



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7141/13

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז

המערערת: קונקטיב גרופ בע"מ

נגד

המשיב: שמעון דבוש

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב מיום
23.07.2013 בת"צ 25242-12-11 (כב' השופטת ר' רונן)

תאריך הישיבה: ז' באייר התשע"ה (26.4.2015)

בשם המערערת: עו"ד דקל רם; עו"ד אוהד אנטמן

בשם המשיב: עו"ד יאיר שפרן

פסק-דין

השופט מ' מזוז:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת ר' רונן) מיום 23.7.2013 בת"צ 30284-01-10, אשר קיבל בחלקה תביעה ייצוגית שהגיש המשיב, לאחר שהגשתה אושרה, לגבי חלק מהעילות, בהחלטה מיום 30.3.2011.

עיקרי העובדות הצריכות לענין

2. המערערת הפעילה אתר אינטרנט ששמו 1BUY1. באמצעות האתר הציעה המערערת מוצרים שונים למכירה, כגון מוצרי חשמל, קטנועים ומכוניות, בשיטה של

"מכרזים". על פי שיטת הפעולה של האתר, עבור כל מוצר נקבע מחיר מקסימאלי שהיה גלוי למשתתפים. מחיר זה נפל בהרבה ממחירו הריאלי של המוצר. המשתתפים הוזמנו להציע הצעות מחיר, ומשתתף שהציע את ההצעה הגבוהה ביותר שלא נפסלה זכה במוצר, כאשר כל משתתף נדרש לשלם דמי השתתפות עבור כל הצעה. על פי שיטת הפעולה, הצעות זהות היו נפסלות, כך שאם משתתף הציע הצעה שכבר הוצעה, הייתה הצעתו - יחד עם ההצעה הזוהה - נפסלת.

3. המשיב הגיש תביעה נגד המערערת ועמה בקשה לאישורה כתובענה ייצוגית. בכתב התביעה טען המשיב כי ה"מכרזים" שהתנהלו באתר המערערת הם למעשה "משחק אסור" כהגדרתו בסעיף 224 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ומכאן שבין המערערת לבין המשתתפים נכרתו חוזים בלתי חוקיים. כן נטען לקיומה של עילת תביעה בשל הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנזיקין). בנוסף, טען המשיב כי המערערת פעלה בניגוד לתקנון האתר במספר עניינים ובכך הפרה את החוזה שנכרת בינה לבין המשתתפים והטעתה אותם בניגוד להוראת סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

4. בהחלטה מיום 30.3.2011 אישר בית המשפט המחוזי את בקשת המשיב להגיש את התביעה כתובענה ייצוגית לגבי חלק מהעילות (להלן: החלטת האישור), וביום 23.7.2013 ניתן פסק דין המקבל את התביעה בחלקה. הן בהחלטת האישור והן בפסק הדין, נדרש בית המשפט בהרחבה, יחסית, לשאלה האם ה"מכרזים" שהתקיימו באתר המערערת הם "משחק אסור" כהגדרתו בחוק העונשין. בענין זה הגישה המערערת חוות-דעת מטעם פרופ' צבי גילולה, מומחה בתחום תורת המשחקים והסטטיסטיקה, לתמיכה בטענתה כי ה"מכרזים" אינם משחק אסור. ביסוד חוות הדעת עמדה קביעת המומחה לפיה משתתף שנוקט באסטרטגיה המוצעת בחוות-הדעת יכול להגדיל את הסיכוי לזכייה פי ארבעה עד עשרה (כתלות בסכום המקסימאלי שנקבע עבור המוצר). האסטרטגיה המוצעת כונתה בחוות הדעת "אסטרטגיה תבונית" ומשתתף שנוקט בה כונה "משתתף תבוני" (צוין בחוות-הדעת כי עשויות להיות אסטרטגיות תבוניות נוספות). זאת להבדיל מ"משתף נאיבי" שלא פועל בהתאם לאסטרטגיה כלשהי. לאחר שניתנה החלטת האישור הוגש מסמך משלים מטעם המומחה, שבו הודגש כי גם המשתתפים הנאיביים אינם פועלים על פי ניחוש מקרי בלבד. המשיב לא הגיש חוות-דעת מומחה מטעמו.

בית המשפט הגיע למסקנה כי יש לראות ב"מכרזים" משחקים אסורים כהגדרתם בחוק העונשין, ואגב כך דחה את טענת המערערת לפיה בהעדר חוות-דעת מטעמו של המשיב לא הוכיח זה את תביעתו. נקבע, כי על מנת לקבוע אם מדובר במשחק אסור אם לאו, יש לבחון מהו הגורם המכריע לצורך הזכייה - ידע או מזל - וכי על הבחינה להיעשות בהתאם ליכולתם של משתתפים שאינם בעלי מומחיות מופלגת בתחום. אשר למקרה הקונקרטי, נקבע כי מרבית המשתתפים ב"מכרזים" לא התבססו על ידע וכי גם אם הייתה קיימת אפשרות שהם ירכשו מומחיות לאורך הזמן כפי שנטען במסמך המשלים (שהוגש לדעתו של בית המשפט המחוזי שלא כדין), הדבר לא הוכח, וממילא אין בכך כדי לשלול את המסקנה כי מדובר במשחקים אסורים. כן נקבע כי אין ב"מכרזים" שהפעילה המערערת משום תועלת חברתית או כלכלית, וכי עובדה זו מובילה אף היא למסקנה שמדובר במשחקים אסורים.

5. מכאן, ניגש בית המשפט לבחון את עילות התביעה הנטענות. אשר לעילה בדבר הפרת חובה חקוקה, קבע בית המשפט, בקיצור רב, כי זו הוכחה, בהסתמך על קביעתו בהחלטת האישור כי הוכחו יסודותיה של העוולה. בית המשפט קבע שסעיף 225 לחוק העונשין, שעניינו באיסור על ארגון או עריכה של משחק אסור, נועד להגן, בין היתר, על המשתתפים במשחקי הימורים, וכי הנזק שנגרם למשתתפים בענייננו - תשלום דמי ההשתתפות - הוא מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק. כן נקבע כי התקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי, וכי החיקוק הספציפי לא נועד, על פי פרשנותו הנכונה, לשלול סעד נזיקי.

עוד קבע בית המשפט כי גם העילה החוזית הוכחה, שכן ה"מכרזים" הם משחקים אסורים כהגדרתם בחוק העונשין ומטרתו של החוזה שנכרת בין המערערת למשתתפים הוא לעריכת משחקים אסורים, ועל כן מדובר בחוזה פסול.

6. אשר לסעד המבוקש בתובענה, פסק בית המשפט כי המשתתפים זכאים להשבה מלאה של דמי ההשתתפות ששילמו, הן מכוח העילה החוזית (השבה עקב בטלות חוזה פסול) והן מכוח העילה הנזיקית (הפרת חובה חקוקה). בית המשפט קבע כי על המערערת להשיב את דמי ההשתתפות לכל המשתתפים, בקיזוז שווי הזכייה שלהם. על פי המנגנון שנקבע, אם משתתף זכה במכרז מסוים יהיה צורך לבדוק האם שווי זכייתו עולה על דמי ההשתתפות ששילם באותו מכרז. אם התשובה לכך היא חיובית לא יהיה צורך להשיב לו את דמי ההשתתפות. בית המשפט קבע כי התשלום ייעשה בהתאם לרישומי המערערת באמצעות ממונה מטעם בית המשפט.

ומשהתקבלה התביעה, פסק בית המשפט כי שכר הטרחה של בא-כוח המשיב יעמוד על 15% מהסכום הכולל שייגבה בפועל מהמערערת, וכי הגמול שישולם למשיב יעמוד על 5% מאותו סכום כולל שייגבה. בית המשפט הדגיש, כי בא-כוח המשיב התנהל בצורה ראויה והגיש בקשות לגילוי מסמכים שלא היו מיותרות. כן הוטעם כי אמנם ההליך היה פשוט באופן יחסי אך כי יש ליתן משקל לכך שהוא נוהל עד תומו.

הערעור

7. בערעורה העלתה המערערת טענות רבות כנגד החלטת האישור ופסק הדין, אך נוכח התוצאה אליה הגעתי איני רואה צורך בפירוט כל הטענות ובהתייחסות אליהן. להלן אעמוד על השאלות הדרושות להכרעה תוך התייחסות לטענות הצדדים לצדן.

8. לדעתי, דין הערעור להתקבל. ספק רב בעיני אם היה נכון לאשר תובענה זו כתובענה ייצוגית, ומשאושרה - לא היה מקום לקבוע חובת השבה של דמי ההשתתפות לכל המשתתפים, לא בעילה החוזית ולא בעילה הנזיקית, כפי שיבואר בתמצית להלן.

דין והכרעה

א. תובענה ייצוגית?

9. תובענה ייצוגית אמורה להתנהל כאשר לכל חברי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה יש ענין משותף ואינטרס משותף בנושא התובענה: סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק, או חוק תובענות ייצוגיות). בית המשפט אליו מוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית אמור לבדוק, בין היתר, האם השאלות שמעוררת התובענה "משותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" (סעיף 8(א)(1) לחוק וכן סעיף 14 שם).

10. בתובענה הייצוגית מושא ערעור זה הוגדרה הקבוצה כך: "כל אדם שהשתתף במכרזים באתר האינטרנט 1BUY1 ואשר נגבה ממנו תשלום בגין השתתפותו" (סעיף 1 לפסק הדין קמא).

דא עקא, שהמשתתפים ב"מכרזים" שניהלה המערערת אינם קבוצה הומוגנית בעלת אינטרס משותף. למעשה, קיים ניגוד עניינים מובהק בין חלקי הקבוצה, שכן אין

חולק כי חלק מהמשתתפים ב"מכרזים" זכו בזכויות מעבר לסכום ששילמו כדמי השתתפות במכרז, חלקם אף בזכויות יקרות ערך. ברור בעליל כי לאותם משתתפים שזכו בזכויות בערך הגבוה מדמי ההשתתפות ששילמו אין אינטרס כי ייקבע שמדובר ב"משחק אסור" ובחווה פסול שדינו פסלות, כפי שנתבקש בתובענה, שכן קביעה כזו עשויה להוביל לחובת השבה מצדם של הזכויות (סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)). מכאן, שכלל ציבור משתתפי המכרזים האמורים, שהוגדרו כאמור כקבוצה לצורך ההליך הנדון, אינם בעלי אינטרס משותף וממילא אינם יכולים לשמש קבוצה אחת לצורך תובענה ייצוגית. אמנם יתכן שהיה ניתן ליצור הפרדה בין שתי קבוצות המשנה של משתתפי המכרזים, אך דבר זה לא נעשה (רע"א 8851/02 ישראכרט בע"מ נ' שלומוביץ, פ"ד נט(3) 422, 428-429 (2004); אלון קלמנט, "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 140 (2006-2007)).

כאמור, ספק רב בעיני אם היה נכון לאשר תובענה זו כתובענה ייצוגית, ללא שנקבעה הפרדה בין שתי קבוצות המשנה של משתתפי המכרזים. עם זאת, משסבור אני, כמפורט להלן, שגם לגוף העניין פסק הדין קמא לא יכול לעמוד, אני רואה צורך להכריע סופית בעניין זה.

ב. האם המכרזים הם "משחק אסור" ומה תוצאותיה של מסקנה כזו?

11. בית משפט קמא קבע כאמור כי "המכרזים" שהתנהלו באתר המערערת באינטרנט 1BUY1, הם "משחק אסור", כהגדרתו של מונח זה בסעיף 224 לחוק העונשין. המערערת טענה לפנינו כי לא היה די בחומר הראיות כדי לבסס קביעה זו, וכי חרף העובדה שמדובר בשאלה עובדתית שבמומחיות, נמנע המשיב מלתמוך טענותיו בחוות-דעת מומחה. הוטעם כי דווקא המערערת הציגה חוות-דעת מומחה שממנה עלה כי ה"מכרזים" מבוססים על ידע ולא רק על מזל, ומאחר שחוות דעת זו לא נסתרה, היה על בית המשפט לאמצה ולקבוע כי ה"מכרזים" אינם משחקים אסורים. המשיב חלק על טענה זו. לדבריו, הקביעה בסוגיה זו יכולה הייתה להתבסס גם על הסקת מסקנות בעניין טיבו של המשחק. כן טען כי גם לפי חוות דעת המומחה מטעם המערערת עולה כי השחקן הממוצע ב"מכרזים" מתבסס על מזל.

12. לאחר עיון איני סבור שיש מקום להתערב בקביעתו זו של בית המשפט, אף שהדברים אינם נקיים מספק. סעיף 224 לחוק העונשין מגדיר את המונח "משחק אסור" בזו הלשון:

"משחק אסור" - משחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה לפי תוצאות המשחק, והתוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת".

כעולה מן ההגדרה, על מנת לקבוע כי משחק הוא "משחק אסור" יש להוכיח, בין היתר, כי תוצאות המשחק "תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת", היינו כי יסוד המזל הוא היסוד המכריע במשחק (ראו ע"פ 207/59 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 2213, 2225 (1960) שעסק אמנם בהגדרה של משחק בלתי חוקי שהייתה קבועה בסעיף 190 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אך הדברים יפים גם לענייננו). השאלה מהו היסוד המכריע במשחק - גורל או הבנה ויכולת - היא בעיקרה שאלה עובדתית אשר יש להוכיחה במשפט (שס, בעמ' 2226; ע"פ 499/78 חילו נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (2) 461 (1979)), וזאת הגם שיש בה גם מימד נורמטיבי. במשפט פלילי מוטל נטל ההוכחה על התביעה ובמשפט אזרחי מוטל הנטל, ברגיל, על התובע.

13. בענייננו, הגם שראוי היה שהתובע (המשיב בענייננו) יבסס את טענתו שמדובר במשחק מזל באמצעות חוות-דעת מומחה, רשאי היה בית המשפט קמא לבסס מסקנותיו על הראיות האחרות שהיו בפניו, ובראשן התיאור העובדתי של שיטת הפעולה של ה"מכרזים". כאמור, השאלה מהו היסוד המכריע במשחק - מזל או ידע - היא שאלה עובדתית בעיקרה, אך אין היא בהכרח שאלה שבמומחיות, ומכל מקום ההכרעה אם יש לשמוע בעניינה עדות מומחה אם לאו, מסורה לבית המשפט שדן בתיק (ד"נ 20/85 בחרי נ' פדלון, פ"ד לט (4) 463, 465 (1985); ע"א 2032/06 האגי נ' עזבון המנוח זיאן, פסקה 33 (1.2.2009)). ראוי להעיר, כי גם בחוות דעת המומחה מטעם המערער לא נקבע במפורש מהו היסוד המכריע באופן הפעולה של ה"מכרזים", אלא רק תוארו בהרחבה "כללי המשחק" ושיטת הפעולה של ה"מכרזים". נוכח האמור, מסקנתי היא כי אין להתערב בקביעתו של בית המשפט לפיה ה"מכרזים" שהפעילה המערערת הם בגדר "משחק אסור" כהגדרתו בחוק העונשין.

14. משנקבע כי מדובר ב"משחק אסור", לכאורה החוזה בין המערערת למשתתפים ב"מכרזים" הוא חוזה בלתי חוקי ולפיכך בטל, ויש להידרש לתוצאות המתחייבות מכך. המערערת טענה אמנם, בהמשך לטענתה לפיה ה"מכרזים" אינם משחקים אסורים, כי

אין המדובר בחוזה בלתי חוקי, אך באמצעו את קביעתו של בית משפט קמא לפיה ה"מכרזים" שהפעילה המערערת הם בגדר משחק אסור, אין מנוס מן המסקנה כי החוזה שנכרת בין המשתתפים לבין המערערת הוא חוזה שתוכנו בלתי חוקי, ולפיכך הוא בטל בהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים. השאלה העיקרית, אם כן, שדורשת את הכרעתנו לענין זה היא מה התוצאה המתחייבת מבטלותו של החוזה. בית המשפט סבר כי בנסיבות הענין יש להורות על השבה באופן שתואר לעיל, והמערערת העלתה טענות שונות נגד המנגנון שנקבע. לשאלה זו נפנה עתה.

15. בדין שקדם לחקיקתו של חוק החוזים, נהג במשפט המקובל, ובעקבותיו גם במשפט הישראלי, הכלל שלפיו "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" (השופט מ' זילברג בע"א 110/53 ג'יקובס נ' קרטוז, פ"ד ט 1401, 1407-1408 (1955)). לפי כלל זה, לא הושיט בית המשפט סעד למי שתביעתו נסמכה על פעולה בלתי חוקית או בלתי מוסרית. חוק החוזים, אשר נחקק בשנת 1973, הביא לשינוי יסודי של תפיסה זו (דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) (חלק ראשון)" עיוני משפט ה 618, 637-638 (1976)). סעיף 31 לחוק החוזים, בניגוד לדין שקדם לו, מחיל כנקודת מוצא את העיקרון הכללי הקבוע בסעיף 21 לחוק החוזים בדבר חובת השבה לאחר ביטול חוזה גם בנוגע לחוזה פסול, כאשר לצד זאת, הוא מקנה לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לסטות מדין ההשבה, באופן חלקי או מלא, מטעמי צדק:

"31. הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו."

16. מקורה של זכות ההשבה הוא בדיני עשיית עושר ולא במשפט (ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה (3) 533, 540-541 (1981); בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט (4) 749, 782-783 (1995), להלן: ענין זגורי; ג' שלו וי' אדר דיני חוזים - התרופות 705-695 (2009); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים ג 473, 591 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003), להלן: גרוסקופף). ההנחה הגלומה בסעיף 31 הנ"ל היא, כי חרף היותו של החוזה

בלתי חוקי יש למנוע את התעשרותו של צד אחד שלא כדין על חשבון הצד האחר כתוצאה מבטלות החוזה. וכך נכתב לענין זה בהצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש"ל-1970, ה"ח 129 בהתייחס לסעיפים 30-31 לחוק החוזים:

"סעיפים אלה דוחים את הכלל האנגלי שעל פיו אל לו לבית משפט לכלכלך ידיו בטיפול בחוזה פסול ויש להשאיר את ההפסד שנגרם עקב אי-קיום החוזה במקום שהוא נפל".

אכן, בעוד שלפני חקיקתו של חוק החוזים נהג כאמור הכלל שלפיו דחו בתי המשפט תביעות שנסמכו על חוזים בלתי חוקיים, גם במחיר של התעשרות לא מוצדקת של צד אחד על חשבון הצד השני, בא סעיף 31 לחוק החוזים למנוע תוצאה זו, והוא מכוון, כמטרה ראשית, לעשיית צדק בין הצדדים. עם זאת, לא כל אימת שחוזה הוא בלתי חוקי ועל כן בטל, יש להורות על השבה. על בית המשפט לבחון באופן פרטני האם שיקולי הצדק במקרה הקונקרטי מצדיקים להחיל את עקרון ההשבה או לפטור צד מחובת ההשבה, כולה או מקצתה ובתנאים שימצא לנכון. על כן, אין להחיל את עקרון ההשבה באופן אוטומטי-טכני עם בטלותו של החוזה הפסול, אלא יש לבחון האם שיקולי צדק מחייבים השבה, או שמא דווקא פטור מהשבה, מלא או חלקי.

17. לשם הפעלת שיקול דעתו זה של בית המשפט, עליו לתת את הדעת לתכלית שאותה ביקש להגשים המחוקק בסעיף 31 לחוק החוזים. על תכלית זו עמד הנשיא מ' שמגר בציניו כך:

"בקובעו את ההסדר הנ"ל ביקש המחוקק ליצור איזון ראשוני בין שתי מגמות נוגדות: מחד גיסא, הרצון לעשות צדק יחסי בין הצדדים במקרה הקונקרטי, דבר אשר לא נתאפשר במקרים רבים לפי הדין הקודם, כאשר בית המשפט סירב להיענות לתביעה שעניינה חוזה פסול (ראה דברי ההסבר לסעיף הנ"ל בהצעת חוק החוזים (חלק כללי)); ומאידך גיסא, המגמה למנוע כריתתם של חוזים בלתי חוקיים" (ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 15-16 (1989), ההדגשה במקור - מ.מ.).

ביסוד הוראת סעיף 31 עומדות אם כן שתי תכליות: מצד אחד, להביא לתוצאה "צודקת" בין הצדדים לחוזה, אך זאת מתוך התחשבות גם באינטרס הציבורי למנוע כריתתם של חוזים בלתי חוקיים. תכליות אלה יכול שיובילו, בנסיבות מסוימות, לאותו

הכיוון, ובנסיבות אחרות יובילו לכיוונים מנוגדים. תפקידו של בית המשפט הוא להגיע לאיזון הראוי בין התכליות בהתאם לשיקולים השונים הרלוונטיים לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. בית המשפט צריך אפוא למצוא את הפתרון שיגשים באופן הטוב ביותר את האינטרס הציבורי לצד עשיית הצדק היחסי בין הצדדים (ענין זגורי, בעמ' 782-783). לצורך כך יש לזכור, כי מטרתו הראשית של סעיף 31 היא, כאמור, למנוע התעשרות שלא כדין של צד לחוזה פסול עקב בטלותו של החוזה, וזאת כל עוד האינטרס הציבורי לא מחייב אחרת.

18. העיקרון הכללי של השבה הדדית המעוגן בסעיף 21 לחוק החוזים, מבוסס על הנחה שכאשר מבוטל חוזה בטרם הושלמו חיובי הצדדים על פיו, "הקפאת" המצב תיצור בדרך כלל חוסר איזון מבחינת "מאזן ההתעשרות שלא כדין". עקרון ההשבה נועד אפוא למנוע מצב של התעשרות שלא כדין של צד אחד לחוזה על חשבון הצד האחר, ולהביא לכך שמאזן הצדק יושב על כנו.

אך כאשר חוזה מוכרז כבטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים, עשויים להיות שיקולים אשר יצדיקו החלטה של בית המשפט לפי סעיף 31 לחוק החוזים שלא להחיל, באופן חלקי או מלא, את עקרון ההשבה, ובתנאים שימצא לנכון. דוגמא אופיינית לכך היא מצב בו ההכרזה על החוזה כבטל נעשתה לאחר ששני הצדדים השלימו זה מכבר את מילוי מלוא חיוביהם על פי החוזה ולא נוצר מצב של התעשרות צד על חשבון האחר המצריך תיקון על ידי השבה (דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט ב 689 (מהדורה שנייה, 1998), להלן: פרידמן - עשיית עושר; ראו גם גרוסקופף, בעמ' 596). מצב אחר הוא כאשר קיים שיקול "חיצוני" של הרתעת הרבים מפני כריתת חוזים בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או הנוגדים את תקנת הציבור כנזכר לעיל, כגון חוזה שנקשר עקב מצג שווא, כפיה או עושק, או אם אי החוקיות מקורה בהפרת הוראה שבדין אשר נועדה להגן על הצד התובע (פרידמן - עשיית עושר, בעמ' 689).

19. ומן הכלל אל הפרט.

מהי המסקנה המתחייבת במקרה שלפנינו? בחינת השיקולים השונים שהוצגו לעיל בנסיבות המקרה דנן מובילה לדעתי למסקנה כי בענייננו אין מקום להורות על השבה בעקבות קביעת בטלות ההסכמים בין המערערת לבין משתתפי "המכרזים" בשל היותם חוזים בלתי חוקיים.

הטעם העיקרי לכך הוא, כי בענייננו לא ניתן לומר כי צד אחד התעשר שלא כדין על חשבון הצד האחר. המדובר במצב בו החוזה בוצע במלואו על ידי שני הצדדים וכל צד קיבל את מבוקשו על פי החוזה, על פי ציפיותיו: המשתתפים ב"מכרזים" שילמו למערערת דמי השתתפות, והמערערת העניקה להם בתמורה את הזכות להשתתף ב"מכרזים" המקפלת בתוכה את הסיכוי לזכות במוצרים המוצעים, וחלקם אכן זכו במוצרים שונים. בנוסף לכך, בענייננו מדובר במצב בו פעילות שני הצדדים הייתה כרוכה לכאורה בהפרת חוק (אף כי יתכן שלא היו מודעים לכך): המערערת - כמארגן "משחק אסור", בניגוד להוראת סעיף 225 לחוק העונשין; והמשיב ושאר חברי הקבוצה - כמשתתפים ב"משחק אסור", בניגוד להוראת סעיף 226 לחוק העונשין. בנסיבות כאלה אין סיבה - במסגרת שיקולי הצדק שעל בית המשפט לשקול בגדר סעיף 31 לחוק החוזים - להעדיף צד אחד לאירוע העברייני על פני צד אחר. ולפיכך, משכל צד מילא את חלקו וכל צד קיבל את התמורה המגיעה לו לפי החוזה כאמור, אין מדובר במצב של התעשרות שלא כדין ואין צידוק או צורך בחיוב בהשבה.

איני סבור גם שבנסיבות המקרה דנן, כאשר שני הצדדים כאמור שותפים לפעילות הבלתי חוקית, מצדיק המסר נגד עריכת הסכמים פסולים ליצור אי-סימטריה בין הצדדים הכרוכה בהסדר ההשבה החד צדדי עליו הורה בית משפט קמא. ומכל מקום, ככל שסבר בית משפט קמא שהשיקול הדומיננטי צריך להיות המסר נגד עריכת משחקי מזל, אזי היה עליו להורות על השבה הודדית מלאה, היינו גם של כל הפרסים והזכיות של המשתתפים, ולא השבה חלקית וחד צדדית, כפי שנקבע בפסק הדין.

ג. הפרת חובה חקוקה?

20. נפנה עתה לבחון האם התקיימה העוולה של הפרת חובה חקוקה. המערערת טענה כי טעה בית משפט קמא בענין זה וכי יסודות העוולה כלל לא התקיימו, בעיקר מהטעם שאין מדובר במשחק הימורים אסור. כפי שיובהר להלן, דעתי היא כי אכן לא התקיימו יסודות העוולה של הפרת הוראה חקוקה, אף כי לאו דווקא מטעמיה של המערערת.

21. העוולה של הפרת הוראה חקוקה מעוגנת בסעיף 63 לפקודת הנזיקין, שזו לשונו:

63. (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

חמישה הם אפוא היסודות המכוננים את העוולה של הפרת חובה חקוקה: קיומה של חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק; החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק; המזיק הפר את החובה המוטלת עליו; ההפרה גרמה לניזוק נזק; והנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזקים שאליו התכוון החיקוק. בנוסף, כולל הסעיף יסוד נגטיבי לפיו החיקוק לא התכוון, לפי פירושו הנכון, לשלול את הסעד בנוזיקין.

22. האם התקיימו בענייננו כל יסודות העוולה? לדעתי, התשובה לכך היא שלילית. לדעתי, אף אחד מהיסודות לא התקיים בענייננו. אולם מאחר שדי באי התקיימות אחד מהיסודות על מנת לשלול קיומה של העוולה, לא אאריך בניתוח שיטתי של כל יסודות העוולה בענייננו ואסתפק בדברים הבאים:

23. לדעתי, נורמה פלילית הקובעת מעשה או מחדל פלוני כעבירה פלילית אין לראותה, בדרך כלל, כיוצרת "חובה על פי חיקוק" המבססת זכות לפיצויי נזיקין בעוולה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. מקום שהמחוקק ביקש להעניק סעד אזרחי לצד קביעת נורמה פלילית בגין אותם מעשים בדרך כלל הוא קובע במפורש עוולה אזרחית לצד העבירה הפלילית (ראו למשל: סעיפים 6 ו-7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; סעיפים 31א ו-31ב לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; סעיפים 5 ו-6 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 ועוד רבים זולתם).

יש לציין לענין זה, כי במקרים רבים התנהגות המהווה עבירה פלילית עשויה לבסס גם תובענה בגין עוולת רשלנות או עוולה נזיקית קונקרטיית או עילה אזרחית אחרת, אך זאת לא מעצם קיומה של נורמה פלילית. כן ראוי להזכיר כי בשנים

האחרונות נוהגים בתי המשפט, דרך שיגרה, לחייב אדם שהורשע בפלילים לשלם פיצויים לקרבן העבירה בסכומים לא מבוטלים לפי סעיף 77 לחוק העונשין.

24. נורמה פלילית על פי טיבה נועדה להסדיר את חיי החברה ולהגן על הנורמות החברתיות, ולא דווקא לבסס עילות תביעה בנזיקין לטובתו של פלוני. חלק ניכר של העבירות הפליליות הן כאלה שנועדו להגן על אינטרסים ציבוריים כלליים ולא ניתן להצביע על נפגע קונקרטי, כגון עבירות נגד ביטחון המדינה, סדרי המשטר והחברה וסדרי השלטון והמשפט - לפי פרקים ז-ט לחוק העונשין. לצד אלה קיימות נורמות פליליות שנועדו להגן גם על פרטים או סוגי פרטים בחברה, אך זו הגנה באמצעות כלים של המשפט הפלילי, ולא כלים של המשפט האזרחי (ראו גם הציטטה בפסקה 27 להלן). הנורמות של המשפט הפלילי גם מנוסחות לפי עקרונות ותכליות המשפט הפלילי, שאינן זהות לאלה של המשפט האזרחי. בהתאם לכך, הנורמה הפלילית נאכפת על ידי המדינה, שהיא גם המאשים בהליך הפלילי (סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי)). הנעת ההליך הפלילי, על כל שלביו, נבחנת במשקפיים של האינטרס הציבורי הכללי: בהחלטה על חקירה, בהחלטה על הגשת כתב אישום, כמו גם בהחלטה על הפסקתו, כגון בהליך של "עיכוב הליכים" (סעיפים 59, 62 ו-231 לחוק סדר הדין הפלילי). לפרט, גם אם הוא נפגע העבירה, אין שליטה על ההליך הפלילי; אין הוא המאשים או התובע ואין בידו ליזום הליך פלילי או להפסיקו (למעט החריג המוגבל של קובלנה פלילית לפי סעיפים 68-73 לחוק סדר הדין הפלילי).

לכן, כאמור, אין לייחס ככלל להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה נזיקית בגין עצם הפרתה. זו גם הגישה הנוהגת מימים ימימה בפסיקה. כך למשל נדחתה תביעה בנזיקין בגין הפרת חובה חקוקה של נפגע מעדות שקר (ע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד כט(2) 57 (1975)), וכן נדחו תביעות שנסמכו על הפרת תקנות התעבורה (ע"א 704/71 אגבריה נ' המאירי, פ"ד כו(1) 743, 753 (1972)).

תפיסה לפיה כל נורמה פלילית עשויה לשמש בסיס לעוולה נזיקית של הפרת הוראה חקוקה, עלולה לפתוח "פתח ליצירת עילות אין ספור בנזיקין" (ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ(4) 617, 620 (1966)).

25. עם זאת יובהר כי באמור לעיל אין כדי לשלול לחלוטין מקרים בהם ניתן יהיה לראות בנורמה פלילית כבסיס לעוולה אישית של הפרת הוראה חקוקה (ראו למשל:

ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984), שעסק בעבירה לפי סעיף 181 לחוק העונשין - התרת קשר נישואין על כורחה של האישה. וראו גם ההערה בע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873, 911 (2004), להלן: ענין מועדון מנויי טוטו), אך אלה יהיו מקרים חריגים בהם מתקיימות באופן מובהק תכליות דיני הנזיקין בכלל והוראת סעיף 63 לפקודת הנזיקין בפרט.

אך מכל מקום, ברור בעליל כי כאשר מדובר באירוע בו אין עבריון מצד אחד וקורבן עבירה מהצד השני, אלא כל המעורבים פעלו בניגוד לדין הפלילי, אין לדעת להעלות על הדעת שהחוק הפלילי ביקש להעניק לאחד המעורבים במעשה העבירה עילה בנזיקין נגד מעורב אחר באירוע העברייני בשל עצם ביצוע עבירה על ידי האחר (הפרת חובה חקוקה). כך, אין להעלות על הדעת שנותן שוחד יוכל לתבוע בנזיקין נוטל שוחד בגין נזק שנגרם לו (כגון, שנוטל השוחד לא ביצע את המצופה ממנו תמורת השוחד) בעילה שנוטל השוחד הפר חובה חקוקה (הוראת סעיף 290 לחוק העונשין) שלא ליטול שוחד. הדברים ברורים ואכמ"ל.

26. ובחזרה לענייננו. האיסורים הפליליים הנוגעים להימורים לא נועדו להעניק סעד בנזיקין למשתתפים במשחקי הימורים. תכליתם המרכזית היא חברתית. "איסור ההימורים ועריכת ההגרלות נועד להגן על החברה מהשפעותיה הרעות של תופעת ההימורים" (ענין מועדון מנויי טוטו, בעמ' 909, ההדגשה שלי - מ.מ.). תופעת ההימורים היא אפוא תופעה "שהחברה מבקשת לשלול על שום סכנותיה הרבות" (רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349, 358 (2000). כן ראו: עע"מ 4436/02 תשעים הכדורים - מטעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 795-796 (2004); ע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נז(5) 97, 107-111 (2003); בג"ץ 131/65 טביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט(2) 369, 376 (1965)).

27. בענין מועדון מנויי טוטו הנזכר לעיל, ביטל בית משפט זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה המערערת שם עוולה בהפרת חובה חקוקה כלפי המועצה להסדר ההימורים בספורט בכך שהשיגה את גבולה כמונופול חוקי בתחום ההימורים בספורט. וכך נקבע לענין זה, בין היתר:

"אין ניתן לומר כי ההוראות הנדונות בחוק העונשין ובחוק ההימורים נועדו לטובתה או להגנתה של המועצה,

במשמעותו של התנאי הקבוע בסעיף 63 לפקודת הנזיקין. לכל היותר ניתן לומר כי התיקון שהכניס חוק ההימורים נועד להגן עליה בפלילים. מאחר ואין מטרתו של ההיתר ביסוס מעמדה הכלכלי של המועצה כמונופול, אין מתקיים התנאי הראשון להתהוותה של עוולת הפרת חובה חקוקה, לפיו החיקוק נועד לטובת המועצה ולהגנתה. בהתאם, גם התנאי השני להתגבשות העוולה, לפיו הנזק הוא מסוגו של זה אליו נתכוון החיקוק, איננו מתקיים בענייננו" (שם, בעמ' 910, ההדגשה שלי - מ.מ.).

28. הנה כי כן, האיסור על ארגון או עריכת משחקים אסורים ועל ההשתתפות בהם נועד לשרת תכליות חברתיות כלליות, הנוגעות כמובן גם לפרט המשתתף בהימורים, אך הצידוק לאיסור הפטרנליסטי על השתתפות במשחקי מזל יסודה בנזק החברתי הכללי של תופעה זו.

יתרה מזו, כפי שכבר צוין, אנו עוסקים בסיטואציה בה לכאורה שני הצדדים פעלו בניגוד להוראות הדין הפלילי: המערער - בעריכת משחק אסור, והמשיב - בהשתתפות בו. בנסיבות כאלה לא נכון ולא סביר בעיני לפרש את הוראת סעיף 225 לחוק העונשין האוסרת ארגון משחק אסור כמי שנועדה להעניק סעד נזיקי למשתתפים במשחק זה, המבצעים בעצמם עבירה לפי הסעיף העוקב לאותו חוק. גם אם חומרת העבירה אינה זהה עדיין אין לומר שמדובר בהוראת חיקוק שנועדה לטובת המהמר. דוגמא קרובה לכך היא תופעת הסמים המסוכנים, והיחס בין מוכר הסם לרוכש הסם לשם צריכתו. גם כאן מדובר באיסורים פליליים מתוך ראייה חברתית רחבה בשל הנזקים הרבים ותופעות הלוואי הקשות של הסחר בסמים מסוכנים וצריכתם. גם כאן מדובר במצב בו שני הצדדים לעסקה הם עבריינים אך לא בדרגה שווה, ודומני שאין להעלות על הדעת הכרה בתביעת נזיקין מצד רוכש הסם נגד המוכר בגין הפרת חובה חקוקה.

29. לפני סיום ולמעלה מן הצורך אוסיף, כי לטעמי אין מדובר במקרה דנן בעוולה של הפרת החובה החקוקה, גם מהטעם שפעולות המערער לא גרמו למשתתפים "נזק" כמובן סעיף 63 לפקודת הנזיקין. אסביר.

המשיב טען, בשמו ובשם חברי הקבוצה המיוצגת, כי הנזק שנגרם להם הוא תשלום דמי ההשתתפות ב"מכרזים". אין לדעתי לקבל טענה זו. דמי ההשתתפות, כשם

כן הם, כספים ששולמו בעד הזכות להשתתף ב"מכרזים". אכן, כסף זה חסר עתה בכיסם של המשתתפים, ואולם המשתתפים קיבלו תמורה בעד כספם - את הזכות להשתתף ב"מכרזים", וחלקם אף זכו עקב כך בזכויות שונות במכרזים אלה. לשון אחר - הכסף שעתה נטען כי הוא נזקם של המשתתפים שימש אותם לפעולה צרכנית רצונית ומודעת של קניית שירות (גם אם בלתי חוקית כנראה).

אין באמור כדי לשלול כמובן כי במקרים מסוימים אף שתשלום נעשה תמורת שירות או מוצר, יימצא הצד ששילם בחסרון כיס שלא כדין ויתגבש לו נזק בר-פיצוי. כך הוא המצב כאשר התשלום שניתן הוא בעד מוצר או שירות שמחירם נתון בפיקוח על פי דין, והתשלום שניגבה חורג מהמחיר המקסימלי שנקבע למוצר או לשירות. כך גם במקרים שהדין קובע הוראות הנוגעות למוצר המשווק, והמשווק מפר הוראות אלה. מקרים כאלה הם מושא לתביעות צרכניות לא מעטות, כולל על דרך של תובענות ייצוגיות. לא זה המקרה דנן. בענייננו, האיסור בדבר עריכת משחקים אסורים לא קובע מחיר לשירות זה ולא נועד להגן על המשתתפים מפני שימוש בכספם על מנת להשתתף במשחקים אלה, ואין הוא מקנה בידם זכות שהפרת האיסור גרעה מהם. תכליתו העיקרית של האיסור היא, כפי שנאמר לעיל, להגן על החברה מפני הנזקים הנגרמים מקיומם של משחקים אסורים, ובראשם הנזקים הנובעים מהתמכרות, לרבות ביצוע עבירות לשם מימון ההימורים.

מכל מקום, אף אם ניתן היה לראות בתשלום עבור ההשתתפות ב"מכרזים" משום "נזק" שנגרם למשתתפים, איני סבור, מהטעמים שפורטו לעיל, שזהו נזק מסוג הנזקים אותם ביקש המחוקק למנוע בקבעו בחוק העונשין את האיסור על ארגון משחקי מזל, במובן הוראת סעיף 63 לפקודת הנזיקין.

30. סיכומם של דברים: נוכח כל האמור, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור, נבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ונחייב את המשיב בהוצאות המערערת בסכום כולל של 50,000 ₪.

1. לאחר שקראתי את פסק דינו של חברי השופט מ' מזוז הגעתי לכלל דעה כי הגם שאני שותפה לחלק ממסקנותיו, אינני מסכימה לקביעות ולמסקנות אחרות שנכללו בו, וממילא אינני מסכימה גם לתוצאה המוצעת בו. אקדים ואומר כי עמדתי היא שדין הערעור להתקבל, אך רק באופן חלקי.

2. לאמיתו של דבר, מתעוררות בפנינו ארבע שאלות מרכזיות. השאלה הראשונה היא האם לפנינו קבוצה "הומוגנית", במובן זה שישנה הצדקה לברר את הטענות נגד המערערת בדרך של תובענה ייצוגית. השאלה השנייה היא אם הונח בסיס מספיק למסקנה כי פעילותה של המערערת באתר האינטרנט שלה גיבשה "משחק אסור"? אם התשובה לאחת משאלות אלה היא שלילית, ממילא מתייטר המשך הדיון ודין הערעור להתקבל באופן מלא. רק בהנחה שהתשובה לשתי השאלות היא חיובית נדרש דיון בשאלות הנוספות: האם ראוי לפסוק השבה של דמי ההשתתפות של מי שהגישו הצעות במסגרת המכרז, או שמא יש לפטור את המערערת מחובת ההשבה, ובמקרה זה, האם הפטור צריך להיות מלא או חלקי; וכן האם היה מקום לפסוק השבה של דמי ההשתתפות גם על יסוד העילה של הפרת חובה חקוקה, כאשר זו מבוססת על העבירה של ארגון או עריכת משחק אסור (הקבוצה בסעיף 225 לחוק העונשין, התשל"ז-1973 (להלן: חוק העונשין)). חברי השופט מזוז לא הכריע בשאלה הראשונה, לאחר שקבע כי מתעורר ספק האם התקיים במקרה זה תנאי ההומוגניות לצורך אישור התובענה הייצוגית. על השאלה השנייה השיב בחיוב, בקבעו כי הונח בסיס מספיק לטענה שהפעילות באתר האינטרנט עלתה כדי משחק אסור. עם זאת, הוא סבר שאין מקום לפסוק את הסעדים שנתבעו – בין משום שאלה הן נסיבות שבהן ראוי לפטור מחובת ההשבה, ובין משום שלא ניתן לבסס עילת תביעה של הפרת חובה חקוקה על יסוד האיסור העונשי לנהל משחקים אסורים. כפי שאסביר בהמשך, לא בלי התלבטות, הגעתי למסקנה כי במקרה זה אכן הונח בסיס מספיק לקביעה שמדובר במשחק אסור. עם זאת, עמדתי שונה – לפחות באופן חלקי – בכל הנוגע לשלוש השאלות האחרות.

שאלה ראשונה: האם מתקיים התנאי בדבר "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה"

3. בראשית חוות דעתו ציין חברי השופט מזוז כי חברי הקבוצה המיוצגת לא מהווים קבוצה הומוגנית בעלת אינטרס משותף. אף אני סבורה, כמפורט להלן, שיש מקום להבחנה בין המשתתפים ששיעור זכויותיהם עלה על הסכומים ששילמו כדמי

השתתפות ב"מכרזים" לבין מי מהם שיצאו בהפסד מן ההשתתפות בהם. בהמשך לכך, חברי מציין כי "יתכן שהיה ניתן ליצור הפרדה בין שתי קבוצות המשנה של משתתפי המכרזים, אך דבר זה לא נעשה" (שם, בפסקה 10 לפסק דינו של חברי). בעניין זה אבקש להבהיר כי לשיטתי גם אם מלכתחילה היה מקום לדייק יותר בהגדרת הקבוצה אין לומר בדיעבד שלא ניתן היה להגדירה אף באופן שהדבר נעשה ולקבל את הערעור מטעם זה.

4. ככל מקרה שבו מוגשת תובענה ייצוגית, יש לבחון האם קיים דמיון מספיק בין חברי הקבוצה. בחינה זו מתחייבת מהדרישה בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות או החוק), שלפיה על התובענה לעורר "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה" (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). בהקשר זה נפסק כי "נקודת המוצא היא, כי לא נדרש שכל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לחברי הקבוצה. די בכך שיש שאלות משותפות של עובדה או משפט שהן 'מהותיות'" (ראו למשל: ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, פסקה 25 (20.7.2010)). ואמנם, לא אחת הובעה הדעה כי קיומם של הבדלים בין חברי הקבוצה אינו מוביל בהכרח למסקנה כי לא ניתן לאשרה כתובענה כייצוגית (ראו למשל: רע"א 8268/96 דייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 296-297 (2001); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עיזבון המנוח תאופיק ראבי ז"ל, פסקה 55 (4.12.2011); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקאות 10-11 (5.7.2012)). הדמיון הנדרש בין חברי הקבוצה צריך אפוא להיות מספיק, ולא בהכרח מלא.

5. בנוסף לכך, בחוק תובענות ייצוגיות קיימים פתרונות אפשריים למקרים של היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה. לבית המשפט קיימת סמכות רחבה לערוך שינויים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה (כפי שמורה סעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות). החוק אף מציע הסדרים פרטניים אשר מאפשרים להתגבר על היעדר אחידות בתוך הקבוצה. כך למשל, במקרה בו קיימת שאלה שהתשובה לה עשויה להשתנות בין חלקים שונים בתוך הקבוצה, יכול בית המשפט להגדיר תת-קבוצה בתוך הקבוצה (סעיף 10(ג) לחוק), כפי שעולה גם מחוות הדעת של חברי.

6. בענייננו, בית המשפט המחוזי החליט לאשר את התובענה הייצוגית על בסיס מספר שאלות משותפות הנוגעות לכלל חברי הקבוצה (ובכלל זה השאלה האם מדובר

במשחק מזל; האם המערערת הטעתה את המשתתפים בכך שחרגה מהתקנון; האם המערערת התערבה ב"מכרזים" באמצעות משתתפים פיקטיביים). שאלות אלה נגועו למערכת היחסים הכוללת שבין המשתתפים באתר לבין המערערת. אחת מהן היא זו שעמדה במוקד הדיון שבפנינו, היינו השאלה הנוגעת לאי-חוקיות הטמונה באתר שהפעילה המערערת, וכן למשמעות שיש לייחס לאי-חוקיות זו. לצד זאת, קיים גם שוני בין החברים בקבוצה, שוני שעליו הצביע חברי השופט מוז. אני סבורה ששוני זה לא צריך להוליך למסקנה כי העניין שלפנינו אינו מתאים להתברר בדרך של תובענה ייצוגית, גם אם מלכתחילה ניתן היה לשקול הגדרה מצמצמת יותר של חברי הקבוצה כך שזו תכלול רק אותם משתתפים שהוצאותיהם עלו על זכויותיהם (ראו עוד: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, תשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 140-141 (2006)). להשקפתי, ההבחנה שנזכרה לעיל בין חברי הקבוצה צריכה לקבל ביטוי במנגנון ההשבה של כספי ההשתתפות ששילמו חברי הקבוצה למערערת, תוך התייחסות נפרדת לתת-קבוצות בתוך הקבוצה – כפי שיפורט להלן בפסקה 18 לחוות דעתי.

שאלה שנייה: האם הוכח משחק אסור?

7. "משחק אסור" מוגדר בסעיף 224 לחוק העונשין באופן הבא: "משחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה לפי תוצאות המשחק, והתוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת". כזכור, במקרה זה, הקביעה שמדובר במשחק אסור שהזכייה בו תלויה בגורל יותר מאשר במיומנות הושתתה על הכרעה שיפוטית שהתבססה על הכללים המוגדרים של הפעילות באתר – ולא על יסוד חוות דעת מומחה. התובע הייצוגי לא הגיש חוות דעת מומחה מטעמו. לעומת זאת, המערערת הגישה חוות דעת של פרופסור לסטטיסטיקה שהצביעה על כך שמיומנות וניסיון יכולים להעלות את שיעורי הזכייה באופן משמעותי, ביחס למשתתפים שאינם נוקטים באסטרטגיה או במיומנות. השאלה המתעוררת כאן במלוא עוזה היא אפוא האם הונח בסיס מספיק לקביעה שמדובר במקרה זה במשחק מזל, היינו האם זהו עניין שבית המשפט יכול להכריע בו על סמך העובדות וכללי השכל הישר או שמא זהו עניין שבמומחיות אשר לגביו ניתן היה לצפות שהתובעים יציגו חוות דעת.

8. בענייננו, חברי השופט מוז קבע כי מוטב היה לו הגיש התובע הייצוגי חוות דעת מומחה מטעמו בכל הנוגע למאפייני הפעילות באתר וההשפעה של מיומנות ומזל על תוצאותיה של פעילות זו. עם זאת, הוא קבע כי בסיכומו של דבר ניתן היה להגיע

למסקנה – כפי שעשה בית המשפט המחוזי – שבפנינו "משחק אסור", וזאת על בסיס התבוננות נכוחה בכללי ההשתתפות ובעיקר ב"פסילה" האוטומטית של הצעות זהות.

9. הגם שאני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי אני מבקשת להדגיש, כי מנקודת ראותי מסקנה זו לא הייתה פשוטה בנסיבות העניין, ואך כפסע היה בהן בין קבלתה של התובענה לבין דחייתה מן הטעם שהתובע הייצוגי לא עמד ברף הנדרש ממנו.

10. כפי שהעידה המערערת בטענותיה האתר שהפעילה היה מבוסס על שיטה המכונה Unique Bid Auction, היינו מכירה פומבית של הצעות בלעדיות. שיטה זו, המבוססת על פסילתן של הצעות זהות, אינה "המצאה ישראלית" אלא מוכרת בכתיבה התיאורטית שעוסקת בתחום, ומופעלת באתרי אינטרנט נוספים בעולם (ראו למשל: Yaron Raviv & Gabor Virag, *Gambling by Auctions*, 27 INT'L J. INDUSTRIAL ORGANIZATION 369 (2009)). ה"אופנה" של שימוש בה רווחת במדינות רבות, לצד שיטות אחרות של מנגנונים שקיים "ערפל" יחסי באשר לטיבם המדויק. דוגמה נוספת למנגנונים אלה היא שיטת Penny Auction הנוהגת באתרי מכירות שבהם ניתן להגיש הצעות "המעלות" את המחיר של ההצעה קודמת, כל פעם במתכונת של עלייה בערך של פני אחד (או יחידת מטבע אחרת שמוגדרת לצורך כך באתר) (ראו למשל: Stacey G. Robinson & al., *Shopping, Gambling or Shambling? Penny Auctions*, CORNELL UNIVERSITY SHA (2013); Michael Caldara, *Should Penny Auctions be Regulated Under Gaming Law?* 37 REGULATION 20 (2014)). ניתן להניח כי בעוד פסק דין זה נכתב נולדים רעיונות חדשים לשיטות כאלה ואחרות שניתן לתהות האם עניינן בשיווק, מסחר או הגרלה אסורה.

11. בשים לב לגיוון זה ולשאלות המורכבות שעשויות להתעורר באשר לטיבו של המנגנון ולשאלת הזיקה בין היבטי המזל והמיומנות בו, ראוי כי מי שנוטל על עצמו להגיש תובענה ייצוגית, על כל המשמעויות הנובעות מכך, יניח תשתית עובדתית שתאפשר לבית המשפט לבחון את הדברים לאשורם.

12. כידוע, לצורך אישורה של תובענה ייצוגית על התובע הייצוגי להוכיח, בין היתר, כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לקבוצה יוכרעו לטובתה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). השאלה שעניינה הרף שצריך לעבור התובע הייצוגי בשלב אישור התובענה חזרה והתעוררה בפסיקתו של בית משפט זה.

בתוך כך נקבע כי על התובע הייצוגי להרים "נטל ראשוני", אשר אינו צריך להיות כבד, אך גם לא "קל כנוצה" (השוו לחוות דעתי ברע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 59 (11.4.2013)). ראו עוד: ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (22.9.2014); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 15 (5.7.2012)). על-פי רוב, כאשר מתעוררת שאלה מובהקת שבמומחיות נדרשת הגשתה של חוות דעת מומחה כבר בשלב זה, כפי שהודגש בדעת הרוב של השופטת חיות בעניין אולטייל (שם), בפסקה 4 לחוות דעתה).

13. יישום האמור על ענייננו מעלה שמוטב היה אילו התובע הייצוגי היה סומך את טענותיו על חוות דעת של מומחה רלוונטי. יתרה מכך, דומה כי ראוי היה שחוות דעת זו הייתה מוגשת כבר בשלב אישור התובענה. אכן, ההחלטה בשאלה האם מנגנון מסוים הוא הגרלה אסורה היא החלטה נורמטיבית מובהקת שמסורה לבית המשפט. אולם, גם במקרה כזה שומה על התובע הייצוגי להניח תשתית ראשונית לתביעתו. בענייננו, התשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי הייתה דלה יחסית. בנסיבות העניין, פעילותו של התובע הייצוגי לא הייתה מניחה את הדעת, ולכן הייתי קרובה לקבוע כי לא עמד בנטל הנדרש לצורך הוכחה כי עסקינן במשחק אסור. עם זאת, בסופו של דבר, השתכנעתי כי ניסוח הכללים שלפיהם פעל האתר במקרה שלפנינו מוביל לתוצאה שאין ממנה מנוס – מדובר במערך שבו משקלו של המזל גדול ממשקלה של המיומנות. הכלל של פסילת הצעות זהות מוביל בהכרח לכך שלא אחת יתקבלו הצעות שהן הצעות הפסדיות מובהקות מבחינת בעל המכרז, ככל שפרנסתו הייתה מבוססת על מכירת מוצרים גרידא. עניין זה הוא מקרי לחלוטין. יתר על כן, במנגנון מן הסוג שתואר יש משקל רב למספר המשתתפים בכל מקרה ומקרה ונתונים נוספים שהמרחק בינם לבין מיומנות ניכר. על כך ניתן להוסיף, כי במידה מסוימת חוות הדעת מטעמה של המערערת מסייעת בידי התובע הייצוגי. קריאה מדוקדקת בחוות הדעת מלמדת כי אף המומחה מטעם המערערת נזהר מלקבוע כי משקלה של המיומנות רב ממשקלו של המזל בזכייה במכרזים שהתקיימו, ורק הצביע על כך שמיומנות ותחכום משפרים את סיכויי הזכייה. סממן זה, שאינו נעדר חשיבות, אינו מהווה מענה לאמת המידה הסטטוטורית אשר צריכה להיות נגד ענייננו: היות המזל (או "הגורל", כלשונה של ההוראה בסעיף 224 לחוק העונשין) בעל משקל משמעותי יותר ממיומנות (להבדיל מן הקביעה שגם למיומנות יש השפעה מסוימת על סיכויי הזכייה).

14. אם כן, אני מסכימה עם חברי באשר לכך שלפנינו "משחק אסור". עם זאת, אני סבורה כי ראוי שיופקו הלקחים הדרושים ממקרה זה למקרים עתידיים. על מי שמבקשים לשמש כתובעים ייצוגיים לדעת כי עליהם להניח תשתית עובדתית בסיסית שתסייע לבית המשפט לעשות את מלאכתו. אכן, בשלב אישור התובענה תשתית זו אינה צריכה להיות מכבידה, אך אינה יכולה להיות, כפי שכבר אמרתי בעבר, "קלה כנוצה". במישור המעשי, אני סבורה כי הגמול שייפסק לתובע הייצוגי במקרה זה צריך להביא בחשבון, בין השאר, את העובדה שלא פעל בהתאם לסטנדרט זה.

15. על בסיס האמור לעיל אמשיך אפוא לבחון את שתי השאלות הבאות, שמתעוררות במקרה זה. ככל הנוגע להן תשובותיי שונות מאלה שאליהן הגיע חברי השופט מזוז.

שאלה שלישית: האם יש מקום להורות על השבה או לפטור מחובת ההשבה, כולה או חלקה?

16. משקבענו כי בפנינו משחק אסור, הרי שהחווה להשתתפות בו הוא חווה פסול. הכלל בכל הנוגע לתוצאות החווה הבלתי חוקית הוא, כפי שמציין חברי, חובת השבה הדדית (כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)). עם זאת, בית המשפט מוסמך לפטור מחובת ההשבה – כולה או חלקה – משיקולים של צדק (בהתאם להוראות סעיף 31 לחוק החוזים). חברי סבור, בשונה מעמדו של בית המשפט המחוזי, כי זהו מקרה המתאים למתן פטור מחובת ההשבה, בשים לב לכך ששני הצדדים לעסקה – כל אחד ואחת ממגישי ההצעות מחד גיסא ומארגן המשחק מאידך גיסא – היו שותפים בצוותא חדא לעסקה הבלתי חוקית. הוא מוסיף וקובע בעניין זה כך: "המדובר במצב בו החווה בוצע במלואו על ידי שני הצדדים וכל צד קיבל את מבוקשו על פי החווה, על פי ציפיותיו: המשתתפים ב'מכרזים' שילמו למערערת דמי השתתפות, והמערערת העניקה להם בתמורה את הזכות להשתתף ב'מכרזים' המקפלת בתוכה את הסיכוי לזכות במוצרים המוצעים, וחלקם אכן זכו במוצרים שונים" (שם, בפסקה 19 לחוות דעתו של חברי).

17. דעתי בעניין זה שונה. אני סבורה שנקודת המוצא לדיון בסוגיה צריכה להיות ההכרה בכך ששני הצדדים לעסקה לא היו שווי מעמד בכל הנוגע להשתתפות במשחק האסור, וממילא גם אין לראות בהם שווי אחריות לעניין תוצאותיה של אי-החוקיות הטמונה בה. אכן, ניתן לייחס למגישי ההצעות מודעות לכללים שחולשים על הטיפול

בהצעות. אולם כפי שמציין אף חברי, סביר להניח כי לפחות חלקם, ולהערכתי אף חלק לא מבוטל מהם, דווקא לא היו מודעים עד תום למשמעות הנורמטיבית של כללים אלה – היינו שמדובר במשחק מזל. מכל מקום, המערערת נהנתה מפערי מידע משמעותיים שפעלו לטובתה בשים לב לכך שהיא הייתה חשופה למכלול של עובדות ונתונים שלא עמדו לנגד עיניהם של המשתתפים. יתרה מכך, המערערת היא זו שקבעה את "כללי המשחק" (תרתי משמע), ולמשתתפים לא הייתה כל יכולת להשפיע על עיצובם. מטעם זה, ניתן לראות בה כמי שיזמה את אי-החוקיות הטמונה בחוזה. על הבחנה זו ניתן ללמוד גם מהוראות חוק העונשין העוסקות באיסור הגרלות והימורים. הוראות אלה מטילות סנקציה חריפה יותר על מי ש"מארגן או עורך משחק אסור" ביחס למי שאך "משחק" במשחק שכזה (סעיפים 225-226 לחוק העונשין). אם כן, גם אם לא הוכחה במקרה זה עילת ההטעיה (לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981) הרי שלא ניתן לומר כי ה"אשם" שדבק בשני הצדדים הוא זהה. נהפוך הוא – מניתוח יחסי הכוחות ופערי המידע בין המערערת לבין המשתתפים נקל לראות כי מידת אחריותם של שני הצדדים לאי-החוקיות הטמונה בעסקה היא אפוא שונה בתכלית, ויש בכך כדי להשליך גם על הערכת ציפיותיהם. זהו שיקול רב משמעות בכל הנוגע להחלטה על פטור מחובת ההשבה (ראו: ע"א 141/80 גפני נ' מאירוב, פ"ד לה (3) 813, 823-822 (1981); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים ג 473, 597-598, 601-603 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003); דניאל פרידמן "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) עיוני משפט ה 618, 641-642, ו-189 (התשל"ז-התשל"ח); איל זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" 99 דניאל 423, 434-435 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)). אני חולקת אפוא על חברי בנקודה זו וסבורה שאין מקום להורות על פטור מלא מחובת ההשבה במקרה זה. לצד זאת, מכיוון שהפטור מחובת ההשבה ניתן מטעמי "צדק", כאשר נקודת המוצא היא חובת השבה, דומה שיש מקום לבצע איזון נורמטיבי ולהורות על כך שהפטור מחובת ההשבה יהיה חלקי בלבד.

18. בבואנו ליישם כלל זה, יש להביא בחשבון את הנתונים הבאים: ראשית, המערערת העניקה פרסים בשווי לא מבוטל לחלק מן המשתתפים שמזלם שיחק להם. על מנת שלא לחרוג מהשבה לענישה, יש לגרוע את שוויים של הפרסים האמורים מן הסכום העומד להשבה (וזאת בשים לב לכך שלא ניתן להורות על השבת הפרסים מאלה שקיבלו אותם, שהרי אין להעלות על הדעת תובענה ייצוגית שתורע עם מי מחברי הקבוצה). שנית, גם מגישי ההצעות לקו ברמת אשם מסוימת, במובן זה שסביר להניח כי רבים מהם הבינו שיש אלמנט של מזל בתוצאות ההשתתפות, גם אם לא ידעו באופן

מובהק שמדובר במשחק מזל ממש. בשים לב ליחס בין סכום התביעה לבין סכומי הפרסים, ומתוך התחשבות ברמת האשם המסוימת (גם אם נמוכה יחסית) שיש לייחס למשתתפים הרי שלשיטתי יש להורות על כך שהמערערת תשיב רק מחצית מסכום התקבולים. סכום זה יעמוד לחלוקה בין כלל המשתתפים שהגישו הצעות ושלא יצאו "מרווחים", היינו ששיעור דמי ההשתתפות ששילמו עולה על שווי המוצרים שרכשו (ככל שהצליחו בכך).

שאלה רביעית: האם יש מקום לפסיקת סעד בשל הפרת חובה חקוקה?

19. בית המשפט המחוזי קבע כי דין התביעה להתקבל גם על יסוד העילה של הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) – בהתייחס להפרת האיסור הקבוע בסעיף 225 לחוק העונשין ("איסור הגרלות והימורים"). חברי השופט מוזו סבר כי גם דין קביעה זו להתבטל על בסיס עמדה השוללת באופן מלא את האפשרות לקבל סעד אזרחי בגין הפרת האיסור הפלילי על הימורים. עמדה זו אף הושתתה (גם אם לא באופן בלעדי) על גישה מצמצמת להענקת סעדים אזרחיים בגין הפרה של איסורים פליליים.

20. אקדים ואומר: אני מסכימה כי במקרה זה לא היה מקום להענקת סעד על בסיס העילה של הפרת חובה חקוקה במסגרת התובענה הייצוגית. עם זאת, עמדתי העקרונית בכל הנוגע לאפשרות לתבוע בנזיקין בגין הפרה של נורמה פלילית בכלל, ובגין הפרת האיסור הפלילי על הימורים בפרט היא שונה, כפי שאפרט להלן.

21. אינני שותפה לעמדה העקרונית שמבטא חברי באשר לגישה המצמצמת לפיה הפרה של נורמה פלילית אינה יכולה לשמש במקרה הרגיל בסיס לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה, וכי המקרים שבהם כך נעשה הם בגדר חריגים. חברי מבסס את מסקנתו זו, בעיקרם של דברים, על כך ש"נורמה פלילית על פי טיבה נועדה להסדיר את חיי החברה ולהגן על הנורמות החברתיות, ולא דווקא לבסס עילות תביעה בנזיקין לטובתו של פלוני" (בפסקה 24 לחוות דעתו), ומכאן ש"אין לייחס ככלל להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה נזיקית בגין הפרתה" (שם). אינני סבורה שגישה זו משקפת את עמדתו העדכנית של בית משפט זה, ואף אינני מסכימה לה לגופה. אכן, בעבר רווחה בפסיקה הדעה לפיה הפרה של נורמה פלילית אינה יכולה לשמש בסיס לתביעה בנזיקין בגין הפרה של חובה חקוקה (ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ(4) 617 (1966); ע"א 704/71

אגבריה נ' המאירי, פ"ד כו(1) 743, 753 (1972)). אולם, גישה א-פריורית זו בכל הנוגע למשמעות הנזיקית של הפרת נורמה פלילית אינה נוהגת עוד.

22. לאמיתו של דבר, אני סבורה כי "הזרם המרכזי" בפסיקתו של בית משפט זה גורס כי אין מניעה שלהוראת חוק יהיו "פני יאנוס", היינו שהיא תהיה מכוונת גם להגנת הציבור וגם להגנתם של יחידים מסוימים שיוכלו לתבוע בנזיקין על יסוד הפרתה. פסק הדין המרכזי בעניין זה ניתן על ידי השופט א' ברק (כתוארו אז) בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982) (להלן: עניין ועקנין), והדברים שנאמרו על ידו שם יפים כביום נתינתם:

"נמצא, כי חוק עשוי להגן על האינטרסים של הפרט, גם אם הוא בא להגן בדרך זו על האינטרסים של כל אחד מהפרטים במדינה. מצב דברים זה מקרב קרבה יתירה בין חיקוק שכזה לבין חיקוק, שנועד להגן על האינטרסים של הציבור 'בתור שכזה'. זאת ועוד: לעתים קרובות הוראה פלונית היא בעלת מטרה כפולה, והיא כוללת בחובה הן כוונה להגן על האינטרסים של כל פרט ופרט- או סוג של פרטים - והן כוונה להגן על האינטרסים של הציבור בכללו. כך, למשל, רבות הן ההוראות בדבר איכות מוצרים, בטיחותם של אמצעי שמירה על חפצים מסוכנים, אמצעי הגנה שיש לנקוט ושאר הוראות בדבר רמת שירותים שיש לספק. בדרך כלל באות הוראות אלה לשמר את איכות החיים של הכלל. אך אין זה תפקידן היחיד. בנוסף לדאגה לכלל, באות הוראות אלה להגן על האינטרסים של כל פרט ופרט, העשוי להיפגע מאיכות גרועה של מוצרים או מאמצעי שמירה או הגנה לקויים. טול, למשל, חובה, המוטלת על רוקח, לשמור על רעלים. מה דינה של חובה זו? נראה לי, כי מטרתה כפולה: היא באה לקבוע רמת בטיחות השמירה על תרופות מסוכנות. היא באה לשמור על שלמותם הגופנית של מי שעשוי לרכוש בבית המרקחת תרופות. אכן, הכללתו של החוק ("והחיקוק... נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר" סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) הוא המעניק תפקיד יוצר לרשות השופטת. זו חייבת לבחון את לשון החיקוק הספציפי. אך אל לה להסתפק בכך. עליה לבחון את מדיניותו של המחוקק, כפי שהרשות השופטת מבינה אותו. עליה לשאול את עצמה, אם הוראה פלונית באה להגן על אינטרסים של היחיד אם לאו, בין אם יחיד זה עומד לעצמו, ובין אם יחיד זה כמוהו כשאר היחידים..." (שם, בעמ' 142. ההדגשות הוספו - ד' ב' א').

הנה כי כן, העובדה שהוראה פלונית נועדה להגן על הציבור בכללותו, אין בה כדי לשלול גם הגנה על פרטים ספציפיים. אכן, עניין ועקנין עצמו לא עסק בהפרה של

סעיף מחוק העונשין, אולם הוא בוחן בהרחבה דוגמאות הלקוחות ממנו (למשל, עבירת הבגידה שלגביה נקבע כי אינה יכולה לשמש בסיס לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה – אך זאת מאחר שהיא מכוונת להגן רק על הציבור ככזה, ולא משום שהיא עבירה פלילית. ראו: עניין ועקנין, שם נקבע כי חובות ציבוריות בלבד הן כאלה שנועדו להגן על "האינטרסים של המדינה, של הממשלה ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה", שם, בעמ' 141. ראו עוד: עדה בר-שירה "הפרת חובה חקוקה" דיני הנזיקין – העוולות השונות 44-45 (גד טדסקי עורך, 1979, מהדורה שנייה מאת דפנה לוינסון-זמיר, 1989) (להלן: הפרת חובה חקוקה); דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 189-188 (1993); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1212-1213 (2012) (להלן: גלעד). אם כן, לשיטתי, הדוגמה של ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984), שאותה מביא חברי, אינה חריג, אלא מלמדת על הכלל – בהתייחס לאותם איסורים פליליים שיש להם גם ממד של הגנה על פרטים (ראו עוד: ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'מאל, פ"ד מז(1) 629, 636-637 (1993)).

23. חברי השופט מזוז מצביע על כך שדברי חקיקה המנהיגים נורמות חדשות נוהגים לכלול בתוכם, בהתאם למדיניותו של המחוקק, הן סעיף עונשי והן סעיף המקנה תביעה בנזיקין (לפי המודל של חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965). מכאן לומד חברי כי כאשר המחוקק מבקש להקנות עילת תביעה בנזיקין הרי שהוא עושה כן במפורש בהוראה שהוא מייחד לכך. אני מסכימה עם חברי שהפרקטיקה החקיקתית שהוא מצביע עליה היא פרקטיקה נוהגת, ואפשר גם לראות בה פרקטיקה רצויה. אולם, עובדה זו לבדה אינה יכולה לשמש בסיס לאי-הכרה בעילה של הפרת חובה חקוקה באותם מצבים שבהם ניתן להתרשם כי חוק שאינו מקנה עילת תביעה בנזיקין, ואפילו הוא חוק עונשי, התכוון להגן על הפרט התובע (והכול בהתאם לשאר התנאים הקבועים בסעיף 63 לפקודת הנזיקין). הדברים יפים במיוחד לגבי דברי חקיקה ישנים. אולם, יש בהם טעם גם לגבי מכלול שלם של איסורים פליליים שנכללו בחוק העונשין (ולא בדבר חוק מיוחד המסדיר תחום כדוגמת לשון הרע או הטרדה מינית). תמיכה לגישה זו ניתן למצוא גם בספרות המשפטית (ראו: הפרת חובה חקוקה, בעמ' 73-80; גלעד, בעמ' 1213-1214). אם כן, אני מסכימה כי לא כל אימת שקיים איסור פלילי ניתן יהיה לבסס עליו עילת תביעה בנזיקין באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה. אולם, אני סבורה שהמסקנה אם כך הדבר או אחרת צריכה להתבסס על בחינה של מכלול התנאים הקבועים בסעיף 63 לפקודת הנזיקין (ראו בפסקה 21 לחוות דעתו של חברי), תנאים שיש בהם כדי להבטיח כי לא יוגשו תביעות "סתם" על יסוד הפרות של איסורים

פליליים, גם כאשר הם לא נועדו להגנתם של יחידים מסוימים ואף כאשר לא הייתה כוונה להעניק ליחידים אלה סעד בנוזיקין.

24. מהכא להתם: אני סבורה שתפקידו החברתי החשוב של האיסור על הימורים ככלי למניעת התמכרות להימורים, אינו צריך לגרוע מן ההכרה בכך שהוא נועד להגן גם על כל אחד ואחד מן הפרטים שעלולים ליפול ב"פח" ההתמכרות להימורים ולהמיט על עצמו אסון. מבחינה זו, אני סבורה שהאיסור הפלילי על משחקי מזל יכול גם יכול לשמש בסיס לתביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה. עיגון לגישה זו – לפיה האיסור על משחקי מזל בחוק העונשין לא נועד רק להגן על החברה בכללותה – ניתן למצוא בהלכה הפסוקה. ראו למשל דברי השופטת א' פרוקצ'יה ברע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349, 358 (2000): "בחנית עיקרי ההסדר בחוק הנוגע למשחקים אסורים מביאה למסקנה כי הוא נועד בבסיסו לשלול תופעה חברתית שטמונים בה סיכונים לפרט ולחברה כאחד" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א'). כן ראו דברי השופט י' זמיר באותה פרשה: "הנזק העיקרי [שנגרם על-ידי משחק מזל] נובע מתוצאות הלוואי של התופעה המוכרת בישראל, כמו במדינות אחרות, של התמכרות למשחקי מזל. ההתמכרות גורמת נזק, בראש ובראשונה, לאדם המתמכר למשחקים אלה ולבני המשפחה של אותו אדם. אך הנזק – חינוכי, חברתי וכלכלי – מתפשט מעבר לכך אל הציבור הרחב" (שם, בעמ' 370. ההדגשה הוספה). בפסק דין נוסף הביע בית המשפט עמדה מפורשת שלפיה אין לשלול באופן קטגורי אפשרות של תביעה בגין הפרת חובה חקוקה של האיסור על משחקי מזל. ראו דברי השופט י' אנגלרד בע"א 610/02 מפעל הפיס נ' לוטונט מועדון חברים בע"מ, פ"ד נז(5) 97 (2003) (להלן: עניין לוטונט):

"אם תכלית החוק היא להגן על הציבור מפני יצר ההימורים, הרי הנזק הכלכלי שנגרם למפעל הפיס אינו הנזק שהמחוקק ביקש למנוע באמצעות החובה החקוקה. במצב דברים זה אין עומדת למפעל הפיס עילת תביעה בגין הפרת חובה חקוקה. יובהר כי אין הכוונה לשלול מכול וכול תביעה אפשרית של ניזוק בשל הפרת האיסור על הגרלות, אלא רק ככל שמדובר בתובע המיוחד שלפנינו ובסוג הנזקים שהוא טוען להם" (שם, בעמ' 110. ההדגשה הוספה – ד' ב' א').

25. חרף זאת, אני מסכימה כי בנסיבות העניין לא היה מקום לאשר את התובענה הייצוגית על בסיס עילה זו – מטעמים שונים מאלה של חברי.

26. בעיקרו של דבר, אני סבורה שהנזק אשר מפניו נועד להגן האיסור הפלילי על משחקי מזל היה הנזק של התמכרות והתמוטטות כלכלית בשל הימורים. נזק זה טומן בחובו תופעות לוואי בדמות דרדור של המתמכרים לפעילות עבריינית לצורך מימון המשחקים, כמו גם קריסה – כלכלית ונפשית – של המתמכר ושל בני משפחתו (עניין לוטונט, בעמ' 109-111). זאת, להבדיל מן הנזק הקטן יחסית שעלול לנבוע מהשתתפות של פעם אחת או מספר פעמים מוגבל במשחק מזל – ככל שנגרם מכך נזק. תכלית זו עולה בבירור מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 72) (החמרת הענישה בשל משחקים אסורים, הגרלות והימורים), התשס"ב-2002, לפיהם:

”ניסיון החיים המצטבר מלמד כי הימורים ומשחקי מזל דרכם להביא אנשים לידי התמכרות, והם עלולים לגרום לביצוע עבירות חמורות נוספות בשל אותה התמכרות. מהיקף התופעה בישראל וחומרתה מתבקשת החמרה בענישה...”

בענייננו לא נטען, וממילא לא הוכח, שחברי הקבוצה נקלעו להתמכרות, על כל המשתמע מכך. על כן, לא מתקיים במקרה שלפנינו התנאי שעניינו בכך שההפרה גרמה “נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק”. יתרה מכך, אפילו הייתה טענה כי חלק מהמשתתפים נקלעו להתמכרות, ספק אם טענה זו הייתה ראויה להתברר בדרך של תובענה ייצוגית לצד טענות של משתתפים אחרים שלא טוענים כי התמכרו. טענה לנזקים הנובעים מהתמכרות טומנת בחובה צורך לברר שאלות משמעותיות בעלות אופי אינדיבידואלי, ואופי הנזקים שנטענים מכוחה עשויים גם הם להוביל למסקנה כי תובענה ייצוגית אינה הדרך המתאימה לבירור טענות מסוג זה (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות).

לסיכום

27. אם תישמע דעתי, נקבל את הערעור בחלקו ונורה על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשם מתן הוראות מתאימות בכל הנוגע למתכונת ההשבה ולפסיקת הגמול לתובע הייצוגי בהתאם לעקרונות שפורטו לעיל:

א. המערערת תשיב לקבוצה מחצית מסכום התקבולים. סכום זה יעמוד לחלוקה בין כלל המשתתפים ששיעור דמי ההשתתפות ששילמו עולה על שווי המוצרים שרכשו, בהתאם לאמור בפסקה 18 לעיל. הסכום העומד לחלוקה

יחולק בין המשתתפים באופן יחסי – בהתאם לסכום ששילם כל אחד מחברי הקבוצה למערערת.

ב. בית המשפט המחוזי יעדכן את סכום הגמול שנפסק לטובת המשיב ומשכרו של בא-כוח המשיב, כפי שנקבע בפסקה 47 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בהתאם לעקרונות המפורטים בפסקה 14 לחוות דעתי.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

במחלוקת שהתעוררה בין חבריי להרכב ראיתי לנכון להצטרף לתוצאת פסק דינו של חברי השופט מ' מזוז, וזאת בכפוף למספר הערות.

א. בכל הנוגע לשאלת קיומו של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, דעתי היא כדעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארוז. אף שקיים שוני בין חברי הקבוצה, איני סבור כי יש הצדקה למהר ולסרב ליתן אישור לניהולה של התובענה כתובענה ייצוגית בהתבסס על כך בלבד, כאשר בפועל חברי הקבוצה חולקים ביניהם "שאלות משותפות" הראויות להתברר, הנוגעות בין היתר לחוקיות פעילותה של המערערת. אני מצטרף בהסכמה גם להערת חברתי, לפיה מוטב לבחון דרכים להתגבר על השוני בין חברי הקבוצה טרם הקביעה כי אין תוחלת לתובענה (ראו בפסקה 5 לחוות דעתה).

ב. חבריי להרכב אינם חלוקים בשאלה האם הוכח כי פעילות המערערת היוותה "משחק אסור", ולצורך הדיון מוכן גם אני להניח כך. תהיתי אם לא נכון היה לקבוע שמצב הדברים בו הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הוגשה ללא חוות דעת מומחה, לא הצדיק כשלעצמו את דחייתה בנסיבות המקרה (ראו פסקאות 9-14 לחוות דעתה של חברתי). העניין שלפנינו הוא במובהק עניין שבמומחיות, ותמיכת בקשת האישור בחוות דעת מומחה בנסיבות אלה לא הייתה בבחינת "חיזוק" לטענות המשיב בלבד, אלא

הייתה צעד נדרש וחיוני. הדברים נאמרים בפרט על רקע העובדה שהמערערת תמכה את תגובתה בחוות דעת מומחה מטעמה.

ג. התלבטתי לגבי סוגיית ההשבה, ולבסוף החלטתי להצטרף בהסכמה לדעתו של חברי השופט מ' מזוז לגביה. חברתי השופטת ברק-ארז סבורה כי המקרה שלפנינו אינו מתאים למתן פטור מלא מחובת ההשבה, אלא רק למתן פטור חלקי, זאת משום ש"המערערת נהנתה מפערי מידע משמעותיים" ומשום ש"המערערת היא זו שקבעה את 'כללי המשחק' (תרתי משמע), ולמשתתפים לא הייתה כל יכולת להשפיע על עיצובם. מטעם זה, ניתן לראות בה כמי שיזמה את אי-החוקיות הטמונה בחוזה" (פסקה 17 לחוות דעתה). מדברים אלו עולה הרושם כי המערערת יזמה בכוונת מכוון "כללי משחק" בלתי חוקיים אשר יאפשרו לה לנצל את חוסר הידע של המשתתפים, בעוד שלמשתתפים לא היו כלים להבין את מהותם ותוצאותיהם. חברתי סבורה כי מכיוון שהפטור מחובת ההשבה ניתן מטעמי צדק, ועל רקע האמור, יש צידוק לכך שהפטור בענייננו לא יחול באופן שווה ביחס לשני הצדדים.

אילו הייתי סבור כי אמנם פני הדברים מלמדים על פערי כוחות משמעותיים או ניצול של המשתתפים באתר, ייתכן והייתי נוטה לעמדת חברתי, אלא שאיני משוכנע בכך. ראשית, התמונה לגבי "כללי המשחק" אינה כה חדה, כשאף לשיטת חברתי אנו מצויים בתחום האפור בנוגע לשאלה האם גיבשו הכללים "משחק אסור". חברתי עצמה ציינה כי מנקודת ראותה "מסקנה זו לא הייתה פשוטה בנסיבות העניין, ואך כפסע היה בהן בין קבלתה של התובענה לבין דחייתה מן הטעם שהתובע הייצוגי לא עמד ברף הנדרש ממנו" (פסקה 9 לחוות דעתה). שנית, אף ש"כללי המשחק" אמנם נקבעו על ידי המערערת, קשה לומר כי למשתתפים לא הייתה מודעות לגביהם, במידה כזו המצדיקה אי-סימטריה בשאלת ההשבה. עיון בחו"ד המומחה שהוגשה מטעם המערערת מעיד בעיניי כי יותר סביר להניח שהמשתתפים באתר הבינו את כללי המכרזים, לא רק תוך כדי ההשתתפות בהם, אלא גם קודם לכן, נוכח נגישותם למידע שהיה פתוח באתר גם לגבי מכרזים קודמים שנערכו (עמ' 4-5 לחו"ד המומחה). על כן, בנקודה זו – שהיא במידה רבה עובדתית ולא נורמאטיבית – אני מתקשה לקבל את עמדת חברתי המניחה חוסר מודעות של חלק בלתי מבוטל מהמשתתפים ל"כללי המשחק" ופערי כוחות בין הצדדים. עמדתי בסוגייה זו קרובה אפוא יותר לעמדת חברי השופט מזוז, ולפיה בנסיבות העניין, משהוכרע כי מדובר "במשחק אסור", שני הצדדים היו שותפים באופן יחסי שווה לפעילות הבלתי חוקית, והם קיבלו את מבוקשם בהתאם למודעותם

ולציפיותיהם. על כן ראיתי לנכון להצטרף לדעתו של חברי השופט מוזז בשאלת ההשבה, מנימוקיו, וכפועל יוצא מכך, להסכים גם עם תוצאת פסק דינו.

ד. חבריי מסכימים כי בנסיבות המקרה לא היה מקום להענקת סעד על בסיס העילה של הפרת חובה חקוקה, אך חלוקים בטעמיהם. מכיוון שהתוצאה היא מוסכמת, ומכיוון שהיא נכונה גם לעמדתי, סברתי כי אין צורך להיכנס לעובי הקורה ולהכריע במחלוקת העקרונית שהתעוררה בעניין זה, משאין הדבר הכרחי לצורך ההכרעה.

נוכח האמור אני מצטרף בהסכמה לתוצאת פסק דינו של חברי השופט מוזז.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות לקבל את הערעור כאמור בפסק דינו של השופט מ' מוזז, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז שסברה שיש לקבל את הערעור אך בחלקו.

ניתן היום, כ"ג בחשוון התשע"ו (5.11.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט