|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו** |
|  |
| ת"צ 6722-10-12 בכור נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט | 6 יול 20166722-10-12 |
|  |
| **השופט** | רחמים כהן |
|  |
| **תובע** | אילן בכורע"י עו"ד זיו איזנרעו"ד חוסאם חוסיין |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **נתבעת** | המועצה להסדר ההימורים בספורטע"י עו"ד יאיר שילועו"ד נטליה סטרחוב |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

תובענה ייצוגית שעניינה אי מתן אפשרות לבטל השתתפות בהימור "טוטו 16", לאחר שסכום הפרס הופחת.

בקליפת האגוז, עניינה של התובענה הייצוגית בהתקשרות עם המועצה להסדר ההימורים בספורט (להלן – המועצה) במסגרת תכנית הימורים על משחקי ספורט לקראת מחזור משחקים מס' 121601 (להלן – מחזור 121601), שנערך בין התאריכים 21-22.04.2012.

לאחר ביצוע ההתקשרות ובטרם החלו המשחקים שונו תנאי ההתקשרות הבסיסיים: הוצאתם של חמישה משחקים מאפשרות ההימור והורדת סכום הזכייה האפשרי מסך של 17,000,000 ₪ לסך של- 731,539 ₪.

בעקבות האמור, פנו למועצה משתתפים בבקשה לבטל השתתפותם ולקבל החזר כספי. המועצה סירבה.

ביום 19.6.2014 אושרה התובענה כייצוגית בהחלטת כב' השופטת ד' פלפל (להלן – ההחלטה).

בין לבין, כב' השופטת פלפל פרשה מכס השיפוט והתובענה הועברה למותב זה.

במעמד הדיון ביום 26.11.2014 הוסכם, שבית המשפט יקבע את סכום ההשבה לקבוצה על בסיס החלטת כב' השופטת ד' פלפל, מבלי שהתובע ינהל את ההליך הייצוגי בשלמותו ומבלי שהצדדים יציגו חוות דעת סטטיסטיות בשאלת היקף קבוצת הזכאים להשבה.

עוד הוסכם, שלצורך הכרעה בשאלת ההשבה חברי הקבוצה הם "כל מי שהשתתפו במחזור זה לרבות מי שמילאו טפסים בשיטת הכפולים או המשולשים ורצו לבטל את ההימור ולא התאפשר להם."

הצדדים הציגו טיעוניהם ועמדו על מספר נתונים שאינם שנויים במחלוקת, שעל בסיסם הוצעו אפשרויות חישוב לבחינת סכום ההשבה:

* סך ההכנסות של המועצה ממחזור 121601 עמד על 2,307,885 ₪.
* מרבית הכנסות המועצה (60-70%) מקורן בטפסים הנשלחים על ידי תחנות הטוטו (להלן – תחנות הטוטו).הצדדים התייחסו למחזור משחקים 113301 (להלן – מחזור 113301) לצורך השוואה בין המחזורים ועל מנת לאמוד באמצעות השוואה זו את שיעור מבקשי ביטול ההשתתפות במחזור 121601.במחזור 113301 עמד הפרס הראשון על סך 5 מיליון ₪. לאחר שבוטלו שני משחקים הודיעה המועצה על הפחתת הפרס ל- 500,000 ₪ וניתנה לציבור אפשרות לבטל את השתתפותו. במסגרת אותו מחזור בוטלו 1,200 טורים, המהווים 2.5% מ- 51,000 טפסי ההשתתפות, והכנסות המועצה הסתכמו בסך של 1.1 מיליון ₪**תמצית טענות התובע**לטענת ב"כ התובע, יש להעמיד את סכום ההשבה על סך של 3,000,000 ₪. לטענתו, הפיצוי המגיע לקבוצה הוא השבה של כספי ההשתתפות וכן השבת התעשרות הנתבעת.