



בית המשפט העליון

רע"א 28/20

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

המבקשות: 1. פנגו פיי אנד גו בע"מ (בשמה הקודם מילגם
שירותים לעיר בע"מ)
2. מילגם בע"מ

נ ג ד

המשיב: איתי ארליכמן

בקשה למתן רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו (כב' השופט ר' כהן) מיום 2.12.2019 ב-ת"צ
13868-05-15

תאריך הישיבה: י"א בחשוון התשפ"א (29.10.2020)

בשם המבקשות: עו"ד יניב מטלס; עו"ד ירון גרשון;
עו"ד דניאל גלעדי
בשם המשיב: עו"ד דוד שוורצבאום; עו"ד גלעד מרקמן

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. חברה פרטית פיתחה יישומון המקל על פעולת התשלום של דמי חניה. האם חרף
האיסור להוסיף עמלה לדמי החניה המפוקחים, החברה רשאית לגבות עמלה בגין
השימוש ביישומון? זוהי השאלה שבמוקד ההליך שלפנינו.

הסוגיה התעוררה במסגרת דיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה נגד
המבקשות במסגרת ת"צ 13868-05-15 (להלן: בקשת האישור). בית המשפט המחוזי
(השופט ר' כהן) קיבל את בקשת האישור באופן חלקי בהחלטה מיום 2.12.2019, תוך
שקבע כי עומדת למשיב עילת תביעה נגד המבקשות בגין הפרה של סעיף 13ח(ב)(1)
לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: החלטת האישור או ההחלטה, ו-חוק הגנת
הצרכן או החוק, בהתאמה). מכאן הבקשה למתן רשות ערעור שלפנינו.

2. ראשיתם של האירועים הרלוונטיים לענייננו בשנת 2007, אז פורסם מכרז פומבי מספר חס/16/2007 "הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולרי" – להקמה ולהפעלה של מערכת לתשלום עבור חניה במסגרת "הסדר החניה הארצי האחד", שקבוע בסעיף 70ב לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן: המכרז, הסדר החניה הארצי או ההסדר, ו- פקודת התעבורה, בהתאמה). הסדר החניה הארצי נועד להבטיח את קיומו של אמצעי אחיד לגביית תשלום עבור חניה בכל רחבי הארץ, לצד "ההסדר המקומי" הנוהג בכל רשות ורשות (להרחבה על תכלית ההסדר ראו: ע"א 280/09 סלופארק טכנולוגיות בע"מ נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ (22.2.2011)).

בתקופה שבה פורסם המכרז ניתן היה לשלם על חניה "בכחול-לבן" באמצעים שונים שנכללו בהסדר החניה הארצי, כגון מדחנים, כרטיסי חניה אלקטרוניים, וכרטיסי חניה מנייר. המכרז, שפורסם על ידי החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ (להלן: משכ"ל), נועד להרחיב את מגוון אמצעי התשלום שנכללו בהסדר, ולספק מענה טכנולוגי לתשלום עבור חניה באמצעות טלפונים סלולריים. יובהר כי בהתאם לסעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה, דמי החניה בהסדר החניה הארצי כפופים לתעריף מרבי שנקבע על ידי שרי הפנים והתחבורה, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת.

3. המבקשת 2, מילגם בע"מ (להלן: מילגם), זכתה במכרז והמחתה את הזכות להקים ולהפעיל את מערכת התשלום לחברת בת שהקימה לצורך כך – פנגו פיי אנד גו (לשעבר מילגם שירותים לעיר בע"מ, להלן: פנגו), היא המבקשת 1, וזאת בהסכמת משכ"ל. בעקבות זאת הוחלו על פנגו ההתחייבויות שנכללו בחוזה ההתקשרות שצורף למכרז ונמנה עם מסמכיו (להלן: החוזה). בחוזה נקבע כי מערכת התשלום שתוקם תציע לנהגים לבצע "הפעלה, הארכה והפסקת חניה" באמצעות אחד מארבעה ממשקים, לבחירתם: שיחת טלפון; מסרון SMS; אתר אינטרנט; ויישום WAP (סעיף 2 למפרט שצורף כנספח א' לחוזה, להלן: המפרט). בסעיף ההגדרות של החוזה הובהר כי יישום WAP (Wireless Application Protocol) הוא "פדפד המאפשר למכשירים ניידים, בכללם טלפונים סלולאריים לגלוש באינטרנט" (להלן: יישום ה-WAP).

התמורה בעד ביצוע ההתחייבויות במכרז נקבעה במסמך "הצעת מחירים", שבו צוין כי פנגו תהיה זכאית לקבל 8% מדמי החניה שיתקבלו באמצעות מערכת התשלום; זאת בעבור ביצוע מלא של כל ההתחייבויות "לרבות נשיאה בכל הוצאות הקמת המערכת, הפעלתה ואחזקתה, על כל הכרוך בכך ללא כל יוצא מן הכלל, אלא אם נקבע אחרת ובמפורש במסמכי המכרז" (סעיף 1 למסמך הצעת המחירים). בחוזה ובמפרט נכתב כי פנגו רשאית

לפתח שירותים נוספים "מעבר לשימושים שנקבעו בחוזה" באישור משכ"ל ובתשלום נפרד, דוגמת משלוח התראה ללקוח על כך שהחניה עומדת להסתיים (סעיף 1.3 לחוזה וסעיף 17 למפרט). עוד הובהר כי דמי החניה ישולמו לחשבון משכ"ל, ואילו התשלום בגין השירותים הנוספים יועבר ישירות לחשבונה של פנגו, כאשר החיובים יירשמו בנפרד זה מזה בפירוט החיובים בכרטיס האשראי של הלקוח (סעיף 22 לחוזה).

הבקשה לאישור תובענה כייצוגיות

4. ביום 7.5.2015 הגיש המשיב את בקשת האישור נגד המבקשות. בבקשת האישור נטען כי פנגו פועלת באופן פסול בכך שהיא גובה מלקוחותיה תשלום נוסף עבור השימוש במערכת התשלום מעבר לדמי החניה – עמלה של 50 אגורות עבור הפעלת חניה באמצעות מסרון, ועמלה של 40 אגורות עבור הפעלת חניה באמצעות אפליקציית "פנגו+" שפיתחה (להלן: העמלה ו-היישומון, בהתאמה). יובהר כי "הפעלת חניה" משמעה הפעלת מונה דיגיטלי שמודד את משך החניה, שעל בסיסו מחושב שיעור החיוב בדמי חניה.

המשיב טען כי גביית העמלה על ידי פנגו, הן בגין הפעלת חניה במסרון הן בגין הפעלת חניה באמצעות היישומון, מנוגדת להוראת סעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן; שלפיה עוסק המספק טובין או שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין "לא יהיה רשאי לגבות מצרכן עמלה לגבי אותם טובין או שירותים". בסעיף 13(א) לחוק הובהר כי עמלה היא "תשלום בשל פעולה הנעשית לשם חישוב או קביעה של חיוב או בשל דרך תשלום החיוב, למעט תשלום לפי דין בשל איחור בתשלום החיוב"; ובענייננו טען המשיב כי העמלה שגבתה פנגו נוגעת לדרך תשלום החיוב של שירות שנקבע לו תעריף לתשלום לפי דין – הוא החניה שנכללת בהסדר החניה הארצי.

5. בבקשת האישור נטען גם כי גביית העמלה מהווה הפרה של התחייבויותיה של פנגו במסגרת המכרז. לטענת המשיב, הפעלת חניה במסרון וביישומון באה בגדר השירותים שפנגו התחייבה לספק בתמורה לשיעור מסוים מתוך דמי החניה, ולא מדובר באחד מאותם "שירותים נוספים" שבגינם היא הורשתה לגבות תשלום נוסף בנפרד. המשיב עמד על כך שלפי המכרז, דמי החניה מגלמים בתוכם את כל עלויות התפעול של הסדר החניה הארצי. נוסף על כך נטען כי המכרז הוא חוזה לטובת צד שלישי, וכי הפרת תנאיו מקימה עילת תביעה ללקוחות פנגו ששילמו את העמלה בניגוד לאמור בו.

עוד נטען בבקשת האישור כי גביית העמלה מובילה לכך שהתשלום הכולל עבור החניה חורג מהתעריף שנקבע בחוקי העזר של כל רשות מקומית בהתאם לסעיף 77

לפקודת התעבורה; וכן חורג מהתעריף המרבי שנקבע להסדר החניה הארצי לפי סעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה. המשיב העריך את נזקו האישי בסכום של 26.4 ש"ח, והיקף הגביה הפסולה מכלל חברי הקבוצה הוערך בסך של 7,000,000 ש"ח.

6. בתשובה לבקשת האישור טענו המבקשות כי המשיב נעדר עילת תביעה אישית בכל הנוגע לתשלום עמלה בגין הפעלת חניה באמצעות מסרון. זאת משום שהמשיב או מי מטעמו מעולם לא השתמשו בשירות זה, והוא חויב על ידי פנגו אך ורק בגין חניה באמצעות היישומון. עוד נטען כי העמלה שנגבתה מלקוחות פנגו בגין הפעלת חניה במסרון הועברה במלואה לחברת הסלולר שאליה השתייך כל לקוח במסגרת מנגנון של "חיוב הפוך" (Reverse Billing), ולא נכנסה לכיסה של פנגו. נוסף על כך טענו המשיבות כי אין למשיב כל יריבות עם מילגם, משום שהיא לא התקשרה עימו או עם מי מלקוחות פנגו; היא אינה מפעילה הסדר חניה, מעולם לא גבתה מהם עמלה, ולא סיפקה להם שירות כלשהו.

לגופו של עניין, טענתה העיקרית של פנגו הייתה כי היישומון הוא "שירות נוסף" כהגדרתו בחוזה, שפותח והוכנס לשימוש באישור משכ"ל, תוך השקעה משמעותית מצד פנגו. בהתאם טענה פנגו כי העמלה בגין השימוש ביישומון לא נגבתה כתשלום עבור החניה עצמה, אלא כתשלום עבור אותו שירות "פרימיום" שסיפקה – אמצעי נוח יותר להפעלת חניה בהשוואה לאמצעים "הרגילים" שנכללו במערכת התשלום, שלגביהם לא נגבתה עמלה. עוד נטען כי קבלת בקשת האישור תפעל לרעת הציבור, משום שהיא תפגע בתמריץ של חברות לפתח טכנולוגיות חדשות המסייעות בחיי היום-יום. בהקשר זה הדגישה פנגו כי פיתוח היישומון לא היה כדאי כלכלית עבורה אלמלא העמלה שגבתה עבור השימוש בו.

7. על בסיס הנחת היסוד שלפיה הפעלת חניה באמצעות היישומון מהווה שירות נוסף, פנגו טענה כי לא הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, ואף לא גבתה דמי חניה שחורגים מהתעריף המרבי שנקבע. כך נטען כי פנגו לא סיפקה "טובין או שירותים" שנקבע להם תעריף לתשלום לפי דין כאמור בסעיף 13ח(ב)(1) לחוק; זאת משום שהשירות המפוקח בענייננו הוא החניה, ואילו פנגו גבתה תשלום עבור האמצעי להפעלת החניה – שירות שלא נקבע לגביו מחיר. פנגו עמדה על כך שהעמלה, להבדיל מדמי החניה, איננה בעלת מאפיינים של אגרה משום שהיא מתאפיינת בזיקה ישירה לשירות המוענק תמורתה. העמלה משמשת למימון השירות ושיעורה מושפע מכוחות השוק, ומשכך יש לראות בה "מחיר" שהוא נפרד מדמי החניה המפוקחים.

לדברי פנגו, סעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן נחקק במטרה למנוע מעוסקים להכתיב לצרכנים אמצעי אחד בלבד לתשלום עבור מוצר מפוקח כלשהו, ולדרוש תשלום גם עבור השימוש באותו אמצעי באופן שמעקר מתוכן את הפיקוח על מחיר המוצר. נטען כי בענייננו עמדו בפני הלקוחות שתי אפשרויות להפעלת חניה באמצעות הטלפון הסלולרי ללא עמלה – מענה קולי ואתר אינטרנט, וזאת נוסף על אמצעי התשלום שהיו קיימים ערב המכרז ובהם מדחנים וכרטיסי חניה. עוד נטען בהקשר זה כי לא מתקיימים בין פנגו ובין משתמשי היישומון יחסי עוסק-צרכן כהגדרתם בחוק הגנת הצרכן; זאת משום שפנגו הפעילה את מערכת התשלום וגבתה את דמי החניה המפוקחים עבור הרשויות המקומיות, לבקשת משכ"ל.

8. פנגו עמדה על כך שיש לדחות גם את יתר עילות התביעה שנכללו בבקשת האישור. ביחס לטענה של הפרת תנאי המכרז טענה פנגו כי היחסים בינה ובין הלקוחות אינם מוסדרים במסגרת המכרז או מסמכיו, אלא רק במסמך תנאי השימוש בשירותי פנגו, שאף אושר על ידי משכ"ל. נטען כי תנאי השימוש ממצים את כל זכויותיה וחובותיה של פנגו כלפי המשתמשים, ואין בהם כל הוראה שמונעת מפנגו לגבות את העמלה, אלא ההפך – מובהר בפירוש כי פנגו תהיה רשאית לגבות עמלה בעבור הפעלת שירותי תשלום דמי חניה, והלקוחות אישרו כי הם מסכימים לכך כתנאי לשימוש ביישומון.

זאת ועוד. פנגו טענה שהמכרז איננו עולה כדי חוזה לטובת צד שלישי, משום שלצדדים למכרז לא הייתה כל כוונה להקנות ללקוחות פנגו זכות לתבוע אותה או את מילגם אם יפרו את התחייבויותיהן במסגרתו.

החלטת בית המשפט המחוזי

9. בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת האישור באופן חלקי. בהחלטת האישור נקבע כי פנגו הפרה את הוראת סעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן בכך שגבתה עמלה עבור השימוש ביישומון. יתר עילות התביעה שנכללו בבקשת האישור נדחו, ובפרט נדחו כל טענות המבקש ביחס להפעלת חניה באמצעות מסרון; משהובהר כי המבקש מעולם לא השתמש בשירות זה, ומשכך לא עומדת לו עילת תביעה אישית. על כן, נושא הפעלת החניה באמצעות מסרון אינו עוד מענייננו.

בפתח החלטת האישור דן בית המשפט בטענת המשיב כי פנגו פעלה בניגוד להתחייבויותיה על פי המכרז, וקבע כי פנגו לא הייתה מחויבת כלל לפתח את היישומון. בית המשפט ציין אמנם כי פנגו לא פיתחה את יישום ה-WAP כפי שהתחייבה במסגרת המכרז (לטענתה, משום שלא היה בכך צורך), ולפני שפיתחה את היישומון היא הציעה

הפעלת חניה רק באמצעות שיחת טלפון, אתר אינטרנט ומסרון. עם זאת, בית המשפט עמד על כך שהיישומון מבוסס על טכנולוגיה שמיועדת לטלפונים חכמים, שהיא שונה ומתקדמת יותר מזו שמאפיינת את יישום ה-WAP; וכי אותה טכנולוגיה לא הייתה קיימת או למצער לא הייתה בשימוש במועדים שבהם הוגדרו ונקבעו תנאי המכרז. מסקנה זו התבססה על עדותה של גברת שירה דסקל, יועצת חיצונית למשכ"ל (להלן: היועצת החיצונית), שהסבירה כי טכנולוגיית WAP איפשרה ל"טלפונים טיפשים" כלשונה לגלוש באינטרנט. ביחס ליישומון אמרה היועצת החיצונית "זה משהו שלא הוגדר במכרז, לא דרשנו אותו במכרז, לא חלמנו בכלל שיכול להיות יישום כזה". גם מנכ"ל משכ"ל, מר אביקם בלר (להלן: מנכ"ל משכ"ל), העיד כי בעת ניסוח המכרז "אף אחד לא חשב ששנתיים אחרי זה יצא טלפון חכם וחמש שנים אחר כך יעשו שימוש באפליקציות".

10. בית המשפט סבר כי בנסיבות שבהן המשיב לא היה צד לחוזה שנכרת בעקבות הזכייה במכרז, "יש חשיבות רבה לעמדת משכ"ל לגבי החוזה ופרשנותו ולאישורים שניתנו [לפנגו] על ידי משכ"ל". בהקשר זה הציגה פנגו מספר ראיות, ובהן מכתב של מנכ"ל משכ"ל שנשלח אליה ביום 9.1.2012, ובו אישר המנכ"ל את הפעלת היישומון כשירות נוסף, והבהיר כי מכיוון שמדובר בשירות שאיננו מתחייב מהחוזה, משכ"ל לא תתערב בגובה התשלום שפנגו תגבה תמורתו.

לאחר שבחן את חומר הראיות קבע בית המשפט כי "בזמן אמת" פנגו ומשכ"ל הסכימו שהיישומון הוא בגדר שירות נוסף, וכי פנגו רשאית לגבות את העמלה. עוד צוין בהחלטה כי "קיים קושי רב בפירוש חוזה בניגוד לעמדת שני הצדדים לחוזה וקבלת פרשנותו של צד שלישי", ומכאן נדחתה טענת המשיב שגביית העמלה עבור שימוש ביישומון מהווה הפרה של המכרז. לנוכח מסקנה זו קבע בית המשפט כי מתייטר הצורך לדון בשאלה אם המכרז הוא בגדר חוזה לטובת צד שלישי.

11. לאחר שדחה את טענות המשיב בגדרי "העילה החוזית" כהגדרתו, פנה בית המשפט לבחון את "העילות הנזיקיות" של הפרת חוק הגנת הצרכן, וגביית דמי חניה בשיעור שעולה על התעריף המרבי שנקבע לפי חוק. מסקנתו בנקודה זו הייתה כי פנגו הפרה את חוק הגנת הצרכן באופן שמקים עילת תביעה למשיב ולקבוצה המיוצגת.

תחילה קבע בית המשפט כי "התשלום [לפנגו] עבור השימוש באפליקציה נכנס לגדר 'עמלה', שכן מדובר בתשלום עבור פעולה הנעשית בשל 'דרך תשלום החיוב' (סעיף 101א) לחוק הגנת הצרכן). האפליקציה היא 'דרך' לתשלום החיוב, שהוא אגרת החניה המשולמת לרשויות המקומיות". עוד צוין בהחלטה כי פנגו היא עוסק המספק "שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין", כאשר בענייננו השירות הוא תשלום דמי

חניה במסגרת הסדר החניה הארצי. בית המשפט סבר כי "לא ניתן לקבל את ההבחנה לה טוענת [פנגו] בין התשלום בגין השימוש באפליקציה לבין התשלום בעד שירות החניה. התשלום בעד השימוש באפליקציה הוא 'העמלה' האסורה על פי חוק הגנת הצרכן, 'תשלום בשל דרך תשלום החיוב'. קבלת ההבחנה המוצעת על ידי [פנגו] תחתור תחת התיקון לחוק ותאפשר תשלום עמלות תחת הכותרת 'תשלום בגין שימוש...'".

12. זאת ועוד. בית המשפט דחה את טענת פנגו שלפיה סעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן נועד רק על מנת למנוע מצבים שבהם עוסק מסוים מכתוב ללקוחותיו אמצעי תשלום אחד בלבד וגובה תמורתו עמלה נוסף על המחיר המפוקח. פנגו נסמכה בסוגיה זו על דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 29) (דרכי תשלום לגבי תעריף שנקבע לפי דין), התשע"א-2011, ה"ח הכנסת 377, שבמסגרתו נוסף לחוק סעיף 13. בית המשפט קבע כי נוסח הסעיף שבמחלוקת הוא ברור וחד-משמעי, באופן שמייתר את הצורך להתחקות אחר השיקולים שעמדו במוקד הליך החקיקה. נוסף על כך סבר בית המשפט כי לפרשנות שמציעה פנגו אין אחיזה בלשון הסעיף. לבסוף הובהר כי דברי ההסבר שעליהם ביקשה פנגו להסתמך אינם רלוונטיים, משעה שסעיף 13(ב) כלל לא הופיע בנוסח שהוצע במסגרת התיקון המקורי, והוא נוסף רק בשלב מאוחר של הליך החקיקה.

סופו של דבר, נקבע בהחלטה כי פנגו לא הייתה רשאית לגבות עמלה בגין השימוש ביישומון. עוד שוכנע בית המשפט כי התקיימו יתר התנאים לאישור תובענה כייצוגית, והגדיר את הקבוצה המיוצגת כך: "כל אדם אשר שילם [לפנגו] עמלה תמורת תשלום אגרת חניה באמצעות שימוש ביישומון], החל מיום 1.1.2011 ועד להפסקת גביית העמלה או מתן החלטה זו, לפי המוקדם". שכר הטרחה לבאי כוח המשיב הועמד על סך של 58,500 ש"ח. מכאן הגישו המבקשות בקשה למתן רשות ערעור על ההחלטה.

הבקשה למתן רשות ערעור

13. בבקשה למתן רשות ערעור (להלן: הבקשה) טוענות המבקשות כי לא היה מקום לאשר את בקשת האישור. הן עומדות על כך שלא הפרו את הוראות חוק הגנת הצרכן, וכי אף אחד מהתנאים המפורטים בסעיף 13(ב)(1) לא התמלא.

כך נטען כי הסעיף חל על עוסק המספק טובין או שירותים שנקבע להם מחיר מפוקח, כאשר בענייננו השירות המפוקח הוא חניה בכחול-לבן, שמסופקת על ידי הרשויות המקומיות ולא על ידי פנגו. בהתאם לסמכויות שניתנו להן בחוק, הרשויות המקומיות קובעות את איזורי החניה, שעות החניה בתשלום, גובה התשלום ואופן החיוב.

הרשויות המקומיות הן גם בעלות הסמכות לקנוס נהגים שאינם עומדים בתנאים שנקבעו על ידן. לעומת הרשויות המקומיות, פנגו היא ספקית של שירות תשלומים שאיננו שירות מפוקח, והיא פעלה רק כ"זרוע הארוכה" של משכ"ל.

14. המבקשות טוענות כי העמלה שגבו עבור השימוש ביישומון אינה עונה לאף אחת משלוש ההגדרות של "עמלה" שבסעיף 13ח(א) לחוק. בענייננו בית המשפט כיוון לכך שהעמלה נגבתה "בשל דרך תשלום החיוב", כלשון הסעיף; אך לעמדת המבקשות השימוש ביישומון כלל לא היה דרך לתשלום החיוב בדמי חניה, אלא שירות בפני עצמו. דרך תשלום החיוב בדמי חניה הייתה הוראת קבע בכרטיסי האשראי של הלקוחות, ועל כך פנגו לא גבתה כל תשלום נוסף.

המבקשות טוענות כי גם מבחינה מהותית, התשלום שגבתה פנגו תמורת השימוש ביישומון הוא "מחיר" ולא "עמלה" כהגדרתה בחוק הגנת הצרכן. נטען כי התשלום גילם בתוכו את ערך השירות, בניגוד לתשלומים מסוג עמלה או אגרה שאינם משקפים את ערך השירות ואינם מושפעים מכוחות השוק. המבקשות מדגישות כי התשלום נועד רק על מנת להצדיק את עלויות הפיתוח וההפעלה של היישומון, וגבייתו הופסקה משיקולי תחרות עוד לפני הגשת בקשת האישור. זאת ועוד. המבקשות עומדות על כך שפעילותה של פנגו הייתה נתונה כל העת "לפיקוח מלא של הרגולטור על פי דין הוא מרכז השלטון המקומי באמצעות [משכ"ל]". משכ"ל אישרה שהפעלת היישומון היא בגדר שירות נוסף שפנגו איננה מחויבת לספק, ואף אישרה לפנגו לגבות תשלום בגין השימוש ביישומון – משכך, המשיב וחברי הקבוצה שאותה הוא מבקש לייצג צריכים להפנות את טענותיהם למשכ"ל ולא למבקשות.

15. לשיטת המבקשות, בבחינת שאלת קיומה של עילת תביעה לפי סעיף 13ח(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, יש לשים דגש על כך שהיו ללקוחות אפשרויות שונות ומגוונות לתשלום דמי חניה שלא היו כרוכות בתשלום עמלה כלשהי – בין באמצעים שסופקו על ידי פנגו, בין באמצעים אחרים כמו מדחנים וכרטיסי חניה. המבקשות טוענות כי הוראת סעיף 13ח(ב)(1) נועדה לקבוע כי עוסק המספק שירותים שנקבע להם תעריף לפי דין, לא יהיה רשאי להגביל את אמצעי התשלום באופן כזה שהלקוח יהיה מחויב בהכרח בתשלום כלשהו מעבר לתעריף המפוקח. נטען כי בית המשפט התעלם מכוונת המחוקק, שביקש להחיל את האיסור רק כאשר לא עומדת ללקוח חלופה אחרת שאינה כרוכה בתשלום עמלה, ומכאן שגה במסקנתו כי פנגו הפרה את הוראות החוק.

הבקשה מוסיפה ומפרטת את ההשלכות הקשות של החלטת האישור מנקודת מבטן של המבקשות. לטענתן, ההחלטה תוביל "לחיסול כל מוטיבציה עסקית" להשקעה בפיתוחים טכנולוגיים שנועדו להנגיש שירותים עבור הציבור, כאשר מדובר ב"שירותים נלווים" לשירות בסיסי שמחירו מפוקח. לדברי המבקשות, הפגיעה הקשה בתמריצים להשקעה בפיתוחים חדשים שתיגרם אם ההחלטה תיותר על כנה, לצד השגיאות המשפטיות שנפלו בה, מחייבות את התערבותו של בית משפט זה בהחלטה.

16. בתשובה לבקשה טוען המשיב כי יש לדחותה על הסף, ולאמץ את קביעות בית המשפט המחוזי לעניין קיומה של עילת תביעה והתקיימות התנאים לאישור תובענה כייצוגית. לטענת המשיב, סעיף 13ח(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן נועד למנוע גבייה של עמלה בגין כל "שירות נלווה" לשירות שמחירו מפוקח. המשיב טוען כי היישומון הוא אמצעי תשלום שאיננו נבדל מכל אמצעי תשלום אחר, ולכן התשלום עבור השימוש בו כפוף לתעריף שנקבע על פי דין. עוד טוען המשיב כי התשלום עבור השימוש ביישומון הופיע בחשבונית אחת, לצד דמי החניה ששילם כל לקוח, ולא בחשבונית של "שירותים נוספים" כהגדרת המבקשות. המשיב סבור כי עובדה זו מוכיחה שהמבקשות עצמן ראו ביישומון מעין הסדר חניה, ולא שירות נוסף כפי שהן טוענות כיום.

בהתייחס לטענת המבקשות שלפיה פנגו פעלה בהתאם לעמדת משכ"ל – היא המאסדרת, המשיב מדגיש כי משכ"ל היא חברה עסקית שאין לה כל סמכויות אסדרה. לטענת המשיב, משכ"ל הרוויחה מיליוני שקלים כאחוזים שקיבלה מהכנסותיה של פנגו מגביית העמלה, כך שהיה לה אינטרס ברור שפנגו תגבה מלקוחותיה סכומי עתק. המשיב מוסיף וטוען כי אין לתת לעמדת משכ"ל כל משקל אל מול האיסור הקבוע בסעיף 13ח(ב)(1) לחוק. זאת משום שהסעיף נכנס לתוקף ביום 1.1.2012, ואילו עיקר המגעים בין משכ"ל למבקשות לעניין גביית העמלה התרחשו קודם לכן, בשנת 2011, וברור כי הסוגיה לא התעוררה במהלכם.

17. המשיב עומד על כך שפנגו ניצלה את הזיכיון הציבורי הבלעדי שקיבלה כדי לגבות סכומים שלא הייתה זכאית להם. לדבריו, פעולתה של פנגו בהפעלת הסדר החניה הארצי הייתה כשל זכיון שפועל מטעם מרכז השלטון המקומי, ומרחב הפעולה שלה היה מוגבל לסמכויות הקנויות למשכ"ל, שאיננה רשאית לגבות דמי חניה בתעריף גבוה מזה שנקוב בדין.

כפי שטען גם במסגרת בקשת האישור, המשיב טוען כי הסדר החניה הארצי כולל את כל אמצעי התשלום הקיימים, לרבות היישומון, שאיננו שונה מכרטיס חניה מנייר.

אם לא ניתן לגבות עמלה בגין השימוש בכרטיס נייר, כך לא ניתן לגבות עמלה עבור השימוש ביישומון. המשיב מסביר כי תעריף דמי החניה בהסדר הארצי נקבע תוך התחשבות במגוון שיקולים, הכוללים את עלויות הפעלת שירותי החניה בתשלום, כמו לדוגמה עלות התפעול של מדחנים. אם פיתוח היישומון והפעלתו הצריכו עלויות מיוחדות כטענת המבקשות, היה עליהן להשית את העלויות על הרשויות המקומיות שנעזרו בשירותיהן, ולא על הלקוחות.

דיון והכרעה

18. לאחר בחינת טיעוני הצדדים בכתב ובעל-פה, אציע לחבריי לקבל את הבקשה למתן רשות ערעור, לדון בה כבערעור ולקבלו, כך שהחלטת בית המשפט המחוזי תבוטל, והבקשה לאישור תובענה ייצוגית תידחה. להלן נימוקיי.

במוקד דיוננו מצויה הוראת סעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, שזו לשונה:

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

וכך הוגדרה “עמלה” בסעיף 13(א) לחוק:

“תשלום בשל פעולה הנעשית לשם חישוב או קביעה של חיוב או בשל דרך תשלום החיוב, למעט תשלום לפי דין בשל איחור בתשלום החיוב.”

19. בית המשפט המחוזי קבע כי פנגו הפרה את הוראת סעיף 13(ב)(1), בכך שגבתה עמלה בגין השימוש ביישומון לתשלום על חניה במסגרת הסדר החניה הארצי. החלטת האישור התמקדה בשאלה אם פנגו היא בגדר “עוסק”, וכן בשאלה אם התשלום שגבתה בעד השימוש ביישומון עולה כדי “עמלה”. ביחס לחלקו הראשון של הסעיף, שמתייחס ל“שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין”, בית המשפט דחה, בקיצור נמרץ, את טענת פנגו שלפיה יש להבחין בין התשלום בגין השימוש ביישומון ובין התשלום בעד שירות החניה. לדבריו, “קבלת ההבחנה המוצעת על ידי [פנגו] תחת תחת התיקון לחוק ותאפשר תשלום עמלות תחת הכותרת ‘תשלום בגין שימוש...’”.

השאלה אם היישומון שפיתחה פנגו עונה להגדרת “טובין או שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין”; דהיינו, אם היישומון הוא בגדר שירות שמחירו מפוקח, היא שאלה נכבדה שלא קיבלה ביטוי הולם בהחלטת האישור. מדובר למעשה ב“שער הכניסה” לסעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן. אקדים את המאוחר ואומר כבר

כעת, כי בחינת השאלה מובילה למסקנה כי היישומון איננו בגדר שירות מפוקח; ובהינתן שכך, אזי שער הכניסה לסעיף 13ח(ב)(1) נסגר בפנינו, באופן שמייתר את המשך הדיון ביסודות הנותרים של ההוראה. ואבאר.

20. פיקוח על מחירים נעשה באמצעות מנגנונים שונים ונועד לטובת מימוש תכליות מגוונות, שאין צורך להידרש אליהם במסגרת הדיון כאן. עם זאת יצוין בקצירת האומר כי ככלל, פיקוח על מחירים נועד לשמור על יציבות מחיריהם של מצרכים ושירותים חיוניים; לסייע בפתרון כשלי שוק ופגיעה בתחרות; ונעשה בו שימוש גם ביחס למוצרים ושירותים המסובסדים מתקציב המדינה (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ו-1995, ה"ח 2436).

האיסור על גביית עמלה בגין טובין או שירותים שנקבע להם מחיר מפוקח, שמעוגן בסעיף 13ח(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, משמש אמצעי להגנה על המחיר המפוקח ומונע גביית סכומים שעולים עליו "בדלת האחורית" – באמצעות הוספת עמלה. כדי להימנע בתוך תחומי האיסור על הוספת עמלה, עלינו לוודא כי המוצר שבו עסקינן אכן נכלל במנגנון כלשהו של פיקוח מחירים – בין אם תחת חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפיקוח), ובין אם תחת דבר חקיקה אחר.

21. במקרים רבים אין כל קושי לקבוע כי לפנינו מוצר שנקבע לו מחיר בדין: מוצרי חלב שונים, ביצי מאכל, בנזין, נסיעה באוטובוס ובמונית – לכולם נקבע תעריף קבוע או מחיר מרבי בצווי פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים שהוצאו מכוח חוק הפיקוח. גם דמי החניה שנגבים במסגרת הסדר החניה הארצי כפופים לתעריף מרבי שנקבע מכוח פקודת התעבורה. מן העבר השני מצויים שירותים שלגביהם אין מחלוקת כי אינם מצויים תחת פיקוח מחירים, אף אם יש להם קשר למוצר מפוקח. כך לדוגמה, בהזמנת משלוח של מוצרי חלב מפוקחים ממרכול, ניתן לגבות דמי משלוח עבור שירות השליחות מבלי שיחול האיסור שבחוק הגנת הצרכן.

בעיית הסיווג מתעוררת במקרים גבוליים, של שירות נוסף הנלווה למוצר המפוקח באופן שמטשטש את גבולותיו של המוצר המפוקח, ומחייב לקבוע היכן "נגמר" המוצר המפוקח ו"מתחיל" השירות הנלווה שניתן לגבות תמורתו עמלה. אין זה המקום לקבוע כללים גורפים בנוגע להבחנה בין מוצר מפוקח ובין שירות נלווה. די אם נאמר כי בענייננו, היותו של היישומון שירות נלווה שהוא מעבר לאמצעי תשלום בלבד, נלמדת הן מתכונותיו הפנימיות, הן מהנסיבות החיצוניות שכוללות את תנאי המכרז והסכמת הצדדים לו.

22. תחילה למהותו של היישומון. כזכור, מדובר ביישומון שפותח לטלפונים סלולריים חכמים, ששימש להפעלת ולהפסקת חניה במסגרת הסדר החניה הארצי בלחיצת כפתור. היישומון איפשר תשלום מהיר ויעיל של דמי החניה, וזאת בעיקר בהשוואה לחלופות שהיו קיימות בתקופה הרלוונטית. כך, לדוגמה, תשלום דמי חניה באמצעות מדחן הצריך הגעה למדחן עצמו ושימוש בכסף מזומן; ותשלום באמצעות כרטיס חניה מנייר הצריך רכישה של כרטיס במקום החניה, או הצטיידות בכרטיס מראש.

ניסיון החיים מלמד כי תשלום על חניה "בכף היד", המאפשר הפעלה והפסקה של החניה מרחוק, מבלי להגיע אל המדחן או אל הרכב עצמו, ומבלי להזדקק לכסף מזומן או לכרטיס חניה – הוא בעל תועלת משמעותית עבור רבים, באופן שניתן לראות בו שירות בפני עצמו ולא רק אמצעי תשלום. קשה להלום את טענת המבקש שלפיה ההבדל בין תשלום דמי חניה באמצעות היישומון ובין שימוש במדחן או בכרטיס נייר הוא כה זניח, עד שניתן להקביל אותו לבחירה בין אמצעי תשלום שונים בעלי תועלת ונוחות שקולות.

23. אמת, בעידן הטכנולוגי שבו אנו חיים הטלפונים החכמים הפכו בקרב רבים להמשך טבעי של כף היד. כפי שציינתי בהקשר אחר "מעט פריצתם של הניידים החכמים לחיינו במהלך שנות האלפיים, ועם התקדמותה המואצת של הטכנולוגיה, מכשירים אלה טומנים בחובם מגוון הולך וגובר של אפשרויות שימוש. היצע עשיר של יישומונים עומד לרשות המשתמשים, כל אחד לפי בחירתו, העדפותיו וצרכיו – ובין היתר ניווט, קניה, מדיה חברתית, למידה ופנאי, ניהול זמן, שימושים פיננסיים ועוד כהנה וכהנה" (בש"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל (25.5.2021)). יותר ויותר בתי עסק ורשויות מציעים גישה לשירותיהם באמצעות יישומונים, והטלפון החכם הולך ותופס את מקומו כאמצעי תשלום יום-יומי שאף מייתר לעיתים את הצורך לשאת כרטיס אשראי.

בנקודת הזמן הנוכחית האפשרות לשלם דמי חניה באמצעות יישומון היא כמעט מובנת מאליה, אך אל לנו לשפוט את העבר על פי אמות המידה של ימינו. בתקופה שבה הושק היישומון – לפני למעלה מעשור – מדובר היה בשירות חריג ביחס לאמצעים שהיו זמינים בשוק, וזוהי נקודת המבט הרלוונטית לבחינת האופי הייחודי של היישומון ולמענה על השאלה שבמוקד הדיון.

24. ומכאן לנסיבות החיצוניות. במסגרת בחינת עילת התביעה החוזית קבע בית המשפט המחוזי כי פיתוח היישומון לא היה חלק מתנאי המכרז שבהם התחייבה פנגו. עוד הובהר כי פנגו הייתה רשאית לפתח שירותים נוספים מעבר לשירותים שפורטו במכרז, וכי היא קיבלה את אישור משכ"ל לכך שהיישומון הוא שירות נוסף כהגדרתו בחוזה, שניתן לגבות בעבורו תמורה. בית המשפט סבר כי קביעות עובדתיות אלה מטות את הכף אל עבר דחיית העילה החוזית, אך לא ייחס להן משקל כלשהו במישור הנזיקי, במסגרת הדיון בטענה להפרת חוק הגנת הצרכן.

בבואנו ליישם את סעיף 13(ב)(1) לחוק על נסיבות המקרה, יש לבחון כיצד הסכמת הצדדים שלפיה היישומון הוא שירות נוסף, משתלבת בניתוח המשפטי. ההסכמה, שמצאה ביטוי במסגרת המכרז וחילופי הדברים שלאחריו, אינה בעלת משקל מכריע. עם זאת, יש בה כדי להעיד על כך שבתקופה שקדמה לפיתוח היישומון שחקנים מרכזיים בשוק, שהם בעלי אינטרס אך גם בעלי מומחיות, סברו כי מדובר בשירות נוסף שחורג באופן משמעותי מהשירותים שהיו קיימים באותה עת; וכי ההשקעה בפיתוח הטכנולוגיה החדשה מצדיקה מתן תמריץ בדמות גביית עמלה. בניגוד לטענת המבקשות, משכ"ל איננה בעלת סמכויות אסדרה בתחום החניה בכחול-לבן, אך עמדתה ביחס ליישומון תורמת להבנת התמונה הכללית ולהבנת הייחוד של היישומון בהשוואה לחלופות שהיו קיימות בשוק.

25. זאת ועוד. המבקשות הדגישו בטיעוניהן את העובדה כי לרשות המשתמשים ביישומון עמדו כל העת חלופות שונות לתשלום דמי חניה ללא עמלה, ובכלל זה מענה קולי, אתר אינטרנט, מדחנים וכרטיסי חניה. אין בידי לקבל את טענת המבקשות שלפיה עצם קיומה של חלופה כלשהי לתשלום דמי חניה ללא עמלה, מובילה בהכרח למסקנה כי האיסור שבסעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן לא הופר. עם זאת, העובדה שלקוחות רבים בחרו להשתמש ביישומון ולשלם עמלה בשיעור משמעותי (לטענת המשיב מדובר בחצי מיליון "הפעלות חניה" ביישומון מדי חודש), במקום לשלם דמי חניה באמצעות אחת מהחלופות החינמיות – מעידה גם היא על התועלת המשמעותית של היישומון ומחזקת את המסקנה כי ניתן לראות בו שירות נוסף מעבר לשירות החניה המפוקח.

עוד מצאתי להבהיר כי גם אם קיומה של חלופה חינמית לשירות כלשהו אינו שולל אפשרות לקבוע כי האיסור על גביית עמלה בגין מוצר מפוקח הופר; הרי שבמקרה ההפוך, שבו אין כל אפשרות ליהנות ממחירו המפוקח של מצרך או שירות מבלי לשלם עמלה עבור חישוב גובה החיוב או דרך התשלום – הרי שניתן לראות בכך ניסיון לעקוף את המחיר המפוקח, ולקבוע בנקל שסעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן הופר.

26. המסקנה העולה מכל האמור היא שהיישומון איננו עולה כדי "טובין או שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין", אלא שבתקופת הזמן הרלוונטית לבקשת האישור ברי כי מדובר היה בשירות נלווה לשירותי החניה שמחירם מפוקח. משמעות הקביעה היא כי המבקשות לא הפרו את הוראת סעיף 13(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, ומשכך אין צורך לבחון אם התמלאו יתר היסודות המפורטים בהוראת החוק.

לכן, אם תישמע דעתי, הבקשה למתן רשות ערעור תתקבל וכמוה גם הערעור, כך שהבקשה שהגיש המשיב לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשות – תידחה, ובכלל זה יבוטל חיוב המבקשות בהוצאות. בנסיבות המקרה אינני רואה מקום להוסיף ולהורות על חיוב בהוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, כ"ט בסיון התשפ"ג (18.6.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט