

בעניין:

1. קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ
  2. קלאב אין אילת אחזקות בע"מ
  3. קלאב אין מלונות אילת בע"מ
  4. קלאב הוטל אילת בע"מ
  5. קלאב הוטל ניהול (1996) בע"מ
- על-ידי ב"כ עוה"ד אלקס הרטמן ו/או חגי דורון ו/או אוריאל פרינץ  
ממשרד ש. הורוביץ ושות', עו"ד  
מרחוב אחד העם 31, תל אביב 6520204  
טל: 03-5670629, פקס: 03-5660794
- ועל-ידי ב"כ עוה"ד ד"ר גיל אוריון  
ממשרד פישר בכר חן וול אוריון ושות', עו"ד  
מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב 64731  
טל: 03-6944142, פקס: 03-6944242

המערערות בע"א 7823/17

המשיבות בע"א 7874/17

- נ ג ד -

1. יצחק דקל
  2. יהושע כספי
- על-ידי ב"כ עוה"ד ד"ר שחר ולר ו/או ד"ר עומר דקל  
משדרות שאול המלך 8, בית אמות המשפט, קומה 9, תל אביב 6473307  
טלפון 073-7181718; פקס: 073-7181717

3. שמואל אלון
  4. שמואלה אלון
- על-ידי ב"כ עוה"ד עובדיה כהן  
מרחוב בן יהודה 34, קומה 18, ירושלים 91680, ת.ד. 68077  
טלפון: 077-8150041; פקס: 02-6738931

המערערים בע"א 7874/17

המשיבים בע"א 7823/17

5. היועץ המשפטי לממשלה
- ע"י ב"כ עו"ד יעל מימון  
פרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית  
רחוב קריית המדע 5, הר חוצבים ירושלים  
טל': 02-6362021; פקס': 02-6362050

6. המועצה הישראלית לצרכנות
- על ידי ב"כ עוה"ד זאב ש. פרידמן ו/או יעל כהן-שאואט  
מרחוב מנחם בגין 55, קומה 2, תל אביב 61204  
טל: 03-6247380; פקס: 03-6241053

המשיבים

סיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. ערעורים הדדיים אלה מתייחסים לפסק הדין המשלים שנתן בית המשפט קמא, ובו קבע את שכר הטירחה והגמול שישלמו המשיבים 1-4 (להלן: "קלאב הוטל" או "הנתבעות") למערערים 1-4 (להלן: "דקל ואח'') או "התובעים"), בהמשך לפסק הדין שנתן בתביעה הייצוגית, בו קיבל את התביעה הייצוגית וקבע כי לפי פרשנותו הנכונה של החוזה שבין רוכשי יחידות הנופש לבין הנתבעות, רשאים רוכשי היחידות לוותר על זכות הנופש, מבלי שיהיו חייבים להמשיך לשלם דמי אחזקה שנתיים.
2. לכאורה עוסק פסק הדין המשלים בנושא שכר הטירחה והגמול שישולם לתובעים ובאי כוחם. ואולם הדיון בנושא שכר הטירחה והגמול, הפך למחלוקת בשאלה, מה נפקותו של פסק הדין לגבי הקבוצה, והאם הכריע פסק הדין, בסכסוך שבין הקבוצה לבין הנתבעות, נושא הליך זה. החלטת בית המשפט קמא נושא ערעורים אלו, עלולה להתפרש כמותירה את הסכסוך האמור ללא הכרעה או בהכרעה חלקית בלבד. בכך יש קושי רב מבחינת הקבוצה שבשמה נוהל ההליך.
3. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש צורך בהתערבותו של בית משפט נכבד זה, בנקודה זו, במסגרת ערעורי התובעים על פסק הדין ועל פסק הדין המשלים.
4. נתייחס תחילה להיבט זה של פסק הדין המשלים, ולאחר מכן, נתייחס לסוגיית שכר הטירחה והגמול של התובעים ובא כוחם.

#### **תחולת פסק הדין - שאלת הויתור בפועל על הזכות והצורך בהודעת ביטול פורמלית:**

5. המחלוקת נוגעת לשאלה אם בעקבות פסק הדין, חברי הקבוצה, שחדלו לפני שנים רבות לעשות שימוש בזכות הנופש, ובפועל וויתרו עליה, חייבים בדמי אחזקה גם לאחר שוויתרו על זכות הנופש.
6. נקדים ונאמר, כי תכליתה העיקרית של הבקשה הנוכחית לאישור התביעה הייצוגית, בשם ציבור רוכשי יחידות הנופש, הייתה לשחרר את אלו מביניהם שחדלו לעשות שימוש בזכות הנופש, מדרישתן הלא חוקית של הנתבעות, כי אותם רוכשי יחידות ימשיכו לשלם להם את דמי האחזקה השנתיים, עד לתום תקופת החוזה, וזאת בהתעלם מכך, שאין הם מעוניינים עוד בזכות הנופש, שרכשו בתמורה, וחדלו לעשות בה שימוש.
7. דרישותיהן הלא חוקיות של הנתבעות התבססו על עמדתן לפיה לא ניתן להשתחרר מתשלום דמי האחזקה השנתיים, תוך ויתור על זכות הנופש, או תוך ביטול החוזה, וכי תשלום דמי האחזקה הוא חיוב עצמאי בחוזה ואינו תלוי בניצול זכות הנופש. תכלית התביעה היתה, איפוא, לתת מענה למצוקתם של אלפי רוכשי יחידות, שמצאו עצמם במצב זה.

