



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7187/12

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: עו"ד ליאור צמח

נגד

המשיבה: אל על נתיבי אויר לישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום
22.07.2012 בת"צ 43659-05-11 שניתן על ידי כבוד השופט
י' גריל, סגן נשיא

תאריך הישיבה: א' בשבט התשע"ד (02.01.14)
בשם המערער: עו"ד אמיר שאשא; עו"ד אמיר ישראלי
בשם המשיבה: עו"ד ברק טל; עו"ד חניטל בלינסון; עו"ד רועי מסורי
בשם המועצה הישראלית לצרכנות: עו"ד סלעית קולר, עו"ד זאב פרידמן

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיא י' גריל) מיום
28.6.12 בת"צ 46359-05-11, שבגדרו נדחתה בקשת המערער לאשר את תביעתו כנגד
המשיבה כתובענה ייצוגית. הפרשה עניינה שיעור דמי ביטול טיסה לגבי מספר
כרטיסים, כפי שיבואר.

ב. ערעור זה עוסק בשתי שאלות: הראשונה, עניינה פרשנותו של סעיף 14ה(ב)(1)
לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן החוק), העוסק ב"דמי ביטול" שרשאי עוסק
לגבות מן הצרכן אשר מבטל עסקת מכר שנעשתה מרחוק, מחמת שניחם על העסקה.
וביתר פירוט: האם בעקבות ביטול הזמנה, שבמסגרתה נרכשו מספר כרטיסי טיסה,

רשאי העוסק לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד, או שמא משולמים אלה פעם אחת להזמנה כולה? השניה, שאלה עובדתית בעיקרה: משהודתה המשיבה כי שגתה בחישוב דמי הביטול בהם חויב המערער – האם קיימת קבוצת צרכנים נוספים מהם גבתה המשיבה דמי ביטול העולים על המותר בחוק באופן דומה? כנגזרת מכך נשאל – על מי מן הצדדים מוטל נטל ההוכחה בכגון דא, והאם הרים אותו צד נטל זה בנסיבות?

רקע והליכים קודמים

ג. ואלה עיקרי העובדות, כעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי: באפריל 2011 הזמין המערער בעבורו ובעבור אשתו, באמצעות אתר האינטרנט של המשיבה, שני כרטיסי טיסה לברלין בעלות כוללת של 995.08 דולר ארה"ב, 497.54 דולר לכל כרטיס. בשל נסיבות אישיות, למחרת הזמנת הכרטיסים, פנה המערער אל המשיבה בבקשה לבטל את ההזמנה. בעקבות הביטול החזירה המשיבה למערער את כספו, בניכוי דמי ביטול בסך כולל של 54 דולר, 27 דולר בעבור כל אחד מכרטיסי הטיסה, סכום ששוויו – לפי שער הדולר באותו העת – כ-92 שקלים.

ד. בעקבות כך הגיש המערער לבית המשפט המחוזי תביעה בצירוף בקשה לאישורה כייצוגית. המערער טען, כי המשיבה הפרה את הוראת סעיף 14ה(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, הקובע כי כאשר צרכן מבטל עסקת מכר מרחוק מן הטעם שהתחרט על קיום העסקה, רשאי העוסק לגבות דמי ביטול בשיעור של 100 שקלים או 5% משווי העסקה, לפי הנמוך מביניהם. לפי הטענה, המשיבה פעלה בניגוד לדין כאשר גבתה דמי ביטול בעבור כל אחד מכרטיסי הטיסה בתוך ההזמנה ולא בגין העסקה כולה; עוד נטען, כי אף אילו היתה המשיבה רשאית לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס בנפרד, גבתה בפועל סכום של 27 דולר בגין כל כרטיס, החורג מן המותר באשר הוא עולה על 5% משווי העסקה.

ה. המשיבה טענה לעומתו, כי נהגה לפי סעיף 14ה(ב)(1) לחוק, שכן כל כרטיס טיסה מהווה עסקה עצמאית לצורך גביית דמי ביטול. באשר לטענתו השניה של המערער הודתה המשיבה, כי אכן שגתה בחישוב דמי הביטול בהם חויב, באשר נגבה בגין כל כרטיס סכום הגבוה מ-5% משווי הכרטיס. ואולם לטענתה, מדובר בטעות נקודתית בעניינו של המערער, והוא לא הוכיח מצדו – וכפי הנדרש בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 – כי קיימת קבוצת צרכנים שנפגעו באורח דומה.

ו. באשר לסעיף 14ה(ב)(1) קבע בית המשפט המחוזי, כי לפי פרשנות סבירה של דיני ביטול עסקה מרחוק ותכליתם, ובשל אופיו המיוחד של כרטיס הטיסה כשירות אישי, היתה המשיבה רשאית לגבות דמי ביטול בעבור כל כרטיס טיסה בנפרד. משכך פסק בית המשפט, כי המערער נעדר עילת תביעה אישית, ואף לא הוכיח כי ישנה אפשרות סבירה שהשאלה שבמחלוקת תוכרע לטובת הקבוצה שהוא עותר לייצג, כנדרש בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט המחוזי ביסס קביעה זו על שני אדגמים: הראשון: תכליתו של סעיף 14ה(ב)(1) – בית המשפט המחוזי סבר, כי מטרת הוראה זו היא לשפות עוסקים על הוצאותיהם המינהליות הכרוכות בפעולת הביטול, וכן לפצותם על הנזק העלול להיגרם להם כתוצאה מביטול העסקה. חיזוק לכך מצא בית המשפט בהגדרת "דמי ביטול" המופיעה בסעיף 14ה(ד) לחוק. על כן, ומשלא נסתרו טענות המשיבה בדבר הפסדים אפשריים שהיא עלולה לספוג מביטולו של כל כרטיס בנפרד, נקבע כי היא רשאית לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד. האדן השני הוא מהותו של כרטיס הטיסה כשירות אישי – בית המשפט קבע, כי כרטיס טיסה הוא חוזה למתן שירות אישי בין חברת התעופה לבין הנוסע, ועל כן מהוה עסקה בפני עצמה לצורך גביית דמי ביטול. עוד קבע בית המשפט, כי הסממנים שעליהם הצביע המערער בטיעונו, המעידים לכאורה כי הזמנת מספר כרטיסי טיסה מהוה עסקה אחת לצורך דמי ביטול, הם טכניים בלבד, ומצביעים רק על כך שאיש הקשר שבאמצעותו הוזמנו הכרטיסים הוא אדם אחד. לעניין זה הוסיף בית המשפט, כי הרוכש מספר כרטיסי טיסה בעבור אחרים, משמש כשלוחם לצורך ביצוע עסקה מול המשיבה.

ז. בראש התביעה השני קבע בית המשפט, כי הנטל להוכיח שאין מדובר בטעות נקודתית גרידא ושאכן מתעוררת שאלה משותפת לכלל חברי הקבוצה, מוטל על המערער, בהתאם לקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות. וכי המערער לא הצליח להרים נטל זה בנסיבות.

הערעור

טענות המערער

פרשנות סעיף 14ה(ב)(1)

ח. המערער טוען, כי עמדתו מתיישבת עם לשונן של הוראות חוק הגנת הצרכן, ובייחוד עם סעיפים 14ג(ו) ו-14ה(ב)(1) לחוק. לטענתו, הזמנת מספר כרטיסי טיסה על

ידי אדם אחד מהוה עסקה אחת, המבוצעת על ידי צרכן אחד. זאת, כעולה מסעיף ההגדרות שבחוק, ובו מוגדר "צרכן" כך: "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לצורך שימוש אישי, ביתי או משפחתי". לטענת המערער, הצרכן הוא מי שביצע את הקניה. כן מפנה המערער להגדרת המונח "עסקה": "מכירת נכס או מתן שירות". לטענתו, האמור בהגדרה זו אף בלשון רבים משמע; כלומר, גם אם חוסים תחת הזמנה אחת מספר נכסים או שירותים, אין הדבר משנה מן העובדה שמדובר בעסקה אחת.

ט. מוסיף המערער וטוען, כי פרשנותה של המשיבה מביאה למצב אבסורדי, שבו ניתן יהיה לגבות דמי ביטול בגין כל פריט המוזמן בתוך חבילת נכסים/שירותים נתונה שעוסק מוכר לצרכן. בהמשך לכך טוען המערער, כי מאפייני העסקה בינו לבין המשיבה – קיומם של מזמין אחד, הזמנה אחת, אישור עסקה אחד, וכן העובדה שהקשר, לרבות ביטול ההזמנה, מתבצע אך ורק מול המזמין – מעידים כי ההזמנה מהוה עסקה אחת.

י. עוד נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע שהמזמין מספר כרטיסי טיסה בעבור עצמו ובעבור אחרים, משמש כשלוחם של האחרים מול חברת התעופה. לטענת המערער, צרכן הוא אך ורק מי שרכש את השירות. לטענתו, בנסיבות המקרה הוא לא פעל רק כ"איש קשר", אלא כצרכן, להבדיל מרעייתו. בהמשך לכך טוען המערער, כי גם אם כרטיס טיסה מעניק זכות לשירות אישי, אין פירוש הדבר כי כל נוסע הוא צרכן.

יא. כן נטען, כי פרשנותו של בית המשפט המחוזי מרחיבה את תחולת החוק כלפי מי שאינם צרכנים, ומעלה שאלות קשות ביחס לחובות העוסקים בעסקאות מכר מרחוק – המפורטות בסעיף 14ג(א) + (ב) לחוק – כלפי אלה. כך, למשל, שואל המערער האם יש לומר כי העוסק חב חובת גילוי כלפי כל מי שנרכש בעבורו כרטיס טיסה.

יב. המערער מוסיף וטוען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו שמטרת דמי הביטול היא שיפוי העוסק בגין הפסדים אפשריים שעלול הוא לספוג בעקבות הביטול. לטענתו, דמי הביטול מהוים קנס אחיד ו"שרירותי", שנועד למנוע ניצול לרעה של זכות הביטול מצד הצרכן; אחרת, כך נטען, מצופה היה מן המחוקק לעצב "מדרגות" שלפיהן ייקבע שיעור דמי ביטול בהתאם לנזקים הצפויים, או לחלופין, לקבוע תקרה בסכום גבוה ממאה שקלים. לבסוף טוען המערער, כי יש לפרש את חוק הגנת הצרכן לטובת הצרכן, ובייחוד בכל הנוגע לעסקאות מכר מרחוק, באשר צורת התקשרות זו פועלת – במובהק – לטובת העוסק.

הרמת נטל הראיה

יג. בעניין זה טוען המערער, כי הנטל להוכיח שטעותה של המשיבה מהוה "טעות נקודתית" מוטל על כתפיה. ראשית נטען, כי המשיבה היא אשר העלתה את הטענה בדבר טעות כזאת, ונטל הראיה רובץ על הצד אשר טענה מסוימת מקדמת את עניינו במשפט. עוד טוען המערער, כי מטעמי מדיניות משפטית ראוי להטיל על הנתבע הייצוגי את הנטל בכגון דא, שכן בשלב הבקשה לאישור תביעה ייצוגית, אין המבקש זכאי לגילוי מסמכים מקיף מצד המשיבה, דבר המקשה עליו לסתור את טענת "הטעות הנקודתית".

יד. מוסיף המערער וטוען, כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר הטיל על המערער נטל שכנוע מוגבר, באופן העומד בניגוד לפסיקה בנידון. עוד נאמר, כי אף אם נטל השכנוע מונח על כתפי המערער, הורם הנטל בנסיבות העניין. המערער מדגיש את העובדה, כי נציגות מטעם המשיבה – הן בהתקשרות טלפונית ובכתובת בדואר אלקטרוני מולו, והן בשיחה עם כתבת מטעם ערוץ 10 במסגרת תחקיר בנושא גביית דמי ביטול – לא הציגו את החלופה של גביית דמי ביטול בשיעור 5%, אלא ציינו רק, כי שיעור דמי הביטול שייגבה עומד על סכום של 100 שקלים.

טו. לבסוף טוען המערער, כי הראיות שצירפה המשיבה אינן רלבנטיות, אינן מהימנות, נעדרות "המסמכים הגולמיים", וחלקן אף מלמדות על כך ששינתה את מדיניותה בנושא מאז הגשת התביעה. כן מוסיף המערער, כי על בית המשפט לייחס משמעות ראייתית – לחובת המשיבה – לכך שזו לא צירפה תצהיר מטעם הנציג שטעה בנדון, והסתפקה בתצהיר של מנהלת בכירה מטעמה.

