

בפני כב' השופטת מיכל נד"ב

בעניין:

1. אברהם הירשנזון ת.ז. 027798578

2. אפי בסט ת.ז. 0172127274

ע"י ב"כ עו"ד רם דקל או אוהד אנטמן או
רפאל כץ שכתובתם:
שד' רוטשילד 22, תל אביב, 6688218
טל': 03-7549999 פקס': 03-7549998

המבקשים

- נ ג ד -

קורל-תל בע"מ, מס' ח.פ. 512676289

ע"י ב"כ עו"ד אגמון ושות' רוזנברג הכהן
ושות' עורכי דין, שכתובתם:
הגן הטכנולוגי, בנין 1, כניסה ג', דרך
אגודת ספורט הפועל 1, מלחה, ירושלים מיקוד 92149
טל': 02-5607607 פקס': 02-5639948

המשיבה

עמותת נציגי הציבור (ע"ר) 58-0649796

ע"י ב"כ עו"ד הדס הולצשטיין-תמיר ו/או עו"ד פרופ' אלון קלמנט
מהקליניקה לתובענות ייצוגיות
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801
טל': 03-6407408 ; פקס': 03-6407422

העמותה

התנגדות מטעם עמותת נציגי הציבור (ע"ר) להסדר פשרה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 27.5.19 ומיום 31.7.19 מוגשת התנגדות עמותת נציגי הציבור (ע"ר)
(להלן: **עמותת נציגי הציבור או העמותה**) להסדר הפשרה המוצע.
כל ההדגשות בציטוטים שלהלן אינן במקור, אלא אם צויין אחרת.

א. פתח דבר

1. סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות** או **החוק**) קובע כי "אדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, אדם הפועל לטובת עניינים של חברי הקבוצה, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, ארגון, הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה, רשאים להגיש לבית המשפט... התנגדות מנומקת להסדר הפשרה..."
2. עמותת נציגי הציבור הינה ארגון כהגדרתו בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, הפועל לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת בקשת האישור שבפנינו. לחלופין, יש לראות את הארגון כאדם הפועל לטובת עניינים של חברי הקבוצה.
3. במסגרת תגובותיהם לבקשת העמותה לקבלת כתב התשובה שהוגש בהליך, בא כוח המייצגים והמשיבה טענו כי העמותה אינה רשאית להגיש התנגדות להסדר הפשרה מכוח סעיף 18(ד) לחוק. ביום 31.7.19 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד הנעתרת לבקשת העמותה לקבלת כתב התשובה ומורה כי העמותה תגיש עמדתה עד ליום 8.9.19. לפיכך, הדברים שלהלן בדבר מעמדה של העמותה בהגשת התנגדות נאמרים למעלה מן הנדרש.
4. עמותת נציגי הציבור הינה עמותה רשומה, העוסקת בעיקר בהליכים ייצוגיים במטרה לשמור על זכויותיהם של ציבור המייצגים בהליכים אלו. מטרות העמותה עוגנו במסמכי ההתאגדות של העמותה כפי שהתקבלו על ידי רשם העמותות: שמירה על האינטרס הציבורי; ייצוג הציבור במקרים בהם קיים כשל פעולה משותפת; שמירה והגנה על אינטרס קבוצות מוחלשות; קידום תרבות עסקית וציבורית הוגנת ושקופה.
5. במסגרת פעילותה, העמותה מגישה התנגדויות להסדרי פשרה, בקשות להצטרף במעמד "ידיד בית המשפט" בהליכים המעוררים שאלות עקרוניות בתחום התובענה הייצוגית וכן בקשות לאישור תובענה ייצוגית בתחומים כלכליים.

להליכים בהם משתתפת העמותה ראי': ת"צ (מחוזי מר') 47768-09-13 צוקרמן נ' siemens AG, בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה בטענה להסדר כובל. העמותה הגישה התנגדות להסדר פשרה שהוגש מטעם הצדדים. טרם ניתנה החלטה; ת"צ (מחוזי מר') 9852-07-16 **אודין נ' השטיח המעופף,** בקשה לאישור תובענה ייצוגית צרכנית. העמותה הגישה התנגדות להסדר הפשרה שהוגש מטעם הצדדים. טרם ניתנה החלטה; דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס,** העמותה ביקשה להצטרף במעמד "ידיד בית המשפט" בבקשה לדיון נוסף על פסק הדין בעניין מעמדה של עמדת המאסדר ביחס לפרשנות הנחיותיו. ביום 2.7.19 **ניתנה החלטה המורה על קיום דיון נוסף.** בית המשפט קבע כי בקשת העמותה להצטרף כידיד בית המשפט תידון בפני ההרכב; ת"צ (כלכלי ת"א) 39355-06-19 **הייט נ' איירפורט סיטי,** ת"צ (כלכלי ת"א) 7294-02-19 **מנצורי נ' תמר פטרוליום,** שתיהן בקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו על ידי העמותה (לאחר ביצוע הליך איתור) בגין הטעיה של משקיעים בניירות ערך.

6. זאת ועוד, העמותה מיוצגת בהליך זה על ידי באי כוחה מהקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב (להלן גם: **הקליניקה**). הקליניקה לתובענות ייצוגיות פועלת כגוף ללא מטרות רווח, על מנת לקדם את מטרות

חוק תובענות ייצוגיות במגוון רחב של ערוצי פעילות. הקליניקה ייצגה במספר רב של הליכים ייצוגיים עד כה, והיא בעלת מומחיות וידע בנושאים המיוחדים את ההליך הייצוגי.

להליכים צרכניים בהם ייצגה הקליניקה ראי למשל: ת"צ (מחוזי מרכז) 44751-03-10 **בן סימון נ' הוט** (פורסם בנבו, 22.7.15); ת"צ (מחוזי ת"א) 44211-05-10 **כהן נ' פרטנר** (פורסם בנבו, 15.7.14); ת"א (מחוזי י-ם) 2168/08 **דנאל נ' פרטנר** (פורסם בנבו, 4.4.13); ת"א (מחוזי ת"א) 2537/06 **פרחן נ' מולטילוק** (פורסם בנבו, 20.11.13); ת"צ (מחוזי מ"ר) 32018-09-12 **יחזקאלי נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 9.6.15); ת"צ (מחוזי מ"ר) 47395-11-10 **מינוף ויזמות בע"מ נ' דרך ארץ הוייוז (1997) בע"מ** (פורסם בנבו, 26.12.13); ת"צ (אזורי חי') 42864-07-10 **בויטלר נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 6.4.16); ת"צ (מחוזי י-ם) 4517-09-10 **משה נ' מרק שארפ ודוהם (ישראל 1996) בע"מ** (פורסם בנבו, 11.3.18); ת"צ (מחוזי מ"ר) 57758-05-16 **בלמס נ' לוטוקארד** (ההליך טרם הסתיים); ת"צ (מחוזי י-ם) 62868-10-13 **ארז נ' תשלובת נקניק נהריה כשר זוגלובק 1972 בע"מ** (ההליך טרם הסתיים).

7. עניינו של ההליך בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה לקיום מונופול מצד המשיבה בתחום לוחות מכירת רכבי יד שניה בישראל וניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי בגביית מחיר גבוה מהראוי, בלתי הוגן, תוך הפרת דיני התחרות. כאמור לעיל, מטרותיה של העמותה כוללות מטרה מפורשת לקידום תרבות עסקית הוגנת ושקופה; היא פועלת הן בהגשת תובענות ייצוגיות כלכליות והן בהגשת התנגדות להליך ייצוגי אחר בתחום התחרות; והיא עוסקת בסוגיות כלכליות וצרכניות מובהקות, לרבות כאלה הנוגעות לדיני התחרות. כמו כן, מטרותיה של העמותה נוגעות לאופן ניהול ההליך הייצוגי במטרה להגן על ציבור הבלתי מיוצגים. לפיכך - מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 18(ד) לחוק המתיר הגשת התנגדות על ידי ארגון הפועל לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו עוסקת בקשת האישור.

8. לחלופין, יש לראות בעמותה כאדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה כאמור בסעיף 18(ד) לחוק. סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע כי "מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". כמפורט לעיל, העמותה פועלת לקידום ושמירה על זכויותיהם של ציבור המיוצגים בתובענות ייצוגיות ועל האינטרס הציבורי. ככזו, יש לקבוע כי היא פועלת לטובת עניינם של חברי הקבוצה.

9. פרשנות זו תהלוס את תכלית תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות שביקש להרחיב את האפשרות להתנגד להסדרי פשרה ולהקל על דרכם של ארגונים להשתתף בהליך הייצוגי בהסרת המגבלה הדורשת את אישור שר המשפטים להגדרתם כארגון.

ראי: דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח 637, 116: "בשל חשיבות מוסד ההתנגדות בתובענות ייצוגיות, מוצע להרחיב את האפשרות להגיש התנגדות להסדר פשרה ולקבוע כי כל אדם הפועל לטובת הקבוצה יוכל להגיש התנגדות להסדר פשרה...".

עוד ראי: ע"א 7842/16 **אדם טבע ודין נ' פירסק**, פס' 22-20 (פורסם בנבו, 27.9.17).

10. בענייננו, העמותה סבורה כי אין מקום לאשר את הסדר הפשרה המוצע, מהטעמים הבאים:

10.1. ראשית, פרישתם של המבקשים המייצגים מהליך הגישור והתנגדותם להסדר הפשרה מחייבת בחינה זהירה ומוקפדת של ההסדר. בניגוד לטענת בא כוח המייצגים והמשיבה לפיה אין כל פגם או קושי באישור ההסדר חרף התנגדות המבקשים, הגשת הסדר פשרה ללא הסכמתו של תובע מייצג מחייבת התייחסות מיוחדת מצד בית המשפט, לאור הוראות חוק תובענות ייצוגיות ותכליתו. לעמדת העמותה, על בית המשפט לאפשר דיון בהסדר הפשרה בהשתתפות המבקשים תוך חשיפתם למלוא המסמכים. ככל שבסופו של ההליך בית המשפט הנכבד ימצא כי הפשרה אינה ראויה, הוגנת וסבירה יש לאפשר למבקשים להחליף את עורך דינם המייצג. לחלופין, ככל שבית המשפט ימצא כי הפשרה הינה ראויה, יש לאפשר למבקשים להחליט האם הם מעוניינים להמשיך בייצוג הקבוצה ולחתום על הסדר הפשרה.

10.2. שנית, התחייבויותיה של המשיבה במסגרת ההסדר הן בעלות ערך מועט וכמעט שאין מעניקות פיצוי ממשי לחברי הקבוצה. נקודת המוצא של המומחה מטעם המשיבה, המעריכה את שווי של ההסדר לפי מחיר מחירון – שעל פי הטענה הינו מחיר מופרז ובלתי הוגן – הינה בעייתית ושגויה; שווין של ההטבות לחברי הקבוצה נמוך באופן משמעותי מהסכומים שהוצגו בהסדר, כך למשל: לא ניתן להשוות את מוצר הכרטיסייה – שבו כל מודעה מאפשרת הצגת רכב אחד בלבד, למוצר חבילת הבסיס – שבו כל מודעה מאפשרת הצגה של מספר בלתי מוגבל של רכבים; קיים פער בין מחירה של הטבת הפרסום לבין שווייה מבחינת חברי הקבוצה; לא ברור שוויה האמיתי של האפשרות להקפאת המנוי, ולא ניתן להתחשב בהחלטת המשיבה שלא להעלות מחירים בשנת 2018 – החלטה שהתקבלה על דעת המשיבה עובר לאישור ההסדר על ידי בית המשפט הנכבד – כחלק מהערכת שווי של ההסדר. כמו כן, ביחס לחברי הקבוצה שהם לקוחות קיימים של המשיבה – יש להעדיף מתן פיצוי כספי עבורם על פני מתן הטבה.

10.3. שלישית, שווי הנמוך של הסדר הפשרה מעלה שאלה האם ההסדר מגלם באופן ראוי את סיכוייה של עילת התביעה. בחינת כתבי הטענות שהוגשו לרבות חוות הדעת הסותרות, מעלה שאלה בדבר ערכה של התובענה והסיכוי שתוכרע לטובת חברי הקבוצה:

10.3.1. ככל שקיימת עילת תביעה טובה שסיכוייה גבוהים, חברי הקבוצה צריכים לקבל פיצוי הולם בגין הנזק שנגרם להם. ככל שיימצא כי המשיבה היא אכן מונופולין ומנצלת לרעה את כוחה בגביית מחיר בלתי הוגן, הסדר הפשרה המוצע לא מונע את גביית המחיר המופרז, לא מעניק פיצוי ראוי לחברי הקבוצה ולא מרתיע את המשיבה מלחזור על התנהלותה בעתיד. בכך, ההסדר מסכל את מטרות הוראות חוק תובענות ייצוגיות.

10.3.2. מנגד, ככל שבקשת האישור אינה עומדת ולו לכאורה בתנאים לאישור התובענה כייצוגית, ככל שעילת התביעה אינה מבוססת וסיכוייה נמוכים, הסדר הפשרה אינו עומד בתנאים לאישורו לפי סעיף 19(א) לחוק. במקרה זה אין כל הצדקה להגיע להסדר פשרה הקובע מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה אלא יש להורות על הסתלקות.

10.4. לנוכח האמור, לעמדת העמותה, לא ניתן לדון בבקשה לאישור הסדר פשרה בטרם בית המשפט יכריע באשר לסיכוייה של עילת התביעה. כל אחד מהצדדים להליך הגיש חוות דעת מומחה ביחס לשאלה

בדבר היותה של המשיבה מונופולין וביחס לשאלת המחיר המופרז. המומחים חלוקים ביניהם ביחס להגדרת השוק; החלופות הקיימות; שיעור התייקרות המחירים בתקופה הרלוונטית; משמעות ההשוואה של המחיר הנגבה מסוחרי הרכב לעומת מוכרי רכב פרטיים או סוחרי נדל"ן וכיוצא באלו.

