

היועץ המשפטי לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
מרחוב קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים
ירושלים, 9777605
טל': 0733-929630 ; פקס': 02-6467038

המעורר

-נגד-

1. רויטל ממון

2. שרלי אלמלם

ע"י ב"כ עו"ד אדי בליטשטיין
מרח' סחרוב 22, ראשון לציון (משרד 210), 7570729
טל': 03-6427876 ; פקס': 03-4704697

3. Alia- Royal Jordinian Airline Co

ע"י ב"כ עו"ד משה לשם
מרחוב בלפור 13, תל-אביב, 6521127
טל': 03-6290780 ; פקס': 03-6290789

המשיבים

הודעת ערעור מטעם היועץ המשפטי לממשלה

היועץ המשפטי לממשלה מתכבד להגיש בזאת ערעור לבית משפט נכבד זה, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת אסתר נחליאלי חיאט), בהליך ת"צ (תל אביב) 14-11-27789, מיום 25.7.2019. פסק הדין מצורף בזאת ומסומן א'.

לנוכח פגרת הקיץ ופגרת סוכות, המועד להגשת הערעור קבוע ליום 29.10.2019.
על כן, ערעור זה מוגש במועד הקבוע בדין.

א. פתח דבר

1. בפסק הדין מושא הערעור ראה בית משפט קמא הנכבד להורות על אישור הסדר פשרה בתובענה הייצוגית שפרטיה לעיל, תוך דחיית התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה לאישור הסדר הפשרה. מכאן, ערעור זה.
2. היועץ המשפטי לממשלה סבור, בכל הכבוד הראוי, שאישור הסדר הפשרה אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת ואינו מתיישב עם תכליות חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: "החוק").
3. ערעור זה לא יעסוק בכל תג שבהסדר הפשרה ובפסק דינו של בית משפט קמא, אלא בעניינים המרכזיים שהיועץ המשפטי לממשלה מייחס להם חשיבות וסבור שבהם יש להתמקד בהליך הערעור. מכל מקום, אין ללמוד מהיעדר התייחסות לסוגיה מסוימת, על הסכמה כביכול של היועץ המשפטי לממשלה להוראות הסדר הפשרה בתובענה הייצוגית שפרטיה לעיל.
4. מעבר לעניינו של הסדר הפשרה הקונקרטי, ערעור זה מוגש גם בשל השאלה העקרונית שהתעוררה, האם יש מקום לאשר פיצויים במסגרת הסדרי פשרה בתביעות ייצוגיות במתווה של "כל הקודם זוכה", כאשר לאחר ששולמו פיצויים לחברי הקבוצה בסכום מרבי שנקבע בהסדר הפשרה, חברי קבוצה נוספים לא יהיו זכאים לפיצוי כלשהו, למרות שהם עומדים בתנאי הזכאות, למרות שהם פנו בתוך פרק הזמן שנקבע בהסדר, ולמרות שמשמעות הדבר היא שיחול עליהם מעשה בית דין מבלי שהם קיבלו פיצוי כלשהו. סוגיה זו עמדה בלב התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה דנן, הסבור, שככלל, אין לאשר מתווה פיצויים של "כל הקודם זוכה".
- מדובר בסוגיה עקרונית ורוחבית שהתעוררה גם בהליכים נוספים, כפי שיפורט להלן. גם מטעם זה היועץ המשפטי לממשלה רואה חשיבות בהכרעתו של בית המשפט הנכבד בסוגיה זו.
5. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה ששגה בית משפט קמא הנכבד בסוגיות חשובות נוספות והדברים יפורטו להלן.
6. לאור כל שיפורט בערעור זה יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא הנכבד ולהורות על דחיית הסדר הפשרה שהגישו הצדדים במתכונתו הנוכחית.

ב. רקע נדרש – ההליכים שהתנהלו עד כה

7. המשיבים 1-2 (להלן: "התובעים") הגישו ביום 13.11.2014 בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית נגד המשיבה 3 (להלן: "המשיבה"). בקשת האישור עסקה בביטולי טיסות על ידי המשיבה מירדן לישראל ומישראל לירדן במהלך מבצע "צוק איתן", מבלי שהוחזרה עלות כרטיסי הטיסה ומבלי ששולם הפיצוי הקבוע ב-חוק שרותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012 (להלן: "חוק שרותי תעופה").
8. ביום 27.9.2016 אושר ניהול התובענה כייצוגית, בשינויים. בהחלטה נקבע, שהמשיבה "התנהלה באופן חיובי, לא הסירה מעליה אחריות וניסתה לדאוג לבטחון נוסעיה ולרווחתם ולתת פתרונות זמינים ונוחים ובחלק גדול מהמקרים בהם בוטלו טיסותיה בתקופת מבצע צוק איתן סיפקה תשובות... בטיסות חלופיות כאשר טיסה כזו היתה אפשרית... כמו כן העמידה לרשות הנוסעים שטיסתם מעמאן בוטלה אוטובוסים למעבר הגבול עם ישראל, ... מצאתי כאמור כי המשיבה פעלה ועשתה רבות לתת פתרונות רלוונטיים לנוסעים בנסיבות" (סעיף 34).
- עם זאת, התובענה הייצוגית אושרה בעניין אחד והוא ביחס לאי החזרת תמורת כרטיסי הטיסה שבוטלו, כשלא סופקו כרטיסי טיסה חלופיים (והגם שניתנו פתרונות יבשתיים). ראו: סעיפים 39-44 להחלטה המאשרת.
- נקבע, שמתענות המשיבה עצמה עולה, שלא הושבה תמורת כרטיסי הטיסה בנסיבות האמורות. עוד נקבע, כי: "ישנה אפשרות סבירה שהשאלה אם חלה חובה על המשיבה להשיב את תמורת כרטיס בגין הטיסה שבוטלה... תוכרע לטובת הקבוצה, הגם שלטענת המשיבה העמדת חלופות הגעה לישראל מספיקות כדי לעמוד בתנאי החוק".

בית משפט קמא עמד על כך, שסעיף 6(א)(2) לחוק שירותי תעופה פוטר מהשבת תמורת הכרטיס, רק במקרה שבו סופק כרטיס טיסה חלופי, ועל כן יש אפשרות סבירה שהתובענה תתקבל וקבוצת הנוסעים "זכאית לכאורה לפי הוראות החוק להחזר תמורת הכרטיס ולמצער הקבוצה כולה זכאית לבחון את זכותה זו בתובענה" (שם).

ראוי לציין, שבית משפט קמא דחה את טענת המשיבה שתביעות נגד מובילי אוויר חוסות באופן בלעדי תחת חוק התובלה האווירית התש"ס-1980 (להלן: "חוק התובלה האווירית"), וכי לא ניתן להגיש תביעה (דוגמת התובענה הייצוגית שלפנינו) המתבססת על חוק שירותי תעופה. בית המשפט ציין, שמדברי ההסבר לחוק שירותי תעופה עולה ברורות שכוונת המחוקק הייתה, שחוק שירותי תעופה ישלים את החסר שהיה קיים בחוק התובלה האווירית ויאפשר הגשת תביעות מכוחו ביחס לסיטואציה של ביטול טיסה, דוגמת זו שלפנינו (ראו: סעיף 22 להחלטה המאשרת).