עמדת המועצה הישראלית לצרכנות

טז. ביום 15.4.13, הגישה המועצה הישראלית לצרכנות (להלן המועצה) בקשה להצטרף כצד להליך. בהחלטת הרשמת ל' בנמלך מיום 18.4.13 נקבע – מבלי להביע עמדה בדבר בקשת ההצטרפות – כי המועצה תגיש עמדתה בכתב, ותתייצב לדיון. המועצה הגישה את עמדתה הכתובה ביום 16.6.13. המועצה מצדדת בעמדת המערער בנימוקיו, ומוסיפה מספר טענות:

יז. ראשית, לעניין הגדרת ה"צרכן", טוענת המועצה כי פרשנות מצמצמת של מונח זה, כך שייכלל בו רק הרוכש, עולה בקנה אחד הן עם תכלית סעיף 14ה(ב)(1) – הנועד לאפשר לצרכן לחזור בו מן העסקה ללא הכבדה כלכלית משמעותית – והן עם תכלית החוק בכללותו. זאת, בייחוד לנוכח קביעתו של בית משפט זה, כי כיון שההגנה הניתנת לצרכן על פי החוק היא רחבה, יש לפרש את המונח "צרכן" בצמצום. מוסיפה המועצה וטוענת, כי בהגדרת המונח "צרכן", לא הפריד המחוקק בין שירות אישי לשירות שאינו אישי.

יח. כן מוצאת המועצה חיזוק לטענה שלפיה מטרת דמי הביטול אינה פיצוי העוסק אלא הרתעת הצרכן, באלה: ראשית, המחוקק קבע שיעור פיצוי אחיד ונמוך אשר לא נגזר מכמות ההפסדים שעלול העוסק לספוג. שנית, סעיף 14ג(ד)(2) לחוק מחמיר את התנאים הנוגעים למועד ביטולן של עסקאות מן התחום של נופש, נסיעה ובילוי, וזאת כדי להגן על עוסקים בתחום זה – כגון המשיבה – מן הנזקים הצפויים בעקבות ביטול העסקה. שלישית, בסעיף 14ה(ג) לחוק קבע המחוקק, כי "אין בהוראות סעיפים (א) ו-(ב) כדי לגרוע מזכותו של עוסק לתבוע את נזקיו, בשל כך שערך הנכס פחת כתוצאה מהרעה משמעותית במצבו". לטענתה, זהו המסלול בחוק – ולא דמי הביטול – אשר נועד לפצות את העוסק בגין נזקיו.

טענות המשיבה

פרשנות סעיף 14ה(ב)(1)

יט. המשיבה טוענת, כי כל כרטיס טיסה מהווה חוזה נפרד המקנה זכות לשירות אישי שאינו ניתן להעברה או שימוש משותף, ועל כן עומד כעסקה נפרדת, גם לצורך גביית דמי ביטול. לטענתה, הזמנתו של המערער כללה בתוכה מתן שירות הטסה אישי בעבורו, ומתן שירות הטסה אישי בעבור רעייתו, וביטול כרטיסו אינו מהווה גם ביטול כרטיסה. כן הוסיפה המשיבה לעניין זה, כי המערער הודה בחקירתו שאילו היה מבטל את שני הכרטיסים בנפרד, היה עליו לשלם דמי ביטול בגין כל כרטיס. מדוע אם כן, שואלת המשיבה, יש להבדיל לעניין שיעור דמי הביטול בין הקונה המבטל מספר כרטיסים באחת, לבין הקונה המבטל כל כרטיס בנפרד? מוסיפה המשיבה, כי טענת המערער, לפיה לא יתכן לאפשר גביית דמי ביטול בגין פריטים שונים בתוך עסקה אחת, נתמכת בדוגמאות אשר אינן רלבנטיות לענייננו, משום שמדובר בנכסים שניתנים להעברה ואינם לשימוש אישי בלבד.

כ. כן נטען, כי המבחנים שבאמצעותם מבקש המערער להוכיח כי הזמנת מספר כרטיסי טיסה מהוה עסקה אחת, הם טכניים בלבד. כך למשל, מבחן ה"הזמנה", לפיו כיון שמדובר בהזמנה אחת, יש לראותה – על כל הכלול בה – כעסקה אחת: לטענת המשיבה, הזמנה אינה עסקה, אלא כלי "אדמיניסטרטיבי" הקיים מטעמי יעילות. ובאשר למבחן "איש הקשר" שהועלה בהקשר זה, לטענת המשיבה, מדובר בעניין טכני בלבד, שכן רעיית המערער עשויה הייתה לשהות לידו בעת ההזמנה, ומכל מקום ההזמנה מרחוק מתבצעת באמצעות מחשב אחד בלבד.

כא. עוד נטען, כי אין ממש בהבחנתו של המערער בין "משתמש" ל"קונה", שכן "צרכן" לעניין הנדון אינו רק "קונה נכס" אלא גם "מקבל השירות" לפי ההגדרה בחוק. לטענת המשיבה, הטס הוא מקבל השירות; הוא בהכרח הצרכן. לחיזוק עמדתה, מפנה המשיבה לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), תשע"ב – 2012 (להלן חוק שירותי תעופה). לדבריה, חוק זה נוקט במונח "נוסע", ובדברי ההסבר לחוק, אותו נוסע מכונה "צרכן". לטענת המשיבה, פרשנות המערער למונח "צרכן" תוביל למצב אבסורדי, שבו חוק שירותי תעופה יגן – בהקשרים אחרים – רק על מי שרכש בעצמו את הכרטיס, ולא על הנוסעים שבעבורם נרכשו כרטיסים. מאידך גיסא, אם כל נוסע הוא צרכן ככל שהדבר נוגע לתחולתו של החוק, הריהו גם צרכן לצורך חיובו בדמי ביטול.

כב. מוסיפה המשיבה וטוענת, כי אף אם הזמנת מספר כרטיסי טיסה עולה כדי עסקה אחת, עדיין ניתן לגבות דמי ביטול בעבור כל כרטיס בנפרד. לטענתה, קריאה זו עולה בקנה אחד עם לשונו והוראותיו של חוק הגנת הצרכן, ביניהן ההגדרה של "מחיר הנכס" בסעיף 14ג(1), וכן עם תקנה 5(א) לתקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), תשע"א – 2010 (להלן תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה)), הקובעת בזו הלשון: "ביטול הצרכן את הסכם הרכישה ... רשאי העוסק לגבות מהצרכן דמי ביטול בשיעור של 5% ממחיר הטובין או מערך השירות". כן טוענת המשיבה, כי עמדתה עולה בקנה אחד עם הרגולציה הפלילית והאזרחית בסוגיה זו. לבסוף נטען, כי פרשנותו של המערער – המאפשרת גביית דמי ביטול בסכום זהה בין אם מדובר בשני כרטיסי טיסה ובין אם מדובר בחמישים כרטיסים – מביאה להפרת האיזון בין העוסק לצרכן. מוסיפה המשיבה לעניין זה, כי אף אם דמי הביטול נועדו רק להשבת הוצאות מינהליות הכרוכות בביטול העסקה, עדיין קיימת הצדקה לאפשר גביית דמי ביטול בגין כל כרטיס בנפרד, שכן ככל שמוזמנות טיסות רבות יותר, הוצאות אלה גדלות.

כג. לטענת המשיבה, נטל ההוכחה בדבר קיומה של הפרה שיטתית מצד המשיבה, מוטל על המערער, והוא לא הורם. המשיבה מפנה לסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות; לטענתה, דרישות סעיף זה טומנות בחובן את הנטל להוכיח כי טעותה של המשיבה אירעה כלפי קבוצת צרכנים, וכך נקבע – לפי הטענה – גם בפסיקה.

כד. עוד טוענת המשיבה, כי אף אם נטל הראיה בעניין זה מוטל עליה, הורם בנסיבות העניין, באשר הגישה, בין היתר, תצהירים מטעם מנהלת בכירה מטעמה; נהלים פנימיים; ודוגמאות למקרים בהם נגבו מלקוחותיה דמי ביטול בשיעור של 5% – וכל אלה מעידים לטענתה על כך שפעלה לפי דין. עוד נטען, שדי במצהיר אחד – אשר עשה את הבירור הנדרש – שישמש כ"פיו של העוסק", ואין צורך להעיד את הנציג הספציפי שטיפל בפנייתו של המערער. המשיבה מוסיפה, כי אין בהתבטאויות השונות של נציגות מטעמה, אותן הוציא המערער לשיטתה מהקשרן, בכדי להעיד על טעות שיטתית.

תגובת המערער

כה. לטענת המערער, הדוגמאות שהביאה המשיבה בדבר הזמנות של 50 ואף 100 כרטיסים אינן רלבנטיות. זאת, משום שאין הרוכש במקרה זה נכנס בגדר "צרכן" כהגדרתו בחוק, באשר ההזמנה לא נעשתה "לשימוש אישי, ביתי או משפחתי" כנדרש. מוסיף המערער בתגובתו, כי עמדת המשיבה בנוגע לתיבה "נוסע" בחוק שירותי תעופה מחזקת דווקא את עמדתו, שכן היא מבחינה בין סעד נזיקי שמקבל נוסע, לבין חיוב בדמי ביטול: לטענתו, הזכות לסעד נזיקי שמורה לכל נוסע, ואילו החיוב בדמי ביטול מוטל על הצרכן בלבד.

הדיון

כו. בדיון הדגיש בא כוח המערער, כי קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה המזמין מהוה שלוחם של שאר המנויים בהזמנה, אינה מבוססת בפסק דינו, והצדדים לא התייחסו אליה בסיכומיהם בבית המשפט המחוזי. כן נטען, כי הרציונל של סעיף 14(ב)(1) לחוק אינו לשפות עוסקים, אלא להרתיע צרכנים משימוש לרעה. באי כוחה של המועצה הטעימו, כי הפרשנות שלפיה ניתן לפרק עסקה אחת לעסקאות שונות לצורך גביית דמי ביטול אינה קיימת בשום ענף צרכני אחר. עוד הוסיפו, כי הצרכן כמוגדר בחוק מתייחס דווקא למי שרכש את הנכס.

כז. בא כוח המשיבה טען, כי יש להבחין בין נכסים הניתנים להפרדה – כגון כרטיסי טיסה – לבין אלה שאינם ניתנים להפרדה. כן טען, כי התקיימו בהכרח יחסים צרכניים בין אשת המערער לבין המשיבה – אם באמצעות דיני שליחות, או באמצעות חוזה לטובת אדם שלישי – שכן אשת המערער היא בודאי בעלת תביעה כלפי המשיבה, משום שזו מחויבת להעניק לה שירות בהציגה את כרטיס הטיסה. כן הוסיף, כי צרכן מוגדר כמי שקונה נכס או מקבל שירות, וכי כרטיס טיסה הוא שובר שבהצגתו ניתן השירות. לבסוף טען, כי למצער נהגה המשיבה בתום לב בהסתמכותה על הדין כפי שהבינה אותו, ובאמונתה כי היא פועלת לפיו.

כח. בתום הדיון (בהחלטה מיום 2.1.14) התבקשה התייחסותו של היועץ המשפטי לממשלה לשאלה הפרשנית שבמחלוקת, לאחר שיוועץ בגורמים הרגולטוריים הרלבנטיים. כן ניתנה לצדדים האפשרות להגיב לעמדה זו.

“עמדת פרקליטות המדינה” מיום 11.3.14

כט. ביום 11.3.14 הוגשה עמדה מטעם המדינה, לא כפי שנתבקש בהחלטתנו מ-2.1.14 מטעם היועץ המשפטי לממשלה, אלא “התייחסות מטעם פרקליטות המדינה”. “התייחסות” זו לא מילאה אחר ההחלטה והמשאלה, כי היועץ המשפטי ייכבד ויידרש לנושא, וכוונתנו לרוחה של פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש), קרי, קיומו של עניין ציבורי; והיא נראית, גם אם מניחים אנו שלא לכך היתה הכוונה, כאי כיבוד ראוי להחלטת בית המשפט. איננו תולים את הקולר בכותב ההתייחסות, אף שאיננו יודעים אם העניין הובא לשולחן היועץ המשפטי עצמו; אולם פניה אל היועץ המשפטי כבכיר המשפטנים בשירות הציבורי משמעה קריאה לבחינה של הדין והאינטרס הציבורי במבט כולל. לא נדרשנו לעניין מצער זה עד כה, שכן לא ראינו עצמנו כעניים בפתח, המתחננים לחוות דעת היועץ המשפטי; אך צר לנו. אשר לתוכן ההתייחסות, לא נאמר בה כי נועצו ברגולטורים הרלבנטיים כפי שנתבקש, אף שאיננו יודעים, ושמא עשו כן. בהתייחסות הפרקליטות מצוין – בלקוניות יתרה, יש לומר – כי עמדתה הפרשנית של המועצה לצרכנות “מקובלת עלינו”, ואולם – לשיטת ההתייחסות – ראוי כי עמדה זו תחייב מעתה ולהבא, נוכח “אי הבהירות הפרשנית” בסוגיה. עוד צוין, כי העמדה בנידון – הן במישור האזרחי והן בזה הפלילי (לפיה כיום מוגשים כתבי אישום רק בגין גביית דמי ביטול יתרים בחישוב לכל כרטיס טיסה בנפרד)

– תיבחן שוב לאור הכרעת בית המשפט. נתבקשה מטעמנו התייחסות הצדדים לעמדה שהוגשה.

תגובת המשיבה מיום 3.4.14 ל"עמדת היועץ המשפטי"

ל. לטענת המשיבה, עמדת היועץ המשפטי (שאינה כזאת לאמיתה כאמור) בלתי מנומקת וסותרת את עמדתם של הגופים הרגולטוריים הרלבנטיים, ובפרט של משרד התחבורה והרשות להגנת הצרכן. המשיבה צירפה את עמדתו של היועץ המשפטי למשרד התחבורה מיום 26.2.14, השונה מן העמדה שהוגשה על-ידי הפרקליטות. נטען בנוסף, כי "היועץ המשפטי" כלל לא התייחס בחוות דעתו לעמדת הרשות להגנת הצרכן, ויש להורות לו להגישה. לבסוף טוענת המשיבה, כי אם תתקבל "עמדת היועץ המשפטי", יש להסדירה במסגרת חקיקה ראשית ולא בחקיקה שיפוטית – שכן היא מהווה שינוי של הדין הקיים.

תגובת המערער מיום 3.4.14 ל"עמדת היועץ המשפטי"

לא. המערער מסתייג מן העמדה, שלפיה ראוי להחיל את הפרשנות האמורה רק מכאן ולהבא נוכח "אי הבהירות הפרשנית". כנטען, יש לברר את הסעד המתאים בתביעה לגופה, ולא בשלב הבקשה לאישור, וככל שבית המשפט סבור כי ישנה אפשרות סבירה שתתקבל עמדתו, יש לאשר את התובענה הייצוגית ולהחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי. עוד נטען, כי יש בעמדה הנזכרת כדי להחיל את סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לרשות לחדול מהתנהגותה הפוגענית, אף כי אין המשיבה באה בגדר רשות. המערער טוען בנוסף, כי אין הצדקה לפטור את המשיבה מאחריות בשל הסתמכותה על עמדת הרגולטור כפי שהבינה אותו, וכי אין לתמרץ עוסקים לאמץ במתכוון פרשנות "אפשרית" – אך שגויה – של הדין, חלף הפרשנות הנכונה והראויה.

לב. ביום 13.4.14 גם הגיש המערער בקשה למחיקת תגובת המשיבה, בטענה שזו צירפה את עמדת משרד התחבורה מבלי להגיש בקשה להוספת ראייה חדשה. בתגובתה מיום 30.4.14 טענה המשיבה, כי מבחינה דיונית מותר היה לה להגיש את המסמך האמור, ואף קיימת חשיבות מיוחדת להגשתו נוכח חשיבותה הציבורית של השאלה במחלוקת. בתגובת המדינה לעמדת המשיבה (מיום 1.5.14) נטען, כי העמדה שהגישה מייצגת את כל גופיה, ואין לייחס לעמדת משרד התחבורה מעמד עצמאי, מאחר שזו הוכנה במסגרת דיון פנימי. המדינה עתרה להוציא את חוות הדעת מתיק בית המשפט.

רע"א 3429/13 ישי רז נ' גוליבר תיירות בע"מ (13.4.14)

לג. ביני לביני, ניתנה ביום 13.4.14 ההחלטה בהליך שבכותרת (להלן עניין גוליבר) על ידי חברתי השופטת ע' ארבל, אשר עסקה בשאלה הפרשנית העומדת לפתחנו. ההחלטה בחנה תחילה את הפרשנות הלשונית של הוראות החוק הרלבנטיות – הגדרת "צרכן" ו"עסקה" – ומצאה כי לשון החוק סובלת את שתי הפרשנויות המוצעות. עם זאת, נוכח תכליתו של חוק הגנת הצרכן בכלל, ותכליתן של ההוראות העוסקות במכר מרחוק בפרט, נאמר כי עוסק אינו רשאי לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד, אלא מותר לו לגבות שיעור דמי ביטול בסכום ששוויו 5% ממחיר ההזמנה כולה, או 100 שקלים, לפי הנמוך ביניהם. אציין כבר כאן, ואפרט בהמשך, כי בכל הכבוד ותוך הבנה גם לגישת שבוטאה בהחלטה – דעתי שונה. בהחלטה מיום 23.4.14 התבקשה עמדת הצדדים, המועצה הישראלית לצרכנות והיועץ המשפטי לממשלה להחלטה בעניין גוליבר. המועצה והמשיבה הגיבו.

תגובת המועצה הישראלית לצרכנות להחלטה בעניין גוליבר מיום 1.5.14

לד. לדעת המועצה, ההחלטה בעניין גוליבר עולה בקנה אחד הן עם לשון סעיף 14(ב)(1) והן עם תכליתו, ובפרט עם כוונת המחוקק להגן על צרכנים. לגישת המועצה, יש להחיל את התוצאה שהתקבלה שם גם במקרה דנן, זאת בייחוד לאחר שהמדינה אימצה את עמדת המועצה בנידון.

תגובת המשיבה להחלטה בעניין גוליבר מיום 4.5.14

לה. לטענת המשיבה, ההחלטה בעניין גוליבר ניתנה ללא שעמדו בפני בית המשפט טענות כבדות משקל שהובאו בפני בית המשפט בהליך דנן. כך למשל, טוענת המשיבה, כי לא עמדה בפני בית המשפט עמדת הרגולטורים, ובפרט עמדתו של משרד התחבורה. לדברי המשיבה חסרה בהחלטה בעניין גוליבר התייחסות לכך שכרטיס טיסה מהווה חוזה לשירות אישי בתנאים ייחודיים. כן טוענת המשיבה, כי בקביעה שהצרכן הוא רק הרוכש, התעלמה ההחלטה מהגדרת הצרכן כ"מקבל שירות" וכן מן האמור בחוק שירותי תעופה. מוסיפה המשיבה וטוענת, כי ההחלטה אינה מתייחסת לדוקטרינת השליחות. עוד נטען, כי העמדה בהחלטה, לפיה פרשנות המשיבה בנושא פירוק עסקה למספר עסקאות קשה ליישום, אינה נכונה: לטענתה, ככל שניתן לבטל עסקה באופן נפרד, כך יש לגבות בגין עסקה זו דמי ביטול בנפרד.

לו. אקדים ואומר, כי לאחר העיון סבורני, כי חרף הגישה שובת הלב שעלתה בעניין גוליבר הצדק עם המשיבה, ואין להיעתר לערעור.

הבקשה להוצאת עמדת משרד התחבורה מתוך תיק בית המשפט

לו. אפתח בבקשה להוצאת עמדת משרד התחבורה מתיק בית המשפט: אכן, התנהלותה הדיונית של המשיבה אינה ראויה בנסיבות העניין. מן הדין היה, במישור הדיוני, כי תגיש בקשה לצרף ראייה חדשה (ראו רע"א 6658/09 מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ (2010), פסקאות 5-6 לפסק הדין). אף אם סברה המשיבה כי היה על המדינה לצרף את עמדת משרד התחבורה, הנה משלא נעשה הדבר – לא יכלה המשיבה לעשות דין לעצמה ולצרפה ללא בקשה מתאימה (לעניין צירוף העמדה לגופו אדרש להלן). אוסיף, כי לדידי אין מוטלת על המדינה חובה לפרט בחוות דעתה את העמדות השונות שהציגו גורמי המדינה השונים, במסגרת גיבוש עמדתה. אדרבה: המדינה, על שלל גופיה, אחת היא, ועליה להציג בפני בית המשפט עמדה אחת; ראו בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (2012), בפסקה יא, שם נזדמן לי לומר – אמנם בהקשר מעט שונה – דברים ההולמים גם את ענייננו, כי אין ניתן להלום שהמדינה תדבר בשני קולות:

"... כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה. כשמובאת עמדה לפני בית משפט זה עליה להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת, ולא חלילה של לטיפונדיות ואחוזות פיאודליות כאלה ואחרות – מדינה אחת, מדיניות אחת. תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הפועלות בכפיפות לו בהקשר המשפטי הוא האינטגרציה, כך שבית המשפט לא ישמע מנגינות מתוים שונים, משל היו אלה 'שטיבלך' של נוסחים שונים. תזמורת אחת היא ומנצח לה אחד, במישור הכולל – הממשלה, שבמקרה של חילוקי דעות על ראש הממשלה להביא את הדברים לדיון ולהכרעה בה, ובמישור המשפטי – היועץ המשפטי לממשלה."

לח. בית משפט זה כבר פסק, כי ככלל יש לדבוק באמור בסעיפים 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 הפוטר רשות ציבורית ממסירת "מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי, וכן חוות דעת, טיוטה, עצה או

המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדין". בהקשר חופש המידע נדרש לכך בית משפט זה בע"א 7759/01 הוצאת עיתון הארץ נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(5) 150 שם הוחרגו הנסיבות הספציפיות מכלל זה של ההתייעצות הפנימית, כיון שהרשות עצמה (היועץ המשפטי לממשלה) נתנה ביטוי לקיומה של חוות דעת פנימית (של פרקליטת המדינה), ועל כך נפסק כי תימסר תמצית קצרה ממצה של נימוקי פרקליטות המדינה (בגילוי נאות – כיהנתי אז כיועץ המשפטי לממשלה). בענייננו, אם נקיש מכך, התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לאחר שיועץ ברגולטורים. העמדה הוגשה כפי שהוגשה כאמור ולא הזכירה ולא נדרשה פרטנית לעמדות השונות של גורמי הרשויות הרגולטוריות. לטעמי, ובהמשך לאמור מעלה, כאשר בית המשפט מבקש את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, ראוי כי תוצג חוות דעת מפורטת, המתמודדת עם סוגיות שונות אשר מתעוררות בתיק, באופן שיש בו כדי להביא את התמונה המלאה בפני בית המשפט בבואו להכריע בסוגיה נתונה. במקרה דנא, נוכח הבקשה הספציפית בהחלטתנו, היה מקום גם לציין את הרגולטורים בהם נועץ היועץ, אף אם אין צורך לפרט את חוות דעתו של כל אחד מהם, וניתן למסור את "השורה התחתונה" של היועץ. חרף הביקורת על הגשת עמדה זו כאמור, עלינו לדבוק לדעתי גם במקרה זה בגישת המדיניות הכללית, גם במבט רחב למקרים אחרים, שכן יש להימנע ממצג שבו עמדת המדינה תהא בחינת "נתת תורת כל אחד ואחד בידו" (משנה שביעית ב', א'). לבית המשפט אין כלים, וגם אין זה מתפקידו, להכריע בין עמדות שונות של גופי המדינה. בדיוק לכך – בין השאר – נועדה סמכותו האינטגרטיבית של היועץ המשפטי לממשלה, שחוששנו שלא ניתן לה בנידון דידן ביטוי ראוי. הדבר כמובן מטיל על היועץ המשפטי, אחריות לערוך אותה אינטגרציה וליתן לה ביטוי ממצה. נוכח אלה, סבורני כי יש לראות את עמדת הפרקליטות כמייצגת את כלל גורמי הרשויות, ואין להלום הסתייעות צדדים בעמדות אחרות, ועל כן איננו מביאים אותן בחשבון, ועמדת משרד התחבורה מוצאת. אין בכך כדי לומר כי עמדת הפרקליטות מקובלת עלינו בתוכנה, אך כאן כבר נדרשים אנו לדברים לגופם, שיידונו להלן.

חוק הגנת הצרכן ותכליותיו

לט. דיני הגנת הצרכן מבוססים על מספר הצדקות, שהעיקרית בהן היא חוסר שוויון כלכלי ומקצועי של הצרכן – נחיתות מעשית, בלשון פשוטה – למול העוסק. חוסר שוויון זה נובע ממורכבות השוק המודרני, בו בולטים פערי המידע בין הצרכן לבין העוסקים, והיעדר מומחיותו של הצרכן. במצב זה, זקוק הצרכן להגנה מיוחדת שתאזן את חוסר השוויון האמור: "החקיקה הצרכנית מיועדת להגן על האינטרסים הלגיטימיים של הצרכן בשוק מודרני מסובך ומורכב" (ס' דויטש דיני הגנת הצרכן – כרך א 126

(תשס"א) (להלן דויטש – כרך א); על מטרות דיני הגנת הצרכן ראו שם, בעמ' 118-128). לא למותר לציין, כי הגנת הצרכן מושרשת אף במשפט העברי, הבאה לידי ביטוי בספרות הלכתית ענפה בנושא האיסור להטעות צרכן (לעיון בהגנת הצרכן במשפט העברי ראו נ' רקובר המסחר במשפט העברי – פרקים בהגנת הצרכן, הסוחר והנושה (תשנ"ב); כן ראו סדרת מאמריו של א' ורהפטיג בכתב העת תחומין: "הגנת הצרכן לאור ההלכה" תחומין א 444 (תש"מ); ב 470 (תשמ"א); ג 334 (תשמ"ב); ד 382 (תשמ"ג)).

מ. דבר החקיקה המרכזי בדיני הגנת הצרכן בישראל הוא חוק הגנת הצרכן. אין ספק כי מטרת החוק – כשמו – יסודה בהנחה שבעמידתו מול העוסק מצוי הצרכן בעמדת נחיתות מובנית כאמור, ועל כן זקוק הוא להגנה (ראו לעניין זה דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 342 (2003) (להלן עניין ברזני), פסקה 47 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) מ' חשין – ופסקה 2 לפסק דינה (אמנם במיעוט) של השופטת ט' שטרסברג-כהן; רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 168 (1999), פסקה 6; ע"א 7808/07 לוי נ' מדינת ישראל – משרד השיכון (2012), בפסקה 13)). הנה מדברי פרופ' ס' דויטש בנושא:

"חוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981, נחקק כדי להגן על הצרכנים, לאחר שהתברר שאין די בכללי המשפט הקיימים כדי להגן עליהם. הנחות היסוד של המשפט הפרטי הן: שויון בין הצדדים, חופש חוזים ואוטונומיה של הפרט. הנחות אלו אינן מתאימות לעסקות צרכניות בשל בעיות של מבנה שוק ושל כשל שוק. הנחת היסוד בדין הצרכני הוא שהצרכן זקוק להגנה והוא אינו מסוגל לשמור על ענייניו ולהגן על האינטרסים הלגיטימיים שלו. מטרת החקיקה הצרכנית היא לאזן את חוסר השויון הכלכלי והמשפטי ביחסים שבין עוסק לבין צרכן. המשפט האזרחי מבוסס על הנחות של ניטרליות, שויון, חופש חוזים ומעורבות מינימאלית של המחוקק. לעומת זאת, המשפט הצרכני מבוסס על שיקולים של ערכים חברתיים, הגנת ציפיות הצדדים והתמודדות עם כשלי שוק" (ס' דויטש דיני הגנת הצרכן – כרך ב 37 (תשע"ב) (להלן דויטש – כרך ב)).

מא. אם כן, חוק הגנת הצרכן נועד לתקן את האסימטריה שבין העוסק לצרכן באמצעות הוראות, המגנות באופן מובהק על האינטרסים של האחרון. מאופיו האמור – והמובחן מענפי המשפט הפרטי כדרכם – של חוק זה נגזרו כמה עקרונות. כך למשל, נקבע בסעיף 36 לחוק כי הסדריו הם קוגנטיים ובלתי ניתנים להתנאה. עם זאת יש להדגיש, כי זכויות הצרכן אינן מוחלטות, והמחוקק ביקש ליצור מערכת איזונים שתגן על הצרכן מזה, אך אף על האינטרסים הכלכליים של העוסק מזה (דויטש – כרך ב, בעמ' 37).

632; איזון זה נדרש גם בפרשנותן של הוראות חוק הגנת הצרכן – ראו שם, למשל בעמ' 595).

עסקת מכר מרחוק

מב. תיקון החוק העוסק בעסקאות מכר מרחוק – תיקון מס' 7 מתשנ"ח-1998, 1998 החוקים 1679 (תשנ"ח) 298 – כוון בעיקר כלפי עסקאות שנעשו באמצעות הטלפון והדואר. כיום, מרבית העסקאות מן הסוג של "מכר מרחוק" נעשית באמצעות רשת האינטרנט. העולם החדש של הוירטואליה מציב אתגרים רבים: מחד גיסא, זירת המסחר המקוון כללה מעיקרא סכנות חדשות לצרכן (ראו א' דויטש מעמד הצרכן במשפט 518-513 (תשס"ג) (להלן דויטש – מעמד הצרכן במשפט); מאידך גיסא, במובנים מסוימים האסימטריה בעסקאות מקוונות היא דווקא חמורה פחות מאשר בעסקאות "קלאסיות" של מכר מרחוק (ראו מאמרם המקיף והמעניין של שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או ניצחון פירוס?" עיוני משפט לב 127, 148 (2010) (להלן בכר וז'רסקי)). מכל מקום, כפי שיפורט, אין חולק כי הוראות החוק הרלבנטיות חלות גם על עסקת מכר מרחוק באמצעות האינטרנט.

מג. הוראת סעיף 14(ב)(1) מצויה בין מכלול סעיפים העוסקים בעסקת מכר מרחוק, אשר מוגדרת בסעיף 14(ג)(ו) כך:

"עסקת מכר מרחוק - התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה.

בהמשך לכך, מוגדר שיווק מרחוק כך:

"שיווק מרחוק - פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסימיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים, אלא באחד האמצעים האמורים".

מד. בענייננו מדובר במצב בו המכר נעשה ללא שהצדדים באים במגע פיסי, וללא שהצרכן יכול לבחון באופן מוחשי את המוצר שאותו הוא רוכש. מכאן עולה החשש שהצרכנים מצויים בעמדת נחיתות קשה אף מן הרגיל, ועלולים לעיתים קרובות לטעות בהערכת המוצר שנמכר להם. אסימטריה זו – המודגשת, כאמור, יותר מאשר בעסקת

מכר רגילה – הביאה את המחוקק לקבוע הוראות ייחודיות, הכוללות בין היתר הטלת חובות גילוי רחבות על העוסק בסעיף 14ג(א) + (ב) לחוק, וכן זכות ביטול חד-צדדית בסעיף 14ה(ב) (על זכות הביטול בעסקאות מכר במבט השוואתי ועל הצדקתו בהקשר הישראלי, ראו בכר וז'רסקי, בעמ' 145-148).

זכות הביטול החד-צדדית

מה. כאמור, הנחות היסוד בבסיס דיני הצרכנות שונות מאלה העומדות בבסיס דיני החוזים (על שוני זה ראו דויטש – כרך א, בעמ' 349-445). הדבר בא לידי ביטוי ייחודי בכך שבחלק מן העסקאות הצרכניות עומדת לצרכנים הזכות לחזרה חד-צדדית מהן לאחר כריתת החוזה, גם אם לא נפלו פגמים בכריתת ההסכם והוא לא הופר (דויטש – כרך ב', בעמ' 1187-1190). כך למשל, סעיף 113(א) מאפשר לצרכן לבטל עסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה; בסעיף 14(א) נקבע, כי רשאי צרכן לבטל עסקה ברוכלות; בנוסף לאלה, סעיף 14א(ג) מאפשר ביטול עסקה בעניין רכישת יחידת נופש. אולם ראוי לציין, כי בעסקאות אלה אין החוק קובע דמי ביטול שרשאי העוסק לגבות מן הצרכן. לענייננו, לפי סעיף 14ה(ב), רשאי הצרכן לבטל עסקת מכר מרחוק. יתרה מכך, זכות הביטול החד-צדדית אף הורחבה עם חקיקתן של תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), המאפשרות לצרכן לבטל עסקאות לרכישת טובין ושירותים בשל חרטה בלבד, וזאת גם אם אין מדובר בעסקה מסוגי העסקאות אשר בעניינן קבע חוק הגנת הצרכן זכות ביטול חד-צדדית.

מו. ויודגש – קיומה של זכות ביטול חד צדדית מכוח חרטה בלבד מהווה חריג באופן מובהק לדיני החוזים, ולעיקרון שלפיו חוזה שנכרת בין שני צדדים הוא סופי ומחייב ויש לקיימו (Pacta Servanda Sunt – חוזים לקיום ניתנו, כתרגומו של השופט זילברג בע"א 563/65 פלביץ' נ' פלביץ' ואח', פ"ד כ(3) 244, 252) בהיעדר קיומן של עילות הביטול הקיימות מכוח דיני החוזים או מכוחן של הוראות אחרות. אמור מעתה: בעסקת מכר מרחוק העמיד המחוקק לרשות הצרכן מנגנון הגנה "חזק" יותר, בדמות הזכות לבטל את העסקה באופן חד-צדדי, שרירותי כמעט.

דמי ביטול

מז. ועם זאת, לצד זכות הביטול החד-צדדית בעסקת מכר מרחוק, סעיף 14ה(ב)(1) קובע כי רשאי העוסק לגבות דמי ביטול בגין העסקה, בסך של 5% משווי העסקה, או 100 שקלים, לפי הנמוך. הסדר זה מצוי גם בתקנה 5 לתקנות הגנת הצרכן (ביטול

עסקה). הדעת נותנת, כי תכלית דמי הביטול היא למנוע שימוש "ביד קלה" בהזמנות טלפוניות וביטולן כאוות הנפש בחינת "תכנית כבקשתך", וגרימת הכבדה לעוסק, המוכר. ביטול – כן; אך אין ביטולי חינם, אלא יש להם מחיר ולוא גם נמוך.

מח. אזכיר כי השאלה שבמחלוקת בשלב זה היא הראשונה שהצגנו: האם בעקבות ביטול הזמנה של כרטיסי טיסה שנרכשו בעסקת מכר מרחוק, רשאי העוסק לגבות דמי ביטול בגין עלותו של כל כרטיס בנפרד, או שמא יש לראות בהזמנה עסקה אחת.

פרשנות סעיף 14ה(ב)(1)

פרשנות לשונית

סעיף 14ה(ב)(1) קובע בזו הלשון:

(ב) ביטול צרכן חוזה לפי סעיפים 14א(ג) או 14ג(ג), שלא מהטעמים המנויים בסעיף קטן (א) – (1) יחזיר העוסק לצרכן, בתוך 14 ימים מיום קבלת ההודעה על הביטול, את אותו חלק ממחיר העסקה ששולם על ידי הצרכן, יבטל את חיובו של הצרכן בשל העסקה וימסור לו עותק מהודעת ביטול החיוב כאמור ולא יגבה מהצרכן סכום כלשהו, זולת דמי ביטול בשיעור שלא יעלה על 5% ממחיר הנכס נשוא החוזה או העסקה, או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם.

תוזכר, בנוסף, לשון תקנה 5 לתקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה): "ביטול הצרכן את הסכם הרכישה, כאמור בתקנה 2, רשאי העוסק לגבות מהצרכן דמי ביטול בשיעור של 5% ממחיר הטובין או מערך השירות או 100 שקלים חדשים לפי הנמוך מביניהם". הוראה זו משלימה להוראת סעיף 14ה(ב)(1).

מט. כדי ליישב את השאלה שבמחלוקת, יש להידרש תחילה לפרשנות המונחים "עסקה", ו"צרכן" שבסעיף 14ה(ב)(1), ולאחר מכן למונח "חוזה".

נ. "עסקה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"מכירת נכס או מתן שירות". למקרא הגדרה זו, סבורני, כחברתי השופטת ארבל בעניין גוליבר, כי היא סובלת את שתי הפרשנויות: ניתן לומר כי כל כרטיס מהווה מתן שירות הטסה, ומשכך כרטיס טיסה מהווה עסקה נפרדת. מנגד ניתן גם לומר, כי עסקה כוללת בתוכה מספר נכסים או שירותים (ראו עניין

גוליבר, בפסקה 21). פרשנות לשונית "נקיה" של המונח "עסקה" אינה מכריעה איפוא במחלוקת.