10.5. בהינתן חוות הדעת הסותרות, קיים קושי להעריך את סיכוייה של התביעה ואת האפשרות כי היא תוכרע לטובת חברי הקבוצה. לנוכח האמור, לעמדת העמותה, בטרם מתן הכרעה בבקשה לאישור הסדר פשרה, יש למנות בודק מכוח סעיף 19(ב)(1) לחוק - מומחה בתחום דיני התחרות - אשר יחוה דעתו ביחס לעילת התביעה וסיכוייה.

11. נוכח האמור וכפי שיפורט בהרחבה להלן, בית המשפט הנכבד מתבקש שלא לאשר את הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית, ולהורות על מינוי בודק בעל מומחיות בתחום התחרות שיבחן את סיכוייה של עילת התביעה ויחוה דעתו ביחס לסבירותו של ההסדר נוכח הסיכויים.

ב. תיאור ההליכים עד כה

ב.1. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית

12. הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוגשה בחודש אוקטובר 2016 (להלן: **בקשת האישור**) על ידי מר אברהם הירשנזון ומר אפי בסט (להלן: **המבקשים**) נגד חברת קורל-תל בע"מ (להלן: **המשיבה**). הבקשה הוגשה בטענה כי המשיבה, המפעילה את אתר האינטרנט 'יד 2', היא מונופול בתחום לוחות מכירת רכבי יד שניה בישראל. עוד נטען כי המשיבה מנצלת לרעה את מעמדה המונופוליסטי בכך שהיא גובה מסוחרי הרכב מחיר גבוה, בלתי הוגן, תוך הפרת דיני ההגבלים העסקיים (ס' 1-2 לבקשת האישור).

13. הקבוצה הוגדרה בבקשת האישור באופן הבא: "כל סוחרי הרכב אשר פרסמו ופרסמו מודעות בתשלום באתר האינטרנט 'יד 2' וכן סוחרי רכב שנמנעו מפרסום מודעות בתשלום באתר (או שהקטינו את היקף הפרסום) בשל מחירן הגבוה" (ס' ב' לבקשת האישור).

14. בקשת האישור הוגשה מכוח פריטים 1 ו-4 לתוספת השנייה לחוק (ס' 93-96 לבקשת האישור). עילת התביעה התבססה על סעיף 26(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1998 (להלן: **חוק התחרות הכלכלית**) בנוסחו הקודם¹ (ס' 14 לבקשת האישור) שקבע כי: "לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן – בעל המונופולין)..."; סעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית שקובע כי: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור"; סעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית לפיו יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק ב"קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין" (ס' 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית) או ב"קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם" (ס' 29א(ב)(3) לחוק התחרות הכלכלית) (ס' 29-30 לבקשת האישור).

¹ חוק התחרות הכלכלית בנוסחו הקודם - לפני תיקון מס' 21 - נקרא חוק ההגבלים העסקיים.

15. טענות המבקשים לקיום מונופול ולגביית מחיר בלתי הוגן נתמכו בחוות דעת כלכלית של מר דורון ויסבורד (נספח 4 לבקשת האישור) (להלן: **חוות דעתו של ויסבורד**). בהתאם לחוות הדעת, אתר יד2 ממוקם במקום הרביעי מבחינת מספר הגישות אליו מבין האתרים הישראליים (ס' 32 לחוות דעת). השימוש באתר יד2 עולה בצורה משמעותית על השימוש באתרים אחרים בתחום מודעות הרכב – ביחס להיקף המבקרים תופס האתר נתח של 88% לעומת אתרי אינטרנט אחרים. בנוסף, ביחס למספר המודעות המפורסמות בו, תופס האתר כ- 67% מכלל המודעות המפורסמות באתרים למודעות רכב (ס' 80-95 לחוות הדעת). גם ביחס לממצאי סקר משתמשים שנערך לצורך בקשת האישור נמצא כי השימוש באתר יד2 לפרסום, קנייה או מכירה עולה על 50% (ס' 96-99 לחוות הדעת). על כן, חוות דעתו של ויסבורד קובעת כי יד2 מהווה מונופולין בהתאם להגדרת סעיף 26(א) לחוק התחרות הכלכלית (בנוסחו הקודם).

16. על פי הנתען בבקשה, עד שנת 2014 הפירסום באתר יד2 היה ללא תשלום. החל משנה זו החלה המשיבה לגבות מסוחרי הרכב תשלום שגדל בין השנים 2014-2017 בעשרות אחוזים מדי שנה. עבור האפשרות לפרסם 15 מודעות בכל רגע נתון, גבתה המשיבה מסוחרי הרכב בשנת 2014 תשלום של 14,400 ש"ח + מע"מ לשנה; בשנת 2015 גבתה תשלום של 18,240 ש"ח + מע"מ לשנה; ובשנת 2016 גבתה תשלום של 21,360 ש"ח + מע"מ לשנה (ס' 7 לבקשת האישור, נספחים 1-2). לטענת המבקשים, יכולתה של המשיבה להעלות את המחיר באופן רציף ולהישאר רווחית, מעידה כשלעצמה על היותה מונופול (ס' 26 לבקשת האישור). עוד לטענתם, על אף המחירים הגבוהים, אין ברירה מבחינתם אלא להמשיך לפרסם באתר יד2 שאחרת עסקיהם יפגעו באופן אנוש (ס' 12 לבקשת האישור).

17. לטענת המבקשים המחיר שגובה המשיבה מחברי הקבוצה מהווה מחיר מופרז בהתייחס לאינדיקציות השונות לזיהוי מחיר מופרז (ס' 59-62 לבקשת האישור). לטענת המבקשים, עלויות הייצור הן זניחות, הכנסות המשיבה הן עצומות לעומת ההוצאות, והמשיבה נכשלת במבחן ההשוואה הן ביחס למודעות השונות באתר עצמו והן ביחס למחירי החברות המתחרות (ס' 63 לבקשת אישור).

18. עוד לטענתם, המשיבה מפלה בין לקוחותיה- סוחרי הרכב- לבין לקוחות אחרים כמו מתווכי נדל"ן או לקוחות פרטיים (ס' 69-83 לבקשת האישור). כך, חוות דעתו של ויסבורד עומדת על קיומו של פער משמעותי בעלות הפרסום בין מגזר סוחרי הרכב וסוחרי הנדל"ן, העומד על פי הטענה על 182%, וטוענת כי פער זה מלמד על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מסוחרי הרכב (ס' 110-121 לחוות הדעת).

19. הנזק שנגרם למבקשים הועמד בחוות הדעת על סכום של 30,000 ש"ח (ס' 123-132 לחוות דעתו של ויסבורד). כמו כן, המבקשים טוענים כי נגרם להם נזק נוסף בסכום של 10,000 ש"ח בגין מודעות שנמנעו לפרסם בשל המחיר הגבוה (ס' 89 לבקשת האישור). מספר סוחרי הרכב המורשים על פי אתר משרד התחבורה עומד על 1,324 ומכאן שהנזק לקבוצה כולה הוערך בעשרות מיליוני ש"ח (ס' 133-134 לחוות דעתו של ויסבורד).

20. הסעד שהתבקש בבקשת האישור הוא פיצוי חברי הקבוצה בסכום הנזק שנגרם להם (ס' ג' לבקשת האישור). כמו כן, התבקש סעד שיורה למשיבה לחדול מהפרת דיני ההגבלים העסקיים ולגבות מלקוחותיה תשלום "בסכום הנכון והראוי" (ס' ד' לבקשת האישור).

ב.2. התשובה לבקשת האישור

21. ביום 18.4.17 הוגשה תשובת המשיבה לבקשת האישור שנתמכה בחוות דעת מומחה של ד"ר שלומי פריזט (להלן: **תשובת המשיבה ו- חוות דעתו של פריזט**, בהתאמה). בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 31.7.19 עותק מושחר של כתב התשובה וחוות דעתו של פריזט הועברו לעמותה ביום 7.8.19.

22. במסגרת תשובתה תיארה המשיבה את פעילותו של אתר יד2 במסגרת שוק דו-צידי בו הביקוש מצד הקונים משפיע על התועלת למוכרים, ולהיפך (ס' 24-30 לתשובת המשיבה). המודל העסקי של האתר הוא מודל המוניטיזציה המבוסס על הצעת השירותים בחינם למשתמשים פרטיים ויצירת מסת משתמשים אשר יוצרת ערך עבור המפרסמים המסחריים מהם נגבה תשלום (ס' 33-34 לתשובת המשיבה). לטענת המשיבה התעלמות מההשפעות החיצוניות הצולבות של שני צדי השוק עלולה להביא למסקנה מוטעית ביחס לכוח השוק וביחס למודל התמחור של האתר (ס' 39-42 לתשובת המשיבה).

23. [REDACTED]

[REDACTED] המודעה הנרכשת על ידי סוחרי רכב מהווה מעין "שטח מדף" במסגרתו יכול הסוחר להחליף ולשנות את הרכבים המוצעים למכירה, ובכך היא שונה מהמודעה הנרכשת על ידי גולש פרטי המציגה רכב אחד מסוים למכירה (ס' 52 לתשובת המשיבה).

24. לטענת המשיבה סוחרי הרכב מתקשרים עימה בעסקאות שונות בהתאם לצרכיהם (ס' 55-58 לתשובת המשיבה). המחיר נקבע על פי מחירון שהתעדכן מספר פעמים מאז החל האתר לגבות תשלום, כאשר המחיר הנגבה בפועל מכל סוחר רכב מגלם הנחות והטבות שונות (ס' 59 לתשובת המשיבה).

25. לטענת המשיבה קיימת מחלוקת האם עילת מחיר בלתי הוגן גבוהה היא עילה קיימת בדין הישראלי, ומכל מקום המדובר בעילה חריגה שיש לאכפה לעיתים רחוקות ובצורה מרוסנת (ס' 71-77 לתשובת המשיבה). לטענת המשיבה יש לדחות את בקשת האישור על הסף הואיל והמבקשים לא עמדו בנטל להוכיח קיומו של מונופול: המשיבה מעולם לא הוכרזה כמונופול ופעילותה לא נבחנה בהקשר זה על ידי רשות התחרות (ס' 95 לתשובת המשיבה); לטענת המשיבה הגדרת השוק הרלוונטי חיונית לצורך קיומה של טענת מונופול, אולם בקשת האישור וחוות הדעת הנלוות לה לא הגדירו את שוק המוצר הרלוונטי ולא בחנו אילו חלופות פרסום עומדות בפני סוחרי הרכב (ס' 105-113 לתשובת המשיבה, ס' 10-22 לחוות דעתו של פריזט); המסקנות של המומחה מטעם המבקשים ביחס להיותו של אתר יד2 אתר פופולרי או ביחס לתוצאות הסקר שנערך, אינן רלוונטיות לבחינת התחליפיות לצורך הגדרת השוק והוכחת קיומו של מונופולין (ס' 114-119 לתשובת המשיבה).

26. עוד לטענת המשיבה, בקשת האישור וחוות הדעת אינן מבססות קיומה של עילת מחיר מופרז: ההשוואה בין מחירי המודעות ששילמו המבקשים לאורך השנים אינה נכונה הואיל ומדובר במוצרים שונים (ביחס לסוג המודעות שנרכשו ומספרן). נטען כי הבדיקה התבססה על נתונים שגויים, כך שמחיר המודעה בחבילה כלל לא התייקר [REDACTED] (ס' 130-137 לתשובת המשיבה, ס' 81-93 לחוות דעתו של פריזט). היות שמדובר בשוק דו-צידי עלות אספקת השירותים אינה מדד רלוונטי, והמודל הנהוג הוא תמחור מבוסס ערך לכל אחד מהצדדים העושים שימוש בפלטפורמה (ס' 138-147 לתשובת המשיבה).

27. בנוסף, אין מקום להשוואה בין המחיר שנגבה מסוחר רכב לזה שנגבה ממוכרים פרטיים או ממפרסמים בלוח הנדל"ן; סוחר הרכב אינם מתחרים מול מפרסמים פרטיים, השוואת המחירים ביניהם אינה יעילה כלכלית ואינה סבירה בשוק דו-צידי והיא אף תפגע בכמות המבקרים באתר וכיוצא מכך גם בערך שנובע לסוחר הרכב מן הפרסום (ס' 149-151 לתשובת המשיבה, ס' 67-77 לחוות דעתו של פריזט). כך גם ההשוואה למחירים הנגבים ממתווכי נדל"ן הינה שגויה, הואיל ומדובר בשני מוצרים שאין כל קשר ביניהם והערך הנובע לסוחר הרכב מפרסום באתר גבוה יותר מהערך שנובע למפרסמים בלוח הנדל"ן (ס' 153-156 לתשובת המשיבה, ס' 94-108 לחוות דעתו של פריזט).

28. כמו כן, לטענת המשיבה קיימות אינדיקציות אחרות המוכיחות כי אתר יד2 אינו מונופול ואינו גובה מחיר

מופרז: [REDACTED]

[REDACTED]; קיימים מגוון אמצעי פרסום אחרים בהם עושים שימוש סוחר רכב כגון לוחות

מקוונים אחרים, דף עסקי בפייסבוק או הפעלת אתר אינטרנט ייעודי, פרסום בקבוצות ייעודיות בפייסבוק,

אינדקסים מקוונים, אתרים ופורומים מתמחים (ס' 33-40 לחוות דעתו של פריזט); [REDACTED]

[REDACTED]; כמו כן, חוות דעתו

של פריזט מוכיחה כי טענות המבקשים ביחס לעליית המחיר הן שגויות (ס' 197-203 לתשובת המשיבה).