8. פועל יוצא נוסף של התביעה היה, שהיא ביקשה לאפשר לבעלי יחידות פעילים, לוותר בעתיד על זכות הנופש ולבטל את החוזה. לאחר שאושרה התביעה כייצוגית, התקבל בכנסת תיקון מס' 37 לחוק הגנת הצרכן, התשע"ד-2014. 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. לאחר תיקון זה טענו הנתבעות כי אין עוד צורך בבירור התביעה לגופה. התובעים טענו כי לתביעה חשיבות רבה לגבי העבר, קרי לגבי מי שוויתרו על הזכות וחדלו לעשות בה שימוש. היועץ המשפטי לממשלה, וכך גם המועצה לצרכנות סברו כי התיקון לחוק אינו מייתר את התביעה, כאמור. בית המשפט קמא קיבל עמדה זו וקבע כי בירור התביעה יימשך. המשמעות היא כי התביעה נוהלה בראש וראשונה כדי להגן על האינטרסים של חברי הקבוצה שוויתרו על זכות הנופש קודם לתיקון.
9. בבקשת האישור נתבעו כמה סעדים, והם: להצהיר על זכותו של בעל יחידה לוותר על זכות הנופש, תוך הפסקת תשלום דמי האחזקה; להצהיר על זכותו של בעל יחידה להקפיא את זכות הנופש, תוך הימנעות מתשלום דמי אחזקה שנתיים בתקופת ההקפאה; להשיב את התשלומים לחברי קבוצה שוויתרו על זכות הנופש, וחרף זאת והמשיכו לשלם את דמי האחזקה, בשל דרישותיהן של הנתבעות.
10. באשר לסעד האחרון של השבת דמי האחזקה, בית המשפט קמא קבע בהחלטת האישור כי התובעים וויתרו על סעד זה. קביעה זו מוטעית היא. למיטב ידיעתנו אין לה בסיס. מכל מקום סעד זה לא אושר בהחלטה על אישור התביעה.
11. אשר לסעד של הקפאת זכות הנופש, בית המשפט דחה את בקשת האישור לגביו, וקבע כי לא ניתן להקפיא את זכות הנופש ולחזור לעשות בה שימוש.
12. נותר, אפוא, הסעד המכיר בכך שבעל יחידת נופש רשאי לוותר על זכות הנופש, מבלי שיהא חייב בתשלום דמי האחזקה השנתיים, לאחר הוויתור.
13. **נקודת המוצא לטיעוננו הוא כי בית המשפט קמא הכיר בסעד של וויתור מלא על זכות הנופש ולא הכיר בסעד של הקפאה. נראה כי אין על כך חולק.**
14. בפסק הדין שניתן בתביעה עצמה, התקבלה התביעה כפי שאושרה, וניתן הסעד ההצהרתי לפיו בעל יחידת נופש זכאי על פי החוזה, בכל עת לוותר על זכות הנופש.
15. הן בהחלטת האישור [מוצג 1] והן בפסק הדין העיקרי [מוצג 8] נקבע כי בעלי היחידות שילמו בעת ההתקשרות את מלוא התמורה בעבור זכות הנופש, וכי תשלום דמי האחזקה אינו חיוב עצמאי בחוזה, או תמורה נוספת בחוזה, אלא תנאי לניצול זכות הנופש. בהתאם, נקבע כי משהמדובר בחיוב חד-צדדי ששולמה עבורו תמורה מלאה, בעל הזכות שאינו מעוניין בה עוד, רשאי לוותר עליה.

