בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 34500-08-18 רון ואח' נ' בנייני א. זיתוני 2002 בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט דורון חסדאי

המבקשים	**1. תומר רון** **2. רותי שלו** **3. משה בוכבזה** ע"י ב"כ עו"ד צביקה מצקין
	נגד
המשיבות	**1. בנייני א. זיתוני 2002 בע"מ** **2. משה ויגאל גינדי פרוייקטים בע"מ** ע"י ב"כ עו"ד דניאל בר לב

ספרות:

ורדה לוסטהויז, טנה שפניץ **חוזים אחידים** (התשנ"ד)

חקיקה שאוזכרה:

חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006: סע' 3, 4, 4(1), 8(1), 8(2), .8.3, 8.4, .8א, 8(ג)(2), 11, 14(א), 25, 25(ד)

חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982: סע' 1, 2, 3, 4, 6, 12, 14, 15, 17, 18, 23, 23(1), 39

חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961: סע' 1

חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981: סע' 2, 2(א), 2(א)(13), 4(א), 17, 17א(2), 17ד, ד

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 12, 30, 39

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979

פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 35, 36

חוק המכר, תשכ"ח-1968: סע' 6ג

חוק בתי משפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000

חוק המועצה הישראלית לצרכנות, תשס"ח-2008

חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973

תקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), תשנ"ה-1995: סע' 2

מיני-רציו:

* בית המשפט קיבל את בקשת המבקשים ואישר ניהולה של תובענה כייצוגית, שעניינה בתניות מסוימות, שמתייחסות לתשלומי התמורה עבור הנכס, במסגרת הסכם מכר דירה שנחתם בין הצדדים ואשר נטען, כי הן מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד.

nevo.co.il

* פרשנות – נוהל – עמדת המאסדר

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – אישור תובענה ייצוגית

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – בקשה לאשר תובענה ייצוגית

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – תנאים לאישורה

* דיון אזרחי – תובענה ייצוגית – שיקולי בית-המשפט

* חוזים – חוזה אחיד – תנאי מקפח

* חוזים – חוזה אחיד – חזקת הקיפוח

* חוזים – חוזה אחיד – מבחן הקיפוח

.

המבקשים הגישו בקשה לאישור תובענה כייצוגית. במסגרת הבקשה טענו המבקשים כי תניות מסוימות בהסכם מכר דירה שנחתם בין הצדדים מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד וכי יש בתניות האמורות כדי להטעות את ציבור הרוכשים. טענתם הראשונה של המבקשים היא כי התנאי בהסכם המכר שקובע כי התמורה החוזית תהיה צמודה למדד שאינו עדכני במעמד החתימה הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד. השנייה, כי התנאי הקבוע בסעיף 6.2 לנספח התשלומים אשר קובע כי תשלומים שיבוצעו בימי החודש הראשונים יוצמדו למדד עתידי מהווה תנאי מקפח.

.

בית המשפט קיבל את הבקשה וקבע כלהלן:

יש מקום לקבל את בקשת האישור ובהתאם להורות על ניהול תובענה ייצוגית בעניין טיבו של סעיף 6.2 לנספח התשלומים והאם הוא מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. באשר לתנאי הקבוע בסעיף 8(1) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי הבקשה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט, אולם רק לעניין טענת המבקשים בדבר טיבו של סעיף 6.2 לנספח התשלומים כאמור.
אין מקום לאשר ניהול תובענה ייצוגית בגין העילות מכוח הוראות סעיף 2 וסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן. מכוח הפרת עיקרון תום הלב הקבוע בסעיף 12 ו39 לחוק החוזים. מכוח קיומה של הטעיה, טעות, עושק וכפייה בהתאם לחוק החוזים וכן לרשלנות והתעשרות שלא כדין. המבקשים לא עמדו בנטל ההוכחה הנדרש לעניין קיומן של שאלות משותפות של עובדה ומשפט בעילות טענות המבקשים לעניין זה נטענו בכלליות, בהיעדר כל פירוט כנדרש.
אין חולק כי הסכמי המכר הוכנו על ידי המשיבות ונשלחו אל המבקשים, לאחר שאלו חתמו על טופס ההודעה בדבר כוונה לרכישת דירה. אומנם נערכו שינויים בהסכמי המכר ובין הצדדים נוהל משא מתן אך אין בעובדה זו כדי למנוע את ההכרה ואת העובדה הבסיסית כי החוזה שנחתם בין הצדדים הוא חוזה אחיד.
אומנם בוצעו שינויים בהסכמי המכר של המבקשים אך אין בכך כדי למנוע את החלת כלליו של חוק החוזים האחידים על חלקיו האחרים של הסכם המכר.
בנסיבות עולה, כי לצורך ההכרעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, הסכמי המכר מהווים חוזה אחיד.
בעוד שחוק החוזים האחידים נעדר הגדרה לעניין מהו תנאי מקפח הרי שבפסיקה נקבעו מבחנים שונים לצורך ההכרעה בשאלה האם המדובר בתנאי מקפח במסגרת חוזה אחיד. בין היתר יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים לאותו חוזה ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם כאשר לעניין זה יש להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת לבין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוחות בינם ובין הספקים קטנים יותר. כמו כן יש להבחין בין סוגי ספקים שונים. כך, ספקים מונופוליסטיים הם ספקים אשר יש

nevo.co.il

לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר. עוד נקבע כי תנאי ייחשב כתנאי מקפח באם ימצא כי הוא מגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי בחברה הישראלית.
לצורך הכרעה בבקשה זו ובשלב זה של הדיון בבקשת האישור, הרי שעל פניו נראה כי סעיף 6.2 מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. סעיף 6.2 לנספח התשלומים מקנה למשיבות יתרון בלתי הוגן, בדמות תשלום מדד חודש נוסף וכי המשיבות לא עמדו בנטל ההוכחה הנדרש כדי לסתור חזקה זו. כמו כן על פניו נראה כי יש בשיטת ההצמדה האמורה כדי לפגוע בעיקרון הסימטריות.

המדובר בשורה של מועדי תשלום שאין כל אפשרות לדעת מתי יבוצעו האם במחציתו הראשונה של החודש או שמא במחציתו השנייה. ומכאן שמנגנון התשלום הקבוע בסיפה של סעיף 6.2 יכול להיות מופעל ללא שום תלות ברצונו של הרוכש ובכך יש בו כדי לקפח את הרוכש.

<u>החלטה</u>

לפניי בקשת המבקשים מר תומר רון (להלן: "**המבקש 1**"), הגב' רותי שלו (להלן: "**המבקשת 2**"), ומר משה בוכבזה (להלן: "**המבקש 3**") (להלן יכונו יחדיו בהתאמה: "**המבקשים**") לאישור תובענה שהוגשה כנגד חברת בנייני זיתוני 2002 בע"מ (להלן: "**המשיבה 1**") וכנגד חברת משה ויגאל גינדי פרויקטים בע"מ (להלן: "**המשיבה 2**") (להלן יכונו יחדיו בהתאמה: "**המשיבות**") כייצוגית. במסגרת הבקשה טענו המבקשים כי תניות מסוימות בהסכם המכר שנחתם בין הצדדים מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד וכי יש בתניות האמורות כדי להטעות את ציבור הרוכשים.

רקע כללי וטענות הצדדים בקצירת האומר

1. ביום 15.8.2019 הגישו המבקשים תובענה ייצוגית וכן בקשה לאישור התובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**").
2. המשיבות הן חברות בנייה המשווקות בנייני מגורים בעיקר במרכז הארץ. שלושת המבקשים בבקשת האישור רכשו מהמשיבות דירה בפרויקטים אשר שווקו על יד המשיבות במועדים שונים.
3. ביום 27.1.2016 רכש המבקש 1 יחד עם אישתו דירת מגורים בת 5 חדרים בבניין "2002" בפרויקט נווה עוז הירוקה בפתח תקווה (להלן: "**פרויקט נווה עוז**"). ביום 16.11.2015 רכשה המבקשת 2, יחד עם בעלה דירת מגורים בת 6 חדרים בבניין "2001" בפרויקט נווה עוז. ביום 6.8.2012 רכש המבקש 3 יחד עם אישתו דירה בת 5 חדרים בפרויקט "ECO פתח תקווה".
4. על פי הסכמי המכר, מחיר הדירה הנקוב בהסכם המכר של המבקש 1 עמד על 2,080,000 ₪. מחיר הדירה הנקוב בהסכם המכר של המבקשת 2 עמד על 2,200,000 ₪ וכן מחיר הדירה הנקוב בהסכם המכר של המבקש 3 עמד על סך 1,699,000 ₪.
5. במסגרת בקשת האישור טענו המבקשים כי בפועל המשיבות גבו סכומים הגבוהים באלפי שקלים, זאת בשל אופן הצמדת סכום התמורה למדד תשומות הבנייה במסגרת הסכמי המכר. מדד תשומות הבנייה משקף את השינוי בעלויות בניה של דירות מגורים ישראל תוך שהוא מתחשב בעלויות שונות והוא מפורסם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בכל ה-15 לחודש.

נבו nevo.co.il

לטענתם בהשוואה למדד המחירים לצרכן הרי שמדד תשומות הבנייה נמצא במגמת עליה לאורך שנים ארוכות וכי משנת 2010 עד לשנת 2018 הוא עלה ב-19.7 נקודות.

6. בענייננו של המבקש **1** נטען כי על פי הסכם המכר סך התמורה עמדה על 2,080,000 ₪. לטענת המבקש כבר ביום החתימה על הסכם המכר עמדה התמורה על סך של 2,087,775.7 מבלי שהדבר היה ידוע למבקש 1, זאת בשל העובדה כי סך התמורה בהסכם הוצמדה למדד תשומות הבנייה של חודש נובמבר 2015, שעמד על 107.0 נקודות ופורסם ביום 15.12.2015, כחודש וחצי לפני מועד החתימה על ההסכם.

7. באשר למבקשת **2,** הרי שבעוד על פי הסכם המכר היה על המבקשת 2 לשלם סך של 2,200,000 בדיעבד התברר למבקשת 2 כי מחיר הדירה בפועל במועד החתימה עמד על 2,202,056.07 ₪. בעניין המבקשת 2 נטען כי סכום התמורה שצוין בהסכם הוצמד למדד חודש ספטמבר 2015, אשר עמד על 107 נקודות, זאת חרף העובדה כי במועד החתימה (16.11.15) מדד חודש אוקטובר היה ידוע והיה על המשיבות להצמיד את הסכום למדד העדכני.

8. באשר למבקש **3** נטען כי בעוד במועד החתימה על ההסכם (6.8.2012) מחיר הדירה נקבע על סך של 1,699,000 ₪ הרי שהתברר בדיעבד מחיר הדירה עמד על 1,703,963 ₪, וזאת בשל העובדה שהתמורה החוזית הוצמדה למדד חודש מאי 2012, אשר עמד על 102.7 נקודות ופורסם ביום 15.6.2012, כאשר המועד האמור לא היה רלוונטי בעת חתימת ההסכם.

9. לטענת המבקשים חוזי המכר של המשיבות הינם חוזים אחידים, המנוסחים על ידי המשיבות לצורך התקשרותן עם רוכשי דירות בפרויקטים שונים. נספח א' להסכם המכר הוא נספח התשלומים והמועדים, במסגרת סעיף 3 לנספח נקבע סכום התמורה של כל אחד מדירות המבקשים. כמו כן סעיף 6 לנספח קובע את ההצמדה למדד תשומות הבנייה. לטענת המבקשים אופן הצגת התמורה החוזית על ידי המשיבות הוא שקרי ובפועל, לגבי כל אחד מן המבקשים כבר במועד החתימה על ההסכם המכר הוסתר מחירם האמיתי של הדירות.

10. המבקש **1** צירף לבקשת האישור צילום מסך של מצב החשבון שקיבל מהמשיבות ביום 19.7.2018. לטענת המבקש 1 בסמוך למועד החתימה הוא שילם סך של 416,000 ₪, לפי שער מדד של 107.4. המבקש **1** טען כי המשיבות הצמידו את סכום התמורה כך שהחישוב יחל במדד חודש נובמבר 2015 שפורסם ביום 15.12.2015 (107 נקודות) ויסתיים במדד חודש דצמבר 2015 (107.4 נקודות), כאשר מדד חודש דצמבר פורסם ביום **15.1.2016**. מכאן, כבר עבור התשלום הראשון גבו המשיבות מדד אחד נוסף, כך שכבר עבור התשלום הראשון שילם תומר 1,324.23 ₪ הצמדה לא כולל מע"מ. כך נהגו המשיבות גם המבקשת 2 והמבקש 3.

11. לטענת המבקשים כאשר הגיעו לפגישת שיווק, ועוד בטרם היו מיוצגים הם הוחתמו על טופס חד צדדי שכותרתו הייתה "הודעה על כוונה לרכוש דירה". המבקש 1 חתם על הטופס ביום 30.12.2015. במסגרת הטופס צוין כי סך התמורה יוצמד למדד תשומות הבניה של חודש נובמבר 2015 ואילו המבקשת **2** הוחתמה ביום 27.10.2015, כאשר בעניינה צוין כי המדד אליו יוצמד סכום התמורה יהיה של חודש ספטמבר 2015.

12. באשר למבקש **3** הרי שהוא ורעייתו חתמו על טופס ביום 8.7.2012, כאשר בעניינם צוין כי כלל התשלומים מלבד התשלום הראשון כוללים מע"מ והפרשי הצמדה. בצד הטופס נכתב בכתב יד "20%-80% צמוד למדד הבנייה ללא תוספת ריבית".

nevo.co.il

13. לטענת המבקשים טופס הודעה אינו הסכם מחייב וכי המשיבות מיהרו להחתים על הטופס האמור כתנאי למסירת טיוטת הסכם מכר לצורך ניהול משא ומתן. עוד טענו המבקשים כי סעיף 15.19 להסכם המכר קובע כי:

> **מוסכם בזאת כי תנאי הסכם זה ממצים באופן בלעדי את המוסכם והמותנה בין הצדדים וכי החברה לא תהיה קשורה בכל הבטחות, פרסומים, הצהרות, מצגים, הסכמים והתחייבויות בע"פ או בכתב שאינן נכללות בהסכם זה ושנעשו אם בכלל לפני חתימתו והקונה לא יהיה רשאי להסתמך עליהם בכל צורה או לכל מטרה שהיא, והוא מוותר על כל טענה ו/או דרישה כלשהי כלפי החברה בקשר לכך. כל שינוי של הסכם זה חייב להיעשות בכתב ובחתימת הצדדים.**

14. מכאן, הרי שעם חתימת הסכם המכר פג תוקפו של טופס ההודעה ולכן אין בטופס ההודעה כדי לקבע את מועד כריתת הסכם המכר לצורך תחילת חישוב ההצמדה למדד תשומות הבנייה.

15. לטענת המבקשים הם הוטעו על ידי המשיבות לחשוב כי מחיר דירתם יוצמד למדד תשומות הבנייה העדכני ליום חתימת ההסכם. ככל שלא כך הם פני הדברים, הרי שהמשיבות היו מחויבות להבהיר כי מחיר הדירה בפועל הוא שונה מזה שסוכם עליו וכן לציין את המחיר העדכני המסגרת העמוד הראשון של נספח א' להסכם המכר – נספח התשלומים והמועדים.

16. עוד נטען כי אין כל היגיון מסחרי בהצמדת מחיר הדירה למועד החתימה על טופס ההודעה. לאחר שהמשיבות מחתימות את המתעניינים ברכישת דירה על טופס ההודעה המשיבות ממשיכות לשווק את הדירות, באותן המחירים כך שהמחיר לרוכש כלל לא נשמר. כך נוצר מצב שרוכשי הדירות שרכשו במועד מוקדם יותר, ישלמו בפועל מחיר גובה יותר לאור עליית המדד.

17. כך לדוגמה בעניינו של המבקש **3**. הוא חתם על טפס התעניינות ביום 8.7.2012. המשיבות הצמידו את מחיר הדירה למדד שהיה עדכני לאותו יום, אך בפועל המשיכו לפרסם את הדירות בפרויקט באותו מחיר של 1,699,000 ₪, כאשר צוין במודעה כי המשיבות תמשכנה לשווק את הדירות במחיר זה עד ליום 31.12.2012. מכאן שהמשיבות לא שומרות את המחיר לטובת מתעניינים אלא משיכות לשווק את הדירות באותן מחירים. לכן, אין כל הצדקה מסחרית לביצוע הצמדה למדד בשלב שבין החתימה על טפסי ההודעה לבין כריתת הסכם המכר.

18. לטענת המבקשים, המתווה בטופס ההודעה היה נתון לשינויים, מה גם שטיוטת הסכם המכר הועברה לידי המבקשים רק לאחר החתימה על טופס ההודעה כאשר סעיף המדד היה ריק מתוכן.

19. כך לדוגמה המבקש **3** קיבל את טיוטת ההסכם באותו יום שבו חתם על טופס ההודעה כאשר תנאי התשלום נותרו ריקים. לא צוין בנספח מחיר הדירה, לא ננקב מדד הבסיס וגם לא תאריך הפרסום.

20. לטענת המבקשים, **לרוב** המשיבות מציגות את הסכם המכר המלא רק במועד חתימת ההסכם ובשל אופיו המרגש של מעמד החתימה הרי שהרוכשים לא בודקים את הסעיף הרלוונטי של הצמדות למדד וכן לא מסוגלים להתמודד עם שינוי או עדכון במעמד חתימת ההסכם.

21. עוד נטען כי גם אם אוזכר מדד בטיוטת ההסכם הרי שהוא היה המדד העדכני ליום שבו הועברה לרוכשים טיוטת ההסכם. מכאן, שכלל שהרוכשים היו מיוצגים על ידי עו"ד מטעמם, בנפרד מבאי כוח המשיבות הרי שבשים לב לכך שהמדד שהופיע בהסכם היה עדכני למועד חתימת ההסכם הרי שהן לא העירו לעניין זה.

nevo.co.il

22. באשר למנגנון ההצמדה שקבוע בהסכם, הרי שסעיף 6 לנספח התשלומים המועדים קובע כי לכל תשלום מתשלומי התמורה יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש נובמבר שבוצע ביום 15.12.2015. סעיף 6.2 קובע:

> **...על כל התשלומים (למעט התשלום הראשון שישולם במעמד חתימת ההסכם) להתבצע בין ה16 ל-31 בחודש התשלום. במידה והתשלומים יבוצעו בין 1-15 לחודש, הם יוצמדו למדד שיפורסם ב-15 לחודש בו בוצע התשלום והפרשי הצמדה ישולמו במעמד ביצוע התשלום על פי המועדים המפורטים בסעיף 4 לעיל. אם במועד ביצוע התשלום לא ידוע המדד החדש אזי הקונה ישלם כל תוספת בגין עליה של המדד החדש לעומת המדד הידוע במועד ביצוע התשלום הבא.**

23. המבקשים טענו כי המדובר בסעיף מקפח ופסול שכן על המשיבות היה להצמיד את התשלום למדד הנכון והעדכני ליום התשלום, בעוד בפועל הן הצמידו את התשלומים ששילמו רוכשי הדירות במחצית הראשונה של כל חודש למדד שעוד טרם פורסם במועד התשלום בפועל. עוד נטען כי המשיבות אף הבינו את הבעייתיות שקיימת בגביית מדד נוסף וזאת הסיבה מדוע גביית המדד לא חלה על התשלום הראשון.

24. לטענת המבקשים, עילה זו רלוונטית כי לתשלומים שבוצעו במחצית הראשונה של החודש שכן תשלומים שבוצעו לאחר ה-16 לחודש הוצמדו למדד שפורסם באותו חודש. מכאן, שבכל תשלום שבוצע בתחילת החודש המשיבות נהנו מעליית מדד נוספת באופן פסול.

25. באשר לשיעור הנזק שנגרם לכל אחד מהמבקשים, הרי שעניינו של המבקש **1** בין מועד רכישת הדירה לבין מועד ביצוע התשלום הראשון מדד תשומות הבנייה עודכן 28 פעמים ואילו המשיבות עדכנו את המדד 30 פעמים, גם עבור מדד חודש נובמבר 2015 וגם עבור מדד חודש מאי 2018. דברים אלו נכונים גם לעניין המבקשת **2**.

26. באשר למבקש **3**, ביום 6.9.2012 הוא הגיע למשרדי המכירות של המשיבות על מנת לקבל שוברים לצורך ביצוע התשלום השני. הנציגה מסרה למבקש 3 כי עליו ליצור עימם קשר לאחר יום 15.9.2012, קרי לאחר פרסום המדד וזאת על מנת לברר כמה כסף עליו הוסיף. ביום 20.9.2012 שוחח המבקש 3 עם הנציגה ונאמר לו כי עליו להוסיף סך של 1,000 ₪.

27. עילות התביעה להן טענו המבקשים הן: קיומו של תנאי מקפח בחוזה אחיד בהתאם לאמור בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: "**חוק החוזים האחידים**"). לטענת המבקשים מנגנון ההצמדה נועד לשמור על ערכה הריאלי של התמורה החוזית כאשר ההצמדה למדד תשומות הבנייה נועדה למנוע מצב שחברות הבנייה יגיעו למצב של חיסרון כיס כתוצאה מירידת הערך של התמורה החוזית במהלך ההסכם. מכאן, שהתנהלות המשיבות פסולה שכן הן קבעו את ההצמדה לחודש סתמי, המנותק ממועד חתימת ההסכם בפועל.

28. לטענת המבקשים אופן ההצמדה הראוי צריך להיות זהה לאופן ביצוע ההצמדה בהתאם להגדרה של "הפרשי הצמדה" הקבוע בסעיף 1 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, כך שכל תשלום יבוצע בהתאם לשינוי בין המדד שפורסם בסמוך לפני חתימת ההסכם ולמדד שפורסם בסמוך לפני התשלום. עוד טענו המבקשים כי יש מקום להתערב בסעיף 6.2 להסכם המכר שכן אין מדובר בסעיף תמורה ישירה כהגדרתו בסעיף 23 לחוק החוזים האחידים.

29. עוד טענו המבקשים כי המשיבות הפרו את הוראות סעיף 2(א) וסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"). לסעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן נטען כי המשיבות הטעו את הרוכשים לעניין מחיר הדירה שכן בפועל המחיר היה שונה לחלוטין מהמחיר

nevo.co.il

החוזי הנקוב. באשר לסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן נטען כי המשיבות הפרו סעיף זה שכן המחיר שנקבע בהסכם המכר לא היה המחיר הכולל שכן הושמט ממנו רכיב ההצמדה.

30. עוד טענו המבקשים כי המשיבות הפרו את הוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל״ג-1973 (להלן: **״חוק החוזים״**) שכן סעיף 6.2 להסכם המכר הוא סעיף פסול הנוגד את תקנת הציבור. עוד נטען כי המשיבות הפרו את חובת תום הלב וזאת בהתאם לסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים וכי סעיף זה נכלל בחוזה עקב טעות, הטעיה, כפיה ועושק בניגוד לאמור בסעיפים 14, 15, 17 ו-18 לחוק החוזים.

31. עוד נטען כי המשיבות התעשרו שלא כדין על חשבון חברי הקבוצה זאת לאור אופן הצמדת התמורה למדד תשומות הבנייה ותוך הפרת הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל״ט-1979 (להלן: **״חוק עשיית עושר״**). כמו כן נטען כי התנהלות המשיבות מהווה רשלנות בהתאם לסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: **״פקודת הנזיקין״**) שכן גביית הפרשי המדד אינו מעשה סביר של החברה. כמו כי יש לפרש את סעיפי הסכם המכר בהתאם לכלל הפרשנות כנגד המנסח, וזאת בשים לב לפערי הכוחות בין המשיבות לרוכשים.

32. הקבוצה שנפגעה מהתנהלות המשיבות הוגדרה כ״**כל מי שרכש נכס מהמשיבות (ביחד ולחוד) והתמורה עבור הנכס הוצמדה למדד הקודם למדד האחרון הידוע בעת חתימת הסכם המכר וכל מי שרכש מהמשיבות (ביחד ולחוד) אשר לפחות אחד מתשלומי התמורה עבור הנכס הוצמד למדד שטרם פורסם בעת התשלום שביצע בפועל וכל מי שעתיד לרכוש נכסים מהמשיבות**״.

33. באשר לשיעור הנזק האישי שנגרם לכל אחד מן המבקשים, צירפו המבקשים לבקשת האישור חוות דעת מומחה. על פי החישוב בחוות הדעת הוצמדו כל אחד מתשלומי התמורה שבוצעו בפועל למדד החל מהמדד האחרון שפורסם בטרם חתימת הסכם המכר ועד למדד האחרון שפורסם לפני ביצוע התשלום.

34. תוצאת החישוב מהווה את הסכום שכל אחד מן המבקשים שילם בפועל למשיבות, תוך הפחתת הסכומים שלטענת המשיבות המבקשים שילמו להם. באשר למבקש **1** סך הנזק האישי הועמד על 8,697 ₪. באשר למבקשת **2** סך הנזק האישי הועמד על 5,968 ₪ ואילו בעניין המבקש **3** סך הנזק האישי הועמד על סך של 6,206 ₪.

35. יצוין כי מעיון בחוות דעת המומחה עולה כי הוא בחן בנפרד ״שתי עילות תביעה״. העילה הראשונה, היא כי על המשיבות היה להתחיל להצמיד את תשלומי המדד מהמדד שהיה ידוע בעת חתימת ההסכם. העילה השנייה כי היה על המשיבות לסיים את ההצמדה למדד בכל אחד מהתשלומים לפי המדד שהיה ידוע בעת ביצוע התשלום ולא לגבי מדד שיפורסם מאוחר יותר לגבי תשלומים שבוצעו במחצית הראשונה של החודש.

36. מעיון בחוות הדעת עולה כי באשר למבקש **1**, נזקו האישי בגין העילה הראשונה הועמד על סך של 8,145 ₪ ואילו בגין מה שהוגדר כעילה השנייה הנזק האישי עומד על סך של **552** ₪. באשר למבקשת **2**, הרי שלעניין עילת התביעה הראשונה נגרם לה נזק בשיעור של 2,158 ₪ ואילו בגין עילת התביעה השנייה נגרם לה נזק בסך של **3,531** ₪ [ר׳ סעיפים 27-28 לחוות הדעת]. באשר למבקש **3**, הרי שלעניין העילה הראשונה שיעור הנזק עומד על 4,693 ₪ ולעניין עילת התביעה השנייה הועמד הנזק על סך של **1,103** ₪ [ר׳ סעיפים 42 ו43 לחוות הדעת].

nevo.co.il

37. באשר לנזק לקבוצה צוין כי הוא אינו ניתן להערכה בשלב זה, אולם לאור שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מן המבקשים ולאור היקף הדירות שנבנו על ידי המשיבות הרי שמדובר בסכום אשר מצוי בסמכותו של בית המשפט המחוזי.

38. **המשיבות** הגישו את תשובתן לבקשת האישור במסגרתה נטען כי יש להורות על דחיית בקשת האישור.

39. בפתח תשובתן טענו המשיבות כי המבקשים העלימו מעיני בית המשפט את התשתית העובדתית המלאה של רכישת הדירות. תחילתו של הליך הרכישה עת הרוכש הפוטנציאלי מגיע למשרדי המשיבות שם מוצגות לו הדירות השונות שקיימות במלאי וכן התנאים המסחריים לרכישת הדירה, כולל מחיר הדירה ותנאי ההצמדה למדד. תנאים אלה מהווים בסיס למו״מ מסחרי.

40. ככל שהרוכש מעוניין הוא מוחתם על טופס הרשמה ומאותו מועד מחיר הדירה ״מוקפא״ עבור הרוכש. לאחר חתימת הטופס נשלחת טיוטת חוזה מכר על ידי באי כוח המשיבות ובשלב הזה לרוב הרוכש מצטייד בעורך דין מטעמו ומכאן מתחיל מו״מ. אם המו״מ מצליח, נחתם הסכם מכר. הסכם המכר כולל את נספח א׳ שהוא נספח התמורה שבו יש פירוט ברור ופשוט לגבי המחיר והתשלומים וכן תנאי הצמדתם למדד תשומות הבנייה. כמו כן כולל הסכם המכר ״נספח שינויים״ המסכם את כל השינויים עליהם הסכימו הרוכש והמשיבות.

41. המבקש **1** רכש דירה בפרויקט ECO, בשנת 2012. ביום 30.12.2015 חתם יחד עם אישתו על ״הודעה על כוונה לרכוש דירה״ סעיף 3 להודעה קובע כי ״**...מחיר הדירה יהיה צמוד לעליית מדד תשומות הבנייה בהתאם להוראות שיפורטו בנספח התשלומים שיצורף לחוזה כאשר המדד הבסיסי הינו המדד הידוע במועד חתימת מסמך זה, דהיינו מדד חודש נובמבר שפורסם ביום 15.12.15 ואשר עומד על – נקודות**״. בהמשך להודעה, ביום 31.12.2015 נשלח למבקש **1** ולרעייתו טיוטת הסכם מכר. עוד צוין כי המבקש **1** לא היה מיוצג על ידי עו״ד.

42. ביום 6.1.2016 שלח המבקש **1** הודעת דואר אלקטרוני למשיבות במסגרתה ציין כי יש לו הערות ותיקונים לא מעטים, וכי יהיה צורך בעזרתו של עו״ד אולם כדי לחסוך זמן הוא מבקש לקבל לידו את נספח התיקונים של רוכשים אחרים בפרויקט. מכאן שיש לדחות את טענת המבקש כי ״לא הבין על מה הוא חותם״ שכן הוא זה שבחר לא לשכור שירותי עו״ד.

43. ביום 7.1.2016 נשלח למבקש **1** נספח השינויים שנחתם עם הרוכשים אחרים, אשר היו מיוצגים על ידי עו״ד. בין המבקש **1** לבין המשיבות התנהל מו״מ לעניין הסכם המכר ונספחיו. הצדדים החליפו הערות וכן נוסחים שונים של נספח השינויים להסכם. כך בין היתר קיבלו המבקש 1 ואישתו זיכוי על סך 5,000 ₪ להזמנת שינויים אצל הקבלן.

44. ביום 20.1.2016 שלחו ב״כ המשיבות למבקש **1** העתקים מנספחי השינויים להסכם המכר, למפרט הטכני ולנספח התמורה כאשר המבקש **1** אישר את נוסחם. ביום 26.1.2016 העביר המבקש **1** פרטים לצורך דיווח לרשויות מיסוי מקרקעין. הסכם המכר בעניינו של המבקש **1** נחתם ביום 21.1.2016. כמו כן, נחתם בין הצדדים נספח שינויים להסכם אשר המבקש **1** לא טרח לצרף לבקשת האישור.

45. לעניין סעיפי התמורה הסכם המכר של המבקש, במסגרת סעיף 6 לנספח התשלומים נקבע כי ״**לכל תשלום מתשלומי התמורה כאמור בסעיף 4 לעיל, יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש נובמבר שפורסם ביום 15.12.2012 ואשר עומד של 107.0 נקודות לפי בסיס יולי 2011...**״.

נבו nevo.co.il

46. באשר למבקשת **2**, הרי שהיא ובעלה רכשו דירה בפרויקט ECO ״נווה עוז הירוקה״ בשנת 2015. ביום 27.10.2015 חתמו השניים על ״הודעה על כוונה לרכוש דירה״. בסעיף 3 להודעה צוין כי ״**...מחיר הדירה יהיה צמוד לעליית מדד תשומות הבנייה בהתאם להוראות שיפורטו בנספח התשלומים שיצורף לחוזה כאשר המדד הבסיסי הינו המדד הידוע במועד חתימת מסמך זה, דהיינו מדד חודש ספטמבר שפורסם ביום 15.10.15 ואשר עומד על _____ נקודות**״.

47. על בסיס הודעה זו, ביום 28.10.2015 נשלח למבקשת **2** העתק מהסכם המכר ונספחיו. לעניין המבקשת 2 הרי שהיא לא ציינה במסגרת תצהירה כי היא נשואה לאחיו של המבקש **3**, וכי היא כלתו של עו״ד יצחק בוכבזה, אשר ייצג אותה ואת בעלה. נטען כי המדובר בעו״ד ותיק בתחום המקרקעין וכן אביו של המבקש 3 וכי יש בכך כדי להשליך על הולמות וראויות המבקש הייצוגי.

48. לטענת המשיבות עו״ד בוכבזה ניהל משא ומתן לעניין הסכם המכר של המבקשת **2** ובעלה. בין היתר במסגרת המו״מ שונה מועד התשלום הראשון וכן מועד התשלום השני. כמו כן, בדומה למבקש **1** הרי שגם בעניין המבקשת **2** קיים נספח שינויים אשר היא לא צירפה לבקשת האישור. הסכם המכר נחתם ביום 16.11.2015.

49. המשיבות טענו כי סעיפי התמורה בהסכם המכר זהים, למעט התאמות ושינויי ניסוח מעטים בהשוואה להסכם המכר של המבקש **3**. במסגרת סעיף 6 לנספח התשלומים בעניינה של המבקשת **2** צוין כי ״**לכל תשלום מתשלומי התמורה כאמור בסעיף 4 לעיל יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש ספטמבר שפורסם ביום 15.10.2012 ואשר עומד על 107.0 נקודות**״. עוד נטען כי בא כוחה של המבקשת **2** המשיך לעמוד בקשר עם ב״כ המשיבות גם לאחר החתימה על הסכם המכר.

50. המבקש **3** ואישתו רכשו בשנת 2012 דירה בפרויקט ECO בכפר גנים פתח תקווה. ביום 8.7.2012 חתמו השניים על ״בקשה לעריכת חוזה״ ושילמו דמי הרשמה. בסעיף 4 לבקשה לעריכת חוזה צוין כי ״**מחיר הדירה יהיה צמוד למדד תשומות הבנייה שמתפרסם ע״י הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. מדד הבסיס: המדד הידוע ביום חתימת הבקשה לעריכת החוזה, ועומד על 102.7 נקודות**״. בהתאם לבקשת המבקש **3** נערך חוזה והעתק מהסכם המכר נשלח למבקש **3** באותו יום.

51. עוד טענו המשיבות כי המבקש **3** העלים מעיניו של בית המשפט את העובדה כי במסגרת ההתקשרות בין הצדדים היו הוא ואישתו מיוצגים גם הם על ידי עו״ד יצחק בוכבזה. נטען כי עו״ד בוכבזה ניהל משא ומתן ביחס להסכם המכר של המבקש **3**. במסגרת תשובתם צירפו המשיבות שורה של תכתובות בין שהוחלפו בין הצדדים החל מחודש יולי 2012, זאת בהמשך להערות המבקש **3** להסכם המכר.

52. ביום 5.8.2012 נערך נספח שינויים להסכם המכר של המבקש **3** וביום 6.8.2012 נחתם הסכם המכר בין הצדדים. לטענת המשיבות לאור קיומו של ״נספח שינויים״ הרי שלא ניתן לטעון לקיומו של חוזה אחיד.