29. עוד לטענת המשיבה, בקשת האישור וחוות הדעת הנלוות לה אינן נתמכות בתשתית ראייתית מספקת ואין

אפשרות סבירה לכך שבקשת האישור תוכרע לטובת הקבוצה (ס' 208-212 לתשובת המשיבה); אין שאלות

המשותפות לכלל חברי הקבוצה ותידרש בחינה כלכלית ועובדתית פרטנית ביחס לכל אחד מחבריה (ס' 221-

213 לתשובת המשיבה); התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבות העניין בשל הצורך

לנהל חקירה אישית ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה (ס' 222-224 לתשובת המשיבה); גם התנאי הדורש ייצוג

בתום לב אינו מתקיים – המבקש מס' 1 מעולם לא היה לקוח של המשיבה והמבקש מס' 2 אינו עומד בתנאים

לרישיון של סוחר מורשה (ס' 225-228 לתשובת המשיבה).

3.ב. התגובה לתשובה לבקשת האישור

30. ביום 14.6.17 הגישו המבקשים את תגובתם לתשובת המשיבה (להלן: **התגובה לתשובה**).

31. לטענת המבקשים אין כל מחלוקת ביחס לשאלה האם עילת מחיר בלתי הוגן קיימת בדין הישראלי, זאת גם

לפי גילוי דעת 1/17 של הממונה על הגבלים עסקיים (ס' 8-19 לתגובה לתשובה). המבקשים מוסיפים כי הוכיחו

את כל יסודות העילה באמצעות שתי חוות דעת (ס' 20 לתגובה לתשובה), כי העובדה שמדובר בעילה מורכבת

מצדיקה דווקא להוריד את הרף הנדרש להוכחת עילת התביעה בשלב הראשוני של התביעה (ס' 22 לתגובה

לתשובה) וכי התובענה הייצוגית מהווה מנגנון משלים לפעולת הרשות (ס' 27 לתגובה לתשובה).

32. עוד לפי הטענה, הגדרת השוק נעשתה באופן ראוי: שוק המודעות למכירת רכב משומש. בשוק נכללים כל

המפרסמים כלי רכב משומשים למכירה, הן סוחר רכב והן גורמים פרטיים, כאשר המוצר הוא פלטפורמה

למודעות (ס' 28-44 לתגובה לתשובה), כי ממילא החוק אינו מחייב הגדרת שוק ואין הוא קובע הוראה לגבי

אופן הגדרת השוק (ס' 47-55 לתגובה לתשובה). עוד נטען כי גילוי דעת 1/11 העוסק באופן הגדרת השוק אינו רלוונטי לתובענה הנוכחית היות שהוא עוסק במיזוגים אופקיים ואין לו קשר לעילת מחיר מופרז של מונופול (ס' 51 לתגובה לתשובה).

33. לטענת המבקשים, לסוחרי הרכב אין אלטרנטיבות אחרות לפרסום (ס' 85-94 לתגובה לתשובה), וחלופות הפרסום שהוצגו בחוות דעתו של פריזט משמשות לפרסום כללי של סוחרי רכב ולא פרסום כלי רכב מסוימים ומשכך הן אינן חלק מהשוק הרלוונטי (ס' 95-97 לתגובה לתשובה). בנוסף טענו כי ההשוואה לפרסום במדור הנדל"ן ולמוכרי רכב פרטיים היא השוואה רלוונטית (ס' 164-189 לתגובה לתשובה).

34. המבקשים דחו את טענות המשיבה כי אחוז זניח מסוחרי הרכב מפרסם באתר המשיבה. לטענתם, אין משמעות למספר סוחרי הרכב הרשומים במשרד התחבורה, שרבים מהם אינם עוסקים בקנייה ומכירה של רכבים משומשים (ס' 100-117 לתגובה לתשובה). בנוסף, סוחרי רכב רבים - כולל המבקשים עצמם - התאגדו לצורך פרסום משותף (ס' 120-121 לתגובה לתשובה). לטענת המבקשים אין כל 'נטישה' של לקוחות המשיבה (ס' 132-136 לתגובה לתשובה) והצגת הנתונים בהקשר זה נעשתה בצורה לא נכונה שעלולה להטעות (ס' 151-137 לתגובה לתשובה).

35. המבקשים טענו ליישום המתודולוגיות המופיעות בגילוי דעת 1/17 לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה (ס' 154-163 לתגובה לתשובה). לטענתם, עליית המחיר העקבית מוכיחה שמדובר במחיר מופרז: אין מחלוקת על כך שבשנים 2014-2015 אותו מוצר נמכר בהתייכרות בשיעור של 27% וכי חלוקת המודעות בחינם דווקא הורידה את ערכה של כל מודעה, הורידה את כמות ההקלקות, כך שהעלות למבקשים עבור כל הקלקה עלתה ב- 47% (ס' 190-202 לתגובה לתשובה). לטענת המבקשים לא ניתן להשיב לטענת המשיבה להתייכרות [REDACTED], משזו התבססה נתונים כספיים שלא הועברו לידיהם (ס' 204 לתגובה לתשובה).

36. התגובה לתשובה נתמכה בחוות דעתו המשלימה של דורון ויסבורד (להלן: **חוות דעתו המשלימה של ויסבורד**).

4.ב. הבקשה לאישור הסדר פשרה

37. ביום 7.2.19, בטרם ניתנה החלטה בבקשת האישור ובטרם התקיים דיון ראשון בתיק, הגישו בא כוח המייצגים והמשיבה בקשה לאישור הסדר פשרה (להלן: **הסדר הפשרה** או **ההסדר**). הסדר הפשרה הינו תוצאה של הליך גישור שהתנהל בפני כבוד השופט (בדימוס) יצחק ענבר. כתמיכה להסדר הפשרה הוגשה חוות דעת מטעם מומחה המשיבה, ד"ר פריזט (להלן: **חוות הדעת ביחס להסדר**).

38. הסדר הפשרה נחתם לאחר שהצדדים הודיעו לבית המשפט הנכבד ביום 15.11.18 על פרישת המבקשים מהליך הגישור.

39. לצד הבקשה לאישור להסדר פשרה הגישה המשיבה בקשה מוסכמת להטלת חיסיון ולהימנע מסריקת העותקים הלא מושחרים למערכת נט המשפט, בשל טענתה לסודות מסחריים. ביום 8.2.19 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד הנעתרת לבקשת המשיבה להטלת חיסיון.

40. ביום 10.2.19 ניתנה החלטה המורה על פרסום מודעה על הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה לפי סעיף 18(ג) לחוק.

41. הקבוצה בהסדר הפשרה הוגדרה באופן הבא: "כל סוחר הרכב אשר פרסמו ופרסמו מודעות בתשלום באתר האינטרנט 'יד2' וכן סוחר הרכב שנמנעו מפרסום מודעות בתשלום באתר (או שהקטינו את היקף הפרסום) בשל מחירן הגבוה" (עמ' 2 להסדר) עד למועד אישור הסדר הפשרה (ס' 12 להסדר).

42. ניתן לחלק את התחייבות המשיבה בהסדר הפשרה לשלושה רבדים: בחירה בין שתי הטבות (כרטיסיה או הטבת פרסום); הקפאת מנוי ל- 10 ימים והקפאת מחירים לשנת 2018, כמפורט להלן:

42.1. המשיבה מתחייבת להציע שני מוצרים **חלופיים** (ס' 10(ב)(3) להסדר):

42.1.1. **כרטיסיה** - לכלל סוחר הרכב תוצע כרטיסיה של 10 מודעות פרסום קבועות בעלות של 900 ש"ח, אשר תתווסף לתשלום דמי המנוי החודשיים (בין 150-300 ש"ח בחודש) (ס' 10(א)(2) להסדר).

42.1.1.1. המודעות בכרטיסיה יהיו ניתנות לעריכה רק לטובת עדכון המחיר, שינוי פרטי ההתקשרות והטקסט החופשי (ס' 10(א) להסדר).

42.1.1.2. פרסום המודעות ייעשה למשך 28 ימים קלנדריים; תוקף הכרטיסיה יהיה למשך חצי שנה ולא ניתן יהיה לרכוש במקביל אליה גם חבילת פרסום (ס' 10(א)(1) להסדר).

42.1.1.3. המשיבה מתחייבת לשווק את מוצר הכרטיסיה למשך שנה לפחות "וככל שיהיה לו ביקוש תתחייב המשיבה להמשיך לשווקו בתנאים דומים גם לאחר מכן" (ס' 10(א)(3) להסדר).

42.1.2. **הטבת פרסום** - לכל לקוח קיים של המשיבה אשר רכש חבילת פרסום תוצע "הטבת פרסום".

42.1.2.1. משמעותה של הטבת הפרסום היא **תוספת של מודעות** מסוגים שונים ולתקופות שונות, תלוי בסוג חבילת הפרסום של הלקוח (ס' 10(ב)(1) להסדר).

42.1.2.2. בנוסף תוצע תוספת של 10% מחבילת הבסיס (ככל הנראה מדובר במודעה אפורה אחת) אשר תחול על 3/4 ממשך תקופת חבילת הפרסום של הלקוח (ס' 10(ב)(2) להסדר).

42.2. **הקפאת חבילה** - המשיבה תאפשר לכל לקוח אשר רכש חבילה **שנתית** להקפיא את החבילה לתקופה של 10 ימים רצופים פעם אחת בשנה (ס' 10(ג) להסדר).

42.3. **הקפאת מחירים** - המשיבה מצהירה כי בעקבות ההליך בשנת 2018 היא לא שינתה את מחירי המוצרים נשוא ההליך (ס' 10(ד) להסדר).

43. אישור הסדר הפשרה יגבש מעשה בית דין בעניינים נשוא ההליך כלפי כל חברי הקבוצה ולא תעמוד להם כל טענה או זכות כלפי המשיבה (ס' 11 להסדר).

44. הצדדים המליצו על גמול בסכום של 110,000 ש"ח עבור שני מבקשי האישור אשר יועבר בתום 30 ימי עסקים מהפיכת הסדר הפשרה לפסק דין חלוט (ס' 14(א) להסדר). עוד המליצו על שכ"ט בסכום של 440,000 ש"ח + מע"מ לבא כוח המייצגים שישולם בשני חלקים - 300,000 ש"ח שיועברו בתום 30 ימי עסקים מהפיכת הסדר הפשרה לפסק דין חלוט, והיתרה בסיום הצעת ההטבות המנויות בהסדר (ס' 14(ב) להסדר).

45. כמו כן, הסכימו הצדדים על החזר הוצאות בגובה של 12,000 ש"ח למבקשי האישור, כנגד חשבונות עבור הוצאות למומחים ולעריכת סקר (ס' 14(ד) להסדר).

46. בהתאם לחוות דעת שהוגשה ביחס להסדר, שווין של כל ההטבות המוצעות בהסדר הפשרה עומד על סכום כולל שבין 2.7 ל- 3 מיליון ש"ח (ס' 26 לבקשה לאישור הסדר פשרה).
47. הצדדים ביקשו להימנע ממינוי בודק לפי סעיף 19(ב)(1) לחוק, בין היתר בשל טענתם כי בחינת ההסדר אינה דורשת מומחיות מיוחדת (ס' 40 לבקשה לאישור הסדר פשרה).
48. להסדר הפשרה צורפו תצהיר מטעם מר יבין גיל-מור, מנכ"ל המשיבה, לפיו מעבר לאמור בהסדר הפשרה לא ניתנה למבקש או לבא כוחו כל טובת הנאה במישרין או בעקיפין. כמו כן צורף תצהיר של בא כוח המייצגים. העובדות המפורטות בהסדר הפשרה לא נתמכו בתצהיר מטעם הצדדים עצמם.

5.ב פרישת המבקשים מהליך הגישור והתנגדותם להסדר

49. לטענת בא כוח המייצגים והמשיבה, ביום 12.10.18 הודיעו מבקשי האישור כי הם מעוניינים לפרוש מהליך הגישור (ס' 10 לבקשה לאישור הסדר פשרה). לטענתם, אין מניעה "או כל פגם" לאשר את ההסדר חרף עמדת המבקשים (ס' 32 לבקשה לאישור הסדר פשרה).
50. במסגרת חתימת הקיום של המגשר על הסדר הפשרה, ציין כב' המגשר כי "לאור בקשת בא כוח המבקשים הייצוגיים מוצה הליך הגישור חרף פרישתם של המבקשים ממנו וסירובם לחתום על ההסכם" תוך הפניה להחלטת בית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי מר') 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 16.4.12) (להלן: עניין **אשל היאור**). כב' המגשר ציין כי גם הוא סבור כי ההסדר משקף את הסיכונים והסיכויים בתובענה ומשרת את טובת הקבוצה (עמ' 9 להסדר).
51. ביום 13.2.19 הוגשה התנגדות להסדר הפשרה מטעם המבקשים (להלן: **התנגדות המבקשים**). המבקשים טענו כי הסדר הפשרה אינו מיטיב עם חברי הקבוצה אלא עם עורכי הדין. לעמדת המבקשים הכרטיסייה אינה מהווה הטבה מבחינת חברי הקבוצה אלא מוצר חדש שיסייע למשיבה במשיכת לקוחות (ס' 1 לעמ' 2 להתנגדות המבקשים); כי הוספת מודעות חינם גם היא אינה מהווה הטבה מבחינת חברי הקבוצה (ס' 2 לעמ' 2 להתנגדות המבקשים); כי ממילא קיימת אפשרות להקפיא את המנוי למשך 7 ימים, כך שמתן הטבה להקפאה של 10 ימים הינה הטבה ל- 3 ימי הקפאה בלבד (ס' 3 לעמ' 2 להתנגדות המבקשים);
52. עוד טענו המבקשים בהתנגדותם כי נוכח המחיר המופרז שגובה המשיבה, התחייבותה לאי העלאת מחירים אינה מהווה הטבה וכי הסדר הפשרה חסר מנגנון פיקוח על העלאת מחירי הפרסום בעתיד (ס' 4 לעמ' 2 להתנגדות המבקשים). המבקשים ביקשו למנות מומחה נוסף מטעם בית המשפט על מנת לבחון שנית את הסוגיה (סיפא לס' 4 האמור).
53. ביום 7.7.19 הודיע בא כוח היועץ המשפטי לממשלה כי הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים וברשות התחרות החליטו שלא להביע עמדה ביחס לבקשה לאישור הסדר לגופה. לצד זאת הודיע כי הדיון בהסדר פשרה מקום שבו לא קיים תובע מייצג התומך בפשרה ועומד מאחוריה "היא סוגיה שאינה נקייה מספקות".
54. ביום 17.7.19 הוגשה תגובת בא כוח המייצגים להתנגדות המבקשים להסדר. עיקר התגובה מתארת את הליך הגישור שנערך בטענה כי ההסדר משקף את הסיכויים והסיכונים בתובענה (ס' 2-5 לתגובת בא כוח המייצגים להתנגדות המבקשים). עוד נטען כי למבקשים אין כל מיומנות מקצועית לבחון סיכויים אלו (ס' 7 לתגובת בא כוח המייצגים להתנגדות המבקשים).

