

### מעקב אחר פסיקה לתאריכים 15-25/12/2017

רע"א Hewlett Packard Company 5119/17 נ' יהודה עזרא (פורסם בנבו, 25.12.2017): ערכאה: בית המשפט העליון, מפי כבוד הנשיאה אסתר חיות

המדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד חברת Hewlett-Packard Company (להלן: HP), יצרנית מחסניות דיו, וכן החברות "טכנו רצף" ו"דאטה פול", המשווקות המורשות של המוצר בישראל. עניינה של התובענה בהפרת חובת הסימון בעברית על מחסניות דיו למדפסות, הקבועה בהוראות חוק הגנת הצרכן<sup>1</sup> וצו הגנת הצרכן (סימון טובין).<sup>2</sup> בית המשפט המחוזי, מפי השופט גרוסקופף, החליט לאשר את ניהולה של התובענה הייצוגית.<sup>3</sup> זאת, לאחר שבמסגרת ההליכים הופנו הצדדים לגישור וגיבשו הסדר פשרה, שנדחה לאור גובה ההטבה שהוצעה שאינו משקף את הנוזק.<sup>4</sup> השופט גרוסקופף קבע כי הוכח לכאורה כי הנתבעות נמנעו מסימון המוצרים בעברית כדי לחסוך בעלויות ולכן סביר שייקבע שעליהן לפצות את הצרכנים בגין אי הנוחות שנגרמה להם וכן בעילת עשיית עושר ולא במשפט. הקבוצה הוגדרה כמי שרכש מחסניות דיו HP בישראל בשבע השנים שקדמו להגשת התובענה ועד לאישורה, למעט אלו שיובאו לאחר תיקון הסימון.

החברות הנתבעות הגישו על החלטת בית המשפט המחוזי, בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בבקשת רשות הערעור נטען כי ביהמ"ש חרג מסמכותו עת קבע את עילות הפיצוי בגין חוסר נוחות ועשיית עושר שלא במשפט. הנתבעות טענו כי הסמכות של ביהמ"ש לאישור תובענה ייצוגית בשינויים נועדה לסייע במקרים של קשיים דיוניים, ואילו במקרה דנן נערך מקצה שיפורים מהותי בבקשה. כמו כן, נטען שביהמ"ש קמא שגה בקביעה לפיה יש לגזור את הפיצוי מחומרת והיקף הפרת החובה ומידת האשם, שכן קביעה זו סותרת, על פי הטענה, את סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות,<sup>5</sup> האוסר פסיקת פיצוי לדוגמא. בנוסף לכך, נטען כי הפגיעה בקבוצה המיוצגת הינה שולית ("זוטי דברים") ועל ביהמ"ש היה לדחות את הבקשה גם בשל כך. החברות המשווקות טענו שאינן עונות להגדרת "עוסק" כמשמעה בחוק להגנת הצרכן ומכאן שהגדרת הקבוצה רחבה מדי וכוללת אנשים שלא התקשרו עמן בעסקה לפי הגדרת החוק. בנוסף, חברת "דאטה פול" טענה כי הציגה ראיות לכך שמחסניות הדיו שהתובע רכש לא שוקו על ידה ולכן לא הייתה לו עילת תביעה אישית נגדה.

בית המשפט העליון, מפי הנשיאה אסתר חיות, הותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי ביחס לחברות HP ו"טכנו רצף". בנוגע לחברת "דאטה פול", נקבע שיש להחזיר את התיק לביהמ"ש המחוזי לבחינת התקיימות עילת התביעה האישית כנגדה.

הנשיאה חיות דחתה את הטענה להרחבת עילת התביעה ללא סמכות וקבעה שאמנם בקשת התובע התמקדה בנוק הבלתי ממוני מסוג פגיעה באוטונומיה, אך הבקשה כללה התייחסות גם לנוק שנגרם מאי-נוחות. באשר לסטיית ביהמ"ש קמא מבקשת האישור, נקבע שהפסיקה הכירה בזכות ביהמ"ש לערוך התאמות במקרים בהם התובענה הינה הכלי ההוגן והיעיל להכרעת המחלוקת, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות. כך, בעניין "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ,<sup>6</sup> התייחס בית המשפט בין

<sup>1</sup> חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981

<sup>2</sup> צו הגנת הצרכן (סימון טובין), תשמ"ג-1983

<sup>3</sup> ת"צ 14 14 51324-03-14 עזרא יהודה נ' Hewlett-Packard Company (פורסם בנבו, 03.05.2017)

<sup>4</sup> ת"צ 14 14 51324-03-14 עזרא יהודה נ' Hewlett-Packard Company (דחיית הסדר הפשרה, פורסם בנבו, 10.05.2016)

<sup>5</sup> חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

<sup>6</sup> ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו, 28.05.2012) - בית המשפט העליון מפי הנשיאה בדימוס דורית בייניש, קיבל את הערעור שהוגש על ידי מוסדות שהחזיקו במניות אלסינט ואישר הגשת תובענה ייצוגית כנגד בעלי השליטה ונושאי המשרה באלסינט, בטענת קיפוח בעלי מניות המיעוט.

