ת"צ 28299-11-16 כרמי נ' יינות ביתן בע"מ

לפני כבוד השופטת מיכל נד"ב

המבקש	**טל כרמי** **ע"י ב"כ עוה"ד חגי קלעי, אוהד רוזן ו-חיה ארז**
	נגד
המשיבה	**יינות ביתן בע"מ** **ע"י ב"כ עוה"ד עמוס פון וייזל ו-אשר אפריאט**

החלטה

1. לפניי בקשה לאישור תובענה כייצוגית כנגד המשיבה, יינות ביתן בע"מ. בקשת האישור עניינה בטענה כי למשיבה מדיניות לחייב את הלקוחות הרוכשים מוצרים באינטרנט בחיובי יתר במספר אופנים: המשיבה גובה בחשבונית מחיר גבוה יותר בעד המוצרים שנרכשו מהמחיר שפורסם ואושר בעת הרכישה; המשיבה מספקת "מוצרי שקילה" בכמויות העולות באחוזים משמעותיים על הכמויות שהוזמנו; המשיבה מעמיסה על ההזמנה מוצרים שלא הוזמנו; המשיבה מספקת מוצרים חלופיים למוצרים שהוזמנו, שעלותם גבוהה מהעלות של המוצר המוזמן (להלן: "**בקשת האישור**").

<u>תמצית בקשת האישור</u>

2. המבקש, טל כרמי, הוא צרכן שנוהג לרכוש מוצרי מזון ברשת האינטרנט.

3. המשיבה היא רשת קמעונאית המוכרת מוצרי מזון במספר רב של סניפים ברחבי הארץ, כמו גם באמצעות רשת האינטרנט.

4. בזמנים הרלוונטיים לבקשת האישור מכרה המשיבה את מוצריה באינטרנט באמצעות אתר "mySupermarket".

טרם רכישת המוצרים באתר האינטרנט של המשיבה, הצרכן נדרש להירשם לאתר. כדי לבצע את הרכישה עליו להקליק על המוצר המבוקש, שמחירו מופיע ליד התמונה שלו, ולציין את הכמות הנדרשת.

בסיום הרכישה, מוצגת לרוכש רשימה של סך כל המוצרים שסימן, הכמויות והמחירים, והוא נדרש לאשר את הרכישה. בשלב זה נדרש הרוכש להזין את פרטי כרטיס האשראי שלו על מנת שיחויב במחיר הרכישה.

עם סיום פעולת הרכישה, נשלחת לרוכש הודעת דוא"ל בה מצוינים פרטי הרכישה והמחיר בגין כל פריט, כמו גם המחיר הכולל.

5. כאשר מגיעים המוצרים, נלווית אליהם חשבונית העסקה.

6. למבקש התברר שהמחירים בחשבונית שונים באופן שיטתי מאלו שפורטו באתר, ושעל בסיסם נעשתה הרכישה.

7. ההבחנה בפערים שבין הסכומים שבאישור הרכישה לבין החיוב בפועל אינה פשוטה. שכן ברב המקרים, המשיבה אינה מספקת את כל המוצרים שהוזמנו. על כן המשלוח מכיל בפועל פחות מוצרים והמחיר המופיע בחשבונית נמוך מהמחיר שבהזמנה (שכן הוא משקף סל מוצרים מצומצם יותר). כך, הרושם הראשוני שנוצר בעת קבלת המשלוח עם החשבונית, הוא שהמשלוח שסופק "זול" יותר מההזמנה שנעשתה באתר.

כמו כן, גם מי שטורח ובודק מהם בדיוק המוצרים שלא סופקו, מה היה מחירם על פי אישור הרכישה באינטרנט ומחשב את המחיר שהיה אמור להופיע על החשבונית בהיעדרם, אכן נוכח אמנם כי המשיבה חייבה אותו ביתר, אך עדיין לא מקבל את התמונה במלואה. לצורך כך יש לבחון באופן פרטני כל מוצר ומוצר המופיע בחשבונית למול מחירו באישור הרכישה באינטרנט ולסכום בדקדקנות את כל החיובים וההפרשים.

<u>עניינו האישי של המבקש</u>

8. המבקש החל לרכוש מוצרים מהמשיבה ולהזמין משלוחים באמצעות אתר האינטרנט בסוף שנת 2015 ומאז הוא ממשיך להזמין משלוח אחת לשבועיים לערך. ביום 11.6.2016 ביצע הזמנה באתר בסכום של 516.25 ₪. ביום 13.6.2016, עם הגיע המשלוח, גילו המבקש ורעייתו בעיות במוצרים שקיבלו, לרבות חוסרים במוצרים שהזמינו, וקיומם של מוצרים חלופיים, שנשלחו בלי לקבל את הסכמתם.

9. המבקש ורעייתו פנו לסניף המשיבה ברחובות, ממנו התקבלה הזמנתם, ודרשו תיקון. נציגי המשיבה הבטיחו כי מדובר בתקלה חד פעמית וכי יפוצו בגין ההפרשים בחיובים.

10. בעקבות הגילוי, דרש המבקש לקבל העתקים של החשבוניות מכל ההזמנות שביצע באתר על מנת שיוכל לבדוק אם היו תקלות וטעויות נוספות. בקשתו סורבה תחילה ורק לאחר שיחות חוזרות עם מנהל הסניף, הסכימו נציגי המשיבה לספק את החשבוניות המבוקשות.

11. לאחר בדיקה יסודית של כלל החשבוניות וההזמנות מהאתר הסתבר כי המשיבה נוקטת בעקביות ובשיטתיות, מגוון פעולות המובילות לגביית יתר מהצרכנים ובכך מטעה את הציבור, מפרה את החוק ומתעשרת על חשבון לקוחותיה.

אין מדובר בתקלה חד פעמית, אף לא בתקלות בודדות - שכן רק בשלוש מתוך 21 הזמנות שנבדקו, לא הייתה גביית יתר. בכ-90% מההזמנות של המבקש הייתה גביית יתר, בסכומים שבין שקלים בודדים לבין למעלה מחמישים שקלים, ובממוצע, בסכום של כ-15 ₪ להזמנה.

12. המבקש מצא פערים בחיובים הן בהזמנות ישנות שהחשבוניות שלהן סופקו לו בדיעבד, הן בחשבוניות חדשות של הזמנות נוספות שביצע בחודשים שלאחר השיחות עם הסניף המספק. גם לאחר שהמבקש התלונן בפני מנהל המשלוחים ומנהל הסניף בעניין, לאחר שהדברים הובהרו לבעלי התפקידים האחראים לנושא ולאחר שהמבקש אף קיבל פיצוי בגין אותה הזמנה אמורה לעיל והובטח לו כי מדובר בתקלה חד פעמית, המשיכו חיובי היתר.

13. בחינת החשבוניות גילתה כי המשיבה נוקטת שיטות מגוונות כדי לגבייה ביתר:

מוצרים מסוימים חויבו במחיר שונה וגבוה יותר מזה המופיע באישור הרכישה שבדוא"ל; חלק מהמוצרים שנרכשו, הנמכרים לפי משקל (למשל פירות וירקות בתפזורת, להלן: "**מוצרי שקילה**"), חויבו במחיר לקילוגרם גבוה מזה שננקב בעת ההזמנה; מוצרי שקילה סופקו בכמות גדולה יותר משמעותית מהמוזמן; מוצרים שחויבו, לא סופקו וחויבו מוצרים שלא הוזמנו; התקבלו מוצרים חליפיים רבים, נחותים כמותית אך יקרים משמעותית מהמוצרים שהוזמנו.

14. דוגמאות לחיובים של מוצרים במחירים יקרים יותר מהמחירים שפורסמו באתר ואשר מופיעים באישור הרכישה הופיעו בחשבוניות המסומנות 3א, 3ב, 3ד, 3ה, 3ו, 3ט, 3י, 3יא, 3יב, 3יד, 3טז, 3יז, 3יח בבקשת האישור:

תאריך רכישה	מוצר	מחיר באתר	מחיר בחשבונית	הפרש
26.11.2015	גבינה לבנה 3% (2 יח')	6.60 ₪	10.20 ₪	3.60 ₪
8.12.2015	טחינה אורגנית	11.90 ₪	12.90 ₪	1 ₪
29.12.2015	גבינה לבנה 3%	9.40 ₪	10.20 ₪	0.80 ₪

12.1.2016	מטבוחה 400 גר'	6.20 ₪	7.70 ₪	1.50 ₪
	גבינת סקי (2 יח')	8.40 ₪	9 ₪	0.60 ₪
24.1.2016	סנובון לאסלה	10.20 ₪	14.90 ₪	4.70 ₪
2.3.2016	לחם בראשית 1.4 ק"ג	14.90 ₪	15.40 ₪	0.50 ₪
16.3.2016	סבון נוזלי פמילי	12.30 ₪	14.90 ₪	2.60 ₪
2.4.2016	כמון טחון	5.10 ₪	6.10 ₪	1 ₪
16.4.2016	קורנפלקס (2 יח')	28.80 ₪	29.80 ₪	1 ₪
	ביצים ארוזות	11.40 ₪	12.90 ₪	1.50 ₪
	עדשים אדומות (1 ק"ג)	10.50 ₪	11 ₪	0.50 ₪
14.5.2016	קמח לבן (1 ק"ג)	4 ₪	4.20 ₪	0.20 ₪
11.6.2016	טונה סטארקיסט	20.50 ₪	21.90 ₪	1.40 ₪
	קמח לבן (1 ק"ג)	4 ₪	5.1 ₪	1.10 ₪
	משקה סויה (סופקו 3 מתוך 5 יח' שהוזמנו)	9.50 ₪ ליח'	9.60 ₪ ליח'	0.30 ₪
28.6.2016	ביצים ארוזות	11.40 ₪	11.80 ₪	0.40 ₪
	סלט פלפלים (2 יח')	19.80 ₪	23 ₪	3.20 ₪
	משקה סויה (5 יח')	51 ₪	47.50 ₪	3.50 ₪
	שוקולד פרה (3 יח')	13.80 ₪	14.70 ₪	0.90 ₪
	דבש יד מרדכי	16.40 ₪	17.50 ₪	1.10 ₪
9.7.2016	משקה סויה (סופקה 1 יח' מתוך 3 שהוזמנו)	9.20 ₪	9.30 ₪	0.10 ₪
	חלב טרי 2 ליטר	10.20 ₪	11 ₪	0.80 ₪

15. דוגמאות לגביית מחיר יקר יותר עבור מוצרים הנמכרים בתפזורת ולפי משקל שהמחיר שנגבה בפועל לכל קילוגרם גבוה מהמחיר לקילוגרם שננקב בעת ההזמנה בחשבוניות המסומנות 3ה, 3ו, 3טז, 3יז בבקשת האישור:

תאריך רכישה	מוצר	מחיר באתר (לקילו)	מחיר בחשבונית (לקילו)	הפרש (לקילו)
12.1.2016	גזר ארוז	3.90 ₪	4.90 ₪	1 ₪
	קלמנטינות	4.90 ₪	5.90 ₪	1 ₪
	תפוזים	4.20 ₪	4.50 ₪	0.30 ₪
	תפו"א לבן	2.90 ₪	4.90 ₪	2 ₪
	בטטה	5.80 ₪	6.20 ₪	0.40 ₪
24.1.2016	קלמנטינות	3.90 ₪	6.90 ₪	3 ₪
11.6.2016	אפרסק	6 ₪	8.90 ₪	2.90 ₪

	מלפפונים	4.10 ₪	6.90 ₪	2.80 ₪
28.6.2016	גזר ארוז	2 ₪	4.10 ₪	2.10 ₪
	פלפל אדום	6.10 ₪	7.20 ₪	1.10 ₪

16. דוגמאות לחיוב בגין מוצרים שכלל לא הוזמנו ברכישה באתר, או לחיוב בגין מוצרים שהוזמנו אך לא סופקו בחשבוניות המסומנות 3ג, 3ה, 3ו, 3ז, 3ח, 3ט, 3י, 3יג, 3טז:

תאריך רכישה	מוצר	הערה	מחיר
17.12.2015	קינמון 80 גר'	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	4.20 ₪
	אדג' vault כחול	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	14.90 ₪
12.1.2016	דבש טהור	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	39.90 ₪
24.1.2016	מלפפונים	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	6.14 ₪
4.2.2016	סלט טורקי	סופקו 2 יח' במקום 1 שהוזמנה	6.20 ₪
16.2.2016	נביעות מים מינרלים	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	18.70 ₪
2.3.2016	פיניש נוזל הברקה	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	20 ₪
	פיניש אבקה למדיח	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	41.10 ₪
16.3.2016	ספרייט זירו 1.5	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	4.90 ₪
29.4.2016	מגבוני אף מולט	המוצר לא מופיע באישור הרכישה	17.50 ₪

17. ככל שנוצרים חוסרים של מוצרים שהוזמנו אצל המשיבה, היא נוהגת לספק מוצרים חליפיים לאלו שהוזמנו. באופן גורף, המוצרים החליפיים יקרים יותר מהמוצרים החסרים ולעתים אף תכולתם פחותה.

במקרים מסוימים יצרו נציגי המשיבה קשר עם המבקש על מנת לקבל את הסכמתו להחליף את המוצר שרכש במוצר מקביל. אולם, נציגי המשיבה לא הקפידו להודיע על השינוי במחירים או בתכולה לגבי כל אחד מהמוצרים בכל אחת מהפעמים האמורות. כפועל יוצא, המבקש קיבל מוצרים שלא תואמים את הזמנתו, ללא הסכמתו המודעת ובעלות גבוהה יותר, דוגמה בחשבוניות המסומנות 3א, 3ד, 3י, 3יא, 3יג, 3טו, 3טז, 3יז, 3יח, 3יט בבקשת האישור:

תאריך רכישה	מוצר	הערה	הפרש מחיר
26.11.2015	סבון נוזלי קליאו	הוחלף בסבון נוזלי פמילי	3 ₪
29.12.2015	לחמית שיפון 920 גר'	הוחלף בארבע אריזות קטנות	4.60 ₪
	אבקת כביסה בייבי סנו 3.25 ק"ג	הוחלף בג'ל כביסה בייבי	3.30 ₪
16.3.2016	גבינה לבנה 500 גר' 2 יח'	סופקו 2 יח' של 250 גר' במחיר יקר יותר	1.40 ₪ (ביחס למשקל שסופק)

	חציל יווני מעדני מיקי	סופק "חציל פיקנטי אחלה"	3.10 ₪
	5 פיתות דגנית עין בר - 2 חב'	סופקה חבילת 10 פיתות	0.20 ₪
2.4.2016	5 פיתות דגנית עין בר - 2 חב'	סופקה חבילת 10 פיתות	1.50 ₪
29.4.2016	10 יח' פיתה תימנית עבודת יד	סופקה חבילת 10 פיתות	1.70 ₪
	חלב 1% - 2 ליטר	סופק חלב 3% ב-2 יח' של 1 ליטר	1.60 ₪
28.5.2016	חלב 1% - 2 ליטר, 2 יח'	סופקו 4 יח' של ליטר	1.20 ₪
11.6.2016	13 יח' פיתה תימנית עבודת יד	סופקה חבילת 10 פיתות	1.70 ₪
	כפיות חד פעמיות 100 יח'	סופקו כפות חד פעמיות	4.10 ₪
	רכז עגבניות טל 2 יח'	סופק "רסק עגבניות פרי"	3.60 ₪
	נייר טואלט מולט 40 גלילים	סופקה חבילת 48 גלילים	9.70 ₪
28.6.2016	5 פיתות בטעם ביתי - 4 יח'	סופקו 2 חבילות של 10 פיתות	5.80 ₪
	חלב 1% - 2 ליטר, 2 יח'	סופקו 4 יח' של ליטר	1.20 ₪
9.7.2016	רכז עגבניות טל 2 יח'	סופקו 2 יח' "תרכיז עגבניות"	2.20 ₪
	כרית יפנית סנו סושי	סופקה "ניקול כרית יפנית"	0.70 ₪
	חלב 1% - 2 ליטר	סופק חלב 3%	0.80 ₪
18.7.2016	חלב 1% - 2 ליטר, 2 יח'	סופקו 3 יח' של ליטר	0.90 ₪ (ביחס למשקל שסופק)
	פסטה ספירלי - 3 יח'	סופקה יחידה אחת ועוד 2 יח' "פסטה ריקיולי"	6.60 ₪

18. מדובר במוצרים שאינם ייחודיים ונדירים, ואין הצדקה הגיונית לכך שלא יהיו במלאי תמיד.