53. במסגרת סעיף 8.3 להסכם המכר נקבע כי ״**כל תשלום מן התשלומים שעל הקונה לשלם לחברה על פי הסכם זה יהיה צמוד בהתאם לתנאי ההצמדה שנקבעו בנספח א**״. סעיף 4 לנספח התשלומים קבע את מועדי התשלום ואילו סעיף 6 לנספח התשלומים קובע כי ״**לכל תשלום כאמור, יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש מאי שפורסם ביום 15.6.2012 ואשר עומד על 102.7 נקודות**״.

נבו nevo.co.il

54. מן האמור לעיל עולה הסכמי המכר שנחתמו עם המבקשים אינם חוזים אחידים שכן הסכמי המכר נחתמו על לאחר משא מתן בין הצדדים כאשר המבקשים **2-3** היו מיוצגים על ידי עו"ד. כאשר בין היתר נטען כי גם לעניין סוגיות הנוגעות לשיעור התמורה התנהל מו"מ בין הצדדים.

55. לטענת המשיבות תנאי ההצמדה של תשלום התמורה למדד אינם "חקוקים בסלע" ואף הם נתונים למשא ומתן מסחרי בין הצדדים שכן בסופו של דבר תנאי ההצמדה למדד משקפים את סכומי הכסף והמקח ביחס אליהם יקבע איזה צד יישא בסכומים אלו.

56. הן המבקש **1** והן המבקש **3** ניסו לשנות את תנאי מנגנון ההצמדה כאשר המשיבות דחו את הערותיהן. באשר למבקש **1**, מהות השינוי שהתבקש הייתה בגדר דרישה מסחרית להפחית את סכום התמורה. המשיבות כאמור סירבו לדרישה זו. באשר למבקש **3** המשיבות דחו את הערותיו זאת בשים לב לעובדה כי נתנו לו תנאי תשלום נוחים למדי מבחינת עלויות המימון והעמדת הון עצמי.

57. עוד טענו המשיבות כי במקרים של רוכשים אחרים, נעשו סיכומים אחרים גם לעניין תשלומים, מועדים ואופן הצמדת התשלום, שינויים שיש בהם כדי לשקף טובת הנאה כספית לרוכש.

58. יש אף לדחות את הטענה כי סעיף 6 להסכם המכר מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. קיים היגיון כלכלי בשמירה על הערך הריאלי של מחיר התמורה בין המועד שבו מסוכמת התמורה הכספית (מועד חתימת טופס ההתעניינות) לבין מועד חתימת הסכם המכר שבמסגרתו מוסדרים כלל הסוגיות המשפטיות.

59. גם אם היה מדובר בענייננו בחוזה אחיד הרי שאין בסעיף 6 כדי להוות תנאי מקפח. תנאי מקפח הוא תנאי שיש בו משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות וזאת בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות. לעניין נסיבות אחרות נקבע כי יש לבחון את האלטרנטיבות הקיימות בפני הלקוח. בענייננו עמדו לרשות המבקשים אלטרנטיבות רבות אחרות והם העדיפו לרכוש את דירתם מידי המשיבות.

60. כמו כן לאור העובדה שלמעשה נדונה השאלה איזה צד יישא בעלויות הכספיות שנובעות מהשינוי בהפרשי המדד הרי שמדובר בתנאי שנוגע לתמורה הכספית ולכן חל בענייננו סעיף 23(1) לחוק החוזים האחידים. תנאי ההצמדה למדד לא נעלמו מעיניהם של רוכשי הדירות, כאשר המבקשים **2** ו-**3** או **1** ו-**3** ביקשו להכניס שינויים לעניין זה.

61. המשיבות טענו כי מנגנון ההצמדה שנקבע נועד לשמור על אינטרס המשיבות. מיום החתימה על ההודעה המשיבות "מקפיאות" את הדירה ונמנעות משיווקה כדי לנהל מו"מ וזאת מבלי שהם מקבלות כל תמורה אך במקביל נאלצות לשאת בעלויות תשומות הבנייה שעולות. לאור העובדה שלעיתים המשא מתן עלול להתמשך הרי שהעלויות בהם נושאות המשיבות נתונות לשינוי בשים לב לשינויים במדד.

62. יש בשיטת ההצמדה האמורה כדי להגן על המשיבות. המועד בו מסוכמים עם הרוכש הפוטנציאלי הפרטים הבסיסיים ביחס לעסקת המכר הוא המועד שבו הרוכש מגיע למשרדי המשיבות וחותם על טופס בקשה לעריכת חוזה. עיקר התמורה מסוכם במועד זה וגם לא נקבע אחרת.

63. יש לדחות את הטענה כי המשיבות לא מקפיאות את מחיר הדירה עבור רוכשים. בין היתר נטען כי המבקש **3** לא הצליח להראות כי המשיבות הציגו את הדירה שסוכמה עימו

nevo.co.il

למתעניינים אחרים ואף לא הצליח להראות כי המשיבות לא הקפיאו עבורו את המחיר. המבקש 3 רכש את הדירה במסגרת מבצע של מכירה מוקדמת, אשר נמשכה במשך תקופה גם לאחר שהמבקש חתם על הסכם המכר.

64. אם המשיבות לא היו מקפיאות למבקשים את מחיר הדירות הרי שלא מן הנמנע כי מחיר הדירות היה מתעדכן בהתאם למחירון ולתנאי השוק.

65. הסיכון האמור מנוטרל במסגרת "ההקפאה" של המחיר. כך לדוגמה רוכש התעניין בדירה בפרויקט, סוכם על מחיר של 2,000,000. הוא חתם על טופס כוונה לרכישת דירה ביום 30.11.2015. אותו רוכש התחרט, הגיע רוכש אחר, ובמסגרת הטופס המקדים שנחתם ביום 30.12.2015 מחיר הדירה עלה ל-2,000,035.

66. יש גם לדחות את ניסיון המבקשים לעניין טופס "ההודעה על כוונה לרכוש דירה" שכן המדובר בפרקטיקה מקובלת. אומנם הטופס מהווה רק שלב אחד במשא ומתן לקראת גיבוש חוזה מפורט אף הוא משקף את התנאים המסחריים הבסיסיים ביותר של העסקה עליהם סוכם באופן ראשוני.

67. יש לדחות את הטענה כי הצדדים מסכמים על מחיר הדירה רק ביום החתימה על הסכם המכר. מועד החתימה על ההסכם הוא תוצר של מו"מ ממושך בין הצדדים. החתימה עצמה באותו מועד נעשית כאשר כל הסוגיות כבר סגורות והצדדים מתכנסים אך ורק על מנת לחתום.

68. עוד נטען כי הטופס המקדים האמור יכול לבוא בגדר שורה של תבניות משפטיות שיש בהם כדי לשמור את הקרקע תחת טענות המבקשים, כך הוא יכול לשמש כלי פרשני לצורך פרשנות הסכם המכר הסופי ונספחיו. ברור גם שהסכם המכר מעגן את מה שהוסכם עליו במסגרת אותו טופס, ולכן הטופס ופרטיו נבלעים בתוך הסכם המכר. בטופס האמור גם מצוין המדד הרלוונטי לחודש הספציפי לעניין ביצוע ההצמדה ומכאן שיש לדחות את הטענה כי המבקשים סברו שהמדד "יתעדכן" מעצמו בעמוד חתימת הסכם המכר.

69. המנגנון הקבוע בסעיף 6.2 לנספח התשלומים קובע כלל מאוד פשוט. ברירת המחדל היא שעל התשלום להיות משולם בין ה-16 ל-31 לכל חודש. תשלום שכזה יוצמד למדד הידוע בעת התשלום, כלומר זה שפורסם ב-15 לחודש שבו בוצע התשלום. החריג הוא תשלומים בין ה-1 לחודש ל-15 לחודש. הקדמה או איחור של תשלום בנסיבות אלו, תביא להצמדתו למדד שיפורסם ב-15 לחודש שבו שבוצע התשלום.

70. לטענת המשיבות מתן האפשרות לבצע תשלומים בין ה-1 ל-15 לחודש היא לשם מתן גמישות מצד המשיבות וזאת כדי לאפשר לרוכשים תשלום גם במועדים נוספים וכי אין לפרש גמישות זו כתנאי מקפח. עוד נטען כי תנאי ההצמדה שנגדם קובלים המבקשים נותנים לשינויים מסוימים במסגרת הסכם המכר.

71. באשר ליתר הטענות המשפטיות, נטען כי הן נטענו בהיעדר כל פירוט בניסיון "לירות לכל הכיוונים" ורק מן הטעם הזה יש להורות על דחייתם. באשר לטענה לעניין סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן נטען כי יש המבקשים לא עמדו בנטל לעניין הוכחת קיומו של מצג מטעה והסתמכות. לחילופין עומדות למשיבות הגנת הידיעה הקבועה בסעיף 4(א) לחוק הגנת הצרכן.

72. עסקת רכישת דירה היא אחת מהעסקאות החשובות ביותר בחייו של אדם, במהלכה הוא נעזר בייעוץ משפטי והוא מודע היטב לתשלומים שעליו לשלם. אדם סביר אינו מפספס את הסכומים שעליו לשלם, ודאי שלא עת הוא מלווה בייעוץ משפטי. יתרה מכך טענה כי המבקשים לא קראו את ההסכם או לא עיינו בו, אינה יכולה לעמוד להם. יש אף לדחות את הטענה לעניין

nevo.co.il

הטעיה שכן במסגרת בקשת האישור המבקשים לא חלקו על כך שקיים צורך להצמיד את מחירי הדירות למדד, מכאן שהם ידעו כי מחירי הדירות יכולים להשתנות.

73. יש אף לדחות את טענות המבקשים לעניין הפרת סעיף 17 חוק הגנת הצרכן וזאת לאור הרקע החקיקתי שכן ספק אם פרק ד לחוק הגנת הצרכן נועד לחול בנסיבות של הצמדת תשלום למדד. לטענת המשיבות מדד אינו בגדר סכום שנוסף למחיר אלא מדובר באותו מחיר בערכו הריאלי.

74. אין לקבל את הטענה כי המבקשים נחשפו לתנאי ההצמדה רק במעמד הסכם המכר שכן זמן רב טרם החתימה קיבלו המבקשים לידם את נספח א להסכם כאשר המבקש 1 והמבקש 3 אף ניסו לנהל משא ומתן לגבי תנאים אלו. יש אף לדחות את הטענה לעניין הפרת דיני החוזים, שכן הסכמי המכר נחתמו לאחר שנוהל משא ומתן ארוך בין הצדדים. סעיף ההצמדה הסכם אינו נוגד את תקנת הציבור ויש אף לדחות את הטענה לעניין חוסר תום לב מצד המשיבות לפי סעיפים 12 ו39 שכן הן נטענו ללא כל פירוט ובהיעדר כל בסיס.

75. באשר לטענות לעניין "טעות", "הטעיה", "כפייה" ו"עושק" הרי שעל הטוען טענות אלו קיים נטל הוכחה מוגבר. אין כל מקום לטענה בדבר כפייה או עושק וזאת לאור המשא ומתן הארוך שנוהל בין הצדדים.

76. יש אף לדחות את הטענה לעניין כלל הפרשנות נגד המנסח. כלל זה מופעל כאשר מוצעים שני פירושים סבירים והגיוניים לתניה בחוזה. המבקשים לא מציעים כל פרשנות סבירה משלהם והסיבה לכך ברורה – לשון הסעיף ברורה ומפורשת ולא ניתן להעלות על הדעת משמעות אחרת. המבקשים קוראים את ההסכם באופן סלקטיבי. יתרה מכך יש לדחות את הטענה לעניין פערי כוחות וזאת שוב לאור המו"מ שנוהל בין הצדדים.

77. הצדדים כאמור רשאים להסכים על מנגנון הצמדה וכך נעשה בהסכמי המכר בענייננו. יש אף לדחות את הטענה לעניין עשיית עושר. בין היתר נטען לעניין זה כי המשיבות פעלו כדין ובהתאם להסכמות הצדדים וכי המשיבות לא התעשרו שכן ההצמדה למדד משקפת את עליית ערך הכסף ואת התמורה הכספית אותה התחייבו המבקשים לשלם. יתרה מכך, אין תחולה לחוק עשיית עושר וזאת לנוכח קיומו של הסכם בין המבקשים לבין המשיבות, וזאת לאור האמור בסעיף 6 לחוק. יש אף לדחות את טענת הרשלנות שכן היא נטענה כלאחר יד באופן המקשה התייחסות.

78. **המבקשים** הגישו תגובה מטעמם במסגרתה חזרו על עיקר טענותיהם. לטענתם עצם העובדה שמדובר בהסכם של חברת בנייה עם לקוחותיהם הרי שמדובר בחוזים אחידים. עוד נטען כי נדחתה בפסיקה הטענה כי יש במתן ייעוץ עורך דין כדי להעיד על כך שאין מדובר בחוזה אחיד. אין אף בקיומו של משא ומתן כדי להעיד כי אין המדובר בחוזה אחיד.

79. באשר לטענות המשיבות לעניין "נספח השינויים" נטען כי יש במסמך זה כדי להעיד על קיומה של אחידות וכי המשיבות אין נסוגות במסגרת המשא ומתן והן שומרות על הסכמי המכר. סעיף ההצמדה אינו תולדה של משא מתן בין הצדדים אלא תכתיב של המשיבות.

80. יש אף לדחות את הטענה כי במקרים של רוכשים אחרים בוצעו סיכומים אחרים לגבי אופן ההצמדה למדד, שכל טענה זו לא הוכחה. מה גם ככל שאכן נערכו שינויים הרי שמתשובת המשיבה עולה כי המדובר בחמישה רוכשים בלבד מתוך אלפי רוכשים. מה גם שהמשיבות צירפו מסמכים שהושחרו. היה עליהם לצרף את ההסכמים המלאים, לא מושחרים, לפרט מה שמות הלקוחות וכן מה הקשר בין המשיבות לאותן לקוחות.

נבו nevo.co.il

81. יש אף לדחות לעניין הנסיבות המיוחדות של חוזה מכר דירה. עצם העובדה כי מדובר בעסקה גדולה מחייבת התערבות של בית המשפט בתנאי ההצמדה למדד. באמצעות סעיף ההצמדה מקבלות המשיבות רווח נוסף בעסקה באופן פסול על חשבון הלקוחות.

82. עוד נטען כי יש לדחות את הטענות לעניין תחולתו של סעיף 23 לחוק החוזים האחידים. במסגרת הסעיף נקבע כי לא ניתן להתערב בסוגיית התמורה במקרים שבהם התמורה היא פשוטה וברורה אולם אין זה המצב בעניינו. עוד נטען כי נקבע בפסיקה כי הנחת היסוד בהגנה הקבועה בסעיף 23 לחוק החוזים האחידים היא כי התמורה הכספית מצויה בליבת ההסדר החוזי והוא נותן עליה את דעתו יותר מאשר על תניות אחרות.

83. בעניינו, סעיפים שעוסקים במדד תשומות הבנייה אינם בליבת ההסדר החוזי. הלקוחות נותנים דעתם לסעיף התמורה הכללית הנוקב במחיר הדירה אך לא מתעסקים בסעיפים העוסקים באופן חישוב המדד המצוי בשולי ההסכם. בקשת האישור אינה עוסקת במחיר הדירה הנקוב שמפורסם על ידי המשיבות אלא ברכיב של הצמדה למחיר אשר מנוסח באופן סבוך וצופה פני עתיד. לטענתם הרוכשים אינם יודעים מה הסיכון בעליית המדד ואינם יכולים לתמחר אותו באופן מושכל.

84. עוד טענו המבקשים כי במסגרת תשובת המשיבות הם הודו כי חייבו את הלקוחות ביום חתימת ההסכם במחיר גבוה יותר מהמחיר שסוכם בטופס המקדים והן הסתירו זאת. המשיבות אף הסתירו מהמבקרים ומחברי הקבוצה האחרים את המחיר של הדירה בעת החתימה, שכן הן ידעו כי אם היו מגלות בהסכם כי המחיר בפועל הוא גבוה יותר מהמחיר הנקוב המבקשים היו דורשים לקבל את המחיר שסוכם במקור.

85. יש לדחות את טענת המשיבות לעניין פרק הזמן שבין מועד חתימת הטפסים המקדימים לבין חתימת ההסכם הסופי כי בפרק הזמן האמור עשוי המדד להשתנות ובהתאם גם העלויות בהן נושאות המשיבות. שינוי העלויות האמור יכול להיות רק לעניין עלויות הבנייה אשר מהוות חלק קטן יחסית מהמחיר שמשלמים הרוכשים. לעומת זאת מלוא המחיר מוצמד למדד תשומות הבנייה באופן שמשרת את המשיבות. מדד תשומות הבנייה משקף רק את עלויות הבנייה עצמה, כאשר מחיר הדירה מורכב מרכיבים נוספים. אין בהצמדה למדד תשומות הבנייה כדי לשמר את המחיר הריאלי אלא הוא מעשיר את המשיבות.

86. יש גם לדחות את טענת המשיבות בדבר "הקפאת" מחיר הדירה במועד החתימה על הטופס המקדים שכן למעשה באותו מועד המשיבות מצמידות את המחיר למדד תשומות הבנייה כך שעליית המדד מעלה בהכרח את מלוא מחיר הדירה עוד בטרם חתימה על הסכם המכר הסופי.

