

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים :
1. מיכאל ראובן
2. גרגורי פאוסט קורצ'מני
3. איתמר מירון
4. אלדד רבינוביץ
5. שיראל פראזן

נגד

המשיבים :
1. סופר-דוש בע"מ
2. טיב טעם רשתות בע"מ
3. כל בו חצי חינם בע"מ
4. כפר השעשועים רשת חנויות צעצועים בע"מ
(משיבה פורמלית)
5. מגה קמעונאות בע"מ (משיבה פורמלית)
6. סופר פארם
7. חברת מ. מחאגנה בע"מ
8. מירון מרדכי ז"ל (משיב פורמלי)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 29.08.2017 בת"צ 27048-07-13 שניתן על ידי כב'
השופטת אסתר שטמר

תאריך הישיבה : ח' בחשוון התש"ף (6.11.2019)

בשם המערערים : עו"ד יצחק מירון ; עו"ד אלעד אלעזר ; עו"ד
עדיאל דהן
בשם המשיבה 2 : עו"ד עמרם גולן
בשם המשיבה 3 : עו"ד רונן קצף ; עו"ד שי ממת

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד (כב'
השופטת אסתר שטמר) בת"צ 27048-07-13 מיום 29.8.2017 במסגרתו נדחתה בקשת
המערערים לאישור תובענה ייצוגית נגד המשיבות 1-7 בהתאם להוראות חוק תובענות
ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות). במוקד הערעור ניצבת מחלוקת
בדבר פרשנות תנאיהם של מבצעי המכירות שהנהיגו המשיבות בסניפיהן.

1. תחילתו של ההליך בו עסקינן בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהגישו המערערים נגד המשיבות 1-7 לבית המשפט המחוזי מרכז בלוד ביולי 2013 (להלן: בקשת האישור). המשיבות 1-7 (להלן: המשיבות) הן רשתות קמעונאיות מתחומים שונים (כגון מזון, פארם ופנאי) המפעילות סניפים ברחבי הארץ.

2. כחלק ממאמצי השיווק וקידום המכירות, הנהיגו המשיבות בסניפיהן בעת הרלוונטית מבצעים המעניקים לצרכנים הנחה במחיר בעת רכישה של יותר ממוצר אחד מן המוצרים הכלולים במבצע (להלן: המבצע או המבצעים). מבצעי מכירות מסוג זה, הנחשבים לנפוצים ומקובלים בתחום הקמעונאות, הונהגו אצל המשיבות בגרסאות שונות – כדוגמת "אחד פלוס אחד", "מוצר שני בחצי מחיר", "מוצר שלישי בחינם" וכיוצא בזאת – כאשר במרבית המקרים צוין כי ההטבה תינתן על המוצר "הזול מביניהם".

3. המערערים הם צרכנים אשר בהזדמנויות שונות ערכו קניות בסניפיהן של המשיבות, ורכשו מוצרים שנכללו במבצעים האמורים (כפי שיובהר בהמשך, מי שנותרו רלוונטיים לפסק דין זה הם המערערת 1 – גב' מיכל ראובן, המבקשת לשמש כתובעת ייצוגית נגד המשיבה 1 – סופר דוש בע"מ (להלן: סופר דוש); המערער 2 – מר גרגורי פאוסט קורצ'מני, המבקש לשמש כתובע ייצוגי נגד המשיבה 2 – טיב טעם רשתות בע"מ (להלן: טיב טעם); והמערער 3 – מר איתמר מירון, המבקש לשמש כתובע ייצוגי נגד המשיבה 3 – כל בו חצי חינם בע"מ (להלן: חצי חינם)).

4. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לפרשנות מבצעים אלו ולאופן בו יושמו על ידי המשיבות. כך, במסגרת בקשת האישור טענו המערערים כי הם וצרכנים נוספים, אשר רכשו מספר מוצרים גדול ממספר המוצרים המינימלי הדרוש להחלת המבצע, חויבו ביתר על ידי המשיבות. זאת, שכן במקום לצרף יחדיו את המוצרים היקרים מאלה שנרכשו לצורך החלת המבצע, ולהעניק את ההנחה ביחס למוצר הזול מביניהם, באופן שימקסם את ההנחה המוענקה לצרכנים, המשיבות נהגו לממש את המבצע כך שההנחה תחול תמיד על המוצרים הזולים ביותר מכלל אלה שנרכשו (קרי לצרף יחד את המוצר היקר ביותר עם המוצר הזול ביותר), באופן שמפחית את ההנחה הניתנת לצרכנים.

5. למען הבהירות, נמחיש את הדברים באמצעות מספר דוגמאות פשוטות:

(-) קמעונאי הציע ללקוחותיו מבצע ברכישת מוצרים מסוג מסוים שנוסחו "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם". אחד הלקוחות החליט לרכוש שלושה מוצרים המשתתפים במבצע – הראשון במחיר של 50 ש"ח, השני גם הוא במחיר של 50 ש"ח, והשלישי במחיר של 10 ש"ח. לשיטת המערערים, יש לממש את המבצע

כך שהלקוח יחויב בתשלום של 60 ש"ח עבור שלושת המוצרים באופן הבא: המבצע ימומש ביחס למוצרים הראשון והשני (קרי שני המוצרים היקרים ביותר), כך שהלקוח יחויב עבור שניהם בתשלום של 50 ש"ח (50 ש"ח על המוצר הראשון והמוצר השני בחינם); ואילו המוצר השלישי (הזול ביותר) לא ייכלל במבצע והלקוח יחויב בגינו בתשלום מלא של 10 ש"ח. לעומת זאת, לשיטת המשיבות יש לממש את המבצע כך שהלקוח יחויב בתשלום של 100 ש"ח עבור שלושת המוצרים, כדלהלן: המבצע ימומש ביחס למוצרים הראשון והשלישי (קרי המוצר היקר ביותר והמוצר הזול ביותר), כך שהלקוח יחויב עבור שניהם בתשלום של 50 ש"ח (50 ש"ח עבור המוצר הראשון והמוצר השלישי בחינם); ואילו המוצר השני לא ייכלל במבצע, והלקוח יחויב בגינו בתשלום מלא של 50 ש"ח.

(-) קמעונאי הציע ללקוחותיו מבצע ברכישת מוצרים מסוג מסוים שנוסחו "השני בחצי מחיר, הזול מביניהם". אחד הלקוחות החליט לרכוש ארבעה מוצרים המשתתפים במבצע – הראשון במחיר של 50 ש"ח, השני במחיר של 40 ש"ח, השלישי במחיר של 20 ש"ח, והרביעי במחיר של 10 ש"ח. לשיטת המערערים, יש לממש את המבצע כך שהלקוח יחויב בתשלום של 95 ש"ח באופן הבא: המבצע ימומש פעם אחת ביחס למוצרים הראשון והשני (קרי שני המוצרים היקרים ביותר), כך שהלקוח יחויב עבור שניהם בתשלום של 70 ש"ח (50 ש"ח על המוצר הראשון, ו-20 ש"ח על המוצר השני); ופעם נוספת ביחס למוצרים השלישי והרביעי (הזולים ביותר), כך שהלקוח יחויב עבור שניהם בתשלום של 25 ש"ח (20 ש"ח על המוצר השלישי, ו-5 ש"ח על המוצר הרביעי). לעומת זאת, לפי שיטת המשיבות, המבצע ימומש כך שהלקוח יחויב בתשלום של 105 ש"ח, שכן ההנחה מכוח המבצע תוענק ביחס לשני המוצרים הזולים ביותר: כך, המבצע ימומש פעם אחת ביחס למוצרים הראשון והרביעי (קרי המוצר היקר ביותר והמוצר הזול ביותר), כך שהלקוח יחויב עבור שניהם בתשלום של 55 ש"ח (50 ש"ח על המוצר הראשון, ו-5 ש"ח על המוצר הרביעי); ופעם נוספת ביחס למוצרים השני והשלישי, כך שהלקוח יחויב עבור שניהם בתשלום של 50 ש"ח (40 ש"ח על המוצר השני, ו-10 ש"ח על המוצר השלישי).

(-) קמעונאי הציע ללקוחותיו מבצע ברכישת מוצרים מסוג מסוים שנוסחו "מוצר שלישי בחינם, הזול מביניהם". אחד הלקוחות החליט לרכוש ארבעה מוצרים המשתתפים במבצע – שלושה מהם במחיר של 50 ש"ח, ומוצר אחד במחיר של 5 ש"ח. לשיטת המערערים, יש לממש את המבצע כך שהלקוח יחויב בתשלום של 105 ש"ח: המבצע ימומש פעם אחת ביחס לשלושת המוצרים שמחירם 50 ש"ח (קרי שלושת המוצרים היקרים ביותר), כך שהלקוח יחויב עבור שלושתם בתשלום של 100 ש"ח (50 ש"ח על שני מוצרים והשלישי בחינם); ואילו המוצר האחרון לא ייכלל במבצע והלקוח יחויב בגינו בתשלום מלא של 5 ש"ח. בשונה, לשיטת המשיבות יש לממש את המבצע כך שהלקוח יחויב בתשלום של 150 ש"ח, שכן ההנחה מכוח המבצע תוענק ביחס למוצר הזול ביותר: המבצע ימומש פעם אחת ביחס לשני מוצרים שמחירם 50 ש"ח ומוצר נוסף שמחירו 5 ש"ח (קרי שני המוצרים היקרים ביותר והמוצר הזול ביותר), כך שהלקוח יחויב

עבור שלושתם בתשלום של 100 ש"ח (50 ש"ח על שני מוצרים והשלישי בחינם); ואילו המוצר הנוסף שמחירו 50 ש"ח לא ייכלל במבצע והלקוח יחויב בגינו בתשלום מלא.

6. יוער כי הצדדים אינם חלוקים ביחס למימוש המבצעים במצבים בהם מספר המוצרים הנרכש אינו עולה על הכמות המינימלית הדרושה לשם החלת המבצע – אז מסכימים הצדדים כי ההנחה תוענק ביחס למוצר הזול ביותר. כך גם אין מחלוקת ביחס למימוש המבצעים במצבים בהם מחירם של כל המוצרים הנרכשים זהה, שכן במצב זה אין כל חשיבות לשאלה ביחס לאיזה מוצר תינתן ההנחה. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת איפוא (כפי שעולה גם מן הדוגמאות שהוצגו לעיל) במצבים בהם מספר המוצרים הנרכש עולה על הכמות המינימלית הדרושה לשם החלת המבצע, וקיימת שונות בין מחיריהם של המוצרים. במצבים אלו, בעוד המערערים סבורים כי יש לפרש את תנאי המבצעים כך שתוענק לצרכנים ההנחה המרבית האפשרית (קרי, לצרף לצורך החלת המבצע את המוצרים הקרובים זה לזה במחיר מהיקר לזול), המשיבות גורסות כי יש לפרש את תנאי המבצעים כך שההנחה המוצעת במסגרתם תוענק ביחס למוצרים שמחירם הוא הנמוך ביותר מבין אלה שנרכשו (קרי, לצרף לצורך החלת המבצע את המוצרים היקרים ביותר יחד עם המוצרים הזולים ביותר).

הערה לשונית: המערערים עושים שימוש במינוח "זיווג" לצורך תיאור הפעולה של בחירת המוצרים אשר ביחס אליהם יופעל המבצע. ואולם מאחר שמונח זה משמעו יצירת זוג, הרי שאין הוא מתאים לכל סוגי המבצעים בהם עשויה הסוגיה להתעורר. כך, למשל, אין הוא מתאים למבצעים מסוג "מוצר שלישי בחינם" או "ארבעה מוצרים במאה" המחייבים בחירה של יותר משני מוצרים לצורך החלת המבצע. מטעם זה העדפתי לנקוט במינוח "צירוף", לאמור אילו מוצרים נבחרים להיות מצורפים לצורך החלת המבצע.

7. על רקע זה, במסגרת בקשת האישור טענו המערערים כי האופן בו מיישמות המשיבות את המבצעים – המהווים למעשה חוזה צרכני בינן לבין לקוחותיהן – משקף פרשנות שגויה ובלתי ראויה של תנאי המבצעים, אשר אינה עולה בקנה אחד עם התכלית האובייקטיבית שלהם ועם ציפייתו הלגיטימית של הצרכן. לשיטתם, התנהלות זו לא רק סותרת את כללי פרשנות החוזה שהתגבשו בחוק ובפסיקה, אלא גם מובילה להטעיית הצרכנים ולניצול מצוקתם, באופן המקים להם עילות תביעה נגד המשיבות הן מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); הן מכוח חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); הן מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979; והן מכוח פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. כן נטען כי מתקיימים בענייננו התנאים הדרושים לאישור תובענה כייצוגית הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

8. בתשובותיהן לבקשת האישור, לא הכחישו המשיבות כי הן מיישמות את המבצעים באופן האמור – קרי, כך שההנחה הניתנת במסגרתם מוענקת תמיד ביחס למוצרים שמחירם הוא הנמוך ביותר מבין אלה שנרכשו, ואולם טענו כי זוהי הפרשנות הנכונה בהתחשב בלשון הברורה של תנאי המבצעים, המציינת מפורשות כי ההנחה תינתן על המוצר הזול מבין המוצרים. לפיכך, הרי שלשיטת המשיבות תנאי המבצעים היו ברורים לכל צרכן סביר, ולבטח לא הביאו להטעיית הצרכנים או לניצול כלשהו של מצוקתם. בהתאם, לא קמה למערערים כל עילת תביעה נגד המשיבות. כן טענו המשיבות כי קבלת הפרשנות המוצעת על ידי המערערים לתנאי המבצעים, אשר אינה עולה בקנה אחד עם לשונם הברורה והחד-משמעית, תביא לתוצאה אבסורדית וחסרת היגיון, ולמעשה תכפה על המשיבות לשנות כדיעבד את תנאי המבצעים ולהעניק הנחות שונות וגדולות יותר מאלו שהתחייבו להעניק במסגרתם. לבסוף, נטען כי ממילא לא מתקיימים יתר התנאים הדרושים לאישור תובענה כייצוגית, לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

9. לאחר שהגישו הצדדים את כתבי הטענות לבית המשפט קמא, נערך ביום 6.5.2015 דיון קדם-משפט. במסגרת הדיון שבו הצדדים על טענותיהם, כאשר עיקר הדיון נסוב סביב המחלוקת הפרשנית ביחס לתנאי המבצעים. בין היתר, עלתה במהלך הדיון אפשרותם של לקוחות לבקש את פיצול הקנייה במטרה לקבל את ההנחה המרבית במימוש המבצעים. כך לדוגמה, במקרה של מבצע "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", לקוח המעוניין לרכוש ארבעה מוצרים המשתתפים במבצע (קרי לממש את המבצע פעמיים), יכול לפצל את קנייתו ולרכוש במסגרת חשבון אחד את שני המוצרים היקרים יותר, ובמסגרת חשבון נפרד את שני המוצרים הנותרים. בדרך זו יקבל אותו לקוח את ההנחה המרבית. לעניין זה, צוין כי כאשר לקוח מבקש לפצל את קנייתו באופן האמור המשיבות מאפשרות לו לעשות זאת. חלק מהמשיבות אף ציינו כי גם כאשר לקוח מבקש מפורשות לממש את המבצע כך שההנחה תינתן ביחס למוצר שאיננו הזול ביותר, מבלי לפצל את הקנייה, הן מכבדות את בקשתו ומעניקות את ההנחה בצורה הרצויה. ואולם, לשיטתן, אין בכך כדי לשנות את ברירת המחדל במסגרתה ההנחה מוענקת על המוצר הזול ביותר.

10. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת דיון קדם-משפט נוסף, שהתקיים לפני בית המשפט קמא ביום 4.11.2015, הודיעו הצדדים כי מאחר שעיקר המחלוקת ביניהם נוגע לפרשנותם הנכונה של תנאי המבצעים, בעוד שהתשתית העובדתית איננה שנויה בעיקרה במחלוקת, הם שוקלים לוותר על זכותם לחקור את המצהירים בתיק. ואכן, בחלוף מספר ימים הודיעו הצדדים כי הם מוותרים על זכותם כאמור. משכך, ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא בהתבסס אך על כתבי הטענות ועל ראיות בכתב שהובאו לפניו.

פסק דינו של בית המשפט קמא

11. ביום 29.8.2017 נתן בית המשפט קמא פסק דין הדוחה את בקשת האישור (להלן: פסק הדין). בפתח הכרעתו, ציין בית המשפט כי מאחר שהשאלה הניצבת במוקד

ההליך, ומהווה את עיקר המחלוקת בין הצדדים, היא שאלה משפטית של פרשנות (בעוד שהתשתית העובדתית מוסכמת ברובה), אין מניעה להכריע בה כבר בשלב בחינת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. על כן, פנה בית המשפט לדון במחלוקת הפרשנית שהתעוררה בין הצדדים ביחס לתנאי המבצעים.

12. תחילה, עמד בית המשפט קמא על כך שיש לפרש את תנאי המבצעים בהתאם לכללי פרשנות חוזה, משמדובר בהצעה שהוצעה לצרכן על ידי הקמעונאי, והתקבלה על ידי הצרכן עם רכישת המוצרים שבמבצע. משכך, הואיל ועניין לנו בחוזה כתוב, יש להעניק מעמד בכורה ללשונו, באופן המקים חזקה הניתנת לסתירה לפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את פשט הלשון. על רקע האמור, קבע בית המשפט קמא כי לשון החוזה בענייננו היא ברורה ותואמת את פרשנות המשיבות לפיה המונח "הזול מביניהם" מתייחס בהכרח למוצר הזול ביותר מבין כלל המוצרים שנרכשו על ידי הלקוח. לדידו, "כל פרשנות אחרת תביא בהכרח לשוני בין רכישת 2, 3, או 4 מוצרים. באופן ש'הזול מביניהם' יהיה בכל פעם מוצר אחר", ו"עלולה להגביר מבוכה ולהביא לתקלה כשלעצמה" (פסקה 30 לפסק הדין). כן ציין בית המשפט קמא כי מאחר שלשון המבצעים ברורה, אין בציפייתו הסובייקטיבית של אחד הצדדים כדי להביא לפרשנות אחרת.

13. לצד דברים אלו, התייחס בית המשפט קמא לטענות השונות שהעלו המערערים. בתוך כך, ציין בית המשפט כי אינו רואה בנוסח המבצעים כל הטעיה או חשש להטעיה, וכי אומנם יש להגן על צרכנים מפני בורותם היחסית אל מול הקמעונאים, "אך לא בכל מחיר, ולא בכל עניין, שמא נימצא גורמים אי בהירות במקום שניתן היה להבין את המצב לאשורו" (שם). זאת ועוד, משמצא כי לשון המבצעים אינה לוקה באי-בהירות, וכי לא ניתן לייחס כוונה אחרת המשתמעת מן הכתוב, סבר בית המשפט קמא כי בניגוד לטענת המערערים, אין מקום להפעיל את כלל דבר פרשנות נגד המנסח. עוד הוסיף בית המשפט קמא כי לא ראה לקבל את טענת המערערים, לפיה פרשנות המשיבות שגויה משום שהיא מביאה לכך שקנייה מרובה יותר של מוצרים תביא להנחה נמוכה יותר. זאת, נימק בית המשפט, בכך שאין מדובר בטענה משפטית בת-תוקף, אלא לכל היותר ב"הכרה צרכנית ערה, ואולי שאיפה ראויה, שאין לה בשלב זה בסיס משפטי" (פסקה 33 לפסק הדין). בשולי דבריו, התייחס בית המשפט קמא לטענתן של חלק מן המשיבות לפיה בעת רכישת המוצרים בקופה, יכול הצרכן להתנגד לאופן החישוב או לבחור שלא לרכוש את המוצרים. לעניין זה, קבע בית המשפט קמא כי אין באמור בהחלטתו כדי לתמוך בעמדה זו, שכן הצעת הקמעונאי צריכה להיות ברורה לצרכן בטרם הגעתו לקופה, ויש להימנע ממצב בו הוא רוכש מוצר כלשהו מתוקף היותו "שבוי" בקופה.

14. לבסוף, ציין בית המשפט קמא כי משעה שהעילה העיקרית אותה העלו המערערים נדחתה, ונקבע כי פרשנותם הנכונה של תנאי המבצעים תואמת את פרשנות המשיבות, יש לדחות גם את יתר העילות שהועלו במסגרת בקשת האישור. בהתאם, הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי יש לדחות את בקשת האישור משאינה מבססת אפשרות סבירה כי השאלות המתעוררות בגדרה יוכרעו לטובת הקבוצה (כנדרש בסעיף 8(א)(1))

לחוק תובענות ייצוגיות), וזאת מבלי צורך לדרון בהתקיימותם של יתר התנאים הדרושים לאישור תובענה כייצוגית לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. נוכח התוצאה אליה הגיע, חייב בית המשפט קמא את המערערים בתשלום הוצאות המשיבות (בסך של 25,000 ש"ח ביחס לכל אחד מהמערערים 1, 2 ו-4, ובסך של 10,000 ש"ח ביחס למערערים 3 ו-5).

הליכים נוספים באותו עניין

15. במקביל להתנהלות ההליך נושא הערעור שלפנינו, הוגשו לבתי המשפט המחוזיים שתי בקשות נוספות לאישור תובענה כייצוגית, המעלות סוגיה זהה לזו הניצבת במוקד ענייננו. למען שלמות התמונה, להלן תובא בתמצית השתלשלות העניינים בכל אחת מן הבקשות האמורות:

(-) ת"צ (מחוזי ת"א) 49091-02-15 מזרחי נ' שופרסל בע"מ (להלן: עניין שופרסל): ביום 22.2.2015 הוגשה לבית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד שופרסל בע"מ (להלן: שופרסל), העוסקת במבצעים מן הסוג בו עסקינן – דהיינו, מבצעים המעניקים לצרכנים הנחה במחיר בעת רכישה של יותר ממוצר אחד מן המוצרים הכלולים במבצע. במסגרת הבקשה, נטען כי שופרסל מממשת את המבצעים הללו כך שלקוח הרוכש מספר גדול יותר ממספר המוצרים המינימלי הדרוש להחלת המבצע, מקבל את ההנחה המובטחת ביחס למוצר שמחירו הוא הנמוך ביותר מבין אלה שנרכשו, ולא ביחס למוצר הקרוב במחירו למוצר היקר ביותר. בכך, על פי הנטען, מפרה שופרסל את תנאי ההסכם שנכרת בינה לבין לקוחותיה, כפי שבאים לידי ביטוי בתנאי המבצע. בתגובה לבקשה, טענה שופרסל כי לשונם של תנאי המבצעים מבהירה כי ההנחה תחול על המוצר הזול מבין המוצרים הנרכשים, ולכן יש לדחות את טענות המבקש. בחלוף מספר שנים בהן התנהל הליך בירור הבקשה, פנו הצדדים לגישור אשר בסופו הוגשה ביום 14.12.2020 בקשה לאישור הסדר פשרה (בטרם הכרעה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית). במסגרת הסדר הפשרה, התחייבה שופרסל, בין היתר, לשנות את שיטת חישוב ההנחות במבצעים הרלוונטיים, כך שבמקרים בהם נרכש מספר מוצרים גדול יותר ממספר המוצרים המינימלי הדרוש להחלת המבצע, תינתן ההנחה ביחס למוצר הקרוב ביותר במחירו למוצר היקר שנרכש. ביום 18.2.2021 נתן בית המשפט המחוזי (כב' סגן הנשיא, השופט חאלד כבוב) פסק דין המאשר את הסדר הפשרה. במסגרת פסק דינו, ציין בית המשפט המחוזי כי מצא לכאורה שקיימות שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, וכן כי בנסיבות המקרה מתקיימים כלל התנאים לאישור תובענה ייצוגית, הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. כן צוין כי בחינת טענות הצדדים מלמדת כי הם עצמם רואים את המצב המשפטי ביחס לפרשנות תנאי המבצעים כסוגיה בה טרם ניתנה הכרעה ברורה, וכי בהתאם, הסדר הפשרה משקף כראוי את הסיכויים והסיכונים בפניהם היו עומדים הצדדים לו היה מנוהל ההליך המשפטי עד תום. אשר על כן, החליט בית המשפט לאשר את ההסדר כאמור, ובכך בא ההליך לסיומו.

(-) ת"צ (מחוזי מרכז) 55389-02-17 וימן נ' צומת ספרים 2002 – שותפות מוגבלת (להלן: עניין צומת ספרים): ביום 26.2.2017 הוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז בלוד בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד "צומת ספרים 2002 – שותפות מוגבלת" (להלן: צומת ספרים) הנוגעת אף היא למבצעים מן הסוג בו עסקינן, אותם מנהיגה צומת ספרים, בגרסאות כאלה ואחרות, בסניפיה. במסגרת בקשת האישור, נטען כי ברירת המחדל המונהגת על ידי צומת ספרים בעת מימוש המבצעים בקופה היא כי ההנחה ניתנת על המוצר הזול ביותר שנרכש, וזאת בניגוד לתנאי המבצע לפיהם יש לאתר את "המוצר הזול ביותר מבין צמד מוצרים", לבחירת הלקוח. כן נטען כי יש לפרש את תנאי המבצעים שמציעה צומת ספרים באופן שיזכה את הלקוח בהנחה המיטבית. ביום 29.10.2018 נעתר בית המשפט המחוזי (כב' השופטת מיכל נד"ב) לבקשה לאישור התובענה כייצוגית (להלן: החלטת האישור). בהחלטתו, ציין בית המשפט כי עניין לנו בחוזה צרכני, שהוא גם בגדר חוזה אחיד, הנעדר לרוב תכלית סובייקטיבית; וכי תכליתו האובייקטיבית של חוזה מעין זה היא "האיזון הראוי המאפיין צדדים סבירים והוגנים הפועלים בתום לב להגנת ענייניהם שלהם מתוך התחשבות בענייניו של הצד האחר" (פסקה 69 להחלטת האישור). עוד הזכיר בית המשפט כי מקום בו לא עלה בידי הפרשן לגבש תכלית ברורה של החוזה, יחול הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח. משסבר בית המשפט המחוזי כי לשון תנאי המבצעים שהציעה צומת ספרים איננה ברורה ויכולה להתיישב לכאורה עם כל אחת מהפרשנויות שהציגו הצדדים, עבר לבחון כיצד יש לפרשה, ובפרט את צמד המילים "הזול מביניהם". לעניין זה, הגיע בית המשפט למסקנה כי יש לכאורה לאמץ את הפרשנות שהציעה המבקשת, וזאת משמצא כי צומת ספרים עצמה מממשת את המבצעים האמורים באתר האינטרנט שלה, ולעיתים אף בחנויותיה, דווקא באופן שמתיישב עם פרשנות המבקשת (לפיה מוענקת ללקוח ההנחה המיטבית על המוצרים שרכש). בית המשפט מצא חיזוק למסקנתו זו בכלל בדבר פרשנות נגד המנסח, בציינו כי "המתקשר הטיפוסי מניח שהספק יהיה הוגן, ויפעל כלפיו על בסיס שוויון בינו לבין הלקוחות האחרים" (פסקה 78 להחלטת האישור). אשר על כן, נקבע כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי יש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה. כן נקבע כי מתקיימים יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות). לאור האמור, קיבל בית המשפט את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית וחייב את צומת ספרים לשאת בהוצאות בסך 25,000 ש"ח.

בסמוך למתן החלטת האישור, הגישה צומת ספרים בקשת רשות ערעור על ההחלטה לבית משפט זה (רע"א 8338/17). בשל הדמיון בין התיקים, הוחלט כי בקשת רשות הערעור על החלטת האישור תידון יחד עם הערעור דנן (ראו החלטת השופטת ענת ברון מיום 14.1.2019). עם זאת, הואיל והצדדים בעניין צומת ספרים הצליחו להגיע להסכמות, ביום 20.11.2019 נמחקה בהסכמה בקשת רשות הערעור, והעניין הושב להמשך טיפולו של בית המשפט המחוזי. בחלוף מספר חודשים הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה, וזו נתקבלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (כב' השופטת מיכל נד"ב) מיום 6.9.2020.

16. על רקע זה נעבור לדון בערעור שלפנינו, המתייחס, כמובהר, לפסק הדין שניתן בת"צ 27048-07-13 בלבד.

הצדדים לערעור

17. מבין שבע המשיבות המקוריות לבקשת האישור שהוגשה בת"צ 27048-07-13 נותרו בשלב זה של ההליך שלוש משיבות בלבד, אשר יש צורך להכריע בעניינן.