מהחשבוניות עולה שיש חזרתיות משמעותית במוצרים שסופקו באופן חלופי. כלומר – אף על פי שהמשיבה, באופן שגרתי וחוזר, נוהגת לספק חלופות קבועות למוצרים מסוימים (חלופות אשר לרב יקרות יותר מהמוצר המקורי), היא ממשיכה לפרסם את המוצרים המקוריים באתר האינטרנט כמוצרים שניתן לקבל אצלה בהזמנה האינטרנטית.

19. מדובר במימד נוסף של ההטעיה שיוצרת המשיבה. שכן, אף אם בחלק מהמקרים נציגיה יוצרים קשר עם הצרכנים ומודיעים על החוסרים ועל המחיר השונה של המוצרים שיסופקו, המשיבה מצליחה ליצור תדמית של "הסל הזול ביותר" ברגע ההזמנה האינטרנטית, גם כאשר היה עליה לדעת שלא תוכל לעמוד בהזמנות ובכך גורמת ללקוחות רבים יותר לקנות אצלה כשברור שאלו לא יקבלו את מבוקשם.

20. בנוגע למוצרי שקילה, רק במקרים נדירים המשיבה מספקת את הכמות המדויקת שהוזמנה ובשאר המקרים הכמות שסופקה אינה זהה לכמות שהוזמנה. המשיבה מספקת, כדבר שבשגרה, מוצרים במשקלים שסטייתם מהמשקל שהוזמן מגיעה לעשרות אחוזים (ולעתים אף מאות אחוזים). כך לדוגמה:

תאריך רכישה	מוצר	משקל שהוזמן	משקל שסופק	הפרש באחוזים	הפרש במחיר
26.11.2015	קלמנטינות	500 גר'	1025 גר'	105%	1.95 ₪
12.1.2016	בננה	1000 גר'	1205 גר'	20.5%	1 ₪
	תפוח עץ חרמון	1500 גר'	1740 גר'	16%	1.61 ₪
4.2.2016	גב' בולגרית	300 גר'	410 גר'	36.7%	4.4 ₪
2.3.2016	לימון	500 גר'	655 גר'	31%	1.07 ₪
	בננה	1000 גר'	1270 גר'	27%	1.32 ₪
	תפוח עץ חרמון	500 גר'	685 גר'	37%	1.24 ₪
16.3.2016	גב' בולגרית	200 גר'	279 גר'	39.5%	3.16 ₪
2.4.2016	לימון	500 גר'	915 גר'	83%	2.99 ₪
11.6.2016	משמש	1000 גר'	1370 גר'	37%	1.65 ₪
10.8.2016	עמק לייט מעדניה	200 גר'	244 גר'	22%	2.99 ₪

21. מכלל החשבוניות שנבדקו, שקילת היתר היא מובהקת - וגביית היתר בעקבותיה עולה בהרבה על הגבייה בחסר. השוואת החשבוניות מעלה כי רק בשני מקרים הסכום המשוקלל הצביע על שקילת חסר וגביית חסר ונטה לטובת הצרכן ואילו בשאר המקרים, 19 במספר, הסכום המשוקלל מחישובן נטה באופן ברור לרעת הצרכן ולטובת המשיבה.

22. סך הגבייה העודפת שבוצעה על ידי המשיבה בעניינו של המבקש היא כדלקמן:

סימן	תאריך רכישה באתר	מחיר הזמנה ₪	מחיר חשבונית ₪	לא סופקו או חויבו סה"כ ₪	גביית חסר (שקילה וללא שקילה)	גביית יתר במוצרי שקילה	גביית יתר במוצרים ללא שקילה	סה"כ גביית יתר	סוגי גביית יתר
א	26.11.2015	572.4	501.7	82.9	0.24	5.77	6.6	**12.13**	פערי מחיר, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה

ב	8.12.2015	370.55	311.96	61.7	1.26	3.37	1	**3.11**	פערי מחיר, הפרשי שקילה
ג	17.12.2015	297.9	300.89	21.8	1.59	7.18	19.1	**24.69**	מוצרים שלא הוזמנו, הפרשי שקילה
ד	29.12.2015	431.8	386.57	63	0.3	9.37	8.7	**17.77**	פערי מחיר, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
ה	12.1.2016	340.85	369.96	26.8	0.62	14.88	42	**56.26**	פערי מחיר, מחיר לקילו גבוה, מוצר שלא הוזמן
ו	24.1.2016	274.35	285.56	0	6.94	13.45	4.7	**11.21**	פערי מחיר, מחיר לקילו גבוה, מוצר שלא הוזמן, הפרשי שקילה
ז	4.2.2016	314.95	313.2	16.9	0.7	9.65	6.2	**15.15**	מוצר שלא הוזמן, הפרשי שקילה
ח	16.2.2016	274.15	276.57	21.8	0.72	6.24	18.7	**24.22**	מוצרים שלא הוזמנו, הפרשי שקילה
ט	2.3.2016	429.6	458.78	0	17.83	7.51	61.6	**51.28**	פערי מחיר, מוצרים שלא הוזמנו, הפרשי שקילה
י	16.3.2016	574.9	568.93	17.4	11.23	10.46	12.2	**11.43**	פערי מחיר, מוצר שלא הוזמן,

									מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
יא	2.4.2016	409	392.66	20.5	4.11	5.77	2.5	**4.16**	פערי מחיר, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
יב	16.4.2016	535.45	434.86	99.9	5.21	1.52	3	**-0.69**	פערי מחיר, הפרשי שקילה
יג	29.4.2016	563.9	509.58	70.75	7.18	2.56	21.05	**16.43**	מוצר שלא הוזמן, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
יד	14.5.2016	709.9	517.41	192.9	1.4	1.61	0.2	**0.41**	פערי מחיר, הפרשי שקילה
טו	28.5.2016	520.05	522.26	0	1.82	2.83	1.2	**2.21**	מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
טז	11.6.2016	516.25	469.51	85	1.34	16.68	21.9	**37.24**	פערי מחיר, מחיר לקילו גבוה, חיוב מוצר שלא סופק, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה.
יז	28.6.2016	517.45	523.9	20.4	2.72	9.34	16.1	**22.72**	פערי מחיר, מחיר לקילו גבוה, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
יח	9.7.2016	367.4	287.09	88.6	2.4	6.78	3.9	**8.28**	פערי מחיר, מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה

יט	18.7.2016	469.6	457.62	6.9	5.56	2.68	7.5	**4.62**	מוצר חלופי יקר, הפרשי שקילה
כ	30.7.2016	479.6	457.92	21.5	4.21	4.03	0	**-0.18**	הפרשי שקילה
כא	10.8.2016	440.4	357.05	82.2	5.65	4.5	0	**-1.15**	הפרשי שקילה

סה"כ גביית יתר בהזמנות שנבדקו	**321**
ממוצע גביית יתר להזמנה	**15**

העילות

23. הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"):

סעיף 2 בחוק הגנת הצרכן קובע כי: "**לא ייעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה**."

סעיף 14ג(א) בחוק הגנת הצרכן קובע כי: "**בשיווק מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן פרטים אלה לפחות: [...] מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום האפשריים**".

סעיף 17ב(א) לחוק הגנת הצרכן קובע כי: "**עוסק המציע, המציג או המוכר טובין לצרכן יציג על גביהם או על גבי אריזתם את מחירם הכולל**."

סעיף 17ב(ד) לחוק הגנת הצרכן קובע כי: "**המחיר המחייב של טובין יהיה המחיר שהוצג עליהם בהתאם להוראות סעיף זה, אף אם מחירם בקופה גבוה מהמחיר האמור**".

על המשיבה הייתה החובה לגבות את המחיר שפורסם על המוצר עצמו, ואת המחיר שהוסכם בשלב ביצוע הרכישה.

סעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן (מחיר ליחידת מידה), תשס"ח-2008 קובע במפורש כי: "**מחיר ליחידת מידה יסומן על גבי הטובין או אריזתם או על גבי תווית או שלט הצמודים למדף שמונחים עליו הטובין ולעניין טובין הנמכרים בעסקת מכר מרחוק כהגדרתה בסעיף 14ג(ו) לחוק, יוצג המחיר ליחידת מידה בצמוד למחיר הטובין**".

סעיף 1 בתקנות הגנת הצרכן (חובת גילוי משקל של מוצר), תשע"ה-2015 קובע כי: "**עוסק חייב לגלות לצרכן את משקלו של מוצר הנמכר על פי משקל, על ידי העמדת מכשיר השקילה באופן**

המאפשר לצרכן לראות על נקלה ובלא הפרעה את פעולת השקילה ואת תוצאותיה". הגם שעניינן של תקנות אלו במצב בו השקילה מבוצעת לנגד עיני הלקוח, יש בהן כדי ללמד על החשיבות שבדיוק בשקילה, ורצונו של המחוקק למנוע מצב בו מאמירים המחירים בדרך של שקילת יתר.

24. <u>עשיית עושר שלא כדין על חשבון המבקש וחברי הקבוצה</u>:

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "**חוק עשיית עושר ולא במשפט**") קובע כי: "**מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה**".

המשיבה התעשרה על חשבון המבקש ויתר חברי הקבוצה; ההתעשרות היא על חשבון המבקש וחברי הקבוצה, ששילמו את המחיר שננקב בחשבונית, העולה על המחיר שסוכם עליו במעמד הרכישה; ההתעשרות היא שלא כדין עת נעשתה בניגוד לדין מסוים – הדין אוסר על שימוש בפרטי כרטיס אשראי שניתנו לצורך תשלום מסוים לצורך גביית כספים אחרים. כך, בין היתר, מהווה הדבר פגיעה בפרטיות (בניגוד לסעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981); קבלת דבר במרמה (סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) ואפשר שאף גניבה בידי מורשה (סעיף 393 לחוק העונשין); וגניבת כרטיס חיוב והונאה בכרטיס חיוב (סעיפים 16-17 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986) (וראו עוד לפירוט בעניין זה פרק ד.5. להלן).

25. <u>חוסר תום לב</u>:

המשיבה הפרה את חובת תום הלב המוטלת עליה, מכוח סעיף 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "**חוק החוזים**").

26. <u>פגיעה בזכות הפרטיות והפרת חובה חקוקה</u>:

הרוכש נותן את פרטי כרטיס האשראי שלו למשיבה לצורך התקשרות בחוזה רכישה על פי הכמויות והמחירים שפורטו טרם מסירת פרטי כרטיס האשראי. פרטי כרטיס אשראי הם בגדר מידע פרטי כמובנו בחוק הגנת הפרטיות. הרוכש לא הסכים כנדרש בחוק הגנת הפרטיות, שיעשה כל שימוש אחר בפרטי כרטיס האשראי. כאשר המשיבה עושה שימוש בכרטיס האשראי על מנת לחייב את הרוכש בסכום החורג מהסכום שהופיע באתר האינטרנט, היא מבצעת עוולה של פגיעה בפרטיות, בהתאם לסעיפים 2(9) ו-4 לחוק הגנת הפרטיות.

במעשיה אף הפרה המשיבה חובה חקוקה, כמשמעותה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת הנזיקין**"). המשיבה הפרה את חובתה מכוח סעיפים 393 ו-415 לחוק העונשין,

שעניינם גניבה בידי מורשה וקבלת דבר במרמה. זאת, שכן המשיבה קיבלה הרשאה לחיוב הכרטיס עד לסכום שהופיע בהסכם בין הצדדים, ולאחר מכן עשתה שימוש בהרשאתה זו על מנת לגבות גביית יתר, תוך הטעיית הרוכש. כל תנאי עוולת הפרת חובה חקוקה מתקיימים במקרה דנן – החיקוק חל על המשיבה כעל כלל הציבור; החיקוק נועד להגן על הציבור מפני גניבה בידי מורשה ומרמה; המשיבה הפרה לכאורה את האיסור; נגרם לרוכשים נזק כלכלי ברור מהמעשים; והנזק הוא בדיוק מהסוג אליו התכוונו המחוקקים – נזק כלכלי ממשי.

המשיבה הפרה את החובה החקוקה הקבועה בסעיף 17 לחוק כרטיסי חיוב, האוסרים על הונאה בכרטיסי חיוב. מתקיימים כל יסודות העוולה – החיקוק חל על המשיבה; החיקוק נועד להגן על הציבור מפני שימוש ברכיבים מכרטיס האשראי שלו ללא ידיעתו; המשיבה הפרה לכאורה את האיסור, בכך שגרמה לרוכש להאמין שישלם את המחיר המופיע על גבי המוצר באינטרנט, ולא מחיר אחד, שמקורו לא ידוע; נגרם לרוכשים נזק ממשי; והנזק הוא בדיוק מסוג הנזק שנוצר במקרים של הונאת אשראי.

<u>הקבוצה</u>

27. חברי הקבוצה הוגדרו בבקשת האישור כדלקמן:

"כל מי שרכש מוצרים מהמשיבה באינטרנט וחויב שלא על פי המחיר כפי שצוין באתר האינטרנט ובאישור הרכישה שלו בשבע השנים האחרונות".

<u>הנזק</u>

28. הנזק שנגרם למבקש הוא בסך של 321 ₪ מתוך ההזמנות שנבדקו. בממוצע כ-390 ₪ לשנה (בחישוב של 26 הזמנות בשנה, ו-15 ₪ גביית יתר בממוצע לכל הזמנה).

המבקש מעמיד את הנזק השנתי הממוצע לכל אחד מחברי הקבוצה בהערכה ממעיטה יותר, על סך 250 ₪.

הנזק לקבוצה, ביחס ל-7 השנים שקדמו להקדם בקשת האישור, מוערך ב-52,500,000 ₪.

<u>הסעד המבוקש</u>

29. פיצויים והשבה – על המשיבה להשיב לחברי הקבוצה את הסכומים שנגבו מהם ביתר.

על המשיב לפצות את הרוכשים באינטרנט בגין הפגיעה בפרטיותם פיצוי לא ממוני נוסף, המוערך על דרך האומדנה ב - 50 ש"ח לאדם, ובסה"כ 1,500,000 ₪ לחברי הקבוצה.

30. צווים – בית המשפט מתבקש ליתן צו המחייב את המשיבה לגבות תשלום בגין רכישה באינטרנט על פי הסכום שהוצג באתר האינטרנט במדויק.

<u>תמצית תשובת המשיבה</u>

31. כל אי ההתאמות הנטענות הן שוליות וזניחות. הן היו צפויות וידועות למבקש, והוא הסכים מראש, במפורש ובהמשך אף מכללא, לאפשרות שהן יתרחשו מחדש, ולתרופות שהוצעו לו על ידי המשיבה.

32. המשיבה, כמו רשתות אחרות בענף, חיפשה להשתלב בתחום השיווק האינטרנטי. המשיבה (בתקופה הרלוונטית לתובענה) העדיפה לשתף פעולה עם חברת mysupermarket ישראל בע"מ שהפעילה במועדים הרלוונטיים את האתר זאת מאחר שפיתוחו, הקמתו והפעלתו של אתר אינטרנט מתאים, אשר יעמוד בכל כללי הבטיחות והפרטיות הרלוונטיים, מחייבת השקעת משאבים רבים, ומאחר שהדבר אינו מצוי בתחום פעילותה. באותה העת האתר סיפק לפונים אליו שירות של השוואת מחירים בין רשתות השיווק השונות ואפשר ביצוע הזמנה ורכישה מקוונת מאחת מרשתות השיווק הנסקרות בו באמצעותו.

33. ב - 9/2012 התחברה רשת יינות ביתן לשירות הזמנות מקוונות דרך האינטרנט. קודם לכן הכשירה והתאימה לכך 10 סניפים ייעודיים ברחבי הארץ ובכך פתחה את שעריה להזמנות דרך רשת האינטרנט, תחת המותג "יינות ביתן באינטרנט".

