בבית המשפט המחוזי

בלוד

בעניין שבין: **אושר כהן ת.ז. 065629628**

מרחוב איתמר 12, רמת גן

טלפון: 052-4543289

ע"י ב"כ עוה"ד אסף כהן מ.ר. 42024

מרחוב ויצמן 72, תל אביב 6230801

טל: 077-3305520; פקס: 03-6206318

דוא"ל: asaf@asafcohen-law.co.il

המבקשת

(התובעת)

נגד

דלתא ישראל מותגים בע"מ ח.צ 516250107

האשל 45, קיסריה

המשיבה

(הנתבעת)

מועד החתימה: 29.1.25.

סכום התביעה האישית: 90 ₪.

סכום התביעה הייצוגית: אינו ניתן להערכה; מעל 2,500,001 ₪.

סכום האגרה: 6,399 ₪ (מחצית ראשונה), לפי פרט 11א לתוספת השנייה לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007.

קיומו של הליך נוסף שהמבקשת צד לו או הייתה צד לו בקשר עם מסכת עובדתית דומה: ת"צ 60057-11-23 כהן נגד הודיס בע"מ (מחוזי מרכז). בנוסף, בקשה זו מוגשת בהמשך לבקשת האישור בת.צ. 61120-01-25 שהוגשה לבית משפט נכבד זה (כהן נגד שופרסל) שהוגשה כנגד 12 משיבות שונות (כולל המשיבה דנן) ולאור החלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.1.25 באותה בקשה, ממנה עולה לכאורה שמן הדין היה להגיש בקשת אישור נפרדת כנגד כל משיבה.

הזמנה לדין: היות והמבקשת הגישה בקשה לאישור זו נגדך, את מוזמנת להגיש תשובה לבקשה בתוך 90 ימים מיום שהומצאה לך בקשת אישור זו. לתשומת ליבך, אם לא תגישי כתב תשובה במועד, אזי תהיה למבקשת הזכות לקבל פסק דין שלא בפנייך.

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו – 2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") מתכבדת המבקשת להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

כל ההדגשות אינן במקור אלא אם נאמר אחרת.

1

פתח דבר:

1. המשיבה היא רשת קמעונאות אופנה מהמובילות בישראל. בבעלות המשיבה סניפים רבים שבהם היא מוכרת את מוצריה (להלן: "**החנויות הפיזיות**") ובנוסף היא מוכרת את מוצריה באמצעות המרשתת (להלן: "**החנות המקוונת**").

א. **ראשית**, המשיבה מוסרת לצרכן "***שובר זיכוי***" (להלן: "**שובר זיכוי**") כהגדרתו בסעיף 14ז. (א) לחוק הגנת הצרכן (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"), אך **לא מאפשרת** לצרכן לממש שובר הזיכוי ברכישה **בחנות המקוונת אלא רק בחנויות הפיזיות.**

ב. **שנית**, כפועל יוצא מכך, המשיבה גם לא מאפשרת לצרכן לעשות שימוש בשובר הזיכוי במכירות מיוחדות שמתבצעות בחנות המקוונת (להלן כל האמור לעיל: "**ההגבלות על המימוש**").

לפיכך, בהתאם לסעיף 14ז. (א) (5) לחוק הגנת הצרכן, אין תוקף למגבלות על המימוש והן בטלות מעיקרן. בנוסף, המגבלות על המימוש הינן בבחינת "תנאי מקפח" שמן הדין להורות על ביטולן.

על כן, מוצע להגדיר את הקבוצה באופן הבא:

כל הצרכנים שנמסר להם (לרבות על ידי צד ג') שובר זיכוי ולא התאפשר להם לממשו בחנות המקוונת ו/או במכירה מיוחדת שמוצעת בחנות המקוונת, והכל בין אם שובר הזיכוי נמסר לאחר רכישה בחנות פיזית ובין אם לאחר רכישה בחנות מקוונת.

רקע כללי:

2. עניינה של הבקשה הוא בהתנהלות נפסדת של המשיבה אשר מפירה את החוק באופן בוטה וברור, בכך **שלא מאפשרת לצרכן לממש שוברי זיכוי בחנות המקוונת**.

3. והאמת המקוממת ראויה שתאמר: הסיבה היחידה שבגינה המשיבה מטילה הגבלות על מימוש השוברים ומכבידה על הצרכן במימושם, היא מתוך **רצונה, מטרתה ותקוותה ששוברים אלה לא ימומשו על ידי הצרכן**, בין אם יאבדו מידיו, בין אם ישתכחו ממנו ובין אם יפקע תוקפם.

4. **למותר לציין, כי מעבר לטרחה המיותרת ואבדן זמן שההגבלות על המימוש גורמות לצרכן, התנהלות המשיבה אף ובעיקר גורמת לצרכן נזק כבד ביותר כתוצאה מירידתם לטימיון של השוברים, כאשר נזקו של הצרכן הוא בבחינת תמונת מראה ורווח "נטו" למשיבה.**

2

5. אף שאי מימושם ואובדנם של שוברים אלה הינו בבחינת "מן המפורסמות", כפי שעולה מהודעת בנק ישראל מיום 19.6.22, **למעלה מ – 50% מהשוברים למיניהם לא ממומשים על ידי הצרכן, באופן שמייצר רווח של מאות מיליוני שקלים ואף למעלה מכך לעוסקים השונים.**

1' הודעת בנק ישראל מיום 19.6.22 מצורפת **כנספח 1'.**

העובדות:

6. המבקשת אזרחית ותושבת ישראל ומתגוררת בכתובת אשר בכותרת והיא אחותו של ב"כ.

7. המשיבה היא רשת אופנה וביגוד מהגדולות בישראל ומפעילה חנויות פיזיות רבות וכן חנות מקוונת[1].

8. המבקשת לקוחה של המשיבה ורוכשת ממנה מוצרים מעת לעת.

9. המבקשת מכלכלת את צעדיה הכלכליים ומשתדלת לרכוש מוצרים בתנאים ומחירים אטרקטיביים, ובתוך כך עושה מאמצים רבים על לאתר ולרכוש ב - "מבצעים" שמוצעים לקהל הרחב. בתוך כך, המבקשת גם נוהגת לבצע קניות רבות באופן מקוון, על מנת ליהנות ממבצעים המוצעים לרוכשים באופן זה, ועל מנת לחסוך הזמן והטרחה הכרוכים בביקור ושיטוט בחנויות.

10. בחודש נובמבר 23 הגישה המבקשת את ת"צ 60057-11-23 **כהן נגד הודיס בע"מ** (מחוזי מרכז) שמתבררת בפני כבוד השופט גיא שני (להלן: "**בקשת הודיס**"). במסגרת בקשת הודיס, טענה המבקשת טענות דומות לנטען בבקשה דנן ובכלל זה שהודיס מפירה את חוק הגנת הצרכן בכך שלא מאפשרת לממש זיכויים ושוברי מתנה בחנות המקוונת אלא רק בחנויות הפיזיות.

11. הודיס הגישה את תשובתה לבקשת האישור ולאחר הגשת התשובה לתשובה, דיון קדם משפט ובהתאם לבקשת הצדדים, ביקש בית המשפט הנכבד את עמדת המאסדר, הרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן, למסור עמדתו בשאלות שבמחלוקת.

12. **ביום 12.1.24 הגיש המאסדר את עמדתו וצידד לגמרי ובאופן מוחלט בטענות המבקשת**. בקצירת האומר וכפי שעוד יפורט להלן, המאסדר הבהיר את הברור מאליו ואת **שכתוב במפורש בחוק הגנת הצרכן** לפיו נאסר על העוסק להטיל הגבלות כלשהן על מימוש השוברים, וכי כל ניסיון להבחין בין חנות פיזית לבין חנות מקוונת ובתוך כך לא לאפשר המימוש בחנות מקוונת, **לא עולה בקנה אחד עם לשונו של חוק הגנת הצרכן וגם לא עם תכליתו**.

13. בתוך כך הבהיר המאסדר, שההגבלות על המימוש לא עולות בקנה אחד עם מהותם של השוברים האמורים, שכן הצרכן קיבל אותם לידיו לאחר **שמלוא הסכום הנקוב בהם שולם לעוסק ללא קבלת שום**

[1] https://www.delta.co.il/fsale?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAqL28BhCrARIsACYJvkflDNEX6Ykp5rcxTYJ_vFpY-9JFm39f4fV1z94F4enfDvbwk-y4_EAaAgvUEALw_wcB

הנחה/הטבה, כך שיש לראותם ולהתייחס אליהם כאל "כסף מזומן" וממילא אין כל הצדקה להטיל הגבלות על מימושם.

14. לאחר קבלת עמדת המאסדר, המבקשת ערכה בירורים לגבי האופן בו פועלת המשיבה או אז הסתבר כי **שהמשיבה מפירה את הדין**, כדלקמן:

15. ביום 16.1.25 רכשה המבקשת מוצר מחנות פיזית של המשיבה בקניון איילון ברמת גן ושילמה עבורו את הסך של 60 ₪. לאחר ביצוע הרכישה, החזירה המבקשת המוצר שרכשה והמשיבה נתנה בידה זיכוי לרכישה עתידית בסך של 60 ₪.

2' חשבונית הרכישה מצורפת **כנספח 2'.**

3' הזיכוי מצורף **כנספח 3'.**

16. בתנאי השימוש של החנות המקוונת של המשיבה נכתב כי ניתן לבצע רכישות בחנות המקוונת באמצעות כרטיס אשראי ומתנה בלבד. כך גם רשום בעמוד "שאלות ותשובות".

4' תנאי השימוש בחנות המקוונת של המשיבה מצורפים **כנספח 4'.**

5' העמוד הרלוונטי בחנות המקוונת של המשיבה בקשר עם אפשרויות התשלום מצורף **כנספח 5'.**

17. ולמען הסר ספק: המבקשת פנתה אל המשיבה ושאלה **האם ניתן לעשות שימוש בזיכוי ברכישה בחנות המקוונת אך נענתה בשלילה**.

6' תשובת דלתא מצורפת **כנספח 6'.**

18. האבסורד הוא, שלפי מדיניות ההחזרות וההחלפות של המשיבה, כאשר הצרכן רוכש מוצר **בחנות המקוונת** ומבקש להחזירו עליו לעשות כן בתוך 21 יום באמצעות החזרת המוצר לחנות פיזית. אם הצרכן לא זכאי להחזר כספי בהתאם לחוק הגנת הצרכן, ינתן לו זיכוי בידיו זיכוי לרכישה עתידית – **הוא זיכוי שלא ניתן לממשו בחנות המקוונת**.

7' העמוד הרלוונטי בחנות המקוונת של המשיבה בקשר עם מדיניות ההחזרות מצורף **כנספח 7'.**

19. כתוצאה מההגבלות על המימוש וכאמור בתנאי השימוש של המשיבה שמבהירים שהמחירים בחנות המקוונת עשויים להיות שונים (ולרוב – זולים יותר) מהמחירים בחנויות הפיזיות כך שממילא גם קיימים מבצעים שרלוונטיים רק לחנות המקוונת, **נשללת מהצרכן האפשרות לרכוש מוצרים במחירים ובמבצעים אלה**.

20. בנוסף, ההגבלות על המימוש מכבידות על הצרכן, גורמות לו לטרחה ואבדן זמן ואף עשויות להביא לכך שהשובר יאבד, ישכח או שתוקפו יסתיים.

התובענה ראויה לידון כייצוגית:

התובענה נסמכת על פרט 1 שבתוספת:

21. סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית בהתאם לפרטים המנויים בתוספת השנייה לחוק. אין ספק שהמשיבה "עוסק" והמבקשת "לקוח" כך שתנאי פרט 1 מתקיימים.

עילת תביעה אישית:

22. ביד המבקשת מספר עילות תביעה כמפורט להלן.

הפרת סעיף 14ז. (א) לחוק הגנת הצרכן:

23. סעיף 14ז. (א) לחוק הגנת הצרכן, קובע כי:

*14ז. (א) ביטל צרכן הסכם לרכישת טובין או שירותים ולא היה זכאי להחזר כספי לפי הוראות כל דין, והעוסק נתן לו **שובר זיכוי בשל הביטול** (בסעיף זה – שובר זיכוי), יחולו הוראות אלה:*

(1) שובר הזיכוי יודפס או ייכתב באופן שימנע את מחיקת הכתוב בו; השר רשאי לקבוע הוראות לעניין זה;

(2)הסכום הנקוב בשובר הזיכוי יהיה הסכום ששולם בעת ביצוע העסקה;

(3) שובר הזיכוי יהיה תקף לשנתיים לפחות מיום מסירתו;

(4) מימוש שובר הזיכוי לא יותנה בהצגת החשבונית שניתנה לצרכן בעת ביצוע העסקה;

*(5) **לא יהיה תוקף לתנאי המגביל את האפשרות לממש את שובר הזיכוי, לרבות לעניין מימושו במכירה מיוחדת**; השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע סייגים להוראה זו.*

*(ב) **תקופת תוקף שובר הזיכוי וציון האפשרות להשתמש בו בלא תנאים מגבילים**, או בסייגים שקבע השר לפי סעיף קטן (א)(5), **יופיעו על גבי השובר**, באותיות ברורות ובהבלטה מיוחדת, בהתאם להוראות לפי סעיף 4א, לעניין תנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן.*

(ג) מימש צרכן שובר זיכוי ברכישת טובין או שירותים שמחירם נמוך מהסכום הנקוב בשובר, וההפרש לא עלה על 5% מהסכום הנקוב בשובר או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם, יהיה הצרכן זכאי לקבל את העודף במזומן.

*(ד) הוראות סעיף זה יחולו **גם על שובר מתנה**.*

5

24. **<u>פשיטא שהמשיבה מפירה בבירור ובאופן בוטה את הוראות סעיף 14ז. (א) (5) בכך שמגבילה את האפשרות לממש את שוברי הזיכוי ברכישות בחנות המקוונת. כפועל יוצא מכך, המשיבה גם מונעת מהצרכן לממש את השוברים במכירה מיוחדת. לפיכך, אין למגבלות אלה כל תוקף</u>**.

25. אף שלשון החוק פשוטה וברורה, הדברים אף עולים ונלמדים:

26. **<u>ראשית</u>**, **<u>מתכלית החקיקה</u>**. שוברי הזיכוי והמתנה בבחינת "כסף מזומן" שביד הצרכן שעל מנת לקבלם הצרכן שילם לעוסק את **<u>מלוא תמורתם</u>** וממילא לא קיבל שום הטבה. נהפוך הוא: **<u>השוברים הם בבחינת הטבה לעוסק שכן קיבל לידיו סכום כסף אך לא סיפק כל שירות או מוצר בעדו</u>**.

27. תכלית החקיקה אף נלמדת מפרוטוקולי הדיונים של ועדת הכלכלה בדיוניה בהצעת החוק מהם עולה בבירור שלאור מהותם של השוברים כאמור, המחוקק ביקש למנוע הטלת הגבלות שונות ומשונות על מימוש השוברים ובכלל זה הגבלה על רכישת מוצרים שונים או בסוגי חנויות שונות (למשל עמ' 4- 5,8,11-13,21 לישיבה מיום 28.8.13).

8' פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 28.8.13 מצורף **כנספח 8'**.

28. **<u>שנית</u>**, חוות דעתו מיום 6.9.15 של המאסדר, הרשות להגנת הצרכן, עומדת על המהויות ועל ההבדלים בין סוגי השוברים השונים: זיכוי/מתנה/תו קנייה. חוות הדעת קובעת באופן שאינו משתמע לשני פנים בסעיף 5 כי: ***"5. מבחינת <u>לשון החוק ותכליתו</u>, תו קנייה הינו תו שלו ערך כספי נקוב למשל 100 ₪... השימוש בתו הוא לרכישת טובין או שירותים הנמכרים על ידי העוסק שמכבד את התו, עד גובה הסכום הנקוב בו (ובכפוף לתנאים מסויימים). זאת ועוד, <u>בשונה מזיכוי או שובר מתנה, תווי קנייה נרכשים (על ידי ועד העובדים באופן מרוכז או על ידי הצרכן) במחיר מוזל ביחס לערך הנקוב על גביהם למשל עבור סכום של 850 ₪ נרכשים תווים בערך של 1000 ₪</u>. כדי לא לפגוע במודל הכלכלי ובכדאיות הכלכלית של <u>מכירת תווים בעלות פחותה מהערך הנקוב</u> בהם, לא התערב המחוקק בסוגיות ההגבלות שמנפיק רשאי לקבוע למימוש התו והשאיר זאת כפררוגטיבה של המנפיק....."***.

29. ובהמשך: ***"7. מהו שובר מתנה – החוק מתייחס לשובר מתנה במסרה ההוראה החלה לעניין שובר זיכוי ומחיל את הוראות החלות לגבי שוב זיכוי, גם לגבי שובר מתנה. סעיף 14 ז' לחוק אינו מגדיר מהו שובר מתנה, אך משהוחלו הוראות זהות לגבי זיכוי ולגבי שובר מתנה, ניתן להסיק מהו שובר מתנה. שובר זיכוי ניתן בגין ביטול עסקה שלא על פי דין אלא על פי מדיניות ביטל עסקה של העוסק, הוא <u>מסמך בעל ערך כספי נקוב הזהה לערך של העסקה המקורית שבוטלה</u>. אשר על כן, קבע המחוקק כי לעניין שובר זיכוי לא ניתן להגביל את מימושו, למשל בתקופת מבצע. כאמור, ההוראות בעניין שובר זיכוי הוחלו גם על שובר מתנה, מתוך הנחה כי קיימת זהות בין סוגי השוברים בכך שהתמורה, שהיא הערך הנקוב על גביהם <u>שולמה מראש במלואה אך המוצר או השירות טרם סופק</u>. שובר מתנה גם הוא מסמך בעל ערך כספי נקוב ואשר נרכש בסכום כספי הנקוב על שובר המתנה"***

6

30. ולבסוף: ***"9. אם כך, לאור האמור – הן תו קניה והן שובר מתנה (והן שובר הזיכוי) הם מסמכים בעלי ערך כספי נקוב שלא לרכישת מוצר או שירות מסויים אולם, האבחנה העיקרית בין שני המסמכים האמורים היא העובדה שמסמך אחד נרכש בהנחה, כלומר, הצרכן מקבל מסמך בעל ערך כספי גבוה יותר ממה ששולם בפועל <u>והמסמך האחר אינו נושא הנחה וערך השובר הוא כערך הסכום הכספי ששולם מראש בגינו. מכאן גם ההצדקה להבדל בין ההוראות השונות שנקבעו לגבי כל אחד משוברים אלה</u>."***

9' חוות הדעת מיום 6.9.15 מצורפת **כנספח 9'**.

31. **<u>שלישית</u>**, כאמור, בבקשת הודיס הגיש המאסדר **<u>עמדה נוספת וברורה</u>** בקשר עם חובתם של העוסקים לכבד שוברי זיכוי ומתנה בחנות המקוונת. המאסדר מצדד לגמרי בעמדת המבקשת וקובע, בהסתמך על לשון החקיקה, תכליתה והליך החקיקה, כי:

<u>ב. עמדת הרשות</u>

6. בסעיף 14ז לחוק הגנת הצרכן, שכותרתו "זיכוי בשל ביטול עסקה", נקבעו ההוראות לעניין שובר זיכוי, אשר חלות בהתאם לסעיף 14ז(ד) לחוק הגנת הצרכן גם על שובר מתנה:

"זיכוי בשל ביטול עסקה

14ז. (א) ביטל צרכן הסכם לרכישת טובין או שירותים ולא היה זכאי להחזר כספי לפי הוראות כל דין, והעוסק נתן לו שובר זיכוי בשל הביטול (בסעיף זה – שובר זיכוי), יחולו הוראות אלה:

(1) שובר הזיכוי יודפס או ייכתב באופן שימנע את מחיקת הכתוב בו; חשר רשאי לקבוע הוראות לעניין זה;

(2) הסכום הנקוב בשובר הזיכוי יהיה הסכום ששולם בעת ביצוע העסקה;

(3) שובר הזיכוי יהיה תקף לשנתיים לפחות מיום מסירתו;

(4) מימוש שובר הזיכוי לא יותנה בחצגת החשבונית שניתנה לצרכן בעת ביצוע העסקה;

(5) לא יהיה תוקף לתנאי המגביל את האפשרות לממש את שובר הזיכוי, לרבות לעניין מימושו במכירה מיוחדת; השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע סייגים לחוראה זו.

(ב) תקופת תוקף שובר הזיכוי וציון האפשרות להשתמש בו בלא תנאים מגבילים, או בסייגים שקבע השר לפי סעיף קטן (א)(5), יופיעו על גבי השובר, באותיות ברורות ובהבלטה מיוחדת, בהתאם להוראות לפי סעיף 4א, לעניין תנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן.

7

(ג) מימש צרכן שובר זיכוי ברכישת טובין או שירותים שמחירם נמוך מהסכום הנקוב בשובר, והחפרש לא עלה על 5% מהסכום הנקוב בשובר או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם, יהיה הצרכן זכאי לקבל את העודף במזומן.

(ד) **הוראות סעיף זה יחולו גם על שובר מתנה**." (ההדגשות נוספו).

7. הוראות סעיף 14ז(א) לחוק הגנת הצרכן מתייחסות למצב בו עוסק בוחר לתת לצרכן שובר זיכוי, מקום בו הצרכן לא זכאי להחזר כספי לפי הוראות כל דין. מכאן עולה כי העוסק אינו חייב לתת שובר זיכוי בגין ביטול עסקה כאמור, אלא ששובר זיכוי ניתן על פי מדיניות ביטול העסקה אשר קבע העוסק. יחד עם זאת, ככל שהעוסק בחר לתת לצרכן שובר זיכוי, הרי שיחולו על שובר הזיכוי כל הוראות החוק הרלוונטיות.

8. כאמור לעיל, ההוראות שנקבעו עבור שובר זיכוי הוחלו בהתאם לסעיף 14ז(ד) לחוק הגנת הצרכן גם לגבי שובר מתנה, וזאת בשים לב לכך שערכם של שובר זיכוי ושובר מתנה שווה לערך ששולם עבורם, כאמור בסעיף 14ז(א)(2) לחוק הגנת הצרכן. כלומר, התמורה עבור שובר הזיכוי ושובר המתנה שולמה מראש במלואה, והשוברים אינם מגלמים הטבה.

9. סעיף 14ז(א)(5) לחוק הגנת הצרכן קובע כי "לא יהיה תוקף לתנאי המגביל את האפשרות לממש את שובר הזיכוי, לרבות לעניין מימושו במכירה מיוחדת". תכלית הוראה זו נובעת ממהות שובר הזיכוי ושובר המתנה כשוברים אשר אינם מגלמים הטבה ואשר שולם עבורם הסכום הנקוב על גביהם. מסיבה זו, מצא המחוקק לנכון לקבוע כי לא ניתן להגביל את מימושם של שוברים אלה (אלא אם שר התעשיה, המסחר והתיירות קבע סייגים לכך – אולם בפועל לא נקבעו סייגים לאיסור להגביל את המימוש כאמור).

בהקשר זה נפנה להנחיית הרשות להגנת הצרכן מיום 6.9.15, <u>שהעתקה מצורף כנספח א'</u>.

10. בחינת לשון החוק מלמדת על כוונת המחוקק שלא לקבוע תנאים למימוש השוברים, ובכלל זה עולה כי **לא ניתן להגביל את מימוש השוברים לחנות פיזית או לחנות מקוונת**. זאת ועוד, מבחינת תכלית החוק עולה כי האיסור לקבוע הגבלות על מימוש השובר נועד למנוע מהעוסק להגביל צרכנים בהגבלות שונות על מנת שהצרכן יימנע משימוש בשובר במלואו. זאת, בשים לב לכך ששובר הזיכוי ושובר המתנה מגלמים את הערך ששולם עבורם באופן מלא (ללא מתן הטבה), ולכן השוברים קרובים לתשלום במזומן ואין להגביל את הצרכן מלממש את כספו.

11. בהקשר זה נפנה לפרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 9.1.2012, במסגרתו נדונה הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 32) (זיכוי בשל ביטול עסקה), התשע"א-2011, שם הובהר בנוגע לסעיף 14ז(א)(5) לחוק הגנת הצרכן, כך:

<u>"יהיו"ר ישראל אייכלר:</u>

מה פירושו של סעיף קטן (5) הזה? האם את יכולה להסביר לנו?

<u>אתי בנדלר:</u>

כן, אני יכולה להסביר את זה. באופן כללי יש סוחרים או עוסקים שמגבילים את הזכות לממש שוברים בכל מיני תנאים שהם מוצאים לנכון. אחד, שזה לא יהיה תקף, למשל, בעת מכירת סוף עונה. שתיים, שזה לא יהיה תקף בחנויות פרימיום, או בחנויות outlet, **או כל מיני ביטויים אחרים.**

לאה ורון:

או לסוג מסוים של מוצרים.

אתי בנדלר:

או שניתן יהיה להשתמש בזה רק למעילים, אינני יודעת, **ובך הלאה כיד הדמיון הטובה.**

[...]"

(עמ' 5 לפרוטוקול, ההדגשות אינן במקור)

העתק פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 9.1.2012 מצורף ומסומן כנספח ב'.

12. מפרוטוקול ועדת הכלכלה עולה בבירור כי כוונת המחוקק הייתה למנוע הגבלות שיטילו העוסקים על צרכנים בבואם לממש שוברי זיכוי ושוברי מתנה, ואף ניתנו לכך דוגמאות לצורך המחשה. כך למשל, לא יהיה תוקף להגבלת המימוש לסוגי פריטים או לסוגי חנויות (למשל, לחנויות פרימיום או לחנויות outlet וביוצא באלה).

13. זאת ועוד, חוק הגנת הצרכן מסדיר את מישור היחסים שבין עוסק לצרכן מתוך הכרה בפערים המובנים בין הצדדים לעסקה, וכן מתוך הכרה בכך שלעוסק קיים יתרון משמעותי מול הצרכן, הן מבחינת הידע והן מבחינת יכולתו הכלכלית. לנוכח האמור, קבלת פרשנות לפיה עוסק יכול להגביל את מימוש השובר לסניפים הפיזיים שלו עלולה להגדיל את הפער בין העוסק לצרכן. זאת, בנסיבות שבהן העוסק קיבל תמורה מלאה בעבור שובר הזיכוי או שובר המתנה, וטרם סיפק את המוצר לצרכן; ומנגד, הצרכן אשר שילם תמורה מלאה בעבור השובר נמצא מוגבל ביכולתו לעשות שימוש בכספו, שהומר לשובר.

14. לעניין הטענה לפיה המשיבה מפרסמת בסניף מדיניות וולנטרית של קבלת זיכוי למימוש באחד מסניפי הרשת, נציין כי סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן קובע כי "**הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד**". המשמעות היא שהוראות החוק הן הוראות קוגנטיות, שצדדים אינם יכולים להתנות עליהן ושהן אינן ניתנות לשינוי על ידי הצדדים לעסקה. הסיבה לכך שנקבעה קוגנטיות בחוק הגנת הצרכן היא שמטרתו היא לחגן על זכויות הצרכנים, וכן למנוע ניצול לרעה מצד עוסקים וניסיון לעקוף את החוק תוך ניצול פערי הכוחות הקיימים בין הצדדים.

15. בשל האמור, עוסק אינו רשאי לכפות או להתנות באמצעות מדיניות פנימית ותנאים החורגים מהוראות החוק, גם אם הצרכן מסכים לכך, ומדיניות הסותרת הוראה מהחוק אינה תקפה. לפיכך אין בעצם הגילוי ובפרסום מדיניותה של המשיבה כדי לגבור על האיסור המוטל על המשיבה להציב הגבלות על מימוש שוברי המתנה ושוברי הזיכוי.

16. **לנוכח כלל האמור, לעמדת הרשות, בהתאם לחוק הגנת הצרכן קיימת חובה על עוסק לאפשר מימוש של שובר זיכוי או שובר מתנה שנמסר לצרכן בחנויותיו הפיזיות, גם באתר האינטרנט של העוסק.**

10' עמדת המאסדר בבקשת הודיס מצורפת כנספח 10'.

<u>תנייה מקפחת בחוזה אחיד</u>:

9

32. הכיתוב על השובר ו/או תקנון המשיבה ו/או מדיניותה בחנות המקוונת הם "חוזה אחיד", ההגבלות על המימוש הם "תנאי", המשיבה היא "ספק" והצרכן "לקוח", כהגדרת מונחים אלה בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים").

33. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע כי:

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח)."

34. סעיף 4 לחוק החוזים האחידים קובע מונה מספר סוגי תניות שחזקה שהן מקפחות:

*(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או **המסייג באופן בלתי סביר** את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי;*

*(2) תנאי המקנה לספק **זכות בלתי סבירה לבטל**, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה;*

*(6) תנאי השולל או **המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין**, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת;*

35. ההגבלות על המימוש שמאלצות הצרכן לסור לחנות פיזית, לעיתים בסד זמנים דחוק, מונעות ממנו את האפשרות לרכוש מוצרים במבצעים המוצעים בחנות המקוונת באופן שעשוי אף להביא לאבדן השובר כולו, "***מסייגות באופן בלתי סביר את האחריות***" של המשיבה ו/או מקנות למשיבה "***זכות בלתי סבירה לבטל***" את השוברים ו/או הינן בבחינת "***תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה***".

36. יתירה מכך. אף מבלי להיזקק לחזקות המנויות בסעיף 4, הפסיקה יצקה למונח "הקיפוח" פנים רבות שבמהותן נועדו להגשים תפיסות חברתיות באשר ל – "***הוגן ולראוי***" תוך שקילה ואיזון של שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים (ע"א 6916/04 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 18.02.2010).

37. לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטולה של כל הוראה או תניה המגבילה את המימוש.

הפרת חובה חקוקה:

38. סעיף 63(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע כי:

10

"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 מתכוון החיקוק...".

39. אין ספק שהוראות חוק הגנת הצרכן נועדו להגן על הצרכן ובכלל זה לסייע לו לממש השוברים בקלות ובתוך כך לחסוך ממנו טרחה מיותרת, לאפשר לו לרכוש מוצרים במחירים, מבצעים ומוצרים ללא כל הגבלה ובתוך כך לחסוך סכומי כסף ובוודאי שלמנוע את ירידת השוברים לטמיון.

עשיית עושר ולא במשפט:

40. כל שלושת היסודות לגיבוש העילה על פי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979 מתקיימים בדנן:

א. **יסוד ההתעשרות** – המשיבה מתעשרת על חשבון הצרכן בכך שבשל התנהלותה שוברים רבים יורדים לטמיון, באופן שמייצר למשיבה רווח בסכום השוברים שאבדו. בנוסף, המשיבה מונעת מהצרכן לרכוש מוצרים במבצעים ובמחירים המוצעים בחנות המקוונת ובתוך כך מאלצת אותו לשלם סכום עודף עבור אותם מוצרים.

ב. **ההתעשרות הינה על חשבון המזכה** - התעשרות המשיבה היא באופן מובהק על חשבון הצרכן.

ג. **ההתעשרות שלא כדין** – ההתעשרות היא תוצאה של הפרה בוטה של חוק הגנת הצרכן.

התביעה מעוררת שאלות מהותיות משותפות של משפט ועובדה:

41. מדיניות המשיבה עולה בבירור ממסמכים ומתשובותיה המפורשות לפניות המבקשת.

42. השאלות המשותפות העיקריות לחברי הקבוצה הן: האם המשיבה מפירה את חוק הגנת הצרכן בכך שמטילה מגבלות על המימוש והאם מדובר בתניה מקפחת.

קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה:

43. כמפורט לעיל, ביד המבקשת עילות תביעה מוצקות ולבטח קיימת אפשרות סבירה שהן תתקבלנה.

תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת:

44. עסקינן בקבוצה גדולה מאוד שזהותם אינה ידועה וממילא לא ניתן לאגד את חברי הקבוצה לשם הגשת תובענה רגילה. עסקינן בנזק בסכום קטן יחסית שנגרם לכל חבר קבוצה שאין כל כדאיות כלכלית להגיש בגינו תובענה רגילה, כך שגם מטעם זה ראוי לברר התובענה כייצוגית. אין צורך לערוך בירור ספציפי לגבי כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד, שכן מסכת העובדתית והמשפטית זהה לכולם.

11

קיימת אפשרות סבירה שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב:

45. המבקשת וב"כ נכונים להשקיע מזמנם וממרצם על מנת לנהל את ההליך בדרך הולמת ולטובת חברי הקבוצה. קיימת חפיפה מוחלטת בין האינטרס של המבקשת לבין האינטרס של כלל חברי הקבוצה, באופן שהצלחת המבקשת בתובענה משמעותה הצלחת חברי הקבוצה. אין כל ספק כי התובענה, המבוססת על מספר עילות, הוגשה בתום לב על ידי המבקשת.

הסעדים המבוקשים:

סעד כספי:

46. הפרות הדין גורמות לצרכן נזקים מסוגים שונים:

א. **תשלום עודף עבור המוצר** - בשל חוסר האפשרות לרכוש המוצר במבצעים ובמחירים המוצעים בחנות המקוונת. המבקשת אומדת ראש נזק אישי זה בסך של 10 ₪.

ב. **אבדן זמן וטרחה**– בשל ההכרח לסור לחנות הפיזית. המבקשת אומדת את ראש נזק אישי זה בסך של 10 ₪.

ג. **אבדן מלא של הסכום ששולם עבור השובר** - חוסר האפשרות/הקושי וההכבדה הכרוכים בהגעה לחנות הפיזית, עשויים להביא לאבדן השובר, שכיחתו ו/או סיום תוקפו. השובר שביד המבקשת בסך של 60 ₪.

ד. **נזק בתי ממוני** - הנובע מתחושת הצרכן שרומה ומהעובדה שנשללה מנו האפשרות לקבל החלטה מושכלת. המבקשת אומדת את ראש נזק אישי זה בסך של 10 ₪.

47. אין באפשרות המבקשת לכמת את הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה מאחר ולא ידוע לה מספרם וסכום הנזק האישי שנגרם לכל אחד מהם. מאחר והיקף עסקיה של המשיבה עצום, המבקשת מעריכה כי סכום הנזק הוא בגדר סמכותו של בית משפט נכבד זה.

צווי עשה:

48. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבה לאפשר מימוש של שובר זיכוי בחנות המקוונת, בין אם הזיכוי ניתן בשל רכישה שבוצעה בחנות פיזית ובין אם בחנות מקוונת. בהתאם, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולה של כל הוראה או תניה סותרת.

שכר טרחה וגמול:

49. מוצע כי חישוב הגמול ושכר הטרחה, יקבעו יהיו באחוזים מהסכום שישולם לקבוצה ומרכיב ההסדרה עתידית. בבע"א 2046/10 **עזבון המנוח שמש נ' רייכרט** (נבו 23.5.12), נקבע ששכר הטרחה ייגזר באחוזים (המפורטים בפסק הדין) מסכום הפיצוי לחברי הקבוצה. אולם, הלכה זו לא חלה על סעדים שאינם כספיים שמתבקשים בדנן, כגון הסדרה עתידית. לפיכך, מבוקש להביא בחשבון גם רכיב זה בעת פסיקת שכר הטרחה והגמול. כך למשל, בת"צ (ת"א) 42526-03-12 , **אינטרדייט בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (נבו 16.6.14), לצורך קביעת סכום שכר הטרחה בגין רכיב ההסדרה העתידית, בסיס החישוב הועמד על 175% מהפיצוי לחברי הקבוצה.

50. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב המשיבה לשפות את המבקשת בהוצאותיה, לרבות האגרה ששילמה.

51. יהא זה מן הדין ומן הצדק להורות כמבוקש.

אסף כהן, עו"ד
ב"כ המבקשת

13