

בענין:

דוד חזד

נושא תעודת זהות מס' 061114765
מרחוב הרב ברוט 22, בני ברק 5128839

על ידי באי כוחו גיל רון, קינן ושות', עורכי דין
וכן על ידי באי כוחו אביעד, סרן ושות', עורכי דין

שכתובתם לצורך ההליך תהא אצל גיל רון, קינן ושות'
מבית לסין, רחוב ויצמן 32, תל-אביב 6209105
מס' טל': 03-6967676; מס' פקס': 03-6967673

המבקש

- נ ג ד -

מפעל הפיס

חברה לתועלת הציבור מספר 520018714
מרחוב הפטמן 3, תל-אביב 6473703

המשיב

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן :

א. לאשר למבקש להגיש תובענה ייצוגית נגד המשיב, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות);

נוסח התובענה הייצוגית מצורף לבקשה זו כנספח 1;

ב. לקבוע, בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי התובענה תוגש בשם כל מי שהימר במכוונות חישגד אלקטרוני החל משבע שנים לפני הגשת בקשה זו ועד הגשת התביעה הייצוגית לאחר אישורה, ודמי ההשתתפות שהוא שילם עבור הימורים אלה עלו על הסכום הכולל של זכויותיו; לחילופין בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה;

ג. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקש יהיה התובע הייצוגי, וכי באי-כוחו החתומים על בקשה זו יהיו באי-הכח המייצגים;

ד. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המעשים המתוארים בבקשה זו מקימים עילות תביעה בגין הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין); בטלות חוזה פסול לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); עילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט); רשלנות לפי סעיף 35 לפקודת הנזיקין; הפרת חוזה לפי חוק החוזים וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; ניצול מצוקת הצרכן והשפעה בלתי הוגנת לפי סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); עושה לפי סעיף 18 לחוק החוזים; הפרת החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת לפני כריתת חוזה ובביצועו לפי סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים; וכל עילה העולה מן העובדות שבבקשה זו;

ה. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אלה יהיו הסעדים בתובענה הייצוגית:

(1) פיצוי חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם כתוצאה משלילת האפשרות להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח בחלק ממשחקוני חישגד אלקטרוני, וכתוצאה מקביעת סכום ההימור המקסימלי כברירת מחדל בכל משחקוני חישגד אלקטרוני, וכן השבת סכומים שנגבו שלא כדין בדרכים אלה;

(2) תיקון המכונות כך שניתן יהיה להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח, בכל המשחקונים;

(3) חיוב המשיב לתקן את תוכנית המסגרת להגרלות חישגד (להלן: תקנון חישגד), כך שייקבע בה שבכל הגרלה במשחקוני חישגד אלקטרוני ניתן להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח;

(4) תיקון מכונות חישגד אלקטרוני כך שתבוטל ברירת המחדל בנוגע לסכום ההימור;

(5) מינוי בעל תפקיד אשר יפקח על ביצוע פסק הדין; וכן

(6) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות;

ו. להורות, בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על-ידי בית-המשפט הנכבד, לרבות בהודעה אישית לחברי הקבוצה אם למשיב נתונים על כתובותיהם, במודעות בולטות בעמדות מכירה של המשיב, בפרסומי המשיב ובמתחמי המשחקים האלקטרוניים של המשיב, ופרסום בעיתונות, וכן להורות כי המשיב ישא בעלות הפרסום ומשלוח ההודעות;

ז. לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כתובענה ייצוגית, בנוסח המוצע או בכל שינוי עליו בית-המשפט יחליט, הכל כפי שייראה בעיני בית-המשפט הנכבד ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית; וכן

ח. לחייב את המשיב בהוצאות ובשכר טרחת עורכי הדין.

חלק ראשון - מבוא

1. במדינת ישראל חל איסור על הפעלת שירותי הגרלות והימורים. האיסור נועד למנוע את הנזק החמור שההימור גורם לאדם - התמכרות הממיתה אסונות על משפחות רבות. ההתמכרות מובילה לפירוק משפחות, אבדן מקומות עבודה, מצב כלכלי קשה וצרות אחרות.
2. המחוקק קבע מספר חריגים לאיסור. שר האוצר (או מי שהשר הסמיכו לכך) מוסמך לתת היתר מיוחד לספק שירותי הימורים. היתר כזה ניתן למשיב. ההיתר מוגבל, וקובע תנאים רבים, שנועדו לצמצם את נזקי ההימורים הנגרמים לציבור.
3. ההיתר מאפשר, בין היתר, הפעלת מכונות מזל המכונות "חישגד אלקטרוני" (שפועלות במתחמים המכונים "פיס PLACE").
4. **לפי ההיתר, עלות ההשתתפות בהימור במכונות חישגד אלקטרוני תהיה בין 1 ש"ח לבין 20 ש"ח. בכך ניתן ההיתר הבטיח כי המשתתפים בהימורים יוכלו להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח. ניתן ההיתר אף הבטיח כי לא ניתן יהיה להפסיד בהימור בודד יותר מ-20 ש"ח. זוהי משמעות המגבלה.**
5. המשיב מפר את ההיתר. בשישה מתוך תשעת משחקוני החישגד האלקטרוני, סכום ההימור המינימלי עומד על 7 ש"ח. בכך מופרת החובה לאפשר להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח. ההפרה מייקרת את עלות ההשתתפות המינימלית בכל הגרלה בשיעור של פי שבעה. כתוצאה מכך נגרם הפסד כבד למהמרים.
6. ציבור המהמרים רוכש כרטיס נטען בסכום של עד 50 ש"ח, ומהמר באמצעותו. על כן, שלילת האפשרות להמר בסכומים הנמוכים מ-7 ש"ח גורמת לציבור לבצע מעט פעולות הימור באותו כרטיס, ומובילה לרכישת כרטיסים נוספים.
7. ועוד, בכל משחקון שמופעל על ידי מכונת חישגד אלקטרוני, ניתן לבחור את סכום ההימור, מבין סכומי ההימור האפשריים (שלפי ההיתר חייבים להתחיל בסכום של 1 ש"ח). באופן פסול המשיב קובע ברירת מחדל בסכום הגבוה ביותר מבין סכומי ההימור האפשריים. כך למשל, במשחקונים בהם ניתן להמר על סכומים של 7, 10, 12 ו-15 ש"ח, יופעל ההימור בסכום המקסימלי של 15 ש"ח, אלא אם המהמר ישנה זאת. ברירת המחדל גורמת למהמרים להגדיל את סכומי ההימור, ובהתאם מגדילה גם את הנזק שהם סופגים מההימורים. זהו מקרה מובהק של ניצול מצוקה והשפעה בלתי הוגנת. מעבר לכך, בהצבת ברירת המחדל המשיב מפר את הוראות תקנון החישגד האלקטרוני, שמסדיר את פעולת מכונות ההימור.
8. לאחרונה הושמעה בציבור ביקורת נוקבת על הפעלת מכונות החישגד האלקטרוני על ידי המשיב. לעניות דעתנו, ביקורת זו מוצדקת. הפעלת המכונות עומדת בימים אלה לדיון ציבורי. כל עוד המכונות פועלות, מן ההכרח להבטיח כי המשיב ימלא היטב אחר כל התנאים והמגבלות שהוטלו עליו, ויפעל בהתאם לדיון. כמו כן, על המשיב לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם כתוצאה מהפרת אותם תנאים ומגבלות, ומהפרת הדיון.
9. זהו מקרה מתאים ביותר לבירור בדרך של תביעה ייצוגית. ייתכן שהנזק של חברי קבוצה רבים קטן למדי. בנוסף, רבים מהם בוודאי לא מודעים לעילות התביעה. הם נתונים תחת ההתמכרות להימורים, ובוודאי לא יתפנו להשקיע כסף וזמן לצורך ניהול מערכה משפטית נגד המשיב. מיטב כספם מושקע בהימורים. למרבה הצער, המשיב מפר את תנאי ההיתר, מנצל לרעה את מצוקת המהמרים, משפיע עליהם באופן בלתי הוגן, ומפיק מכל אלה רווח גדול.

חלק שני - העובדות - המשיב לא מאפשר הימורים בסכום של 1 ש"ח וכן קובע ברירת מחדל פסולה

10. הפעלת שירותי הגרלות והימורים אסורה במדינת ישראל. האיסור מופיע בסעיפים 225-228 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). עם זאת, סעיף 231(א)(2) לחוק העונשין מורה כי האיסור לא חל על הימורים שעורך המשיב, על יסוד היתר משר האוצר או ממי שהוסמך על-ידו.

11. מדי מספר שנים מתפרסם היתר מעודכן, המסדיר את פעילות המשיב. בתקופה הרלוונטית לתביעה זו המשיב פעל ופועל מכח היתרים שניתנו בימים 1 במרץ 2007 ו-1 בפברואר 2012 (שתוקפו פג ביום 31 בדצמבר 2016, ולפי מיטב ידיעת המבקש הארכתו עומדת לדיון בימים אלה). ההיתרים קובעים את דרכי ההפעלה של משחקי ההימורים שעורך המשיב, באופן מפורט ביותר. ההיתרים נועדו להגביל את המשיב מלעשות כרצונו בתחום בעייתי ואפור - הגרלות והימורים. הם מטילים על פעילות המשיב מגבלות מפורשות.

נוסח ההיתר מיום 1 במרץ 2007 מצורף לבקשה זו כנספח 2.

נוסח ההיתר מיום 1 בפברואר 2012 מצורף לבקשה זו כנספח 3.

12. בהיתר שניתן ביום 1 במרץ 2007 נוספו למגוון סוגי ההימורים שהמשיב רשאי להפעיל מכונות חישגד אלקטרוני. המכונות מדמות באופן ממוכן את הימור החישגד המונהג על ידי המשיב מזה שנים רבות, המבוצע על ידי רכישת כרטיס הגרלה וגירודו לצורך גילוי מספרים וסמלים, העשויים לזכות את האוחז בכרטיס בפרס. בהתאם להיתר, המשיב מפעיל כ-150 מתחמים, בהם פועלות כ-500 מכונות הימורים אלקטרוניות. בכל מתחם פועלות עד חמש מכונות. תוקף ההיתר להפעיל מכונות אלה פקע ביום 31 בדצמבר 2016, וככל הידוע למבקש בימים אלה נדון המשך הפעלתן.

13. ביקור במתחמי המכונות עורר תחושה לא נוחה. חלק מהמתחמים פתוחים לאורך כל שעות היממה. מהמרים רבים עישנו בתוך המתחם. ניכר מיד כי אנשים שפוקדים מתחמים אלה לעתים קרובות מאבדים שליטה על כספם. למרבה הכאב, בתוך כך אובדת שליטתם על גורלם האישי וגורל משפחתם.

14. בכל אחד מההיתרים נקבע כי המשיב מורשה להפעיל הגרלות חישגד אלקטרוני בהתאם לתנאים שקבועים בנספחי ההיתר (סעיפים 1.2 ו-57.3 לשני ההיתרים בהתאמה; התנאים קבועים בנספח ב' ובנספח ח' לשני ההיתרים, בהתאמה).

15. בנספחים של שני ההיתרים (נספחים 2 ו-3 לבקשה זו) נקבעה מגבלה בענין דמי ההשתתפות (ההדגשה כאן ולהלן הוספה) -

"עלות ההשתתפות בהגרלה תהיה בין שקל חדש ל-20 ש"ח" (סעיף 2.2 לנספח להיתר משנת 2007)

"עלות ההשתתפות בהגרלה תהיה בין 1 ש"ח ל-20 ש"ח" (סעיף 2.2 לנספח להיתר משנת 2012)

16. בהוראות אלה מוציא ההיתר הבטיח כי הציבור המשתתף בהימורים יוכל להמר בכל הגרלה על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח. אילו מוציא ההיתר התכוון לקבוע רק עלות מקסימלית, ולהותיר למשיב לקבוע את העלות המינימלית, לא היה נקבע סכום מינימום של 1 ש"ח, אלא רק סכום מירבי. בנוסף, בהוראה זו נותן ההיתר הבטיח כי לא ניתן יהיה להפסיד בהימור בודד יותר מ-20 ש"ח.

17. סעיף 1.1 להיתר משנת 2012 קובע כי ההיתר מותנה בקיום הוראותיו. סעיף 52 להיתר זה מרחיב ומציין שהמשיב אינו רשאי לערוך כל שינוי בתנאי ההיתר, ושינוי שכזה מחייב קבלת אישור ממושרד האוצר, מראש ובכתב. המונח "שינוי תנאי ההיתר" כולל שינויים במחיר ההשתתפות בהגרלות המאושרות.

18. על מנת להמר באמצעות המכונות, יש לרכוש כרטיס נטען בסכום של עד 50 ש"ח. המהמר מכניס את הכרטיס למכונה, בוחר בסוג המשחקון בו הוא מעוניין לשחק מתוך תשעה משחקונים, והוא יכול להתחיל להמר. המכונה מציבה כברירת מחדל לסכום ההימור (המכונה עלות השתתפות) את הסכום הגבוה ביותר שנקבע לאותו משחקון - 15 ש"ח במשחקונים בהם ניתן להמר על סכומים של 7, 10, 12 ו-15 ש"ח, ו-5 ש"ח במשחקונים בהם ניתן להמר על סכומים של 1, 2 ו-5 ש"ח. המהמר יכול לשנות את סכום ההימור לסכום אחר מבין הסכומים שנקבעו לאותו משחקון. סכום ההימור מנוכה מהיתרה בכרטיס, עם תחילת ההגרלה.

19. ההגרלה מתחילה ומסתיימת בלחיצת כפתור. המכונות מדמות באופן ממוכן כרטיסי גירוד, כך שמיד לאחר הלחיצה על כפתור הפעלת ההגרלה נחשפת התוצאה, והשחקן מגלה מיד אם הוא זכה או הפסיד. במקרה של זכייה, סכום הזכייה נוסף ליתרה הכספית שבכרטיס. בדומה להגרלות הנערכות במתכונת של כרטיסי גירוד, גם הגרלות אלה מונפקות בסדרות, ולכל סדרה נקבעים מראש מספר הזכיות וסכומי הזכייה השונים.

20. המשיב נטל לעצמו את החירות לחרוג מהוראות ההיתר, בכל הנוגע לסכומי ההימור המותרים. המשיב מפעיל תשעה סוגים של משחקוני חישגד אלקטרוני. בשישה משחקונים המשיב מפר את הוראות ההיתר, ולא מאפשר הימור על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח. המשיב מצמצם את סכומי ההימור האפשריים ומתיר את ההימור בין 7 ש"ח ל-15 ש"ח. כך המשיב נוהג ביחס למשחקונים מסוג "ירוקים", "לאס וגאס", "מכונת המזל", "Black Jack", "פירמידה" ו"פוקר". בשאר המשחקונים - "תותי פרוטי", "כוכבים ומזלות" ו"כדורסל" - דמי ההשתתפות נעים בין 1 ש"ח ל-5 ש"ח. פירוט המשחקונים וסכומי ההשתתפות בכל אחד מהם מופיע בעמוד "פיס PLACE" באתר האינטרנט של המשיב.

צילומי מסך של המשחקונים מאתר האינטרנט של המשיב מצורפים לבקשה זו כנספח 4. בעמודים אלה ניתן לראות את סכומי ההימור במשחקונים.

21. ניתן להיווכח בקווי דמיון המשותפים לששת המשחקונים, בהם נשללה הזכות להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח. כולם מזכירים משחקים המופעלים בבתי קזינו, ומדמים אותם. על כן הם אטרקטיביים יותר בעיני רוב המהמרים.

22. כך המשיב מפר את תנאי ההיתר שניתן לו. בכל הכבוד, בענין רגיש, שממילא נמצא תחת מחלוקת קשה, מוטב היה כי המשיב יקפיד על קיום כל התנאים הקבועים בהיתר. בדיוק על כך בית המשפט הנכבד כבר פסק, כי "... דווקא אם סבורים אנו שמדובר במוצר קלוקל לפי טיבעו, מחובתנו להקפיד עם מארגן ההימורים, ולדרוש במפגיע כי ימנע מניצול חולשותיו וקלות דעתו של המהמר" - ת"צ (מחוזי מרכז) 11930-04-12 **אבידן נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פסקה 35 (פורסם בנבו, 17.3.2016) (להלן: **ענין אבידן**). הדברים נכונים ביתר שאת כשמדובר בתנאים ברורים שקובע ההיתר.

23. בנוסף להוראות ההיתר המחייבות את המשיב, פעולותיו מוסדרות גם בתקנון חישגד, שהוצא על ידו בשנת 2005. התקנון חייב כמובן להתאים להוראות ההיתר, ובכלל זה להבטיח את האפשרות להמר על סכומים שבין 1 ש"ח ל-20 ש"ח. והנה, בניגוד מוחלט להיתר, סעיף 26.4 לתקנון חישגד מורה כי "מחיר משחקון ינוע בין 1 ש"ח עד 20 ש"ח (או טווח מחירים אחר שהמפעל יקבע) ...". אין כל תוקף לסייג שמופיע בסוגריים. המשיב חייב להתאים את הוראות התקנון להיתר. הוא מפר חובה זו.

תקנון חישגד, כפי שפורסם בילקוט הפרסומים 5400 מיום 31 במאי 2005, מצורף לבקשה זו כנספח 5.

24. אין ספק שתנאי ההיתר גוברים על האמור בתקנון חישגד. התקנון הוצא מכח ההיתר. את ההיתר מוציא שר האוצר או מי מטעמו, והוא קובע את המגבלות המוטלות על פעילות ההימורים של המשיב. בהיתר נקבע במפורש כי סכומי ההימורים ינועו בין 1 ש"ח ל-20 ש"ח. סעיפים 1.2 ו-57.3 של ההיתרים משנת 2007 ומשנת 2012, בהתאמה, מורים כי המשיב יפעיל את ההגרלות בהתאם לתנאים שבנספחי ההיתר (אשר בהם נקבעו ההגבלות על דמי ההשתתפות), וכי הן יבוצעו לפי תכנית מסגרת להגרלות חישגד 2005. תכנית זו היא תקנון חישגד (נספח 5 לבקשה זו). ברור לחלוטין כי התקנון שהמשיב מוציא חייב להתאים להוראות ההיתר שניתן לו.

25. מטרת ההוראה הקובעת עלות נמוכה להשתתפות בכל הגרלה ברורה. שר האוצר ביקש להגן על המהמרים ולאפשר להם לשחק תמורת סכום המתחיל ב-1 ש"ח להגרלה. הדבר מסייע להם למנוע הוצאת כסף מיותרת, המצטברת לסכומים משמעותיים ככל שמספר ההגרלות עולה.

26. בדוח שפירסם מרכז המחקר והמידע של הכנסת בשנת 2015 בנושא מכונות חישגד אלקטרוני, צויין כי במסגרת תוכנית ההפעלה של המכונות לקראת השקתן, דמי ההשתתפות בהגרלה עמדו על 2-5 ש"ח (הערת שוליים מספר 82, עמוד 16). העובדה שבנוסח הסופי הסכומים שונו וסכום המינימום הופחת ל-1 ש"ח, מוכיחה את חשיבות הסכום המינימלי בעיני מוציא ההיתר. יש לקרוא את ההיתר לאור תכליתו, שהיא ההגנה על המהמר במכונות חישגד אלקטרוני.

דוח מרכז המחקר והמידע של הכנסת בנושא מכונות חישגד אלקטרוני מיום 25 במאי 2015 מצורף לבקשה זו כנספח 6.

27. בהפרת ההיתר המשיב גורם נזק רב למהמרים. ההפסד הפוטנציאלי למהמר בכל הגרלה עומד על לפחות 7 ש"ח, במקום 1 ש"ח. הגרלה כזו אורכת שניות בודדות. להמחשת הנזק, סכום ההימור המצטבר למהמר, המשחק במכונות במשך כשעה בסכום המינימלי שקבע המשיב, 7 ש"ח, יכול להגיע ליותר מ-4,200 ש"ח (החישוב בוצע בהתאם להערכה לפיה המהמר הממוצע משחק בכעשר הגרלות בכל דקה; זוהי הערכה שמרנית, כאשר במקרים רבים ההימורים תכופים יותר). לעומת זאת, אם שחקן כזה היה מהמר על סכום של 1 ש"ח בלבד, כפי שההיתר מחייב, סכום ההימור המצטבר במשך אותו פרק זמן היה נמוך משמעותית - 600 ש"ח בלבד (תחת אותן הנחות).

28. המהמרים קונים בנקודת המכירה כרטיס נטען בסכום של עד 50 ש"ח. כתוצאה מהפרת ההיתר על ידי המשיב, הם זכאים למספר הגרלות מועט מזה שהם היו מקבלים, אם עלות ההשתתפות בכל הגרלה הייתה מתחילה מ-1 ש"ח. גם כאשר יתרת הסכום בכרטיס גדלה כתוצאה מזכייה בהגרלה, ההפסד בהגרלות עדיין מביא למיצוי הכסף שבכרטיס במהירות רבה יותר מכפי שהכסף היה אוזל לו היה ניתן לבחור בדמי השתתפות נמוכים יותר.

29. לצורך הגשת בקשת האישור המבקש ובאי כוחו פנו אל פרופסור ראובן דר, חבר סגל בבית הספר למדעי הפסיכולוגיה שבאוניברסיטת תל-אביב, ומומחה בעל שם בתחום ההתמכרות. פרופסור דר ניתח את התנהגות המהמרים, והגיע למסקנה כי שלילת האפשרות להמר על סכום של 1 ש"ח גורמת נזק למהמרים. מסקנה זו מבוססת על ספרות מקצועית רלוונטית, וכן על סקר שהמומחה ערך בקרב מהמרים במכונות חישגד אלקטרוני. חוות הדעת מצורפת לבקשה זו.

30. בנוסף, מכונות החישג האלקטרוני מציבות את דמי ההשתתפות באופן אוטומטי על סכום ההימור הגבוה ביותר שהמכונות מציעות. כאמור, סכומי ההימור במשחקונים מסוג "ירוקים", "לאס וגאס", "מכונת המזל", "Black Jack", "פירמידה" ו"פוקר" נעים בין 7 ל-15 ש"ח. המכונה קובעת כברירת מחדל את הסכום המקסימלי - 15 ש"ח. השחקנים יכולים אמנם לשנות את סכום ברירת המחדל לסכומים של 7, 10 או 12 ש"ח ורק לאחר מכן להמר, אך לשם כך עליהם לבצע את פעולת השינוי באופן אקטיבי. בשאר המשחקונים - "תותי פרוטי", "כוכבים ומזלות" ו"כדורסל" – ניתן להמר על סכומים של 1, 2 ו-5 ש"ח, ושוב, המכונה מציבה את ברירת המחדל על הסכום הגבוה - 5 ש"ח.

צילומי מסך של מכונות חישג אלקטרוני מיד לאחר בחירת המשחקון מצורפים לבקשה זו כנספח 7. בצילומים אלה ניתן לראות את ברירת המחדל בדמי ההשתתפות, בסכומים של 15 ש"ח ו-5 ש"ח.

31. המומחה פרופסור דר חיווה דעתו ביחס לברירת המחדל. לפי ממצאיו, העמדת ברירת המחדל על סכום ההימור הגבוה גורמת להגדלת סכום ההימור, ובהתאם גם גורמת להגדלת ההפסד הכולל של המהמרים. הדבר ברור. הרי זוהי המטרה של המשיב בהצבת ברירת המחדל.

32. המבקש יטען כי קביעת סכום ברירת מחדל גבוה מהווה ניצול של מצוקת המהמרים, ומשפיעה עליהם באופן בלתי-הוגן. המהמרים נוטים להשאיר את סכום ההימור בהתאם לברירת המחדל. במקרים רבים הדבר גורם להם להמר על סכום זה גם בהגרלות העוקבות (תופעה המכונה "chasing your losses"). טענות אלה נתמכות בחוות הדעת של פרופסור דר.

33. בקביעת סכום ברירת מחדל לסכום המקסימלי האפשרי, המשיב גם פועל בניגוד להסדר הקבוע בסעיף 26.3 לתקנון חישגד, לפיו "לאחר בחירת המשחקון ומחירו, על הלקוח להקיש על מקש PLAY... (נספח 5 לבקשה זו). התקנון מהווה הסכם בין המהמרים ובין המשיב. מהוראה זו שבתקנון עולה כי המהמר הוא זה שאמור לבחור את סכום דמי ההשתתפות במשחקון באופן חופשי. על כן, בהציבו את סכום ההימור הגבוה כברירת מחדל, המשיב מפר הסכם שנעשה בינו ובין המהמרים.

34. לפי דוח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, המשיב מגלגל מפעילות החישג האלקטרוני סכומי עתק. הפידיון נטו מהפעלת המכונות הגיע בשנת 2014 לסכום של כ-573 מיליון ש"ח (נספח 6 לבקשה זו, עמודים 22-23). הפדיון גדל בכ-40 עד 50 מיליון ש"ח בכל שנה. בשנת 2014 ההכנסות והרווחים ממכונות חישגד אלקטרוני היוו 9.2% ו-24% מההכנסות והרווחים של המשיב, בהתאמה. תחת נתונים אלה, למשיב אינטרס לגבות דמי השתתפות גבוהים במשחקונים ממכרים אלה. למרבה הצער, המשיב פועל כדי להגדיל את סכומי ההימור, גם אם הדבר מנוגד להיתר שניתן לו וכרוך בהפרת חובות המוטלות עליו מכח הדין. המשיב נוהג להתפאר בצעדים שהוא נוקט על מנת להפחית את ההתמכרות למכונות ואת הפסדי המהמרים. למרבה הצער, בפועל הוא נוהג אחרת.

35. לסיכום חלק זה, המשיב גובה דמי השתתפות מינימליים במשחקונים בסכום של 7 ש"ח, על אף שלפי ההיתר הוא מחוייב לאפשר להמר על סכום של 1 ש"ח. בכך המשיב מפר את הוראות ההיתר שמכוחו הוא פועל. בנוסף, המשיב קובע, כברירת מחדל, את סכום ההימור המקסימלי שמאפשרת כל מכונת הימור. בכך המשיב מנצל את מצוקת המהמרים ומשפיע עליהם באופן לא הוגן.

חלק שלישי - עילות התביעה בנוגע לשלילת הזכות להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח

36. שלילת האפשרות להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח, מקימה לחברי הקבוצה עילות תביעה מצויינות נגד המשיב.

37. כפי שהראינו, המשיב מפר את תנאי ההיתר. הפרה זו מקימה לחברי הקבוצה עילת תביעה בגין הפרת חובה חקוקה. סעיף 63(א) לפקודת הנזיקין מורה כי "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".

38. ההיתר הוא חיקוק, כמשמעותו בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] (להלן: פקודת הפרשנות). חיקוק מוגדר בסעיף 1 לפקודה זו כך – "כל חוק וכל תקנה בין שניתנו לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין שניתנו לאחריה". תקנה מוגדרת כך – "תקנה, כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל ... מכוח חוק ... לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור". מהגדרה זו עולה כי ההיתר לביצוע ההגרלות מהווה תקנה, ולכן נופל תחת הגדרת חיקוק. ההיתר ניתן על ידי שר האוצר (או מי שהשר הסמיך), מכוח סעיף 231(א)(2) לחוק העונשין.

39. כפי שהראינו, ההיתר נועד להגן על ציבור המהמרים מפני הוצאת כספים בלתי-מבוקרת בהימורים במכונות החישג האלקטרוני. הדבר מובן מאליו. יתרה מכך, בהיעדר שיקולים מיוחדים, יש לראות כל חובה שהוטלה מכוח חיקוק על אדם פרטי או על גוף ציבורי, כהוראה לטובתו של הנפגע מהפרתה – ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'אמל, פ"ד מז(1) 629, 636-637 (1993).

40. פרופסור דר אישר בחוות דעתו כי אילו היתה ניתנת האפשרות להמר על סכום של 1 ש"ח, חלק גדול מהמהמרים היו עושים כן, ונזקי ההימורים שלהם היו קטנים יותר.

41. על כן, לחברי הקבוצה עילת תביעה מצויינת. עילת התביעה מבוססת בראש ובראשונה על הפרת ההיתר שמכוחו המשיב מפעיל את ההגרלות. החיוב לאפשר הימורים מסכום של 1 ש"ח קבוע בהיתר.

42. מעבר לכך, יש לראות גם את האיסור לבצע הימורים, הקבוע בסעיפים 225-228 לחוק העונשין, כחיקוק שהופר, באופן שמקים עילת תביעה בגין הפרת חובה חקוקה. ההפרה גרמה לחברי הקבוצה נזק, בדמות תשלום יתר במשחקי הימורים, במתכונת שלא הותרה על ידי שר האוצר (או מי מטעמו).

43. בע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש (פורסם בנבו, 5.11.2015) (להלן: ענין קונקטיב), נדונה על ידי בית המשפט העליון תביעה ייצוגית נגד חברה שהפעילה מכרזים בעלי אופי של הימורים. בהקשר זה עלתה השאלה, האם ניתן לייחס להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה בדיני הנזיקין. כבוד השופטת ברק-ארז קבעה כי ככלל, הוראת חוק יכולה להיות מכוונת גם להגנת הציבור וגם להגנתם של יחידים, שיכולים לתבוע בנזיקין על יסוד הפרתה. לדבריה, יש להכיר בעילה של הפרת חובה חקוקה במצבים בהם החוק נועד להגן על הפרט התובע. כבוד השופטת ברק-ארז הוסיפה שתפקידו החברתי החשוב של איסור ההימורים ככלי למניעת התמכרות, לא גורע מההכרה בכך שהוא נועד להגן גם על כל הפרטים שעלולים להתמכר להימורים (פסקאות 22-24 לפסק דינה).

44. בדעה חולקת, כבוד השופט מזוז סבר כי ככלל אין לייחס להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה נזיקית בשל הפרתה, והדבר נכון במיוחד במקרים בהם כל המעורבים פעלו בניגוד לדין הפלילי. עם זאת, כבוד השופט מזוז ציין כי הוא לא שולל מקרים בהם יתגבש נזק בר פיצוי בעת רכישת שירות או מוצר, למשל כאשר הדין קובע הוראות בנוגע למוצר והמשווק מפר הוראות אלה (פסקאות 23-26, 29 לפסק דינו). כבוד השופט דנציגר לא הכריע בסוגיה זו.

45. לפי פסיקה זו, בענייננו קמה לחברי הקבוצה עילת תביעה מצויינת, בגין הפרת החובה החקוקה – האיסור על הימורים. כמובן שדברי כבוד השופטת ברק-ארז תומכים באופן נחרץ במסקנה זו. ביחס לדברי כבוד השופט מזוז, כפי שהראינו, הוא סבור שככלל הפרת נורמה פלילית לא מקימה סעד בנזיקין, אך לכלל זה קיימים חריגים – "במקרים שהדין קובע הוראות הנוגעות למוצר משווק והמשווק מפר הוראות אלה" (ענין **קונקטיב**, פסקה 29). זהו בדיוק מצב העניינים שבפנינו. המשיב, שמפעיל שירותי הימורים, מחוייב לעשות כן בהתאם לתנאים שקובע ההיתר. המשיב מפר את אותם תנאים. בנסיבות אלה, גם לפי גישת כבוד השופט מזוז, יש לראות בנורמה הפלילית כיוצרת חובה על פי חיקוק, המבססת זכות לפיצוי בנזיקין.

46. יתר על כן, להבדיל מענין **קונקטיב**, בענייננו רק אחד מהצדדים מפר החיקוק. זהו כמובן המשיב, שלא מנהיג בהימורים דמי השתתפות המתחילים מ-1 ש"ח, כפי שמחייב ההיתר. חברי הקבוצה נהגו כדין. לא הוטלו עליהם כל תנאי או מגבלה. הם לא פועלים מכח היתר. ההיתר ניתן למשיב, ועליו הוטלו המגבלות.

47. בנוסף, חברי הקבוצה מחזיקים בעילת תביעה בשל בטלות חוזה פסול. סעיף 30 לחוק החוזים מורה כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". חוק העונשין אוסר על קיום הימורים, אך מחריג מהאיסור את ההימורים שהמשיב עורך בהתאם להיתר. המשיב חורג מתנאי ההיתר, ועל כן החוזה שנוצר בין הצדדים בלתי חוקי, ודינו להתבטל.

48. בענין **קונקטיב** עלתה לדיון שאלה נוספת - האם יש מקום להורות על השבה עקב בטלות חוזה, על אף שמדובר במשחק אסור, אם לאו. סעד ההשבה נשלל, בשל כך שכל צד קיבל את מבוקשו על-פי החוזה, בהתאם לציפיותיו, ושפעילות שני הצדדים הייתה כרוכה בהפרת החוק. ענייננו שונה בשני ההיבטים. בכל הנוגע לכך שכל צד קיבל את מבוקשו – אין הדבר כך. בהתייחס להימורים של המשיב, המחוקק ונותן ההיתר מונו כדי לייצג את הציבור ולהגדיר את מבוקשם – הזכות להמר על סכומים שמתחילים ב-1 ש"ח. זכות זו נשללה מהם. בכל הנוגע להפרת החוק, כפי שהראינו, ציבור המהמרים לא נוטל חלק בפעילות עבריינית. המהמרים הם קרבנות של התנהלות לא חוקית של המשיב.

49. המשיב גם עושה עושר ולא במשפט על חשבון חברי הקבוצה. המשיב נהנה מסכומי הימור גבוהים, הנגבים בניגוד לתנאי ההיתר. בדרך זו המשיב מקבל, שלא על פי זכות שבדין, נכס וטובת הנאה שבאו לו מאדם אחר – ציבור המהמרים. לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המשיב חייב להשיב לאותו אדם את הזכיה. המשיב התעשר שלא כדין גם על חשבון חברי הקבוצה שהיו מהמרים על סכומים נמוכים, וגם על אלה שרצו להמר על 7 ש"ח (או יותר), וכך הם עשו. בהקשר דומה, בית המשפט הנכבד פסק כי "כל סכום שגבתה תוך הפרת הדין אינו יכול להיחשב כאילו נגבה כדין, ללא תלות בכוונתו של המהמר הספציפי. פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את כוונת המחוקק בחוק עשיית עושר ולא במשפט" – ת"צ (מחוזי מרכז) 49683-08-10 **צרשניה נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פסקה 18 (פורסם בנבו, 5.5.2016) (להלן: ענין **צרשניה**).

50. מעשי המשיב אף מקימים לחברי הקבוצה עילת תביעה מכח עוולת הרשלנות. סעיף 35 לפקודת הנזיקין מורה כך - "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עוולה". מפעיל הימורים סביר, שפועל מכח היתר שניתן לו, המחייב אותו לאפשר לשחקנים להמר על סכומים של 1 ש"ח עד 20 ש"ח, לא היה מפר את האיסור וקובע סכום מינימום של 7 ש"ח. על כן, לחברי הקבוצה קמה עילת תביעה גם מכח עוולת הרשלנות.

51. מעשי המשיב מקנים לחברי הקבוצה עילת תביעה בגין הפרת חוזה. בסעיף 26.4 לתקנון חישגד נקבע כי "מחיר משחקון ינוע בין 1 ש"ח עד 20 ש"ח (או טווח מחירים אחר שהמפעל יקבע)...", אך המשיב לא מקיים את טווח המחירים שנקבע בתקנון. המשיב גם לא קבע טווח מחירים אחר, בהתאם לחלופה המופיעה בתקנונו. התקנון מהווה חוזה בין המשיב ובין המהמרים. המשיב אינו פועל בהתאם לאמור בתקנונו, ועל כן הוא מפר חוזה שנרקם בינו לבין חברי הקבוצה. כמו כן יש לראות בכך הפרה של החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, לפני כריתת חוזה ובביצועו, בהתאם לסעיף 12(א) ולסעיף 39 לחוק החוזים.

52. הנה, מעשי המשיב מקימים לחברי הקבוצה עילות תביעה.

חלק רביעי - עילות התביעה בנוגע להצבת סכום ההימור הגבוה כברירת מחדל

53. כפי שהראינו, המשיב דאג כי במכונות חישגד אלקטרוני ההימור יוצע בסכום המקסימלי שנקבע לכל משחקון. במשחקונים בהם ניתן להמר על סכומים של 7, 10, 12 ו-15 ש"ח, ברירת המחדל קובעת סכום של 15 ש"ח. במשחקונים בהם ניתן להמר על סכומים של 1, 2 ו-5 ש"ח, ברירת המחדל קובעת סכום של 5 ש"ח. קביעת ברירת המחדל על הסכום הגבוה ביותר מבין סכומי ההימור שנקבעו למשחקון, מקימה לחברי הקבוצה עילת תביעה בשל ניצול מצוקת הצרכן והשפעה בלתי הוגנת, לפי סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן.

54. במשך מרבית התקופה הרלוונטית לתביעה, עד יום 1 בינואר 2015, סעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן קבע כך - "לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן, בורותו או השפעה בלתי הוגנת עליו, הכל כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת".

55. בקביעת הסכום המקסימלי כברירת המחדל, המשיב מפר איסור זה. הוא מנצל את מצוקת המהמרים, ומשפיע עליהם באופן בלתי הוגן. במקרים רבים המהמרים הם בעלי אופי התמכרותי. בשל השימוש במכונות החישגד האלקטרוני, המהמרים נקלעים למעגל של הוצאות והפסדים. לאחר הפסד, הם חשים שעליהם להמשיך ולהמר על מנת להשיב את הסכומים שהפסידו ולזכות בפרס הגדול, שיביא אותם לרווחה כלכלית. מדובר בקהל צרכנים שחלקו שבוי, חלש אופי, ונמצא לרוב במצוקה ובמצב כלכלי רעוע.

56. המשיב מנצל לרעה מצב דברים זה. פרופסור דר מציין בחוות הדעת כי ככלל, אנשים נוטים לאמץ ברירת מחדל, ולא לשנותה. עובדה זו, האופי ההתמכרותי של חלק מהמהמרים ונטייתם להמשיך ולהמר על אותו סכום בכדי לנסות ולקזז את הפסדיהם, מובילים לכך שברירת המחדל שקובע המשיב מגדילה את הסכומים שהמהמרים מוציאים ואת סך הפסדיהם. המשיב מודע לכך, ומשפיע עליהם לבזבז על משחקוני החישג האלקטרוני כספים רבים משהיו מוציאים לולא ברירת המחדל. כך נקשרים הצדדים בהסכם שתנאיו בלתי-מקובלים, בלתי-סבירים, והמשיב מקבל עבור המשחקון תמורה העולה על התמורה המקובלת.

57. ביום 1 בינואר 2015 נכנס לתוקף תיקון מספר 39 לחוק הגנת הצרכן, שאימץ נוסח רחב יותר לסעיף 3 לחוק – "(א) לא יעשה עוסק, במעשה או במחדל ..., בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת, דבר העלול לפגוע ביכולתו של צרכן לקבל החלטה אם להתקשר בעסקה עמו, באופן שיש בו שלילה של חופש ההתקשרות של הצרכן או פגיעה מהותית בחופש ההתקשרות שלו...". התיקון מבוסס על המלצות ועדת היגוי בראשות עו"ד דרור שטרום, שכיהן אז כממונה על ההגבלים העסקיים. ועדת ההיגוי הוקמה לשם גיבוש תפיסת האכיפה של דיני הגנת הצרכן והסחר ההוגן. היא המליצה על הרחבת ההגנה על הצרכן מפני ניצול לרעה מצד העוסק. ההמלצות תואמות את רוח הדירקטיבה האירופית בדבר נהגים מסחריים בלתי הוגנים. בדירקטיבה הוגדר כי נוהג בלתי הוגן אינו רק נוהג מטעה, אלא גם נוהג אגרסיבי הפוגע בחופש הבחירה של הצרכן וגורם לו לקבל החלטה שלא היה מקבל לולא אותו הנוהג. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011, ה"ח 620).

58. פעולות המשיב נופלות בדיוק תחת הגדרות אלה - הצבת ברירת המחדל פוגעת בחופש הבחירה של המהמרים, וגורמת להם להגדיל את סכום דמי ההשתתפות הנבחר. הדברים נכונים במיוחד בפעילות שהצדדים לה הם מי שפועל מכח היתר שניתן לו על ידי רשויות המדינה, ומולו ניצב מהמר שבמקרים רבים חלש וקל דעת – ראו ענין **אבידן**, פסקה 35. ללא ברירת המחדל, המהמרים היו בוחרים את סכום ההימור באופן חופשי ונקי מהטיות, וכתוצאה מכך כמות ההימורים על סכום של 15 ש"ח וסכום ההימור הממוצע היו פוחתים. קשה לחשוב על מקרה מתאים יותר למתן סעד מכח עילה זו.

59. יתרה מכך, נסיבות המקרה מקימות עילת תביעה בגין עושק צרכני, בהתאם לסעיף 18 לחוק החוזים. ברע"א 617/08 **מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל**, פסקה 42 (פורסם בנבו, 21.9.2014) (להלן: **ענין מלון עדן**), נקבע כי "נטייתו של בית המשפט להתערב בעסקאות צרכניות תהיה, ככלל, גדולה יותר מנטייתו להתערב בעסקאות שמקובל לראותן כ'מסחריות'. כך בפרט בכל הקשור למצבים של 'עושק צרכני', וזאת לנוכח כוונתו הברורה של המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי מפורש בלשון סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן – להרחיב, במידה ניכרת, את ההגנה על הצרכן". כן ראו אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** (2002) 442-444.

60. יתר על כן, בענין **מלון עדן** נקבע כי במקרים המתאימים חלה חזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת. החזקה תחול כאשר מדובר בחוזים צרכניים המבוססים על יחסי אמון או תלות מיוחדים (פסקה 57). בענייננו יש מקום להחלת החזקה. בין המשיב וחברי הקבוצה מתקיימים יחסי תלות משמעותיים, הנובעים בין היתר מהמעמד החוקי של המשיב, ומסכנת ההתמכרות של המהמרים עקב השימוש במכונות.

61. סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן מורה כי דין מעשי המשיב כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין. על כן יש לראות את המשיב כמי שמבצע עוולה נזיקית כלפי חברי הקבוצה.

62. מעשי המשיב מהווים גם הפרת חוזה כלפי חברי הקבוצה. בסעיף 26.3 לתקנון חישגד נקבע כי "לאחר בחירת המשחקון ומחירו, על הלקוח להקיש על מקש PLAY...". לאחר שהלקוח בוחר את המשחקון המשיב הוא זה שקובע את מחיר ההשתתפות. לפי התקנון, המהמר זכאי לבחור את סכום ההימור באופן חופשי ונקי מהטיות. התקנון מהווה חוזה בין המשיב ובין המהמרים. על כן, בקביעת ברירת המחדל המשיב מפר חוזה שנרקם בינו לבין חברי הקבוצה. כמו כן יש לראות בכך הפרה של החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, לפני כריתת חוזה ובביצועו, בהתאם לסעיף 12(א) ולסעיף 39 לחוק החוזים.
63. המבקש יוסיף ויטען כי בהצבת ברירת המחדל המשיב אף עושה עושר שלא במשפט על חשבון המהמרים.
64. לסיכום חלק זה, ענייננו מציב מקרה מובהק בו נדרשת התערבות בית המשפט הנכבד לשם הגנה על ציבור הצרכנים, בשל ניצול מצוקה, השפעה בלתי-הוגנת ועושה צרכני.

חלק חמישי – עילת התביעה האישית

65. המבקש נוהג להמר במכונות חישגד אלקטרוני באופן תדיר, מזה כשנתיים. הוא משחק במכונות כשלוש פעמים בשבוע. המבקש לרוב פוקד את מתחמי "פיס PLACE" ברחוב המלך ג'ורג' 65 בתל-אביב, וברחוב תובל 15 ברמת גן. המתחם שברחוב המלך ג'ורג' פתוח לאורך כל שעות היממה, המתחם שברחוב תובל פתוח עד סביבות 2 או 3 לפנות בוקר. בכל ביקור המבקש מהמר על מאות שקלים ואף למעלה מכך, וממשיך בהימור עד שכספו אוזל. במקרים רבים עם הגעתו למתחם, המבקש רוכש בין 10 ל-20 כרטיסים, תמורת סכום של 50 ש"ח כל אחד. הוא עושה בהם שימוש עד תום, בטווח זמן קצר מאוד, של עד כחצי שעה.
66. המבקש מהמר כמעט תמיד במשחקונים בהם עלות ההשתתפות המינימלית עומדת על 7 ש"ח להגרלה, ובפרט במשחקונים "לאס וגאס" ו"פוקר". אילו ניתנה בידי המבקש האפשרות, הוא היה מהמר על סכום של 1 ש"ח במשחקונים אלה. בחלק מהמקרים המבקש מהמר על סכום ברירת המחדל.
67. המבקש נקלע לחובות גדולים ולמצב אישי קשה עקב ההפסדים הגבוהים שלו בהימורים.
68. מביקורים של המבקש במתחמי ההימורים, ברור לו כי מצב דברים זה נכון לרבים מחבריו המהמרים.

חלק שישי - הסעדים בתובענה הייצוגית

69. המומחה מטעם המבקש, פרופסור דר, מצביע על כך שהתנהלות המשיב גורמת נזק לציבור המהמרים. על יסוד מומחיותו, פרסומים מקצועיים וסקר שפרופסור דר ערך, הוא מצא כי אם הייתה ניתנת האפשרות להמר על סכום של 1 ש"ח, חלק גדול מאד מהמהמרים היו עושים כן. במקרה כזה הנזק מההימורים היה קטן (פרופסור דר הגיע לאותה מסקנה אף ביחס למקרה שבמקביל להעמדת האפשרות להמר על 1 ש"ח, סכום ההימור המקסימלי היה עולה ל-20 ש"ח; איננו רואים צורך להרחיב בנושא, הואיל והמשיב לא יכול להעלות זאת כטענת הגנה).
70. פרופסור דר הוסיף וחיווה דעתו על כך שברירת המחדל מטה את סכומי ההימור ומגדילה אותם, וגם היא גורמת לגידול בנזקי המהמרים.

71. על יסוד הטענות שבבקשת האישור, עילות התביעה מזכות את חברי הקבוצה בסעדים הבאים:

71.1 פיצוי חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם כתוצאה משלילת האפשרות להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח בחלק ממשחקוני חישגד אלקטרוני, וכתוצאה מקביעת סכום ההימור המקסימלי כברירת מחדל בכל משחקוני חישגד אלקטרוני, וכן השבת סכומים שנגבו שלא כדין בדרכים אלה;

71.2 תיקון המכונות כך שניתן יהיה להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח, בכל המשחקונים;

71.3 חיוב המשיב לתקן את תוכנית המסגרת להגרלות חישגד, כך שייקבע בה שבכל הגרלה במשחקוני חישגד אלקטרוני ניתן להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח;

71.4 תיקון מכונות חישגד אלקטרוני כך שתבוטל ברירת המחדל בנוגע לסכום ההימור; וכן

71.5 מינוי בעל תפקיד אשר יפקח על ביצוע פסק הדין.

72. למבקש קשה להעריך באופן מדויק את הנזק שנגרם לו כתוצאה משלילת הזכות להמר בסכום של 1 ש"ח וכתוצאה מקביעת סכום ההימור הגבוה ביותר כברירת מחדל, אך הוא יכול לבצע הערכה כללית. במהלך השנתיים האחרונות, בהן המבקש מהמר, הוא שיחק באלפי הגרלות (בעת שהימר עד שעה וחצי בשבוע), במחיר השתתפות ממוצע של כ-11 ש"ח להגרלה (מאחר שסכומי ההשתתפות הקיימים כיום עבור מרבית המשחקים הם 7, 10, 12 ו-15 ש"ח). לפי נתונים שמפרסם המשיב, שיעור החזר הפרסים בהגרלות עומד על כ-90%. על כן, המבקש הפסיד בממוצע כ-1.1 ש"ח בכל הגרלה. להערכת המבקש, אם הייתה ניתנת לו האפשרות להמר על סכום של 1 ש"ח, והיתה מבוטלת ברירת המחדל, ההימור הממוצע שלו היה עומד על 5 ש"ח לכל היותר. בהתאם לכך, במקום הפסד של כ-1.1 ש"ח להגרלה בממוצע, המבקש היה מפסיד כ-0.5 ש"ח בלבד. לפי תחשיב זה, נגרם למבקש נזק של לפחות 6,000 ש"ח כתוצאה משלילת האפשרות להמר על סכום של 1 ש"ח וכתוצאה מברירת המחדל. לסכום זה יש להוסיף, את הנזק שנגרם למבקש בגין ברירת המחדל במשחקונים שבהם ניתן לשחק על 1, 2 ו-5 ש"ח. נזק זה נמוך ביחס לנזק הראשון שצויין.

נתונים שפורסמו באתר האינטרנט של המשיב בנוגע למבנה סל הפרסים של המשחקונים השונים מצורפים לבקשה זו כנספח 8.

73. המבקש אינו יוצא דופן. הוא מהמר כמו רבים אחרים. בהיעדר מידע מלא על כמות המהמרים והיקף ההימורים הכולל, אין בידי המבקש להעריך את סכום הנזק הכולל של חברי הקבוצה. בכל מקרה מדובר בסדר גודל של עשרות מיליוני שקלים חדשים, לכל הפחות. זוהי הערכה ראשונית בלבד. הנזק בכל הגרלה שבה המהמר נחל הפסד, שווה לסכום ההימור בהגרלה פחות סכום ההימור הממוצע שהיה מתקבל אילו המשיב היה פועל כדין (ראו ענין צרשניה). בדיון בתביעה הייצוגית, לאחר אישורה, יהיה מקום להרחיב ולהעמיק את הדיון בנוגע לשיטה לחישוב הנזק ויישומה.

74. סעיף 4(ב) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק – (1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק". הראינו כי המבקש עומד בדרישה זו על נקלה.

75. בהתקבל התביעה, ניתן יהיה להעמיד את הסעד לרשות חברי הקבוצה במספר דרכים. כמובן שחברי קבוצה שזכאותם תוכח, יקבלו את הכספים המגיעים להם. ניתן יהיה להוכיח את הזכאות האינדיבידואלית בדרכים שונות, לרבות באמצעות כרטיסי אשראי, זיהוי חברי הקבוצה על ידי הזכיינים בסניפי "פיס PLACE", וניתן יהיה אף לבחון את האפשרות של זיהוי חברי הקבוצה באמצעות מערכות המשיב. מעבר לכך, בהליכים מסוג זה יש להעריך את גודל הקבוצה והיקף הנוק, בין היתר באמצעות כלים סטטיסטיים. ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקאות 42-58 (פורסם בנבו, 4.12.2011). על יסוד כל אלה ניתן יהיה לבצע את ההשבה בשלל דרכים, לפי סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות. אף ניתן יהיה לשקול את האפשרות שחלק מכספי הפיצוי ישמשו לתרומה לצורך סיוע בגמילה מהתמכרויות או צרכים אחרים. ראו ענין צרשניה, פסקה 32.

76. בהתאם לתקנות 2(א)(11) ו-2(א)(12) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, יש לציין בבקשת אישור את הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. המבקש עותר לקבוע גמול בשיעור של 7.5% משווי ההטבה לציבור (בתוספת מס ערך מוסף, אם חל), ושכר טרחה לפי השיעורים שנקבעו בהחלטת בית המשפט העליון בע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012). באותו ענין נקבע כי "על כל סכום שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח, ייפסק לטובת בא-הכוח המייצג שכר טרחה בשיעור של 25%; על כל סכום שנגבה בפועל בין 5 מיליון ש"ח עד ל-10 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 20%; ועל כל סכום שנגבה בפועל מעל 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 15%" (פסקה 16). לענין שווי ההטבה יש להביא בחשבון את שווי ההטבה העתידית. הגמול ושכר הטרחה המבוקשים אינם כוללים את שכר הטרחה וההוצאות בגין הדיון בבקשת האישור.

חלק שביעי - מתקיימים כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית

77. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר תובענה זו כתובענה ייצוגית, לפי חוק תובענות ייצוגיות. תובענה זו ממלאת אחר כל התנאים הדרושים לצורך אישורה כתובענה ייצוגית.

78. הקבוצה המיוצגת תכלול את כל מי שרכש כרטיסים להימורים במכונות חישגד אלקטרוני, ואשר דמי ההשתתפות ששילם עבור ההימורים במכונות חישגד אלקטרוני עלו על הסכום הכולל של זכויותיו, החל משבע שנים לפני הגשת בקשה זו ועד הגשת התביעה הייצוגית לאחר אישורה. הגדרה זו תואמת את קביעות בית המשפט בענין קונקטיב (ראו פסקה 10 לפסק דינו של כבוד השופט מזוז).

79. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...". בסעיף 1 לתוספת השנייה נקבעה הקטגוריה הבאה – "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח". על כן ניתן להגיש בגין מקרה זה תביעה ייצוגית.

80. סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה". הראינו כי המבקש אוהז בעילת תביעה אישית כלפי המשיב. על כן הוא רשאי להגיש תובענה ייצוגית נגדו.

81. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "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; ... (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב". תנאים אלה מתקיימים.

82. היסודות של עילות התביעה משותפים למבקש ולכל חברי קבוצת התובעים. המשיב פועל באופן דומה כלפי כל חברי הקבוצה. הוא גובה מהם דמי השתתפות בהגדרות חישגד אלקטרוני שלא כדין, כתוצאה משלילת האפשרות להמר על סכומים שהנמוך בהם הוא 1 ש"ח, וכתוצאה מקביעת סכום ההימור הגבוה ביותר כברירת מחדל.

83. בהליך זה עומדות לבירור שאלות משותפות. לשם בירור עילת התביעה בית המשפט הנכבד יידרש לדון ולהכריע בשאלות הבאות – האם המשיב מפר את תנאי ההיתר בכך שהוא גובה דמי השתתפות מינימליים בסכום של 7 ש"ח בחלק ממשחקוני חישגד אלקטרוני; האם בקביעת ברירת המחדל המשיב מנצל את מצוקת המהמרים; האם בקביעת ברירת המחדל המשיב מפעיל השפעה בלתי-הוגנת על המהמרים; האם בכל אלה המשיב גרם נזק למהמרים; ועוד. ברור כי היסודות המשותפים למבקש וליתר חברי קבוצת התובעים מהווים המרכיב העיקרי, אפילו הבלעדי, בהתדיינות זו. המערכת העובדתית והמשפטית, עליה מבוססת הבקשה, משותפת למבקש ולכל קבוצת התובעים.

84. נוכח הנימוקים שהצגנו, וחוות הדעת של פרופסור דר, התומכת היטב בטענותינו, ברור כי קיימת אפשרות סבירה ואף למעלה מכך, שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

85. אין ספק כי ניהול ההליך בתביעה ייצוגית יהווה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. גם גודל הקבוצה, בשמה המבקש תובע את המשיב, מצדיק את אישור התובענה כייצוגית. הקבוצה כוללת את לקוחות המשיב אשר רכשו כרטיסים להימורים במכונות מסוג חישגד אלקטרוני, אשר דמי ההשתתפות ששילמו עלו על הסכום הכולל של זכויותיהם. הליך של תביעה ייצוגית מעמיד את הדרך היעילה וההוגנת להכריע בענין, ולהשיב לחברי הקבוצה את הכספים שהמשיב נטל מהם שלא כדין.

86. ענינם של חברי הקבוצה מיוצג ומנוהל בדרך הולמת ובתום לב. המבקש פועל על מנת לתקן את הליקויים בהתנהלות המשיב, ולהשיג סעד הולם עבור חברי הקבוצה. האינטרסים של המבקש זהים לאלה של כלל חברי הקבוצה.

87. לסיכום, כל הדרוש לשם אישור התובענה כייצוגית מתקיים בבירור.

חלק שמיני - סוף דבר

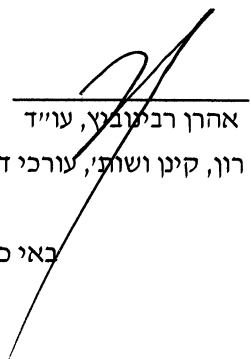
88. בקשה זו נתמכת בתצהיר של המבקש, המאמת את העובדות המופיעות בה, ובחוות הדעת של פרופסור דר.

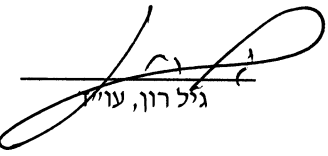
89. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, ולחורות כמבוקש ברישא לבקשה.

90. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.


יעקב אביעד, עו"ד
אביעד, סרן ושות', עורכי דין


יעל שחר, עו"ד


אהרן רבינוביץ, עו"ד
גיל רון, קינן ושות', עורכי דין


גיל רון, עו"ד

באי כח המבקש

תל-אביב, 2 בינואר 2017.