

- המבקשים:**
1. **יפת דרור, ת.ז. 57408395**
מרחוב משה דיין 26, תל אביב
 2. **יפת איתן, ת.ז. 54493655**
מרחוב מחנה יוסף 8, תל אביב
 3. **יפת עליזה, ת.ז. 057203507**
מרחוב רמב"ם 11, בת ים
 4. **סופה הסעות וטיולים בע"מ, ח.פ. 51-1625949**
מרחוב חרוץ 6, תל אביב 67060
- ע"י ב"כ עוה"ד יצחק אבירם (16689) ו/או נועם שכנר ואח'י.
י. אבירם ושות', עורכי דין
מבית עוז, רח' אבא הלל סילבר 14, רמת גן 52506
טל': 03-6110505 פקס: 03-7522095

- נגד -

- המשיבות:**
1. **פלאפון תקשורת בע"מ, 51-1076572**
יצחק רבין 33, גבעתיים 61620
 2. **פרטנר תקשורת בע"מ, ח.צ. 52-0044314**
רח' עמל 8, אזור תעשייה אפק, ראש העין 48103
 3. **סלקום ישראל בע"מ, ח.צ. 51-1930125**
רח' הגביש 10, ת.ד. 4060 נתניה 42140

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

המבקשים מתכבדים להגיש בזאת בקשה לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן, "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק").

הדיון בתובענה זו מתמקד בגביית תשלום במסגרת מסלולי "חוו"ל מוזל" בגין שיחות טלפון מחו"ל שלא התממשו, בניגוד לדיון ובניגוד לחוזה בין הצדדים.

לבקשה ולכתב התביעה מצורף כרך נספחים המסומנים באותיות. ההדגשות בציטוטים השונים המופיעים בבקשה הוספו כולן, אלא אם נאמר אחרת. כן מצורפת אסמכתא שלא פורסמה.

ואלו נימוקי הבקשה:

תוכן עניינים

- חלק א' - מבוא 4
- חלק ב' - אודות המשיבות, הרשיון והשוק הרלוונטי 6
1. אודות המשיבות והרשיון שלהן 6
- 1(א) - מימוש ההתקשרות 7
- 1(ב) - קיומה של שיחה בפועל 8
- 1(ג) - אמינות השירות ואמינות החשבון לתשלום 8
2. אודות השוק הרלוונטי וההכנסות מדמי נדידה 9
- 2(א) - חלוקת השוק בין המשיבות 9
- 2(ב) - שירותי הנדידה 10
3. אודות שירותי "חוו"ל חסכון" שמציעות המשיבות 16
- 3(א) - סלקום - "חוו"ל מוזל" 16
- 3(ב) - אורנג' - "חסכון עולמי" 17
- 3(ג) - פלאפון - "פלאפון חוו"ל חיסכון" 19
4. לשון ההסכם בנוגע לשימוש בחוו"ל 20
- חלק ג' - אודות המבקשים והנזקים 22
1. היריבות בין הצדדים 22
2. אודות המבקש 1 והחיובים שנגבו שלא כדין 22
3. אודות המבקש 2 והחיובים שנגבו שלא כדין 24
4. הבנת המבקשים 1-2 כי מדובר בעניין משותף ללקוחות רבים 25
5. אודות המבקשת 3 והחיובים שנגבו שלא כדין 25
6. אודות המבקשת 4 והחיובים שנגבו ממנה שלא כדין 27
7. חיובים אחרים שגובות המשיבות (כדין) 28
8. הנסיבות המעידות כי מדובר בשיטה שנקטה כלפי מנויים רבים 28
- חלק ד' - תמצית עילות התביעה 30
- חלק ה' - עילות התביעה הנוגעות לחיוב היתר 33
1. פעולות בניגוד לרשיון 33
2. הפרת חוזה והנזק 'עקב ההפרה' 33
3. חוסר תום לב בקיום החוזה 34
4. גזל לפי דיני הנזיקין 35
5. עשיית עושר ולא במשפט 35
- חלק ו' - עילות התביעה הנוגעות להסתרה של החיוב 36
1. חוסר תום לב במו"מ לכריתת חוזה ובקיום החוזה 36
2. אי גילוי לצרכן בניגוד לסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן 37
- 2(א) - מהותה של עוולת אי הגילוי לפי חוק הגנת הצרכן 37
- 2(ב) - תוצאת אי הגילוי - אנלוגיה לעוולות גזל ושליחת יד 39
3. הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן 41
- 3(א) - עוולת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן - כללי 41

- 42.....31(ב) - ההטעיה במקרה דנן.....
- 46..... 41. תרמית לפי דיני הנזיקין.....
- 46..... חלק ז' - סוגיית הקשר הסיבתי.....**
- 46..... 1. באילו עוולות ולגבי אילו סעדים נדרש להוכיח קשר סיבתי.....
- 47..... 2. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות החוזיות.....
- 47..... 3. אין צורך בהוכחת קשר סיבתי בעוולת אי גילוי או לגבי הפרה של הרשיון.....
- 50..... 4. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות הגזל ועשיית העושר.....
- 50..... 5. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות ההטעיה והתרמית.....
- 50..... 51(א) - חזקת ההטעיה.....
- 52..... 51(ב) - גם אם אין להחיל חזקת הטעיה, הרי שנתקיים קשר סיבתי.....
- 53..... 51(ג) - קשר סיבתי מצומצם בנוגע למתכונת ההתקשרות ולא לעצם ההתקשרות.....
- 54..... חלק ח' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית.....**
- 54..... 1ח. הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק.....
- 54..... 11(א) - מהו הנטל המוטל על התובע.....
- 56..... 1ח(ב) - קיומה של קבוצה.....
- 56..... 1ח(ג) - הערכת הנזק למבקשים ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה.....
- 59..... 2ח. התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית.....
- 59..... תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט.....
- 59..... (א) השאלות המשותפות.....
- 60..... (ב) הסעדים המשותפים.....
- 62..... (ג) סוגיית זהות הנזק.....
- 63..... (ד) אין צורך להידרש לנסיבות הפרטניות של כל הסכם וכל מנוי.....
- 63..... תנאי 2 - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה.....
- 63..... תנאי 3 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת.....
- 64..... תנאי 4 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.....
- 64..... 3ח. לסיכום עניין אישור התובענה כייצוגית.....
- 65..... חלק ט' - סעדים וסיכום.....**

חלק א' - מבוא

1. התובענה והבקשה מתמקדות בחיוב המנויים של חברות הסלולאר המשיבות שלא כדין ובניגוד להסכם, בגין שיחות בינלאומיות עלומות במסלולי CALLBACK המכונים מסלול "חו"ל מוזל" או "חו"ל חסכון" או "חסכון עולמי".

השיחות הן "עלומות" במובן זה שאין בפירוט השיחות כל מספר המזהה לאן בוצעה ה"שיחה", דבר מלמד כי הלקוח כלל לא קושר ליעד כלשהו. השיחות הן "עלומות" במובן שהן לא התקיימו ולכן אין להם כל אזכור אמיתי בדמות מספר טלפון של היעד.

2. למעשה, אין המדובר כלל ב"שיחה" במובנה הרגיל או הרגולטורי, שהרי המשיבות גובות ממנויי הסלולאר כספים בגין שיחות שלא התממשו ו/או לא הושלמו. צד נסתר זה של החיוב, שאינו ידוע למנויים, מאפשר למשיבות להתעשר על חשבון מנוייהן, בלא ידיעתם ובלא הסכמתם, תוך חיוב המנויים בחיובי יתר.

חיובים אלו נגבים שלא כדין.

3. חברי הקבוצה בעניינה מוגשת תובענה ייצוגית זו (להלן גם, "המנויים" או "הלקוחות") הינם מאות אלפי לקוחות המשתמשים בתוכניות "חסכון" לשיחות בחו"ל אצל המשיבות, להלן: "תוכניות חו"ל מוזל".

4. מדובר במסלול שנועד לחסוך למנוי כסף: במקום לבצע שיחה מחו"ל לישראל, מתבצעת שיחת CALLBACK. כלומר, נוצרת שיחה מישראל אל המנוי, ואז המנוי משלם תעריף מופחת, משום שהוא קיבל שיחה. כך למשל מתארת המשיבה 2 (להלן, "אורנג'") את השירות:

"השימוש בשירות הוא פשוט ונוח.

כאשר ברצונך לצלצל לארץ:

- הקש את הקוד *00*
- הקש את המספר אליו אתה רוצה להתקשר כולל קידומת (לדוגמא - 0541234567)
- הקש #
- הקש על מקש החיוג
- תוך מספר שניות תתקשר אליך המערכת ותקושר אל היעד המבוקש"

5. אצל המשיבות האחרות המנגנון שונה במעט, אך העקרון דומה:

א. בשלב הראשון - הלקוח יוזם את ההתקשרות מחו"ל לארץ;

ב. בשלב השני - הוא מקבל שיחה מן המערכת;

ג. בשלב השלישי - לאחר שהוא לכאורה מחובר למערכת - מקושר הלקוח אל המספר המבוקש בארץ.

הבעיה מתעוררת במעבר בין השלב השני לשלישי. כפי שמתברר שהלקוחות מחויבים גם על שיחות שלא הושלמו אל היעד אליו ביקש הלקוח להיות מקושר.

6. ודוק: יש להבחין בין שני היבטים של מנגנון חו"ל מוזל:

א. מתי מתחיל החיוב: האם מתחילים לחייב את הלקוח החל מן השלב השני (בו חוזרת המערכת אל הלקוח) או שמא רק החל מן השלב השלישי (בו מקושר הלקוח אל המספר אליו ביקש להיות מקושר).

ב. באילו מקרים יש חיוב: האם מחייבים את הלקוח (מן השלב השני או השלב השלישי כאמור לעיל) בכל מקרה, בין שנוצרה "שיחה" בינו לבין היעד ובין שלא? או שמא יש לחייב את

הלקוח רק אם אכן נוצרה "שיחה"? ואם כן, מה היא אותה "שיחה" - האם צליל כלשהו אל היעד או שמא רק "שיחה" במובן הרגיל של המילה - בין הלקוח לאדם או למשיבון ביעד.

7. המשיבות מחייבות את הלקוחות בגין זמן אוויר החל מן השלב השני, עת המערכת חוזרת אל הלקוח. אלא שהחויב יתבצע גם אם לא יתממש השלב השלישי: מסתבר כי המשיבות מחייבות את הלקוחות בכל מקרה, גם אם לא נוצרת כלל 'שיחה', תהא אשר תהא משמעות הביטוי. כלומר, המשיבות מחייבות את הלקוח גם כאשר יש צליל "תפוס" (אין מענה), גם כאשר יש צליל חיוג ואין מענה שיוצר "שיחה", וגם אם אין כל צליל (היינו, יש שקט בקו).

8. רוב הלקוחות אינם יודעים כלל כי כך הם מחוייבים. הם אינם מבינים ואינם יודעים כי הם מחוייבים בגין שיחה שניסו לבצע אך לא הצליחו. רק אם מבקש הלקוח תדפיס שיחות הוא יגלה בו רשומות של השיחות הכוללים את מספרי היעד אליו חייג באמצעות "חו"ל מוזל", ואת משך השיחה. לצד אלו, יגלה הלקוח רשומות עלומות, של שיחות חסרות זיהוי, היינו רשומות של 'שיחות' בהן לא ידוע כלל מהו היעד אליו נתבצע חיוג (אם בכלל). גם בגין שיחות עלומות אלו ישנו פירוט של 'משך השיחה' ועלותה.

מתברר כי הסכום הכללי לחיוב כולל גם חיובים אלו! זאת למרות שברור ששיחה לא התקיימה.

כך למשל נראית הרשומה של השיחה העלומה בפירוט השיחות של פלאפון, המשיבה 1 (המפורט להלן נסרק מתוך פירוט השיחות של המבקש 1):

5.460	2:00	חו"ל חסכו	039320727	אנגליה וצפ אירל	20:07:14	ג	17/07/07
2.730	1:00	חו"ל חסכו		אנגליה וצפ אירל	06:48:58	ד	18/07/07

בשורה הראשונה רואים כי הלקוח חייג אל מספר, במסגרת חו"ל חסכון, משך השיחה היה 2:00 דקות (או כך לפחות הלקוח מחוייב), והעלות היתה 5.46 ש"ח.

בשורה השנייה, בה חוייב הלקוח בגין 1 דקה בעלות של 2.730 ש"ח, אין כל פירוט של המספר.

זהו החיוב בגין "שיחה עלומה" בו עוסקת התובענה.

וכך נראות השיחות העלומות בפירוט השיחות של המבקשת 3 ברשת אורנג', המשיבה 2:

	0.897	1.793	0.000	0:00:30	0:00:24	orange	חיסכון עולמי ספרד	19:24:00	28/06/2007
	0.897	1.793	0.000	0:00:30	0:00:24	orange	חיסכון עולמי ספרד	19:29:45	28/06/2007
	7.173	4.304	0.000	0:01:40	0:01:38	orange	חיסכון עולמי ספרד	19:57:36	28/06/2007
ללא חיוב	0.000	0.000	0.000	0:00:00	0:01:14	0	0505237614	19:57:59	28/06/2007

בשורה השלישית והרביעית מצוין כי הלקוח חייג, במסגרת "חסכון עולמי" אל מספר בישראל (0505237614). הלקוח מחוייב רק ברשומה השלישית בסך של 7.173 ש"ח, ואילו ברשומה הרביעית מצויין מהו המספר אליו קושר הלקוח. כלומר, כל שיחה אמורה להיות מיוצגת בשתי רשומות (אחת ללא חיוב).

לעומת זאת, בשורה הראשונה והשנייה רואים כי הלקוח חוייב במסגרת "חסכון עולמי", פעמיים בהן משך הזמן לחיוב היה 30 שניות. ברם לגבי שתי שורות אלו אין כל ציון (רשומה נפרדת כמו רשומה בשורה הרביעית) של המספר אליו קושר הלקוח. בכל מקרה, הלקוח חוייב ב- 0.897 ש"ח בשתי הרשומות הללו, שלא ברור כלל איזו "שיחה" אם בכלל הן מייצגות. אלו הם החיובים בהן עוסקת התובענה.

9. עצם העובדה כי הרשומות הן עלומות וחסרות זיהוי, מוכיחה כי במחשבים של המשיבות, באותה 'מערכת', לא בוצעה כל שיחה. שאם לא כן, היה לה תיעוד מלא.

10. המבקשים טוענים כי גם אם למשיבות יש זכות לחייב את הלקוחות החל מן השלב השני (התקשרות המערכת חזרה אל הלקוח בחו"ל), הרי זכות זאת לחיוב עומדת רק אם נוצר קשר אל היעזר הסופי של השיחה.

הרי הלקוח מצפה לשלם, ומסכים לשלם, והרשיון של המשיבות מתיר להן לחייב את הלקוח, רק עבור "שיחה". לא "חצי שיחה", לא "אופציה לשיחה" ולא "כמעט שיחה".

11. מאחר שמדובר בחיובים יקרים (מספר ש"ח לדקה), מסתכמים הדברים לכל לקוח שחוה את הבעיה בעשרות או מאות ש"ח. הנזק המשוער שגרמו המשיבות למיליוני מנויים עומד בהערכה ראשונית על כ- 50 מיליון ש"ח.

12. לפיכך יתבקש בית המשפט, להורות על אישור התובענה כייצוגית, להורות על השבה של הכספים שנגבו מהמנויים שלא כדין, וליתן סעדים נוספים שיפורטו להלן.

13. בחלק הבא נפרט אודות המשיבות ואודות שירות 'חו"ל מוזל'. לאחר מכן נתייחס לעניינם הפרטני של המבקשים. בהמשך נידרש אל עילות התביעה השונות, ולאחר מכן לתנאים לאישור התובענה כייצוגית.

חלק ב' - אודות המשיבות, הרשיון והשוק הרלוונטי

ב.1. אודות המשיבות והרשיון שלהן

14. המשיבות הינן חברות למתן שירותי "רדיו טלפון נייד" ("רט"ן") בהתאם לרישיון משרד התקשורת.

15. ככל שידוע למבקשים, לכל משיבה מיליוני מנויים. למען הנוחות, יכוננו להלן המשיבות כדלקמן:

א. המשיבה 1 - "פלאפון";

ב. המשיבה 2 - "אורנג' או "פרטנר";

ג. המשיבה 3 - "סלקום".

16. המשיבות חייבות לפעול לפי רישיון משרד התקשורת. הרישיון אינו מתיר למשיבות לגבות תשלום בגין שיחות שלא התקיימו.

17. הרשיונות שנתן משרד התקשורת למשיבות זהים לענייננו. למען הנוחות נפרט את הדברים מתוך הרשיון של סלקום, המשיבה 3. מדובר ב"רשיון כללי לסלקום ישראל בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן) נוסח משולב נכון ליום ו' אלול התשס"ז [20 באוגוסט 2007]". רשיון זה של סלקום ומקביליו של המשיבות האחרות יכונה להלן - "הרשיון" (יצוין כי מספור הסעיפים ברשיון של פלאפון שונה במעט).

נספח א < מצ"ב תדפיס עמודי תוכן העניינים, ההגדרות, פרק ו' והתוספת הראשונה ברישיון סלקום

נספח ב < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים ברישיון אורנג'

נספח ג < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים ברישיון פלאפון

18א) - מימוש ההתקשרות

18. הרשיון של המשיבות מתיר להן לגבות תשלום רק מרגע "מימוש ההתקשרות". סעיף 74 לרשיון קובע באילו מקרים רשאיות המשיבות לגבות תשלום:

"74. סוגי תשלומים

בעל הרשיון רשאי לגבות ממנוייו תשלומים עבור שירותי רט"ן, כלהלן:

(א) דמי התקנה חד פעמיים בעד חיבור ציוד קצה נייד או נישא, שברשות המנוי אל מערכת הרט"ן, כולל הנפקת כרטיס חכם (SIM) למנוי או דמי רישום חד פעמיים (להלן- דמי חיבור);

(ב) תשלום קבוע;

(ג) **תשלום עבור זמן אויר כמפורט בסעיף 75.10;**

(ד) תשלום עבור השלמת שיחה כמפורט בסעיף 75 א;

(ה) תשלום בעד שירותים בסיסיים, שירותים נלווים ושירותי ערך מוסף, המפורטים בתוספת הראשונה לרשיון.

19. כלומר, מותר לגבות תשלום עבור זמן אויר רק בכפוף למפורט בס' 75.10 לרשיון. סעיף 75.10(ג) לרשיון המשיבות 2 ו-3 וסעיף 74.10 לרשיון המשיבה 1, שהם בעלי תוכן זהה, קובעים כדלקמן:

"משך זמן השיחה לצורך התשלום הוא מעיתוי מימוש ההתקשרות בין המנוי שיזם את ההתקשרות (להלן - המנוי הקורא) לבין המנוי מקבל השיחה, ועד לעיתוי הפסקת השיחה, שהוא העיתוי בו נתקבלה הוראת הפסקת ההתקשרות בין המנוי הקורא או המנוי מקבל שיחה; משך זמן הקמת הקשר, עד לעיתוי מימוש ההתקשרות, ומשך זמן הניתוק, מרגע קבלת הוראת הפסקת ההתקשרות ועד למימושה בפועל, אינו כלול במניין משך זמן השיחה."

20. ניתן לזקק שתי אקסיומות מן הסעיף הזה:

א. ניתן לחייב את הלקוח רק מעיתוי מימוש ההתקשרות בין המנוי שיזם את ההתקשרות (להלן - המנוי הקורא) לבין המנוי מקבל השיחה, ועד לעיתוי הפסקת השיחה. כלומר עצם החיוב מותנה ב"שיחה". היה ולא נוצרה שיחה - אין ניתן לגבות דבר.

ב. בכל מקרה, "משך זמן הקמת הקשר, עד לעיתוי מימוש ההתקשרות...אינו כלול במניין משך זמן השיחה". ללמדנו, שבכל מקרה, "המונה אינו דופק" כל עוד לא נוצר קשר, גם אם נוצר קשר.

21. יטען הטוען (וחזקה על המשיבות שיטענו) כי בשיחת 'חוו"ל מוזל' מתחילה השיחה עם התקשרות המערכת אל הלקוח (השלב השני שתואר במבוא), ועל כן הן רשאיות לחייב את הלקוח מרגע שהוא ענה לשיחה החוזרת. הרי לכאורה למשיבות מותר לגבות תשלום בגין "שירות נלווה" בהתאם לסעיף 74(ה) לרשיון שצוטט לעיל, המפנה אל התוספת הראשונה לרשיון, אשר מונה גם את "שירותי נדידה ROAMING - מאפשר קבלה הוצאה וחסימה של שיחות בחו"ל".

גם אם נכון הדבר, הרי שאין בכך משום היתר לגבות את התשלום אם השיחה לא הושלמה ליעדה:

א. ראשית, אם השיחה לא הושלמה ליעדה (ולא נקלט במערכת של המשיבות כל מספר של היעד) הרי שלא נתקיים "מימוש ההתקשרות". הרי השיחה החוזרת מן המערכת אינה המטרה, אלא אמצעי ל"מימוש ההתקשרות".

ב. שנית, פרשנות לפיה ניתן לגבות דמי נדידה גם אין מימוש של ההתקשרות אינה מתיישבת עם לשון ההוראה בדבר הפסקת השיחה: "ועד לעיתוי הפסקת השיחה, שהוא העיתוי בו נתקבלה הוראת הפסקת ההתקשרות בין המנוי הקורא או המנוי מקבל שיחה". הרי לנסיון שיחה שלא צלח אין "הוראת הפסקת התקשרות".

ג. שלישית, אפילו ההגדרה של שירות נדידה בתוספת הראשונה כרוכה בקיומה של "שיחה", שהרי ההגדרה נוקטת בלשון "מאפשר קבלה הוצאה וחסומה של שיחות בחו"ל". לא ינסיון לשיחות' ולא יחצי שיחות'.

ד. ובכל מקרה, שירותי הנדידה הם בגדר "שירות נלווה". הם חייבים להיות נלווים לשיחה שהתמשה.

ב1(ב) - קיומה של שיחה בפועל

22. סעיף נוסף המלמד כי למשיבות אסור לגבות תשלום בגין שיחה שלא הושלמה הוא סעיף 75.8 לרישיון, האוסר לגבות תשלום בגין שיחה לא יזומה. מסעיף זה ברור כי הרישיון מתיר למשיבות לגבות תשלום רק בגין "שיחה", מונח המחייב חיבור בין הלקוח ליעד.

23. סעיף 75.8 קובע כדלקמן:

"(א) בעל הרישיון אינו רשאי לגבות ממנוי תשלום עבור שיחה כאשר יוזמת ההתקשרות לא נעשית על ידי המנוי (להלן - שיחה לא יזומה).

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי בעל הרישיון לגבות ממנוי תשלום עבור שיחה לא יזומה במקרים הבאים:

(1) השיחה מועברת למנוי באמצעות שירות נדידה;

(2) שיחת גוביינא לה ניתנה הסכמת המנוי;

(3) שיחה שנוצרה על ידי חיוג מספר שירות בקוד גישה 1-800, אשר הוקצה למנוי על-פי הסכם עמו;

(4) חלקו של המנוי בשיחה שנוצרה על ידי חיוג מספר שירות בקוד גישה 1-700 (חיוב מפוצל), אשר הוקצה למנוי על-פי הסכם עמו".

24. בין שנראה את מנגנון "חו"ל מוזל" כמנגנון של "שיחת גוביינא" (ס"ק ב(2)), או כשיחה עם קוד גישה 1-800 (ס"ק ב(3)), ובין שמדובר ב"שירותי נדידה" (ס"ק ב(1)) - בכל מקרה, הסעיף עוסק ב"שיחה". לא ב"נסיון לשיחה", לא ב"אופציה לשיחה", לא ב"כמעט שיחה" ולא ב"חצי שיחה".

ועל כן, בכל מקרה, מתחייב קיומה של "שיחה מועברת" (ס"ק ב(1)) או "שיחה שנוצרה" (ס"ק ב(3)) או "שיחת גוביינא לה ניתנה הסכמה" (ס"ק ב(2)).

25. המפורט לעיל ממחיש כי גם אם מותר למשיבות לגבות כסף בגין "שירות נדידה", הרי שגבייה זו מותרת רק אם ישנה "שיחה מועברת" (ס' 75.8(ב)(1) לרישיון). משמעות הדבר הינה שהדרך הראויה לפעול באמצעות מנגנון חו"ל מוזל היא שהמערכת של המשיבות תתקשר אל היעד בישראל, ורק לאחר מכן תחזור המערכת אל המנוי בחו"ל, תעביר לו את "השיחה", ותוצר אותה "שיחה מועברת" בה נוקב הרישיון כתנאי לגביית תשלום בגין "שיחה לא יזומה".

ב1(ג) - אמינות השירות ואמינות החשבון לתשלום

26. הרישיון מחייב כי החיוב של הלקוח יהיה אמין ומדויק (ר' ס' 67.1 לרישיון). אמין ומדויק יכול להיות רק חיוב בגין שיחות שבוצעו ולא בגין שיחות שלא בוצעו. בנוסף, המשיבות חייבות לאחוז באמצעים ובכלים לאספקת חשבון מפורט ומדויק בהתאם לתקן ישראלי (ר' ס' 67.4 לרישיון). העובדה שאין הן מסוגלות להצביע על מספר הטלפון אליו קוימה השיחה מוכיחה כי מדובר בשיחה שלא התקיימה, ולכן אין הן יכולות לחייב בגינה.

27. משמעות נוספת היא ראייתית ודיונית: המערכת חייבת לתעד את כל השיחות כולל שגיאות, כך שהמשיבות חייבות לזכות בגין שיחות שלא התקיימו ויכולות לעשות כן בזכות המסמכים ומאגר הנתונים המצוי בידן, כך שניתן לנהל בעניין זה תביעה ייצוגית כנגדן ללא כל קושי.

ב2. אודות השוק הרלוונטי וההכנסות מדמי נדידה

ב2א) - חלוקת השוק בין המשיבות

28. כל הפרטים בפרק זה נלמדים מן הדוחות הכספיים השנתיים שהציגו פלאפון (במסגרת הדו"ח של חברת האם שלה בזק) וסלקום. המבקשים אינם מצהירים על עובדות אלו מידיעתם האישית, והמשיבות לא יכפרו בעובדות שהצהירו למשקיעים ולרשות לניירות ערך. נפנה להלן לשני מסמכים:

א. הדוח השנתי של בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ לשנת 2007, בעמודים הרלוונטיים לחברת הבת פלאפון ("דו"ח שנתי פלאפון").

נספח ד < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מן הדו"ח השנתי של פלאפון (בזק)

ב. הדו"ח השנתי (F-20) של סלקום לשנת 2007, כפי שהוגש ל- SEC בארה"ב ולרשות לניירות ערך בישראל (סלקום נסחרת ברישום דואלי בישראל וארה"ב) (להלן, "דו"ח שנתי סלקום").

נספח ה < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מן הדו"ח השנתי של סלקום לשנת 2007

29. בשנת 2006 גלגל שוק התקשורת בישראל כ- 27 מיליארד ש"ח, מהם כמחצית בשוק הסלולאר (ר' עמ' 26 לדו"ח שנתי סלקום - נספח ה):

"The size of Israeli **telecommunications services revenues in 2006 was approximately NIS 27 billion** and telecommunications spending was approximately 4.4% of GDP, higher than in developed economies such as the European Union and the United States. Telecommunications services consist of several segments, which, except for landline services, are highly competitive. We estimate that, of the total telecommunications services revenues in 2006, **approximately 50% was comprised of cellular services**, approximately 29% was local landline voice and Internet access services, approximately 7% was international voice services, approximately 12% was multichannel television services, and approximately 2% was Network Termination Point."

30. בישראל ישנם כ- 9 מיליון מנויי טלפון סלולארי, שיעור חדירה המגלם 124% מן האוכלוסיה (ר' עמ' 27 לדו"ח שנתי סלקום - נספח ה). מעמ' 27 ו- 69 לדו"ח שנתי סלקום ועמ' 58 לדוח שנתי פלאפון (נספח ז) עולים הנתונים הבאים בדבר חלוקת השוק בין המשיבות ומספר המנויים:

א. סלקום - 34.4%, שהם כ- 2.956 מיליון לקוחות;

ב. אורנג' (פרטנר) - 31.9%;

ג. פלאפון - 29.3%, שהם 2.662 מיליוני לקוחות.

ד. מירס - 4.4%;

31. **ההכנסות של המשיבות נמדדות במיליארדים**, ורווחיהן במאות מיליוני ש"ח. מעמ' 58 לדוח פלאפון ועמ' 69 לדוח סלקום (נספח ה) עולים הפרטים הבאים לגבי שנת 2007:

סלקום	פלאפון	
6,050	4,684	הכנסות, במיליוני ש"ח
1,341	805	רווח תפעולי (EBIT) במיליוני ש"ח
2,115	1,283	רווח תפעולי לפני פחת והפחתות EBITDA, במיליוני ש"ח

32. נתון מעניין קרוי באותיות ARPU - Average Monthly Revenue Per Subscriber - הכנסה החודשית הממוצעת למנוי. סלקום מציינת (נספח ה) בעמ' 69 כי עבורה ה- ARPU עמד בשנים 2005 - 2007 על 149-151 ש"ח (כל חודשי). פלאפון מציינת (עמ' 58 לדוח שלה) כי בשנים 2006 ו- 2007 עמד ה ARPU אצלה על 138 ו- 131 ש"ח בהתאמה. מיד נבין את אחת הסיבות לפער בין סלקום לפלאפון.

2ב) - שירותי הנדידה

33. המשיבות צפויות לטעון כי קבלת השיחה מן "המערכת" אל הלקוח מחייבת שימוש בשירותי נדידה, המכונים ROAMING.

34. "שירותי נדידה" מוגדרים ברישיון של המשיבות כך (ר' עמ' 6):

"שירות רט"ן הניתן בחו"ל ובשטחי השליטה האזרחית של המועצה הפלשתינית באמצעות מערכת רט"ן של מפעיל רט"ן זר (להלן – מפעיל זר), כאשר המנוי משלם בעד השירות לבעל הרשיון; ובאופן דומה – שירות רט"ן הניתן בישראל באמצעות מערכת הרט"ן של בעל הרשיון, כאשר בעל הרשיון נותן שירות למפעיל זר עבור מנויו של אותו מפעיל;..."

35. כלומר, ישנם שני סוגים של "שירותי נדידה":

א. **outbound roaming** - לקוחות של המשיבות המשתמשים במכשירים על רשתות זרות בחו"ל.

ב. **inbound roaming** - לקוחות של מפעילים זרים, המשתמשים ברשתות של המשיבות בישראל.

או כפי שהגדירה זאת סלקום בדו"ח השנתי שלה (נספח ה, עמ' 33-34):

"We also offer both an outbound roaming service to our subscribers when traveling outside of Israel and an inbound roaming to visitors to Israel who can "roam" into our network. Roaming allows cellular subscribers, while using their own cell phone number (and handset, in most cases) and being billed by their provider, to place and receive calls and text messages while in the coverage area of a network to which they do not subscribe...Roaming is an increasingly important revenue stream to us due to the large inbound tourism industry in Israel and extensive overseas travel by Israelis".

36. היקף ההכנסות מדמי נדידה: מעמ' 71 לדוח שנתי סלקום (נספח ה) עולה כי הכנסות סלקום מ- ROAMING בשנת 2007 עמדו על 424 מיליון ש"ח. כמפורט שם, לגידול בהכנסות משירותי נדידה היתה תרומה לגידול הכללי בהכנסות. סלקום מייחסת לתחום חשיבות רבה בעתיד (ר' למשל בעמ' 32 לדוח שנתי סלקום - נספח ה):

"Grow roaming revenues. We have experienced steady growth in roaming revenues since 2003 and believe that **roaming presents an important source of future revenue and profit growth for us.** As of December 31, 2007, we have GSM roaming agreements with 499 operators in 171 countries, of which 84 operators in 38 countries are also 3G operators, and we aim to increase our number of relationships. In particular, we intend to pursue additional agreements with 3G operators, allowing our and their subscribers to benefit from advanced content and data services when traveling"

37. המובאה דלעיל מלמדת כי סלקום (וכמוה גם המשיבות האחרות) קשורה עם מאות ספקי סלולאר בעולם בהסכמים גנריים המכונים roaming agreements. שלוש המשיבות חברות בארגון גג הקרוי - GSM Association (GSMA), שהוא ארגון המאגד כ- 700 ספקים בעולם.

נספח 1 < מצ"ב תדפיס עמודים רלוונטיים מן האתר של GSM Association, לרבות העמוד המתעד את החברות של המשיבות.

38. ה-GSMA מסביר באתר שלו אודות שירותי הנדידה, לרבות לגבי אופן החיוב של הלקוח:

How do I get billed for making and receiving calls?

When you use your phone while roaming (both making and receiving calls), the visited operator will keep a record of your calls. It will send these records, along with the corresponding charges, to your home operator.

Your home operator will aggregate these call charges, and reflect them in your next bill. All charges will appear in your home currency - your home operator will convert the foreign operator charges for you automatically.

It can take some time for the call charges to be sent to your home operator by the visited operator."

39. ה-GSMA הינו ארגון רב כוח שמסייע לחברים בו מול הרגולטורים (בארצות או ביבשות). לאחרונה החלה הנציבות האירופית לטפל בתעריפי הנדידה באירופה (הדבר נזכר בדו"ח השנתי של סלקום). במסגרת מה שהוא מכנה "GSMA's lobbying campaign on the regulation", פירסם GSMA מצגת קצרה הממחישה את היקף ההכנסות והרווח של המפעילים משירותי נדידה. הארגון בו חברות המשיבות מסביר כי הלקוחות באירופה חויבו בסך מצטבר של 5 מיליארד אירו בשנת 2005 בגין שירותי נדידה. ואפילו ארגון זה, הפועל למען ספקי הסלולאר ובהן המשיבות, לא מצליח להכחיש כי רוב ההכנסות הללו (5 מיליארד יורו) הן רווח נקי:

Q: Is it true that this is nearly all profit?

A: No, the GSMA has estimated that the annual gross contribution from roaming services within the EU is 4.5 billion euros, but this is not a profit figure. It does not take into account mobile operators' fixed costs, such as network infrastructure, sales and marketing, distribution and license fees, or the cost of originating or terminating a roaming call on the operator's own network. Profit margins for individual call types, such as roaming, should be calculated using a cost allocation system, which accounts for the fixed costs".

נספח 2 < מצ"ב תדפיס מצגת מן האתר של GSM Association, לרבות העמוד ממנו ישנה הפניה למצגת

40. ייתכן שישנה עלות מסוימת לשיחה במסגרת "חול מוזל" - the cost or originating or terminating a roaming call on the operator's own network. אולם גם מן ההכחשה הפתלתלה של הארגון בו חברות המשיבות, אין הכחשה כי קיים רווח. כל שיש היא הכחשה כי כל ההכנסה כולה היא רווח. משמעות הדברים הינה כי חלק ניכר מן ההכנסות של המפעילים משירותי נדידה הוא רווח. המבקשים יטענו כי כל עשייה של רווח משירותי נדידה, בגין נדידה שלא נתממשה לשיחה, מהווה עשיית עושר ולא במשפט ו/או גזל, וזאת מעבר להיותה הפרה של הרשיון והפרה של ההסכם עם הלקוחות.

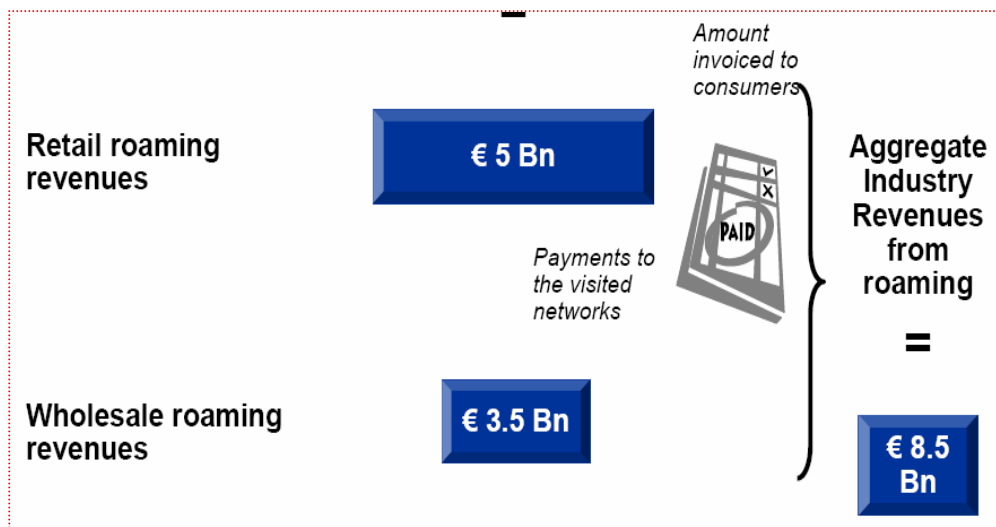
אם יכחישו המשיבות את עצם העובדה כי הן עושות רווח משירותי נדידה, גם כאשר לא נתממשה כל שיחה, הן מצופות לתמוך תגובתן בחוות דעת של רואי-החשבון החתומים על הדוחות הכספיים בהם מוסבר כי שירותי הנדידה הם מוקד הכנסה ורווח - roaming presents an important source of future revenue and profit growth for us.

41. כאמור, סוגיית ההכנסות של ספקי הסלולר מדמי נדידה מעסיקה את הרגולטורים כמו גם את הספקים באירופה. ביום 12/3/2008 נתפרסמו מסקנות "הועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל" ("ועדת גרונאו") אשר הקים משרד התקשורת. מדו"ח הוועדה (רי עמ' 97) ניתן ללמוד את מתח הרווחים העצום של המשיבות בתחום ROAMING ה :

"במערך התעריפים של חברות הטלפוניה הניידת נותרה קבוצת תעריפים נוספת שמחייבת התערבות רגולטורית - תעריפי שיחה בחו"ל (roaming). מחיר שיחה מחו"ל באמצעות מכשיר נייד של חברה ישראלית גבוה באופן משמעותי מסכום המחירים של שיחה מקומית בחו"ל בתוספת תעריף השלמת שיחה בארץ. פער המחירים הוא כה גדול עד שחברות מקומיות פיתחו שירות "היפוך שיחות" כדי להוזיל את השיחה. המחיר הגבוה לשירותי ה"נדידה" (roaming) אינו חריג בנוף הבינלאומי. המחירים הגבוהים הביאו להתערבות הרגולטור האירופי שקבע שבשיחות בין מדינות האיחוד האירופי לא יעלה המחיר הסיטונאי שגובה החברה המקומית על 30 יורוסנט לדקת שיחה, והמחיר הקמעונאי לא יעלה על 50 יורוסנט. מאחר וישראל אינה חברה באיחוד הוראות אלה לא חלות עליה. נסיונות משרד התקשורת להחיל הוראות אלו גם על שיחות לישראל לא צלחו, והמשרד מנסה לקדם את הנושא מול המדינות החברות בארגון באופן פרטני."

נספח ת < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מדוח ועדת גרונאו

42. דו"ח גרונאו התייחס ל"מחיר סיטונאי" ו"מחיר קמעונאי". **בנספח ז** מסביר ה- GSMA את המונחים הללו :



Q: The GSMA has estimated EU roaming revenues in 2005 were 8.5 billion euros. What does this figure include?

A: This figure includes two sources of revenue for operators from roaming calls in the EU25:

- the amount which operators invoice to their own customers after they use their mobile abroad ("retail"); and
- the amount which they receive from foreign operators' whose customers roam onto their networks ("wholesale or inter-operator").

Adding up all the revenues listed under "roaming" in European operators' financial statements will give you a) plus b), which we estimate was 8.5 billion euros in 2005. One might consider this "double counting", but it is in fact standard accounting procedure".

Q: How does the 5 billion euro figure fit with this?

A: The 5 billion euro figure is purely the amount invoiced to customers (point a in the first answer above), i.e. it is the value of the retail market, excluding the wholesale payments which operators make to each other to compensate for their customers using foreign networks. When calculating how much consumers and business travellers would save under various proposals, this is the right baseline number".

43. **הדברים הללו מלמדים כי גבייה של עשרות יורוסנט לכל זקה מביאה לחברות הסלולר באירופה רווח.** בשלב דיוני מקדמי-לכאורי זה, עלינו להניח כי כך הם הדברים גם אצל ספקיות הרט"ן בישראל, היינו אצל המשיבות. אם המחיר הקימאונאי המקסימלי הוא בסדר גודל של עשרות יורוסנט (כ-2 ש"ח), ניתן לומר בוודאות כי כל אגורה שגובות חברות הסלולר מעבר לסכום הינה רווח. הרי חברות הסלולר לא היו מתנדבות לחתום על עוד ועוד הסכמי ROAMING שגורמים להן הפסדים.

44. בכל מקרה, הדעת נותנת כי המחיר הסיטונאי שגובים הספקים בחו"ל מן המשיבות, הינו בסדר גודל כ- 30 יורוסנט. הכחשה של המשיבות בנקודה זו מחייבת אותן לגלות, בתצהיר מסודר הנתמך בכל הסכמי ה-ROAMING, את דמי הנדידה הסיטונאיים שנגבים מהן.

כל עוד לא הוצהר על ידי המשיבות אחרת, ובשלב דיוני מקדמי זה, אין אלא להסיק כי כל אגורה שגבו המשיבות מעבר ל- 30 יורוסנט לכל זקת שיחה (כ- 1.5 ש"ח) היא בגדר רווח.

45. נדבך ראייתי נוסף המאשש את טענת המבקשים כי העלות של המשיבות לכל שיחה במסגרת מנגנון CALLBACK "חו"ל חסכון" נמוכה משני ש"ח לדקה, נלמד בעיצומה של הכנת התביעה והבקשה לאישור, לפני פסח תשס"ח (אפריל 2008). המשיבה 3 סלקום פצחה במבצע הבא:

The advertisement features a purple header with navigation links: "חוו"ל מוזל", "תעריפון סלקום בחו"ל", "מידע כללי", and "שרותי ערך מוסף". Below the header is a sub-header: "מבצע חוו"ל מוזל • חוו"ל מוזל • איך משתמשים בשירות • טיפים". The main text reads: "רק 2 דקות לדקת שיחה מכל מקום באירופה! למדברים לישראל בשירות חוו"ל מוזל מהיום ובמהלך הפסח וגם 4 דקות בלבד לדקת שיחה בשירות חוו"ל מוזל מארה"ב ותאילנד לישראל". Below this are three buttons: "לרשימת המדינות והמפעילים <<", "להצטרפות לשירות", and "איך משתמשים בשירות". At the bottom, it says "לפרטים חייגו 00* מהסלקום".

46. ואכן, השוואה של תעריפי השיחה מלפני ואחרי תחילת המבצע מלמדת כי התעריפים לשירות חו"ל מוזל אכן ירדו (לפחות לפי המצג של סלקום). כך למשל, התעריף לשירות באיטליה/ סן מרינו היה 6.49 ש"ח לדקה. בעת המבצע הוא ירד ל- 2 ש"ח לדקה.

נספח ט < מצ"ב תדפיס הפרסום באתר של סלקום

נספח י < מצ"ב תעריפון סלקום לאיטליה – לפני מבצע פסח תשס"ח

נספח יא < מצ"ב תעריפון סלקום לאיטליה – במסגרת מבצע פסח תשס"ח

47. במקביל, יצאה גם אורנג' ב"מבצע חסכון עולמי" - מתקשרים לארץ מכל מקום בעולם דרך חסכון עולמי ומשלמים רק 2 ש"ח לדקה". מכל מקום בעולם!

נספח יב < מצ"ב תדפיס הפרסום באתר של אורנג'

48. עמי העולם, כידוע, לא חוגגים את פסח, ולבטח לא החליטו לחלק ללקוחות סלקום ואורנג' דמי אפיקומן. כל הספקים הזרים עימם חתמה סלקום על הסכמי ROAMING לא בחרו לעשות מבצע לסלקום ואורנג' לקראת הפסח בגלל אהבת ישראל. סביר יותר כי המחיר בין סלקום/ אורנג' לספקים הזרים נשאר זהה, וסלקום/אורנג' הן שנתנו את ההנחה ללקוחות שלהן. מאחר שבגופים למטרת רווח עסקי, לא תישמע טענה כי סלקום או אורנג' מפסידות מן המבצע. הרי סלקום לא פרסמה דוח מידי למשקיעים שלה המתריע מפני הפסדים צפויים ברבעון הנוכחי בשל מאות אלפי ישראלים שינצלו את המבצע.

סלקום ואורנג' מרוויחות משירות "חו"ל מוזל" גם אם הן גובות מן הלקוחות רק 2 ש"ח לדקה.

49. לאור נתונים אלו, לא יוכלו המשיבות לטעון כי על הצרכן לשלם את מלוא תעריף דמי הנדידה, גם אם לא נתממשה השיחה. גם אם יטענו המשיבות כי הן נושאות בעלות כלשהי במסגרת שיחת ה-CALLBACK (ויתמכו בתצהיר ובמסמכים את הטענה), לא יהיה חולק כי חלק עצום מן המחיר שנגבה מן הלקוחות בגין דמי הנדידה הוא רווח שמעבר לאותה עלות. גילוי המסמכים במסגרת התובענה הייצוגית יחשוף זאת. הרי התעריף בגין "שיחה נכנסת" המחייבת גם היא ROAMING נמוך באופן דרסטי מן התעריפים לשירות חו"ל מוזל (למשל אצל סלקום, 1.25 ש"ח לאיטליה כעולה מנספח י ומנספח יא). לכן, לא יעלה על הדעת שהמשיבות יעשו רווח כאשר הלקוח לא קיבל בעצם כל שירות, ולבטח לא את השירות שביקש.

50. לסיום הפירוט בעניין דמי הנדידה, יש לציין כי רשת פלאפון, שלא עובדת בטכנולוגיית GSM אלא בטכנולוגיית CDMA, ראתה צורך לצמצם את "הפער השיווקי בתחום שרותי הנדידה" (רי עמ' 61 לדוח שנתי פלאפון - נספח ד):

"שרותי נדידה - פלאפון מספקת שירותי נדידה (התקשרות באמצעות רט"ן ממקומות שונים בעולם) בטכנולוגיית CDMA במדינות שונות ברחבי העולם בהתאם להסכמים שיש לה עם מפעילי סולאר בחו"ל. על מנת לאפשר שירותים דומים גם באירופה או במדינות אחרות שהרשת בהן אינה בטכנולוגיית CDMA (בעיקר בטכנולוגיית GSM), משכירה פלאפון ללקוחותיה מכשירים התואמים את הטכנולוגיה הקיימת באותן מדינות, בהתאם להסכמים המאפשרים לה שימוש ברשתות מפעילים סולאריים באותן מדינות. לפלאפון הסכמים המאפשרים ללקוחותיה לקבל שירותים ב- 214 מדינות ברחבי העולם. במהלך 2005 פלאפון החלה לספק מכשירים דואליים התומכים הן בטכנולוגיית CDMA והן בטכנולוגיית GSM. המכשירים מספקים פתרון נוסף בשירותי הנדידה במדינות אחרות שהרשת בהן אינה בטכנולוגיית CDMA. לאור העדר מגוון מכשירים ותמיכה בחלק מהשירותים שמעמידה פלאפון ללקוחותיה, פיתרון זה הינו חלקי בלבד ואינו עונה על כל הצרכים השיווקיים. הקמת רשת בטכנולוגיית UMTS (ראו סעיף 3.1.5.3 לעיל), תאפשר את הגדלת מגוון המכשירים ואת צמצום הפער השיווקי בתחום שרותי הנדידה."

51. בכל מקרה, המבקשים יטענו כי אין למשיבות כל היתר, על פי ההסכם או על פי הרשיון, לגבות כל חיוב מן הלקוחות בגין "שיחות", שלא נתממשו, אפילו והמשיבות עצמן שילמו לספק בחו"ל דמי נדידה כלשהם:

א. המשיבות לא קיבלו כל היתר בהסכם או ברשיון לחייב את הלקוחות בגין "אופציה לשיחה", ועליהן מוטל החובה לדאוג כי השיחה החוזרת מן הארץ אינה שיחת סרק שגורמת ללקוחות לחיוב סרק.

ב. המשיבות הן בעלות כוח המיקוח והמשא ומתן מול הספק בחו"ל, ועליהן מוטלת החובה לכלול בהסכמי ה-ROAMING תניה לפיה המפעיל הזר לא יחייב את המשיבות, אשר מחייבות את הלקוח, בגין דמי נדידה לשיחות שלא נתממשו.