נא. "צרכן" מוגדר בסעיף 1 לחוק כ"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי": על פניו, מי שבעבורו הוזמן כרטיס, מקבל שירות מחברת התעופה. משכך, ובמובחן מהגדרת "עסקה" בחוק, אשר לשונה אינה חד-משמעית, נראה כי לשון הגדרת "צרכן" מובילה על פניה למסקנה, כי הנוסעים האחרים בתוך ההזמנה הם צרכנים. מסקנה זו מתחזקת לנוכח דבריו של פרופ' ס' דויטש כאשר להגדרת ה"צרכן":

"הגדרת צרכן בסעיף 1 לחוק כוללת את הביטוי 'מי שקונה נכס או מקבל שירות'. לכאורה, ניתן לטעון שמי שלא קנה – דהיינו, מי שלא רכש בפועל – אינו צרכן. פרשנות זו אינה אפשרית, שכן היא עומדת בסתירה למונח המקביל לקנייה שהוא מכר, ולגביו נקבע במפורש בסעיף ההגדרות שבחוק שהוא כולל גם הצעה או הצגה למכירה. יש לפרש את הביטוי 'קונה' ככולל את כל מי שמעורב בהליך הרכישה במובן הרחב. דהיינו, כל קונה פוטנציאלי החל משלב הפרסום, המשך בשלבי המשא ומתן, המשך בהליך הרכישה עצמו, ביצוע הרכישה ואף מאוחר יותר, כולל אחריות ושירות לאחר מכירה, כמפורט בסעיף 18 לחוק" (דויטש – כרך ב', עמ' 321-322, בהערה 258) (הדגשות הוספו – א"ר).

נב. לדברי פרופ' דויטש, יש איפוא לפרש את המונח "צרכן" באופן הרחב ביותר. כפי שיפורט להלן, מגמת הרחבה זו עולה בקנה אחד גם עם הפרשנות התכליתית של מושגים אלה.

נג. אכן, בעניין גוליבר נאמר באשר למונח "צרכן", כי "לא ניתן לפרש את המונח צרכן בהקשר הנידון אלא כמי שהתקשר בעסקה מול העוסק" (פסקה 22 לפסק הדין). זאת, מן הטעם שלא ניתן להחיל את מערך הזכויות והחובות החל בין הרוכש לבין העוסק על אותם אחרים הכלולים בהזמנה, וניסיון לעשות כן יוביל לתוצאות קשות בעבור העוסק. כך, למשל: האם העוסק חב כלפי אלה חובות גילוי? האם יוכלו לבטל אלה את העסקה מבלי הצורך באישורו של המזמין? שאלות כדברנות, שיש ליתן להן מענה.

נד. לטעמי, הפתרון לכך נעוץ בפרשנות הלשונית של המונח "חווה" שבסעיף 14ה(ב)(1): "צרכן המבטל חווה", וכן בקביעה, כי הנוסעים בהזמנה הם צרכנים, רק משלב צריכת השירות. מקריאת סעיף 14ה(ב)(1) עולה, כי על הצרכן לשלם דמי ביטול על כל חווה הנכרת בינו לבין העוסק. ככל שכרטיס טיסה מהווה חווה נפרד, על המזמין לשלם דמי ביטול בנפרד על כל כרטיס. כפי שנראה להלן, כל כרטיס טיסה אכן מהווה חווה נפרד, וכך גם לכאורה לצורך גביית דמי ביטול; הנוסעים האחרים בהזמנה מצויים ביחסים חוזיים עם המשיבה החל מכריתת החווה, באשר הם מוטבים מכוח חווה לטובת אדם שלישי. ואולם, כפי שיפורט, אותם נוסעים הופכים לצרכנים מעת קבלת השירות, ובמקרה דנא כאשר הם מתייצבים בדלפק חברת התעופה בסמוך לנסיעה. באופן כללי אציין, כי לטעמי יש לקבוע את מועד קבלת השירות באופן ההולם את מהות השירות שניתן, ועולה בקנה אחד עם תכלית חוק הגנת הצרכן.

נה. אכן, בין כל נוסע שעל שמו הונפק כרטיס טיסה לבין המשיבה קיימים יחסים חוזיים. כמפורט במבוא לתנאי התובלה של המשיבה המופיעים באתר האינטרנט שלה: "כאשר אתה רוכש כרטיס לטיסה שאנו מפעילים, הינך כורת איתנו חווה תובלה". בסעיף 3.1 לתנאי התובלה מצוין כי: "הכרטיס מהווה ראייה לכאורה לחווה תובלה בינינו לבינך כנוסע ששמו נקוב בכרטיס, והוא מאגד בתוכו על דרך האזכור את כל תנאי תובלה אלה. נספק תובלה רק לך אם הינך מחזיק בכרטיס כאמור, או אם אתה מחזיק, כראיה לתשלום או לחלק ממנו, כל מסמך אחר שהונפק על ידינו או על ידי סוכן מורשה שלנו" (הדגשה הוספה – א"ר). בתנאי התובלה מפורטת רשימה ארוכה של זכויות וחובות החלות בין כל נוסע שעל שמו כרטיס לבין המשיבה, והבסיסיות שבהן - חובת המשיבה להעניק שירות הטסה בהצגת כרטיס טיסה, וחובת הנוסע להציג כרטיס כאמור.

נו. כיצד אם כן, נוצרים יחסים חוזיים כאמור, מקום שהנוסעים האחרים שבהזמנה לא היו במעמד הרכישה, ולא השתתפו בעצמם בהגשמת הפעולה המשפטית? אפשרות אחת, עליה ביקשה המשיבה להסתמך, היא כי יחסיים חוזיים אלה קיימים מכוח דיני השליחות. לפי הטענה, מי שנרכשו בעבורם כרטיסי טיסה בהזמנה, הם שולחיו של המזמין-המשלם, והוא שלוח. נוסעים אלה מייפים את כוחו של המזמין להתקשר בעסקה עם חברת התעופה; ואם המזמין פועל כשלוחם של שאר הנוסעים בהזמנה, יש בכך כדי להחיל את מערך הזכויות והחובות שבין המשיבה למזמין, על היחסים שבין המשיבה לנוסעים האחרים בהזמנה.

נז. ואולם, דומני כי מודל חוזי זה אינו תואם את התרחיש המסחרי של הזמנת כרטיסי טיסה בעבור אחרים. בשליחות, הצדדים לחוזה הם השולח והצד השלישי (המשיבה כאן), ואילו השלוח (המערער) יוצא אל מחוץ לתמונה. לא כן בנידון דידן; בהזמנת כרטיסי טיסה בעבור כמה נוסעים, הנוסעים הם למעשה מוטבי החוזה בקונסטרוקציה משפטית של חוזה לטובת אדם שלישי, המוסדר בפרק ד' של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בחוזה מסוג זה, הצדדים – המזמין והמשיבה – כורתים חוזה לא בשם הצד השלישי אלא לטובתו. נוסף על כך, בדיני השליחות, כאשר פעולה משפטית "מחייבת ומזכה לפי העניין", משמעות הדבר היא ש"הזכות לתבעו, לבטלו לאכפו ולתבוע פיצוי על פיו נתונה לשולח ולא לשלוח" (א' ברק חוק השליחות 473 (תשנ"ו)); לשיטת המשפט העברי לענייני שליחות ראו ספרו המקיף של ד"ר מיכאל ויגודה (בהשתתפות הרב ח' צפרי) שליחות (תשע"ד), ובמיוחד הנספח "זכין לאדם שלא בפניו", 767, נושא שהמחבר רואה כחלק מדיני השליחות). ואולם, כאשר אדם מזמין כרטיסי טיסה בעבור אחרים ומשלם עליהם, הוא אינו מוותר על זכויות אלה גם לגבי עצמו.

נח. בחוזה לטובת אדם שלישי, שני הצדדים מתקשרים בחוזה כדי להיטיב עם אדם שלישי שמחוץ לחוזה. מהו תוכן זכותו של המוטב? זוהי זכות חוזית לדרוש את קיום החיוב. למול חובה זו ניצבת חובת החייב (המשיבה כאן) למלא את חובתו לטובת הצד השלישי כלפי המתקשר (המערער כאן), שגם לו הזכות לדרוש מן החייב את קיום החוזה כלפי המוטב. בענייננו כרתו המשיבה והמערער שני חוזים: האחד – חוזה מכר סטנדרטי, ובו בתמורה לתשלום, מתחייבת המשיבה לשירות הטסה, בהתאם לתנאי התובלה שלה. בנוסף לכך, במעמד ההזמנה משתכלל חוזה שני, שהוא הטבה לטובת צד ג'; ההטבה היא הזכות לקבל שירות טיסה מן המשיבה לכל מי שנרכש בעבורו כרטיס. אולם קיום החובה על ידי המשיבה מוגבל בתנאים מסוימים, אשר המוטב-הנוסע צריך לעמוד בהם אם רצונו ליהנות מן הזכות.

נט. בחוזה רגיל – כדוגמת זה שנכרת בין המערער לבין המשיבה ביחס לכרטיסו – ככל שמדובר בעסקת מכר מרחוק, על העוסק מוטלות חובות גילוי רחבות כמפורט בסעיף 14ג(א) + (ב) לחוק. ומה באשר למעמד הצרכני של הנוסעים שבהזמנה? כאמור, אף הם מצויים ביחסים חוזיים עם המשיבה, שהתחייבה להעניק להם שירות בתנאים מסוימים. משום כך, נוסעים אלה הם מקבלי שירות, כל אחד בעסקה נפרדת, ועל כן נכנסים הם בקטגוריה של צרכנים. ואולם, רק המזמין הוא שהתקשר בעסקת מכר מרחוק.

ס. אמנם זכותו החוזית של הנוסע משתכללת בעת ההתקשרות החוזית בין המזמין לבין המשיבה, אך היחסים הצרכניים בין הנוסע לבין המשיבה משתכללים רק בבוא לקבל את השירות. על כן, חובות הגילוי השונות החלות על העוסק כלפי הצרכן, חלות רק כלפי הצרכן הרוכש. קביעה זו עולה בקנה אחד עם תכליות חוק הגנת הצרכן, באשר – וכפי שפורט מעלה – חובות אלה נועדו לגשר על פערי המידע הקיימים תדיר בעסקאות בכלל, ובפרט בעסקאות מכר מרחוק. על כן, אין צורך להטיל חובות אלה על העוסק במישור יחסיו מול הצרכן-הנוסע, שאינו חלק ממעמד כריתת ההסכם. בשל הבחנה זו, ביטול העסקה וכן דמי הביטול מוסדרים למול הצרכן-מזמין, אך אין בכך כדי לגרוע מן המסקנה, כי בין הנוסעים לחברת התעופה נכרת הסכם. עם זאת, יוכל הצרכן-הנוסע לתבוע בגין הפרות על פי חוק הגנת הצרכן, ככל שאלה קשורות בהתנהגות העוסק לאחר מועד ההתקשרות; ראו ההוראות המצויות בפרק ד' 1 לחוק, וכותרתו "אחריות ושירות לאחר המכירה", ובפרט סעיף 18א – "אחריות לטובין ולשירותים". הצרכן הנוסע בענייננו הוא הצרכן לעניין מתן השירות, ועל כן הוראות אלה חלות לגביו. הגדרה מצומצמת של הצרכן – כך שרק הרוכש כרטיסי טיסה יכונה כך – לא תאפשר לצרכן הנוסע ליהנות מהגנות אלה. יתרה מכך, דבר זה מתיישב עם עמדתו של פרופ' דויטש למעלה (פסקה נ"ב), לפיה לא רק הקונה הוא הצרכן, אלא מי שמעורב בתהליך הרכישה במובן הרחב.

סא. לסיכום נקודה זו: המזמין הוא צרכן לאורך כל הדרך, ממעמד הרכישה ועד קבלת השירות. הנוסעים האחרים בהזמנה הם לכאורה צרכנים מרגע קבלת השירות, באופן העולה בקנה אחד עם ההגדרה שבחוק. באשר למונח "חווה" – כל כרטיס טיסה הוא חווה שבגין ביטולו יש לשלם דמי ביטול. כרטיסיהם של הנוסעים האחרים בהזמנה הם חוזים לטובת צד ג', מכאן, שלפי לשונו של הסעיף – יש לראות בכל כרטיס טיסה חווה נפרד.

פרשנות תכליתית

סב. דומני, כי גם פרשנות תכליתית של הוראת סעיף 14ה(ב)(1) מובילה למסקנה האמורה; באשר למונחים "צרכן" ו"עסקה" – דומה כי פרשנות כזו מובילה להרחבתם, לא לצמצומם. כך למשל, לטעמי יש לאמץ את הפרשנות שהציע פרופ' ס' דויטש למונח "שירות", המופיע בהגדרות "צרכן" ו"עסקה":

"שירות לעניין חוק הגנת הצרכן צריך שיפורש כך שיכלול כל עסקה שאינה מכירת נכס... יש לפרש הגדרה

זו כהבהרה בלבד, דהיינו שהיא כוללת את כל הפעילות הכלכלית של הצרכן בין אם מדובר במכר או בשירות. פרשנות החוק צריך שתהיה הגיונית ותכליתית. מטעם זה הייתי מציע לכלול בשירות כל עסקה שאינה מכירת נכס" (דויטש – כרך א, בעמ' 195) (הדגשות הוספו – א"ר).