18. המשיבה 5, מגה קמעונאות בע"מ, נמחקה מההליך כבר על ידי בית המשפט קמא בשל כניסתה להליכי חדלות פירעון. בהתאם, היא צורפה לערעור כמשיבה פורמלית בלבד, וכך גם המשיב 8, מרדכי מירון ז"ל, אשר ביקש לשמש כתובע מייצג בעניינה. המשיבה 4, כפר השעשועים רשת חנויות צעצועים בע"מ, הייתה מצויה בשעתו בהליכי כינוס נכסים, וככל הנראה מטעם זה נמנעה מלהגיש סיכומים מטעמה במסגרת הערעור דנן (וראו החלטת הרשמת שרית עבדיאן מיום 17.1.2019), ואף לא התייצבה לדיון בעל-פה שהתקיים לפנינו. מכל מקום, המערערים לא ביקשו שיינתן פסק דין ביחס אליה. המשיבות 6 ו-7, סופר פארם (ישראל) בע"מ וחברת מ. מחאגנה בע"מ, הגיעו לאחרונה להסדר פשרה עם המערער 5, אשר ביקש לשמש כתובע המייצג נגדן. לפיכך, ביום 2.3.2022 ניתן פסק דין חלקי בעניינן, המורה על השבת הדיון לבית המשפט קמא, על מנת שיבחן האם יש מקום לאשר את הסכם הפשרה בהתאם לאמות המידה שנקבעו לעניין זה בחוק תובענות ייצוגיות.

19. סיכומו של דבר, הערעור נותר מופנה נגד שלוש משיבות: המשיבה 1, סופר דוש, שאומנם הודיעה ביום 9.4.2018 כי היא מבקשת שלא להגיש טיעונים מטעמה במסגרת הערעור, ואולם המערערת 1, המבקשת לשמש כתובעת ייצוגית נגדה, עומדת על קבלת פסק דין נגדה; והמשיבות 2 ו-3, טיב טעם וחצי חינם, אשר הגישו את טיעוניהן בכתב, והתייצבו לדיון בערעור. על כן, משלב זה ואילך יכוננו המשיבות 1-3 לבדן: המשיבות בערעור.

טענות המערערים

20. לטענת המערערים, פסק דינו של בית המשפט קמא לוקה במספר היבטים. ראשית, המערערים גורסים כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי לשון המבצעים ברורה ותואמת את הפרשנות שייחסו לה המשיבות. לעניין זה, מבחינים המערערים בין שני שלבים שונים הדרושים לצורך מימוש המבצע: בשלב הראשון – המכונה בפי המערערים "שלב הזיווג", ויכונה להלן "שלב הצירוף" (ראו פסקה 6 לעיל) – יש לבחור כיצד לצרף את המוצרים הנרכשים לקבוצות (זוגות, שלשות, רביעיות וכו'), בהתאם לתנאי המבצע), לצורך החלת המבצע. כך למשל, ככל שמדובר במבצע מסוג "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", ברור כי המבצע ממומש ביחס לזוג מוצרים. משכך, במצב בו לקוח

רכש יותר משני מוצרים המשתתפים במבצע, יש להחליט באיזה אופן יצורפו המוצרים לזוגות. בשלב השני – המכונה בפי המערערים "שלב ההנחה" – יש לבחור על איזה מוצר בכל קבוצת מוצרים שצורפו בשלב הראשון (קרי בכל זוג, שלשה, רביעייה וכו'), בהתאם לתנאי המבצע) תינתן ההנחה. לשיטת המערערים, בעוד שלשון המבצעים ברורה ביחס לשלב השני – שכן היא מבהירה כי יש להעניק את ההנחה על המוצר "הזול מביניהם", קרי הזול מבין קבוצת המוצרים שצורפו לצורך המבצע – היא אינה מסדירה את האופן בו יש לבצע את השלב הראשון, הוא שלב הצירוף.

21. שנית, ובהתחשב באמור, נטען כי בפרשנותו את תנאי המבצעים היה על בית המשפט קמא לתת דעתו לתכלית האובייקטיבית של המבצעים, ולא להעניק משקל מכריע ללשון. כך, טוענים המערערים כי מאחר שהמבצעים מהווים למעשה חוזה צרכני אחד בין המשיבות לבין לקוחותיהן, פרשנותם צריכה להיעשות בהתאם למטרות הצרכניות שחוזה מסוג זה אמור להגשים, ותוך ניסיון להתחקות אחר אומד דעתם של עוסקים וצרכנים סבירים והוגנים. לשיטתם, במצב בו כלל הצרכנים היו מיודעים באופן מלא לדרך בה ממומשים המבצעים על ידי המשיבות, ברי כי היו בוחרים לפצל את קנייתם באופן שיניב להם את ההנחה המרבית. מכאן שבהינתן שלמשיבות אין התנגדות לכך שצרכנים ינהגו כאמור ויפצלו את קנייתם, הרי שאילו תנאי המשא ומתן בין המשיבות לצרכנים היו שוויוניים והצרכנים לא היו לוקים בכשלים קוגניטיביים – תנאי ההתקשרות שהיו מסוכמים היו תואמים את הפרשנות שמציעים המערערים. משכך, טוענים המערערים, האופן בו מיישמות המשיבות את המבצעים הוא תוצאה של כשל שוק אשר יש לתקנו. עוד מוסיפים המערערים כי פרשנות תנאי המבצעים בהתאם לתכליתם האובייקטיבית מחייבת שימוש בעקרונות של סבירות והיגיון, ואילו הפרשנות אליה הגיע בית המשפט קמא מביאה לתוצאות אבסורדיות. בין היתר, פרשנות זו מביאה למצב בו כאשר צרכן מעוניין להוסיף לסל הקניות שלו מוצר נוסף המשתתף במבצע, אשר מחירו נמוך משאר המוצרים שרכש, יתייקר סל הקניות שלו בסכום גבוה בהרבה מן המחיר של המוצר הנוסף. כך למשל, נניח שצרכן ביקש לרכוש שני מוצרים שמחירם 50 ש"ח המשתתפים במבצע מסוג "השני בחצי מחיר, הזול מביניהם", הוא ישלם בעבורם 75 ש"ח. ככל שהצרכן יבקש להוסיף לקנייתו מוצר נוסף המשתתף במבצע, שמחירו 10 ש"ח, לפי פרשנות המשיבות ובית המשפט קמא יהיה עליו לשלם כעת 105 ש"ח (דהיינו, תוספת של 30 ש"ח ביחס למצב הקודם). לעומת זאת, אם יוסיף הצרכן לקנייתו מוצר נוסף שאינו משתתף במבצע ושמחירו 10 ש"ח, יהיה עליו לשלם על קנייתו סך של 85 ש"ח. כך נוצר מצב בו דווקא הוספתו של מוצר המשתתף במבצע, אשר אמורה לכאורה להטיב עם הצרכן, הרעה את מצבו לעומת מצב בו היה מוסיף מוצר באותו מחיר שאינו משתתף במבצע. אשר על כן, המערערים סבורים כי בניגוד לפרשנות שאימץ בית המשפט קמא, הפרשנות המוצעת על ידם מסדירה את התנהלות השוק באופן שמגן על הצרכנים מפני כשלים קוגניטיביים וחוסר מודעות, ומונע קיומן של תוצאות בלתי סבירות ונעדרות היגיון.

22. שלישית, לגישת המערערים היה מקום להעדיף את פרשנותם לתנאי המבצעים על פני זו של המשיבים גם בשל הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח. לשיטתם, בית המשפט קמא נמנע מלתת משקל לכלל זה בשל קביעתו שלשון המבצעים ברורה, ואולם משהראו המערערים שאין הדבר כך, הרי שהיה מקום להתחשב בכלל זה בקביעת הפרשנות הנכונה לתנאי המבצעים, ובהתאם לקבל את פרשנותם. עוד מציינים המערערים כי פרשנותם המוצעת לתנאי המבצעים אומצה הלכה למעשה על ידי רשתות קמעונאיות רבות בשוק המנהיגות מבצעים דומים למבצעים בהם עסקינן (ואף על ידי חלק מהמשיבות אשר שינו את דרכיהן), וכי בכך יש כדי ללמד כי פרשנות זו תואמת את הנוהג המקובל בחוזים מסוג זה ויש להעדיפה.

מטעמים אלו, סבורים המערערים כי יש לקבל את ערעורם בעניין המשיבות בערעור, ולהתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא.

טענות המשיבות בערעור

23. טיב טעם (המשיבה 2) סבורה כי בצדק דחה בית המשפט קמא את בקשת האישור, וסומכת ידה על נימוקי פסק הדין. בין היתר, טוענת טיב טעם כי יישום המבצעים בהתאם לפרשנות שמציעים המערערים עלול להביא לכך שהתשלום עבור המוצרים הנרכשים לא יכסה את עלותם, באופן שיהפוך את הנהגת המבצעים ללא כדאית עבורה, ויגרום לה להימנע מלהציעם בעתיד. בהתאם, סבורה טיב טעם כי בעוד שפרשנותם של המערערים נוגדת כל היגיון מסחרי, הפרשנות שאימץ בית המשפט קמא הגיונית וסבירה מבחינה מסחרית, ומגשימה את תכליתו של המבצע ליצור תועלת לשני הצדדים – הן לעוסק והן לצרכן. עוד נטען כי פרשנות המערערים לתנאי המבצעים סותרת את לשונם הברורה, ומנוגדת לכוונת טיב טעם להעניק את ההנחה על המוצר הזול ביותר מבין כלל המוצרים הנרכשים שחלים עליהם המבצעים. לשיטתה, ציפייתם הסובייקטיבית של המערערים כי המבצעים ימומשו בהתאם לשיטתם ממילא איננה רלוונטית מקום בו לשון החוזה ברורה. זאת ועוד, טיב טעם גורסת כי המערערים שוגים בטענתם כי מימוש המבצעים נעשה בשני שלבים, אשר הראשון שבהם הוא מה שמכונה בפיהם "שלב הזיווג" – לדידה, מימוש המבצעים נעשה בתהליך רציף של זיהוי המוצר הזול ביותר מבין המוצרים שעברו בקופה, מבלי שישנה כל חשיבות לסדר העברתם. עוד מוסיפה טיב טעם כי אף אם אכן יש לצרכנים, באופן מעשי, אפשרות לפצל את הקנייה וכך ליהנות מהנחה גדולה יותר, הרי שבכך אין כדי לפסול את דרך המימוש בה היא נוקטת או לבסס משפטית את טענות המערערים בדבר הטעיה ותרמית.

24. חצי חניס (המשיבה 3) סבורה אף היא כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא, ושבה על נימוקיו. לטענתה, כפי שקבע בית המשפט קמא, תנאי המבצעים מנוסחים בלשון ברורה וחד-משמעית, ומהם עולה בבירור כי ההנחה תינתן על המוצר הזול ביותר מבין המוצרים המשתתפים במבצע. בהתאם, גורסת חצי חניס כי הפרשנות אותה אימץ בית המשפט קמא היא הפרשנות היחידה שעולה בקנה אחד עם לשון

המבצעים, בעוד שהפרשנות אותה מנסים המערערים לייחס למבצעים אינה מתיישבת עם לשונם המפורשת, ונולדה אך מתוך רצון לכפות על המשיבות להעניק בדיעבד הנחות שונות וגדולות יותר מאלו שהתחייבו להן. לא זו אף זו, לטענת חצי חינם אף אם הפרשנות המוצעת על ידי המערערים הייתה אפשרית מבחינה לשונית, ברור כי אין מקום לקבלה, שכן משמעותה היא חיוב העוסק להעדיף מיוזמתו את האינטרס הכלכלי של הצד השני לעסקה, ולתכנן כל עסקה באופן המרע עמו ומיטיב עם הצד שכנגד. ואולם, ברור כי אין בדין הישראלי כל חובה על אדם המתקשר בחוזה לתכנן עסקה באופן המיטיב דווקא עם הצד שכנגד או לייעץ לצד שכנגד כיצד להטיב את מצבו, על חשבון מצבו של הראשון. לבסוף, טוענת חצי חינם כי ממילא אין המערערים עומדים ביתר התנאים הדרושים לאישור תובענה כייצוגית, וזאת, בין היתר, מאחר שהקבוצה המיוצגת הוגדרה באופן גורף, כוללני וסתמי, וכן משמדובר בקבוצה הטרוגנית הדורשת בדיקה פרטנית ביחס לכל אחד מחבריה.

השתלשלות האירועים לאחר הגשת הערעור

25. ביום 6.11.2019 התקיים דיון בערעור. במסגרת הדיון, הבהירו המשיבות כי הן אינן חולקות על כך שללקוח נתונה האפשרות לבחור את האופן בו יצורפו המוצרים אותם הוא רוכש לצורך מימוש המבצעים; והודו כי במצבים בהם הלקוח מבקש לצרף למבצע מוצרים לפי בחירתו או לפצל את קנייתו כדי לקבל את ההנחה המיטבית, הן נוהגות לכבד את בקשתו. עם זאת, לשיטתן, במקרים בהם הלקוח לא מעלה בקשה כאמור, הן רשאיות לממש את המבצע בהתאם לפרשנות שלהן (קרי, להעניק את ההנחה ביחס למוצרים הזולים ביותר שנרכשו). בתום הדיון, ובשל נכונות הצדדים להידבר ביניהם בניסיון להגיע להסכמות, הורינו על הגשת הודעת עדכון ביחס להתקדמות המגעים בין הצדדים.

26. ביום 19.12.2019 הודיעו המערערים והמשיבות 2, 3, 6 ו-7 כי הסכימו להפנות את הסכסוך ביניהם לגישור לפני כב' השופט (בדימוס) יצחק ענבר. מעת לעת עדכנו הצדדים כי הליכי הגישור טרם מוצו, ודרוש להם פרק נוסף. זאת, עד שביום 19.9.2021 הגיש בא הכוח המייצג הודעה לפיה הליך הגישור בינם לבין טיב טעם וחצי חינם כשל, ובשל כך מתבקש בית משפט זה ליתן פסק דין בעניינן. כן ביקש בא הכוח המייצג כי יינתן פסק דין גם בעניינה של המשיבה 1, סופר דוש, אשר כזכור הודיעה כי אין היא מעוניינת להציג טענותיה במסגרת הערעור דנן. לצד דברים אלו, הודיע בא הכוח המייצג כי הליך הגישור עם המשיבות 6-7 עודנו נמשך. בהמשך, הוגש הסדר פשרה בעניינן של המשיבות 6-7, אשר הועבר, כאמור, לבדיקת הערכאה המבררת. כתוצאה מכך פסק הדין דנן ניתן בעניינן של המשיבות 1-3 בלבד (וראו גם פסקאות 17-19 לעיל).

דיון והכרעה

27. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים בחומר הכתוב, ושמעתי את טיעוניהם בעל-פה בדיון שנערך לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור, וכך אציע לחבריי לעשות.

28. אין מחלוקת כי עם רכישת המוצרים המשתתפים במבצע על ידי הצרכן, נכרת חוזה בינו לבין העוסק (ובענייננו, כל אחת מהמשיבות), אשר תנאיו משתקפים בתנאי המבצע. המחלוקת בין הצדדים נעוצה איפוא, רובה ככולה, בשאלת פרשנותו של חוזה זה, וליתר דיוק בשאלה כיצד יש לבצעו על פי פרשנותו הנכונה. ודוק – כדי להכריע בטענת המערערים לפיה קיימות "שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" (וראו סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות), עלינו לבחון האם קיימת אפשרות סבירה כי טענות המערערים לעניין אופן ביצוע המבצעים לאור פרשנותם הנכונה תוכרענה לטובתם. אומנם, כמו בית המשפט קמא, גם אני סבור שלפנינו מקרה בו מן הראוי להכריע כבר בשלב זה במחלוקת הפרשנית העומדת בלב התובענה, ואולם בשונה ממנו, דעתי היא כי יש להכריע בה לטובת המערערים. אבהיר את עמדתי, על שני חלקיה.

הכרעה במחלוקת משפטית כבר בשלב הדיון בבקשת האישור

29. כאמור, כמו בית המשפט קמא, אף אני סבור כי עניין לנו באחד מאותם מקרים בהם ישנה הצדקה לעשות שימוש בסמכות הנתונה לבית המשפט להכריע בשאלות המהותיות שבמחלוקת לגופן כבר בשלב הבקשה לאישור תובענה כייצוגית. בע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ (4.2.2020) (להלן: עניין שמעון) עמדתי על העקרונות הצריכים להנחות את בית המשפט בכואו לעשות שימוש בסמכות זו:

קיומה של סמכות להכריע בשאלות המהותיות כבר בשלב בקשת האישור מעורר את השאלה מתי ראוי לעשות שימוש בסמכות זו. בעניין זה אינני סבור כי ראוי לטעת מסמרות, ואסתפק בהצבעה על העקרונות המנחים:

ראשית, נקודת המוצא היא שהדיון בבקשת האישור אינו מיועד לבירור שאלות המחלוקת גופה, אלא לבחינת השאלה האם ראוי לאשר את ניהול התובענה כייצוגית. מכאן שהכלל הוא דיון לכאורי בשאלות המהותיות, ולא הכרעה בהן. השימוש בסמכות לחרוג מהכלל צריך שתעשה במשורה, ובמקרים מתאימים בלבד (השוו: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, 437 (2014); רע"א 979/13 לנדמארק גרופ בע"מ נ' הראל פיא קרנות נאמנות בע"מ, פסקה 3 (25.6.2015)).

שנית, ראוי לשקול חריגה מהכלל האמור באותם מקרים בהם מתקיימים שלושת התנאים המפורטים להלן:

ההכרעה בשאלה המהותית בה מדובר מבוססת על מידע המצוי במלואו לפני בית המשפט; הצדדים טענו את מלוא טיעוניהם לגביה; התועלת שתצמח מהכרעה בשאלה מהותית מסוימת לקידום ההליך, על דרך של הפחתת אי הוודאות בה נתונים הצדדים והחיסכון בעלויות ההתדיינות בהמשך ההליך, עולה על המשאבים השיפוטיים שיש להשקיע על מנת להכריע בסוגיה האמורה כבר בשלב הדיון בבקשת האישור.

שלישית, המקרה המובהק בו ראוי לשקול הכרעה בשאלה מהותית לגופה כבר בשלב בקשת האישור הוא כשמדובר בשאלה משפטית טהורה, ולמצער בשאלה משפטית המחייבת בירור עובדתי מצומצם שניתן לעורכו בשלב בקשת האישור, העומדת בלב המחלוקת שבין הצדדים, ואשר נשמע ביחס אליה טיעון שלם. כך, למשל, כשלצורך הכרעה בסכסוך נדרש להכריע בשאלת פרשנותו של חוק (כפי שהדברים בענייננו) או של חוזה אחיד (כפי שהיה בעניין עמוסי), והצדדים שטחו את מלוא הרקע העובדתי והטיעון המשפטי הנחוץ להכרעה לפני בית המשפט (שם, בפסקה 7 לחוות דעתי. ההדגשות הוספו – ע.ג.).

(ראו גם: רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקאות 15 ו-20 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') אליעזר ריבלין ופסקה 2 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מרים נאור (5.7.2012)).

30. בענייננו, השאלה הניצבת במוקד בקשת האישור שהגישו המערערים, ומהווה את עיקר המחלוקת בין הצדדים, היא שאלה משפטית מובהקת של פרשנות חוזה צרכני אחיד (בדמות המבצעים); ואילו התשתית העובדתית הנוגעת לעניין, רובה ככולה, איננה שנויה במחלוקת. כמו כן, במסגרת ההליך שקיים בית המשפט קמא בבקשת האישור, פרש כל אחד מהצדדים את מלוא טענותיו ביחס לפרשנות הנכונה שיש להעניק לתנאי המבצעים. על רקע זה, ובהינתן שהכרעה בשאלה הפרשנית האמורה צפויה להביא לייעול הדיון, להפחית את אי-הוודאות בה מצויים הצדדים, ולחסוך מהם עלויות התדיינות מיותרות בהמשך, מסכים אני עם קביעתו העקרונית של בית המשפט קמא לפיה ראוי להכריע בשאלה זו לגופה כבר בשלב בקשת האישור (זאת, בכפוף לכך שמדובר בהחלטה בהליך ביניים, אשר בית המשפט רשאי לעיין בה מחדש ככל שישתכנע כי הונחה תשתית עובדתית או משפטית מספקת המצדיקה זאת. ראו: עניין שמעון, בפסקה 9 לחוות דעתי). עם זאת, וכפי שיובהר להלן, התוצאה אליה הגעתי ביחס לשאלה זו – קרי, לעניין פרשנותם של תנאי המבצעים – שונה מזו אליה הגיע בית המשפט קמא.

31. כאמור, הצדדים אינם חולקים על כך שתנאי המבצעים משקפים את תנאי החוזה שנכרת בין הצרכנים לבין המשיבות בערעור עם רכישת המוצרים המשתתפים במבצע, אלא המחלוקת ביניהם נעוצה בשאלת פרשנותו של חוזה זה, ובפרט באופן בו נדרשות המשיבות בערעור ליישמו בפועל. בבואנו להשיב על שאלה זו, אנו נדרשים לתת דעתנו לטיבה הצרכני של העסקה שנרקמה בין הצדדים, אשר יש בו כדי להשליך על החובות והזכויות של כל אחד מן הצדדים לה. לשם כך, אעמוד תחילה על ההיבטים הייחודיים המאפיינים את מערכת היחסים שבין עוסק לצרכן, ועל יחסו המיוחד של המשפט בהסדרת יחסים אלו; בהמשך אבחן, לאורה של התשתית הנורמטיבית האמורה, כיצד יש לפרש וליישם את החוזה הצרכני המצוי במוקד הערעור שלפנינו.

יחסי עוסק-צרכן

32. יחסי עוסק-צרכן מאופיינים בחוסר איזון מובנה, הנובע מפערי הכוחות הטבועים הקיימים בין הצרכן לבין העוסק. מקורם של פערים אלו נעוץ בעיקר בשוני המהותי הקיים בין צרכנים לבין עוסקים בשוק: בעוד שהראשונים הם באופן טיפוסי שחקנים חוזיים חד-פעמיים, נעדרי ניסיון ומומחיות עסקית ומשפטית, האחרונים הם בגדר שחקנים חוזרים, המחזיקים בידע עסקי ומקצועי ובמומחיות בתחום עיסוקם. עמד על כך המשנה לנשיאה (בדימ') סלים ג'ובראן בדנ"א 5783/14 עו"ד צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (12.9.2017) (להלן: עניין צמח):

...החוזה הצרכני מאופיין בחוסר שוויון של הצרכן אל מול העוסק: על פי רוב, הצרכן נחות מהעוסק הן במישור הכלכלי, הן במישור המומחיות והן במישור המידע המצוי בידיו. כך, בשל ריבוי המוצרים והשירותים המוצעים לצרכן על ידי העוסקים, ונוכח היקף ומגוון העסקאות העצומים שצרכן מבצע ביומיום, אין לצרכן הזמן והמשאבים הנדרשים כדי לבחור בצורה מיטבית ומושכלת את המוצרים והשירותים הרצויים לו. בדומה, יכולתו לרכוש מומחיות בתחום העסקה הספציפית שהוא עורך, פחותה בהרבה מיכולתו של העוסק לרכוש מומחיות באותו תחום של עסקאות (שם, בפסקה 31).

(ראו גם: סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג 135, 145-147 (2000) (להלן: ס' דויטש, דיני החוזים הצרכניים); סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א 125-126 (2001) (להלן: ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי ז"ל, פסקה 22 (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה). בקשה לדיון נוסף נדחתה ביום 31.5.2012 במסגרת דנ"א 6416/11).

33. זאת ועוד. הצרכן מצוי בנחיתות אל מול העוסק גם מבחינת עמדת המיקוח שלו, ויכולתו לקחת חלק בעיצוב תנאי ההתקשרות. בנבדל מהנחת היסוד העומדת בבסיסם של דיני החוזים, במסגרת עסקה צרכנית, ככלל, הצרכן איננו חופשי לשאת ולתת ביחס לתנאי

ההתקשרות ולהשתתף ביצירתם, אלא תנאי ההתקשרות מוכתבים לו על ידי העוסק (פעמים רבות בדרך של חוזה אחיד), ובחירתו מתמצית בהחלטה האם לבצע את העסקה בתנאים אלו או לא (בבחינת "take it or leave it"). במילים אחרות, לצרכן נשמר החופש מחוזה אך לא חופש עיצוב החוזה (ראו: שמואל בכר "תוכן קונקרטי לדוקטרינות עמומות: ניתוח התנהגותי של חוזים צרכניים" עיוני משפט לג 277, 281 (2010) (להלן: בכר); עניין צמח, בפסקה 31. ראו גם: סיני דויטש "דיני הצרכנות בישראל: קווי מיתאר" מאזני משפט א 11, 12 (2000); ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, בעמ' 33, 49-51; אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 88-90 (2002) (להלן: א' דויטש); רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל, פסקה 42 (21.9.2014) (להלן: עניין מלון עדן נהריה)). לכך יש להוסיף כי היקפן העצום של העסקאות הצרכניות שמבצע צרכן במהלך חייו, כמו גם ההיצע הרחב של העוסקים מהם מבצע כל צרכן את רכישותיו והשונות הקיימת ביניהם, מקשים עד מאוד על יכולתו המעשית לנהל משא ומתן אמיתי ביחס לכל עסקה בנפרד (ראו: ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, בעמ' 52-54; עניין צמח, בפסקה 31).

34. על רקע אי-השוויון המהותי המאפיין התקשרויות בין עוסק לצרכן, נולד הצורך להגן על צרכנים מפני ניצול לרעה של הכוח העודף המצוי בידיהם של עוסקים, וליצור איזון ראוי ביחסים שבין הצרכן לבין העוסק. צורך זה הוביל להתפתחותם של דיני הגנת הצרכן, אשר נועדו "להשליט אורחות התנהגות ראויות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק" (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 432 (2003). יוער כי השופטת (בדימ') טובה שטרסברג-כהן הייתה בדעת מיעוט, אך לא לעניין זה. ראו גם: ס' דויטש, דיני החוזים הצרכניים, בעמ' 144-145; ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, בעמ' 167-168). על חשיבותם הרבה של דיני הגנת הצרכן עמדה השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות בעניין תנובה:

נקודת המוצא של דיני הגנת הצרכן היא כי קיים חוסר איזון מובנה בעסקה צרכנית הנערכת בין גוף כלכלי, לעתים גדול ורב זרועי, או אפילו בין סוחר קמעונאי רגיל לבין הצרכן הבודד (בהנחה שאין לו יתרון-גודל של צרכנות מאורגנת). לפיכך איתר המחוקק אוכלוסיית צרכנים זו כאוכלוסייה שיש לספק לה הגנה מוגברת בחקיקה ולהבטיח כי העוסק, שבידו יתרונות של מידע ויכולת כלכלית, לא ינצל את יתרונותיו לרעה להפקת רווחים קלים על חשבון הצרכן, תוך הטעייתו בעניינים מהותיים הנוגעים לטיב העיסקה. כך למשל מבקש חוק הגנת הצרכן להבטיח כי בעשותו עסקה יעמוד לרשות הצרכן מידע מלא והוגן באשר לטיב העסקה ופרטיה, מתוך הנחה כי אז יוכל הצרכן לכלכל את צעדיו ולהתקשר בעסקה מיטבית ורצויה מבחינתו. איסורים נוספים בחוק הגנת הצרכן נוגעים לניצול מצוקתו של הצרכן, לניצול חולשתו הגופנית או הנפשית, לאי ידיעתו את השפה, וכן האיסור להפעיל עליו השפעה בלתי הוגנת. פרט לחשיבותם של דיני הגנת הצרכן בצמצום פערי הכוח שבין העוסק לצרכן ובחיזוק האוטונומיה האישית של

הצרכן, יש לדינים אלה חשיבות גם בהגשמת אינטרסים ציבוריים שלא ניתן להפריז בחשיבותם ובהם: רעיון הריבונות הצרכנית; הגנה על הזכות לרווחה וזכויות חברתיות; קידום עיקרון ההגינות במסחר; הגנה על אמינות השוק המקומי; ושמירה על האמון בסדר החברתי ובהוראות החוק (שם, בפסקה 22. ההפניות הושמטו – ע.ג.).

35. במרכזם של דיני הגנת הצרכן עומד חוק הגנת הצרכן, הקובע שורה של חובות ואיסורים החלים על עוסקים במסגרת יחסיהם עם צרכנים. לצדו של חוק זה קיימים כיום בישראל חוקים רבים נוספים שניתן לסווגם כחלק מדיני הצרכנות (כאלו הם, למשל, חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957; חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רכושי דירות), התשל"ה-1974; חוק האחריות למוצרים פגומים, התשמ"מ-1980; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. ראו: ס' דויטש, דיני החוזים הצרכניים, בעמ' 153-155; ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, בעמ' 298-297).

36. לצד ההתפתחויות החקיקתיות שחלו בתחום הגנת הצרכן, התפתחה גם בפסיקה תפיסה המבחינה בין התקשרויות בעלות אופי עסקי-מסחרי לבין התקשרויות צרכניות באופיין (ראו, למשל: ע"א 4602/97 דדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 593-594 (1999); עניין מלון עדן נהריה, בפסקה 42; רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו, פסקה 22 (31.5.2018)). בתוך כך, חרף התפיסה הפורמלית לפיה יש לפרש חוזים צרכניים בהתאם לכללים הרגילים החלים ביחס לפרשנות חוזה, הלכה למעשה הכירה פסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים בהיבטים הייחודיים המאפיינים עסקאות צרכניות (לעומת עסקאות מסחריות), ובצורך לפרשן באופן שיספק מענה הולם להיבטים ייחודיים אלו. עמד על כך המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן בעניין צמח:

החוזה הצרכני מאופיין בכך שאחד הצדדים לו הוא צרכן, הרוכש נכס או שירות לשימוש שהוא פרטי-אישי בעיקרו, ממי שעוסק במכירת נכסים או במתן שירותים במהלך עיסוקו. זהו סוג החוזים הנפוץ ביותר, ומרבית החוזים הנכרתים נכנסים בגדר חוזים צרכניים (ואחידים). אף שמבחינה פורמלית, החוזה הצרכני הוא חוזה – אשר דיני החוזים חלים עליו – הרי שמקובל לראותו כחוזה בעל מאפיינים ייחודיים השונים באופן מהותי מדיני החוזים הרגילים. [...] בשל כך, בין היתר, הגישה הנוהגת במרבית המדינות המערביות היא כי הנחות היסוד של דיני החוזים אינן תואמות את החוזה הצרכני, וכי נדרשת מערכת דינים מיוחדת אשר תאזן את פערי הכוחות בין הצדדים ותבטיח חופש התקשרות ומפגש רצונות אמיתי בין הצרכן לבין העוסק (שם, בפסקה 31. ההפניות הושמטו – ע.ג.).

(ראו גם: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-160 (1998) (להלן: עניין מילגרומ); ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573, 607, 623 (2007); ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, פ"ד סג(3) 248, 258-265 (2009) (להלן: עניין בנק הפועלים); ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומניום בע"מ נ' "אריה" חברה לביטוח בע"מ, פסקה 27 (21.8.2013). גישה זו זכתה לתמיכה גם בספרות. ראו: ס' דויטש, דיני החוזים הצרכניים, בעמ' 185-179; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 561 (2001) (להלן: ברק, פרשנות החוזה); ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, בעמ' 431-442; א' דויטש, בעמ' 474-480).

37. אך לאחרונה הבעתי גם אני את עמדתי לפיה יש להעדיף גישה פלורליסטית, אשר תאפשר להתאים את כללי הפרשנות לקטגוריות מוגדרות של חוזים בהתאם לתכלית הפרשנית שאותה נרצה לקדם בכל סוג של התקשרות חוזית, ובכלל זאת לקטגוריה של חוזים צרכניים. כך, במסגרת חוות דעתי בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019) (להלן: עניין ביבי כבישים) ציינתי כדלקמן:

לשיטתי, דיני הפרשנות שראוי להפעיל ביחס לכל אחד מסוגי החוזים הללו אינם זהים. דהיינו, קיימים הבדלים משמעותיים בין דיני הפרשנות אותם יש להפעיל ביחס לחוזה עסקי, ביחס לחוזה הפרטי וביחס לחוזה הצרכני. הטעם לשונות זו הוא שבעיצוב דיני הפרשנות החוזיים עלינו לתת את הדעת לתכליות שונות אותן ברצוננו לקדם, וחיבותן היחסית של התכליות הללו משתנה בהתאם לסוג החוזה. [...]

דיני הפרשנות החוזיים מבקשים להגשים שלוש תכליות שונות: התכלית האחת צופה פני עבר, ועניינה בהגשמת רצון הצדדים בעת כריתת החוזה (להלן: "הגשמת רצון הצדדים"); התכלית השנייה צופה פני הווה, ועניינה במתן פרשנות שתכבד את ערכיה של שיטת המשפט, כגון חלוקה צודקת וראויה של התמורות החוזיות (להלן: "כיבוד ערכי השיטה"); התכלית השלישית צופה פני עתיד, והיא מבקשת לשכלל את הבסיס המשפטי ליצירת התקשרויות עתידיות, באמצעות יצירת מערכת כללים משפטיים יעילה המסייעת לצדדים לעשות שימוש במכשיר החוזי (להלן: "שכלול ההתקשרות החוזית"). [...]

ודוק, שלוש התכליות הללו רלוונטיות במידה מסוימת בכל סוג של חוזה, ואולם חשיבותן היחסית משתנה בהתאם לסוג החוזה בו עסקינן: [...] בחוזה הצרכני, כיבוד ערכי השיטה היא התכלית המקבלת מעמד מרכזי, וזאת בשל חוסר השוויון הקיים בין הצדדים, המעורר חשש לניצול לרעה של כללי הפרשנות החוזיים על ידי הצד החזק (העוסק) נגד הצד החלש (האדם הפרטי) (שם, בפסקאות 3-4 לחוות דעתי. ההדגשה הוספה – ע.ג.).

(להרחבה, ראו: עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 523 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021) (להלן: גרוסקופף ונפתלי בן ציון, תכליות דיני פרשנות החוזה). ראו גם את החלטתה של הנשיאה חיות בבקשה לדיון נוסף שהוגשה בעניין ביבי כבישים: דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 14 (19.4.2020)).

38. הנה כי כן, נראה כי לאורך השנים הולכת ורווחת התפיסה לפיה בבוא בית המשפט לפרש חוזים צרכניים, עליו לתת דעתו למאפיינים הייחודיים של התקשרויות צרכניות, ובראשם לחוסר השוויון המהותי המאפיין עסקאות מסוג זה, עליו עמדנו לעיל. ודוק, הואיל וחוזים מסוג זה לרוב אינם פרי של משא ומתן בין שני צדדים שווי מעמד וכוחות המבקשים להגשים מטרה משותפת, אלא תנאיהם מוכתבים לצרכנים על ידי העוסקים, בבואנו לפרשם יש להעניק מעמד מרכזי לתכלית האובייקטיבית של החוזה, קרי לאינטרסים המקובלים של עוסק הוגן וצרכן הוגן (ראו: ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 228 (1993); ע"א 5300/92 בנק לאומי לישראל נ' "אורות" מושב עובדים של עולי אמריקה להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד נא(5) 273, 287 (1997); עניין מילגרם, בעמ' 158-159; ע"א 4688/02 כהן נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נט(5) 26, 43 (2005); ע"א 8537/06 סויסה נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פסקה ב' לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין (3.2.2009); עניין בנק הפועלים, בעמ' 261; ע"א 1062/09 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' ד"ר בינר, פסקאות 12-13 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מרים נאור (27.3.2012); ע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום, פ"ד סו(2) 544, 569 (2013) (להלן: עניין דלק); רע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל, פסקאות 17-18 (3.1.2022). כן ראו: ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן, בעמ' 432; ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 557-561; גרוסקופף ונפתלי בן ציון, תכליות דיני פרשנות החוזה, בעמ' 538, 548-549). מקומה המרכזי של התכלית האובייקטיבית בפרשנות חוזים צרכניים משמעו גם מתן משקל נכבד לעקרון תום הלב, ולערכים החברתיים והמוסריים שאותם הוא מבטא, לרבות קידום ההגינות, היושר והאמון בין המתקשרים (גרוסקופף ונפתלי בן ציון, תכליות דיני פרשנות החוזה, בעמ' 533). עקרון זה משקף "תפיסה אובייקטיבית בדבר יחסים ראויים בין צדדים לחוזה הפועלים בהגינות להבטחת האינטרסים הנוגדים שלהם", וכך מביא לידי ביטוי את עקרונות היסוד של השיטה וערכיה הבסיסיים (ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 197-196, 222-223. ראו גם: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 661 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן, חוזים); אהרן ברק "הזכות החוקתית ודיני החוזים" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 173, 190-191 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021). על חובת תום הלב בהקשרים צרכניים, ראו: רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 168, 175 (1999); א' דויטש, בעמ' 129-130, 477; בכר, בעמ' 278 ו-309). לשון אחר, מאחר שבהתקשרויות צרכניות קיים קושי להתייחס לחוזה כאל מסמך המשקף את הרצון המשותף של שני הצדדים במועד ההתקשרות, "התכלית

העיקרית שלפיה ראוי לעצב את כללי פרשנות החוזים בהתקשרויות מסוג זה היא תכלית צופה פני הווה, המתמקדת בהשגת התוצאה ההוגנת והראויה בראי ערכי היסוד של שיטת המשפט (גרוסקופף ונפתלי בן ציון, תכליות דיני פרשנות החוזה, בעמ' 548-549. ההדגשה הוספה – ע.ג.).

על רקע דברים אלו, נעבור לבחון כיצד נכון לפרש את החוזה הצרכני במקרה שלפנינו, קרי את תנאי המבצעים בהם עסקינן, וכיצד יש ליישם ביחס ללקוחות הרוכשים מספר מוצרים העולה על המספר המינימלי הדרוש לצורך השתתפות במבצע.

יישום לענייננו – פרשנות תנאי המבצעים

39. כל אחד ממבצעי המכירות בהם עסקינן קובע תנאי סף להחלתו. תנאי סף אלה נקבעים על ידי העוסק כחלק מההצעה לציבור שהוא מפרסם (על הצעה לציבור, ראו: הסיפא של סעיף 2 לחוק החוזים, וכן: פרידמן וכהן, חוזים, בעמ' 186-187, 200-208). השליטה בתוכנם של תנאי מבצע המכירות, ובכללם תנאי הסף, מסורה לעוסק כחלק מחופש עיצוב ההצעה הנתון למציע (על חופש עיצוב ההצעה, ראו: עופר גרוסקופף "סיווג מסרים המוחלפים במהלך משא ומתן" עיוני משפט כב 745, 768-772 (1999)). תנאי הסף בסוג המבצעים בהם עסקינן מחייבים כי הלקוח ירכוש כמות מינימלית של מוצרים הנכללים במבצע על מנת להשתתף בו. במרבית המקרים, נדרש הלקוח לרכוש לפחות שני מוצרים מבין מלאי המוצרים הכלולים במבצע. לעיתים הוא נדרש לרכוש לפחות שלושה או ארבעה מוצרים כאמור. אין כמוכן מניעה להציע מבצע שיחייב רכישת מספר גבוה יותר של מוצרים הנכללים במבצע כתנאי סף (כגון "מוצר שביעי בחינם") – הכול לפי תנאי המבצע אותם קבע העוסק, ובהתאם לדפוס הרכישה אותו הוא מעוניין לקדם. ככלל, מבצעים מן הסוג בו עסקינן מבקשים לעודד דפוס של רכישת מספר מוצרים מאותו סוג, או מסוגים דומים, חלף הסתפקות במוצר בודד באותה רכישה. אין חולק כי לעוסק שמורה הפררוגטיבה לקבוע את תנאי הסף לתחולת המבצעים כרצונו, וכי לקוח שאינו עומד בתנאי המינימום שקבע העוסק, דהיינו רוכש פחות מוצרים הנכללים במבצע מן המינימום הנדרש לתחולתו, אינו זכאי ליהנות מהמבצע. עד כאן, אין חולק, ואין מחלוקת.

40. מצב הדברים בו עסקינן מתייחס ללקוח אשר לא רק עומד בתנאי הסף שקבע העוסק לתחולת המבצע, אלא רוכש מוצרים ביתר. דהיינו, המדובר במצב בו הלקוח לא מסתפק ברכישת הכמות המינימלית הדרושה להחלת המבצע, אלא רוכש מוצרים נוספים מהמלאי הכלול במבצע. פשיטא, כי לקוח כזה, אשר יכול להלך "לקוח הרוכש ביתר", זכאי ליהנות מהמבצע, שכן הוא עומד בתנאי הסף שהציב העוסק, ומגשים בכך את התכלית לשמה נקבע. ודוק, מבחינה עיונית, ובכפוף להבטחת מודעות הלקוח לדרישה, אין מניעה שעוסק יקבע כי מבצע מסוים יחול אך ורק ביחס ללקוחות הרוכשים בדיוק את מספר המוצרים הנדרש להחלת המבצע, קרי שהמבצע לא יחול כלל על לקוח הרוכש ביתר. כאמור, מבצע מכירות הוא הצעה לציבור, כך שהשליטה בתנאי המבצע נתונה

לעוסק וביכולתו להגדירם כרצונו. אפס, מבצעים הכוללים התניה שכזו אינם חזון נפרץ. הטעם לכך ברור – במקרה הרגיל, ועניינן של המשיבות בערעור בא בגדרו, העוסק מעוניין להרבות במכירות, ואין לו כל עניין לקנוס לקוח הרוכש ביתר, נהפוך הוא. גם על כך אין חולק, ואין מחלוקת.

הערה: לעיתים נקבעת בתנאי המבצע מגבלה לפיה הלקוח יכול ליהנות מהמבצע מספר מוגבל של פעמים (כך למשל, עוסק יכול להגביל את הלקוח לרכישת יחידה אחת בלבד של מוצר הנמכר במחיר מוזל). תכליתם של מבצעים מסוג זה היא לרוב מתן תמריץ ללקוח לפקוד את בית העסק, והם לא מיועדים, ככלל, לעודד רכישה של המוצר המוצע במחיר המוזל. ודוק, לא רק שהמבצעים בהם עסקינן אינם מסוג זה, אלא שגם במבצע שכזה לקוח הרוכש ביתר אינו ניזוק, במקרה הרגיל, בהשוואה ללקוח הרוכש את הכמות המינימלית הנדרשת, אלא כל שנמנע ממנו הוא לזכות בהטבה נוספת בגין הרכישה העודפת. לאמור, הוא יזכה בהטבה כמו כל לקוח העומד בתנאי המבצע, מבלי שיקבל יתרון נוסף בגין הרכישה ביתר (וביחס לדוגמה שהובאה לעיל, הוא יוכל לרכוש יחידה אחת של המוצר במחיר המוזל, ויידרש לשלם את המחיר המלא בעבור היחידות העודפות).

41. אם כן, המחלוקת היחידה שקיימת בענייננו היא כיצד יש להפעיל את המבצע ביחס ללקוח הרוכש ביתר – דהיינו, אילו מוצרים מביין אלה שרכש הלקוח יש לצרף יחד לצורך החלת המבצע. בחלק מהמקרים המוצרים שלא יצורפו ייוותרו מיותרים, ולא ניתן יהיה להחיל את המבצע כלל לגביהם (כך, למשל, כשהמבצע הוא "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", הרי שאם הלקוח רוכש שלושה מוצרים, המוצר שלא יצורף למבצע ייוותר לבדו, ולא ניתן יהיה להפעיל לגביו את המבצע); ואילו במקרים אחרים המוצרים שייותרו יעמדו גם הם בדרישות הסף להחלת המבצע, ועל כן, בהיעדר הגבלה למימוש המבצע, ניתן יהיה להחיל את המבצע פעם נוספת גם עליהם (כך, למשל, אם הלקוח רכש ארבעה מוצרים שכולם משתתפים במבצע "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", הרי שיוכל ליהנות מהמבצע גם ביחס לשני המוצרים שלא יצורפו בשלב הראשון, וזאת מאחר ששני המוצרים הנותרים עומדים גם הם בתנאי הסף להחלת המבצע). ואולם, בין כך ובין כך, כפי שהדוגמאות שהובאו בפסקה 5 לעיל מלמדות, לשאלה כיצד יבוצע צירוף המוצרים לצורך המבצע יש משמעות כספית. כך, למשל, בהנחה שהלקוח מעוניין לרכוש שלושה מוצרים המשתתפים במבצע מסוג "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", במחירים של 100 ש"ח, 70 ש"ח ו-40 ש"ח, השאלה היא האם לצורך החלת המבצע יצורפו שני המוצרים היקרים, כך שהלקוח ייהנה מהנחה של 70 ש"ח; או שחלף זאת יצורפו המוצר במחיר הנמוך יחד עם אחד המוצרים היקרים, כך שהלקוח יסתפק בהנחה של 40 ש"ח בלבד. אם הלקוח יוסיף מוצר רביעי, שמחירו 10 ש"ח, הרי שהשאלה היא האם תחילה יצורפו שני המוצרים היקרים, ואחר כך שני המוצרים הזולים, כך שהלקוח ייהנה מהנחה של 80 ש"ח (70 ש"ח בהחלה הראשונה של המבצע ו-10 ש"ח בהחלה השנייה של המבצע); או שתחילה יצוותו המוצר היקר ביותר והזול ביותר, ואחר כך שני המוצרים הנוספים, כך שהלקוח יסתפק בהנחה של 50 ש"ח בלבד (10 ש"ח בגין ההחלה הראשונה של המבצע

40-41 ש"ח בגין ההחלה השנייה של המבצע). הנה כי כן, "שאלת הצירוף" משליכה על כיסם של העוסק ושל הלקוח, שכן לפיה ייקבע מה יהיה גובה ההנחה שתינתן ללקוח הרוכש ביתר במסגרת המבצע.

במאמר מוסגר, יוער כי בצד דרכי הצירוף שתוארו לעיל, ניתן להעלות על הדעת גם שיטות צירוף אחרות, שיובילו לתוצאות ביניים. לדוגמה, ניתן לצרף מוצרים על פי סדר הצגתם לקופאי, באופן שבכל נקודת זמן בה עומד הלקוח בתנאי המבצע תוענק לו ההטבה. בשיטה זו, לקוח אשר יציג לקופאי את ארבעת המוצרים שתוארו לעיל בסדר מחירים של 100, 40, 70 ו-10 ש"ח, יקבל את ההנחה הנמוכה של 50 ש"ח; ואילו לקוח שיציג את המוצרים לקופאי בסדר מחירים של 10, 40, 100 ו-70 ש"ח, יקבל את ההנחה הגבוהה של 80 ש"ח. עוסק שיאמץ שיטה זו ימצא עצמו מעניק לחלק מהלקוחות את ההנחה הנמוכה (50 ש"ח) ולחלק מהלקוחות את ההנחה הגבוהה (80 ש"ח). בממוצע, בהנחה שהלקוחות אינם מודעים לשיטת הצירוף, ושהם מגישים את המוצרים לקופאי באופן אקראי, יזכה הלקוח בדוגמה זו בהנחה של 60 ש"ח (תחת הנחות אלה, ההסתברות ששני המוצרים היקרים יצורפו לאותו מבצע, כך שתינתן ההנחה המיטבית, היא 1 ל-3).

42. מהאמור עד כה ברור כי כאשר מדובר בלקוח הרוכש ביתר, השאלה כיצד יבוצע הצירוף היא שאלה מקדמית והכרחית לצורך יישום מבצע המכירות, וזאת בכל מקרה בו קיים שוני במחיר המוצרים הנרכשים. במילים אחרות, לא ניתן להימנע מהצגת "שאלת הצירוף" כשעסקינן בלקוח הרוכש ביתר, מאחר שהיא נדרשת כדי לקבוע לגבי אילו מוצרים יופעל המבצע ובאיזה סדר, וכנגזר מכך מהו גובה ההנחה שתינתן ללקוח על ידי העוסק. ממילא צודקים המערערים בטענתם כי כשמדובר בלקוח הרוכש ביתר, "שלב הצירוף" הוא שלב הכרחי ומקדים ל"שלב ההנחה".

43. בית המשפט קמא לא חלק על הצורך בביצוע "שלב הצירוף" כשמדובר בלקוח הרוכש ביתר, אולם סבר כי תנאי המבצע מספקים מענה לשאלה כיצד יש לבצע את הצירוף. כך, לגישתו, תנאי המבצע, כפי שנוסחו, תואמים בבירור את פרשנות המשיבות בערעור, לפיה במקרה של לקוח הרוכש ביתר, יש לצרף לצורך החלת המבצע את המוצרים הזולים, ולהעניק את ההטבה ביחס אליהם. עמדה זו, על שני רכיביה, אינה נראית לי נכונה. ראשית, תנאי המבצעים בהם עסקינן אינם כוללים התייחסות כלשהי לשאלת הצירוף. כך למשל, מבצע שלשוננו "אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", מניח כי לפנינו שני מוצרים המשויכים למבצע, וכי יש לבחור מביניהם את זה שלגביו תינתן ההנחה. אין בו כל התייחסות לשאלה כיצד יש לבחור מבין שלושה או יותר מוצרים שרוכש הלקוח את אלה אשר לגביהם יופעל המבצע. שנית, הפרשנות לפיה יש לבצע את הצירוף כך שההנחה תינתן ביחס למוצרים במחיר הנמוך ביותר, איננה תואמת אף את מנהגן של המשיבות בערעור, באשר הן הודו כי במקרים בהם הלקוח מבקש זאת, הן מאפשרות לו לצרף את המוצרים לצורך החלת המבצע כך שההנחה שיקבל תהיה מרבית. הוזה אומר, גם לגישת המשיבות בערעור, הכוח לבחור אילו מוצרים לצרף לצורך החלת

המבצע (להלן: כוח הצירוף) נתון בראש ובראשונה בידי הלקוח. עמדה זו נראית מתבקשת הן מתכלית המבצעים מהסוג בו עסקינן – לעודד רכישה של מספר רב ככל הניתן של מוצרים המשתתפים במבצע, והן מהעובדה שממילא הלקוח רשאי לפצל את הרכישה לשתי עסקאות (או יותר), באופן שיאפשר לו לבצע את הצירוף כרצונו. מכל מקום, טענתן של המשיבות בערעור אינה שכוח הצירוף אינו נתון תחילה ללקוח, אלא שככל שהלקוח נמנע מלהפעיל אותו, מסורה להן האפשרות לבצע את הצירוף כרצונו, ובכלל זה בדרך בה פעלו הלכה למעשה.

44. ויובהר – אין מניעה כי תנאי המבצע יכללו גם התייחסות לשאלה כיצד יבוצע "שלב הצירוף" ביחס ללקוח הרוכש ביתר. כך, למשל, ניתן לנסח את תנאי המבצע באופן הבא: "אחד פלוס אחד, הזול מבין כלל המוצרים שיירכשו על ידי הלקוח". ניסוח פשוט זה יגדיר את אופן ביצוע הצירוף, ואולם בד בבד גם יעמיד את הלקוח על כך שהוספת מוצר זול עלולה לפגוע בגובה ההנחה שתינתן לו, ואף עשוי לתמרץ לקוחות לפצל את הרכישה למספר עסקאות. מכל מקום, במבצעים שפרסמו המשיבות בערעור לא נקבעה כל הוראה המבהירה מהו האופן בו יבוצע הצירוף לצורך החלת המבצע ביחס ללקוח שרכש ביתר (נאמר "הזול מביניהם"; לא נאמר כיצד יקבעו המוצרים ש"מביניהם" יש לבחור את הזול ביותר). שאלה זו היא, אם כך, שאלה פרשנית, שלא ניתן למצוא לגביה תשובה בלשון מבצע המכירות.

45. כאמור, על אף שהדבר לא נכתב ב"רחל בתך הקטנה" בתנאי המבצע, המשיבות בערעור אינן חולקות, הלכה למעשה, על כך שכוח הצירוף מסור ללקוח בתחילה, דהיינו כי נתונה לו הזכות הראשונית להורות להן אילו מוצרים יצורפו לצורך המבצע, וכי ככל שעשה כן, עליהן לפעול על פי הנחייתו. השאלה הנשאלת היא מהו הדין במקרה בו הלקוח אינו מפעיל את כוח הצירוף – בידי מי נתון כוח הצירוף במקרה זה, וכיצד עליו להפעילו.

46. ככל שעסקינן בשאלה בידי מי נתון כוח הצירוף כאשר הלקוח נמנע מלהפעיל אותו, דומה כי התשובה מתבקשת, וספק אם גם היא שנויה במחלוקת: כוח הצירוף עובר לעוסק, שהרי לא ניתן לבצע את המכירה בתנאי המבצע ללא שיוכרע באיזה אופן יצורפו המוצרים לצורך החלת המבצע. על כך ניתן ללמוד גם מהסדרים קרובים, המתייחסים למצב בו כוח בחירה נתון בידי אחד הצדדים, והוא בוחר שלא להפעילו. כך, למשל סעיף 50 לחוק החוזים, שכותרתו "זקיפת תשלומים בחיובים אחדים", קובע כי "סכום שניתן לנושה שעה שהגיעו לו מן החייב חיובים אחדים, רשאי החייב, בעת התשלום, לציין את החיוב שלחשבונו ייזקף הסכום; לא עשה זאת, רשאי הנושה לעשות כן". על פי הוראה זו, כאשר חייב משלם סכום כסף לנושה אשר יש לו כלפיו מספר חיובים שונים, הזכות הראשונית לבחור בגין איזה חיוב ייזקף הסכום המשולם נתונה לחייב; ככל שהחייב לא עושה שימוש בזכות זו, היא עוברת לנושה אשר רשאי להחליט בעצמו בגין איזה חיוב ייזקף התשלום (ראו לעניין זה: ע"א 1805/20 Smart Trike MNF, PTE Ltd 1 ינובסקי, פסקאות 22-24 (1.8.2021) (להלן: עניין Smart Trike); אריאל פורת "זקיפת

תשלומים" דיני חיובים – חלק כללי 569, 579, 585 (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: פורת, זקיפת תשלומים)). הסדר דומה קבוע גם בסעיף 51(א) לחוק החוזים, שעניינו "בחירה בין חיובים חלופיים". סעיף זה מורה כי "בחיובים חלופיים רשאי החייב, בהודעה לנושה תוך תקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזו – תוך זמן סביר לפני המועד לקיום, לבחור את החיוב שיקיים; לא עשה זאת, רשאי הנושה, בהודעה לחייב, לבחור את החיוב". שוב, ההוראה מבהירה כי כוח הבחירה, הפעם בין חיובים חלופיים (כגון האפשרות לספק את הסחורה בתל אביב או בחיפה) נתון בידי אחד הצדדים (החייב), ואולם אם הוא נמנע מלהפעילו במועד, עובר כוח זה לצד שכנגד (הנושה). ומהתם להכא: כוח הצירוף מסור על פי פרשנותם הנכונה של תנאי המבצע ללקוח; ואולם, משנמנע הלקוח מלהפעיל כוח זה במועד, הוא עובר לעוסק, הנדרש לבצע את הצירוף כדי לאפשר את ביצוע העסקה.

47. צמצמנו, אם כך, את המחלוקת בין הצדדים. אין המחלוקת נוגעת לשאלה בידי מי נתון כוח הצירוף בראשונה, שהרי כל הצדדים מודים שבתנאי המבצעים בהם עסקינן, כוח זה נתון בידי הלקוח מלכתחילה. אף אין המחלוקת נוגעת לשאלה בידי מי נתון כוח הצירוף משנמנע הלקוח מלממשו, באשר אין ברירה אלא לקבוע שכוח זה עובר לעוסק, כדי שיהיה באפשרות הצדדים לבצע את העסקה, וכך גם נלמד מהוראות חוק העוסקות במצבים קרובים. מהי אם כך השאלה שנותרה במחלוקת? שאלה זו ממוקדת היא, ועניינה באופן בו על העוסק להפעיל את כוח הצירוף שעבר לידי – האם רשאי הוא לעשות כן בהתאם לדרך הרצויה מבחינתו, או שמא הוא מחויב לפעול בהתאם לדרך המשרתת את טובת הלקוח. ובלשון משפטית, האם עקרון תום הלב בקיום חוזה, שאין ספק כי הוא חל על העוסק מכוח סעיף 39 לחוק החוזים, מחייבו להפעיל את כוח הצירוף שעבר לידי לפי טובת הלקוח, או שהוא מאפשר לו לפעול לפי ראות עיניו.

48. לצורך מענה על שאלה זו, סבורני כי יש חשיבות לטיב העסקה, שהרי גם את חובת תום הלב בקיום חוזה יש לפרש בהקשר הספציפי בו היא נבחנת. אומנם, גם כאשר מדובר בעסקה חוזית בין צדדים שווים, עשויה להתעורר השאלה האם הפעלת כוח בחירה באופן שרירותי, הפוגע שלא לצורך בצד שכנגד, עלולה להוות התנהגות בחוסר תום לב (השוו עניין Smart Trike, בפסקה 25; פורת, זקיפת תשלומים, בעמ' 588, 609-610). ואולם, כאשר מדובר בעסקה צרכנית, כדוגמת אלה בהן עסקינן, הרי שעל אחת כמה וכמה התנהגות מעין זו עשויה לעלות כדי חוסר תום לב בקיום חוזה. לדידי, בכל הנוגע לעסקאות צרכניות מן הסוג בו עסקינן, יש לקבוע כי חובת תום הלב מחייבת את העוסק לפעול בהתאם לטובת הלקוח, וזאת באותן נסיבות בהן מחד גיסא בחירתו של הלקוח, לו היה נותן דעתו לעניין, ברורה מאליה; ומאידך גיסא, פעולה בהתאם לבחירתו הנחזית של הלקוח תואמת את תכלית העסקה הצרכנית (ובענייננו, את תכלית מבצעי המכירות). אבהיר את הדברים.

49. ייתכנו מצבים בהם עוסק איננו יודע כיצד הלקוח יפעיל את כוח הבחירה העומד לרשותו. כך, למשל, כאשר הלקוח רשאי לבחור בין מוצרים תחליפיים, או בין תכונות

חלופיות של מוצר, כדוגמת צבעו או גודלו, או בין תנאי עסקה שונים, כגון מקום אספקת המוצר או אופן פריסת התשלומים. במצבים אלה, העוסק עשוי לשאול את הלקוח מהי בחירתו, ויתכן שאף תוטל עליו חובה לעשות כן במקרים מסוימים. ואולם בהנחה שהלקוח איננו בוחר (בין אם מיוזמתו ובין אם לשאלת העוסק), וכוח הבחירה עובר לעוסק, הרי שהאחרון רשאי לבחור בין החלופות לפי הבנתו וכרצונו. זאת, שכן במצבים מעין אלו ממילא לא ניתן לדרוש מהעוסק לפעול בהכרח בהתאם להעדפתו של הלקוח, שהרי העדפתו אינה ברורה מאליה, ועשויה להשתנות בין לקוחות שונים, בעוד הלקוח לא פעל לממש את כוח הבחירה שהיה מסור בידיו. ענייננו שונה בתכלית. במצבים בהם עסקינן בערעור זה, בחירתו של הלקוח באיזה אופן יבוצע צירוף המוצרים לצורך החלת המבצע היא בחירה ברורה מאליה, שכן כל השלכתה היא על המחיר הכולל שהוא יידרש לשלם עבור סל המוצרים שרכש – הא ותו לא. בנסיבות אלה, ניתן לדעת בוודאות מה הייתה בחירת הלקוח לו היה נותן דעתו לעניין – הלקוח המיודע היה מצרף לצורך המבצע את המוצרים היקרים ביותר תחילה, על מנת לקבל את ההנחה המרבית ולשלם את המחיר הזול ביותר. כל בחירה אחרת אינה הגיונית מבחינת הלקוח, באשר היא מחייבת אותו לשלם מחיר גבוה יותר בעבור אותו סל מוצרים בדיוק. מכאן שבחירת הלקוח, לו היה נותן דעתו לעניין, אינה נסתרת מבחינת העוסק – אלא ברורה לו היטב.

50. וישאל השואל, למה בכל זאת חלק לא מבוטל מן הצרכנים נמנע מלממש את כוח הצירוף, באופן המביא למקסום תועלתם ממימוש המבצע? סבורני כי התשובה לכך נעוצה לרוב בפערים המובנים הקיימים בין הצדדים, אשר באים לידי ביטוי במספר אופנים טיפוסיים: ראשית, צרכנים עשויים שלא להיות מודעים כלל למשמעות הכלכלית של הבחירה בין חלופות הצירוף, ולמצער, למשמעות הכספית המלאה שיש לבחירה כזו או אחרת; שנית, אף צרכנים המודעים למשמעות של הבחירה בין חלופות צירוף שונות, עשויים לצאת מנקודת הנחה כי בדומה לעסקאות צרכניות אחרות, העוסק הוא שמכתיב את תנאי המימוש, בעוד שלהם אין כל יכולת להשפיע עליהם. משמעות הדברים היא שאפילו אם הצרכנים מודעים לאפשרות הבחירה, הם אינם מודעים לכך שזכות הבחירה הראשונה נתונה להם (ראו: עניין צמח, בפסקה 31; בכר, בעמ' 281; גרוסקופף ונפתלי בן ציון, תכליות דיני פרשנות החוזה, בעמ' 549). שלישית, ובקשר ישיר לאמור, מאחר שמדובר בחוזה צרכני אחיד, אשר לצרכן לכאורה אין כל אפשרות להשפיע על תוכנו, מניח הצרכן הטיפוסי כי העוסק נוהג כלפיו באופן הוגן, ומציע לו תנאים שווים לאלו שהוא מציע ללקוחות האחרים, וזאת מבלי שתידרש פעולה מיוחדת מצדו (ראו: ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 559; בכר, בעמ' 282). רביעית, תהליך קבלת ההחלטות של הצרכן עשוי להיות מושפע משיקולים חברתיים ומהטיות קוגניטיביות, אשר עשויים אף הם להניא אותו מלבחור באפשרות הממקסמת את תועלתו הכלכלית (ראו: בכר, בעמ' 286, 290. ראו גם: עניין דלק, בעמ' 571-572). כך, למשל, הצרכן עשוי להימנע ממימוש כוח הצירוף מתוך מחשבה שהדבר עלול להיתפס על ידי המוכר כהתנהגות קטנונית או לגרור תגובה שלילית מצדו, ואולי אף יחייב את הצרכן להתווכח עם המוכר או לפצל את הרכישה למספר עסקאות. מצב הדברים עלול להיות בעייתי אף יותר מבחינת הלקוח אם

יגלה כי הצירוף נעשה בדרך שאינה מיטיבה עמו רק לאחר שהמוכר ערך את התחשיב, שאז עמידת הלקוח על זכויותיו עלולה להאריך את זמן התשלום ולעכב את הלקוח ואת האנשים העומדים אחריו בתור (להרחבה, ראו: בכר, בעמ' 319-320).

51. הווה אומר, הצרכן הטיפוסי סובל מחולשות שונות המונעות ממנו לפעול למען מקסום תועלתו ממימוש המבצע באמצעות שימוש מושכל בכוח הצירוף, ומציבות אותו בעמדה נחותה אל מול העוסק. על כן, ככל שברצוננו להעניק לתנאי המבצעים משמעות המתיישבת עם תכליתו האובייקטיבית של המבצע בעת שהוצע, הרי שנדרשים אנו לפרש את תנאי ההתקשרות, ובכללם את חובת תום הלב המוטלת על העוסק, באופן שימנע את ניצולה של נחיתות זו על ידי העוסק, ויאפשר לכלל הצרכנים ליהנות מתנאי המימוש המיטביים, ללא תלות בכוח המיקוח שלהם או במאפיינים אישיים אחרים. לשון אחר, פרשנות תנאי המבצעים בכלל, וחובת תום הלב בהפעלת כוח הצירוף בפרט, מנקודת מבטם של עוסק וצרכן הוגנים, משמעה כי יש לנטרל את פערי הכוחות בין הצדדים, אשר הם שמונעים מהצרכן לעמוד על מימוש המבצע באופן שישיא את תועלתו (על אף שאפשרות זו קיימת), ולהביא לתוצאה אשר הייתה מתקבלת לולא היו קיימים פערים אלו. כמוסבר לעיל, מאחר שבהיעדר פערי הכוחות ברור מאליו כי כל הצרכנים היו מבקשים לממש את המבצע באופן שיניב להם את ההנחה המקסימלית (שכן לא קיים כל אינטרס כלכלי או אחר שלא לעשות כן), ברי כי יש לפרש את תנאי המבצעים כך שיתיישבו עם תוצאה זו. כך משמיע לנו עקרון תום הלב, האוסר על אדם לנצל באופן בלתי הוגן ובשרירות לב עמדת כוח הנתונה לו (ראו: א' דויטש, בעמ' 130). מכוח עקרון זה, מחויב העוסק – בהיותו מודע לכך שבהיעדר פערי הכוחות כל הצרכנים היו מממשים את המבצע באופן שיעניק להם את ההנחה המרבית – להבטיח כי כלל הצרכנים יזכו לתנאי מימוש אלו.

52. זאת ועוד. לעיתים יכול עוסק לטעון כי אין לחייבו לפעול על פי בחירתו המשווערת הידועה של הלקוח, מאחר שפעולה כזו עלולה לעמוד בסתירה לתכלית העסקית הלגיטימית המדריכה את העוסק. טלו, לדוגמה, את השאלה האם עוסק נדרש ליידע לקוח המעוניין ברכישת מוצר כי ניתן לקבל הנחה באמצעות הצגת קופון הניתן להשגה בנקל. יש להניח שהאינטרס של הלקוח הוא לדעת על מבצע מכירות זה, וייתכן כי עוסק הוגן אף ידאג ליידע את הלקוח על כך. ואולם, מבחינה משפטית, יש טעם בטענת העוסק כי יצירת חובה שכזו אינה רצויה, שכן היא עומדת בניגוד לתכלית העסקית המדריכה את העוסק בהציעו את הסדר ההנחה. ויובהר, תכליתו של הסדר ההנחה למציגי קופון מהסוג הנזכר היא להביא צרכנים שאינם מוכנים לשלם את המחיר המלא לרכוש את המוצר. תכלית התניית ההנחה בהצגת הקופון (להבדיל מהוזלת המחיר לכל הקונים) היא ליצור הבחנה בין לקוחות המוכנים לשלם את המחיר המלא (לגביהם אין לעוסק אינטרס לתת הנחה) לבין לקוחות שירכשו את המוצר רק במחיר המוזל (לגביהם יש אינטרס במתן ההנחה). ודוק, הסדר ההנחה למציגי קופון אינו יוצר הבחנה מושלמת בין הקבוצות (שכן ייתכן שגם לקוחות שהיו מוכנים לרכוש את המוצר במחירו המלא יתקלו

בקופון עובר לרכישה ויעשו בו שימוש), אך הוא מאפשר הבחנה חלקית ביניהם. הטלת חובת גילוי על העוסק מונעת באופן גורף את ביצוע ההבחנה האמורה, ומשמעותה היא שאין כל טעם בהסדר קופונים, אלא מוטב להזיל ולפרסם את ההזלה לכלל הציבור. על כן, יש טעם עסקי לגיטימי בכך שהעוסק נמנע מלגלות ללקוח על הסדר הנחה מסוג זה, וטעם זה עשוי להצדיק שלא להטיל עליו חובת גילוי, גם כשברור לעוסק כי כל לקוח היה מעוניין לדעת את המידע האמור.

53. מצב הדברים בענייננו שונה – לעוסק אין כל אינטרס עסקי לגיטימי מלכתחילה (להבדיל מאינטרס כספי שנוצר לאחר שהעסקה סוכמה) להפעיל את כוח הציורף באופן שאינו תואם את טובתו של הלקוח הרוכש ביתר. נהפוך הוא, לא רק שלעוסק אין אינטרס עסקי לגיטימי לשלול מלקוח הרוכש ביתר את ההנחה המיטבית, אלא שהאינטרס העסקי שלו הוא דווקא להעניק הטבה זו, וכך לעודד רכישת מוצרים נוספים מעבר למספר המינימלי הדרוש לצורך השתתפות במבצע. אם כן, מדוע בכל זאת העוסק אינו מעניק ללקוח את ההנחה המיטבית מיוזמתו? התשובה היא שבדיעבד (ex-post), לאחר שהלקוח הביע הסכמתו לעסקה אך בשל הטיות וחולשות נמנע מלעמוד על זכותו למקסם את ערכה בעבורו (בענייננו, על ידי שימוש מושכל בכוח הציורף), יש לעוסק אינטרס כספי להימנע ממתן ההנחה שהיה מעניק ברצון מלכתחילה (ex-ante). בכך נבדל המקרה בו עסקינן מהדוגמה שהובאה לעיל ביחס להנחה המותנית בהצגת קופון הניתן להשגה בנקל. בדוגמה האמורה, אינטרס העוסק, הן העסקי מלכתחילה והן הכספי בדיעבד, הוא להעניק את הטבה רק למי שהציג את הקופון מיוזמתו. לעומת זאת, בענייננו, העוסק מעוניין לתת ללקוח הרוכש ביתר את ההנחה המיטבית משיקולים עסקיים מלכתחילה, אך עלול להימנע מכך משיקולים כספיים בדיעבד. כך, בחירת העוסק שלא לפעול לפי בחירתו הידועה של הלקוח ביחס להפעלת כוח הציורף אינה נובעת משיקולים הנוגעים לתכליתו של מבצע המכירות ולאינטרס הלגיטימי העומד בבסיסו, אלא היא למעשה עומדת בניגוד להיגיון העסקי שביסוד ההתקשרות הצרכנית. ככזו, מוצדק וראוי למנוע אותה. זאת ניתן וצריך לעשות באמצעות שימוש בעקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים.

54. יובהר, אין הכוונה להטיל על העוסק מכוח עקרון תום הלב חובה להתעלם מהאינטרס הכלכלי שלו ולהעדיף את האינטרסים של הלקוח. ואולם, בהנחה שהעוסק בחר להציע ללקוחותיו הסדר מסוים, בעל תכלית מוגדרת הלוקחת בחשבון הן את אינטרס העוסק והן את אינטרס הצרכן הרלוונטיים לאותו הסדר, אין מקום להתיר לעוסק בעת יישום ההסדר לעשות שימוש ביתרון הניתן לו (כאשר הלקוח לא מבצע בחירה) על מנת להגדיל את חלקו בעסקה על חשבון הלקוח, באופן שמשנה מאיזון האינטרסים שנקבע מלכתחילה.

55. למען הסר ספק, יובהר כי קביעות אלו נכונות לא רק ביחס למצב הדברים הספציפי המתקיים בענייננו, אלא גם במצבים צרכניים דומים, דהיינו במצבים בהם מתקיימים המאפיינים הבאים: (1) הכוח לבחור בין מספר חלופות נתון מלכתחילה

ללקוח; (2) הלקוח אינו עושה שימוש בכוח זה, והוא עובר מכוח הדין לעוסק; (3) העוסק יודע בוודאות מה הייתה בחירתו של הלקוח לו היה נותן דעתו לעניין; (4) אין הצדקה עסקית הנעוצה בתכלית ההסדר הצרכני להורות אחרת. בהתקיים כל אלה, על הספק לבצע את הבחירה באופן בו היה הלקוח בוחר, וזאת מכוח עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים.

56. אדגים: קיימים מקרים בהם לקוח מבצע הזמנה של חבילת פריטים הכוללת בתוכה כמות מוגדרת מפריט מסוים, ובוחר להזמין כמות גדולה יותר של אותו פריט מזו הכלולה בחבילה. במצבים אלו יידרש הלקוח לשלם הן את מחירה הכולל של החבילה והן תוספת בעבור הפריטים שהזמין ביתר. כך, למשל, כשלקוח מזמין ארוחה הכוללת כוס שתיה אחת, אך בוחר להזמין שתי כוסות שתיה, יהיה עליו לשלם על אחת מהן בנפרד (בנוסף למחיר הארוחה); או כשרוכש דירה משלם מראש בעבור התקנה של חמש נקודות חשמל בדירה, אולם מבקש שיותקנו בעבורו שבע נקודות חשמל, כך שעל שתיים מהן הוא נדרש לשלם תוספת. במקרים אלו, ככל שמחירם של כל המוצרים או השירותים שהזמין הלקוח זהה, אין קושי. ואולם, ככל שהם נבדלים במחירם, מתעוררת השאלה מי מהמוצרים ייחשב ככזה הנכלל בחבילה הכוללת (קרי שמחירו כבר מגולם בתוכה), ומי ייחשב כתוספת המחייבת בתשלום נוסף. פשיטא, כי הצרכן יהיה מעוניין לכלול בחבילה את המוצרים היקרים יותר מאלה שהזמין, ובהיעדר הסדר נוגד, יש להניח כי גם עומד לו הכוח להורות כן באופן שיחייב את העוסק. ואולם, מהו הדין במקרה בו הלקוח אינו מפעיל את כוח הבחירה הנתון בידי – האם רשאי העוסק לנהוג כרצונו, ולראות את הלקוח כמי שבחר לכלול בחבילה דווקא את המוצרים או השירותים הזולים, ועל כן חייב בתשלום נוסף בעבור המוצרים היקרים? סבורני כי הניתוח לעיל מחייב את העמדה המשפטית לפיה, כל עוד הדבר אינו עומד בסתירה לתכליתה של הצעת החבילה הכוללת, על העוסק לנהוג לפי בחירתו המשווערת הברורה של הלקוח – קרי, לכלול בחבילה את המוצרים או השירותים היקרים יותר, ולחייב את הלקוח בתשלום נוסף רק בעבור המוצרים או השירותים הזולים יותר שהזמין ביתר. ודוק, המקרה דומה, ואולי אף בא בגדר, סעיף 52 לחוק החוזים, שעניינו "בחירה בין חיובים חלופיים" (ראו פסקה 46 לעיל). החלת סעיף זה על סוג המקרים שתואר לעיל מביאה למסקנה כי בהיעדר הסדר מיוחד, ללקוח נתון הכוח לבחור בגין איזה מוצר עליו לשלם בנפרד (שכן המוצרים שיצורפו לחבילה הכוללת מגולמים במחירה, ולא חלה לגביהם חובת תשלום נפרדת). אם עשה כן, על העוסק לכבד את בחירתו. אם נמנע מכך, כוח הבחירה עובר לעוסק, ואולם עליו להפעילו בתום לב. משמעות הדבר היא שכאשר בחירת הלקוח ברורה מאלה, ואין תכלית עסקית המצדיקה לאפשר לעוסק לפעול אחרת, על העוסק לפעול לפי האפשרות בה היה בוחר הלקוח. כך, מכל מקום, כאשר מדובר בהקשרים צרכניים, כפי הנזכר בדוגמאות לעיל.

57. לבסוף, יצוין כי אחת מן הטענות העיקריות שמעלות המשיבות בערעור היא כי פרשנות תנאי המבצעים בהתאם לדרך המוצעת על ידי המערערים צפויה להפוך את

הנהגת המבצעים ללא כדאית עבורן ולגרום להן להפסדים. טענה זו – אשר לא הובאו כל ראיות ממשיות להוכחתה – אין בה כדי לשנות את התוצאה אליה הגעתי. זאת, שכן חזקה על המשיבות, אשר להן השליטה הבלעדית על נוסחם של המבצעים, כי לו אכן היה בכך כדי לגרום להן להפסדים, הן היו מנסחות את תנאי המבצעים בצורה ברורה, אשר אינה מותירה כל מקום לספק בדבר אופן הפעלת המבצע (וראו פסקה 44 לעיל). משלא עשו כן, ובהיעדר מניעה לעשות כן, הרי שעקרון תום הלב מחייב למנוע מהן לנצל את חולשות והטיות הצרכנים, ולגרוע מהם את מלוא ההטבה הטמונה במבצעים – הטבה אשר על פי תכלית המבצע ראוי שייהנו ממנה.

58. סיכומו של דבר, סבורני כי יש לפרש את תנאי המבצעים מהסוג בהם עסקינן בהתאם לפרשנות המוצעת על ידי המערערים – דהיינו, כך שבמצבים בהם מספר המוצרים הנרכש עולה על הכמות המינימלית הדרושה לשם החלת המבצע, וקיימת שונות בין מחיריהם של המוצרים, עקרון תום הלב מחייב את המשיבות בערעור לצרף לצורך החלת המבצע תחילה את המוצרים היקרים יותר, כך שההנחה המוצעת במבצע תהיה ההנחה המרבית האפשרית. כך למשל, ככל שמדובר במבצע "השני בחצי מחיר, הזול מביניהם", והצרכן מעוניין לרכוש ארבעה מוצרים המשתתפים במבצע שמחיריהם 80 ש"ח, 60 ש"ח, 40 ש"ח ו-20 ש"ח, יצורפו תחילה שני המוצרים היקרים ביותר (המוצר שמחירו 80 ש"ח יחד עם המוצר שמחירו 60 ש"ח) ולאחר מכן יצורפו שני המוצרים האחרים (המוצר שמחירו 40 ש"ח יחד עם המוצר שמחירו 20 ש"ח), והנחה של 50% תינתן על המוצר הזול בכל זוג (קרי, על המוצר שמחירו 60 ש"ח ועל המוצר שמחירו 20 ש"ח).

59. במאמר מוסגר, יוער כי אף אם בעבר ייתכן שיישום המבצעים באופן האמור היה כרוך בקשיים תפעוליים כאלה ואחרים, בין היתר בשל הצורך להנחות את הקופאים בסניפים לפעול כאמור ולפקח עליהם; כיום, כאשר רובם המוחלט של העוסקים מנהלים את עסקיהם באמצעות מערכות ממוחשבות, כל שדרוש הוא ביצוע התאמה פשוטה במערכות המחשוב של העוסק, אשר תבטיח את הענקת ההנחה המקסימלית לצרכן. מכל מקום, המשיבות בערעור לא הציגו קושי יישומי מסוג זה.

60. הנה כי כן, ככל שהמשיבות בערעור נהגו באופן שאינו מתיישב עם הפרשנות האמורה, הרי שהן הפעילו את כוח הציורף בחוסר תום לב וחייבו את הצרכנים בתשלום עודף שלא כדין. מסקנה זו מובילה לקביעה כי המערערים עמדו בהצלחה בנטל המוטל עליהם, והוכיחו לא רק כי קיימת שאלה משפטית המשותפת לכלל חברי הקבוצה, אלא גם כי שאלה זו צריכה להיות מוכרעת לטובת הקבוצה.

61. אשר ליתר התנאים הדרושים לאישור תובענה כייצוגית בהתאם לסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, מצאתי לקבוע כי גם הם מתקיימים במקרה שלפנינו. זאת בהינתן השיקולים הבאים: עסקינן בהתקשרויות צרכניות רחבות היקף אשר תנאיהן

אחידים ביחס לכלל הצרכנים; השאלה המרכזית המתעוררת היא שאלה משפטית בדבר אופן פרשנותם ויישומם של הסדרים אחידים; הפגיעה לה גרמו המשיבות בערעור בשל האופן בו יישמו תנאים אלו מתפזרת על פני מספר רב של צרכנים, אשר לא קיים ביניהם כל שוני רלוונטי – בהתחשב בכל אלה, ברי כי מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. כך גם, התרשמתי כי מתקיימים התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות, קרי כי קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

סוף דבר

62. לו תישמע דעתי, נורה על קבלת הערעור ביחס למשיבות 1-3 ונאשר את ניהולן של התובענה הייצוגית נגדן בתנאים המפורטים להלן:

(-) חברי הקבוצה: כל הלקוחות שרכשו אצל מי מהמשיבות 1-3 מוצרים אשר נכללו במבצעי הנחות ביחס למוצר הזול מבין מספר מוצרים ("אחד פלוס אחד, הזול מביניהם", "השני בחצי מחיר, הזול מביניהם", "מוצר שלישי בחינם, הזול מביניהם" וכיו"ב), ולא קיבלו את ההנחה המקסימלית האפשרית בשל שיטת הצירוף בה נקטו המשיבות, וזאת בתקופה שתחילתה שבע שנים לפני מועד הגשת התביעה (דהיינו משנת 2006 ואילך).

(-) עילות התביעה שהתובענה הייצוגית מאושרת בגינה: חוסר תום לב בקיום חוזה לפי סעיף 39 לחוק החוזים.

(-) הסעד הנתבע: פיצוי בגין ההפרש שבין ההנחה המרבית שיכול היה הלקוח לקבל בהתאם למבצע שבתנאיו עמד לבין ההנחה שקיבל בפועל במסגרת אותו מבצע בשל שיטת הצירוף בה נקטו המשיבות 1-3.

(-) התובעים המייצגים: גב' מיכל ראובן (נגד סופר דוש), מר גרגורי פאוסט קורצ'מני (נגד טיב טעם) ומר איתמר מירון (נגד חצי חינם).

(-) באי הכוח המייצגים: עו"ד יצחק מירון, עו"ד אלעד אלעזר ועו"ד עדיאל דהן.

63. באי הכוח המייצגים יפרסמו הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. ההודעה תכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות וכן הבהרה על זכותו של כל חבר קבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות. ההודעה תפורסם בשלושה מחמשת העיתונים היומיים הגדולים בישראל, לפי בחירת באי הכוח המייצגים. נוסח ההודעה יתואם בין באי כוח הצדדים ויובא לאישור בית המשפט המחוזי מרכז בלוד תוך 14 יום ממועד מתן

פסק דין זה. גודל ההודעה יתואם בין באי הכוח המייצגים לבאי כוח המשיבות בערעור, ובלבד שגודל האותיות לא יפחת מהאמור בתקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ה-1995. המשיבות 1-3 תישאנה יחד ולחוד, ובחלקים שווים ביניהן, בעלויות פרסום ההודעה.

64. המזכירות תעביר עותק של פסק דין זה למנהל בתי המשפט כדי שיעדכן את פנקס התובענות הייצוגיות.

65. לבסוף, אציע לחבריי כי בהתאם לסמכותנו לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, נפסוק לבאי הכוח המייצגים שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב זה, וזאת בסכום כולל של 150,000 ש"ח, בו תישאנה המשיבות 1-3 יחד ולחוד, ובחלקים שווים ביניהן (50,000 ש"ח כל אחת). כן אציע כי ההוצאות שנפסקו לטובת המשיבות 1-3 בבית המשפט המחוזי יבוטלו.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

הפרשנות של מבצעי המכירות אינה פשוטה בעיניי, אך כפי שהבהיר חברי, השופט ע' גרוסקופף, משהתברר כי העוסק מכבד את כוח הצירוף של לקוח שהשכיל להציג בקופה את המוצרים בסדר המיטיב עמו, הרי שהשאלה שלפנינו מצטמצמת רק למצב שבו הלקוח לא הפעיל את כוח הצירוף. במצב דברים זה, אני מצטרף לדברי חברי כי חל על העוסק עקרון תום הלב בקיום חוזה.

לדידי, "שתיקתו" של העוסק במקרה כזה אף מגעת כדי הטעייה מכוח חובת הגילוי הכללית בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), המגדיר "הטעייה – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלות". הטעייה יכולה אפוא להיות גם בדרך של מחדל, של אי גילוי עובדה מסוימת. אכן, הכלל הוא שאין מחייבים צד לחוזה לפעול כנגד האינטרס העסקי שלו. ברם, לנוכח האופי הצרכני המובהק של המבצע, ניתן היה לצפות כי העוסק, שהמידע הרלוונטי הוא ברשותו ויש לו יתרון ברור בהשגתו, יפנה תשומת ליבו של הלקוח שכל אשר עליו לעשות הוא "הושט היד וגע במ", קרי, לסדר את המוצרים בסדר הנכון לפני הבאתם לקופאי. סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן) קובע חובה כללית של איסור הטעייה, לצד רשימה לא סגורה של עניינים מהותיים: "לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך

אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה...". המחיר האפקטיבי של מבצע מכירות, הוא ללא ספק עניין מהותי.

אי גילוי במקרה מעין זה, הוא זדוני ומכוון, לא בעניין שולי, ולאור אופי המידע, האופי הצרכני של ההסכם ויחסי הכוחות בין הצדדים – חלה חובת גילוי על העוסק. ברגיל, התרופה להטעיה מכוח הפרה של חובת הגילוי הכללית היא ביטול, בעוד שענייננו באכיפה של ההנחה או בפיצוי בגין אי מתן ההנחה. סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן קובע כי דין מעשה או מחדל של הטעייה הוא "כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]" וסעיף 31א לחוק אף מאפשר פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק (פיצויים לדוגמה). מכאן, שאיני רואה מניעה לחייב את המשיבות 1-3 גם מכוח עילת ההטעייה בחוק הגנת הצרכן.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, י"ד באייר התשפ"ב (15.5.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט
