



בית המשפט העליון

רע"א 9811/17

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: אל על נתיבי אויר בישראל בע"מ

נגד

המשיבים: 1. עופר מנירב
2. פנינה מנירב

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 14.11.2017 (כבוד השופטת ש' אלמגור) ב- ת"צ 15698-04-15

בשם המבקשת: עו"ד צבי אגמון; עו"ד טל מישר;

עו"ד זאב גוטרייך

בשם המשיבים: עו"ד יוני חרש; עו"ד שי דרעי

החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 14.11.2017 (השופטת ש' אלמגור, ת"צ 15698-04-15) בגדרה אושר למשיבים לנהל תובענה ייצוגית בעניין שינויים שערכה המבקשת, אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, בתנאי מועדון "הנוסע המתמיד" שמופעל על ידה (להלן: הבקשה, ההחלטה ו-אל על, בהתאמה). במוקד בקשת האישור, הטענה כי לא היה מקום להחיל את השינויים בתנאי המועדון באופן רטרואקטיבי – ביחס ל"נקודות" שכבר נצברו.

הרקע העובדתי הצריך לעניין

2. כמתואר בהחלטה, אל על היא חברת התעופה הגדולה בישראל והיא מפעילה את מועדון "הנוסע המתמיד" שמאפשר לחברים בו לצבור בדרכים שונות זכויות (המכונות נקודות) שמכוחן מוקנית זכאות להטבות ומבצעים (להלן: מועדון הלקוחות או המועדון ו-הנקודות, בהתאמה); כאשר היקף ההטבות משתנה בין המעמדות שנכללים במועדון הלקוחות. אחת ההטבות המרכזיות שמקנה החברות במועדון הלקוחות היא אפשרות לממש את הנקודות שנצברו על מנת לרכוש "כרטיס בונוס" לאחד מיעדי הטיסות של אל על – ויצוין כי כרטיס בונוס "משולם" בעיקרו בנקודות, וחלק קטן המכונה "תוספת מזומן" (או תוספת דלק) משולם ככלל במזומן; אם כי קיימת אפשרות לשלם גם עבור "תוספת מזומן" בדרך של מימוש נקודות. נוסף על כך, ניתן לנצל את הנקודות על מנת לשדרג את כרטיס הטיסה שנרכש למחלקה בדרגה גבוהה יותר.

החברות במועדון הלקוחות ותנאיו מוסדרים ב"בתקנון מועדון הנוסע המתמיד של אל על" (להלן: התקנון); ובין הוראותיו סעיפים שמבטלים את שיקול דעת בלעדי לשנות את תנאי המועדון, לרבות לעניין צבירת הנקודות ופדיון (סעיף 2.3 לתקנון). בתוך כך נקבע כי אל על רשאית להפסיק את מועדון הלקוחות ללא הודעה מוקדמת, ובהתאם הזכות לצבור נקודות ולממשן יכולה להיפסק בכל רגע (סעיף 2.3.1 לתקנון); וכן כי מרבית השינויים ניתנים לביצוע בהודעה מוקדמת של חודש (30 יום) מעת פרסום השינוי באינטרנט (סעיף 2.4 לתקנון). מפאת חשיבותן יובאו להלן ההוראות העיקריות בתקנון שרלוונטיות לענייננו, ומעתה והלאה הן יכוננו יחד – התניות:

2.1 החברות במועדון כפופה לכל סוגי הכללים, התנאים, החוקים, התקנות, המדיניות והנהלים ("כללי התוכנית"), אשר אל על עשויה לאמץ מעת לעת לפי שיקול דעתה הבלעדי.

2.2 צבירת הנקודות ופדיון, כפופה לכללי התוכנית, כפי שיקבעו ויפורסמו על ידי אל על מעת לעת.

2.3 על אף האמור בכל מקום אחר בתקנון זה, אל על שומרת לעצמה את שיקול הדעת הבלעדי:

2.3.1 להפסיק את תוכנית המועדון, ללא הודעה מוקדמת. לפיכך, ומבלי להתחשב במידת השתתפות החבר בתוכנית, הזכות לצבור נקודות ולממשן יכולה להיפסק בכל רגע, כפי שיקבע ויפורסם על ידי הנהלת מועדון הנוסע המתמיד.

2.3.2 לקבוע ולערוך שינויים בכללי התוכנית של המועדון, לרבות, מבלי לפגוע בכלליות האמור: הניקוד הנצבר, כמות הנקודות הדרושות להטבה, למעמד, לכרטיס, לשדרוג, להרשמה, לשוב או זכות כלשהי במועדון הלקוחות, בחלקן או במלואן, רמת הנקודות, הכללים לצבירת נקודות, כללי פדיון הנקודות, כללי השדרוג וסוגי כרטיסי הבונוס, תוקף ההטבות, התקשרויות עם שותפים כהגדרתם בתקנון וכד'.

2.3.3 לשנות ולהגביל את פרק הזמן שבו ניתן לשמור ו/או להשתמש בנקודות שנצברו וכד'.

2.3.4 לקבוע ימים ו/או תקופות ו/או טיסות, שבהם לא ניתן יהיה להשתמש בנקודות שנצברו לצורך מימוש כרטיסי הבונוס לטיסות ולהגביל את מספר המושבים הזמין, לכל או חלק מהחברים, לכל או לחלק מהיעדים וכד'.

2.4 כל השינויים, למעט אלו הנזכרים בסעיף קטן 2.3.4 לעיל, ניתנים לביצוע בהודעה מוקדמת של 30 ימים מיום פרסום השינוי באינטרנט. במקרים חריגים הנובעים מאירועים אשר הנהלת המועדון לא יכולה היתה לצפות מראש וכן במקרה של שינויים טכניים או שינויים שכל מטרתם להיטיב עם חברי המועדון, השינויים ניתנים לביצוע באופן מיידי. הנהלת מועדון הנוסע המתמיד תהא רשאית,

לפי שיקול דעתה הבלעדי, להאריך את פרקי הזמן למתן הודעות המפורטים לעיל.

3. בחודש פברואר 2015 ביצעה אל על שינויים במועדון הלקוחות, שהתבטאו בין היתר בעדכון תנאי מימוש הנקודות לשם קבלת הטבות מסוימות; כאשר שלושה חודשים קודם לכניסת השינויים לתוקף, בנובמבר 2014, שלחה אל על הודעות בנושא לחברי המועדון ופרסמה הודעה באתר האינטרנט שלה (הודעות אלה יכוננו להלן: ההודעה המוקדמת). לדברי אל על, השינויים בוצעו על מנת לתקן עיוות כלכלי שנוצר בין מחירי כרטיסי הטיסה בתשלום לבין "המחירון" בנקודות, ובהתאם להוראות המפורשות בתקנון שמאפשרות לה לערוך שינויים בתנאי המועדון; ובכל מקרה בתקופת ההודעה המוקדמת ניתן היה לנצל את הנקודות לפי תנאי המימוש הישנים. המשיבים, חברים במועדון הלקוחות, מיאנו להשלים עם חלק מהשינויים שנערכו והגישו בקשה לאישור תובענה כייצוגית בנדון. לטענתם, התנאים למימוש הנקודות טרם השינוי היו עדיפים, ומשכך לא היה מקום להחיל את השינויים באופן רטרואקטיבי ביחס לנקודות שכבר נצברו (לעיל ולהלן: בקשת האישור). אעמוד בקצרה על שלושת השינויים שבגינם הוגשה בקשת האישור (יכוננו יחד – השינויים):

א. גידול במספר הנקודות הדרוש לצורך רכישת כרטיס בונוס ליעדים רבים, בשיעור שבין 11% ל-50%. כך למשל, לפני שינוי תנאי מועדון הלקוחות נדרשו 1,400 נקודות לרכישת כרטיס בונוס לניו יורק במחלקת תיירים, ואחריו נדרשות 1,800 נקודות בחורף ו-2,000 בקיץ; עבור כרטיס לאותו יעד במחלקת עסקים נדרשות 4,500 נקודות, בעוד לפני השינוי די היה ב-3,000 נקודות. לבקשת האישור צורפה טבלה (נספח ד' 3 לבקשת האישור) שבה פורט מספר הנקודות הדרושות לרכישת כרטיסי בונוס ליעדים שונים לפני שינוי תנאי המועדון ואחריו; וממנה עולה כי ביחס לחלק מהיעדים חלה הפחתה במספר הנקודות הדרושות, ישנם יעדים ש"העלות" בנקודות נותרה ללא שינוי, ובנוגע למרבית היעדים המבוקשים אירע גידול משמעותי במספר הנקודות (להלן: שינוי מספר הנקודות לכרטיס בונוס).

ב. גידול במספר הנקודות הנדרשות לתשלום עבור "תוספת מזומן" (המכונה גם תוספת דלק) בשיעור של 50%. לדוגמא, לפני השינוי האמור, טיסה לאתונה הצריכה תוספת מזומן של שישים דולר ארה"ב שאותה ניתן היה לשלם ב-120 נקודות; לאחר השינוי התעריף עלה ל-180 נקודות (להלן: שינוי מספר הנקודות לתוספת מזומן).

ג. ביטול האפשרות לקבל שובר לכרטיס בונוס פתוח לשנה, לקראת סיום תוקפן של נקודות. בעבר, לקראת מועד פקיעת התוקף של נקודות עמדה לפני חברי המועדון האפשרות הבאה – לפדות את הנקודות בכרטיס בונוס פתוח לשנה, וסמוך לסוף אותה שנה להמירו בכרטיס לטיסה ספציפית בשנה העוקבת. לאחר השינוי (שקדם לשניים האחרים ונכנס לתוקפו כבר בתחילת שנת 2014), ניתן להזמין כרטיס טיסה רק ליעד ומועד מסוימים, לא יאוחר משנה ממועד פקיעת תוקף הנקודות; וכל שינוי בכרטיס שהוזמן כרוך בתשלום נוסף. במובן זה, בוטלה האפשרות לעשות שימוש בנקודות שפג תוקפן למשך שנתיים נוספות (להלן: ביטול האפשרות להארכת תוקף הנקודות).

4. במסגרת בקשת האישור נטען כי אל על לא הייתה רשאית להחיל את השינויים באופן רטרואקטיבי על נקודות שנצברו זה מכבר (שלפי ההערכה מסתכמות בכ-1.5 מיליארד נקודות), וכי מדובר בהפרה יסודית של ההתקשרות שבינה לבין חברי המועדון. כן נטען כי השינויים עולים כדי הטעיה חוזית וקיום חוזה בחוסר תום לב. בהקשר זה נטען כי לשונו הברורה של התקנון אינה מקנה לאל על את הזכות לשנות את תנאי מועדון הלקוחות בדיעבד, ביחס לנקודות שנצברו; ועוד נטען כי ממילא יש להחיל את כלל הפרשנות נגד המנסח ביחס לתניות, וכי בכל מקרה מדובר בתניות מקפחות בחוזה אחיד. יצוין אגב כך כי המשיבים ציינו את הטענה בדבר תניות מקפחות בחוזה אחיד גם כאחת העילות לניהול התובענה כייצוגית, ואולם נראה כי בנסיבות המקרה הדגש הוא על כך שמדובר בטענה משפטית המשמשת בסיס לעילה אחרת – והיא העילה של הפרת חוזה. זאת, משום שככל שייקבע שעסקינן בתניות מקפחות בחוזה אחיד, המשמעות היא שעל פניו אל על לא הייתה רשאית לערוך את השינויים ואלה עולים כדי הפרת חוזה.

נוסף על כך, נטען כי אל על משמשת כנאמן עבור חברי המועדון ביחס לנקודות שטרם מומשו, והשינויים מהווים הפרה של חובת הנאמנות שחלה עליה; ועוד נטען כי מדובר בעשיית עושר ולא במשפט, ובהפרה של חובות המנויות בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). המשיבים עתרו לביטול השינויים שנערכו בתנאי מועדון הלקוחות; לביטול התניות המקפחות בתקנון שעל פניו איפשרו לאל על לערוך את השינויים; ולהשבה בעין או בשווי של שיעור אובדן הנקודות שנגרע מחברי המועדון כתוצאה מהשינויים – בדרך של מתן אפשרות לממש את הנקודות לפי תנאי המועדון הישנים או באמצעות מתן פיצוי כספי שהוערך בסך של כ-1.3 מיליארד ש"ח.

אל על מצידה עמדה על דחיית בקשת האישור, וטענה כי במסגרת התקנון צוין במפורש שתנאי מועדון הלקוחות נתונים לשינויים. כן נטען כי התקנון איננו חוזה אחיד

אלא חוזה מתנה או מעין-מתנה, וכי ממילא במאזן הכולל השינויים שבמוקד בקשת האישור היטיבו עם חברי מועדון הלקוחות.

ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית

5. עיקר הדיון בהחלטה סב על השאלה אם התניות בתקנון שלכאורה איפשרו לאל על לערוך את השינויים הן תניות מקפחות בחוזה אחיד. בית המשפט המחוזי ציין בהקשר זה כי אף אם תתקבל עמדת אל על כי לפי התקנון היא הייתה רשאית לשנות את תנאי מועדון הלקוחות כראות עיניה, גם ביחס לנקודות שכבר נצברו, עדיין נדרש להכריע אם הוראות אלה הן תניות מקפחות בחוזה אחיד. כפי שצוין, ואף שהדבר לא נאמר במפורש בהחלטה, ההכרעה בסוגית "התניות המקפחות" משליכה על השאלה אם השינויים נעשו כדין או שמא מדובר בהפרת חוזה.

6. תחילה קבע בית המשפט, כנקודת מוצא לדיון, כי התקנון הוא חוזה אחיד – ונדחתה טענת אל על כי מדובר בחוזה מתנה או מעין-מתנה שאין להחיל עליו את דיני החוזים האחידים. בתוך כך נדחתה טענה נלווית של אל על כי צבירת הנקודות אינה מסבה לה תמורה כלשהי; ונקבע כי הנקודות מוענקות לחברי המועדון מתוך אינטרס כלכלי מובהק של אל על למשוך לקוחות, להבטיח את נאמנות לקוחותיה לאורך זמן ולעודדם לרכוש ממנה כרטיסי טיסה ולא ממתחרותיה.

משהוברר כי מדובר בחוזה אחיד, ציין בית המשפט כי לפי סעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים) תנאי המקנה לספק זכות לשנות על דעת עצמו ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח (זולת אם השינוי נבע מגורמים שאינם בשליטתו), חזקה עליו שהוא תנאי מקפח – וכאלה הן על פניו התניות שמאפשרות לאל על לשנות את תנאי התקנון לפי שיקול דעתה. אל על מצידה טענה כי יש לבחון את טענת הקיפוח בראי אופי השינויים שנערכו בתנאי מועדון הלקוחות, שלהשקפתה הם מאוזנים ומיטיבים. משכך, פנה בית המשפט לבחון אם שלושת השינויים שפורטו אכן מרעים את תנאי החברים במועדון; ולאחר שהעמיק בכל אחד מהשינויים, נקבע כי הורם הנטל הראשוני להשיב על כך בחיוב.

7. טרם שנדרש לשינויים לגופם, ציין בית המשפט המחוזי כי הנקודות שנצברות במסגרת החברות במועדון הלקוחות הן בעלות ערך כלכלי עבור חברי מועדון הלקוחות, ומסיבה זו ייתכן שחבר במועדון ירכוש כרטיס טיסה באל על גם אם מחירו גבוה יותר מזה של המתחרים. כן נאמר כי מאחר שתנאי מועדון הלקוחות היו קבועים ולא השתנו

במשך כעשור, נוצרה ציפייה סבירה אצל חברי המועדון כי מספר הנקודות שנדרש יהיה לפדות לצורך קבלת כרטיס בונוס או על מנת להמיר תוספת מזומן, לא בנקל ישתנה ובוודאי לא יחול על נקודות שנצברו.

אשר לשינויים עצמם, נקבע כי אין ספק שביטול האפשרות להארכת תוקף הנקודות ו-שינוי מספר הנקודות לתוספת מזומן הרעו את תנאי המועדון. בשונה מכך, טיבו של שינוי מספר הנקודות לכרטיס בונוס היה פחות מובהק, בהינתן שרק ביחס לחלק מהיעדים חלה עלייה בכמות הנקודות שנדרש היה לממש לרכישת כרטיס בונוס; ובית המשפט המחוזי הקדיש חלק נכבד מהדיון לניתוח כלל השינויים שנערכו בהיבט זה. סופו של דבר, נקבע כי המשיבים עמדו בנטל הראשוני המוטל עליהם להראות כיצד השינוי הרע את תנאי המימוש של הנקודות שנצברו בחלק מהמקרים, ואת המשמעות הכספית שנלווית לכך; ובנסיבות אלה נטל הראיה להראות כי שינוי זה דווקא היטיב עם חברי המועדון עבר לכתפי אל על – שבשלב זה לא עמדה בו, בין היתר מאחר שנמנעה מלהציג נתונים בנושא. בית המשפט המחוזי ציין בהקשר זה כי אף שישנם יעדים שביחס אליהם נעשתה הפחתה מסוימת במספר הנקודות הדרוש לכרטיס בונוס, עדיין במרבית המקרים נדרש להוסיף מספר נקודות גדול יותר על מנת להשלים את התוספת מזומן; והתוצאה היא שבשקלול הדברים מדובר בהרעת תנאים; מה גם ש"ההוזלה" הוחלה בעיקר על טיסות ליעדים קרובים ובחורף, ועל כן לא ניתן לראות בהפחתה האמורה משום שינוי מיטיב.

כן נקבע כי לנוכח הפגיעה שהשינויים הסבו לחברי המועדון הלקוחות, ההודעה המוקדמת שניתנה ללקוחות בנדון שעמדה כאמור על שלושה חודשים, איננה תקופה סבירה למימוש הנקודות שנצברו; ומשכך אין בה כדי לשלול את אופיין המקפח של התניות. עוד נקבע כי תניה שמאפשרת לאל על ליתן הודעה בת שלושה חודשים טרם כניסת השינויים לתוקף (כאשר למעשה התניה מגדירה תקופת התראה קצרה יותר בת חודש ימים שאל על "רשאית, לפי שיקול דעתה הבלעדי, להאריך") מעניקה לספק יתרון בלתי הוגן בסוג ההתקשרות שבה עסקינן, ולפיכך נראה שמדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד. בית המשפט העיר בהקשר זה כי ניצול נקודות דורש לרוב תכנון מוקדם והיערכות מתאימה; כי ההודעות בעניין השינויים נשלחו בעונה הקרה, שבה לכאורה הביקוש לטיסות יורד; וכי אין לדעת אם בטווח של שלושת החודשים היה מקום לכל המבקשים לטוס בכרטיסי בונוס. בית המשפט הוסיף וציין למעלה מן הצורך – מאחר שטענה זו לא הועלתה על ידי המשיבים – כי נראה שאף נוסח ההודעה שנשלחה ללקוחות לא היה ברור דיו.

8. בהינתן האמור, נקבע כי התניות שאיפשרו לאל על לשנות לפי שיקול דעתה הבלעדי את "המחיר" בהתראה של חודש או שלושה חודשים מראש הן תניות מקפחות כביכול; ובשלב זה אל על לא השכילה לסתור את שהוכיחו לכאורה המשיבים. בהתאם, נאמר שקיימת אפשרות סבירה כי ייקבע שיש לבטל או לשנות את התניות; ומשכך, קיימת אפשרות סבירה שהתביעה לסעד כספי תתקבל, אם לא לגבי כלל החברים בקבוצה לפחות לגבי חלקם. ויובהר, כי נראה שהכוונה היא לפיצוי בגין הנזק שנגרם כתוצאה מהפיחות בשווי הנקודות עקב הפרת החוזה והעילות הנוספות שיפורטו בהמשך, ולא בשל עצם הקביעה כי התניות הן מקפחות לכאורה. בית המשפט הוסיף וציין כי אין בתיקון שנערך לאחרונה בחוק הגנת הצרכן לעניין שינוי או סיום תוכנית הטבות כדי לשנות מקביעות אלה (חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 53), התשע"ז-2017 (להלן: התיקון לחוק)); שכן אין בעצם הטלת מגבלה על "עוסק" מכאן והלאה כדי לאיין את היכולת לתקוף את התקנון, שהוא חוזה אחיד, וההוראות הכלולות בו.

משנקבע כי יש אפשרות סבירה לקבלת הטענה בדבר תנאי מקפח בחוזה אחיד, הוסיף בית המשפט וקבע כי יש מקום לאשר את בקשת האישור גם בעילה של עשיית עושר ולא במשפט – מאחר שפעולה מכוח תנאי מקפח בחוזה אחיד שהצמיחה לאל על תועלת כלכלית מהווה לכאורה התעשרות שלא כדין. בית המשפט המחוזי לא מצא להידרש ליתר עילות התביעה שצוינו בבקשת האישור (הטעיה, חוסר תום לב, הפרת חובת הנאמנות והפרת חובות המנויות בחוק הגנת הצרכן), מאחר שהסעד הנגזר מהן זהה לסעד הצומח מן העילות שנבחנו על ידו; ועם זאת העיר "מעבר לדרוש" כלשונו, כי שינוי תנאי התקנון לאחר עשור שבו הם עמדו בתוקפם ותוך מתן הודעה מוקדמת של שלושה חודשים בלבד, עלול להיחשב אף כחוסר תום לב בקיום חוזה. ביחס לתנאים הנוספים לאישור תובענה כייצוגית, ציין בית המשפט בתמצית כי המשיבים הראו שלכאורה נגרם להם נזק כתוצאה מהשינויים; כי אף אם כטענת אל על ישנם חברי מועדון שהשינויים היטיבו עמם, ניתן "להתגבר" על השונות בין חברי הקבוצה באמצעות חלוקה פנימית שלה; וכן צוין כי לא נמצא יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג וינוהל בתום לב או בדרך הולמת.

9. על יסוד כלל האמור, בקשת האישור התקבלה ונקבע כי חברי הקבוצה הם: "כלל החברים בכל המעמדות של המועדון (רגיל, כסף, זהב, פלטינה וטופ-פלטינה) שבמועד כל אחד מהשינויים דלעיל בתוכנית המועדון החזיקו בנקודות ושעריך נקודותיהם פחת בשל השינויים". יצוין בנקודה זו כי לצד הגדרת הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית, נדרש היה לציין בהחלטת האישור את זהות התובע המייצג ובא הכוח המייצג, את עילות התובענה ואת הסעדים הנתבעים; ואף שניתן להניח שהכוונה לעילות ולסעדים שפורטו

בסעיף 2 להחלטה ולבאי הכוח שצוינו בכותרת ההחלטה, היה מקום להתייחס לכך במפורש בהתאם לסעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק).

בקשת רשות הערעור

10. טענות אל על בבקשה מתפרשות על שני מישורים – דיוני ומהותי. במישור הדיוני, שתופס חלק נכבד מהבקשה, ניצבת הטענה כי בית המשפט המחוזי דחה למעשה את טענות המשיבים בבקשת האישור, ובמקומן מצא לאשר את התובענה כייצוגית בעילה שלא נטענה ובהתאם אף לא התבררה – והכוונה לקביעה כי נפל פגם בתקופת ההודעה המוקדמת שניתנה לחברי המועדון לפני ביצוע השינויים, וכי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד. לדברי אל על, טענת המשיבים לעניין תנאי מקפח התייחסה לעצם הזכות בתקנון לבצע שינויים בתנאי המימוש של נקודות שנצברו בעבר, ולכך מההתייחסות מינורית בבקשת האישור שנזנחה לחלוטין בסיכומים, לא נטען כי הקיפוח נובע מכך שתקופת ההודעה המוקדמת הייתה קצרה מדי; וכך גם לא הועלתה טענה כי תקופת ההודעה המוקדמת עולה כדי עשיית עושר ולא במשפט וקיום חוזה בחוסר תום לב – כפי שנקבע לכאורה בהחלטה. על כל פנים, נטען כי המשיבים כלל לא הוכיחו מבחינה עובדתית ומשפטית את טענותיהם בעניין תקופת ההודעה המוקדמת, והעובדה שבית משפט קיבל את בקשת האישור בעילה שלמעשה לא נטענה וממילא לא הוכחה, הסבה לאל על עיוות דין משמעותי – שכן לא נתאפשר לה להתייחס לסוגיה ולהביא ראיות בנושא. בהקשר זה מעלה אל על טענות שונות בנוגע לתקופת ההודעה המוקדמת, ובהן הטענה כי המסקנות שהסיק בית המשפט נשענו על סברה עובדתית שגויה, שלפיה המשמעות של מתן הודעה מוקדמת בת שלושה חודשים היא שכל חברי המועדון שמעוניינים לממש את הנקודות לפי תנאי המימוש הישנים צריכים לטוס באותו פרק זמן מוגבל; כאשר למעשה בתקופה זו ניתן היה להזמין כרטיס בונוס לפי לוח הטיסות המלא שתקף לשנה מיום ההזמנה – ומכאן, שניתנה תקופת זמן מספקת וראויה למימוש הנקודות טרם שהשינויים נכנסו לתוקף.

במישור המהותי חוזרת אל על על הטענה כי במסגרת התקנון הובהר במפורש שניתן לשנות את תנאיו בהתראה בת 30 יום, ולכן ההודעה המוקדמת שניתנה שעמדה כאמור על שלושה חודשים היא מעל ומעבר. בהקשר זה נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי התניות הן מקפחות לכאורה; שכן אף אם התקנון איננו חוזה מתנה כטענת אל על, ולצורך הדיון מדובר ב"הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע" כפי עמדת המשיבים (כמובנה בסעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973) – לא ניתן לראות בהוראות שכלולות בו משום תניות מקפחות. זאת מאחר שאם אותן תניות היו

מובאות לידיעתו של הלקוח טרם הצטרפותו למועדון הלקוחות, סביר להניח שהוא עדיין היה בוחר להיות לחבר במועדון לנוכח ההטבות המשמעותיות הגלומות בכך. עמדה זו מקבלת משנה תוקף, לגישת אל על, בהינתן שרק לאחרונה התקבל התיקון לחוק שהסדיר את האופן שבו יש לערוך שינויים בתוכנית הטבות או לסיימה, ואין זאת אלא שבמצב החוקי הקודם לא חלה מגבלה כלשהי על שינוי תוכנית הטבות; והדבר אף מעיד על כך שהמחוקק לא ראה אפשרות להחיל את חוק החוזים האחידים על סיטואציה כגון זו שלפנינו. לצד זאת, נטען כי השינויים היטיבו באופן כולל עם חברי המועדון והעלו את ערכן של הנקודות, ועל כן לא נגרם לחברי הקבוצה נזק כתוצאה מהשינויים; זאת במיוחד בהינתן "התפנית" שביצע בית המשפט המחוזי שעה שביסס את ההחלטה על הטענה בדבר ההודעה המוקדמת (שכאמור לטענת אל על כלל לא נטענה), שכן לא ברור מה הנזק שנגרם לחברי המועדון כתוצאה מכך שתקופת ההודעה המוקדמת עמדה על שלושה חודשים ולא על תקופה אחרת. עוד נטען כי בכל מקרה ברי כי אין מדובר בקבוצה הומוגנית, שכן השינויים השפיעו באופן שונה על כל אחד מחברי המועדון, ובהחלט ישנם כאלה שיצאו נשכרים מן השינויים – הכל בהתאם לשימוש שנעשה על ידם בנקודות במועד הרלוונטי; ומכאן אף עולה כי תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. לחלופין, טוענת אל על כי נדרש היה להבהיר בהחלטה שהתובענה תוסיף להתנהל כייצוגית רק ביחס לשאלה הנוגעת לאורך תקופת ההודעה המוקדמת; ויש להתאים את הגדרת הקבוצה המיוצגת בהתאם.

11. המשיבים מצידם טוענים כי אל על מציגה את בקשת האישור וההחלטה באופן מסולף ומטעה; וכי בכל מקרה יש לדחות את בקשת רשות הערעור בהינתן שעיקר הטענות שהועלו במסגרתה מהוות הרחבת חזית בערעור בניסיון לערוך מקצה שיפורים, וזאת אין להתיר. כך ובניגוד לאופן הצגת הדברים בבקשה דנן, נטען כי בקשת האישור כללה גם כללה טענות מפורשות בנוגע לתקופת ההודעה המוקדמת; אלא שאל על בחרה מטעמיה שלא להתמודד עמן בתשובתה לבקשת האישור, ואין לאפשר לה להעלות טענות חדשות בנושא בשלב הערעור; בפרט בנסיבות שבהן מדובר בטענות עובדתיות חדשות שנטענו בעלמא בלא כל תימוכין ראייתיים, אף לא תצהיר.

עוד בשונה מאופן הצגת הדברים בבקשה, טוענים המשיבים כי על קביעות רבות שבהחלטה אל על כלל אינה משיגה, אף שהן עומדות בבסיס ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית. כך למשל, במסגרת ההחלטה נקבע במפורש כי השינויים הרעו את תנאי מועדון הלקוחות ומשכך אין בסיס לטענת אל על שבית המשפט המחוזי לא התייחס לסוגיית הנזק. זאת ועוד. בית המשפט המחוזי קבע בהחלטה כי ישנה אפשרות סבירה שייקבע כי בתקנון תניה או תניות מקפחות, וכן יכול שהסעד הכספי יינתן בעילות תביעה

שונות – ומכאן עולה שבקשת האישור לא התקבלה רק ביחס לעילה "מינורית" שעניינה בתקופת ההודעה המוקדמת, כטענת אל על; ובכל מקרה לא ניתן לראות בהחלטה ככזו הדוחה את יתר טענות המשיבים, משהובהר שהדיון ביחס אליהן ייערך בשלב הדיון בתובענה גופה. נוסף על כך, המשיבים טוענים כי משעה שהשינויים נערכו ביחס לכלל חברי המועדון וכך גם פרסום ההודעה המוקדמת – אין יסוד לטענה שהתובענה איננה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט לכלל חברי הקבוצה; וממילא אל על לא הרימה את הנטל להראות כי השינויים מיטיבים עם מי מהחברים במועדון.

דיון והכרעה

12. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור ובתשובה לה, על נספחיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.

13. חוק תובענות ייצוגיות מגדיר את התנאים לאישור תובענה כייצוגית; ובהם הדרישה כי העילה שביסוד התובענה תהא מנויה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (סעיף 3(א) לחוק); כי ייקבע שהתובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה; כי יש אפשרות סבירה שהשאלות הללו יוכרעו לטובת הקבוצה המיוצגת (סעיף 8(א)(1) לחוק); וכי הכלי הייצוגי הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק). כן נדרש להראות שקיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל על ידי התובע המייצג ובא הכוח המייצג בדרך הולמת ובתום לב (סעיפים 8(א)(3)-(4) לחוק). נוסף על תנאים אלה, שומה על התובע המייצג להיות בעל עילת תביעה אישית (סעיף 4(א)(1) לחוק); ואולם מקום שבו כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים פרט לתנאי זה, ניתן להורות על החלפת התובע המייצג באחר שעומדת לו עילה אישית (סעיף 8(ג)(2) לחוק) (בר"מ 3920/18 עיריית ירושלים נ' ש.א.ג ניהול קניונים בע"מ, פסקה 8 (6.6.2019); רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, פסקה 16 והאסמכתאות שם ((28.10.2018)).

ייתאמר כבר עתה כי לא מצאתי בטענות אל על – הן הדיוניות הן המהותיות – משום צידוק לשנות מהחלטת האישור, ונראה כי בדין נקבע כי התקיימו התנאים לאישור התובענה כייצוגית. ואבאר.

14. תחילה לטענות הדיוניות. לגישת אל על, בית המשפט המחוזי אישר את התובענה כייצוגית על יסוד טענה אחת בלבד, שכלל לא הועלתה על ידי המשיבים – בעניין תקופת ההודעה המוקדמת, היותה של ההתראה קצרה מדי. לאחר עיון בבקשת

האישור ובהחלטה, ניכר כי אין בעמדה זו של אל על כל ממש. ראשית דבר ייאמר כי הטענה בדבר תקופת ההודעה המוקדמת קיבלה ביטוי בבקשת האישור, שלא כטענת אל על, תוך שנטען במפורש כי "פרק הזמן הנ"ל (תקופת ההודעה המוקדמת-ע"ב) כשלעצמו מהווה תנאי מקפח ו/או לחלופין קיום חוזה שלא בתום לב" (סעיפים 74-75 לבקשת האישור); ואין לה לאל על להלין אלא על עצמה על כך שלא התמודדה עמה במסגרת הדיון בבקשת האישור. מכל מקום, מההחלטה עולה כי בית המשפט המחוזי מצא לאשר את התובענה כייצוגית במספר עילות, שאינן נשענות רק על תקופת ההודעה המוקדמת; וזהו טעם נוסף לדחיית טענותיה של אל על בנדון. אמנם בהחלטה הושם דגש על תקופת ההודעה המוקדמת שניתנה טרם כניסת השינויים לתוקף, אולם ההחלטה אינה מתמצה רק בכך – ובית המשפט המחוזי התייחס בהחלטה גם לתניות שמאפשרות לעל אל לשנות את תנאי המועדון לפי שיקול דעתה בראי אופי השינויים שנערכו. יתרה מזאת, יש קושי להפריד את התניה שנוגעת לתקופת ההודעה המוקדמת, מיתר התניות שמקנות לאל על את עצם האפשרות לבצע שינויים בתקנון – ודומה כי הן כרוכות זו בזו; ואף מן הטעם הזה ברי כי הקביעה בדבר קיומן של תניות מקפחות לכאורה נוגעת לכלל התניות כהגדרתן לעיל, הן זו הנוגעת לתקופת ההודעה המוקדמת הן אלה שמותירות בידי אל על את האפשרות לערוך שינויים בתקנון. המסקנה המתבקשת מן האמור היא שהעילות שנתאשרו על בסיס קיומן של תניות מקפחות, אינן מתמצות רק בתקופת ההודעה המוקדמת.

כאן המקום לציין כי חלק מהטענות בבקשת רשות הערעור לעניין תקופת ההודעה המוקדמת הן טענות עובדתיות, שלא קיבלו ביטוי בטענותיה של אל על בבית המשפט המחוזי. אלה מהוות "הרחבת חזית" וניסיון למקצה שיפורים שאין הצדקה להתיר – בין היתר מאחר שלא ניתן לבררן כהלכה במסגרת הדיון בערעור, והפגיעה שהדבר מסב לצד שכנגד (ראו והשוו: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 1005-1006 (מהדורה שתיים עשרה, 2015); ע"א 8441/15 פ. נעאמנה לשיווק ומסחר בע"מ נ' קייזרמן ושות' בע"מ, פסקה 19 (22.5.2018)). בנסיבות אלה אין מקום להידרש לטענות האמורות; וממילא אין בהן כדי לערער על ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית, משנקבע – בניגוד לטענת אל על – כי בקשת האישור נתאשרה בעילות שאינן נשענות רק על הטענה הנוגעת להודעת המוקדמת.

על יסוד כלל האמור, נדחות הטענות הדיוניות שהועלו בבקשת רשות הערעור. בהתאם, אף אין מקום להתערב בהגדרת הקבוצה המיוצגת.

15. ועתה לטענות המהותיות. אין בידי לקבל את טענות אל על המופנות כלפי תחולת חוק החוזים האחידים על ענייננו והגדרת התניות כמקפחות לכאורה; ואין לי אלא להפנות לנימוקי בית המשפט המחוזי בנדון. אוסיף בהקשר זה, ובלא לטעת מסמרות, כי על פניו נראה שטענת אל על שלפיה די בכך שהתקנון מיטיב עם חברי המועדון על מנת שלא ניתן יהיה להכתירו כחווה אחיד, היא טענה מוקשית. להבחנה מעין זו אין בסיס בחוק החוזים האחידים; ובכל מקרה ספק אם ניתן להשקיף על עצם החברות במועדון הלקוחות כעל "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע" – כך, בהתחשב באינטרסים הכלכליים של אל על במועדון הלקוחות מחד גיסא, וב"השקעה" הנדרשת מצד חברי המועדון לצורך צבירת נקודות מאידך גיסא. בהינתן האמור, אין סיבה לשנות מן הקביעה כי הוכח לכאורה שהתניות המאפשרות לאל על לשנות לפי שיקול דעתה הבלעדי את תנאי התקנון בעניין מימוש הנקודות בהתראה של שלושה חודשים בלבד (ויוזכר כי בתקנון הוגדרה תקופה קצרה יותר בת חודש ימים בלבד), הן תניות מקפחות בחווה אחיד.

יוער בנקודה זו כי בשונה מאופן הצגת הדברים בבקשה, השאלה אם לקוח היה מסכים להתקשר בחווה בנסיבות שבהן היה מודע לתנאיו, איננה השיקול העיקרי בבחינה אם תניות מסוימות בחווה יש בהן משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח. זאת, בין היתר, משום ש"הבעיה המיוחדת בחוזים אחידים אינה איידיעת התנאים או היעדר הסכמה פורמאלית לתוכם, אלא דווקא הסכמה, אם כי לתנאים מוכתבים מראש, שאין לשנותם" (ההדגשה במקור-ע'ב'; ע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, נג (2) 577, 592 (1999)); והדגש הוא בשאלה אם בנסיבות העניין מדובר בתנאי בחווה אחיד המגן על האינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס כראוי – כפי שנקבע לכאורה בענייננו (ראו והשוו: רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו, פסקה 22 (31.5.2018)); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526-527 (1992)). זאת ועוד. העובדה שהמחוקק מצא לקבוע הסדר חדש לעניין שינוי או סיום תוכנית הטבות במסגרת חוק הגנת הצרכן (התיקון לחוק, כהגדרתו לעיל), אין בה כשלעצמה כדי להוות הגנה בידי אל על בכל הנוגע לתקופה שקדמה לתיקון לחוק; ויש לדחות את ניסיונה של האחרונה להיתלות בכך.

16. אף בטענות הנוספות לעניין היעדרו של נזק ואי-הומוגניות הקבוצה מאחר שהשינויים השפיעו באופן שונה על כל אחד מחברי המועדון – אין כדי להצדיק התערבות בהחלטה. אמנם בית המשפט המחוזי לא פירט את סוג הנזק שנגרם לקבוצה המיוצגת כתוצאה מההפרה של הדין, והסתפק באמירה כללית כי המשיבים הראו לכאורה

שנגרם להם נזק. עם זאת, במסגרת ההחלטה נבחנו באופן מעמיק השינויים בתקנון שבמוקד בקשת האישור, ונקבע שהוכח לכאורה כי אלה הרעו את מצבם של חברי הקבוצה באופן הנושא משמעות כספית; ובמקביל צוין כי אל על לא הוכיחה מצידה את הטענה שהשינויים דווקא היטיבו עם חברי המועדון. די בזאת כדי לבסס לכאורה קיומו של נזק, ואין צורך בשלב זה לעמוד על היקפו. במילים אחרות, עצם הקביעה שהשינויים פועלים לכאורה לרעת חברי המועדון היא כשלעצמה מצביעה על קיומו של נזק; ובשלב זה ניתן להסתפק בזאת, ולהותיר את בירור גודלה של הקבוצה ואת כימות הנזק, לשלב הדיון בתובענה עצמה (ראו והשוו: רע"א 3608/18 יפאורה תבורי בע"מ נ' שוקרון, פסקה 13 (1.7.2019)). יצוין בהקשר זה כי הקביעה שהשינויים הרעו לכאורה את מצבם של חברי המועדון היא קביעה עובדתית מנומקת, המבוססת על ניתוח של מידע רב, ולא מצאתי הצדקה לשנות ממנה – כאשר היקף ההתערבות בקביעות מעין אלה הוא מצומצם ממילא. ויוער למעלה מן הצורך כי מקום שעוסק ביצע שינוי חד צדדי בהתקשרות עם לקוחותיו וישנה מחלוקת משמעותית בשאלה אם שינוי זה היטיב או הרע את מצבם, דומה כי יש לזקוף ספק זה לחובת הגורם שערך את השינוי, בענייננו אל על; למצער בשלב מקדמי זה של הדיון.

יוזכר כי הסעד הכספי שייפסק בגין הנזק (ככל שיימצא שקיים וכי יש לפצות בגינו) הוא תוצר של הקביעה כי השינויים נעשו שלא כדין, בין היתר משום שהם נערכו על יסוד תניות שעל פניו הן מקפחות; ומכאן שטענתה של אל על כי נדרש היה לדחות את בקשת האישור מאחר שלא הוכח שתקופת ההודעה המוקדמת כשלעצמה הסבה נזק כלשהו, אינה חזות הכל. נוסף על כך, במסגרת בקשת האישור פורטו מגוון עילות שבגינן יש לאשר את התובענה כייצוגית, והעובדה שהדיון בחלקן נדחה לשלב הדיון בתובענה גופה איננה שוללת את האפשרות כי בסופו של יום ייקבע כי נפל פגם בשינויים מטעמים אחרים או נוספים לתניות המקפחות.

17. משנקבע כי השינויים (כהגדרתם לעיל) הרעו לכאורה את מצבם של חברי מועדון הלקוחות או חלקם, ובהינתן שהם הוחלו באופן גורף ואחיד על כלל חברי המועדון, נראה כי התובענה מעוררת שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, וראוי ויעיל לנהל אותה במתכונת ייצוגית. העובדה שמספר הנקודות משתנה מחבר מועדון לאחר, וכך גם השימוש של כל אחד בהן, עשויה אמנם להשפיע על "הומוגניות" הקבוצה המיוצגת; אולם אין בה כדי לשמוט את הקרקע מתחת להחלטה לנהל את התובענה כייצוגית, שכן בשלב זה די בכך שישנם חברי מועדון שנפגעו כתוצאה מהשינויים, גם אם לא ידוע היקפם (ראו והשוו: רע"א 4486/18 JAMES RICHARDSON PROPRIETRY LTD נ' כהן, פסקה 20 (1.7.2019)); ובכל מקרה, כפי

שצוין, לא הוכח כי השינויים אכן היטיבו עם חלק מחברי המועדון, כטענת אל על. יוער
אגב כך, כי בית המשפט המחוזי התייחס בהחלטתו לעובדה שביחס לחלק מיעדי הטיסות
חלה "הוזלה" במספר הנקודות הדרוש לצורך מימוש כרטיסי בונוס (שינוי מספר הנקודות
לכרטיס בונוס), וקבע כי בהתחשב בכך שעל מנת להשלים את ה"תוספת מזומן" נדרש
להשתמש במספר נקודות גדול יותר (שינוי מספר הנקודות לתוספת מזומן, כהגדרתו
לעיל); ואף בהינתן שההוזלה היטיבה בעיקר עם הטסים ליעדים קרובים בחורף –
"מתברר שאין הוזלה כלל או שההוזלה קטנה מזו שהוצגה".

18. משאלה פני הדברים, התוצאה היא שהבקשה לרשות ערעור נדחית. המבקשת
(אל על) תישא בהוצאות המשיבים בסך של 25,000 ש"ח.

ניתנה היום, כ"ה בתשרי התש"ף (24.10.2019).

ש ו פ ת