

בפני כב' השופט רחמים כהן
נקבע לדיון ביום 10/02/16 בשעה 13:00

בעניין

1. דני בירנבוים
2. פנחס ולפגור
3. ארגס אילן
4. ארגס נורה

ע"י ב"כ עוה"ד דורון לוי
משרד עו"ד עמית, פולק, מטלון ושות'
מרחוב יצחק שדה 17 תל אביב 67775
טל': 03-5689000; פקס: 03-5689001

וכן ע"י ב"כ עו"ד איל גולדנברג ו/או עדי קסטנבאום
מרח' א.ה. סילבר 16 נהריה 22385

התובעים

טל': 04-9511107 פקס: 04-9511106

נגד

1. קלאב אין אילת אחזקות בע"מ
2. קלאב אין מלונות אילת בע"מ
3. קלאב הוטל אילת בע"מ
4. קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ
5. קלאב הוטל ניהול (1996) בע"מ

ע"י ב"כ עורכי הדין פישר בכר חן וול אוריון ושות'
מרח' דניאל פריש 3, תל-אביב 64731
טל': 03-6944142; פקס: 03-6944242
וכן ע"י ב"כ עוה"ד אלקס הרטמן ממשרד ש. הורוביץ ושות' עו"ד
מרחוב אחד העם 31 תל-אביב
טל': 03-5670700; פקס: 03-5660974

הנתבעות

ובעניין

המועצה הישראלית לצרכנות
ע"י עורכי הדין זאב ש. פרידמן ו/או יעל כהן-שאואט ו/או
אביטל פריזמנט-בוטון
מדרך מנחם בגין 55, תל-אביב 61204
טל: 03-6247380; פקס: 03-6241053

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד עדי בר-טל
פרקליטות המדינה (אזרחי)
רח' אנרייטה סולד 1, תל-אביב
טל: 03-6970222; פקס: 03-6918541

התנגדות להסכם פשרה מטעם המועצה לצרכנות

(סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006)

בהתאם להוראות סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן – "החוק") ולהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 17/1/16, מתכבדת המועצה הישראלית לצרכנות (להלן – "המועצה לצרכנות") להגיש בזאת את התנגדותה להסכם הפשרה החמישי אשר הוגש לאישורו, ולהלן נימוקי ההתנגדות:
ההדגשות אינן במקור אלא אם צוין אחרת.

פרק 1 – כללי

1. הסכם הפשרה מושא הבקשה לאישור הינו **ההסכם החמישי** המוגש לאישור, אחרי שבית המשפט העליון ביטל או דחה הסכמי פשרה קודמים, ושבית המשפט המחוזי בהרכב אחר דחה או דחה על הסף הסכמי פשרה נוספים. לעניין זה, בהחלטה מיום 5/1/16, הורה ביהמ"ש הנכבד לתובעים הייצוגיים להגיש את כל בקשות האישור של הסכמי הפשרה שהוגשו עד כה, ולנתבעים, את כל ההחלטות ופסקי הדין שנתנו בקשר לבקשות האישור של הסכמי הפשרה שהוגשו כאמור. נכון הוא שאחרי למעלה מ-15 שנים של דיונים והחלטות ביהמ"ש הנכבד (כב' השופטת ד"ר ד' פילפל) על אישור התובענה הייצוגית ובעיקר אישור פרשנות הסכם ההתקשרות לעניין אופן חלוקת הוצאות האחזקה, מצופה מהצדדים לסיים את התובענה בדרך שתשקף את סיכויי ההצלחה של התובענה, על בסיס פרשנות הסכמי ההתקשרות כפי שנקבעה בהחלטת האישור.
2. למרבה הצער, דומה כי הצדדים לתובענה לא השכילו להפיק את הלקחים מההתנגדויות שהוגשו, מהדיונים הרבים שהתקיימו בהסכם הפשרה הקודמים, מהחלטות ופסקי הדין שנתנו במהלך השנים ובעיקר התעלמו מסיכויי ההצלחה של התובענה. הסכם הפשרה אינו מביא בשורה לחברי הקבוצה אלא יגרום להם נזק ממוני בלתי הפיך בעתיד, אינו משקף את סיכויי ההצלחה של התובענה והכל כפי שיפורט בהמשך. המועצה לצרכנות מתנגדת להסכם הפשרה בשל הפגמים החמורים שבו, ובין היתר:
 - הצדדים להסכם הפשרה לא גילו לחברי הקבוצה ואף לבית המשפט הנכבד האם בסופו של יום חברי הקבוצה יקבלו פיצוי כל שהוא מכוח הסכם הפשרה, בניגוד להוראות הדין.
 - הסכם הפשרה מכיל עילות שלא אושרו או נדחו על ידי בית המשפט הנכבד בהחלטת האישור, בניגוד להוראות סעיף 18(ז) לחוק – עניין "חובות עבר" של בעלי זכויות נופש שהפסיקו לשלם דמי אחזקה ועניין סוגי ההוצאות שיש להעמיס על בעלי זכויות נופש;
 - הסכם הפשרה אינו משקף את סיכויי ההצלחה לאור פרשנות ההסכם כפי שקבע ביהמ"ש הנכבד בהחלטת האישור¹ וקיים פער עצום בין הסעד המבוקש לסעד המוצע;
 - קיים פער עצום בין הסעד הנתבע לסעד לו יהיו זכאים חברי הקבוצה, ככל שיהיו זכאים להחזר כל שהוא.
 - ההסכם משנה באופן מהותי את הסכמי ההתקשרות בעניין שיטת חישוב דמי האחזקה, לרעת חברי הקבוצה ויגרום נזק בלתי הפיך לחברי הקבוצה;
 - הסכם הפשרה שותק לגבי עילות אחרות שאושרו בהחלטת האישור (לעניין קיזוז הכנסות מימון) או מעגן את התנהלותה הקלוקלת של קלאב הוטל תוך ויתור על הסעד הנתבע (לעניין שלילת זכות הנופש של בעל יחידה שמשלם באיחור או לעניין סוגי הוצאות הכלולות במונה) מכאן כי הסכם הפשרה אינו מביא לתועלת כל שהיא עבור חברי הקבוצה ואף פוגע בהם.
 - הסכם הפשרה מאפשר לקלאב הוטל להמשיך לשלוח שוברי תשלום לחברי קבוצת ה"לא פעילים" כאילו הסכם ההתקשרות עדיין תקף ולא בקשו לבטל את הסכם ההתקשרות, זאת בניגוד להחלטת ביהמ"ש

¹ חמור מכך, הנתבעות עצמן הגישו לבית הדין לחוזים אחידים (בתיק ח.א. 107/96 קלאב הוטל אילת בע"מ ואח"י ה' היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות) את עמדתן לעניין הפרשנות הנכונה של המונח "כלל זכויות הנופש" (סוגיית "המכונה") והן מושתקות מלטעון בהליך שבכותרת כי הפרשנות שונה. מכאן כי ויתור התובעים הייצוגיים מעלה חשש להפרת הוראות סעיף 17 לחוק.

הנכבד בהליך ייצוגי אחר א. 2020/09 דקל ואח' נ' קלאב הוטל אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ ואח' (להלן – "תביעת הביטול").

3. הסכם הפשרה אינו מעניק סעד הולם לחברי הקבוצה:

3.1 הסכם הפשרה מאפשר ל"מפקח" מטעם קלאב הוטל, ולאחר חלוף המועד להגשת התנגדויות, לקבוע את דמי האחזקה הסופיים בתקופת העבר, מבלי שניתנת לבית המשפט או לבודק מטעמו – וכתוצאה מכך לחברי הקבוצה ולגופים הציבוריים המשתתפים בדיונים – כל אפשרות לאמת את הנתונים ולבקר אותם.

3.2 הסכם הפשרה אף מאפשר לקלאב הוטל להמשיך להתנהל כפי שהיא מתנהל גם היום, מיום הקמת פרויקט הנופש, היינו לקבוע דמי אחזקה שנתיים ללא פיקוח אובייקטיבי, מבלי שנמסרים לקבוצה דין וחשבון בדבר ההוצאות שהוצאו בפועל, תוך וויתור חברי הקבוצה מותרים מראש על כל טענה בעניין.

פרק 2 - החלטת האישור והפרשנות שנתנה להוראות סעיף 7.3 בהסכמי ההתקשרות

א. העילות שאושרו בהחלטת האישור

4. בהחלטתו מיום 23/4/14 אישר בית המשפט הנכבד את התובענה כייצוגית (להלן – "החלטת האישור"), והעילות להלן:

4.1 לעניין אופן חלוקת הוצאות האחזקה קבע ביהמ"ש הנכבד כי פרשנות סעיף 7.3 להסכם ההתקשרות היא פרשנות המבקשים לפיה יש לחלק את כלל ההוצאות בכלל היחידות של המלון: "סעיף 7.3 קובע שכל הוצאות התפעול של המלון הקשורות למתן השירותים באתר הנופש, בין אם אלה נובעים מהשכרת זכויות הנופש ובין אם אלה נובעים מהשכרה מלוואית, נכנסים למסגרת המונה לחישוב. ואילו המכנה המשותף לכולם הוא כלל היחידות של המלון. לכן, אם קיימת עמימות בניסוח, הפרשנות הנכונה היא פרשנות המבקשים וכך אני קובעת."

4.2 לעניין קיזוז הכנסות מימון קבע ביהמ"ש הנכבד כי "המבקשים עמדו ברף הראיות הנדרש כדי להוכיח את טענתם".

4.3 לעניין שלילת זכות נופש מבעלי יחידות נופש אשר שלמו דמי אחזקה באיחור כשיש יחידות פנויות, קבע ביהמ"ש הנכבד כי "עמדת המבקשים לפרשנות הסעיף ודרכי התנהלות (ר' סעיפים 59-51) הינה בהחלט סבירה".

ב. השתק שיפוטי – קלאב הוטל מנועה מלטעון כי ההוצאות לא יחולקו באופן שוויוני בין כלל

זכויות הנופש לרבות הזכויות שלא נמכרו ונותרו בידיה

5. פרשנותם של הסכמי הרכישה לפי החלטת האישור תואמת את פרשנות הסעיף לעמדת הנתבעות עצמן בתיק ח.א 107/96 קלאב הוטל אילת בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות לפיה (סעיף 61 לסיכומים מטעם קלאב הוטל):

"ב"כ המועצה (סעיף 2.ה לתשובת המועצה) מבקשת כי יובהר שהמונח "כלל זכויות הנופש" המוזכר בסעיף 7.2 מתייחס גם לזכויות הנופש שטרם נמכרו על ידי החברה. המבקשות אינן מתנגדות לבקשה זו והן מוכנות כי לאחר המילים "כלל זכויות הנופש השבועיות בפרויקט הנופש" יתווספו המילים "לרבות אלו שטרם נמכרו על ידי החברות".

... העתק סיכומים מטעם קלאב הוטל אשר הוגשו בתיק ח.א 107/96 קלאב הוטל אילת בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות, מצ"ב כנספח 1.

יש לציין כי סעיף 7.2 לחוזה האחיד שהוגש לאישור בית הדין לחוזים אחידים בתיק ח.א 107/96 הוא סעיף 7.3 בחוזים אשר צורפו לתובענה הייצוגית שבכותרת.

... העתק הבקשה לאישור חוזה אחיד בתיק ח.א 107/96 קלאב הוטל אילת בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הישראלית לצרכנות בצירוף נספח ב' לבקשה, מצ"ב כנספח 2.

6. לאור כך, קלאב הוטל הציגה לבית הדין לחוזים אחידים את פרשנותם של הסכמי הרכישה לגבי אופן חלוקת הוצאות האחזקה וציינה מפורשות כי המונח יכול את "כלל זכויות הנופש" כולל את הזכויות שלא נמכרו ונותרו בידי החברה. המשמעות היא כי אין כל מחלוקת בדבר הפרשנות הנכונה של הסכמי הרכישה לעניין סוגיית המכנה – כלל הוצאות האחזקה יחולקו בין "כלל זכויות הנופש", היינו כל זכויות הנופש, לרבות אלה שלא נמכרו ונותרו בידי קלאב הוטל. מכאן כי קלאב הוטל מעולם לא סברה שיש לחלק את ס"כ הוצאות האחזקה במספר זכויות נופש שאינו כולל את ס"כ זכויות הנופש שלא שוקו לאורחים מלונאים או שלא נמכרו ונותרו בידי היוזם, כפי שהיא טוענת היום בהליך שבכותרת ובבקשה לאישור הסכם הפשרה.

7. בנסיבות אלה, חל על קלאב הוטל השתק שיפוטי, והיא מנועה מלטעון כי כלל הוצאות האחזקה יחולקו באופן שונה מזה שנקבע בהסכמי הרכישה, היינו בין כלל זכויות הנופש לרבות הזכויות שלא נמכרו ונותרו בידיה. לעניין זה ראה נא רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון והשקעות בע"מ (כ"ב הנשיא בדימ' א' גרוניס) (ס'9 – פורסם בנבו):

"הטענה בדבר השתק שיפוטי יכולה להתעורר מקום בו אחד מבעלי הדין מעלה טענות עובדתיות או משפטיות סותרות באותו הליך עצמו או בשני הליכים שונים (ניתן לראות באיסור על העלאת טענות עובדתיות חלופית כנגד אותו בעל דין בכתב טענות אחד משום דוגמה של השתק שיפוטי; האיסור קבוע בתקנה 72(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984). התכלית שמאחורי ההשתק השיפוטי היא למנוע פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור במערכת המשפט וכן להניא מפני ניצול לרעה של בתי המשפט [פרשת אינטרלוג עמ' 200; R.G.Boyers "Precluding Inconsistent Statements: The Doctrine of Judicial Estoppel", 80 Nw. (U.L Rev. 1244 (1986)) (להלן – Boyers), עמ' 1251-1250]. בעוד שתורת ההשתק מכוח מצג מתמקדת בצדדים ובמערכת היחסים ביניהם, הרי הדגש בהשתק השיפוטי הינו על היחוד בין בעלי הדין לבין בית המשפט. מכך אף נובע שתחולתו של ההשתק השיפוטי אינה מוגבלת למצב דברים בו מדובר באותם מתדיינים בהליך הראשון ובהליך המאוחר [פרשת אינטרלוג, עמ' 196; Edwards v. Atena Life Insurance Company, 690 F. 2d 595 (1982) (להלן – פרשת אדוארדס)], ואף אין דרישה שהצד האחר שינה את מצבו לרעה [Spencer Bower & Turner] 360 (1977) ed. "The Law Relating to Estoppel by Representation" 3rd. זאת ועוד, טענה בדבר השתק שיפוטי יכולה לעלות בלא קשר לנושא המשפטי המהותי העומד על הפרק."

8. פסק הדין הנ"ל הוזכר בהחלטת בית המשפט הנכבד (כ"ב השופטת ענת ברון) לאישור התובענה הייצוגית בתיק א.2020/09 דקל ואח' נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס (א.ק.ה) בע"מ ואח' (להלן – "תביעת הביטול" או "א.2020/09"), שם טענה קלאב הוטל שזכות הנופש שנרכשה על ידי חברי הקבוצה היא זכות קניינית שלא ניתנת לביטול בניגוד לטענתה בהליכים אחרים. בהחלטת האישור הנ"ל קבעה כ"ב השופטת ע' ברון כי קלאב

הוטל מנועה מלטעון טענה זו משום שבתיק ח.א 107/96 טענה קלאב הוטל כי זכות הנופש אינה זכות קניינית (א. 2020/09 החלטה מיום 18.6.13 עמ' 18):

"נוסף על כך, קלאב הוטל מושקת מלטעון כי ההתקשרות נושא הסכמי הרכישה היא עסקה קניינית – באשר להליכים משפטיים אחרים טענה בדיוק ההיפך. כך, במסגרת סיכומי הטיעונים מטעמה בהליך שניהלה בבית הדין לחוזים אחידים בקשר עם הסכמי הרכישה (ח.א 107/96) ... טענה דונה נטענה גם בסיכומי הטיעונים שהגישה קלאב הוטל בתיק וקס כהגדרתו לעיל..."

ג. פרשנות בית המשפט הנכבד תואמת את מסמכי קלאב הוטל עצמה, שלא הוצגו על ידי התובעים

הייצוגיים

9. יש לציין שעמדת קלאב הוטל כפי שהוצגה לבית הדין לחוזים אחידים ח.א 107/96 תואמת את פרסומי קלאב הוטל בחוברות שהיא פרסמה מעת לעת:

- במגזין של רשת קלאב הוטל גיליון מס' 1 - חורף 2000, מוצגת שיטת החישוב הפשוטה של דמי האחזקה (עמ' 4):

"תשלום דמי האחזקה

דמי האחזקה מיועדים לאפשר החזקתו והפעלתו התקינה של המלון לטובת המשתמשים בשירותיו. הם מבוססים על עלות התפעול בפועל, בתוספת 10% דמי ניהול, ונמצאים תחת פיקוחו של המפקח על חברת הניהול. העיקרון המונח בבסיס חישוב דמי האחזקה הוא עיקרון השוויוניות המוחלטת בין כל בעלי הזכויות, כולל היזם. פירוש הדבר, שכל מחזיק בזכות נופש משלם ריאלית אותו הסכום."

... העתק הדפים הרלוונטיים במגזין של רשת קלאב הוטל גיליון מס' 1 חורף 2000 מצ"ב כנספח 3.

- במגזין של רשת קלאב הוטל גיליון מס' 2 - סתיו 2000, בכתבה שכותרתה "כל מה שרצית לדעת על דמי אחזקה ולא העזת לשאול" (בעמ' 12) מוצגת שיטת החישוב של דמי האחזקה:

"האם נדרש בעל היחידה לשלם עבור יחידות שלא נמכרו?"

בשום פנים ואופן לא. בעל היחידה משלם אך ורק את החלק היחסי שלו, ללא כל תלות במספר יחידות הנופש שנמכרו לציבור. כל ההוצאות של היחידות שלא נמכרו חלות על היזם. צוין כבר לעיל כי סך כל דמי האחזקה מחולקים בין כל יחידות הנופש באופן שוויוני. שוויוניות זו קובעת כי כל מחזיק ביחידת נופש לא ישלם אלא את דמי האחזקה המחושבים ליחידה שלו, ואחרייתו של היזם היא כאמור לכסות לחברת הניהול את דמי האחזקה בעבור היחידות שלא נמכרו."

... העתק המגזין של רשת קלאב הוטל גיליון מס' 2 - סתיו 2000 מצ"ב כנספח 4.

10. זאת ועוד, במכתב מר יוסי מנירב מטעם קלאב הוטל מיום 24/8/99 לבעל יחידה צוין מפורשות כי הוצאות האחזקה מחולקות באופן שוויוני בין כלל יחידות הנופש (סעיף ב'):

"דמי האחזקה אכן מחושבים באופן שכל בעל יחידה לא ישלם אלא את חלקו היחסי בכל הוצאות המלון הכלולות במתן השרות לבעלי היחידות, כאשר בחישוב זה נכללים יחידות היזם. פירושו של דבר שאם כלל שבועות הנופש במלון (כולל שבועות היזם) מגיע לכ- 8,500 (הדוגמה היא בחשבון גס) הרי שכל בעל יחידה נדרש לשלם אך ורק סכום של 1:8,500 מכלל ההוצאות. ההוצאות שלא כוסו על ידי בעלי היחידות (עבור יחידות שלא נמכרו) מכוסות על ידי היזם."

... העתק מכתב מר יוסי מנירב מיום 24/8/99 נציג קלאב הוטל למר שטמפטר מצי"ב **נספח 5**.

סיכום ביניים - סיכויי ההצלחה של התובענה גבוהים במיוחד

10 לעמדת המועצה לצרכנות, לאור החלטת האישור בדבר הפרשנות הנכונה של ההסכם לעניין אופן חלוקת ההוצאות בין כלל יחידות הנופש, **ולאור הראיות בתיק - שמסיבה שאינה ברורה לא הוגשו על ידי התובעים הייצוגיים במסגרת כתב התביעה המתוקן** - הסכם הפשרה אינו משקף את האיזון הראוי בין סיכויי הצלחה של התובענה והסיכונים שבניהול ההליך.

11 על פי ההסכם המוצע, חלוקת ההוצאות נעשית הלכה למעשה **לפי התפוסה בפועל** אף שלא נעשה שימוש במונח זה בהסכם הפשרה. חשוב לציין כאן שבית המשפט הנכבד כבר **זחה ארבעה הסכמי פשרה** שהיו מבוססים על חלוקת הוצאות לפי התפוסה בפועל ובהסכם החמישי הצדדים מציגים את שיטת החישוב באופן שונה אך משמעותו זהה. כפי שצינו הצדדים בבקשה לאישור הסכם הפשרה, הטעם לכך הוא כי הוצאות התפעול מושפעות מה"שימוש במלון". הינה כי כן, המונח "שימוש במלון" מחליף את המונח "תפוסה בפועל" אך השיטה היא אותה שיטה פסולה.

פרק 3 - עיקרי הסכם הפשרה

12 הסכם הפשרה מסורבל מאוד ולא ניתן להבין אותו מקריאה ראשונה ואף חברי הקבוצה מתקשים להבין את ה"תקציר" שנשלח להם (ראה נא למשל את ההתנגדות (בקשה מס' 212) של מר ליאור רוגובסקי). על אף זאת, נציג לביהמ"ש הנכבד את משמעות ההסכם באופן תמציתי ככל האפשר.

א. חלוקת הוצאות בתפוסה בפועל ("השבועות בשימוש") בדומה להסכמים קודמים שנדחו

13 בהסכם הפשרה מוצעת שיטת חישוב שונה (בסעיף 8 סעיף ההגדרות) משיטת חישוב דמי האחזקה שאושרה בהחלטת האישור. לשם הבהירות, נתייחס בשלב זה למכנה בלבד משום שסוגיית ההוצאות שיש להעמיס על חברי הקבוצה הינה סוגיה נפרדת כשעילה זו כלל לא אושרה ואף נמחקה על ידי ביהמ"ש העליון כפי שיצוין בהמשך.

14 שיטת חישוב דמי האחזקה המוצעת מושפעת כאמור מהשימוש בפועל במלון, ומפורטת בסעיף 53 לבקשת האישור (סעיף 6ף ו-8 להסכם הפשרה) כדלקמן:

בסעיף 53.3 לבקשה מוצג כי הוצאות התפעול של המלון בגין מתן השירותים לאורחים מלונאים רגילים ולבעלי זכויות נופש ("ההוצאות המעורבות" כהגדרת הצדדים) מושפעות מהשימוש במלון: "מכיוון שמדובר בסך הוצאות אשר, ברובו המוחלט, הינו תלוי ומוטה שימוש במלון, הסכם הפשרה קובע, כי לעניין חישוב דמי האחזקה השנתיים אותם ישלמו בעלי זכות הנופש, **סך הוצאות זה יוכפל ב"שיעור חלק בעלי הזכויות בכלל הוצאות"**, כפי שמונח זה מוגדר בסעיף 8.17 להסכם הפשרה, קרי "מספר השבועות בשימוש בעלי זכות נופש" (המוגדר בסעיף 8.13 להסכם הפשרה) מחולק ב"מספר כלל השבועות בשימוש" (המוגדר בסעיף 8.15 להסכם הפשרה).

לאחר מכן בסעיף 53.5 מוצג כיצד מחלקים את התוצאה בזכויות הנופש של שלל בעלי זכויות נופש: "את התוצאה המתקבלת כאמור בסעיף 6.2 להסכם הפשרה, מחלקים ב"מספר כלל השבועות להם זכאים בעלי זכויות ביחידות הנופש", כהגדרתו בסעיף 8.16 להסכם הפשרה, והתוצאה המתקבלת הינה סכום דמי האחזקה השנתיים אותו על בעל זכות הנופש לשלם עבור אותה שנה."

15. הינה כי כן, על פי שיטת החישוב המוצעת, דמי האחזקה מושפעים הן מהשימוש המלונאי והן מהשימוש של בעלי זכויות הנופש וזו דרך להעמיס הוצאות נוספות על בעלי זכויות הנופש. נבהיר להלן את שלבי החישוב ואת תוצאותיו בדוגמה להמחשה:

- **בשלב ראשון, הסכם הפרשה מגזיר מה הוצאות ה"מעורבות" המושפעות מה"שימוש במלון" (סעיף 53.1 לבקשה).** להמחשת הדברים נניח כי סך הוצאות התפעול עומד על 60,000,000 ₪.

בשלב שני, נקבע שיעור בעלי זכויות הנופש בכלל הוצאות התפעול:

מספר השבועות בשימוש בעלי זכות נופש

מספר כלל השבועות בשימוש

להמחשה, נניח כי מספר כלל השבועות שנמכרו הוא 10,000 מתוך מספר כולל של 30,000 זכויות נופש. נניח כי מספר השבועות בשימוש בעלי הזכויות בפועל הוא 8,000. נניח גם שמספר השבועות בשימוש מלונאי הוא 12,000. במקרה זה, שיעור בעלי זכויות נופש בכלל מספר השבועות בשימוש (היינו שימוש מלונאי + שימוש בעלי זכויות נופש) הוא $40\% : 8,000 : 20,000 = 0.4$

- **בשלב שלישי, יש להכפיל את הוצאות התפעול בשיעור בעלי זכויות הנופש וזה הבסיס לחלוקת הוצאות:**

במקרה המתואר, סך הוצאות שיש לחלק בין בעלי הזכויות עומד על 24,000,000 ₪:

$$24,000,000 = 40\% \times 60,000,000 \text{ ₪}$$

- **בשלב רביעי, יש לחלק את החלק של בעלי זכויות הנופש בהוצאות בכלל זכויות הנופש להם זכאים בלע הזכויות:**

במקרה המתואר, לא נוסף 10% דמי ניהול לשם הפשטת הדברים דמי האחזקה עומדים על 2,400 ₪:

$$2,400,000 = 10,000 : 24,000,000 \text{ ₪}$$

16. כעת נשאלת השאלה מה גובה דמי האחזקה באותו המקרה, אם מחלקים את כלל הוצאות התפעול בכלל זכויות הנופש באתר הנופש, לרבות הזכויות שנותרו בידי קלאב הוטל, ללא הבחנה בין הזכויות בהן נעשה שימוש והזכויות בהן לא נעשה שימוש? $60,000,000 : 30,000 = 2,000$ ₪.

17. במקביל, על פי הסכם הפרשה, חלקו היחסי של קלאב הוטל בהוצאות קטן יותר על פי שיטת החישוב המוצעת:

36,000,000 ₪ במקום 40,000,000 ₪ הוצאות תפעול על חשבון קלאב הוטל.

$$36,000,000 = 60,000,000 - 24,000,000 \text{ ₪}$$

$$40,000,000 = 60,000,000 - 20,000,000 \text{ ₪}$$

לאור האמור, שיטת החישוב על בסיס חלקם היחסי של בעלי זכויות נופש בהוצאות התפעול אינה מטיבה כלל וכלל עם חברי הקבוצה אלא פוגעת בהם לגבי תקופת העבר, תוך גרימת נזק בלתי הפיך בעתיד (זאת משום שהסכם הפרשה משנה את הסכמי הרכישה התקפים לעשרות שנים הבאות).

18. כמובן, לא נוכל להשוות עם דמי האחזקה שקלאב הוטל הייתה קובעת לא משום שמדובר כאן במקרה

תיאורטי אלא משום שעד היום קלאב הוטל אינה מגלה כיצד היא מחלקת את הוצאות האחזקה. ככל שקלאב הוטל מחשבת דמי אחזקה לפי התפוסה הכוללת (תפוסה מלונאית + תפוסה של בעלי זכויות) באותה השנה:

$$18,000 = 8,000 + 10,000$$

$$\text{חלוקת כלל הוצאות בתפוסה הכוללת: } 60,000,000 : 18,000 = 3,333 \text{ ₪}$$

בכל מקרה, חישוב דמי אחזקה לפי התפוסה בפועל אינה מתקבלת על הדעת ואינה סבירה, כפי שבית המשפט כבר קבע בהחלטת האישור.

ב. מפקח מטעם קלאב הוטל יערוך חישוב מחדש של דמי האחזקה לגבי שנים עברו, ו"חיובים

ביתר" יתקזזו עם "חיובים בחסר".

19. בסעיף 7 להסכם הפשרה, נקבע כדלקמן:

"דמי האחזקה השנתיים הסופיים בגין משנת 1997 ועד שנת התחילה (להלן "יתקופת העבר") יקבעו על ידי המפקח בהתאם להוראת סעיף 6 לעיל ("דמי האחזקה הסופיים לעבר"), זאת תוך 60 יום מיום הגשת בקשת אישור ההסכם. בהתייחס לכל חבר קבוצה יערך חישוב ליום אישור הפשרה על ידי ביהמ"ש כדלקמן: בגין כל שנה בתקופת העבר יחושב ההפרש (החיובי או השלילי) בגין דמי האחזקה הסופיים לעבר בגין אותה שנה לבין דמי האחזקה אשר שולמו בפועל על ידי חבר הקבוצה האמור בגין השנה האמורה, ...; ותחושב התוצאה המתקבלת מחיבור סך קבוצה כאמור לכל חבר קבוצה כאמור ("סך ההפרשים")."

20. בסעיף 14 לבקשת האישור מוצג מצג לפיו "קלאב הוטל ויתרה מראש על כל זכות לקבלת כספים כלשהם ממי מחברי הקבוצה בגין תקופת עבר זו, ככל שחישוב דמי האחזקה השנתיים בהתאם להסכם הפשרה יקים זכות כאמור". (ההדגשה במקור הח"מ).

21. בפועל, משמעות סעיף 7 להסכם הפשרה היא כי אם בשנה מסוימת שולמו דמי אחזקה בחסר, סכום זה יתקזז עם סכומים ששולמו ביתר בשנים אחרות.

22. מכאן כי אין כלל ויתור מצד קלאב הוטל אלא קיזוז בין סך ההפרשים השליליים לסך ההפרשים החיוביים בגין כל תקופת העבר ורק אם נותר חיוב ביתר, קלאב הוטל מוכנה להשיב לחברי הקבוצה שליש מהסכום.

ג. הפיצוי המוצע ואופן התשלום – 33,33% מס"כ ההפרשים (ככל שיהיה לטובת הקבוצה)

23. על פי סעיף 7 להסכם הפשרה, חישוב ס"כ ההפרשים יבוצע באופן פרטני, עבור כל חבר קבוצה בנפרד: "כל הפרש (חיובי או שלילי כאמור) יוצמד למדד מיום 1 לחודש יולי בשנה האמורה ועד ליום אישור הפשרה ע"י ביהמ"ש; ותחושב התוצאה המתקבלת מחיבור סך כל ההפרשים כאמור בהתייחס לכל חבר קבוצה כאמור ("סך ההפרשים")."

24. בנוסף, בסיפא לסעיף 7 נקבע כי אם סך ההפרשים יהיה "חיובי", כלומר ס"כ התשלומים שבוצעו נמוך מס"כ דמי האחזקה לפי התחשיב המוצע, קלאב הוטל לא תדרוש השלמת תשלום. אם סך ההפרשים יהיה "שלילי" כלומר נקבע סכום כולל העולה על סך דמי האחזקה לפי התחשיב החדש, סכום ההחזר יעמוד על 33,33% מסך ההפרשים.

ד. שינוי הסכמי ההתקשרות – השפעת הסכם הפשרה על חברי הקבוצה בעתיד ומעשה בית דין

כלפי הקבוצה

25. בסעיף 6 להסכם הפשרה, נקבע כי "החל משנת 2016 (שנת התחילה") ואילך, דמי אחזקה השנתיים יהיו כדלהלן...". משמעות סעיף 6 כי דמי האחזקה לא יחושבו בעתיד לפי הנוסחה הקבועה בהסכמי ההתקשרות המקוריים, אלא על פי הנוסחה אשר פורטה לעיל.

26. שינוי הסכמי ההתקשרות ללא הסכמה פוזיטיבית של הצד השני להסכם מעלה סוגיה עקרונית: האם תובע ייצוגי רשאי להסכם בהסכם פשרה, בשם חברי הקבוצה, על שינוי הסכמי ההתקשרות. לשאלה זו נתייחס בקצרה בהמשך.

ה. הגדרת הקבוצה

27. בסעיף 8.3 להסכם הפשרה חברי הקבוצה הם "בעלי זכות נופש במועד הגשת התביעה (לרבות מי שרכש או קיבל את זכות הנופש לאחר מועד הגשת התביעה והינו בעל זכות נופש ביום חתימת ההסכם)".

28. לעמדת המועצה לצרכנות, המונח נתון לפרשנות משום שלא ברור אם הכוונה היא למועד הגשת התביעה המקורית (ב-2003) או התביעה המתוקנת ביום 4.11.14.

ו. אופן התשלום לחברי קבוצה הזכאים להשבה

29. כאמור, חישוב "סך הפרשים" לאחר קיזוז יעשה באופן פרטני. בנספח א' להסכם הפשרה נקבע מנגנון פנייה ישירה לכל חבר קבוצה לבחירת אופן התשלום:

"תוך 60 יום מיום אישור הפשרה ע"י ביהמ"ש תשלח קלאב הוטל לכל חבר קבוצה כאמור מכתב ובו יפורט ההחזר המגיע לחבר הקבוצה האמור, ותינתן אפשרות לכל חבר קבוצה כאמור לבחור האם תשלום ההחזר יבוצע בדרך של המחאה לפקודת חבר הקבוצה ... או בדרך של העברה בנקאית לחשבון חבר הקבוצה... קלאב הוטל תבצע את התשלום בדרך שנבחרה על ידי חבר הקבוצה כאמור..."

ז. ההסכם מעגן את שלילת זכות נופש מחברי קבוצה ששלמו דמי אחזקה באיחור

30. בסעיף 15 להסכם הפשרה נקבע כי במקרה של איחור כל שהוא בתשלום דמי האחזקה, מוצע הסדר אשר מאפשר לקלאב הוטל לשלול מבעל זכות הנופש את זכות הנופש, כקבוע בהסכם ההתקשרות: שבועות נופש שנשללו בעבר לא יוחזרו לחברי הקבוצה. שבועות הנופש שלא בעבר נשללו יוחזרו לחברי הקבוצה. החל ממועד אישור הסכם הפשרה, עדיין נשמרה לקלאב הוטל הזכות לשלול מבעל זכות נופש האפשרות לממש את זכותו אולם תינתן לו האפשרות לממש את שבוע הנופש שלו משך תקופה של 3 שנים, במועדים קבועים שנקבעו בנספח ב' להסכם הפשרה ובכפוף למתן הודעה מראש של חודשיים.

ח. ויתור מותנה על חובות עבר שמשמעו הקפאת זכות הנופש של בעלי זכויות "לא פעילים"

בניגוד להחלטת ביהמ"ש בתביעת הביטול

31. על פי סעיף 5 להסכם הפשרה קלאב הוטל מוכנה לוותר על "חובות עבר" בתמורה לויתור בעל זכות הנופש על השבה מכוח הסכם הפשרה, ככל שקמה להם זכות להשבה כאמור:

"ביום אישור הסכם הפשרה ע"י ביהמ"ש תותר קלאב הוטל על הזכות לתבוע מבעלי זכות נופש לא פעילים חובות דמי אחזקה בגין השנים עד (כולל) 2015, וזאת כנגד וויתורם על זכאות להחזר..."

” בעלי זכות נופש לא פעילים” – פירושו – חברי קבוצה שחדלו לשלם דמי אחזקה במשך שלוש שנים ברציפות או יותר, וזאת בהתייחס לחברי קבוצה אשר החסכם המקורי עמם לא בוטל, עד וכולל בגין שנת 2015; ובהתייחס לחברי קבוצה אשר החסכם המקורי בוטל, עד וכולל השנה בה בוטל החסכם הפשרה”.

32. בנוסף, סעיף 16 להסכם הפשרה קובע כי תשלום חובות דמי אחזקה שנתיים בגין שנים קודמות, החל מיום אישור הסכם הפשרה על ידי ביהמ”ש יקנה לבעל זכות הנופש שבוע נופש חלופי אחד בגין כל שנה במועדים שנקבעו בנספח ב' להסכם ובכפוף להודעה מוקדמת של חודשיים.

33. משמעות סעיפים אלה כי קיימים חובות עבר, כי ויתור קלאב הוטל חל אך ורק לגבי תקופת העבר ואינו מהווה הסכמה לביטול הסכם ההתקשרות כששאלת חובות העבר והזכות להפסיק לשלם דמי אחזקה – וכתוצאה מכך לא יהיו חובות עבר - נדונה בתביעת הביטול. על פי החסכם המוצע, בעל זכות נופש יוכל להמשיך לממש את זכות הנופש בעתיד ולקבל שבוע נופש חלופי אם שילם דמי אחזקה, כלומר הסכם הפשרה לא יבוטל וקלאב הוטל תמשיך לשלוח שוברי תשלום לחברי הקבוצה שויתרו על זכות הנופש.

34. ההסדר נוגד את החלטת ביהמ”ש הנכבד המאשרת את התובענה הייצוגית בתיק א.2020/09 דקל ואח' נ' קלאב הוטל אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע”מ ואח' בו ידונו השאלות המשותפות של עובדה ומשפט כדלקמן: ”האם זכאים חברי הקבוצה לוותר על זכות הנופש שלהם ולסיים את ההתקשרות עם קלאב הוטל, ובתוך כך לחדול מתשלום דמי אחזקה”.

... העתק החלטת ביהמ”ש הנכבד מיום 18/7/13 על בקשת קלאב הוטל לתיקון נוסח ההודעה בדבר אישור תובענה ייצוגית בתיק א.2020/09 דקל ואח' נ' קלאב הוטל אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע”מ ואח' מצ”ב כנספח 6.

ט. מעשה בית דין כללי ללא הבחנה בין העילות שאושרו לעילות שלא אושרו

35. בסעיף 20 להסכם הפשרה, נקבע כי ”ב”כ התובעים בשם קבוצת התובעים ויתר חברי הקבוצה מצהיר ומסכים כי ביום אישור הסכם הפשרה ע”י ביהמ”ש, הם מוותרים על כל טענה, תביעה או זכות מכל מין וסוג שהוא, בעניינים שבהם עוסקת התביעה”.

36. ויתור גורף זה יוצר מעשה בית דין כללי לגבי כל העניינים בהם עוסקת התביעה ללא הבחנה בין העילות שאושרו בהחלטת האישור לעילות שלא אושרו או נמחקו. לאור העובדה כי הסכם הפשרה עוסק גם בסוגיית המונה – סוגי ההוצאות שיש לכלול בחישוב דמי האחזקה, הדבר עלול לחסום תביעה אחרת בנושא זה.

37. יש לתת את הדעת לעניין זה לאור הוראות סעיף 19(ג)(2)(ו) לחוק הקובע כי בהחלטתו לאשר או לדחות הסכם פשרה, בית המשפט יתייחס בין היתר ל”עילות והסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי קבוצה שעליהם חל ההסדר”.

פרק 4 - הפגמים המהותיים שבהסכם הפשרה

א. הפרת סעיף 18(ב) לחוק ותקנה 12(א)(5) לתקנות: הסכם הפשרה אינו מגלה האם חברי הקבוצה זכאים לפיצוי

38. סעיף 18(ב) לחוק מחייב את הצדדים לגלות בתצהיר את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסכם הפשרה: ”בקשה לאישור הסדר פשרה תוגש לבית המשפט בצירוף תצהירים מטעם באי כוח הצדדים, אשר בהם יגלו,

בגילוי נאות, את כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה. הצדדים פעלו בניגוד להוראות החוק, והסתירו מעיני חברי הקבוצה ומעיני המשתתפים בדיונים (היועץ המשפטי לממשלה והמועצה לצרכנות) את המידע הבסיסי ביותר – הערכת הנזק שנגרם לצרכן וגובה הסכום המוצע לפיצוי.

39. בנוסף, תקנה 12(א)(5) לתקנות תובענות ייצוגיות תשע"א-2010 קובעת: "כלל ההסדר פיצוי כספי או אחר – יצוין סכום הפיצוי או מהותו והמפתח לחלוקתו בין חברי הקבוצה; נקבע סכום שונה לתת קבוצה או לחבר קבוצה, יצוין הסכום וההנמקה לכך".

40. בהסכם הפשרה, אין כל אזכור של סכום הפיצוי המגיע לקבוצה ו/או אופן חלוקתו. על פי סעיף 7 להסכם הפשרה, מוצע לבצע חישוב מחדש של דמי האחזקה על פי שיטת החישוב המוצעת עבור כל אחד מחברי הקבוצה – עשרות אלפים – על מנת לחשב מה הסכום המגיע לכל אחד ואחד, לאחר קיזוז בין השניים בהן נגבו סכומים ביתר לשניים בהן נגבו סכומים בחסר, כשקלאב הוטל תשיב לכל חבר קבוצה כשליש מהסכום שנגבה ביתר לאחר קיזוז כאמור.

"דמי האחזקה השנתיים הסופיים בגין משנת 1997 ועד שנת התחילה (להלן 'יתקופת העבר') יקבעו על ידי המפקח בהתאם להוראת סעיף 6 לעיל ('דמי האחזקה הסופיים לעבר'), זאת תוך 60 יום מיום הגשת בקשת אישור ההסכם. בהתייחס לכל חבר קבוצה יערך חישוב ליום אישור הפשרה על ידי ביהמ"ש כדלקמן: בגין כל שנה בתקופת העבר יחושב ההפרש (החיובי או השלילי) בגין דמי האחזקה הסופיים לעבר בגין אותה שנה לבין דמי האחזקה אשר שולמו בפועל על ידי חבר הקבוצה האמור בגין השנה האמורה, ...; ותחושב התוצאה המתקבלת מחיבור סך קבוצה כאמור לכל חבר קבוצה כאמור ('סך הפרשים')."

41. הצדדים אינם מגלים לגבי כל שנה ושנה מה גובה דמי האחזקה לפי שיטת החישוב המוצעת בהסכם הפשרה, בהשוואה לסכומים שנגבו בפועל ולסכומים שקלאב הוטל הייתה אמורה לגבות לפי שיטת החישוב אשר אושרה בהחלטת האישור – כלומר חלוקת ההוצאות בין כלל יחידות הנופש. בסעיף 56 לבקשת האישור מגלים הצדדים את החישוב לשנים 2012-2014 בלבד, ומסתירים את המידע לגבי כל תקופת העבר, הנחוץ לחברי הקבוצה כדי לשקול את עמדתם ביחס להסכם.

42. ההסכם אינו מכיל אף את סכום הפיצוי הכולל – אם בכלל – לו זכאים חברי הקבוצה. לא ברור מדוע הצדדים מסתירים מידע כה מהותי מעיני בית המשפט הנכבד וחברי הקבוצה שהרי אין בו כל פרטים בדבר גובה ההוצאות בפועל למשל או פירוט של סוגי ההוצאות המועמסות על הקבוצה אלא רק התוצאות הסופיות של החישוב מחדש שיעשה על ידי המפקח מטעם קלאב הוטל.

43. לפיכך, אין בהסכם הפשרה פירוט של גובה הפיצוי המוצע וקיימת אי ודאות מוחלטת לגבי תוצאות הפשרה, בניגוד לחוק ולתקנות, מכאן כי בית המשפט מנוע מלאשר אותו. וודוק, סעיף 19 לחוק קובע חובה למנות בודק מעטם בית המשפט, לאחר שהצדדים פרטו בהסכם את הפיצוי ואת אופן חישובו, על מנת שיאמת ויבדוק את הנתונים שבבסיס ההסכם.

44. אין ספק כי בידי קלאב הוטל כל הנתונים הדרושים לחישוב מחדש של דמי האחזקה לפי השיטה המוצעת בהסכם הפשרה, כדי להציג בגלוי (ולא במעטפה סגורה ובאופן חלקי בלבד) לחברי הקבוצה את סכום הפיצוי. ב"כ התובעים הצהיר בס' 22 להסכם הפשרה כי "עיין בזוחות הכספיים של קלאב הוטל" וביצע את כל הבדיקות מטעמו". על כן, לא ברור מדוע לא הוצגו תוצאות החישוב במסגרת הסכם הפשרה, טרם חלוף המועד להגשת התנגדויות. בהסכם הפשרה מוצע לחברי הקבוצה החזר כל שהוא, ומוטלת על הצדדים החובה על פי דין לגלות את הסכום הכולל שיחולק בין חברי הקבוצה.

45. בנוסף לכך, בהעדר נתונים מלאים (לכל תקופת העבר) שיאפשרו להשוות בין דמי האחזקה שנגבו בפועל, לבין דמי האחזקה לפי פרשנות ההסכם אשר אושרה עקרונית בהחלטת האישור (חלוקת כלל ההוצאות בין כלל היחידות) ודמי החזקה לפי שיטת החישוב המוצעת בהסכם הפשרה, אין בידי בית המשפט הנכבד את המידע הבסיסי כדי לבחון את ההסכם על פי השיקולים שנקבעו בסעיף 19(ג) לחוק ולקבוע אם הסכם הפשרה סביר והוגן לאור "הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".
46. בנסיבות אלה, אין כל טעם למנות בודק כנדרש לפי סעיף 19(ב) לחוק שכן בהעדר נתונים כספיים ומידע בסיסי הבודק לא יוכל להעריך את היתרונות והחסרונות של הסכם הפשרה ולאמת את הנתונים הנחוצים לבחינת ההסכם.

ב. העדר גילוי נאות בתצהירי הצדדים בניגוד לתקנות

47. תקנה 12(ב)(1) קובעת:

"לבקשה לאישור הסדר פשרה יצורפו תצהירים כמפורט להלן:

(1) של כל אחד מבעלי הדין לשם אימות העובדות המשמשות יסוד לבקשה; תצהיר כאמור יכלול גילוי נאות ביחס לכל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה, לרבות הצהרה שלא קיבל בקשר להסדר כל טובת הנאה, במישרין או בעקיפין או פירוט כל טובת הנאה שקיבל התובע או בא כוחו מן הנתבע, במישרין או בעקיפין, בקשר לכל עניין;

(2) של כל אחד מבאי כוח בעלי הדין, תצהיר כאמור יכלול גילוי נאות, ביחס לכל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר הפשרה, לרבות הצהרה שלא קיבל בקשר להסדר כל טובת הנאה, במישרין או בעקיפין, או פירוט כל טובת הנאה שקיבל התובע או בא כוחו מן הנתבע, במישרין או בעקיפין, בקשר לכל עניין."

48. בניגוד להוראות התקנות אין בתצהירי הצדדים כל פירוט של הפרטים המהותיים הנוגעים להסכם הפשרה; בתצהירי התובעים הוצהר כדלקמן:

"אני מצהיר כי למיטב ידיעתי כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסכם הפשרה הם אלה המפורטים בהסכם הפשרה. אני מצהיר כי אין פרטים מהותיים אחרים אשר לא פורטו בהסכם הפשרה" בתצהיר מר פיבקו מטעם קלאב הוטל נאמר כי:

"אני מצהיר כי כל הפרטים המהותיים הנוגעים להסכם הפשרה הם אלה המפורטים בהסכם הפשרה. אני מצהיר כי אין פרטים מהותיים אחרים אשר לא פורטו בהסכם הפשרה"

49. משמעות תקנה 12(ב), כי התצהיר צריך לאמת את העובדות המשמשות יסוד לבקשה לאישור הסדר פשרה, ועליו לכלול גילוי נאות ביחס לכל הפרטים המהותיים הנוגעים להסדר. יש לזכור שהבקשה לאישור הסדר פשרה היא בקשה שמטרתה להסדיר את הסכסוך בין התובעים המיוצגים לנתבע באופן סופי ולהקים בין הצדדים מעשה בית דין שימנע תובענות עתידיות. הבקשה מבקשת לסיים את ההליך בפסק דין והיא אינה בקשת ביניים "רגילה". בהתאם, על המצהיר להצהיר רק על עובדות הידועות לו מתוך ידיעתו.

50. ראו לענין זה: תקנה 521 רישא לתקנות סדר הדין האזרחי (החלה בענין זה מכוח תקנה 19(א) לתקנות התובענות הייצוגיות).

51. על ייחודיותה של בקשת אישור הסדר הפשרה ניתן להסיק מפסיקה קודמת של בית משפט נכבד זה בייחודיותה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית: רע"א 8562/06 פופיק נ' פזגז 1993 בע"מ (פורסם בנבו, 15.4.07), בפסקאות 6-7 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס: "ככלל, בקשות בכתב הינן בקשות ביניים. הן עוסקות, על פי רוב, בשאלות דיוניות-משפטיות שמורכבותן אינה רבה והליך בירורן הינו הליך קצר ופשוט יחסית [...] מאפיין ייחודי אחד של בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא כי בשונה מהליך ביניים שגרתי, הליך זה עשוי להכריע את גורלה של התובענה הייצוגית. על כן, דחייתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית מהווה פסק דין, הניתן לערעור בזכות [...]".

52. ראו גם: רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עו"ד אופיר נאור (פורסם בנבו, 19.7.12) בפסקה 6 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס; רע"א 2417/08 בן בשט נ' קדמי (פורסם בנבו, 5.4.09) בפסקה 7 לפסק דינו של השופט ח' מלצר.

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

19. על פי סעיף 19(ג)(2)(א) לחוק, בהחלטתו בדבר אישור הסכם הפשרה (או דחייתו) על בית המשפט להביא בחשבון, בין היתר, את "הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".

20. על פי כתב התביעה המתוקן, דמי האחזקה שחויבו בפועל אינם תואמים לשום שיטת חישוב, וייתכן והסיבה לכך היא כי לא הוצגו לחברי הקבוצה דמי האחזקה הסופיים החל משנת 2000. מכל מקום, על פי כתב התביעה המתוקן, נגרם לכל חבר קבוצה נזק של $1,060 + 974 = 2,034$ ₪ לשנים 2012-2013 בעוד שלפי שיטת החישוב החדשה, חברי הקבוצה חייבים לקלאב הוטל סך של 21 ₪ $186 - 165 = 21$ ₪ (המתקזזים עם החיוב בחסר בשנת 2014 בהתאם להוראות סעיף 7 להסכם הפשרה). מכאן כי הסכם הפשרה יגרום נזק כספי לקבוצה במקום להטיב עמם ולהביא לפיצוי /או השבה חלקית. הדבר חמור שבעתיים לאור הסכמת התובעים כי שיטת חישוב בעייתית זו תחול מיום אישור הסכם הפשרה, דבר שיגרום לקבוצה נזק ממוני בלתי הפיך! המסקנה המתבקשת היא כי התובעים הייצוגיים וויתרו הלכה למעשה על הסעד הנתבע. להמחשת הדברים, נשווה בין הנתונים הרלוונטיים לשנים 2012-2014 במלון קלאב הוטל אילת, שהוצגו בסעיף 56 לבקשה לאישור הסכם הפשרה, לבין הסעד הנתבע כמפורט בטבלה שבעמוד 25 לכתב התביעה המתוקן (הוצגו השנים 2012-2013 בלבד) בטבלה להלן:
... העתק העמוד הרלוונטי בבקשה לאישור הסכם הפשרה והעמוד הרלוונטי בכתב התביעה המתוקן מצ"ב כנספח 7.

2014	2013	2012	
2,751	2,823	2,810	דמי אחזקה על פי עמדת התובעים בכתב התביעה
- לא צוין	1,060	974	הנזק המינימאלי (נומינלי) לחברי הקבוצה לפי כתב התביעה (ללא הצמדה וריבית) (עמ' 25 לכתב התביעה המתוקן)
4,084	3,985	4,154	דמי אחזקה על פי חלוקה בתפוסה
2,927	2,844	3,017	דמי אחזקה על פי הסכם הפשרה
3,023	3,009	2,831	דמי אחזקה המשוערים שחויבו בפועל
96	165	- 186	הפרש בין דמי אחזקה ששולמו בפועל לדמי אחזקה לפי שיטת החישוב המוצעת בהסכם הפשרה

ד. הסכם הפשרה מקנה לקלאב הוטל הזכות לגבות כספים מחברי הקבוצה בגין שנים עברו בדרך של קיזוז עם סכומים שנגבו בחסר על פי שיטת החישוב החדשה המוצעת

53. כאמור, על פי סעיף 7 להסכם הפשרה, סך ההפרשים השליליים יתקזזו עם סך ההפרשים החיוביים ויקבע אם בעל זכות הנופש הספציפי יהיה זכאי להשבה. בהתאם, בניגוד למצגים שהוצגו בבקשה לאישור הסכם הפשרה (סעיף 14) לפיהם קלאב הוטל מוותרת על כל הסכומים שחברי הקבוצה יהיו חייבים לה לאחר חישוב מחדש של דמי האחזקה בשנים עברו, הרי שקלאב הוטל תקזז את ההפרשים השליליים בחלק מהשנים עם ההפרשים החיוביים בשנים האחרות ועל ידי כך תגבה סכומים נוספים מחברי הקבוצה מעבר לסכומים שנגבו במהלך השנים, בדרך של קיזוז.

54. בנסיבות העניין, בהן לא צוין בהסכם הפשרה גובה ההחזר לקבוצה, או לכל חבר קבוצה, ואף קיימת אפשרות כי חברי הקבוצה יהיו חייבים כספים לקלאב הוטל ולא יהיו זכאים להשבה, קיימת מידה בלתי סבירה של סיכון.

55. זאת ועוד, פעולת הקיזוז נוגדת את הוראות הסכמי ההתקשרות (בסעיף 7.6 לתנאים הכלליים) שם נקבע כי חישוב דמי האחזקה הסופיים, יעשה בתום כל שנה קלנדארית, וכל סכום חסר המגיע מהרוכש/בעל היחידה ישולם במסגרת תשלום דמי האחזקה של השנה הבאה.

56. על פי הדוגמה שנתנה בסעיף 56 לבקשה, הצדדים לא מצאו לנכון לפרט כיצד יחושב סך ההפרשים. במקרה המתואר שם, נוצר הפרש לטובת קלאב הוטל בשנת 2012, כשההפרש מתקזז עם השנים 2013-2014, סך ההפרשים הוא ₪ 75 וחבר הקבוצה יהיה זכאי להחזר של 25 ₪.

- 186 ₪ לשנת 2012 (גבייה בחסר)
- 165 ₪ לשנת 2013 (גבייה ביתר)
- 96 ₪ לשנת 2014 (גבייה ביתר)

- 75 ₪ סך כל ההפרשים גבייה ביתר

57. לאור תחשיבי הצדדים בסעיף 56 לבקשת האישור, בהסכם הפשרה המוצע קיים סיכון לא מבוטל שחישוב מחדש של דמי האחזקה לתקופת העבר יביא לייקור דמי האחזקה לפחות בחלק מהשנים, והקבוצה לא תהיה זכאית להחזר כל שהוא או להחזר זניח חסר כל פרופורציה לסכום הנתבע. בהתאם, שינוי החוזה האחיד עליו חתמו רוכשי היחידות עלול גם לשנות לרעה את מצבם של חברי הקבוצה, ולאורך שנים רבות. מכאן עולה החשש כי התובעים הייצוגיים שהסכימו לשנות את שיטת החישוב לרעת חברי הקבוצה ולקחת בשמם את הסיכון לכך בשנים הבאות, ואינם פועלים כנדרש על פי סעיף 17 לחוק ומתעוררת שאלת הולמות הייצוג.

58. משמעות הסכם הפשרה כי קלאב הוטל תשיג שני הישגים משמעותיים ללא תמורה: (1) חברי הקבוצה לא יקבלו החזר כספי; (2) חברי הקבוצה יסכימו לשנות את הסכמי הרכישה לרעתם כך שדמי האחזקה יתייקרו.

59. יש לתת את הדעת לעניין זה לאור הוראות סעיף 19(ג)(2)(ה) לחוק הקובע כי בהחלטתו לאשר או לדחות הסכם פשרה, בית המשפט יתייחס בין היתר לסיכונים ולסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה.

ה. הסכם הפשרה מכיל עילות שלא אושרו, נדחו או אף נמחקו על ידי ביהמ"ש

1. זכות בעל יחידת נופש לוותר על זכות הנופש ולחדול מתשלום דמי האחזקה

60. בסעיף 5 להסכם הפשרה, נקבע כי קלאב הוטל תוותר על מה שהיא מכנה "חובות עבר" שחברי הקבוצה ה"לא פעילים" כביכול צברו, כנגד וויתור על תשלום סכום ההחזר המגיע להם על פי ההסכם, ככל שקמה להם זכות להשבה כאמור.

61. המועצה לצרכנות סבורה כי בחינת הוראה זו קשורה לשאלה משפטית אחרת – האם בעל זכות נופש שהפסיק לשלם דמי אחזקה במשך תקופה כל שהיא אכן צבר חובות? ובמילים אחרות, האם לפי הוראות החוזה האחיד תשלום דמי אחזקה הוא חיוב עצמאי על פי הסכם הפשרה, או רק תנאי למימוש זכות הנופש? שאלה זו נדונה בתובענה ייצוגית אחרת שאושרה על ידי בית המשפט הנכבד (כב' השופטת ענת ברוך) בתיק א.2020/09 דקל ואח' נגד קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ ואח' (להלן – "תביעת הביטול"), אשר אושרה בהחלטה מיום 18/6/13 שם נקבע: "המבקשים הניחו כבר במסגרת בקשות האישור תשתית עובדתית ומשפטית לכאורית להצהרה כי על פי הסכמי הרכישה עומדת לרוכשים הזכות לוותר על זכות הנופש ולהביא את ההתקשרות עם קלאב הוטל אל קיצה." (א.2020/09 דקל ואח' נגד קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ ואח', ס' 22).

... העתק ההחלטה מיום 18/6/13 א.2020/09 דקל ואח' נגד קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה) בע"מ ואח' מצ"ב כנספח 8.

62. לפיכך, פרשנות הסכמי הרכישה בשאלה זכותם של חברי הקבוצה לוותר על היחידה ולסיים את ההתקשרות עם קלאב הוטל, ובתוך כך, לחדול מתשלום דמי אחזקה – או שאלת צבירת "חובות עבר" – היא עילה שלא אושרה בהחלטת האישור ואף עומדת לפתחו של בית המשפט הנכבד במסגרת תובענה ייצוגית אחרת שכבר אושרה כאמור. לאור כך, הוראה בהסכם לפיה קלאב הוטל תוותר על חובות עבר מתבססת על ההנחה כי חברי קבוצת ה"לא פעילים" צברו חובות עבר, דבר העומד בסתירה להחלטת האישור בתביעת הביטול ובכל

- מקרה, ונוגד את הוראות סעיף 18(ז) לחוק הקובע כי "הסדר פשרה לא יכלול עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה, אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית.
63. סעיף 18(ז) קובע אמנם כי "אין בכך כדי לגרוע מזכותו של בעל דין לבקש מבית המשפט רשות לתקן את הבקשה לאישור או את התובענה הייצוגית, לפי כל דין", אך במקרה שבו כבר אושרה תובענה ייצוגית אחרת בגין אותה עילה, אין כל אפשרות לתקן עוד את התובענה שבכותרת ולהוסיף את עילה לעניין הטענה בדבר חובות עבר של חברי קבוצה שחדלו משלשלם דמי אחזקה שנתיים.
64. בנוסף לכך, ויתור על "חובות עבר" של חברי קבוצה "לא פעילים" מותנה בויתור שלהם על פיצוי כספי – ככל שחישוב מחדש של דמי האחזקה על פי השיטה המוצעת יעלה חיוב מצטבר ביתר. זאת ועוד, אין הוראה הקובעת כי ויתור קלאב הוטל על חובת תשלום דמי אחזקה תקף לגבי העתיד, כלומר אין בהסכם הפשרה הוראה הקובעת כי הסכם ההתקשרות של חברי קבוצה הלא פעילים מבוטל מכוח הסכם הפשרה. במילים אחרות, ויתור על "חובות עבר" אינו מהווה הסכמת קלאב הוטל לבטל את הסכם ההתקשרות של בעל החוב.
65. לעניין זה נפנה לסעיף 16 להסכם הפשרה הקובע כי "תשלום חובות דמי אחזקה שנתיים בגין שנים קודמות, החל מיום אישור הפשרה ע"י ביהמ"ש, יקנה לבעל זכות הנופש, על אף האמור בהסכם המקורי, שבוע נופש חלופי אחד במלון (בגין כל שנה כאמור)... משמעות סעיף זה כי על אף ויתור קלאב הוטל על "חובות העבר" הסכם ההתקשרות עדיין תקף, ומי שמשלם את החובות יוכל לנצל זכות נופש חלופית בעתיד.
66. כאמור, סוגיית "חובות העבר" אינה שייכת כלל וכלל לתובענה שבכותרת, היא סוגיה של פרשנות סעיפים אחרים בהסכמי הרכישה השייכת לתביעת הביטול אשר אושרה כאמור, ואין לכלול הוראות לעניין זה בהסכם הפשרה. האיזונים בין הסיכונים והסיכויים של בניהול התובענה אינם קשורים לסוגיית חובות העבר, ואין לכלול אותה בהסכם פשרה בתובענה שבכותרת.

ה. 2. סוגיית "המונה" – סוגי הוצאות שיש להעמיס על חברי הקבוצה

67. בהחלטת האישור, דחה בית המשפט הנכבד את העילה לפיה דמי האחזקה מופרזים כשיוזכר כי לא צורפה לבקשה חוות דעת כלכלית לביסוס טענה זו. חשוב לציין שבפסק הדין שניתן על ערעור שהגיש היועץ המשפטי לממשלה לעניין מרכיבי הוצאות האחזקה שיש לחלק בין יחידות הנופש (להלן – "המונה") בע"א 4033/14 היועץ המשפטי לממשלה נ' דני בירנבוים ואח', קבע בית המשפט העליון כי "הואיל ומבקשי האישור חזרו בהם מפורשות מכל טענה הנוגעת למה שכונה על ידי הצדדים "המונה", הרי חלף קביעת בית המשפט המחוזי בהקשר זה – שלפיה בקשת האישור נדחת – תבוא התיבה "הבקשה נמחקת".
- ... העתק פסק דין בע"א 4033/14 היועץ המשפטי לממשלה נ' דני בירנבוים ואח' מצ"ב כנספח 9.
68. חשוב לציין שהמועצה לצרכנות בוחנת בימים אלה את סוגיית "המונה" ותשקול את צעדיה למען קבוצת בעלי יחידות הנופש בהתאם לממצאים. ואולם, בהסכם הפשרה מוסכם בין הצדדים כי המונה יכלול הוצאות מסוגים שונים, אשר לא פורטו בהסכם ההתקשרות, כשעל פי סעיף 24 לחוק "פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה". מכאן כי בית המשפט אינו רשאי לקבוע כי הוראה זו או אחרת שבהסכם הפשרה לא תהווה מעשה בית דין כלפי הקבוצה, ועל בית המשפט הנכבד לבחון האם בהסכם הפשרה לא נפלו פגמים החוסמים תביעה עתידית של חברי הקבוצה בעילה אשר נמחקה על ידי בית המשפט העליון כאמור.

יכלל הוצאות התפעול של אתר הנופש, הישירות, העקיפות והזקופות הקשורות למתן השירותים באתר הנופש כמפורט בסעיף 2 לעיל, ולאחר שינוכו מהן כל הוצאות הקשורות בתפעול השטחים המסחריים שאינם קשורים בשימוש ביחידות הנופש, ובתוספת 10% דמי ניהול יחולקו במספר כלל זכויות הנופש השבועיות באתר הנופש, על פי חלקן היחסי בהוצאות, והתוצאה תהווה את "דמי האחזקה השנתיים". כל רוכש יהיה חייב לשלם לחברה או למי שהחברה תורה את דמי האחזקה השנתיים כפוף למועדים ולתנאים המפורטים להלן."

סעיף 2 להסכם ההתקשרות מגדיר את השירותים באתר הנופש (להלן הסעיפים ברלוונטיים):

2.1 "תחילת השימוש בזכויות הנופש הינה כמפורט בהסכם.

2.2 יחידת הנופש, בה תתקיים זכות הנופש, תועמד על ידי החברה לשימוש הרוכש בתחילת השבוע המוסכם כשהיא מצוידת, נקיה ומסודרת. מדי יום יעשה ניקוי ביחידה, כולל החלפת מגבות, סילוק אשפה וסידור מיטות. פעם נוספת בשבוע ייעשה ניקיון יסודי, כולל החלפת כלי מיטה. מוצהר ומודגש כי אין בשימוש בזכות הנופש משום מסירת חזקה או זכות במקרקעין למשתמש והחזקה והקניין נשארים בידי החברה בלבד. מודגש ומוסכם כי זכות הנופש תוקנה לרוכש רק עם תשלום דמי האחזקה השנתיים כמפורט בסעיף 7 להלן.

2.3 מספר המשתמשים לא יעלה על ארבעה, אולם זוג המשתמש ביחידת הנופש רשאי לצרף עד שלושה מילדיו עד גיל 18. עבור כל משתמש מעל ארבעה משתמשים יחויב המשתמש בתשלום שיקבע על ידי "חברת הניהול".

70. הינה כי כן, המונח "יכלל הוצאות התפעול של אתר הנופש הקשורות למתן השירותים באתר הנופש כמפורט בסעיף 2 להסכם ההתקשרות הני"ל אינו מפנה לרשימת הוצאות תפעול של אתר הנופש, ומשנת 2000 לא נמסר לבעלי היחידות דין וחשבון סופי לגבי הוצאות תפעול בפועל שיש לחלק בין כלל היחידות, בניגוד להוראות סעיף 7.6 להסכם ההתקשרות, הקובע:

"בתום כל שנת תקציב תערוך חברת הניהול חשבון מדויק של דמי האחזקה השנתיים המגיעים מאת הרוכש. כל סכום חסר המגיע מאת הרוכש או כל סכום עודף המגיע לו מהחברה ישולם תוך 30 יום מיום מסירת ההודעה או יזוכה ויחויב (לפי העניין) מהתשלום המגיע בגין השנה הבאה. הכול לפי שתחליט החברה. כל החישובים יערכו בסכומים מתואמים לפי המדד שיפורט להלן."

71. לאור כך, ובהעדר מידע כל שהוא בדבר הוצאות התפעול בפועל וסוגי הוצאות המועמסות על חברי הקבוצה, לא ידוע לחברי הקבוצה מה כלול היום ומה היה כלול בעבר במונה. מכל מקום, לא ניתן לקבוע בהסכם פשרה המהווה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה מה הם סוגי החוצאות הכלולות ב"הוצאות התפעול", ובוודאי שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 18(ז) לחוק כפי שצוין לעיל.

72. להמחשת הדברים בלבד, ומבלי להודות בנכונות התחשיבים, נפנה לראיות אשר צורפו לכתב התביעה המקורי, לפני החלטת האישור (נספח י לכתב התביעה המקורי). לדוגמה, ברשימת הוצאות התפעול כפי שנערכה על ידי המפקח מטעם קלאב הוטל המאשר את דמי האחזקה המשוערים ודמי האחזקה הסופיים אשר צורף למכתבו מיום 29.11.98, מופיעות אך ורק "עלויות מיוחדות לאחזקה שוטפת של יחידות הדיור":

- שכר עבודה חדרים (בניכוי שכ"ע מרכזיה לטלפון, ומחלקת הזמנות)

- שכר מנהלה (הנהלת חשבונות, הנהלה, משאבי אנוש וכו')
- שכר חדרים (קבלה, ביטחון, מחלקת משק ועוד)
- טלפונים ושכר עבודה מרכזיה
- אחזקה ותיקונים (גינון, מעליות וכו')
- אחזקת חדרים (Pכביסה, ניקיון, בידור)
- אחזקת הבריכה
- הנהלה (לא שכר – ארנונה, ביטוחים, ציוד משרדי, וכו')
- חימום תאורה וכוח

... העתק מכתבי המפקח בעניין הרכב דמי אחזקה אשר צורף כנספח יי לכתב התביעה המקורי, מצ"ב כנספח 10.

73. בהסכם הפשרה נקבע כי יש לכלול במונה הוצאות נוספות שאינן כלולות בעלויות הני"ל. לדוגמה, על פי ההסכם המוצע, יש להעמיס על חברי הקבוצה את ההוצאות להלן: **מיסים והיטלים עירוניים** (מסמך תיקון

הסכם הפשרה), **הוצאות "no show"** (סעיף 8.10 להסכם הפשרה), **עמלות כרטיסי אשראי, שכר המפקח.**

74. לעניין הוצאות "no show" יודגש כי לא ברור מה ההוצאה הנגרמת מאי התייצבות בעל יחידה ששילם את דמי האחזקה השנתיים. אולי הכוונה היא הרווח שקלאב הוטל הייתה יכולה להפיק מהשכרת היחידה לאורח מלונאי. מכל מקום, אי הפקת רווח כאמור מהווה סיכון שאמור להיות מוטל על כתפיה של קלאב הוטל ובוודאי אין לזה כל קשר לתחזוקת היחידות.

75. עילת התביעה לעניין מרכיבי הוצאות האחזקה - "המונה" - נמחקה מבקשת אישור התובענה כעולה מפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 2.11.15, בע"א 4033/14 היועץ המשפטי לממשלה נ' דני בירנבוים ואח', (נספח 8) אשר קבע: **"מבקשי האישור חזרו בהם מפורשות מכל טענה הנוגעת למה שכונה על ידי הצדדים 'המונה', מכאן כי לא ניתן לתקן היום את כתב התובענה הייצוגית. בהתאם, אין לכלול עילה זו בהסכם הפשרה.**

ו. ויתור על סעדים על אף אישור העילה בהחלטת האישור

76. **שליטת זכות נופש במקרה של תשלום דמי אחזקה באיחור:** כאמור, בית המשפט הנכבד אישר את התובענה בעניין שליטת זכות הנופש מבעל זכות נופש ששילם באיחור ביחס למועד הקבוע בהסכם ההתקשרות. על פי כתב התביעה המתוקן (סעיפים 98-117), במקרה של איחור בתשלום על קלאב הוטל לאפשר לבעל זכות הנופש לעשות שימוש ביחידת הנופש במועד הקבוע בהסכם ההתקשרות **כל עוד שקיימות יחידות פנויות במלון.** משמעות הדבר כי אם בעל היחידה לא הודיע על רצונו לוותר על זכות הנופש, והוא שילם את דמי האחזקה באיחור, יש לאפשר לו לממש את זכותו אלא אם לא נותרה יחידה פנויה במועד התשלום בפועל. בנוסף, נטען כי אם היחידה הושכרה לאורח מלונאי, על קלאב הוטל להחזיר לבעל זכות הנופש את דמי האחזקה ששילם וכן ההפרש בין מחיר השכרת היחידה לאורח מלונאי ודמי האחזקה.

77. על אף אישור התובענה בגין עילה זו, הסכם הפשרה קובע כי קלאב הוטל תמשיך להתנהל כפי שהיא מתנהלת היום – היא רשאית לשלול מבעל זכות הנופש **במועד המקורי הקבוע בהסכם ההתקשרות ותציע שבוע חלופי** (מן הסתם בתקופות השפל).

78. ההסכם מהווה הלכה למעשה הסתלקות מהתביעה בשם כלל חברי הקבוצה, ואין לאשר את ההסדר המוצע.

79. **קיצוז הכנסות מימון:** על אף החלטת האישור בעניין זה, התובעים מסתלקים הלכה למעשה מתביעתם, שם נטען (סעיפים 88-97) לכתב התביעה המתוקן) כי על קלאב הוטל לקזז את הכנסות המימון הנוצרות מגביית

דמי האחזקה זמן רב לפני הוצאת הוצאות האחזקה בפועל, עם הוצאות האחזקה. אולם בהסכם הפשרה, אין התייחסות כלל להכנסות המימון. ההיפך הוא הנכון – הצדדים הסכימו לכך **שלהוצאות האחזקה יתווספו הוצאות גבייה** (עמלות תשלום באשראי) מבלי לקזז את הכנסות המימון מס"כ הוצאות האחזקה.

80. **הגדרת הקבוצה אינה בהירה ונתונה לפרשנות:** על פי סעיף 8.3 להסכם הפשרה חברי הקבוצה הם "בעלי זכות נופש במועד הגשת התביעה (לרבות מי שרכש או קיבל את זכות הנופש לאחר מועד הגשת התביעה והינו בעל זכות נופש ביום חתימת ההסכם)". כאמור, ההגדרה לא ברורה ונתונה לפרשנות משום שלא ברור אם הכוונה היא למועד הגשת התביעה המקורית (ב-2003) או התביעה המתוקנת ביום 4.11.14.

ז. שינוי הסכמי ההתקשרות האחיד לרעת חברי הקבוצה ללא הסכמתם הפוזיטיבית

81. הסכם הפשרה קובע כי דמי האחזקה השנתיים לא יחושבו לפי פרשנות בית המשפט הנכבד כפי שנקבעה בהחלטת האישור, היינו חלוקת כלל ההוצאות בכלל יחידות הנופש לרבות היחידות השייכות לזום, אלא על פי שיטת חישוב אחרת, מסורבלת, המביאה בחשבון את התפוסה בפועל ("כלל השבועות בשימוש"), זאת לאחר שהנתבעות אימצו בשתי ידיים את הפרשנות ה"חלופית" שהציעו התובעים הייצוגיים אשר וותרו על קביעתו העקרונית של בית המשפט הנכבד כאמור.

82. מעבר לאי סבירות שיטת החישוב המוצעת בהסכם הפשרה ביחס לפרשנות ההסכם, הסכם הפשרה מעלה שאלה מקדמית עקרונית בה בית המשפט העליון לא הכריע: האם ניתן לשנות חוזה אחיד במסגרת הסכם פשרה בתובענה ייצוגית? שאלה זו חיונית להכרעה בעניין הוגנות הסכם הפשרה, כפי שקבע בית המשפט העליון בעניין הבקשה למתן רשות ערעור בתיק שבכותרת, לעניין הסכם פשרה קודם שהוגש לאישור ונדחה על הסף על ידי בית משפט נכבד זה. ראה נא פסק דין מיום 20/5/13 ברע"א 7055/12 קלאב אין אילת אחזקות בע"מ ואח' נ' דני בירנבוים ואח', כשבקשת רשות הערעור "מתמקדת בשאלה המשפטית הבאה: האם מסגרת הסדר פשרה, בהליך של תובענה ייצוגית, רשאים בעלי הדין להסכים על שינוי בהתקשרות החוזית הקיימת בין הנתבע הייצוגי לבין כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת."

83. בפסק הדין הנ"ל, ציין בית המשפט העליון כי בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ד"ר ד' פילפל) כבר ציינה בהחלטתה מושא הבר"ע כי הסדר הפשרה כולל שינויים בהתקשרות חוזית המקורית בין קלאב הוטל לבין חברי הקבוצה ולפיקך, קבע כי יש לדחות את ההסדר על הסף. אולם בית המשפט העליון לא נדרש לסוגיה משיקולים של יעילות דיונית. על פי פסק הדין הנ"ל, היה על בית המשפט לבחון את הסכם הפשרה גם לגופו על מנת למנוע דיונים חוזרים בפני ערכאת הערעור.

... העתק פסק דין מיום 20/5/13 ברע"א 7055/12 קלאב אין אילת אחזקות בע"מ ואח' נ' דני בירנבוים ואח' מצ"ב
כנסת 11.

84. לעמדת המועצה לצרכנות, לא ניתן לאשר את הסכם הפשרה לאור הפגמים הרבים שבו. הסעד המבוקש הוא סעד כספי של השבה ולא הוצג מלוא המידע כדי להבין האם בסופו של יום, חברי הקבוצה יזכו לסעד המבוקש. אפילו מינוי בודק אינו ראוי בנסיבות אלה. בנוסף, שיטת החישוב החדשה לא מיטיבה עם חברי הקבוצה אלא עלולה להביא לייקור דמי האחזקה לאור חלוקת ההוצאות לפי התפוסה בפועל, והוספת הוצאות שלא היו מועמסות על חברי הקבוצה בעבר, כמפורט לעיל.

85. ייתכן כי היה ניתן להתגבר על הקושי הממשי שבשינוי הסכמי ההתקשרות במסגרת פשרה בתובענה ייצוגית, על ידי קביעה כי ההצטרפות להסדר תיעשה לא לפי מנגנון ה-opt out הקבועה בסעיפים 10-11 לחוק אלא על פי מנגנון ה-opt in.

86. כאמור, על פי ההסכם קלאב הוטל יבצע חישוב עבור כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד, של סך ההפרשים בין דמי האחזקה ששולמו בפועל לדמי האחזקה על פי שיטת החישוב המוצעת. בנוסף, נקבעה שיטת חישוב חדשה של דמי האחזקה שיש בה כדי לשנות באופן מהותי את הסכמי ההתקשרות. לאור כך, ככל שבית המשפט ישקול לאשר את הסכם הפשרה הדרך המתאימה להחלת מעשה בית דין על חברי הקבוצה היא בדרך של הצטרפות להסכם הפשרה כנקבע בסעיף 12 לחוק, על פי הסמכות הנתונה לבית המשפט לפי סעיף 19(ד)(1) לחוק. הצעת הצטרפות להסכם הפשרה תיעשה בדרך של הודעה אישית לכל חבר קבוצה באופן שנקבע בנספח א' להסכם הפשרה (וכפי שנעשה בשלב פרסום הסכם הפשרה) והצגת סכום ההחזר המגיע לחבר קבוצה, כנקבע בנספח א' להסכם, לה תתווסף הצעה להסכים להסדר המוצע בהסכם – תוך פירוט גובה ההחזר המגיע לו ושינוי שיטת חישוב דמי האחזקה.

סיכום

87. כאמור, המועצה לצרכנות מתנגדת להסכם הפשרה אולם ככל שבית המשפט ימצא לנכון לאשר אותו, מנגנון ה-opt in יאפשר אולי להתגבר על הקשיים שבו בתנאי שחברי הקבוצה יהיו מסוגלים להעריך האם שיטת חישוב דמי אחזקה החדשה המוצעת עדיפה על השיטה הנהוגה היום, זאת למרות שבידי קלאב הוטל מרחב תמרון רחב כדי להעמיס על חברי הקבוצה כל הוצאה שתראה לנכון.
88. לעניין זה יצויין כי לעמדת המועצה, אחד המנגנונים הדרושים לסיום המחלוקת בין הצדדים בעתיד הוא מינוי מפקח עצמאי ובלתי תלוי שיבצע פיקוח אמיתי על אופן חישוב דמי האחזקה, בין היתר על סוגי ההוצאות שניתן להעמיס על חברי הקבוצה.
89. יוזכר כי המועצה לצרכנות התייצבה בהליך דן לפני 13 שנה והיא מתגייסת בפעם החמישית כדי לסייע לביהמ"ש הנכבד ולחברי הקבוצה להבין את ההסכם ולבחון אותו, בהתאם לתפקידה שבדין. הושקעו מאות רבות של שעות בכל הליכי ההתנגדות, לרבות בהליך דן, ולעניין זה יפים דבריו של ביהמ"ש העליון באותו הליך, בע"א 7809/12 חזאן נ' קלאב הוטל (פורסם בנבו, 31.12.13) בו קבע כי:

"לעתים, בשל מה שמכונה "בעיית הנציג", קיימת חשיבות רבה לשמוע לא רק את עמדתם של צדדים שלישיים בנוגע להסכם הפשרה (למשל, את חוות דעתו של מי שנתמנה על ידי בית המשפט לשמש כ"בודק"), אלא גם את עמדתם של חברי קבוצה אחרים, שאינם נמנים עם התובעים הייצוגיים [...] מכאן, שבמקרים מתאימים ראוי לעשות שימוש בתמריצים שונים להגשת התנגדויות ראויות להסדרי פשרה. יוער, כי הפרקטיקה של הגשת התנגדויות להסכמי פשרה הינה יחסית נדירה במציאות הישראלית. נוכח דברים אלה, מוקשית בעיני קביעתו של בית משפט קמא, לפיה לא קיימת כל אפשרות לפסוק שכר טרחה למי שייצג חבר קבוצה בנסיבות האמורות. והדברים נכונים ביתר שאת, שעה שמתברר בדיעבד כי עמדתו של חבר הקבוצה שהתנגד להסכם התקבלה בסופו של דבר... אוסיף ואציין, בהקשר זה, כי בספרות הובעה הדעה לפיה על מנת לתמרץ הגשת התנגדויות ראויות להסדר פשרה, הרי מן הראוי לפסוק, במקרים מתאימים, שכר טרחה לעורך הדין, אשר ייצג חבר קבוצה שהביע התנגדות כאמור."

וראו גם: ת"צ 24499-12-10 ברזילי נ' הוט טלקום בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.12) בפסקה 18.

ראו מקרים דומים בהם פסקו בתי המשפט הוצאות ושכר טרחה למועצה בשל קבלת התנגדותה:

ת"א 2537/06 פרחן נ' מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.13) בפסקה 11: "המועצה מבקשת לפסוק לה הוצאות ושכר טרחה. המועצה יוצגה בהליך זה על ידי פרופ' אלון קלמנט, שנטל על עצמו את הייצוג ללא תשלום- ועל כך יבורך. אך למועצה ודאי היו הוצאות ומגיע לה גמול לפי סעיף 22(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. תרומתה של המועצה, בניגוד לטענת בא כוח התובע המייצג, הייתה חשובה בעיצוב הסדר הפשרה הסופי, ולא מעטים נימוקי התנגדותה נמצאו מוצדקים. על כן אני מחייב את הנתבעת לשלם למועצה הוצאות משפט בסך 50,000 ש"ח".


וגם: ת"צ 44211-05-10 כהן נ' פרטנר (פורסם בנבו, 16.7.14) בפסקה 28 לפסק הדין: "לא זו בלבד שההתנגדויות, שעיקרן התקבל, היטיבו עם חברי הקבוצה, אלא שהן תרמו באופן משמעותי להגשמת תכלית ההליך שעניינה באכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (ראו: סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות). אכן, הליך אישורו של הסדר פשרה זה - על נוסחיו הרבים והתמורות שחלו בהם עקב ההתנגדויות - מהווה ראיה מוחשית לחיוניות יצירתו של הליך אדברסרי בשלב אישור פשרה בהליך ייצוגי, בהינתן יעילות הנציג. נוכח תרומתן רבת הערך של התנגדויות מסוג אלו שהגישו המועצה ועו"ד עירד ליצירתו של הליך כזה, מן הראוי לתמרץ את הגשתן ולו באמצעות פסיקת הוצאות. בשים לב למכלול הנתונים, תשלם המשיבה למועצה הוצאות ושכ"ט עו"ד בסך כולל 50,000 ש"ח".

וגם ת"צ 44751-03-10 בן סימון נ' הוט (פורסם בנבו, 22.7.15) בפסקה 69 לפסק הדין: "המועצה כאמור מבקשת כי יפסקו לטובתה הוצאות ושכר טרחה. המועצה אכן התייצבה בהליך לפני כארבע שנים, ומנעה אישור הסדר פשרה שלא היה ראוי לאשרו. המועצה אף נדרשה והגיבה להסדר הפשרה נושא הדיון עתה, והעירה הערותיה וכן התייחסה לחוות דעת הבודק. אין ספק כי פעילותה זו הייתה כרוכה בהשקעת זמן ומשאבים, ותרמה לדיון בהסדר הפשרה ולגיבושו הסופי. בהתחשב בהיקף תרומתה של המועצה להליך אני פוסקת לה הוצאות ושכר בסכום כולל של 75,000 ש"ח".

90. אשר על כן מבקשת המועצה כי בית המשפט הנכבד ידחה את הסכם הפשרה, ויפסוק הוצאות משפט לטובת המועצה, אשר פעלה בהליך זה למען חברי הקבוצה המיוצגת.


אביטל פריזמנט-בוטון, עו"ד


יעל כהן-שאואט, עו"ד
המועצה הישראלית לצרכנות


זאב ש. פרידמן, עו"ד