55. ביום 18.7.19 הגישה המשיבה את תגובתה להתנגדות המבקשים להסדר, המצטרפת לטענות בא כוח המייצגים בתגובתו להתנגדות (ס' 1 לתגובת המשיבה להתנגדות המבקשים). המשיבה הוסיפה וטענה כי כעולה מהתכתובת שצורפה להתנגדות, המבקשים נתנו הסכמה עקרונית למתווה שהוצע בהסדר והתנגדותם סותרת את עמדתם כפי שבאה לידי ביטוי בהליך המשא ומתן (ס' 2-6 לתגובת המשיבה להתנגדות המבקשים).

ג. הסדר פשרה ללא תובע מייצג

56. חוק תובענות ייצוגיות קובע כי בקשה לאישור תובענה ייצוגית תנוהל הן על ידי תובע מייצג והן על ידי בא כוח מייצג. בהעדרו של אחד מהם, לא ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית או לנהלה.

ראי למשל: הגדרת "בא כוח מייצג" בסעיף 2 לחוק, דרישת קיומו של תובע עם עילת תביעה אישית בסעיף 4(א) לחוק, אפשרות החלפת התובע המייצג במקרה בו מתקיימים יתר התנאים לאישור התובענה הייצוגית לפי סעיף 8(ג) לחוק, סעיף 14(א) לחוק הקובע כי בהחלטה על אישור תובענה ייצוגית בית המשפט יפרט את זהות התובע המייצג ובא כוח המייצג.

עוד ראי: החלטת כבוד השופטת ברון מהעת האחרונה ברע"א 2937/18 **מכבי שירותי בריאות נ' המנוחה אנה דובין ז"ל**, פסקה 6 (פורסם בנבו, 26.5.19): "המשמעות היא אפוא, שבא הכוח המייצג בכל מקרה אינו רשאי להמשיך בניהול הדיון בלא בעל דין שימלא את תפקיד המבקש בבקשת האישור... ובמילים אחרות: בא כוח מייצג אינו רשאי לייצג קבוצה בעצמו, ללא מבקש או תובע מייצג לצידו. הנה כי כן, ההליך הייצוגי מנוהל בידי שני שחקנים מרכזיים – המבקש בבקשת האישור (או התובע המייצג), ובא הכוח המייצג; בהעדרו של אחד מהם, לא ניתן כלל "לעלות על המגרש" ולהיכנס לזירה הייצוגית."

ראי גם: ת"צ (מחוזי ת"א) 1934-09 **גולדברג עו"ד נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ**, פס' 47 (פורסם בנבו, 29.4.12) (להלן: עניין **גולדברג**): "... חוק תובענות ייצוגיות מייחס חשיבות רבה לקיומו של בא-כוח מייצג ולדרך פעילותו, לצד החשיבות שהחוק מייחס לדרך פעולתו של תובע מייצג. לכן כולל סעיף 8(א)(3) ו-4 לחוק התייחסות **נפרדת** למידת התאמתו לתפקיד של כל אחד מבאלי תפקידים אלו, כולל אפשרות החלפתם בידי בית המשפט, כפי שהחוק אף קובע קריטריונים נפרדים לגמול או לשכר שהם זכאים לקבל (סעיפים 22 ו-23). כך גם קובע סעיף 17 לחוק את חובתו של בא-כוח מייצג לפעול בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה התובעת, "כאילו היתה שולחתו". במצב דברים זה, קשה לקבל מצב שבו אדם מחליט להגיש תובענה ייצוגית ללא עורך דין, או שעורך דין מחליט להגיש תביעה ללא תובע מייצג בעל עילה אישית." (ערעור על פסק הדין נמחק בהמלצת בית המשפט העליון - ע"א 4658/12 **גולדברג עו"ד נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ** (פורסם בנבו, 2.7.14)).

57. בהחלטה שניתנה לאחרונה בת"צ (מחוזי חי') 26281-02-15 **יוסף נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פס' 6.4 (פורסם בנבו, 28.7.19), קבע בית המשפט המחוזי בחיפה כי אין אפשרות לדון בהסדר הפשרה בהעדר מבקש בעל עילת תביעה אישית: "בהעדר מבקש חלופי, ובשים לב לכך שכבר נקבע בהליך זה (בהחלטה חלוטה) כי המבקש הנוכחי נעדר עילת תביעה אישית, ברור אפוא כי אין אפשרות להמשיך ולנהל את ההליך באמצעות המבקש, ובכלל זה להגיש הסכם פשרה בשם קבוצה אותה הוא אינו רשאי לייצג."

58. בעניין **אשל היאור** עליו מסתמכים בא כוח המייצגים והמשיבה, החברה המבקשת הגישה הודעה על הפסקת ייצוג ועלתה השאלה מה המשמעות של הודעה זו מבחינת ניהול התובענה הייצוגית והמשך ייצוג הקבוצה. כב' השופט פרופ' גרוסקופף קבע כי הודעה על הפסקת ייצוג אינה מבטלת את מעמדו של בא כוח המייצג לפעול כשלוח של הקבוצה מכוח סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות (פס' 25 לעניין **אשל היאור**). עוד קבע בית המשפט כי מקום שבו קיים נתק בין בא כוח המייצג לבין המבקש המייצג, הגורם שינהל את התובענה הוא בא כוח המייצג והמבקש רשאי להיות נוכח בהליכים המשפטיים, להביע בהם עמדה באישור בית המשפט לרבות הגשת התנגדות להסדר פשרה מכוח סעיף 18(ד) לחוק (פס' 30-33 לעניין **אשל היאור**).²

59. ניתן למנות שלוש הצדקות עיקריות לדרישה לקיומו של תובע מייצג:

59.1. ראשית, קיומו של תובע מייצג נועד לאפשר לבית המשפט הדין בתובענה להתרשם מקיומה של עילת תביעה אישית ומעניינו האישי של התובע כמייצג את עניינם של חברי הקבוצה.

ראי למשל: "...הדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית מבטאת את ההעדפה שניתנה על ידי המחוקק לכך שבפני בית המשפט יעמוד נפגע ספציפי, שניתן יהיה להתרשם מן הפגיעה בו באופן בלתי אמצעי (השופט ד' ברק-ארז ב-רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות**, [פורסם בנבו] פסקה 2 (9.12.2015); סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" **עלי משפט** ו 7, 17-18 (2007)). אמנם סעיף 4(א) לחוק מאפשר במקרים מסוימים פתיחת הליך ייצוגי בידי רשויות ציבוריות או ארגונים, הגם "שעניינם בתובענה מתמצה בהיותה בתחום 'המטרות הציבוריות' שבהן הם עוסקים" (רע"א 4381/17 **תועלת לציבור נ' בנק הפועלים בע"מ**, [פורסם בנבו] פסקה 4 (2.10.2017)) – ואולם מדובר בחריג לכלל, שנועד להגן על עניינם של חברי הקבוצה בניהול ההליכים, ובכל מקרה אין החוק מתיר ניהול הליך ייצוגי ללא מבקש כלל." (עניין **מכבי**, פס' 5).

59.2. שנית, הדרישה לתובע מייצג נותנת לתובעים שנפגעו מהפרת הוראות הדין ואינם עורכי דין תמריץ לייזום תובענות ייצוגיות.

59.3. שלישית, וחשוב לענייננו, התובע המייצג הינו גורם נוסף המפקח על ההליך הייצוגי ומוודא שהתנהלותו של עורך הדין מקדמת את טובת הקבוצה.

60. ודוק, הן בא כוח המייצג והן המבקש נושאים תפקיד ייצוגי בניהול התובענה הייצוגית ולשניהם תפקיד מהותי באיזון האינטרסים האחד של השני וצמצום בעיית הנציג המובנית בהליך.

61. הואיל ולקבוצה יש **שני מייצגים** – התובע המייצג ועורך הדין – מטבע הדברים יתכנו מצבים בהם יתעורר קונפליקט ביניהם באשר לאופן ניהול ההליך הייצוגי לרבות הגעה לפשרה שלא יפתר בהסכמה. במצב דברים זה עומדות בפני בית המשפט שלוש דרכים אפשריות להכרעה בין המייצגים. ההחלטה באיזו דרך יש לנקוט צריכה להיגזר מהרצון להתמודד עם בעיית הנציגים כמו גם ממטרותיה של התובענה הייצוגית – השאת טובת חברי הקבוצה המיוצגת והשגת הרתעה:

² להשלמת התמונה יציין כי בעניין **אשל היאור** החברה המבקשת המשיכה להיות מעורבת בהליך והגישה התנגדות להסדר הפשרה שהוגש (ת"צ (מחוזי מר') 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 16 (פורסם בנבו, 2.9.14) (להלן: **פסק הדין בעניין אשל היאור**). בפסק הדין המאשר את הסדר הפשרה עומד בית המשפט על מעורבותו של מנהל המבקשת בהליך ועמידתו על האינטרסים של חברי הקבוצה (פס' 30 ג. לפסק הדין בעניין **אשל היאור**).

61.1. האפשרות הראשונה היא לדרוש הסכמה של שני המייצגים – הן של התובע המייצג והן של עורך הדין – להסדר הפרשה. הקושי באפשרות זו הוא שהיא נותנת לכל אחד מהגורמים זכות וטו על הסדר הפרשה, אשר יכולה לתמרץ **סחטנות** בקבלת החלטות בנוגע להליך, תוך פגיעה בטובת הקבוצה המיוצגת. כך למשל, תובע מייצג עלול לדרוש חלק לא ראוי מתוך הפרשה, בידיעה כי עורך הדין המייצג חייב לקבל את הסכמתו.

61.2. האפשרות השנייה היא להסתפק בהסכמה של גורם אחד בלבד מבין הגורמים המייצגים. הבעיה באפשרות זו היא **התחרות** שעלולה להיווצר בין התובע המייצג לעורך הדין אל מול הנתבעת. הנתבעת תבקש להגיע להסכמה עם הגורם עמו היא יכולה להגיע להסדר הפרשה הטוב ביותר מבחינתה, תוך ניצול התחרות בין המייצגים שיחששו כי אם לא יסכימו לתנאיה, תתפשר עם האחר. בעיה זו מזכירה את התופעה המכונה במשפט האמריקאי "Reverse Auction" העוסקת במצב בו הוגשו מספר תובענות ייצוגיות באותה עילה והנתבע מבקש לאתר את התובע הייצוגי "הגרוע" ביותר שיעמוד מולו, על מנת להגיע לעמו להסדר פשרה בו ייאלץ לשלם הכי פחות, עבור מעשה בית דין שיקיף את מירב העילות.

להסבר על תופעה זו - Reverse Auction במשפט האמריקאי ראי: Alba Conte, and Herbert

B. Newberg, *Newberg on Class Actions* §13.60 (5th ed., 2011) (להלן: "Newberg").

העמודים הרלוונטיים מ-Newberg מצורפים **כנספח 1**.

לקבלת הטענה בדבר Reverse Auction במשפט הישראלי ראי: ת"צ (מחוזי מר') 6267-09-17 יוגב נ' ג'ויי מועדון כושר וספורט בע"מ (פורסם בנבו, 25.2.18).

61.3. האפשרות השלישית היא לאפשר דיון בהסדר פשרה למרות שרק אחד המייצגים הסכים לה. אפשרות זו דורשת שיתוף מלא של שני המייצגים – עורך הדין והתובע המייצג – בהליכי המשא ומתן והגישור, תוך חשיפתם המלאה לכלל המסמכים. ככל שבסופו של ההליך נותרת מחלוקת בין המייצגים על בית המשפט להכריע ביניהם: ככל שבית המשפט ימצא כי פשרה שעורך הדין המייצג הסכים לה אינה ראויה, יש לאפשר לתובע המייצג להחליף את עורך הדין. מנגד, ככל שבית המשפט ימצא כי הפרשה ראויה, יש לאפשר לתובע להחליט האם הוא ממשיך בייצוג הקבוצה וחותר על הסדר הפרשה אם לאו. במקרה שהתובע אינו מעוניין לחתום על הסדר הפרשה – מקום בו בית המשפט מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר – הדרישה הפורמלית בחוק היא להחליפו בתובע אחר בהתאם להוראות סעיף 16(ד)(5) ולהוראות הסיפא לסעיף 19(א) לחוק.

