

מעקב פסיקה

ת"צ 37311-11-15 מיכאל רוזן, משרד עורכי דין נ' בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.19); ערכאה: בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, מפי השופטת מיכל אגמון-גונן:

בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, מפי השופטת מיכל אגמון גונן, אישר ניהולה של תובענה ייצוגית כנגד חברת "בזק בינלאומי" (להלן: "בזק"), בעילה של היות תניית הצמדה חד כיוונית תנאי מקפח בחוזה אחיד.

בקשת האישור, על סך 10 מיליון ש"ח, הוגשה כנגד בזק מתוקף שתי עילות: הראשונה, הפרת חוזה עקב חיובה של בזק את לקוחותיה בסכום גבוה יותר מאשר זה שנקבע בחוזים עמם, בשל הפרשי הצמדה למדד, וזאת על יסוד מסמך חיצוני הנפרד מההסכם, שנמצא באתר האינטרנט של בזק, ולקוחותיה לא נחשפו וחתמו עליו באופן ספציפי. העילה השנייה היא שתניית ההצמדה למדד הינה תנאי מקפח בחוזה אחיד, שמתקיימת לגביה חזקת הקיפוח הקבועה בחוק החוזים האחדים,¹ מכיוון שהיא קובעת הצמדה חד כיוונית למדדים, כך שבזק יכולה רק להרוויח מעלייה במדד, אך לא להפסיד כשהוא יורד.

באשר לעילה הראשונה, ביהמ"ש קבע כי צדדים לחוזה רשאים לאמץ לחוזה שביניהם תניות ותנאים המצויים במסמך אחר, חיצוני, על ידי אזכור והפנייה לאותו מסמך כפי שנקבע בעניין ברזל הצפון.² אולם, הלכה זו לא תחול במקרה שלפנינו עקב העדר זיהוי מדויק של החוזה אליו הופנו הצדדים, והיות תניית ההפניה כללית ועמומה. כתוצאה מכך נקבע כי גביית הפרשי ההצמדה בוצעה בחסר של תניה חוזית תקפה ומכאן שהופר החוזה בין הצדדים. אמנם, חרף הקביעה הנ"ל, משום שהמבקשת ידעה אודות החיוב האמור ובחרה שלא לבטל את החוזה במשך תקופה של למעלה משלוש שנים, אלא להמשיך את ההתקשרות עם בזק, היא למעשה ביצעה קיבול בהתנהגות וגילתה דעתה כי היא מסכימה לחיובה בהפרשי הצמדה וריבית. כתוצאה מכך לא תוכל לעמוד לה עילת תביעה אישית בעניין זה.

באשר לעילה השנייה, ביהמ"ש בפסק דין עקרוני קבע כי ניתן לעשות שימוש במנגנון התובענה הייצוגית לביטול תנאי מקפח בחוזה אחיד. זאת, משום שמטרת חוק החוזים האחדים; להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים, תוגשם באופן מיטבי באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית, שכן בדרך זו אם יקבע כי תנאי מסוים הינו תנאי מקפח, הדבר יגן על כלל לקוחותיו של העוסק בכלל החוזים בו מופיע אותו תנאי.

ביהמ"ש תחילה דן בשאלה האם עסקינן בחוזה אחיד, וקבע כי החוזה שנחתם בין המבקשת למשיבה עונה על הגדרת החוזה האחד, בהיותו חוזה שבלוני, שנוסח ע"י המשיבה, שתנאיו נקבעו מראש על ידה, ועל מנת שישמש לחוזים רבים עם אנשים בלתי מסוימים, וזאת מבלי להתחשב בשאלה כמה חוזים מסוג זה אכן נכרתו בפועל. קביעה זו יפה גם באשר לחוזים המצויים באתר האינטרנט של המשיבה, אליהם הופנתה המבקשת בחוזה שנכרת.

באשר לסעיף הספציפי בחוזה (סעיף 4.4 להסכם בין המבקשת למשיבה), נקבע כי הוא אכן תנאי מקפח בחוזה אחיד הן משום שהוא מקיים את חזקת הקיפוח לפי חוק החוזים האחדים והן בגלל חוסר היכולת של המשיבה לסתור חזקה זו בנסיבות העניין. על מנת לסתור את החזקה, על המשיבה היה להוכיח כי מספר שיקולים שנקבעו בפסיקה מתקיימים בעניינה, אך ביהמ"ש קבע כי טענותיה הן באשר לאפשרות הקיימת

¹ חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982, חזקה מס' 114: "תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח".

² ע"א 409/76 ברזל הצפון בע"מ נ' שיכון עובדים בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.1977). עוד נקבע בפס"ד זה כי מי שמבקש ליצור חיובים על פי חוזה חייב להקפיד על עריכה נאותה של המסמכים, שיהיה בה כדי להבהיר מהותם של החיובים ולזהותם.

