

המבקשים: 1. אביעד סעדיה שער

ת.ז 038185492
מרח' עליית הנוער 7
חדרה

2. רון מינס

ת.ז 301461406
מרח' לח"י 5
חדרה

3. איתי מינס

ת.ז 300270972
מרח' האר"י 1
חדרה

(שיקראו כולם במאוחד להלן: "המבקש")

על-ידי ב"כ עוה"ד דרור שרמן ו/או ליאור לנדאו
שניהם ממושרד עו"ד שרמן לנדאו את עברי
מרח' זיבוטינסקי 35, מגדל תאומים 2, קומה 2,
רמת גן 52511
טל': 03 – 6132525 ; פקס: 03 – 6132043

- נ ג ד -

המשיבה:

המועצה להסדר ההימורים בספורט
רח' האודם 12, פתח תקווה 49170
טל': 03 – 9255790 ; פקס: 03 – 9255776

בקשה בכתב לאישור תובענה כייצוגית

לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

1. בהתאם לסעיפים 3, 4 ו-5(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "החוק"), מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התביעה המצ' "ב כנספח א' לבקשה זו – תביעה אשר הגיש המבקש במסגרת התיק האזרחי שמספרו בכותרת בקשה זו – כתובענה ייצוגית, בשם כל חברי הקבוצה, כהגדרתה בסעיף 121 להלן (להלן: "התביעה").
 2. העתק כתב התביעה מצ' "ב כנספח א' לבקשה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנה.
 3. הואיל ונספחי בקשה זו זהים לנספחי כתב התביעה, המוגש בד בבד עם הגשת בקשה זו, הרי שעל מנת למנוע כפילות מיותרת והפיכת התיק לעב כרס, לא צורפו הנספחים ג ו ד להעתק כתב התביעה (המצורף, כאמור, כנספח א'), ובית המשפט הנכבד יתבקש לראות בנספחי בקשה זו, גם כנספחי העתק כתב התביעה המצ' "ב.
- בהתאם להוראת סעיף 6(א) לחוק, בד בבד עם הגשת בקשה זו, נמסרה למנהל בתי המשפט הודעה מתאימה על הגשת בקשה זו ועל הגשת התביעה, ובמצורף להודעה נמסרו

העתק מהבקשה ומנוסח התובענה נושא הבקשה, לשם רישומם בפנקס התובענות הייצוגיות.

4. בית המשפט הנכבד יתבקש לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית מכוח החוק.

5. **בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן:**

5.1 לפי **סעיפים 10(א) ו-14(א)(1)** לחוק – להגדיר את הקב וצה המיוצגת לצורכי התובענה הייצוגית (להלן גם: "**חברי הקבוצה**").

5.2 לפי **סעיפים 14(א)(3) ו-14(א)(4)** לחוק – לפרט בהחלטתו עילות התביעה והסעדים הנתבעים (ראה סעיף 6 להלן).

5.3 לפי **סעיף 14(א)(3)** לחוק – להגדיר את השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה.

5.4 ליתן הוראות בענין הדיון בתובענה כפי שיראה בית המשפט לנכון.

5.5 ליתן הוראות מתאימות, בדבר אופן פרסום החלטתה על אישורה של התובענה כייצוגית ולהורות כי המשיב ה תישא לבדה בהוצאות הפרסום (לפי **סעיף 25(ו) לחוק**).

5.6 לחייב את המשיבה בתשלום כל הוצאות המשפט שיהיו למבקש.

5.7 להעניק למבקש, ולכל חברי הקבוצה כל סעד נוסף, על פי שיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

5.8 לקבוע לבאי כוח המבקש שכר טרחה חלקי, על חשבון שכר הטרחה הכולל שיגיע להם בעד הטיפול והייצוג בתובענה הייצוגית, וזאת בהתאם להוראות **סעיף 23(ג) לחוק**.

6. כפי שיפורט להלן בהרחבה, הרי **שעילתה העיקרית של תובענה זו היא בהטעיה** שהטעתה המשיבה את ציבור משתתפי מספר משחקים שקיימה המשיבה, במסגרת תוכנית משחקים חדשה שהשיקה המשיבה תחת השם "Winner ביג".

6.1 ההטעיה נעשתה על ידי המשיבה משך תקופה של 9 ימים רצופים (9.16.10-17.6.10). הטעיה זו נעש תה על-ידי מסע פרסום נרחב ואינטנסיבי שערכה המשיבה במהלך חודש יוני 2010, לשם קידום ושכנוע הציבור הרחב ליטול חלק בתוכנית ההימורים החדשה אשר המשיבה השיקה בשם "Winner ביג".

6.2 ההטעיה באה לידי ביטוי בכך שהפרסומות של המשיבה זעקו והודיעו: "פרס החל מ-50,000 ₪" או "פרסים החל מ-50,000 ₪", וזאת ללא כל התראה או סייגים בגוף הפרסום. ברם בפועל, כפי שיוסבר להלן בפרוטרוט, מצאו עצמם הזוכים בפרס הראשון מקבלים סכומים פעוטים, אשר אינם מתקרבים, ולו במקצת, לפרס המובטח.

6.3 כך זכה המבקש בפרס הראשון במשחק של "מחזור מונדיאל 4", אך במקום שישולם לו פרס מינימלי של 50,000 ₪, כפי שהובטח ופורסם, זכה המבקש בסך של 913.7 ₪ בלבד.

6.4 על אופי הפרסום המטעה ו על "כללי המשחק" במשחק זה של תוכנית "Winner ביג" נעמוד בהמשך בהרחבה.

7. לאור הוראות **סעיף 5(ב)(1) לחוק** ולאור כלל נושאי התובענה ביום שהוגשה וסכום הפיצוי הנתבע – הרי שלבית משפט נכבד זה מוקנית **הסמכות העניינית** לדון בתביעה.

8. לאור **תקנה 3(א)1 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984**, ומאחר ש מענה של המשיבה נמצא בשטח שיפוטו של בית המשפט מחוז המרכז, אזי מוקנית לבית משפט זה **הסמכות המקומית** לדון בתביעה.
9. כל ההדגשות בציטוטים המובאים בבקשה זו אינן במקור, אלא אם נרשם אחרת.
10. לתמיכה בעובדות בקשה זו מצ **"ב תצהיריהם של כל אחד מ יחידי המבקש – מסומן כנספחים ב'1-3'** לבקשה זו.
תצהירים אלו וכל הנספחים המצורפים להם מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

ואלה נימוקי הבקשה:

פרק א': הרקע העובדתי

11. כל אחד מיחידי המבקש הוא אזרח ותושב מדינת ישראל, וכמי שרכשו כרטיס השתתפות במשחק ההימורים שקיימה המשיבה (להלן: "כרטיס השתתפות" או "כרטיס משחק") הרי שלעניין זה הינם **"צרכן"** כהגדרת מונח זה ב **סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981** (להלן: **"חוק הגנת הצרכן"**).
12. המשיבה הינה ארגון סטטוטורי הפועל מתוקף **חוק להסדר ההימורים בספורט, תשכ"ז-1967** (להלן: **"החוק להסדר ההימורים בספורט"**), המוסמך לארגן ולערוך הימורים על תוצאות של משחקים ותחרויות בספורט. **סעיף 2 לחוק זה קובע:**
"המועצה תהיה תאגיד כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית".
- כמו כן, המשיבה הינה בגדר **"עוסק"** כהגדרת מונח זה ב**סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן**.
13. במיוחד עבור סבב משחקי המונדיאל האחרון, מונדיאל 2010, השיקה המשיבה תוכנית הימורים חדשה בשם **"ביג Winner"** או **"Winner ביג"** (להלן גם: **"המשחק החדש"**).
14. במשחק **"Winner ביג"** מהמרים משתתפי המשחק על תוצאות משחקי כדורגל בטורניר ה"מונדיאל", הלא הוא ה-"WORLD CUP", בו מתחרות נבחרות ממדינות שונות על גביע העולם בכדורגל.
טורניר מונדיאל 2010 החל ביום 11 יוני 2010 והסתיים ביום 11 ביולי 2010.
- הטורניר התקיים בדרום אפריקה. זהו אחד מאירועי הספורט הנצפים והפופולאריים ביותר בעולם, ובכלל זה בישראל.
15. לצורך קידום והגדלת מספר המהמרים במשחקי ההימורים השונים של המשיבה מסדרת Winner, ובפרט ביחס למשחק החדש שהשיקה ה- **"ביג Winner"**, ערכה המשיבה מסע פרסום נרחב ואינטנסיבי במיוחד במהלך חודש יוני 2010, אשר כלל פרסום בכלל אמצעי המדיה וכן הפצת חומרים שיווקיים רבים בתחנות הטוטו בישראל.
16. כך, למן ראשית חודש יוני 2010, התפרסמו בכלי התקשורת בארץ פרסומות רבות מטעם המשיבה בנוגע למשחק החדש שהושק לכבוד גביע העולם בכדורגל, ה-"ביג Winner". הפרסום הזמין את הציבור הרחב להשתתף בהימורים על תוצאותיהם של משחקי גביע העולם בכדורגל, **ולזכות בסכום שאינו פוחת מ-50,000 ₪**.
- הקמפיין הפרסומי שנלווה למשחק החדש התמקד במסר שלפיו כל מי שינחש באופן מדויק את תוצאותיהם של שלושה משחקים יומיים יזכה ב-50,000 ₪ לפחות.**
17. כך למשל, בפרסומות למשחק **"ביג Winner"** שהופיעו מדי יום בעיתונים "ידיעות אחרונות", "מעריב" ו"ישראל היום", נרשם:

"משחק חדש! Winner ביג – מנחשים תוצאה מדוייקת של 3 משחקים וזוכים בענק! ... פרסים החל מ-50,000 ₪"

... העתק מפרסומת זו אשר פרסמה המשיבה בעיתוני "ישראל היום" מימים 13.6.10 ו- 15.6.10 מצ"ב **כנספח ג'1** לבקשה זו.

... העתק מפרסומת זו אשר פרסמה המשיבה בעיתון "מעריב" מיום 16.6.10, מצ"ב **כנספח ג'2** לבקשה זו.

... העתק מפרסומת זו אשר פרסמה המשיבה בעיתון "ידיעות אחרונות" מימים 9.6.10, 14.6.10 ו- 17.6.10, מצ"ב **כנספח ג'3** לבקשה זו.

בעיתונים הללו, בתחתית העמוד בו הופיעו הפרסומות להימורי הטוטו ובכללן למשחק "Winner ביג", נחבאה הערה באותיות זעירות, בזו הלשון: "על פי חוק, ההימור ב-winner מותר מגיל 18. הכתוב אינו מהווה המלצה. יתכנו שינויים ביחסים".

ברם, לא נאמר שם דבר וחצי דבר הנוגע לסכום המינימום לזכי יה שהוצג כאמור כסכום שלא יפחת מסך של 50,000 ₪.

18. בעלונים צבעוניים שהפיצה המשיבה בכל תחנות ועמדות הטוטו ברחבי הארץ, נרשם באותיות מאירות עיניים כדלהלן:

"משחקים על 5 ₪ וזוכים בפרס החל מ-50,000 ₪"



תשומת הלב לחציו השני של המשפט – "פרס החל מ-50,000 ₪".

... עלון זה מצ"ב **כנספח ג'4** לבקשה זו.

ודוק, בפרסומות זו לא מופיעה כל הגבלה או סייג, גם לא באותיות קטנות וחבויות מן העין.

19. במסגרת קמפיין הפרסום האגרסיבי של סדרת המשחקים winner הפיצה המשיבה, בכל תחנות הטוטו ברחבי ישראל, את "עיתון המונדיאל". בעיתון זה שפרסמה המשיבה נכללו פרסומות ונתונים לגבי סדרת משחקי ה-winner שקיימה המשיבה.

בעיתונים אלו פורסמו משחקי ה-"Winner ביג" בזו הלשון:

"משחק חדש ! Winner ביג – מנחשים 3 משחקים ומרוויחים בגדול! פרס החל מ-50,000 ₪".

ושוב, תשומת הלב לחציו השני של המשפט – **"פרס החל מ-50,000 ₪"**.

... עלון זה מצ"ב **כנספח ג'5** לבקשה זו.

בתחתית הפרסומת הופיעה, באותיות זעירות וחבויות, אזהרה כי "על פי חוק ההימור בווינר מותר מגיל 18". הא ותו לא!

20. וגם את זירת האינטרנט לא החמיצה המשיבה ובאתר האינטרנט שלה www.toto.org.il הבזיקו באנרים (שלטי פרסומת מקוונים) שלא הותירו כל מקום לספק ופיתו את המהמרים.

וזהו הבאנר האמור:



... העתק מפרסומת זו, שהופיעה באתרי אינטרנט רבים, מצ"ב **כנספח ג'6** לבקשה זו.

בשום מקום בגוף הבאנר או בסמוך לו לא הופיע ו כל הערה, אזהרה או סייג כלשהו לפרסום.

... העתק מתצלום עמודי האינטרנט של אתר המשיבה, www.toto.org.il, שבהם הופיעו הכתוביות המובלטות בדפוס אדום, שזעקו "מינימום פרס מובטח 50,000 ₪", מצ"ב **כנספח ג'7** לבקשה זו.

21. ודוק, על פי רוב נוקטים המפרסמים בטקטיקה של פרסום מאיר עיניים שאותו הם מסייגים באותיות כלל לא מאירות עיניים, קטנות ונחבאות בהן אמירות מסוג "כפוף לתקנון המבצע" ו/או "עד גמר המלאי" ו/או "בכפוף להשתתפות של מינימום ___ אנשים וכיוב'.

ברם, במקרה דנן נהגה המשיבה בפרסומותיה הנזכרות לעיל באופן נחרץ וללא כל הגבלה וסייג, גם לא באותיות קטנות וחבויות מן העין, לפחות לא כאלו הרלבנטיות לעניינינו. עניינינו רואות כי כל הפרסומות שפרסמה המשיבה – ודוגמאות כאמור מצורפות כנספחי ג' לבקשה זו – זעקו "פרס החל מ-50,000 ₪" או "פרסים החל מ-50,000 ₪", ללא כל התראה או סייגים והגבלות כלשהן בגוף הפרסום! על כן, לנחשפים למודעות פרסומת אלו לא היה אפוא שום סיבה להניח כי הפרס הראשון לא יהיה סכום של 50,000 ₪, או יותר, אך בודאי לא פחות.

בעיתונים "ידיעות אחרונות", "ישראל היום" ו-"מעריב", בתחתית העמוד בו הופיעו הפרסומות להימורי הטוטו, ובכללן למשחקי "ביג Winner" נחבאה הערה בזו הלשון:

"על פי חוק, ההימור בווינר מותר מגיל 18. הכתוב אינו מהווה המלצה. יתכנו שינויים ביחסים".

כאמור לעיל, לא נאמר שם דבר וחצי דבר הנוגע לסכום המינימום לזכ ייה שהוצג כאמור כסכום שלא יפחת מסך של 50,000 ₪.

22. חשוב לציין כי במהלך חודש יוני, שבו פרסמה המשיבה את המשחק החדש, שינתה המשיבה את נוסח הפרסום מיום למשחק החדש: לאחר התאריכים 17.6.10-9.6.10, שבהם הופיע ברציפות נוסח הפרסום "פרס החל מ-50,000 ₪" או "פרסים החל מ-50,000 ₪", הרי ש מיום 18.6.10 ואילך החליפו אותו בעיתונות נסחים שונים כדוגמת "דאבל פרס לזוכה יחיד!" ו/או "כסף ענק בביג" ו/או "זוכים בענק" וציון כספי הזכיות האחר ונות. כמו כן, שינוי זה נערך אף באתר האינטרנט של המשיבה.

המשיבה שינתה את נוסח פרסומיה כאמור, וזאת ככל הנראה עקב קבלת תלונות רבות מן הציבור ו/או הבנה כי נוסח הפרסומים ש פרסמה את המשחק החדש עד אותו יום היה מטעה ומוטעה. כך קרה, שהחל מיום 18.6.10 לא הובטח עוד פרס מינימום – ומכאן אף נובעת הגדרת הקבוצה (כאמור בסעיף 122 להלן): כל הצרכנים שרכשו את כרטיס ההשתתפות במשחק החדש עד לתאריך זה, דהיינו: עד ליום 17.6.10 (כולל). הרחבה על נפקות השינוי של נוסח הפרסומים – להלן בסעיפים 58-56.

... דוגמאות מפרסומות שונות אלו אשר החלה המשיבה לפרסם לאחר יום 18.6.10 – דוגמאות שנתפרסמו בעיתוני "ישראל היום", "מעריב" ו-"ידיעות אחרונות", כמו גם דוגמאות מהפליירים והעלוני שפרסמה המשיבה בתחנות הטוטו לאחר יום 18.6.10, מצ"ב כנספחי ז' לבקשה זו.

23. שלושת יחידים המבקש, אשר נחשפו לפרסומות המש יבה במדיה את המשחק "ביג Winner", ובפרט לפרסומות בעיתון "ישראל היום" מיום 13.6.10, הנזכרת בסעיף 17 לעיל, החליטו למלא ביחד כרטיס הימור במשחק ה-"ביג Winner" בסכום מאד משמעותי עבורם – סך של 2,160 ₪, שייצג למעשה 432 הימורים (כל הימור בודד בסך של 5 ₪).

יחידים המ בקש החליטו להוציא סכום כה נכבד על המשחק החדש, אך ורק מתוך הסתמכות על פרסומי המשיבה, ומתוך הבנה כי ככל ויכסו סטטיסטית יותר תוצאות אפשריות במשחקי המונדיאל, כך יגדלו סיכוייהם ל זכות ב פרס הראשון, שסכומו, כך הובטח מפורשות בפרסומי המשיבה, וכך האמינו בתום לב, לא יפחת מסך של 50,000 ₪.

את כרטיס המשחק מילאו שלושת יחידים המבקש יחידיו ביום 14.6.10. ההימור היה על "מחזור: מונדיאל 4" שכלל שלושה משחקי מונדיאל:

- 1 הולנד – דנמרק;
- 2 יפן – קמרון;
- 3 איטליה – פרגוואי.

... העתק מכרטיס ההשתתפות של המבקש, מיום 14.6.10, מצ"ב כנספח ה'1 לבקשה זו.

... דוגמת טופס ההשתתפות במשחק החדש, עליו כפי שניתן לראות אין כל הסבר ו/או סייגים, מצ"ב **כנספת ה'2'** לבקשה זו.

24. למען הסדר הטוב אף נציין ונדגיש, כי משחק ה-Winner, אשר מפעילה המשיבה מזה מספר שנים, הינו משחק אישי בו כל משתתף מהמר על תוצאות כאשר לכל תוצאה יש יחס זכי יה מסוים, ובמובן זה הרי שסכום הזכי יה מובטח מראש בהתקיים התנאי שההימור נכון. **במשחק ה-Winner הכרטיס או ההימור הזוכה אינו מתייחס או אינו קשור כלל וכלל למהמרים אחרים או לכמות זוכים, אלא הוא אישי** – המהמר מקבל את הכסף שהשקיע, כפול היחס שנקבע לצירוף ההימורים הנכונים.

למעשה, משחק ה-Winner שמפעילה המשיבה מבוסס על ההנחה כי אם המהמר הימור נכון על התוצאה, הרי שסכום הזכייה ידוע ומובטח לאותו מהמר מראש.

משכך, ניתן על נקלה להבין כי משמשיקה המשיבה משחק חדש, תחת השם "ביג Winner", ומפרסמת את המשחק בדרך המתוארת בסעיפים 16-21 לעיל: "המרו על תוצאה מדויקת של שלושה משחקים. משחקים על 5 ₪ זוכים בפרס החל מ- 50,000 ₪", ללא כל סייגים והסברים, יש בפרסום ובשם המשחק כדי להטעות, כפי שהוטעה המבקש בפועל, ורק בהסתמך על פרסום מטעה זה הוציא המבקש סכום כה נכבד על ההימור.

25. ואכן, עקב העובדה כי אחד מצירופי הניחוש של המבקש אכן היה מדויק, וכלל את התוצאות הסופיות הנכונות של שלושת המשחקים המפורטים לעיל, זכה המבקש בפרס הראשון.

26. דא עקא, לתדהמתו הרבה ולתסכולו העז, התברר למבקש כי למשיבה פרשנות תמוהה לפיה חרף פרסומיה בדבר "פרס" או "פרסים" "החל מ- 50,000 ₪", הרי שאת הסכום המוקצה לפרס ראשון, עליו לחלוק עם שאר המנחשים נכונה – 135 איש נוספים. על כן, עת הגיע המבקש אל תחנת הטוטו ביום 17.06.10, לפדות את הפרס המגיע לו, נאמר לו כי הכרטיס שבידו זכאי לפרס ראשון בסך של כ-913.7 ₪ בלבד (סכום אשר מחושב לפי יחס הזכייה כפול עלות ההימור הזוכה שהיא 5 ₪).

... אישור המשיבה בדבר הניחוש הנכון, כמות הזכיות והיחס ב"מחזור מונדיאל 4" מצ"ב **כנספת ו'** לבקשה זו.

27. נציין ונדגיש כי במקרה דנן המילה "זכה" אינה נכונה כלל ועיקר, שכן שלמעשה המבקש "הפסיד" בפועל סך של 1,246.3 ₪ בגין ההשתתפות במשחק "ביג Winner" זה, שהרי כאמור לעיל, הוא הימור בסך כולל של 2,160 ₪.

למען הסדר הטוב ושלמות התמונה נציין, כי כרטיס המבקש הינו כרטיס שיטתי, אשר בו מילא המבקש מספר תוצאות משחק אפשריות בכל אחד ואחד משלושת המשחקים הכלולים ב"מחזור מונדיאל 4", ושילם בגין מספר הצירופים האפשריים של התוצאות שסימן. כרטיס המבקש כלל 432 צירופים אפשריים, כאשר בגין כל צירוף וצירוף (המהווה לכאורה כרטיס משחק בפני עצמו) שילם המבקש 5 ₪.

28. המבקש שלח מספר צירופים רב (אם כי מוגבל) אך ורק בהסתמך ובהתבסס על פרסומיה המטעים של המשיבה, ומתוך תקווה והבנה כי אם הכרטיס יזכה, יהא המבקש זכאי לפרס ראשון של 50,000 ₪, לפחות.

29. אשר על כן, משנוכח המבקש לגלות כי הגם זכייתו וניחוש תוצאות שלושת המשחקים, סכום הזכייה המגיע לו הינו 913.7 ₪ בלבד, התחוור לו באחת כי המצג שהציגה המשיבה בדבר חלוקת פרס ראשון בסך של מינימום 50,000 ₪ הינו **מצג מטעה בעליל**, וכי המשיבה, בפעולותיה ו/או מחדליה, הטעתה והוליכה שולל אותה, כמו גם את יתר הציבור, לגבי עניין מהותי בעסקה.

30. העובדה כי המנחש נכונה את תוצאות שלושת המשחקים נשוא אותו הימור אינו זוכה ב- 50,000 ₪, לכל הפחות, אלא כי סכום הפרס הראשון כאמור מתחלק בין כלל המנחשים נכונה, הינה **"עניין מהותי"**, אשר חובה היה להציגו ולהסבירו בצורה ברורה וגלויה

בפרסומי המשיבה. ברם, כתוצאה מפעולות ו/או מחדלי המשיבה המתוארים לעיל ולהלן, – **הוטעה המבקש**, וחזקה כי מלבדו הוטעה אף יתר ציבור המהמרים, בפועל.

31. המשיבה, הפועלת כגוף ציבורי ואחראית על נושא רגיש כהימורים, דרסה ברגל גסה את איסור ההטעיה וחובת הגילוי הנאות המוטלת עליה על פי הדין, כפי שיפורט להלן. ציבור גדול של אנשים שהימרו במסגרת משחקי "ביג Winner" האמינו בתום לב כי המשיבה הינה גוף מכובד הפועל תחת חסותה של המדינה, או ליתר דיוק – תחת חסות החוק, וכזוה ייחסו לו אמינות ומהימנות רבה ולא העלו בדעתם כי הוא יוליך אותם שולל וינהג בהם כאחרון בתי ההימורים הבלתי חוקיים אשר בפרסומיו אחד בפה ואחד בלב.

פרק ב': התשתית המשפטית

תחולת חוק הגנת הצרכן על המקרה דנן

32. **סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן**, תשמ"א – 1981, מגדיר:

"עסקה" – מכירת נכס או מתן שירות;
"נכס" – טובין, מקרקעין, זכויות, ניירות ערך כמשמעותם בחוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968, ואיגרות חוב ממשלתיות;"

33. אין ספק כי כרטיס ה משחק שרכש המבקש, המצורף כאמור כ**נספח ה'** לבקשה זו, אשר הקנה למבקש את הזכות להשתתף במשחק "ביג Winner" שקיימה המשיבה, מהווה **"נכס"** כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, כפי שאף יוכח להלן באמצעות ציטוטים מן הפסיקה. לחילופין או במצטבר – מדובר ב-"**שירות**" של עריכת משחקי הימורים.

34. בספרו, **"דיני הגנת הצרכן"**, קובע המלומד **פרופ' דויטש** בעניין זה כי:

"לענין חוק הגנת הצרכן נראית לנו ההגדרה הרחבה יותר של נכס כהגדרה המתאימה להגנת הצרכן. נכס בחוק הגנת הצרכן כולל איפוא כל רכוש וגם זכויות רכושיות ואישיות שאינן שירות..." (ראה שם עמ' 200 פרק ג' שער שני).

35. **"צרכן"**, הוגדר לפי **סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן** כ **"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו, לשימוש שעיקרו אישי – ביתי או משפחתי"**.

המבקש רכש כרטיס הימור של "ביג Winner" לתועלתו הוא ולצרכיו האישיים והפרטיים, ולפיכך עומד הוא, כמו גם יתר חברי הקבוצה, בהגדרת החוק הנ"ל.

36. בנוסף, מגדיר **סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן**, כי **"עוסק"** הוא **"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן"**.

37. בספרו הנ"ל, כותב **פרופ' דויטש** בעניין זה כי:

- א. **"כדי שעסקה תיחשב לצרכנית, צריכה הרכישה להתבצע ממי שעוסק במכירת שירותים ונכסים א לה דרך עיסוק, ועושה זאת במהלך עיסוקו"** (ראה שם עמ' 238 סעי' 6).
- ב. **"המבחן העיקרי למונח "במהלך העסקים" הוא תדירות העיסוק והמשכיותו"** (ראה שם עמ' 239 סעי' 6).

38. לאור הגדרת **"עוסק"** בחוק הגנת הצרכן ברי כי המשיבה הינה בגדר **"עוסק"**, הגם שהיא עוסקת באופן קבוע גם במכירת כרטיסי הימור למשחקים אחרים – הרי שמכירת כרטיסי ההימור למשחק ה-Winner ביג" נעשתה דרך עיסוקה ובמהלך עיסוקה (וראה בעניין זה גם ת"א (תל-אביב-יפו) 2036/01 מנלה אברהם נ' מפעל הפיס, תק-מח 2002(4), 14855).

39. בנוסף מגדיר **סעיף 1 "עסקה"** כ"**מכירת נכס** או **מתן שירות**". מכירת כרטיס הימור למשחק ה-Winner ביג" מהווה מכירת "נכס" ו/או מתן שירות, כאמור לעיל, ולפיכך זוהי "עסקה" כהגדרתה בחוק.
40. חוק הגנת הצרכן חל על נושא התובענה : הטעיה במכירת כרטיסי משחק למשחק ה-Winner ביג", שיזמה וניהלה המשיבה, באשר המבקש ויתר חברי הקבוצה הינם, כל אחד בפני עצמו, "צרכן" והמשיבה הינה "עוסק", כהגדרת החוק.
41. חוק הגנת הצרכן קובע שורה של איסורים שתכליתם למנוע את הטעייתו וניצול בורותו של הצרכן על ידי העוסק, וכן מטיל חובות גילוי על "עוסקים", אשר נועדו להבטיח כי בטרם יחליט הצרכן לרכוש את המוצר, יביא העוסק לידיעתו מידע מלא, ככל האפשר, על טיב המוצר או השירות שהוא עומד לרכוש ומחירו הכולל.

פרק ג': עילות התביעה

1) הפרת חובות חקוקות מכוח חוק הגנת הצרכן

1.1 חוק הגנת הצרכן – כללי

42. בת.א. (ירושלים) 1509/97 **מלמד אפיק נ' סלקום ישראל בע"מ** (דינים מחוזי לב (2) 180), דנה כב' השופטת י' צור בעילות התביעה, כדלקמן:
- "...סעיף 35 לחוק קובע כי תותר תביעה ייצוגית לתובע שהוא – "צרכן", "בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ...". **החוק התיר זכות תובענה ייצוגית לעילות המפורטות בחוק והן: הטעיה, גילוי לא נאות וניצול מצוקה** (ראה ד"ר בר – ניב, עיוני משפט י"ט, תשנ"ד, 251, 261)...."
43. כפי שיוטעם להלן, חוק הגנת הצרכן קובע איסורי הטעיה וניצול מצוקתו של צרכן בסעיפים 2 ו-3 ומטיל על "עוסק" אף חובות גילוי אקטיביות במקרים ו/או עסקאות מסוימות, דוגמת אלו הנקובות בסעיפים 4-4, 5(ב), 9 ו-14 לחוק הגנת הצרכן.
44. המבקש יטען, כי המשיבה הפרה את החובות הקבועות בסעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן, והטעתה אותו, כמו גם את כלל חברי הקבוצה, באשר לעניין מהותי בעסקה – שווי הזכייה בפרס הראשון.
45. בהקשר זה ראוי להזכיר כי בע"א 1977/97 **יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית**, פ"ד נה' (4), 584 (לעיל ולהלן: "ע"א ברזני"), פסקה כב' השופטת ט' שטרסברג כהן כדלקמן:

"...תכליתו של חוק הגנת הצרכן

החוק בא להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. החוק בא להבטיח, כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף, על מנת להתעשר שלא כדין על חשבוננו של הצרכן. על מנת להגן על הצרכן, נקבעו בחוק "שורה של חובות ואיסורים על העוסקים – היצרנים, היבואנים, הסוחרים ונותני השירותים - שמטרתם הכוללת היא למנוע את הטעיית הצרכן, להביא לידיעתו מידע מלא ככל האפשר על טיב העסקה שהוא עומד לעשות, ולתת לו את הכלים לממש את זכויותיו ..." (דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן תש"ס-1980, ה"ח, תש"ס, 302). מכשיר התובענה הייצוגית נועד להבטיח אכיפה יעילה של הנורמות הקבועות בחוק ולהרתיע את העוסקים, בעלי היתרון הכלכלי, מכל ניסיון לנצל לרעה את תמימותו של הצרכן, את חולשתו בעימות שבין השניים ואת חוסר הכדאיות הטמונה בהגשת תביעה על ידו נגד העוסקים, בשל הנזקים הנגרמים כתוצאה ממעשיהם, היכולים להיות קטנים יחסית לכל צרכן ומקור להתעשרות שלא כדין לעוסק...."

1.2 הטעיה

46. **סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן**, שעניינו **"איסור הטעיה"**, קובע בין היתר כדלקמן:
- "(א) **לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל**, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת - **העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה** (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:
- (1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;"
47. **סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן** קובע את האחריות בגין **הטעיה בפרסומת** וקובע, בין היתר, כדלהלן:
- "7. (א) היתה הטעיה בפרסומת, יראו כמפירים את הוראות סעיף 2 –
(1) **את מי שמטעמו נעשתה הפרסומת ואת האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו**;
- (2) אם היתה הפרסומת מטעה על פניה או שהם ידעו שהיא מטעה - אף את המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום. ...
- (ד) **חזקה שפרסומת נעשתה בידי מי שמצויין בה כמציע הנכס או השירות, אלא אם כן צויין אחרת בפרסומת עצמה**.
- (ה) פרסומת העלולה להטעות צרכן בישראל – אחת היא, לענין סעיף זה, אם נעשתה בישראל או מחוצה לה."
48. בענייננו, **אין ולא יכול להיות ספק כי פעולות ו/או מחדלי המשיבה בפרסומיה הנזכרים לעיל, עלו לכדי "הטעיה בפרסומת" והיו עלולים להטעות ואכן הטעו בפועל "צרכן" בעניין מהותי בעסקה**, הלוא הוא סכום הזכייה, וזאת בין במעשה ובין במחדל.
49. הימנעותה של המשיבה מגילוי עובדת חלוקתו של הפרס הראשון בין כלל הזוכים, כלומר כי חרף לשון הפרסומות מטעמה לפיהן "הפרס" או "הפרסים" "החל מ-50,000 ש"ח" הרי שפרס זה לא יהא מנת חלקו של הזוכה אלא יהא למעשה הסכום הכולל והמצטבר שיחולק לכלל הזוכים במקום ראשון ב משחק, הינה ביטוי מובהק של הטעיה בפרסומת, בדיוק מן הסוג הפסול שהמחוקק ביקש למנוע. בהטעיה זו יש מ שום מעשה מכוון, או לכל הפחות מחדל, של ה"עוסק", היינו המשיבה במקרה זה, "העלול להטעות את הצרכן", היינו המשתתף במשחק – המבקש – "בענין מהותי בעסקה", ובפועל אכן הטעה את המבקש ויתר חברי הקבוצה.
- בהטעיה זו הועלמה מן המבקש ומשאר חברי הקבוצה העובדה המהותית ביותר ולפיה הפרס הראשון, לו ייחל כל אחד מהם, לא יוענק לו במלואו (וברוב המקרים – הוא מקבל אחוזים בודדים ממנו) אלא רק בחלק יחסי יחד עם זוכים רבים אחרים. אשר על כן, במקרה דנן נעלה מספק כי מדובר בהעלמת עובדה מהותית ביותר בעסקה, אשר אותה חייב היה לדעת הצרכן, בטרם השתתף במשחק/בהימור.**
- למעשה, סביר להניח כי במקרים רבים ובודאי במקרה דנן של המבקש, אילו היה המבקש יודע את המצב לאשורו הרי שכלל לא היה משתתף ב משחק או בודאי שלא היה מסכן סכום כה משמעותי ונכבד עבורו של 2,160 ש"ח. משכך יטען המבקש, כי אי הגילוי וההטעיה המובנית בפרסומי המשיבה, פגעו באוטונומיה שלו.
- על כן, ברור כי המשיבה, בפרסומיה את משחקי ה-Winner ביג" הנזכרים לעיל אשר דוגמאות מפרסומים אלה מצורפים כ **נספחי ג' לבקשה זו**, הפרה את איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.
50. לעניין זה יפים דבריה של כב' השופטת שטרנברג אליעז בת.א (ת"א) 1299/01 גרוסוסר יונתן נ' בזק החברה, תק-מח 2001(3), 2257, שם פסקה כדלהלן:
- "...המשיב מבסס תביעתו על עילת הטעיה שבסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א –1981..."

על משמעות ההטעיה בהקשר לחוק הגנת הצרכן , התשמ"א – 1981, נאמר: "הטעיה היא הצהרה כוזבת. ההטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות ; והשניה, הטעיה במחדל , קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם..."

ודוק: אין דין עילת ההטעיה לפי דיני החוזים כדינו של איסור ההטעיה על פי חוק הגנת הצרכן , התשמ"א-1981. בעוד שבדיני החוזים על מנת שתגבש עילת ההטעיה נדרש כי הצד הטוען להטעיה אכן ט עה ובשל טעותו זו התקשר בחוזה ... הרי שהאיסור מכוח חוק הגנת הצרכן , התשמ"א-1981 רחב יותר והוא חל על כל "דבר העלול להטעות צרכן" גם אם הלה לא הוטעה בפועל ... " (רע"א 2837/98 שלום ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת, פ"ד נד(1), 600, עמ' 607-608).

האיסור אינו איסור "תוצאתי", אלא "התנהגותי": "נדרש, איפוא, קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין המעשה האיסור לבין נזקו של הניזוק." (ברע"א 2825/98).

51. כך גם ב ת"א (תל-אביב-יפו) 2036/01 מנלה אברהם נ' מפעל הפיס, תק-מח 2002(4), 14855, פסק כב' השופט נ. ישעיה:

"...על מנת לבסס עילת תביעה על פי חוק הגנת הצרכן , אין צורך בהוכחת קיומה בפועל של הטעיה . די בהוכחת קיומו של מעשה או מחדל "העלול" להטעות צרכן..."

52. יותר מכל, יפים בעניין זה הם דבריו המאלפים של כב' השופט נ' ישעיה בת. א. (ת"א) 1133/02 (בשי"א 3063/02) מעונות עזרת ישראל - בני ברק נ' בנק מרכזית דיסקונט בע"מ, תק-מח 2003(3), 6753 (לעיל ולהלן: "פס"ד מעונות"), המפרש את סעיף 3 לחוק הבנקאות שעניינו "איסור הטעיה".

בהחלטתו זו בפס"ד מעונות, כותב כב' השופט ישעיה, בין היתר, כדלקמן:

"החובה המוטלת על התאגיד להציג עובדות , או להימנע מלהציגן, בדרך כלשהיא (בכתב, בעל פה או בדרך אחרת), באופן "העלול להטעות לקוח" נגזרת מהוראת סעיף 3 הנ"ל ואין התאגיד הבנקאי מופטר ממנה, בין אם קיים את החובות המוטלות עליו לפי ס' 5 או 5 א לחוק ובין אם לאו. ...

האיסור בדבר הטעיית הלקוח, בדרך של מעשה או מחדל, מצד התאגיד הבנקאי "העלול להטעות", הקבוע בס' 3 הנ"ל, הינו איסור נורמטיבי כללי. ...

בהחלט יתכנו מקרים, או נסיבות, שהתנהגותו של בנק כלפי הלקוח, "במעשה או במחדל" " בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת", ב"עניין מהותי" כלשהו, תראה בעיני המחוקק כמעשה הטעייה מצידו אף אם עמד הוא בכל הדרישות הפורמליות הסטטוטוריות והאחרות של בנק ישראל, בדבר פרסום וגילוי נאות של מידע חיוני ומהותי ללקוח. המקרה שלפני הוא, לדעתי, אחד מהם..."

53. למען הסדר הטוב, ומאחר ועניין לנו בתובענה זו בדיני הגנת הצרכן, נדגיש את דבריה של כב' השופטת שטרסברג-כהן, בע"א ברזני הנ"ל, לפיהם: "...איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) זהה בנוסחו לנוסחו של איסור ההטעיה במסגרת חוק הגנת הצרכן..."

54. בבש"א (נצרת) 1440/98 זילברשלג עיטל נ' אל על נתיבי לישראל בע"מ, תק-מח 2002(2), 1818, אושרה הגשת תובענה ייצוגית על בסיס העילה של הטעיה צרכנית, ובפסק דינו כתב כב' השופט ממך, בין היתר, כדלקמן:

"...ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן רחבה ממקבילתה שבחוק החוזים [חלק כללי] בכמה וכמה נקודות:

- א. אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין ההטעיה ובין ההתקשרות עם העוסק;
- ב. אין צורך להוכיח כי המעשה או המחדל הטעו בפועל את הצרכן ודי בכך שהם עלולים היו להטעות [שאלה אחרת כיצד יוכח נזק אם לא היתה הטעיה בפועל];
- ג. חוק הגנת הצרכן מכיר בהטעיה גם בנושא תוכן החוזה וגם בעניינים הקשורים לכדאיות העיסקה;
- ד. הוראות ההטעיה בחוק הגנת הצרכן באות בנוסף להוראות בדבר טעות והטעיה שבחוק החוזים [חלק כללי] [ראו סעיף 41 בדבר שמירת דינים].

אשר למצב הנפשי של העוסק - המטעה אין צורך להוכיח כוונה מיוחדת להטעות. כך נקבע לצורך סעיף 15 לחוק החוזים [חלק כללי] [ראה שלו, שם, עמ' 225 וכן פרידמן כהן, חוזים 1991 כרך ב' עמ' 806]. לענין יסוד הכוונה בהטעיה בנוסחה לפי חוק הגנת הצרכן קל וחומר שאין צורך בכוונה כזו [ראו, ע"א 1304/9 טפחות נגד ליפרט פ"ד, כרך מז(3), 309, 327.

על טיבה של ההטעיה כיוצרת עוולה או מהווה פגם בהתקשרות החוזית עמדה השופטת שטרסברג כהן ברע"א 2837/98 שלום ארז נגד בזק החברה הישראלית לתקשורת פ"ד נד(1), 600, בעמ' 607:

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. ההטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה לבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלות... ודוק: אין דין עילת ההטעיה לפי דיני החוזים כדינו של איסור ההטעיה על פי חוק הגנת הצרכן בעוד שבדיני החוזים על מנת שתתגבש עילת ההטעיה נדרש כי הצד הטוען להטעיה אכן טעה ובשל טעותו זו התקשר בחוזה [ראו: סעיף 15 לחוק החוזים [חלק כללי], תשל"ג-1973], הרי שהאיסור מכוח חוק הגנת הצרכן רחב יותר והוא חל על כל "דבר העלול להטעות צרכן" גם אם הלה לא הוטעה בפועל [ראו: סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן וכן ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נגד ליפרט, פ"ד מז(3), 309".

דרכי ההטעיה לא פורטו בחוק הגנת הצרכן לכן, כל מה שעלול להביא לידי הטעיה - הוא מטעה. הנושאים בהם ניתן להטעות את הצרכן הם מגוונים. חלקם כלול ברשימה שבסעיף 2א לחוק כנושאים הנחשבים מהותיים, ביניהם נכלל בפיסקה 13 גם "המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית". רשימת הפרטים המהותיים שבסעיף 2א לחוק אינה רשימה סגורה, וניתן ללא קושי לכלול את שער ההמרה של מחיר הכרטיס במסגרת העניינים המהותיים לעיסקה..." (שם, בעמ' 1835).

55. לענין זה נשוא בקשה זו יפים הם אף דבריו של כב' השופט אוקון בברי"ע (י-ס) 1043/05 אילה ברקוביץ נ' איסתא ליינס, חברת הנסיעות של הצעירים והסטודנטים בישראל [פורסם בבנו]:

"...המפרסם חייב לנהוג בגינות. הגינות זו מתחייבת בכל ערוץ של פרסום. היא מוכרעת על פי התפיסה של הקהל הרגיל או הקהל הממוצע, אליו מופנה אותו ערוץ פרסום. בערוץ כללי הפרסום נועד להגיע לקהל גדול ומגוון הכולל בורים, הזיוטות ואנשים שאינם חושבים. על כן, אין יחס לקורא הבנה מיוחדת כפי שאין לייחס לו קשיי הבנה מופלגים. כך, למשל, נדחתה טענה לפיה שום אדם בעל שכל ישר לא יקבל כפשוטה טענה לפיה משחה מסוימת יכולה להצעיר את עור הפנים ופרסום כזה נתפס כמטעה (CHARLES OF THE RITZ V FTC 143 F2D 676).

הפרסום צריך להציג דברים כהווייתם . העובדה כי אנשים מנוסי ם או משכילים יוכלו על נקלה לקבל מושג ממשי על תוכן המוצר אינה מוציאה אי דיוק מכלל ההטעיה . **אין לייחס לקורא ידיעה על הסתייגויות או שינויים שאינם מופיעים בפרסום**...”

56. מבלי לגרוע כהוא זה מן האמור והנטען לעיל , נוסף ונציין כי **החל ביום 18.6.10 שינתה המשיבה את הניסוח המטעה של פרסומיה**, כך שבמקום הסיסמא השיווקית "פרס" או "פרסים החל מ- 50,000 ₪" החלו להופיע, מאותו יום והלאה , נוסחי פרסום שונים , כדוגמת "דאבל פרס לזוכה יחיד !!!" ו/או "כסף ענק בביג " ו/או "זוכים בענק" וציון כספי הזכיות האחרונות.

המשיבה שינתה את נוסח פרסומיה כאמור, וזאת ככל הנראה עקב קבלת תלונות רבות מן הציבור ו/או הבנה כי נוסח הפרסומים עד אותו יום היה מטעה ומוטעה .
כך קרה שהחל מיום 18.6.10 לא הובטח עוד פרס מינימום .

57. בהקשר זה יבקש המבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לפסק הדין שניתן בת"א (ת"א) 2033/00 **דוד שגיב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** [פורסם בגבו], שם נדונה גם כן בקשה לאישור תובענה כייצוגית, וגם באותו מקרה שינה המשיב את תוכנם ונוסחם של פרסומיו באמצע תקופת הפרסום.
וכך פסק השופט נ' ישעיה בפסק הדין :

"כאן המקום לציין כי לאחר הגשת התובענה והבקשה לאשורה כייצוגי ת ועוד בטרם הוגשה תגובת המשיב לבקשה, **שינה המשיב את תוכנם ונוסחם של פרסומיו ושל הוראות הביצוע**, באופן שהודגש וצויין במפורש כי תוקף ההטבה למפקיד בפקדון פ.ק.מ (לזמן קצוב עד שנה), היא לתקופת ההפקדה הראשונה בלבד והיא אינה ניתנת לתקופות החידוש , ואילו להפקדה בפקדון מסוג "פידיום" (על בסיס יומי) ההטבה בריבית ניתנת לתקופה של 30 יום בלבד . המשיב הבהיר במפורש בפרסומיו ובעלונים שהפיץ, כי שיעור הריבית בתקופות החידוש של כל אחד מהפקדונות ייקבע בהתאם לשיעור שיהיה מקובל בבנק באותה עת לגבי פקדון דומה שאינו מופקד בשרות עצמי.

בין השינויים שהכניס המשיב לפרסומים , נעשו "מאימת" התביעה והבקשה שהגיש המבקש , כטענת בא כוחו , ובין אם הפרסומים תוקנו , כאמור לעיל , במסגרת "שינויים תקופתיים שהבנק עורך לעיתים בפרסומיו", כטענת ב"כ המשיב (עמ' 13 לסיכומיה), **ברור כי עצם הכנסת השינויים והוספת ההבהרות , כאמור לעיל , מצביעה על חוסר הבהירות שהיתה בפרסומים הקודמים** ובעיקר על העובדה שמתוכנם ומנוסחם לא ניתן היה ללמוד או להבין , את שניתן להבין כיום מהוראות הביצוע ומהפרסומים, לאחר הכנסות השינויים.

אני סבור , כי בפרסומים ובתנאים בהוראות הביצוע , כפי שנוסחו לפני הכנסת השינויים היה מידע מטעה מצד המשיב , כמשמעות המונח הטעייה בסעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) 1981.
לעומת זאת, תוכנם ונוסחם של השינויים , כמפורט לעיל, יש בהם משום גילוי נאות מצד המשיב והם מבהירים באופן ראוי את שטעון הבהרה , לגבי שיעור ההטבה בריבית ומשך תקופתה...”

58. נראה כי בכך שהמשיבה שינתה את נוסח פרסומיה ביום 18.6.10 יש לראות הודאת בעל דין מחוץ לכתב הטענות, בטענה שלפיה הניסוח הקודם היה מטעה!

59. סעיף 23 לחוק הגנת הצרכן קובע כדלקמן :

"(א) **עוסק שעשה אחד מאלה, דינו – מאסר שנה או קנס פי שבעה** מן הקנס כאמור בסעיף 61(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין):

(1) **עשה דבר העלול להטעות צרכן בניגוד להוראות סעיף 2**;

...

(ד) היתה העבירה **עבירה נמשכת**, רשאי בית המשפט להטיל **קנס נוסף**, בשיעור של עד חמישה אחוזים מסכום הקנס הקבוע לאותה עבירה ,

לכל יום שבו נמשכת העבירה מעבר למועד שבו נמסרה הודעה או ניתן צו ,
או מעבר לתקופת הזמן שנקבעה בהודעה או בצו, לפי המאוחר...
(ו) **נעברה עבירה** מן העבירות המנויות בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג)
בידי תאגיד, דינו - כפל הקנס הקבוע לאותה עבירה..."

60. **סעיף 23 לחוק הגנת הצרכן** אף קובע, כי **בנסיבות מחמירות עונשו של העוסק המטעה יהא אף חמור מהאמור בסעיף 23**. וכלשון החוק:

"(א) נעברה עבירה לפי סעיף 23(א)(1) או (2) בנסיבות מחמירות - דינו של עובר העבירה מאסר שנתיים או קנס פי עשרה מהקנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין ;
(ב) בסעיף זה, "נסיבות מחמירות" – אחת מאלה :
(1) המעשה מתייחס למספר רב במיוחד של צרכנים ;
(2) המעשה גרם נזק חמור במיוחד לצרכן או לקבוצת צרכנים ;
(3) עובר העבירה הפיק רווחים או טובות הנאה גדולים במיוחד מהמעשה".

61. הנה כי כן – עינינו הרואות כי **המחוקק מייחס חומרה רבה להטעה מעין זו המתוארת לעיל שנעשתה על-ידי המשיבה**.

62. המבקש יטען, כי הוראות יו של **חוק הגנת הצרכן** נקבעו להגנתם שלו ושל שאר חברי הקבוצה, ולפיכך כל הפרה של הוראות אלו משמעה פגיעה ישירה ב מבקש ובחברי הקבוצה הנוספים.

63. בהקשר זה נדגיש ונאמר כי פרסומי המש יבה יצרו **מצב מובנה של הטעה**, וחזקה כי ציבור הצרכנים כולו הוטעה לסבור ולחשוב כי הפרס הראשון המינימי אלי הינו 50,000 ₪, כפי שאף בפועל סבר והוטעה המבקש, כאמור וכמוסבר בסעיפים 25-16 לעיל.

... מחיפוש אשר נערך בדיעבד ברשת האינטרנט, עולה כי רבים וטובים אחרים טעו באופן דומה כתוצאה מפרסומי המשיבה , דבר המחזק את החזקה האמורה – מצ"ב **כנספח ז'** לבקשה זו, תדפיס מפורום ברשת האינטרנט.

64. בענין זה נזכיר את פסק דינו של כב' השופט י' עדיאל בה"מ (ירושלים) 4005/96 **עמוס גבעון נגד המרכז הרפואי שערי צדק ואח'**, תק-מח 97(3), 2055, אשר פסק כדלקמן:

"...לא ניתן, לדעתי, לקבל את הטענה בצורתה הגורפת, היינו, כי בכל מקרה שבו מבוססת עילת התביעה על הטעה או תרמית או מצג שווא, לא ניתן יהא להשתמש במכשיר של התביעה הייצוגית, שכן הדבר יסכל במידה רבה את מטרתו של חוק הגנת הצרכן, שהיא:

"**במניעת העברה של מידע מטעה או בחיוב מסירה של מידע מלא ע**
העוסק לצרכן ... כוונת החוק הינה להגן על הצרכן מפני מעשי הטעה או
מרמה" (בר-ניב, במאמרו הנ"ל).

לעניין זה, אני סבור, שיש להבחין בין מרמה או הטעה, העולה, על פניה, מנסיבות המקרה, ובמיוחד ממסמכי העסקה, לבין נסיבות שאינן מקימות, בהכרח, עילת תביעה כזו לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה, והמצריכות בחינת קיומה של עילה כזו בהתייחס לכל אחד מן הנמנים על הקבוצה בנפרד.

טול, לדוגמא, יצרן המציין על גבי המוצר הנמכר על ידו נתונים לא נכונים, כמו משקל המוצר או הרכבו התזונתי. נתונים כאלה, מטבע הדברים, אינם נבדקים בפועל על ידי הצרכנים. בנסיבות כאלה ניתן להניח, בדרגה גבוהה של סבירות, שכל צרכן שרכש את המוצר הוטעה כאשר נסיבות המקרה מלמדות על מצב מובנה כזה של הטעה, כי אז, לא יהא באפשרות הרחוקה והבלתי סבירה שעשויים להיות צרכנים אשר אולי ערכו ב דיקה מעבדתית של הרכב המוצר, כדי לשלול תביעה ייצוגית ..." (שם, עמוד 2064).

1.3 הפרת חובת הגילוי

65. סעיף 4(א)(1) לחוק הגנת הצרכן מטיל חובה על העוסק לגלות לצרכן "כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס".

66. ברי כי סכום הזכייה בפרס הראשון הינו בגדר "תכונה" משמעותית ועיקרית של "נכס", במקרה שלנו הינה בבחינת חזות הכל, ומשום כך פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה, המתוארים בבקשה זו, עולות כדי הפרת חובת הגילוי שמכוח סעיף זה.

הימנעות מגילוי העובדה כי על הזוכה לחלוק את הפרס הראשון עם שאר הזוכים, יש בה משום אי קיום חובתו של מוכר "הנכס" (או כרטיסי ההימור, במקרה זה), לפי סעיף 4(א): העובדה כי הפרס הראשון מתחלק בין כלל הזוכים מפחיתה, באופן משמעותי, מערכו ואיכותו של כרטיס ההימור ובנסיבות המקרה של המבקש דגן הרי שהפכו את הנכס להפסד צורב.

67. בעניין הפרת חובת הגילוי נדון בהרחבה להלן:

(2) הפרת חובת ההגיונות ותום-הלב לפי דיני החוזים

68. בין המשיבה למבקש, כמו גם לשאר חברי הקבוצה, נקשר חוזה.

2.1 חובת תום הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים

69. סעיפים 12 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (לעיל ולהלן: "חוק החוזים") מטילים חובת ניהול משא ומתן וכן ביצוע כל פעולה משפטית אחרת (בענייננו – שיווק, יחסי ציבור ופרסום) בתום לב.

70. סעיף 12 לחוק החוזים, שעניינו "תום-לב במשא ומתן", קובע כאמור כדלקמן:

"(א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

(ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13, ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970, יחולו בשינויים המחויבים".

71. סעיף 12 מאפשר הטלת אחריות גם על אי-גילוי, מקום בו מוטלת חובת גילוי.

לעניין זה יפים דבריו של השופט א' רובינשטיין בבע"מ 4870/06 פלונית נ' עזבון המנוח פלוני [פורסם בבנב]:

"...נביט אל המצב שנוצר במשקפי סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי) שעניינו תום לב במשא ומתן, הכוללת את החובה "לסלק את הטעויות שבהן שרוי הצד האחר" (ע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד מג(3) 828, 835 – השופט ד' לוי; ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231). כך סוכמו הדברים על-ידי פרופ' שלו:

"תחום תחולה מובהקת ושכיח של חובת תום-הלב במשא ומתן הוא תחום הגילוי. הפרת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא- ומתן לובשת צורה של אי גילוי עובדות, כאשר על פני הנסיבות היה מקום לצפות לכך שהאדם המנהל משא ומתן יגלה אותן לצד השני. בתחום זה חובת תום הלב היא אקטיבית, ומטילה חובת עשייה" (שלו שם, 149-150)..."

ומוסיפה פרופ' שלו בעניין זה ואומרת:

"חובת תום-הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה עובדות חשובות, ואפילו עובדות שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה " (דיני חוזים – החלק הכללי, עמ' 150)..."

72. להלן נרחיב בעניין הפרת חובת הגילוי שביצעה המשיבה, במיוחד על רקע היותה תאגיד ציבורי והאחריות המוגברת המוטלת עליה בשל כך:

2.2 חובת הגינות ותום לב מוגברת מכוח מעמדה הסטטוטורי של המשיבה כמונופול בתחום ההימורים בספורט

73. המשיבה היא מונופול בתחום הימורי הספורט במדינת ישראל, כפי שציינ כבר ' השופט י' צבן בת.א (י-ם) 2409/00 מועדון מנויי טוטו זהב בע "מ נ' המועצה להסדר הימורים בספורט ספורטוטו ישראל בע"מ [פורסם בנבו]:

"...המועצה הינה תאגיד סטטוטורי, הפועל מאז 1967, ולה מונופול בישראל בכל הקשור לא רגון ועריכת הימורים על תוצאות משחקי ספורט..." (ראה שם, בפסקה 7 לפסק הדין).

74. עקב העובדה כי ה משיבה היא תאגיד ציבורי בעל מונופול סטטוטורי על ניחושי ספורט בישראל, מוטלות עליה חובות תום לב וגילוי מוגברים.

75. כאמור, החוק המסדיר את מעמדה ופעילותה של המועצה הוא **החוק להסדר ההימורים בספורט, הקובע, בסעיף 3:**

"המועצה תהיה גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9(2) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב]".

76. אמנם הדברים המובאים להלן נאמרו ביחס למפעל הפיס, אך הם נכונים גם כלפי המשיבה. בע"ב (תל-אביב-יפו) 300851/98 **מפעל הפיס נ' גדעון גדות ואח'**, תק-עב-3/2003, 569, כתב בית הדין בפסק דינו כך:

"...בניגוד לעמותות, מפעל הפיס הוקם כחברה פרטית, וככזה, הוא אינו כפוף למנגנון פיקוח שנקבע בחוק. כאמור, בשל העובדה שמפעל הפיס הינו חברה ללא הון מניות, גם פיקוח של "בעלי החברה" אינו קיים. הלכה למעשה, מבקר המדינה הוא הגוף החיצוני היחיד המוסמך לבקר את פעולות מפעל הפיס, ואף זאת במגבלות הסמכויות שניתנו למבקר המדינה על פי חוק.

תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת כאשר מדובר במוסד שמטרותיו ציבוריות והוא מגייס כספים מן הציבור. אמנם מפעל הפיס אינו מתוקצב מאוצר המדינה, אך למעשה הוא מממן את מטרותיו מכספי הציבור הרחב. אותו ציבור אליו הוא פונה בנסיונות שיווק שיקנה את כרטיסי ההגרלה, תוך הבטחה משתמעת, כי השימוש שיעשה בכספים אלה יהיה לטובתו (הכוונה לטובת הציבור לא לטובת מפעל הפיס). בהעדר אמון הציבור, לא ישקיעו הבריות במפעל ההימורים שמנהל מפעל הפיס.

מדובר בכספי ציבור לא רק משום שהכספים מתקבלים מהציבור, אלה גם משום שהם נועדו לתועלת הציבור. **כאשר מפעל פיס מפאר את פעולותיו והצלחותיו, הוא מדגיש את תרומתו למפעלי חינוך, ספורט ותרבות - כלומר את תרומתו לציבור.**

בנסיבות אלה, נראה לנו כי מוטלת על מפעל הפיס חובת אמון כלפי הציבור, והיא מוגברת מאחר שלא השתכנענו כי קיימים מנגנוני ביקורת ופיקוח אפקטיביים על מפעל הפיס...." (שם, בעמ' 588).

77. חובת האמון הוטלה כחובה כללית על רשויות ומוסדות שלטוניים ותאגידיים בעלי כוח.

כב' השופט א' ברק (כתוארו אז) בע"א 817/79 **אדוארד קוסוי נ גד בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ**, פ"ד לח (3), 253 (להלן: "**פס"ד קוסוי**") פסק כדלהלן:

"חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי **בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו**. זהו עיקרון כללי הטמון בשיטתנו, והפעלתו הלכה למעשה מחייבת קונקרטיזאציה" (שם, בעמ' 278).

78. העיקרון של פעולת רשות ציבורית בתום לב ובדרך מקובלת הינו "עקרון על" מקדמת דנא. לעניין זה ראה האמור בעמ' 456 לפסק דינו של כב' הנשיא בדימוס, מ' שמגר, בבג"צ 376/81 **משה לוגסי נגד שר התקשורת**, פ"ד לו (2), 449, שם הדגיש ופסק:

"כלל גדול הוא שרשות ציבורית חייבת לכלכל את מעשיה בתום לב, כלומר לנהוג ביושר ובהגינות ביחסיה עם האזרח, ואם במישור הפרטי, לפי סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, חייב אדם, במשא ומתן לקראת כריתת חוזה ובקיום של חיוב הנובע מחוזה, לנהוג בתום לב, רשות ציבורית בעניינים שבינה לבין האזרח לא – כל שכן".

79. קשה להטיל ספק בכך שפעולות הפרסום שבהן נקטה המשיבה עומדות בסתירה לחובות **תום הלב המוטלות על עוסק בכלל ועוסק כדוגמת המשיבה בפרט**, אשר הינה תאגיד סטטוטורי אשר הוקם ופועל לפי חוק ועל פי חוק גם נהנה ממעמד של מונופול, או ליתר דיוק – שחקן יחיד ובודד בתחום ניהול הימורים בתחום הספורט.

80. עיננו הרואות, **ההטעיה החמורה שבה נקטה המשיבה לוקה בחוסר תום לב ובהפרה בוטה וחמורה של חובת ההגינות** של המשיבה (להלן גם: "ה"טוטו") כלפי קהל המהמרים/המשחקים, שהרי ה"טוטו" אינו חברה פרטית מסחרית מן השורה, הפועלת בתנאי שוק תחרותי, אלא תאגיד סטטוטורי אשר הוקם ופועל לפי חוק ועל פי חוק גם נהנה ממעמד של מונופול וככזה הרי שהוא כפוף לחובת הגינות ותום לב מוגברת.

3) עשיית עושר ולא במשפט

81. לחילופין ומבלי לגרוע מכל האמור לעיל, יטען המבקש כי במעשיה ומחדליה המתוארים לעיל הרי ש המשיבה התעשרה, שלא כדין, על חשבונו של המבקש ועל חשבון יתר חברי הקבוצה.

82. חוק הגנת הצרכן בא ל הבטיח, בין היתר, כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף, על מנת להתעשר שלא כדין על חשבונו של הצרכן:

83. **סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979**, קובע כדלקמן:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שווייה".

84. בת.א. (ת"א) 815/92 **מנחמי ובניו בע"מ נ' היכלי בידור בע"מ**, תק-מח (3)97, 1105, פסקה כב' השופטת הניה שטיין כדלקמן:

"...הרעיון המונח ביסוד דיני עשיית עושר ולא במשפט הוא מניעת התעשרות הנתבע על חשבון התובע.
בע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ [11], בעמ' 577, פסק השופט ברק: "מן המפורסמות הוא כי ביסודה של תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט מונחת ההתעשרות שלא כדין של האחד על חשבונו של רעהו (ע"א 56/13 הנזכר). **תביעה זו, שלושה יסודות לה: 'התעשרות', 'על חשבונו של רעהו' ו'שלא כדין'**. שאלת המפתח הינה לרוב, **אם התשלום הוא 'כדין' אם לאו. הרציונליזציה העומדת מאחורי תביעה זו הינה כי**

תחושת המצפון והיושר (EX AEQUO ET BONO) מחייבת השבה." (וכן ראה ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט [14], בעמ' 45, 2-1)..."

85. ברי כי במקרה דנן התקיימו שלושת יסודות התביעה על פי עילה של עשיית עושר ולא במשפט, שכן המשיבה קיבלה שלא כדין סכומים מן המבקש ומשאר חברי הקבוצה : אלמלא ההטעיה ומצג- השווא שהציגה המשיבה , לא היה המבקש מוציא כספים אלו, אשר הגיעו לרשותה.

86. לעניין זה יפים דבריו של פרופ' ד' פרידמן בספרו "דיני עשיית עושר ולא במשפט" (מהדורה שנייה, בעמ' 877):

"גם העובדה, כשלעצמה, שהטעות נוגעת למספר רב של בני אדם, איננה צריכה לשמש מכשול להשבה. מדובר בגביית כספים שלא כדין, שנעשתה על ידי רשות ציבורית, המצווה להקפיד על רמת התנהגות גבוהה ועל כך שגביית המס תעשה בצורה הוגנת ונאותה."

פרק ד': סעדים

1. אכיפה

87. סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 פותח ואומר כי "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה". פירוש הדבר, שבדרך כלל זהו הסעד הראשוני והעיקרי שהנפגע זכאי לו (ר' עוד: ע"א 91/75 מאיר ו-חנה פרץ נ' אדמונד ו-סעדי ביטון ל (1) 367).

88. עקרונית, מקובל לומר כי קבלת הסעד של אכיפה היא זכותו של הנפגע, ואין הסעד דבר התלוי בשיקול דעת של בית-המשפט.

בע"א 158/77 חוה רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק) לגי (2) 283 נאמר:

"ההבחנה האנגלית, שלפיה הפיצויים הם ענין שבזכות ואילו האכיפה היא ענין שבשיקול דעת, שוב אינה קיימת. הן האכיפה והן הפיצויים הן תרופות שהנפגע זכאי להם, ואין בית משפט רשאי למנוע אותן אלא במסגרות הקבועות בחוק. נמצא, כי נקודת המוצא היא כי הנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם כן המפר מרים את הנטל המוטל עליו, ומוכיח כי המקרה נופל לאחד מאותם חריגים המונעים אכיפה".

89. בענייננו, דורש המבקש אכיפה, שכאמור לעיל היא זכותו הראשונית והבסיסית. האכיפה במקרה דנן תבוא לידי ביטוי בכך שתשלם המשיבה למבקש ול כל חברי הקבוצה את הפרס שהובטח לו, קרי: עליה להשלים את הפרס הראשון אשר לו זכאי כל זוכה כזה לסך של 50,000 ₪, לכל הפחות, כפי שהובטח על ידה בפרסומים.

2. פיצויים בגין עוולה נזיקית – עקב הפרת הוראותיו של חוק הגנת הצרכן

90. בגין הפרת החובות החקוקות מכוח חוק הגנת הצרכן, כמפורט לעיל, זכאי המבקש, כמו גם יתר חברי הקבוצה, לסעד של פיצויים מכוח סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן.

סעיף 31(א), (1א) קובעים כדלהלן:

"(א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].
(1א) הזכות לסעדים בשל עוולה כאמור נתונה לצרכן שנפגע מהעוולה, וכן לעוסק שנפגע, במהלך עסקו, מהטעיה כאמור בסעיף 2."

91. כאמור לעיל, סעיף 2(א) אוסר על עוסק לעשות דבר "העלול להטעות" צרכן בכל עניין מהותי בעיסקה. סעיף 31 הנ"ל קובע כי הפרת "איסור ההטעיה" כדין עוולה בנזיקין, המזכה את הנפגע בסעד.

92. משני הסעיפים הללו עולה כי **על מנת שתקום לצרכן עילת תביעה נגד העוסק בגין הפרת "איסור ההטעיה" נדרש כי :**

- (1) הצרכן יראה שהעוסק הפר את החובה שב"איסור ההטעיה".
- (2) הצרכן נפגע מהפרת החובה.
- (3) קיים קשר סיבתי בין הפרת האיסור לבין הפגיעה שסבל הצרכן.

93. באשר לתנאי הראשון דלעיל : " הצרכן יראה שהעוסק הפר את החובה שבאיסור ההטעיה" – ההלכה הפסוקה היא כאמור כי אין כל צורך להוכיח קיומה בפועל של הטעיה, ודי בהוכחת קיומו של מעשה או מחדל "העלול" להטעות צרכן.

בעניין זה אף פסק כב' הנשיא א' ברק בע"א ברזני (שם נמנה על דעת הרוב), כדלהלן :

"...חברתי השופטת שטרסברג-כהן קובעת בפסק-דינה כי יש בפרסומיה של בזק, לכאורה, דבר "העלול להטעות צרכן, בכל ענין מהותי בעסקה..."

גישה זו מקובלת עליי.
ודוק, **סעיף 2 לחוק אינו דורש הטעיה הלכה למעשה. כל שנאסר על-פיו הוא עשיית דבר "העלול להטעות צרכן". מטרתו של איסור זה להבטיח כי הצרכן יקבל מידע מלא ואמיתי. האיסור שנקבע בסעיף 2 לחוק אינו איסור "תוצאתי"; הוא איסור "התנהגותי"...** (שם, עמ' 616).

94. באשר לתנאי השני דלעיל : " צרכן נפגע מהפרת החובה " – ברי לכל, בנסיבות דנן, כי המבקש נפגע מהפרת החובה, דהיינו: מן הפרסום המטעה ע"י המשיבה, שכן המבקש השקיע סכום של 2,160 ₪ ברכישת כרטיס משחק ובמקום פרס ראשון בסכום שלא יפחת מסך של 50,000 ₪, שהיה ציפייה סבירה שלו, נחל הפסד צורב ונזק ממון בסך של כ- 1,246.3 ₪ (שכן זכה כאמור בסך של כ- 913.7 ₪ בלבד).

95. באשר לתנאי השלישי דלעיל : " קיים קשר סיבתי בין הפרת האיסור לבין הפגיעה שסבל הצרכן" – קיים קשר סיבתי עובדתי בין ההטעיה הנ"ל לבין נזקם של המבקש ושל כלל חברי הקבוצה. מצג השווא של המשיבה יצר אצל המבקש ובודאי גם בקרב יתר חברי הקבוצה הסתמכות וציפייה מובנת וסבירה בהחלט, לפיה אם וככל שיהמרו וינחשו נכונה את תוצאות כל המשחקים נשוא המשחק שבו השתתפו הרי שאז יזכו בפרס הראשון אשר סכומו לא יפחת מסך של 50,000 ₪.
ברם, כאמור לעיל, קרוב לוודאי כי לולא ההטעיה האמורה היו המבקש, כמו גם יתר חברי הקבוצה, מכלכלים את מעשיהם בצורה אחרת, כך שלא היו משתתפים כלל במשחק, או לכל הפחות לא היו משקיעים סכומים כה גבוהים.

96. המבקש יטען, כי **ההוראות הנזכרות בסעיפי חוק הגנת הצרכן** הנזכרים לעיל, בקשר עם המותר והאסור לעוסק במהלך מכירת טובין לצרכן, ובין היתר, איסור העוסק להטעות צרכן בקשר לכמות, למחיר או לזכות ביטול העסקה, **הינן הוראות קוגנטיות**, אשר נחקקו לטובת ולהגנת צרכנים דוגמת התובע, ולפיכך חל איסור מוחלט על המשיבה להתנות על הוראות אלו, כולן או מקצתן.

97. בהקשר זה יצוין כי בע"א ברזני נפסק כדלקמן :

"מכוחה של הוראה זו, נוצר הקשר בין האיסור על הטעיה (בסעיף 2 לחוק) לבין פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – פקודת הנזיקין). נקבע כי איסור ההטעיה מהווה עוולה. יש מקום לטענה שלמסקנה זו היינו מגיעים גם בלעדי הוראת סעיף 31 לחוק. ביסוד טענה זו עומדת התפישה כי הפרת איסור ההטעיה היא היפר חובה חקוקה, המהווה עוולה (על פי הוראת סעיף 63 לפקודת הנזיקין; השוו ע"א 490/85 מלחי יריחו בע"מ נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פ"ד מא' (4) 409, 401. ... הנה כי כן, בין אם איסור ההטעיה מהווה עוולה "סתם", ובין אם הוא מהווה את העוולה של היפר חובה חקוקה, המסקנה המתבקשת הינה כי דין איסור ההטעיה כדין עוולה שבפקודת הנזיקין, וכי זהו המקור לזכות לקבלת פיצויים.

מה קובעת פקודת הנזיקין בכל הנוגע לפיצויים בגין עוולה?

פקודת הנזיקין כוללת מספר הוראות בדבר פיצויים. הוראה כללית מצויה בסעיף 76 לפקודת הנזיקין, הקובעת:
"פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם - (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושלא במישרין מעולת הנתבע".

מהי משמעותה של ההוראה, בדבר "פיצויים"? לדעתי, השימוש בביטוי פיצויים (compensation) בפקודת הנזיקין משמיע לנו כי הסעד אינו הצהרתי או עונשי, אלא סעד תרופתי (remedial).
ממהות הביטוי "פיצויים" נובע, כי סעד זה נועד להסיר את הנזק ולהיטיבו..

מטרתם של הפיצויים הינה להעמיד את הניזוק, עד כמה שאפשר, באותו מצב בו היה נתון בעת מעשה הנזיקין, ללא מעשה הנזיקין.
מטרתו של החוק בענייננו הינה להעניק פיצויים למי שהסתמך על הפרסום המטעה, והסתמכותו זו גרמה לו נזק. "... (שם, עמ' 617-616).

3. פיצויים בגין הפרת חובת תום הלב מכוח חוק החוזים

98. כמתואר בהרחבה לעיל, הפרה המשיבה את חובות תום הלב וההגיונות המוגברות החלות עליה. בגין הפרה זו זכאים המבקש ויתר חברי הקבוצה לפיצויים.

99. **סעיף 12(ב) לחוק החוזים** קובע כי צד שנהג שלא בתום-לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב לשלם לצד האחר (הנפגע) פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא והמתן או עקב כריתת החוזה.

בע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ פסק הנשיא א' ברק כדלהלן:

"מצויים מצבים שבהם המשא והמתן בין הצדדים הגיע לשלב כה מתקדם, עד כי תוכנו של ההסכם שאותו מבקשים הצדדים לכרות הוא ידוע. תנאיו גובשו, עם זאת אך בשל חוסר תום-הלב נמנע השכלול הסופי של המשא והמתן לכדי חוזה. **במצב דברים זה החזרת המצב לקדמותו – כלומר, העמדת הצדדים במצב שבו ההתנהגות בחוסר תום-לב לא התרחשה – תביא אותם לידי ראיית המצב כאילו שוכלל החוזה** (ראו פלפל, במאמרה הנ"ל [33], בעמ' 315). חופש החוזים לא ייפגע – ועל-כל-פנים, לא ייפגע קשות – אם לתוכן ההסדר שע יצבו הצדדים בפועל ובתום-לב יינתן תוקף. במצב דברים זה אין בית-המשפט כורת חוזה עבור הצדדים. כל שבית-המשפט עושה הוא בהסרת המחסום שאחד הצדדים הטיל שלא בתום-לב על שכלול החוזה (ראו י' וינבוים בדרך מקובלת ובתום לב [30], בעמ' 112). **האיזון הראוי בין החופש לעצב את תוכנו של החוזה מזה לבין החובה לנהל משא ומתן בתום-לב מזה נמצא בהטלת חובה ל"פיצויים חיוביים" על הצד הפוגע. פיצויים אלה הם המגשימים במצב העובדתי הנתון את עקרון היסוד של "השבת המצב לקדמותו".**" (שם, עמ' 301).

100. מכאן, שאין מניעה לפסוק אף "פיצויים חיוביים", קרי פיצויי קיום בגין הפרת חובת תום הלב המעוגנת בסעיף 12 לחוק החוזים.

4. השבה

101. **לחילופין**, היה ומסיבה כלשהי ידחה בית המשפט הנכבד את הטענה כי למבקש וליתר חברי הקבוצה מוקנית הזכות לאכיפה ולפיצויים חיוביים, כאמור בסעיפים 87-97 לעיל, אזי **מתבקש בית המשפט הנכבד לכל הפחות להעניק למבקש וליתר חברי הקבוצה סעד של השבה של מלוא הסכומים אשר השקיעו** ברכישת כרטיס / ההשתתפות בהימור מסדרת "Winner ביג", בניכוי סכום הזכייה ששולם להם בפועל, או אשר הינם זכאים לקבל עם הצגה לפרעון של כרטיס / ההשתתפות במשחק המקנה /ים להם זכאות לפרס ראשון.

102. לסעד השבה זה זכאים המבקש וכן חברי הקבוצה אשר סכום השקעתם ברכישת כרטיס/י הימור מסדרת "Winner ביג" עלה על שווי כספי הזכי יה אשר המשיבה שילמה להם בפועל, או שהם זכאים לקבל ממנה עם הצגה לפרעון של כרטיס /י ההשתתפות במשחק אשר מקנה/ים זכות לפרס ראשון.

103. בהקשר לסעד ההשבה המבוקש כאמור, יוסיף המבקש ויטען כדלהלן: על החוזה להיות מבוטל מחמת פגם ברצון (הטעיה, כמבואר לעיל); **סעיף 21 לחוק החוזים** מורה כי **משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה.**

וכך מטעימים המלומדים פרופ' פרידמן ופרופ' כהן בספרם "חוזים":

"**הבסיס הרעיוני להשבה הוא בדיני עשיית עושר ולא במשפט** ... אם נתקבלה טובת הנאה על יסוד חוזה בטל או שהוא בוטל לאחר מכן, איבד המקבל את הבסיס, שמכוחו קיבל את טובת ההנאה, ועליו להשיבה. אם אין הוא עושה כן, הרי הוא מתעשר שלא כדין על חשבון זולתו." (שם, עמ' 1149-1150)

104. עיננו הרואות: עקב הטעיה שגרמה המשיבה למבקש וליתר חברי הקבוצה, עליה להשיב להם את טובת ההנאה שקיבלה מהם.

כימות הנזק האישי של המבקש

105. בנסיבות המקרה דן, כמפורט לעיל בבקשה זו ו כעולה מתצהירו של המבקש ומנספחיו, נגרם למבקש נזק ממון בגין הטעיה בפרסום על-ידי המשיבה – נזק ברור המסתכם ומגיע לסך כולל של 49,086.3 ₪, זאת בשל העובדה כי על אף שהכרטיס המשחק החדש אשר רכש המבקש ב "הגרלת מונדיאל 4" זכה בפרס הראשון, וכלל הימור נכון של תוצאות שלושת המשחקים היומיים שנכללו בו, המשיבה מוכנה לשלם לו, בגין כרטיס זה, סך של 913.7 ₪ בלבד – ראה **נספח ו'** לבקשה זו.

הנזק הנ"ל למבקש הוא סכום הזכייה המינימאלי המובטח על-ידי המשיבה בכל פרסומיה את המשחק החדש, עד ליום 17.6.10 (כולל), דהיינו: 50,000 ₪, בניכוי הסכום שהמבקש זכאי לפדות ולקבל מן המשיבה מכוח כרטיס ההשתתפות במשחק החדש, שרכש המבקש, או הסכום שבינתיים פדה בפועל.

106. ויודגש, זהו נזקו החיובי של המבקש, היינו הסכום המגיע לו כפיצוי קיום /אכיפה של ההסכם בינו ובין המשיבה. נזקו השלילי, היינו הנזק שנגרם לו בפועל הינו נזק של 1,246.3 ₪, הואיל והכרטיס החדש עלה לו 2,160 ₪ (כאמור מדובר בכרטיס שיטתי הכולל מס פר צירופים ואפשרויות של תוצאות המשחקים), בעוד שהמבקש זכאי לפדות ולקבל מן המשיבה מכוח כרטיס ההשתתפות הזוכה שבידיו, או הסכום שבינתיים פדה בפועל, סך של 913.7 ₪ בלבד.

אומדן הנזק לחברי הקבוצה

107. בגין הטעיה בפרסום על-ידי המשיבה, כמפורט לעיל בבקשה זו וכעולה מתצהירו של המבקש ומנספחיו, לכלל חברי הקבוצה (כולל המבקש) נגרם נזק ממון ברור המסתכם ומגיע לסך כולל של 8,415,286 ש"ח.

הנזק הנ"ל לכלל חברי הקבוצה, הוא סכום הזכייה המינימאלי אשר הובטח על-ידי המשיבה לכל אחד ואחד מהם בכל פרסומיה את המשחק החדש, עד ליום 17.6.10 (כולל), דהיינו: 50,000 ₪ לכל אחד, בניכוי הסכום שאותו חבר קבוצה זכאי לפדות ולקבל מן המשיבה מכוח הכרטיס שרכש להשתתפות במשחק החדש, או הסכום שבינתיים פדה בפועל.

סכום זה מחושב אפוא לפי הנוסחה הבאה:

$$Z * (X - Y) = \text{הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה}$$

$Z =$ מספר הזוכים במקום הראשון בכל משחקי ההימורים שנערכו על-ידי המשיבה בסדרת משחקי "ביג winner" בתקופה שראשיתה ביום 11.6.10 (כולל) וסופה ביום 17.6.10 (כולל).

$X =$ סכום הזכייה המינימאלי המובטח, בסך של 50,000 ₪.

$Y =$ סכום הזכייה הממוצע ששולם בפועל, או שזכאים לקבל בפועל, כל חברי הקבוצה.

מספרם הכולל של חברי הקבוצה נאמד על-ידי המבקש בסך של 177 איש, ובהתבסס על נתונים שהתקבלו מתחנת "טוטו" ברמת-גן. בהתאם לזאת, יישום הנוסחה הנ"ל מביא למסקנה לפיה הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה כאמור מסתכם בסך מוערך של 8,415,286 ₪, לפי החישוב הבא:

107.1. ב"מחזור מונדיאל 1" (מחזור 102483001 מיום 11.6.10) זכו בפרס הראשון שלושה אנשים אשר קיבלו (או זכאים לקבל) פרס לפי יחס של 4383.17. בהנחה שכל כרטיס זוכה הימר על סכום של 5 ₪, הרי שהמחזיק בו זכה בסכום של 21,916 ₪ בלבד. על כן, הנזק המצטבר של שלושה זוכים אלה הינו: $84,252 = 3 \times (50,000 - 21,916)$ ₪.

107.2. ב"מחזור מונדיאל 2" (מחזור 102483002 מיום 12.6.10) זכו בפרס הראשון 11 אנשים אשר קיבלו (או זכאים לקבל) פרס לפי יחס של 1116.77. בהנחה שכל כרטיס זוכה הימר על סכום של 5 ₪, הרי שהמחזיק בו זכה בסכום של 5,584 ₪ בלבד. על כן, הנזק המצטבר של 11 הזוכים הללו הינו: $488,576 = 11 \times (50,000 - 5,584)$ ₪.

107.3. ב"מחזור מונדיאל 3" (מחזור 102483003 מיום 13.6.10) זכו בפרס הראשון 10 אנשים אשר קיבלו (או זכאים לקבל) פרס לפי יחס של 1433.5. בהנחה שכל כרטיס זוכה הימר על סכום של 5 ₪, הרי שהמחזיק בו זכה בסכום של 7,167 ₪ בלבד. על כן, הנזק המצטבר של 10 הזוכים הללו הינו: $428,330 = 10 \times (50,000 - 7,167)$ ₪.

107.4. ב"מחזור מונדיאל 4" (מחזור 102483004 מיום 14.6.10) זכו בפרס הראשון 135 אנשים (כולל המבקש) אשר קיבלו (או זכאים לקבל) פרס לפי יחס של 182.74. בהנחה שכל כרטיס זוכה הימר על סכום של 5 ₪, הרי שהמחזיק בו זכה בסכום של 914 ₪ בלבד. על כן, הנזק המצטבר של 135 הזוכים הללו הינו: $6,626,610 = 135 \times (50,000 - 914)$ ₪.

107.5. ב"מחזור מונדיאל 5" (מחזור 102583001 מיום 15.6.10) זכו בפרס הראשון 18 אנשים אשר קיבלו (או זכאים לקבל) פרס לפי יחס של 1249.86. בהנחה שכל כרטיס זוכה הימר על סכום של 5 ₪, הרי שהמחזיק בו זכה בסכום של 6,249 ₪ בלבד. על כן, הנזק המצטבר של 18 הזוכים הללו הינו: $787,518 = 18 \times (50,000 - 6,249)$ ₪.

107.6. במחזורים הבאים – מחזורים 102583002, 102583003 ו-102583004, מימים 16.6.10, 17.6.10 ו-18.6.10, כל הזוכים בפרס הראשון קיבלו סכומים העולים על 50,000 ₪, ולכן ההטעיה אינה תקפה לגביהם, והם ממילא אינם נכללים בקבוצה, לפי ההגדרות שבסעיף 122 להלן.

על כן, סיכום הנזק של כלל חברי הקבוצה – סיכום מוערך בשלב זה – כדלקמן מסתכם ומגיע לסך כולל של: 8,415,286 ₪ (היינו, $84,252 + 488,576 + 428,330 + 6,626,610 + 787,518$).

... העתק מדפי המידע הכוללים את נתוני הזכויות במחזורים הרלוונטיים מצ"ב **כנספת ח'** לבקשה זו.

108. במקרה דנן אין כל ספק כי מדובר בחישוב אריתמטי פשוט ועל כגון דא פסק בית המשפט:

"...אין צורך בהוכחת נזק ספציפי לכל אחד, אין גם קושי באיתור סכומי ההשבה. מידע כזה מצוי לבטח במאגרי המחשב של העירייה וביכולתה

להפיק דו"ח פשוט מן המחשב ... (ת.א. (מחוזית ת"א) 2328/99 חגי טיומקין נ' עיריית תל אביב יפו [פורסם בנבו]).

109. בעניין זה יאמר כבר עתה, כי בשלב אישור הבקשה להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית, די בהערכת סכום הנזק ו/או גודל הקבוצה, מה גם שנתונים אלו מצויים בידי המשיבה בלבד (ראה גם רע"א 7633/98 **דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' משה שמש ואח'**, תק-על (3)99, 886).
110. ברור מאליו כי בנסיבות המתוארות לעיל, ונוכח הגדרתה של הקבוצה, כימות או אומדן ממשי וודאי של שיעור הנזק של כלל חברי הקבוצה יהא אפשרי בהחלט אם כי זאת רק לאחר שהמשיבה תגלה את הנתונים והמידע המבוקש כמפורט בסעיף 107 לעיל.
111. סכום הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה בשלב זה מבוסס על הערכה בלבד, באשר בשלב זה, מטבע הסיטואציה, אין בידי המבקש את מלוא הנתונים המדויקים והעובדתיים, אשר לבטח קיימים ומצויים ברשותה, והינם אגורים במאגר המידע הממוחשב של המשיבה. בנוסף, אומדן זה מבוסס על הנחה כי כל מהמר שזכה בפרס הראשון הימר בסכום של 5 ₪.
112. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, מובהר בזאת, כי בכל הקשור לגודל הקבוצה וזהות החברים, מצוי המידע האמיתי בידי המשיבה. בהמשך ההליכים תוגש בקשה לגילוי מסמכים וחשבוניות על מנת לברר האם חישוב זה מדויק.
113. יתירה מזו, ומאחר שכאמור מלוא הנתונים הרלבנטיים לעניין תובענה זו מצויים בידי המשיבה ואינם נחלת הכלל, יתכבד המבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לבש"א 2355/01 **יצחק שלומוביץ נ' ישראלכרט בע"מ**, תק-מח 2002(3), 650 (להלן: "**פס"ד שלומוביץ**"), שם, גם כן, היו הנתונים הרלבנטיים לתביעה מוחזקים בידי המשיבה, ושם פסק בית המשפט כדלקמן:

"...כמו כן, עותרים המבקשים לצו שיחייב את המשיבות להעביר לרשותם מידע מפורט בדבר רכישות ועסקאות אחרות של לקוחות המשיבות בגינן הן יהיו חייבות בהחזר, במידה ויזכו המבקשים בסעד הנ"ל...
התובענה מאושרת כתובענה ייצוגית על יסוד העילות המנויות לעיל.
המשיבות תעברנה למבקשים את המידע הרלבנטי להמשך ניהול תובענה זו לעניין הוכחת הנזק הכללי של כל חברי הקבוצה ולעניין האפשרות למתן סעד השבה אישי לכל אחד מחבריה, תוך 60 יום מהיום."

פרק ה': התובענה ראויה להתברר כתובענה ייצוגית

114. **סעיף 1 לחוק קובע כהאי לישנא:**
- "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:
- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
 - (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
 - (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
 - (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."
115. על תכליתו של מכשיר התובענה הייצוגית עמד בית המשפט העליון ברע"א 4474/97 **רמי טצת ואח' נ' אברהם זילברשץ ואח' פ"ד נד (2), 577 (להלן: "פס"ד טצת")**, וקבע כי לתובענה הייצוגית מספר מטרות מרכזיות כדלהלן:

(א) היא נועדה לאפשר למבקש, שנזקו קטן, לתבוע בשם כל הנפגעים שהסכום המצרפי של תביעתם גבוה.

- (ב) היא אמורה להגן על אינטרס של נפגע שאינו טורח להגיש תביעה.
- (ג) היא מבקשת להגביר את אכיפת הוראות הדין, ואת ההרתעה מהפרתם.
- (ד) היא מנסה למנוע שימוש לרעה בכוח הנתון בידי בעלי שליטה, ומניפולציות על גבו של משקיע קטן (ובמקרה שלנו – הצרכן).
- (ה) היא מבקשת למנוע ריבוי תביעות מקרב ציבור הנפגעים ולחסוך בעלויות התדיינות.
- (ו) היא נועדה להביא לאחידות בהחלטת בית-המשפט לגבי הנפגעים.
116. יפים לעניין זה גם דבריה של כב' השופטת ר' שטרנברג-אליעז בת.א (ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ ואח', תק-מח 2003(4), 2222 :
- "...התכלית הכלכלית של התביעה הייצוגית מתעצמת כאשר מדובר במונופול בבעלות המדינה. במקום שבו מתעורר חשש שהפיקוח המינהלי נכשל, ראוי לתת הזדמנות לפיקוח עקיף, המושג באמצעות התביעה הייצוגית..."
117. המבקש יטען כי לאור כל האמור לעיל הרי שהוא זכאי שתביעתו תאושר כתובענה ייצוגית לפי הוראות החוק, בשמו ובשם כלל חברי הקבוצה וכנגד המשיבה.
118. סעיף 3 לחוק קובע:
- "(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...
- (ב) הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט, ויחולו על הגשתה וניהולה ההוראות לפי חוק זה."
- וסעיף 1 לתוספת השנייה לחוק קובע כי "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" הינה תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה ייצוגית.
119. הסעד העיקרי הנתבע על-ידי המבקש כנגד המשיבה, כמפורט בסעיפים 87-100 לעיל, הינו סעד של אכיפה ופיצויים.
- כפועל יוצא מכך, הרי שתביעתו של המבקש רשאית להתברר כתובענה ייצוגית, באשר המבקש עונה על ההגדרה הקבועה בסעיף 3(א) לחוק.
120. המבקש יטען כי יש לו עילת תביעה אישית כנגד המשיב ה על פי הדין ובכלל זה על פי חוק הגנת הצרכן, חוק החוזים ועשיית עושר שלא במשפט, כי עילות אלו משותפות לו ולכל חברי הקבוצה, וכי יש לראות כל טענה מטענותיו כאילו נטענה על- ידי כל אחד מחברי הקבוצה.
121. כמו כן, יטען המבקש כי גודלה של הקבוצה וכן הגדרתה להלן, יוצרות מכנה משותף עובדתי ומשפטי, כי כפועל יוצא מכך יידונו, במהלך הדיון בתובענה, שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לכל חברי הקבוצה כנדרש ב סעיף 8(א)1 לחוק, וכי קיים סיכוי סביר ששאלות משותפות אלה תוכרענה לטובת הקבוצה.
122. הגדרת הקבוצה אשר לגביה מתבקש אישורה של התביעה כתובענה ייצוגית:
- הגדרת "חברי הקבוצה" לצורך התביעה דנן, תהיה כל אדם אשר לגביו התקיימו כל התנאים הבאים, במצטבר:
- 122.1. מי שרכש כרטיס משחק "ביג winner" למשחקי ההימור אשר נערכו בין התאריכים 11.6.10-18.6.10.
- 122.2. כרטיס משחק זה אשר רכש אותו אדם זכה בפרס הראשון.

122.3. הגם זכייתו בפרס הראשון , קיבל אותו אדם , או שהוא זכאי ל קבל בגין אותו כרטיס זוכה, פרס הקטן מ- 50,000 ₪.

לגבי האמור בסעיף 122.1 לעיל, יודגש כי הואיל ומשחק ה- "ביג winner" הינו משחק חדש אשר רק הושק על ידי המשיבה באותם ימים , ובייחוד נוכח האמור והמוסבר בסעיפים 21-24 לעיל, הרי שחזקה כי כל מי שרכש כרטיס משחק זה הסתמך על הפרסום האינטנסיבי שביצעה המשיבה , בתחנות הטוטו ובמדיה , והוטעה בפועל כתוצאה מהפרסומות המטעות.

לחילופין (ובהתאם לתוצאת הבקשה למתן צו גילוי ועיון במסמכים), ניתן יהיה להגדיר את הקבוצה גם באופן אחר מהאמור לעיל , ובלבד שבכל מקרה יכללו בקבוצה כל אותם אנשים אשר לגביהם נכון האמור בכתב התביעה שהגיש המבקש.

122. בהתאם לנתונים אשר אסף המבקש עולה , כי גודלה המשוער של הקבוצה מוערך ב-177 נפגעים - 3 זוכים במחזור מונדיאל 1, 11 זוכים במחזור מונדיאל 2, 10 זוכים במחזור מונדיאל 3, 135 זוכים במחזור מונדיאל 4 (כולל המבקש) ו-18 זוכים במחזור מונדיאל 5. (הואיל ומחזורים 6, 7 ו-8 שנערכו בתאריכים 10.6.18-16 כללו זוכים בודדים אשר קיבלו למעלה מ- 50,000 ₪ הרי שאלו לא נכללים כלל בהגדרת הקבוצה).

123. בהקשר לאמור לעיל ראוי להזכיר כי כבר נקבע לא אחת בפסיקה כי :

"...לא יעלה על הדעת כי המ בקש לתבוע בתובענה ייצוגית , ידרש לאתר כל חבר פוטנציאלי בקבוצה שבשמה הוא מבקש לתבוע . דרישה שכזו ללא צל של ספק, תכשיל כל ניסיון להגשת תובענות ייצוגיות ותהפוך כלי זה שנועד להגן על ציבור המשקיעים , לכלי עקר..." (ראה ת.א (ת"א) 1117/94 גלובל ק.א ניהול השקעות ויעוץ פיננסי בינלאומי בע "מ ואח' נגד חמישה יוד תכשיטנים תעשיות מתכת יקרות בע "מ, דינים מחוזי, כרך כו' (7), 138, בסעיף 11 לפסק הדין, וכן ראה רע"א 8332/96 משה שמש נ' דן רייכרט , פ"ד נה (5), 276, ות"א (נצרת) 496/95 סבן איתן נ' אפרים להב ו-6 אח', תק-מח 99(3), 914).

התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובת הקבוצה

124. למעלה מן הנדרש , המבקש יטען כי השאלות המהותיות של משפט ועובדה המשותפות למבקש ולחברי הקבוצה הנוספים, הינן בעקרון כדלהלן :

124.1 האם המשיבה, בפרסומיה את המשחק החדש , עד ליום 17.6.10 (כולל), הטעתה את המבקש ויתר חברי הקבוצה , בניגוד לחובה המוטלת עליה בחוק הגנת הצרכן?

124.2 האם המשיבה, בפרסומיה את המשחק החדש, עד ליום 17.6.10 (כולל), הפרה את חובת הגילוי המוטלת עליה בחוק הגנת הצרכן ?

124.3 האם המשיבה, בפרסומיה את המשחק החדש, עד ליום 17.6.10 (כולל), הפרה את חובות ההגיונות ותום- הלב, המוגברות, החלות עליה מכוח הדין , כלפי המבקש וכלפי יתר חברי הקבוצה ?

124.4 האם בגביית הכספים שגבתה המשיבה , עד ליום 17.6.10 (כולל), מן המבקש ומכלל חברי הקבוצה , בגין כרטיסי הה שתתפזר במשחק החדש , וזאת על רקע פרסומי המשיבה את המשחק החדש , עד ליום 17.6.10 (כולל), יש משום התעשרות שלא כדין של המשיבה על חשבון המבקש וכלל חברי הקבוצה ?

124.5 האם קיים קשר סיבתי בין ההפרות המתוארות לעיל בבקשה זו שלפיהן הפרה המשיבה את חובת אי- הטעיה, חובת גי לוי נאות או חובת תום- לבו ההגיונות

החלות עליה, כלפי המבקש וכלפי יתר חברי הקבוצה, ובין הנזק שנגרם למבקש וליתר חברי הקבוצה?

124.6 האם למבקש וליתר חברי הקבוצה נגרם נזק בגין מעשיה ו/או מחדליה של המשיבה המפורטים לעיל בבקשה זו? אם כן, מהו גובהו של אותו נזק?

124.7 האם בגין הנזק הכספי שנגרם להם זכאים המבקש ויתר חברי הקבוצה לסעד של אכיפה ו/או פיצויים מן המשיבה בגין מעשיה ו/או מחדליה המפורטים לעיל בבקשה זו?

לחילופין, האם בגין מעשיה ו/או מחדליה של המשיבה, המפורטים לעיל בבקשה זו, זכאים המבקש ויתר חברי הקבוצה לסעד של השבה של מלוא הסכומים אשר השקיעו ברכישת כרטיס /י ההשתתפות במשחק החדש, בניכוי סכום הזכייה ששולם להם בפועל, או אשר הם זכאים לקבל עם הצגה לפרעון של כרטיס /י ההשתתפות במשחק החדש, המקנה/ים להם זכאות לפרס ראשון.

לסעד השבה זה זכאים המבקש וכן חברי הקבוצה אשר סכום השקעתם ברכישת כרטיס/י הימור מסדרת "Winner" עלה על שווי כספי הזכייה אשר המשיבה שילמה להם בפועל, או שהם זכאים לקבל ממנה עם הצגה לפרעון של כרטיס /י ההשתתפות במשחק אשר מקנה/ים זכות לפרס ראשון.

124.8 האם בגין מעשיה ו/או מחדליה של המשיבה, כמפורט בבקשה זו, זכאים המבקש ויתר חברי הקבוצה לסעד אחר או נוסף כלפי המשיבה?

125. המבקש יטען כי קיימת אפשרות סבירה כי השאלות המהותיות הללו של משפט ועובדה המשותפות למבקש ולשאר חברי הקבוצה, תוכרענה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה.

126. בהקשר זה גם נפסק ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה (5) 276, בפסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג-כהן:

"...אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונית הכרעה לגבי כל קבוצת המבקשים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונית הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת..."

בדומה נקבע בפס"ד טצת, בפסקה 12 לפסק דינו של כב' הנשיא א' ברק (כתארו אז):

"...אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו – כגון נזק מיוחד – ניתן לבררו בשלב האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים..."

127. המבקש יטען כי בנסיבות דנן התובענה הייצוגית הינה הכללי היעיל, ההוגן והמתאים ביותר לביורר השאלות העובדתיות והמשפטיות המצוינות לעיל.

128. אף שאלת שיעור הנזק, השונה בין חברי הקבוצה מעצם העובדה כי היחס שנקבע בכל הגרלה היה יחס שונה, אין בה כשלעצמה בכדי לשלול את אישורה של התובענה כתובענה ייצוגית (ויודגש, כי מרבית חברי הקבוצה הינם הזוכים במשחק ההימור "מונדיאל 4", יחד עם המבקש [135 זוכים מתוך קבוצה של כ-177 איש], ועל כן שיעור הנזק אצל רוב רובם של חברי הקבוצה זהה).

כך, ברע"א 378/96 שגיא וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ ואח', פ"ד נד' (3), 247, פסקה כב' השופטת שטרסברג-כהן כדלקמן:

...נראה כי שיעור נזק שונה לכל פרט בקבוצה איננו מהווה מחסום בפני תובענה ייצוגית, וקיימות דרכים להתמודד עם נושא זה (השוו: רע"א 4556/94 הנ"ל [9], בעמ' 788; רע"א 1561/95 גבריל נ' אליאנס חברה לצמיגים [10]...)".

129. בעניין זה אף מופנה בית המשפט הנכבד לאמור בספרם של עוה"ד גיל לוטן ואיל רז, "תובענות ייצוגיות", כרך א' (להלן: "לוטן-רז"), בעמוד 160, שם כותבים הנ"ל כדלקמן:

"... לפיכך, עצם קיומו של הצורך בהוכחות אישיות של גובה הנזק האישי או אף קיומו – אינו יכול, בדרך כלל, להוות סיבה מספקת לדחיית בקשה לאישור התובענה כייצוגית...".

אף בע"א ברזני נפסק כדלקמן:

"גם אם שיעור הנזק שונה מצרכן לצרכן, אין מקום לדחות את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית למתן סעד כספי..."

130. ודוק, נדגיש שוב, כי בכל מקרה, דרך חישובו המדויק של הנזק אשר נגרם לכלל חברי הקבוצה – המבקשים הפוטנציאליים – אם וככל שהדבר אפשרי, צריך להיעשות במסגרת הדיון בתביעה הייצוגית גופא, היינו, לאחר אישור בקשה זאת, ולא בשלב הדיון המקדמי בה.

כך, בת.א. 1117/94 גלובל ק.א. ניהול השקעות וייעוץ ואח' נ' חמישה יוד תכשיטנים תעשית מתכות יקרות בע"מ ואח', דינים מחוזי כו (7), 138, פסק כב' הנשיא ד"ר א' וינוגרד כדלקמן:

"אשר לדרך חישוב הנזק שנגרם, לכאורה, לקבוצה – זה, כאמור, יקבע על-ידי בית המשפט שידון בתובענה, בית-משפט זה ידון בשאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה, כמפורט בסעיף 10 להחלטתי זו. אני מתיר למבקשת 1 להגיש את התביעה כתובענה ייצוגית".

131. כך גם בת"א 1088/03 (תל אביב – יפו) משעול שוקי נגד סהר ציון חברה לביטוח בע"מ (פורסם בבנו), נפסק מפי כב' השופטת ד' פלפל כדלקמן:

"... בחלק נכבד של הבקשות לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, הצדדים חלוקים ביניהם הן עובדתית לגבי מה שקרה בפועל והן עובדתית לגבי גובה הנזק. מקרה זה אינו שונה ממחלוקות אחרות. טבען של מחלוקות שהן תיפתרנה בקביעה עובדתית בהליך המרכזי, לאור מסמכים שהוגשו ו/או יוגשו..."

132. באשר לדרישה כי "יש אפשרות סבירה שהשאלות תוכרענה לטובת הקבוצה", הרי שבשאלה זו של סיכויי ההצלחה ונטל השכנוע, כבר פסק בית המשפט, לא פעם, כי אין להעמיד דרישות מחמירות למבקש (המבקש), וכי עליו לשכנע את בית המשפט בקיום עילה ושאלות מהותיות ועובדתיות משותפות במידת סבירות ראויה.

133. לעניין זה יפנה המבקש את בית המשפט הנכבד לדבריה של כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות, פ"ד נא(2), 312 (להלן: "פס"ד מגן וקשת") בו היא מתייחסת לנטל השכנוע המוטל על תובע לפי סעיף 54 לחוק ניירות ערך:

"...נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהמבקש, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר

בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהמבקש הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי...." (שם, בעמ' 329).

וראה גם בש"א (ירושלים) 5538/01 זמרוני אבנר נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, תק-מח 12002(1), 438 (להלן: "פס"ד זמרוני").

134. האמור לעיל לעניין נטל השכנוע וסבירות ההצלחה, אינו חל אך ורק על תובענות ייצוגיות לפי סעיף 54א לחוק ניירות ערך, אלא גם על תובענות ייצוגיות מכח חוק הגנת הצרכן – ראה ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק נ' ראבי תופיק ואח', תק-על 2003(2), 1522, בעמ' 1524, וכן את דבריו של פרופ' דויטש, בספרו "דיני הגנת הצרכן", בעמ' 392:

"מובן שיש להפעיל דרישה זו בזהירות רבה, ואין לדרוש את הוכחת התביעה כבר בשלב האישור כדי לא להפוך את "פרוזדור" האישור לדרך ללא מוצא..."

135. לאור הרקע העובדתי המפורט לעיל, ולאור טענותיו המשפטיות של המבקש, הרי שעילות התביעה, כפי שפורטו לעיל בהרחבה, מגבשות, במקרה דנן, זכות לכאורית למבקש, וכן סיכויי תביעתו של המבקש, כמו גם האפשרות כי השאלות המשותפות תוכרענה לטובת הקבוצה – טובים וסבירים.

התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות

העניין

136. על עניין זה, של היעילות וההגיונות הכרוכות בהליך ייצוגי, כותבים לוטן-רז בספרם כדלהלן:

"כאשר מספר המעוניינים בתביעה גדול, הכרעה אחת החלה על כולם מונעת סיכון של פסיקה סותרת לגבי מעוניינים שונים, למרות שכולם תובעים בעילה זהה. דיון אחד, תחת דיונים רבים, חוסך זמן שיפוטי, ממון וסבל מיותר מן הצד שכנגד, אשר אינו נדרש להתייזב פעמים רבות בבית המשפט בשל אותו עניין, אך מול תובעים שונים, ולעיתים אף להיחשף לפסיקות שונות, המציבות לו סטנדרטים שונים להתנהגות...." (שם, בעמ' 159).

137. דברים אלו אף אומצו והושרשו בהלכה הפסוקה. כך למשל, בת"א (נצרת) 496/95 סבן איתן נגד אפרים להב ו-6 אח', תק-מח 99(3), 914 (להלן: "פס"ד סבן"), פסק כב' השופט ג' גינת, בין היתר, כדלהלן:

"...תביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. מספר המחזיקים בניירות ערך של חברת אפאר הוא רב, ולכולם עילות תביעה כנגד המשיבים המבוססות על אותן עובדות שהמבקש טוען לקיומן. ההכרעה בשאלות העובדתיות במסגרת תביעה ייצוגית תחסוך זמן שיפוטי רב, שהיה נדרש אילו הוגשו תביעות רבות מקבילות, ותמנע סיכון של פסיקה סותרת. בשל המספר הרב של המבקשים החלופה של צרוף כולם כב עלי דין אינה מעשית.

בנוסף לכך, סביר להניח, כי הנזק שנגרם לכל מחזיק כשלעצמו הוא יחסית מועט, ולכן לא יתבע בשל נזקו באופן אישי, אם משום חוסר כדאיות מבחינה כלכלית או העדר מוטיבציה לפתוח בהליך משפטי ארוך ומייגע. המסקנה היא, שתובענה ייצוגית בנסיבות העניין תגשים את מטרתה להעניק תרופה למשקיעים בניירות ערך...." (שם, בעמ' 944).

138. הואיל ולמאות זוכים נגרם נזק כספי ממשי, הרי שאם וככל שכל אחד ואחד מהניזוקים, חברי הקבוצה, יגיש תביעה אינדיבידואלית כנגד המשיבה, או אז תוצף מערכת המשפט בתביעות רבות והעומס, הקיים בה ממילא, יגדל בצורה משמעותית, בעוד איחוד התביעות כולן לתובענה ייצוגית אחת, ייעל את ההליך.
139. הואיל וקיימת זהות כמעט מוחלטת ביחס לכל חברי הקבוצה, מבחינת השאלות המשפטיות והעובדתיות שעומדות/יעמדו לבירור בתובענה זו, הרי שאיחוד כל התובענות במסגרת תובענה ייצוגית אחת אף ימנע מתן פסיקות סותרות.
140. יתירה מכך, הרי שאין באישור התובענה כייצוגית משום פגיעה בהגנתה של המשיבה, או משום הקניית זכות או עילה למבקש או למי מחברי הקבוצה – זכות או עילה אשר לא היתה מוקנית להם בתביעה אישית בשל אותה עילה.

קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת

141. המבקש יטען כי קיים יסוד סביר להניח כי הוא מייצג בדרך הולמת את עניינם של יתר חברי הקבוצה, נוכח העובדה כי הוא מגיש את תביעתו בתום לב, באמונה כי עילתה מוצדקת, ומתוך רצון להיטיב גם עם כל חברי הקבוצה. יתירה מזו, המבקש לא הגיש כל תביעה נוספת כנגד המשיבה בגין עילת התביעה שבתובענה זו ואין ולא הוגשה תביעה שכזו על ידי אחר אליה יכול המבקש להצטרף.
142. בפס"ד סבן הנזכר לעיל, פסק כב' השופט ג' גינת כדלקמן:

"...הדרישה של הייצוג ההולם של ענייני הקבוצה, מופנית בעיקר לשאלה אם המבקש הייצוגי יוכל לפעול במידת המרץ הראויה, ואם לא יהיה ניגוד עניינים בינו לבין שאר חברי הקבוצה. דרישה זו, המופנית לתובע המייצג, צריכה להתמלא אף לגבי מי שמייצג אותו, כלומר לגבי עורך דינו, הואיל ובפועל הוא שמייצג את הקבוצה. הייצוג עד כה מעיד, כי הן המבקש והן עורכי דינו עושים מלאכתם נאמנה, ואין כל חשש שהתביעה תנוהל באופן שונה. עילות התביעה שיש למבקש משותפות לכל המבקשים. לפיכך, האינטרס שיש לו להצליח בתביעה משותף לכלל המבקשים..."

143. בפס"ד זמרוני נקבע, כי חלק בלתי נפרד מהדרישה לייצוג הולם הינה בדיקה כי אין ניגוד אינטרסים בין חברי הקבוצה. בית המשפט קבע כי מבחן זה לבדיקת העדר ניגוד האינטרסים הינו המבחן הצר, וכי בית המשפט יימנע מתובע מלייצג קבוצה, כאשר קיים ניגוד עניינים פוטנציאלי.
- ברם, במקרה דנן, לא זו בלבד שלא קיים ניגוד עניינים פוטנציאלי, אלא קיימת זהות אינטרסים בין המבקש לבין חברי הקבוצה, כפי שהובהר לעיל בהרחבה.

קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב

144. המבקש מתכוון להפיק את מלוא טובת הנאתו רק מעצם זכייתו בתביעה, קרי, מעצם העובדה כי יקבל מן המשיבה את הסכומים כדין המגיעים לו בגין זכייתו – סכומים אשר המשיבה התחייבה לשלם בפרסומיה המטעים כאמור לעיל, ואין לו כל אינטרס או מניע אחר להגשת התביעה, גלוי או נסתר, שהוא חיצוני לה. משכך, תביעתו זו של המבקש מוגשת על ידו בתום לב.
145. המבקש מאמין בכנות, ברצינות התובענה ובסיכוייה להתקבל.
146. למעלה מן הנדרש, והואיל וטענת חוסר תום לב הינה טענה שחוקה העולה כעניין שבשגרה בכל עת בה נדרש נתבע בתביעה ייצוגית להתגונן, יקדים המבקש תרופה לטענה זו, ויטרח להתייחס לטענה זו, כבר עתה, בפירוט.
147. מעיון בפסיקה, כפי שיפורט להלן, עולה במפורש כי על פי רוב אין בית המשפט שועה לטענה זו של חוסר תום לב, ונעלה מספק כי בנסיבות תביעה זו אין בטענה זו דבר.

כך, בפס"ד זמרוני נפסק, כי רק תביעה שהוגשה מתוך מניעים פסולים תחשב כתביעה שהוגשה שלא בתום לב (ראה גם פס"ד טצת) וכן כי נטל ההוכחה יוטל על המבקש רק שעה שהנתבעים/משיבים מביאים ראיות של ממש כנגד תום ליבו:

"...מטרת הדרישה לקיום תום-לב היא גם כדי לסלק תביעות סרק. אף דבר זה משליך על היקף גילוי העובדות על-ידי המבקשים (ראו קביעה דומה בת"א (ת"א) 19/92 הנ"ל [51], בעמ' 197-196).
בת"א (ת"א) 417/94 טיבון ויל אחזקות בע"מ נ' דיצר [52], בפיסקה 6 לפסק-הדין קבע השופט מ' טלגס כי הוכחת תום-הלב מוטלת על המבקש, רק אם הובאה בפני בית-המשפט תשתית ראייתית-לכאורית הפוגמת בתום-לבו:
"כדי לחייב את המבקש לשכנע בתום לבו, צריך קודם כל המתנגד להעמיד תשתית ראייתית כלשהי, ולו לכאורית, שהמבקש אינו נוהג בתום לב או שהוא פעל בעניינים דומים כשיטה, או להצביע על כתם כלשהו הפוסל אותו לכאורה מהיות מוחזק תם לב...
דרישה שונה יש להעמיד כלפי חובת השכנוע בדבר [קיום התנאים המוקדמים האחרים – מ' ר']...
בעניינים אלה אין צורך בתשתית לכאורה כדי לחייב את המבקש בנטל השכנוע – אבל תום לב אין לו שיעור, ואין אדם יכול לשכנע בתום ליבו באופן סתמי – אבל יכול הוא להזים טענה שהואשם בה, אם יש למאשימו ראיה כלשהי או שהמאשים מוכן לתמוך האשמותיו בתצהיר שייחקר עליו".

וראה גם האמור בספרם של לוטן-רוז, בעמ' 242-243.

148. כך גם ב בש"א (נצרת) 1440/98 זילברשלג עיטל נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, תק-מח 2002(2), 1818, קבע כב' השופט נ' ממון בפסק דינו כדלקמן:

"...חוסר תום הלב צריך שיתבטא ביסודות שהם על גבול אי החוקיות ונראה שלא די בהתנהגות רשלנית גרידא של המבקש בכדי לשלול את תום ליבו. ...
"בית המשפט אינו נדרש, ככלל, להשיב על השאלה אם המבקש הייצוגי המוצע הוא תובע ייצוגי אידיאלי או אופטימי אלי... עליו להשיב לשאלה אם המבקש הייצוגי המוצע הוא תובע ייצוגי ראוי..."

149. על רקע דברים אלו אף ראוי להעלות על נס את דבריו של כב' השופט נ' ישעיה, בת.א (ת"א) 1133/02 (בש"א 3063/02) מעונות עזרת ישראל – בני ברק נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, תק-מח 2003(3), 6753 (לעיל ולהלן: "פס"ד מעונות"):

"זכותה של המבקשת, כלקוחה של המשיבה ששילמה עמלות במשך שנים רבות, לתבוע החזרי עמלה ואין מימוש זכות זו מצביע על העדר תום לב מצידה. כך גם בקשתה להכיר בתביעה כייצוגית (ראה ע.א. 705/86 לודאית חברה לבנין בע"מ – השקעות שירלוב בע"מ – פד"י מ"א(3), עמ' 645, והפסיקה המובאת שם)...
היא לא פנתה, אמנם, בעניין זה, בכתב למנהל הסניף או לדרגים בכירים ממנו בבנק, אך לא ניתן לזקוף עובדה זו לחובתה, שכן אין מוטלת עליה החובה לעשות כן.
נהפוך הוא: כאמור, המשיב חייב מיוזמתו ואף ללא פניה ספציפית, להודיע ללקוח ולגלות לו באופן נאות את נוהלי חיובי העמלות כפי שפורט לעיל.
העובדה שהמבקשת הסתפקה בפניה "רפה" למשיב בעניין זה ופנתה מיד לאחר מכן בתביעה לבית המשפט, לאחר שבא כוחה מצא כי העמלה בה מדובר נגבית שלא כדין, אינה מצביעה על רצון לגרום נזקים או "להפרע" מהמשיב ש "התעמר" בה (כביכול) ועל העדר תום לב מצידה, כפי שטוענת ב"כ המשיב בסיכומיה."

וממשיך כב' השופט ישעיה וכותב:

...אעיר בענין זה , כי לא התר שמתתי כי המשיב גילה ענין , או נכונות , להשיב למבקשת את העמלות שהיא שילמה , לטענתה, ביתר, לאחר הגשת התובענה ובקשתה להכיר בה כייצוגית . מה לו, איפוא, למשיב כי ילין על העדר פניות אליו מצד המבקשת להחזרת העמלות , לפני שפנתה לבית המשפט.

בנסיבות אלה , עצם העלאת עובדה זו, כמצביעה על העדר תום לב מצד המבקשת, אפופה בניחוח של חוסר תום לב מצד המשיב...".

150. כאמור לעיל, הנטל בשלב הדיון בבקשה לאישור התביעה כייצוגית הוא להוכיח כי קיים סיכוי סביר להצלחת התביעה ונטל השכנוע הנדרש מן המבקש להכיר בתביעתו כייצוגית הינו "שכנוע לכאור ה" בהתקיימות התנאים המוקדמים לאישור התובענה כייצוגית" – הא ותו לא!

151. בנסיבות המקרה דנן , כעולה מתצהיר המבקש המצ "ב, התקיימו לכאורה עילות התביעה כנגד המשיבה.

152. המבקש נפגע כלכלית כתוצאה מן המחדלים הרשלניים של המשיב ה, אין הוא מבקש להשיג טובת הנאה מדבר חייוני לתביעה , אין לו כל ניגוד אינטרסים עם יתר חברי הקבוצה, ותביעתו נשענת על עילות אמיתיות ומבוססות פרי בירור וחקירה מוקדמים , העשויות להביא תועלת של ממש לכל חברי הקבוצה . משכך ומשיש לו עילת תביעה אישית מוצקה, אין לקבל כל טענה שהיא בדבר חוסר תום לב מצד המבקש או טענה לפיה הוא ינהל את ענייניה של הקבוצה בחוסר תום לב.

פרק ו': סיכום

153. לאור כל האמור והמפורט לעיל, בבקשה זו, יתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן :

- 153.1 לאשר את תביעת המבקש כתובענה ייצוגית על פי הוראות החוק.
- 153.2 להגדיר את הקבוצה המיוצגת לצורכי התובענה הייצוגית, והגדרת תת קבוצה, אם ימצא לנכון.
- 153.3 לפרט בהחלטתו את עילות התביעה והסעדים הנתבעים.
- 153.4 להגדיר את השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי הקבוצה.
- 153.5 ליתן הוראות בעניין הדיון בתובענה כפי שיראה וימצא לנכון.
- 153.6 ליתן הוראות מתאי מות, בדבר אופן פרסום החלטתה על אישורה של התובענה כייצוגית ולהורות כי המשיבה תישא לבדה בהוצאות הפרסום.
- 153.7 לחייב את המשיבה בתשלום כל הוצאות המשפט שיהיו למבקש.
- 153.8 להעניק למבקש ולכל חברי הקבוצה כל סעד נוסף, על פי שיקול דעתו.
- 153.9 לקבוע לבאי כוח המבקש שכר טרחה חלקי, על חשבון שכר הטרחה הכולל שיגיע להם בעד הטיפול והייצוג בתובענה הייצוגית , וזאת בהתאם להוראות **סעיף 23(ג) לחוק**.

154. למען הסדר הטוב נציין , כי כאמור בסעיף 9 לעיל וככל שלא צוין אחרת בגוף הבקשה , כל ההדגשות בציטוטי החקיקה והפסיקה אשר הובאו לעיל, אינן במקור ונעשו על-ידי הח"מ.

155. כאמור בסעיף 10 לעיל, לתמיכה בעובדות בקשה זו מצ"ב **תצהירי יחידי המבקש**.

ליאור לנדאו, עו"ד
ב"כ המבקש

דרור שרמן, עו"ד
ב"כ המבקש