9. התובעים הגישו בקשת רשות ערעור לבית משפט זה נגד ההחלטה המאשרת (רע"א 8491/16). בקשת רשות הערעור נדחתה על ידי כב' הנשיאה חיות (החלטה מיום 23.2.2017). בהחלטה נקבע, שבוססה "אפשרות סבירה שהתובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה המיוצגת וזאת גם בשים לב לשאלות המתעוררות בנוגע ליחסי הגומלין בין דברי החקיקה השונים הנוגעים לענייננו". עוד נקבע בהחלטה, שהגם שעל פני הדברים יש קושי מסוים ליישב בין הוראות חוק שירותי תעופה להוראות ייחוד העילה שבחוק התובלה האווירית, אין הדבר מצדיק מתן רשות ערעור. זאת, היות שמדברי ההסבר לחוק שירותי תעופה עולה בבירור "כי המחוקק היה מודע להוראות חוק התובלה האווירית ולהוראותיה של אמנת מונטריאול בעת שחוקק את חוק שירותי תובלה¹ וביקש להוסיף עליהן... בנוסף על כך, בסעיף 6(ה)(1) לחוק שירותי תעופה התייחס המחוקק מפורשות למצב שבו "הטיסה בוטלה בשל נסיבות מיוחדות שלא היו בשליטתו" של המוביל האווירי ולא מצא לנכון לסייג את זכות ההשבה הקבועה בסעיף 6(א)(2) במצבים אלו".

בכל אופן, בהחלטה הוער, ששאלת יחסי הגומלין בין חוק התובלה האווירית לחוק שירותי תעופה, תתלבן במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית שאושרה "וחזקה על בית המשפט קמא כי יידרש אליהן במסגרת פסק הדין הסופי...".

10. בהמשך, בהמלצתו של בית משפט קמא, הצדדים ניהלו הליך גישור לפני כב' השופט (בדימוס) ענבר, בסיומו הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה לאישורו של בית משפט קמא (להלן גם: "הבקשה").

בהסדר הפשרה הוסכם על ידי הצדדים שסכום הפיצוי הכולל לחברי הקבוצה יעמוד על סך של 1.53 מיליון ש"ח, וכי כל חבר קבוצה יהיה זכאי לקבל החזר בסך של 1100 ש"ח. כמו כן נקבע, שכל חבר קבוצה יוכל לפנות למשיבה תוך 45 יום מעת פרסום המודעה על הסדר הפשרה בעיתונות ובאתר המרשתת של ב"כ התובעים, לשם קבלת ההחזר, אולם במידה וסכום ההחזר (בסך של 1.53 מיליון ש"ח כאמור) נוצל טרם שעברו 45 ימים, לא ישולם פיצוי נוסף כלשהו לחברי הקבוצה שיפנו (ואף אם יפנו בתוך 45 יום), כלומר "כל הקודם זוכה". אם סכום ההחזר לא ינוצל במלואו בתקופת 45 הימים האמורה, תינתן לחברי הקבוצה תקופה נוספת של 45 ימים לממש את זכאותם להחזר, ואם תיוותר יתרה לא מנוצלת לאחר 90 יום היא תועבר לקרן לניהול וחלוקת כספים שהוקמה בסעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "הקרן").

11. בהסדר פשרה הוסכם, שהמשיבה לא תידרש לאתר באופן פרטני את חברי הקבוצה, אלא תסתפק בפרסום הסדר הפשרה בשני עיתונים יומיים ובאתר המרשתת של משרד ב"כ התובעים, וחברי הקבוצה יקבלו את ההחזר לאחר שיפנו באופן יזום למשיבה, וישלחו לב"כ התובעים בדואר אלקטרוני צילום דרכון, כרטיס טיסה והמחאה מבוטלת לאימות חשבון הבנק.

¹ הטעות במקור. צריך לומר: "חוק שירותי תעופה".

12. ראוי לציין, שהגדרת הקבוצה בהסדר הפשרה כוללת נוסעים שרכשו כרטיס טיסה מהמשיבה לטיסות שהתקיימו בתאריכים 23.7.2014 עד 21.8.2014; טיסתם בוטלה על ידי המשיבה בקטע הטיסה שבין ישראל לירדן או ירדן לישראל; לא ניתן להם כרטיס טיסה חלופי; והם לא קיבלו החזר תמורת הכרטיס כמתחייב על פי הוראות חוק שירותי תעופה, ולא קיבלו פיצוי מהמשיבה.

13. הצדדים המליצו לבית המשפט להורות על תשלום גמול בסך של 75,000 ש"ח (בתוספת מע"מ) ושכר טרחה בסך של 336,000 ש"ח (בתוספת מע"מ). כמו כן, הוצע על ידי הצדדים שהגמול וכן 75% משכר הטרחה ישולמו תוך 30 יום ממועד אישור הסדר הפשרה על ידי בית המשפט, ויתרת שכר הטרחה תשולם כ-15 ימים לאחר שהצדדים יודיעו לבית המשפט על הסכום ששולם בפועל לחברי הקבוצה.

14. **היועץ המשפטי לממשלה הגיש לבית משפט קמא הנכבד את התנגדותו המנומקת להסדר הפשרה** וזאת בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 18 לחוק. נימוקי היועץ המשפטי לממשלה יוצגו להלן במסגרת פירוט נימוקי הערעור. היועץ המשפטי לממשלה יציין כאן בתמצית, שהערותיו המרכזיות נגעו למתווה הפיצויים בשיטת כל הקודם זוכה, לדרך הפרסום של הסדר הפשרה, לפיצוי בחסר לפחות ביחס לחלק מחברי הקבוצה, ולמועדי תשלום שכר הטרחה.

ג. פסק דינו של בית משפט קמא

15. פסק הדין הורה על **אישור הסדר הפשרה תוך דחיית התנגדות היועץ המשפטי לממשלה** בעיקרה, מלבד הקביעה שדי יהיה בהצגת מסמך לאימות זהות הפונה ובעלותו בחשבון הבנק חלף המחאה מבוטלת, וזאת בהסכמת הצדדים, וכן הבהרה שניתן יהיה לפנות לקבלת הפיצוי תוך 90 יום (ולא תוך 45 יום בלבד).

16. פסק הדין **לא התייחס** לסוגיה החשובה של מתווה "כל הקודם זוכה" שעמדה בליבת התנגדות היועץ המשפטי לממשלה (והגם שעניין זה נזכר בסעיף 9 לפסק הדין בפירוט טענות היועץ המשפטי לממשלה).

17. פסק הדין קבע, שההסתפקות בפרסום בעיתונות היא ראוייה היות וזו הדרך שנקבעה בחוק ורק כשיתקיימו "טעמים בעלי משקל" יהיה מקום להוסיף דרישת פרסום אחרת וטעמים כאלה לא הובאו בענייננו.

18. נדחתה גם ההערה בנוגע למועד תשלום שכר הטרחה ונקבע, שנכון שעמדת היועץ המשפטי לממשלה "תהיה עקרונית וכללית בנושאים מהותיים" "ולא הערה כמו מועד תשלום שכר טרחה".