לסיום החוזה בכל עת, והן כי קיים צורך כלכלי מוצדק בבסיס התנייה החד כיוונית, משום שירידת המדד עשויה להוביל לכך שבזק תקבל תמורה פחותה בהרבה עבור ציוד תקשורת שהיא כבר רכשה ושילמה את מלוא תמורתו טרם השכרתו למבקשת או ליתר הלקוחות, אינן עומדות ברף הנדרש.

לבסוף אושרה התובענה כייצוגית והקבוצה הוגדרה כך: "כלל לקוחות בזק שבחווה עמם נכללה תניית הצמדה חד כיוונית במפורש או על דרך ההפניה, ושחויבו בפועל בתשלום הפרשי הצמדה, במהלך 7 השנים שקדמו ליום הגשת התביעה".

עוד נקבע שמכיוון שהתובעת המייצגת היא חברת עורכי דין, שמשמשת גם כבא הכוח של הקבוצה המיוצגת ולמעשה הם בעלי אינטרסים זהים, על התובעת להחליף בא כוח, למשרד עצמאי ונפרד שאיננו קשור עמה.³

באשר לשאלה המרכזית שעולה בפסק הדין, לגבי האפשרות לתבוע ביטול תנאי מקפח בחוזה אחיד במסגרת תובענה ייצוגית, ניתן לראות בפסיקות קודמות רמזים לגישה המובאת לפנינו בפסק הדין. בעניין סולמי,⁴ קבע ביהמ"ש מחוזי-מרכז כי אין כל הצדקה או בסיס משפטי לעמדה לפיה חוק החוזים האחידים איננו חל במסגרת הליך של תובענה ייצוגית. עוד נאמר שחוק החוזים האחידים מקנה סמכות מקבילה לבתי המשפט ולבתי הדין לחוזים אחידים לדון בשאלה האם תניה בחוזה אחיד היא תניה מקפחת.

כמו כן, בעניין רשף,⁵ הועלו טענות מצד המשיבה לפיהן "ספק רב אם טענה בדבר תניה מקפחת בחוזה אחיד כלל מתאימה להתברר במסגרת של תובענה ייצוגית". ביהמ"ש המחוזי בת"א קבע במקרה זה שעל אף שבקשת האישור במקרה דנן עוסקת בתחום הביטוח הקבוצתי, ולא בתחום הצרכנות כדוגמת עניין סולמי, וחרף העובדה שנטען כי חוק החוזים האחידים לא חל על פוליסות ביטוח קבוצתיות משום שהן תולדה של משא ומתן בין המבטח לבין נציגי קבוצת המבוטחים, אין בכך כדי להחריג סמכותו של ביהמ"ש לדון בטענות של תניות מקפחות בחוזה אחיד במסגרת של תובענה ייצוגית.

זאת ועוד, בעניין פייסבוק אשר נידון בביהמ"ש העליון,⁶ קבעה כב' הנשיאה אסתר חיות כי בעת שבאים להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח, יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים במועד שבו התקשרו בחוזה, ולא במועד הגשת התביעה. מוסיפה ואומרת כי מנקודת ראות זו, סוג ההליך שנקט לצורך בירור שאלת הקיפוח, אינו מעלה ואינו מוריד. מכאן שאכן ניתן לדון בשאלת הקיפוח בחוזה אחיד במסגרת תובענה ייצוגית.

³ רע"א 9169/16 ע"ד יוגב חלפון נ' שמן משאבי גז ונפט בע"מ (פורסם בנבו, 26.3.2017). בפס"ד זה קבעה כב' השופטת, לימים הנשיאה, אסתר חיות, כי לא נקבעו מסמרות בשאלה האם תובע ייצוגי רשאי לשמש גם כבא כוח מייצג. לדבריה, סוגיה זו עדיין לא הוכרעה בביהמ"ש העליון, אך בפסיקת בתי המשפט המחוזיים ניתן ביטוי מובהק לגישה לפיה אין לאפשר לתובע המייצג שהוא גם עו"ד לשמש כבא כוח מייצג, בין היתר בשל חשש לניגוד עניינים ובשל קשיים אתיים שמתעוררים עקב כפל התפקידים. כב' השופטת מסכימה עם טעמי גישה זו, על אף שחוק תובענות ייצוגיות אינו אוסר על הדבר. עוד ראו בעניין זה ת"א (מחוזי ת"א יפו) 1437/09 ע"ד סהר פלד נ' אול יו ניד בע"מ, פסקה 29 (פורסם בנבו, 11.6.12), ת"צ (מחוזי ת"א יפו) 1934/09 ע"ד חנוך גולדברג נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ, פסקה 47 (פורסם בנבו, 29.4.12).

⁴ ת"צ (מחוזי מרכז) 20119-08-11 סולמי לביא משרד עו"ד ואחי' נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 08.12.2013) (להלן: עניין סולמי). נקבע כי הטענה לפיה ההסדר החוזי שמופיע בהסכם הדלק בין הצדדים, לפיו המחיר המומלץ לסולר נקבע ע"פ שיקול דעתה הבלעדי של חברת "דלק", מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, היא טענה שקיימת אפשרות סבירה שתוכרע לטובת הקבוצה. לפיכך אושרה התובענה כייצוגית. עוד ראו בעניין זה ת"צ (מחוזי מרכז) 13354-12-08 ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ נ' ניו קופל בע"מ, פסקה 8 (פורסם בנבו, 31.3.2011).

⁵ ת"צ (מחוזי ת"א יפו) 61257-06-13 יעקב רשף ז"ל נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 1.1 (פורסם בנבו, 6.2.2017) (להלן: עניין רשף). בפס"ד זה אושרה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה בטענה כי המשיבה משלמת למוטבי ביטוח סיעודי תגמולי ביטוח שאינם כוללים תוספת הפרשי הצמדה, בניגוד לדין ולהוראות פוליסת הביטוח המקורית. נקבע כי הסעיף בפוליסה המחודש ששולל הצמדת תגמולי ביטוח למדד מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.

⁶ רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.18) (להלן: עניין פייסבוק). בין היתר בפסק דין זה נקבע כי התנאים שמשמשי פייסבוק נדרשים להסכים להם מהווים חוזה אחיד, והתבצע דיון האם תניית ברירת הדין ומקום השיפוט שבסעיף 115(1) לתנאי השימוש הינה תנייה מקפחת.

סוגיה נוספת ומעניינת העולה מפסק הדין מתבטאת באמירתה של כב' השופטת אגמון גונן כי תובענה ייצוגית יכולה להוות דרך מרכזית להתגבר על הקשיים שבביטול תנאים מקפחים בבית הדין לחוזים אחידים. חוק החוזים האחידים למעשה קובע שני מסלולים לביטול תנאים מקפחים בחוזים אחידים: הראשון, בפני בית הדין לחוזים אחידים והשני לפני ביהמ"ש במהלך סכסוך פרטני. לפי גלברד ואדר, שמאמרם מציג עיון ביקורתי על הצעת חוק החוזים האחידים,⁷ עולה קושי רב באכיפת החלטות בית הדין להסרת תנאים מקפחים, בעיקר בשל העדר סנקציות במצבים בהם לא קוימה החלטתו. לדוגמא, כאשר נדרש ספק כלשהו בתחום הצרכנות להסיר קיפוח שנתגלה בחוזה אחיד, הוא אינו מנוע מלעקוף את החלטות בית הדין, על ידי אימוץ נוסח שונה לחוזה המסדיר את אותה עסקה, ולמעשה די בעריכת שינויים קלים בנוסח החוזה על מנת שהספק יוכל לחמוק מעול החלטתו של בית הדין. עוד מוסיפים גלברד ואדר כי לחלופין, לאחר שהסתיים הליך בבית הדין שבו נדונה בקשת נציג לקוחות לבטל או לשנות תניות מקפחות, עלול הספק בסופו של יום לשוב ולעשות שימוש בחוזה שנקבע לגביו כי תניותיו מקפחות. החוק שותק ואינו קובע סנקציה על התנהגות כזו.

אחד הפתרונות לבעיה, אותו מציעים גלברד ואדר הוא הכרה חקיקתית במסלול של תובענה ייצוגית בגין הפרת החלטות של בית הדין לחוזים אחידים. לדבריהם, דרך זו עשויה להיות יעילה יותר מאכיפה פלילית או מנהלית. זאת, בין היתר משום שהתמריץ הכספי הגלום בהליך, הן עבור התובעים הייצוגיים והן עבור באי כוחם מעודד הגשת תובענות רבות יחסית באופן שמאפשר להשיג את המטרה החשובה של "אכיפה פרטית". לדידם, סעיפים (1), (2) ו-(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות,⁸ עשויים לאפשר הגשת תובענה בנושא המדובר במקרים בהם הספק הוא "עוסק", מבטח או תאגיד בנקאי, אם כי למען הסר ספק, ייתכן שיש מקום לכך ששר המשפטים יפעל לפי הסמכות הנתונה לו בסעיף 30 לחוק ויורה על הוספת סעיף לתוספת השנייה לחוק, לפיו תתאפשר באופן ספציפי הגשת תובענה ייצוגית בגין הפרת החלטות של בית הדין לחוזים אחידים.

⁷ משה גלברד ויהודה אדר, "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4): עיון ביקורתי", חוקים ה', 171 (2013), להלן: "גלברד ואדר".

⁸ חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.