34. האתר היה למעשה אחד הכלים האינטרנטיים הראשונים, שהיו קיימים בשוק אז, אשר אפשר לצרכן להשוות בין מחירי מוצרי המזון ברשתות השיווק השונות ולבצע הזמנה ורכישה מקוונת באמצעותו. באותה העת היה מדובר בחידוש טכנולוגי ושיווקי בישראל שטרם צבר ניסיון וותק.

35. המשיבה התקשרה עם האתר חרף העובדה ששמה עצמה בתחרות עם הרשתות האחרות בשוק באותה האכסניה תוך איבוד היתרונות היחסיים שלה. זאת, מתוך מטרה להשתלב בשוק השיווק האינטרנטי.

36. המשיבה הייתה ערה כבר בראשית ההתקשרות עם האתר לקשיים ולאתגרים אשר עשויים לנבוע מאופי מתן השירות באמצעותו, אשר היה אז חדשני ובוסרי. בין היתר, התחשבה המשיבה באתגרים הנובעים מסוגיות הקשורות בדרכי התקשורת בין הצרכן לבינה, הממשק

שבין המערכת הדיגיטלית לגורם האנושי, תקלות טכנולוגיות, טעויות אנוש - לרבות בביצוע ההזמנות המקוונות בפועל ואופן ליקוט המוצרים, חוסרי מלאי, מועדי אספקה – לרבות פערי מחיר הנובעים מפערים בין מועדי הזמנה לבין מועדי אספקה נדחים, אי התאמות אלו ואחרות וכיוצ"ב, קשיים אשר עלולים להתעורר בכל שרשרת שלבי ביצוע ההזמנה ו/או הרכישה המקוונת. ביטוי לקשיים אלה ניתן בתקנון השירות (להלן: "**התקנון**").

התקנון מהווה הסכם בין הצרכן המשתמש באתר לבין המשיבה. התקנון גלוי וידוע ללקוחות המשיבה או האתר, וככל שהם בוחרים לבצע רכישה באמצעות האתר הרי שהם הסכימו לתנאיו .

37. המשיבה קיימה את כל הוראות התקנון, וסיפקה למבקש את הרכישות המקוונות שהזמין באתר בהתאם להוראותיו. בכך עמדה המשיבה בהתחייבותה החוזית כלפיו ובתום לב.

38. בתקופה הרלבנטית לבקשת האישור, על מנת לבצע הזמנה מקוונת היה על הצרכן להיכנס לקישור אינטרנטי תחת הכתובת www.mysupermarket.co.il.

הקישור הפנה לאתר אשר שימש כ"אתר גג" שדרכו יכול היה הצרכן לבצע הזמנות מספקים שונים ובד בבד להשוות מחירים בין רשתות השיווק הקמעונאיות הגדולות בארץ, שלכל אחת מהן אתר אינטרנט ייעודי תחת קישור הגג. על מנת לקבל שירות דרך האתר, היה על הצרכן להירשם תחילה ולהזין את פרטיו האישיים הנדרשים לצורך זיהוי והשלמת השירות הנדרש. לאחר רישומו, רשאי היה הצרכן לגלוש ולבחור את הרשת המועדפת עליו ובטרם ביצוע סימון מוצרי המזון שברצונו להזמין, היה עליו לאשר את תנאי השימוש וקבלת השירות על פי התקנון של הרשת שבחר. תקנון השירות היה זהה לרשתות הצורכות את השירות באמצעות MySuperMarket.

39. בשלב הראשון – הצרכן סימן את המוצרים הדרושים לו מתוך קטלוג מוצרים ומחירים המפורטים באתר וצירף אותם לסל הקניות הווירטואלי שלו. ככל שהצרכן היה מעוניין להשלים את ההזמנה הוא עבר ל"קופה" הוירטואלית ובה הזין את הכתובת לאספקת המוצרים וכן חלון זמנים המועדף עליו לצורך קבלתם. הצרכן מסר את פרטי כרטיס החיוב שלו, וההזמנה נקלטה במחשב מנהל האינטרנט האמון על ניהול מערך ההזמנות המקוונות (להלן: "מנהל האינטרנט") בסניף המלקט, אשר ממנו סופקה ההזמנה לצרכן (להלן: "הסניף המלקט"). מנהל האינטרנט היה גם הסמכות המקצועית ואחראי גם על סגירת מעגל הטיפול בלקוחות שפנו לאחר הקניה.

40. בשלב השני – עובד ייעודי של הסניף המלקט, שעבר הדרכה מתאימה, ליקט את המוצרים שהוזמנו בהתאם לתקנון ולפי מיטב שיקול דעתו (להלן: "עובד מלקט") והעביר אותם

באמצעות מסופונים ייעודיים הנמצאים על עגלת קניות מיוחדת. בתום תהליך הליקוט ערך העובד המלקט חשבון סופי לקניות הצרכן לפי הכמויות והמוצרים שלוקטו בפועל וחייב את כרטיס החיוב של המזמין בהתאם לחשבון הסופי והמחייב. לאחר מכן, המוצרים שלוקטו נארזו ושולחו אל בית הלקוח לכתובת היעד שמסר בהתאם לחלון הזמנים שהוזן על ידו.

41. ההזמנה של הצרכן נותבה לסניף הייעודי שממנו יסופקו המוצרים לצרכן. מנהל האינטרנט בסניף הייעודי ריכז את ההזמנות וניתבם בין המלקטים, בשים לב לכתובת ההזמנה ולחלון בו היא אמורה לצאת כדי ליצור תעדוף שמסונכרן עם הזמנת הצרכן. עבודת המלקט מדמה פעולת קנייה של צרכן.

42. על פי הנוהל, כאשר עובד מלקט קיבל את ההזמנה המקוונת היה עליו לפעול בהתאם לשלבים הבאים:

42.1. העובד המלקט אוסף עגלה שעליה מותקנת מערכת קידוד בר-קוד המחובר לקו הקופות באמצעות חיבור אלחוטי.

42.2. העובד מלקט את המוצרים הנבחרים בהתאם להזמנה, תוך שהוא בוחר את המוצרים השונים בהתאם למפורט בה ובהתאם להוראות התקנון. בנסיבות אלו העובד המלקט נדרש לשיקול דעת בדבר בחירת המוצרים השונים אותם הוא מלקט לסל הקניות.

42.3. ככל שתוך כדי ליקוט המוצרים על ידי העובד המלקט מתברר כי קיים חוסר במלאי של מוצר מסוים או שקיים קושי אחר בליקוט המוצרים המוזמנים העובד המלקט מעדכן את הגורמים הרלוונטיים והם יוצרים קשר טלפוני עם המזמין על מנת לקבל את אישורו לספק מוצר חליפי או לקבל את הנחיותיו להמשך.

42.4. על התהליך ויישומו מפקח מקרוב מנהל האינטרנט וזאת לצד מנהל המשמרת המצוי בסניף באותה עת.

43. מחירי המוצרים אשר שווקו על המשיבה דרך האתר נקבעו על ידה באופן בלעדי והיא היחידה שהייתה מוסמכת לקבוע אותם או לשנותם מעת לעת.

44. תחום השיווק הקמעונאי מתאפיין בתנודתיות רבה במחירי המוצרים השונים, הנובעת מתנאי הסחר והשוק, הסביבה, רגולציה, מבצעים, ביקוש והיצע וכיוצ"ב שיקולים רבים ומגוונים המשפיעים על מחירו הסופי של המוצר.

כפועל יוצא של תנודתיות זו, המשיבה נדרשת לעדכוני מחיר עיתיים ומהירים, בשל שינויים תכופים של מחירי המוצרים השונים שאותם היא משווקת, ולעיתים אף למספר עדכוני מחיר

ביממה או בפרקי זמן קצרים. התמחור של מוצר זה או אחר נקבע על ידי מנהלי הסחר במשיבה, תוך שקלול מספר רב של פרמטרים.

45. בהתאם למחיר שנקבע על ידי מנהלי הסחר במשיבה למוצר מסוים, מקלידות מידעניות של המשיבה באופן ידני את המחיר החדש של אותו מוצר למערכת הממוחשבת של המשיבה.

המערכת הממוחשבת שומרת באופן אוטומטי את פרטי היסטורית המחירים של כל מוצר ומוצר אשר נמכר על ידי המשיבה ואת מועדי עדכוני המחיר של אותו מוצר.

46. מאחר שבתקופה הרלוונטית לתובענה המשיבה לא הפעילה כלי שיווקי אינטרנטי משלה והסתמכה לצורך זה על המערכות שסיפק לה האתר, היה צורך לאפשר למערכות הממוחשבות של האתר גישה למערכת המשיבה לשם עדכון המחירים ויצירת ממשק שיעדכן את המחירים המצוינים באתר לפי הצורך.

לצורך עדכון המחירים המשיבה התירה למערכות המיחשוב של האתר גישה למערכת שלה, על מנת שמערכת האתר תמשוך באופן יזום את טבלת כל המחירים של כל המוצרים שהמשיבה משווקת למערכות של האתר. פעולה זו הייתה מתרחשת על ידי mysupermarket ללא התערבות של המשיבה פעמיים ביום, בד"כ בשעות הבוקר המוקדמות ובשעות הערב.

לאחר שמערכות המחשוב של האתר "משכו" את כל טבלת המחירים של המשיבה, הן סרקו את הטבלה על מנת לאתר שינויי מחיר אלו או אחרים במוצרים השונים.

ככל שמערכות האתר זיהו שינוי כלשהו במחיר של מוצר מסוים אזי הם עדכנו את מחירו על גבי הפלטפורמה של האתר.

47. תהליך משיכת העדכונים ממערכת המשיבה למערכת האתר והטמעתם היה תהליך שיכול היה להימשך עד כחצי שעה, כאשר בפרק זמן זה למעשה יש פער בין מחירי המשיבה הנכונים לבין המחיר המפורסם באתר. פער בלתי נמנע במקרה של סנכרון 2 מערכות שונות.

תהליך משיכת המחירים החדשים למערכת האתר היה תלוי ומותנה בכך שכל מערכות המיחשוב יפעלו ללא כל תקלות, כגון: תקלות תקשורת, תקלות שרתים או תקלות טכנולוגיות אחרות אשר עשויות להתרחש כל אימת ששתי מערכות טכנולוגיות משיקות זו לזו.

48. כל התהליך של שינוי ועדכון המחירים באתר נעשה באופן אוטומטי ללא כל מגע יד אדם. עם זאת, תהליך עדכון המחירים של מערכת המחשוב של המשיבה עדיין מחייב תשומות אנושיות של הקלדת המחירים החדשים למערכת בפועל וזאת על ידי עובדי המשיבה.

ככל שאירעה תקלה בתהליך עדכון המחירים אין למשיבה כל דרך לגלות תקלה זו או את מקורה כיום, וזאת, בין היתר, נוכח חלוף הזמן הרב.

49. המשיבה הקימה מערך שירות לקוחות למתן מענה ייחודי ללקוחות ההזמנה המקוונת.

על אף המאמצים והמשאבים המושקעים בשירות המקוון, אין להוציא מכלל אפשרות טעויות, בין של גורם אנושי ובין של מערכות טכנולוגיות, הקורות מעת לעת.

על פי הוראת התקנון, ועל פי מדיניות המשיבה, לשירות הלקוחות שיקול דעת רחב להחליט על אופן הטיפול בצרכן שאינו שבע רצון מכל סיבה שהיא מהמוצרים שסופקו לו או לא סופקו לו לפי הזמנתו, אם באמצעות מתן זיכוי כספי מלא או חלקי או החלפת המוצר.

המשיבה מנחה את נציגיה לטפל בכל תלונה במלוא תשומת הלב ולבצע מעקב לאחר מתן המענה הראשוני עד לסגירת המשימה לאחר סיום הטיפול, אשר מסתיים רק לאחר שניתן מענה ממשי לצרכן. המשיבה מקדישה מאמץ רב בכדי להעניק שירות ראוי כשהנחת היסוד היא שהלקוח יקבל מענה לשביעות רצונו. לפיכך, כל צרכן אשר מתלונן על-פגם או אי-התאמה או חוסר במוצר שהזמין, בהתאם לנוהל הטיפול בכל מקרה ומקרה ובכפוף לכך שהצרכן פעל בהתאם לתנאי התקנון, יקבל פיצוי או החזר או מענה הולם לפנייתו.

<u>התקנון</u>

50. התקנון מהווה את מסמך ההתקשרות בין המשיבה ללקוחותיה בשירות ההזמנות המקוון. כל צרכן המשתמש בשירות ההזמנות המקוון נדרש לבטא במפורש את הסכמתו לתנאי התקנון טרם ביצוע הזמנה מקוונת. הסכמת הלקוח הנה תנאי יסודי לביצוע הרכישה המקוונת.

51. בסעיף 23 לתקנון נקבע כי: "**ההזמנה תסופק ללקוח כאמור על ידי החברה, בכפוף לאמור בתקנון זה בדבר זכותה של יינות ביתן שלא לספק מוצרים כלשהם**".

52. בסעיף 12 לתקנון נקבע כי: **עם סיום ההזמנה יפקיד הלקוח את מספר כרטיס האשראי אשר יהיה במצב שמירה (הלקוח מצהיר כי ידוע לו שאבטחת המידע המוזן לאתר נעשית באמצעות תוכנת אבטחה SSL הנהוגה באתרי מסחר אלקטרוני),עד לביצוע ליקוט ההזמנה בפועל על ידי חברת יינות ביתן והעברת הפריטים בקופה, אז יחויב כרטיס האשראי של הלקוח, מועדי התשלום ומספר התשלומים האפשרי יוצגו לאישורכם בעת מילוי ההזמנה (תנאי האשראי יהיו בהתאם לאלה הנהוגים בחברת יינות ביתן מעת לעת)**.

53. בסעיף 13 לתקנון נקבע כי: "**בסיום התהליך יקבל הלקוח דואר אלקטרוני ובו פרטי ההזמנה הכולל גם מספר הזמנה ייחודי שיהווה אסמכתא**".

54. בסעיף 14 לתקנון נקבע כי: "**ההזמנה תסופק ללקוח בהתאם למועד שבחר**".

55. בסעיף 26 לתקנון נקבע כי: "**יינות ביתן תשתדל לספק את כל המוצרים שיכללו בהזמנה, אולם לא תמיד יהיו כל המוצרים זמינים לביצוע המשלוח בזמן סביר. לכן, יינות ביתן אינה מתחייבת לספק את כל המוצרים בהזמנה בין אם צוין כי הם במלאי ובין אם לאו וללקוח לא תהיינה טענות כלשהן כלפי יינות ביתן בגין אי אספקת מוצר כלשהו בהזמנה. יינות ביתן תספק ללקוח רק את המוצרים שנמצאים במלאי החנות המספקת בעת הכנת המשלוח, או תחליפים בתיאום עם הלקוח כאמור בטופס ההזמנה שמילא הלקוח.**"

56. בסעיף 32 לתקנון נקבע כי: "**באחריות הלקוח לוודא כי כל המוצרים שהוזמנו סופקו, ובאיסוף המוצרים על ידו ייחשב כהסכמתו ואישורו לאספקת המשלוח במלואו ולא יוכל הלקוח לבוא בדרישות ו/או טענות ו/או תביעות כלשהן כלפי חברת יינות ביתן בגין משלוח זה.למען הזהירות בלבד, באם יהיו טענות ללקוח בגין אספקת המשלוח האמור, יהיה על הלקוח להגיע באופן עצמי אל הסניף בו אסף את המשלוח**".

57. בסעיף 37 לתקנון נקבע כי: "**על הלקוח לבדוק את תכולת המשלוח עם קבלתו ולערוך השוואה הן להזמנה והן לחשבונית שתימסר לו בעת האספקה על ידי השליח**".

58. כמו כן, בסעיף 37 לתקנון נקבע כי: "**במקרה שתתגלה אי התאמה של המוצרים בעקבות הבדיקה הנ"ל או במקרה אחר של חוסר שביעות רצון מצד הלקוח לעניין המוצרים המסופקים, על הלקוח להודיע על כך, למוקד שירות הלקוחות בתוך 24 שעות לאחר מועד האספקה. מוקד שירות לקוחות יתאם עם הלקוח ההשלמה/ההחלפה/ההחזרה של המוצר/ים ו/או את החיוב/הזיכוי הכספי של הלקוח, לפי העניין וככל שמתחייב על פי כל דין והלקוח יחויב בדמי המשלוח כאמור בתקנון זה**".

59. בסעיף 40 לתקנון נקבע כי: "**חברת יינות ביתן אינה אחראית בשום דרך לחוסר זה או אחר במוצר שנרשם בהזמנה של הלקוח**".

60. בסעיף 42 לתקנון נקבע כי: "**חברת יינות ביתן תהא רשאית לספק תחליפים למוצרים חסרים בהתאם לבקשה של הלקוח כפי שמולאה בטופס ההזמנה וללקוח לא תהיה כל טענה לגבי המוצר החליפי שיסופק גם אם מחירו של המוצר החילופי יהא שונה ממחיר המוצר המוזמן. במקרה כזה תעמוד ללקוח האפשרות להחזיר את המוצר החלופי במידה ואינו לשביעות רצונו, והלקוח יזוכה במלוא המחיר עבור המוצר שהוחזר**".

61. בסעיף 46 לתקנון נקבע כי: "**חברת יינות ביתן אינה מתחייבת שמחירי המוצרים באתר יהיו זהים למחירי המוצרים הנמכרים בסניפי החברה השונים וכי בכל מקרה המחיר הקובע למחיר שסופק באמצעות השירות שניתן באתר הינו מחיר המוצר אשר מופיע באישור ההזמנה ולא המחיר שיופיע על המוצר במדבקת המחיר, אם יופיע**".

62. בסעיף 47 לתקנון נקבע כי: "**על כל המוצרים השקילים לרבות ירקות, בשר, דגים ומעדניה תודבק מדבקת משקל ע"מ ליצור שקיפות מלאה ללקוח ו/או למשתמש, מאחר ומדובר במוצרים שקילים תיתכן סטייה בין המשקל שהוזמן לבין המשקל שיסופק והחשבון ייערך לפי המשקל שיסופק בפועל ולא תהא ללקוח ו/או למשתמש ו/או לצד ג' כלשהו טענה כלשהי**".

63. בסעיף 55 לתקנון נקבע כי "**הלקוח פוטר את יינות ביתן מכל אחריות לנזק מכל סוג שהוא שעלול להיגרם לו ו/או לצד ג' כלשהו כתוצאה מתקלה טכנית בחומרה ו/או בתוכנה הקשורים לאתר**".

64. המשיבה קיימה את כל הוראות התקנון ואת כל הוראות הדין הרלוונטיות.

65. בעת הגשת התשובה, המשיבה מפעילה אתר אינטרנט עצמאי.

<u>רכישותיו המקוונות של המבקש</u>

66. בחינת הראיות לכאורה מעלה כי בכל רכישה מקוונת, אותה ביצע המבקש באמצעות האתר, המשיבה פעלה כדין ובהתאם לתקנון בכל עת. למבקש לא נגרמו הנזקים הנטענים.

67. פערי הגבייה, הנטענים על ידי המבקש, בגין המוצרים השקילים (ירקות ופירות, מוצרי מעדניה) נובעים מהיות מוצרים אלו נמכרים ביחידות אשר משקלן הפרטני משתנה מיחידה ליחידה, לעיתים אף בשיעור משמעותי או בשל כך שליקוטם של המוצרים תלוי בשיקול דעתו של העובד המלקט.

המשיבה גילתה למבקש את כל המידע המהותי הדרוש לצורך ביצוע הזמנת מוצר שקיל באתר, לרבות העובדה כי ייתכנו פערי משקל וכי המחיר שישולם יהיה בהתאם לכמות המסופקת בפועל. המבקש הסכים לתנאי יסודי זה והוא ממילא מושתק ומנוע מלטעון כנגד תנאי זה.

68. המשיבה חייבה לעיתים בחסר במוצרים אחרים באותה רכישה מקוונת.

69. ככל שנפלה טעות בין מחיר מוצר כלשהוא, כפי שאושר באישור ההזמנה, לבין המחיר שנגבה מהמבקש בפועל – מדובר בטעות אנוש או תקלה טכנולוגית נקודתית והדבר נעשה בניגוד לנוהלי המשיבה והנחיותיה. מדובר בכמות קטנה של מוצרים ביחס לכמות שהוצגה.

70. בחלק מהרכישות המקוונות שביצע המבקש הוא דווקא נהנה מפערי מחיר לטובתו במספר מוצרים.

71. אפילו יימצא כי המשיבה אכן גבתה ביתר בשל הפרשי מחיר הזמנה – חשבונית, וגרמה לנזק למבקש, הרי שהנזק הכספי הוא זניח ושולי.

72. ככל שסופקה למבקש אריזה נוספת מיותרת של מוצר, הרי שמדובר בטעות אנוש נקודתית של העובד המלקט ולא מדובר במדיניות מכוונת של המשיבה. המבקש היה מודע לאפשרות של התרחשות אי התאמה מסוג זה והסכים לה.

ככל שהמבקש לא היה חפץ באריזה נוספת של אותו מוצר – עמדו לרשותו המנגנונים הקבועים בתקנון לתיקון הטעות לשביעות רצונו המלא.

המבקש לא פנה למשיבה על מנת להחזיר את המוצר על כן סביר להניח שהמבקש צרך את המוצר ונהנה ממנו.

73. מוצר חליפי יקר יותר – גם בעניין זה נהגה המשיבה בהתאם להוראות התקנון וככל שסיפקה מוצר חלופי אחר, הדבר נעשה תוך תיאום עם המבקש או מי מטעמו ובהסכמתו. ככל שהמבקש לא היה שבע רצון מהמוצר שסופק לו – עמדו לזכותו מנגנוני התרופות שהמשיבה מעמידה לצרכנייה לפי התקנון. משלא פנה המבקש בבקשה לזכותו או להחליף את המוצר החילופי שקיבל אין לו אלא להלין על עצמו בשל כל נזק שנגרם לו.

74. חיוב ביתר בשל פערי מחיר – המבקש היה ער לאפשרות התרחשות של טעויות אנוש, והסכים לה, בכפוף למנגנוני הפיצוי או הזיכוי או ההחלפה שמפורטים בתקנון. משנמנע המבקש מלפנות למשיבה בתלונה ביחס לפערי המחיר, ומשצרך את המוצרים ונהנה מהם, הוא מנוע ומושתק מלטעון כנגדה. בנסיבות אלו לא נגרם לו נזק.

75. חיוב בשל מוצר שלא הוזמן – ככל שהמבקש לא חפץ במוצר שלא הוזמן, דרך המלך הייתה לפנות למשיבה על מנת להשיבו ולקבל את כספו חזרה או לקבל זיכוי בגינו. משלא עשה כן המבקש, אין אלא להסיק שהסכים לקבל את המוצר, עשה בו שימוש ונהנה ממנו.

העילות המשפטיות

76. טענת ההטעיה – כל המידע המהותי הנדרש על פי דין הוצג למבקש, טרם הרכישות המקוונות. למבקש היו ידועים הסיכונים והיתרונות של השירות המקוון, לרבות מנגנוני התיקון, ההשבה הפיצוי הזיכוי שאותם הפעילה המשיבה, נוכח הסיכונים והאתגרים האנושיים והטכנולוגיים הנובעים ממתן שירות הזמנות מקוון וכיוצ"ב.

המבקש לא הוטעה על ידי המשיבה, לא במעשה ולא במחדל.

הפרת חובה חקוקה – למבקש היו ידועים כל הסיכונים והסיכונים שבביצוע רכישה מקוונת על מאפייניה המיוחדים, לרבות תנאי ביטולה, והוא הסכים להם מראש במפורש ומכללא. המשיבה לא הטעתה את המבקש ולא הפרה כלפיו חובת גילוי.

המשיבה קיבלה הרשאה מהמבקש לעשות שימוש בכרטיס האשראי שלו לצורך חיובו בתשלום התמורה בגין הרכישה המקוונת. כאשר שווי הרכישה המקוונת תלוי ומותנה בכמות ובמוצרים המסופקים בפועל – לא ניתן לסכם את תמורת הרכישה המקוונות במועד ההזמנה אלא רק לאחר ביצועה בפועל. המבקש ידע זאת והסכים לכך במפורש ומכללא וממילא גם הרשה למשיבה לחייב את כרטיס האשראי שלו בהתאם להזמנה בפועל.

77. עשיית עושר – הנטל להוכיח שהמשיבה קיבלה נכס שירות או טובת הנאה אחרת שלא על פי זכות שבדין, על המבקש. המבקש קיבל מהמשיבה את הטובין שרכש ושילם עליהם את המחיר הנקוב בצידם. המבקש צרך את הטובין שרכש ונהנה מהם.

המשיבה לא הפרה כל הוראת חוק.

מכל מקום בנסיבות יש ליתן למשיבה פטור מהשבה, נוכח התנהגות המבקש אשר לא נהג כצרכן תם לב בכך שלא בדק את החשבוניות במועד ולא פנה למשיבה על מנת לתקן את המחדלים הנטענים על ידו.

המשיבה הציגה בפני המבקש את כל תנאי הרכישות המקוונות, באופן שאפשר לו לקבל החלטה מושכלת ולתקן כל נזק נטען שעשוי היה להיגרם לו. חרף זאת, המבקש נהג באופן בלתי סביר וחסר תום לב, תוך הפעלת שיקולים בלתי ענייניים.

מאחר והמשיבה לא פעלה ביודעין על מנת להתעשר על חשבון אחרים שלא כדין, יש לפטור אותה מהשבה על פי סעיף 2 בחוק עשיית עושר ולא במשפט. אם יוטל על המשיבה להשיב כספים, אשר ניתנה בגינם תמורה, ייגרם לה חיסרון כיס כפול כתוצאה מנסיבות שהיו ידועות וצפויות למבקש ואשר הוסכמו על ידו מראש במפורש.

78. עילה חוזית בשל חוסר תום לב – המשיבה לא הפרה את חובת תום הלב החלה עליה כלפי המבקש מכוח סעיפים 12 ו-39 בחוק החוזים.

79. בקשת האישור אינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק לצורך אישורה כתובענה ייצוגית.

<u>תמצית התגובה לתשובה</u>

80. המשיבה מודה כי הייתה מודעת, מבעוד מועד, לפרקטיקות שתוארו בבקשת האישור (ס' 15 לתשובה).

81. בהליך גילוי המסמכים התברר כי למרות טענת המשיבה כי היא עובדת לפי נהלים קפדניים. הרי שלא קיימים כל נהלים (לרבות נהלים שנטען שעל פיהם פועלים לעניין איסוף מוצרים בשקילה), לא קיים תיעוד של תלונות, אין למשיבה כל ידיעה על איפיון המערכת הממוחשבת (אשר לכאורה יצרה את הפערים בין המחירים בהזמנה למחירים שנגבו), וההסבר שניתן לפערים הללו – נוגד את השכל הישר.

82. עצם הסתרת המידע מבית המשפט, ואי גילוי ראיות הכרחיות, מלמדות על קיומה של עילה לכאורה.

שתי גרסאות ההגנה העובדתיות של המשיבה – כי הפערים בחיוב נבעו מאופן פעולתה של מערכת המחשב, וכי הפערים בחיוב הם תוצאה של תקלות נקודתיות – נותרו לא מבוססות.

83. המשיבה סירבה למסור את אפיוני המערכת. זאת, הגם שבהחלטה בבקשה לגילוי מסמכים נקבע כי: "**אשר לאפיוני המערכת תבחר המשיבה – לגלות את המסמכים תוך התחייבות לסודיות של ב"כ המבקש והמבקש. לחלופין – לא תגלה, ואולם אי גילוי זה עשוי לשמש נימוק לאישור התובענה הייצוגית**" (החלטה מיום 4.10.2018). מקום בו צד בחר שלא לגלות מסמכים המצויים בידו, חזקה כי מסמכים אלו היו עומדים לו לרועץ.

84. המשיבה טוענת כי הפער בין המחיר במועד ההזמנה למחיר במועד החיוב נובע מכך שפעמיים או שלוש פעמים ביום מעודכנים המחירים ונוצר פער בין המחיר המופיע באתר לבין המחיר שמחויב. הטענה לא הוכחה.

טענה זו אינה מסבירה מדוע חויב הלקוח לפי המחיר במועד ביצוע החיוב, ולא לפי המחיר במועד ביצוע ההזמנה. לכאורה כל שנדרש הוא להנחות את מערכת החיוב (האוטומטית) להתייחס למחירי המוצרים במועד ביצוע ההזמנה ולא למחירי המוצרים במועד ביצוע החיוב.

המשיבה מודה כי הייתה מודעת לפער שעלול להיווצר בין המחירים, אך לא עשתה דבר על מנת למנוע את התקלה.

85. המשיבה לא טענה כי עדכון המערכת חל בשעות שהמבקש ביצע את ההזמנות, וכי זוהי הסיבה לפערים בחיוב ב-19 מתוך 21 הרכישות שביצע.

המשיבה התעלמה מכך שבעוד האתר כולל לא רק את המחיר אלא גם את המבצעים שחלים ברגע ביצוע ההזמנה, ככל שמבצעים אלו הופסקו עד למועד החיוב, הלקוח אינו נהנה לא מהמבצעים שהיו במועד הרכישה שלו ולא מהמבצעים במועד החיוב.

המשיבה לא הציגה ראיה הקושרת בין עדכון המערכת לבין הפערים בחיובים בפועל.

86. במסגרת הליך גילוי המסמכים, ביקש המבקש לקבל את הנהלים הנזכרים בתשובת המשיבה כמו גם פלט מערכת הפקת הלקחים. לעניין זה השיבה המשיבה בגילוי המסמכים, כי: "**לא קיים כל מסמך הנחיות בכתב**" (עמ' 2 לתשובה לבקשת גילוי המסמכים). גם מסמכים כמו ההתקשרות עם אתר mysupermarket לא גולו בטענה כי אינם קיימים.

מסמכים נוספים שבית המשפט הורה על גילויים – ההנחיות ביחס לעדכון המחירים; התלונות והדיווחים עליהם – לא גולו על ידי המשיבה.

87. יש לקבוע כי נטל ההוכחה עבר לכתפי המשיבה. הנטל להוכיח טעות נקודתית על המשיבה. המשיבה טענה כי הטעויות בחיוב מקורן: "**בטעות אנוש ו/או תקלה טכנולוגית נקודתית וכי הדבר נעשה בניגוד לנוהלי המשיבה והנחיותיה**". על כן, נטל ההוכחה מוטל על המשיבה להראות כי אכן כך הדבר.

88. המשיבה אינה חולקת על עובדה כלשהיא מעובדות בקשת האישור, אלא רק מוסיפה עליהן טענות עובדתיות נוספות והסברים מטעמה. מדובר בטענת "הודאה והדחה" המעבירה את נטל ההוכחה על המשיבה.

89. מקום בו יצר בעל דין נזק ראייתי המקשה על בירור האמת –נטל ההוכחה עובר אליו.

המשיבה טוענת כי אין בידיה כל מסמך רלבנטי, לרבות מסמכים שברור שהתקיימו בעבר. מדובר במקרה מובהק של נזק ראייתי, המצדיק את העברת הנטל לכתפי המשיבה.

90. אשר לפער השקילה – יש אפשרות למכור את המוצר בהתאם למספר יחידות ולא במשקל. הפערים בשקילה הם פערים שעולים בהרבה על הפער של הוספת יחידה אחת של המוצרים השקילים.

91. אשר לאספקת מוצרים חלופיים למוצרי בסיס בעלויות גבוהות יותר –טענות המשיבה להסכמת הלקוח להחלפה לא גובו בראיות.

בהתאם להוראות חוק הגנת הצרכן, חלה חובה על המשיבה לגלות את מחירו של המוצר, והיא אינה יכולה להסתפק בהוראת תקנון הקובעת כי אם לאחר קבלת המוצר החלופי הלקוח לא יהיה שבע רצון מהמחיר הוא יהיה רשאי להחזיר את המוצר.

