

בעניין:

איתי ארליכמן ת.ז. 08-9393100

להלן: "המבקש"

ע"י ב"כ גלעד מרקמן /או ליאור טומשין /או
בונו דרנס /או שרון עומסי /או בנימין פרלמן
/או יעל טומשין /או גיא דינטוביץ /או ניר
גנאיניסקי /או אורי צור /או גיל גאנוניאן /או
אופיר צוברי /או מיכאל לנג /או עמוס כהן /או
דוד שוורצבאום /או אייל יקר /או איתי קורש
/או רותם עידן /או אסף עוזירי /או תומר דור
/או גיא ברק /או אלירן וקנין /או אורטל יונה
/או חן לוי.

ממרכז רורברג, אגף איינשטיין, קומה ה', רח'
פקריס 3 (פארק ת.מ.ר), רחובות.
טל': 08-9393100, פקס': 08-9393101

- נגד -

מילגם חניה סלולארית בע"מ - 514020015
מילגם שירותים לעיר בע"מ - 510982325
שתיהן מרח' מוטה גור 7 פתח-תקווה

להלן: "המשיבה"

מהות התביעה: תביעה ייצוגית כספית, והצהרתית. עלה חוזית, נזיקית ועשית עושר ולא
במשפט.

סכום התביעה של המבקש: 26.4 ש"ח

סכום התביעה לקבוצה: 7,000,000 ש"ח (הערכה)

בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות כדלקמן:

(1) לאשר את התובענה המצורפת ומסומנת כנספח 1 (להלן: "התובענה" /או "התביעה"),
כתובענה ייצוגית מכוח חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות
ייצוגיות").

(2) לקבוע בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות כי הקבוצה בשמה מוגשת
התובענה הייצוגית תוגדר על ידי הקבוצה, כדלקמן:

"כל אדם אשר שילם למשיבה עמלה תמורת תשלום אגרת חניה

באמצעות משלוח SMS או שימוש באפליקציה של המשיבה עד

להפסקת גביית העמלה בפועל או אישור התובענה כייצוגית, לפי

המוקדם"

לחילופין, יתבקש כב' בית המשפט לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה.

(3) לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקש יהיה התובע הייצוגי
וכי באי כוחו, משרד מרקמן את טומשין, יהיו בא-הכוח המייצג.

- (4) לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות כי הסעדים המבוקשים הינם להורות למשיבה:
- (א) להשיב לחברי הקבוצה את הסכומים אשר נגבו מהם בניגוד לדין.
- (ב) להורות על ביטול תניות מקפחות בחוזה האחיד של המשיבה עם לקוחותיה.
- (ג) לחדול מגביית עמלה תמורת הפעלה או סיום של תשלום אגרת חניה באמצעות SMS, אפליקציה או אתר מותאם לסלולר.
- (ד) להמציא את מלוא המסמכים והנתונים הנוגעים להיקף הגביה האסורה, לשם חישוב הפיצוי לחברי הקבוצה ולשם ביצוע ההשבה.
- (5) לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה המיוצגת, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות.
- (6) לפסוק למבקש גמול מיוחד וכן לפסוק לבא כוח המבקש שכר טרחה כאחוז מסוים מסך הפיצוי שיפסק לחברי הקבוצה על הטרחה והסיכון שנטלו על עצמם בהגשה ובניהול התובענה. זאת, בהתחשב בין היתר, באמות המידה אשר נקבעו ברע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, ניתן ביום 23.5.2012).
- (7) להורות על פרסום ההחלטה על אישור התובענה כייצוגית ונוסחה, וכן ליתן הוראה כי המשיבה תישא בהוצאות הפרסום הנ"ל.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. תמצית הבקשה

- (8) המשיבה מספקת שירותי תשלום אגרת חניה, מכח "הסדר חניה ארצי" המופעל בהתאם לסעיף 70 לפקודת התעבורה.
- (9) שירותים אלה מסופקים על ידי המשיבה, לאחר שזכתה במכרז של החברה למשק וכלכלה של מרכז השלטון המקומי, בשנת 2007. במסגרת יישום החוזה, מקבלת המשיבה אחוז מסוים מהסכומים הנגבים על ידה תמורת אגרת חניה, על חשבון הרשויות המקומיות.
- (10) אלא, שבניגוד להתחייבויותיה במכרז, ועל אף התעריף המרבי הקבוע בדין לאגרת חניה, גובה המשיבה עמלה נוספת מלקוחות שלה אשר עושים שימוש בהודעות SMS ובאפליקציה שלה (בגובה 50 ו-40 אג' בהתאמה, לכל הפעלת חניה).
- (11) התנהלותה הפסולה של המשיבה מקנה לה הכנסות ניכרות, להם היא אינה זכאית על פי דין. בשל כך מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי לחברי הקבוצה עומדות עילה של עשיית עושר ולא במשפט ועילה נזיקית מכח סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן.
- (12) בנוסף מתבקש כב' בית המשפט לקבוע כי לחברי הקבוצה עילות חוזיות שעניינן תניה מקפחת בחוזה אחיד בחוזה שלהם עם לקוחותיה, וכי יש לראות בחוזה אותו חתמה במסגרת המכרז כחוזה לטובת צד שלישי (הלקוחות) וכי יש לאכוף על המשיבה את התחייבויותיה בחוזה עם מרכז השלטון המקומי.

- (13) לנוכח האמור, מתבקש בית המשפט לאסור על המשך התנהלותה הפסולה של המשיבה, וכן להורות על השבת הסכומים שנגבו שלא כדין מהקבוצה בשמה מוגשת הבקשה דין. והכל כמפורט להלן.

ב. הצדדים

- (14) המבקש הינו אדם מן היישוב, לקוח פרטי של המשיבה מאז חודש יולי 2014.
- (15) במסגרת המנוי של המבקש, נעשה שימוש באפליקציית פנגו לשם תשלום אגרת חניה ברשויות מקומיות.
- (16) כפי שיפורט להלן, המבקש נדרש לשלם למשיבה, סך של 26.4 ₪ כעמלות תמורת תשלום אגרת החניה.
- (17) המשיבה 1 - חברת מילגם שירותים לעיר בע"מ - הינה חברה פרטית אשר זכתה במכרז פומבי תס/2007/16 של החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ שעניינו "הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי"
- (18) המשיבה 2 - מילגם חניה סלולארית בע"מ - הינה חברה פרטית, בשליטת המשיבה 1, אשר מפעילה את שירותי הפעלת החניה עבור המשיבה 1 (שירות אשר זכה לשם המסחרי "פנגו") לשם מימוש החוזה ממכרז "הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי".
- (19) לאור הקרבה המשפטית בין שתי המשיבות, כמו גם הפער בין זהות החברה אשר זכתה במכרז (וחתומה על החוזה מול מרכז השלטון המקומי) לבין זהות חברת הבת אשר מספקת את השירות בפועל מטעם חברת האם, בנוסף להתחייבויות החברות בהתאם למכרז, מוגשת התביעה והבקשה נגד שתי המשיבות כאחת.

~~מצ"ב דו"ח רשם החברות בעניין של המשיבות - מסומן 2~~

~~מצ"ב תפיסת מסך מאתר המשיבה - מסומן 3~~

ג. הרקע העובדתי

- (1) אגרת חניה
- (20) הדין מקנה לרשויות מקומיות סמכות לגבות אגרת חניה, בגין העמדת רכב במקומות אשר נקבעו על ידי הרשות. בארץ ישנן כ-48 רשויות מקומיות הגובות אגרת חניה בתחומן, כאשר שיעור האגרה נקבע בחוק עזר עירוני, והוא משתנה מרשות לרשות - אך כפוף לתעריף מרבי.
- (21) ההסמכה להתקין חוקי עזר בתחום זה קבועה בפקודת העיריות, בפקודת המועצות המקומיות, ובסעיף 77 לפקודת התעבורה, הקובע:
- "77. (א) מועצה של עיריה או של מועצה מקומית רשאית, בהסכמת שר הפנים ושר התחבורה, להתקין חוקי עזר בדבר -
- ...

(2) הסדר כלי רכב העומדים בתוך תחומי העיריה או

המועצה המקומית, בדרך איסור או בדרך אחרת, ובלבד שלא תתנה חנייה בתשלום, אלא אם כן אבני השפה בדרך סומנו לסירוגין בצבע כחול; השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע חובת סימון כאמור או באופן אחר בשול דרך אף אם אין בה אבני שפה, ונסיבות למתן פטור מחובת הסימון בדרך, בתנאים או בלא תנאים, ובלבד שיינקטו אמצעים כדי להבטיח את ידיעתם של הנהגים ברכב על קיומה של חובת התשלום בדרך;

(22) גביית אגרת החנייה נעשית בהתאם לחוק עזר עירוני, אשר כפוף לאישור משרד הפנים.

מצ"ב חוק המנהל הכללי 4/2011 "חוק עזר מומלץ להעמדת רכב וחנייתו" מסומן

4

מצ"ב חוק עזר מומלץ להעמדת רכב וחנייתו (של משרד הפנים) – מסומן 5

(2) תשלום אגרת חנייה בהסדר ארצי

(23) בעבר, נהוג היה לשלם את אגרת החנייה באמצעות כרטיסי נייר אשר נקנו מראש, כאשר

נהגים נדרשו להחזיק כרטיסי נייר אשר הונפקו על ידי כל רשות ורשות.

(24) בשנת 1993 נחקק תיקון לפקודת התעבורה, במסגרתו הוסף סעיף 70ב, אשר חייב ואפשר

לרשויות המקומיות להפעיל הסדר חנייה ארצי.

70ב. (א) החנייה בתשלום בדרך עירונית תהיה על פי הסדר חנייה הנהוג בתחומי הרשות המקומית בה מצויה אותה דרך או על פי הסדר חנייה ארצי אחיד, על פי בחירתו של נהג הרכב.

(ב) בסעיף זה, "הסדר חנייה ארצי אחיד" – כרטיס חנייה ארצי מטעם המרכז לשלטון מקומי או כל הסדר אחר שיבוא מטעמו במקומו.

(ג) שר הפנים ושר התחבורה יקבעו, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, את המחיר המרבי עבור החנייה על-פי הסדר החנייה הארצי האחיד.

(25) הרעיון היסודי אשר עמד ביסוד הסעיף היה לאפשר שימוש בכרטיסי החנייה בכל רשות

בה קיימת חנייה מוסדרת, כפי שמפורט בדברי ההסבר אשר פורסמו בהיח תשנ"ג מס' 2203 עמ' 348 :

"מוצע לקבוע בחוק כי כרטיס החנייה הארצי המופק כיום על ידי החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי יהיה תקף בכל הרשויות המקומיות שבהן קיימת חנייה מוסדרת. כן מוצע שהחוק יחול גם על הסדר אחר שייקבע כגון מכשיר אלקטרוני."

(26) מאז, חלו התפתחויות טכנולוגיות רבות, כך שכיום תשלום אגרת חנייה נעשה גם

באמצעות מדחנים המוצבים בצמוד לכל מקום חנייה, באמצעות עמדות בהן ניתן לשלם

ולחפיק כרטיסי חנייה, באמצעות מכשיר הקרוי "איזיפארק" ועוד.

(27) חשוב לציין כי אגרת החניה הינה זהה, ללא קשר לאמצעי בו נעשה שימוש לשם תשלום האגרה, וללא אבחנה בין הסדר החניה הארצי להסדר החניה המקומי. נהג הרכב ישלם אותה אגרה בתחומי רשות מקומית בין אם עשה שימוש בכרטיס חניה, מדחן או מכשיר "איזיפארק" או תשלום באמצעות המשיבה.

מצ"ב חוקי העזר של הרשויות הגובות אגרת חניה – מסומנים 6

ג) המכרז מטעם מרכז השלטון המקומי

(28) בשנת 2007 פרסמה החברה למשק וכלכלה של המרכז לשלטון מקומי (להלן: המשכ"ל) מכרז להפעלת "הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי" (להלן: המכרז).

מצ"ב מכרז מס' 16/2007 מסומן 7

(29) מטרת השירות מפורטת באתר של משכ"ל:

"הרישום למערכת חניס ועלות שעת חניה זהה לתעריף המקומי של כל רשות. שירות החניה החדשני באמצעות הטלפון הנייד הינו חלק מחזון החדשנות של החברה למשק וכלכלה ומשתלב עם רצונה של החברה בשיפור מתמיד של השירות שמעניקים הרשויות המקומיות ברחבי המדינה לתושביהן.

השירות מתווסף להסדרי החניה הארציים האחידים, אשר מתקיימים מתחילת שנות התשעים באמצעות כרטיס חנייה ארצי מנייר ומתחילת שנות האלפיים, באמצעות כרטיס חניה ארצי אלקטרוני, האיזי פארק".

מצ"ב צילום מסך מסומן 8

(30) מסמכי המכרז מלמדים כי מטרתו היתה לבחור ספק אשר יפעיל מערכת טכנולוגית לגביית אגרת חניה באמצעות שיחות טלפון, SMS, אתר אינטרנט ואפליקציה ייעודית.

(31) המכרז קבע כי הזוכה יפעיל את המערכת הממוחשבת אשר תאפשר את תשלום האגרה, ואת עבודת פקחי החניה, לרבות כל התשתית הנלווית לכך, בתמורה לעמלה מתוך אגרת החניה המשולמת באמצעותה.

(32) המכרז פירט בפירוט רב את הדרישות מהספק הזוכה, הן מבחינה טכנולוגית, והן מבחינה כספית.

(33) יוער כי חרף העמלה המשולמת לזוכה במכרז מתוך אגרת החניה הנגבית, הרשויות המקומיות נהנות אף הן מהסדר החניה באמצעי זה, הן מכיוון שנוחות התשלום מעודדת נהגים לשלם עבור החניה ולא לנסות את מזלם לחנות ללא תשלום, והן מכיוון שאמצעי התשלום האחרים לאגרת החניה – כדוגמת מדחנים, דורשים מהרשויות עלויות תפעול משמעותיות.

34) המכרז אף כלל אפשרות לפיה הזוכה במכרז יספק שירותים נוספים, כדוגמת התרעה על סיום זמן החניה (כך שהמנוי יזכור להאריך את משך החניה או לשוב לרכבו), שירות המתריע בפני המנוי על כך שהרכב "זז" מהמקום בה הוחנה, לשם סיום החניה, ומניעת תשלום ביתר ועוד. שירותים אלה כפופים לאישור משכ"ל, ונקבע כי על הזוכה לגבות את התשלום בגין שירותים אלה בנפרד לגמרי מהתשלום בגין אגרת החניה. מובן כי שירותים נוספים אלה יכולים לשמש מקור רווח נוסף לזוכה במכרז. יוער כי שירותים נוספים אלה עמדו לדין בת"צ 17215-01-12 ו-48390-09-12 (אשר הסתיימו בהסדר פשרה), אך אין חפיפה כלשהי בין הטענות דשם לעילת התביעה דנן.

לשם השוואה מצ"ב פתבי הטענות שהוגשו באותם הליכים המפורסמים לעיון בנט המשפט על גבי תקליטה

4ג) המבנה הכספי של המכרז

35) מבנה המכרז הינו כזה שהמשיבה התחייבה להקים ולהפעיל "מערכת" לתשלום אגרת חניה עבור ציבור הנהגים המבקשים לחנות ב"כחול לבן".

36) התמורה למשיבה, עבור הפעלת כל השירותים המפורטים במכרז, נקבעה במסמך "הצעת מתירים" בו נקבע כי המשיבה זכאית לעמלה של 8% מאגרת דמי החניה הנגבים.

37) בין יתר התנאים להם התחייבה המשיבה היא הצהירה כי:

"1. המחירים המוצעים על ידינו כוללים ביצוע מלא ומזויק של כל התחייבויותינו על פי מסמכי המכרז, לרבות נשיאה בכל הוצאות הקמת המערכת, הפעלתה ואחזקתה, על כל הכרוך בכך ללא כל יוצא מן הכלל, אלא אם נקבע אחרת ובמפורש במסמכי המכרז."
(עמ' 13 למסמכי המכרז)

38) התחייבות דומה מופיעה אף במסמך שכותרתו "הצהרת המשתתף במכרז פומבי מס' חס/2007/16":

"1. אנו מצהירים בזאת כי הבנו את כל האמור במסמכי המכרז והגשנו את הצעתנו בהתאם, כי אנו מסכימים לכל האמור במסמכי המכרז וכי לא נציג כל תביעות או דרישות המבוססות על אי ידיעה ו/או אי הבנה ואנו מוותרים בזאת מראש על טענות כאמור.

...

2. אנו מצהירים כי אנו עומדים בכל התנאים הנדרשים מהמשתתפים במכרז, כי הצעתנו זו עונה על כל הדרישות שבמסמכי המכרז וכי אנו מקבלים על עצמנו לבצע את האספקה של שירותי תשלום דמי חניה באמצעות טלפון סלולארי, בהתאם לתנאים ש[ב]מסמכי המכרז."

39) יצוין כי המכרז קבע שלוכיין תהיה זכות למכור למנויים "שירותים נוספים" בתשלום נפרד.

- (א) הגדרת השירותים הנוספים נקבעה בסעיף ההגדרות (סי' 1.3, עמ' 15):
 "השירותים הנוספים" – שירותים נוספים מעבר לשימושים שנקבעו בחוזה זה למערכת, אשר יאושרו על ידי החברה, מראש ובכתב, להכנסתם לשימוש כגון: משלוח S.M.S או שיחה טלפונית כהתרעה על סיום זמן חניה, GPS, תשלומים לשירותים נוספים (תדלוק, חניונים סגורים, ניקוי רכב וכדומה), שירותי פרסום שונים והפניה לשירותים בסביבה הקרובה וכיו"ב שירותים אחרים.
- (ב) במספר מקומות במכרז, ובין היתר בסעיפים 7.2, 22.1-22.3 למכרז, נקבע כי:
 "רישום החיובים בכרטיס האשראי ייעשה בשתי שורות נפרדות – דמי חניה בשורה נפרדת ודמי מגוי ושירותים נוספים בשורה נפרדת."

5ג) התחייבויות המשיבה לאספקת שירותי תשלום אגרת חניה

- (40) במכרז פורטו התחייבויות המשיבה לעניין השירותים שעליה לספק למנויים. בין היתר, נקבעה החובה לאפשר הפעלה, הארכה וסיום חניה בארבעה ממשקים: שיחת טלפון, הודעת SMS, אתר אינטרנט ואתר/אפליקציה סלולרית Wireless Application Protocol (ובקיצור WAP)
- (41) סעיף 2 למפרט של המערכת (אשר מופיע כנספח א' לחוזה במכרז ומהווה חלק בלתי נפרד מהתחייבויות המשיבה) קובע:
- 2.2" המערכת תאפשר ממשק לנהג חונה באמצעות:
- 2.2.1 שיחת טלפון או טלפון סלולארי להפעלה, הארכה והפסקת חניה.
- 2.2.2 הודעת SMS להפעלה, הארכה והפסקת חניה. ינתן חייווי ב-SMS חוזר לקליטת ההודעה במערכת. החייווי יכלול את שם הרשות, אזור, זמן חנייה מרבי ותעריף שעת חניה.
- 2.2.3 אתר אינטרנט להפעלה, הארכה והפסקת חניה.
- 2.2.4 אתר WAP להפעלה, הארכה והפסקת חניה. "

בסמוך, פורטה במפרט האפשרות לספק שירותים נוספים בתשלום:

2.2.5" קבלת הודעות SMS, כגון, קבלת התראה מספר דקות לפני סיום זמן החניה שנקבע על ידי הנהג או על ידי הרשות. השירות יינתן תמורת תשלום על ידי המשתמש."

- (42) כך גם בסעיף 5.1 למפרט:
- "תהליך הפעלה, הארכה והפסקת חניה יכול להתבצע באמצעות טלפון סלולארי, טלפון, SMS, אתר אינטרנט, ו-WAP"

(43) לעניין שירות ה-WAP, מובהר כי מדובר באפליקציה אשר תאפשר "החנייה" של כלי רכב בדומה לתהליך המתבצע באתר האינטרנט.

(א) סעיף ההגדרות מגדיר את המונח WAP :

"WAP (Wireless Application protocol) - דפדפן המאפשר למכשירים ניידים, בכללם טלפונים סלולאריים לגלוש באינטרנט"

(ב) ואילו סעיף 5.5 למפרט קובע את חובתו של הספק (המשיבה) לפתח יישום לשם ביצוע פעולות בטלפון הסלולארי :

"הספק יפתח יישום WAP שאותו יוכלו המשתמשים להוריד ולבצע פעולות חניה עבור רכב ברירת המחדל ואפשרות להחניה כלי רכב אחרים בדומה לתהליך המתבצע באתר האינטרנט"

(ג) שירות ה-WAP אף מתואר בשרטוט של מבנה הרשת המופיע בסעיף 19 למפרט.

(ד) אף סעיף 31.7.2 מפרט את הדרישות שעניינן שירות ה-WAP :

"הספק יפעיל אתר WAP לצורך גישה מטלפונים סלולאריים. האתר יאפשר הפעלת חניה, הארכת חניה והפסקת חניה על ידי מנוי. הגישה לממשק זה תתבצע באמצעות כל טלפון התומך ביכולת זו. הזדהות תתבצע באמצעות מספר הטלפון ממנו מתקשר המנוי או באמצעות הקשת מספר רכב וקוד מזהה. המערכת תשמור את מספר הרכב האחרון שהוקלד מאותו טלפון אולם תאפשר למנוי להחליט באם לשמור גם את הקוד המזהה"

(44) הנה כי כן, המשיבה התחייבה לאפשר למנויים/נהגים להפעיל, להאריך ולהפסיק את התשלום בגין חניה באמצעות שיחת טלפון, הודעת SMS, אתר אינטרנט ואתר/אפליקציה המיועד לטלפון סלולארי (כשמו של המכרז) אותה היא התחייבה לפתח. התמורה למשיבה נקבעה כעמלה לה היא זכאית, מתוך דמי אגרת החניה הנגבים על ידה – ותמורה זו בלבד.

(61) **התנהלות המשיבה בפועל – גביית עמלה נוספת בניגוד למכרז**

(45) בניגוד להתחייבויות של המשיבה במכרז, היא נוהגת לגבות תשלום של 50 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות SMS; כמו כן, בניגוד להתחייבויות המשיבה במכרז היא נוהגת לגבות תשלום של 40 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות האפליקציה שלה.

(46) יודגש כי אין למשיבה אתר מותאם לטלפון אשר ניתן לשלם באמצעותו דמי חניה.

(47) נכון להיום מפעילה המשיבה אפליקציה אחת בלבד, הקרויה "פנגו+". האפליקציה מוצעת למנויים העושים שימוש בטלפונים חכמים של חברת "אפל" החל מאמצע שנת 2011, ולמכשירי אנדרואיד משלהי שנת 2011. המשיבה גובה תשלום בגין השימוש באפליקציה – לשם הפעלת חניה, החל מסוף שנת 2011 (לפי הצהרת המשיבה בת"צ 3311-07-12, שם עלתה טענה אחרת לעניין התנהלות המשיבה - הגביה התלה ביום 26/12/11).

מצ"ב תצלומי מסך של האפליקציה – מסומנים 9

(48) אין חולק כי השימוש באפליקציה נח בהרבה מתשלום באמצעות שיחה טלפונית, בייחוד כאשר מדובר במנוי אשר לו מספר כלי רכב וכן למנוי המבקש להחנות את רכבו בעיר שונה מברירת המחזל שלו. לנוכח המחיר אותו גובה המשיבה, ככל הנראה כמעט ולא נעשה שימוש באפשרות להפעלת החניה באמצעות SMS, על אף שלשיטה זו יתרונות מהותיים מבחינת המנוי.

(49) אין גם חולק כי המשיבה מציינת במפורש את הסכומים שהיא גובה תמורת השימוש באמצעים טכנולוגיים אלה. הדברים אף מפורטים על ידה בחוזה ההתקשרות:

6.1.4. למען הסר ספק החברה תהא רשאית לגבות עמלות בגין הפעלת שירותי תשלום אגרת החניה באמצעות פלטפורמה כלשהי מפלטפורמות החברה, למעט הפעלת חניה באמצעות חיוג למוקד *4500 ובאמצעות אתר האינטרנט, וככל שתבקש לעשות זאת תפרסם החברה את גובה העמלה באתר האינטרנט.

עמלה כאמור תהיה בכפוף להחלטת החברה ותעודכן מעת לעת בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי של החברה והיא מצטרפת לדמי החניה.

6.3.5. החיוב בגין שירותי החברה הבסיסיים והשירותים הנוספים והתשלום בגינם יעשה בנפרד מן החיוב והתשלום בגין שירותי תשלום אגרת החניה.

מצ"ב מסמך תנאי השימוש של המשיבה עם מנויה – מסומן 10

(50) המשיבה מפרסמת את עלות הפעלת שירותי החניה באתר האינטרנט שלה:

הפעלת חניה ניתן לבצע במספר דרכים:

- באמצעות אפליקציית האייפון והאנדרואיד.
(עלות הפעלה 40 אג', הארכה וסיום ללא עלות נוספת)
- בחיוג ל- *4500 ממכשיר הנייד, וביצוע פעולות בהתאם להנחיות המענה הקולי.
שימו לב! בסוף התהליך יש לאשר את החניה ע"י לחיצה על מקש 1.
(עלות זמן אוויר, בהתאם לחסכם עם חברת הסלולר)
- באופן מקוון, באתר האינטרנט, באמצעות כניסה לחשבונכם
(הפעלת החניה דרך האתר ללא עלות).
- שליחת SMS ממכשיר הנייד למספר 4500.
(עלות שליחת הודעה 50 אג')

מצ"ב צילומי מסך של אתר המשיבה – מסומנים 11

מצ"ב חשבונות של לקוחות נוספים של המשיבה – מסומן 12

51) אלא שהחייבים הנ"ל מנוגדים לתנאי המכרז, מכוחו המשיבה מספקת את שירותי תשלום אגרת החניה, וגבייתם אסורה על פי החוק, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

7) סיום ההתקשרות עם משכ"ל

52) בימים אלה מתנהלים מספר הליכים משפטיים לעניין המשך מתן השירות על ידי המשיבה, וכן לעניין מכרז חדש של המשכ"ל (בין היתר עע"מ 4029/14 ועע"מ 4173/14 מילגם חניה סולרית בע"מ נ' סלופארק בע"מ ואחרים) על בסיס זה התפרסם כי המשיבה תחדל מהפעלת "הסדר החניה הארצי" ביום 25/4/15.

53) בעקבות החלטה נוספת הובהר כי נכון לעת עתה ממשיכה המשיבה לספק את השירותים מכח הסדר החניה הארצי.

~~מצוייב פרסום של משכ"ל מהעיתון "ישראל היום" מיום 1/5/15 מסומן 13~~

54) משכך, אף נכון למועד הגשת הבקשה, שירותי המשיבה ניתנים מכח התחייבויותיה על פי המכרז של משכ"ל.

55) יתרה מכך, אף לו תחל המשיבה לספק את שירותיה מכח הסדרים אחרים, שאינם קובעים איסור על גביית עמלה על שימוש באפליקציה או SMS, כפי שקבוע בהסכם עם המשכ"ל, עדיין גביה זו תהיה בניגוד לחלק ניכר מעילות התביעה, כפי שיפורטו להלן.

ד. גביית תשלום נוסף שלא כדין ע"י המשיבה

(17) כללי

56) כאמור לעיל, המשיבה נוהגת לגבות תשלום של 50 אגרות תמורת הפעלת חניה באמצעות SMS תשלום של 40 אגרות תמורת הפעלת חניה באמצעות האפליקציה שלה במכשירי טלפון ניידים, בנוסף לאגרת החניה המירבית הקבועה בחוקי העזר של הרשות המקומית. בכך, גובה המשיבה תשלום פסול שלא כדין מנהגי הרכב.

57) כפי שיפורט להלן, הפסול שבמעשי המשיבה בא לידי ביטוי במספר מישורים:

(א) גביית העמלה על ידי המשיבה מהווה הפרה של התחייבויותיה במכרז, לפיהן לא תגבה תמורה כלשהי מעבר לעמלה המשולמת לה על ידי הרשויות המקומיות.

(ב) גביית העמלה תמורת תשלום אגרת החניה מביאה לגביית תשלום העולה על התעריף הקבוע בחוקי העזר של הרשויות המקומיות, ובניגוד להוראות סעיף 77 לפקודת התעבורה.

(ג) גביית העמלה תמורת תשלום אגרת החניה מביאה לתשלום העולה על המחיר המרבי הקבוע בהסדר החניה הארצי, בניגוד לסעיף 70 לפקודת התעבורה.

(ד) גביית עמלה תמורת השימוש ב-SMS או האפליקציה לשם תשלום אגרת חניה, אשר תעריפו קבוע על פי דין, מהווה הפרה של סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן.

2ד גביית העמלה מהווה הפרה של ההתחייבויות במכרז

- (58) כפי שפורט לעיל, המשיבה נוהגת לגבות תשלום של 50 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות SMS, ונוהגת לגבות תשלום של 40 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות האפליקציה שלה, בניגוד להתחייבויותיה במכרז. יודגש, כי אין למשיבה אתר מותאם לטלפון, אשר ניתן לשלם באמצעותו דמי חניה.
- (59) המכרז אינו מבחין בין הפעלת חניה באמצעות שיחת טלפון לבין הפעלה באמצעות SMS או האפליקציה. שירותים אלה כולם הינם שירותים אותם המשיבה התחייבה לספק, ולא בשירותים אשר הוגדרו במכרז כ"שירותים נוספים" בגינם הוגדר כי המשיבה רשאית לדרוש תשלום (כמפורט לדוגמה בסעיף 2.2.5 למפרט, וכמצוטט לעיל בסעיף 41).
- (60) בשל העלות הכבדה המושתת על ידי המשיבה להפעלת חניה ב-SMS, ניתן להניח כי מדובר בשירות בו כמעט ולא נעשה שימוש בפועל, ובוודאי שהשימוש בו מצומצם בהרבה מזה אשר היה נעשה בו לו המשיבה היתה מאפשרת את השימוש בממשק זה בחינם (תוך פרסום template המקל על השימוש כפי שהיתה מחוייבת מכח ס' 5.6.1 למפרט). בדרך זו מרוויחה המשיבה פעמיים – פעם אחת בכך שהיא חוסכת את העלויות הכרוכות בשימוש ב-SMS, ופעם שניה בכך שהיא מסיטה את השימוש לאפליקציה שלה – בגין השימוש עליו היא גובה תשלום.
- (61) יושם אל לב, כי מכח הזכיה במכרז, נהנית המשיבה מבלעדיות במתן שירות התשלום באמצעים אלה, בהסדר החניה הארצי, בעוד מתחריה של המשיבה יכולים, לכל היותר, לכרות הסכמים עם רשויות מקומיות בתחומן הם מבקשים לספק שירותי תשלום אגרת חניה, כך שבפועל עד לימים אלה ממש אף חברה אחרת לא יכלה להציע תשלום אגרת חניה בכל הארץ. מצב זה היווה מעין מונופול² אשר ניתן למשיבה להציע מנוי המאפשר חניה בכל הארץ, באמצעות אפליקציה ו/או שיחת טלפון.
- (62) כך, המשכ"ל נמנעה מפרסום מכרז נוסף ונפרד, לשם מתן שירותי חניה באמצעות אפליקציה בכל השנים שבהם המכרז דגן מומש על ידי המשיבה, מכיוון ששירות זה נכלל במכרז דגן. בימים אלה מסתיים המכרז הקיים, אך טרם פורסם מכרז חדש.
- (63) המשיבה מפעילה מספר ממשקים באמצעות האינטרנט:

(א) אתר האינטרנט (צילומי המסך מצויים בנספח 11)

(ב) אתר אינטרנט מותאם לסלולר. אתר זה אינו מאפשר כניסה לחשבון של משתמש – ובכלל זה אינו מאפשר הפעלה או סיום חניה. אלא נכתב בו במפורש כי לשם כניסה לחשבון יש להיכנס לאתר האינטרנט הרגיל שהינו "אתר לא מותאם" כהגדרת המשיבה.

צילומי מסך מצורפים ומסומנים 14

(ג) אפליקציה. השימוש באפליקציה לשם הפעלת חניה כרוך בתשלום של 40 אגורות. (צילומי המסך מצויים בנספח 9)

² ראה בהקשר זה התייחסות כבי בית המשפט העליון בסעיף 7 לפסק הדין בע"א 280/09 סלופארק טכנולוגיות בע"מ נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ (22.2.11, פורסם בנבו)

- 64) עולה מהאמור כי אין כל בסיס לטענה אפשרית לפיה יש לראות את האפליקציה היחידה של המשיבה כאפליקציה נוספת על זו אשר התחייבה המשיבה לספק למשתמשים בהתאם לתנאי המכרז. מובהר ומודגש כי למיטב ידיעת המבקש, האפליקציה המוצעת על ידי המשיבה הינה האפליקציה היחידה שקיימת או שהיתה קיימת, ואף אין למשיבה כל אתר סלולרי אחר המאפשר הפעלת תניה – כנדרש בתנאי המכרז.
- 65) בהליך משפטי קודם, ת"צ 3311-07-12, טענה המשיבה כי קיבלה את הסכמת משכ"ל לגביית תשלום בגין השימוש באפליקציה, אולם למיטב ידיעת המבקש, לא תמכה טענה זו בראיה מטעם משכ"ל.
- 66) יובהר כי אף אם ניתן אישור כזה או אחר, על ידי משכ"ל – הרי שהסכמה כאמור, הסותרת את הדין ואת תנאי המכרז, הינה משוללת כל תוקף ואין בה כדי להקנות למשיבה זכות לגבות את העמלה.

3ד) גביית העמלה מביאה לתשלום העולה על התעריף הקבוע בחוקי העזר של הרשויות המקומיות, בניגוד לסעיף 77 וסעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה.

- 67) אגרת החניה אשר נגבית על ידי המשיבה מהווה "אגרה". לגבי משמעותה של אגרה, קיימת התייחסות נרחבת בפסיקה. כך למשל נכתב בסעיף 15 לפסק הדין בעמ' 980/08 מנירצ' נ' מ"י (ניתן ביום 6/9/11, פורסם בנבו):

"האגרה הינה תשלום חובה בעל זיקה לשירות מסויים שהשלטון נותן לפרט. נדרש כי יתקיים קשר סיבתי בין התשלום לבין השירות. תשלומה יכול שיהא כפוי על המשלם ויכול שיהא מרצון. עם זאת, בניגוד למחיר, שיעורה של האגרה אינו מותנה בערך השירות שבגינו היא ניתנת ואינו נקבע בהכרח על בסיס מסחרי. גובה האגרה יכול להיקבע גם על פי שיקולי מדיניות הקשורים לשירות הנידון (עניין קריב; ע"א 154/83 שופרסל בע"מ נ' איגוד ערים אזור רמת גן, בני ברק וגבעתיים, פ"ד לז' 403, 407 (1983); ע"א 620/82 מועצת עיריית הרצליה נ' רשף, פ"ד לז' 57 (1983); זמיר, בעמ' 257; אהרן נמדר נוס' הכנסה 39 (מהד' שלישית, 2010) (להלן: נמדד))."

- 68) כאמור לעיל, שיעור האגרה נקבע בחוקי העזר העירוניים של כל רשות ורשות, אשר כפופים הן לתקנות התעבורה (מחיר מרבי בעבור חניה לפי הסדר חניה ארצי אחיד), תש"ס-2000 (להלן: התקנות) והן לדרישות משרד הפנים.

- 69) תעריף האגרה אשר נקבע בדין כולל את כל ההוצאות בגין עלויות התפעול של הרשויות למימוש הסדרי החניה. כך, בין אם מדובר ב"כרטיס חניה", ב"מדחן" או בכל אמצעי אחר.

- 70) סעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה קובע כדלקמן:

(ג) שר הפנים ושר התחבורה יקבעו, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, את המחיר המרבי עבור החניה על-פי הסדר החניה הארצי האחיד.

- (71) על פי הוראות סעיף זה נקבע בתקנות התעריף המירבי לתשלום בעבור חניה בהסדר הארצי בהתאם לקביעה בחוק העזר העירוני של כל רשות (כאשר הרשויות מוגבלות לתעריף של 6.2 ₪ לשעה, לכל היותר).
- (72) גביית העמלה בסך של 50 אגורות עבור SMS או 40 אגורות עבור השימוש באפליקציה מביאה לגביה מעבר לתשלום המרבי אשר נקבע בהתאם לסעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה.
- (73) גביית תשלום עבור הפעלת חנייה, מעבר לאגרת החנייה הקבועה בדין, הינה פסולה ואסורה. לשם המחשה גם במצב תיאורטי בו המרכז לשלטון מקומי לא היה מוציא את "הסדר החניה האחד" למכרז, אלא מספק את השירותים בעצמו – לא יכול היה המשכ"ל לגבות תשלום העולה על התעריף שנקבע בדין מכח סעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה בחוקי העזר העירוניים. ואם למרכז השלטון המקומי עצמו היה אסור לגבות תשלום העולה על זה אשר נקבע בדין, ולאחר שהמרכז לשלטון המקומי קבע במכרז כי המשיבה מחויבת לספק שירות זה על חשבון הרשויות – לא יעלה על הדעת כי יש להתיר למשיבה לגבות תשלום כאמור.
- (74) לשם המחשת הדברים, נציג לדוגמה מנוי של המשיבה המבקש להחנות את רכבו בעיר ירושלים (שאינו חניה חניה אזורי):
 התעריף הקבוע לחניית כלי רכב בירושלים מוגדר בחוק עזר לירושלים (העמדת רכב וחנייתו), תשכ"א-1960, שם נקבע בתוספת הראשונה:

אגרת הסדר חניה

האגרה בשקלים

- 1 במקום חניה מוסדר באמצעות 0.5 פחות מהמחיר המרבי כרטיסי חניה או מכשירים בעבור החניה, על פי הסדר מכניים או אלקטרוניים, לכל החניה הארצי האחד רכב לכל שעה או חלק ממנה כהגדרתו בסעיף 70ב לפקודת התעבורה

לפיכך, התעריף המירבי בגין שעת חניה בירושלים עומד על 5.7 ₪ לשעה.
 מנוי אשר יחנה בעיר ירושלים, למשך שעה בדיוק, לאחר שהפעיל את החניה באמצעות SMS ייאלץ לשלם סך של 6.2 ₪ בגין שעת החניה (5.7 ₪ בגין אגרת החניה + 50 אג" עמלת הפעלה). סכום זה הינו גבוה מהתעריף המירבי אשר נקבע בחוק העזר (5.7 ₪) – ולפיכך הינו פסול.

75 בדומה, בתוספת לחוק עזר ליהוד-מונסון (העמדת רכב וחנייתו), התשי"ע-2010 נקבע התעריף לתשלום בגין חניה, תוך התייחסות מפורשת לתשלום באמצעות טלפון סלולרי:

תוספת שניה

(סעיף 4)

אגרת חניה

שיעור האגרה בשקלים חדשים	אגרת חניה
0.50 אגורות פחות מהמחיר המרבי שנקבע לפי סעיף 77 לפקודת התעבורה בעבור כל שעה או חלק ממנה.	א. סעיף 4(א) - כשהתשלום נעשה באמצעות כרטיס חניה מנייר שהונפק על ידי העיריה או באמצעות מדחן.
הסכום האמור בפרט (א), כשהוא מחושב באופן יחסי לזמן החניה המבוקש.	ב. סעיף 4(א) - כשהתשלום נעשה באמצעות טלפון סלולרי או כרטיס חניה אלקטרוני.

חוק העזר האמור, אינו מקנה סמכות לגבות תשלום גבוה יותר כאשר החניה נעשית באמצעות האפליקציה או SMS. בעוד המשיבה תחייב את המנוי בתוספת של 40-50 אגורות מעבר לקבוע בדין כסכום המרבי לגביה.

76 הרשויות המקומיות קבעו תעריף של אגרת חניה (הכפוף לתעריף מרבי) תוך התחשבות במגוון שיקולים – לרבות העלויות של הרשויות בגין הפעלת שירותי החניה בתשלום (למשל עלות המדחנים או העמלה המשולמת על ידן למשיבה).

החסדר של המשיבה עם הרשויות מאפשר להן להפחית את העלויות שלהן בגין הפעלת שירותי החניה בתשלום, שהרי המשיבה מספקת להם שירותים של סליקה, גביה, ציוד קצה לפקחים ועוד.

במצב דברים מתוקן, על המשיבה לגבות את התעריף הקבוע בדין מהציבור, מבלי לגבות עמלות או תוספות כלשהן, תוך השתת עלויות התפעול שלה (והרווח שלה) על הרשויות העושות שימוש בשירותיה.

בפועל, במצב הקיים – המשיבה מסבסדת את העלויות של הרשויות תוך השתת העלויות על הציבור באמצעות גביית סכום נוסף, העולה על תעריפי האגרה - כ"עמלה".

77 כאמור, כיום עומד התעריף המרבי לתשלום בעבור חניה על פי הסדר חניה ארצי אחיד לפי התעריף אשר נקבע בכל רשות בחוק עזר עירוני. השימוש בשירותי המשיבה "מקפץ" את גובה האגרה אל מעבר לתקרה הקבועה בחוק העזר של כל רשות ורשות.

מצ"ב טבלת גובה האגרות בכלל הרשויות המפורסם באתר המשיבה - מסומנת 15

41 גביית העמלה לשם תשלום אגרת החניה מנוגדת לסעיף 13ח' לחוק הגנת הצרכן

78 גביית העמלה של 40/50 אגורות בנוסף לאגרת החניה על ידי המשיבה מהווה גם הפרה של סעיף 13ח לחוק הגנת הצרכן, הקובע:

..."

"עמלה" – תשלום בשל פעולה הנעשית לשם חישוב או קביעה של חיוב או בשל דרך תשלום החיוב, למעט תשלום לפי דין בשל איחור בתשלום החיוב.

(ב) (1) עוסק המספק טובין או שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין (בסעיף זה – שירותים או טובין מפורקים) לא יהיה רשאי לגבות מצרכן עמלה לגבי אותם טובין או שירותים;

(2) הוראת פסקה (1) תחול גם לגבי שירותים או טובין שאינם שירותים או טובין מפורקים, אם התשלום לגביהם מתבצע לפי חשבונית או הודעת תשלום מאת עוסק המספר שירותים או טובין מפורקים, והחשבונית או הודעת התשלום כוללת גם חיובים בעד שירותים או טובין מפורקים.

(79) בדברי החסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 29) (דרכי תשלום לגבי תעריף שנקבע לפי דין), התשע"א–2011 (הצ"ח 377 מיום 16/3/11)

"...צרכנים נדרשים לעתים לשלם עמלה הנובעת מזרז התשלום שהעוסק מכתוב, ובפועל משלמים סכום כולל הגבוה מהתעריף שנקבע לפי דין בעבור הטובין או השירותים המסופקים להם, אף שמדובר בשירותים בסיסיים החיוניים לציבור.

...
בעת הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית תבחן ועדת הכלכלה של הכנסת את הצורך בתיקוני חקיקה נוספים שיבטיחו כי צרכן יוכל לשלם בעבור טובין או שירותים כאמור בלי שיידרש לשלם עמלה או תשלום אחר מעבר לתעריף שנקבע לפי דין"

מצ"ב הצעת החוק – מסומנת 16

(80) בהתאם למפורט בדברי החסבר, אכן התייחסה ועדת הכלכלה של הכנסת לסוגיית העמלה, וכתוצאה מכך, החוק שהתקבל כולל גם איסור על גביית עמלה כלשהי אף אם מדובר בעמלה בגין שירות נלווה לשירות המפוקח. כפי שציינה היועצת המשפטית של הוועדה, בדיון שהתקיים ביום 12/7/11, בעת הכנת החוק לקריאה שניה ושלישית:

"...כפי שראינו, עמלה יכולה להיות מספר זברים. היא יכולה להיות באמת העמלה הטיפוסית שתאגיד בנקאי עבור עצם התשלום, אבל היא יכולה להיות גם עבור השירותים הניתנים בנוסף. למשל, עמלת קריאת מונה או על-כך שמשלמים דווקא באמצעי מסוים."

מצ"ב פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 12/7/11 – מסומן 17

(81) המקרה דן נכנס לגדר המקרים בהם חל איסור על המשיבה לגבות עמלה:

(א) המשיבה הינה עוסק – המשיבה הינה חברה פרטית המספקת שירותי תשלום אגרת חניה בנוסף לשירותים כגון תדלוק, שטיפת רכב וכו'. מרבית לקוחותיה של המשיבה הינם צרכנים – אשר מקבלים שירות מהמשיבה "לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".³

(ב) המשיבה מספקת שירות של תשלום אגרת חניה. שירות זה הינו שירות שהתעריף לו קבוע בדין בסעיף 70 לפקודת התעבורה; בתקנות התעבורה (מחיר מרבי בעבור חניה לפי הסדר חניה ארצי אחיד), תש"ס-2000 ובחוקי העזר העירוניים של כל רשות ורשות.

³ עילה זו אינה חלה על לקוחותיה העסקיים של המשיבה, בעת שימוש עסקי בשירותי המשיבה. המשיבה מבחינה בין לקוחות עסקיים לפרטיים בעת הרישום לשירותיה, כך שאין כל בעיה לזהות משתמשים אלה. מכיוון שיתר העילות חלות על כלל לקוחות המשיבה, בין אם הם משתמשים פרטיים ובין עסקיים – אין לדבר משמעות מעשית של ממש, אלא אם יידחו כל יתר עילות התביעה.

- (ג) העמלה אותה גובה המשיבה הינה בגין הפעלת החניה – שהינה פעולה לחישוב או קביעת החיוב באגרת החניה. זאת ועוד, המשיבה עצמה מכנה את הסכום אותו היא גובה כתמורה בגין שירות הפעלת החניה כ"עמלה".
- (ד) לפיכך, חל על המשיבה איסור לגבות עמלה תמורת תשלום הסדר החניה הארצי.
- (82) זאת ועוד, כמפורט בחשבוניות המצורפות (נספח 12 ונספח 19) החיוב בגין אגרת החניה וחיוב העמלה בגין הפעלת החניה נעשה במאוחד. כך שאף סעיף קטן 13(ב)2) אוסר על הגביה במקרה דנן.

ה. עילות התביעה

- (1ה) עשיית עושר ולא במשפט והחובה להשיב אגרה אשר נגבתה בחוסר סמכות
- (83) המבקש יטען כי התשלום הנגבה על ידי המשיבה בגין הפעלת חניה באמצעות SMS ובאמצעות האפליקציה מהווה עשיית עושר ולא במשפט, בניגוד לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר"), הקובע כדלקמן:
- "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה"**
- (84) לתוצאה משפטית דומה ניתן להגיע, במקרה דנן, גם באמצעות העילה שעניינה גביה בחוסר סמכות כעילת תביעה עצמאית (נא ראה למשל ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית (ניתן ביום 20/8/09, פורסם בנבו)):
- "44. לדעתי עקרון ההשבה חל באופן דומה גם ביחס לגבייה של תשלום מס, אגרה או תשלום חובה אחר, הנגועה באי-חוקיות מחמת חוסר סמכות כאשר התשלום בטל מעיקרו. במקרה זה עילת ההשבה יסודה בעקרון חוקיות המנהל..."
- ככלל, עילה זו נוגעת לגביה המבוצעת על ידי "רשות" באופן ישיר, אולם, במקרה דנן המשיבה פועלת כזרועה הארוכה של הרשויות לביצוע הגביה, מכח התקשרות חוזית, באמצעותו הרשויות מאפשרות למשיבה לגבות אגרות עבורן.
- (85) זכותה של המשיבה לגבות את האגרה כפופה לזכות של הרשויות לבצע את אותה גביה. בעוד הרשויות אינן יכולות להסמיך את המשיבה לגבות סכומים אותם היה אסור להן לגבות בעצמן.
- (86) כאמור, הגביה של המשיבה נעשית מכח "הסדר חניה ארצי אחיד" אשר מוגדר בפקודת התעבורה כ"כרטיס חניה ארצי מטעם המרכז לשלטון מקומי או כל הסדר אחר שיבוא מטעמו במקומו."

- (87) הווה אומר, מנוי אשר עושה שימוש באפליקציה או ב-SMS, בדומה לאדם המשלשל מטבע למדתן או רוכש כרטיס חניה מנייר – עושה שימוש בהסדר החניה הארצי. הסדר החניה הינו בדיוק **אמצעי התשלום**. כך, שאין כל הסמכה לגבות עמלה נוספת או נפרדת בגין השימוש בהסדר החניה. כיום עומד התעריף המרבי לתשלום בעבור חניה על פי הסדר חניה ארצי אחיד על סכום הקבוע בחוק העזר העירוני של כל רשות ורשות, ובכל מקרה לא יותר מ-6.2 ₪ לשעה, ואין כל סמכות לגבות תשלום נוסף, מכח הדין על רכישת הסדר החניה.
- (88) התנהלות המשיבה אינה שונה ממצב בו רשות היתה דורשת מאדם לשלם "עמלה" על עלות כרטיס נייר או כל אמצעי אחר.
- אף אם קיימות למשיבה או לרשויות עלויות בגין הפעלת האפליקציה או שירות ה-SMS הרי שעלויות אלה אינן שונות או גבוהות יותר מהעלות לרשויות בגין תפעול מכשירי הנפקת כרטיסים, מדחנים וכו'.
- (89) על מנת שתקום עילה לפי חוק עשיית עושר, יש צורך בהתקיימות שלושה תנאים מצטברים: 1- קבלת טובת הנאה/נכס/שירות 2- מאדם אחר 3- שלא על פי זכות שבדין.
- (90) כפי שיפורט להלן, יסודות העילה מתקיימים במקרה דנן.
- (91) בהתאם לחוזה אשר נכרת בין המשיבה לבין משכ"ל, התחייבה המשיבה לספק למנויים שירותי תשלום דמי חניה באמצעות טלפון סלולארי, בתמורה לעמלה מתוך אגרת החניה המשולמת באמצעותה.
- (92) במסגרת ההסכם לא הוקנתה למשיבה כל זכות לגבות מחברי הקבוצה תשלום נוסף מהמנוי תמורת הפעלת החניה- לא באמצעות האפליקציה או הודעת SMS ולא בכלל. ההפך הוא הנכון.
- (93) תשלום של 40 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות האפליקציה שלה, ו-50 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות SMS מהווה "טובת הנאה".
- (94) טובת הנאה זו מתקבלת מחברי הקבוצה – שהינם "אדם אחר".
- (95) זכיית המשיבה במכרז המשכ"ל הקנה לה בלעדיות במתן שירותי החניה באמצעות טלפונים סלולריים. אולם, ההסכם מכוחו מורשית המשיבה לגבות את דמי החנייה, אינו מאפשר למשיבה לגבות תשלום כלשהו מצד שלישי עבור הפעלת חניה בדרכים המפורטות במכרז: אינטרנט, SMS, אפליקציה וטלפון. התמורה אותה המשיבה זכאית לקבל עבור אספקת שירותי תשלום דמי חניה באמצעות הטלפון הסלולארי הינה אחת - אחוז מסוים מתוך סך אגרות החנייה הנגבים באמצעותה.
- (96) גביית התשלום נעשית תוך הפרת חובה של המשיבה ושלא על פי זכות כלשהי.
- (97) יודגש כי העובדה לפיה המשיבה מצהירה בפני מנוייה בריש גלי כי היא גובה את הסכומים האסורים אינה גורעת כחוא זה מכך שהגביה נעשית "שלא על פי זכות שבדין".

98) זאת ועוד, בהצהרות לעיתונות אשר פורסמו על ידי המשיבה בימים האחרונים הבהירה המשיבה כי הסכימה לקיצוץ בעמלה המשולמת לה על ידי הרשויות מכאן ולהבא. משמעות הדבר הינה זו – הרשויות המקומיות קבעו תעריף של אגרת חניה (הכפוף לתעריף מרבי) תוך התחשבות במגוון שיקולים – לרבות העלויות של הרשויות בגין הפעלת שירותי החניה בתשלום (למשל עלות המדחנים או העמלה המשולמת על ידן למשיבה).

התסדר של המשיבה עם הרשויות מאפשר להן להפחית את העלויות שלהן בגין הפעלת שירותי החניה בתשלום – תוך השתתפות עלות נוספת ופסולה על ציבור החונים.

מצ"ב כתבה עם התייחסות המשיבה לעמלות המופחתות – מסמנת 18

99) מצב דברים בו הרשויות והמשיבה הן אלה הנהנות מהעמלות המשולמות על ידי הנהגים הינו פסול ובלתי ראוי.

100) לנוכח האמור, עומדת לזכות חברי הקבוצה עילת תביעה מכח דיני עשיית עושר, המצדיקים את השבת הזכייה.

2ה) איסור גביית עמלה בתעריף שנקבע על פי דין

101) אף לו תטען המשיבה כי בהיותה חברה פרטית-מסחרית, קיים קושי להחיל עליה חובה מכח ההסדרים מתחום המשפט המנהלי (טענה שאין לה בסיס לנוכח העובדה כי המשיבה גובה אגרה, מטעם גוף ציבורי), הרי שגביית העמלה על ידי המשיבה מהווה גם הפרה של סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

102) בהתאם לסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, הפרת סעיף 13 מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

3ה) תניה מקפחת בחוזה אחיד

103) השימוש בשירותי המשיבה נעשה על סמך חוזה הקרוי "תנאי שימוש" (נספח 10).

104) חוזה זה הינו חוזה אחיד, כמשמעות המונח בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982:

" חוזה אחיד" - נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שימשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם"

105) מסמך "תנאי השימוש" הינו חוזה המוצע על ידי המשיבה, אשר כל משתמש נדרש לאשרו באמצעות קיבול כתנאי לשימוש בשירותי המשיבה, כל התנאים שבו נקבעים על ידי המשיבה מול כלל המשתמשים. זאת ועוד, המשיבה אף שומרת לעצמה הזכות לשנות את תנאי השימוש, ולהחיל שינויים אלה בדיעבד על כלל הלקוחות הקיימים שלה.

106) סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע כי בית המשפט מוסמך לבטל או לשנות תנאי מקפח הקבוע בחוזה אחיד:

3. בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה

ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח).

- (107) המשיבה הינה "ספק" – בהיותה מציעה כי ההתקשרות עימה תהיה לפי החוזה האחיד.
- (108) חברי הקבוצה הינם "לקוחות" – בהיותם מי שספק מציע להם שההתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד.
- (109) סעיף 6.1.4 לחוזה המשיבה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד. הסעיף קובע:
למען הסר ספק החברה תהא רשאית לגבות עמלות בגין הפעלת שירותי תשלום אגרת החניה באמצעות פלטפורמה כלשהי מפלטפורמות החברה, למעט הפעלת חניה באמצעות חיוג למוקד 4500* ובאמצעות אתר האינטרנט, וככל שתבקש לעשות זאת תפרסם החברה את גובה העמלה באתר האינטרנט.
עמלה כאמור תהיה בכפוף להחלטת החברה ותעודכן מעת לעת בהתאם לשיקול זעתה הבלעדי של החברה והיא מצטרפת לדמי החניה.

יצוין כי לכאורה אף סעיפים נוספים בחוזה, כדוגמת סעיפים 10.3.1.3, 12.1 ו- 13.2 מהווים תניות מקפחות, אך אין מדובר בתניות הנוגעות לעילה של חברי הקבוצה נשוא בקשה זו.

(110) כמפורט לעיל, המשיבה התחייבה לספק למנויים את כלל השירותים להם התחייבה במכרז, לרבות האפשרות לבצע הפעלה של חניה באמצעות אפליקציה ו-SMS ללא עלות למשתמש. אלא, שהמשיבה אינה רואה עצמה כפופה להתחייבויותיה שלה במסגרת המכרז, התחייבויות אשר הקנו לה בלעדיות באספקת השירות של הסדר החניה הארצי באמצעות טלפונים סלולאריים⁴. ראה לעניין זה גם סעיפים 39-40 לפסק הדין בעת"מ 1033/08 סלופארק נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי (1/9/08), פורסם בנבו).

(111) תנאי המחייב את הלקוח לשלם תשלום אותו אסור למשיבה לגבות על פי דין, כאשר למשיבה בלעדיות באספקת השירות נשוא העמלה – מהווה תנאי מקפח שדינו בטלות. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על שינוי החוזה שבין חברי הקבוצה לבין המשיבה – כך שייקבע בו כי המשיבה אינה זכאית לגבות תשלום בגין הפעלת חניה אף באמצעות SMS והאפליקציה, תוך הוראה למשיבה לבצע השבה.

(112) יובהר כי בניגוד לטענות שעלו בעבר, כבר נפסק כי ניתן לדון בטענות שעניינן תנאי מקפח בחוזה אחיד, אף במסגרת תובענה ייצוגית. ראה למשל תצ (מרכז) 2019-08-11 סולמי לביא, משרד עורכי דין נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית (8/12/13), פורסם בנבו):

"הטענה הדיונית שהעלו ב"כ חברת "דלק" איננה מקובלת עלי. אינני רואה כל הצדקה או בסיס משפטי לעמדה לפיה חוק החוזים האחידים איננו חל במסגרת הליך של תובענה ייצוגית. כידוע, חוק החוזים האחידים מקנה סמכות מקבילה לבתי המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים לדון בטענה כי תניה בחוזה אחיד היא תניה מקפחת. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע

⁴ מתחריה של המשיבה יכולים לכל היותר לספק שירותי חניה בהתאם להתקשרות עם רשות מקומית כזו או אחרת, אך לא מכח הסדר החניה הארצי.

סמכות מקבילה זו ("צית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות"), ואילו סעיף 19 (א) לחוק מגדיר את סמכות בית המשפט באופן הבא: "מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח". אינני סבור כי יש הצדקה לקבוע כי סמכות זו לא תחול בהליכים לפי חוק תובענות ייצוגיות (שהם הליך בין ספק ולקוח), במיוחד בשים לב לכך שההליך לפי חוק החוזים האחידים פתוח רק לפני קבוצה מוגבלת של מבקשים, וחסום בפני לקוחות (ראו סעיף 16 לחוק החוזים האחידים). עמדה זו הבעתי לאחרונה באמרת אנב במסגרת פסק דין המאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית (ראו פסקה 15 בת"צ (מרכז) 5763-09-11 חורב נ' שופרסל בע"מ [פורסם בנבו] (ניתן ב- 9.9.2013)), והיא תואמת את העמדה שהביעו חברותיי, השופטת מיכל נדיב (פסקה 17 בהחלטה לדחות בקשה להכרה בתובענה כייצוגית בת"צ (מרכז) 3482-11-09 פרידמן נ' הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ [פורסם בנבו] (ניתנה ב- 17.11.2010)) והשופטת אסתר שטמר (פסקאות 7 – 8 בהחלטה לאשר תובענה כייצוגית בעניין ת"צ (מרכז) 13354-12-08 ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ נ' ניו קופל בע"מ [פורסם בנבו] (ניתן ב- 31.3.2011)).

4ה) חוזה לטובת צד ג'

- 113) כאמור, עם זכייתה במכרז, חתמה המשיבה על חוזה עם המשכ"ל למתן השירותים המפורטים בו.
- 114) התחייבויותיה של המשיבה בחוזה, כוללים התחייבויות כלפי לקוחותיה – על אף שהינם צד שלישי לחוזה. כך לדוגמה:
- (א) במסמך התנאים הכלליים – סעיף 3.2 כולל הצהרה כי הצעת המשיבה במכרז כוללת את כל ההוצאות "הכרוכות בתשלום אגרת התניה". ברור כי לא משכ"ל היא זו המשלמת את אגרת התניה – אלא חברי הקבוצה.
- (ב) בחוזה – סעיפים 9, 12.1, 13.1, 22.8.
- (ג) במפרט – חלק ניכר מהסעיפים אך המשמעותיים שבהם: סעיפים 2, 5.5, 5.6, 31.7.
- 115) סעיף 34 לחוק החוזים קובע:
34. חיוב שהתחייב אדם כחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן - המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו.
- 116) המכרז הינו מכרז פומבי, כך שהזכויות של הציבור במכרז הודעו עוד בטרם נבחר זוכה. זאת ועוד, משכ"ל מפרסמת את העובדה כי "הרישום למערכת חינוך ועלות שעת חניה זחה לתעריף המקומי של כל רשות." באתר האינטרנט שלה – ראה לעיל בסעיף 29.

- (117) המבקש יטען כי הכוונה הנלמדת מהחוזה, הינה להקנות לחברי הקבוצה זכות לדרוש מהמשיבה לעמוד בהתחייבותיה במכרז. מטרת החוזה לא היתה רק ליצור התחייבויות של המשיבה כלפי משכ"ל, אלא גם כלפי ציבור המשתמשים בשירותי המשיבה מכח המכרז.
- (118) לנוכח האמור, יש לראות את המכרז, על תנאיו, כחוזה לטובת הקבוצה, אשר מחייב את המשיבה להימנע מגביית תשלום בגין הפעלת חניה בין ב-SMS ובין באמצעות אפליקציית סלולר.
- (119) בהתאם, בית המשפט מתבקש להורות על סעד של אכיפת החוזה בין משכ"ל למשיבה, ועל השבת הסכומים שנגבו ביתר מחברי הקבוצה.

1. התביעה האישית של המבקש

- (120) כאמור, המבקש הינו לקוח של המשיבה מאז חודש יולי 2014.
- (121) המבקש נדרש לשלם למשיבה סך של 26.4 ₪ כעמלה תמורת תשלום אגרת חניה באמצעות האפליקציה.
- (122) לנוכח כל האמור, הנזק האישי של המבקש הינו 26.4 ₪.
- מצ"ב חשבונית של המבקש – מסומנת 19
- (123) כמצוין בתצהיר, מעבר לסכומים אלה שילם המבקש למשיבה גם אגרת חניה במסגרת אותן חשבוניות.
- (124) בנוסף, שילם המבקש סכום מצטבר של 60 ₪ תמורת שירותים נוספים – לגביהם אין למבקש כל טענה.
- מצ"ב חשבוניות של המבקש בגין שירותים נוספים – מסומנות 20
- (125) למען שלמות התמונה יצוין כי חלק ניכר מהשימוש בפועל באפליקציה, נעשה על ידי אשתו של המבקש – אך ההתקשרות החוזית, התשלום וכן יחסי העוסק-לקוח הינם בין המבקש למשיבה.

2. הנזק לקבוצה

11. גודל הקבוצה

- (126) בהתאם לראיון של מנכ"ל המשיבה מיום 15/4/15, אשר פורסם באתר גלובס, מספר כלי הרכב הרשומים אצל המשיבה הינו כמיליון (כך גם מפורסם באתר המשיבה), ומספר הפעולות החודשיות של הפעלת חניה עומד על כשני מיליון.

מצ"ב ראיון עם מנכ"ל המשיבה מיום 15/4/15 – מסומן 21

127) המידע המדויק בדבר מספר הלקוחות העושים שימוש באפליקציה או ב-SMS לשם הפעלת החניה אינו ידוע למבקש, אך מדובר בנתון מדויק המצוי בידיעת המשיבה וניתן לבירור בלחיצת כפתור. הערכות אשר פורסמו בעיתונות, הינם שכ-80% מהפעלות החניה נעשות באמצעות האפליקציה של המשיבה (והיתר בשיחת טלפון).

מצ"ב כתבה העיתון THE MARKER מיום 15/4/15 – מסומנת 22

128) בהיעדר נתונים מדויקים, ולמען הזהירות, יעריך המבקש כי נתונים אלה מוגזמים, וכי חברי הקבוצה נדרשים לשלם עמלה (פסולה) בגין הפעלת חניה כ-500,000 פעם בחודש. בהתאם, הגביה הפסולה השנתית לחברי הקבוצה עומדת על סך של כ-2.4 מיליון ₪.

129) בתנחה מקלה עם המשיבה, היקף הגביה הפסולה מאז השקת השירות עומד על 7 מיליון ש"ח.

130) בית המשפט מתבקש לחייב את המשיבה לספק נתונים בדבר מספר הפעלות החניה באמצעות האפליקציה ובאמצעות הודעות SMS, ולאפשר למבקש לתקן את הבקשה בהתאם לנתוני האמת אשר יימסרו על ידי המשיבה.

2) חלוקת הפיצוי

131) המבקש יטען כי ניתן לאתר את כל חברי הקבוצה, ולהשיב להם את הסכומים אשר נגבו ביתר, בצירוף הפרשי ריבית והצמדה.

132) מדובר בנתונים המצויים בידי המשיבה, ואשר ניתן לאחזרם ללא קושי מיוחד.

133) ככל שיוותרו חברי קבוצה אשר לא ניתן יהיה לאתרם, אף תוך השקעת מאמצים סבירה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על העברת הסכומים הנוותרים כפיצוי לציבור לפי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ולהורות על העברת סכומים אלה לטובת עמותות העוסקות בתחום הבטיחות בדרכים ואו בתחום הרווחה.

134) לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד אחר, לעניין חלוקת הפיצוי, כפי שימצא לנכון, לרבות קביעת מנגנון לאיתור חברי הקבוצה, ולחלוקת הפיצוי.

135) המבקש יטען כי ראוי לברר סוגיה זו, במסגרת ההליך העיקרי, ולא במסגרת הבקשה דנן.

ח. התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית

1ח) התובענה מתאימה וראויה להתברר כתובענה ייצוגית.

136) התובענה הייצוגית היא כלי משפטי שמטרתו לעודד אכיפה פרטית באמצעות מתן תמריץ הגשת תביעות, וזאת במקרים בהם הנזק לפרט הבודד הוא קטן ואינו מצדיק הגשת תביעה אישית. על תכלית זו של התובענה הייצוגית נאמר בהצעת חוק תובענות ייצוגיות:

"כלי משפטי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב. התובענה הייצוגית מאפשרת לאחד את האינטרס של כלל הנפגעים ויוצרת תמריץ להגשת תובענה.

מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות".

(137) בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות נקבעה מטרתו, כדלקמן:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

(138) לנוכח כל האמור, אישור התביעה כתובענה ייצוגית יעלה בקנה אחד עם מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות.

זאת ועוד, מן הראוי לאפשר את בירור התביעה כתובענה ייצוגית, כאשר לכל נפגע כשלעצמו, לא תהיה כדאיות לתבוע את נזקיו.

2ח) תנאי הסף להגשתה ואישורה של התביעה כייצוגית

(139) התנאים להגשתה של תובענה ייצוגית קבועים בהוראות חוק תובענות ייצוגיות, תנאי הסף להגשת הבקשה לאישור קבועים בסעיפים 3, 4 ו-5 לחוק תובענות ייצוגיות, והתנאים לאישור הבקשה קבועים בהוראות סעיף 8 לו. כפי שיפורט להלן, התביעה שביסוד בקשה זו עומדת בכל התנאים הקבועים בדין לאישורה.

(140) קיום הדרישות הקבועות בסעיפים 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות

סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי:

"4(א) אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

(141) סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את התנאים בהתקיימם רשאי בית המשפט לאשר את התובענה כייצוגית, כדלקמן:

"8(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; ...

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

- (142) למבקש עילת תביעה אישית כנגד המשיבה: למבקש עילת תביעה אישית אמיתית נגד המשיבה. כן מדובר בעילות אשר לגביהן נקבע כי ניתן לאשר תובענה כייצוגית, כאמור בפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, כפי שיפורט להלן; עילת התביעה האישית של המבקש, מפורטת ומבוססת על תשתית עובדתית וראייתית מוצקה - והכל כמפורט לעיל בהרחבה.
- (143) התביעה מעוררת שאלות משותפות של עובדה או משפט לכלל חברי הקבוצה: הגדרת הקבוצה ועילות התביעה המפורטות בבקשה מעוררות שאלות משותפות של עובדה ומשפט גם יחד, המשותפות לחברי הקבוצה. השאלות המרכזיות הינן:
- (א) האם גביית העמלה על ידי המשיבה עבור תשלום אגרת החניה באמצעותה נעשה כדין.
- (ב) זכותם של חברי הקבוצה להשבת סכומים שנגבו כעמלה עבור הפעלת חניה.
- (144) התובענה הייצוגית היא ההליך היעיל וההוגן להכרעה בתובענה: הלכה היא כי יש לבחון את רצינות התובענה וסיכויי הצלחתה מחד גיסא ואת מאפייני קבוצת התובעים והסכום הנתבע מאידך גיסא (ראה לעניין זה רע"א 4474/97 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פד"י נד(2) 577; בש"א 6318/02 בנימין קנכט נ' אמד פתוח נדל"ן והשקעות בע"מ, תק-מח 2003(4), 1134).
- (145) באשר לרצינות התובענה האישית וסיכויי הצלחתה, פרט המבקש לעיל את התשתית העובדתית והמשפטית התומכת בתביעתו. ואילו באשר למאפייני הקבוצה, הרי שזו מונה על דרך הערכה, מאות אלפי לקוחות אשר נדרשו לשלם למשיבה עמלה עבור תשלום אגרת חניה באמצעותה. כאשר הפגיעה בכל אחד מחברי הקבוצה דומה בעיקרו.
- (146) הלכה היא כי המבקש אישור תובענה כייצוגית אינו מחויב להציג את גודלה המדויק של הקבוצה, נתון אשר אינו בידיעתו, אך מצוי הוא דווקא בידיעת הנתבעת, וכל שמוטל על המבקש הוא להצביע על קיומה של קבוצת אנשים שנפגעו בדומה לפגיעתו שלו [ראה לעניין זה ת.א. 2477/99 סבו תמר נ' רשות שדות התעופה בישראל תק-מח 2002(2) 11496].
- (147) במקרה דנן קיימת קבוצת תובעים הומוגנית, גדולה, שיש מקום לברר את הפגיעה בזכויותיה במסגרת תובענה אחת משותפת בהליך הייצוגי.
- (148) למעלה מכך, הגשת תביעות נפרדות לא תרתיע את המשיבה מהמשך ביצוע ההפרות בניגוד לתכלית שביסוד הליך התובענה הייצוגית.
- (149) לעומת זאת, בירור התובענה כייצוגית תוכל לסייע בהרתעת המשיבה מפני ביצוע הפרות נוספות של החוק, במקביל למתן סעד לטובת חברי הקבוצה.

150) עניינה של הקבוצה ייצוג ע"י המבקש בדרך הולמת: על כישוריו של התובע הייצוגי ובא כוחו עמד בית המשפט בפרשת רע"א 8268/96 דייכרט נ' שמש, פ"ד (5) 276, בו נקבע כי תובע ייצוגי הולם הוא מי שיש לו אינטרס אמיתי ועניין ממשי בתביעה, והבנה מסוימת בתביעה אותה מבקש הוא להוביל, וכי עניינו של התובע ייצוג ע"י עורך דין בעל כישורים, בקיאות, ניסיון ויכולת לנהל את התובענה בצורה מקצועית.

151) כאמור לעיל, למבקש אינטרס ממשי בתביעה כנגד המשיבה, ואין לו כל אינטרס זר.

152) בא כוחם של המבקש הוא משרד בעל ניסיון רב, לרבות בתחום ניהול תובענות ייצוגיות והליכים מנהליים ואזרחיים מורכבים ובהיקף נרחב, והמבקש מאמינים כי ייצגו את חברי הקבוצה באופן ראוי והולם.

153) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייצוג וינהל בתום לב: הלכה היא כי תום הלב האובייקטיבי של המבקש לתבוע תביעה ייצוגית נבחן באספקלריה של ממשות עילת התביעה האישית שלו, היינו האם עילת התביעה האישית הינה סבירה והוגנת. וכן העובדה כי התביעה אינה מכוונת להשיג מטרה של התובע שאינה מתיישבת עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה [ראה לעניין זה דברי כב' הש' [כתוארו או] י. לויט. תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך הפרקליט מב (תשמ"ו), 465].

154) כפי שצוין לעיל, למבקש עילת תביעה טובה ומבוססת כנגד המשיבה. הפגיעה במבקש דומה לפגיעת כלל חברי הקבוצה, ואין למבקש אינטרס כלשהו הנוגד את טובתה של הקבוצה. התובענה מוגשת ותנהל ע"י המבקש ובאי כוחו בתום לב.

155) בית המשפט המחוזי הוא הערכאה המוסמכת: סעיף 5(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"(1)בקשה לאישור תוגש לבית המשפט אשר לו הסמכות העניינית והמקומית לדון בתובענה הייצוגית אם תאושר, ולענין הסמכות העניינית, יראו את סכום התביעה או שווי נושאה כסכום או כשווי המצטבר של תביעותיהם של כל הנמנים עם הקבוצה שבשמה מוגשת הבקשה לאישור"

156) המבקש יטען כי במקרה דנן, בית המשפט המחוזי הוא הערכאה המוסמכת לנוכח סכום התביעה המצטבר בעניינם של כלל חברי הקבוצה, ואילו לנוכח אופי פעילות המשיבה, אשר כורתת הסכמים עם לקוחותיה בכל הארץ, ולנוכח תניית השיפוט הקבועה בהסכם שלה עם לקוחותיה – קיימת סמכות מקומית אף לבית משפט נכבד זה.

3ח) עילת התביעה מצויה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות

157) סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"3. (א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; ..."

פרט 1 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות קובע, כדלקמן:

"1. תביעה נגד עוסק, בהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

158) המבקש יטען כי יש לראות במשיבה כ"עוסק", בהתאם להגדרת המונח בחוק הגנת הצרכן, ולפיכך התביעה דנן נכנסת לגדר פרט 1 לתוספת השנייה.

159) המבקש יטען כי הוא לקוח של המשיבה וכי המשיבה מספקת לו שירותים. יודגש כי בהתאם לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, אין צורך להוכיח כי המבקש הינו "צרכן" כמשמעות המונח בחוק הגנת הצרכן, כך שהקבוצה כוללת גם תאגידיים וגופים נוספים המחויבים לקוחות של המשיבה.

160) זאת ועוד, התביעה הינה בקשר לעניין שבין המבקש ויתר חברי הקבוצה – הלקוחות, לבין המשיבה – העוסק.

161) אף אם תטען המשיבה כי יש לראותה כ"רשות" (למשל בהתבסס על רע"א 2701/97 מ"י ג' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876) הרי שבמקרה כזה מתקיים הקבוע בפרט 11 לתוספת השניה העוסק ב"תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

162) אלא, שכאמור, הסכום אותו גובה המשיבה נגבה על ידה כפעולה מסחרית, שלא מכח הדין או הסמכה מטעם "רשות", ואף לא במימוש הסדר שנקבע בתקנות - ולכן מתקיים דווקא פרט 1 לתוספת השניה.

4ח) קיומן של תביעות ייצוגיות קודמות

163) כמצוות תקנות תובענות ייצוגיות, תשי"ע-2010, ב"כ המבקש ערכו בדיקה בפנקס התובענות הייצוגיות לבחינת קיומה של בקשה קודמת בה התעוררו שאלות מהותיות של עובדה או של משפט שהינן דומות למפורט בבקשה זו.

בת"צ 3311-07-12 גולדברג ג' מילגם חניה סלולרית בע"מ התבקש בית המשפט לאשר תביעה בטענה שהמשיבה יצרה מצג שווא והטעתה את מנוייה כי השימוש באפליקציה הוא חינם. בקשה זו נמחקה לאחר ישיבת קדם משפט אחת.

~~מצ"ב כתב התביעה (הבקשה אינה מופיעה בנט המשפט) והתשובה לבקשה מסומנות 23~~

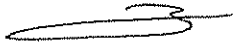
164) קיים שוני מהותי בין הבקשה בתיק 3311-07-12, ואין כמעט כל דמיון בין הבקשות, לא בשאלות העובדתיות ולא בשאלות המשפטיות שפורטו. לא זו אף זו, אותה בקשה לא נדונה לגופה, כך שאין בדחייתה כדי לחסום הגשת הבקשה דן נגד המשיבה, אשר מבוססת על מסד ראייתי איתן, ועל טענות משפטיות אשר קיים סיכוי סביר ואף למעלה מכך כי יביאו להכרעה לטובת הקבוצה.

165) כך למשל, הבקשה הקודמת כלל לא התייחסה לגביית עמלה בגין הודעות SMS; לא נטענה כל טענה לפיה גביית העמלות אסורה לפי המכרז בו זכתה המשיבה; לא הועלו טענות נגד החוזה האחיד של המשיבה; ולא נטען לקיומה של עילה מכח סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן.

166) מעבר לאמור, הוגשו עוד מספר בקשות לאישור תובענות ייצוגיות נגד המשיבה, אך בנושאים אחרים שאינם נוגעים לעילות הבקשה דן.

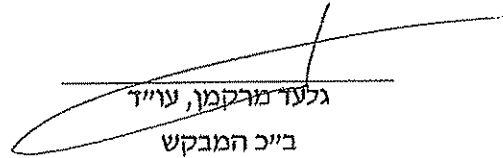
ט. סוף דבר

- (167) המבקש יטען כי הבקשה והוא עצמו עומדים בכל התנאים לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית, כמפורט בפתח הבקשה.
- (168) בנסיבות העניין, המפורטות לעיל, אישורה וניהולה של תובענה ייצוגית עולה בקנה אחד עם מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, ועם התכליות של חוק התובענות הייצוגיות.
- (169) בקשה זו נתמכת, בין היתר, בתצהיר המבקש.
- (170) מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.



דוד שורצבאום, עו"ד

ב"כ המבקש



גלעד מרקמן, עו"ד

ב"כ המבקש