היתר לסעיף 13 לחוק, המבטא את כוונת המחוקק להקנות לבית המשפט סמכויות וכלי עזר להכנת התיק לייעול הדיון, לצורך הסרת מכשולים דיוניים או אחרים בפני המבקש, באם מצא כי התובענה הייצוגית ראויה להתברר במסגרת הליך זה. בעניין זה, הנשיאה בדימוס דורית בייניש קבעה, כי לאור האמור לעיל ועל רקע פערי הכוחות בין התובע והנתבע, הקפדה יתרה עם התובע עלולה לשבש את תכלית החקיקה. על כן, למרות שאין זה מתפקידו של בית המשפט לגבש עילות תביעה עבור התובע, מקום בו הוא סבור שהוצגו עילות שראוי לברר במסגרת תובענה ייצוגית, מוטב שישקול שימוש בסמכות שהוקנתה לו על ידי המחוקק להתגברות על הקשיים המתעוררים בשלב אישור הבקשה לתובענה. כאמור, החלטה דומה ניתנה בעניין HP.

הנשיאה חיות דחתה אף את הטענה כי ביהמ"ש קמא העניק לתובע זכות לקבלת פיצוי עונשי ללא הוכחת נזק בניגוד לסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, באומרה כי בסמכותו של בית המשפט לקבוע באלו שיקולים ונתונים להתחשב בבואו לחשב את גובה הפיצוי, בייחוד כשעסקינן בכימות נזק לא ממוני. אופן הערכת נזק לא ממוני מעורר שאלות מורכבות בכלל, ובתובענות ייצוגיות בפרט, אך פסיקתו אינה מהווה פיצוי עונשי.<sup>7</sup> סוגיה זו עלתה בעניין תנובה נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל,<sup>8</sup> (להלן: עניין תנובה) בו נקבע כי נגרם נזק לא ממוני בגין תחושות שליליות (גועל) העולה כדי פגיעה באוטונומיה. עוד נקבע כי היות שהנזק שנגרם משותף לכל הצרכנים ששתו את החלב, הוא אינו מצריך הוכחה סובייקטיבית מיוחדת ונפסק פיצוי שעמד על כ-250 שקלים לכל חבר קבוצה.<sup>9</sup>

הטענה בדבר "זוטי דברים" נדחתה אף היא. הנשיאה חיות קבעה כי הכלל בעניין זוטי דברים אינו חל באופן אוטומטי על תובענות ייצוגיות, שתכליתן, בין היתר, מתן אפשרות לתובע בגין צבר נזקים קטנים שכל אחד בפני עצמו לא היה מגיע לפתחי בית המשפט. סוגיה זו כבר זכתה להתייחסות מצד הנשיאה חיות, למשל בהליכי המשך בעניין תנובה שהוזכר לעיל. בעניין תנובה נקבע, בין היתר, כי ישנם מקרים בהם למרות פגם בדיווח על תכולת המוצר לא תקום זכות לפיצוי, אך ההיבט הקבוצתי ייצוגי מחייב בחינת כלל "זוטי דברים" בעיניים ביקורתיות יותר. לאור זאת, בעניין HP אשררה הנשיאה חיות את פסיקת בית המשפט המחוזי כי מדובר בהפרה נרחבת וגורפת של חובת הסימון בעברית (לכאורה) וכי הפגיעה בצרכנים אינה שולית.

לעניין הגדרת הצרכנים והנתבעות כ"עוסקות" לפי חוק הגנת הצרכן, קבעה הנשיאה חיות כי סעיף 31(א1) לחוק זה מקנה לצרכן שנפגע מהפרת הוראות החוק זכות לתבוע את המפר, גם אם לא התקשר עמו בעסקה. לפי חיות, פרשנות זו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק- הגנה על הצרכן מפני הצד החזק בחוזה בין צדדים לא שוויוניים וכן עם פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

עם זאת, הנשיאה חיות מצאה שיש ממש בטענתה של חברת דאטה פול ביחס להעדר עילת תביעה אישית של התובע כנגדה. כיוון שהדבר לא התברר במסגרת ההליך עד כה, ערעורה התקבל חלקית ועתידי להתברר בביהמ"ש קמא.