סג. פרשנות זו נובעת מתכלית החוק, באשר אין סיבה להגביל את סוג העסקאות שהחוק חל לגביהן.

סד. המערער טוען, כי יש לצמצם את תחולתו של חוק הגנת הצרכן, באשר הוא מעניק הגנה רחבה מאוד לצרכן, זאת כעולה מעמדת בית המשפט ברע"א 2512/90 סופרגו בע"מ נ' תופיני טער, פ"ד מה(4) 405 (1991) (להלן עניין סופרגו). כן הפנה המערער לפסק הדין בע"א 10085/08 תנובה, מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בע"מ נ' ראבי (2011) (להלן פרשת תנובה), שם ניתן פיצוי רק למי שרכש את המוצר. אין בידי ההלום טענה זו: ראשית, קביעת בית המשפט בעניין סופרגו נועדה לבוא לקראת העוסקים, שכן לצרכנים ניתנת הגנה רחבה בחוק. טענה זו נטענת כאן באופן שיישומו ייטיב דווקא עם הצרכן – כלומר, פרשנות מצמצמת של המונח "צרכן" בהקשר בו עסקינן, משרתת את הצרכן, מקום שבו נאמרו הדברים על מנת להיטיב עם העוסק. יוער, כי מסקנה פרשנית זו מרחיבה את מעגל הנהנים מהגנתו של חוק הגנת הצרכן. מן העבר השני, הפרשנות התכליתית המצמצמת שנקטה בעניין גוליבר, אמנם מיטיבה עם הצרכן לעניין דמי הביטול, אך בעת ובעונה אחת מצמצמת, כך דומה, את מעגל הזכאים להגנת החוק. שנית, הדברים שהביא המערער נאמרו לעניין הגדרת הצרכן כמי שאינו רוכש נכס או מוצר לשימוש עסקי או מסחרי. לא ניתן לגזור מדברים אלה את המבוקש.

סה. אדגיש: נכון לדעתי, כי צרכן הוא לא רק מי שרכש את המוצר, אלא גם מי שצורך אותו בפועל. ואולם, זאת רק כאשר מדובר בשירות אישי, קרי, שירות שהוא בלתי ניתן להעברה. אכן, בטרם הרכישה, חוק הגנת הצרכן חל גם על מי שאינו בעל זכות חוזית כלפי העוסק (ליתר דיוק, עילת ההטעיה הצרכנית חלה גם כלפי צרכן בטרם כריתת חוזה, ראו דויטש – כרך ב, בעמ' 321-340). ואולם ככל שעסקינן בשלב שלאחר הרכישה, הצרכן המשתמש – להבדיל מן הצרכן הרוכש – יקבל הגנה מכוח חוק הגנת הצרכן רק כאשר מדובר בחוזה למתן שירות אישי. ולהבדיל, אם ישנו איחור בטיסה וחברת התעופה מעניקה ארוחה קלה לנוסעים הממתינים, האם יקבלנה רק מזמין הכרטיסים, או כל בעל כרטיס? התשובה ברורה.

סו. בעניין גוליבר, תמה בית המשפט כי אם תתקבל עמדת המשיבה, כיצד ניתן לקבוע לאילו רכיבים תפורק עסקה נתונה? ומהי עסקה נפרדת בתוך הזמנה? בית המשפט הטעים, כי שאלה זו מתעוררת הן בנוגע לנכסים (הזמנת שולחן וארון) והן בנוגע לשירותים (חבילת נופש הכולל מלון, רכב וטיסה בעבור מספר אנשים). כן סבר בית המשפט, כי עמדת המשיבה מעוררת קשיים במישור המדיניות המשפטית, באשר פרשנותה "פותחת פתח רחב להתדיינות ומחלוקות שאינן מיטיבות עם העוסקים וודאי שאינן מיטיבות עם הצרכנים" (פסקה 29 לפסק הדין). לטעמי, המבחן בעניין זה עשוי להיות פשוט: ככל שניתן לבטל רכיב מסוים בתוך הזמנה אחת באופן נפרד, יש לראות רכיב זה כעסקה נפרדת לצורך גביית דמי ביטול. כך למשל, אם היה המערער מבטל באופן נפרד את כרטיסו, ולאחר מכן את כרטיסה של רעייתו, היה עליו לשלם בכל פעם דמי ביטול באופן נפרד (אף המערער עצמו הודה בחקירתו, כי אילו היה מבטל את שני הכרטיסים בנפרד, היה עליו לשלם דמי ביטול בגין כל כרטיס. ראו עמ' 5, שורות 8-12 לפרוטוקול הדיון מיום 18.12.11). ובאשר לנכסים, ככל שמדובר בחבילה שניתן לפרק אותה לרכיביה השונים לצורך הביטול – כך למשל חבילה הכוללת מוצרים מסוגים שונים: טלויזיה, תנור ומקרר – הואיל וניתן לבטל באופן נפרד כל רכיב מתוך החבילה, יש לשלם דמי ביטול בגין כל רכיב, ואין נפקות לכך שהביטול נעשה באופן נפרד או בצוותא חדא. בשונה מכך, ישנן "חבילות" שאינן ניתנות להפרדה: כך למשל, לא ניתן לפרק מערכת סכו"ם לרכיביה ולבטל חלק ממנה.

מטרת דמי הביטול

סז. נוסף על האמור, סבורני כי התוצאה הפרשנית האמורה בדבר סעיף 14ה(ב)(1), עולה בקנה אחד עם תכליתם של דמי הביטול.

סח. ההחלטה בעניין גוליבר עמדה בהרחבה על מאפייני עסקאות בכלל, ועסקאות מכר מרחוק בפרט, וסברה כי באסימטריה המאפיינת עסקאות אלה יש כדי להצדיק זכות חזרה צרכנית וקביעת דמי ביטול בסכום מוגבל. נאמר, כי מנקודת מבטו של הצרכן, מטרת דמי הביטול היא לאפשר לו לחזור בו מן העסקה בעלות מינימלית, וכי דמי ביטול בשיעור גבוה עלולים להרתיע צרכנים ממימוש זכות הביטול. עוד נאמר, כי מנקודת מבטו של העוסק, מטרת דמי הביטול אינה להוות פיצוי על נזקיו בעקבות הביטול, שכן אין זיקה בין עלות דמי הביטול לבין מחיר השירות, אלא המטרה היא להרתיע את הצרכן משימוש פזיז בזכות הביטול, וכן להוות פיצוי – חלקי אמנם – על ההוצאות המינהליות שהוציאה במסגרת ביצוע העסקה וביטולה. בכך וז'רסקי סבורים, כפי שגם ציין בית המשפט המחוזי בפסקה כ"ו, כי דמי הביטול נועדו לפצות את

העותר, בנוסף להוצאות המינהליות, אף על הפסדים כתוצאה מביטול העסקה (בכר וז'רסקי, 180). מכל האמור גזרה ההחלטה, כי אין לאפשר לעוסק לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד, אלא כי עליו לגבות דמי ביטול בסכום שנגזר מסכום ההזמנה כולה.

סט. ראשית אעיר, כי מקובלת עלי הקביעה בעניין גוליבר, לפיה אין מטרתם של דמי הביטול להוות פיצוי "ריאלי" כנגד נזקיו של העוסק. עיון בדיון שנערך בוועדת הכלכלה של הכנסת (פרוטוקול דיון מס' 293, מיום ל' בסיוון תשנ"ח – 24.6.98) וכן בקריאה השניה והשלישית של תיקון החוק (דברי הכנסת ה-14, מושב שלישי, כ"ו תמוז תשנ"ח – 20.7.98) מחזק מסקנה זו. חיזוק נוסף למסקנה האמורה מצוי באלה: ראשית, סעיף 14(ג) קובע כאמור, כי אין בהוראות החוק כדי לגרוע מזכותו של העוסק לתבוע את נזקיו בשל פירות בערך הנכס כתוצאה מהרעה במצבו (אולם יוער, כי הוראה זו מתייחסת ל"נכס" ולא "שירות"). משמע, זהו האפיק בחוק שנועד לתת מענה לנזקי העוסקים בכלל, ולעוסקים בתחום התיירות והנופש בפרט. נוסף על כך, המחוקק קבע תקרה נמוכה בחוק – ולא מדרגות בהתאם לשיעור הנזק – וזו שבודאי מוצדקת לנוכח תכליתו של חוק הגנת הצרכן (ראו עניין גוליבר, בפסקאות 24-25 והמובאות שם). ואולם, עסקינן לכאורה באיזון שבין הגנה על הצרכן לבין "הרתעת" הצרכן מניצול שלא כראוי של אפשרות הביטול ופיצוי מסויים לעוסק על הוצאות והפסד. לכן לדעתי מטרת דמי הביטול משלבת בין רכיב הרתעת הצרכן מעסקאות פזיזות ובין פיצוי מסויים לעוסק לעניין ההוצאות המינהליות.

ע. נשאלת השאלה: האם עצם העובדה, שמטרת דמי הביטול היא במידה רבה "הרתעת" הצרכן – ובשים לב למטרתו המוצהרת של חוק הגנת הצרכן בכלל, וההוראות העוסקות בעסקת מכר מרחוק בפרט – מובילה בהכרח למסקנה, כי אין העוסק רשאי לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד בתוך הזמנה? סבורני, כי התשובה לשאלה זו אינה בחיוב. נראה, כי אם מטרת דמי הביטול – בין השאר – היא להרתיע את הצרכן מעשיית שימוש מופרז בזכות הביטול, חרף הרצון הבסיסי להיטיב עם הצרכן על פי תכלית החוק, יש לאפשר למשיבה לגבות דמי ביטול נפרדים בגין כל כרטיס טיסה בנפרד, ובפרט כשהדבר כולל גם הוצאות טיפול. אכן לעניין זה ביטא בית המשפט בעניין גוליבר את החשש, כי עמדת המשיבה תגרום להרתעת יתר משימוש בזכות הביטול. ואולם מסופקני האם תשלום של 100 שקלים בעבור כרטיס טיסה שמחירה עשוי להיות מאות ואף אלפי דולרים יש בו כדי ליצור אפקט מצנן כאמור. ומאידך גיסא, ניתן לשער, ובשונה מהמקרה שבפנינו, מקרה שבו קבוצה משפחתית גדולה למדי, מזמינה בהזמנה אחת כרטיסי טיסה ליעד ושבועות ספורים לפני תאריך הטיסה מחליט

"המזמין הראשי", מסיבותיו, לבטל את כרטיסי הטיסה; במציאות החיים נראה, כי התרחיש האמור איננו דמיוני. סבורני, כי קשה מאוד להרתיע את הצרכן משימוש פזיז בזכות הביטול החד-צדדית, אם במצב המתואר יחויב אותו מזמין בדמי ביטול בסך 100 שקלים בלבד. תרחיש זה מעיד, כך דומה, כי פרשנותו של המערער בנידון עלולה להפר את האיזון שביקש המחוקק להשיג בין האינטרסים של העוסק לאלה של הצרכן. אציין בהקשר זה את טענת המערער, שלפיה אין המשיבה יכולה להיבנות מתרחישים בהם בוטלה הזמנה בסדר גודל של 50 או 100 כרטיסים, משום שאז אין המדובר ב"שימוש אישי, ביתי או משפחתי". ואולם, ראשית, גם שישה או שבעה כרטיסים, כגודל משפחה מקובל, אינם מילתא זוטרות לגבי העוסק, ושנית, ככל שמושא הרכישה מיועד לשימוש שאינו עסקי – אף כאשר מדובר ברוכש שהוא עצמו עוסק באופיו – נחשב אותו קונה צרכן על פי החוק. משכך, ייתכנו אף הזמנות של עשרות כרטיסי טיסה – למטרת טיסה משפחתית או טיול קבוצתי שאינו בעל אופי עסקי – שייחשבו הזמנות של צרכן בהתאם לחוק הגנת הצרכן (לדיון בשאלת "מיהו צרכן", ראו דו"טש – מעמד הצרכן במשפט, בעמ' 85-66). זאת – מעבר לשאלה עד כמה השימוש בסעיף 14ה(ג), שאינו נועל את דלת התביעה ה"רגילה" בפני העוסק לעניין נזיקין הוא יעיל, שכן לא אחת לא תהא תביעה כזאת כדאית הן מטעמי הוצאות משפט והן מטעמים ראייתיים או גבייתיים. לא אביע כאן דעה אם ראוי שהמחוקק ישקול קביעת "גג דמי ביטול" בעסקאות רבות כרטיסים, או יקבע לוח זמנים מדורג לגבי מועד הביטול אל מול דמי הביטול, קרי, שככל שהביטול נעשה מוקדם יותר (כמו בענייננו למשל) יהיו דמי הביטול נמוכים יותר ולהיפך; הדבר טעון מבט רחב יותר מן התשתית שבידינו.

עא. נראה אם כן, כי הרצון להגן על הצרכן בא לידי ביטוי בהוראות החוק המאפשרות זכות ביטול חד-צדדית, שהם כאמור חריג מובהק לדיני החוזים. דמי הביטול נועדו, למעשה, להניע את המטוטלת במידה מסויימת כלפי האינטרסים הכלכליים-מסחריים של העוסק, וזאת אף אם התקרה הנמוכה נועדה שלא להכביד על הצרכנים ולא למנוע מהם עשיית שימוש בזכות הביטול. משכך, חוששני – בכל הכבוד – כי מאפייני העסקאות והמגמה הכללית של דיני הגנת הצרכן אינם מובילים למסקנה הפרשנית שהתקבלה בעניין גוליבר. על כן, וחרף העובדה שהשיעור שנקבע לא נועד לפצות את העוסק על הפסדיו במלואם, נראה כי לא יורתע הצרכן משימוש פזיז בזכות הביטול, ויופר האיזון בין הצרכן לעוסק גם נוכח הפסדי העוסק, אם יפורש הסעיף באופן שלפיו אין העוסק רשאי לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד. ההגנה על הצרכן מושגת בעצם אפשרות הביטול ובקביעתם של דמי ביטול נמוכים, אך לא לכרטיס אחד. יצויין שבכר וז'רסקי סבורים (עמ' 180) כי דמי הביטול מוגבלים

ופחותים מן הנזק הנגרם לעוסק ועלולים הם לגרום גלגול הוצאות על כלל הצרכנים; ראו גם עמ' 192.

עב. בית המשפט בעניין גוליבר ציין, כי "אין אפשרות לפרש את הסעיף באופן שונה עבור תחומי צרכנות שונים" (פסקה 24 להחלטה). משהוצאנו את עמדת משרד התחבורה מן התיק מן הטעם העקרוני האמור, אין לפנינו תשתית לפרשנות הכרוכה גם באמנות בתחום התעופה, שאינה חלק מן המסכת שלפנינו אף שיכלה להיות; אך באופן עקרוני אין לדעתי מניעה במקרים המתאימים להידרשות לגוונים של פרשנות בהקשרים שונים, ולא אאריך.

עג. נוכח כל האמור, סבורני כי היתה המשיבה רשאית לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד. משכך, אין לדעתי להיעתר לראש הראשון של הערעור.

הרמת נטל הראיה

עד. כאמור, גם ביחס לשאלת נטל הראיה נראה כי אין להלום את הערעור; נזכור, שהמשיבה טענה – בין השאר – כי נטל הראיה לא הורם וכי חלה טעות נקודתית.

עה. למותר לציין, כי את כלי התובענה הייצוגית עיצב המחוקק כמכשיר חברתי, כמענה ליחידים אשר נזקו של כל אחד מהם אינו גדול, ואילולא האפשרות לרכז את תביעותיהם לא היתה כדאיות בתביעת נזקם. נוסף, כי במשפט העברי – אף כי אין בו הליך זהה – ניתן למצוא הצדקות משפטיות ("זכין לו לאדם שלא בפניו", וראו להלן) ואף לבר משפטיות ("תיקון עולם" (רש"י בבא מציעא ל"ד ע"ב, דיבור המתחיל "לשתבע מלוה") או "שלא יהא חוטא נשכר" (בבלי, מנחות ו', א')). לעניין התביעה הייצוגית ודוקטרינת "זכין" ראו בספרו של ד"ר ויגודה (עם ח' צפרי) שליחות הנזכר מעלה בפסקה נ"ז; ד"ר מ' ויגודה "שליחות כפויה – התובענה הייצוגית לאור מקורות המשפט העברי". קובץ הציונות הדתית (בעריכת ש' רז), תשס"ב, 515; מ' ויגודה, "ויקח קרח – התובענה הייצוגית במשפט הישראלי", פרשת השבוע (בעריכת א' הכהן ומ' ויגודה) ד' 157; ד"ר א' הכהן "וכי זכין לו לאדם שלא בפניו" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי" שערי משפט ד(1) 153 (התשס"ה)). המשפט העברי לא הכיר דגם זה של התובענה הייצוגית; הכלל שאליה ניתן לקשור זאת הוא – כאמור – "זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו", משנה עירובין ז' י"א; ראו גם אנציקלופדיה תלמודית, הערך "זכין לאדם שלא בפניו", כרך ב', קל"ה –

"שכל דבר שזכות הוא לאדם נעשה חברו שליח עבורו שלא מדעתו, ודבר שחוב הוא לו אינו נעשה שלוח עבורו אלא מדעתו". ראו גם שם קמ"ח-קמ"ט – "הקונה דבר עבור חברו ושילם למוכר, באופן שחברו פטור מלשלם, כתבו אחרונים שלדברי הכל זכות היא ללוקח וזכין לו שלא בפניו" (וראו האסמכתאות שם).

במישור המשפט הישראלי פשיטא, כמובן, כי:

"... כדי לפסוע אל תוך עולמן של התובענות הייצוגיות, תנאי בסיסי הוא קיומה של עילת תביעה אישית. בהעדרה של עילה כזו, דין התובענה להימחק או להידחות על הסף, וממילא לא ניתן לאשרה כתובענה ייצוגית. על התובע המבקש להיות תובע ייצוגי, לשכנע את בית המשפט – במישור הראייתי ולא רק במישור הטיעוני – במידת הסבירות הראויה, שקמה לו לכאורה עילת תביעה (ע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312, 329-330, השופטת שטרסברג-כהן). הדברים מדברים בעדם: תביעה ייצוגית היא מנוף הטעון בסיס ארכימדי, שאם לא כן תלויה התביעה הייצוגית על בלימה" (ע"א 3995/10 ריזל נ' בנק לאומי, פסקה ו(2)(2005)).

עו. על מי מן הצדדים מוטל נטל ההוכחה להראות כי קיימת קבוצת אנשים שנפגעה מהתנהגות המשיבה? סעיף 8(א) לחוק מפרט רשימת תנאים מצטברים שעל התובע הייצוגי לעמוד בהם כדי שתאושר בקשתו. הנה התנאי הראשון בסעיף:

"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו כל אלה:
(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובת הקבוצה."

עז. לפי סעיף 8(א) על התובע הייצוגי להראות איפוא שניים: כי קיימת קבוצת אנשים שנפגעו באופן דומה; וכי יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות המתעוררות יוכרעו לטובת אותה קבוצה.

עח. צודק המערער בטענתו, כי בשלב הבקשה לאישור – בהיעדר אפשרות לגילוי מסמכים מקיף – קשה לסתור את טענת המשיבה, לפיה הטעות הנטענת באשר לדמי הביטול חלה רק בעניינו, ולא בעניינם של צרכנים אחרים. קושי זה מתחדד כאשר מדובר במקרה מן הסוג שבפנינו, שבו אין מדובר בהתנהגות אחת שגרמה נזק לקבוצה

מוגדרת של אנשים (למשל, כאשר נפגעים כל מחזיקי ניירות הערך של חברה נתונה), אלא בסדרה של התנהגויות דומות אשר כל אחת מהן גרמה – לכאורה – נזק באופן נפרד לצרכנים שונים המרכיבים את הקבוצה הנטענת. לעניין זה ראוי להביא מדברי בית המשפט בבר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר (2012):

"שלא כבתובענה 'רגילה' – שעל-פי רוב ערש לידתה בסכסוך בין בעלי דין המכירים את הרקע למחלוקת ואת העובדות העומדות בבסיסו – בתובענה ייצוגית המידע שבידי התובע תחום בדרך כלל בדל"ת אמותיו של המקרה הקונקרטי שלו. ככלל, אין בידו מידע מקיף ומהימן בשאלה אם הגורם הנתבע פועל באופן זהה ביחס לכל חברי הקבוצה, כמה זמן הוא נוהג כך, מה גודלה של הקבוצה ומהם הטעמים שבעטיים הוא פעל כפי שפעל [...] יש לזכור כי פעמים רבות לתובע המייצג יש מלכתחילה תמריץ דל לאגור מידע ביחס לאחריותו של הנתבע, משום שנזקו האישי זניח [...], וככלל לנתבע יש אינטרס ברור לאגור את כל המידע באופן שיאפשר לו להתגונן מפני תביעה שסכומה המצטבר גבוה. פשיטא: כשמדובר בתובענה ייצוגית מצוי עיקר המידע הרלוונטי בידי הגורם הנתבע" [...](פסקה 15 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

ט. אכן, ככלל מצוי התובע הייצוגי בעמדת נחיתות מובנית, ובפרט כאשר עליו להוכיח קיומה של קבוצה. הדבר עלול לעורר קשיים, שעיקרם החשש כי עוסקים יטו לטעון שמדובר ב"טעות נקודתית", ובכך לא יאושרו בקשות ראויות.

פ. לנוכח קושי זה, יש לתור אחר פתרון שיאפשר להתגבר על פערי מידע אלה. פתרון אחד המוצע בספרות הוא, כי בית המשפט יוכל להעביר את נטל הבאת הראיה מן התובע הייצוגי אל הנתבע הייצוגי, מקום שהמידע בעניין השנוי במחלוקת מצוי ברשות הנתבע, והגיונית יותר הסברה שלפיה הוא נהג באופן עוולתי כלפי קבוצת אנשים מאשר המסקנה ההפוכה (זאת בדומה לאופן שבו ניתן להעביר את נטל הבאת הראיה לנתבע בתביעת נזיקין מקום ש"הדבר מעיד על עצמו" או "הדבר מדבר בעדו" כנחקק בסעיף 41 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) (ראו א' קלמנט "קוים מנחים בפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 144-145 (תשס"ו) (להלן קלמנט)).

פא. במקרה אחד שנדון בפסיקה נקבע, כי כאשר הנתבע הייצוגי הוא חברה ציבורית שדיוחה – לפי הטענה – דיווח כוזב בתשקיף שלה, קמה חזקה ביחס לגודלה של הקבוצה (המורכבת מבעלי המניות), והנטל להוכיח כי גודל הקבוצה אינו מצדיק

אישור התובענה הייצוגית, מוטל על כתפי הנתבע הייצוגי (ראו רע"א 8268/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד (נה) 5/276, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן; עוד ראו והשוו ע"א 3506/09 שלמה צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון (2011)). כך בדבריו של פרופ' ס' דויטש: "אולם בדרך כלל היתה גישת בתי המשפט שהתובע הייצוגי אינו צריך להוכיח את גודל הקבוצה, ואם ניתן להעריך כי הקבוצה גדולה, נטל ההוכחה עובר לנתבע, ועליו להוכיח שהקבוצה כה קטנה שאין הצדקה להגשת תובענה ייצוגית" (דויטש – תובענה ייצוגית, בעמ' 329). ואולם יודגש, כי דברים אלה אמורים ביחס לגודלה של קבוצה ולא לקיומה של קבוצה: חזקה כזו אינה קיימת בנידון דידן, שכן אין זה ברור במובהק כי קיימת קבוצה (זאת בשונה מדוגמת ניירות הערך). פתרון אחר לפערי המידע בשלב הבקשה לאישור נדון ברע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513 (2003), שם נקבע – אמנם לא בהקשר של הוכחת גודל הקבוצה, אלא לעניין עמידה בתנאי הסף – כי יש לאפשר למי שמבקש לאשר את תביעתו כייצוגית לקבל צו גילוי ועיון במסמכי הצד שכנגד, בכפוף למספר תנאים מחמירים יותר מאשר בהליכים אחרים; ראו גם תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע – 2010. אולם יוער, כי לטעמי אין בגילוי מסמכים – שהוא מוגבל בשלב זה – כדי לרפא את הקושי המתואר (לקושי ביישום פתרון זה ראו קלמנט, בעמ' 143-144).

פב. יתכן, כי ניתן להקיש לעניין זה – בהיקש לא מושלם – מסוגית "הודאה והדחה", שבה מודה הנתבע בעובדות המולידות את התביעה, אך מוסיף עובדה אחרת, אשר בגינה נטען כי יש לדחות את התביעה. במקרה מעין זה, מוטל על הנתבע להוכיח טענות אלה (ראו א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מה' 11 – תשע"ג) בעמ' 132) (להלן גורן)). יש לזכור עם זאת, כי בבקשה לאישור תביעה ייצוגית, התובע הייצוגי בהכרח טוען כי קיימת קבוצת אנשים שנפגעה. משכך, טענת ה"טעות נקודתית" שנטענה על ידי המשיבה, אינה טענת הודאה והדחה במובן הקלאסי – אלא טענת הגנה המהווה הכחשה של אחת הטענות כתביעה (שם, בעמ' 133).

פג. סוף דבר, לטעמי יש היגיון רב בגישה שהציע קלמנט, לפיה ניתן להעביר את נטל הבאת ראיה לנתבע הייצוגי, בדומה לכלל "הדבר מדבר בעדו". ראשית, פערי המידע ניכרים בענייננו: המידע שיש בו בכדי לאשר או להפריך את טענת ה"טעות הנקודתית" מצוי ברשותה של המשיבה. עמדה דומה, לפיה יש להעביר את נטל הראיה אל כתפי הנתבע מקום שהמידע מצוי ברשותו, הובעה בפסק דינו – אמנם במיעוט – של השופט ע' פוגלמן ברע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת ציפוי מתכות עמק זבולון בע"מ (2013), בפסקה 16 לפסק הדין, במקרה בו טענו הנתבעות הייצוגיות,

חברות ביטוח, טענת הגנה ביחס לאופן שבו הן מחשבות את הפרמיות אותן הן גובות. שנית, לטעמי, ככל שנתבע ייצוגי טוען את טענת "הטעות הנקודתית", יש לראות בכך מעין "הדבר מדבר בעדו", ולהעביר את הנטל להוכחתה של טענת ה"טעות הנקודתית" לכתפי הנתבע, כדבריו של קלמנט (בעמ' 145):

"הטלת נטל ראשוני ולכאורי על התובע המייצג והעברת הנטל לאחר מכן אל הנתבע, משרתת, לפי גישה זו, את הצורך באיזון ראוי בין שימוש יעיל בתובענה הייצוגית לבין הגנה על הנתבע מפני תביעות סרק. הטלת הנטל הראשוני על התובע תקטין את החשש לשימוש לא ראוי בהגשת התובענה הייצוגית למטרת סחטנות, בעיקר במקרים בהם ברור על פי העובדות והמצב המשפטי שסיכויי ההצלחה של התובענה הם קלושים. מנגד, העברת נטל ההוכחה לנתבע כאשר המידע והראיות מצויים בידו, תשרת את מטרת התובענה הייצוגית ותביא להרתעה ראויה וממוקדת של אותם נתבעים, שקיים סיכוי גדול שהפרו את חובתם ולכן לא יצליחו לעמוד בנטל".

דברים אלה נאמרו בהקשר של הוכחת סיכויי התובענה, אך לטעמי יפים גם לעניין הוכחת קיומה של קבוצה.

פד. האם מדובר בהעברת נטל השכנוע, או בהעברת נטל הראיה? נטל השכנוע הוא – כנודע – החובה העיקרית המוטלת על בעל הדין להוכיח את טענותיו, קרי, החובה לגבור במאזן ההסתברות על גרסת היריב. נטל הבאת הראיה לעומת זאת, משמעו, הבאת ראיות להשמטת הבסיס מתחת לכוחן של הראיות שהובאו על ידי התובע (להבחנה זו ראו י' קדמי על הראיות – חלק ד 1719-1720 (מהדורה מעודכנת, תש"ע); רע"א 1530/13 אדוארד גדלוב נ' הארגז – מפעל תחבורה בע"מ (2013), פסקאות 9-12). הבחנה זו חשובה, שכן מקום שראיות הצדדים מאוזנות, ההכרעה היא לחובת מי שנטל השכנוע מוטל עליו. יצוין, כי ביישום הכלל "הדבר מדבר בעדו" אימצו בתי המשפט את העברת נטל השכנוע דווקא (ראו רע"א 7699/12 המרכז הרפואי א.ג.מ. מדיקל סנטר באר שבע נ' מישל אלפסי (2013), בפסקה 8 והמובאות שם). ואולם לטעמי, במקרים כגון ענייננו, יש לנהוג מתינות ולהעביר לכתפי הנתבע הייצוגי את נטל הבאת הראיה, אך לא את נטל השכנוע. זאת, משום שהעברת נטל השכנוע אל הנתבע הייצוגי עלולה לפגוע באיזון בין התובע לנתבע בהליך הייצוגי. ומכל מקום, בהעברת נטל הבאת הראיה, לא יוכל הנתבע, אל מול טענת התובע בדבר קבוצה שנפגעה, להסתפק בקביעה כי מדובר ב"טעות נקודתית", מבלי להביא ראיות לביסוס קביעה זו.

פה. תיתכן השאלה, האין בהעברת הנטל כדי לפתוח פתח להגשת תובענות סרק, כאשר יידעו התובעים כי הנטל להוכיח קיומה של קבוצה רובץ על הנתבע. לטעמי, לא היא. כאמור, נטל השכנוע להוכיח קיומה של קבוצה באופן לכאורי מוטל עדיין על התובע, בהתאם לדרישת חוק תובענות ייצוגיות. ואולם כאשר הנתבע טוען ל"טעות נקודתית", וניכרים פערי המידע כבענייננו, מוצדק להעביר אל כתפי הנתבע את נטל הבאת הראיה. הנה דוגמה: אדם רוכש לעצמו חטיף במרכול. בבחנו את השקית, הוא מגלה כי תכולת המוצר עומדת על מחצית הכמות הרשומה על גבי האריזה. נניח שאדם זה מגיש תביעה כנגד היצרן, ובקשה לאישור התביעה כייצוגית. נניח עוד, כי היצרן אמנם מודה שבמקרה של התובע אכן נפלה טעות, אולם מדובר בטעות נקודתית. לא יתכן להטיל במקרה זה את נטל הבאת הראיה על הצרכן, שהרי מהם האמצעים העומדים לרשותו כדי להוכיח כי קיימת קבוצת נפגעים? האם עליו לבלוש אחר המוצר במרכולים אחרים? ואם כן, עד כמה? במקרה המתואר, נראה כי הנטל להביא ראיות שאין מדובר בקבוצה עובר אל כתפי הנתבע הייצוגי, ככל שזה טוען כי מדובר ב"טעות נקודתית".

פו. לטעמי, גישה זו משקפת את הרעיון ביסוד התובענה הייצוגית, ואת העיקרון לפיו על בתי המשפט להשתמש באמצעים העומדים לרשותם ולסייע לתובעים ייצוגיים על מנת שלא להפוך הליך זה לאות מתה (ראו ע"א 2718/09 גדיש קרנות תגמולים בע"מ נ' אנליסטט בע"מ (2012)), פסקאות 19-22 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). יתרה מכך, היא עולה בקנה אחד עם המטרות המונחות ביסוד דיני הגנת הצרכן, שבהם נודעת חשיבות רבה לתובענה הייצוגית הצרכנית בהגנה על הצרכן, עד כי אומר פרופ' ס' דויטש "ניתן לומר שהתובענה הייצוגית היא המכשיר החשוב ביותר להגנת הצרכן" (דויטש – כרך ב, בעמ' 19). עוד אדגיש, כי המדובר בהליך לאישור תובענה ייצוגית. כלומר, אף אם תאושר הבקשה, יתקיים הליך עיקרי, ואין אישור הבקשה בלבד מהווה סוף פסוק. לנוכח כל האמור, לטעמי נטל הבאת הראיה במקרה דנן להוכיח כי מדובר בטעות נקודתית, מוטל על כתפי המשיבה.

פז. והנה, עיון בחומר הראיות מגלה, כי בנידון דידן הרימה המשיבה לכאורה את הנטל.

פח. המשיבה הגישה תצהיר ותצהיר משלים מאת גב' גרינפלד, מנהלת בכירה בתחום ההמחרה בה. בתצהירים אלה נאמר כי המשיבה גובה דמי ביטול בהתאם להוראות החוק, קרי 100 שקלים או 5% ממחיר העסקה, לפי הנמוך מהם. הצהרה זו עוגנה כנאמר גם ב"תנאי התובלה" באתר האינטרנט של המשיבה, ואף בנהלי העבודה

הפנימיים שצורפו לתצהיריהם. כן הגישה המשיבה מסמכים ממערכת החשבונות שלה, ובהם פירוט עסקאות שבוטלו – לפני הגשת התביעה ואחריה – שבגינן נגבה דמי ביטול בסך 5% מערך הכרטיס, כאשר היה סכום זה נמוך מ-100 שקלים. יוער, כי פירוט העסקאות שבוטלו לאחר הגשת התביעה, אין בו כדי להוכיח כי לא עוולה המשיבה בטרם הגשת התביעה. גם פירוט עסקאות ספורות בטרם הגשת התביעה, אין בו להוכיח שהמשיבה לא נהגה בניגוד לחוק בטרם הגשת התביעה. ואולם, ניתן ללמוד על מדיניותה של המשיבה מן המסמכים האחרים שהציגה, ובעיקר מתצהירה של גב' גרינפלד, שעדותה בפני בית המשפט המחוזי נמצאה מהימנה (פסקאות כז ו- לו לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). אוסיף, כי דומה שאין לזקוף לחובת המשיבה את העובדה, שלא העידה או הגישה תצהיר מטעם הנציג הספציפי שמתחת ידו יצאה הטעות החשובית בענייננו. כדי להתרשם ממדיניותה העקרונית של המשיבה בנידון וללמוד האם מדובר ב"שיטה", נראה כי לעדותה של גב' גרינפלד, המצויה בנהלי העבודה בה והאחראית על יישומם בפועל, נודעת חשיבות.

פ.ט. המערער ניסה להיבנות מהתבטאויות שונות מטעם נציגות המשיבה, שלדעתו מהוות "עדות שיטה" לעניין הטעות. מעיון בראיות לא קשה להשתכנע מטענה זו, ומכל מקום יש בה ספק: מקריאת התמליל של כתבת תחקיר ששודרה בערוץ 10 בנושא (נספח 1 במוצג א' לסיכומי התשובה של המשיבה), עולה כי נציגת המשיבה אכן ענתה שדמי הביטול, על פי חוק הגנת הצרכן, עומדים על 100 שקלים, ולא הזכירה בדבריה את החלופה של 5%. ואולם, גם לא הוזכר בכתבה סכום הכרטיס שהתבקשה הנציגה לבטל, ואין להסיק בהכרח לחובת המשיבה כי 100 שקלים היום שם גבוהים מ-5% משווי העסקה. מסקנה זו עשויה לכאורה להתחזק מכך שהכתבה מכתירה את המשיבה כ"צדיקה יחידה בסדום" מבין חברות התעופה, וזאת כאשר מצוין בתחילת הכתבה על ידי יועצת משפטית מטעם המועצה לצרכנות, כי "החוק קובע שדמי הביטול הם 100 שקלים או 5% מערך העסקה, הנמוך מביניהם". מקריאת מסר דוא"ל שנשלח מטעם נציגת המשיבה (מוצג 11 בסיכומי המערער), עולה, כי התשובה שניתנה – "על פי חוק הגנת הצרכן עלות הביטול 100 ש"ח לכרטיס ולא לעסקה" – ניתנה בתגובה לשאלה באופן שזו הוצגה; תוכן שאלתו של המבקש היה, האם עליו לשלם דמי ביטול בסך 100 שקלים על כל כרטיס, או על סכום העסקה כולה. משהוצגה כך השאלה – ובאופן המצדיק כמובן מאליו את דמי הביטול העומדים על 100 שקלים – אין לכאורה באי הצגת החלופה של 5% על ידי נציגת המשיבה משום הוכחה לכך שזהו הנוהג המקובל על המשיבה, ומכל מקום ספק בדבר.

צ. סיכומו של דבר, נראה כי בנסיבות דנן עלה בידי המשיבה להראות שהטעות שנפלה בעניינו של המערער מהוה טעות נקודתית ולא "טעות שיטתית", ולמצער להטיל ספק של ממש בכך. על כן דומה שאין מקום להיעתר לערעור בהיבט זה.

כללם של זברים

צא. אשר על כן, אציע לחברי שלא להיעתר לערעור. נוכח התנהלותה הדייונית של המשיבה, כמפורט מעלה, אציע שלא לעשות צו להוצאות. עם זאת, ראוי לציין בחתימה, כי אי היענותנו לערעור אין משמעה הפחתה בהגנה על הצרכן שביקש המחוקק לספק; גם בפרשנות שניתנה כאן אין לדעתנו כדי לפגוע פגיעה אמיתית בהגנה זו, ומטרתה ליצור הוגנות כלפי כולי עלמא.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"א באב התשע"ד (17.8.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט