשפט קמא, על מנת שיכריע בה.

26. בא כוח המשיבות (בהליך הנוכחי, שהיו מערערות ומשיבות בערעורים ההדדיים הנ"ל), עורך הדין הרטמן, חזר ואמר, כי בית המשפט לא דן בשאלה אם ה"לא פעילים" חייבים בגין השנים בהן לא השתמשו ביחידות הנופש: "הם לא נדונו ולא לובנו. אמר בית המשפט איש לא טוען חלילה שהשופט כהן לא הגון, אפשר לחלוק על עניין משפטי אבל השופט נתן החלטה ואומר לא דנתי בדברים האלה, איש לא חולק על הגינותו, ברור שיש החלטה של השופט שאומר במה הוא דן." [פרוטוקול מיום 11.6.18, עמוד 19 שורה 13-16, מוצג 2 לעמדה הנוכחית].

27. עוד ראו לעניין זה:

- טיעוני הצדדים בשאלה אם פסק הדין בתביעת הביטול הראשונה הכריע בשאלה האמורה, [בפרוטוקול הנ"ל בעמוד 6 שורה 29 עד תחילת עמוד 9, ובעמודים 13-17]

- טענת עורך הדין הרטמן בשם המשיבות כתמיכה לעמדתו שהנושא לא נדון: "במסגרת הדיון לא הובאו ראיות ולא נשמעו ראיות לגבי אותה קבוצה ששמה לא פעילים" [שם, עמוד 8 שורה 11]. לשאלת בית המשפט אם בפועל המשיבות ממשיכות לשלוח מכתבי התראה השיב כי לא ידוע לו [שם שורה 16-24], וכן אמר כי: "זה לא נדון. זה לא אומר שמישהו לא יכול לתבוע בעתיד. אין צו חוסם בעניין זה כי הוא לא נדון" [שם שורות 28-29]. משמע, לשיטתו, שאלה זו חורגת מגדר בקשת האישור הראשונה והיא נותרה פתוחה להתדיינות נפרדת.

28. בית משפט נכבד זה לא ראה לנכון להתערב בעניין זה, במסגרת הערעורים על שכר הטירחה והגמול, ובהמלצתו הסכימו הצדדים על דחיית כל הערעורים על פסק הדין ופסק הדין המשלים. בית המשפט אף ציין כי: "אנו מודעים שיש קצוות שלא לגמרי סגורים אבל אנו לא בטוחים שבכווננו בשלב מתקדם זה לתקן את הכל ולכן, כשאנו מאזנים את היתרונות והחסרונות והעובדה שיש סיכויים אנו חושבים שזה הדבר הנכון לעשות" [שם, עמוד 20 שורה 6-8 מוצג 2].

29. תוצאת כל האמור היא שתכלית תביעת הביטול הראשונה לא הושגה עד תום שכן לא נלווה אליה ביטול הדרישה לתשלומי עבר בגין דמי אחזקה. לאחר שבמשך שנים ארוכות דחו המשיבות כל פנייה של בעלי יחידות לפרוש מן ההסכם, הגם שהוכרה הזכות לעשות כן, נתפשו המשיבות לטענה שנדרשת לכך הודעת ביטול, שלא נמסרה כדין. לטענת המשיבות עד לשנת 2016 עומדים חובות העבר של בעלי היחידות הלא פעילים על סך של 425 מיליון ₪ [עמוד 26 להחלטה מיום 24.1.20 בעניין הסכם הפשרה בתביעה הנוגעת לחובתן של המשיבות לשאת בחלק מדמי האחזקה] [ת"צ 12099-08-16 **בירנבוים נ קלאב הוטלס ואח'**, להלן: "**תביעת המכנה**", מוצג 5 לעמדה זו].

30. לא ברור מי מבעלי היחידות חייבים לשיטת המשיבות בסכום האמור. האם לשיטתם חבים בתשלום גם מי שמסרו הודעת ביטול כנדרש לטענת המשיבות; האם חבים בו גם מי שהמשיבות ידעו על רצונו לפרוש; מתי לשיטת המשיבות בעל יחידה נחשב כמי שוויתר על הזכות ומתי הוא

נותר "לא פעיל" בלבד, המוסיף כביכול לחוב בחוב בתשלום דמי אחזקה. המשיבות אינן מציגות עמדה ברורה בשאלות אלו ואף אינן מציגות נתונים לגביהן. הלכה למעשה נראה, כי המשיבות מתייחסות אל הלא פעילים כמכלול.

#### ב(6) הצורך בבקשת האישור הנוכחית

31. משלא הושגה לכאורה תכליתה המרכזית של תביעת הביטול הראשונה – פטור מתשלום דמי אחזקה – נדרש הליך נוסף כדי לתת סעד ראוי לקבוצת הלא פעילים.
32. לעמדת המערערים, בעלי היחידות ה"לא פעילים" הם מי שוויתרו כדין על זכות הנופש, בין שמסרו הודעת ביטול ובין שלא, וזאת הן מנימוקים משפטיים, הן בשים לב לנסיבות פרישתם של 15,000 מבין 25,000 בעלי היחידות מן ההתקשרות, והן לנוכח ההכרעה בתביעת הביטול.
33. עם זאת, משקבע בית המשפט המחוזי בתביעת הביטול כי **נפקות** ההכרה בזכות הוויתור על הלא פעילים לא הוכרעה בפסק דינו, נותרה מחלוקת בשאלת קיומם של חובות עבר. משאלה פני הדברים, לא ניתן לקבוע כי קיימת מניעות כלשהי לברר את המחלוקת שכן – או שהמחלוקת בעניין חובות העבר הוכרעה בפסק דין וממילא אין מקום לחיוב בחובות העבר, או שהיא טרם הוכרעה ויש לאפשר את בירורה. מטעם זה וכפי שיבואר להלן לא היה מקום לסלק את בקשת האישור על הסף.

#### פרק ג – ערעור זה עוסק בשאלת סילוק בקשת האישור על הסף בלבד

34. הערעור דן משיג על סילוק בקשת האישור על הסף, ללא שנדונה כשלעצמה. לפיכך, לא נדרשת במסגרת הנוכחית הכרעה באשר לצדקת בקשת האישור עצמה. עם זאת, חשוב להקדים ולומר, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה תביעה זו מוצדקת לגופה, מן הנימוקים שפורטו על ידו בסיכומים שהוגשו מטעמו בערעורים ההדדיים על שכר הטירחה בתביעת הביטול ע"א 7823/17, ע"א 7874/17 **קלאב הוטלס נ' דקל ואח'** [מוצג 1 לעמדה הנוכחית] ויובאו בקצרה גם להלן.

#### פרק ד – התייחסות לנימוקים לסילוק התביעה על הסף

##### ד(1). נימוקי פסק הדין אינם עניין להכרעה במסגרת בקשה לסילוק על הסף

35. היקף פסק הדין, כמו גם הנושאים שדן בהם, מעידים שאין המדובר בנימוקי סילוק גלויים וברורים.



36. בית משפט נכבד זה קבע לא אחת כי בדרך כלל אין מקום להגשת בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית שהיא עצמה בקשה מקדמית. סילוק על הסף אפשרי רק כאשר ברור וגלוי כבר על פני הדברים שאין בבקשת האישור ולא כלום. הלכה זו נקבעה ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5), 276, 290 (2001), והיא אושרה בפסיקה עקבית של בית משפט נכבד זה. כך נקבע:

"ככלל אין לדון בבקשה לסילוק על הסף של תובענה ייצוגית בנפרד מהדיון בבקשה לאישור התובענה (ראו, רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5), 276, 290 (2001) (להלן - עניין שמש)). אשר לבקשה לסילוק הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית (להבדיל מסילוק התובענה גופה), נקבע כי סעד שכזה יינתן במקרים חריגים וקיצוניים, בהם ברור על פני הדברים שאין בבקשה ולא כלום (ראו, עניין שמש, 290) (רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון נ אר-און השקעות בע"מ, פורסם באר"ש, 13.8.2007).

37. במקרה הנוכחי, טעה בית המשפט קמא לא רק בכך שדן בטענות האמורות במסגרת בקשה לסילוק על הסף של בקשת אישור ניהול תובענה כייצוגית, אלא גם בהכרעותיו לגופן של טענות אלו.

#### ד(2). בקשת האישור הנוכחית וסעד ההקפאה

38. נתייחס להלן לנימוקי בית המשפט לסילוק בקשת האישור על הסף.

39. הנימוק הראשון של בית המשפט קמא הוא שהסעד המבוקש בתביעה הוא הכרה בזכות להקפיא את זכות הנופש, וסעד זה נדחה על ידי השופטת ברון בהחלטה על אישור תביעת הביטול. מסקנה זו יסודה בהנחה מוטעית של בית המשפט קמא הנכבד כי עילת חובות העבר זהה לעילת ההקפאה. לכך אין יסוד. עילת ההקפאה משמעה שניתן להקפיא זמנית את זכות הנופש ולחזור לעשות בה שימוש מבלי לשלם את דמי האחזקה בגין שנות ההקפאה. לעומת זאת עילת חובות העבר, משמעה שמי שחדל לחלוטין משימוש בזכות הנופש ווויתר על זכות הנופש אינו חייב בתשלום דמי אחזקה לאחר חדילתו.

40. כאמור לעיל, במסגרת תביעת הביטול הראשונה, נדחתה בקשת התיקון משום שבית המשפט סבר שעניינה הוא בסעד ההקפאה. לעומת זאת הסעד של הכרה בכך שבעלי היחידות הלא פעילים אינם חייבים בחובות עבר לא נשלל. להיפך, בית המשפט קבע, כי יידרש להשלכות פסק הדין במסגרת פסק הדין המשלים (החלטה מיום 25.2.2014 בתביעת הביטול הראשונה מוצג 3 לעמדה זו). אך לבסוף (לאחר העברת התיק לשופט אחר) לא היתה התייחסות לכך בפסק הדין.

41. כמו כן, ברור כי החלטת בית המשפט בתביעה הראשונה אשר דחתה את בקשת התיקון לא דחתה את עילת חובות העבר, כל שנאמר בה הוא שסעד ההקפאה אינו מוכר. אין בתביעת הביטול

הראשונה כל דיון בהשלכת ההכרה בזכות הביטול על ה"לא פעילים", וממילא אין דחייה של עילה זו.

42. בית המשפט קמא הנכבד לא נתן כל נימוק לסברתו כי עילת חובות העבר זהה לעילת ההקפאה. כאמור לעיל, תכליתה של בקשת האישור הנוכחית היא לקבוע כי לאור פסק הדין המכיר בזכות הביטול, קבוצת ה"לא פעילים" אינה חייבת בתשלום דמי אחזקה, בגין השנים שלאחר הפסקת פעילותם.

43. מהאמור עולה, כי אפשר שהיה מקום לברר אם המבוקש בבקשת האישור הוא סעד ההקפאה או הסעד הפוטר מחובות עבר. לעומת זאת, לא היה כל בסיס לסברה כי שני הסעדים הללו חופפים כפי שסבר בית המשפט.

#### ד(3). לא היה ויתור על סעד ההשבה ואין בכך כדי לחסום את בקשת האישור הנוכחית

44. הנימוק השני של בית המשפט הנכבד, נשען על כך שבמהלך אישור התביעה הראשונה קבע בית המשפט, כי ויתור ב"כ המבקשים שם, עו"ד ולר, על סעד ההשבה. ואולם, כפי הנראה קביעה זו של כבוד השופטת ברון מוטעית. נציגי היועץ המשפטי לממשלה לא מצאו סימוכין לויתור כזה. כך או כך, אין מקום לקביעה זו שהרי בהחלטת האישור של התביעה הראשונה תביעת השבה כלל לא נדונה וממילא לא הוכרעה. בהקשר של תביעת ההשבה ברי אפוא כי הבקשה לא יכולה להידחות, יש לאמר כי היא נמחקה, משנמחקה, אין מניעה לשוב ולהעלותה.

#### ד(4). אין בסיטואציה הנוכחית בסיס לטענת מיצוי עילה

45. הנימוק הנוסף של בית המשפט קמא הוא של מיצוי העילה.

46. כלל מיצוי העילה קובע שמי שלא כלל סעד הקשור באותה עילה מושתק ואינו יכול לתבוע אותו בהליך נפרד. מבחינה משפטית, כללי מיצוי עילה בתביעה רגילה אינם ישימים באופן מלא בתביעה ייצוגית, וראו בעניין זה את פסק דינו של כבוד השופט גרוסקופף בת.צ. (מרכז) 1039-05-08 **סילורה נ' בנק לאומי לישראל**, ס' 34 (פורסם בנבו, 23.7.2014):

"הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אינו יכול ליצור מעשה בית דין אלא ביחס לעילות התביעה שנכללו בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, ובמקרה של תובענה שאושרה, עילות התביעה שאושר לנהל הליך ייצוגי בגינן. אם תאמר אחרת, ימצא כי המבקש/תובע ובא הכוח המייצג מחייבים את הקבוצה ביחס לעילות משפטיות שלא היתה להם סמכות לייצג את הקבוצה לגביהן. בכך שונה מעשה בית דין שיוצר הליך של תובענה ייצוגית לפי סעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות ממעשה בית דין שנוצר בהליך אינדיוידואלי. בעוד שביחס להליך האינדיוידואלי יכול כלל השתק העילה למנוע התדיינות גם בעילות שלא נטענו וממילא לא נידונו (ראה נינה זלצמן, **נעשה בית דין בהליך אזרחי** (תשנ"א 46 ואילך), הרי שבהליך של תובענה ייצוגית מוגבל כלל השתק העילה לאותן עילות שנטענו, ושאושר למבקש/תובע ולבא הכוח המייצג לשמש פה לקבוצה ביחס אליהן (מטעם זה הקפיד המחוקק כי הסדר

פשרה בתובענה ייצוגית יתייחס רק לעילות שנטענו בבקשת האישור או שנכללו בהחלטה על האישור, לפי העניין, וזאת בכפוף לסמכות בית המשפט לאשר את תיקון הבקשה או התובענה. ראו סעיף 18(ז)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

...

ואולם מרגע שניתנה החלטת בית המשפט ביחס לבקשת האישור, הסמכות של בא הכוח המייצג לפעול בשם הקבוצה הוגבלה לעילות לגביהן אישר בית המשפט את ניהול התובענה כייצוגית, ואין היא משתרעת על עילות תביעה בגין לא ניתן אישור כאמור".

47. מבחינה עובדתית אין בסיס לקביעה בדבר מיצוי העילה ומסקנה זו יוצרת תוצאה קשה שאין לקבלה. הסיטואציה מושא ענייננו היא שהוגשה בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית לסעד הצהרתי בדבר הזכות לבטל את החוזה וזו התקבלה. רק לאחר מכן הועלתה טענה חדשה כי בהיעדר הודעת ביטול חבים המבקשים בכספים גם בגין אותו החוזה שבוטל. במצב זה לא מתקבל על הדעת כי המבקשים מנועים מלתבוע סעד הצהרתי שיקבע כי אינם חבים בתשלומים אלה בהתבסס על עקרון מיצוי העילה.

48. אין חולק שכיום קיימת מחלוקת בנושא השלכותיה של זכות הביטול שהוכרה על מי שפרשו מההתקשרות בעבר, לעניין חובות העבר ולעניין ההשבה. המשיבות מבקשות להסדיר את המחלוקת על ידי הכנסתה להסכם פשרה שנעשה **בתביעת המכנה**. תביעת המכנה היא תביעה ייצוגית שאושרה, בטענה כי בעת חישוב דמי האחזקה שנעשה על ידי המשיבות יש לחלק את כלל הוצאות המלון בין כל היחידות במלון, לרבות אלו המוחזקות על ידי המשיבות. בתביעה זו הוצעו עד כה 5 הסכמי פשרה. 4 מהם לא אושרו. הסכם הפשרה החמישי אושר בפסק דין, ותלויים ועומדים לגביו ערעור היועץ המשפטי לממשלה וערעור המועצה לצרכנות (ע.א. 5496/20, ע.א. 5493/20). (להלן גם: "**הסכם הפשרה בתביעת המכנה**"). הסכם הפשרה מניח, כי ה"לא פעילים" חייבים בחובות העבר וקובע כי סכום חוב העבר לו טוענות המשיבות יקוזז מסכום ההחזר המגיע על פי הסכם הפשרה לחבר הקבוצה. ואולם, המחלוקת על חובות עבר אינה עילת תביעה שאושרה בתביעת המכנה. בבקשת האישור שבבסיס תביעת המכנה לא נטען דבר בעניין זה בשם בעלי היחידות, ממילא גם לא אושרה עילת תביעה של הקבוצה בעניין זה. בתביעת המכנה לא מועלית כל טענה לגבי השלכות זכות הביטול או לגבי חובות עבר. נושא חובות עבר הוא המשך ישיר של תביעת הביטול. עצם העובדה שהמשיבות מבקשות להסדיר סוגיה זו בהסכם מעידה שהיא סוגיה שבמחלוקת. בעלי היחידות ה"לא פעילים" (מי שפרשו מן הקבוצה) זכאים להגיש תביעה שתכליתה להכריע במחלוקת האמורה. במקום שקיימות תביעות אישיות לגיטימיות, ניתן להגיש בגין הליך ייצוגי.

ד(5). בקשת האישור הנוכחית והסכם הפשרה בתביעת המכנה

49. נימוק נוסף של בית המשפט קמא הוא שהנושא הוסדר בהסכם הפשרה בתביעת המכנה, ובקשת האישור הנוכחית יש בה שימוש לרעה בהליכים משום שהיא פוגעת בהסכם הפשרה שיש בו ויתורים לטובת בעלי היחידות (עמוד 34 לפסק הדין). בעמוד 28 לפסק הדין נאמר כי כיום מוותרות המשיבות על חובות העבר שבעלי היחידות לכאורה חייבים בתשלומם. עוד נאמר, כי לאורך כל הדרך הובהר ששאלת חובות העבר תידון במסגרת תביעת דמי האחזקה. בית המשפט הנכבד קמא לא ציין היכן הובהר האמור. שלוש האמירות הללו שגויות מיסודן. בשום הליך לא נקבע שבעלי היחידות חייבים לכאורה בתשלום חובות עבר. נושא זה טרם נדון, ולכן הוא מועלה בהליך הנוכחי. המשיבות אינן מוותרות על חובות העבר. ההיפך הוא הנכון, בהסדר הפשרה, חברי הקבוצה מסכימים לשלם לקלאב הוטל את דמי האחזקה בדרך קיזוז ממה שקלאב הוטל הסכימה לשלם להם במסגרת הפשרה. עילת חובות העבר מעולם לא נכללה בבקשת האישור בתביעת המכנה ומעולם לא אושרה במסגרתה. הכל כפי שיובהר להלן.

50. ד(5)(1) מראשיתה נועדה תביעת הביטול הראשונה למנוע מהמשיבות לגבות מבעלי זכות

הנופש אשר ויתרו על זכותם את חובות העבר: בהקשר זה יוער, כי בא כוח המערערים, ביקש במסגרת בקשת האישור הראשונה, לתקן את התביעה ולכלול בה את הסעד הפוטר את קבוצת בעלי היחידות הלא פעילים מתשלום "חובות עבר" (לקורותיה של בקשה זו ונסיבות דחייתה ראו סיכומי היועץ המשפטי לממשלה בערעורים על פסק הדין בתביעת הביטול הראשונה, המפרטים את השתלשלות הדברים ומשמעותם [מוצג 1 לעמדה זו]). מכאן, שנושא "חובות העבר" הועלה על ידי עורך הדין ולר במסגרת תביעת הביטול הראשונה עוד לפני הגשת הסדר הפשרה הנדון בתביעת המכנה. בהליכי הערעור על פסק הדין בתביעת הביטול הראשונה הודיע עורך הדין ולר כי אם לא יינתן מענה לנושא זה בגדר אותם ערעורים תידרש בקשת אישור נוספת, ובהמשך לכך הוגשה בקשת האישור נושא הערעור הנוכחי. מכאן שבקשת האישור הנוכחית לא נועדה "להפריע" כביכול להסכם הפשרה בתביעת המכנה, אלא להיפך, תחילה הועלה נושא חובות העבר בתביעת הביטול הראשונה, ובעקבות זאת הכלילו הצדדים בתביעת המכנה את נושא חובות העבר בהסכם הפשרה האחרון בתביעת המכנה. ערעור מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה הוגש בנוגע לבקשה לאישור הסדר פשרה זה. אחד מנימוקי הערעור המרכזיים נסב על הכללת נושא חובות העבר בהסכם הפשרה האמור [ע.א. 5496/20 היועץ המשפטי לממשלה נ' קלאב הוטלס ואח']. ראו הסיכומים בערעור זה – מוצג 4 לעמדה זו]. יתרה מכך, מלכתחילה נועדה תביעת הביטול הראשונה להגן על קבוצת "הלא פעילים" מפני דרישת "חובות העבר", הרבה לפני אישורה של תביעת המכנה, והבקשה לאישור הסדר הפשרה החמישי בה.

51. הסדר הפשרה החמישי בתביעת המכנה נועד איפוא לייתר את בקשת האישור הנוכחית, וכן לקדם את פני בקשת האישור בת"צ (מחוזי ת"א) 2741-11-16 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' קלאב הוטל אילת בע"מ** (להלן: "**תביעת המונה**") בה מבוקש להפחית את הסכום הכולל של הוצאות המלון (המונה) בנוסחה לחישוב דמי האחזקה המוטלים על כל בעל יחידת נופש. המשיבות העדיפו להסדיר נושא זה עם התובע בתביעת המכנה ולא להתמודד בבקשת האישור הנוכחית ובתביעת המועצה לצרכנות לגבי המונה.
52. ללא בירור טענות המשיבות לקיומם של חובות עבר אין כל אפשרות להעריך את משקל הטענות הללו של המשיבות. נושא חובות העבר לא הועלה כתביעה בתביעת המכנה. אין בתביעת המכנה תובע הטוען לעילה זו והמצוייד במה שנדרש להוכחתה ובית המשפט לא מכיר אותה. ממילא לא ניתן במסגרת תביעה בנושא אחר לקזז סכומים נכבדים בגין חובות עבר, על יסוד טענות בעלמא שלא התבררו.

ד(5)(2). בהחלטת האישור בתביעת המכנה לא אושרה כל תביעה בנושא חובות העבר

53. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, בית המשפט קמא הנכבד טעה בסוברו, כי נושא חובות העבר כלול בתביעת המכנה, ועל כן ניתן היה להידרש אליו במסגרת הסדר הפשרה בתביעה זו. בית המשפט לא מכנה תביעה זו תביעת המכנה אלא תביעת דמי האחזקה. לשיטתו, חובות העבר הם חלק מהנושא הכולל של דמי האחזקה. קביעה זו מוטעית מיסודה. בהחלטה על אישור ניהול התובענה כייצוגית, אושרו עילות מוגדרות ואין בילתן. העיקרית בהן היא עילה ממוקדת אחת באשר לחובת המשיבות לשלם דמי אחזקה בגין היחידות שלהן [ראו ההחלטה על אישור תביעת המכנה – מוצג 6 לעמדה הנוכחית]. התביעה אינה מעלה את נושא גובה דמי האחזקה בכללותו (המונה והמכנה בנוסחה לחישוב דמי האחזקה), אלא רק את המכנה. בראשיתה כללה בקשת האישור האמורה טענה נוספת, כי החישוב לפיו מחושבים דמי האחזקה שגוי. התובע המייצג בתביעת המכנה חזר בו מטענה זו. בעקבות זאת, הגישה המועצה לצרכנות בקשת אישור בעילה זו. גם עילת המונה אינה קשורה לנושא חובות העבר. חובות העבר הם נגזרת של זכות הביטול.
54. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שכבר הובעה בתביעת המכנה ובערעור שהגיש על אישור הסכם הפשרה בתביעת המכנה, היא שמכוח הוראת ס' 18(ז)(1) לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") לא ניתן במסגרת הסדר פשרה להסדיר עילת תביעה שלא הועלתה בה. טענת הקבוצה לאי תקפות דרישת התשלום של "חובות עבר", אינה חלק מאותה תביעה. כיוון שכך, מקומה של עילת התביעה בנושא אי תקפות חובות העבר, הוא

בהליך הנוכחי דווקא ולא בתביעת המכנה. לא היה אפוא בסיס לדחות את בקשת האישור מטעם זה.

ד(5) (3). בהסדר הפשרה בתביעת המכנה אין מענה ראוי לסוגיית חובות העבר

55. נימוק דומה הוא שבהסדר הפשרה מוחקים את חובות העבר ובכך מקבלים את הסעד המבוקש בבקשת האישור הנוכחית. גם נימוק זה מראה שבית המשפט המחוזי היה ער לכך שבקשת האישור הנוכחית עניינה בשלילת דרישת המשיבות לתשלום חובות עבר ולא בסעד של הקפאת זכות הנופש. הדבר אינו מתיישב עם קביעת בית המשפט לפיה בבקשת האישור הנוכחית מבוקש להכיר בזכות להקפיא זמנית את זכות הנופש.

56. לעצם הנמקה זו – הסדר הפשרה בתביעת המכנה אינו נותן מענה הולם למבוקש בבקשת האישור הנוכחית. בהסדר הפשרה האמור נקבע כי חברי הקבוצה יקבלו החזר בגין עילת המכנה. עוד נקבע בהסדר, כי מההחזר האמור יקוזז חובות העבר. קיזוז הוא תשלום לכל דבר ועניין. מכאן שבמסגרת הסכם הפשרה בתביעת המכנה משלמים חברי הקבוצה למשיבות את "חובות העבר" הנדרשים על ידי המשיבות, למרות שחברי הקבוצה חולקים עליהם, ואין הכרעה שיפוטית לפיה המשיבות זכאיות לתשלום זה מחברי הקבוצה.

57. בקשת האישור הנוכחית נועדה לברר אם המשיבות זכאיות לתשלום זה. כפי שיצויין בהמשך, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קבוצת ה"לא פעילים" ויתרה בפועל על זכות הנופש, וחבריה אינם חייבים בתשלום דמי אחזקה, מאז חדל כל אחד מהם לעשות שימוש בזכות הנופש.

**פרק ה - התביעה ראויה לכאורה לאישור, בכפוף לבירורה:**

58. מבחינת הדין, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי יש להביא בחשבון, כגורם בעל משקל רב, כי הנתבעות שללו את האפשרות לבטל את החוזה, ולא הכירו בהודעות ביטול שנשלחו אליהן. דבר זה חייב התדיינות במשך שנים ארוכות. לאחר שנים שבהן הנתבעות שללו את האפשרות לבטל את החוזה, הן מנועות מלטעון כי בעל יחידה שוויתר עליה, ולא עשה בה שימוש לאורך השנים, חייב היה לשלוח הודעת ביטול, כתנאי לביטול.

59. נוסף על כך, התנהגותם של התובעים הרוכשים ה"לא פעילים", מצביעה באופן ברור על ויתור על הזכות. זהו אם כן מקרה קיצוני של ביטול בהתנהגות. יוער, כי הנתבעות עצמן כינו את אלפי הרוכשים שחדלו לנצל את זכות הנופש כקבוצת "לא פעילים". בכך יש הצהרה של הנתבעות כי הן יודעות שרוכשים אלו ויתרו על הזכות ואינם מעוניינים בה.

60. ועוד, במהלך כל שנות ההתדיינות בתביעת הביטול, לא ביקשו הנתבעות, ולו באופן חלופי, לקבוע כי הוויתור טעון הודעת ויתור פורמלית, ולא העלו סוגייה זו כלל. כך לא ביקשו להבחין בין קבוצות שונות – אלה שמסרו הודעות ביטול ואלה שלא מסרו הודעות ביטול. העלאת הטענה לראשונה, לאחר שניתן פסק הדין העיקרי בתביעת הביטול יש בה חוסר תוס לב, היוצר מניעות מלעשות כן.

61. ועוד, מדובר בוויתור ולא בהכרח בביטול חוזה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי בהחלטה על אישור ניהול התובענה כייצוגית, ולאחר מכן בפסק הדין העיקרי, התמורה לזכות הנופש שולמה במלואה על ידי הרוכשים, בעת ההתקשרות. מכאן ואילך היתה בידם זכות שהנתבעות יאפשרו להם לממש את הנופש, כנגד תשלום העלות בלבד. מדובר בזכות אשר הרוכשים זכאים לעשות בה שימוש אך אינם חייבים בכך. משבחרו לוותר עליה ולא לעשות בה שימוש אין הם חייבים בתשלום.

62. בהקשר זה יש לזכור, כי החוזה מסדיר את נושא ההודעה המוקדמת הנדרשת כתנאי למימוש הזכות, ולפיכך, לא נדרשת הודעה על ויתור על הזכות. רוכש שביקש לעשות שימוש בזכות הנופש בשנה מסויימת חייב היה לשלם את דמי האחזקה חודשים רבים מראש. מי שלא שילם את דמי האחזקה במועד, לא זכאי היה לנצל את זכות הנופש לא באותה שנה ולא לאחר מכן (כי לא ניתן להקפיא את זכות הנופש). בדרישה זו לשלם את דמי האחזקה זמן רב מראש, דאגו הנתבעות לכך שיוכלו להיערך מראש לאספקת הנופש למי שמעוניין בכך, והן ידעו מראש מי מעוניין לעשות שימוש בזכות ומי אינו מעוניין. במילים אחרות, ההסכם, שנוסח על ידי הנתבעות, יצר מנגנון שבו, כדי לנצל את זכות הנופש נדרש אקט פוזיטיבי של יידוע הנתבעות על הבחירה לממש את הזכות. מי שלא יידע את הנתבעות על בחירתו לממש את זכות הנופש בדרך של תשלום דמי האחזקה חודשים מראש, לא יכול היה לנצל את זכות הנופש. לאור מנגנון זה שקבעו הנתבעות, שבו נדרשת הודעה של חודשים מראש על הרצון לממש את הזכות, אין צורך בהודעה על העדר רצון כזה. מכל מקום, לא נגרם לנתבעות כל נזק מכך שהרוכשים הלא פעילים או מי מהם לא מסרו הודעה פורמלית על ויתורם על זכות הנופש.

63. ואפילו נאמר כי מדובר בביטול חוזה, הרי אין זה ביטול שבו עוסק חוק החוזים, בגין הפרה של החוזה או בגין פגם בכריתה. זהו מצב בו החוזה מגיע לסיומו על פי בחירה של צד לחוזה, הזכאי לעשות כן. כל חוזה מגיע לסיומו בשלב מסוים, למשל כשכל החיובים בוצעו. אין זה הביטול שבו עוסק חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, וגם לא הביטול שבו עוסק חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. הראשון עוסק בביטול עקב פגם בכריתה, והשני עוסק בביטול עקב הפרה. במצב של הפרה או פגם בכריתה, הנפגע לא תמיד מבקש לבטל

את החוזה ופעמים רבות הוא דווקא מבקש לקיימו. לא כן בסיטואציה שלפנינו, בה בעל זכות הנפש אינו עושה בה עוד שימוש ולכן הודעה פורמלית אינה הכרחית. בנסיבות הנוכחיות, יש הבעה ברורה של רצון מצד אלפי בעלי היחידות ה"לא פעילים" להפסיק את ההתקשרות.

64. מכל מקום, כאמור לעיל, גם מקום בו נדרשת הודעת ביטול על פי החוק, גישתה של הפסיקה הנה ליברלית ביותר. דהיינו, ההודעה אינה צריכה להיות מפורשת ויכולה להשתמע מהתנהגותו של המבטל. עניין זה נדון זה מכבר בספרות המשפטית, כך למשל נכתב כי:

"עם זאת הודעת הביטול אינה צריכה להיות מפורשת; גם התנהגות של המתקשר שממנה משתמעת בבירור כוונת הביטול עשויה להוות הודעת ביטול נאותה... הודעת ביטול יכולה להינתן גם תוך כדי הליך משפטי. תביעה להצהרה כי החוזה בוטל כדין או עצם הגשת התביעה לפיצויים ולהשבה בעקבות ביטול עשויות להיחשב כהודעות ביטול מספיקות. בפסק דין של בית-המשפט העליון ראה הנשיא שמגר בהשבת הכסף על ידי הצד השני משום הודעת ביטול" (גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 364-365 (2005)).

ועוד:

"עמדנו לעיל על גישתה הליברלית של הפסיקה בשאלה זו בהקשר להודעת ארכה. גישה זו אפינה מאז ומעולם את יחסה של ההלכה גם כלפי הודעת הביטול. אכן, עוד לפני חוק התרופות אומצה אצלנו ההלכה שלפיה ביטול חוזה אינו טעון הודעה פורמלית של הנפגע - ובלבד שהמפר יוכל ללמוד על הביטול מהתנהגותו של הנפגע." (גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני החוזים - התרופות - לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי פסקה 8.146 (2009)).

"בלשונו של השופט זילברג באחת הפרשות: אין צורך שתישלח הודעת ביטול לצד המפר. כל הנחוץ הוא... התנהגות העשויה ללמד את המפר כי השכנגדו החליט להסתלק מהחוזה ורואה אותו כנגמר...". (ע"א 268/67 אסל נ' לאופולד, פ"ד כא(2) 383, 388 (1967), שם, הערת שוליים 362).

כן נכתב:

ואף התנהגות שאינה מילולית- כגון הגשת תביעה או נקיטת פעולה אחרת המלמדת על קיומה בעין- כל אלה הם דרכים לגיטימיות לביטול החוזה. זאת, כל עוד יש בהן כדי להביא אדם סביר בנעליו של המפר אל המסקנה שהנפגע רואה עצמו משוחרר מכל מחויבות לקיום חיוביו הראשוניים" (שם, פסקה 8.151).



65. בוודאי כך, במקרה הנוכחי שבו, בו אין הוראת חוק המחייבת בהודעת ביטול. במקרה הנוכחי, בו במשך שנים אלפי בעלי יחידות חדלו מלעשות שימוש בזכות הנופש, והתגלע בינם לבין הנתבעות סכסוך, סביב עמדתן של הנתבעות כי הפסקת השימוש, קרי הוויתור על הזכות אינה משחררת מחובת תשלום דמי האחזקה, והנתבעות עצמן הגדירו את אותם רוכשי יחידות כלא פעילים, הרי שלדעת היועץ המשפטי לממשלה, היה כאן ביטול ברור בהתנהגות.

66. לנוכח הפסקת השימוש של אלפי בעלי יחידות, אם לא היתה ברורה לנתבעות כוונתם של ה"לא פעילים" כהגדרת הנתבעות, היה עליהם לפנות אליהם ולברר זאת. המשיבות לא עשו זאת כי עמדו על כך שאין אפשרות להשתחרר מהחוזה, ועל כן לשיטתן אי שימוש לאורך זמן לא היווה אינדיקציה לסיום החוזה. עם זאת, עמדת המשיבות שאין אפשרות להשתחרר מהחוזה נדחתה על ידי בית המשפט, ועל כן ההתנהגות שנבעה ממנה, רובצת לפתחם.

67. המדובר במקרה זה בהתנהגות של אלפי בעלי יחידות, שפרשו מן ההסכם בשל נסיבות משותפות שנוצרו, עקב העלאת דמי האחזקה באופן בלתי סביר, עד כי במקרים רבים זכות הנופש רוקנה מערכה, והיה לה ערך כלכלי שלילי. לנוכח תנועת פרישה המונית זו לא יכלו המשיבות להחזיק בסברה שה"לא פעילים" עודם מעוניינים בהסכם הנופש.

68. בעלי היחידות אשר פרשו מההסכם בעשותם כן ביטאו רצון ברור לחדול משימוש בזכות הנופש ומלשלם דמי אחזקה, בין שיהיו זכאים להשבה של התמורה המקורית ובין שלא. די בכך שבעלי היחידות איבדו את השקעתם המקורית. הטענה שהם ממשיכים לחוב בדמי אחזקה לאחר פרישתם מרחיקת לכת ביותר.

69. לנוכח תנועת הפרישה המונית זו, על המשיבות רבץ ורובץ הנטל לברר עם בעלי היחידות הפורשים, שמא משהו מהם מעוניין להמשיך בהתקשרות למרות ניתוק הקשר. אין הן יכולות להימנע מכל ברור ולטעון כי כל אותם אלפים עודם מעוניינים בהתקשרות והם ממשיכים לצבור מידי שנה לתקופה ארוכה ביותר חוב דמי אחזקה.

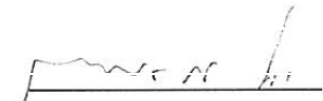
#### **פרק ו - חשיבות פעולתו של בא כוח המערערים לטובת הקבוצה והביקורת שהופנתה כלפיו**

70. בפסק הדין נמתחה ביקורת קשה על עורך הדין שחר ולר, בא כוח המערערים. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין הצדקה לביקורת זו, ולא נפל כל פסול בהתנהגותו של עורך הדין ולר. נסיונות המשיבות לפגוע בשמו הטוב נובעים דווקא מהייצוג הראוי של הקבוצה. טענות דומות נידחו על ידי כבוד השופטת ברון במסגרת תביעת הביטול. כעולה מכל הטענות המובאות לעיל, טענותיו של עורך הדין ולר ראויות היו להתקבל ומשכך, לא היה כל מקום לביקורת שהוטחה זו.

71. לאור כל האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שפסק הדין וכל הנמקותיו שגויים,

ויש לבטלו, ולהשיב את ההליך לבית המשפט קמא לדיון בבקשת האישור לגופה.

היום,



יעל מימון

ממונה על עניינים אזרחיים

בפרקליטות המדינה