19. עוד נקבע, שבניגוד לטענת היועץ המשפטי לממשלה, העובדה שאושר ניהול התובענה כייצוגית בהחלטה שיפוטית מפורטת "אין לה משקל של ממש בהערכת הסיכונים והסיכויים" בנסיבות העניין, לנוכח הערת כב' הנשיאה חיות בהליך בקשת רשות הערעור, שקיימת שאלה הדורשת ליבון (בנוגע ליחס בין חוק שירותי תעופה לחוק התובלה האווירית), ולנוכח האפשרות שמיצוי הדין בתביעה היה עשוי להביא לתוצאה שהתובענה תידחה.

20. ליתר נימוקי פסק הדין יתייחס היועץ המשפטי לממשלה להלן במסגרת הצגת נימוקי הערעור.

נימוקי הערעור

ד. השלכות ההחלטה בדבר אישור הגשת התובענה הייצוגית על בחינת הסדר הפשרה

21. טרם שיידרש היועץ המשפטי לממשלה להוראות הסדר הפשרה ולקביעות פסק הדין בעניינן, יבקש להבהיר את גישתו לשאלת **השלכות אישור ניהול התובענה כייצוגית על בחינת הסדר הפשרה**, היות ולשאלה זו נודעת חשיבות, כמצע לבחינת הסדר הפשרה, והיות וגישת בית משפט קמא בנדון **השפיעה על הכרעתו האופרטיבית** בפסק הדין, כדלהלן.

22. במסמך ההתנגדות, ציין היועץ המשפטי לממשלה, שככלל וכך גם במקרה דנן, **"כאשר מדובר בהסכם פשרה לאחר**

שהתובענה אושרה נדרשת בחינה קפדנית במיוחד, הבוחנת כי הסכם הפשרה אינו פוגע בזכויות הקבוצה".

23. פסק הדין לא קיבל עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה וקבע: **"התזכורת החוזרת ונשנית במסגרת עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי התובענה אושרה כייצוגית - אין לה משקל של ממש בעת הערכת 'הסיכונים והסיכויים' לאור הנסיבות שפורטו..."** (סעיף 11).

בהקשר זה מציין פסק הדין, שבמסגרת החלטת בית המשפט העליון לדחות את בקשת רשות הערעור על ההחלטה המאשרת נקבע, שנתרו שאלות הדורשות ליבון (שאלת היחס בין חוק שרותי תעופה לחוק התובלה האווירית), ולכן, קיימות אפשרות שהתובענה הייצוגית תידחה וחברי הקבוצה יוותרו בלא פיצוי. עיון בפסק דינו של בית משפט קמא הנכבד מעלה, שלנקודת מוצא זו לפיה לאישור ניהול תובענה כייצוגית אין משקל של ממש בבחינת הסדר הפשרה, הייתה השפעה על ההכרעה האופרטיבית לדחות את התנגדות היועץ המשפטי לממשלה. כך, הן באופן כללי (ראו בסעיף 11 לפסק הדין) והן בנוגע לעניינים ספציפיים בהסדר הפשרה (ראו למשל בסעיפים 12, 14 לפסק הדין, ביחס לסכום הפיצוי שהוסכם בהסדר הפשרה).

24. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שבכך טעה בית משפט קמא הנכבד**. אכן, מטבעם של דברים שהחלטה המאשרת ניהול תובענה כייצוגית אינה מכריעה באופן סופי בעילת התביעה. כפי שנקבע בסעיף 8(א)(1) לחוק ביחס לשאלות המשותפות הנדונות בבקשת האישור, לשם אישור התובענה די בכך **"שיש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**. אולם, לא מדובר בנטל קל, וזאת לנוכח המשמעויות הכלכליות והציבוריות כאחד הכרוכות בהחלטה על אישור ניהול התובענה כייצוגית. כפי שנקבע בעניין **מגדל²** נטל זה אינו "קל כנוצה" אלא **"על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא"** (סעיף 59 לפסק הדין של כב' השופטת ברק ארז). עוד הוטעם שם, שמדובר ברף מחמיר יותר מהרף המצדיק שלא לסלק על הסף תביעה אזרחית רגילה, ויש לשכנע את בית המשפט בקיומה של עילת תביעה **"במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד"** (שם, בסעיף 41); **"על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו"**, ו- **"בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית"** (שם). ראו גם בחוות דעתו של כב' השופט דנציגר שם (שהצטרף לדעת הרוב יחד עם כב' השופטת ברק ארז), שאמנם בשלב אישור ניהול התובענה כייצוגית עילת התביעה נבחנת במישור הלכאורי בלבד, אולם מדובר ברף משפטי שיש לעמוד בו והקלה ברף זה מעבר לנדרש **"עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה"**.³

25. על כן, גם בעניין שלפנינו, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שלא ניתן לומר כפי שנקבע בפסק הדין, שההחלטה המאשרת **"אין לה משקל של ממש בעת הערכת 'הסיכונים והסיכויים'"**. ההחלטה המאשרת מצאה, כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה. קביעה זו נזכרה גם בפסק הדין שלפנינו בסעיף 11. על כן, הגם שמדובר בקביעה לכאורית, **היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לה משקל ממשי בבחינת הסדר הפשרה**, בחובה לוודא שהוא אינו פוגע בזכויות חברי הקבוצה, שעומדת להם לכאורה עילה מבוססת, ובטיב הבחינה הנדרשת בנוגע לשאלה האם הפיצוי שנקבע בהסדר הוא פיצוי ראוי, כפי שיפורט עוד להלן.

כך, היועץ המשפטי לממשלה נותן משקל להחלטה שאישרה ניהול תובענה כייצוגית כאשר הוא בוחן הסדרי פשרה

² רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ [פורסם בנבו] (11.4.2013).

³ כב' השופט פוגלמן בפסק דינו שם (בדעת מיעוט) אמנם ציין שמדובר ב- **"בחינה מקדמית ולכאורית"** (סעיף 11), וכי מדובר בנטל מופחת מזה המוטל על תובע בתביעה רגילה להוכיח תביעתו (סעיף 12), אולם גם משיטתו עולה שמדובר ברף משמעותי שיש לעמוד בו משמעותו היא קביעה לכאורית בדבר סיכויי התובענה להתקבל, הגם שיתכן שבסופו של יום התובענה תידחה (ראו בסעיפים 14-15 לפסק הדין).

בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק, וברי שגם הצדדים עצמם שוקלים זאת במסגרת בחינת סיכויי וסיכוני ההליך.

26. עוד יש להבהיר, בנוגע להערת בית משפט קמא המציין, שבהחלטת כב' הנשיאה חיות בבקשת רשות הערעור נאמר, שקיימות שאלות שעוד דורשות ליבון במסגרת התובענה, בנוגע לטיב היחס בין חוק שרתי תעופה לחוק התובלה האווירית. בשורה התחתונה כב' הנשיאה חיות ראתה לקבוע, כי בוססה "אפשרות סבירה שהתובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה המיוצגת וזאת גם בשים לב לשאלות המתעוררות בנוגע ליחסי הגומלין בין דברי החקיקה השונים הנוגעים לענייננו". כמו כן, לצד הערת כב' הנשיאה חיות על קושי מסוים ליישב בין שני החוקים, הרי שבסופו של דבר קבעה הנשיאה, כי מדברי ההסבר לחוק שירותי תעופה עולה בבירור "כי המחוקק היה מודע להוראות חוק התובלה האווירית ולהוראותיה של אמנת מונטריאול בעת שחוקק את חוק שירותי תובלה וביקש להוסיף עליהן... בנוסף על כך, בסעיף 6(ה)(1) לחוק שירותי תעופה התייחס המחוקק מפורשות למצב שבו "הטיסה בוטלה בשל נסיבות מיוחדות שלא היו בשליטתו" של המוביל האווירי ולא מצא לנכון לסייג את זכות ההשבה הקבועה בסעיף 6(א)(2) במצבים אלו".

על כן, ברור מהחלטת כב' הנשיאה בבקשת רשות הערעור, שגם אם קיימות שאלות מסוימות הדורשות ליבון נוסף, קביעת בית המשפט העליון (כמו זו של בית משפט קמא) הייתה, שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.

משאלה הם פני הדברים, היועץ המשפטי לממשלה סבור (בניגוד לגישת בית משפט קמא הנכבד), שיש משקל ממשי לנקודת מוצא זו, הדורשת לבחון את הסדר הפשרה באופן מוקדם. נראה, שלו בית משפט קמא הנכבד היה יוצא מתוך נקודת מוצא זו, התוצאה של פסק הדין עשויה הייתה להשתנות.

על בסיס נקודת מוצא זו, של עילת תביעה שנמצאה כמבוססת ברמה הלכאורית, יפנה עתה היועץ המשפטי לממשלה להבהיר את השגותיו על קביעות פסק הדין, בנוגע להוראות הקונקרטיות של הסדר הפשרה שבנדון.

ה. "כל הקודם זוכה"

27. כפי שצוין, אחד הנימוקים המרכזיים להתנגדות היועץ המשפטי לממשלה להסדר הפשרה התייחס למתווה הפיצויים שבו נקט הסדר הפשרה בשיטת "כל הקודם זוכה".

28. נימוק זה, צוין בסעיף 9 לפסק הדין כנימוק ראשון בין נימוקי ההתנגדות. עם זאת, פסק הדין לא מנמק באופן כלשהו מדוע הוא מצא לאשר את הסדר הפשרה (לרבות מתווה הפיצויים בשיטת "כל הקודם זוכה") חרף הבעיות המהותיות הכרוכות במתווה זה, כפי שפרט היועץ המשפטי לממשלה בהתנגדותו.

29. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שדי באי ההנמקה כשלעצמה, בכדי להצדיק את קבלת הערעור. כבר נקבע בעניין לויין⁴ (בסעיף 13) כי: "אחת החובות שהטיל המחוקק על בית המשפט היא חובת הנמקה מוגברת להחלטה לאשר או לדחות הסדר פשרה". באותו עניין נקבע, שהגם שלא ניתן לומר שההחלטה שניתנה על ידי בית המשפט המחוזי בעניין לויין אינה מנומקת, אולם "היא אינה ממלאת אחר דרישת ההנמקה המוגברת שבחוק".

כך גם בענייננו, הגם שפסק הדין של בית משפט קמא מנומק ביחס לעניינים שונים, הוא אינו עונה לדרישת ההנמקה המוגברת שבחוק, שהרי הוא לא התייחס באופן קונקרטי לסוגיה העקרונית של "כל הקודם זוכה" שעומדת בליבת הסדר הפשרה ובליבת התנגדות היועץ המשפטי לממשלה. ההערות הכלליות של פסק הדין אודות המשאבים שהשקיעו הצדדים וכב' המגשר בהליך, כמו גם האמירה הכללית על סיכוני ההליך, אינן עומדות ברף דרישת ההנמקה המוגברת

⁴ רע"א 3832/17 לויין נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2017).

שנקבעה בחקיקה ובפסיקה.

30. דין הערעור בסוגיית "כל הקודם זוכה" **להתקבל גם לגוף הסוגיה.**

תחילה יזכיר היועץ המשפטי לממשלה את עיקריו של מתווה "כל הקודם זוכה" שנקבע בהסדר שלפנינו.

בסעיף 33 לבקשה לאישור הסדר הפשרה נקבע: **"סכום הפיצוי ישולם על בסיס כל הקודם זוכה. ככל שסכום הפיצוי ינוצל טרם יחלפו 45 ימים ממועד פרסום המודעה, לא ישולם פיצוי נוסף כלשהו למי מהפונים"**. כמו כן נקבע, בסעיף 26 לבקשה: **"סכום הפיצוי המקסימלי בו תישא המשיבה לחברי הקבוצה יעמוד על סך של 1.53 מיליון ש"ח"**. יוזכר, כי כל חבר קבוצה שיפנה תוך 45 יום (או תוך 90 יום אם ב-45 יום הראשונים לא ישולם סכום הפיצוי הכולל שנקבע) יקבל מהמשיבה סך של 1100 ש"ח (סעיפים 27, 34 לבקשה).

עוד נקבע בסעיף 4 לבקשה, כי פסק הדין יחול על כל חברי הקבוצה (שלא אושרה פרישתם מהקבוצה) ומשמעות הדבר היא, שיחול עליהם מעשה בית דין (כפי שאכן נקבע ברורות בסעיף 15 לפסק הדין).

31. הרי, שמשמעות מכלול ההוראות האמורות היא, שחבר קבוצה, שבוטל כרטיס הטיסה שלו, ולא קיבל כרטיס טיסה חלופי, ואף פנה לקבלת החזר תוך 45 יום מפרסום המודעה על הסדר הפשרה, לא יקבל פיצוי או השבה כלשהי תמורת כרטיס הטיסה שבוטל, ואף יחול בעניינו מעשה בית דין שימנע ממנו לתבוע את המשיבה בעניין בהליך נוסף, וזאת במידה וסך הפיצוי הכולל שהמשיבה שילמה לחברי קבוצה אחרים הגיע לסך של 1.53 מיליון ש"ח. כך, למרות שאותו חבר קבוצה שלא קיבל את ההשבה המגיעה לו מחמת המתווה של "כל הקודם זוכה", זכאי לכך בדין, בהתאם לחוק שרותי תעופה כמפורט לעיל.

היועץ המשפטי לממשלה סבור שמדובר **בתוצאה קשה**, שעומדת **בסתירה מובהקת** לעקרונות היסוד של חוק תובענות ייצוגיות בדבר מתן סעד לנפגעים מהפרת הדין (ראו סעיף 1(3) לחוק). לכן, **אין מקום לאשר את הסדר הפשרה, כל עוד הוא כולל מתווה זה.**

32. אכן, ניתן במקרים המתאימים, במסגרת הסדר פשרה, להגביל את פרק הזמן שבו יכול חבר קבוצה לפנות לקבל את הפיצוי המגיע לו בדין, כל עוד מדובר בתקופה סבירה בהתאם לנסיבות המקרה. על כן, כפי שעולה מהתנגדות היועץ המשפטי לממשלה, גם כעת, היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד באופן עקרוני לקביעת תקופה של 90 יום, שרק מי שיפנה במהלכה יוכל לקבל את הפיצוי (אך זאת בכפוף לכך שיערך פרסום ראוי של הסדר הפשרה, בניגוד להוראות ההסדר הנוכחי; ראו להלן בפרק הבא). אולם, עניינו של מתווה "כל הקודם זוכה" הוא **שונה לחלוטין**. כפי שנקבע מפורשות בהסדר הפשרה, בהתאם להסדר, חבר קבוצה לא יהיה זכאי לפיצוי, גם אם יפנה תוך 45 יום, וזאת רק מהסיבה שהסך הכולל של הפיצוי שנקבע כבר שולם לחברי קבוצה אחרים. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שאין מקום לאשר מתווה כזה.**

33. בנוסף, הכרעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה צריכה להיעשות על בסיס ענייני ומשפטי. כך, גם אם מדובר בהסדר פשרה. אין כל הצדקה לכך, שחבר קבוצה יאבד את זכותו שבדין לקבל החזר כספי, למרות שהוא עומד בתנאי הזכאות ופנה בתוך המועד שנקבע בהסדר, רק בגלל שחברי קבוצה אחרים פנו לפניו. לעובדה זו אין רלוונטיות לזכויות המשפטיות שבנדון והיא **לא יכולה לגרום לביטול זכויות שבדין**. זכויות משפטיות אינן צריכות להיות מוכרעות על בסיס יצירת **תחרות** בין חברי הקבוצה. כך בדומה, לאופן שבו הדבר היה נעשה לו התובענה הייתה מוכרעת בפסק דין.

34. המתווה האמור גם נותן **יתרון שרירותי** לחברי קבוצה, אשר באופן מקרי יש באפשרותם לאתר בנקל ראיות או מסמכים המבססים עבורם את תנאי הזכאות, או שנודע להם על הסדר הפשרה במועד מוקדם יותר. פיצוי בדרך זו, עשוי לפגוע בחברי קבוצה, אשר מסיבות שונות עשויים להתעכב בהגשת דרישתם, כגון אוכלוסייה מבוגרת וחברי קבוצה שהיו חולים או שהו בחופשה. מדובר בחלוקת פיצוי על בסיס **שרירותי, לא שוויוני ולא ראוי שאין לקבלו.**

35. בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שמתווה זה של "כל הקודם זוכה", על כל הפגמים המהותיים הכרוכים בו כאמור, מהווה שימוש שאינו ראוי בכלי התובענה הייצוגית וככלל, אינו יכול להיחשב כהסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה", כדרישת סעיף 19(א) לחוק.

36. זאת ועוד: בנסיבות העניין, אישור מתווה הפשרה **אינו עולה בקנה אחד** עם הוראות סעיף 19(ג)(2)(א) לחוק הקובע, שבהחלטה האם לאשר הסדר פשרה על בית המשפט להתייחס, בין היתר, לשאלת **"הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה"** ועם הוראות סעיף קטן (ה) שם הקובע, שעל בית המשפט להתייחס לסיכונים ולסיכויים שבהמשך ניהול ההליך מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה.

היות שכבר נקבע על ידי בית המשפט המחוזי (בהחלטה המאשרת) ועל ידי בית המשפט העליון (בבקשת רשות הערעור), **שקיים ביסוס לכאורי לעילת התובענה**, הרי שנראה שהותרת חברי קבוצה במסגרת הסדר הפשרה ללא כל סעד רק מהטעם שחברי קבוצה אחרים קדמו להם, **אינו עולה בקנה אחד** עם הסיכויים הטובים, שבמידה שבירור התובענה היה ממוצה חברי הקבוצה היו זוכים בפסיקת סעד לטובתם. אכן, אפשר שהסיכונים שעומדים לפני התובעים, כפי שצוין בפסק הדין, מצדיקים מתן סעד מופחת במסגרת הפשרה ובלי לקבוע מסמרות בנדון, אולם הם **בוודאי אינם מצדיקים** הותרת חברי קבוצה **ללא כל סעד**, למרות שיפנו לקבלת ההחזר במועד שנקבע.

[illegible][illegible][illegible][illegible][illegible][illegible][illegible]

על כן, התנגדות היעץ המשפטי לממשלה למתווה של "כל הקודם זוכה" אינה התנגדות עקרונית בלבד או תאורטית, אלא נוגעת **באופן מעשי ואופרטיבי** לחובה לדאוג לכך שחברי הקבוצה יקבלו את ההחזר המגיע להם בדין ולא יאבדו את זכותם, מסיבות שאינן רלבנטיות.⁶

38. טעה בית משפט קמא הנכבד גם בקביעתו: "ממילא חברי הקבוצה הפוטנציאלית אינם יכולים לתבוע כיום את הנתבעת מאחר שעל פי הדין הספציפי החל - חלפה תקופת ההתיישנות" (סעיף 12).

כוונת בית המשפט הינה לסעיף 19 לחוק שירותי תעופה הקובע תקופת התיישנות מקוצרת של 4 שנים בנוגע לתביעה בשל הפרת הוראות חוק שירותי תעופה.

מכל מקום, כאמור, טעה בית משפט קמא הנכבד במסקנתו שבענייננו חלה התיישנות. זאת, לנוכח ההוראה המפורשת בסעיף 26 (א) לחוק תובענות ייצוגיות:

"אִישׁר בֵּית הַמִּשְׁפָּט תִּזְכְּרֶנָּה יִיצוּגִית לִפִּי הוֹרָאוֹת סְעִיף 8, יִרְאוּ, לַעֲנִין הַתִּיִּשְׁנוֹת, אֶת כָּל מִי שֶׁנִּמְנָה עִם הַקְּבוּצָה

⁵ שתי המחלוקות שנותרו בין הצדדים היו בשאלה האם מתן כרטיס טיסה חלופי לאחר סיום מבצע צוק איתן, פוטר את המשיבה מהשבת תמורת כרטיס הטיסה שבוטל, גם אם לא יוכח שהנוסעים יזמו את דחיית מועד הטיסה, ובשאלה האם יש לקזז מסכום ההחזר לחברי הקבוצה פיצוי ששולם לחברי קבוצה על ידי חברת רום תעופה (נציגת המשיבה בישראל) ולא על ידי המשיבה עצמה.

[illegible]

עוד יצוין למען שלימות התמונה, שסעיפים 26(ב)-(ד) לחוק קובעים, שכאשר בקשת אישור נדחתה או נמחקה לא תחול התיישנות כלפי חברי הקבוצה בשמה הוגשה בקשת האישור, לפני שחלפה שנה, מיום שהחלטת הדחייה הפכה חלוטה (אם העילה לא התיישנה במועד הגשת בקשת האישור). כך גם בנוגע לחבר קבוצה בשמה הוגשה בקשת אישור, שבשל שינוי של בית המשפט בהגדרת הקבוצה הוא לא נכלל בקבוצה, ובנוגע לחבר קבוצה שהודיע על רצונו שלא להיכלל בקבוצה.

39. לפני חתימת פרק זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, שסוגיה זו של "כל הקודם זוכה" **התעוררה גם בהליכים נוספים**. כך, לאחרונה הסוגיה התעוררה בעניין ת"צ 4753-02-16 (ירושלים) **גניס נ' רונלייט דיגיטל בע"מ (להלן: "עניין גניס")**. ביום 1.8.2019 היועץ המשפטי לממשלה הגיש באותו עניין התנגדות להסדר פשרה מתוקן, שנגעה בין היתר לסוגיה זו. ביום 5.8.2019 הצדדים בעניין **גניס** הגישו תגובה להתנגדות היועץ המשפטי לממשלה **וניסו להתבסס על פסק דינו של בית משפט קמא בעניינו**.⁷ הדבר מלמד על **השלכות הרוחב של הסוגיה העקרונית** של "כל הקודם זוכה" ועל החשיבות **בהכרעה עקרונית של בית המשפט העליון בסוגיה**. בין היתר מטעם זה, הוגש הערעור דנן.

40. בסעיף 1 לבקשה לאישור הסדר הפרשה הסכימו הצדדים, שתפורסם הודעה על הסדר הפרשה בשני עיתונים יומיים (ובאתר המרשתת של ב"כ המייצג).

הסדר הפשרה אינו כולל ניסיון כלשהו לאתר את חברי הקבוצה באופן פרטני. בסעיף 21 לבקשה הסבירו זאת הצדדים על בסיס מסקנת הבודק (שהגיש את חוות דעתו במסגרת הליך הגישור שקדם להסדר הפשרה), שאין אפשרות מעשית לאתר את חברי הקבוצה, היות ורוב חברי הקבוצה רכשו את הכרטיסים באמצעות סוכנויות נסיעות שונות ופרטי הנוסעים אינם מצויים בידי המשיבה.

[illegible]

⁷ ציון, שביום 21.8.2019 ניתנה החלטה על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין גניס שקבעה: **"נראה לכאורה שהקשיים שבהסדר הפשרה אינם מאפשרים אישורו. ככל שחפצים הצדדים בהחלטה מנומקת יודיעו לבית המשפט..."**

42. בהתנגדות היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית משפט קמא הביע הוא את עמדתו, שהסתפקות בפרסום בעיתונות **"לוקה בחסר משמעותי"** ומעלה חשש אמיתי כי חברי הקבוצה לא ידעו על זכאותם על פי הסדר הפשרה ולא יקבלו את ההחזר הכספי המגיע להם בדין. על כן, היועץ המשפטי לממשלה טען, **שיש לשלוח הודעות ישירות לחברי הקבוצה**.
43. פסק הדין דחה את ההתנגדות, בנימוק הבא: **"הדרך הקבועה למסירת הודעות לחברי הקבוצה נקבעה בחוק תובענות ייצוגיות על דרך הפרסום וזהו הכלל. כדי לפעול שלא בהתאם לכלל ולהוסיף דרישה שונה מהוראה לפרסום בעיתונות הכתובה יש להביא בפני בית המשפט טעמים בעלי משקל אך אלה לא הובאו במקרה דנא"** (סעיף 12).
- פסק הדין מוסיף, שסביר להותיר את דרך הפרסום הנהוגה לאור **"נסיבות התיק ולהסברים לגבי זהות חברי הקבוצה"**.
44. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שטעה בית משפט קמא הנכבד בשני נימוקיו שבנדון**.
45. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש, שלסוגיה זו של אופן הפרסום יש **חשיבות מהותית ועקרונית**, היות ובהליכים רבים, **דרך הפרסום היא שתכריע בפועל**, האם פיצוי בתביעה ייצוגית יגיע לידי חברי הקבוצה, אם לאו.
46. בניגוד לקביעת בית משפט קמא, **החוק לא קובע ברירת מחדל כלשהי לגבי דרך הפרסום**.
- סעיף 25(ה) לחוק קובע כך: **"פרסום הודעה לפי סעיף זה ייעשה בדרך ובמועד שיקבע בית המשפט, ורשאי הוא לקבוע דרכי פרסום שונות לסוגים של חברי קבוצה"**. החוק מפרט שם שיקולים שונים, שעל בית המשפט להתחשב בהם בקביעת דרך הפרסום ובהם: יעילות דרך הפרסום, עלות הפרסום, יכולת האיתור של חברי הקבוצה בעלות סבירה, מאפיינים מיוחדים של חברי הקבוצה ועוד.
- הרי, **שהחוק הקנה לבית המשפט שיקול דעת** אודות דרך הפרסום הראויה ועל כן, פרסום בעיתונות אינו בבחינת "דרך המלך", כפי שסבר בית משפט קמא ובוודאי **לא נדרשים** "טעמים בעלי משקל" כפי שקבע בית משפט קמא, בכדי להצדיק דרך פרסום אחרת.
47. זאת ועוד: פעמים רבות, פרסום בעיתונות נמצא כדרך **לא מספיק אפקטיבית** להבאת הסדרי פשרה לידיעתם של חברי הקבוצה. ראו למשל בהחלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב **בעניין ישראלי**,⁸ שם הקבוצה מנתה שני סוגים של נפגעים: כאלה שניתן היה לזהותם והפיצוי הוחזר להם באמצעות הוראת קבע, וכאלה שלא ניתן היה לזהותם. על מנת לפנות לחברי הקבוצה הלא מזוהים פורסמה מודעה אודות הסדר הפשרה בעיתון. ואולם, **לפי הנתונים שהוצגו לפני בית המשפט – מתוך 164,432 חברי קבוצה לא מזוהים, רק 12 פנו ל"מכבי" בעקבות הפרסום בעיתון**. מדובר בהיענות זעומה למדי. בית המשפט קבע שם, כי **"הנתון האמור מספק אינדיקציה למידה האפקטיביות של מנגנון יידוע המבוסס על פרסום בעיתונים, אשר במקרה הנדון הניב היענות אפסית"**.
- על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שלא נכון לקבוע, שדרך המלך לפרסום הסדרי פשרה תהיה באמצעות פרסומים בעיתונות**.
48. תחת זאת, ככלל, **נכון יהיה למצוא דרך אפקטיבית יותר** להבאת הסדר הפשרה לידיעת חברי הקבוצה, והכל בהתאם לנסיבות המקרה והשיקולים הקבועים בסעיף 25(ה) לחוק בעניין.
- כך, כמובן, אם ניתן באופן מעשי ובעלות סבירה לאתר באופן פרטני את חברי הקבוצה (למשל באמצעות שליחת מכתבים לכתובת הידועה של חברי הקבוצה או באמצעות פניה לרשם האוכלוסין,⁹ או באמצעות שליחת מסרונים לטלפונים סלולריים או הודעות דואר אלקטרוני) – **כך ראוי לעשות**.
- במקרים המתאימים יהיה מקום גם להורות על **פרסום הודעה באתר המרשתת של הנתבעת**, שפעמים רבות הוא יותר אפקטיבי מפרסום בעיתונות. כך גם פרסום במשרדי הנתבעת, במיוחד במקרים שחברי הקבוצה פוקדים משרדים אלה.

⁸ ת.א. (ת"א) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 30.8.2011).

⁹ ראו תקנה 13(ב) ל- תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

בעניין זה ראוי להפנות לסעיף 20(ג)(1) לחוק הקובע, שיהיה מקום לפסוק סעד לטובת הציבור (שיועבר לקרן בהתאם להוראות סעיף קטן (2) שם), רק אם מצא בית המשפט **"כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת"**.

"ככלל, כל אימת שהדבר מעשי, יש להעדיף מתן פיצוי לקבוצת התובעים המיוצגת... על פני מתן תרומה לכלל הציבור".

"הסמכות לפסוק סעד לטובת הציבור אינו מוחלטת... הפעלתה מותנית בכך שמתן פיצוי לחברי הקבוצה "אינו מעשי בנסיבות העניין".

לאמיתו של דבר, **עולה חשש**, שהסתפקות בפרסום לא אפקטיבי בעיתונות הכתובה, תביא לכך שתוצאת הסדר הפשרה תהיה העברת רובו הגדול של סכום הפשרה לקרן, מבלי שרוב חברי הקבוצה ייהנה מהפיצוי, תוך שיחול מעשה בית דין על חברי הקבוצה, ובניגוד מובהק לתכלית החוק בדבר מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין.

53. בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לקיים **בירור מעמיק** על האפשרות לאתר באופן פרטני את חברי הקבוצה.

xxxxxxxxxxxxxxxx **העניין דורש בירור מדויק**, ובמידת הצורך המשיבה תוכל לפנות לרשם האוכלוסין (בעלות מופחתת) לשם קבלת כתובות עדכניות של חברי קבוצה אלה, בהתאם להוראות תקנה 13(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות.

גם בנוגע לחברי הקבוצה שרכשו כרטיסים מסוכני נסיעות נדרשת **בחינה מעמיקה יותר**.

[illegible]

היועץ המשפטי לממשלה סבור, שטענות אלה אינן מספקות. יש להורות על בדיקת העניין, ובמידת הצורך ניתן אף להורות לסוכנויות הנסיעות, בכפוף לכל דין, למסור למשיבה את פרטי חברי הקבוצה.

שיקבל את הפרטים הנדרשים מהמשיבה ומסוכנויות הנסיעות) תוך קביעת תגמול מתאים באחוזים מהפיצויים שישולמו בפועל לחברי הקבוצה בדרך זו, באופן שיתמרץ אותו למקסם את תשלום הכספים באופן פרטני לחברי הקבוצה ולנקוט את המאמצים הראויים לאיתור חברי הקבוצה. ראו בעניין זה ב- בג"צ 5075/16 ברק נ' בית הדין

¹⁰ רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון (פורסם בנבו, 27.5.2015).
¹¹ עע"מ 2748/15 מי אביבים נ' ליבוביץ (פורסם בנבו, 1.9.2019).

הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 31.1.2017), שם נקבע מתווה דומה, והדברים יפים גם לענייננו.

55. רק במידה שלאחר הבחינה המעמיקה המוצעת יתברר, שבאמת ובתמים איתור חברי הקבוצה באופן פרטני (או חלקם) אינו מעשי, יהיה מקום להעברת יתרת הכספים לקרן.

56. על כן, **בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הערעור גם בעניין זה ולהורות, שאישור הסדר הפשרה יהיה כפוף, בין היתר, לקיום בחינה מעמיקה של האפשרות לאתר את חברי הקבוצה באופן פרטני, כמפורט לעיל, וכן לפרסום ההודעה על הסדר הפשרה באתר המרשתת של המשיבה. כמובן, תקופת 90 הימים להגשת בקשות לקבלת ההחזר הכספי על ידי חברי הקבוצה תצטרך להימנות רק לאחר ביצוע הפרסום באתר המשיבה ולאחר מיצוי המאמצים לאיתור פרטני של חברי הקבוצה.**

ז. פיצוי בחסר לחברי הקבוצה שרכשו כרטיס הלוח ושוב

57. **טעה בית משפט קמא הנכבד**, כשדחה את טענת היועץ המשפטי לממשלה שהפיצוי שנקבע בהסדר (בסך 1100 ש"ח לכל חבר קבוצה) הינו פיצוי בחסר ביחס לחברי קבוצה שרכשו כרטיס "הלוח ושוב".

58. פסק הדין קבע (בסעיף 12) שהפיצוי אחיד ומשקלל את הסיכונים והסיכויים של ההליך, היות ומדובר בהסדר פשרה. 59. אכן, הסדר פשרה מביא לידי ביטוי את סיכוני וסיכויי ההליך (ראו סעיף 19(ג)(2)(ה) (לחוק). אולם, גם אם לא נדרש בהכרח פיצוי מלא במסגרת של הסדר פשרה, עדיין יש לבטא שוני רלוונטי בין חברי קבוצה שונים, ולקבוע "תת קבוצות" במקרים המתאימים לכך, באופן שיבטא את הזכאות השונה של חברי קבוצה שונים. ראו בסעיף 10(ג) (לחוק). 60. בענייננו, סעיף 3(ב) (לחוק שרותי תעופה קובע, שכאשר נרכש כרטיס טיסה הלוח ושוב, ביטול טיסת ההלוח מנקודת המוצא מזכה בהשבת מלוא תמורת הכרטיס ששולמה, בניגוד לביטול טיסה במסלול של "חזור" בלבד מהיעד לנקודת המוצא (כשנרכש כרטיס הלוח ושוב), המזכה רק במחצית מהתמורה ששולמה כאמור.

61. בענייננו, עיון בדו"ח הבודק (ראו בעמוד 5 למשל) מלמד, שתחשיב סכום ההשבה מתבסס על עלותו של כיוון טיסה אחד בלבד, ועל כן, **בנוגע לחברי קבוצה שרכשו כרטיס טיסה הלוח ושוב ומקטע הטיסה שבוטל היה בטיסת ההלוח מנקודת המוצא**, הפיצוי שנקבע בהסדר הוא **פיצוי בחסר באופן מובהק**, שכן אינו מחושב ביחס לעלות המלאה של הכרטיס. זאת, גם אם לוקחים בחשבון, שמדובר בהסדר פשרה שלא מובטח במסגרתו בהכרח פיצוי מלא. יצוין בעניין זה, שגם בנוגע לחברי קבוצה שבוטלה להם טיסה רק בכיוון של חזרה מהיעד אל נקודת המוצא, סך הפיצוי שנקבע הוא בשיעור של 70 אחוזים בלבד, מעלות מחצית התמורה ששולמה בעד כרטיס הלוח ושוב, כהפחתת פשרה (עמוד 5 לדו"ח הבודק). הרי, שבנוגע למי שבוטלה להם הטיסה במקטע ההלוח מנקודת המוצא, לאחר שרכשו כרטיס הלוח ושוב, מדובר בהפחתה משמעותית מסך הפיצוי שנקבע בחוק, בשווי התמורה המלאה ששולמה עבור הכרטיס, הפחתה שאינה סבירה בנסיבות העניין. כך, גם לנוכח קביעת בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון כאחד, **שקיים ביסוס לכאורי לעילת התביעה שבנדון**, כאמור לעיל.

62. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע, כתנאי לאישור הסדר הפשרה, **שתיקבע תת קבוצה שתכלול את חברי הקבוצה שבוטלה להם טיסת הלוח ושוב, וביטול הטיסה היה בטיסת ההלוח מנקודת המוצא שלהם, כך, שחברי תת קבוצה זו יזכו לפיצוי גבוה יותר, מהפיצוי שנקבע בהסדר הנוכחי.**

ח. טעויות נוספות בפסק הדין

63. **טעה בית משפט קמא הנכבד**, כשלא קיבל את טענת היועץ המשפטי לממשלה שיש להסתפק בהגשת כל אסמכתא לרכישת כרטיס לטיסה שבוטלה (כגון קבלה, אישור בדואר אלקטרוני וכדו'), ואין לדרוש מחברי הקבוצה דווקא את

כרטיס הטיסה שאפשר ולא נשמר. דרישת הסדר הפשרה¹² **מכבידה על חברי הקבוצה** ועלולה למנוע מהם לממש את זכותם שבדין ולמנוע מהם את קבלת ההחזר. פסק הדין אף **לא נימק** מדוע לא קיבל את טענת היועץ המשפטי לממשלה שבנדון.

64. **טעה בית משפט קמא הנכבד, כשלא קיבל את טענת היועץ המשפטי לממשלה, שיש לעכב מחצית מתשלום שכר הטרחה, עד השלמת ביצוע הסדר הפשרה, על מנת לתמרץ את בא כוח המייצג, לפקח על ביצוע ההסדר.** היועץ המשפטי לממשלה סבור שמדובר היה **בהערה חשובה**, וזאת בניגוד לקביעת פסק הדין (סעיף 12), שלא היה מקום להגשת התנגדות בסוגיה כמו מועד תשלום שכר טרחה אלא רק "בנושאים מהותיים" (הערה זו של פסק הדין נסבה גם על ההתנגדות בעניין המסמכים שנדרשים חברי הקבוצה להגיש כתנאי לקבלת הפיצוי, שגם הוא נושא מהותי, כמובהר בסעיף הקודם). נושא מועד תשלום שכר הטרחה הוא **נושא מהותי**, היות ושכר הטרחה הוא הקטר שמפעיל את מוסד התובענה הייצוגית כפי שנקבע בפסיקה נרחבת ולכן חשוב, שמועדי שכר הטרחה יממשו את תכליות החוק ובכלל זה את מיצוי זכויותיהם של חברי הקבוצה, בין היתר באופן ביצוע ההסדר. ראו גם: סעיף 23(ד) לחוק; פסק דין **ליבוניץ**, לעיל הערת שוליים 11, בסעיף 44.

65. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להוסיף, באופן כללי יותר, **בהתייחס לביקורת של בית משפט קמא הנכבד על הגשת ההתנגדות שבנדון ועל הנושאים שבהם עסק מסמך ההתנגדות** (ראו בסעיפים 11-12 לפסק הדין).

כידוע, סעיף 18 לחוק מאפשר ליועץ המשפטי לממשלה להגיש את התנגדותו להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, לנוכח **בעיית הנציג המתעוררת באופן מודגש, בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית**, שעה שהתובע והנתבע נמצאים באותה חזית וקולם של חברי הקבוצה אינו נשמע.¹³ בית המשפט העליון עמד על חשיבות תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה בנדון בכמה הזדמנויות.¹⁴ כמו כן ראו בפסק הדין המחוזי בעניין **מכבי**¹⁵ מיום 30.8.2011, בעמוד 8:

"אכן, ניגודי העניינים, והעובדה שהתובעת והנתבעת נמצאות, בבקשה לאישור הסדר פשרה, באותו צד של המתרס, מדגישה את החשיבות בקבלת חוות דעת בודק ועמדת היועץ המשפטי לממשלה, שבמקרה שלפניי העלו בעיתיות בהסכם והביאו לשיפור משמעותי בו לטובת חברי הקבוצה... למעשה מטרתם של המנגנונים הללו היא להבטיח כי הסדר הפשרה הינו לטובת הקבוצה שבשמה מוגשת הבקשה".¹⁶

ובעניין ת"צ (מחוזי חיפה) 32535-11-09 **כרסנתי נ' זנכלל בע"מ** (פורסם בנבו, 9.11.2014):

"על רקע ניגוד העניינים המובנה ב"בעיית הנציג", המאפיינת את הסדרי הפשרה בהליכים ייצוגיים ... אין צורך להכביר דברים או לנדוד למחוזות רחוקים, על מנת להבין את חשיבות מעורבותו של היועץ המשפטי בהסדרי פשרה, ולא בכדי נתן לו המחוקק מעמד של אחד משומרי הסף של האינטרס הציבורי בכלל ושל חברי הקבוצה בפרט".

66. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שגם בעניין שלפנינו קיים **הוא את התפקיד שהקנה לו המחוקק**, על תכליותיו החשובות של התפקיד, תוך הגנה על זכויותיהם של חברי הקבוצה, שקולם אינו נשמע ישירות בפני בית המשפט.

תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה במסגרת התנגדות להסדר פשרה, לא נועד לעסוק רק "בעניינים עקרוניים כלליים ומהותיים" כפי שמגדיר זאת בית משפט קמא בפסק דינו, אלא בראש ובראשונה נועד להגן על האינטרסים של חברי

¹² הקובע אמנם שגם בהיעדר כרטיס טיסה ינסו הצדדים לאמת שהפונה טס בטיסה שבוטלה, אך נקבע בסעיף 29 לבקשה, שאם הצדדים לא יצליחו לאתר את פרטי הפונה, הוא לא יהיה זכאי לפיצוי בהיעדר כרטיס טיסה.

¹³ ראו בסעיף 12 לפסק דין **לוי**, לעיל, הערת שוליים 4; פסק דין **גור**, לעיל, הערת שוליים 10, בסעיפים 8-10; גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **על משפט ט**, תשע"א 147-148; ת"צ (תל אביב) 2786/07 **ישראלי נ' מכבי שרותי בריאות בע"מ** (פורסם בנבו, 30.8.2011), בעמודים 6-7 לפסק הדין, ובהחלטת בית המשפט בעניין **ישראלי** האמור מיום 27.12.2012, בעמוד 7 להחלטה.

¹⁴ ראו: ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר** (פורסם בנבו, 4.9.2014), בסעיף ט"ז לפסק הדין של כב' השופט רובינשטיין; ע"א 7615/11 **גלבוע נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים** (פורסם בנבו, 16.12.2012), בסעיף 6 לפסק הדין; ע"א 2727/13 **מכבי שרותי בריאות נ' ישראלי** (פורסם בנבו, 18.11.2013), בסעיף 1 להחלטה.

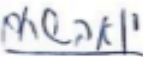
¹⁵ לעיל, הערת שוליים 13.

¹⁶ כמו כן ראו בהחלטת ביהמ"ש המחוזי בעניין **מכבי**, לעיל, הערת שוליים 13, מיום 27.12.2012, בעמוד 7.

הקבוצה ולוודא שהסדר הפשרה אינו מקפח את זכויותיהם. זאת עשה היועץ המשפטי לממשלה בהתנגדות שלפנינו, וזו גם מטרתו של הערעור דנן.

67. לבסוף, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש, שהוא אינו מקל ראש במאמצים של הצדדים ושל כב' המגשר, בעריכת הסדר הפשרה שבנדון, כפי שפורט גם בפסק הדין. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבחינה מעמיקה של הסדר הפשרה צריכה להביא למסקנה, שאין מקום לאשרו במתכונתו הנוכחית, מכל הנימוקים שפורטו לעיל.

68. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא הנכבד ולהורות על דחיית הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית.


יואב שחם, עו"ד
פרקליטות המדינה


ישראל בלוס, עו"ד
מנהל המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

היום: ל' תשרי ה'תש"פ; 29.10.2019