16. עוד חשוב לזכור כי המחלוקת שניטשה בין הנתבעות לבין בעלי היחידות, בהקשר של תשלום דמי אחזקה, לאחר וויתור על הזכות, סבבה סביב שאלת פרשנותו של החוזה, דהיינו סביב השאלה אם החוזה מאפשר וויתור כאמור. המחלוקת לא עסקה בשאלה אם נדרשת הודעת ביטול או אם ניתנה הודעת ביטול. מחלוקת זו לגבי פרשנות החוזה הוכרעה לטובת חברי הקבוצה.
17. עתה, באות הנתבעות וטוענות כי פסק הדין לא פטר את בעלי היחידות שחדלו זה מכבר מניצול זכות הנופש, מתשלום דמי אחזקה. לטענתן נדרשת הודעת ביטול. עוד לטענתן, מי שלא שלח הודעת ביטול מסודרת, לא ביטל את החוזה, והוא חייב בדמי אחזקה עד למועד ששלח או יישלח הודעת ביטול.
18. התובעים (המערערים) מצידם טוענים, כי פסק הדין, הקובע כי החיוב לשלם דמי אחזקה שנתיים הוא תנאי למימוש הזכות, מכיר בכך שמי שהפסיק לעשות שימוש בזכות הנופש אינו חייב בדמי אחזקה, גם אם לא שלח הודעת ביטול פורמלית.
19. הנתבעות טוענות כי מאחר שפסק הדין לא הכיר בזכות להקפיא זמנית את זכות הנופש, אי אפשר לדעת אם מי שחדל לעשות שימוש בזכות הנופש התכוון להקפיאה ולחזור לעשות בה שימוש או לא ועל כן הודעת הביטול נדרשת.
20. לטענה זו נשיב כי באופן עקרוני, על פני הדברים, נראה כי אין בין חברי הקבוצה מי ששבו לעשות שימוש בזכות הנופש, לאחר שחדלו מכך, ועל כן דומה שהנתבעות מבקשות להכביד בתנאי, שלאמתו של דבר אינו נדרש. זאת משום, שאילו, באופן תיאורטי, היה בעל יחידה, שחדל לעשות בה שימוש, מבקש לחזור ולעשות בה שימוש, הוא היה נדרש כתנאי לשימוש, לשלם את כל דמי האחזקה בשנים שקדמו לכך. מכל מקום, הנתבעות שהמידע בידן, לא הציגו מקרה אחד כזה.
21. עוד מסתמכות הנתבעות על כך שלאחר ההחלטה על אישור התביעה כייצוגית, דחה בית המשפט קמא, את בקשת התובעים הייצוגיים, שהיועץ המשפטי לממשלה והמועצה תמכו בה, לתקן את כתב התביעה ולהוסיף סעד המצהיר, כי מי שלא עשה שימוש בזכות הנופש, אינו חייב בתשלום דמי אחזקה [בקשת התיקון מוצג 2, ההחלטה בה מוצג 3].
22. הנתבעות טוענות בטענתן זו. בית המשפט קמא עמד בהחלטתו, על כך שלא ניתן להקפיא את זכות הנופש. זאת ותו לא. אין לכך כל קשר לטענה החדשה של הנתבעות כי מי שוויתרו בפועל על זכות הנופש, חייבים כביכול בדמי אחזקה, כל עוד לא שלחו הודעת ביטול פורמלית בכתב. הנתבעות מערבבות, באופן מטעה, בין קביעת בית המשפט כי לא ניתן להקפיא זמנית את הזכות, לבין טענתן החדשה ומרחיקת הלכת כי נדרשת הודעת ביטול פורמלית, וכי לא די בויתור על הזכות וסיום ההתקשרות בהתנהגות.
23. כדי לדייק בעניין זה, נתעכב על בקשת הבהרה זו של התובעים ומה שהוחלט בה. בדיון בבקשה זו, טענו הנתבעות, כי בקשה זו מכוונת לעקוף את החלטת בית המשפט קמא על אישור התביעה, הדוחה את הבקשה

לאשר את הסעד של הקפאת זכות הנופש. התובעים, מצידם, הסבירו שאין זו כוונתה של בקשת התיקון, וכי תכליתה היא אך להבהיר את הנפקות של הסעד ההצהרתי, ואת השלכתו על דרישות תשלום לאחר הוויתור על הזכות, וזאת לנוכח דרישות התשלום שהמשיכו הנתבעות לשלוח אל חברי קבוצה [ראו פרוטוקול מוצג 3].

24. בהחלטה מיום 25.2.14 דחה בית המשפט קמא (כבוד השופטת ענת ברוך) את בקשת התיקון. חשוב לעמוד על הנמקתו. בית המשפט קמא, אכן ראה אותה כעומדת בסתירה לדחיית סעד ההקפאה הזמנית, אך הוסיף כי בגדר פסק הדין ידון בית המשפט קמא בהשלכת פסק הדין על הקבוצה: "בית המשפט בין כך ובין כך יידרש, ככל שימצא לכך מקום, לסוגיות המשפטיות שתיק זה מעורר- לרבות ההשלכות, ככל שיהיו, לפסק הדין שיינתן בסופו של דיון" [מוצג 3]. מכאן נובע, כי בית המשפט קמא, בהחלטתו לאשר את התביעה, ראה את הסכסוך בעניין החובה לשלם דמי אחזקה לאחר הוויתור על זכות הנופש, כנושא התביעה. מצד אחד, הוא לא קיבל את הבקשה להוסיף סעד, מחשש שיעלה ממנו כי ניתן להקפיא את זכות הנופש, אך מצד שני הודיע בית המשפט הנכבד, כי הוא יידרש בפסק הדין לעניין ההשלכות של ההכרה ביכולת לוותר על הזכות.

25. למרבה הצער, בית המשפט קמא (כבוד השופט רחמים כהן) בפסק דינו לא נדרש לשאלה זו.

26. נפנה עוד להחלטות שקדמו להחלטה הנ"ל. כך בהחלטת בית המשפט קמא מיום 16.7.18 בעניין בקשה לאישור נוסח המודעה [הבקשה מוצג 4], נקבע: "בסעיף 'נושא התובענה הייצוגית' יירשם: 'זכותו של כל מי שרכש זכות נופש לוותר על הזכות ולסיים את ההתקשרות עם קלאב הוטל ולהפסיק לשלם לקלאב הוטל תשלום המכונה 'דמי אחזקה' " [ההחלטה מוצג 5].

27. נפנה עוד להחלטת בית המשפט קמא מיום 18.7.13, בבקשת הנתבעות להורות כי הגדרת השאלות המשותפות במודעה שאושרה לפרסום, לא תזכיר את החדילה מתשלום דמי אחזקה ותהיה: "האם הסכמי הרכישה מקנים לחבריה זכות לסיים את ההתקשרות עם קלאב הוטל תוך וויתור על זכות הנופש, אם לאו." [הבקשה מוצג 6]. בית המשפט קמא דחה את הבקשה והוסיף להגדרת השאלות שבמחלוקת את החדילה מתשלום דמי אחזקה: "מששבת ועיינתי בנוסח ההודעה אני רואה לנכון להורות על תיקון השאלות המשותפות של עובדה ומשפט, והוא יהא כדלקמן: 'האם זכאים חברי הקבוצה לוותר על זכות הנופש שלהם ולסיים את ההתקשרות עם קלאב הוטל, ובתוך כך לחדול מתשלום דמי האחזקה'" [מוצג 7].

### עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלת הוויתור בפועל על הזכות והצורך בהודעת ביטול פורמלית:

28. פשיטא, שבפסק הדין [מוצג 8] או בפסק הדין המשלים [מוצג 9], בנושא שכר הטירחה והגמול, אין בסיס לטענת הנתבעים כי נדרשת הודעת ביטול, וכי ללא הודעת ביטול מסודרת, החוזה ממשיך לעמוד בתוקפו.

29. פסק הדין העיקרי, לפי פירושו הסביר, מכיר בכך, שבעלי היחידות, ה"לא פעילים" כפי שהם מוגדרים על ידי הנתבעות, אינם חייבים עוד בדמי אחזקה.

30. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, פרשנות זו של פסק הדין היא עדיפה על הפרשנות, לפיה נותרה בעינה מחלוקת, אם נדרשת הודעת ביטול, ומי בפועל ביטל את החוזה. הפרשנות השניה, מותירה את המחלוקת בעינה, ומאפשרת לנתבעות להמשיך בהתנהלותן כלפי חברי הקבוצה, דהיינו, להמשיך לדרוש ולתבוע מחברי הקבוצה את תשלום דמי האחזקה, בגין שנים שלאחר שוויתרו על זכות הנופש. פרשנות זו, לדעת היועץ המשפטי, היא קשה ואין לקבלה. כך לגבי פסק הדין העיקרי.

31. בפסק הדין המשלים שנתן בית המשפט קמא בנושא שכר הטירח, הוא קיבל את טענת הנתבעות כי אין לדעת מהן ההשלכות של פסק הדין על חובות העבר, וכי פסק הדין לא עסק בחובות העבר. עם זאת, בניגוד לטענת הנתבעות, בית המשפט קמא הנכבד, לא קבע כי הכרח הוא שתימסר הודעת ביטול מסודרת, וכי ככל שלא נמסרה הודעת ביטול החוזה עומד בתוקפו.

32. קביעתו של בית המשפט קמא, בפסק הדין המשלים, כי פסק הדין העיקרי אינו עוסק בחובות העבר, קשה היא. התובעים ערערו גם על קביעה זו. לפיכך בגדר הערעור עולה גם נושא זה. מבחינה פרוצדורלית, לא ניתן היה בגדר ערעור על פסק הדין העיקרי לערער על קביעה זו, משום שטרם באה לעולם בעת מתן פסק הדין העיקרי. קביעה זו באה לראשונה לעולם בפסק הדין המשלים, ולפיכך ניתן היה לערער עליה רק בגדר הערעור על פסק הדין המשלים, כפי שעשו התובעים.

33. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ראוי שבית משפט נכבד זה יתערב במסקנות הערכאה דלמטה, בנקודה זו, בין בדרך של הבהרת נפקות פסק הדין לגבי הקבוצה, ובין בדרך של החזרת התיק לבית המשפט קמא, על מנת שיכריע בנקודה זו, בהמשך להחלטת בית המשפט קמא, במסגרת בקשת התיקון של התובעים, לפיה בגדר פסק דינו יתייחס לנפקות ההכרה בזכות הוויתור והביטול.

34. היועץ המשפטי לממשלה ינמק כאן עמדתו זו.

35. יש לזכור כי המדובר בהליך שיש לו חשיבות צרכנית רבה להגנה על ציבור צרכנים, המצוי בעמדת נחיתות, בהתנהלותו מול הנתבעות, המנהלות מאבק עיקש, עתיר משאבים, לדחות את ההכרעה בסכסוך לגבי החובה להמשיך לשלם דמי אחזקה, לאחר וויתור בפועל על זכות השימוש. אם פסק הדין לא יבהיר בצורה חד משמעית את זכויותיהם של בעלי היחידות הללו, וישים סוף פסוק לסכסוך, ספק אם תהיה תועלת רבה לפסק הדין באופן מעשי. די לנתבעות שהעניין לא הוכרע סופית, כדי להמשיך ולדרוש תשלום דמי אחזקה לעבר. הנתבעות מודיעות על כך בפה מלא בסיכומיהן. לטענתן, בית המשפט קמא הכריע כביכול כי מי שלא מסר הודעת ביטול חייב בדמי אחזקה.

36. גם מבחינת משאבי המערכת השיפוטית והציבורית, אין להותיר סכסוך זה, שהתגלע כבר בראשית מאה זו, והתנהל בערכאות, מאז 2009, תוך השקעת מאמצים כבדים, ללא הכרעה סופית.
37. 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. הן מנועות מלטעון כעת, לאחר כל השנים שלא הכירו בהודעות ביטול, כי בעל יחידה שוויתר עליה, ולא עשה בה שימוש לאורך השנים, חייב היה לשלוח הודעת ביטול, כתנאי לביטול.
38. בנוסף, זהו מקרה קיצוני של ביטול בהתנהגות. התנהגות התובעים והרוכשים הלא פעילים, כפי שהנתבעות עצמן מגדירות אותם, היא כה ברורה, שלא ניתן לפרשה אלא כוויתור מלא על זכות הנופש. נסיבות הפרשה, בהן מצאו עצמם אלפי בעלי יחידות, במצוקה, עקב החיוב בדמי האחזקה, ועמדתן העיקשת של הנתבעות כי החוזה שולל זכות זו, מלמדות בבירור על כך כי מי שחדל לעשות שימוש בזכות הנופש, התכוון לוותר על הזכות.
39. הנתבעות עצמן כינו את אלפי הרוכשים שחדלו לנצל את זכות הנופש כקבוצת "לא פעילים". בכך יש הצהרה של הנתבעות כי הן יודעות שרוכשים אלו וויתרו על הזכות ואינם מעוניינים בה.
40. ועוד, כל תכליתה של התביעה הייצוגית הנוכחית היא לשחרר את רוכשי היחידות שוויתרו בפועל על הזכות, מדרישתן הלא חוקית של הנתבעות, כי אותם רוכשים ימשיכו לשלם דמי אחזקה. בהתאם לכך הגדיר בית המשפט קמא את הסעד שאושר כסעד הצהרתי המכיר בכך שרוכש רשאי לוותר על זכות הנופש, ובתוך כך, לחדול מתשלום דמי האחזקה. המחלוקת שעליה נסבה תביעה זו היא איפוא, אם הרוכשים שחדלו לעשות שימוש בזכות הנופש חייבים בדמי אחזקה.
41. ועוד, במהלך כל שנות ההתדיינות, לא ביקשו הנתבעות, ולו באופן חלופי, לקבוע כי הוויתור טעון הודעת וויתור 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 יש בה חוסר תום לב, היוצר מניעות מלעשות כן. הנתבעות יצרו מצג כי חובת הלא פעילים בתשלום דמי אחזקה קמה ונופלת על השאלה אם לפי החוזה ניתן לוותר על הזכות, תוך חדילה מתשלום דמי האחזקה.
42. ועוד, המדובר בוויתור על זכות, ולא בהכרח בביטול חוזה. כפי שקבע בית המשפט קמא בהחלטה על אישור התביעה, 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. המדובר בזכות אשר הרוכשים זכאים לעשות בה שימוש אך אינם חייבים בכך. משבחרו לוותר עליה ולא לעשות בה שימוש אין הם חייבים בתשלום.

43. ובהקשר זה יש לזכור, כי החוזה מסדיר את נושא ההודעה המוקדמת הנדרשת כתנאי למימוש הזכות, ולפיכך, לא נדרשת הודעה על וויתור 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, והם 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 וויתורם על זכות הנופש.

44. 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 מסויים, למשל כשכל החיובים בוצעו. אין זה הביטול שבו עוסק חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וגם לא הביטול שבו עוסק חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"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 הנופש אינו עושה בה עוד שימוש ולכן הודעה פורמלית אינה הכרחית. מכל מקום בנסיבות הנוכחיות, יש הבעה ברורה של רצון מצד אלפי בעלי היחידות הלא פעילים להפסיק את ההתקשרות.

45. 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)).

46. ועוד :

"עמדנו לעיל על גישתה הליברלית של הפסיקה בשאלה זו בהקשר להודעת ארכה. גישה זו אפיינה 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).

47. 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)

48. 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 היה כאן ביטול ברור בהתנהגות.

49. לנוכח הפסקת השימוש של אלפי בעלי יחידות, אם לא היתה ברורה לנתבעות כוונתם של ה"לא פעילים" להגדרת הנתבעות, היה עליהם לפנות אליהם ולברר זאת. הם לא יכלו לשבת בחיבוק ידיים לנוכח האמור, ולראות את ההסכם כממשיך להתקיים. הם לא עשו זאת כי עמדו על כך שאין אפשרות להשתחרר מהחוזה, ועל כן לשיטתם אי שימוש לאורך זמן לא היווה אינדיקציה לסיום החוזה, אך עמדה זו נדחתה ע"י בית המשפט ועל כן ההתנהגות שנבעה ממנה, רובצת לפתחם.

50. הודעת הנתבעות בסיכומיהן, כי פסק הדין אינו מונע מהן להמשיך לדרוש דמי אחזקה מקבוצת הלא פעילים, כפי שעשו עד כה כאילו לא הוכרעה המחלוקת, מעוררת קושי, ולכאורה אינה עומדת בחובת תום הלב המוטלת על צד לחוזה, ועל מתדיין.

51. אם ינהגו הנתבעות לפי עמדה זו הרי תידרש תביעה ייצוגית נוספת. הדבר אינו סביר בנסיבות העניין.

52. בפסק הדין המשלים, נימק בית המשפט קמא את מסקנתו כי פסק הדין העיקרי אינו עוסק בחובות עבר, בכך שביטול החוזה הוא סעד בפני עצמו, שאינו שקול לחסכון הכספי. אך בכך טעה בית המשפט קמא הנכבד. 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. כאן 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 כספיים שנתיים לאורך שנים. המחלוקת היא אפוא על חובת תשלום דמי אחזקה למי שוויתר על זכות הנופש, ולכך בלבד. למחלוקת זו יש השלכה כספית ברורה.

53. ועוד ביסס בית המשפט קמא את מסקנתו, על קביעות משפטיות שהופיעו בהחלטה על אישור התביעה. בהחלטה זו נאמר כי דמי האחזקה אינם חלק מהתמורה החוזית ששולמה עבור זכות הנופש. החוזה לחוד ודמי האחזקה לחוד. לפיכך, לשיטתו של בית המשפט קמא, הסעד של ביטול החוזה, הוא סעד נפרד מנושא דמי האחזקה. גם נימוק זה מוטעה. למעשה ההיפך הוא הנכון. הסעד ההצהרתי נועד להבהיר בדיוק את זה, שאין חובה לשלם דמי אחזקה אם מוותרים על זכות הנופש. לטעויות אלה בפסק הדין יש משמעות גם לפרק השני שבערעור זה, העוסק בפסיקת הגמול ושכר הטירח.

54. לסיכום, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שלנוכח, עמדתן של הנתבעות, ולנוכח הערות בית המשפט קמא בפסק הדין המשלים, יש מקום להתערבות בית משפט נכבד זה, והבהרה כי חברי הקבוצה שחדלו לעשות שימוש בזכות הנופש, הם בגדר מי שוויתרו על זכות הנופש, ואין הם חבים בדמי אחזקה לאחר הפסקת השימוש. לחלופין, יש מקום להחזיר את הדיון בנקודה זו לבית המשפט קמא, על מנת שיכריע בה.

## שכר טירחה וגמול

55. השקולים בפסיקת שכ"ט וגמול סוכמו בפסק הדין מן העת האחרונה בע"א 8550/16, 8606/16 בארי לנואל

נ' גליה מאור ואח' (פורסם בנבו, 19.03.2018), שם נאמר:

"בין השיקולים השונים שבית המשפט נדרש להם בקביעת שכר הטרחה אנו מוצאים את הפרמטרים הבאים: היקף הטרחה; מידת הסיכון; התועלת לחברה; התועלת לחברה בכללותה; החשיבות הציבורית של התובענה; מורכבות ההליך; אופן הייצוג; הפער בין סכום התביעה לתוצאה הסופית; השלב במשפט, ואם המשפט הסתיים בפסק דין או בפשרה; ולאחר כל אלה, כאשר הנושא מגיע לפתחה של ערכאת הערעור – הכלל לפיו ברגיל ערכאת הערעור אינה מתערבת בענייני שכר טרחה."

56. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ההליך הנוכחי הוא הליך ייחודי, מבחינת כל השיקולים הנ"ל, וכי ראוי לפסוק לתובעים ובא כוחם שכר טרחה וגמול מירביים, ההולמים את נסיבות העניין. הטעמים לכך פורטו בעמדה שהוגשה לבית המשפט קמא בעניין זה [מוצג 10]. אנו מפנים לאמור בעמדה זו, ונחזור על הדברים בתמצית.

57. תביעה זו היא בעלת חשיבות ציבורית גדולה, הן מבחינת חברי הקבוצה, והן מבחינת קידום ההגנה על זכויות צרכניות. מבחינת הקבוצה, המדובר, בתביעה בעלת משמעות כספית גדולה ביותר מבחינת כל אחד מיחיד הקבוצה. כך מבחינת קבוצת הלא פעילים, שעל אף שוויתרו זה מכבר על זכות הנופש, מצאו עצמם בפועל חשופים למנגנון התביעה של הנתבעות, שבמסגרתו נדרשו לשלם עשרות אלפי שקלים. המדובר בקבוצה שרבים בה אנשים מבוגרים ואף קשישים וכן כאלה שנמנע מהם מסיבות בריאותיות ואחרות לעשות שימוש בזכות הנופש. בכך נבדלת תביעה זו, מתביעות ייצוגיות רבות לסכומים קטנים לכל יחיד בקבוצה (גם כשהן מצטברות לסכומים גדולים) שתכליתם העיקרית היא הרתעה. במקרה הנוכחי המדובר באכיפת זכות של צרכנים מן השורה.

58. ההשקעה שנדרשה בהליך זה היתה רבה. הנתבעות הן בעלות משאבים כספיים רבים, והם ניהלו מאבק משפטי נמרץ וקשה, שכלל גם טענות בנוגע לאופי הייצוג של בא כוחם של המערערים, כמתואר בהחלטה על אישור התביעה, החלטה שדחתה טענות אלו. העמידה מול הנתבעות במקרה הנוכחי הצריכה מאמצים רבים ויכולת עמידה גבוהה. ניהול ההליך היה כרוך בסיכונים של אובדן ההשקעה וכן של חיוב בהוצאות, כפי שאכן אירע, במהלך הניסיון לפעול לטובת הקבוצה בהליך המקביל בנושא דמי האחזקה.

59. המייצגים העדיפו את טובת הקבוצה על פני טובתם האישית, בכך שוויתרו על שכר טירחה גבוה שהובטח להם במסגרת פשרה, כשהתברר להם כי הפשרה אינה לטובת הקבוצה.

60. בעיית הנציג היא 'עקב אכילס' של התביעות הייצוגיות. בייצוג אנשים נעדרים, רב הפיתוי של שני הצדדים להעדיף את האינטרס הפרטי שלהם על פני אינטרס הקבוצה. במקרים המתאימים ראוי לתגמל כראוי מי שעומדים באתגר זה ברמה גבוהה, ומעדיפים את אינטרס הקבוצה על פני תועלת אישית גבוהה מאוד.

61. הסכומים שנפסקו כשכר טירחה וגמול (4 מיליון ש"ח כשכ"ט ו- 75,000 ש"ח כגמול) הם סכומים לא מבוטלים, ועם זאת קיימים שיקולים המצדיקים הגדלתם. השיקול הראשון הוא שזהו הסכום שנקבע בהסכם פשרה שהמייצגים וויתרו עליו לטובת הקבוצה, ונאלצו לברר את התביעה כולה לעיצומה. יש לעודד תובעים שלא לחשוש מלעמוד על זכויות הקבוצה, בשל חשש כי מאמץ זה לא יתוגמל. ההנחה של תובעים ייצוגיים כי לעולם לא יקבלו במסגרת פסק דין שלא בהסכמה, גמול ושכר טירחה העולים על מה שניתן לקבל בפשרה, וכן המחשבה שלעולם יקבלו סכומים גבוהים יותר בפשרה, מחלישה את עמידתם של מייצגים בתביעות ייצוגיות מול נתבעים, כשגם כך, יחס הכוחות בין המייצגים לנתבעים, מבחינת המשאבים העומדים לרשותם הוא כזה שיש בו יתרון לנתבעים. ראו לענין זה פסקה 8 להלכת רייכרט שם נאמר במפורש כי "שיעור שכר הטרחה בהליך שהסתיים בפסק דין לטובת הקבוצה המייצגת יהא גבוה משיעור שכר הטרחה בהליך שהסתיים בדרך של הסכם פשרה" (עא 2046/10 **עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט**, פ"ד ס"ה(2) 681 (להלן: "**הלכת רייכרט**")).

62. השיקול השני הוא שלפי כל אומדן התועלת הכספית של פסק הדין גבוהה ביותר, באופן המצדיק הגדלה של הפיצוי.

63. התחשיב של התובעים מתבסס על חסכון חלקי של דמי אחזקה לשנים מסויימות בלבד. כך החישוב לקח בחשבון רק את מי שביטלו את ההסכם במסגרת שני הסכמי פשרה שהציעו הנתבעות. הנתבעות החליטו לפעול על פי הצעותיהן המאפשרות ביטול של החוזה ופטור לשנים מסויימות מדמי אחזקה, על אף שהסכמי הפשרה לא אושרו. הסכמות אלו של הנתבעות יש לזקוף לטובת התביעה הנוכחית, שתבעה הכרה כללית בזכות הביטול. הצעות אלו נועדו לתת מענה לתביעת הביטול הנוכחית, ולמנוע את אישורה. זהו חסכון מוכח והוא חלקי ביותר, ביחס לחסכון הכולל. לפיכך, גם אם לא ידוע גודל החסכון הכולל, הרי ניתן לבסס את החישוב על חסכון מוכח זה. חסכון זה מגיע לכדי כ-35 מיליון ₪, כמפורט בסיכומים מטעם התובעים.

64. אכן במקרה זה הסעד שניתן הוא סעד הצהרתי, והלכת רייכרט לפיה בדרך כלל ייפסק שכר הטרחה בתביעה כספית באחוזים אינה חלה מבחינה זו על מקרה זה. ואולם, מבחינת רמת ההשקעה, התרומה, והחשיבות ניתן להשוות בין עניין רייכרט לבין המקרה הנוכחי. בפסיקת שכר הטרחה והגמול, בגין הסעד ההצהרתי, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנוכחי, יש להביא בחשבון את התועלת הכספית שצמחה לקבוצה מפסק הדין.

65. במקרה הנוכחי, התועלת הכספית היא ישירה. למעשה התכלית היחידה של התביעה היא להגן על חברי הקבוצה מפני דרישות כספיות של הנתבעים. על כן, יש לסעד שניתן השלכה כספית ישירה על חברי הקבוצה.
66. בקביעת שכר הטירחה במקרה הנוכחי, ראוי להתחשב בתועלת הכספית של פסק הדין. גם אם אין נתונים מלאים. ניתן להעריך זאת בקירוב. מספרם של בעלי היחידות הלא פעילים (שלמעשה חדלו להיות בעלי יחידות) יכול לתת אומדן מבוסס לשיעור התועלת.
67. בפרק הראשון בסיכומים אלה עמדו על הטעויות שנפלו בהנמקותיו של בית המשפט קמא, למסקנתו שחובות העבר אינם רלוונטיים להערכת התועלת שמפיקה הקבוצה מפסק הדין. בהנמקותיו אלו התעלם בית המשפט מכך שלב ליבו של הסכסוך הנוכחי נוגע לדרישת הנתבעות מחברי הקבוצה הלא פעילים לשלם להם דמי אחזקה עבור כל השנים מאז ההתקשרות.
68. גם הנימוק שדמי האחזקה שנויים במחלוקת בתביעה מקבילה, נימוק מוטעה הוא בכל הכבוד. הנתבעות עומדות על כך שדרישות דמי האחזקה ששלחו לבעלי היחידות הן דרישות מבוססות (ולשיטתן מופחתות) ואין הן מוכנות להפחית מהן. אין הן יכולות להישמע בטענה, שדרישות אלה עשויות להיות נמוכות משמעותית אם תתקבל התביעה בעניין דמי האחזקה. ועוד, ההליכים בעניין דמי האחזקה נמשכים שנים ארוכות מאז שנת 2000, ועד כה לא הופחתו דמי האחזקה. בכל מקרה, פסק הדין הנוכחי הוא ששיחרר את הלא פעילים ורבים אחרים מדרישות תשלום אלה במלואן.
69. להערכת היועץ המשפטי לממשלה, לתביעה הנוכחית היתה תרומה משמעותית למאבק הציבורי הכולל למען בעלי היחידות, ויחד עם החלטת בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית, הביא גם לתיקון החקיקה.
70. לאור כל האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שבנסיבותיו המיוחדות של ההליך הנוכחי, מתקיימים כל השיקולים המצדיקים פסיקת שכר טירחה מירבי, וכי ראוי ששכר טירחה זה יעלה על מה שהיו המייצגים מקבלים אילו נענו להצעת הפשרה של הנתבעות. שכר טירחה כזה מוצדק על פי השווי הכללי של התועלת של פסק הדין, גם בלא קשר למה שהוסכם במסגרת הסכם הפשרה.
71. האמור לעיל לעניין שכר הטירחה, מכוון גם לנושא הגמול לתובעים המייצגים.

היום, 28 מאי 2018,

י"ד סיון תשע"ח.

  
יעל מימון

ממונה על עניינים אזרחיים

בפרקליטות המדינה