<sup>7</sup> אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני- מגמות הרחבה" ספר שמגר - חלק ג', 21 (2003).  
<sup>8</sup> ע"א 1338/97 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 19.052003) פסק הדין עסק בהטעיית ציבור הלקוחות בגין הוספת סיליקון לחלב בניגוד לתקן, בדרך של מחדל ושל מעשה. למרות שנקבע שהוספת הסיליקון אינה מסוכנת לבריאות, כבוד השופטת מרים נאור אישרה את הגשת התובענה כיייצוגית.  
<sup>9</sup> ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 04.12.2011), פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

ת"צ 59462-01-16 אבו פריח ואח' נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 28.12.2017): ערכאה: בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי כבוד השופטת תמר בזק רפפורט

המדובר בדחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד חמישה בנקים מרכזיים (הבינלאומי הראשון, אוצר החייל, מזרחי טפחות, יהב ואגוד) בגין אפליה בנגישות לשירותים בנקאיים. במרכז הבקשה ניצבת הטענה, כי שיעור סניפי הבנקים המוזכרים ביישובים ערביים (7.33%) נמוך ביחס לשיעור היישובים הערבים (11%) וכי ביישובים הערבים בהם פועלים בנקים, מספרם הממוצע נמוך באופן משמעותי ממספר הבנקים הפועלים בממוצע ביישובים יהודיים. בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי השופטת תמר בזק רפפורט, דחה את הבקשה נוכח העדר אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות והמשפטיות שמתעוררות בה יוכרעו לטובת הקבוצה.<sup>10</sup>

התובעים ביקשו לייצג את כל אזרחי מדינת ישראל המוסלמים, נוצרים ודרוזים, שלטענתם מופלים מחמת גזעם ולאומם בקבלת שירותי בנקאות. זאת לטענתם, בניגוד לסעיף 3 לחוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000<sup>11</sup> (להלן: חוק איסור אפליה) נוכח הימנעות המשיבים לפתיחת סניפים באזורי מגוריהם. לפי סעיף 2 לחוק, שירותי בנקאות נחשבים לשירות ציבורי הכפוף לאיסור האפליה. עוד טענו, כי גם אם האפליה אינה מכוונת, תוצאתה אסורה לפי דין ומקימה זכאות לסעד, בייחוד על רקע אופיו המעין-ציבורי של מוסד הבנקאות.

מנגד, המשיבים טענו כי המבקשים הציגו הערכת מידת נגישות שטחית ולוקה בחסר, שאין להסיק ממנה על אודות קיום אפליה בפועל. במסגרת זו, הוצגו בקצרה ממצאי מחקר בנושא שירותים בנקאיים במגזר הערבי שהוכן על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת. המציג ממצאי ניתוח סטטיסטי מעמיק ומצביע על מסקנה הפוכה, לפיה ביישובים ערביים מספר הבנקים גדול מביישובים יהודיים.<sup>12</sup> לצד המחקר, הוצגה סקירת מערכות הבנקאות של בנק ישראל לשנת 2015, התומכת גם היא באמור לעיל, ולפיה מספר הסניפים הכולל ירד בשלוש השנים האחרונות, אך דווקא מספר הסניפים הערביים גדל ועומד על כ-108 נכון לשנת 2015, בהשוואה ל-58 סניפים בשנת 2004. לבסוף, נטען כי ישנה מגמה כללית של מעבר מאספקת שירותי בנקאות בסניפים לשירות באמצעות האינטרנט, דבר המאפשר את נגישותם בפועל של מגוון פעולות ושירותים באמצעות מחשב או טלפון נייד ללא תלות בקרבה גיאוגרפית.

במרכז החלטת השופטת בזק רפפורט לדחות את ניהול התובענה כיייצוגית ניצבת קביעתה בדבר העדר תשתית ראיתית מספקת, וביסוס הטענה לאפליה על נתון מספרי בודד בדבר ממוצע. זאת, בהיעדר ניתוח סטטיסטי נרחב המתחשב במגוון משתנים סבירים או חוות דעת מקצועית שתתמוך בנתון זה באופן מספק, לצד בחינת פריסת הסניפים של כל אחד מהמשיבים ב-1,200 היישובים הקיימים בארץ. בהקשר זה, בית המשפט הדגיש כי מידת הנגישות של סניפי הבנקים לאוכלוסייה ערבית מושפעת גם משירותים הניתנים ביישובים מעורבים, אשר הוצאו מדגימת הממוצעים.

במישור העובדתי, בית המשפט דחה את טענות המבקשים לפיהן לבנק הבינלאומי ואוצר החייל אין כל

<sup>10</sup> סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

<sup>11</sup> חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

<sup>12</sup> סעיף 3(א): "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

<sup>12</sup> איתמר מילרד "שירותים בנקאיים במגזר הערבי- סניפי בנקים, עמלות ומרווחי ריבית" הכנסת – מרכז המחקר והמידע (תשע"ג) <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03137.pdf>

סניף ביישוב ערבי, שכן הינם חלק מקבוצת הבינלאומי המונה בנקים נוספים, ובין היתר את בנק מסד המונה סניפים רבים ביישובים ערבים, מעורבים ובאזורים הניגשים במיוחד לאוכלוסייה ערבית. באשר לבנקים הנותרים, צוין כי אמנם אין חולק על כך שאינם מפעילים סניפים ביישובים ערביים, אך כאמור, אין בנתון זה בפני עצמו כדי להעיד על אפליה. יתרה מכך, העדר סניף ביישוב ערבי אינה בהכרח מעידה על הגבלת נגישות לאוכלוסייה הערבית. הגבלת נגישות נבחנת באמצעות בדיקת מספר משתנים המסבירים את הפריסה הגיאוגרפית של כל סניף וסניף מטעם מומחה. כיוון שבדיקת נגישות כזו לא נעשתה על ידי המבקשים, אין תשתית עובדתית מספקת לביסוס סיכוי סביר לקביעת אפליה.

ככלל, על אף עלייה עקבית בהגשת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, בולט מיעוטן של תובענות ייצוגיות בתחום האפליה; הן בדיני עבודה והן לפי חוק איסור אפליה.<sup>13</sup> כפועל יוצא מכך, בשלב זה לא ברור מהי הדרך הנכונה להוכחת אפליה בתובענות ייצוגיות, אך ייתכן שפסיקה זו של השופטת בזק-רפפורט מניחה את היסודות לעיצוב דוקטרינה של שימוש בכלים סטטיסטיים להסקת דפוס התנהגות מפלה כלפי חברי קבוצה מסוימת. בנוסף לתביעות בנושא אפליה, נדמה שלכלים הסטטיסטיים עשוי להיות ערך מוסף משמעותי גם בתובענות ייצוגיות בתחום אפליה בדיני העבודה. כך למשל, באמצעות ראיות סטטיסטיות, ניתן להצביע על פערי שכר, תנאי העסקה, אי קידום וכדומה. סוגיה זו עלתה במאמרם של פרופ' אלון קלמנט ופרופ' שרון רבין מרגליות, שהציעו ביסוס על ראיות סטטיסטיות כפתרון לקושי בהבאת ראיות ישירות להוכחת מדיניות מפלה.<sup>14</sup> לפי קלמנט ומרגליות, בשונה מישראל, בית המשפט העליון בארצות הברית כבר הכיר בנתונים סטטיסטיים להוכחת מדיניות מפלה בתביעות אפליה שהתנהלו כתובענות ייצוגיות.<sup>15</sup>

באשר לפרשנות חוק איסור אפליה, קיבל בית המשפט את עמדת המשיבים כי פרשנות סעיף 3 לחוק האפליה כמקים חובת פריסת סניפים ארצית להבטחת נגישות שוויונית, מרחיבה אותו שלא כצורך ומעבר לתכלית הטמונה בו. השופטת בזק רפפורט קבעה כי הסעיף לא מטיל חובה לביצוע פעולה פוזיטיבית של הקמת סניפים חדשים לצורך פריסת שירות שוויונית, אלא קובע כי בהינתן שירות או אספקת מוצר קיימים, על המפעיל לנהוג באופן שוויוני ולמנוע הדרת אוכלוסיות ממקום העסק. משכך, גם אילו הייתה מוכחת אפליה, הסיכוי להכרעה לטובת הקבוצה אינו סביר. בשולי הדברים ציינה, כי הטלת חובת שכזו תטיל מעמסה כבדה על אלפי גופים ועסקים הכפופים לחוק איסור אפליה, תוך פגיעה מהותית בהתנהלות השוק החופשי ושיקול הדעת העסקי שלהם. לאור האמור לעיל, בית המשפט המחוזי דחה את בקשת המשיבים לאישור התובענה כייצוגית.

<sup>13</sup> אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה "תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" (מחלקת מחקר של הרשות השופטת ובית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, 2014), 15-16.  
<sup>14</sup> אלון קלמנט ושרון רבין מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה- האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 391  
<sup>15</sup> אלון קלמנט ושרון רבין מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה- האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 391, 423