52. המבקשים יטענו כי גם **משרד התקשורת מחזיק בדיעה כי חברות התקשורת אינן זכאיות לגבות תשלום בגין דקות שיחה שהמנוי לא צרך בפועל**. הדברים נלמדים מ"החלטה בנושא יחידות זמן אוויר חלופיות" מיום 20/8/2007 שפורסמה באתר משרד התקשורת. באותו עניין בוטל סעיף 75(10)(ב) (ב) לרשיון, שהתיר למשיבות להציע מסלולים הנמדדים לפי יחידות זמן אחרת מ-12 שניות. משרד התקשורת דחה את הטענות של המשיבות, לרבות הטענה כי מותר להן לגבות עבור שניות בהן הלקוח לא דיבר כלל (ר' העמוד האחרון למכתב):

המשיבות טענו כך -

"טענה – ככל שיש מקרים בהם שילמם המנוי עבור שניות בהן לא דיבר כלל, כך קיימים מקרים רבים בהם מקבל המנוי שירות של הקמת שיחה עבורו אינו משלם כלל".

ומשרד התקשורת הכריע כך -

"תגובת המשרד – אכן, בתחום התקשורת ישנם מקרים בהם למפעיל נגרמות הוצאות והוא אינו רשאי לגבות תשלום ספציפי עבור הוצאות אלו. אולם, הדרך לגבות הכנסה המפצה על ההוצאות אינה יכולה להעשות באופן של הצעת תוכניות בהן הצרכן מחויב עבור דקות שיחה שלא צרך בפועל, כדוגמת תכנית הדקה".

נספח יג < מצ"ב עותק החלטה בנושא יחידות זמן אוויר חלופיות" מיום 20/8/2007

53. במסגרת המסמך דן מרחיב משרד התקשורת על העדר השקיפות והגילוי בו נוקטות המשיבות במסלולים שונים, ועל חוסר היכולת של הצרכן לחשב את כדאיות המסלול. סקירה של המצגים שנותנות (או לא נותנות) המשיבות בעניין שירות החו"ל המוזל, מלמדת כי גם בענייננו תקפים הנימוקים של משרד התקשורת.

54. ובכל מקרה, וגם אם למשיבות עומדת זכות לכסות את ההוצאה שלהן, למשיבות אין כל זכות להרוויח מדמי נדידה כלשהם בגין נדידה שלא נתממשה לשיחה. ועל כן המבקשים יטענו כי כל עשייה של רווח משירותי נדידה שלא התממשו ל"שיחה", מהווה עשיית עושר ולא במשפט ו/או גזל.

55. גם מבחינת מדיניות משפטית אין להתיר למשיבות לגבות כל תשלום בגין שיחה שלא נתממשה, ולבטח לא תשלום מלא. כאשר המשיבות מרוויחות בכל מקרה מרגע חזרת המערכת אל המנוי, בין שהשיחה נתממשה אל היעד ובין שלא, אין להן שום תמריץ לשפר את השירות ולהצליח במימוש השיחה; להיפך; הן מעדיפות שהשיחה תיכשל עם מנת שהלקוח ימשיך לנסות ליצור קשר עם הארץ, ולשלם עבור דקות יקרות ומבוזבזות.

56. לאחר סקירה זו של המשיבות וההכנסות שלהן מדמי-נדידה, נפרט את המסלולים והמצגים שנותנת כל אחת מן המשיבות במסגרת מסלול "חו"ל מוזל" שהיא מציעה.

3ב. אודות שירותי "חו"ל חסכון" שמציעות המשיבות

57. שלוש המשיבות מציעות שירות דומה, בשמות דומים. נסקור את הדברים להלן כדי שהדברים מופיעים באתרי האינטרנט של המשיבות, שתדפיס שלהם מצורף בכרך הנספחים. למען הנוחות ולשם בחינת המצגים של המשיבות, משולבים הדברים בגוף הטקסט.

3ב(א) - סלקום - "חו"ל מוזל"

58. ככל שידוע למבקשים, אופן יצירת שיחת "חו"ל מוזל" אצל סלקום היה בעבר באמצעות מספר גישה.

59. כיום, סלקום מתארת באתר האינטרנט שלה את השירות כך:

60. לחיצה על הלינק מובילה להסבר הבא ("איך משתמשים בשירות"):



נספח יד > מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מן האתר של סלקום

61. עיינו הרואות: סלקום מסבירה ללקוחות שלה כי לאחר השלב שני (יצירת קשר בין המערכת ללקוח) הוא ישמע הכרזה "נא המתינו בעת העברת השיחה למנוי". ללמדנו, שהלקוח מבין כי אכן יועבר אל היעד. סלקום אף מסבירה כי "מיד תקושר ליעד המבוקש". כלומר, עצם הקישור אל היעד המבוקש הוא בלב ההבטחה של סלקום ללקוח. המבקשים יטענו כי ניתן להבין את המצגים של סלקום רק בדרך אחת: תחויב רק אם אכן "תקושר ליעד המבוקש".

62. אורנג' היתה נדיבה יותר בתיאור השירות באתר שלה (ההדגשות במקור):

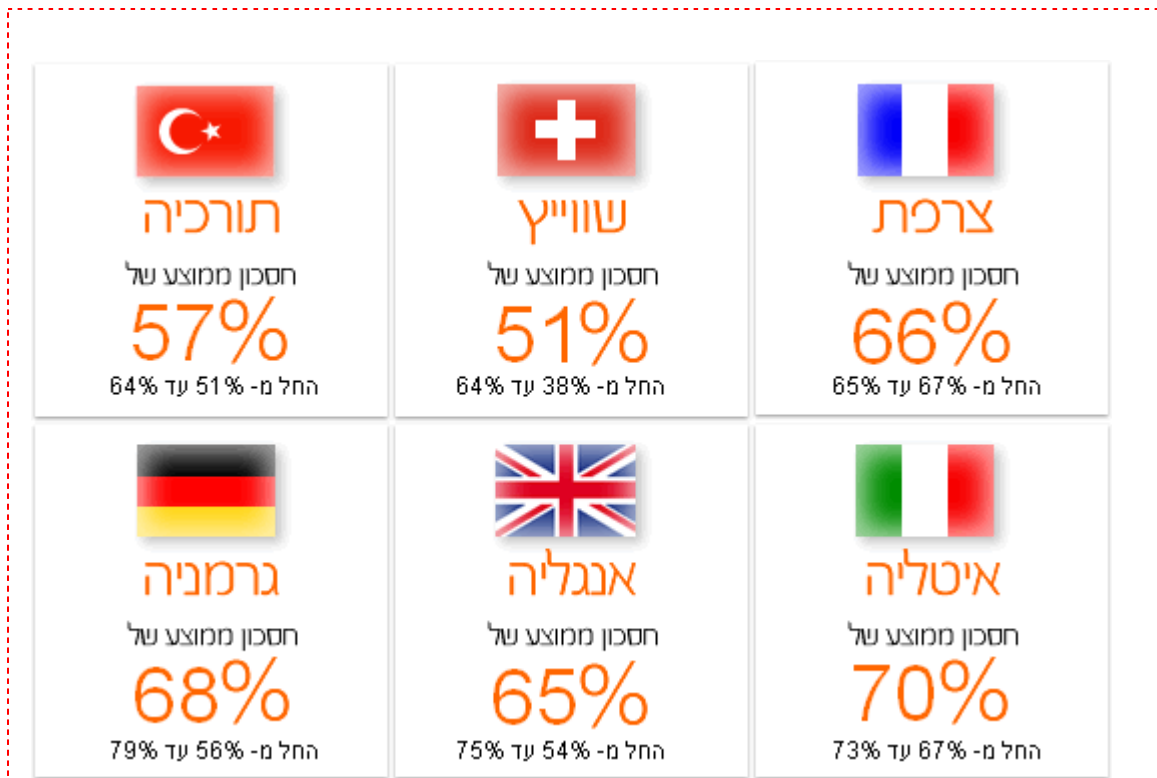
חסכון עולמי להתקשר מחו"ל לארץ ולשלם כחות



חסכון עולמי הוא שירות המאפשר לך להוזיל את תעריפי השיחות שתבצע מחו"ל לישראל ממכשיר ה- orange שלך בשיעור של עד 70%.
באמצעות השירות ניתן לחייג מחו"ל לכל מספר בישראל ולחסוך עשרות אחוזים בכל שיחה, כולל שיחות לתא הקולי. **השירות ניתן ללא תשלום!**

63. כבר בפתיחה רואים אנו כי אורנג' מציעה ללקוחות מסלול מוזל ל"שיחות שתבצע מחו"ל לישראל". לא מדובר ב"שיחות שתנסה לבצע" או ב"שיחות שכמעט תבצע".

64. ובהמשך, תחת המילים "תראה כמה תוכל לחסוך", מופיעים דגלי המדינות והנתונים הבאים:



65. אין ספק שמדובר במסלול מפתה וטוב ללקוח, בתנאי שהוא אכן אמין ואין בו חיובי סרק.

נספח טו < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מן האתר של אורנג'

66. בהמשך מסבירה אורנג' בעמוד שכותרתו "איך זה עובד?" את הפרטים הבאים:

"קיימות שתי דרכים לשימוש בשירות. אופן השימוש נקבע על פי המדינה אליה אתה נוסע והמפעיל המקומי אליו התחברת. ברוב המפעילים שברוב המדינות תוכל להשתמש בשירות חיסכון עולמי ללא רישום מוקדם. באמצעות פעולה פשוטה המתבצעת לפני כל שיחה לישראל תוכל לחסוך כסף בחיוב מחו"ל לארץ. מפעילים התומכים בשירות ללא רישום מוקדם מופיעים בעמודת חיסכון עולמי בתעריפון orange בינלאומי. בשימוש בשירות זה אין צורך ברישום לפני הנסיעה, אין צורך במספר גישה, אין צורך לבצע התקשרות למספר הגישה בארץ, ואין דמי מנוי יומיים.

השימוש בשירות הוא פשוט ונוח.
כאשר ברצונך לצלצל לארץ: הקש את הקוד *00*
הקש את המספר אליו אתה רוצה להתקשר כולל קידומת (לדוגמא - 0541234567)
הקש #
הקש על מקש החיוג
תוך מספר שניות תתקשר אליך המערכת ותקושר אל היעד המבוקש."

67. גם כאן בחרה אורנג' בשורש "ק.ש.ר." ונקבה בהטיה עתידית ובלתי-מותנית: "ותקושר אל היעד המבוקש". אין התניה, אין סימני שאלה. אורנג' לא כתבה "והמערכת תנסה לקשר אותך אל היעד המבוקש". היא בחרה בלשון ברורה המלמדת כי כל המנגנון מופעל כאשר "תקושר אל היעד המבוקש".

68. כפי שמצוין באתר של אורנג', "בחלק מן המפעילים בחלק מן המדינות השימוש בשירות ללא רישום מוקדם, אינו מתאפשר ויש צורך בהרשמה מראש ותפעול שונה של השירות". לגבי מדינות אלו מתבצע החיוג באמצעות "מספר גישה".

69. לאחר מכן מפרטת אורנג' "כמה זה עולה?". הדברים יובאו כלשונם:

"כמה זה עולה?"
השירות ניתן ללא תשלום.
מחיר השימוש בפועל קבוע לכל דקת שיחה, לכל היעדים בישראל, והוא נקבע לפי המדינה ממנה התקשרת, ללא תלות בתוכנית התעריפים עליה אתה נמנה.
החיוב מתחיל מרגע המענה לצלול החוזר מהמערכת.
כאשר מחייגים ממפעיל מקומי בחו"ל המחייב על זמן אוויר נכנס, יתווסף חיוב זה לתעריף השיחה הרגילה של חיסכון עולמי.
מומלץ לבדוק את תעריפי השירות חיסכון עולמי בטרם הנסיעה לחו"ל לתעריפון orange בינלאומי.
בחלק מן המפעילים בחלק מן המדינות השימוש בשירות ללא רישום מוקדם, אינו מתאפשר ויש צורך בהרשמה מראש ותפעול שונה של השירות.
מפעילים שלא תומכים בשירות ללא רישום מוקדם מופיעים ללא סימון בעמודת חיסכון עולמי בתעריפון orange בינלאומי.
לתשומת לבך:

- מסיבות שאינן תלויות בחברת פרטנר תקשורת בע"מ, לא תמיד ניתן לספק את שירות חסכון עולמי. במקרים אלו, תוכלו ליהנות משירות הנדידה בתעריפי הנדידה הרגילים.
- שירות חסכון עולמי פועל בכפוף לתנאים ולכיסוי הסלולרי המוצעים על ידי המפעילים בחו"ל.
- שיעור החיסכון בשירות עשוי להשתנות בין המפעילים השונים ובמהלך שעות היום, כמו כן, ישנם יעדים / מפעילים בהם שירות חסכון עולמי אינו משתלם."

70. ובכן, לצד המילים "החייב מתחיל מרגע המענה לצלצול החוזר מהמערכת" מצוין כי "מחיר השימוש בפועל קבוע לכל דקת שיחה". יש רק דרך אחת ליישב את שני המשפטים הללו: החייב יתבצע לפי "השימוש בפועל" רק אם אכן יהיה שימוש בפועל במסגרת "שיחה". משנענתה בחיוב השאלה באילו מקרים יהיה חיוב ("שיחה" "בפועל"), יש לשאול החל ממתי מתחיל החיוב. בעניין זה מסבירה אורנג' כי "החייב מתחיל מרגע המענה לצלצול החוזר מהמערכת".

ושוב, החייב יחל מרגע המענה לצלצול החוזר רק אם יהיה "שימוש בפועל" והוא יחושב לפי "כל דקת שיחה".

71. המבקשים יטענו כי אורנג' נקטה בארבעה ביטויים מוחלטים ובלתי-מותנים :

א. "שיחות שתבצע מחו"ל לישראל".

ב. "תקושר אל היעד המבוקש".

ג. "מחיר השימוש בפועל"

ד. "לכל דקת שיחה".

כל לקוח שיעיין באתר זה לפני השימוש או אחרי השימוש יבין את הדברים כפשוטם. אתה תחוייב לפי "שימוש בפועל", רק בגין "שיחות שתבצע מחו"ל לישראל", אם "תקושר אל היעד המבוקש" ותהיה "שיחה".

בכל מקרה, לא ניתן להבין מן המצגים של אורנג' כי הלקוח יחוייב גם אם לא יקושר, וגם בגין שיחות שלא יבצע, וגם בגין דקה "ללא שיחה".

ב3(ג) - פלאפון - "פלאפון חו"ל חיסכון"

72. גם האתר של פלאפון מסביר את אופן ההתקשרות באמצעות מסלול "פלאפון חו"ל חיסכון". פלאפון מדגישה כי השלב הראשון של השירות, בו מתקשר הלקוח אל מספר הגישה, **הנו ללא תשלום** (ההדגשה במקור):

להפעלת השירות:

- חייג ממכשיר הפלאפון שלך את מספר הגישה שקיבלת בעת ההרשמה לשרות. לדוגמא: כדי לחייג למספר הגישה 050-5040050, יש לחייג 5040050-50-972+ I-SEND/OK.
- לאחר החיג תושמע הודעה: "שירות פלאפון חו"ל חיסכון שלום, בקשתכם התקבלה, נא נתקו את השיחה והמערכת תחייג אליכם חזרה". נתק את השיחה. **החיג בשלב זה הנו ללא תשלום.**
- לאחר מספר שניות, המערכת תחייג אליך ולאחר מענה תושמע הודעה: "שירות פלאפון חו"ל חיסכון שלום. נא הקישו את מספר הטלפון המבוקש, ללא קידומת 972. לסיום הקישו סולמית (#)".
- חייג את המספר הרצוי בישראל, כאילו אתה בארץ (מספר סולרי או בזק). חייג את הקידומת בישראל במלואה (02, 03, 050) ולאחר מכן את מספר הטלפון, ללא קידומת בינלאומית. לסיום הקש סולמית (#).
- לדוגמא: לביצוע שיחה לארץ למספר 03-5727860 חייג #03-5727860. אין צורך להקיש על מקש SEND/OK.

73. בהמשך, תחת הכותרת "כמה זה עולה?", מפרטת פלאפון את הבאות :

- מחיר קבוע לכל דקת שיחה לכל היעדים בארץ.
- המחיר לדקת שיחה במסגרת השירות נקבע על פי המדינה ממנה התקשרת. לכל מדינה קיים תעריף נפרד.
- החייב יחל מרגע המענה לשיחה החוזרת מהמערכת, גם אם לא התקבל מענה מהיעד אליו חייגתם.

- במידה וחייגת דרך מפעיל מקומי בחו"ל המחייב גם על זמן אוויר בשיחה נכנסת, יתווסף חיוב זה לתעריף השיחה במסגרת השירות.
- לתעריפי שירות לחץ כאן

נספח טז < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מן האתר של פלאפון

74. פלאפון כתבה באתר שלה - בניגוד לרשיון שלה, בניגוד לציפיות של הלקוחות, בניגוד להסכם ובניגוד לכל הגינות עסקית - כי "החיוב יחל מרגע המענה לשיחה החוזרת מהמערכת, גם אם לא התקבל מענה מהיעד אליו חייגתם".

75. מאידך גיסא, היא גם כתבה כי המחיר הוא לכל "דקת שיחה", מונח ממנו משתמע כי התנאי לחיוב הוא עצם קיומה של "שיחה" כלשהי. הרי אף לקוח לא מאמין כי פלאפון אומרת בעצם שהיא מחייבת אותו על שיחה שלא התבצעה!!!

76. יתר על כן, גם המונח "גם אם לא התקבל מענה מהיעד אליו חייגתם" הוא עמום ולא ברור. מה משמעותו המונח "מענה"? האם הכוונה לכך שיהיה צליל חיוג כלשהו? האם המשמעות היא שאדם או משיבון יענו לשיחה?

פרשנות סבירה - ובדיני צרכנות עסקינין - של המונח "מענה מהיעד" היא הפרשנות שמקלה עם הלקוח ומחמירה עם הספק: הכוונה לכך שחייב להיות צליל חיוג כלשהו, גם אם אדם או משיבון לא ענו לשיחה.

פרשנות כזו אוסרת על פלאפון, אפילו על פי הניסוח שלה, לחייב בגין שיחות שלא הושלמו בשל שקט' בצד השני, כלומר במצב של העדר כל תקשורת.

כפי הנראה, זהו המצב הטכני למקרה בו הרשומה ריקה, כפי שנוכחנו בפירוט השיחות. אם יש איזושהי תקשורת, ישנו תיעוד למספר של היעד. אם אין, חזקה היא שלא היתה שום תקשורת ונסיון התקשורת כלל לא הגיע למצב של "מענה", גם לפי ההגדרה המיטיבה עם פלאפון.

המבקשים טוענים כי גם אם יש צליל תפוס או צליל חיוג והשיחה לא הושלמה אל היעד, אסור למשיבות לגבות כל תשלום.

77. כמובן שהמבקשים יטענו כי אין בכיתוב מבלבל זה באתר של פלאפון משום היתר לפלאפון להפר את תנאי הרישיון וההסכם שלה עם הלקוחות.

4.ב. לשון ההסכם בנוגע לשימוש בחו"ל

78. הסכמי ההתקשרות של המשיבות משתנים מעת לעת. למבקשים אין בידם את הסכמי ההתקשרות שלהם, והסקירה שלהן תתמקד ב"טופס בקשה למתן שירותים - גרסה 32 דצמבר 2007" שמפרסמת סלקום באתר שלה. הדעת נותנת כי התניות החוזיות בהסכמי ההתקשרות של פלאפון ואורנג' דומות לאלו של סלקום.

79. כך קובעים הסעיפים בהסכם ההתקשרות העדכני של סלקום:

סלקום חו"ל

- 10.1. אספקת השירותים או חלקם בחו"ל, תבוצע באמצעות ספקים.
- 10.2. סלקום אינה מתחייבת לספק שירותים בכלל ו/או באמצעות המכשיר בכל יעד בחו"ל. על הלקוח לברר, בין השאר, מעת לעת, באלו יעדים ניתנים השירותים, באיזה אופן ו/או מכשיר, אם בכלל, יינתנו, ובאילו תעריפים.
- 10.3. היקף סוג, טיב, איכות ותעריף השירותים בהם ניתן יהיה להשתמש בחו"ל כפופים לתנאי הספק המוסדר, להסכם בינו לבין סלקום ולתנאי השירות. בחלק מן האזורים בחו"ל ייתכן שהכיסוי של התקשורת הסלולרית אינו מלא או רציף.

10.4. החיוב הינו, בין השאר, בגין כל השירותים אשר יקבל ו/או יזמין הלקוח, וכן בגין שיחות יוצאות ונכנסות שבוצעו בחו"ל.

10.5. החיוב יבוצע על בסיס יחידות החיוב הקבועות במחירון, כפי שיעודכן, מעת לעת. בהעדר קביעה כאמור במחירון, יחויב הלקוח, בשיחות המחוייבות על פי זמן השימוש, על בסיס יחידות מניה של דקות שלמות (תוך עיגול חלק מדקה לדקה שלמה). החיובים ישולמו בש"ח על פי שער העברות והמחאות הגבוה בבנק מסחרי בישראל, כפי שייקבע על ידי סלקום מעת לעת, או לפי השער היציג שפרסם בנק ישראל, בהתייחס למט"ח הרלוונטי לחיובי השיחות, במועד הנפקת חשבון החיוב עבור השירות ללקוח, לפי הגבוה מביניהם.

10.6. סלקום תשלח ללקוח פירוט של השיחות שהתבצעו באמצעות הקו בחו"ל בכפוף לקבלת פירוט כאמור מהספקים, אלא אם שונו או ישונו נהלי סלקום בנושא זה.

10.7. סלקום ו/או מי מטעמה, אינם ולא יהיו אחראים בכל צורה שהיא, בין במישרין ובין בעקיפין, לתנאי, טיב ואיכות השירות, לרבות הכיסוי הסלולרי בחו"ל, או כל עניין אחר הקשור בכל דרך שהיא לשירות המוצע ולתמורה הנדרשת בגינו על ידי כל ספק, לרבות ספק מוסדר, מחו"ל. הלקוח מוותר בזאת על כל טענות כאמור נגד סלקום ו/או מי מטעמה. סלקום אינה אחראית לכל האזנה ו/או פגיעה בפרטיות הלקוח שיתבצעו באמצעות המכשיר בניגוד לדין.

נספח יז < מצ"ב "טופס בקשה למתן שירותים - גרסה 32 דצמבר 2007" של סלקום

80. במילים פשוטות, לגישת סלקום, הלקוח מתחייב לשלם על הכל, כולל הכל, לרבות כל השאר. ועם זאת, כל הניסוחים מלמדים כי מדובר בחיובים שנגזרים או נלווים ל"שיחה":
- א. "יחויב הלקוח, בשיחות המחוייבות על פי זמן השימוש" (ס' 10.5) - ביטוי הכורך את החיוב אל "שיחות" ואל "זמן שימוש". סלקום לא הגדירה מהו "זמן שימוש". הפרשנות, ולא רק בחוזה אחיד ולא רק בחוזה צרכני, הינה נגד המנסח. לפיכך, יש ליתן לביטוי "זמן שימוש" את הפירוש המיטיב ביותר עם הצרכן, שהוא הפירוש: "זמן שימוש = זמן של שיחה בפועל".
- ב. "סלקום תשלח ללקוח פירוט של השיחות שהתבצעו באמצעות הקו בחו"ל" (ס' 10.6) - מונח שמטעה את הקורא לחשוב כי החיוב הינו רק בגין "שיחות שהתבצעו", ולא בגין כל דבר אחר. ויודגש: ההסכם מדבר על "פירוט שיחות", לא על "פירוט נדידות".
81. בכל מקרה, ועל כך אין חולק, אין בלשון ההסכם כל תניה מפורשת בה מסכים הלקוח כי ייגבה ממנו תשלום בגין "נסיון" לשיחה במסגרת מסלול "חו"ל מוזל", גם אם הוא לא קושר ליעד אליו ביקש להיות מקושר. חיוב כל כך לא צפוי ולא הוגן, חייב להיות מפורט ברחל בתך הקטנה, במיוחד כאשר מדובר במסלול שכל תכליתו חסכון.
82. המבקשים יטענו כי אין ב"ויתור" אשר בס' 10.7 משום ויתור על עילת התביעה כאן:
- א. ראשית, מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד.
- ב. שנית, על סלקום היה לנסח את כתב הויתור בצורה ברורה ופרטנית, ולא בצורה כוללת, במיוחד כאשר דבר החיוב בגין שיחות שלא נתממשו אינו מצוין בהסכם.
83. הדעת נותנת שהמשיבות אורנג' ופלאפון יצרפו גם הן את ההסכמים הרלוונטיים שלהם לתשובתן. המבקשים שומרים על זכותם לטעון טענות כנגד תניות דומות או אחרות באותם הסכמים.
84. לאחר סקירה כללית זו של המשיבות, הרשיונות והמצגים של המשיבות, נידרש אל המבקשים והנזקים שנגרמו להם.