62. **בענייננו**, לטענת בא כוח המייצגים והמשיבה, **אין כל פגם** באישור ההסדר חרף עמדת מבקשי האישור (ס' 32 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

63. לעמדת העמותה, פרישת המבקשים המייצגים מהליך הגישור והתנגדותם להסדר הפרשה המוצע מחייבת **בחינה זקדקנית של ההסדר**. הצדדים אינם רשאים לפטור את עצמם מלהתייחס לטענות המבקשים ביחס להסדר הפרשה בטענה כי "אין כל פגם" באישור ההסדר חרף פרישתם של המבקשים מהליך הגישור. כמפורט

לעיל אחת המטרות לקיומו של תובע מייצג בעל עילת תביעה אישית היא פיקוח על ההליך הייצוגי ושמירה על טובת חברי הקבוצה.

64. נוכח אופייה של הקבוצה המיוצגת בהליך זה - חברי קבוצה בעלי תקשורת מתמשכת עם המשיבה - המבקשים הינם בעלי אינטרס משמעותי בתביעה. המבקשים ימשיכו לשלם את המחיר שנגבה מהם, שעל פי הטענה הוא מופרז ובלתי הוגן, והם מי שעתידים ליהנות מההטבה המוצעת בהסדר כפיצוי בגין התנהלות המשיבה.

65. נוכח האמור, על בית המשפט הנכבד לרדת ליסודה של המחלוקת בין המבקשים המייצגים לבא כוחם ולהידרש לטיעוני המבקשים המייצגים בהתנגדותם להסדר הפשרה. ככל שבית המשפט ימצא כי הסדר הפשרה המוצע אינו ראוי ויש לדחותו, יש לאפשר למבקשים להחליף את עורך דינם המייצג. מנגד, ככל שבית המשפט יסבור כי ההסדר ראוי הוגן וסביר מבחינת עניינם של חברי הקבוצה, יש לאפשר למבקשים להחליט האם הם מעוניינים בהמשך ייצוג הקבוצה והאם הם נותנים הסכמתם להסדר.

ד. בחינת הסדר פשרה בתובענה ייצוגית

66. בית המשפט הבוחן בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, צריך לבחון האם הסדר הפשרה שהוגש הינו הסדר ראוי, הוגן וסביר, בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע אמת מידה המדריכה את בית המשפט לבחון באופן ביקורתי את הסדר הפשרה, ולהגן על עניינם ועל זכויותיהם של חברי הקבוצה אשר אינם נמצאים בפני בית המשפט.

על ההגנה שיש ליתן לחברי הקבוצה בעת אישורו של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ראי: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" **משפטים** מא 5, 38-41 (2011) (להלן: "**קלמנט, פשרה והסתלקות**"); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147, בעמ' 160 (2011) (להלן: "**אוריון ושוורץ, מנגנונים לפיקוח**"); ע"א 1834/07 קרן נ' **פקיד שומה גוש דן**, פס' 26 (פורסם בנבו, 12.8.12).

67. על בית המשפט למנוע פשרות שהסעד הניתן בהם אינו הולם ואינו משקף את מידת הנזק שנגרמה לחברי הקבוצה. פשרות אלה פוגעות בשתי המטרות של החוק – פיצוי והרתעה.

ראי: סעיף 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו מטרות החוק הינן, בין היתר: "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"; ראי גם בדברי ההסבר לס' 1 בהצעת חוק: תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257: "מטרת החוק המוצע היא ליצור מסגרת אשר תאפשר לציבור או לקבוצה של פרטים [...] מימוש של זכות הגישה לבית המשפט וזאת כדי להבטיח אכיפה יעילה של הדין, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרתו ויצירת הרתעה מפני הפרתו".

על תכליותיו של מוסד התובענה הייצוגית ראי למשל: רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774, 783-785 (1996); ע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 322-323 (1997); ע"א 345/03 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד סב(2) 437, פסקה 9 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ד' בייניש (2007); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" **משפטים** לד-301, 317.

68. החלטה על אישור או דחיית הסדר פשרה, צריכה להיבחן לאור רשימת השיקולים המפורטים בסעיף 19(ג)(2) לחוק, ובין היתר:

68.1. הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה עשויים היו לקבלו אילו היה בית משפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;

68.2. השלב שבו נמצא ההליך: יש משמעות לשאלה באיזה שלב מוגשת הפשרה בתובענה הייצוגית. פשרה שמוגשת לאישור בית המשפט לפני אישורה של התובענה כייצוגית דורשת פיקוח משמעותי יותר מפשרה המוגשת לאחר שאושרה כייצוגית. סעיף 19(א) לחוק קובע, כי במקרה שבקשה לאישור הסדר פשרה הוגשה לפני אישור התובענה כייצוגית, על בית המשפט לבחון תחילה האם התובענה עומדת לכאורה בתנאים לאישור התובענה כייצוגית, וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

68.3. הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה.

68.4. העילות והסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר: על בית המשפט לפקח באופן הדוק על הסדרי פשרה אשר פוגעים בזכות הגישה החוקתית של חברי הקבוצה לבית המשפט.

69. לעמדת העמותה, הסדר הפשרה המוצע מעורר קשיים ולא ניתן לקבוע כי הוא ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה.

ה. בחינת סיכוייה של עילת התביעה

70. בהתאם להוראות הסיפא לסעיף 19(א) לחוק, במקרים בהם הסדר הפשרה מוגש לפני החלטת האישור, על בית המשפט לבחון האם התובענה עומדת לכאורה בתנאים לאישור התובענה כייצוגית. סעיף 19(א) לחוק תוקן במסגרת תיקון מס' 10 לחוק, שאחת ממטרותיו הייתה לצמצם את התופעה הלא רצויה של תביעות סרק מן הצד האחד, ושל תביעות ראויות שמסתיימות בהסכמי פשרה שאינם מיטיבים עם הקבוצה המיוצגת, מן הצד האחר. על כן נקבע כי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אם התובענה אינה עומדת לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית.

ראי: הצעת חוק: תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקויות), התשע"ו-2016, ה"ח הכנסת 537, בעמ' 117.

כן ראי: ת"צ (מחוזי מרכז) 30028-04-11 **יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח**, פס' 65 (פורסם בנבו, 21.11.16) (להלן: **עניין מגדל**): "לעומת זאת, כאשר הסדר הפשרה נכרת בטרם אושרה התובענה כייצוגית, נדרש בית המשפט גם לבחון האם התובענה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור כייצוגית. הטעם לדרישה זו, אשר נוספה לאחרונה במסגרת תיקון 10 משנת תשע"ו לחוק תובענות ייצוגיות, הוא לוודא כי אין מדובר בפשרה שהושגה במסגרת הליך סרק, דהיינו הליך ייצוגי שאין הצדקה לקיימו, ושהמשיבה מוכנה לסיימו בפשרה רק בשל הטרדה הכרוכה בהמשך ניהול התובענה." (על ההחלטה הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון - רע"א 4020/17 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' יצחקי**).

71. בהתאם לתיקון, בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שאינה עומדת לכאורה בתנאי הוראות סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. לפיכך, על בית המשפט לבחון האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה; האם ישנה אפשרות סבירה כי אותן שאלות תוכרענה לטובת הקבוצה; האם התובענה היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה; והאם קיים יסוד סביר כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

72. **בענייננו**, לטענת הצדדים שוויו של הסדר הפשרה עומד על סכום שבין 2.7 ל- 3 מיליון ש"ח (ס' 26 לבקשה לאישור להסדר פשרה). בהתאם לחוות דעתו של ויסבורד, הנזק שנגרם לחברי הקבוצה הוערך בעשרות מיליוני ש"ח (ס' 133-134 לחוות דעתו של ויסבורד). הצדדים להסדר לא הסבירו את הפער המשמעותי בין סכום התביעה כפי שהוצג בבקשת האישור לבין הסכום עליו הסכימו הצדדים במסגרת הסדר הפשרה. כמו כן, לטענת העמותה, כפי שיפורט להלן בהרחבה, שוויו **האמיתי** של הסדר הפשרה נמוך באופן משמעותי מהסכום שהוצג בהסדר.

73. שוויו הנמוך של הסדר הפשרה מייצג אחת משתיים – או שהוא מייצג את סיכוייה הנמוכים של התביעה, שאז לא ניתן לאשרה וממילא גם לא ניתן לאשר את הסדר הפשרה בה; או שהוא אינו מייצג את סיכוייה האמיתיים של התביעה, ואז בוודאי אינו ראוי הוגן וסביר.

74. שוויו הנמוך של הסדר הפשרה והעובדה כי הוא יוצר מעשה בית דין ביחס לחברי הקבוצה (ס' 11 להסדר) מחייב בחינה מעמיקה של עילת התביעה וסיכוייה. ככל שקיימת עילת תביעה טובה שסיכוייה גבוהים, חברי הקבוצה צריכים לקבל פיצוי הולם בגין הנזק שנגרם להם. ככל שיימצא כי המשיבה היא אכן מונופולין ומנצלת לרעה את כוחה בגביית מחיר בלתי הוגן, הסדר הפשרה המוצע אינו מונע את גביית המחיר המופרז, לא מעניק פיצוי ראוי לחברי הקבוצה ולא מרתיע את המשיבה מלחזור על התנהלותה בעתיד. בכך, ההסדר מסכל את מטרות הוראות חוק תובענות ייצוגיות (ראי בס' 1 לחוק).

75. מנגד, ככל שבקשת האישור אינה עומדת ולו לכאורה בתנאים לאישור התובענה כייצוגית, ככל שעילת התביעה אינה מבוססת וסיכוייה נמוכים, הסדר הפשרה אינו עומד בתנאים לאישורו לפי סעיף 19(א) לחוק. במקרה זה ייתכן שאין כל הצדקה להגיע להסדר פשרה אלא יש להורות על הסתלקות.

ראי: החלטת כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון גונן מהעת האחרונה בת"צ (מחוזי ת"א) 32117-08-16 נורית דגן נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 26.2.19), אשר דחתה בקשה לאישור הסדר פשרה לאחר שמצאה כי הבקשה לאישור התובענה הייצוגית היא תביעת סרק (על ההחלטה הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון - רע"א 2298/19 פינצ'בסקי נ' מיכל אביב).

76. מכאן, שלצורך מתן החלטה בבקשה לאישור הסדר פשרה, **בית המשפט חייב לעמוד על סיכוייה של עילת התביעה.**

77. עילת התביעה בגינה הוגשה בקשת האישור היא טענה לניצול לרעה של כוח מונופולין וגביית מחיר בלתי הוגן. למען הסר ספק, הדין הישראלי הכיר במספר פסקי דין בקיומה של עילה זו. בחודש ינואר 2018, ימים ספורים לאחר שנחתם הסדר הפשרה המוצע בהליך זה, ניתנו שתי החלטות של בית המשפט המחוזי מרכז מפי כב' השופט פרוץ גרוסקופף, הקובעות באופן מפורש כי המשפט הישראלי מכיר בעילה של "תמחור מופרז על ידי מונופול" תוך הפניה לפסיקה קודמת בעניין **ויינשטיין** (ת"צ (מחוזי מר') 41838-09-14 **ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ**, פס' 10-12 (פורסם בנבו, 29.1.17)), בעניין **נאור** (ת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 **נאור נ' תנובה**

מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.16), ולגילוי דעת 1/17 – "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" שאימץ את העמדה כי קיימת עילת תמחור מופרז בדין הישראלי.

ראי: החלטה המאשרת את התובענה הייצוגית בת"צ (מחוזי מר') 6179-08-16 **גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (פורסם בנבו, 16.1.19) (להלן: **עניין גפניאל**) (בקשת רשות ערעור על ההחלטה תלויה ועומדת בפני בית המשפט העליון – בר"ע 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ**); פסק דין הדוחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית בת"צ (מחוזי מר') 36098-05-16 **צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' 11-12 (פורסם בנבו, 16.1.19) (להלן: **עניין צדוק**).

עוד ראי: החלטה המאשרת תובענה ייצוגית בעילה של תמחור מופרז, אשר ניתנה לאחרונה וטרם פורסמה, ת"צ (מחוזי ת"א) 61369-11-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (טרם פורסם, 16.6.19).

78. בחינת העילה של גביית מחיר מופרז דורשת בחינה דו שלבית: התקיימות תנאי סף בדבר קיומו של מונופולין (פס' 32 לעניין **צדוק**) ובחינה האם המונופולין ניצל לרעה את מעמדו על דרך של גביית מחיר מופרז תוך התייחסות לשני פרמטרים מרכזיים שמקיימים ביניהם יחס של מקבילית כוחות: כוח שוק של מונופול המאפשר לו לנצל את מעמדו לרעה (פס' 34-38 לעניין **צדוק**) והפער בין התמחור בפועל לתמחור מבוסס עלויות המבוסס על שלושה מבחני משנה – מבחן עלויות היצור, מבחן ההשוואה ומבחן ניתוח הרווחיות: מבחן עלויות היצור בוחן את הפער בין מחיר המוצר שגבה המונופולין לבין עלות הייצור על ידו; מבחן ההשוואה בוחן את מחיר המוצר שגבה המונופולין לעומת המחיר של מוצרים מתחרים או למחיר הנגבה מלקוחות שונים או למחיר שנגבה לפני או אחרי התקופה הנבחנת או לעומת מחירו של שירות דומה בשוק גיאוגרפי אחר; מבחן ניתוח הרווחיות בוחן את רווחיות המונופולין לעומת הרווחיות המקובלת בענף הרלוונטי (פס' 39 לעניין **צדוק**).

79. **בעניינו**, כל אחד מהצדדים הגיש חוות דעת מומחה ביחס לשאלה בדבר היותה של המשיבה מונופולין וביחס לשאלת המחיר המופרז. המומחים חלוקים ביניהם ביחס למספר שאלות מרכזיות שיש בהן כדי להשליך על קיומה של עילת תביעה וסיכוייה, כך למשל: ביחס לאופן הגדרת השוק הרלוונטי והשפעת ההגדרה על האפשרות להוכחת הטענה לקיומו של מונופולין; החלופות הקיימות למוצר הרלוונטי; שיעור התייקרות המחירים בתקופה הרלוונטית; משמעות ההשוואה של המחיר הנגבה מסוחרי הרכב לעומת מוכרי רכב פרטיים או סוחרי נדל"ן.

80. בהינתן חוות הדעת הסותרות, קיים קושי להעריך את סיכוייה של התביעה ואת האפשרות כי היא תוכרע לטובת חברי הקבוצה. גם המשיבה, במסגרת תשובתה לבקשת האישור, טענה כי הכרעה בשאלת קיומו של מונופול תחייב שימוש במסד נתונים נרחב ביותר, וכי בדרך כלל לבית המשפט אין את הכלים הנדרשים לשם הכרעה מן הסוג האמור (ס' 88-89 לתשובת המשיבה). לנוכח האמור, לעמדת העמותה, בטרם מתן הכרעה בבקשה לאישור הסדר פשרה, יש למנות בודק מכוח סעיף 19(ב)(1) לחוק - מומחה בתחום דיני התחרות - אשר יחוה דעתו ביחס לעילת התביעה וסיכוייה.

ו. מינוי בודק שייבחן את סיכוייה של עילת התביעה

81. סעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי: "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה **אלא לאחר שקיבל חוות דעת** מאדם שמינה לשם כך, שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית (בסעיף זה – בודק), אלא אם כן סבר בית המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו".

82. המחוקק קבע באופן ברור בסעיף 19(ב)(1) לחוק כי **ברירת המחדל הינה מינוי בודק** וכי רק מטעמים מיוחדים שיירשמו, ניתן להימנע ממינוי שכזה. בהתאם לסעיף 19(ג)(2)(ד) לחוק, בית המשפט אף הונחה לשקול את עמדת הבודק בבואו לאשר את הסדר הפשרה שלפניו.

על חשיבות תפקידו של הבודק ראי: ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ**, עמ' 7 (פורסם בנבו, 27.12.12): "לא ניתן לסיים החלטה זו מבלי לשוב ולהדגיש את החשיבות שבבחינה מעמיקה של הסדרי פשרה תובענות ייצוגיות באמצעות מינוי בודק, שייתן חוות דעת לגבי הסדר הפשרה המוצע [...] גורמים חיצוניים ואובייקטיביים אלו יכולים לשפוך אור על ההסדר, ולהעמיד את האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת לנגד עיני בית המשפט, במצב המיוחד שבו יש זהות אינטרסים מלאה בין הצדדים שמגישים את הסדר הפשרה לאישור בית המשפט – הם התובע המייצג והנתבע – ושניהם מעוניינים שהפשרה תאושר ואילו קולם של חברי הקבוצה המיוצגת, שהפשרה בתובענה הייצוגית מכריעה זכויותיהם, כלל אינו נשמע. קיום מלא ודווקני של הפרוצדורות שקבועות בחוק תובענות ייצוגיות לאישור הסדר פשרה **ובפרט קבלת עמדת הבודק הן בשלב אישור הסדר הפשרה והן בשלב יישום הסדר הפשרה**, הם שהביאו לכך שבסופו של ההליך אכן יינתן פיצוי הולם לחברי הקבוצה."

וגם: ת"צ (מחוזי מ"ר) 30028-04-11 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' יצחקי**, פס' 24 (פורסם בנבו, 29.06.2015) (להלן: **ההחלטה על מינוי בודק בעניין מגדל**): "מינוי בודק להסדר פשרה בתובענה ייצוגית נועד לאפשר לבית המשפט להתגבר על ה'כשל האדוורסרי' הנוצר כאשר מוגש הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. מהותו של כשל זה היא שאין עוד לפני בית המשפט שני צדדים הטוענים את שני צדדיו של הסכסוך, אלא שני גורמים שלהם אינטרס משותף בשכנוע בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה."

83. **בענייננו**, נדרש מינוי של בודק בעל מומחיות בתחום התחרות על מנת שיחווה דעתו ביחס לעילת התביעה וסיכוייה. שאלה מרכזית אחת שיבחן הבודק היא האם לעמדתו אתר יד2 מהווה מונופול, ובין היתר יבחן כיצד ראוי לבחון קיומו של מונופול בהינתן טענת המשיבה לפעילותו של אתר יד2 במסגרת שוק דו-צדדי; מהי הגדרת השוק הרלוונטית; האם נבחנו כראוי חלופות הפרסום; האם התשתית הראייתית שהוצגה מבססת עילה לכאורה לקיומו של מונופול; [REDACTED]; ככל שהתשובה לשאלה הראשונה חיובית, השאלה השנייה שיבחן הבודק היא האם ניצלה המשיבה את כוחה המונופוליסטי וגבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן מסוחרי הרכב. במסגרת זו יבחן הבודק את עליית המחירים בתקופה הרלוונטית; האם בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור אינה רלוונטית כטענת המשיבה ויש לבחון את המחיר בפריזמה של תמחור מבוסס ערך; האם ההשוואה שנערכה על ידי המבקשים למוכרי רכב פרטיים וסוחרי נדל"ן רלוונטית לשאלת המחיר וכיוצא באלו.

84. ללא הכרעה בשאלות אלו, לא ניתן לעמוד על סיכוייה של עילת התביעה ולא ניתן לאשר את הסדר הפשרה המוצע.

85. הצדדים להסדר מבקשים להימנע ממינוי בודק הואיל ולטענתם בחינת ההסדר אינה דורשת בדיקת נתונים מיוחדת והתמורה הוסברה וכומתה בחוות הדעת הכלכלית שצורפה להסדר (ס' 40-41 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

86. ראשית, כמסבר לעיל, מינויו של בודק נדרש לצורך בחינת **סיכוייה של עילת התביעה**.

לעניין מינוי בודק לצורך בחינת סיכויי התביעה ראי: **ההחלטה על מינוי בודק בעניין מגדל שם מונה** פרופ' אייל זמיר, מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים כבודק על מנת לבחון את סיכויי התובענה וזאת על מנת להעריך האם סכום הפשרה שנקבע שם הינו ראוי הוגן וסביר.

87. שנית, לעמדת העמותה כפי שיפורט בהרחבה להלן, **שוויון של ההטבות והתחייבויות המשיבה במסגרת ההסדר נעשה באופן שגוי** כך שהשווי האמיתי נמוך באופן משמעותי מזה שהוצג. נוכח האמור ברי כי ישנה תועלת ממינוי בודק אשר יעריך את שווי של ההסדר ושוויין האמיתי של ההטבות המוצעות במסגרתו. כמו כן, הבודק יוכל לבחון את שווי של ההסדר נוכח סיכוייה של התביעה.

88. יודגש כי יש לדחות את טענת בא כוח המייצגים והמשיבה כי אין צורך במינוי בודק הואיל וההסדר נערך במסגרת הליך גישור בפני כבוד השופט (בדימוס) ענבר (ס' 43 לבקשה לאישור הסדר פשרה). העובדה כי הסדר הפשרה הושג באמצעות הליך גישור אינה משנה את מהותו כהסדר פשרה, החייב לעמוד בתנאים ובפרוצדורות הקבועים בסעיפים 18 ו-19 לחוק. **הליך הגישור אינו אלא משא ומתן** בין הצדדים המתנהל בעזרתו של אדם שלישי – המגשר – אשר נעדר סמכות לכפות על הצדדים פתרון הראוי בעיניו לסכסוך.

ראי: סעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984: "גישור – הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו".

ראי גם: מיכל אלברשטיין **תורת הגישור** (2007) עמ' 181-182: "בהגדרה הרחבה של 'גישור' נכללת גם בהקשרים שונים, ולכאורה מתיישבת גם עם הגדרת החוק, התערבות מעריכה של צד שלישי כדי להשיג פשרה [...] **באופן זה הוא אף מובחן באופן ברור מהליכים כגון הערכה מוקדמת של מומחה ניטרלי ובוררות מייעצת**. נראה כי באופן בסיסי מתאפיין הגישור בפעילות המתמקדת בהליך במקום במהות הסוגיות העומדות על הפרק, כאשר ההנחה היא כי במהלך השיחה המשותפת, החלפת הנרטיבים וההתקדמות על פי השלבים השונים תוך ניסוח חדש של הסוגיות השנויות במחלוקת, ישתנו עמדות הצדדים, כך שיוכלו להגיע לכלל הסכמות ולפתוח אפיקים של שיתוף פעולה".

89. הואיל והליך הגישור אינו אלא ערוץ לניהול משא ומתן בין הצדדים, הרי שאין מקום לומר כי עצם קיומו מאיין את החובה למנות בודק כאמור בסעיף 19(ב) לחוק. **תפקידו של הבודק ותפקידו של המגשר הינם תפקידים שונים בתכלית**, על כן מינויו של האחד אינו יכול ליתר את מינויו של האחר. בעוד תפקידו של המגשר הינו **לגשר** על הפערים בין הצדדים ולהקל את המשא ומתן לקראת פשרה, תפקידו של הבודק הינו **לבדוק** את יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה אל מול סיכוייה של התובענה.

ראי: פסקה 29 **להחלטה על מינוי בודק בעניין מגדל**: "המגשרים נבחרו על ידי הצדדים במטרה לסייע להם להגיע למפגש רצונות, ובמשימה זו עמדו בהצלחה. תפקיד השופט, ולשם כך נחוץ לו לעיתים

סיוע של בודק, הוא להעריך את הסדר הפשרה, ולאשרו או לדחותו בהתאם למבחנים הקבועים בחוק. ודוק, לעובדה שהסדר הגישור הושג בסיוע הליך גישור לפני בר סמכא, בוודאי כשהמדובר במשפטים בשיעור קומתם של המגשרים במקרה שלפניי, יש חשיבות רבה. ואולם, כמצוות המחוקק, **אין היא יכולה להמיר את הליך הבחינה העצמאי שבית המשפט מחויב לקיים בהתאם למיטב שיפוטו.**"

וראי גם: ת"צ (מחוזי מר') 11255-07-10 **פינק נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 17-14 (פורסם בנבו, 11.8.13); ת"א (מחוזי ת"א) 1301/06 **אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות** (פורסם בנבו, 17.3.13), שם מונו בודקים על אף העובדה שהצדדים הגיעו להסדר הפשרה בסיוע מגשר.

90. בית המשפט הנכבד רשאי להתחשב בעמדתו של המגשר, בוודאי במקרה דנן, שבו המגשר הינו כבוד השופט (בדימוס) יצחק ענבר, שמומחיותו בתחום התובענות הייצוגיות אינה מוטלת בספק. יחד עם זאת, בית המשפט אינו יכול להעביר את סמכות ההכרעה ביחס לעמידת הסדר הפשרה בתנאי החוק למגשר, בעיקר כאשר הכרעה זו נוגעת לענין במומחיות שונה, בתחום התחרות. על בית המשפט לקבוע מה עמדתו ביחס לסיכויי התביעה ולשווי הפשרה, בהסתמך על נתונים המוצגים בפניו. בעניין דנן, בפני בית המשפט עומדות חוות דעת סותרות של מומחים מטעם הצדדים, ואף אחד מהם לא נחקר על חוות דעתו. השאלות בהן חיוו המומחים את דעתם נוגעות למעמד המשיבה כמונופולין ולניצול לרעה של מעמדה לגביית מחיר מופרז. שאלות אלה עומדות בלבה של התביעה ולכן על בית המשפט לקבל חוות דעתו של בודק בלתי תלוי כדי שיוכל לגבש עמדתו ביחס לשאלות אלה.

91. אשר על כן בית המשפט הנכבד מתבקש למנות בודק אשר יבחן את סיכוייה של עילת התביעה ויבחן את שוויו של ההסדר נוכח הסיכויים שימצא.

ז. הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית אינו הסדר ראוי, הוגן או סביר

92. לעמדת העמותה, הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית אינו הסדר ראוי הוגן או סביר מבחינת עניינם של חברי הקבוצה. שוויה האמיתי של ההטבות המוצעות לחברי הקבוצה נמוך באופן משמעותי מהשווי כפי שהוצג בהסדר וקיים חשש כי הקבוצה המיוצגת אינה מקבלת פיצוי ממשי.

93. כאמור, הסדר הפשרה מציע שלושה רבדים של פיצוי לחברי הקבוצה: בחירה בין שתי הטבות (כרטיסיה או הטבת פרסום); אפשרות להקפאת מנוי ל- 10 ימים והקפאת המחירים שנקבעו למוצרי המשיבה נשוא הליך זה לשנת 2018.

94. בהתאם לחוות הדעת שצורפה להסדר, שוויין הכולל של ההטבות המוצעות במסגרתו עומד על סכום שבין 2.7 ל- 3 מיליון ש"ח (ס' 26 לבקשה לאישור הסדר פשרה). מחוות הדעת עולה כי הערכת התמורה של כל אחת מההטבות חושבה על בסיס מחיר המחירון של המשיבה: שוויו של מוצר הכרטיסיה חושב בהסתמך על מחיר חבילת בסיס (ראי הטבלה בס' 11.2 לחוות הדעת ביחס להסדר); שוויה של הטבת הפרסום חושב לפי מחיר החבילה הקיימת של הלקוח (ראי הטבלאות בס' 15.3-15.4 לחוות הדעת ביחס להסדר); שוויה של האפשרות להקפאת מנוי חושב בהתאם להכנסות המשיבה מרכישת חבילות (ראי הטבלאות בס' 16 לחוות הדעת ביחס להסדר), ושוויה של הקפאת המחירים לשנת 2018 חושב כאחוז מסך ההכנסות של המשיבה (ס' 17.4-17.5 ביחס להסדר).

95. כלומר, חוות הדעת המעריכה את שוויו של הסדר הפשרה מבוססת על מחיר המחירון של המשיבה - מחיר שנטען לגביו שהוא **מחיר מופרז ובלתי הוגן**. נקודת המוצא של המומחה לפיה ההשוואה הרלוונטית לבחינת שוויין של ההטבות הוא מחיר המחירון הקיים, מניחה כי מחיר המחירון משקף את ערכו האמיתי של המוצר. נקודת מוצא זו הינה בעייתית. ככל שקיים יסוד לטענה בבקשת האישור כי המחיר הקיים אינו הוגן – והרי ככל שאין כל יסוד לטענה זו אין מקום לאשר הסדר פשרה - אין כל מקום לחשב את שוויה של ההטבה על בסיס המחיר המופרז. הדבר גובל באבסורד.

96. זאת ועוד, מאחר שחלק מחברי הקבוצה – שלמשיבה יש ידיעה ברורה לגבי מספרם – אשר עתידים לקבל את הפיצוי הם לקוחות קיימים של המשיבה (ראי למשל את ההטבה המוצעת בס' 10(ב) להסדר המתייחסת רק ללקוחות קיימים ולפירוט ההטבות בס' 10(א) להסדר המתייחס הן ללקוחות קיימים והן לעתידיים) – לקוחות אשר המשיבה יודעת לזהות ולאתר ויכולה בנקל להתחקות אחר התקופה בה היו לקוחות המשיבה והסכומים ששולמו על ידם – אין כל מניעה לתת להם פיצוי כספי.

97. האפשרות ליתן הטבה תחת מתן פיצוי כספי, אפשרית במסגרת תובענה ייצוגית מכוח סעיף 20(ג)(1) לחוק הקובע כי: "מצא בית המשפט כי **פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין**, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, **רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר** לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין". סעיף זה חל על הסדרי פשרה בהתאם להוראות סעיף 19(ד2) לחוק (שהוסף במסגרת תיקון מס' 10 לחוק). על כן, התנאים לתחולתו צריכים להתקיים בין אם מדובר בפסק דין ובין אם מדובר בהסכם פשרה.

98. סעיף 20(ג)(1) לחוק קובע מדרג בין סוגי הסעדים בתובענה ייצוגית, כאשר הסעד המועדף, ברירת המחדל, היא מתן פיצוי כספי.

ראי למשל: פסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מר') 11930-04-12 **אבידן נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**, פס' 42 (פורסם בנבו, 17.3.16): "...סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות קובע מדרג ברור בין סוגי הסעדים אותם ניתן להעניק: הסעד המועדף הוא **"פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם"**. ואולם, אם סעד זה **"אינו מעשי בנסיבות הענין"** ניתן להורות על **"סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה"**, וכחלופה לכך על סעד **"לטובת הציבור"**. (ההדגשות במקור).

ראי גם: החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה, השופט ד"ר רניאל בת"צ (מחוזי חי') 29838-05-14 **מוסא מגדוב נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, עמ' 4-5 (פורסם בנבו, 22.12.2015): "אני מסכים עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שככל שהטענה שעליה מתפשרים היא שנגבו סכומי כסף שלא כדין, **ברירת המחדל היא השבת סכמי כסף, ולא זכות לקבלת שירותים כאלה ואחרים**. מהות היחסים בין המנויים לנתבעת היא תשלום כסף מצד המנויים תמורת קבלת שירותים מצד הנתבעת... **ברירת המחדל צריכה להיות, שכשם שהנתבעת גבתה כספים, כך תחזיר כספים**. היא לא גבתה שירותים. אין צורך שאעבור על כל ההחלטות שצוטטו, בהן אושרו הסדרים שלא כללו תשלום כספי, כדי לאבחן באיזה מהן היה הפגם שנדון גביית כספים שלא כדין, שכן גם אם נמצאת החלטה שאישרה הסדר מתן זכויות תמורת כספים שניגבו, אין ההחלטה מחייבת, בהעדר פסק דין בנושא מבית המשפט העליון. כאמור, זו ברירת המחדל. יתכנו נסיבות שבהן למרות שזו ברירת המחדל, מן הראוי לאשר הסדר פשרה שאינו כולל תשלום כספים. הצדדים לא הצביעו על מניעה כלשהיא לתשלום

כספים במקרה זה. ממילא טוענת הנתבעת, שההטבה תעלה לה כספים ממש. תתכבד ותשלם אותם למנויים הכלולים בקבוצה."

99. בהתאם להוראות הסעיף, רק כאשר אין אפשרות מעשית לזהות את חברי הקבוצה, בית המשפט רשאי להורות על מתן כל סעד אחר. ודוק, האפשרות ליתן סעד יצירתי או סעד אחר בתובענה ייצוגית, נולדה במטרה לתת פתרון לבעיית זיהוי חברי הקבוצה, ועל מנת שלא לעקר מתוכן תובענות ייצוגיות שהוגשו ביחס לקבוצות שלא ניתן לאתר או לזהות.

ראי: דבריה של נציגת משרד המשפטים, עו"ד שירלי אבנר, בפרוטוקול ישיבה מס' 14 של ועדת משנה לוועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 83 (5.1.2006) (להלן: ישיבת ועדת משנה לוועדת חוקה): "...יש את הסמכות הכללית לבית המשפט במקרה בו הוא רואה שאין אפשרות לחלק כסף או לפסוק סעד כספי לחברי הקבוצה, אז הוא עושה סעד יצירתי..."

עוד ראי: דבריה של היועצת המשפטית של הועדה, עו"ד תמי סלע, בעמ' 105 לישיבת ועדת משנה לוועדת חוקה: "הסעיף הזה קיים היום בחלק מהחוקים "ראה בית המשפט כי סעד כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי או אינו צודק בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין. זה הסעיף הכללי שמאפשר סעדים יצירתיים."

100. תנאי זה להעדפת מתן פיצוי כספי, נובע גם מן האמור בסעיף 1(3) לחוק בדבר "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין". ברור כי ברירת המחדל לפיצוי חברי קבוצה אשר נגרם להם נזק ממוני, היא מתן פיצוי כספי.

101. בענייננו אין "קושי מעשי" לאתר או לזהות את חברי הקבוצה. המשיבה אף לא טענה שקיים קושי כזה. הצדדים לא הסבירו מדוע מקום שבו המשיבה יודעת לזהות ולאתר את כל חברי הקבוצה מוצעת הטבה במקום פיצוי. מכאן, שהסכמת הצדדים למתן "הטבה" לחברי הקבוצה אינה עולה בקנה אחד עם התנאי המקדמי למתן סעד אחר כפי שנקבע בהוראות החוק.

102. כמו כן, כפי שיפורט להלן, כל אחת מההטבות המוצעות בהסדר מעוררת קשיים נוספים המעלים ספק בדבר שוויון מבחינת חברי הקבוצה.

103. במאמר מוסגר יצויין כי התנגדות זו אינה מתייחסת לכלל הנתונים שהופיעו בחוות הדעת ביחס להסדר הואיל וחוות הדעת הועברה לעמותה כאשר הנתונים מושחרים בחלקם.

חוות הדעת המושחרת ביחס להסדר, כפי שהועברה לעמותה, מצ"ב ומסומנת כנספח 2.

1.1. כרטיסייה

104. הסדר הפשרה מציע "מוצר חדש" בדמות כרטיסייה של 10 מודעות פרסומת קבועות. עלות הכרטיסייה ללקוחות עומדת על 900 ש"ח בנוסף לדמי מנוי חודשיים העומדים על 150-300 ש"ח בחודש (בהתאם למספר המודעות שיעלו במקביל) (ס' 10(א)(2) להסדר). בהתאם לחוות הדעת ביחס להסדר, שוויה של הטבה זו עומד על סכום כולל של 341,000 ש"ח (ס' 24 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

105. כעולה מהסדר הפשרה, מודעות הפרסום בכרטיסייה הן מודעות "קבועות" שניתנו לעריכה רק לטובת עדכון המחיר, שינוי פרטי ההתקשרות או הטקסט החופשי (ס' 10(א) להסדר). כלומר, כל מודעה בכרטיסייה מיועדת למכירת רכב אחד בלבד ולא ניתן לפרסם רכבים שונים במסגרת אותה מודעה (אם לשם הדוגמא הרכב המפורסם נמכר בתוך זמן קצר, לא ניתן לפרסם רכב אחר באותה מודעה אלא מדובר ב'ניקוב' נוסף של הכרטיסייה).

106. מוצר זה שונה בתכלית מן המוצר הנמכר במסגרת 'חבילות פרסום' של המשיבה. כעולה מחוות הדעת שצורפה להסדר הפשרה, כל 'מודעה' שנמכרת על ידי המשיבה לסוחר הרכב במסגרת חבילות הפרסום, מאפשרת להציג רכב למכירה ו"להחליף את הרכב המוצג בכל מודעה מספר בלתי מוגבל של פעמים לאורך תקופת החבילה" (ס' 2 לחוות הדעת ביחס להסדר).

107. כך למשל טוענת המשיבה ביחס להבדל בין מוצר של מודעה המפורסמת על ידי סוחר רכב לבין מודעה המפורסמת על ידי מוכר פרטי:

[REDACTED]

108. על אף שמדובר במוצר שונה בתכלית, התמורה הגלומה במוצר הכרטיסייה חושבה לפי מחירה של חבילת בסיס. כמפורט בחוות הדעת ביחס להסדר, שווי ההטבה חושב כהפרש בין מחיר חבילת הבסיס (לתקופה של חצי שנה או שנה) לבין מחיר הכרטיסייה בתוספת דמי המנוי (ראי הטבלה בעמ' 5 לחוות הדעת ביחס להסדר). על פי חישוב זה שווי ההטבה עמד על סכום של בין 3,000 ל- 8,000 ש"ח לכל חבר קבוצה ובסה"כ 341,000 ש"ח.

109. ההנחה שמדובר במוצרים זהים מהווה בסיס לחישוב שווי ההטבה:

109.1. ביחס ללקוחות קיימים, ההנחה היא שאותם לקוחות שהציגו עד 4 מודעות בחודש, יעדיפו לרכוש את הכרטיסייה בעוד שבעבר נאלצו לרכוש חבילת בסיס (סעיף 11.2 לחוות הדעת ביחס להסדר). ההנחה היא שלקוחות אלה רואים בכרטיסייה תחליף מספיק לחבילה שרכשו.

109.2. ביחס לסוחר הרכב שנמנעו מרכישת חבילת הבסיס, ערך פריזט חישוב המתבסס על גמישות הביקוש שלהם, בהתבסס על השינוי במחיר (סעיפים 11.3-13 לחוות הדעת ביחס להסדר). גם החישוב הזה מבוסס על ההנחה שמדובר במוצר זהה (שאחרת לא ניתן לערוך חישובי גמישות באופן פשוט שבו נערכו בחוות הדעת ביחס להסדר).

110. לעמדת העמותה הערכת שווי ההטבה בעניין זה שגויה לחלוטין. לא ניתן להשוות שני מוצרים שונים בתכלית ולחשב שווי של מוצר אחד בהתאם למחירו של המוצר האחר.

111. חישוב שוויה של ההטבה תלוי בשני פרמטרים: פרמטר ראשון הוא שוויו האמיתי של מוצר הכרטיסייה שכאמור בהכרח נמוך מהשווי שהוצג בחוות הדעת ביחס להסדר – הן נוכח חישוב השווי לפי מחיר מחירון והן לאור השוואת מוצר הכרטיסייה לחבילת הבסיס שהינו מוצר שונה בתכלית. פרמטר שני הוא מספר חברי הקבוצה שיבחרו לממש את זכאותם להטבה ולרכוש את הכרטיסייה, אשר כאמור אינו ניתן לחישוב בדרך

שחושב בחוות הדעת ביחס להסדר, לאור ההבדל בין המוצרים. מטבע הדברים, ככל שהביקוש למוצר הכרטיסייה יהיה נמוך יותר וככל ששווי הכרטיסייה אינו כפי שהוצג בהסדר, הדבר משליך על שוויה של ההטבה.

להרחבה בעניין הפער בין שוויים של סעדים כספיים לסעדים בעין ראי: אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשווי הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1, 14-11 (התשע"ו), (להלן: "קלמנט, הפער בין שווי נחזה לשווי ממומש"): "...הפער בין שוויו הנחזה של הסדר פשרה לבין שוויו הממומש גדול יותר כאשר הסעד שניתן הוא סעד בעין, בהשוואה להסדר פשרה שניתן בו הוא סעד כספי. הסיבות הנוספות לפער כאשר הסעדים הם בעין נובעות מכך שסעדים אלה אינם ממומשים תמיד, מכך שגם כאשר הם ממומשים יש פער בין מחיר השוק שלהם לבין שוויים לגבי חברי הקבוצה (או לגבי צדדים שלישיים שקיבלו אותם), ומכך שמחירם האמיתי בשוק נמוך במקרים רבים מהמחיר שמוצג במסגרת הסדר הפשרה."

112. לבסוף, אם מחשבים את שווי הסדר הפשרה על בסיס עלותו למשיבה, הרי שביחס לכל סוחרי הרכב שנמנעו מרכישת חבילת הבסיס ויבחרו לרכוש את הכרטיסייה, סכום הרכישות שלהם מהווה רווח **נוסף** למשיבה, שאין שום עלות בצידו (ראי בעניין זה את טענות המשיבה ביחס לסבסוד צולב בין סוגי משתמשים שונים בס' 33-44 לתשובת המשיבה). מכאן שסכום הרכישות של אותם סוחרים **מפחית** מעלות הסדר הפשרה למשיבה ולא **מוסיף** עליה, והיה צריך לנכותו משווי הסדר הפשרה, ככל שמחשבים אותו לפי עלותו למשיבה.

113. נוכח האמור, שוויה של ההטבה בדמות כרטיסייה אינה עולה כדי הסכומים שהוצגו בהסדר הפשרה וספק אם היא מהווה הטבה אמיתית מבחינת חברי הקבוצה.

2.1. הטבת פרסום

114. הטבה חלופית המוצעת בהסדר לכל לקוח קיים של המשיבה היא "הטבת פרסום". הטבת הפרסום היא תוספת של מודעות מסוגים שונים ולתקופות שונות, בתלות בסוג המנוי של הלקוח (ס' 10(ב)(1) להסדר). בנוסף, המשיבה מציעה תוספת של 10% מחבילת הבסיס (ככל הנראה מדובר במודעה אפורה אחת - ראי למשל בהערכת שווי ההטבה בס' 15.4 לחוות הדעת ביחס להסדר), אשר תחול על 3/4 ממשיך תקופת החבילה של הלקוח (ס' 10(ב)(2) להסדר).

115. חישוב התמורה של הטבת הפרסום נערך על פי מחירי המחירון של המשיבה, כאשר מחיר המודעות שניתנו כהטבה הוכפל במספר הלקוחות הקיימים בהתאם לתקופת ההטבה (ראי טבלאות בעמ' 7-8 לחוות דעת ביחס להסדר). בהתאם לחוות הדעת שוויה של הטבה זו עומד על סכום כולל של 830,000 ש"ח (ס' 25 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

116. כאמור, חישוב שווי ההטבה בהתאם למחיר מחירון מטעה הואיל ושוויה של ההטבה עבור כל אחד מחברי הקבוצה אינו שווה למחיר מחירון. בשעה שמוצעת הטבת הפרסום, חברי הקבוצה כבר רכשו חבילת פרסום המתאימה לצרכיהם. ההטבה המוצעת מאפשרת לחברי הקבוצה תוספת של מודעות מבלי שהיא מוזילה את החבילות הקיימות:

116.1. חלק מחברי הקבוצה אינם זקוקים למודעות הנוספות. לכן, שווי ההטבה תלוי בהכרח באחוזי המימוש על ידי חברי הקבוצה.

116.2. עבור יתר חברי הקבוצה שיבחרו לממש את ההטבה המוצעת, שוויה שווה או נמוך למחיר מחירון. לשם הדוגמה, אם מחיר המחירון של מודעה נוספת הוא 160 ש"ח (ראי למשל לוח מס' 11 לחוות דעתו המשלימה של וייסבורד) הרי חבר קבוצה שלא רכש מודעה נוספת במחיר זה מעריך את שוויה בהכרח בסכום נמוך יותר. אם בחר לנצל את ההטבה כאשר זו ניתנת לו ללא תשלום, שוויה עבורו נותר נמוך ממחיר המחירון.

116.3. יתרה מכך, נוכח האמור בחוות דעתו המשלימה של המומחה מטעם המבקשים, מר וייסבורד, עולה השאלה מה תהיה ההשפעה של מתן מודעות בחינם על כלל סוחרי הרכב המשמשים באתר. לדעת וייסבורד, מדיניות המשיבה החל מחודש מרץ 2016 לחלק מודעות צבעוניות בחינם לכל לקוח שמבצע עסקה ארוכה, הביאה לעלייה משמעותית בכמות המודעות וירידת ערכה של כל מודעה (ס' 149-170 לחוות הדעת המשלימה של וייסבורד, ס' 193-199 לתגובה לתשובה). באותו אופן, מתן הטבת פרסום לחברי הקבוצה - כמוה כמתן מודעות בחינם - תביא להגדלת מספר המודעות הכולל באתר ועשויה להביא לירידת ערכה של כל מודעה. לכך יש משמעות לצורך חישוב שוויין הכולל של ההטבות שניתנות על פי הסדר הפשרה.

117. כמו כן, הטבת הפרסום מהווה הטבה **חלופית** - לפיכך בהערכת שוויה היה צריך להכפיל את ההטבה במספר **המשלים** למספר הלקוחות שהוצגו בטבלה ליד סעיף 11.2 לחוות הדעת ביחס להסדר. הואיל וכאמור חוות הדעת ביחס להסדר הועברה לעמותה מושחרת (ראי נספח 2 לעיל), אין בידיעתה מהו מספר הלקוחות שעל פיו חושבה ההטבה. מכל מקום, ככל שחוות הדעת ביחס להסדר התחשבה במספר סך הלקוחות ולא במספר המשלים, חישוב זה שגוי ודורש תיקון.

3.1. הקפאת מנוי ל- 10 ימים

118. רובד נוסף של ההטבות במסגרת ההסדר הוא מתן אפשרות ללקוחות שרכשו חבילה שנתית להקפיא את החבילה מכל סיבה שהיא, לתקופה של עד 10 ימים רצופים (ס' 10(ג) להסדר).

119. בהתאם לחוות הדעת שצורפה להסדר הפשרה האפשרות להקפיא את המנוי לתקופה של עד 10 ימים משמעה חסכון כספי של 5 ימים בממוצע, וחישוב התמורה נערך לפי ערכם הכספי של 5-10 ימי פרסום לכלל הלקוחות הקיימים שרכשו חבילה שנתית (ס' 16 לחוות הדעת ביחס להסדר). בהתאם לחוות הדעת שוויה של הטבה זו עומד על סכום כולל שבין 170,000 ל- 340,000 ש"ח (ס' 25 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

120. ראשית, לא ברור מדוע חישוב שוויה של ההטבה נערך לפי ערכם הכספי של 5-10 ימי פרסום ולא 5 ימי פרסום בלבד.

121. בנוסף, המבקשים המייצגים טענו בהתנגדותם להסדר הפשרה כי בחוזה עם המשיבה נכון להיום ישנה אפשרות להקפאת המנוי לתקופה של 7 ימים (ס' 4 להתנגדות המבקשים להסדר).

122. במסגרת תגובתה להתנגדות המבקשים, המשיבה לא השיבה לטענה זו של המבקשים, לא פירטה מה המצב הנוהג כיום והאם אכן ישנה אפשרות להקפיא את המנוי ולאיוזה תקופה. ברי כי אם לחברי הקבוצה ממילא קיימת אפשרות להקפאת המנוי, צריך לקחת זאת בחשבון בהתחשב בהערכת התמורה הגלומה בהטבה זו.

123. כמו כן, אותם קשיים שפורטו לעיל ביחס להעדפת פיצוי כספי ללקוחות שניתן לאתר ולזהות ולקושי בהערכת שווין של ההטבות ותלות השווי באחוזי המימוש, רלוונטיים גם להטבת הקפאת המנוי.

4.1. הקפאת מחירים

124. רובד נוסף של ההטבה הוא "הקפאת מחירים" - המשיבה מצהירה (אף כי עמדתה זו לא נתמכה בתצהיר) כי במהלך שנת 2018 היא לא שינתה את המחירים שנקבעו למוצריה נשוא ההליך (ס' 10(ד) להסדר).

125. התמורה הגלומה בהטבה זו חושבה על פי אחוז מסך ההכנסות של המשיבה בהנחה כי הייתה ממשיכה להעלות את מחיריה בקצב דומה לזה שבעבר (עליה של 7.2% בשנה בממוצע לחבילות הפרסום של סוחרי רכב ו-13.8% בשנה בממוצע למחירי מודעות נוספות לחבילות הפרסום - ס' 17 לחוות הדעת ביחס להסדר). בהתאם לחוות הדעת שוויה של הטבה זו עומד על סכום של כ-1.2 מיליון ש"ח (ס' 25 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

126. כלומר, כשליש משוויו של הסדר הפשרה טמון בטענה להקפאת מחירים לשנת 2018 שכבר נערכה עובר לאישורו של ההסדר. ודוק, המשיבה לא המתינה להחלטה המאשרת את הסדר הפשרה כדי לבצע את התחייבויותיה במסגרת ההסדר וכבר העניקה לחברי הקבוצה - על דעת עצמה - רובד זה של הטבה. עצם העובדה כי המשיבה כבר העניקה את ההטבה, מבלי להמתין להחלטה המאשרת את הסדר הפשרה, מעמידה את בית המשפט הנכבד מול עובדה מוגמרת ומעוררת ספק רב באשר להיותה הטבה ממשית.

127. בנסיבות אחרות בית משפט נכבד זה כבר דחה הסדר פשרה בו ההטבה ניתנה לפני אישורו של ההסדר.

ראי: ת"צ (מחוזי מר) 44751-03-10 **בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ**, פס' 17.10(ב) (פורסם בנבו, 8.7.12): "...הצדדים בוודאי ערים לאפשרות שהסדר הפשרה לא יאושר, שאם לא כן לא היו טורחים להוסיף את סעיף 7 להסדר הפשרה שענייננו המשך ההתנהלות התיק ותוקף ההסדר במקרה בו לא יאושר בית המשפט את ההסדר "אישור בלתי מותנה". נראה על כן סביר, כטענת המועצה לצרכנות, כי אין מדובר בתרומה בגין הסדר הפשרה אלא בתרומה שהמשיבה התכוונה לתרום ללא קשר לתובענה, וככל שהיזמה מבורכת, לא ניתן לראות בה "סעד לטובת הציבור" על פי סעיף 20(ג) בחוק. טענת המשיבה, כי אין חשיבות לעובדה שהחלה ביישום הפרויקט עובר לאישור ההסכם נוכח החשיבות ליישום ההסדר עובר לתחילת שנת הלימודים, היא הנותנת כי יש ממש בטענה כי אין קשר בין התרומה לבין התובענה שבדיון."

128. יתרה מכך, עצם העובדה כי המשיבה יכולה להחליט על דעת עצמה כי היא לא מעלה מחירים בשנה מסוימת, מצביעה על כוח השוק המשמעותי העומד לה ומצדיקה בחינה האם היא בעל מונופולין. מנגד, אם ממילא השוק הרלוונטי לא התאפיין בעליית מחירים בשנת 2018 הרי ש'הקפאת המחירים' אינה מהווה שום הטבה מבחינת חברי הקבוצה.

129. כאמור, בקשת האישור הוגשה בטענה כי המחיר הנגבה מחברי הקבוצה הוא מחיר בלתי הוגן. ההסדר אינו מציע כל הורדת מחירים או צמצום הפער הקיים במחיר הנגבה מסוחרי הרכב לבין לקוחות אחרים של המשיבה, אלא מקבע את המחיר הקיים כסטנדרט ראוי. בניגוד לטענות הצדדים, הקפאת מחירים שכבר

התרחשה אינה יוצרת כל "איזון של המחיר עבור העתיד" (ס' 28 לבקשה לאישור הסדר פשרה). המשיבה לא מתחייבת כי בשנה הבאה היא לא תעלה מחירים בשיעור גבוה עוד יותר כך ש'תכסה' את עליית המחירים שנמנעה בשנת 2018.

130. שוויה של ההטבה בחוות הדעת ביחס להסדר חושב בהתאם להנחה כי מחירי המשיבה יעלו בשנת 2018 באותו שיעור בה עלו בשנים קודמות. המשיבה לא חשפה כל נתונים ביחס לעליית המחירים המתוכננת, לא ציינה כי התכוונה להעלות מחירים ולא פירטה מה שיעור העלייה שתוכנן על ידה. ייתכן שממילא המשיבה לא יכלה להעלות את המחירים בהינתן עליות המחירים בשנים קודמות.

131. **לסיכום חלק זה:** שוויו של ההסדר נמוך באופן משמעותי מהסכומים שהוצגו: נקודת המוצא של חוות הדעת ביחס להסדר, המעריכה את שוויו לפי מחיר מחירון שעל פי הטענה מהווה מחיר מופרז, הינה שגויה; הואיל וחלק מהקבוצה המיוצגת הם לקוחות קיימים של המשיבה - יש להעדיף להעניק להם פיצוי כספי על פני מתן הטבה; לא ניתן להשוות את מוצר הכרטיסיה - שבו כל מודעה מאפשרת הצגת רכב אחד בלבד - למוצר חבילת הבסיס, שבה כל מודעה מאפשרת הצגה של מספר בלתי מוגבל של רכבים; קיים פער בין מחירה של הטבת הפרסום לבין שווייה מבחינת חברי הקבוצה; לא ברור שוויה האמיתי של האפשרות להקפאת המנוי; כמו כן, לא ניתן להתחשב בהחלטת המשיבה שלא להעלות מחירים בשנת 2018 כחלק משוויו של ההסדר. נוכח האמור, יש לקבוע כי ההסדר אינו מהווה הסדר ראוי, הוגן וסביר מבחינת עניינם של חברי הקבוצה.

ח. סיכום

132. לאור האמור בהתנגדות זו, בית המשפט הנכבד מתבקש שלא לאשר את הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית.

133. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד:

133.1. להורות על מינוי בודק בעל מומחיות בתחום התחרות שיבחן את סיכוייה של עילת התביעה ויחווה דעתו ביחס לסבירותו של ההסדר נוכח הסיכויים;

133.2. להורות למזכירות להמציא לח"מ עותק מכל החלטה שתוגש בהליך דנן;

133.3. להורות לבא כוח המייצגים ולב"כ המשיבה להמציא לח"מ כל מסמך ו/או בקשה שיוגשו על ידם בתיק זה, לרבות נספחים.

הדס הולצשטיין-תמיר, עו"ד

פרופ' אלון קלמנט, עו"ד

באי כוח עמותת נציגי הציבור