חישוב ההשבה מבוסס על הגדרת סך משתתפי המחזור שביקשו לבטל את השתתפותם בהימור, אך לא התאפשר להם. נתון זה אינו ידוע לאור העובדה, שההימור נסגר ביום שישי בערב ומרבית תחנות הטוטו אינן פתוחות בשבת. לפיכך, לא ניתן לדעת בוודאות את כמות מבקשי הביטול. התובע מציע אומדן של נתון זה על בסיס היחס בין שווי הפרס הראשוני לבין שווי הפרס לאחר ההפחתה. לשיטתו, יש יחס ישיר בין הפחתת שווי הפרס למספר המשתתפים שירצו לבטל את השתתפותם. התובע מדגיש, שבנסיבות העניין, כאשר הפרס הראשון עמד על סכום גבוה במיוחד של 17,000,000 ₪, כמות המשתתפים הייתה גדולה יותר ממחזורים קודמים.נוכח השפעתו של גובה הפרס על הגידול באחוז המשתתפים, יש להקביל בין שיעור הפחתת הפרס לבין אחוז הביטולים. יש לקבוע, שהרוב המכריע מקרב משתתפי המחזור, כלומר לפחות 95.7% מקרב המשתתפים בהימור, רצו לבטל את השתתפותם. לפיכך, בהינתן הפחתת שווי הפרס הראשון בשיעור של 95.7%, כך גם יש להעמיד את סכום ההשבה על 95.7% מסך הכנסות המועצה באותו מחזור ובסה"כ 2,208,646 ₪. לסכום זה יש להוסיף ריבית והצמדה חוקית מיום סגירת המחזור ב- 20.4.2012 ועד ליום מתן פסק הדין.מוסיף ב"כ התובע, שהמועצה לא הצליחה להוכיח שרק קבוצה מצומצמת ביקשה בפועל לבטל את טפסי ההשתתפות.עוד נטען, שההשתתפות הגדולה הובילה להפקת רווחים גדולה יותר. בפרט, משלא ניתנה זכות לבטל את השתתפות. המועצה ביקשה להשאיר בקופתה את הכספים הרבים ששילם הציבור, שהאמין שהוא משתתף בהימור עם פרס גבוה במיוחד.בבחינת היקף ההשבה יש להידרש לקביעות כבוד השופטת ד' פלפל באשר לעילות התביעה העומדות לציבור ובהן: הפרת דיני החוזים לרבות תום הלב, הפרה של דיני הגנת הצרכן והפרה של דיני עשיית עושר ולא במשפט.יש לתת את הדעת לשימוש שעשתה המועצה בכספי ההשתתפות שהתקבלו במחזור 121601 בשני מחזורי טוטו עוקבים, בהם המשיכה להשתמש בכספים לצורך הגדלת מכירותיה וקבלת כספים מהציבור.לפיכך, היקף הפיצוי צריך לכלול לצד השבת כספי ההשתתפות גם השבה של התעשרות המועצה.לפי אומדן התובע, יש להעמיד את ההשבה בגין ההתעשרות על סך של 2.2 מיליון ₪ על כל מחזור, ובסה"כ 4.4 מיליון ₪.בהתייחס למחזור 113301 טוען התובע, שנתוני מחזור זה מציגים חיזוק ראייתי לטענה, שהפחתה בגובה הפרס מהווה שיקול עיקרי בהחלטה לבטל את ההשתתפות בהימור ולראיה, באותו מחזור בוטלו 1,200 טורים בשל הפחתת הפרס. לעומת זאת, במחזור 121601, למרות שהכנסות המועצה באופן שוטף קטנות משנה לשנה, הגדילה המועצה את הכנסותיה וגרפה רווחים בסך של 2,307,885 ₪ לפי 75,000 טפסי השתתפות. גידול הכנסות זה, לטענת התובע, נובע מהעובדה שהמועצה לא אפשרה לבטל את ההשתתפות בעקבות הפחתת הפרס.לעניין גמול ושכר טרחה טוען התובע, שהתובענה ראויה והתקיימו הליכים הכרוכים בהשקעת משאבים והוצאות. בהתאם, יש לקבוע את גמול התובע המייצג ובא כוחו כנגזרת מהסכום שייפסק לציבור ולפסוק 20% בתוספת מע"מ לב"כ התובע ו-7% לתובע הייצוגי.לעניין מנגנון ההשבה טוען התובע, שיש להורות ביחס לכל מי שקיים לגביו זיהוי מנוי במחשבי הנתבעת, על החזרת הסכום המלא של השתתפותו במחזור 121601. ביחס למי שאין לו זיהוי, תתאפשר, במהלך תקופה של 90 ימים, השבה של כספי ההשתתפות, כנגד הצגת טופס השתתפות.בהנחה שהרוב המכריע של המשתתפים לא שמר את הכרטיסים יועברו סכומי ההשבה לעמותות שיבחר התובע ותאושרנה על ידי בית המשפט, כגון עמותות שעוסקות בספורט וכדומה.**תמצית טענות המועצה**לטענת המועצה, אין מקום להורות על השבה כלשהי ולכל היותר, השבה בסך של 70,000 ₪.הזכאים להשבה הם אותם משתתפים, שרצו וניסו לבטל את השתתפותם, אך לא התאפשר להם.המועצה דוחה טענות התובע בדבר התעשרותה על ידי החזקת כספי המשתתפים וטוענת, שמדובר בשינוי חזית, בניגוד להחלטת כב' השופטת ד' פלפל.המועצה טוענת, שאין לקבל את אופן החישוב של התובע ומוסיפה, שממחקרים עולה תמונה שונה מזו שמצייר התובע, בדבר היחס בין הפחתת הפרס לאחוז הביטולים. קיימת שונות בין חברי הקבוצה והסיבות לביטול ההשתתפות משתנות. לכן, לא ניתן לקבל טענת התובע ממנה נגזר ש-95.7% דומים למבקש ושכל המשתתפים ביקשו לבטל את השתתפותם כתוצאה מהפחתת הפרס.סכום הפרס אמנם מהווה מרכיב חשוב בהחלטה להשתתף בהימור, אך לא מדובר במרכיב ליניארי. כך לדוגמא, התובע, השקיע סכום של 360 ₪ בהשתתפות בהימור ששווי הפרס בו עמד על סך 15 מיליון. סכום זהה השקיע התובע גם כאשר עמד שווי הפרס על 3 מיליון. לפיכך, סכום הפרס אינו מתאם נכון לנוסחת חישוב ההשבה או לחישוב היקף הקבוצה הזכאית להשבה. לעניין זה מוסיפה המועצה, שאי-ביטול השתתפות נובע, בין היתר, מעצם העובדה שביטול משחקים מגדיל את סיכויים לזכות, כיוון שיש פחות משחקים, אשר את תוצאתם צריך לנחש. משתתפים לא ביטלו את השתתפותם בגלל הגדלת הסיכוי לזכות, למרות הפחתת סכום הפרס.לפיכך, משלא הצליח התובע להוכיח את הנתון בדבר כמות מבקשי ביטול ההשתתפות, אין לקבוע השבה כלל.בהתייחס למחזור 113301 טוענת המועצה, שמספר הטפסים שבוטלו באותו מחזור עמד על 2.5%, לכל היותר. מכאן, שגם בנסיבות דומות, בהן הופחת הפרס בצורה משמעותית, ואם מתייחסים לטענת התובע שלמעלה מ- 90% היו אמורים לבטל את השתתפותם, הרי שמחזור 113301 מוכיח אחרת כיוון ששם אפשרה המועצה לבטל את ההשתתפות, אלא שבפועל נרשמו רק 2.5% ביטולים. חיזוק לטענה זו מוצאת המועצה בתיעוד הפניות למוקד שירות הלקוחות של המועצה ממנו עולה, שסך הפניות למוקד בעניין הביטולים עומד על פחות מ- 270.לטענת המועצה, השוואה למחזור 113301 מלמדת על כמות הביטולים הפוטנציאלית ומהשוואה זו, יש להעמיד את כמות הביטולים במחזור 121601 לכל היותר על 3%, וזאת בהתחשב גם בכמות תחנות הטוטו וגודלן. 3% מסך הכנסות המועצה במחזור 121601 עומד על סך 70,000 ₪.לעניין מנגנון ההשבה טוענת המועצה, שהואיל וחברי הקבוצה משתתפים בהימורי ספורט, מן הראוי שכספי ההשתתפות יוחזרו למשתתפים על ידי הגדלת סכום הפרסים במחזורי המשחקים הבאים.לעניין גמול ושכר טרחה טוענת המועצה, שאין לפסוק גמול ושכר טרחה כלל וכי יש לחייב את התובע בתשלום הוצאות המועצה. מלבד שיקול ההשבה לא קיים שיקול אחר למתן פיצוי. בנוסף, קיים פער גדול בין הסעד הנתבע לבין סכום ההשבה ואין שום תועלת בתובענה. הכנסות המועצה מגיעות לסכומים של מיליארד ו- 800 מיליון ש"ח וסך הפרסים עומד על מיליארד ו-100 מיליון ₪. לפיכך, השבה בסך של 70,000 ₪, אינה משמעותית ומוכיחה, שאין שום תועלת בתובענה.לטענת המועצה, לא זו בלבד שהתובענה לא הביאה תועלת, אלא שהתובע גרם נזק לקבוצה. קודם להגשת התובענה פעלה המועצה "לפנים משורת הדין", בניגוד לתקנות אך לרווחת הציבור, כאשר אפשרה לבטל השתתפות סמוך לתחילת המשחקים. אלא, שבעקבות הגשת התובענה ולאחר ביקורת שהפנה בית המשפט כלפי המועצה, שבה המועצה לפעול בהתאם לתקנות ואינה מתירה ביטול הימורים לאחר חצי שעה מביצוע ההימור. על כן טוענת המועצה, שהתובענה גרמה נזק למשתתפים.**דיון**כמוסכם בין הצדדים, סכום ההשבה המגיע לקבוצה ייקבע על בסיס החלטת כב' השופטת ד' פלפל, טענות הצדדים והחומר המצוי בתיק בית המשפט. **השבת סכום ההשתתפות**הנוסחה המוצעת על ידי התובע לפיה, כמות מבקשי הביטול עומדת על סך של 95.7% מסך המשתתפים בהימור, נדחית.גובה הפרס הראשון מהווה אלמנט מרכזי בהחלטה להשתתף בהימור, אך אין הוא מהווה אלמנט יחיד בהחלטה לבטל את ההשתתפות ולא ניתן להקיש ממנו בהכרח על שיעור המבקשים לבטל את השתתפותם. המוטיבציה לביטול משתנה בין המשתתפים, בפרט כאשר סכום ההימור שהשקיעו שונה מאחד לשני. ניתן להניח, שהרצון לבטל את ההשתתפות בקרב משתתפים שהשקיעו סכומים גדולים, גדול משל אלה, שהשקיעו סכומים נמוכים יותר. עוד ניתן להניח, שמרבית המשתתפים משקיעים סכום זניח של מספר שקלים ועד עשרות בודדות של שקלים ולכן לא ימשכו את ההימור גם אם הופחת סכום הפרס.אמנם, שיעור הפרס מהווה מרכיב בהגדלת מספר המשתתפים בהימור, כפי שהעידה סמנכ"ל הכספים של המועצה, גב' איילת דרורי (עמ' 17 לפרוטוקול). אך כפי שעולה מהנתונים שהוצגו, לא מדובר בנתון לינארי, ששיעור הפרס מצביע בהכרח על מידת הביטולים.מנתוני מחזור 113301 עולה, שלא ניתן להסיק מהפחתת גובה הפרס את אחוז הביטולים. בהפחתת הפרס באותו מחזור מסכום של 5 מיליון ₪ לסכום של 500,000 ש"ח, נותרו משתתפים רבים שלא ביטלו את השתתפותם. 1,200 טורים מתוך 51,000 טפסי השתתפות הוא מספר זניח ולא ניתן לגזור מנתון זה, שלמעלה מ- 95% מהמשתתפים היו מעוניינים לבטל את השתתפותם כתוצאה מהפחתת הפרס.טענת המועצה, שחברי הקבוצה הזכאים להשבה הם אלו שניסו לבטל בפועל ולא התאפשר להם, ושאין לפסוק כל השבה, נדחית.הפרסום בדבר ביטול המשחקים נעשה ביום שישי בערב, דבר שמנע אפשרות פניה לתחנות הטוטו לצורך ביטול ההשתתפות. על פי הנתונים שהוצגו, עשרות אנשים פנו למועצה בבקשה לבטל את השתתפותם דרך אתר האינטרנט ומוקד שירות הלקוחות. מדובר אמנם בכמות מזערית של בקשות ביחס לכמות הטפסים שהשתתפו בהימור, אולם מספר בקשות זה מעיד על פוטנציאל אפשרי בדבר הבקשות לביטול, אילו תחנות הטוטו היו פתוחות. יוזכר, שמרבית הפעילות וההכנסות נעשות דרך תחנות הטוטו וכי כ-60%-70% מההכנסות מקורן בתחנות הטוטו ולא מהאתר.השוואה בין נתוני מחזור 121601 לבין מחזור 113301, ובכלל זה השוואת יחס הפרסים אשר עומד על 3.4 (5/17 מיליון), מובילה לאומדן כמות ביטולים פוטנציאלית במחזור 121601 של 4,080 טורים, וביחס לכמות הטפסים המשתתפים שנרשמה – 75,000, הרי שמדובר על כ-5% בקשות ביטול פוטנציאליות. אלא שכאמור, יש לקחת בחשבון את העובדה שמהמרים אינם מבטלים את השתתפותם מסיבות שונות ולכן ניתן להניח, שמדובר במספר ביטולים קטן יותר. לאור האמור ועל פי אומדן, מספר הביטולים המשוער יעמוד על 3.5%.בנוסף, ומשהצדדים הסכימו שלגובה הפרס ישנה השפעה על כמות המשתתפים, יש לקחת בחשבון, שחלק מהמשתתפים בהימור לא היו מצטרפים למשחק מלכתחילה, אלמלא שיעור הפרס הגבוה.בשקלול הנתונים האמורים, סכום השבת ההשתתפות עומד על כ- 4.5% מסך הכנסות המועצה במחזור מספר 121601, ובסה"כ – 103,000 ₪.**השבת סכום ההתעשרות**מקובלת עלי טענת התובע לפיה, בפסיקת היקף ההשבה לה זכאית הקבוצה ראוי להידרש לקביעות בית המשפט, כב' השופטת ד' פלפל, באשר לעילות התביעה העומדות לקבוצה. השופטת ד' פלפל קבעה בהחלטה, שבנסיבות העניין "למבקש עילת תביעה טובה, הן מתוך דיני חוזים בשילוב חוק הגנת הצרכן ועשיית עושר". המועצה נטלה לקופתה, שלא כדין, רווחים אשר שימשו אותה בשני מחזורים עוקבים ובכך עשתה עושר ולא במשפט.עקרונות עשיית עושר מביאים לחיוב המועצה בהשבת העושר שעשתה באמצעות סכומי היתר שגבתה, בפרט כאשר מדובר בתובענה ייצוגית, שמטרתה ליצור הרתעה מפני הפרת הדין (ת"צ (מרכז) 49683-08-10 צרשניה נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, מיום 5.5.2016).על רקע זה מצאתי לאמוד את שווי ההתעשרות של המועצה בסך של 51,000 ₪, אשר יתווספו לסכום פיצוי השבת ההשתתפות, ובסה"כ תשיב המועצה סך של 154,000 ₪.**מנגנון הפיצוי**בנסיבות העניין קיים קושי לזהות את חברי הקבוצה ובפרט לא ניתן לזהות את מבקשי הביטול הפוטנציאליים, ואף לא לגזור ולאמוד את מספרם, כאמור לעיל.לפיכך, השבה לחברי הקבוצה אינה מעשית.סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 (להלן – החוק) קובע, שבנסיבות בהן לא ניתן לזהות את חברי הקבוצה רשאי בית המשפט "להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין".עמדת המועצה בעניין זה לפיה, יש להותיר את כספי ההשבה בקופתה וזאת לרווחת משתתפים עתידיים, שייהנו מהכספים על ידי הגדלת סכום הפרסים, נדחית. אין הצדקה להותרת הכספים בידי המועצה. זאת, בין היתר, בשל הצורך בהרתעת המועצה ואחרים מפני הפרת הדין.בנסיבות העניין ניתן להפנות את כספי ההשבה לנושא קרוב באופן שיאפשר תיעול הכספים למטרות טובות לקבוצת המשתתפים בהגרלות ולטובת הציבור בכללותו. כך למשל, ניתן להעביר את סכום ההשבה כתרומה לעמותה העוסקת בגמילה מהימורים או בסיוע למשפחות שנפגעו מהימורים (השוו: עניין צרשניה לעיל, וכן: ת"צ (מרכז) 11930-04-12 אבידן נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פסק דין מיום 17.3.2016, פסקה 42). **גמול ושכר טרחה**השיקולים לפסיקת גמול ושכר טרחה בתובענות ייצוגיות קבועים בסעיפים 22-23 לחוק. בע"א 2046/10 עזבון המנוח משה שמש נ' רייכרט (פסק דין מיום 23.5.2012) התווה בית המשפט העליון עקרונות מנחים לבחינת השיקולים וקביעת שיעור גמול ושכר טרחה. בית המשפט קבע, "שבתביעות ייצוגיות שעניינן בסעד כספי יש לאמץ את שיטת האחוזים כשיטה המקובלת לקביעת שכר הטרחה של עורך הדין המייצג. שיעור האחוזים שייפסק יושפע הן מנסיבותיו הספציפיות של ההליך, הן מהאופן בו הסתיים ההליך והן מגובה הסכום שנפסק."בשים לב לעובדה, שההליך מסתיים בפסק דין ובשים לב להחלטת כב' השופטת ד' פלפל והמסקנות העולות ממנה בדבר התנהלות המועצה, המועצה תשלם לתובע גמול בסך של 7% מסכום ההשבה ולב"כ התובע שכר טרחה בסך של 25% מסכום ההשבה.**סוף דבר**המועצה תעביר תרומה בסך של 154,000 ₪ לעמותה העוסקת בגמילה מהימורים או בסיוע למשפחות שנפגעו מהימורים, אשר תיבחר על ידי התובע. ב"כ התובע יגיש את פרטי העמותה או העמותות לאישור בית המשפט, תוך 14 ימים מהיום.המועצה תשלם לתובע גמול בסך של 10,780 ₪ ושכר טרחה לב"כ התובע בסך של 38,500 ₪, בתוספת מע"מ כדין, תוך 30 ימים מהיום.כל הסכומים יישאו הפרשי הצמדה וריבית כדין, החל מיום 22.4.2012 ועד לתשלום בפועל.ניתן היום, &rlm;6 יולי, 2016, &rlm;ל' סיון, תשע"ו, בהעדר הצדדים. 