המשיבה לא הסבירה כיצד יכולים להיות חוסרים במוצרים בסיסיים ביותר, דוגמת חלב ונייר טואלט, ומדוע המוצרים החלופיים הם תמיד בעלות גבוהה יותר. המשיבה לא הסבירה האם במועד הצעת המוצר החלופי, ככל שזו אכן מתבצעת, מוסבר ללקוח הפער במחירים.

92. אשר לאספקת מוצרים שלא הוזמנו – לא ברור כיצד מאפשרת הקופה לחייב לקוח בגין מוצר שלא כלול בהזמנתו. מערכת המחשוב של המשיבה יכולה להשוות בין ההזמנה לבין החיוב ולוודא שאין בחיוב מוצרים שלא היו בהזמנה. משלא גולו נתונים לגבי אופן ביצוע ההזמנה המקוונת, לא ניתן לדעת מה מקור החיוב ביתר.

93. לא ברור איזה תקנון צירפה המשיבה, מאיזה אתר ומאיזו תקופה. המשיבה לא הציגה את המסך המוצג לצרכנים ולא טענה כי מידע כלשהו המפורט בתקנון מובלט לעיני הרוכשים במעמד הרכישה.

יש להניח כי כוונת המשיבה לכך שהצרכן נדרש להקליק על אישור הסכמה גורפת לתקנון. הסכמה כזו היא חסרת תוקף נוכח הוראת סעיף 4(12) בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. הנטל להוכיח שאין מדובר בתניה מקפחת הוא על המשיבה, אשר לא הוכיחה כי ציבור הלקוחות בפועל מעיין בתקנון האתר.

94. הוראות חוק הגנת הצרכן הן קוגנטיות. המשיבה אינה יכולה לפטור עצמה מהאיסור על הטעיית הצרכנים, הקבוע בסעיף 2 בחוק הגנת הצרכן ; מחובתה להציג את המחיר של הנכס ברכישה מרחוק, הקבועה בסעיף 14ג(א) בחוק הגנת הצרכן ; מחובתה להציג את המחיר הכולל, הקבועה בסעיף 17ב(א) בחוק הגנת הצרכן ; או מחובתה לכבד את המחיר שהוצג לצרכן אף אם הוא שונה מהמחיר בקופה, בהתאם להוראות סעיף 17ב(ד) בחוק הגנת הצרכן.

95. המשיבה אינה יכולה לפטור עצמה מכל חבות באמצעות הוראות התקנון, שכן הוראות השוללות ממנה כל חבות בקשר עם טעויות שלה הן הוראות מקפחות.

מתקיימים בענייננו חלק מן החזקות, בהתאם לסעיף 4 בחוק החוזים האחידים:

החזקה שבסעיף 4(1) בחוק החוזים האחידים – התקנון פוטר את הספק מאחריות המוטלת עליו, בהתאם לחוק הגנת הצרכן, לספק את המוצרים במחיר שהוצג לצרכן ובמידה שהתבקשה על ידי הצרכן.

החזקה שבסעיף 4(2) בחוק החוזים האחידים – תקנון המשיבה מתיר לה לשנות את החיובים המהותיים על פי החוזה – המחיר והכמות שהתבקשו. מטעם זה קמה גם החזקה הקבועה בסעיף 4(4) בחוק החוזים האחידים.

החזקה שבסעיף 4(6) בחוק החוזים האחידים – העברת הנטל במסגרת התקנון אל הלקוח, להשוות בין ההזמנה למוצרים שסופקו וכן צמצום יכולתו לקבל סעד לדרך של פניה למשיבה על מנת להחליף מוצר ספציפי. הפעולה הנדרשת מלקוח, על מנת שיתוקן הליקוי, היא פעולה מורכבת ורבת שלבים, שבסופה הוא עלול להיות מחויב בדמי משלוח נוספים, להידרש להפסיד שעות עבודה ועוד.

96. סעיף 46 לתקנון המשיבה קובע כי: "**בכל מקרה המחיר הקובע למחיר שסופק באמצעות השירות שניתן באתר הינו מחיר המוצר אשר מופיע באישור ההזמנה**". אפילו על פי התקנון עצמו, המחיר המופיע באישור ההזמנה הוא המחיר הסופי והמחייב.

97. סעיף 55 לתקנון המשיבה, כולל פטור מאחריות רק במקרה של תקלה טכנית בחומרה או בתוכנה. בענייננו, המשיבה עצמה מודה כי אין מדובר בתקלה מסוג זה.

98. סעיף 47 לתקנון המשיבה, שעניינו פער במוצרים שקילים בין המשקל שהוזמן לזה שסופק, אינו כולל הסבר למונח "סטייה". יש לפרש את העמימות בהוראת הסעיף נגד המשיבה.

99. הוראות תקנון המשיבה לא כוללות כל סייג, שמכוחו אפשר ללמוד שהיא רשאית לספק מוצרים שכלל לא התבקשו, ולחייב את הלקוח בגין מוצרים אלו.

100. סעיף 42 לתקנון אינו כולל התייחסות לשאלת הפער בין עלות המוצר שהתבקש לבין עלות המוצר החליפי. הסעד של השבת מוצר הוא סעד לא אפקטיבי, מכביד וסביר שמעטים עושים בו שימוש. יש לקרוא לתוך הוראת סעיף 42 רכיב של סבירות.

101. באשר לעילת ההטעיה – המצגים המטעים הם המחירים המוצגים באתר, והאפשרות לרכוש מוצרים במשקל מדויק. חוק הגנת הצרכן יוצר חזקה שהמחיר המוצג הוא המחיר שעליו מסתמך הצרכן. מדובר גם בשכל ישר.

<u>גילוי מסמכים</u>

102. ביום 7.6.2018 הגיש המבקש בקשה למתן צו לגילוי ועיון במסמכים.

103. בהחלטתי מיום 4.10.2018 קיבלתי את הבקשה בחלקה והוריתי למשיבה לגלות את המסמכים הבאים:

א. המבקש ביקש את כל ההנחיות ביחס לדרך עדכון המחירים באתר ובכלל זאת אפיון המערכת של אתר המכירות של החברה לאחר שסיימה את התקשרותה עם Mysupermarket.

ביחס לדרישה זו הוריתי כדלקמן:

> **"לעניין הממשק בין רשימת המחירים לאתר האינטרנט – אשר לאפיוני המערכת תבחר המשיבה – לגלות את המסמכים תוך התחייבות לסודיות של ב"כ המבקש והמבקש. <u>לחילופין – לא תגלה, ואולם אי גילוי זה עשוי לשמש נימוק לאישור התובענה הייצוגית</u>.**
> **לא מצאתי ממש בטענה כי ההנחיות ביחס לעדכון המחירים באתר הם סוד מסחרי ואני מחייבת גילויים".** (סעיף 19 להחלטה, ההדגשה אינה במקור מ' נ')

ב. המבקש ביקש לגלות את כל התלונות: שהתקבלו, מיום תחילת השיווק באמצעות האינטרנט ועד היום, בגין פערי מחיר בין המחיר בהזמנה למחיר בקופה; שהתקבלו, מיום תחילת השיווק באמצעות האינטרנט ועד היום, בגין החיוב על מוצרים שלא הוזמנו; שהתקבלו, מיום תחילת השיווק באמצעות האינטרנט ועד היום, בגין חיוב על מוצרים חלופיים שעלותם גבוהה מהמוצרים שנרכשו; שהתקבלו, מיום תחילת השיווק באמצעות האינטרנט ועד היום, בגין פערים בין המשקל של מוצרים בשקילה כפי שהוזמן, למשקל כפי שסופק בפועל; עוד ביקש כי ככל שהמערכת של החברה מסווגת את תלונות הפונים לפי סוג התלונה – פלט המערכת בקשר עם תלונות הקשורות בפערי מחיר, פערי שקילה ופערי אספקה; כן עתר לגלות כל הדיווחים על תלונות אלו, הניתוח שלהן וממצאי הניתוח, במסגרת מערכת הפקת הלקחים המוזכרת בתשובת המשיבה.

ביחס לדרישות אלה קבעתי כדלקמן:

> **"אשר לתלונות השונות והדיווחים עליהן, אני סבורה שהן רלבנטיות לשלב זה של בקשת האישור, הן לקיומה של קבוצה, הן לעניין השאלות המשותפות לחברי הקבוצה, הן לעניין מקור הבעיה כשיטה או טעות נקודתית. על כן אני מחייבת את המשיבה בגילוי המבוקש.**" (סעיף 20 להחלטה).

104. לא חייבתי את המשיבה להמציא את המסמכים הבאים:

א. מסמך הנחיות לטיפול בתלונות צרכנים לפי ס' 52 בתשובה - כי המשיבה טענה שאין מסמך כזה.

ב. נוהלי המשיבה שבסעיף 62.6 בתשובה - לאחר שהמשיבה טענה כי אלה מפורטים בתקנון נספח 3 לתשובה.

ג. ההסכם עם אתר Mysupermarket - מאחר שהמשיבה טענה כי אין כזה בכתב.

ד. התכתובות בין המשיבה לבין Mysupermarket בקשר עם מנגנון עדכון המחירים, וכל הנהלים והתלונות ומסמכים המפרטים את אמצעי הביקורת בקשר עם מנגנון עדכון זה - נוכח הצהרת המשיבה כי התקשורת עם האתר הייתה בעל פה.

105. המבקש הגיש ביום 31.12.2018 בקשה למחיקת כתב התשובה של המשיבה, בטענה שהמשיבה לא קיימה את צו גילוי המסמכים ולא גילתה כל מסמך.

המשיבה התנגדה לבקשת המחיקה. בנוגע לדרישת כל ההנחיות ביחס לדרך עדכון המחירים באתר ובכלל זאת אפיון המערכת של אתר המכירות של החברה לאחר שסיימה את התקשרותה עם Mysupermarket, טענה כי פנתה לחברת self-point, הפלטפורמה של אתר האונליין כיום, וביקשה כי תואיל למסור מידע והסבר על אפיון המערכת אשר פותח על ידה. לשיטת חברת self-point איפיון המערכת הוא סוד מסחרי שלה. למשיבה אין איפיון של המערכת.

המצהיר מטעם המשיבה, מר נועם קלר, הביא בתצהירו את מלוא המידע אשר חברת self-point העבירה למשיבה בדבר עדכון המחירים באתר. חברת self-point אינה בעלת דין, לא הייתה מחויבת למסור מידע זה למשיבה, ועשתה זו כמחווה של רצון טוב ולפנים משורת הדין.

עוד טענה המשיבה שגילוי המסמכים שבסעיף זה מתייחס לתקופה שלאחר סיום ההתקשרות עם אתר mysupermarket.

106. המשיבה הוסיפה וטענה כי ביחס למסמכים אודות תלונות לקוחות – הוצהר כי כל פניות הלקוחות אשר רכשו באתר האינטרנט של המשיבה הופנו לסניפים ספציפיים אשר מהם הוזמנו המוצרים, וטופלו על ידי מנהלי ליקוט. מאחר שלא היה מדובר במערכת מסודרת ומאורגנת, לא תועדו ולא נשמרו התלונות מתקופה זו.

המשיבה טענה גם כי נוכח שינויים ארגוניים וחילופי גברא שנערכו אצלה בתקופה הרלבנטית, לא ניתן לבצע בדיקה של כל תלונה שהתקבלה, טלפונית או באמצעות דוא"ל.

107. באשר למסמכים בנוגע למערכת הפקת הלקחים – טענה המשיבה כי מדובר במערכת אונליין שקיימת מדצמבר 2017 והסיווגים בה אינם יורדים לרזולוציות של פערי מחיר. כדי להוציא תלונות לגבי פערי מחיר יש לעבור תלונה, תלונה ולבדוק את כולן. מדובר במשימה המהווה הכבדה יתרה על המשיבה, שכן מדובר באלפי תלונות בשנה.

108. בדיון שהתקיים בפניי ביום 14.1.2019 הוסיף וטען ב"כ המשיבה, ביחס לגבי הנחיות עדכון מחירים, כי אין הנחיות כתובות של המשיבה:

> **"בסופו של יום, אלה פעולות טכניות של קלדנית שעומדת, מקבלת רשימה של מחירים מהקניין של הרשת שקובע את המחירים והיא מקלידה. אין הנחיות כתובות כי אין צורך בהן. אם חברי רוצה שננסה לשחזר את רשימת המחירים זה משהו אחר <u>אבל אין הנחיות כתובות מה הפעולות שהקלדנית צריכה לעשות. לא קיים מסמך כזה</u>. זו המציאות."** (עמ' 5 לפרוטוקול, שורות 25-28, ההדגשה אינה במקור מ' נ')

109. בסופו של יום, המבקש לא עמד על בקשתו למחיקת כתב התשובה, בהמלצת בית המשפט (עמ' 7 לפרוטוקול, שורה 21).

<u>דיון</u>

<u>המסגרת הנורמטיבית - התנאים לאישור תובענה כייצוגית</u>

110. בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא הליך מקדמי, שבמסגרתו בית משפט נדרש להכריע בשאלה האם יש מקום לדון בתובענה שהובאה לפתחו במסגרת ההליך של תובענה ייצוגית. לשם כך, על בית המשפט לבחון האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית.

111. סעיף 3(א) בחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "**לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה**". התוספת השנייה בחוק מאפשרת הגשתה של "**תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח. בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו**" (ר' פרט 1 בתוספת השנייה).

עוסק מוגדר בחוק הגנת הצרכן כך: "**מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן**".

112. בענייננו, בקשת האישור הוגשה בהתאם לפרט 1 בתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות.

113. סעיף 3(ב) בחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "**הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט**" וסעיף 8(א) קובע את התנאים אשר בהתקיימם רשאי בית המשפט לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית. וכך נקבע בסעיף 8(א) בחוק תובענות ייצוגיות:

> **"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:**
> **(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;**
> **(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;**
> **(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;**
> **(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".**

להלן אבחן התקיימותם של התנאים הקבועים בסעיף 8(א) בענייננו.

<u>סעיף 8(א)(1) - האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לחברי קבוצה ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובתם</u>

114. ברע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי** (נבו 5.7.12) (להלן: "**עניין עמוסי**") נדרש בית המשפט לשלב בקשת האישור ולנטל לעניין השאלה האם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה וכך נפסק שם:

> **"בשלב המקדמי של אישור התובענה כייצוגית, נדרש בית המשפט להעריך אם יש אפשרות סבירה כי השאלות העובדתיות והמשפטיות הנדונות יוכרעו לטובת קבוצת התובעים. הרציונאל המנחה העומד בבסיסה של דרישה זו הוא שתובענה ייצוגית חושפת את הנתבע לסיכון כי יידרש לשלם את הסכומים הנתבעים בתובענה לקבוצה רחבה של תובעים, תוך שהוא נושא בנטל כלכלי רב (רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, [פורסם בנבו] פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (26.4.2010) (להלן: פרשת קו מחשבה))...**
> **אשר על כן, ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת 'אפשרות סבירה' להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה**" (ההדגשה שלי – מ' נ').

115. ברע"א 3489/09 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ** (נבו 11.4.13) התייחסה כבוד השופטת ברק-ארז לחשיבות ולסכנות שבניהול תובענה ייצוגית, וקבעה בין היתר את הרף בו נדרש לעמוד התובע הייצוגי המבקש לאשר את תביעתו כייצוגית:

> **"41. מטרתו של שלב מקדמי זה היא למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה - ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד - כי הוא עומד בכל התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובכלל זה בדרישה לקיום עילת תביעה...**
> **על התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת לכאורה בתביעתו. בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה כייצוגית אינו יכול להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה להוכיחן באופן לכאורי. במקרה הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה, ולבחון היטב – משפטית ועובדתית – האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית (עניין מגן וקשת, בעמ' 328; עניין רייכרט, בעמ' 291-292). מבחנים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית, כמוסבר לעיל.**
> **...**
> **59... התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים נטל ראשוני - נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה" (ההדגשות שלי – מ' נ') (שם, בפסקאות 39-41 ו-59).**

116. (ראה גם עע"מ 980/08 **מנירב נ' מדינת ישראל - משרד האוצר**, בפסקה 13 (6.9.11) ורע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ**, בפסקה 1 (26.4.10) ורע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד נה(5) 276, 291 (2001)).

ולענייננו.

117. להלן המוסכמות והשאלות המשותפות הדורשות הכרעה:

<u>מוסכמות</u>

א. לגבי מוצרים שונים שרכש המבקש התגלו פערים בין המחיר הנקוב בהזמנה לבין המחיר שחויב בפועל (בחשבונית) (ס' 5 בסיכומי המשיבה).

ב. התקלה האמורה נובעת מטעויות אנוש, מכשלים טכנולוגיים בממשק שבין המערכות הרלבנטיות לתפעול האתר (ס' 5 בסיכומי המשיבה).

ג. היו שינויים בין מוצרים שהוזמנו לבין כאלה שסופקו בפועל, במשקל המוצרים, במוצר החליפי והיו מקרים שסופקו מוצרים שלא הוזמנו (ס' 5 בסיכומי המשיבה).

<u>השאלות המשותפות הדורשות הכרעה</u>

א. האם הוכח לכאורה –שהמשיבה, כשיטה, חייבה את הלקוחות: במחיר שונה בחשבונית, לעיתים גבוה יותר, בגין מוצרים (לרבות מוצרי שקילה) שרכשו לעומת המחיר שהוצג בגין המוצרים בעת ההזמנה; כי סיפקה ללקוחות מוצרים חליפיים, נחותים כמותית אך יקרים משמעותית מהמוצרים שהוזמנו; כי מוצרי שקילה סופקו בכמות גדולה יותר משמעותית מהמוזמן; כי סיפקה ללקוחות מוצרים שלא הוזמנו.

ב. אם כן – האם קמות למבקש עילות תביעה על פי חוק הגנת הצרכן וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א- 1970 בגין האמור.

ג. האם נוכח תקנון המשיבה לא עומדות למבקש עילות התביעה.

ד. האם קמה למבקש עילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט -1979.

ה. האם המשיבה הפרה את חובות תום הלב בהתאם לסעיפים 12 ו-39 בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג- 1973.

להלן אדון בשאלות כסדרן.

<u>האם הוכח לכאורה –שהמשיבה, כשיטה, חייבה את הלקוחות: במחיר שונה בחשבונית, לעיתים גבוה יותר, בגין מוצרים (לרבות מוצרי שקילה) שרכשו לעומת המחיר שהוצג בגין המוצרים בעת ההזמנה; כי סיפקה ללקוחות מוצרים חליפיים, נחותים כמותית אך יקרים משמעותית מהמוצרים שהוזמנו; כי מוצרי שקילה סופקו בכמות גדולה יותר משמעותית מהמוזמן; כי סיפקה ללקוחות מוצרים שלא הוזמנו.</u>

<u>חיוב במחיר שונה</u>

118. המבקש צירף לבקשת האישור דוגמאות של 21 הזמנות מוצרים מאת המשיבה ושל החשבוניות בגינן (נספחים 3א -3כא לבקשת האישור). מהמסמכים האמורים עולה כי בגין חלק מן

המוצרים שרכש המבקש הוא חויב בחשבונית הרכישה במחיר העולה על זה שהוצג לו באתר האינטרנט ואשר צוין בסיכום ההזמנה שקיבל עת סיים את הרכישה המקוונת.

119. המשיבה אישרה בתשובתה, כי בתקופה הרלבנטית לבקשת האישור היא הסתמכה על המערכות שסיפק לה אתר MySupermarket, כי לצורך עדכון המחירים התירה למערכות החישוב של האתר גישה למערכת שלה על מנת שמערכת האתר תמשוך את טבלת המחירים של המוצרים שמשווקת המשיבה למערכות האתר, וכי פעולה זו התרחשה על ידי mysupermarket פעמיים ביום, "**בד"כ בשעות הבוקר המוקדמות ובשעות הערב**" (ר' ס' 44 בתשובה). תהליך זה היה יכול להימשך עד כחצי שעה "**כאשר בפרק זמן זה יש פער בין מחירי המשיבה הנכונים לבין מחירי המשיבה באתר**" (ר' ס' 44 בתשובה וסעיפים 21-25 לתצהיר מר נועם קלר (להלן: "**קלר**"), אשר שימש בתקופה הרלבנטית לתובענה כמנהל שירות לקוחות במשיבה).

120. קלר נשאל אם פרקי זמן הסנכרון היו בשעות קבועות והשיב שאינו יודע (פר' עמ' 32 ש' 8). הוא לא ידע להגיד אם הזמנות המבקש נפלו ברגע הסנכרון (שם ש' 12). הוא השיב שיכול להיות שהסנכרון נעשה בשעות אקראיות לאורך כל היום (שם ש' 14). כשנשאל כמה פעמים ביום לערך היו עדכונים השיב "**משתדלים שזה לא יהיה הרבה אבל תלוי גם בתחרות, גם בעניינים מקומיים**" (שם ש' 18). עוד נשאל אם יכול להיות שהיו יום יום פערים במחיר והאם נכון שאין לו ידיעה לגבי מה שקרה בזמן שmysupermarket ניהלו את ההזמנות באינטרנט, והשיב: "**אני לא איש מערכות מידע...ואין לי מידע לגבי פערים כאלה. אני לא יודע לומר אם יש או אין פערים וממה נבעו**" (פר' עמ' 26 ש' 1- 2). קלר אישר כי אף שהתייחס למקור התקלה הרי שאישר שאינו מבין אישית אבל "**אני מבין את הרציונל והדרך שבה הדברים בוצעו**" (שם ש' 17). העד נשאל עוד אם הוא יודע באופן אישי להעיד ששיטת הממשק בין המשיבה לבין mysupermarket היא הגורם לתקלה של השוני במחירים והשיב: "**אני מניח שכן...ישב ובדקנו את זה וזה מה שהוסבר...על ידי מנהל מערכות מידע של הרשת ששמו רפי מרקמן**" (פר' עמ' 26 ש' 30 -34). העד לא ידע להשיב אם יצא סיכום לאותה ישיבה נטענת.

בהמשך נשאל קלר אם פנו לmysupermarket או ל self point בבקשה לאתר את מקור הפערים והשיב שלא היה מעורב בכך (פר' עמ' 27 ש' 5). עוד נשאל אם המשיבה ביקשה מהנ"ל לקיים מנגנון של בקרה שההזמנות והקבלות יהיו תואמות והשיב: "**אני לא יודע לומר, זה הגיוני שכן, שלא יווצרו תקלות של פערי מחיר. מן ההגיון שיהיה תהליך שכזה**" (שם ש' 22 – 23). בהמשך אישור כי לא יודע על פניה לחברות לקיים בקרה כזו (שם ש' 30).

121. עד נוסף של המשיבה, מר בן ציון קלו (להלן: "**קלו**") שהיה ספק הקופות הממוחשבות למשיבה בעת הרלבנטית, העיד כי לא ידע שעתידים להיות פערים בין המחירים באתר לבין אלה שבהם חויבו הלקוחות (פר' עמ' 40 ש' 29). כי צפייתו הייתה כי שחיוב הלקוח יהיה לפי המחיר בעת ההזמנה (שם ש' 31) וכי:

"יכול להיות מתנאים אובייקטיבים מהסיבה הפשוטה שמדובר פה בתי חברות מאי סופרמרקט זה ישות אחת וכל אחת עובדת בנפרד ויש עניין של תקשורת בין שרתים ויש עניין של זמינות שרתים ולכן תקלות עלולות להיות. אם אתה עובד בצורה אופטימלית ואין תקלות אז לא אמורות להיות בעיות" (שם ש' 30- 34).

בהמשך העיד:

"יש לנו שתי חברות (אני מדבר על יינות ביתן ועל מאי סופרמרקט). מסך הנתונים זה שמציג את הפריטים והמבצעים של אתר האינטרנט הוא לא המסד הנתונים שלי והוא לא עובד און ליין. הכוונה היא שהוא קולט את העדכונים ממני, מעדכן את עצמו ולצורך תצוגה במסך הוא חייב להוריד את האתר. משיחות איתם עם מאי סופרמרקט אני יודע איך הם עבדו....אני עדכנתי את המחיר אצלי והם מתחילים תהליך שיגרור את הדטה אליהם, לאחר מכן הם צריכים לעדכן את הדטה אצלם ולאחר מכן להציגו באתר. כלומר, בכל מקרה תמיד יש איזשהו פרק זמן שעדכנתי והם בדיליי מסוים...הפער בזמנים של עדכון האתר, יכול לגרום להפרשי מחירים. אני מעריך שהעדכון לוקח 15- 30 דקות. אני אומר שהשינויים במחירים קרו פעם בבוקר ופעם אחה"צ בשעה 17:00" (פר' עמ' 41 ש' 1- 19).

קלו העיד כי שעות עדכון המחירים באתר היו קבועות:

"ש. אבל העדכון תמיד היה באותן השעות .
ת. מבחינת מאי סופרמרקט זה היה תהליך אוטומטי. זה התבצע ב- 08:30 ובשעה 17:00.
ש. אם החשבוניות משעות שונות במהלך היממה המשמעות היא שיש עוד תקלה שגורמת לפערים האלה בנוסף .
ת. זה לא המקרה .
ש. לא בדקת סיבות נוספות לגבי הפערים?
ת. אין לי כלים לבדוק .
ש. עשיתם בדיקה אחרי שהוגשה התביעה הזו לראות מה היקפי הפערים?
ת. אמרתי לך שלא ניתן לבדוק." (עמ' 43 לפרוטוקול החל משורה 29 – עמ' 44 שורה 1)

לשאלה אם הזמנות המבקש נעשו בשעות העדכון השיב קלו שאינו זוכר (שם ש' 35). כשנשאל אם לאור ההסבר שלו כל הזמנות המבקש בהן מופיעים הפרשי מחירים היו צריכות להיעשות באותן שעות השיב: **"אני לא אומר את זה. אני לא אמרתי שזו הסיבה היחידה בעולם שיכולה לגרום להבדלי מחירים..."** (פר' עמ' 42 ש' 1- 2). קלו העיד כי בעת הקמת המערכת לא התבקש להשוות בין הזמנות לחשבוניות. כמו כן אישר כי my supermarket יודעים את הנתונים לגבי אורך הזמן שלקחו העדכונים (פר' עמ' 43 ש' 14, 20).

122. עיון באישורי ההזמנה של המבקש (צורפו כנספחים לבקשת האישור) מעלה כי המבקש ביצע הזמנות בשעות שונות, שאינן השעות עליהן העיד מר קלו כשעות שבהן בוצעו העדכונים באתר. כך למשל בהזמנה מיום 26.11.2015, שבוצעה בסביבות השעה 19:20 בערב, היה פער במחיר של גבינה לבנה 3% ; בהזמנה מיום 29.12.2015, שבוצעה בסביבות השעה 22:18 בערב, שוב היה פער במחיר של גבינה לבנה 3% ; בהזמנה מיום 24.1.2016, שבוצעה בסביבות השעה 23:40, היה פער במחיר של סנובון לאסלה ; בהזמנה מיום 2.4.2016, שבוצעה בסביבות השעה 13:23, היה פער במחיר של כמון טחון ; וכיוצ"ב. עולה כי המבקש ביצע הזמנות לאורך כל שעות היום.

כפי שכבר צוין לעיל, המשיבה בחרה שלא לצרף מסמכים בעניין איפיון המערכת בתקופה הרלבנטית.

מנהל מערכות המידע של המשיבה (רפי מרקמן), שהוא לכאורה העד הרלבנטי מטעם המשיבה, לא הובא לעדות ולא ניתן לכך כל הסבר.

המשיבה למעשה לא הכחישה את טענת המבקש כי היו פערי מחירים בין ההזמנה לחשבונית וטענה כי הלקוח חויב במחיר הנכון (ר' סעיף 62.5 בתשובה).

123. אני סבורה כי נוכח גרסת המשיבה בתשובתה כפי שהובאה לעיל, העובדה שיש פערי מחירים מוכחים בין המחירים בהזמנות למחירים בחשבוניות של המבקש, נוכח עדויות העדים קלר וקלו, נוכח אי המצאת המסמכים כמו גם היעדר התייצבות העד הרלבנטי של המשיבה, עולות לכאורה המסקנות הבאות:

היו עדכוני מחירים לפחות פעמיים או פעמים רבות יותר ביום, עובדה המתיישבת עם שעות ההזמנה השונות של המבקש, ולכאורה זו אחת הסיבות האפשריות לפערים בין המחיר הוצג ללקוח בעת ההזמנה לבין המחיר בו חויב בחשבונית. על כן מדובר בשיטה שהייתה נהוגה במשיבה ועל כן אין מקום לקבוע כי מדובר אך בטעות נקודתית.

המשיבה לא בדקה אם בעת ההזמנות של המבקש נעשו עדכונים ועל כן אין לקבוע כי רק נושא העדכונים הוא הסיבה הבלעדית להפרשי המחירים בין המחירים בהזמנות לבין אלה שבחשבוניות.

<u>חיוב בגין מוצרים חליפיים נחותים כמותית אך יקרים משמעותית מהמוצרים שהוזמנו, ללא הסכמת הלקוח.</u>

124. בבקשת האישור הובאו דוגמאות לפרקטיקה זו בסעיף 36. קלר העיד בעניין זה כי לא ידוע לו על נהלים בכתב שיש בעניין זה למלקטים (פר' עמ' 28 ש' 31). עוד מחקירתו של קלר בעניין זה:

"ש.שמענו שמלקט יוצר קשר עם לקוח. אתם מקיימים איזשהו תיעוד של השיחה הזו?
ת.זה מתחלק לשניים: השיחות מתבצעות מטלפונים סלולריים ולכן אין תיעוד לנושא השיחה. מה שכן, מרגע האתר החדש אותו אנו מנהלים יש אופציה למנהל הליקוט לתעד הערה ברגע שלקוח לא ענה לשיחת תחליפים אבל אין לנו כל יכולת לדעת מה עלה בשיחה כי השיחות מבוצעות מטלפון סלולרי ולא מוקלטות .
ש.ואחרי השיחה, המלקט צריך לסמן משהו או למלא טופס? יש איזושהי אינדיקציה לחב' שהיתה הסכמה של הלקוח לשינוי מחיר, מוצר, תוספת?
ת.לא, יש פה עניין של ליקוט הדברים שנעשה באופן דיגיטלי, לרוב בסיום תהליך הליקוט יוצר המלקט קשר עם הלקוח אם יש חוסר של מוצרים, לעתים יש מוצרים שלא נראים לאותו מלקט ברמה של איכות ולא רוצה לספק אז כמובן מעדכן את הלקוח ומוצרים תחליפיים .
ש.האם יש תיעוד?
ת.אין תיעוד על כך .
ש.אין לך יכולת להגיד למשל לגבי ההזמנות של המבקש שפנו אליו בכלל או מה אמרו לו.
ת.מדיניות השירות שלנו מחייבת את המלקטים ליצור קשר עם הלקוחות. אין לי כל דרך לדעת אם שוחחו או לא. זו המדיניות של השירות .
ש.איפה נמצאת מדיניות השירות הזו?
ת.חלק מהדברים הם בעל פה. זה לא תחת ניהולי, לא יודע אם הדברים כתובים אם לאו. במסגרת השירות שאותו אני מנהל חלק מהדברים כתובים, לצערי ישנם עדיין דברים שלא כתובים .
ש.מה זה חלק מהדברים?
ת.אצלי בשירות הלקוחות יש דברים שהם כתובים למשל תלונה על עיכוב בהזמנה, על כך שההזמנה לא הגיעה לבית לקוח. מה שכתוב זה איזה שירות אמורים לתת ללקוח, את התהליך עצמו .
ש.יש תרחיש שיחה שאמור מלקט לנהל עם לקוח במקרה שיש איזשהו שינוי?
ת.לא שידוע לי, אין שום דבר כתוב .
ש.יש איזושהי אינדיקציה אחרת שאנו יכולים ללמוד ממנה, מה מחויב המלקט להגיד ללקוח?
ת.במסגרת ההכוונה של המקלט מועברים לו נהלי עבודה שהוא אמורים לפעול על פיהם. בסופו של דבר עבודת המלקט היא לא כ"כ קשה, זה לקחת מסופון דיגיטאלי, ללקט דברים בדיוק כמו שהוא עורך קניות לביתו, לאסוף מוצרים, לנהל שיחה, בחלק מהמקומות לא רק המלקט מנהל שיחה אלא מנהל השיחה, תלוי בגודל הסניף.
ש.אבל כל זה נעשה בעל פה ואין על זה נהלים בכתב .
ת.לא שידוע לי שיש נהלים בכתב .
ש.גם לא מצגת בעניין .
ת.לא שידוע לי." (עמ' 27 שורה 35 – עמ' 28 שורה 33, ההדגשות אינן במקור מ' נ').

125. מהאמור עולה אם כן כי מלבד טענתו של קלר לכך ש"מדיניות השירות" של המשיבה מחייבת את המלקטים ליצור קשר עם הלקוחות, אין במשיבה כל נוהל כתוב או ראיה לנוהל סדור בעניין

זה. עוד עולה כי אין תיעוד לגבי שיחות המלקטים עם הלקוחות, וכי לקלר כמנהל שירות לקוחות אין דרך לדעת אם המלקט אכן שוחח עם הלקוח אם לאו. קלר טען כי למלקטים מועברים נהלי עבודה, ואולם לא יכול היה להציג נהלים אלה.

126. בנסיבות אלה, משסופקו למבקש מוצרים יקרים מהמוזמן, משלא אישר המבקש כי אכן נתן אישור לכך, ומשלא המציאה המשיבה כל ראייה לנוהל סדור או ביצוע מעקב אחר שיחות אלה, לא הרימה המשיבה בשלב זה את הנטל כי אכן הדבר נעשה בתיאום עם המבקש כפי שטענה (ס' 64.5 בתשובה).

<u>מוצרי שקילה שסופקו בכמות גדולה יותר משמעותית מהמוזמן</u>

127. מהטבלה שבסעיף 40 לבקשת האישור, המרכזת את ההזמנות השונות ומוצרי שקילה שהוזמנו ואשר סופקו במשקל העולה על המוזמן, עולה לכאורה כי מוצרי ירקות ופירות שקילים שהוזמנו, סופקו בחריגה משמעותית מהמשקל המוזמן (חריגה שבין 16% ל- 37%). עוד עולה כי מוצרי שקילה אחרים שהוזמנו, כמו גבינות, סופקו אף הם בחריגה משמעותית מהמשקל המוזמן (חריגה שבין 22% ל-39%).

128. המשיבה טענה בתשובתה כי קיומם של פערי גם לחובתה במוצרי השקילה מעידים כי פעלה בתום לב. עוד טענה כי הפערים במוצרים השקילים נובעים מכך שמדובר במוצרים הנמכרים ביחידות (ס' 63.3 בתשובה) וכי מדובר בכמויות שוליות וזניחות (ס' 64.3 בתשובה). בנוסף טענה כי על פי הנוהל כאשר העובד המלקט מקבל את ההזמנה המקוונת הוא פועל באופן שהוא אוסף עגלה שעליה מערכת קידוד שמחוברת לקופות, שכאשר הוא מלקט מוצר שקיל עליו להפעיל שיקול דעת ולבחור כמות מספקת "ובאיכות המצופה ממנו" (ס' 32 לתשובה).

המצהיר קלר כתב בתצהירו כי העובד הייעודי בסניף המלקט עובר הדרכה ומלקט את המוצרים לפי מיטב שיקול דעתו ובהתאם לתקנון (ס' 12 בתצהיר).

מעדות קלר התברר כי אין למשיבה נהלים בכתב ביחס לעבודת המלקטים.

129. בבית המשפט לא הוצגו פרטי ההדרכה שעובר המלקט, לא הוצגו נהלי עבודה למלקט בהיעדר נהלים כתובים כאלה. על כן לא הוכחה לכאורה שיטת עבודה סדורה לגבי המלקטים, וגם לא הובהר כיצד הם מלקטים מוצרים שקילים, למשל אם הם שוקלים בפועל את המוצר שהם מלקטים או שמא נסמכים על ניסיון או "לפי העין".

130. לגבי מוצרי שקילה מסוג פירות וירקות המורכבים ממספר פריטים, ברי כי קיים קושי לספק את המשקל המדויק. גם המבקש מציין בבקשה שברור לו כי קשה להגיע למשקל מדויק עת מדובר במוצרים שקילים כאלה. עם זאת אני סבורה כי לכאורה החריגה בשיעורים העולים מן

ההזמנות והחשבוניות שבבקשה אינה סבירה לכאורה. זאת בפרט נוכח העולה מהזמנות המבקש, כי הפערים הגדולים בכמות המוצרים השקילים הייתה דווקא בפריטים שמשקלם הוא קטן יחסית ואשר בהם אין סיבה לסטייה משמעותית (הזמנה מיום 26.11.2015 של קלמנטינות, פער של 105%; הזמנה מיום 2.4.2016 של לימונים, פער של 83%; הזמנה מיום 11.6.2016 של משמשים, פער של 37%).

אשר למוצרי שקילה כמו גבינות, שאינם מורכבים ממספר פריטים בעלי משקל שונה, לא ברור כלל מדוע לא ניתן לספק את המשקל המדויק או הכמעט מדויק.

<u>אספקת מוצרים שלא הוזמנו</u>

131. בטבלה סעיף 32 לבקשת האישור הובאו דוגמאות משמונה הזמנות של המבקש בפרק זמן של כ-5 חודשים שבהן סופקו עשרה מוצרים שלא הוזמנו (ממוצע שני מוצרים בחודש). המשיבה טענה כי נוכח העובדה שהמבקש משתמש במוצרים אשר סופקו ולא הוזמנו, יש להניח שהוא או רעייתו הזמינו אותם. עוד טענה כי משלא הביא המבקש לעדות את רעייתו יש לזקוף מחדל זה לחובתו.

אינני מקבלת את טענות המשיבה, זאת אף שהמבקש בעדותו אישור בהגינותו כי יתכן שהתקשרו אליו ושהוא אישר מוצרים נוספים (פר' עמ' 20 ש' 11 ופר' עמ' 24 ש' 16). ההזמנה שמחזיק הלקוח בידו לאחר ביצועה היא הוכחה לכאורה למוצרים שהזמין. המשיבה שטוענת כי הוזמנו מוצרים נוספים עליה הנטל להוכיח זאת. ואולם בידי המשיבה אין כל ראיה שכן לפי עדותו של קלר, כאמור, אין תיעוד של שיחות המלקט עם הלקוחות ככל שיש כאלה, אין למשיבה כל דרך לדעת אם הייתה שיחה כזו, אין בחשבונית אינדיקציה למוצרים שמסופקים בשונה מההזמנה (פר' עמ' 29 ש' 12), המשיבה בתשובה לבקשה לגילוי המסמכים טענה כי אין מסמך הנחיות לטיפול בתלונות צרכנים לפי ס' 52 בתשובה.

בנסיבות אלה אני סבורה כי המבקש הרים לכאורה את הנטל כי אכן המשיבה מספקת ללקוחות מוצרים שלא הוזמנו.

על כן אני קובעת כי יש אפשרות סבירה שהשאלות - האם הוכח לכאורה שהמשיבה, כשיטה, חייבה את הלקוחות: במחיר שונה בחשבונית, לעיתים גבוה יותר, בגין מוצרים (לרבות מוצרי שקילה) שרכשו לעומת המחיר שהוצג בגין המוצרים בעת ההזמנה; כי סיפקה ללקוחות מוצרים חליפיים, נחותים כמותית אך יקרים משמעותית מהמוצרים שהוזמנו; כי מוצרי שקילה סופקו בכמות גדולה יותר משמעותית מהמוזמן; כי סיפקה ללקוחות מוצרים שלא הוזמנו – יוכרעו לטובת הקבוצה.

<u>האם קמות למבקש עילות תביעה על פי חוק הגנת הצרכן וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א- 1970 בגין האמור.</u>

132. תכלית חוק הגנת הצרכן היא לגשר על פערי הכוחות בין הצרכן לבין העוסק ולהגן על האינטרסים של הצרכן בעת התקשרותו עם העוסק. עמדה על כך השופטת ט' שטרסברג-כהן בדנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק חברה ישראל לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(6) 385 (2003)(פסקה 2) (להלן: "**עניין ברזני**"):

> **"לחוק שהוא חלק מן החקיקה הצרכנית, תכליות רבות שליבתן היא הגנה על הצרכן מפני העוסק, בעל המעמד הכלכלי העדיף, וצמצום פערי הכוחות וחוסר השוויון בעמדות המיקוח של הצדדים. מטרתו להשליט אורחות התנהגות ראויות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. הוא נועד לחזק את האוטונומיה האישית של הצרכן ואת זכותו לכבוד על-ידי הבטחת יכולתו לבחור בחירה מושכלת במוצר ובשירות על-ידי כך שיקבל את כל המידע האמיתי הרלוונטי ולמנוע ניצול לרעה של מעמדו החלש יותר של הצרכן. הוא נועד להוציא מידיו של העוסק את אשר גבה שלא כדין מן הצרכן עבור מוצר או שירות, ובדרך זו להחזיר לצרכן את אשר נגבה ממנו שלא כדין ולהפוך גבייה כזו לא רק לבלתי ראויה אלא גם לבלתי משתלמת. ההגנה על הצרכן משמשת גם אמצעי לקידומה של תחרות הוגנת בין עוסקים, שהיא גורם חשוב בפעילות משקית וכלכלית תקינה (לסקירת תכליות החקיקה הצרכנית ראו: א' דויטש בספרה הנ"ל [55], בעמ' 27-37; וכן ראו דברי המבוא להצעת חוק הגנת הצרכן, בעמ' 302)."**

המשנה לנשיאה (בדימוס) ס' ג'ובראן (כתוארו דאז) בדנא 5783/14 **עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (נבו 12.9.2017) (להלן: "**עניין צמח**") עמד על פן אחר של דיני הגנת הצרכן שעניינו איזון ראוי בין הגנת הצרכן לבין עידוד העסקאות הצרכניות הנשענות לרוב על חוזים אחידים:

> **"ישנה תכלית נוספת של דיני הגנת הצרכן, שעניינה לאפשר קיומו של שוק צרכני ובו עסקאות צרכניות רבות עבור כלל הצרכנים. בבסיס תכלית זו ההבנה כי העסקאות הצרכניות – הנשענות על פי רוב על חוזים אחידים – מאפשרות קנייה פשוטה, נוחה ומהירה יותר של מוצרים רבים, מבלי צורך לנהל משא ומתן על כל מוצר בנפרד. בכך, הן מפחיתות את עלויות העסקה ומיטיבות עם ציבור הצרכנים הכללי. לכן, עצם קיומן של עסקאות צרכניות הוא אינטרס צרכני בפני עצמו – הראוי להגנה בדין. תכלית זו משמיעה כי יצירת הסדרים אשר יגנו על הצרכן יתר על המידה ויאיינו את כדאיות העוסקים ליצור עסקאות צרכניות (ככל שהדבר אפשרי), תפגע בקיומו של שוק צרכני וכך גם באינטרסים של הצרכן (ראו: סיני דויטש, הגנת הצרכן, עמ' 185-186; אורנה דויטש, מעמד הצרכן, עמ' 17-27). עינינו הרואות, לצד תכליות הנוגעות להגנות**

על הצרכן הספציפי, קיימת גם תכלית המגנה על ציבור הצרכנים כמכלול ועניינה עצם קיומו של השוק הצרכני." (פסקה 33 לפסק דינו)

133. סעיף 2(א) בחוק הגנת הצרכן קובע על איסור הטעיה צרכנית:

"לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;

(2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;

...

(13)המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית;

..." (הדגשות שלי – מ'נ').

134. בשנת 2005 תוקן סעיף 2 בחוק והוספו המילים "**לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה**". בדברי ההסבר נאמר כי הצעת החוק באה להרחיב את איסור ההטענה הקבוע בחוק כך שיחול גם על הטעיה מצד העוסק, שנעשתה לאחר מועד ההתקשרות בעסקה (ר' דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 19) (הטעיה לאחר התקשרות בעסקה) התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 254).

135. תכלית איסור ההטעיה הצרכנית פורשה בהצעת החוק ובפסיקה ככזו שמטרתה לתת מידע מלא, ככל האפשר, על העסקה שמתעתד הצרכן לעשות ולאפשר לו בחירה מושכלת ומימוש זכויותיו:

"האיסור על הטעיה וחובות הגילוי והסימון שהוטלו על עוסקים בחוק הגנת הצרכן כמפורט לעיל, נועדו להגשים את אחת המטרות המרכזיות שביסוד החוק והיא – מסירת מלוא המידע הדרוש לצרכן על מנת שיוכל להתקשר בעסקה התקשרות מושכלת המבטאת באופן אמיתי את העיקרון בדבר חופש ההתקשרות בחוזים" (ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי נ' תופיק ראבי ז"ל** (פסקה 25 לפסה"ד, 4.12.2011)

בעניין רע"א 2837/98 **שלום ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נ"ד(1) 600 (2000) נקבע כי הטעיה היא הצהרה כוזבת ושהיא נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות:

"הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעיה במחדל,

קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם (ראו: ג' שלו דיני חוזים, בעמ' 225; ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך ב) [10], בעמ' 787)." (פסקה 8 לפסה"ד).

136. ברעא 3456/13 **חברת חשמל לישראל בע"מ נ' יונתן שליידר** (נבו 29.8.2017) עמד בית המשפט על כך שבתובענות ייצוגיות שעניינן איסור הטעיה נקבע כי לא תקום לתובע עילה אישית בהיעדר קשר סיבתי בין הסתמכותו לבין מצג השווא של הנתבעת. בהמשך רוככה הדרישה באופן שדי בשרשרת סיבתית פחות ישירה בין הפרסום המטעה לבין הנזק שנגרם (פסקה נא לפסה"ד).

137. אני סבורה כי עיון במקבץ אי ההתאמות העולה מנספחי בקשת האישור, מהשוואת ההזמנות לחשבוניות ומהטבלאות שהציג המבקש בבקשת האישור לגבי כל אחת מן התקלות הנטענות, כפי שפורט לעיל, ואשר לא הוכחשו למעשה על ידי המשיבה, מעלה כי יש בכך כדי להקים למבקש עילה של הטעיה לפי סעיף 2(א) בחוק הגנת הצרכן, לגבי פרטים מהותיים בעסקה. מדובר בהזמנה שהזמין המבקש של פריטים בכלל, ושל פריטים שקילים בפרט, במחירים מוסכמים בהתאם למוצג בעת ההזמנה המקוונת. הסתבר כי המבקש חויב במחירים גבוהים מהמוסכם לגבי פריטים שונים בהזמנות שונות; כי חויב בגין כמות של מוצרים שקילים שלא הזמין; כי חויב בגין פריטים שקיבל ולא הזמין; וכן בגין פריטים חליפיים יקרים מהפריטים שהזמין, ללא הסכמה. בכך עוולה המשיבה כלפי המבקש בעוולה של הטעיה לפי סעיף 2(א) בחוק הגנת הצרכן ומתקיים לכאורה הקשר הסיבתי הנדרש בין הסתמכות המבקש על מצגי המשיבה לבין הנזק.

138. ברי כי מחיר הטובין הוא תנאי מהותי בעסקה, כמו גם כמות המוצר טיבו ומהותו. לכאורה הצגת מחיר באתר בעת ההזמנה כמחיר ההתקשרות בעוד שהחיוב נעשה במחיר אחר (מסיבות שונות) היא הטעיה במובן החוק האמור.

על כן בעניינו קמה לכאורה למבקש עילה גם לפי סעיף 2 בחוק הגנת הצרכן.

139. סעיף 46 בתקנון המשיבה קובע כי: "**...בכל מקרה <u>המחיר הקובע למחיר שסופק באמצעות השירות שניתן באתר הינו מחיר המוצר אשר מופיע באישור ההזמנה</u> ולא המחיר שיופיע על המוצר במדבקת המחיר, אם יופיע**" (ההדגשה שלי – מ' נ').

לאור מסקנתי כי הוכח לכאורה כי המשיבה חייבה את לקוחותיה במחירים שאינם מחירי ההזמנה, עומדת למבקש עילה לכאורה של הפרת חוזה, נוכח הוראת התקנון, שהמשיבה טענה כי הוא מסמך ההתקשרות בינה לבין לקוחותיה (ס' 54 בתשובה).

140. הוא הדין לעניין המוצרים החליפיים. סעיף 42 בתקנון המשיבה קובע כי: "**חברת יינות ביתן תהא רשאית לספק תחליפים למוצרים חסרים <u>בהתאם לבקשה של הלקוח</u> כפי שמולאה**

בטופס ההזמנה וללקוח לא תהיה כל טענה לגבי המוצר החליפי שיסופק גם אם מחירו של המוצר החילופי יהא שונה ממחיר המוצר המוזמן. במקרה כזה תעמוד ללקוח האפשרות להחזיר את המוצר החלופי במידה ואינו לשביעות רצונו, והלקוח יזוכה במלוא המחיר עבור המוצר שהוחזר" (הדגשה שלי – מ' נ').

נוכח הסעיף בתקנון הקובע כי מוצר חליפי רשאית המשיבה לספק **"בהתאם לבקשה של הלקוח כפי שמולאה בטופס ההזמנה"**, ומאחר שלא הוכח כי ההחלפות בעניינו של המבקש נעשו על פי בקשה כזו, ומאחר שהוכח שאין נהלים מתאימים כלל בנושא המוצרים החליפיים ושאין כל תיעוד על בקשות או הסכמות לכאלה, קמה לכאורה למבקש עילה של הפרת חוזה כפי שפורט לעיל.

141. אני ערה לכך שהמבקש לא טען לעילה של הפרת חוזה. עם זאת, יפים לענייננו הדברים של הנשיאה חיות ברעא 5119/17 **Hewlett Packard Company נ' עזרא** (נבו 25.12.2017):

> **"כפי שכבר נפסק בעבר, לבית המשפט נתונה סמכות רחבה לאשר תובענה ייצוגית בשינויים ולבצע את ההתאמות הנדרשות על מנת "שלא להציב מכשולים דיוניים או אחרים בפני התובע הייצוגי הפוטנציאלי במקרים בהם, על פני הדברים, מהווה התובענה הייצוגית את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקות שבין הצדדים" (ראו: ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, [פורסם בנבו], פסקה 20 (28.5.2012); רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, [פורסם בנבו], פסקה 15 (14.04.2015); וסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות). אכן, ככלל, ייטה בית המשפט שלא להעלות מיוזמתו טענות שלא הועלו על ידי הצדדים. ואולם, בנסיבות המקרה דנן נראה כי ההתאמות שביצע בית המשפט קמא אינן סוטות באופן מהותי מהאמור בבקשת האישור ואין בהן כדי לפגוע בזכויות הדיוניות של HP והמשווקות המורשות".**

142. המבקש טען גם להפרת סעיף 14ג בחוק הגנת הצרכן עוסק בחובות הגילוי המוטלות על העוסק, בעת עסקת מכר מרחוק:

> **14ג. (א) בשיווק מרחוק חייב העוסק לגלות לצרכן פרטים אלה לפחות:**
> **(1) השם, מספר הזהות והכתובת של העוסק בארץ ובחוץ לארץ;**
> **(2) <u>התכונות העיקריות</u> של הנכס או של השירות;**
> **(3) <u>מחיר הנכס</u> או השירות ותנאי התשלום האפשריים;**
> **(4) מועד ודרך הספקת הנכס או השירות;**
> **(5) התקופה שבה ההצעה תהיה בתוקף;**
> **(6) פרטים בדבר אחריות לנכס;**
> **(7) פרטים בדבר זכות הצרכן לבטל את החוזה, בהתאם להוראות סעיף קטן (ג) או סעיף 14ג1(ג)** (ההדגשה אינה במקור, מ' נ')

143. בהצעת החוק נקבע כי יש צורך בגילוי מרבי ומפורש של הפרטים בעסקאות מכר מרחוק, נוכח העובדה כי העסקאות הללו נעשות ללא קשר ישיר עם העוסק (הצעות חוק 2710, כ"ה באדר התשנ"ח, 23.3.1998).

144. בעניין **צמח** קבע בית המשפט העליון כי יש לפרש את ההוראות העוסקות במכר מרחוק כחלות על עסקות מקוונות (ס' 46- 48).

על כן נראה כי למבקש עומדת לכאורה עילה גם לפי סעיף זה.

145. סעיף 17ב(א) בחוק הגנת הצרכן קובע:

> **"(א) עוסק המציע, <u>המציג או המוכר טובין לצרכן</u> יציג על גביהם או על גבי אריזתם את מחירם הכולל.**
> **(ב) <u>הצגת המחיר כאמור בסעיף קטן (א) תהיה -</u>**
> **<u>(1) של המחיר הכולל בלבד</u>, ורק במטבע ישראלי;**
> **(2) במקום הנראה לעין, בספרות ברורות וקריאות.**
> **(ג) <u>הוראות סעיפים קטנים (א) ו- (ב) יחולו גם על טובין המוצגים על ידי עוסק לראווה בכל דרך שהיא</u>, באופן הנותן יסוד להניח שהטובין, או טובין הדומים להם, מוצעים על ידיו לצרכן למכירה.**
> **(ד) <u>המחיר המחייב של טובין יהיה המחיר שהוצג עליהם בהתאם להוראות סעיף זה, אף אם מחירם בקופה גבוה מהמחיר האמור</u>"** (הדגשות שלי – מ' נ').

אני סבורה כי התקלות נושא בקשת האישור עונות גם על הפרה של סעיף זה, שכן הלקוחות חויבו במחיר שונה מזה שהוצג להם בעת ההזמנה, נוכח התקלות השונות נושא התובענה.

146. **אשר על כן, אני סבורה כי יש אפשרות סבירה שהשאלה שמעוררת התובענה – האם קמה למבקש עילה על פי סעיפים 2 ו-14ג. 17ב.בחוק הגנת הצרכן ובעילה בשל הפרת חוזה – תוכרע בתובענה לטובת הקבוצה.**

<u>האם נוכח תקנון המשיבה לא עומדות למבקש עילות התביעה.</u>

147. התקנון קובע כאמור שהמחיר המחייב הוא זה שבהזמנה (ס' 46). כן הוא קובע שהמשיבה רשאית לספק מוצרים תחליפיים בהסכמת הלקוח. כאמור, המשיבה פעלה לכאורה בעניינים אלה בניגוד לתקנון.

על כן התקנון אינו מאיין את העילות האמורות אלא מאשש אותן.

148. אשר למשקלים העודפים, גם בעניין זה אני סבורה כי התקנון אינו מאיין את העילה. בסעיף 47 בתקנון המשיבה נקבע כי: "**על כל המוצרים השקילים לרבות ירקות, בשר, דגים ומעדניה תודבק מדבקת משקל ע"מ ליצור שקיפות מלאה ללקוח ו/או למשתמש, <u>מאחר ומדובר במוצרים שקילים תיתכן סטייה בין המשקל שהוזמן לבין המשקל שיסופק והחשבון ייערך לפי המשקל שיסופק בפועל ולא תהא ללקוח ו/או למשתמש ו/או לצד ג' כלשהו טענה כלשהי</u>**" (הדגשה שלי – מ' נ').

אני סבורה כי את הביטוי "תיתכן סטיה" יש לפרש באופן סביר, כפי שצרכן סביר היה מבין אותו. קרי, לגבי מוצרים שקילים המורכבים מפרטים במשקל לא גדול - סטייה של פריטים בודדים, ולגבי מוצרים שקילים שאינם מורכבים מפרטים (כמו גבינה) – סטייה של גרמים ספורים. הסטיות שנמצאו בשקילות הזמנות המבקש חרגו לכאורה מן הסביר שעל כן אין בתקנון כדי לאיין את התובענה.

149. אשר לסעיף 32 לתקנון הקובע כי " **באחריות הלקוח לוודא כי כל המוצרים שהוזמנו סופקו, ובאיסוף המוצרים על ידו ייחשב כהסכמתו ואישורו לאספקת המשלוח במלואו ולא יוכל הלקוח לבוא בדרישות ו/או טענות ו/או תביעות כלשהן כלפי חברת יינות ביתן בגין משלוח זה. למען הזהירות בלבד, באם יהיו טענות ללקוח בגין אספקת המשלוח האמור, יהיה על הלקוח להגיע באופן עצמי אל הסניף בו אסף את המשלוח**". אני סבורה כי הוא איננו רלבנטי לענייננו וכי לפי הקשר הדברים מטרת הסעיף היא למנוע תלונות על חסר במוצרים, עניין שלא עולה בענייננו.

150. לא נעלמו מעיני הוראות התקנון להן טענה המשיבה כי "**על הלקוח לבדוק את תכולת המשלוח עם קבלתו ולערוך השוואה הן להזמנה והן לחשבונית שתימסר לו...במקרה שתתגלה אי התאמה של המוצרים בעקבות הבדיקה הנ"ל או במקרה אחר של חוסר שביעות רצון מצד הלקוח לעניין המוצרים המסופקים, על הלקוח להודיע על כך, למוקד שירות הלקוחות בתוך 24 שעות לאחר מועד האספקה. מוקד שירות הלקוחות יתאם עם הלקוח ההשלמה/ ההחלפה/ ההחזרה של המוצר/ים ו/או את החיוב/הזיכוי הכספי של לקוח לפי העניין וככל שמתחייב על פי כל דין והלקוח יחויב בדמי משלוח כאמור בתקנון זה**" (סעיף 37), אני סבורה כי סעיף זה אינו פוטר את המשיבה מאחריותה לפי כל דין.

151. אשר לתקנון הנספח לתשובה. אני מקבלת את טענת המבקש כי כלל לא הוכח מתי היה תקנון זה רלבנטי, והאם זה התקנון שהיה בתוקף בעת הרלבנטית לתובענה. כמו כן המסמך שצורף מעורר תמיהות נוכח רצף הסעיפים: העמוד השני בנספח 3 מסתיים ברצף של עד 37 ובעמוד הבא, לאחר סעיף 40 מופיעים שוב סעיפים 34- 40 שונים מקודמיהם.

נוכח האמור לא ראיתי לדון בשאלה אם הוראות התקנון הן הוראות מקפחות בחוזה אחיד.

152. **אשר על כן, אני סבורה כי יש אפשרות סבירה שהשאלה שמעוררת התובענה – האם נוכח תקנון המשיבה לא עומדות למבקש עילות התביעה – תוכרע בתובענה לטובת הקבוצה.**

<u>האם קמה למבקש עילה של עשיית עושר</u>

153. המבקש טוען כי קמה לו עילה לפי סעיף 1 בחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט -1979, הקובע:

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

154. מאחר שקבעתי לעיל כי המשיבה הפרה, לכאורה, את הוראות חוק הגנת הצרכן, וכי לכאורה גבתה סכומים שלא כדין למצער בכל הנוגע לגביית מחירים שונים מן המוסכם בהזמנה, אזי קמה לכאורה למבקש גם עילה זו, בהיותן קשורות זו בזו.

<u>האם המשיבה הפרה את חובות תום הלב בהתאם לסעיפים 12 ו-39 בחוק החוזים?</u>

155. נוכח כל המפורט לעיל, מצאתי לאשר את העילה לפי סעיף 39 בחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג- 1973.

156. המבקש זנח בסיכומיו את העילות של פגיעה בזכות לפרטיות והפרת חובה חקוקה מכוח סעיפים 393 ו-415 בחוק העונשין ן סעיף 17 בחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986 על כן לא מצאתי לדון בעילות אלו.

157. לאור כל האמור עד כאן לא מצאתי ממש בטענת המשיבה כי לא עומדת למבקשים עילת תביעה אישית.

158. אשר לטענת המשיבה באשר להוכחת הנזק, על פי סעיף 4(ב) בחוק תובענות ייצוגיות די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק.

159. אני סבורה כי המבקש עמד בנטל זה, למצער בכל הנוגע לחיוב במחירים שונים בחשבונית לעומת המחירים הנקובים בהזמנה.

<u>התקיימות התנאי שבסעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות</u>

160. אני סבורה כי בנסיבות העניין כפי שהן מתוארות לעיל, ניהול תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. משהוכחו לכאורה העילות ונזק לכאורי, נראה כי התובענה הייצוגית היא הדרך הראויה לניהול ההליך.

<u>התקיימות התנאים שבסעיפים 8(א)(3) ו-(4) בחוק תובענות ייצוגיות</u>

161. לא הוכח כי עניינם של חברי הקבוצה לא ייוצג וינוהל בדרך הולמת או בחוסר תום לב.

<u>סוף דבר</u>

162. אני מאשרת את בקשת האישור כנגד המשיבה.

163. המשיבה תישא בשכר טרחה לבאי הכוח המייצגים בסכום של 35,000.

164. <u>הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה</u>: **"כל מי שרכש מוצרים מהמשיבה באינטרנט וחויב שלא על פי המחיר כפי שצוין באתר האינטרנט ובאישור הרכישה שלו בשנים שקדמו לתובענה ואשר בהן היה קיים האתר לרכישה מקוונת מהמשיבה, אך בכל מקרה לא מעבר לשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור "**.

165. <u>התובע המייצג</u>: **טל כרמי**.

<u>באי הכוח המייצגים הם</u>: עו"ד **אוהד רוזן**, עו"ד **חגי קלעי**, עו"ד **חיה ארז**.

166. <u>עילות התובענה הן</u>: הפרת סעיפים 2, 14ג, 17ב בחוק הגנת הצרכן, הפרת חוזה לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א- 1970, עשיית עושר ולא במשפט, הפרת חובת תום לב בקיום חוזה לפי סעיף 39 בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג- 1973.

167. <u>השאלות המשותפות לחברי הקבוצה הן</u>:

א. האם הוכח לכאורה – שהמשיבה, כשיטה, חייבה את הלקוחות: במחיר שונה בחשבונית, לעיתים גבוה יותר, בגין מוצרים (לרבות מוצרי שקילה) שרכשו לעומת המחיר שהוצג בגין המוצרים בעת ההזמנה; כי סיפקה ללקוחות מוצרים חליפיים,

נחותים כמותית אך יקרים משמעותית מהמוצרים שהוזמנו; כי מוצרי שקילה סופקו בכמות גדולה יותר משמעותית מהמוזמן; כי סיפקה ללקוחות מוצרים שלא הוזמנו.

ב. אם כן – האם קמות למבקש עילות תביעה על פי חוק הגנת הצרכן וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א- 1970 בגין האמור.

ג. האם נוכח תקנון המשיבה לא עומדות למבקש עילות התביעה.

ד. האם קמה למבקש עילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט -1979.

ה. האם המשיבה הפרה את חובות תום הלב בהתאם לסעיפים 12 ו-39 בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג- 1973.

168. <u>הסעדים הנתבעים הם</u>:

א. פיצויים והשבה – השבת הסכומים שנגבו ביתר, וכן פיצוי לא ממוני.

ב. צו המחייב את המשיבה לגבות תשלום בגין רכישה באינטרנט על פי הסכום שהוצג באתר האינטרנט במדויק.

169. הצדדים יפרסמו הודעה בדבר ההחלטה לאשר את התובענה, בהתאם לסעיף 25(א)(1) בחוק תובענות ייצוגיות. טיוטת ההודעה תועבר לאישור בית המשפט בתוך 30 יום ואזי יינתנו הוראות לעניין דרך הפרסום. המשיבה תישא בהוצאות הפרסום.

170. ב"כ הצדדים ימציאו בתוך 45 יום מועדים מוסכמים לקיום קדם משפט (ימים א, ב ו-ה בשבוע).

171. כתב הגנה יוגש עד ליום 12.7.21.

ת.פ. ליום 13.7.21.

ניתנה היום, א' אייר תשפ"א, 13 אפריל 2021, בהעדר הצדדים.

מיכל נד"ב, שופטת

1
2