בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38352-01-23 כהן נ' אלגד פיצה בע"מ

לפני כבוד השופטת הדס עובדיה

המבקש	**עו"ד אסף כהן** **ע"י ב"כ עוה"ד עומר פיינטוך**
	נגד
משיבה	**אלגד פיצה בע"מ** **ע"י ב"כ עוה"ד רועי מסורי ואביחי טוויג**

פסק דין לאישור בקשת הסתלקות
לפי סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006

הצדדים הגישו בקשה מוסכמת להסתלקות מבקשה לאישור תובענה ייצוגית, בהתאם לסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן בהתאמה: "**בקשת ההסתלקות**", "**בקשת האישור**" ו-"**חוק תובענות ייצוגיות**").

בקשת האישור וטענות הצדדים בתמצית

1. עניינה של בקשת האישור בתמצית בטענת המבקש כי המשיבה הפרה את תנאי השימוש באתר האינטרנט המותאם לגלישה במכשירים ניידים (להלן: "**אתר הנייד**") ובאפליקציה שלה (להלן: "**תנאי השימוש**") ואת הדין, בכך שהחל מחודש ספטמבר 2021 החלה לגבות דמי משלוח, בניגוד לתנאי השימוש בהם מצוין כי אינה גובה דמי משלוח.

2. בנוסף טוען המבקש שהמשיבה לא הציגה ולמעשה הסתירה את דמי המשלוח באתר הנייד ובאפליקציה לאורך כל שלבי ההזמנה, והציגה אותם רק בעת התשלום בקופה.

בעשותה כן, הפרה את הוראות סעיפים 14ג, 17א-17ד לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**") וכן את הנחיות הממונה על הגנת הצרכן העוסקות בחובת הצגת

"מחיר כולל" על גבי מוצר, המחייבות עוסק להציג גם את דמי המשלוח הנלווים להזמנה, ואת סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן שעניינו איסור הטעיה.

3. <u>בתשובתה לבקשת האישור</u> טענה המשיבה כי בקשת האישור שגויה מבחינה משפטית ועובדתית. בניגוד לנטען המשיבה פרסמה את דבר הוספת דמי המשלוח באופן אקטיבי וברור, בחלק מהמקרים עוד לפני שכלל החלה לחייב בדמי משלוח, בפרסום שנעשה במספר פלטפורמות ובמספר אופנים, וזאת הן לפני והן במהלך ביצוע ההזמנה, ובכלל זאת: בהודעת דוא"ל שנשלחה בדיוור ישיר לתיבות הדוא"ל של כל הצרכנים מאושרי הדיוור המופיעים במערכות המשיבה; בהודעה ה"קופצת" במהלך תהליך ההזמנה, המחייבת את הצרכן לקרוא ולסגור אותה באופן אקטיבי לשם המשך ביצוע ההזמנה, אשר הוצגה במשך החודשיים הראשונים לאחר הוספת דמי המשלוח (להלן: "**ההודעה הקופצת**"), וב"מעברונים" ו"באנרים" המופיעים באפליקציה ובאתר הנייד.

4. המשיבה הבהירה כי היא אינה מציגה את דמי המשלוח רק בשלב התשלום בקופה, כטענת המבקש, וכי רכיב דמי המשלוח מתווסף לסל הקניות מיד לאחר שהצרכן בחר לבצע את הזמנתו באמצעות משלוח, ועוד לפני שהצרכן בוחר ולו מוצר אחד מהתפריט, לרבות באמצעות הוספת הספרה "1" המייצגת את רכיב דמי המשלוח, ועל גבי אייקון "סל הקניות" המופיע על המסך לאורך תהליך ההזמנה. הצרכן מיודע בדבר גביית דמי משלוח כבר בפתח ההזמנה ולאורך כל הדרך.

5. המשיבה טוענת בנוסף כי לא הפרה גם את חובת הצגת "המחיר הכולל" הקבועה בסעיף 17ב לחוק הגנת הצרכן, שכן חובה זו חלה על כל תשלום הנלווה לרכישה אשר לא "**ניתנת לצרכן אפשרות מעשית לוותר עליו במסגרת העסקה**".

