



משחק מכור, משחק ממכר ומכרז הפוך: בעקבות ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש

מבזק הארת פסיקה זה עוסק בערעור שנדון בבית המשפט העליון על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, לאשר בקשה לאישור תובענה כייצוגית. העילה לתובענה הייצוגית הייתה הפרת חובה חקוקה,¹ הפרה שנולדה מעצם קיום משחק אסור בין צדדים להסכם – איסור הקבוע בדיני העונשין ומהווה עברה פלילית.²

חברת קונקטיב גרופ בע"מ הפעילה אתר מכירות מקוון שהציע מוצרים שונים, כאשר עסקאות המכירה נערכו בדרך של "מכרזים הפוכים" – שיטת מכירה הפועלת באופן שבו המשתתפים מציעים הצעות רכישה, והזוכה הוא המשתתף שהציע את ההצעה הגבוהה ביותר, ובתנאי שהצעתו שונה בערכה מיתר ההצעות.

שמעון דבוש, אחד ממשתתפי המכרזים באתר, ביקש מבית המשפט המחוזי בתל-אביב לאשר תובענה כייצוגית נגד קונקטיב. בבקשתו טען דבוש, כי שיטת מכירות בדרך של "מכרז הפוך" היא עברה של משחק אסור כהגדרתו בחוק העונשין, ושהדבר מהווה הפרת חובה חקוקה לפי פקודת הנזיקין. בתגובה לבקשתו, טענה קונקטיב, כי המכרזים באתר אינם בגדר הימור, וכי דבוש אינו עומד בתנאים לאישור התובענה כייצוגית.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב אישר את בקשתו של דבוש, וקבע שמדובר במשחק נושא פרסים אסור ולא במכרז אמיתי. בית-המשפט נימק את קביעתו בעובדה שלשחקן ממוצע לא גלויים הצעותיהם של שחקנים אחרים, וכי הצלחתו במשחק תלויה בגורל ולא בהבנה או ביכולת. קביעתו החדשנית של בית המשפט המחוזי הייתה, שאחת ממטרותיו של סעיף 225 לחוק העונשין – שאוסר, בין היתר, לארגן משחק אסור – היא להגן על המשתתפים במשחק, לרבות מפני התשלום עבורו. אליבא דבית המשפט המחוזי, אין בביצוע עברה כדי לשלול סעד נזיקי בגינה, אף בדרך של תובענה ייצוגית, וכן למרות שמדובר בחוזה פסול. בפסק הדין נקבע, כי על קונקטיב להשיב את מלוא דמי ההשתתפות למשתתפים הזכאים. על החלטה זו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ערערה קונקטיב.

בית המשפט העליון דן בערעור בשתי שאלות מרכזיות. השאלה הראשונה, נגעה לרלוונטיות כלי התובענה הייצוגית עבור עבריינים כניזוקים מעבירה שלה הם צד; השאלה השנייה נגעה לייתכנות הקמת עילה נזיקית של הפרת חובה חקוקה, מעצם ביצוע עברות פליליות. דעות השופטים במותב נחלקו.

¹ ס' 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.

² ס' 225 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.



השופט מזוז, הציע לקבל את הערעור. במענה לשאלה הראשונה, לטעמו המקרה לא מקיים את התנאים לבירורו בדרך של תובענה ייצוגית, משום שחלק מהמשתתפים זכו, ולכן אין לכל חברי הקבוצה עניין משותף. מזוז נמנע מלהתערב בקביעת השופטת במחוזי באשר להיות המכרז נופל בגדרי משחק אסור, אף שהביע ספק בכך. לדידו, סעד ההשבה אינו אפשרי אם המכרז מהווה משחק אסור, כיוון שכאשר שני הצדדים עברו על החוק יש לבטל את החוזה, בלא השבה שתטיב עם אחד העבריינים. במענה לשאלה השנייה, קבע מזוז כי כל יסודותיה של עוולת הפרת חובה חקוקה לא התקיימו. לדידו, איסור פלילי לא יוצר "חובה על פי חיקוק", כזו המבססת זכות לפיצוי נזיקי. לאור תכלית המשפט הפלילי, מטרת נורמה פלילית היא הסדרת חיי החברה והגנה על נורמות חברתיות, ולא ביסוס עילות תביעה בנזיקין בין צדדים שותפים לעברה. אף שניתן, במקרים מסוימים, לראות בנורמה פלילית בסיס להקמת עילה של עוולה אישית, אין זה הכלל. מן הכלל אל הפרט, תכלית האיסור על ביצוע משחק אסור, היא הגנה על החברה מהשפעות תופעת ההימורים, ואינה הגנה על השחקן "הניזוק" מתוצאות המשחק האסור. השופט מזוז הציע לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ולחייב את דבוש בהוצאות.

השופטת ברק-ארז הציעה לדחות את הערעור. במענה לשאלה הראשונה, לטעמה אף כי עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת שונה, הרי יש ביניהם דמיון מספק. במענה לשאלה השנייה, קבעה ברק-ארז כי המכרז מהווה משחק פסול וכי חוזה ההשתתפות בו, פסול. לדידה, עיון בכללי המכירה באתר מלמד, מעבר לספק, שעל סיכויי הזכייה משפיע משקל המזל יותר ממשקל המיומנות. ברק-ארז חלקה על מזוז וקבעה, שהואיל והצדדים לחוזה אינם שווים מעמד במשחק האסור, אין לראותם כשווי אחריות לתוצאות אי-חוקיות החוזה. קונקטיב, שארגנה את המשחק, נהנתה מפערי מידע משמעותיים וקבעה את הכללים בו, ולכן האשם בשני הצדדים שונה וראויה חובת השבה חלקית לצד החלש לחוזה. באשר להפרת החובה החקוקה, ציינה ברק-ארז כי גישתו העדכנית של בית המשפט העליון היא שהפרת נורמה פלילית עשויה לשמש בסיס לתביעה בנזיקין – תכלית ההגנה על הציבור שבבסיס איסור פלילי, אינה שוללת תכלית הגנה על פרטים ספציפיים. מן הכלל אל הפרט, תכליתו של איסור משחק אסור למניעת תופעה חברתית של התמכרות להימורים, אינה סותרת הגנה על פרטים שעלולים להתמכר, והאיסור עשוי לבסס תביעה בעילת הפרת חובה חקוקה. השופטת הציעה לקבל חלקית את הערעור.

השופט דנציגר, הצטרף לשופטת ברק-ארז במענה לשאלה הראשונה, והסכים, תוך הבעת הסתייגויות מסוימות, להניח שמדובר במשחק אסור. במענה לשאלה השנייה, חלק דנציגר על קביעתה של ברק-ארז, לפיה התקיימו פערי כוחות משמעותיים או ניצול של משתתפי המכרז מצד קונקטיב. לדידו, המשתתפים הכירו את שיטת המכרז וידעו במה מדובר, כך שחלקם באי-החוקיות שווה לחלקה של קונקטיב. השופט דנציגר הצטרף לתוצאה אליה הגיע חברו השופט מזוז, שהוחלט כדעתו.



ד"ר אסף הרדוף מאיר את פסק הדין.

מעבר לפסק הדין ולהארת הפסיקה, בלחיצה עליהם

פסק הדין: ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש (פורסם בנבו, 5.11.2015).
הארה: אסף הרדוף – הפוך על הפוך: מכירה מקוונת כמשחק אסור, משחק אסור כעוולה
נזיקית