87. באשר לטענה כי החתימה על טופס מקדים היא פרקטיקה מקובלת הרי שאין גם בטענה זו כדי לסייע למשיבות. טענה זו לא הוכחה עובדתית ואין בהתנהגות פסולה של חברת בנייה אחת להיות הכשר להתנהלות פסולה של חברה אחרת. באשר למידע אשר נכלל בטופס המקדים, הרי שהוא טומן בחובו מידע מסחרי רב בנוגע לעסקה. אם מבצעים שינוי בתנאים המסחריים לאחר החתימה על הטופס המקדים הרי שהתנאים המסחריים החדשים והמעודכנים יופיעו במלואם בהסכם הסופי. יש אף לדחות את הטענה לעניין הסכמה מצד המבקשים. המדובר בסעיף מורכב מאוד שמשפיע על שיעור התמורה רק בשלב מאוחר לחתימה.

88. אין גם לקבל את הטענה כי ביצוע תשלומים בתחילת החודש בין ה-1 לחודש ל-15 לחודש היא בגדר חריג. אין כל סיבה למנוע מלקוחות להקדים תשלום ואין אף מקום להעניש לקוחות בשל רצונם להקדים תשלום. מה גם ש"ברירת המחדל" היא למראית עין בלבד שכן בפועל

nevo.co.il

הלקוחות משלמים למשיבות באופן שוטף גם בתחילת החודש והמשיבות מקבלות בפועל כספים גם בתחילת החודש. כך שאין הבדל בין שתי האפשרויות בסעיף.

89. אין גם בעובדה כי בוצעו שינויים ביתר סעיפי החוזה כדי לאזן את האמור בסעיפי ההצמדה. אין כל קשר בין סעיפי ההצמדה לבין סעיפים אחרים בהסכם. חוק החוזים האחידים נועד לבחון תנאים מקפחים ספציפיים בחוזים אחדים. מרגע שנקבע כי מדובר בחוזה אחיד הרי שכל תניה בחוזה תיבחן באופן אינדיווידואלי. בענייננו כאמור לטענת המבקשים החוזה כמכלול הוא חוזה אחיד.

90. באשר לשאלת מודעות המבקשים למחיר התמורה הסופי, טענו המבקשים כי המשיבות פעלו באופן פסול שכן הם הצליחו להטעות אפילו את הבנקים שמהם קיבלו המבקשים מימון. לעניין זה צירפו המבקשים את מסמכי המשכנתא של המבקש **1** ושל המבקש **3** כנספחים **3-4** לתגובה. מהמסמכים עולה בבירור כי הבנקים הוטעו להאמין שמחיר הנכס הוא המחיר הנקוב בהסכמי המכר.

91. יש לדחות את טענות המשיבות כי במידה ויש פער בין מועד הצגת העסקה למשא ומתן לבין מועד חתימת ההסכם הסופי סעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן לא חל, שכן במהלך פרק הזמן האמור המחיר לא אמור להשתנות. ככל שהמחיר השתנה הרי שיש ליידע את הלקוחות.

92. יש לדחות את טענת המשיבות לנושא "ההוצאות המשפטיות" לפי סעיף 6ג לחוק המכר שכן המדובר בסוגיה אשר מוסדרת באופן נפרד במסגרת חוק המכר. כמו כן יש לדחות את הטענה כי המדד היה ניתן לחישוב באופן פשוט. המדובר כאמור בחישוב מורכב שאינו טריוויאלי ונדרשת מומחיות לצורך ביצוע החישוב האמור.

93. יש לדחות את טענות המשיבות לעניין סעיף 17א(2) לחוק הגנת הצרכן. לטענת המבקשים הסעיף האמור כלל אינו רלוונטי שכן הצמדה למדד מהווה חלק מהתשלום העיקרי עבור הנכס ואין מדובר בתשלום נלווה. כמו כן למבקשים לא הייתה אפשרות מעשית לוותר על ההצמדה למדד שכן המשיבות התעקשו על סעיף המדד במסגרת המשא ומתן. האפשרות לוותר על תשלום הנוסף צריכה להיות מעשית ולא אפשרות מרוחקת.

94. יש לדחות את טענת המשיבות כי טרם החתימה המבקשים קיבלו לידיהם טיוטה מלאה של נספח התשלומים. בטיוטות שהועברו לא צוין מחיר הדירה המלא מכיוון שחישוב המדד היה מורכב מאוד. עוד נטען כי בשל העובדה שמדובר בהליך קבוצתי של תובענה ייצוגית והשאלות שבמחלוקת מתמקדות בכל חברי הקבוצה ולא דווקא במבקשים. לא היה באפשרות הרוכשים לסגת מהמשא מתן בשל תנאי ההצמדה למדד.

95. באשר לטענות המשיבות לעניין התיאור העובדתי טוענים המבקשים כי אין משמעות מהותית לסיפור העובדתי של כל אחד מן הרוכשים ולא הייתה סיבה לפרט את רצף האירועים לגבי כל אחד מהם וזאת בשים לב לעובדה שעל פי ההלכה הרי עומדת לרוכשים עילת תביעה גם אם הם מיוצגים על ידי עורכי דין וגם אם היו שינויים בהסכמי המכר. לטענת המבקשים נספחי השינויים לא צורפו לבקשת האישור משום שאינם רלוונטיים. באף אחד מהנספחים לא מופיע שינוי בסעיפי מדד תשומות הבנייה.

96. עדו נטען כי בניגוד לאמור בתשובת המשיבות הרי שהשינויים בנספח השינויים מתבצעים הן לבקשת רוכשים והן לבקשת המשיבות. כך יתכן ששינויים רבים בוצעו משיקולים של המשיבות ללא כל מעורבות של הלקוחות. כך היה בענייננו של המבקש 3.

nevo.co.il

97. לטענת המבקשים יש לדחות את כלל טענותיהן העובדתיות של המשיבות לעניין אופן ההתקשרות עם כל אחד מהמבקשים. בין היתר נטען כי יש לדחות את הטענה לעניין ייצוג משפטי, כי השינוי אשר לטענתם ביקש המבקש 3 לערוך בהסכם המכר מצא עצמו בהסכמים אחרים של המשיבות משמע כי מדובר בשינוי שבוצע על ידי המשיבות.

המשך ההליכים ועמדת המאסדר

98. ביום 26.5.2019 התקיים דיון במעמד הצדדים במסגרתו חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם. בין היתר חזרו המבקשים על טענתם כי התנאי הקבוע בנספח התשלומים שעניינו אופן הצמדת המדד לתשלומים אשר יבוצעו טרם פרסום המדד יש בו כדי לפגוע בסימטריה בין מספר החודשים בשנה למספר חודשי המדד **[ר' עמ' 3 לפרוטוקול ש' 17-20]**.

99. מנגד טענו המשיבות בין היתר כי לוח התשלומים שסוכם בין הצדדים היה מפורט עד מאוד ולא ניתן לטעון כי מדובר בתניה שאינה ברורה. עוד נטען כי במקרה שבו מעוניין הרוכש להקדים את ביצוע התשלומים, הרי שהצדדים מתחלקים בסיכון של גובה המדד שיתפרסם בחודש הבא **[ר' עמ' 5 לפרוטוקול ש' 17-23]**. בתום הדיון הוריתי על קבלת עמדת המאסדר וכן את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשים לב לטיעון כי המדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד.

100. ביום 5.12.2019 הגיש - המאסדר - הרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן - (להלן: "**המאסדר**") את עמדתו ביחס לסוגיות העולות מבקשת האישור. במסגרת עמדתו ציין המאסדר כי בהתאם לסעיף 2(א)(13) לחוק הגנת הצרכן מחיר הדירה הוא פרט מהותי ולכן יש לגלותו לצרכן, כמו גם את כל יתר הגורמים אשר משפיעים על מחיר העסקה. מכאן שעל המשיבות לגלות לצרכן את נתוני ההצמדה של סכום הרכישה כבר במסגרת ההודעה בדבר הכוונה לרכוש דירה.

101. עוד ציין המאסדר כי לעמדתו אין כל מניעה להצמיד את מחיר הדירה למדד. חוק הגנת הצרכן אף אינו מתערב לעניין סוג המדד אלא בחובת הגילוי שחלה על העוסק כך שרוכש הדירה ידע כמה עליו לשלם עבור הדירה ובאילו מועדים.

102. באשר לנטען בבקשת האישור הרי שככל שהסכם המכר קובע כי אין תוקף להודעה בדבר הכוונה לרכוש דירה, הרי שלא ניתן להצמיד את מחיר הדירה למדד הרלוונטי מיום החתימה על הודעת הכוונה. אולם, אם בהסכם המכר צוין המחיר אשר אותו נדרש הצרכן לשלם עבור הדירה וכן מצוין במפורש המדד לחישוב הריביות וכל פרט מהותי אחרת, הרי שלא מתקיימת בענייננו הטעיה **[ר' סעיף 1 לעמדת המאסדר על תתי סעיפיו]**.

103. באשר לטענה כי תנאי העסקה לא היו ברורים לצרכן ציין המאסדר כי מבחינה של נספח א' להסכם המכר שכותרתו "הצמדה למדד תשומות הבנייה" עולה כי קיים פירוט בנוגע למועדי התשלומים וסכומים התשלומים וכי מצוין כי סכומי התשלומים צמודים למדד **[ר' סעיף 21 לעמדת המאסדר]**.

104. באשר למועד ביצוע ההצמדה למדד, ציין המאסדר כי ככל והתשלום הראשון במסגרת ההסכם מתבצע תקופה מסוימת לאחר החתימה על ההסכם, ועל פי ההסכם, העוסק רשאי לגבות הצמדה אשר פרטיה מופיעים לעניין סוג ההצמדה, הרי שאין בכך הפרה של הוראות חוק הגנת הצרכן **[ר' סעיף 23 לעמדת המאסדר]**.

nevo.co.il

105. בהמשך לעמדת המאסדר ביום 1.1.2020 התקיים דיון נוסף במעמד הצדדים. בתום הדיון ובשים לב לטענות הצדדים כי אין בעמדת המאסדר התייחסות לעניין סעיף **6.2** לנספח התשלומים, הוריתי ביום 1.1.2020 למאסדר ליתן עמדה משלימה.

106. ביום 4.2.2020 הגיש המאסדר עמדה משלימה מטעמו (להלן: "**העמדה המשלימה**"). לעניין סעיף ההצמדה נשוא בקשת האישור צוין כי לעמדת הגוף המאסדר הצמדת התשלום למדד עתידי שיפורסם כאשר המדד התחילי הוא המדד הידוע, מוסיפה תשלום נוסף בגין שינוי במדד מעבר להצמדה הנדרשת ובמקרה בו המדד עולה מקנה למשיבות רווח נוסף. משכך, תנאי זה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד. עוד צוין כי כדי לשמור על ערך הכסף, מדד הבסיס שהוא המדד הראשון ממנו עורכים את המידוד, והמדד אליו מוצמד התשלום צריכים להיות זהים.

107. לעניין זה ציין המאסדר כי מעיון בהסכמים שהוצגו במסגרת ההליך שבכותרת מעלה כי מדד הבסיס שצוין בהם הוא המדד הידוע ואילו התשלום (אם מבוצע בחלקו הראשון של החודש) מוצמד למדד שחל על התשלום. במצב דברים זה, הרוכשים נדרשים לשלם תשלום נוסף, שלא נועד לצורך שמירה על ערך הכסף.

108. עוד צוין כי לעמדת המאסדר יש לקבוע שיטת הצמדה אחת ולדבוק בה בעקביות לכל אורך תקופת התשלום ואין ליצור יציר כלאיים שבו לעיתים מתחשבים במדד עבר ולעיתים במדד עתידי.

109. ביום **16.3.2020** <u>הודיעו הצדדים כי גובשה הסכמה דיונית לפיה **לא** יתקיימו חקירות מצהירים בהליך</u>, ובית המשפט נתבקש ליתן החלטה בבקשה לאישור התובענה על בסיס כתבי הטענות, המסמכים שהוגשו בתיק, הדיונים וכן עמדות המאסדר שהוגשו. עוד יצוין כי ככל שבית המשפט יסבור שיש צורך בהגשת סיכומים, הרי שהוא מתבקש להורות על הגשת סיכומים קצרים.

110. בהמשך להודעת הצדדים מיום 16.3.2020 הוריתי כי טרם מתן החלטה בבקשת הצדדים, יתקיים דיון קדם משפט נוסף.

111. ביום 4.5.2020 התקיים דיון במעמד הצדדים. במסגרת הדיון חזר המאסדר על עמדתו כי צריכה להיות קיימת אחידות בשיטת ההצמדה [**ר' עמ' 13 לפרוטוקול ש' 3**]. עוד ציין המאסדר כי באם רוכש מעוניין לשלם ב-8 לחודש הקרוב הוא צריך לדעת לפי איזה מדד הוא משלם, שכן הוא לא יכול לפי מדד עתידי שלא יודע במועד ההסכמה [**עמ' 16 לפרוטוקול ש' 29-31**].

112. מנגד חזרו המשיבות על טענתם הבסיסית כי עת רוכש דירה מבקש למעשה לשנות את מועד התשלום, ולהקדים אותו לתחילת החודש, בין היתר בשל צפי לעליית מדד תשומות הבנייה הרי שעליו להתחלק בסיכון עם הקבלן כך שצד אחד לא ירוויח וצד שני לא יפסיד [**ר' עמ' 14 לפרוטוקול ש' 21-31**].

113. עם תום הדיון ועל רקע הסכמת הצדדים כמובא לעיל, הוריתי על הגשת סיכומים מטעמם.

סיכומי הצדדים בכתב

114. ביום 30.9.2020 הגישו **המבקשים** סיכומים מטעמם. במסגרת סיכומיהם חזרו המבקשים על הטענה כי יש בסעיף 6.2 לנספח התשלומים כדי להוות תניה מקפחת בחוזה אחיד. לטענתם, לפי הסעיף אם במועד ביצוע התשלום לא יהיה ידוע המדד החדש, אזי הקונה ישלם כל תוספת

nevo.co.il

בגין עליה של המדד החדש לעומת המדד הידוע במועד ביצוע התשלום הבא. ר׳ סעיף 3 לסיכומי המבקשים. כך לדוגמה בעניינו של המבקש 1, תשלום שבוצע ביום 13.6.2018 הוצמד ליום 15.6.2018, מה שמהווה התנהלות פסולה.

115. לטענת המבקשים המשיבות למעשה הצליחו לדחוס 13 חודשי מדד לפרק זמן של 12 חודשים קלנדריים. החל מהמדד הידוע במועד חתימת ההסכם, ינואר 2019 שפורסם ביום 15.2.2019 למדד עתידי שיפורסם אחרי התשלום שבוצע ב-5.3.2020. עוד יצוין כי לגבי חלק מההסכמים נוצרה התנגשות בין המועד שהיה קבוע בלוח התשלומים, שקובע תשלום לתחילת החודש, לבין סעיף 6.2 הקובע תשלום בסוף החודש **[ר׳ סעיף 6 לסיכומים]**.

116. עוד נטען כי נקבע בפסיקה כי חוזי מכר לרכישת דירה מקבלן הן בגדר חוזים אחידים בהתאם להוראות חוק החוזים האחידים. עוד נטען כי ככל שהייתה הסכמה בין הצדדים להסכם המכר לגבי תניה מסוימת בהסכם הרי שעצם ההסכמה מחריגה רק את אותה תניה מגדר תחולת חוק החוזים האחידים. מכאן שגם אם נערכו שינויים בהסכמים לגבי תנאים שאינם קשורים למדד תשומות הבנייה אין לכך שום משמעות לתביעה הנוכחית העוסקת במדד תשומות הבנייה. עוד נטען כי עצם העובדה שהמשיבות ניסחו את החוזים באופן ראשוני מספיקה כדי לקבוע כי מדובר בחוזים אחידים **[ר׳ סעיף 12 לסיכומי המבקשים]**.

117. הוסיפו המבקשים וטענו כי מטרת ההצמדה היא לשמור על ערכה הריאלי של התמורה החוזית. אופן חישוב ההצמדה הראוי תואם את ההגדרה ״הפרשי הצמדה״ הקבוע בסעיף 1 לחוק פסיקת ריבית והצמדה תשכ״א-196: ״תוספת לסכום שנפסק או שנקבע, לפי שיעור העלייה של המדד מן המדד שפורסם סמוך לפני תחילת התקופה האמורה בסעיף 5(א) עד המדד שפורסם סמוך לפני תשלום הסכום...״ **[ר׳ סעיף 19 לסיכומי המבקשים]**. עוד חזרו המבקשים על הטענה כי בהתאם לפסיקה שהבהירה כי הצמדה למדד חייבת להיות סימטרית. קרי כאשר ההצמדה מתחילה מהמועד הידוע (בעת חתימת ההסכם) עליה להסתיים במדד הידוע (בעת ביצוע התשלום) **[ר׳ סעיף 20 לסיכומי המבקשים]**. בשים לב לעובדה שהחישוב מתחיל תמיד מהמדד הידוע במועד חתימת ההסכם הרי שגם סופו של החישוב צריך להתבצע לפי המדד הידוע בעת ביצוע כל תשלום **[ר׳ סעיף 21 לסיכומי המבקשים]**.

118. עוד טענו המבקשים כי אין מקום להחלתו של סעיף 23 לחוק החוזים האחידים בעניינו. סעיף 23 לחוק החוזים האחידים מחריג את סוגיית התמורה הכספית, זאת בתנאי שהאמור מנוסח בלשון ברורה ופשוטה. בעניינו, סעיף המדד אינו קובע את התמורה הכספית והוא גם לא מנוסח בלשון פשוטה וברורה. לעניין זה הפנו המבקשים לע״א 276/09 **טאבא נ׳ מנהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 2.1.11) שם ביחס לסעיף 23 נקבע כי ״**הנחה המונחת ביסוד הוראה זו היא, שהלקוח ער לכך שהתמורה הכספית מצויה בליבת ההסדר החוזי, והוא נותן עליה את דעתו יותר מאשר על תניות אחרות**״.