בעניינו, כל צרכן המבקש להזמין ממוצריה יכול לוותר בקלות רבה על דמי המשלוח, וחלף זאת לקבל את המוצר באמצעות "איסוף עצמי" מהסניף ללא כל עלות נוספת, ובוודאי שללא תשלום דמי משלוח. בנסיבות אלה, נקבע בפסיקה כי החובה להצגת מחיר הכולל את דמי המשלוח בפתח ההזמנה אינה חלה, ולא הופרה על ידי המשיבה.

6. עוד טענה המשיבה, כי אף דין טענת המבקש כאילו גביית דמי המשלוח עולה כדי הפרת תנאי השימוש להידחות. זאת בין היתר מפני שתנאי השימוש עולים לכדי "חוזה יחס", כאשר בהתאם לפסיקה, עוסק רשאי לשנות באופן חד צדדי את הוראותיו של חוזה מסוג זה (הן במפורש והן בהתנהגות), ולמעשה להציע ללקוח הצעה חדשה אותה הוא רשאי לקבל או לדחות. כך נהגה המשיבה, כאשר הציגה במפורש את דמי המשלוח במהלך תהליך הרכישה, ואפשרה לכל צרכן שלא הסכים לשלם דמי משלוח לקבל את המוצר באיסוף עצמי, ללא תשלום דמי המשלוח ולכל הפחות לבטל כליל את ההזמנה ללא כל תשלום.

7. המשיבה טענה גם כי למבקש לא עומדת עילת תביעה אישית, בין היתר מכיוון שהמבקש נחשף ל"הודעה הקופצת" בה צוין במפורש כי הוא יחויב בדמי משלוח. על אף האמור המבקש השלים את ההזמנה וחויב בדמי משלוח כדין.

המבקש ביצע 8 הזמנות נוספות בהן חויב בדמי משלוח טרם הגשת בקשת האישור ואף לאחר הגשתה. לטענת המשיבה די בכך כדי להראות כי המבקש לא הוטעה, ואין לו עילת תביעה אישית.

8. המשיבה הודיעה כי לאחר הגשת בקשת האישור שינתה את נוסח תנאי השימוש באופן המאפשר לה לגבות דמי משלוח ("החברה רשאית לגבות דמי משלוח בנוסף למחיר המוצר ..."). בנסיבות אלה, נטען כי ממילא טענות המבקש בעניין זה מיצו את עצמן, ואין עוד תועלת בהמשך ניהולה של בקשת האישור בכלל, וביחס לטענות ההסכמיות בפרט.

9. <u>בתגובה לתשובה</u> טען המבקש כי דין טענות המשיבה בתשובה להידחות, ועמד על טענתו כי טענת המשיבה כאילו גביית דמי המשלוח הוצגה במפורש במהלך תהליך ההזמנה ולא רק בסופה שגויה וכי החובה להצגת מחיר כולל לרבות דמי משלוח חלה גם בנסיבות העניין, והופרה. כן טען המבקש, כי ניסיונות המשיבה להיבנות מהאופן שבו היא יידעה את הצרכנים בשינוי בגביית דמי משלוח אינו מספיק, בשים לב לכך שהמשיבה לא גבתה דמי משלוח במשך שנים רבות. עוד טען המבקש, כי יש לדחות את טענת המשיבה שתנאי השימוש עולים כדי

חוזה יחס, וכי מכל מקום העובדה כי לאחר הגשת בקשת האישור המשיבה שינתה את תנאי השימוש באופן שקובע כי היא רשאית לגבות דמי משלוח, היא הודאת בעל דין.

<u>עוללות ההליך</u>

10. ביום 1.2.2024 נערכה ישיבת קדם משפט בתובענה, בגדרה נשמעו טענות הצדדים ובמהלכה עמדתי על הקשיים שאני מוצאת בבקשת האישור, ובסיומה ניתנה החלטתי לפיה בשים לב לחולשות בקשת האישור, התבקשו הצדדים לבחון "אם יש דרך מינורית ומוסכמת לסיום המחלוקת בהסתלקות שתיקח בחשבון את הערותיי".

<u>הסכמות הצדדים</u>

11. הצדדים מציינים בבקשת ההסתלקות כי בהתאם לכך התנהל ביניהם שיח, וזאת בין היתר לאור העובדה שהמשיבה שינתה את תנאי השימוש באופן שלשיטת המבקש מיטיב עם הצרכנים והביא להפסקת הפרת תנאי השימוש על ידי המשיבה, לאור טענת המבקש כי השינוי בתנאי השימוש נעשה עקב בקשת האישור ובזכותה, ולאור העובדה שאין מחלוקת על כי השינוי בוצע לאחר הגשת בקשת האישור.

12. בנוסף ציינו הצדדים כי במהלך השיח ביניהם המשיבה טענה בפני המבקש כי במסגרת שינויים שתוכננו זה מכבר וללא קשר לבקשת האישור לטענתה, היא עתידה להשיק אתר אינטרנט ואפליקציה חדשים, הצפויים לכלול מספר שינויים בממשק המשתמש, בין היתר בעניין הצגת דמי המשלוח (ביחס לאופן שהופיעו בבקשת האישור), כך שבקשת האישור מיצתה עצמה גם באספקט זה.

13. לאור שינויים אלה, אשר הצדדים סבורים כי הם מיטיבים עם הצרכנים, ולאחר ששקל את מכלול השיקולים, ובכלל זה את הסיכויים והסיכונים בהליך, בין היתר בשים לב להערותיי בישיבת קדם המשפט, כמו גם את השינויים שבוצעו בתנאי השימוש, ואת האתר הנייד והאפליקציה החדשים אשר המשיבה דאגה מצידה לזרז את העלאתם לאוויר, גם בשים לב

לטענות המבקש בבקשת האישור, הגיע המבקש למסקנה כי אין הצדקה להמשך ניהול ההליך, והתגבש בין הצדדים הסדר זה להסתלקות מתוגמלת מבקשת האישור שאלו עיקריו:

<u>גמול ושכר טרחה</u>

14. נוכח טרחת המבקש ובא כוחו בקשר עם הגשת בקשת האישור, והתועלת לחברי הקבוצה אשר הושגה לאחר הגשתה, לרבות שינוי תנאי השימוש, וכן לאור ניהול המשא ומתן שהביא להסכמות שפורטו לעיל, ובשים לב לחיסכון בהוצאות הכרוכות בניהול ההליך, הסכימו הצדדים לבקש מבית המשפט לאשר שיפוי המבקש על-ידי המשיבה בגין תשלום החלק הראשון של אגרת פתיחת תיק שהמבקש שילם בסך 5,959 ₪, וכן תשלם גמול ושכ"ט בשיעור כולל בסך 65,000 ₪ (בתוספת מע"מ לפי דין) שיחולקו באופן הבא: 20,000 ₪ (בתוספת מע"מ - בכפוף להצגת קבלה וחשבונית מס) כגמול למבקש; ו- 45,000 ₪ (בתוספת מע"מ - בכפוף להצגת קבלה וחשבונית מס) לב"כ המבקש; וזאת בתוך 30 ימים מיום מתן תוקף של פסק דין להסדר הסתלקות זה.

15. המבקש הודיע כי הוא מוותר בזאת ויתור סופי ומוחלט על כל טענותיו בתביעתו האישית נגד המשיבה, ומסכים כי בית המשפט ידחה את תביעתו האישית, וכן יורה על מחיקת בקשת האישור בהליך שבכותרת. המבקש וב"כ ו/או מי מטעמם מתחייבים שלא להגיש ו/או להיות שותפים ו/או לנקוט, במישרין ו/או בעקיפין, נגד המשיבה ו/או גורם הקשור אליה ו/או מי מטעמה בכל הליך הקשור במישרין ו/או בעקיפין לטענות שנטענו ו/או לנושאים שנזכרו בבקשת האישור (וזאת גם ביחס לאתר ולאפליקציה החדשים של המשיבה) לרבות אך לא רק, כל התכתובות שהוחלפו במסגרת הליך זה, וכן כי לא יהיו מעורבים במישרין ו/או בעקיפין בכל דרך שהיא בהגשת הליך כאמור על ידי כל גורם אחר.

16. בנסיבות שפורטו לעיל, הצדדים סבורים כי מקרה זה תואם את הפסיקה בעניין הסתלקות מתוגמלת, וכי מכול מקום אין עוד תועלת בהמשך ניהול הליך משפטי בבקשת אישור זו ואין מקום לתת הוראות בהתאם לסעיף 16(ד) לחוק לרבות בדבר איתור מבקש חלופי, פרסום

דבר ההסתלקות או משלוח הודעות) או בהתאם לתקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

<u>פטור מתשלום החלק השני של האגרה</u>

17. מבוקש לפטור את המבקש מתשלום חלקה השני של אגרת בית המשפט, בין היתר לאור העובדה כי בקשת ההסתלקות מוגשת לאחר דיון מקדמי אחד, בהתאם להמלצת בית המשפט, בטרם התקיים דיון הוכחות בשלב בקשת האישור, וממילא בטרם אושרה התובענה כייצוגית, וכן לנוכח התועלת שהושגה לציבור במסגרת הסדר ההסתלקות, השלב המוקדם של ההסדר שהושג, והכל תוך חיסכון בזמן שיפוטי יקר של בית משפט זה.

בעניין זה הצדדים מפנים לת"צ 71309-12-20 **וסרמן נ' בנק הפועלים** (23.1.2024), בו פטר בית המשפט את הצדדים מתשלום חלקה השני של האגרה, כאשר קיבלו את המלצתו לאחר הדיון המקדמי והופנו לגישור שסיים את ההליך.

18. המבקש ובא כוחו הצהירו כי לא קיבלו ולא יקבלו מהמשיבה ו/או מי מטעמה כל טובת הנאה בקשר עם בקשת האישור ו/או התביעה, מעבר למוצע לעיל. תצהירים מטעם המבקש ובא"כ, בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, ותקנה 11(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, צורפו לבקשת ההסתלקות.

<u>הבהרה מטעם הצדדים לסיום</u>

19. הובהר על ידי הצדדים כי ככל שבית המשפט הנכבד יורה על שינויים מסוימים בהסדר זה הצדדים שומרים על זכותם לדון מחדש בתנאיו, לרבות האפשרות לבטלו, וזאת מבלי שהסדר זה ישמש כהודאה ו/או בחבות מצד מי מהצדדים.

<u>אישור בקשת ההסתלקות</u>

20. מצאתי כי בנסיבות העניין כמפורט לעיל, יש לקבל את בקשת ההסתלקות, לפיכך הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד המשיבה נמחקת, ותביעתו האישית של המבקש כנגד המשיבה נדחית.

21. לא ראיתי לנכון לתת הוראות לפי סעיף 16(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות וסעיף 11 (ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

<u>גמול ושכר טרחה</u>

22. בשים לב לקבוע בסעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לתועלת שראיתי לנכון לייחס להגשת בקשת האישור הצופה פני עתיד בלבד; בשים לב לכך שלאחר, ואניח כי גם עקב הגשת בקשת האישור בוצע תיקון על-ידי המשיבה בתנאי השימוש, ובוצעו שינויים באתר האינטרנט ובאפליקציה בממשק המשתמש בעניין הצגת דמי המשלוח; ועל רקע הסיכויים והסיכונים שבהמשך ניהול ההליך מבחינת חברי הקבוצה שמבוקש לייצגם; ראיתי לנכון לא בלי היסוס לאשר בקירוב את המלצת הצדדים לפסיקת גמול ושכר טרחה, הגם שהם על הצד הגבוה ואינם בבחינת הדרך המינורית אליה התכוונתי בהמלצתי לצדדדים בישיבת קדם המשפט, וזאת בשינוי שלפיו המע"מ ייכלל בסכומים שהוסכמו ולא יתווסף עליהם, באופן המפחית את הסכומים שהוסכמו. ראו והשוו לתיקונים המוצעים לסעיף 23 לחוק בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024.

23. לעניין הסיכויים והסיכונים שבהמשך ניהול ההליך אני נאלצת להעיר בזיקה להפחתת הסכומים שהוסכמו בגין גמול ושכר טרחה, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי למשיבה טענות הגנה משמעותיות ביחס לכוונותיה ומאמציה המשמעותיים והיעילים להביא לידיעת הלקוחות את השינוי בגביית דמי משלוח, בפרסומים, בהודעות דוא"ל, ובמהלך תהליך ההזמנה לפני תחילת החיוב דמי משלוח ובעת שהחלה גבייתו, ב"מעברונים" ו"באנרים" המופיעים באפליקציה ובאתר הנייד. לפי הנטען והראיות לכאורה המשיבה לא הציגה את דבר החיוב דמי המשלוח רק בשלב התשלום בקופה, אלא מיד לאחר שהלקוח בחר לבצע את הזמנתו באמצעות משלוח, ולפני שבחר את בחירתו מהתפריט, כך שהלקוח מיודע לגבי השינוי וגביית דמי המשלוח בהזמנתו. כך לכאורה גם המבקש אשר ספק אם בנסיבות העניין הוא בעל עילה אישית. נפלה טעות כמסתמן באי תיקון ההוראה בתנאי השימוש של המשיבה, שתוקנה במהירות על-ידי המשיבה, לאחר, ואניח שעקב הגשת בקשת האישור.

במאמר מוסגר ומבלי לקבוע מסמרות בדבר אעיר כי ספק אם לקוח המשיבה המזמין ממנה משלוח של פיצה עתירת קלוריות ו"מנחמת" מבלי לקום מהספה מעיין לפני ביצוע ההזמנה המשמחת והגחמנית בתנאי השימוש.

<u>אגרת בית משפט</u>

24. הצדדים הסכימו שהמשיבה תשפה את המבקשת בגין תשלום החלק הראשון של האגרה. המבקש עותר לפטור אותו מתשלום חלקה השני של האגרה. סבורתני כי בנסיבות העניין אין הצדקה לכך שהצדדים יסכימו על העברת תמורות נכבדות מהמשיבה למבקש וב"כ, ויבקשו להוסיף עליהן את תרומת המדינה בדמות פטור מתשלום החלק השני של האגרה ולהאמירן למימדים שלא ניתן לקבלם. הבקשה לפטור את המבקש מתשלום החלק השני של האגרה לפיכך אינה מתקבלת.

<u>הליך ייצוגי זה מיצה עצמו באישור בקשת ההסתלקות</u>

25. הצדדים הבהירו כי ככל שבית המשפט יורה על "שינויים מסוימים" בהסדר זה הם שומרים על זכותם לדון מחדש בתנאיו, לרבות האפשרות לבטלו, וזאת מבלי שהסדר זה ישמש כהודאה ו/או בחבות מצד מי מהם.

ניתן לשער כי "השינויים המסוימים" בהם מדובר נוגעים לשיעור הגמול ושכר הטרחה שייפסקו, שכן מעבר להמלצות הצדדים בעניין זה, שממילא אינן מחייבות את בית המשפט, לא כולל ההסדר כל הסכמה. השינויים שבוצעו לאחר הגשת בקשת האישור בתנאי השימוש והשינויים באתר האינטרנט ובאפליקציה בממשק המשתמש בעניין הצגת דמי המשלוח, נעשו באופן חד צדדי על-ידי המשיבה, ואניח כי באופן תגובתי להגשת בקשת האישור ועקב הגשתה. אעיר בנוסף כי לא הושגו הסכמות בין הצדדים, ואף איני סבורה כי בקשת האישור הצדיקה מתן פיצוי בדרך כלשהי לעבר, לאור עילות התביעה, עובדותיה, נסיבותיה, וחולשותיה. שיעורי הגמול ושכר הטרחה צריכים להתאים למצב דברים זה, ומצאתי כי הצדדים הכבירו בהם.

בהקשר זה אעיר כי אין לצדדים פררוגטיבה לנהל הליך שהפך להיות עקר ומיותר לאחר שעילתו מוצתה. ראו והשוו בשים לב לנסיבות אותו עניין: ע"א 8383/23 **פיינטוך נ' ישרוטל בע"מ** (5.2.2024) דברי כב' השופט גרוסקופף:

> **"במצב דברים זה, ובהינתן הסכמת המשיבה לפסיקת פיצוי בהיקף הולם לטובת הציבור שיועבר לקרן ולפסיקת שכר טרחה וגמול בשיעורים המשקפים את תרומת התובענה להגשמת תכליות החוק, מן הראוי שלא להוסיף ולנהל הליך ייצוגי שמיצה את עצמו, אלא מוטב לסיימו. כך, גם ביוזמת בית המשפט, ואף אם הצדדים לא השכילו להגיע להסדר הסתלקות או להסדר פשרה אשר הביא את ההליך לסיומו".**

<u>התוצאה</u>

26. לאור כל האמור לעיל, בקשת ההסתלקות מתקבלת ותביעתו האישית של המבקש כנגד המשיבה נדחית.

27. המזכירות מתבקשת לסגור את התיק.

ניתן היום, י"ח תמוז תשפ"ד, 24 יולי 2024, בהעדר הצדדים.



הדס עובדיה, שופטת