119. בעניינו, סעיף המדד אינו בליבת ההסדר החוזי. הלקוחות נותנים את דעתם לסעיף התמורה הכללי הנוקב במחיר הדירה ואין הם מתעמקים בסעיף המדד. אין גם לקבל את הטענה בדבר הסכמה מצד הלקוחות שכן לקוח סטנדרטי אינו מבין כיצד בדיוק ישליך הסעיף על המחיר שהוא ישלם בסוף **[ר׳ סעיפים 22-23 לסיכומי המבקשים]**

120. באשר לטענה לעניין חלוקת הסיכונים לאור אי הוודאות ביחס לפרסום המדד הרי שיש לדחות טענה זו. בין היתר נטען כי חישוב המדד מתחיל תמיד מהמדד הידוע, ולכן אין סיבה להצמידו למועד שאינו ידוע. שנית, חלוקת הסיכונים אינה שיוונית שכן המדד נמצא כל הזמן

נבו nevo.co.il

בעלייה. עוד נטען כי הסתמכות על המדד שפורסם ב-15 לחודש היא הכי נוחה לשני הצדדים, הכי מדויקת, ומתמקדת במדד הכי עדכני וכי דיני החוזים האחידים נועדו להגן על הלקוחות מפני קיפוח ולכן אין משמעות ליתרון הכלכלי שסעיף 6.2 יוצר למשיבות, כאשר בין היתר נקבע כי אין בקיומו של אינטרס כלכלי של הספק כדי לסתור את חזקת הקיפוח. עוד ציינו המבקשים כי הפסיקה קבעה כי יש לדחות טענות מסוג של חלוקת סיכונים לגבי מועד תשלומים מלאכותיים [**ר' סעיפים 24-25 לסיכומי המבקשים**].

121. יש אף לדחות את הטענה כי ככל שמתקדמים למועד המדד כך גדלה הוודאות. אין ללקוחות כל ודאות וידע לגבי השינויים בעלויות הבנייה. את המדד ניתן לדעת רק אחרי שהוא פורסם. עוד נטען כי הצמדה למדד ידוע היא זו שיוצרת וודאות, וברור שהיא עדיפה ופרקטית יותר מהצמדה למדד עתידי שאינו ידוע בעת התשלום. אף אם היה באפשרות הלקוחות לדעת בכמה המדד צפוי לעלות, קשה להאמין שהם היו יכולים לבצע תכנון של תשלומים לפי עליית המדד.

122. באשר לטענה כי אפשרות התשלום במחצית הראשונה של החודש היא בגדר חריג לכלל הרי שיש לדחות טענה זו. בין היתר נטען כי הדרישה מהלקוחות לבצע תשלומים במחצית השנייה של החודש היא דרישה מלאכותית שלא יכולה להיות לה כל נימוק לגיטימי. שנית, ברירת המחדל האמורה היא למראית עין בלבד שכן הסעיף קובע מה קורה כאשר משלמים בתחילת החודש, כך שהוא למעשה מאפשר זאת. בפועל הלקוחות משלמים למשיבות באופן שוטף גם בתחילת החודש כך שאין הרבה הבדל בין החריג לבין הכלל [**סעיפים 26-27 לסיכומי המבקשים**].

123. המבקשים חזרו על עיקרי עמדתו של המאסדר כפי שהוגשה לבית המשפט. עוד טענו כי אין בהיעדר התייחסות מצד היועמ"ש לסעיפי ההצמדה בהסכמים של חברות בנייה אחרות, כדי ללמד דבר על סעיפי ההצמדה בענייננו, בעיקר לאור העובדה שניתנה עמדת מאסדר ספציפית בהליך. בין היתר נטען כי הליך שנפתח על ידי היועמ"ש בדרישה לבטל תנאים מקפחים מסוימים בהסכם אינה מכשירה את יתר התנאים בהסכם, שלגביהם לא הוגש הליך, בפרט כאשר מדובר בהסכמים אחרים. אין בהתנהלות היועמ"ש במקרים אחרים כדי להעיד על עמדה מצדו בנושא ההצמדה.

124. **המשיבות** הגישו סיכומים מטעמם במסגרתם טענו ראשית כי יש לדחות את הטענה בדבר קיומו של חוזה אחיד. לטענת המשיבות הסתייעות בעורכי דין ובמשפטנים שוללת את הרציונאליים של דיני החוזים האחידים. חוזה אחיד הוא לרוב ארוך וכולל מונחים משפטיים שלא כולם מובנים להדיוטות. לא זהו המקרה בחוזה מכר. בענייננו, המבקשים הסתייעו בעו"ד ותיק מנוסה בתחום המקרקעין שייצג את המבקשים 2 ו-3 ואילו באשר למבקש 1 הרי שהוא הסתמך על ייעוץ משפטי שניתן לו. כל אחד מן המבקשים ניהל משא ומתן עיקש, הציב תנאים ודרישות שונות אשר חלקם התקבלו וחלקם נדחו.

125. עוד נטען כי המבקשים אינם מורשים לטעון לקיומו של תנאי מקפח בחוזה אחיד, וזאת לאור ויתורים רבים מצד המשיבות במסגרת ההסכם. כבר נקבע כי את ההסכם יש לקרוא כמכלול ולא יתכן שצד להסכם ינהל משא ומתן ויזכה להטבות ששווין עשרות אלפי שקלים ואז יטען כי סעיף אחר מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד. לעניין זה ר' ת"א (מחוזי-ת"א) 24687-02-19 **מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ** (פורסם בנבו, 18.2.2021) [**סעיפים 1-18 לסיכומים**].

126. דברים אלה נכונים אף יותר לאור העובדה שנושא ההצמדה היה ידוע ומוכר היטב למבקשים. כך המבקש 3 באמצעות בא כוחו ניסה לשנות בגדרי טיוטת נספח השינויים את תנאי ההצמדה של שני התשלומים הראשונים והמבקש 1 ביקש לשנות את מדד תשומות הבנייה

nevo.co.il

הבסיסי למדד שהיה ידוע במועד קבלת היתר הבנייה. אומנם במקרה של המבקשים המשיבות לא הסכימו אולם במקרים אחרים המשיבות הסכימו לבצע את השינויים האמורים.

127. עוד טענו המשיבות כי גם אם הייתה מתקבלת הטענה כי המדובר בחוזה אחיד, ואין כך הדבר, הרי שממילא דין טענת המבקשים להידחות שכן הם מלינים כנגד תניה חוזית אשר עוסקת בתמורה וככזאת היא חסינה מפני ביקורת של חוק החוזים האחידים. לתנאי ההצמדה קיימת משמעות רבה בעסקה לרכישת דירה. מקום שבו מדובר בסכומים של מאות אלפי ומילוני ₪ הרי שלכל תנודה של אחוז יש משמעות של אלפי ועשרות אלפי שקלים. רוכשי הדירות מודעים לכך ומשקללים את צעדיהם בהתאם.

128. אין גם לקבל את הטענה כי המדובר בתניה מקפחת, כאשר בין היתר נטען כי המבקשים לא הצביעו על חזקת קיפוח כלשהי המתקיימת בענייננו. יש אף לדחות את הטענה בדבר עלייה מתמדת של מדד תשומות הבנייה שכן היא לא נתמכה בחוות דעת. עוד נטען כי המבקשים אף לא הצביעו על קיומה של חזקת קיפוח.

129. באשר לסעיף 6.2 לנספח התשלומים נקבע כי הוראות הסעיף ברורות. על כל התשלומים להשתלם בין ה-16 ל-31 בחודש התשלום ולהיצמד למדד הידוע. באשר לטענת המבקשים לעניין מועדים גנריים, דוגמת 29 חודשים ממועד קבלת היתר בניה לפרויקט, שעשויים לחול בתחילתה חודש, הרי שאין כל מקום לחשש זה שכן כאן נכנסת ברירת המחדל של סעיף 6.2. באם על אחד התשלומים להתבצע בתוך 29 חודשים ממועד קבלת היתר הבנייה, נגיד עד ליום 1.8.2017 הרי שחודש התשלום הוא חודש אוגוסט. לאור האמור בסעיף הרי שכל התשלומים צריכים להתבצע בין ה-16 ל31 לחודש התשלום, קרי בין 16-31.8. מי שמחליט בכל זאת לשלם תשלום כלשהו בין ה-1 ל-15 בחודש בא בשערי החריג של סעיף 6.2 שקובע הסדר הצמדה שונה. תניה שנועדה לקבוע חריג למתווה מוסכם של תשלומים לא יכולה להוות תנאי מקפח.

130. לטענת המשיבות תכליתו של סעיף 6.2 לנספח התשלומים היא לשמור על ערכו של הכסף באמצעות הצמדתו כאשר לטענת המשיבות מטרתו של הסעיף היא לחלק את הסיכון בין הצדדים במצב שבו תשלום אינו משולם מסיבה כלשהי לפי ברירת המחדל, אלא לפי החריג. כאשר התשלום נעשה לפי ברירת המחדל, קרי בין ה-16 ל-31 לחודש, הרי שהוא נעשה קרוב למועד פרסום המדד וקיימת ודאות (יחסית) בנוגע לערך הכסף.

131. ככל ותשלום מסוים משולם באופן חריג במחצית הראשונה בחודש, המדד האחרון שפורסם מתרחק מהעלייה האמיתית של המחירים וכך גם הוודאות ביחס לערכו של הכסף יורדת, ומפנה מקום לספקולציות. הותרת האפשרות בידי הרוכש במצב דברים זה היא סיכון מסחרי לחלוטין שכן הרוכש יכול להחליט כראות עיניו מתי לשלם תשלום כלשהו, בהתאם לידיעות הכלכליות המתפרסמות ביחס למדד. המדובר בסיכון שהמשיבות אינן מעוניינות לשאת בו או לכל הפחות לחלוק בו עם רוכשי הדירות. אין מקום אף לפרש את הגמישות הקיימת בהסכם לעניין מועד התשלום, כתניה מקפחת.

132. עוד נטען כי כאשר רוכש דירה, מבקש ביוזמתו להקדים/לאחר תשלום מסוים כך שיתבצע בין ה-1 לבין ה-15 לחודש, חרף העובדה שמדובר בחריג וכי ברירת המחדל היא שהתשלומים יתבצעו במחצית השנייה של החודש, הרי שמדובר בתניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים וככזו, ובשים לב לסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, היא אינה חשופה להתערבות לפי דיני החוזים האחידים. [סעיפים 32-42 לסיכומים].

nevo.co.il

133. עוד נטען כי המבקשים כאמור נעזרו בעו"ד וניהלו משא ומתן מסחרי ומשפטי עם המשיבות. הצדדים הסכימו במסגרת הסכם המכר על מכלול של תנאים והסדרים ובכלל זה תנאי ההצמדה אשר משקפים באופן בלתי אמצעי, נשיאה בסכום כספי כלשהו. המבקשים מצדם ביקשו והצליחו להכניס עשרות שינויים שנועדו לשמור על זכויותיהם. לא מן הנמנע שאילו המבקשים היו אומרים שדווקא התניה בסעיף 6.2 אז יתכן והמשיבות לא היו מסכימות לחלק מהשינויים והתיקונים האחרים שהתבקשו על ידי המבקשים והתקבלו. כעת, לאחר שהמבקשים השיגו את מבוקשם הם מנסים להתנער מנשיאה בסיכון שהוסכמה על ידם. עוד נטען כי יש לבחון את טענת הקיפוח לפי מכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות [סעיפים 43-46 לסיכומים].

134. באשר לעמדת **המאסדר**, טענו המשיבות כי הרשות להגנה לסחר הוגן אינה הגוף המאסדר בעניינו אלא היועץ המשפטי לממשלה אשר מצא להודיע כי אין מקום למסור תגובה בקשר עם ההליך דנא. לטענת המשיבות הרשות להגנה על סחר הוגן התבקשה ליתן את עמדתה לנוכח העילה הראשונה של המבקשים לעניין סעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן. הרשות הגישה את עמדתה הראשונה כאשר מעיון בה עולה כי היא נטועה כל כולה בדיני הגנת הצרכן. באשר לעמדה השנייה אשר הוגשה על ידי הרשות הרי שאין המדובר בעמדה של מאסדר שכן היא אינה עוסקת כלל בהיבטים של הגנת הצרכן.

135. היועץ המשפטי לממשלה הוא הגוף המאסדר לעניין חוק החוזים האחידים. במסגרת הודעתו מיום 5.12.2019 הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי "**הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים סבורים שאין מקום למסור תגובה בהליך שבכותרת בכל הנוגע לסעיף 20 לחוק החוזים האחידים**, **תשמ"ג-1982**". יש באי ההתערבות כדי להעיד כי לדעת היועץ המשפטי לא נמצא פגם. עוד טענו המשיבות לעניין פסק הדין בעניין רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ [פורסם בנבו]**. ביום 4.7.2021 נתנה החלטה במסגרת הדיון הנוסף **דנ"א 4960/18**, אשר שינתה את ההכרעה.

136. עוד נטען כי עמדת המאסדר השנייה נוגעת לשאלה משפטית קלאסית בדבר קיומו של תנאי מקפח בחוזה אחיד. המדובר בשאלה אשר מצויה בלב ליבו, סמכותו ושיקול הדעת של בית המשפט. הוא הפרשן המוסמך של דברי החקיקה.

137. כמו כן יש בעמדת המאסדר כדי לעמוד בניגוד לעמדתו העקבית של היועץ המשפטי לממשלה ויתר רשויות המדינה. בין היתר טענו המשיבות כי בשורה של הסכמי במסגרת פרויקט "מחיר למשתכן" כלולה תניה זהה או דומה מהותית לתניה הנדונה בעניינו. גם אם חלילה ימצא כי המדובר בתניה מקפחת הרי שיש להפעיל את סמכות הביטול/שינוי בשים לב לנסיבות המיוחדות של העניין הנדון. גם אם ישנו קיפוח אין מקום להכריז על התנאי כבטל ולכל היותר יש להורות על שינוי כלפי העתיד. עוד נטען כי במסגרת עמדתה המשלימה התעלמה הרשות מכך שלעיתים המדד עולה ולעיתים הוא יורד ולפעמים לא משתנה. כמו כן חזרו המשיבות על טענתם כי ההליך אינו ראוי להתברר כתובענה ייצוגית.

בקשה לאישור תובענה כייצוגית - המסגרת המשפטית בתמצית

138. חשיבות כלי התובענה הייצוגית נדון באריכות בפסיקה. התובענה הייצוגית מהווה כלי יעיל לפיקוח על גופים כלכליים גדולים, וכן היא מאפשרת הושטת סעד כלכלי לקבוצת אנשים

nevo.co.il

אשר ניזוקו במקרים שבהם אין הצדקה כלכלית להגשת תביעה פרטנית. מנגד, כלי זה טומן בחובו סכנות בדמות פגיעה אפשרית במוניטין של הנתבע, מה שעלול להוביל אותו לעיתים לפשרה, וזאת רק כדי להימנע מעלויות ניהול ההליך (ר׳ רע״א 3489/09 **מגדל חברה לביטוח בע״מ נ׳ חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע״מ** (פורסם בנבו, 11.4.2013) (להלן: ״**פרשת מתכות עמק זבולון**״).

139. בשים לב לסכנות האמורות נקבעו בחוק תובענות ייצוגיות שורה של תנאים אותם יש לבחון לצורך אישור תובענה כתובענה ייצוגית כאשר הנטל על הוכחתם מוטל על המבקש. תנאים אלה מנויים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. המדובר בתנאים מצטברים, מכאן די שהמבקש כשל בהוכחת אחד מהתנאים האמורים כדי להביא לדחיית בקשת האישור (ר׳ פלינט ווינצקי, **תובענות ייצוגיות**, בעמוד 110).

140. וכך קובעות הוראות חוק הרלוונטיות:

סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות:

(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; על אף האמור, לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי; בסעיף קטן זה ובסעיפים 5(ב)(2), 9 ו-21, ״רשות״ – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

(ב) הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט, ויחולו על הגשתה וניהולה ההוראות לפי חוק זה.

סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות:

(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;

(2) רשות ציבורית בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסקת הרשות הציבורית – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין, מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה;

(3) ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1) ואולם, המועצה הישראלית לצרכנות כהגדרתה בחוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס״ח-2008, תהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1).

סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות:

(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;

nevo.co.il

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

141. לעניין רף ההוכחה הנדרש בשלב המקדמי של הדיון בבקשת האישור, כפי שזה אף מוצא ביטויו בסעיפי החוק השונים כמובא לעיל, נקבע בע״א 5378/11 **ארתור פרנק נ' אולסייל** (פורסם בנבו, 22.09.2014) בין היתר כי:

על מנת שבית המשפט יאשר את ניהול התביעה כייצוגית על המבקשים לנהלה להניח כבר בשלב בקשת האישור תשתית עובדתית ומשפטית ראשונית לכך שמתקיימים התנאים המצטברים הקבועים לעניין זה בחוק ובראשם דבר קיומה לכאורה של עילת תביעה ואפשרות סבירה כי התובענה תוכרע בסופו של יום לטובת הקבוצה (לעניין תנאים אלה וליתר התנאים הנדרשים ראו סעיפים 3,4 ו-8 לחוק)... הלכה היא כי התשתית הלכאורית שעל המבקש להציג לביסוס בקשת האישור אינה נבחנית על-פי אמות המידה ועל-פי הכללים המקלים הנוהגים לעניין סילוק תובענה על הסף בהעדר עילה. הכללים שנקבעו לצורך אישור בקשה לניהול תובענה כייצוגית מחמירים יותר ולפיהם לא ניתן להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה ועל מבקש האישור להציג בטיעונים ובראיות לכאוריות בסיס ממשי - עובדתי ומשפטי - התומך בתביעתו. עוד נפסק כי על מנת שבית המשפט ישתכנע כי קיימת לכאורה אפשרות סבירה ש 'שאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה' עליו '<u>להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים.</u>' (ע״א 6343/95 אבנר נפט וגז בע״מ נ' אבן, פ״ד נג(1), 115, 118 (1999)). הלכה זו נשתרשה עוד טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות (ראו: רע״א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע״מ, [פורסם בנבו] פסקה 10 (26.4.2010) והאסמכתאות המופיעות שם), והיא נותרה בעינה ועומדת איתן על רגליה גם לאחר חקיקת החוק. לאחרונה, שב בית משפט זה ונדרש לסוגיית הנטל הראשוני המוטל על מי המבקש לנהל הליך ייצוגי וקבע כי: '...מן הראוי לטעמי למנוע מצבים שבהם כל מאן דהוא החפץ לנהל תובענה ייצוגית יוכל לעשות כן גם מבלי שצלח את חובתו לבסס בראיות לכאורה את עילת התביעה. הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראייתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה. <u>משכך, שומה על בתי המשפט להקפיד על כך שרק תביעה שהונחה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס עילתה, יתאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית במסגרת ההליך העיקרי.</u>' [ההדגשה אינה במקור - א.ח] (רע״א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע״מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע״מ, [פורסם בנבו] חוות דעתו של השופט י' דנציגר (11.4.2013) (להלן: עניין מגדל))...

142. כך גם בפרשת **מתכות עמק זבולון** לעיל נקבע בין היתר כי:

...במישור העקרוני אף אני סבורה שהבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. <u>עם זאת אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני – נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא</u>, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה...

143. עוד ראו רע״א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע״מ** (פורסם בנבו, 26.4.2010) שם נקבע בין היתר כי:

nevo.co.il

> **...אולם כבר נאמר, כי "על מנת להשתכנע כי, לכאורה, קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים" (ע"א 6343/95 אבנר נפט וגז בע"מ נ' אבן, פ"ד נג(1) 115, 118 (1999); כן ראו, ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 327329 (1997); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 291 (2001); ע"א 1509/04 דנוש נ' Chrysler Corporation, פיסקאות 1314 [פורסם בנבו] (22.11.07)). בחינה מעמיקה של סיכויי הצלחת התובענה היא מלאכה רבת-חשיבות. יש לזכור, כי הכלי של תובענה ייצוגית הוא רב-עוצמה. בצד היתרונות של כלי זה, לא ניתן להתעלם מכך שעצם אישורה של בקשה להגיש תובענה ייצוגית עשוי ליצור לחץ כבד על הנתבע. על כן, קיים צידוק רב שכבר בשלב הדיון בבקשת האישור יידרש בית המשפט לבחון את הסוגיה של זכות לכאורה וסיכויי ההצלחה...**

(להרחבה נוספת ר' גם: רע"א 212-09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי** (פורסם בנבו, 2012); רע"א 8268/96 **דן רייכרט נ' משה שמש**, נה(5) 276 (2001); רע"א 3814/14 **חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי** (פורסם בנבו, 06.07.2015)).

144. באשר לתנאי קיומה של עילת תביעה אישית, על אף הדרישה לעילת תביעה אישית כאמור בסעיף 4 לחוק, נקבע בסעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות כי "**מצא בית המשפט כי התקיימו כל התנאים האמורים בסעיף קטן (א), ואולם לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)(1) עד (3), לפי הענין, יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג**".

דיון והכרעה

145. לאחר שבחנתי את כלל המוצגים והחומר שהונח בפני ונתתי דעתי לטיעוני הצדדים, **באתי לכלל מסקנה כי יש מקום לקבל את בקשת האישור ובהתאם להורות על ניהול תובענה ייצוגית בעניין טיבו של סעיף 6.2 לנספח התשלומים והאם הוא מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד.**

146. באשר לתנאי הקבוע בסעיף 8(1) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי שמצאתי כי הבקשה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט, אולם רק לעניין טענת המבקשים בדבר טיבו של סעיף 6.2 לנספח התשלומים כאמור, ואפרט.

147. סעיף 8(1) קובע כי על המבקש בבקשת האישור להראות כי "**התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה**".

148. באשר לתנאי זה נקבע בפסיקה כי הערכאה אשר דנה בבקשת האישור אינה נדרשת להכריע לגופן של השאלות המהותיות אלא די בקביעה כי קיימת אפשרות סבירה כי השאלות האמורות יוכרעו לטובת הקבוצה (ר' ע"א 9294/16 **אושרת שמעון נ' חברת אי די איי חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 4.2.2020) (שם פסקה **2** לחוות דעתו של כב' השופט ע' גרוסקופף (להלן: "**פרשת שמעון**"). אולם, אין זה אומר שבית המשפט אינו רשאי להכריע בשאלות המהותיות, והכול תוך שמירת זכויותיהם הדיוניות שלה הצדדים (ר' רע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי** (פורסם בנבו, 5.7.2018)).

149. במסגרת בקשת האישור טענו המבקשים להתקיימותן של מספר עילות משפטיות. בין היתר נטען כי המשיבות הפרו את הוראות סעיף 2 וסעיף 17ד לחוק הגנת הצרכן. עוד נטען כי

התנהלות המשיבות מהווה הפרה של עיקרון תום הלב הקבוע בסעיף 12 ו39 לחוק החוזים. כמו כן נטען לקיומה של הטעיה, טעות, עושק וכפייה בהתאם לחוק החוזים וכן לרשלנות והתעשרות שלא כדין.

150. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים מצאתי כי אין מקום לאשר ניהול תובענה ייצוגית בגין העילות האמורות וכי המבקשים לא עמדו בנטל ההוכחה הנדרש לעניין קיומןשל שאלות משותפות של עובדה ומשפט בעילות האמורות. טענות המבקשים לעניין זה נטענו בכלליות, בהיעדר כל פירוט כנדרש.

151. עוד יצוין כי גם המאסדר בעמדתו מיום 15.1.2019 ציין כי "**לעניין הצמדת מחיר הדירה למדד מיום החתימה על הודעת הכוונה לרכוש דירה, חלה על המשיבות האחריות לגלות לצרכן באותה ההודעה בדבר ההצמדה, ואף לציין זה בהסכם המכר, ככל ותשלום כזה נגבה...אם מצוין בהסכם המכר המחיר אותו הצרכן נדרש לשלם עבור הדירה, וכן המדד לחישוב הריביות וכל פרט מהותי אחר הנוגע לעסקה, הרי שלא מתקיימת הטעיית צרכן**" [ר' סעיפים 19-20 לעמדת המאסדר].

152. באשר לעמדת המאסדר יצוין כי לא מצאתי בנסיבות העניין יש מקום לדחות את עמדת המאסדר, זאת בין היתר לאור העובדה שמצאתי כי היא תואמת את כללי הפרשנות המקובלים ולעניין זה ר' דבריו של כב' השופט ח' מלצר (כתוארו אז) בעניין דנ"א 4960/18 **שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 4.7.2021).

153. מכאן שנותר להכריע בטענות המבקשים מכוח חוק החוזים האחידים. טענתם הראשונה של המבקשים היא כי התנאי בהסכם המכר שקובע כי התמורה החוזית תהיה צמודה למדד שאינו עדכני במעמד החתימה הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד. השנייה, כי התנאי הקבוע בסעיף 6.2 לנספח התשלומים אשר קובע כי תשלומים שיבוצעו בימי החודש הראשונים יוצמדו למדד עתידי מהווה תנאי מקפח.

154. ראשית, נדרש לדון האם חוזה המכר שנחתם בין הצדדים מהווה חוזה אחיד. ככל שאכן מדובר בחוזה אחיד יש לבחון האם התניות האמורות בהסכם מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד.

155. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ובשים לב להוראות הדין הרלוונטיות מצאתי כי חוזה המכר שנחתם בין המבקשים לבין המשיבות הוא אכן חוזה אחיד, בהתאם לחוק החוזים האחידים.

חוק החוזים האחידים – התשתית הנורמטיבית

156. סעיף 1 לחוק החוזים האחידים קובע את מטרתו של החוק:

חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים.

157. סעיף 2 לחוק החוזים האחידים מגדיר מהו חוזה אחיד:

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

158. באשר לתנאי מקפח בחוזה אחיד, קובע סעיף 3 לחוק החוזים האחידים כי:

בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום

nevo.co.il

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

159. חוק החוזים האחידים חוקק ביום 7.12.1982. קדם לו חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1962. במסגרת דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים, תשכ"ב-1962 ה"ח 527 צוין כי:

> **השימוש בחוזים אחידים (חוזים סטנדרטיים) נפוץ מאוד בתקופתנו ואין כמעט אדם שלא ייזקק להם כצד מצטרף. חוזה מסוג זה נערך על ידי אחד שהוא הספק של שירות או מצרך וצד זה קובע את תנאי החוזה לפרטיהם. לעומתו עומד הנזקק לשירות או קונה המצרך שהברירה בידו לקבל את ההצעה כנוסחה בחוזה, ללא שינויים, או שלא לקבלה בכלל. למעשה, בהיות הספק, ברוב המקרים היחיד, או אחד המעטים, המסוגלים או המוכנים לספק את המצרך או לתת את השירות המבוקשים. ברירתו של הקונה היא מדומה ואין לו אלא לקבל את תנאי הספק.**
> **מצב זה יצר קרקע נוחה לשימוש לרעה מצד ספקים. תנאים מכבידים ובלתי הוגנים נקבעים בחוזים אחידים, בין שהם נראים לעין, ובין הם מוצנעים בקרן זווית, באותיות זעירות ומנוסחים בצורה מסובכת או מעורפלת שאין האדם הרגיל מסוגל להבין את משמעותם. מפגש הרצונות, שהוא יסוד מוסד לכל חוזה, נעדר לעיתים מחוסר הבנה על אף ההסכמה המובעת כביכול בחתימה. ואפילו שקיימת הבנה, אין הנזקק למצרך או לשירות יכול להינזר ממנו. הוא רואה עצמו נאלץ להסכים להצעה, אם כי אילו זה אין בו לפי החוק הקיים, מידת כפיה, שהיה בה כדי לפסול את החוזה או כל תנאי שבו. תקלה זו דורשת תיקון...**

160. במסגרת דברי ההסבר להצעת חוק החוזים האחידים ה"ח 1068 אשר החליף את חוק החוזים האחידים תשכ"ד-1964 נקבע כי:

> **...אין עוררים בדבר הצורך בחוק החוזים האחידים וזאת כדי לאזן את אי-השוויון שבין הספק ללקוח מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח...**

161. חוק החוזים האחידים כלל בתוכו שורה של שינויים כאשר מטרתם העיקרית הייתה שיפור הביקורת בתחום החוזים האחידים מצד הגורמים הרלוונטיים. אחד השינויים העיקריים שבוצעו במסגרת החוק החדש היה לעניין סוגיית קיומו תנאי מקפח. וכך צוין בדברי ההסבר:

> **1. החלת החוק על כל תנאי חוזה אחיד ומניעת התדיינות על נושאים שאינם מהותיים לנושא הקיפוח. לפי זה תבוטל הדרישה שנושא החוזה יהיה הספקת מצרך או מתן שירות דווקא. עוד לפי זה תשונה ההוראה אשר קבעה כי ניתנים לביטול רק תנאים הנכללים ברשימה ממוצה שפורטה בחוק. מצב דברים זה עלול היה למנוע ממועצה לחוזים אחידים (להלן- המועצה) ומבית המשפט את האפשרות לפסול תנאים קשים שאינם ברשימה. <u>עתה מוצע לקבוע שכל תנאי מקפח יהיה ניתן לביטול ובנוסף לקבוע חזקת קיפוח לגבי תנאים נפוצים אשר יש בהם לכאורה קיפוח של הלקוח, ולהטיל על הספק את עול ההוכחה שהם אינם כאלה...</u>**

162. מדברי ההסבר עולה כי מטרתו של חוק החוזים האחידים היא להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים אשר נקבעו על ידי ספק בחוזה אחיד. ההגנות הקבועות בחוק החוזים האחידים נועדו בין היתר למתן את אי השוויון המובנה הקיים בהתקשרות שבה מצד אחד קיים ספק אשר מכתיב את כלל תנאי החוזה ועושה בו שימוש להתקשרות עם לקוחות רבים ואילו מהצד השני מצוי לקוח אשר השתתפותו בעיצוב החוזה היא מינימאלית שכן הוא למעשה מקבל חוזה מן המוכן.

163. לעניין זה ר' דבריה של כב' הנשיאה א' חיות ברע"א 5860/16 **Facebook inc נ' אוהד בן חמו** (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: **"פס"ד בן חמו"**):

...חוק זה נועד "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" (סעיף 1 לחוק) ו"לאזן את אי-השוויון שבין הספק ללקוח" (הצעת חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981, ה"ח 1556, בעמ' 28 (להלן: הצעת חוק חוזים אחידים); עוד ראו: ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100 (1991) (להלן: פרשת ארגון שחקני הכדורגל); ורע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 164-165 (1998) (להלן: עניין מילגרום)). על מנת להגשים מטרות אלו קבע המחוקק בסעיף 5 לחוק החוזים האחידים רשימה של תנאים שאותם לא ניתן לכלול בחוזה אחיד ושאם נכללו בו יהיו בטלים מעיקרם. כך, למשל, סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים קובע כי "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל" (לאבחנה בין "בטל" (void) ו"ניתן לביטול" (voidable) בהקשר החוזי ראו: ע"א 5664/93 זהבה כנען נ' United States of America, נא(1) 114 (1997); וע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית [פורסם בנבו] (6.8.2007)). כמו כן, קבע המחוקק כי לבית המשפט ולבית הדין לחוזים אחידים (להלן: בית הדין) הסמכות לבטל או לשנות תנאים בחוזים אחידים, אשר יש בהם משום קיפוח לקוחות או אשר עלולים להביא לקיפוח לקוחות. הוראה זו קבועה בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים... בנוסף על הוראות אלו קבע המחוקק בסעיף 4 לחוק, רשימה של "תנאים נפוצים בחוזים אחידים, אשר לפי מהותם ונוסחם הם... מקפחים, עד שיבוא הספק ויוכיח שאינם כאלה" (דברי ההסבר לסעיפים 4-3 להצעת חוק חוזים אחידים, עמ' 31). כך, למשל, קובעים סעיפים 4(8) ו-4(9) לחוק החוזים האחידים כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות..." ו"תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט..." ייחשבו לתנאים מקפחים בחוזה אחיד עד שיוכח אחרת...

.164 עוד ראו אשר נפסק בע"א 232/10 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' המפקח על הבנקים בנק ישראל** (פורסם בנבו, 19.9.2012):

...חוק החוזים האחידים נועד להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים, אשר נקבעו על ידי ספק בחוזה אחיד. הגנותיו של החוק נועדו למתן את אי-השוויון המובנה בהתקשרות בחוזה אחיד: מן הצד האחד, ספק אשר הכתיב את כלל תנאי החוזה או מקצתם, ומשתמש בהם להתקשרות עם לקוחות רבים; מן הצד השני, לקוח שהשתתפותו בעיצוב החוזה מינימאלית, אשר מקבל לידיו למעשה חוזה מן המוכן...

.165 סוג החוזה אשר נדון בענייננו הוא כאמור חוזה מכר דירה. טיבם של חוזי מכר דירות בין קבלן לבין רוכשים פרטיים נדונו בשורה של פסקי דין. חוזי מכר דירה הם חוזים בעלי חשיבות מיוחדת שכן רכישת דירה היא בדרך כלל אחת הרכישות היקרות שמבצע האדם הממוצע במהלך חייו.

.166 המדובר בחוזה מורכב למדי שבו הלקוח מצוי, מטבע הדברים, בעמדת נחיתות לעומת החברה המוכרת בעלת המומחיות והידע המיוחד בתחום. בעוד קיימים שורה של הוראות דין קוגנטיות אשר נועדו להגן על הרוכש במסגרת עסקת המכר, הרי שבסוגיות שאינם מוסדרות בחקיקה מגן קוגנטית קיימת חשיבות מיוחדת בבחינת ההסדרים החוזיים וזאת על מנת לשמור על הגינותם של החוזים וכן כדי להגן על רוכשי הדירות מפני קיפוח. ראו למשל ת"א (י-ם) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 6.12.2011) שם נקבע בין היתר כי

... יחד עם זאת, חוזה למכר דירה כולל בתוכו גם נושאים נוספים, שאינם מוסדרים בחקיקה המיוחדת המגנה על רוכשי דירות. חקיקתם של חוק המכר (דירות) וחוק המכר (הבטחת השקעות), אין פירושה שבכל הנושאים שאינם נדונים במסגרת החוקים הללו לא קיימות בעיות של חוסר הגינות או

nevo.co.il

קיפוח. במילים אחרות, החקיקה המגנה על רוכשי דירות אינה יוצרת הנחת-תקינות לגבי נושאים שאינם מוסדרים במסגרתה. דומה כי דווקא בנושאים הללו, שאינם מוסדרים בחקיקת-מגן קוגנטית, בחינת ההסדרים החוזיים במסגרת דיני החוזים האחידים היא בעלת חשיבות מיוחדת, על מנת לשמור על הגינותם של החוזים ועל מנת להגן על רוכשי דירות מפני קיפוח...

167. עוד ראו לעניין זה ת"א (ת"א) 38922-07-16 **נויה זמר טוב ו-78 אח' נ' גינדי החזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 30.6.2021) שם נפסק:

... עסקה לרכישת דירה היא העסקה היקרה והמשמעותית ביותר שעושה אדם במהלך חייו (ע"א 7991/07 רפאלי נ' רזין, (פורסם בנבו, 12.04.2011)). דווקא בעסקה זו הקונים לרוב נאלצים להתמודד עם חברות קבלניות מנוסות ובעלות ייעוץ משפטי שוטף. חוזי המכר עליהם חותמים הקונים הם לרוב חוזים אחידים וכוח המיקוח של הקונה הממוצע הינו נמוך...

168. בענייננו טענו המשיבות כי אין המדובר בחוזה אחיד. בין היתר טענו המשיבות כי המבקשים 2 ו-3 היו מיוצגים על ידי עורך דין בוכבזה במסגרת המשא מתן בין הצדדים, כי להסכמי המכר של כל אחד מן המבקשים קיים נספח שינויים, וכן כי במסגרת המו"מ בעניין המבקשים 2-3 ביקש עו"ד בוכבזה לשנות את הסעיף האמור אולם הערתו נדחתה על ידי המשיבות. דין טענות המשיבות להידחות.

169. אין חולק כי הסכמי המכר הוכנו על ידי המשיבות ונשלחו אל המבקשים, לאחר שאלו חתמו על טופס ההודעה בדבר כוונה לרכישת דירה. אומנם נערכו שינויים בהסכמי המכר ובין הצדדים נוהל משא מתן אך אין בעובדה זו כדי למנוע את ההכרה ואת העובדה הבסיסית כי החוזה שנחתם בין הצדדים הוא חוזה אחיד.

170. ראו גם דברי כב' השופטת דפנה ברק ארז ברע"א 7494/14 **נציגות הבית המשותף "לב העיר" נ' אוניל בניה בע"מ** (פורסם בנבו, 21.12.2014) שם נפסק כי:

...לא כל שינוי שנעשה בנוסחו של חוזה "מאסטר" במשא ומתן בין הצדדים ימנע הכרה בחוזה שנחתם כחוזה אחיד (ראו: רע"א 8135/12 Nantucket Ltd נ' דורון, [פורסם בנבו] פסקה 26 (28.10.2013); ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 28 (1994) (להלן: לוסטהויז ושפניץ)). זאת ועוד, אין ספק שהכנסת שינויים בחלק מן החוזה אינה מונעת את החלת כללית של חוק החוזים האחידים על חלק אחר בו שלא הוכנסו בו שינויים (לוסטהויז ושפניץ, בעמ' 31; אריאל פורת "חוזים אחידים" 729, 746 חוזים כרך ג (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003)). כן חשוב להבהיר שבית משפט זה כבר עמד על החשיבות הנודעת לביקורת תנאיו של חוזה ניהול או חוזה שירותים בפרויקט מגורים, ובכלל זה תניות שעניינן תשלומים במסגרת חוזה ניהול (ראו והשוו: ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 192-193 (1989)). אולם, בכל מקרה ומקרה יש לבחון מהם השינויים שהוכנסו בחוזה האחיד ולהכריע בהתאם להם...

171. כן ראו דברי של כב' השופט יצחק עמית ברע"א 8135/12 **Nantucket Ltd נ' דורון (פורסם בנבו,** 28.10.2013), שם נקבע כי:

...יכולתו של לקוח להכניס שינויים כאלה ואחרים בחוזה, אינה שוללת את היותו חוזה אחיד, ואיני מקבל את הטענה כי כל אימת שעלה בידי לקוח אחד מיני רבים להכניס שינוי באחת מתניותיו של חוזה, נשלל מעמדו של החוזה כחוזה אחיד...

172. המשיבות צירפו לתשובתן את נספחי השינויים שנחתמו עם כל אחד מהמבקשים. נספח השינויים בעניין של המבקש **1** צורף כנספח **35** לתשובה. נספח השינויים בעניין המבקשת **2** צורף

nevo.co.il

כנספח **21** לתשובה ואילו נספח השינויים בעניינו של המבקש **3** צורף נספח **14** לתשובת המשיבות. לעניין המבקש **1** הרי שנספח השינויים בעניינו כולל 33 סעיפים. לעניין המבקשת **2** נספח השינויים בעניינה כולל 5 סעיפים בלבד. באשר למבקש **3** הרי שמעיון מנספח השינויים הסופי שצורף לתשובת המשיבות בעניינו צורפו 13 שינויים בלבד.

173. אומנם בוצעו שינויים בהסכמי המכר של המבקשים אך סבורני כי אין בכך כדי למנוע את החלת כלליו של חוק החוזים האחידים על חלקיו האחרים של הסכם המכר.

174. עוד יצוין כי המשיבות אף הודו כי קיימת זהות בסעיפי הסכמי המכר של המבקשים. כך במסגרת סעיף **40** לתשובה ציינו המשיבות כי "**על מנת שלא להכביר בציטוטים ומלל, בעניינם של הזוג שלב – סעיף 8 מתוך הסכם המכר זהה לזה שהופיע בהסכם המכר של הזוג בוכבזה...סעיף 4 להסכם המכר זהה אף הוא, עם שינויים ניסוחיים מעטים והתאמות לתנאי התשלום המסחריים שסוכמו עם הזוג שלו, וסעיף 6 מתוך נספח התמורה כמעט זהה לזה שהופיע בנספח התמורה של הסכם המכר של הזוג בוכבזה...**".

175. מן האמור לעיל עולה כי לצורך ההכרעה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, **הסכמי המכר מהווים חוזה אחיד.**

176. **מכאן שיש לדון האם התניות אשר נקבעו במסגרת סעיף 6 לנספח התשלומים, מהוות תניה מקפחת בחוזה אחיד.**

177. בעוד שחוק החוזים האחידים נעדר הגדרה לעניין מהו תנאי מקפח הרי שבפסיקה נקבעו מבחנים שונים לצורך ההכרעה בשאלה האם המדובר בתנאי מקפח במסגרת חוזה אחיד. בין היתר יש לבחון את יחסי הכוחות בין הצדדים לאותו חוזה ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם כאשר לעניין זה יש להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת לבין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוחות בינם ובין הספקים קטנים יותר. כמו כן יש להבחין בין סוגי ספקים שונים. כך, ספקים מונופוליסטיים הם ספקים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר. עוד נקבע כי תנאי ייחשב כתנאי מקפח באם ימצא כי הוא מגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי בחברה הישראלית.

178. וכך נקבע לעניין זה במסגרת פס"ד **בן חמו**:

> **...חוק החוזים האחידים אינו כולל הגדרה של המושג "קיפוח" ואף אינו קובע רשימה סגורה של תנאים אשר יש בהם משום "יתרון בלתי הוגן העלול להביא לידי קיפוח". הוראות החוק יוצרות, אפוא, רקמה נורמטיבית פתוחה ואותה נדרשים בתי המשפט ובית הדין למלא תוכן על מנת שתוגשם תכליתו של חוק החוזים האחידים ועל מנת לעצב את הדין באופן המבטא תפיסה חברתית ראויה באשר ליחסים שבין ספקים ללקוחות שהתקשרו בחוזה אחיד...המושג "תנאי מקפח" מהווה, כך נפסק, מעין קריסטליזציה של תקנת הציבור בתחום החוזים האחידים ... עוד נפסק כי מבחן ההגינות והסבירות הוא המבחן שלפיו יש להכריע בשאלה האם תנאי מסוים בחוזה אחיד הוא מקפח...מה ייחשב, אפוא, תנאי בלתי סביר או בלתי הוגן בחוזה אחיד? שאלה זו אין לה תשובה ממצה אחת, שכן מושג הקיפוח מתעצב וקורם עור וגידים ממקרה אחד למשנהו... עם זאת, במהלך השנים התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים אשר בהם ניתן להסתייע. כך, למשל, נפסק כי סבירותו של תנאי מסוים בחוזה אחיד צריכה להיבחן בהתאם לתפיסות המוסריות והחברתיות הנוהגות בחברה חופשית בעלת משטר חוקתי וחברתי כשלנו, ובהתאם למה שנתפס כהתנהלות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון (עניין קשת, בעמ' 374; ועניין קסטנבאום, בעמ' 527). עוד נפסק כי לצורך ההכרעה בשאלה האם תנאי בחוזה אחיד הוא מקפח יש להתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים לאותו חוזה ובאינטרסים הטיפוסיים שלהם, וכי ניתן להבחין בהקשר זה בין סוגים שונים של ספקים ולקוחות. כך, למשל,**

nevo.co.il

ניתן להבחין בין לקוחות צרכניים הזקוקים להגנה מוגברת ובין לקוחות מסחריים אשר פערי הכוח בינם ובין הספק קטנים יותר. כמו כן ניתן להבחין בין ספקים מונופוליסטים אשר יש לפקח על פעילותם בצורה הדוקה יותר ובין ספקים שאינם מהווים מונופול (ראו: עניין מילגרום, בעמ' 165-164; עניין קסטנבאום, 526-527; עניין רדאל, 593-594; עניין קשת, בעמ' 371 ו- 374; וכן, לוסטהויז ושפניץ חוזים אחידים, בעמ' 69-78). לבסוף נפסק כי נוכח העובדה שתכליתו של חוק החוזים האחידים היא לאזן את חוסר השוויון שבין הספק והלקוח, תנאי בחוזה אחיד המגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי בחברה הישראלית ייחשב למקפח (עניין קסטנבאום, בעמ' 526; עניין מילגרם, בעמ' 164-165; עניין גרין, בעמ' 418; ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573, 633 (2007))...

179. באשר לטענת המבקשים לעניין סעיף 6 לנספח התשלומים באתי לכלל מסקנה כי אין המדובר בתנאי מקפח. בספרן של המלומדות ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים (1994) (להלן: "**לוסטהויז ושפניץ**, חוזים אחידים") נדונה סוגיית הצמדת סכום כסף למדד מסוים. לעניין מועד ההצמדה צוין כי "**...כעיקרון, ההצמדה צריכה לחול מיום כריתת החוזה או מיום החתימה על זכרון הדברים, ובמקרה זה המדד הבסיסי הוא המדד שפורסם לאחרונה לפני כריתת החוזה או זכרון הדברים, או המדד של אותו חודש שבו נחתמו. כאשר בחוזה לא נקבע מראש המדד הבסיסי לחישוב ההצמדה, נוהגים הספקים למלא את החסר בעת החתימה**".

180. יישום האמור לעיל בענייננו מוביל לכדי מסקנה כי אין המדובר בתניה מקפחת. באשר למבקש **1**, הרי שביום 30.12.15 הוא חתם על "**הודעה על כוונה לרכישת דירה**" העתק ההודעה צורפה נספח **17** לבקשת האישור. במסגרת סעיף 3.1 להודעה צוין כי:

> **מחיר הדירה: סכום של 2,080,000 ₪, כולל מע"מ בשיעור של 17% כפי שנדרש על פי הדין בעת מתן הודעתי זו (להלן: "מחיר הדירה"). מחיר הדירה יהיה צמוד לעליית מדד תשומות הבנייה בהתאם להוראות שיפורטו בנספח התשלומים שיצורף לחוזה, כאשר המדד הבסיסי הידוע במועד חתימת מסמך זה, דהיינו מדד חודש נובמבר שפורסם ביום 15/12/15.**

181. ביום 21.1.2016, לאחר שלושה שבועות, נחתם בין המבקש **1** לבין המשיבות הסכם המכר. במסגרת סעיף 6 לנספח התשלומים של המבקש 1 צוין כי "**לכל תשלום מתשלומי התמורה, כאמור בסעיף 4 לעיל, יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש נובמבר שפורסם ביום 15.12.2015 והוא עומד על 107.0 נקודות לפי בסיס יולי 2011...**".

182. באשר למבקשת **2**, הרי שביום 27.10.2015 היא חתמה על "**הודעה על כוונה לרכוש דירה**". במסגרת סעיף 3.1 להודעה צוין כי "**מחיר הדירה: סכום של 2,200,000 ₪, כולל מע"מ בשיעור של 17% כפי שנדרש על פי הדין בעת מתן הודעתי זו (להלן: "מחיר הדירה"). מחיר הדירה יהיה צמוד לעליית מדד תשומות הבנייה בהתאם להוראות שיפורטו בנספח התשלומים שיצורף לחוזה. כאשר המדד הבסיסי הוא המדד הידוע במועד החתימה על מסמך זה, דהיינו מדד חודש ספטמבר שפורסם ביום 15.10.15...**".

183. ביום 16.11.2016 חתמה המבקשת **2** על הסכם המכר. במסגרת סעיף 6 לנספח התשלומים צוין כי "**לכל תשלום מתשלומי התמורה כאמור בסעיף 4 לעיל, יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש ספטמבר שפורסם ביום 15.10.2015 ואשר עומד על 107.0 נקודות לפי בסיס יולי 2011**".

nevo.co.il

184. באשר למבקש **3**, הרי שביום 8.7.2012 הוא חתם על "**בקשה לעריכת חוזה – פרויקט ECO כפר גנים פתח תקווה**". שם במסגרת סעיף 2 צוין כי "**מחיר הדירה כולל מע"מ בשיעור 16% 1,699,000 מדד הדירה יהיה צמוד למדד תשומות הבנייה שמתפרסם על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. מדד הבסיס: המדד הידוע ביום חתימת הבקשה לעריכת החוזה ועומד על 102.7 נקודות**".

185. ביום 6.8.2012 חתם המבקש **3** על הסכם המכר. במסגרת סעיף 6 לנספח התשלומים צוין כי "**לכל תשלום כאמור יתווספו הפרשי הצמדה למדד תשומות הבנייה כאשר המדד הבסיסי הוא מדד חודש מאי שפורסם ביום 15.6.2012 ואשר עומד על 102.7 נקודות (להלן: "המדד הבסיסי")**".

186. הנה כי כן , במועד החתימה על <u>ההודעה בדבר הכוונה לרכוש דירה</u>, בעניינם של שלושת המבקשים, ציינו המשיבות בפני המבקשים כי מחיר הדירה יהיה צמוד למדד תשומות הבנייה ואף ציינו כי המועד הקובע הוא זה אשר נקבע במסגרת חתימת המסמך. יתרה מכך, פער הזמנים בין מועד החתימה על ההודעות בדבר הכוונה לרכוש דירה לבין מועד חתימה על הסכמי המכר הוא של מדד אחד בלבד, וזהו המדד שהיה ידוע במועד חתימת ההודעה על הכוונה לרכוש דירה.

187. למעלה מן הצורך יצוין כי אף אין בפער האמור כדי להביא לקביעה כי המדובר בתניה מקפחת. ולעניין זה ר' **לוסטהויז ושפניץ**, <u>חוזים אחידים</u> עמ' 348 :

> **... מבחינה תיאורטית, השלמת ערך המדד בעת כריתת החוזה מאפשרת לספק להשלים את השיעור שהיה מתאים בחודש ואף במספר חודשים לפי תאריך החתימה על החוזה. ההדגשה על המדד שפורסם סמוך לכריתת החוזה, באה למנוע את האפשרות שהספק ישלים מדד מוקדם מזה...**

188. **אשר על כן סעיף 6 לנספח התשלומים להסכמי המכר אינו מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד.**

189. שונים הם הדברים לעניין סעיף **6.2** לנספח התשלומים. סעיף 6.2 לנספח התשלומים להסכם המכר בעניינו של המבקש **1** קובע כי :

> **...6.2. למען הסר ספק מובהר בזאת כי על כל התשלומים (למעט התשלום הראשון שישולם במעמד חתימת ההסכם) להתבצע בין ה-16 ל31 בחודש התשלום. במידה והתשלומים יבוצעו בין 1-15 לחודש, הם יוצמדו למדד שיפורסם ב-15 לחודש בו בוצע התשלום והפרשי ההצמדה ישולמו במעמד ביצוע התשלום על פי המועדים המפורטים בסעיף 4 לעיל. אם במועד ביצוע התשלום לא ידוע המדד החדש אזי הקונה ישלם כל תוספת בגין עליה של המדד החדש לעומת המדד הידוע במועד ביצוע התשלום הבא.**

190. סעיף 6.2 לנספח התשלומים בהסכם המכר של המבקשת **2** קובע כי :

> **...6.2 למען הסר ספק, מובהר בזאת כי על התשלומים (למעט התשלום הראשון שישולם במעמד חתימת ההסכם) להתבצע בין ה-16 ל-31 בחודש התשלום. במידה והתשלומים יבוצעו בין 1-15 לחודש, הם יוצמדו למדד שיפורסם ב-15 לחודש בו בוצע התשלום והפרשי ההצמדה ישולמו במעמד ביצוע התשלום על פי המועדים המפורטים בסעיף 4 לעיל. אם במועד ביצוע התשלום לא ידוע המדד החדש אזי הקונה ישלם כל תוספת בגין עליה של המדד החדש לעומת המדד הידוע במועד ביצוע התשלום הבא...**

191. סעיף 6.2 לנספח התשלומים של המבקש **3** קובע כי :

> **...6.2 למען הסר ספק, מובהר בזאת כי על כל התשלומים (למעט התשלום הראשון והתשלום האמור בסעיף 5.1 לעיל) להתבצע בין ה-16 ל-31 בחודש התשלום. במידה והתשלומים יבוצעו בין ה-1 – 15 לחודש, הם יוצמדו למדד**

nevo.co.il

> **שיפורסם ב-15 לחודש, בו בוצע התשלום והפרשי ההצמדה ישולמו במעמד ביצוע התשלום על פי המועדים המפורטים בסעיף 4 לעיל. אם במועד ביצוע התשלום לא ידוע המדד החדש אזי הקונה ישלם כל תוספת בגין עליה של המדד החדש לעומת המדד הידוע במועד ביצוע התשלום הבא...**

192. לעניין סעיף **6.2** לנספח התשלומים טענו המבקשים כי המדובר בתניה מקפחת משום שבאם רוכש מבצע תשלום בתחילת החודש הוא מחויב בתשלום מדד שאינו ידוע במועד שבו מבצע את התשלום. מנגד טענו המשיבות כי הכלל הוא כי ביצוע התשלומים יתבצע בין ה-16-31 בחודש התשלום, קרי במועד שבו המדד ידוע. כחריג לכלל הן מאפשרות לרוכש להקדים את ביצוע התשלום לתחילתו של החודש, עוד בטרם פרסום המדד אולם במידה והרוכש מעוניין לבחור באפשרות זו עליו להתחלק עם המשיבות בסיכון אשר טמון בכך. עוד טענו המשיבות כי המבקשים לא טענו להתקיימותם של אחת מחזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים וכי גם מן הטעם הזה אין המדובר בתנאי מקפח.

193. **לאחר שנתתי דעתי לטיעוני במחלוקת זו באתי לכלל מסקנה כי לצורך הכרעה בבקשה זו ובשלב זה של הדיון בבקשת האישור, הרי שעל פניו נראה כי סעיף 6.2 מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד.**

194. ראשית, לעניין טענת המשיבות לעניין היעדר טענה לפי סעיף 4 לחוק החוזים האחידים הרי שיש לדחות טענה זו. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע כי "**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)**".

195. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע מבחן קיפוח כללי, ואין בהיעדרה של טענה לעניין התקיימותם של אחת החזקות הקבועות בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים כדי לייתר את מבחן הקיפוח הכללי הקבוע בסעיף 3. ההבדל בין סעיף 3 לחוק החוזים האחידים לבין סעיף 4 לחוק החוזים האחידים נעוץ בנטל ההוכחה. לעניין מבחן הקיפוח הכללי הקבוע בסעיף 3 הרי שעל הספק מוטל הנטל לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי איננו מקפח בהינתן אמות המידה הקבועות בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים. ולעניין זה ר' דבריה של כב' הנשיאה א' חיות בפס"ד **בן חמו**:

> **... חזקות הקיפוח שנקבעו בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים, אין בהן כדי לייתר את מבחן הקיפוח הכללי שנקבע בסעיף 3 לחוק. על כן, השאלה האם עלה בידי ספק לסתור את חזקות הקיפוח הקבועות בסעיף 4, תיבחן אף היא על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 3 (ראו: ע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 593 (1999) (להלן: עניין רדאל); ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ חוזים אחידים 84 (1994) (להלן: חוזים אחידים)). ובמילים אחרות – בין אם מדובר בתנאי אשר קמה לגביו חזקת קיפוח ובין אם לאו, על בית המשפט לבחון את התנאי ולקבוע אם יש בו משום "קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות" על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים. ההבדל בין תנאי שקמה לגביו חזקת קיפוח ותנאי שלא קמה לגביו חזקה כזו נעוץ, כמובן, בנטל ההוכחה. כאשר קמה חזקת קיפוח על הספק לסתור את החזקה ולהראות כי התנאי איננו מקפח בהינתן אמות המידה הקבועות בסעיף 3, ואילו כאשר מדובר בתנאי שאינו מקים חזקת קיפוח הנטל הוא על הלקוח להוכיח את הקיפוח...**

196. לכאורה נראה, בנסיבות העניין כי סעיף 6.2 לנספח התשלומים מקנה למשיבות יתרון בלתי הוגן, בדמות תשלום מדד חודש נוסף וכי המשיבות לא עמדו בנטל ההוכחה הנדרש כדי

nevo.co.il

לסתור חזקה זו. כמו כן על פניו נראה כי יש בשיטת ההצמדה האמורה כדי לפגוע בעיקרון הסימטריות

197. **לוסטהויז ושפניץ**, בספרן חוזים אחידים, עמ' 333 דנות בשיטות ההצמדה השונות:

> **על פי השיטה הנוהגת, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מעבדת מדדים שונים לכל חודש, ופרסומם נעשה ב-15 בחודש שלאחריו. לפיכך, כאשר מבקשים להצמיד סכום מסוים למדד שמפרסמת הלשכה ניתן להצמיד את הסכום למדד שידוע בעת התשלום, היינו: המדד של החודש הקודם למועד התשלום או העסקה, ולעיתים אף המדד הקודם בחדשיים למועד זה (בכפוף למועד – לפני ה-15 בחודש או לאחריו). שיטה אחרת היא הצמדה למדד של החודש שבו מבוצע התשלום, כאשר בעת התשלום המדד החדש עדיין אינו ידוע ואת החשבון הסופי עורכים לאחר פרסומו. נהוג לכנות שיטה זו "מדד בגין", כלומר מדד בגין החודש שבו מבוצע התשלום.**
> **שתי שיטות ההצמדה הן לגיטימיות, ובלבד שאם מדד הבסיס הוא המדד הידוע ביום חתימת הסכם, המדד שאליו יוצמד התשלום –המדד החדש – צריך אף הוא להיות המדד הידוע בעת התשלום ולא המדד של החודש שבו התשלום בוצע, שכן זוכה הספק להצמדה למדד נוסף. המדד הנוסף אינו משקף שחיקה בערך הכסף, ולכן דרך החישוב היא מטעה ומקפחת. שיטת ההצמדה צריכה להיות עקבית בכל אחת משיטות ההצמדה, הן לגבי המדד הבסיסי והן לגבי המדד החדש.**

198. מדבריהן של המחברות המלומדות עולה כי אין כל מניעה לקבוע מנגנון הצמדה למדד, כאשר בעת התשלום טרם פורסם המדד הרלוונטי זאת בתנאי שבמועד עריכת החשבון הסופי המדד הקובע לא יהיה זה של החודש שבו התשלום בוצע. אולם, אין זהו המתווה שקיים בסעיף 6.2 לנספח התשלומים של הסכם המכר, שכן התשלום בגין המדד שאינו ידוע מתבצע במועד התשלום הבא. על פניו נראה כי יש בתניה האמורה להביא לכך שהמבקשים יחויבו בחודש נוסף של מדד.

199. לא מצאתי אף לנכון לקבל את הטענה כי הסיפה לסעיף מהווה חריג. סעיף 4 לנספח התשלומים קובעים שורה של תשלומים שעל המבקשים לשלם במסגרת הסכם המכר. בין היתר סעיף 4.2 לנספח התשלומים קובע כי "**תוך 29 חודשים ממועד קבלת היתר בניה לפרויקט, ישלם הקונה סכום של 1,456,000** ₪**...**" כמו כן סעיף 4.3 לנספח התשלומים קובע כי "**עד 7 ימים טרם מועד המסירה ישלם הקונה סכום של 208,000** ₪**...**".

200. המדובר בשורה של מועדי תשלום שאין כל אפשרות לדעת מתי יבוצעו האם במחציתו הראשונה של החודש או שמא במחציתו השנייה. ומכאן שמנגנון התשלום הקבוע בסיפה של סעיף 6.2 יכול להיות מופעל ללא שום תלות ברצונו של הרוכש ובכך יש בו כדי לקפח את הרוכש.

201. המבקשים צירפו לבקשת האישור את מצב החשבון המעודכן אצל המשיבות. מצב החשבון של המבקש **1** צורף כנספח **13** לבקשת האישור. מעיון במצב החשבון עולה כי ביום 01/05/18 שילם המבקש 1 סך של 1,456,000,000 ₪ כאשר צוין בהערות "**תוך 29 חוד' ממועד קבלת**..."

202. מעיון במצב החשבון בעניינה של המבקשת **2** שצורף כנספח **14** לבקשת האישור עולה כי שני תשלומים במחצית הראשונה של החודש, כתולדה מן המועדים אשר נקבעו בסעיף 4 לנספח התשלומים. כך ביום 1/02/16 בוצע תשלום בסך של 440,000 ₪ כאשר צוין בהערה כי מדובר ב "**7 ימים ממועד קבלת**..." ותשלום נוסף שבוצע ביום 1/05/18 בסך של 1,100,000 ₪ שבהערה צוין "**תוך 29 חוד' מקבלת**...".

nevo.co.il

203. לכך יש להוסיף את העובדה (המסייעת) כי אף לדעת המאסדר, הרי שיש באמור בסעיף 6.2 לנספח התשלומים להוות תנאי מקפח בחוזה אחיד. לעניין זה ראו סעיף 10 לעמדתו המשלימה של המאסדר שם צוין כי: "**לעמדת הגוף המאסדר הצמדת התשלום למדד עתידי שיפורסם כאשר המדד התחילי הוא המדד הידוע, מוסיפה תשלום נוסף בגין שינוי במדד מעבר להצמדה הנדרשת ובמקרה בו המדד עולה מקנה למשיבות רווח נוסף. משכך תנאי זה מקווה תנאי מקפח בחוזה אחיד**".

204. בשים לב לעובדה כי עמדתו המשלימה של המאסדר תואמת את כללי הפרשנות המקובלים הרי שאין מקום להורות על דחייתה (ראו דבריו של כב' השופט ח' מלצר (כתוארו אז) בעניין דנ"א 4960/18 **שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 4.7.2021)).

205. לא מצאתי אף לנכון לקבל את טענת המשיבות לעניין החלתו של סעיף 23 לחוק החוזים האחידים. סעיף 23(1) לחוק החוזים האחידים קובע כי:

> **הוראות חוק זה לא יחולו על:**
> **(1) תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח או הספק בעד נושא העסקה, ובלבד שהוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה;...**

206. סעיף 23(1) לחוק החוזים תוקן במסגרת תיקון מס' 4 לחוק החוזים האחידים ה"ח 547. במסגרת דברי ההסבר לתיקון צוין כי:

> **... כוונת הסעיף היא לסייג את תחולת הוראות החוק, כך שלא יחולו על תנאי הקובע את התמורה הכספית, לא רק כאשר משלם אותה הלקוח כמו בחוק הקיים, אלא גם כאשר משלם אותה הספק. כן מוצע להבהיר שהסייג האמור בדבר התמורה הכספית, חל רק על התמורה עצמה 'בעד נושא העסקה' ולא על התנאים הנלווים לה, כגון: תנאים בדבר אופן חישוב התמורה או הדרך שבה היא נקבעת, החובה להפקיד פיקדון, מועד התשלום, קביעה שמקדמה עשויה להוות פיצוי מוסכם ותנאים דומים. תנאים אלה יעמדו לביקורת בית הדין ובית המשפט. הבהרה זו באה לידי ביטוי בהוספת המילים 'בעד נושא העסקה' לפי התמורה הכספית.**

207. עוד ראו לעניין זה דבריהן של **לוסטהויז ושפניץ**, בספרן חוזים אחידים עמ' 35-36:

> **... 'תמורה כספית' לא תכלול את התנאים הנלווים למחיר – למשל דרך קביעתו, אופן חישובו או מועד תשלומו ואלה חשופים לביקורת החוק. ניקח למשל את נושא הסדרי ההצמדה. מבחינת החוק אין נפקא מינא איזו הצמדה תיבחר לשער מטבע חוץ, למדד המחירים לצרכן או לכל מדד מוכר אחר. כל בחירה שתיעשה תהיה חלק מהתמורה הכספית. אולם אופן חישוב ההצמדה יהיה כפוף למבחן הקיפוח. כך למשל לא ייתכן שספק ישמור לעצמו בחוזה אחיד את הזכות להחליט בעת כל תשלום לאיזה מדד או שער מטבע חוץ יוצמד התשלום...**

208. מכאן עולה כי סעיף 23(1) לחוק החוזים האחידים נקבע כי הוא עוסק ברכיב התמורה הכספית בלבד, ואינו חל על התנאים הנלווים לה, ובענייננו, הסדרי ההצמדה שנקבעו בחוזה המכר בין הצדדים.

209. **מן האמור עולה כי המבקשים עמדו בנטל ההוכחה הנדרש – בשלב זה של דיון - באשר לקיומן של שאלות משותפות של עובדה ומשפט לעניין היותו של סעיף 6.2 לנספח התשלומים של הסכמי המכר בין המבקשים לבין המשיבות תניה מקפחת בחוזה אחיד, לאור האמור בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים.**

210. **מכאן שיש לדון האם המבקשים עומדים ביתר התנאים הקבועים לעניין אישור תובענה ייצוגית.**

nevo.co.il

.211 באשר לקיומה של עילת תביעה אישית, לפי סעיף 4(1) לחוק תובענות ייצוגיות הרי שבשים לב לחוות הדעת שצורפה לבקשת האישור, במסגרתה פורטו תשלומי המבקשים שבוצעו לפי סעיף 6.2 לנספח התשלומים, הרי שמבלי שיהיה בכך כדי לקבוע מסמרות לעניין טיבה של חוות הדעת, נראה כי המבקשים הם בעלי עילת תביעה אישית.

.212 עוד מצאתי כי בעניינו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב לאמור בסעיף 8(2) לחוק תובענות ייצוגיות. מחוות דעת המומחה שצורפה לבקשת האישור עולה כי במספר מועדים חויבו המבקשים עבור מדד לא ידוע. לעניין זה יצוין כי המשיבות לא הגישו חוות דעת מטעמם ואף לא צירפו לתשובתם כל מסמך חשבונאי אשר יהיה בו כדי לסתור את טענות המבקשים לעניין הפרשי המדד אשר חויבו בהם. די בכך כדי לקבוע כי המבקשים עמדו בנטל הנדרש לעניין סעיף 8(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

.213 באשר לתנאים אשר קבועים בסעיף 8(3) ו-8(4) לעניין ניהול ענייני הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב, נמצא כי ייצוגם של המבקשים עד כה מעיד על כך שהם מיוצגים בדרך הולמת ונראה שבכוחם לנהל את התובענה לטובת חברי הקבוצה ובתום לב.

.214 באשר לטענות המשיבות לעניין טיב הקשר בין המבקשים וכן לעניין העובדה שהם העלימו מבקשת האישור את עובדת קיומו של משא ומתן בין הצדדים טרם החתימה על הסכמי המכר הרי שאין בכך כדי להביא לקביעה כי ייצוגם של חברי הקבוצה ינוהל שלא בדרך הולמת ולא בתום לב. יחד עם זאת התנהלות המבקשים ובאי כוחם תבוא לידי ביטוי במסגרת פסיקת ההוצאות בהליך.

סוף דבר

.215 **מהטעמים האמורים עד כאן, דין בקשת האישור להתקבל וזאת בהתאם למפורט להלן.**

.216 **עילות התביעה בגינם מאושרת הגשת תובענה ייצוגית**: סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, עשיית עושר ולא במשפט.

.217 **הגדרת הקבוצה**: כל מי שרכש נכס מהמשיבות (ביחד ולחוד) בשבע השנים האחרונות, אשר לפחות אחת מתשלומי התמורה עבור הנכס הוצמד למדד שטרם פורסם בעת התשלום שביצע בפועל".

.218 **הסעדים המתבקשים:** להורות למשיבות לפצות את חברי הקבוצה בגין מלוא הסכומים שהן גבו מחברי הקבוצה בשל החישוב שבוצע בסיפה של סעיף 6.2 לנספח התשלומים, להורות למשיבות לתקן את הסכמי המכר באופן שלא יתיר להן לגבות תשלום עבור מדד שאינו ידוע.

.219 בתוך **45** ימים (פגרה באה במניין המועדים) יגישו המבקשים כתב תביעה מתוקן, בהתאם לעילות אשר אושרו במסגרת החלטה זו. המשיבות יגישו כתב הגנה מטעמם בתוך **45** ימים ממועד המסירה.

.220 **התובעים המייצגים: תומר רון, רותי שלו, משה בוכבזה.**

.221 **באי כוח המייצגים: צביקה מצקין, אלרן שפירא בר אור, מיכאל פטרמן.**

.222 כמו כן, לאור האמור, אני מורה לצדדים לפעול בהתאם להוראות **סעיף 25** לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו-2006 (להלן: "**החוק**"):

.222.1 המבקשים יפרסמו בתוך **20** ימים מודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית. הודעה זו תכלול את הפרטים הנדרשים לפי סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, וכן הבהרה

nevo.co.il

בדבר זכותו של חבר להודיע על רצונו בדבר יציאה מהקבוצה וזאת בהתאם לאמור בסעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות.

222.2. המודעה תפורסם בעיתונים "ידיעות אחרונות" ו"ישראל היום" גודל האותיות בפרסום יעלה בלפחות שליש על הגודל המינימלי הנקבע בתקנה 2 לתקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), תשנ"ה-1995.

222.3. נוסח ההודעה יוגש לאישור בית המשפט בתוך **14** ימים, זאת בהתאם לאמור בסעיף 25(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.

222.4. המשיבות ישאו בהוצאות הפרסום.

223. המזכירות תשלח בהקדם העתק החלטה זו לבאי כוח הצדדים, לפמת"א (אזרחי), לממונה על הגנת הצרכן, ולמנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס התובענות הייצוגיות.

224. כשלנגד עיני האמור בסעיף 214 לעיל, הנני מורה כי המשיבות ישאו , ביחד ולחוד, בהוצאות המבקשים בהליך זה בסך כולל של 40,000 ₪, אשר ישולמו בתוך 30 ימים מהיום.

ניתנה היום, ל' אב תשפ"א, 08 אוגוסט 2021, בהעדר הצדדים.

דורון חסדאי 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

nevo.co.il