חלק ג' - אודות המבקשים והנזקים

85. בחלק זה נתייחס באופן קונקרטי אל המבקשים, העובדות הנוגעות לעניין והנזקים שנגרמו להם.

ג1. היריבות בין הצדדים

86. המבקשים 1-2 התקשרו עם המשיבה 1 (פלאפון) לקבלת שירותי רט"ן, ויריבותם עימה בלבד. המבקשת 3 התקשרה עם המשיבה 2 (אורנג') לקבלת שירותי רט"ן, ויריבותה עימה בלבד. המבקשת 4 התקשרה עם המשיבה 3 (סלקום) לקבלת שירותי רט"ן, ויריבותה עימה בלבד.

הסיטואציה בה עסקינן - חיוב בגין שיחות עלומות - משותפת לשלוש המשיבות. המשיבות כולן מחייבות את המבקשים בגין 'שיחות' חסרות זיהוי, שלא בוצעו בפועל (להלן גם: "חיוב עודף").

תנאי הרישיון של שלוש המשיבות, לעניין נשוא התובענה, זהים לחלוטין. המבקשים טוענים כי החיוב העודף הינו בניגוד לרישיון ההפעלה של המשיבות אשר על פיו ערוך ההסכם בין הצדדים.

לפיכך, מתעוררות שאלות מהותיות של עובדה והמשפט המשותפות לשלוש המשיבות וארבעת המבקשים, אשר מצדיקות ואף מחייבות את ניהול ההליך דנן במאוחד.

ג2. אודות המבקש 1 והחיובים שנגבו שלא כדין

87. המבקש 1 הינו בעל טלפון מספר 050-4115211 אצל המשיבה 1.

88. המבקש 1 נרשם למסגרת ניהול שיחות בחו"ל המכונה "חו"ל חסכון".

א. בעת ששהה המבקש 1 בחו"ל התבצע החיוב המוזל באופן הבא: המנוי מתקשר למספר גישה, לוחץ SEND ומנתק. המערכת חוזרת אל המנוי, והוא נדרש להקיש את המספר אליו הוא מעוניין להיות מקושר. לאחר מספר שניות אמורה להיווצר השיחה בין המנוי לבין המספר אליו ביקש להיות מקושר.

ב. למיטב ידיעת המבקשים, לאחרונה השתנה המנגנון לביצוע שיחת "חו"ל מוזל" לאופן הבא: כעת, לגבי חלק מן היעדים, כאשר מבקש מנוי לקיים שיחה מחו"ל לארץ, הוא מתקשר למספר מסוים, מקיש את המספר אליו הוא מבקש להתקשר ובשיחה חוזרת נוצר הקשר עם המנוי אליו הוא מבקש להתקשר.

בשתי האפשרויות מדובר בשיחה חוזרת מן הארץ.

89. המבקש 1 השתמש בשירות זה מספר פעמים בשהותו בחו"ל בחודש יולי 2007. מספר פעמים הוא לא הצליח להשלים את השיחה. הוא זכר כי המתין כדקה-שתיים על הקו בהמתנה להיות מקושר אך לא כל נוצרה כל שיחה עם היעד אליו ביקש להיות מקושר, והיה שקט בקו. לאחר שמספר פעמים ראה שאין הוא מצליח לבצע התקשרות, רכש כרטיס חיוב מקומי ומיעט להשתמש בשירות החסכון המוזל ככל האפשר.

90. כאשר חזר לארץ ראה את סך החיוב בו חויב, והוא נראה לו גבוה מדי, בשל העובדה כי מעט שיחות יצאו לפועל באמצעות חיוב ישיר או 'חו"ל חסכון'. לפיכך פנה המבקש 1 אל נציג המשיבה 1, טלפונית, וביקש את פירוט השיחות.

נספח יח < מצ"ב פלט השיחות של המבקש 1

91. מעיון בפירוט השיחות התברר למבקש 1 כי קיימים שני סוגי רשומות לגבי שיחות "חו"ל חסכון":

א. ליד כל שיחה שהתממשה - מופיע מספר הטלפון אליו התקשר.

ב. ליד שיחות שלא התממשו - לא מופיע מספר טלפון כלשהו.

כך למשל נראים הדברים לגבי שתי רשומות בפירוט השיחות (סרוק):

5.460	2:00	ח'ל חסכו	039320727	אנגליה וצפ אירל	20:07:14	ג	17/07/07
2.730	1:00	ח'ל חסכו	א	אנגליה וצפ אירל	06:48:58	ד	18/07/07

בשורה הראשונה רואים כי המבקש 1 חייג אל מספר, במסגרת חו"ל חסכון, משך השיחה היה 2:00 דקות (או כך לפחות הוא מחוייב), והעלות היתה 5.46 ש"ח. **בשורה השנייה, בה חויב המבקש 1 בגין 1 דקה בעלות של 2.730 ש"ח, אין כל פירוט של המספר.**

92. עיון בפלט השיחות מראה כי ככל הנראה מדובר בשיחות שהמערכת של המשיבה לא הצליחה ליצור ולכן לא התקיימה שיחה. לפיכך גם לא נקלט מספר טלפון כלשהו. מפירוט השיחות עולה כי המבקש 1 חויב לא רק בגין שיחות שהתממשו אלא גם בגין שיחות שלא התקיימו, לא התממשו וממילא הוא לא שוחח בהם עם אדם או משיבון.

93. המבקש 1 טוען כי על פי הדין, על פי הרשיון ועל פי ההסכם, אינו חייב לשלם בגין שיחות שלא התממשו.

94. לפיכך פנה המבקש 1 אל המשיבה 1 והתלונן בפני נציג שירות על האמור. נציג השירות מסר לו כי הוא "מזכה אותך על זה", או מילים בעלות משמעות דומה. המבקש 1 מדגיש כי יזם את השיחה כדי לקבל הסבר, ולא זיכוי. במסגרת השיחה, הוא הפנה את נציג השירות, שלמיטב זכרונו שמו רון, למספר שורות ספציפיות בפירוט השיחות. כאשר רצה להמשיך להפנות אותו ליתר השורות הרלוונטיות, הוא אמר "בסדר הבנתי, אני מזכה אותך על כל השיחות האלה", או מילים בעלות משמעות דומה. כלומר היוזמה לזיכוי באה מנציג השירות. תגובת נציג השירות גרמה למבקש 1 להבין שהוא יודע בדיוק באילו שיחות בחשבון מדובר, שהרי כולן שיחות עלומות ללא מספר. הבנתו של נציג השירות לימדה את המבקש 1 כי פלאפון ואנשיה מודעים לבעיה של חיוב הלקוחות בגין שיחות אלו.

95. בתגובה לכך ולאחר הביורור זוכה המבקש 1 בגין 16 "שיחות". **הזיכוי בסך 43.68 ש"ח** מתועד בחשבונית שהפיקה פלאפון ביום 14/10/2007. עם זאת, המבקש ביקש זיכוי בגין 17 "שיחות". דהיינו, המבקש 1 לא זוכה בגין "שיחה" עלומה אחת, ואת הסעד הכספי הוא תובע בגין שיחה זו. מאחר שכל השיחות המדוברות חויבו באותו תעריף לכל דקה – 2.730 ש"ח לדקה – חייבת פלאפון לזכות את המבקש 1 בסכום זה אשר נמנעה מלזכותו. בנוסף, עותר המבקש 1 לסעדים נוספים כנגד המשיבה 1.

נספח יט < מצ"ב תיעוד הזיכוי של המבקש 1 בחשבון העוקב

96. המבקש 1 מצהיר כי לא ציפה להיות מחוייב בגין שיחות שלא נתממשו, וכי המשיבה 1 או מי מטעמה מעולם לא הסבירו לו כי כך יקרה. המבקש 1 יטען כי הסתרה של חיוב פסול זה ממנו מהווה הטעיה במחדל. המבקש 1 מניח כי חתם בנמל התעופה בן-גוריון על מסמכים כלשהם בעת שקיבל לידיו מכשיר חלופי לצורך הנסיעה לחו"ל, אולם נציג פלאפון לא מסר לו עותק ממסכים אלו והם אינם בידיו. המבקש 1 אינו יודע האם מסמכים אלו כוללים תניה כלשהי הנוגעת לענייניו, וגם אם קיימת, הרי שהיא לא הוסברה לו וממילא היא אינה חוקית. המבקש 1 שומר על זכותו להתייחס למסמכים עליהם מוחתמים הלקוחות של פלאפון הנוטלים מכשיר חלופי, במסגרת תשובתו.

97. המבקש 1 יטען כי עצם הזיכוי שלו על ידי המשיבה 1 מוכיח כי יש לו עילת תביעה אישית טובה גם לגבי הדקה ה-17, בגינה טרם זוכה.

98. המבקש 1 יטען כי עצם הזיכוי שלו על ידי המשיבה 1 משתיק ומונע מן המשיבה 1 כל טענה לגבי עצם החובה של המשיבה לזכות אותו, כמו גם את יתר הלקוחות, בגין שיחות עלומות. הזיכוי מוכיח את קיומה של עילת תביעה כללית, ולא רק עילת תביעה אישית.

99. הדעת נותנת כי שיחתו של המבקש 1 עם מרכז שירות הלקוחות של המשיבה 1 הוקלטה ע"י המשיבה 1. המשיבה 1 מצופה להציג את תמליל השיחה, ואם לא תעשה כן, תוחזק כמי שמודה בעילת התביעה האישית והכללית של המבקש 1.

ג3. אודות המבקש 2 והחיובים שנגבו שלא כדין

100. המבקש 2 הינו אחיו של המבקש 1.
101. המבקש 2 הוא בעל טלפון מספר 050-5720560 אצל המשיבה 1.
102. המבקש 2 נרשם למסגרת ניהול שיחות בחו"ל המכונה "חו"ל חסכון", אודותיו פורט לעיל.
103. המבקש 2 השתמש בשירות זה מספר פעמים בשהותו בספרד בתחילת אוקטובר 2007.
104. כשחזר לארץ, שמע המבקש 2 מאחיו, המבקש 1, על הבעיה שהתעוררה אצלו, ועל כך שהוא ביקש זיכוי. כאמור לעיל, החשבונית במסגרתה זוכה המבקש 1 הופקה רק ביום 14/10/07 והגיעה אל המבקש 1 מספר ימים לאחר מכן. כלומר, המבקשים 1-2 טרם ידעו אם אכן יזוכה המבקש 1, למעט הבטחתו של נציג השירות בשיחת הטלפון של המבקש 1 כי כך ייעשה.
105. המבקש 2 זכר כי ביום האחרון לשהותו בספרד (מתוך שלושה ימים) הוא ניסה להתקשר באמצעות "חו"ל חסכון" מספר פעמים אך לא הצליח להשלים את השיחה. הוא זכר כי המתין כדקה-שתיים על הקו בהמתנה להיות מקושר אך לא כל נוצרה כל שיחה עם היעד אליו ביקש להיות מקושר.
106. לאור ההמלצה של המבקש 1 פנה גם המבקש 2 אל פלאפון וביקש את פירוט השיחות.

נספח כ < מצ"ב פלט השיחות של המבקש 2

107. מעיון בפירוט השיחות של המבקש 2 עולה כי גם בחשבונו קיימים שני סוגים של רשומות לגבי שיחות "חו"ל חסכון":
- א. ישנן 3 שיחות "חו"ל חסכון", מיום 5/10/2008, שלצידן מופיע מספר הטלפון אליו התקשר הלקוח.
- ב. ישנן 6 שיחות "חו"ל חסכון", מיום 8/10/2007, שיחות שלא התקיימו / לא מומשו / לא הושלמו / לא קושרו – אשר לצידן לא מופיע מספר טלפון כלשהו.
- המבקש 2 הבין כי כפי שהיה אצל אחיו המבקש 1, שמדובר בשיחות שהמערכת של המשיבה 1 לא הצליחה ליצור ולכן לא התקיימה שיחה. לפיכך גם לא נקלט מספר הטלפון אליו התקשר.
108. מן הסתם שאין המבקש 2 חייב לשלם בגין שיחות שלא התקיימו.
109. המבקש 2 מצהיר כי לא ציפה להיות מחוייב בגין שיחות שלא נתממשו, וכי המשיבה 1 או מי מטעמה מעולם לא הסבירו לו כי כך יקרה. המבקש 2 יטען כי הסתרה של חיוב פסול זה ממנו מהווה הטעיה במחדל. המבקש 2 מניח כי חתם בנמל התעופה בן-גוריון על מסמכים כלשהם בעת שקיבל לידיו מכשיר חלופי לצורך הנסיעה לחו"ל, אולם נציג פלאפון לא מסר לו עותק ממסכים אלו והם אינם בידי. המבקש 2 אינו יודע האם מסמכים אלו כוללים תניה כלשהי הנוגעת לענייננו, וגם אם קיימת, הרי שהיא לא הוסברה לו וממילא היא אינה חוקית. המבקש 2 שומר על זכותו להתייחס למסמכים עליהם מוחתמים הלקוחות של פלאפון הנוטלים מכשיר חלופי, במסגרת תשובתו.
110. המבקש 2 זכאי להחזר של סך **42.30 ש"ח** בגין 6 "שיחות" מיום 8/10/2007 שלא התקיימו ולא נתממשו ובגין חויב, ב"משך" מצטבר של 10 דקות. זהו הנזק הישיר והמיידי שנגרם לו, לפיכך הוא מגיש תביעתו זו לסעד כספי. המבקש 2 יעתור גם לסעדים שאינם כספיים כנגד המשיבה 1.

ג4. הבנת המבקשים 1-2 כי מדובר בעניין משותף ללקוחות רבים

111. המבקשים 1-2 מצהירים כי בעקבות הזיכוי של המבקש 1 והעובדה כי החיוב העודף חזר על עצמו בצורה דומה גם אצל המבקש 2, הם הבינו כי מדובר בשיטה או מנגנון בעייתיים של פלאפון.
112. למבקשים היה ברור כי הפנייה של המבקש 1 בעניינו הפרטי לא הביאה כל תועלת לשאר הלקוחות. פלאפון לא שינתה את שיטת החיוב, בעקבות פניית המבקש 1, לשיטה שאינה מחייבת בגין שיחות עלומות. שהרי גם המבקש 2 ניזוק באותו אופן כמו המבקש 1, והוא לא זוכה באופן אוטומטי.
113. לאור זאת, ולאחר מספר שבועות מקבלת פירוט השיחות של המבקש 2, פנו המבקשים 1-2 לעורכי דין העוסקים בתחום התובענות הייצוגיות לשם בחינת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית נגד פלאפון, אשר תביא לתיקון כלפי כל הלקוחות שחויבו בחיובים עודפים.
114. במסגרת הבירורים העובדתיים והמשפטיים נתגלה כי מדובר בתופעה הקיימת גם אצל אורנג' וסלקום, כפי שיפורט בהמשך.

ג5. אודות המבקשת 3 והחיובים שנגבו שלא כדין

115. המבקשת 3 היא בעלת טלפון מס' 054-7205100 אצל המשיבה 2 (אורנג').
116. המבקשת 3 השתמשה בשירות "חיסכון עולמי" מספר פעמים בשהותה בספרד בחודש יוני 2007 (לפני שהותם של המבקשים 1 ו-2 בחו"ל). היא גם השתמשה בשירות בעת שהותה ביוון בחודש מרץ 2008.
117. משנוכחו המבקשים 1 ו-2 כי החיובים העודפים בהם חויבו הם תולדה של שיטה, ולא יד הגורל, החלו לברר כיצד מתנהלים הדברים אצל ספקי סלולר אחרים.
118. המבקש 2 פנה אל המבקשת 3, שהיא גרושתו.
119. בעקבות השאלות שעורר המבקש 2 בחנו המבקשת 3 והמבקש 2 את פירוט השיחות וחיששו שיחות עלומות.

נספח כא < מצ"ב החשבון ופלט השיחות של המבקשת 3 ליום 07/07/2007

נספח כב < מצ"ב החשבון ופלט השיחות של המבקשת 3 ליום 07/04/2008

120. מעיון בפירוט השיחות התברר כי מבקשת 3 חויבה לא רק על שיחות שהתקיימו אלא גם על שיחות שלא התקיימו. פירוט השיחות של אורנג' שונה מפירוט השיחות של פלאפון. לשם ההסבר סרקנו מתוך פלט השיחות של המבקשת 3 מיולי 2007 (נספח כא) מספר שורות על מנת לבאר אותו:

0.897	1.793	0.000	0:00:30	0:00:24	orange	חיסכון עולמי ספרד	19:24:00	28/06/2007
0.897	1.793	0.000	0:00:30	0:00:24	orange	חיסכון עולמי ספרד	19:29:45	28/06/2007
7.173	4.304	0.000	0:01:40	0:01:38	orange	חיסכון עולמי ספרד	19:57:36	28/06/2007
ללא חיוב	0.000	0.000	0:00:00	0:01:14	0	0505237614	19:57:59	28/06/2007

- א. בשורה השלישית והרביעית מצוין כי המבקשת 3 חייגה במסגרת "חיסכון עולמי" אל מספר בישראל (0505237614). היא מחויבת רק ברשומה השלישית בסך של 7.173 ש"ח, ואילו ברשומה הרביעית מצויין מהו המספר אליו קושר הלקוח, ומצויין "ללא חיוב".
- ב. כלומר, כל שיחה אמורה להיות מיוצגת בשתי רשומות: בראשונה, אין ציון של מספר היעד ויש חיוב. בשנייה הצמודה אחריה, יש ציון של מספר היעד אך אין חיוב.

ג. לעומת זאת, בשורה הראשונה והשניה שנסקרו לעיל רואים כי הלקוחה חויבה במסגרת "חסכון עולמי", שתי פעמים בהם משך הזמן לחיוב היה 30 שניות. ברם לגבי שתי שורות אלו אין כל ציון (רשומה נפרדת כמו רשומה בשורה הרביעית) של המספר אליו קושרה הלקוחה. בכל מקרה, הלקוחה חויבה ב- 0.897 ש"ח, בגין שתי השורות הראשונות. אלו הם שניים משלושה החיובים בבלט השיחות של מיולי 2007 (נספח כא) בגינם עותרת המבקשת 3 לסעד כספי נגד אורנג' (החיוב השלישי הוא השורה הראשונה בחשבון, בסך 3.587 ש"ח)

121. מן הסתם שאין המבקשת 3 חייבת לשלם בגין שיחות שלא התקיימו.

122. אלא שכאן לא עוצרת העולה של אורנג'. בדיקה קפדנית של פירוט השיחות מגלה כי טבועה וגלומה בו הונאה לשמה: בתחתית החשבון מופיע סיכום של הדקות, ממנו אמור הלקוח להבין כי ישנן שיחות שאינן לחיוב לעומת "משך שיחות לחיוב".

מהרישום (המטעה) בתחתית החשבון אמור הלקוח להבין כי הוא משלם רק עבור 9 דקות ו-50 שניות "משך שיחות לחיוב", שסכומן הכולל לחיוב הוא 52.904 ש"ח, אך אינו משלם עבור 2 דקות ו-40 שניות מתוך 12 דקות ו-30 שניות.

תאור	משך/כמות	סה"כ לחיוב
משך שיחות ללא חיוב	0:02:40	
משך שיחות לחיוב	0:09:50	₪ 52.904
סה"כ	0:12:30	₪ 52.904

אולם בפועל, משלם הלקוח עבור כל 12:30 הדקות בחשבון, לרבות אלו ברשומות העלומות.

123. המבקשת 3 תציין כי לא ברור מה הוא אותו "משך שיחות ללא חיוב" - 2 דקות ו-40 שניות. בכל מקרה, ברור בעליל מפירוט השיחות כי המבקשת 3 חויבה בגין כל הדקות המפורטות בפירוט החשבון שלה, גם ברשומות של השיחות העלומות (אלו שלא נתקיימו). למען הסדר הטוב נסרק להלן החשבון במלואו. הלקוחה אמורה להבין כי יש שורות בחשבון בגינן היא לא חויבה.

בישראל	מישראל לחו"ל	בחו"ל	סה"כ השיחות			הערות
תאריך שיחה	מספר שחויג	שם המפעיל	משך שיחה בפועל	משך שיחה לחיוב	זמן איר שימוש ברשתות תקשורת אחרות	סה"כ לחיוב
24/06/2007	17:33:36	חיסכון עולמי ספרד	0:00:54	0:01:00	0.000	3.587
24/06/2007	17:35:11	חיסכון עולמי ספרד	0:05:17	0:05:20	0.000	26.900
24/06/2007	17:35:22	0547509801	0:05:06	0:00:00	0.000	0.000
26/06/2007	21:03:18	0505237731	0:00:02	0:00:00	0.000	0.000
28/06/2007	14:09:33	חיסכון עולמי ספרד	0:01:28	0:01:30	0.000	4.185
28/06/2007	14:10:11	0509149145	0:00:50	0:00:00	0.000	0.000
28/06/2007	14:13:42	חיסכון עולמי ספרד	0:01:20	0:01:20	0.000	4.035
28/06/2007	14:14:01	0506540814	0:01:01	0:00:00	0.000	0.000
28/06/2007	19:24:00	חיסכון עולמי ספרד	0:00:24	0:00:30	0.000	1.793
28/06/2007	19:29:45	חיסכון עולמי ספרד	0:00:24	0:00:30	0.000	1.793
28/06/2007	19:57:36	חיסכון עולמי ספרד	0:01:38	0:01:40	0.000	4.304
28/06/2007	19:57:59	0505237614	0:01:14	0:00:00	0.000	0.000
28/06/2007	21:57:57	חיסכון עולמי ספרד	0:00:40	0:00:40	0.000	2.690
28/06/2007	21:58:20	0505237614	0:00:17	0:00:00	0.000	0.000
תאור	משך שיחות ללא חיוב	משך/כמות	סה"כ לחיוב			
		0:02:40				
	משך שיחות לחיוב	0:09:50	₪ 52.904			
	סה"כ	0:12:30	₪ 52.904			

סכימה של טור "משך השיחה" בחשבון אכן מביאה לסך כולל של 12 דקות ושלושים שניות (30: 12). אלא, שכל השורות בהן מצויין "ללא חיוב" הן שורות בהן משך השיחה הוא 0.000. ובנוסף, סכימה של טור "סה"כ לחיוב" מביא לסך כולל של 52.904 ש"ח. כלומר, כל הרשומות בהן מופיע סכום לחיוב, אכן נכללו בסך הכולל בו חויב הלקוח. גם הרשומות של השיחות העלומות.

124. הסך הכולל של 52.904 ש"ח מופיע במסגרת הסכומים שנגבו מן המבקשת 3 בחשבון. ועל כן ברור כי המבקשת 3 שילמה עבור כל הדקות בפירוט השיחות, לרבות בשיחות העלומות.

125. החיובים העודפים נתגלו גם בחשבון לחודש אפריל 2008 (נספח כב). בפירוט השיחות שבמסגרת "חסכון עולמי" ישנן 4 "שיחות עלומות", שזמן החיוב המצטבר שלהן הוא 3 דקות, בעלות כוללת של 11.70 ש"ח (מתוך חשבון חסכון עולמי כולל בסך 54.60 ש"ח).

126. חשוב לציין כי אצל אורנג' הלקוח יכול לראות לא רק את "משך השיחה לחיוב" אלא גם את "משך השיחה בפועל". אורנג' מעגלת את משך הזמן לחיוב לפי יחידות של 10 שניות. למשל, שיחה שמשכה ב"פועל" היה 33 שניות, חויבה כשיחה באורך 40 שניות. הדבר מעיד כי הלקוח יכול לצמצם את הנזק שנגרם לו, אם יידע כי יש חיוב בגין זמן ההמתנה ליצירת הקשר. כך למשל, במקרה בו יש שקט בקו, במקום להמתין עד בוש, "ינתק" ביוזמתו אם ישמע כי לא נוצר כל קשר עם היעד אליו ביקש להיות מקושר.

127. המבקשת 3 זכאית להחזר של סך 5.38 ש"ח בגין 3 שיחות שלא התקיימו ובגינן חויבה (שהרי עלותן נסכמה בתוך "סה"כ לחיוב"). זהו הנזק הישיר והמידי שנגרם לה, לפיכך היא מגישה תביעתה זו לסעד כספי. המבקשת 3 תעתור גם לסעדים שאינם כספיים כנגד המשיבה 2.

128. המבקשת 3 מצהירה כי לא ציפתה להיות מחוייבת בגין שיחות שלא נתממשו, וכי לא זכור לה שאורנג' או מי מטעמה הסבירו לה כי כך יקרה. המבקשת 3 תיטען כי הסתרה של חיוב פסול זה ממנה מהווה הטעיה במחדל.

129. למען שלמות התמונה מצורף בזאת תעריפון אורנג' לשיחות בספרד. מן התעריפון עולה כי במסגרת "חסכון עולמי כולל ז"א נכנס" העלות ללקוח הינה 6.21 ש"ח לדקה. העלות של "שיחה נכנסת כולל ז"א נכנס" היא 1.36 ש"ח. מאחר שברור כי המשיבה 2 מרויחה משירותי נדידה גם מזמן אויר נכנס, ברור כי כל אגורה שגבתה המשיבה מעבר ל 1.36 ש"ח הינה רווח.

נספח כג < מצ"ב תעריפון אורנג' לשיחות לספרד

6ג. אודות המבקשת 4 והחיובים שנגבו ממנה שלא כדין

130. מר משה שירזי הינו חברו של המבקש 1. הוא הבעלים והמנהל של חברת סופה הסעות וטיולים בע"מ, שבעלותה מנוי מס' 052-5308030 של רשת סלקום, המשיבה 3.

131. מר שירזי השתמש בשירות חו"ל מוזל מספר פעמים בשהותו בבולגריה בחודש אוגוסט 2007 (לפני שהותו של המבקש 2 בחו"ל, ולפני שהמבקש 1 קיבל את החיוב שעורר את כעסו ואת סקרנותו).

132. בעת בחינת אופן החיוב של סלקום המבקש 1 פנה אל מר שירזי בבקשה שיבחן את פירוט השיחות המתעד את השיחות שביצע מחו"ל. מר שירזי ביקש וקיבל מסלקום את פירוט השיחות.

נספח כד < מצ"ב פלט השיחות של מר שירזי

133. מעיון בפירוט השיחות של מר שירזי עולה כי גם בחשבונות של סלקום קיימים שני סוגים של רשומות לגבי שיחות "חו"ל מוזל" (להבדיל משיחות הרשומות כ"שיחה נכנסת"):

א. ישנן 5 שיחות בהן מצויין "חו"ל מוזל", ללא כל ציון של מספר הטלפון של היעד אליו התקשר הלקוח. אלו הן שיחות שלא התקיימו / לא מומשו / לא הושלמו / לא קושרו, וככל הנראה, בשל כך לא מופיע מספר טלפון כלשהו.

ב. ישנן 13 שיחות "חוו"ל מוזל" בהן יש ציון של מספר היעד (ללא המילים "חוו"ל מוזל").

לא יכול להיות חולק כי שני הסוגים של הרשומות מתעדים שיחות "חוו"ל מוזל", משום שהתעריף לכל דקה הינו זהה (4.7273 ש"ח לדקה).

134. המבקשת 4 חויבה בגין חמש השיחות העלומות בחשבון, בסך כולל של 5 X 4.7273 ש"ח (חמש "שיחות" באורך דקה (דקה מטודית, שכן כל החיוב מבוסס על דקה שלמה). ובסך הכל, נגרם לה נזק בסך 23.6365 ש"ח. מן הסתם שאין המבקשת 4 צריכה לשלם בגין שיחות שלא התקיימו.

135. מר שירזי מצהיר כי לא ציפה להיות מחוייב בגין שיחות שלא נתממשו, וכי סלקום או מי מטעמה לא הסבירו לו כי כך יקרה לפני נסיעתו לחוו"ל או לפני השיחות שביצע. המבקשת 4 תטען כי הסתרה של חיוב פסול זה ממנה מהווה הטעיה במחדל.

136. המבקשת 4 זכאית להחזר של סך 23.64 ש"ח בגין 5 "שיחות" שלא התקיימו ובגין חויבה, ב"משך" מצטבר של 5 דקות. זהו הנזק הישיר והמידי שנגרם לה, לפיכך היא מגישה תביעתה זו לסעד כספי. המבקשת 4 תעתור גם לסעדים שאינם כספיים כנגד סלקום.

ג7. חיובים אחרים שגובות המשיבות (כדין)

137. להשלמת התמונה יוסיפו המבקשים כי המשיבות גובות חיובים רבים בחשבון מסוגים שונים, אך חיובים אלו (לפחות החלק שנבדק על ידם) ככל שהינם בהתאם לחוזה בין הצדדים ולרשיון, הינם לכאורה כדין. גבייה מוסכמת זו של חיובים אחרים ממחישה עד כמה הגבייה של החיובים בגין שיחות שלא התקיימו, החיובים בהם עוסקת תובענה זו, היא חריגה, בלתי-מוסכמת ובלתי מוסברת, ולכן, גם חייבת בהשבה.

138. אכן, המשיבות הינן גופים עסקיים ובתור שכאלו מטרתן זכותן ואף חובתן להשיא רווחים. לכן הן גובות תשלומים שונים ומותר להן לגבות תשלומים אלו. אך גבייה זו יכולה להיות על פי הדין והרשיון, לאחר גילוי מלא ונאות. אולם אין הן רשאיות לגבות כל תשלום בגין שירותים שלא ניתנו ובגין שיחות שלא בוצעו, חיובים שאינם מוסכמים בין הצדדים, ואין זה משנה מדוע.

ג8. הנסיבות המעידות כי מדובר בשיטה שננקטה כלפי מנויים רבים

139. מספר מקרים מבדדים, שנעשו בטלפונים שונים, ברשתות שונות, ובמדינות שונות, מגלים קווי דמיון המעידים על דבר אחד: המשיבות, כשיטה, פועלות בצורה שפוגעת במנוייהן.

140. כשיטה, שיחות שלא התקיימו (בשל סיבות שונות) מופיעות בפלט השיחות ללא מספר הטלפון של היעד אליו בוצעה השיחה. זאת לצד שיחות שכן בוצעו, בהן מצוין מספר הטלפון של היעד אליו בוצעה השיחה. למרות שהמערכת יודעת שלא התממשה שיחה, שכן אין מספר טלפון אליו בוצעה ההתקשרות, מחוייב החשבון.

141. העובדה שמדובר במנגנון ממוחשב אוטומטי עולה במובהק מפלטי החיוב, שאינו מתחשב בעובדה שאין מספר טלפון עימו בוצעה שיחה. על כן ברור שיש כאן שיטה: החיובים בגין שיחות שלא התקיימו הם אוטומטיים ונעשים כלפי כל המנויים בלי הבדל ביניהם.

142. בהקשר זה יש לציין כי מאתר האינטרנט של חברת AMDOCS, ענקית הביילינג הישראלית, למדים כי שלוש המשיבות מנויות ברשימת הלקוחות של אמדוקס (תחת כותרת Middle East בעמוד Our Customers). כלומר, שלוש המשיבות משתמשות במערכת בילינג (חיוב) ומערכות נוספות של אמדוקס. איתור השיחות העלומות במאגרי הנתונים של המשיבות ייעשה במערכות חיוב דומות שאמדוקס הטמיעה ומפעילה אצל המשיבות, ולא מן הנמנע שיעשה הדבר באמצעות אנשיה.

נספח כה < מצ"ב תדפיס רשימת הלקוחות מתוך האתר של חברת אמדוקס

143. יודגש: לקוחות פלאפון וסלקום אינם יודעים אודות הגבייה שכן אין הם מקבלים את פירוט

השיחות אלא אם הם מבקשים זאת מנציג שירות. החיוב שבו מחויב חשבונם אינו מבדיל בין שיחות שלא בוצעו לבין שיחות שבוצעו. רק אם ייזמו פניה אל המפעיל ויבקשו פלט שיחות, יוכלו לגלות כי קיימות שיחות ללא מספר טלפון, שהן שיחות שלא בוצעו ולמרות זאת יש חיוב בגינן.

144. **היותן של השיחות "עלומות" מוכיחה כי מדובר בשיחות עקרות, שלא נתממשו כלל, לא על דרך מענה של היעד (אדם או משיבון) ולא על דרך כל צליל חיוג או תפוס. המשיבות הן המוציאות מחברן, ולכן עליהן נטל הראיה להוכיח כי כל חיוב בגין "שיחה עלומה" הוא חיוב כדין.**

145. **חמור מכך: מתברר כי המשיבה 1, שיודעת שהיא פועלת בדרך לא חוקית, פועלת ומתקנת את המצב כאשר מנוי פונה אליה ושוטח בפניה את טענותיו אלו. עובדה שהמבקש 1 קיבל זיכוי מיד לאחר פנייתו. מדובר בהודאת בעל דין לא רק על עצם הפעולה הלא חוקית כלפי המנויים אלא גם על המודעות המלאה של המשיבה 1 שהיא פועלת בצורה לא חוקית!**

146. **סופו של דבר, המשיבות, פשוטו כמשמעו, פוגעות במנויים וגובות תשלומים שלא כדין. זאת באה התביעה דגן לתקן.**

חלק ד' - תמצית עילות התביעה

147. חוק תובענות ייצוגיות קובע כמטרה ראשונית לאפשר ניהול תביעות ייצוגיות כבמקרה זה תחת מסגרת יעילה. כך קובע סעיף 1 לחוק:

- "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:**
- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;**
 - (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;**
 - (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;**
 - (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."**

148. כפי שנראה להלן התאמתה של תביעה זו לניהול כתביעה ייצוגית בולטת וברורה, במיוחד על רקע מטרת החוק של "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". כאן מדובר בשלוש ספקיות הרט"ן האוחזות בכ- 95% מהשוק בישראל. מן הראוי לדון באופן מרוכז וממצה בסוגיית חיובי היתר במסלולי "חול" מוזל" הדומים אצל שלוש הספקיות.

149. בתובענה זו יש לנתח שני מישורים של עוולות:

א. **עצם גביית-היתר של התשלום בגין שניות או דקות כאשר לא נתממשה שיחה בפועל.** לעניין זה מדובר בעוולה המגלמת מספר עוולות מן הדין הכללי - למען הנוחות, יכוננו להלן העוולות במישור זה "עוולות החיוב":

- הפרת תנאי הרשיון והפרת חובה חקוקה;
- הפרת חוזה;
- חוסר תום לב בקיום חוזה;
- גזל על פי דיני הנזיקין;
- עשיית עושר ולא במשפט;

ב. **ההסתרה ואי-הגילוי מבעוד מועד או בדיעבד של החיוב העודף:** ההסתרה נעשתה בשלב הטרם-חוזי (כלומר, לפני ההרשמה לשירות, וכן לפני עריכת כל שיחה). ההסתרה נעשתה לאחר סיום כל שיחה, ובמסגרת החשבון ופירוט השיחות שנשלחו ללקוח. לעניין זה מדובר בעוולה המגלמת מספר עוולות מן הדין הכללי ודיני הצרכנות, אשר למען הנוחות, יכוננו להלן העוולות במישור זה "עוולות ההסתרה":

- חוסר תום לב בקיום-חוזה ובניהול מו"מ לחוזה;
- הפרת חובת הגילוי הנאות מדיני הצרכנות;
- הטעיה לפי דיני הצרכנות ותרמית לפי דיני הנזיקין;

150. **דוק: כל העוולות הנוגעות למישור של עצם החיוב בגין שניות או דקות עקרות כאשר לא נתממשה בפועל כל "שיחה" (עוולות החיוב), עומדות בעיני אף אם היו המשיבות מגלות גילוי כנדרש לפני או אחרי ביצוע השיחה. ולהיפך, גם אם יקבע בית המשפט הנכבד כי החיוב מותר (דבר שהמבקשים כופרים בו), הרי שהמשיבות חטאו בהסתרה של דבר החיוב.**

151. בשל האבחנה האנליטית בין עוולות החיוב לבין עוולות ההסתרה, נפריד בהמשך את הדיון לשני מישורים אלו.

152. רואים אנו כי חלק מן העוולות הנטענות נגד המשיבות יונקות את חיותן מן הדין הכללי, וחלקן מדיני הצרכנות, ובעיקר מחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן, "חוק הגנת הצרכן") והכללים שהותקנו מכוחו. גם אבחנה זו מחייבת מעט הרחבה.

153. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המגדיר את הנושאים והעילות בהן ניתן להגיש תובענות ייצוגיות, מפנה לתוספת השנייה לחוק, בה נקבע כי ניתן להגיש "תביעה נגד עוסק, בהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". כלומר, לפי חוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה עוסק בגין כל עילה. לעניין זה ר' ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) 23)07, 673, להלן, עניין רחמן-נוני).

154. החוק החדש הסיר את כבלי הפלדה מרגלי התובעים הייצוגיים, ופתח את טרקלין התובענות הייצוגיות לכל מגוון העילות המתעוררות ביחסים שבין בנק ולקוח, מבטח למבוטח או עוסק וצרכן, ולא רק לעילות שהיו נקובות בחיקוק הספציפי מכוחו הוגשו התובענה והבקשה לאישור.

155. לענייננו, עומדות למבקשים מספר עילות תביעה ייצוגיות מן הדין הכללי, החל מיום 12/3/2006 עת נכנס חוק תובענות ייצוגיות לתוקפו. ובהתאם, יכולים המבקשים להגיש את התביעה כייצוגית, וניתן לאשרה כייצוגית, בגין העוולות הבאות שיפורטו בהמשך:

א. הפרת תנאי הרשיון: המשיבות פועלות בניגוד לרישיון המחייב אותן;

ב. הפרת חוזה: המשיבות הפרו את החוזה בין הצדדים, שהוא חוזה אחיד וסטנדרטי, בכך שגבו חיובים שאינם מתוארים בחוזה ושלא התקבל עליהם אישור מראש ובכתב;

ג. חוסר תום לב בקיום חוזה: המבקשים יטענו כי גם אם ההסכם מתיר למשיבות לחייב את הלקוחות, הרי שעצם חיוב הלקוחות בגין שיחות שלא נתממשו, ואף עשיית רווח על גב הלקוחות אגב כך, מהווה קיום בחוסר תום לב של החוזה.

ד. גזל על פי דיני הנזיקין: המשיבות גזלו גזל בכך שחייבו את המנויים בגין שירות שלא נתקבל בפועל;

ה. תרמית על פי דיני הנזיקין: המשיבות פעלו ופועלות בתרמית כלפי המבקשים ויתר המנויים בכך שהן מחייבות לפי רצונן ובלא הסכמת המנוי תוך ניצול שליטתן בחשבון הלקוח;

ו. עשיית עושר ולא במשפט: המשיבות עשו ועושות עושר ולא במשפט בכך שגבו חיובים שלא כדין לפי רצונן ובלא הסכמת המנוי תוך ניצול שליטתן בחשבון הלקוח, ובכך שעשו רווח על גבם של המנויים אשר לא קיבלו את השירות אותו ביקשו לקבל;

156. להבדיל מעוולות אלו על פי הדין הכללי, העוולות שיפורטו להלן לפי חוק הגנת הצרכן הן ברורות אישור כעילות תביעה ייצוגיות גם לפני יום 12/3/2006. המבקשים הינם מנויים והמשיבות הינן "עוסק". המבקשים יטענו כי המשיבות עוולו כלפיהם במספר עוולות צרכניות שיפורטו להלן, לפי חוק הגנת הצרכן, ובהם עוולות אלו:

א. הפרת חובת הגילוי: המשיבות הפרו את "חובת הגילוי לצרכן" הנקובה בחוק הגנת הצרכן, גם בשלב הטרם-חוזי וגם בשלב קיום החוזה, בכך שלא גילו ללקוחות כי הם יחויבו גם בגין "שיחות" שלא נתממשו, שהן שיחות עקרות.

ב. הטעיה טרום חוזית: בשלב הטרם-חוזי, המשיבות הטעו את המבקשים ואת יתר המנויים בכך שהסתירו את העובדה כי המנוי יחויב גם אם לא נתממשה כל שיחה אל היעד המבוקש.

ג. הטעיה פוסט-חוזית: בשלב קיום החוזה, המשיבות הטעו את המבקשים ואת יתר המנויים בכך שכללו בחשבון שיחות שלא התממשו, ללא הסכמת המנוי ובלא לספר על כך למנוי.

157. בחלק הבא נרחיב מעט יותר אודות עוולות החיוב (לפי הדין הכללי). לאחר מכן נרחיב אודות עוולות ההסתרה (לפי הדין הכללי ודיני הצרכנות).

158. נקודה נוספת הראויה לאזכור היא תבנית הלשון בה נקב המחוקק בתוספת לחוק תובענות ייצוגיות: **"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"**. תבנית הלשון בסוף המשפט מייצגת לחלוטין את הדיון בשאלה האם מי שמבצע את השיחה הינו מנוי רשום של המשיבות אם לאו. אין צורך שהלקוח (ובהם המבקשים) יתקשרו עם המשיבות במישרין, משום שהמחוקק הגדיר את היריבות באופן רחב הרבה יותר - **"בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"**.

159. הדברים עולים גם מכך שמאז כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות אין עוד צורך כי התובע יענה להגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן. לענין ר' החלטתו המאלפת של כב' השי' ד"ר בנימיני בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) (13)05, 807, בפסקה 26:

"על פי סעיפים 3(א) ו-4(א) לחוק, ועל-פי סעיף 1 לתוספת השניה לחוק, כאשר מוגשת תובענה ייצוגית נגד "עוסק", ניתן להסתמך גם על עילות וסעדים שמחוץ לחוק הגנת הצרכן, ובלבד שמדובר בתובענה שהיא "ביחס לעניין" שבין "לקוח" לבין "עוסק". כך מובהר במבוא לדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, כי: "בתוספת המוצעת נכללו כל התחומים המוכרים כיום, תוך הסרת המגבלות על היקף העילות באותו תחום במקרים המתאימים. בכך, למשל, לא יהיה עוד צורך בניהול התדיינות סביב הסיווג של העילה הצרכנית המועלית..."

דוק: סעיף 1 לתוספת השניה לחוק איננו מגביל את עילת התובענה הייצוגית ל"צרכן" בלבד, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, אלא חל על כל תביעה שבין "עוסק", כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, לבין "לקוח". המונח "לקוח" איננו מוגדר בחוק הגנת הצרכן, ויש לפרשו כפשוטו, כך שיחול על כל מי שרכש נכס או קיבל שירות מ"עוסק" במהלך עיסוקו. "צרכן", לעומת זאת, מוגדר בסעיף 1 לחוק כ"מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". לכן נפסק בעבר, לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות, כי כאשר התובענה הייצוגית מבוססת על עילה מכח חוק הגנת הצרכן, הקבוצה התובעת כוללת רק את רוכש הנכס, ולא כל מי שמשתמש בו. כמו-כן, הגדרת "צרכן" בחוק הוציאה מתחולתה כל מי שרכש נכס לצרכים שאינם אישיים, ביתיים או משפחתיים, והכוונה ללקוחות מוסדיים או עסקיים (ראה החלטתי בת.א. 1372/95, בש"א 5604/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, תק-מח 5896 (1)2005 (17.3.05)). כיום, אין חלות עוד מגבלות אלו בתובענה ייצוגית, שכן היא איננה חייבת להיות מוגבלת לעילה שמכוח חוק הגנת הצרכן, והיא גם אינה מוגבלת למי שמוגדר כ"צרכן".

160. לאור זאת, המבקשת 4, שהיא חברה בע"מ, יכולה להתייצב כתובעת ייצוגית בשם הקבוצה.

161. בכל מקרה, ולמען הסר ספק, המשיבות מנועות מלטעון כי ספקי שירותי הרט"ן הזרים בחו"ל הם שהסבו את הנזק או חלקו. המשיבות הן אלו שסיפקו את השירות באופן מקפח. השיחות בוצעו באמצעות המרכזיות שלהן, החיוב נעשה במערכות המחשוב והחיוב שלהן והן אלו שאוחזות בכספים שנגבו מן הלקוחות ביתר.

חלק ה' - עילות התביעה הנוגעות לחיוב היתר

162. כפי שהוטעם לעיל, המשיבות עוולו כלפי הלקוחות בעצם החיוב וגביית-היתר של התשלום בגין שניות או דקות כאשר לא נתממשה שיחה בפועל. לעניין זה מדובר בעוולה המגלמת מספר עוולות מן הדין הכללי ("עוולות החיוב"), שנפרט להלן.

ה1. פעולות בניגוד לרישיון

163. הרשיונות של המשיבות נסקרו בהרחבה לעיל (ר' פסקאות 14 עד 27 לעיל). המבקשים יטענו כי גביית תשלום בגין שיחה שלא מומשה, חורגת מן ההיתר לגבות בגין "שיחה", ולבטח שהיא חורגת מן ההיתר לגבות מן הלקוח תשלום רק החל מהתחלת השיחה.

164. הפרה של הרגולציה מגלמת עילת תביעה גם בתובענה ייצוגית. כך פירש זאת בית המשפט העליון לעניין הפרה של הרגולציה הבנקאית: בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) 07(23) 673 :

"שינוי נוסף שנובע מחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות הינו הרחבת עילות התביעה מכוחן ניתן לאשר תובענה ייצוגית נגד תאגיד בנקאי. בעוד שבעבר הוגבלו עילות התביעה האמורות לעילות חוק הבנקאות (שירות ללקוח), הרי שהיום לא קיימת הגבלה זו וניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד תאגיד בנקאי "בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (פריט 3 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות). לפיכך, ומשנקבע כי חוק תובענות ייצוגיות חל על המקרה דנא, הרי שאין מניעה כיום לברר את טענות המבקשים ביחס לקיומה של עילת תביעה מכוח הוראה 454".

165. "הוראה 454" בעניין רחמן-נוני היא הוראה 454 להוראות הניהול הבנקאי התקין שמוציא הפיקוח על הבנקים. היא רגולציה במדרג נמוך יחסית, וגם ביחס אליה ראה בית המשפט העליון את ההיתכנות לבסס עילת תביעה. כך גם בענייננו. הרשיון הוא המטריה הרגולטורית תחתיה פועלות המשיבות. הפרה של רגולציה (ככל שהופרה) מגלמת עילת תביעה למבקשים.

166. הפרת הרשיון מגלמת גם עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי ס' 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) תשכ"ח-1968 (להלן, "פקודת הנזיקין"):

"63. הפרת חובה חקוקה

(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני".

ה2. הפרת חובה והנזק 'עקב ההפרה'

167. המבקשים זכאים להשבה בגין הפרת החובה היות ונגבו מהם תשלומים שלא הוסכמו בין הצדדים.

168. ביצוע גבייה בגין שירות שלא ניתן, קרי שיחה שלא התקיימה, מפרה את הסכם ההתקשרות עם המנויים בכל אחת מן הפעמים שנגבו חיובים כאמור.

169. לפי ס' 2 ו-10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971 ("חוק התרופות"), זכאים המבקשים ויתר הלקוחות, כצד הנפגע בחוזה, לפיצויים בעד הנזק שנגרם להם עקב ההפרה ותוצאותיה, ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של הפרת החוזה. אין כל ספק כי על המשיבות "היה לראות מראש" מצב בו הן פוגעות בזכויות המנויים ומפרות את החוזה ו/או מחייבות את המנויים בחיוב עודף. לפיכך, זכאים המבקשים ויתר המנויים לפיצוי בגין הפרת החוזה, שהוא בשיעור הגבייה העודפת בגין כל השיחות העלומות.

3ה. חוסר תום לב בקיום החוזה

170. לחלופין לטיעון בדבר הפרת חוזה, ואם יקבע בית המשפט הנכבד כי הסכם כלשהו בין המשיבות לבין המנויים מתיר להן גביית תשלום בנסיבות המתוארות כאן, יטענו המבקשים כי עצם גביית התשלום, או לחילופין חילופין עצם גביית מלוא התשלום בגין שיחה עקרה שלא נתממשה, מהווה חוסר תום לב בקיום חוזה.

171. פסיקת בתי המשפט הטילה על ספקי תקשורת חובות כלפי לקוחותיהם וביניהן **חובת תום לב מוגברת המוטלת עליהם הן במשא ומתן והן בקיום זכות חוזית**, כמו גם החובה לנהוג בדרך מקובלת במשא ומתן. חובות אלו וחובת האמון המוטלות על עוסק בכלל נגזרות מעוצמתו של העוסק ומכוחו העדיף מול הלקוח, ומתוך האמון אשר מפקיד הלקוח בידי העוסק.

172. ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שכותרתו "קיום בתום-לב", קובע כך:

"בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".

173. כל חיוב של לקוח במלוא התשלום ועשיית רווח על גבו מבלי שהלקוח קיבל בפועל את השירות שביקש, מהווה מקרה ברור ומובהק של חוסר תום לב בקיום חוזה.

174. לחלופין - אם יקבע בית המשפט שהמשיבות זכאיות לחייב את לקוחותיהם בגין שיחות שלא התקיימו, דבר שהמבקשים כופרים בו, יטענו המבקשים כי אין לחייב את המנויים במלוא מחיר השיחה. המבקשים יטענו כי לכל היותר במצב דברים זה יש לחייב את הלקוח במחצית העלות שהייתה למשיבות לבצע את השיחה שלא התקיימה, ללא רווח, כך שהן המנוי והן החברה חולקים בהפסד. עם זאת מודגש בזאת: לדעת המבקשים אין כל דרך חוקית להטיל עליהם חיוב בגין שירות שלא ניתן. אי מימוש השיחה הינו אך ורק בעטיין של המשיבות ואין הן יכולות להטיל אחריות כלשהי למחדליהן ולכשלים שלהן על הלקוח.

175. כלומר, לכל היותר, המשיבות יכולות היו לחייב את הלקוחות במחצית העלות המינימלית של דמי הנדידה, שהוא חיוב בסכום ראוי, אם תיקבע אחריות כלשהי של לקוח לכך ששיחה לא קוימה. לפיכך, גם אם יטענו המשיבות כי למרות שלא הוסכם עם הלקוחות דבר לעניין שיעור הגבייה במקרה של שיחה שלא נתממשה, וכי הן זכאיות לתשלום כלשהו, הרי שהחוק מחייב במקרה כזה "קיום בסכום ראוי", כאמור בסעיף 46 לחוק החוזים שלשונו:

"חייב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".

176. אשר על כן, למשיבות לא תעמוד כל הגנה לגבייה מעבר לסך של מחצית דמי הנדידה המינימליים ביותר. למשל, ראינו כי במקרה של תעריפי השיחות לאיטליה, עלות דקה של "שיחה נכנסת כולל זמן אור" הוא 1.25 ש"ח, ולא 6.49 ש"ח כפי שהתעריף לדקת שיחה במסלול "חוו"ל מוזל" (ר' נספח י ו-נספח יא). על פי דוגמה זו, לסלקום קיימת, לכל היותר, זכות לגבות מחצית מ- 1.25 בגין דקה של "שיחה" שלא נתממשה, כלומר 67.5 אג".

ה. גזל לפי דיני הנזיקין

177. עצם ביצוע הגבייה האסורה על פי הדין והרישיון, מהווה גזל, לפי פקודת הנזיקין. הסעיפים הרלוונטיים קובעים כך:

52. גזל

גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא-כדין לשימוש עצמו מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובע, על ידי שהנתבע לוקח אותם, מעכב אותם, משמיד אותם, מוסר אותם לאדם שלישי או שולל אותם מן התובע בדרך אחרת.

55. החזרת הגזלה

בתובענה שהוגשה על גזל רשאי בית המשפט, לפי הנסיבות, לצוות על החזרת הגזלה, בנוסף על כל תרופה אחרת שנקבעה בפקודה זו או במקומה של תרופה כאמור. "

178. עצם גביית חיוב ללא הסכמה של הלקוח, בלא מתן שירות, ובניגוד למצגים והתחייבויות, היא בבחינת "העברה" או "עיכוב" של כספים "שהזכות להחזיקם היא לתובע". גם עצם עשיית רווח על גבו של לקוח, אשר לא מקבל את השירות שביקש לקבל היא גזל לשמו.

179. אין חולק כי גזלן מחויב להשיב את הגזילה לידי הנגזל. זאת יש להורות, בייחוד כאשר, במצבנו אנו, מדובר בגבייה ללא כל אישור מתאים ועל דרך חיוב אוטומטי של הלקוחות, באמצעות הוראת קבע.

180. זאת ועוד; קריאה של לשון החוק מלמדת את הברור מאלי: גזל הינה עוולה מתמשכת. הזכות לתבוע בגין הגזל קיימת ועומדת כל עוד הגזלן "מעכב" את המטלטלין או "שולל אותם מן התובע בדרך אחרת". כלומר, הזכות לתבוע קיימת בכל רגע מחדש ונולדת בכל רגע מחדש, כל עוד הגזל מעוכב על ידי המשיבות.

כלומר, הגזל קיים בשתי נקודות על ציר הזמן: גם בעת שכל משיבה "לקחה" את החיוב; וכל עוד המשיבה לא מחזירה לכל מנוייה את החיוב שגבו, ביודעה כי היא גבתה את החיובים הללו שלא כדין, ועל כן היא "מעכבת" את הכספים. עוולה זו הינה עוולה מתמשכת הנולדת כל יום מחדש, ועל כן היא תקפה גם לגבי כל החיובים העודפים שגבו המשיבות, והן "מעכבות" או שוללות מן הלקוחות, גם אם הגבייה מן הלקוח בוצעה בפועל לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות.

181. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שהמשיבה 1 יודעת, לפחות מאז פנייתו של המבקש 1, כי החיוב דנן הינו בניגוד להסכם ולדין. בכך שהמשיבה 1 אינה מגלה לכל המנויים כי היא גבתה מהם חיובים שלא כדין, המשיבה "שוללת בדרך אחרת" (גם בזמן הווה) מן המנויים את יכולתם להשיב את הגזל (למשל, על דרך נקיטה בהליכים משפטיים).

182. ברור כי קיים קשר סיבתי ישיר בין הגזל לבין הנזק, וכי למעשה, בעוללת גזל, אין נושא הקשר הסיבתי עולה לדיון ממשי, שכן הנזק הוא באופן ישיר וברור הסכום שנגזל כתוצאה ישירה ממעשהו של הגזלן.

ה. עשיית עושר ולא במשפט

183. המבקשים יטענו כי המשיבות עשו עושר שלא במשפט כאשר חייבו אותם בחיובים שאינם כדין בגין שירות שלא ניתן, ואף עשו רווח אגב כך. כל גבייה כאמור, מאחר שאין לה הסכמה של המנויים, דינה שליחת יד אל נכסי המנויים ועשיית עושר ולא במשפט. גבייה בגין שירות שלא ניתן היא עשיית עושר בצורתה הברורה ביותר. דין הוא כי העושה עושר ולא במשפט, ישיב את העושר שנתעשר לחברו.

184. הדברים פורטו בהרחבה בפרק שדן בשירותי הנדידה (ROAMING) והתשלומים שנגבים בגינם. לא יעלה על הדעת שהמשיבות ירוויחו משירותי הלקוח ביקש אך לא קיבל, מכל סיבה שהיא. המבקשים יטענו כי כל חיוב שנגבה מן הלקוחות, שעולה על עלות השיחה למשיבות, מהווה עושר שנעשה על גבם של הלקוחות שלא במשפט.

חלק ו' - עילות התביעה הנוגעות להסתרה של החיוב

185. מעבר לעצם החיוב הפסול של המבקשים ויתר הלקוחות בגין שניות או דקות שלא הביאו לכל שיחה בפועל, המשיבות עוולו שלל עוולות שכוננו לעיל "עוולות ההסתרה", והן נוגעות לאי-הגילוי מבעוד מועד או בדיעבד של דבר החיוב.

186. ההסתרה נעשתה בשתי נקודות על ציר הזמנים:

א. בשלב הטרום-חוזי, כלומר, בעת שהלקוח נרשם לשירות, או לפני ביצוע השיחה (בהנחה שכל שיחה היא עסקה נפרדת). בשלב זה מתגבשות מספר עוולות:

- חוסר תום לב בניהול מו"מ לכריתת חוזה;
- הפרת חובת הגילוי מדיני הצרכנות;
- הטעיה לפי דיני הצרכנות ותרמית לפי דיני הנזיקין;

ב. בשלב קיום החוזה בעת שהמענה הקולי מודיע את יתרת הדקות בכרטיס לפני ביצוע השיחה (בהנחה שכל שיחה איננה עסקה נפרדת) או לאחר סיום השיחה:

- חוסר תום לב בקיום חוזה;
- הפרת חובת הגילוי מדיני הצרכנות;
- הטעיה לפי דיני הצרכנות ותרמית לפי דיני הנזיקין;

187. למען הנוחות, ננתח את העוולות לפי כותרתן, ונתייחס אגב הניתוח אל שתי הנקודות על ציר הזמנים.

1.1 חוסר תום לב במו"מ לכריתת חוזה ובקיום החוזה

188. בסעיפים 170 עד 176 לעיל (בעמ' 34) ניתחנו את חוסר תום הלב של המשיבות בעצם החיוב של הלקוחות. הרקע הנורמטיבי המוזכר שם תקף ורלוונטי גם לעניין חוסר תום הלב המובנה בעצם ההסתרה של הכוונה לחייב את הלקוחות בגין שניות עקרות בהן אין מתקיימת כל שיחה, ו"קביעת עובדה בשטח", באופן חד צדדי. על האמור שם יש להוסיף גם את המפורט להלן.

189. עקרון תום הלב במשא-ומתן הטרום-חוזי מחייב כל צד לפעול בנאמנות כלפי הצד האחר. מחובה כללית זו נגזרת, בין היתר, חובתו של צד להליך המשא-ומתן לגלות למשנהו עובדות חשובות, לרבות אלו שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, זאת מקום שגילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה. כך סוכמו הדברים בד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו (פ"ד לז(4) 673, 697-696):

"כללי התנהגות נאותים אינם שתיקה והימנעות משקר בלבד... אלא הם אותם יושר והגינות המחייבים בנסיבות נתונות עשיית מעשה במקום שיהרשע היה יושב ושותק'... אי גילוי מקום בו מתבקש גילוי מהווה הפרה של חובת תום הלב... חובת תום הלב כוללת את החובה לגלות ולהבהיר עובדות מטריאליות לפני כריתת החוזה, אם הדבר מתחייב לאור מהותה של העסקה או לאור נסיבותיו של המקרה. חובת הגילוי היא תולדה של האמון המתחייב בין צדדים המנהלים משא-ומתן, ומקורו בחובה המשפטית, העולה מסעיף 12."

190. חובת הגילוי חלה גם מכוח הוראות דין ספציפיות וגם מכוח הדין הכללי. ר' למשל ע"א 1126/01 כ.א.ל. כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' א.י. פרסום חוצות בע"מ, פ"מ סג (1) 63, עמוד 70:

"יצוין כי בהיעדר הסדר חקיקתי ספציפי ניתן לגזור את חובת המנפיקים הפועלים בישראל למסור ללקוחותיהם את מלוא המידע החיוני להם מחובת הגילוי המוצאת ביטוייה בדיני החוזים, מעקרון תום-הלב הקבוע בסעיף 12(א) לחוק החוזים, מהוראות כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), תשנ"ב-1992 ומהוראות חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981".

191. המשיבות חטאו כלפי הלקוחות בחוסר תום לב לפני ההרשמה לשירות ולפני ביצוע השיחות. קיימת חזקה שבהגיון כי כל הלקוחות חפצו לשלם רק בגין שניות שיחה שהם צורכים בפועל.
192. המבקשים יטענו כי המשיבות או מי מטעמן מעולם לא גילו לפני/אחרי השיחה, כי החיוב יתבצע גם אם לא תתממש כל שיחה בפועל. בכך, פעלו המשיבות בחוסר תום-לב במו"מ, בניגוד לסי' 12 לחוק החוזים.
193. גם בשלב קיום החוזה כשלו המשיבות. צד המקיים חוזה בתום לב, חייב להודיע לצד השני אודות פרט כה מהותי בתנאי קיום ההסכם. הפסיקה שצוטטה לעיל מבהירה כי חובת תום הלב יוצרת גם חובת גילוי. המשיבות לפיכך גם בחוסר תום-לב בקיום חוזה, בניגוד לסי' 39 לחוק החוזים.
194. לאי הגילוי בשלב קיום החוזה או לפני כריתתו ישנם קווי-השקה לעולת אי הגילוי לפי חוק הגנת הצרכן, ועל כן נרחיב אודות עניין זה שם.
195. יש לראות כל שנטען לעניין אי הגילוי לפי חוק הגנת הצרכן, כאילו נטען גם לעניין קיום החוזה בחוסר תום לב.

21. אי גילוי לצרכן בניגוד לסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן

196. המשיבות עוולו כלפי הלקוחות בעוולה של אי גילוי בניגוד לסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן. בפרק זה נדון במהותה של העוולה באופן כללי, ובהתקיימותה באופן קונקרטי במקרה שבפנינו.

21(א) - מהותה של עוולת אי הגילוי לפי חוק הגנת הצרכן

197. המחוקק טבע בחוק הגנת הצרכן את סעיף 4 לחוק, הקובע כדלקמן:

4. חובת גילוי לצרכן

"(א) עוסק חייב לגלות לצרכן -

(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן

משמעותי מערכו של הנכס;

(2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה

למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;

(3) כל פרט מהותי לגבי נכס שקבע השר באישור ועדת הכלכלה של הכנסת;

אולם תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם, האיכות או התכונה או הפרט

המהותי בנכס היו ידועים לצרכן.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על שירות."

198. לא יכול להיות חולק כי חיוב בגין שניות או דקות בהן אין כל שיחה, כאשר לא מתממשת בסוף כל שיחה, הינה בגדר "פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת", "המפחיתים באופן משמעותי מערכו של" השירות.

199. עוולת אי הגילוי הינה העוולה המשלימה את עוולת ההטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. אלא, שהדגש בעוולה זאת, אינו נתון על היסוד הנפשי של הצרכן – הוטעה אם לאו – אלא על המחדל של העוסק.

למעשה, מדובר בעוולה המגדירה נורמה מינימלית של הגינות ושקיפות בין הצרכן לעוסק, המטילה על העוסק חובה לפרט ולהרחיב בגילוי הפגמים או התכונות הבעייתיות של הנכס / שירות.

מדובר בעוולה התנהגותית קלאסית, ולא בעוולה תוצאתית.

200. עוולה זו מגלמת "פאול טכני" של העוסק. למעשה, אין כל רלוונטיות ליסוד הנפשי של כל צרכן וצרכן. מדובר באי-גילוי סטטוטורי, אשר היווה עבירה מסוג אחריות מוחלטת בעבר, וכיום מהווה עבירה מסוג אחריות קפידה לאחר תיקון 39 לחוק העונשין (ר' סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

201. החובה שבחוק, מטילה על העוסק נטל: לדאוג שהצרכנים ידעו, כדי שיוכל לחייב את הצרכן. מדובר בחובה אקטיבית, לפרסם ולהודיע. אי קיום אותה חובה אקטיבית, היינו מחדל, מהווה כשלעצמו עוולה, בין שהצרכן דרש והתעניין ובין שלא. קובע סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן כי הנטל הוא על העוסק לגלות את הפגמים לצרכן:

"(א) עוסק חייב לגלות לצרכן -

(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן

משמעותי מערכו של הנכס."

202. בית המשפט המחוזי בתל אביב, כב' השי' ד"ר פלפל, פירש לראשונה עוולה זו בתובענה ייצוגית נגד חברת תקשורת, במסגרת ת.א. 2677/05 (בש"א 27467/05) יוסי ניר נ' בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 2008(1), 10988, בפסקאות ה-1 להחלטה (ניתנה ביום 6/3/08¹):

"די בכך שלא מולאה חובת הגילוי, למעשה מכל סיבה שהיא, אם זו קיימת, כדי להגיע למסקנה, שבזק לא מילאה את התחייבותה להודיע לצרכן על ירידה בערך השירות שהוא מקבל מידי יום במהלך ההתקשרות, וכי שירות זה גם אינו על-פי ההתקשרות החוזית, וגם אין מחזירים לו כספים בגין כך.

המתקשרים אינם עשויים מקשה אחת.

חלק מהם- ואולי הרוב - נהנה משירות הגלישה, מבלי לדעת או להבין את כל הדרך החשמלית והדיגיטלית המסועפת שמאפשרת להם הנאה מעין זו, בגינה הם משלמים תשלום כולל לבזק.

הם ה"תם" שבהגדה לפסח, עליו נאמר: "את פתח לו"; שכן אפילו את השאלה הנכונה הוא אינו יודע לשאול ו/או להצביע על המהות של התקלה, בהבדל מתיאור כזה או אחר שלה.

למה הדבר דומה? לאדם הנוסע במכונית, הוא נהנה להשתמש בה, אבל אינו יכול לתקנה או להבין תקלות שקורות בה. אם החברה המייצרת גילתה באקראי, או בתוך תהליך של בקרה מתוכנן, שפס ייצור מסויים נפגם, מוטלת עליה החובה להודיע ללקוחותיה אודות הפגם ולתקנו; ודבר זה כבר קיים במקומותינו.

ברמה הרעיונית, אין הבדל בין השירות הניתן למכונית מטעם החברה המייצרת, לבין השירות שניתן למכשירים השונים המאפשרים גלישה, מטעם החברה המתחזקת ו/או נותנת השירות.

1. האם חבה בזק בחובת גילוי לצרכניה לענין ירידה במהירות הגלישה ו/או משמעות הניתוק?

התשובה חיובית.

סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981 קובע, כי יש לגלות לצרכן, וכי תיחשב זו כעוולה:

¹ על החלטה זו הגישה בזק בקשת רשות ערעור - רע"א 3184/08, אשר טרם נדונה.

”(א) אי-גילוי של פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת המפחיתים באופן משמעותי מערכו של השירות”.

עלה מהטיעונים, כי החיוב הוא חודשי, לפי סוג החבילה, ולא לפי "כמות" הגלישה. מכאן שיש חשיבות הן לתקלת הניתוק והן לתקלת הירידה בגלישה. כפי שציינתי לעיל, ניתוק משמעו היעדר קשר בין ספק התשתית (בזק) לספק התוכן. בזק חייבת ליידע את הצרכן שהוא לא יכול לקבל את השירות החוזי שהזמין, או בכלל, או שעליו להזמין מהירות גלישה שונה.

ירידה במהירות גלישה - משמעה, שהצרכן אינו מקבל את השירות שהזמין.
בשני המקרים המדובר בנכס או באין נכס שונה מההסכם שבין הצדדים.
לאור כל האמור לעיל, אני קובעת כי קיימת עילת תביעה, בנושא של אי-גילוי אודות התקלה ו/או החזרת כספים בגין ירידה בערך החבילה החוזית.

בנוסף, נראה כי גם מכח החוזה שבין הצדדים, בין אם נכתב בו מפורשות ובין אם יפורש על-פי הוראות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973, שאמורות להצטרף לכל מסמך חוזי ולהפעיל כל דין (ר' ע"א 3912/90 Eximin S.A תאגיד בלגי, נ' טקסטיל הנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64), מוטלת חובה מעין זו על המשיבה להודיע לאידך גיסא, שאין היא יכולה לעמוד בהוראות החוזה שנקשר עימה, ולבצע השבה במידה וגבתה כספים עודפים, בהתאם למצב החוזי "המתוכנן" ולא זה שבוצע בפועל".

203. כב' הש' ד"ר לפלפ ניתחה את חובת הגילוי לפי ס' 4 הנ"ל מתוך נקודת מוצא כי מדובר בעוולה פוסט-חוזית, היינו עוולה המתרחשת לאחר ההתקשרות עם הספק.

204. תמציתו של דבר: על המשיבות חלה חובה אקטיבית לגלות לצרכנים גילוי מלא ונאות אודות הפגמים בשירות, ולבטח אודות העובדה כי הם יחוייבו גם אם "השיחה" לא תתממש. אף לא אחת מהן גילתה בטרם השיחה או אחריה כי הלקוח יחוייב גם אם השיחה לא תתממש. הן הותירו את הלקוחות בחוסר ידיעה ובחוסר הבנה כי ישלמו / שילמו בגין מוצר פגום.

205. מרבית המנויים של המשיבות יגלו את העובדה המרה כי הם שילמו בגין "שיחות" שלא נתממשו, רק עם הגשת התובענה דן.

206. על המשיבות מוטל הנטל הכבד להוכיח כי גילו למבקשים ולשאר הלקוחות את דבר הגבייה העודפת. בענייננו, המשיבות לא יעמדו בנטל כבד זה.

21(ב) - תוצאת אי הגילוי - אנלוגיה לעוולות גזל ושליחת יד

207. עוסק חייב לגלות לצרכניו את הפגמים או ה"איכות הנחותה" של השירות או הנכס. יותר מכך, עוסק חייב להודיע זאת לצרכנים בטרם גביית המחיר עבור השירות או הנכס. הגילוי הוא המקנה לעוסק את הזכות לגבות את התשלום בגין השירות.

א. המשמעות הנובעת מכך הינה כי על עוסק נאסר לגבות תשלום בגין נכס /שירות אם לא עמד בחובת הגילוי.

ב. ודוק: המשמעות הינה מעבר לפרסום הפגם או האיכות הנחותה. המשמעות הינה קיומו או היעדרו של היתר לעוסק לגבות את התשלום.

ג. המחוקק למעשה מניח כי ללא הגילוי, אין הסכמה אמיתית בין הצדדים לגביית התשלום בגין השירות או הנכס הפגומים.

ד. אי גילוי של פגם או איכות נחותה, או גביית תשלום ללא הגילוי, הינם מעשה אסור, ותוצאתו, מנייה וביה, הינה גביית תשלום שנאסר על פי דין.

208. מאחר והעוסק גובה כספים, לכאורה ללא הסכמת הצרכן וללא היתר כדין, התוצאה הינה גזל לפי דיני הנזיקין כמו גם שליחת יד המקימה חובת ההשבה.
209. אין חולק כי גזלן מחויב להשיב את הגזילה לידי הנגזל. זאת יש להורות. בייחוד כאשר, במצבנו אנו, מדובר בגבייה אשר לפי חוק הגנת הצרכן העוסק אינו רשאי לגבותה, ולפיכך פעולתו נעשתה תוך הפרת איסור חוקי (ומכאן גם חוזי). ועל כן, חייב העוסק בהשבה.
210. חובת ההשבה החלה על עוסק משולה לחובת ההשבה החלה על רשות ציבורית כאשר זו גבתה אגרה שלא כדין:
- "גם בישראל הכלל הוא כי במקרה בו רשות ציבורית גבתה תשלום שלא כדין זכאי האזרח להשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. " (ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין נ' עיריית חולון, פ"ד נו (4) 117, פסקה 8 לפסה"ד, והפסיקה הענפה המצוטטת שם).*
211. נקדים ונטען, כי קיים קשר סיבתי ישיר בין הגזל לבין הנזק, וכי למעשה, בעוולת גזל, אין נושא הקשר הסיבתי עולה לדיון ממשי, שכן הנזק הוא באופן ישיר וברור הסכום שנגזל כתוצאה ישירה ממעשהו של הגזלן.
- חיוב חשבונם של המבקשים בתשלום בגין שיחות עלומות שלא נתממשו, הוא הנזק הנובע מעוולת אי-הגילוי באופן ישיר. הרי אם היו מיידעות המשיבות את הלקוחות בדבר הפגם בשירות, היו נוהגים כל המנויים ממש כמו המבקש 1, פונים אל המשיבות, ומקבלים זיכוי. בכך נתקיים קשר סיבתי בין העוולה - אי הגילוי הנאות השוללת את חוקיות גביית התשלום - לבין הנזק למבקשים.
212. ולמען הסר ספק נדגיש זאת: עוולת אי הגילוי הנאות לפי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן איננה עוולה טרום חוזית. לא ניתן ללמוד זאת מלשונה ולא מהכוונה שבכינונה של ההוראה. מדובר בעוולה המתפרסת לכל אורך "השירות", שהרי "שירות" מטבעו, משתנה ומתעדכן חדשות לבקרים. כך למשל, ייתכן כי מספר חודשים לאחר מכירת רכב יגלה העוסק-המוכר כי ברכב שמכר יש פגם בייצור. ייתכן כי מספר חודשים לאחר התקשרות לאספקת מים מינרלים, יגלה הספק-העוסק כי ישנו זיהום במתקן הביקבוק. חובת הגילוי קיימת, לפיכך, לכל אורך היחסים החוזיים בין העוסק לצרכן, ולא רק בשלב הטרם-חוזי. כך קבעה כב' השי' ד"ר פלפל בת.א. 2677/05 (בשי"א 27467/05) יוסי ניר נ' בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 2008(1), 10988.
213. ברי כי מדובר בהוראה סטטוטורית שנועדה ללוות את מערכת היחסים שבין הצרכן והעוסק, לכל אורכם, לפני השירות, תוך כדי השירות ובהודעות שלאחר מתן השירות.
214. כך או כך, וגם אם מדובר בעוולה טרום חוזית, הרי שעוולה זו אכן נתקיימה בשלב שלפני כניסתם של המבקשים למסלול "חוו"ל מוזל" או לפני כל נסיון לבצע שיחה.

31. הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן

215. המבקשים טוענים כי בגביית דמי המנוי הפרו המשיבות את החובה המוטלת על עוסק לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שלא לעשות דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת - העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה.

31(א) - עוולת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן - כללי

216. סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן קובע:

"לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה² - העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה (להלן - הטעיה). בלי לגרוע מכלליות האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:

- ... (1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של הנכס או השירות;
- (4) השימוש שניתן לעשות בנכס או השירות, התועלת שניתן להפיק מהם...
- (11) התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם;
- (13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית;

217. הטעיה כמובנה בסעיף 2 הנ"ל, הינה הצהרה כוזבת, כלומר מצב דברים שבו קיים פער בין המצג שנעשה (הדברים שנאמרו או שהוסתרו) לבין המציאות הלכה למעשה. היא עשויה להתקיים במעשה – מקום שהמטעה מציג פרט שאיננו נכון; והיא עשויה להתקיים במחדל – מקום שהמטעה איננו מגלה פרט מהותי לעסקה, שהיה עליו לגלותו על-פי דין בנסיבות העניין [ר' לעניין זה: רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד (1) 600, בעמ' 607; וכך: ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (כרך ב'; תשנ"ג) בעמ' 787 (להלן, פרידמן וכהן); ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה שניה; תשנ"ה) בעמ' 225].

218. עילת ההטעיה הצרכנית, הקבועה בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שונה מעילת ההטעיה הקבועה בדיני החוזים הכלליים (בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), והיא רחבה הימנה במובנים רבים (ר' דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך א, תשס"א) בעמ' 373 ואילך). כך למשל, איסור ההטעיה מכוח חוק הגנת הצרכן, אינו מותנה בכך שהצד הטוען להטעיה אכן טעה ובשל טעותו זו התקשר בחוזה. לענין הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן, די בכך שהעוסק עשה דבר "העלול להטעות".

219. לעניין זה ניתן להדרש לפרשנות שנתן בית המשפט העליון בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה (4) 584, 597, להלן, עניין ברזני. כב' הש שטרסברג-כהן קבעה כי -

"הצרכן התובע מכוח החוק אינו נדרש להראות כי הוטעה בפועל לשם הקמת עילה לתביעת פיצויים בגין הפרת "איסור ההטעיה" הקבוע בסעיף 2(א) לחוק. די בכך שיראה כי העוסק עשה מעשה העלול להטעות צרכן..."

כב' הנשיא ברק הסכים עם השי שטרסברג-כהן וקבע כי-

"ודוק, סעיף 2 לחוק אינו דורש הטעיה הלכה למעשה. כל שנאסר על-פיו הוא עשיית דבר העלול להטעות צרכן". מטרתו של איסור זה להבטיח כי הצרכן יקבל מידע מלא ואמיתי. האיסור שנקבע בסעיף 2 לחוק אינו איסור "תוצאתי"; הוא איסור "התנהגותי". (שם, בעמ' 608).

² ביום 13/12/05 תיקנה הכנסת את לשון הסעיף, בסעיף 2(א), ברישה, אחרי "בכל דרך אחרת" יבוא "לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה". הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת - 93, מיום י"ט בתמוז התשס"ה (26 ביולי 2005), עמ' 254.

220. בחוק הגנת הצרכן יצר המחוקק חזקות לעניין ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן. הרשימה, הבלתי ממצה, שפירט המחוקק בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן קובעת (בין השאר) כי הטיב, המהות והשימוש ניתן לעשות בנכס או בשירות, הם עניינים מהותיים שלגביהם אסור לעוסק לעשות דבר העלול להטעות. כן קובעת הרשימה מספר עניינים מהותיים נוספים שנידרש להם להלן.

3(ב) - ההטעיה במקרה דנן

221. ההטעיה, שבוצעה כאמור הן במעשה והן במחדל, נוגעת ל"עניינים מהותיים" המפורטים בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. באופן קונקרטי, נתייחס למספר חלופות הנמנות בחוק כעניינים מהותיים:

א. "הטיב, המהות, הכמות והסוג של הנכס או השירות" - לפי סעיף 2(1):

- (1) ברי כי עצם העובדה שנגבה תשלום בגין שיחה שלא נתממשה לכלל "שיחה", נוגעת ל"טיב" ול"מהות" של השירות. הרי הצרכן מתקשר עם המשיבות לשם קבלת שירותי "שיחה" בחו"ל, ולא לשם "נסיון לשיחה" או "חצי שיחה".
- (2) קיומה של שיחה והשלמתה של השיחה, היא לב העניין, העצם של הכלב, ובלשון החוק: "הטיב והמהות". אם המשיבות לא מגלות, לפני הרשמה לשירות "חו"ל מוזל" או לפני ביצוע השיחה או לאחר ביצוע השיחה כי הלקוח יחוייב בכל מקרה, גם אם לא תמומש שיחה, הרי שהן מטעות לגבי "הטיב והמהות" של השירות.

ב. "השימוש שניתן לעשות בנכס או השירות, התועלת שניתן להפיק מהם" - לפי סעיף 2(4):

- (1) עלות השירות משליכה במישרין על התועלת של הלקוח. ברור כי עוסק המתיימר לספק שירות CALLBACK לשיחות מחו"ל, מכון לכך שהצרכנים ירכשו את השירות בשל "התועלת" הכספית של השירות המוצע.
- (2) הרי השירות מכונה "חו"ל מוזל" או "חו"ל חסכון" או "חסכון עולמי". המטרה היא חסכון, שהיא נדבך מרכזי, אם לא היחיד, ב"תועלת" של השירות.
- (3) אין ספק, כי התועלת הכספית של השירות מושפעת בצורה דרמטית מן החיובים העודפים. ראינו לעיל כי אצל המבקש 2 מהווים החיובים העודפים כ- 66% מעלות השיחות שביצע באמצעות מסלול חו"ל מוזל. מבחינה אפקטיבית, הוא שילם פי שלושה בגין השיחות שביצע.
- (4) המחיר האפקטיבי שמשלם הלקוח (סך דקות השיחה בפועל, ביחס לסך הכולל ששילם בגין שירות חו"ל מוזל לגבי כלל השיחות לרבות השיחות העקרות), הוא המגלם את "השימוש שניתן לעשות בנכס" או "התועלת שניתן להפיק ממנו".
- (5) הדברים נלמדים באנלוגיה גם מס' 67.4(ג)3(3) ברשיון של המשיבות, המחייב אותן לגלות ללקוח את המחיר האפקטיבי של דקה שיחה, ב"תעריף משתנה":

"מחירה של שיחת טלפון (VOICE) הכולל תעריף משתנה, יוצג במסגרת חשבון המוגש למנוי כמחיר ממוצע לדקה, אשר יחושב על-פי סכום התשלום עבור אותה שיחה כשהוא מחולק בסך הדקות שלה. בפסקה זו "תעריף משתנה" - תעריף המשתנה במהלך השיחה על-פי אמות מידה שונות, כגון תעריף ההולך ופוחת ככל שהצריכה גדלה, או תעריף המשתנה בשל מעבר בין "זמן שיא" ל"זמן שפל" במהלך השיחה או להיפך."

ג. "התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למפרט או לדגם" - לפי סעיף 2(11): השירות שסופק בפועל למבקשים, שכלל חיוב בגין "שיחות" שלא נתממשו, אינו בהתאם לרישיון של המשיבות שנסקר לעיל, ועל כן אינו מתאים "לתקן, למפרט או לדגם".

ד. "המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר" - לפי סעיף 2(13): המבקשים יטענו כי "המחיר הרגיל" של שיחות שלא התקיימו הינו אפס ש"ח. המשיבות הטעו את הלקוחות, גם לפני הגבייה וגם לאחר הגבייה בפירוט השיחות, בכך שציינו מחיר שאינו "המחיר המקובל" (אפס ש"ח לדקה).

222. לאמור, כי המשיבות הטעו את לקוחותיהן בארבעה סוגים שונים של הטעיה, כהגדרתה בדין. המשיבות יידרשו להתגונן בפני ארבע טענות שונות להתהוותה של עוולת ההטעיה, בגין ארבעה "עניינים מהותיים" שהגדיר המחוקק.

223. כל צרכן (לרבות המבקשים) מצפה כי לא יגבו ממנו תשלום כאשר הוא לא ביצע "שיחה".

224. המשיבות אינן מפרטות את השיחות בחשבון שהן משגרות אל הלקוחות, אלא רק "שורה תחתונה". הלקוח צריך לטרוח ולבקש פירוט שיחות, ורק אז הוא יכול - אולי - להבין כי חיוב ביתר. סביר שגם אז לא יוכל להבין זאת, משום שפירוט השיחות עצמו אינו מגלה זאת.

225. המבקשים ידגישו כי המשיבות הטעו אותם הן במעשה והן במחדל. הן לא גילו את שידעו לגבי החיוב של הלקוח גם אם שיחה לא תתממש לכלל "שיחה", לא בשלב הטרומ-חוזי ולא בשלב קיום החוזה. המבקשים, כמו גם הלקוחות האחרים שנפגעו מהתנהגות המשיבות, לא היו צריכים לנחש זאת, אלא אם כן, מאן דהוא אצל המשיבות היה מסב את תשומת ליבם לכך. המשיבות הן שהיו צריכות ליזום את הגילוי ללקוחות, גם במסגרת פירוט החשבונו.

לעניין זה יפים דברי כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני בת.א. 1465/03 (בש"א 8232/03) לוק נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, תק-מח 2005(2), 562 (2005) (להלן, עניין לוק) בפסקה 46 להחלטה, העוסקת בעוולת ההטעיה לפי חוק הבנקאות שהיא עוולה מקבילה להטעיה לפי חוק הגנת הצרכן:

"לדעתי, איסור ההטעיה במחדל הקבוע בסעיף 3 לחוק הבנקאות, אשר חל על כל מעשה או מחדל העלול להטעות לקוח בענין מהותי, מחייב את הבנק ליתן ללקוח, ביוזמת הבנק מידע מלא על חיובים שהבנק החליט לרשום, על דעת עצמו, בחשבון הלקוח. מדובר בהוצאות מימוש או הוצאות משפטיות של הבנק, אשר הלקוח לא יכול לדעת עליהם אם לא קיבל על כך דיווח מהבנק. גם אם הלקוח מבחין בחיובים אלו בדפי החשבון, הוא איננו יכול לדעת מה פשרם, בלא שקיבל הסבר מן הבנק על כך. הוא גם אינו יכול לדעת בגין אלו הוצאות שהוציא הבנק נרשמו חיובים אלו בחשבונו, כדי לבחון האם הם מוצדקים מבחינת הצורך בהוצאתם וגובהם. הלקוח גם איננו יודע האם רשות שיפוטית או ההוצאה לפועל אישרה הוצאות אלו, שכן הבנק איננו שולח ללקוח את האסמכתא לחיוב. הבנק אף אינו טורח לידע את הלקוח כי רישום חיובים אלו איננו מחייב אותו כל עוד לא ניתן אישור כאמור לגבייתם.

כל אלו הם פרטי מידע מהותי שהבנק מסתיר מן הלקוחות המשפטיים, למרות שללקוח המשפטי בהחלט יש אינטרס לדעתם, כפי שבואר לעיל. הואיל ומדובר בתנועות בחשבון שהבנק יזום אותם, ואין מדובר בחיובים בגין שירותים שהלקוח ביקש, חייב הבנק ליתן ללקוח ביוזמתו דיווח מלא על פעולות אלו. רישום חיובים בחשבון שהלקוח כלל איננו יודע את טיבם, מהוה, לכאורה, הטעיה במחדל לפי סעיף 3 לחוק הבנקאות. הלקוח עלול לסבור בטעות כי חיובים אלו מהווים חלק מיתרת החובה שלו לבנק, אף כי הם לא אושרו לגביה. ואם אושרו לגביה, הוא עלול לסבור בטעות שיתרת החובה שלו נובעת כל כולה מן האשראי שנטל מהבנק ומריביות, והוא איננו יודע כי יתרת החובה כוללת גם הוצאות משפטיות שאושרו לגביה".

226. יוצא אפוא, כי הדברים שנכתבו לעיל בהקשרה של חובת הגילוי בנסיבות דן יפים גם לעניין ההטעיה. ודוק: החובה המוטלת על העוסק להציג עובדות, או להימנע מלהציגן, בדרך כלשהי (בכתב, בעל פה או בדרך אחרת), באופן "העלול להטעות" צרכן נגזרת מהוראת סעיף 2 הנ"ל ואין העוסק מופטר ממנה, בין אם קיים את חובות הגילוי המוטלות עליו לפי ס' 4 לחוק ובין אם לאו.

227. יודגש כי ההטעיה נעשתה לפני מתן כל שירות, היינו לפני כל שיחה או לפני כל נסיעה לחו"ל במסגרתה השתמש כל מנוי בשירות חו"ל מוזל. ר' ע"א 725/87 **חברת ביר-סל סחר מזול בע"מ נ' חברת אוליבקס בע"מ**, פ"ד מד (1), 177, 180-181:

בע"א 377/82 הנ"ל, בעמ' 732, מובאים, בהסכמה, דבריו של ז' צלטנר בספרו דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, כרך א, תשל"ד) 169, כי המונח "עיסקה" הינו "מצב עובדתי-מסחרי, היכול לשמש יסוד לצמיחת עילות וטענות משפטיות". מן הראוי להוסיף את שנאמר שם, כי הדיבור "עיסקה" אינו מתייחס למושג משפטי, דוגמת הביטוי "עילה"... יש, איפוא, להבחין בין עיסקה ועילה, ונראה שהמחוקק רצה להגביל את אפשרות הקיזוז".

פירוש זה ל"עיסקה" מביאנו לפירושה של "עיסקה אחת". זו תהא, על-כן, עיסקה מסחרית העומדת בפני עצמה, הניתנת לניתוק מסחרי מעיסקה אחרת שבין אותם צדדים, גם אם קיימת מסגרת עסקית רחבה יותר ביניהם.
בעניין דנא קיים "הסכם מסגרת" כללי בין הצדדים על היות המערערת סוכנת לשיווק מוצריה של המשיבה. במסגרת זו סיפקה מדי פעם המשיבה למערערת מתוצרתה. כל משלוח סחורה אשר כזה הינו עיסקת מכר עצמאית בין הצדדים, הניתנת לניתוק, מן הבחינה העסקית, מהסכם הסוכנות, ואין המדובר "בעיסקה, שפוצלה למשלוחי סחורה שונים".

228. כך או כך, הכנסת פטרה את המבקשים ואת בית המשפט מן המגבלה הטרומ-חוזית שחלק מן השופטים ראו בחוק הגנת הצרכן. כיום, כאמור, לאחר תיקון מס' 18 לחוק הגנת הצרכן, אין כל חולק כי אין המדובר אך בהטעיה טרום חוזית: ביום 13/12/05 תיקנה הכנסת את לשון הסעיף, ובסעיף 2(א), ברישה, אחרי "בכל דרך אחרת" הוסיפה את המילים "**לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה**".

לתיקון זה תחולה רטרואקטיבית, כפי שקובע סעיף 2 לתיקון מס' 18, וכפי שעולה בבירור מן הדין במליאה מיום 13/12/05 (ר' להלן).

תיקון זה, פטר גם את המשיבות מן הטיעון המייגע בדבר התחולה הטרומ-חוזית (לכאורה) של חוק הגנת הצרכן, ומייתר כרך אסמכתאות שלם שהמשיבות מורגלת לשכפל בתשובותיהן לתובענות ייצוגיות.

229. **הרקע להצעת החוק³, היה כמובן, הקול הקורא שיצא מעת כב' הש' ד"ר פלפל בהחלטתה בת.א. 2474/02 רותם תומר נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, דינים מחוזי, לד (4) 477:**

³ הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת – 93, מיום י"ט בתמוז התשס"ה (26 ביולי 2005), עמ' 254. בהקשר זה, חשוב להזכיר גם את הצעת החוק הפרטית שהגיש ח"כ ארדן בנושא: **הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון - הזכות לתובענה ייצוגית בחוזי התקשרות ארוכי טווח)**, התשס"ד-2004. הצעת חוק זו נועדה לתקן את המצב שהיה קיים בעבר, ולאפשר לצרכנים להגיש תובענות ייצוגיות נגד ספקים של שירות ארוך טווח, למשל בתחום הסלולר, במקרה של פגיעה בלקוחות במהלך התקופה של חוזה שירות ארוך-טווח: מפסקי דין רבים (לדוגמה: פסק דינה של השופטת ד"ר פלפל בת"א 2474/02) עולה כי חוק הגנת הצרכן אינו מאפשר להגיש תובענה ייצוגית נגד ספקים של שירות ארוך טווח (אינטרנט, סלולרי, כבלים, לויג וכדומה) במקרה שתנאי השירות אותו הם מספקים השתנו לרעה במהלך ההתקשרות, שכן חוק הגנת הצרכן מגן רק על השלב הטרומ חוזי בו מוצעת לצרכן העסקה הראשונית ולא על שינויים שנעשו בשירות במהלך תקופת ההתקשרות. לקונה זו גורמת לפגיעה בצרכנים שאינם יכולים להתאחד לתביעה ייצוגית וכן לעומס על בתי המשפט המוצפים תביעות של יחידים נגד חברות גדולות. בית המשפט עצמו קרא לתיקון סעיף זה והצעת חוק זו באה לאפשר לצרכנים לתבוע בתביעה ייצוגית גם במהלך ההתקשרות עם הספק ולייעל את ההליך המשפטי של תביעות צרכניות אלו.

"הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 19) (הטעיה לאחר התקשרות בעסקה), התשס"ה-2005 המתפרסמת בזה, **באה להרחיב את איסור ההטעיה הקבוע בחוק**, כך שיחול גם על הטעיה מצד עוסק, שנעשתה לאחר מועד ההתקשרות בעסקה, ואף בנסיבות התקשרות בסיום העסקה. התיקון האמור נועד להגן על צרכנים המתקשרים בחוזים ארוכי טווח, **במיוחד בחוזים למתן שירותים בטכנולוגיות משתנות, שעשויים להתעדכן מדי פעם** (למשל בשירותי הטלפון הנייד, שידורי הכבלים והאינטרנט), ולאפשר להם לתבוע מכוח החוק בשל הטעיה, וכל להגיש תובענה ייצוגית מכוח החוק בשל הטעיה במהלך תקופת ההתקשרות, כפי שהמליץ בית המשפט המחוזי:

"אני מנצלת הזדמנות זו ופונה למחוקק, שיתקן את החוק לעניין תובענות ייצוגיות, ויאפשר במסגרת הגנת הצרכן לעשות שימוש במכשיר חשוב זה לעניין חוזי שירות ארוכי טווח" (השופטת פלפל בת"א 2474/02...).

230. הדברים באים לידי ביטוי גם בפרוטוקול מליאת הכנסת מיום 13.12.05, בעת ההצבעה על תיקון חוק הגנת הצרכן. וכך נאם ח"כ ארדן:

"מה אומרת הצעת החוק? הצעת החוק לקחה **מצב מעוות, שלפיו חברות הענק, חברות סלולר, חברות אינטרנט, כל החברות הגדולות הטעו ורימו צרכנים, לא לפני ששכנעו אותם להתקשר, אלא אחרי שהן לכדו אותם**. התקשר האזרח המסכן, ולאחר מכן מה שהבטיחו לו התחילו לאט-לאט לצמצם. החברות, על מה הן בונות? שאזרח שרימו אותו ב-400 שקל לא ילך להגיש תביעה, הוא לא ייקח עורך-דין, הוא לא ילך לבתי-משפט, והחברות עשו מה שהן רוצות.

לכן, הצעת החוק שעזרת רבות לקדם אותה אמרה, שלא רק בשלב הטרם-חוזי אנחנו מאפשרים לצרכנים להתאגד יחדיו לתובענה ייצוגית, לחסוך בשכר טרחת עורך-דין, גם לייעל את ההליכים וגם לייעל את ההליכים בבתי-המשפט, אלא גם בגין הטעיה שהטעו אותם לאחר שהם התקשרו".

231. אמור מעתה: בתקנו את החוק, המחוקק התכוון במפורש, במובהק ובמתכוון לפגיעה בלקוחות לאחר שהתקשרו עם חברות תקשורת, **"במיוחד בחוזים למתן שירותים בטכנולוגיות משתנות, שעשויים להתעדכן מדי פעם (למשל בשירותי הטלפון הנייד, שידורי הכבלים והאינטרנט)**".

232. ולענייננו: מאחר שחוק הגנת הצרכן מחיל את עוולת ההטעיה "לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה", ניתן לטעון כי היא מתקיימת לאחר שהמבקשים ויתר הלקוחות הצטרפו בדרך זו או אחרת אל שירות 'חו"ל מוזל' או ביצעו שיחות. מאחר שההטעיה של המשיבות נמשכה גם בשלב החיוב, יטענו המבקשים כי אילו ידעו בעת קבלת דף החשבון כי השיחות העלומות הינן שיחות שלא נתממשו והמשיבות לא רשאיות לחייב בגינן, היו פונים אל המשיבות כמו המבקש 1, מבקשים זיכוי ומונעים את הנזק.

233. בכך נתקיים קשר סיבתי מושגי וקונקרטי בין העוולה לבין הנזק, היינו התשלום העודף. במילים אחרות, המבקשים טוענים כי נתקיים קשר סיבתי בין ההטעיה שהוטעו לגבי החיוב העודף, לבין הנזק שנגרם להם בעצם התשלום או בעצם אי בקשת זיכוי.

41. תרמית לפי דיני הנזיקין

234. סעיף 56 לפקודת הנזיקין קובע כך :

”56. תרמית

תרמית היא הצג כוזב של עובדה בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות-ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כוזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו ; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק-ממון. ”

235. עוסק חייב לגלות לצרכן את החיובים שייגבה בגין שירות מראש. **הגילוי והסכמת המנוי הם המקנים לעוסק את הזכות לגבות את התשלום בגין השירות** כפי שהוא נקבע בין הצדדים.

א. המשמעות הנובעת מכך הינה שלעוסק אסור לגבות את החיוב האמור.

ב. ללא גילוי וללא הסכמה בכתב בהסכם, אין הסכמה אמיתית בין הצדדים לגביית התשלום בגין שירות שלא ניתן.

236. עוד יצוין כי התרמית הינה עוולה מתמשכת, ולא בוצעה רק בעת החיוב. כל עוד המשיבות אינן פונות לכל מנוייהן ששילמו בגין חיובים שלא כדין, ומגלות להם כי גבו מהם תשלום שלא על פי ההסכם, הרי שהן מבצעות תרמית על דרך המחדל.

חלק ז' - סוגיית הקשר הסיבתי

237. בחלק זה נידרש למספר היבטים אנליטיים הנוגעים לשאלת הקשר הסיבתי בין העוולות שביצעו המשיבות לבין הנזק שנגרם למנויים.

1ז. באילו עוולות ולגבי אילו סעדים נדרש להוכיח קשר סיבתי

238. יודגש כי לגבי הסעדים שאינם כספיים להם עותרים המבקשים אין רלוונטיות לדיון זה בסוגיית הקשר הסיבתי. שאלת הקשר הסיבתי רלוונטית רק לפיצוי בגין עוולה נזיקית. ואולם המבקשים עותרים גם לסעדים שאינם כספיים - **הלכה היא, כי לשם קבלת סעדים אלו אין צורך להוכיח כל קשר סיבתי**. לעניין זה, ר' החלטתו של כב' השי' ד"ר בנימיני בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' **תדיראן מוצרי צריכה בע"מ**, פדאור (לא פורסם) 13)05 (807, בפסקה 37 להחלטה, בעניין פרשנות עוולת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן :

”עם זאת, בהיותה של הטעיה לפי סעיף 2 לחוק עוולה נזיקית, לא ניתן לתבוע סעד של פיצוי כספי [ההדגשה במקור, הח"מ] בגין עוולה זו בלא הוכחת נזק וקשר סיבתי בין ההטעיה לבינו. הכל מסכימים כי הטעיה לפי סעיף 2 לחוק דורשת הוכחת נזק וקשר סיבתי בינו לבין ההטעיה, לשם קבלת פיצוי כספי (להבדיל מתרופות שאינן דורשות נזק, כמו צו מניעה או סעד הצהרתי). המחלוקת שהתעוררה בעניין ברזני הנ"ל, נגעה אך ורק לשאלה האם יתכן נזק הנובע מהטעיה על-פי סעיף 2 לחוק, בלא שהצרכן הסתמך על המצג המטעה. כפי שהדגיש כב' הנשיא א' ברק בע"א 1977/97 הנ"ל בעניין ברזני, פסקה 9, דרישת ההסתמכות נוגעת רק לסעד הפיצוי.”

239. כפי שניווכח, הקשר הסיבתי בענייננו בין העוולות לבין הנזק (הגבייה או אי-הזיכוי) הינו ברור ומיידי:

א. לגבי העוולות החוזיות, אין צורך להידרש לקשר הסיבתי הנזיקי כדוגמת הניתוח בעניין ברזני. הנזק נגרם מיידיית עקב הפרת החוזה או עקב קיומו בחוסר תום לב.

ב. לגבי עוולות הגזל ועשיית העושר, מתקיים הקשר הסיבתי באופן ישיר ומיידי לעוולה.

ג. לגבי הפרת חובת הגילוי, אין צורך בקשר סיבתי אישי בעוולה זו, ומתקיים קשר סיבתי קונסטרוקטיבי.

ד. ולגבי עוולת ההטעיה והתרמית, הרי גם בלי להחיל חזקת הטעיה, ויש להחילה, מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש.

נפרט את הדברים להלן.

2ז. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות החוזיות

240. המשיבות עוולו כלפי המבקשים במספר עוולות לפי דיני החוזים (הפרת חוזה וחוסר תום לב). בעניין זה הקשר הסיבתי החוזי ברור, והוא נגזר מעצם הפרת ההסכם או קיומו בחוסר תום לב..

241. מאחר שאין אלו עוולות נזיקיות, כל הניתוח המאלף של דעת הרוב בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נו 385 (6) (2003) (להלן, עניין ברזני) אינו רלוונטי. למעשה, כל שעל המבקשים להוכיח הוא את עצם ההפרה, על מנת שיהיו זכאים "לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותנו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה" (לפי סי' 10 לחוק התרופות).

242. הנזק שנגרם עקב הפרת החוזה הוא גביית היתר בגין שיחות שלא נתממשו. אלמלא הפרו המשיבות את ההסכם, לא היה נגרם למבקשים נזק.

3ז. אין צורך בהוכחת קשר סיבתי בעוולת אי גילוי או לגבי הפרה של הרשיון

243. עוסק הכפוף לתנאי רשיון, חייב לפעול בהתאם לרשיון והלקוחות מצפים כי הוא אכן עושה כן.

244. עוסק חייב לגלות ללקוחותיו את החיובים שהוא גובה מהם, טרם הגביה. ההסכם היא המקנה לעוסק את הזכות לגבות את החיוב. ההסכם והדין. אי גילוי של חיוב, או גביית חיוב בניגוד לרגולציה, הינם מעשה אסור, ותוצאתו, מניה וביה, הינה גביית תשלום שנאסר על פי דין.

245. מאחר ונגבו כספים, לכאורה ללא הסכמת הלקוח וללא היתר כדין, וישירות באמצעות חיוב חשבוננו, התוצאה הינה גזל לפי דיני הנזיקין כמו גם שליחת יד המקימה חובת ההשבה.

אין חולק כי גזלן מחויב להשיב את הגזילה לידי הנגזל. זאת יש להורות. בייחוד כאשר, במצבנו אנו, מדובר בגבייה אשר העוסק אינו רשאי לגבותה, ולפיכך פעולתו נעשתה תוך הפרת איסור חוקי (ומכאן גם חוזי).

246. כפי שעולה מן המובאה בסי' 238 דלעיל מעניין ברזני, בית המשפט העליון קבע כי יש להוכיח קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. בעניין ברזני, דובר בעוולה של הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן.

247. להבדיל מעוולת ההטעיה, הרי שבעוולה של הפרת חובת הגילוי, אין צורך להידרש לשאלת הקשר הסיבתי, משום שכאשר בנק / מבטח / עוסק חורג מסטנדרט סטטוטורי, מתקיימת חזקה של הטעיה וחזקה של הסתמכות. הדברים מעוגנים בפסיקת בתי המשפט. בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) (23)07, 673, בפסקה 6, קבע בית המשפט העליון כדלקמן:

"נראה כי גם שאלת עצם דרישת הוכחתו של קשר סיבתי במקרה דנא ראוייה לשיקול נוסף. עניין זה מעורר שאלות לא פשוטות. הראשונה בהן היא האם יש להחיל את ההלכה שקבע בית משפט זה לעניין עילת ההטעיה בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נז (6) 385 (2003) גם כשמדובר בעילה של אי-גילוי".

248. כלומר, עמדת בית המשפט העליון כי הלכת ברזני נקבעה "לעניין עילת ההטעיה". ועל כן, אין היא בהכרח מחייבת לעניין עוולות נזיקיות אחרות ועל בתי המשפט לבחון את תחולתה לעניין עוולות אחרות.

249. פסיקה זו מחייבת הרחבה והסבר, שכן נראה שבית המשפט העליון פתח את המנעול, שלאחריו יוכלו בתי המשפט המחוזיים לפתוח את השער. הלכת ברזני היא יצירת מופת אנליטית, המנותקת לחלוטין מן המציאות הצרכנית. מדובר בהלכה אנטי-צרכנית שסיפקה בשנים האחרונות עיר מקלט לתאגידים סוררים. בית המשפט העליון הבין שהגיעה העת לצמצם את תחולתה ואת פרשנותה.

250. כפי שאבחן בית המשפט העליון, הלכת ברזני ניתנה במקורה לגבי עוולת ההטעיה הטרומ-חוזית, ולא לגבי עוולת אי הגילוי הנאות. עוולת ההטעיה מתמקדת ביסוד הנפשי של הלקוח. לעומתה, עוולת אי הגילוי הנאות היא עוולה התנהגותית המתמקדת בעוסק / מבטח / בנק: ביסוד הפיזי של העוולה/עבירה שביצע הנתבע.

251. בעמדה לפיה אי-גילוי נאות גורר אוטומטית קשר סיבתי לנזק מחזיק גם היועץ המשפטי לממשלה, כעולה מעמדה שהגיש בת.א. 2405/04 בן עמי נ' הדר חברה לביטוח בע"מ [מצורף כאסמכתא 1]. מעמדה זו עולה כי היועץ המשפטי לממשלה מחזיק בדעה שסוגיית ההסתמכות והקשר הסיבתי אינה עומדת על הפרק כאשר הדין מגדיר את נורמת הגילוי. הדברים נאמרו ביחס להוראות המפקח על הביטוח, שמעמדם החוקי דומה למעמדם של הוראות המפקח על הבנקים ושל כללי הגילוי הנאות. נביא את הדברים כלשונם - מפסקה 78:

"אם כן, שונה המקרה מהותית מפרשת ברזני - שם דובר על פרסום מטעה כאשר הצרכן לא התבסס על פרסום זה. במקרה שלנו אין צורך בהסתמכות. החוק הגדיר את התנהגות המבטח כהטעיה (כלומר נוצרת מעין "חזקת הטעיה") ולכן אין כל צורך כי המבוטח יסתמך על הנחיית המפקח. די בכך שחברת הביטוח העלימה מן המבוטח פרט אשר היה צריך לגלות לו בכתב, בכדי שנאמר כי עסקינן בהטעיה".

252. צא ולמד, כי היועץ המשפטי לממשלה סבור שהלכת ברזני אינה חורצת את הדין בכל מקרה בו נטענת הטעיה צרכנית. לשיטת היועץ אין צורך להוכיח הסתמכות כאשר הדין מגדיר את התנהגות המבטח/ הבנק/ העוסק כהטעיה. היינו, במקרים בהם הדין קובע חובת גילוי, נוצרת מעין "חזקת הטעיה", ולכן אין כל צורך כי המבוטח יסתמך על הנחיית המפקח על הביטוח או הלקוח יסתמך על הוראות המפקח על הבנקים או מנוי טלפון על הוראות הרשיון. לעניין ההליך בו הגיש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, די בכך שחברת הביטוח העלימה מן המבוטח פרט אשר היה צריך לגלות לו בכתב, בכדי שנאמר כי עסקינן בהטעיה.

253. במאמר מוסגר נעיר כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה רלוונטית לעוולת ההטעיה, אלא שבעניין רחמן-נוני (ע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) (23)07 (673), נטען גם להפרה של מספר כללי גילוי נאות, דבר המהווה עוולה עצמאית ונפרדת לפי חוק הבנקאות. ממש כמו בעניינו. כאמור, בית המשפט העליון הותיר את ההכרעה בשאלה האם הפרה של כללי הגילוי הנאות, אותם "כללי האצבע" שבדין, מייטרת את הצורך לבחון את הסתמכות הלקוחות ואת הקשר הסיבתי.

254. בכל מקרה, בית המשפט העליון פתח את מנעול-השער שסכר מאות תביעות ייצוגיות בשנים האחרונות, מנעול "הקשר הסיבתי". בחקיקה הצרכנית ישנן עוולות התנהגותיות נוספות

שמתמקדות במעוול והן בלתי תלויות בהשפעה או בתוצאה שנגרמת לצרכן, ולבטח לא במודעות הצרכן:

א. ר' הסעיפים הבאים בחוק הגנת הצרכן: ס' 4 - חובת גילוי לצרכן. סעיף 9 - הודעת פרטים בעסקת אשראי. סעיף 10 - נקיבת הפרש כוזב. סעיף 17 - סימון טובין ואריזתם, ועוד. סעיף 17 האמור, הנוגע לסימון טובין מספק דוגמא מצויינת, ודי שניישם את הסעיף על דוגמא של סימון מזון לתינוקות. העוסק המעוול חב באחריות (פלילית ונזיקית) אם עבר על הוראות הסימון המחייבות, בין שהצרכן ניזוק בפועל מן המוצר ובין שלא, ובין שצרכן כלשהו ראה את הסימון ובין שלא. מדובר בעבירה מסוג אחריות קפידה, והיא משתכללת ללא קשר לצרכנים. פרשנות אחרת מרוקנת מתוכן סעיף זה, ותעקור את השיניים של תקינת סימון המוצרים.

ב. חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, תשמ"א-1981, רווי בעוולות רבות המתמקדות במעוול: חריגה מן התקנות שהותקנו מכוח סעיפים 37 (הוראות בדבר דַמְנ ביטוח) ו-38 (הוראות בדבר תנאי ביטוח) יהוו, כשלעצמן, עוולה לפי החוק. כך גם לגבי חריגה מן התקנות שהותקנו מכוח סעיף 39 (צורת הפוליסה והבלטת תנאים).

255. לפיכך, הכרעת בית המשפט העליון לפיה יש לבחון את התחולה של הלכת ברזני על עוולת אי-הגילוי הנאות לפי חוק הבנקאות, משליכה על פרשנותן של עוולות התנהגותיות רבות בחקיקה הצרכנית.

256. ואכן, מספר ימים לאחר מתן פסק הדין בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) (23)07 673, ניתנה ההחלטה של כב' השי' ד"ר פלפל בת.א 1980/04 (בשי"א 15365/04) פרמינגר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פדאור (לא פורסם) (24)07 333 (להלן, עניין פרמינגר, ניתן ביום 12/7/2007), שם אושרה תובענה כייצוגית בין היתר בשל הפרה של סעיף 25 לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו - 1986. ושם קבעה כב' השי' ד"ר פלפל כי -

"יתר על כן, במקרה הנוכחי, מאחר וקבעתי שהמשיבה לא היתה יכולה לגבות דמי כינון ללא היתר מאת המפקח, והיתר כזה לא היה בנמצא, - לא ראיתי מקום להיכנס לתחשיבי הצדדים, מכיון שהנוק הקיים הוא מלוא דמי הכינון שנגבו מהמבקש, ואם מאחרים, ללא ההיתר.

לענין זה אין נפקות לכך אם חישובו של המבקש היה נכון אם לאו.

לעניין זה אין גם נפקות לכך אם המבקש כלכל את צעדיו בהתאם למצגים שהוצגו לו. מאחר והדין הוא מן המפורסמות, אזי אפילו אם רק בדיעבד התגלה למבקש שהמשיבה לא שמרה על הוראות הדין במקרה הנוכחי, הוא בהחלט יכול היה להניח, בעת התקשרותו עם חברת הביטוח, כי חברה מעין זו הנתונה לפיקוח, גם היא וגם הרגולטור אכן מקיימים את הפיקוח לפי הוראות הדין, ומכאן שברגע שמוצעת לו פוליסה היא תקינה, ברגע שנעשה חשבון הוא לפי אמות מידה מפורסמות, וברגע שמשולם לו תשלום, זה התשלום הנכון.

לכן אם המבקש יצא מנקודות הנחה אלה, נוצר הקשר הסיבתי בין התקשרותו עם חברת הביטוח, לבין הנזק שנגרם לו, בעקבות התקשרות זו. בין אם נצא מנקודת ההנחה שהחוק הוא מן המפורסמות, כך שהמבקש ידע ידיעה קונסטרוקטיבית אודות חוסר תקינותה של המשיבה, ובין אם נצא מנקודת ההנחה, שהמשיבה היתה חסרת תום לב בכך שלא דאגה לאישור בכתב של המפקח בדבר גביית דמי כינון, עפ"י הוראות תקנות הפיקוח - נגיע לאותה מסקנה, קרי: המבקש יכול היה להסתמך על אחת משתי אפשרויות אלה; הסתמכותו גרמה לו נזק, הנזק הוא דמי כינון שנגבו ממנו ללא היתר כדין."

257. היועץ המשפטי קורא לזה "חזקת הטעיה". כב' הש' פלפל קוראת לזה "ידיעה קונסטרוקטיבית אודות חוסר תקינותה של המשיבה", ובכך קבעה בעצם עוולה של אי גילוי קונסטרוקטיבי, שהוא הצד השני של המטבע של "חזקת הטעיה". ולכן, קבעה כב' הש' ד"ר פלפל כי "לעניין זה אין גם נפקות לכך אם המבקש כלכל את צעדיו בהתאם למצגים שהוצגו לו".

258. כך או אחרת, לעת עתה עומדת בעינה עמדת בית המשפט העליון כי הלכת ברזני נקבעה "לעניין עילת הטעיה", וכי ניתן לבחון את תחולתה לעניין עוולות אחרות, ובהן עוולת אי הגילוי.

259. המבקשים יטענו כי בעקבות עניין פרמינגר (פדאור (לא פורסם) (24)07 (333), וממש לפי אותו מתווה, יש לקבוע כי אם הפר עוסק סטנדרט גילוי סטטוטורי או תנאי רשיון סטטוטורי, הרי שיש לקבוע כי מתקיימת אותה הסתמכות קונסטרוקטיבית, המשכללת את הקשר הסיבתי. מכיוון שהלקוחות מסתמכים על כך שהרגולטור מפקח על פעולות בעלי רישיונות התקשרות וכל פעולותיהן הן בהתאם לרשיון, אזי מתקיימת אותה הטעיה קונסטרוקטיבית, אותה חזקת הטעיה, ואותה הסתמכות קונסטרוקטיבית.

260. המבקשים מפנים גם לטענות שיפורטו בהמשך לעניין הקשר הסיבתי בעוולת הטעיה, ובעיקר בכל הנוגע לחזקת הטעיה, ומאמצים אותם גם לעניין עוולת אי הגילוי הנאות.

4ז. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות הגזל ועשיית העושר

261. המבקשים יטענו כי קיים קשר סיבתי ישיר בין הגזל לבין הנזק, וכי למעשה, בעוולה כדוגמת עוולת הגזל, אין נושא הקשר הסיבתי עולה לדיון ממשי, שכן הנזק הוא באופן ישיר וברור הסכום שנגזל כתוצאה ישירה ממעשהו של הגזלן. כך גם בעניין עשיית העושר.

262. אילולי גזלו המשיבות מן הלקוחות כספים בגביית יתר, ואילולי אחזו בהם ועיכבו אותם, לא היה נגרם ללקוחות נזק. בכך מתגבש הקשר הסיבתי בין העוולות לבין הנזק שנוצר.

5ז. לעניין הקשר הסיבתי בעוולות הטעיה והתרמית

263. למעשה, הצורך להוכיח קשר סיבתי ברמה שנדרשה בדנ"א ברזני, נותר בענייננו רק לעניין עוולות הטעיה (לפי דיני הגנת הצרכן) והתרמית (לפי דיני הנזיקין הכלליים).

264. בחלק זה ייטען טיעון חלופי:

א. בענייננו ראוי להחיל "חזקת הטעיה"; או

ב. לחלופין, גם אם לא חלה בענייננו חזקת הטעיה, הרי שנשתכלל קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק.

5ז(א) - חזקת הטעיה

265. במקרה הנדון, בו מחויבים כל הלקוחות בחיוב בגין פעולה שלא התקיימה, קרי, שיחה שלא קוימה, מדובר במקרה מובהק להחלתה של חזקת הטעיה.

266. הזרעים להחלתה של "חזקת הטעיה" נזרעו עוד בעניין ברזני. בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק, פ"ד נה (4) 584 כתבה הש' שטרסברג-כהן כי:

"לו סברתי שנדרשת הטעיה בפועל של הצרכן והסתמכות על מצגו של העוסק - ואין אני סבורה כן - הרי שלאור יחסי הכוחות ביחסים שבין הצרכן לעוסק ועל-מנת להרתיע את המגזר העסקי, הייתי רואה לאמץ חזקה, שלפיה, מקום שבו יצר עוסק מצג העלול להטעות צרכן, ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה בצרכן אשר רכש את המצרך או השירות נושא המצג כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו ובהסתמך עליו (לדברים ברוח דומה ראה *VASQUEZ V. SUPERIOR COURT OF SAN JOAQUIN COUNTY* (1971))."

267. חזקה זאת הושארה בצריך-עיון, בחוות דעתו של הנשיא ברק (שם בעמ' 621) אולם ראוי לציין את הדברים שנכתבו בדיון הנוסף, דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, תק-על 2003(1) 847 :

א. כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן הוסיפה, כי לו היתה סבורה שיש צורך להוכיח את הסתמכות הצרכן על המצג המטעה, לצורך קבלת פיצוי, כי אז היתה רואה "לאמץ חזקה לפיה, מקום בו יצר העוסק מצג העלול להטעות צרכן, נראה בצרכן שרכש את המצרך או השירות, כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו" (פסקה 15 בדיון הנוסף בענין ברזני).

ב. גם כב' השופט א' מצא סבר כי יש לאמץ דוקטרינה המכירה בקיום "הסתמכות קונסטרוקטיבית": כאשר הוכח פרסום מטעה שנועד להגיע לצרכנים - קמה חזקה שהצרכנים הסתמכו עליו, והנטל עובר לעוסק להוכיח כי הצרכנים ידעו בפועל על ההטעייה, ולא הושפעו ממנה (פסקאות 13-14, 19 לדיון הנוסף).

ג. כאמור, כב' הנשיא א' ברק וכב' השופט מ. חשין הותירו את האפשרות לאמץ חזקה זו בצריך עיון (פסקה 10 לע"א 1977/97 בענין ברזני, ופסקה 53 לדיון הנוסף).

268. המבקשים יוסיפו ויטענו כי במקרה כאן ראוי להחיל את חזקת ההטעייה בשל העובדה כי ההטעייה נעשתה על דרך המחדל. כך נעשה על ידי כב' הש' ד"ר בנימיני בעניין בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאלו נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 807, בפסקה 51 :

"אשר לטענת תדיראן כי קשה לדעת מה ידע כל אחד מן הלקוחות עובר לרכישת המזוגן, והאם הוטעה על-ידי פרסומי תדיראן, יש לשוב ולהזכיר כי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן אוסר כל מעשה או מחדל העלול להטעות לקוח בעניין מהותי, וכי אין צורך להוכיח הטעייה בפועל - ככל שהסעד הנדרש איננו פיצוי בגין נזק שנגרם. כפי שהדגיש כב' הנשיא א. ברק בע"א 1977/97 הנ"ל בעניין ברזני, בפסקה 3, הסתמכות על המצג המטעה איננה יסוד חיוני לשם גיבוש הטעייה על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן; היא חיונית אך ורק לצורך תביעת פיצויים. המבקש, במקרה זה, מבקש סעדים נוספים. מן הראוי להעיר בהקשר זה שעל-פי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית ביחסי "עוסק-לקוח", "בין אם התקשרו בעיסקה ובין אם לאו", וברור כי בלא התקשרות אין כלל דרישת הסתמכות. אך התביעה בתיק זה היא על-פי חוק הגנת הצרכן, שכאמור דורש הסתמכות לשם פסיקת פיצויים.

זאת ועוד, על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן די בהטעייה על דרך של מחדל, ובעניינינו מדובר, לכאורה, בהעדר גילוי נאות לצרכן בנוגע להעדרו של תו-תקן למזוגן המשווק, דבר שהוא מהותי מבחינת הצרכן. לענין זה אין צורך לדעת מה ידע כל צרכן, שהרי הטענה היא שהוא לא יכול היה לדעת על העדר תקן למזוגנים נשוא הבקשה, הואיל ותדיראן נמנעה מלהודיע לצרכנים על כך שהמזוגנים אינם נושאים תו-תקן. החזקה היא כי הצרכן נתן אמון בעוסק, ולכן לא ניתן להטיל על הצרכן את הנטל לברר האם המוצר שרכש עונה על דרישות החוק או התקן (ראה: דנ"א 5712/01 הנ"ל בענין ברזני, פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת ד. דורנר). כך גם יתכן כי צריך לצאת מתוך הנחה, כאשר הוכח לכאורה שעוסק הציג מצג מטעה, שהצרכן נחשף למצג ופעל על פיו (דברי כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בדנ"א 5712/01 הנ"ל בענין ברזני, פסקה 15, ודברי כב' השופט א. מצא באותו ענין בפסקה 14 לפסק דינו). כל אלו מספיקים לשלב של אישור התובענה הייצוגית, שבה נבדקת עילת התביעה במישור הלכאורי בלבד, כאשר ברור לחלוטין שלא ניתן יהיה לפסוק פיצוי בהעדר הוכחה לנוכח הנובע מן ההטעייה המיוחסת לתדיראן."

269. לפי השקפה זו, על המשיבות מוטל הנטל לסתור את החזקה כי פרסומיהם, פירוט החשבונות ששלחו, ותנאי השימוש שניסחו אכן הטעו את ציבור הלקוחות וכי הציבור אכן הסתמך עליהם. ספק אם המשיבות יוכל לעמוד בנטל כבד זה, ועל כן, בשלב לכאורי זה, ניתן לקבוע כי נתקיים קשר סיבתי בין עוולות ההטעייה והתרמית לבין הנזק שנגרם ללקוחות.

5ז(ב) - גם אם אין להחיל חזקת הטעיה, הרי שנתקיים קשר סיבתי

270. המבקשים טוענים כי בכל מקרה נתקיים קשר סיבתי בין עוולות ההטעיה והתרמית שעוללו המשיבות כלפיהם, לבין הנזק שנגרם להם ולשאר הלקוחות.
271. עצם ביצוע החיוב בניגוד למוצהר ובגין שיחה שלא התקיימה מהווה הטעיה שכן לא נמסר ללקוחות על כך דבר, והם לא יכלו לכלכל מעשיהם בהתאם. מדובר בהטעיה על דרך ההסתרה והמחדל.
272. כך גם קיימת הטעיה במחדל בכך בפירוט השיחות שמשגרות המשיבות, אשר כולל חיוב בגין שיחות עלומות, ללא כל הסבר בדבר כך שמדובר בשיחות עקרות שלא נתממשו.
273. המבקשים יטענו כי אילו היו המשיבות מגלות ללקוחות כי הרשומות של השיחות העלומות בפירוט השיחות מייצגות "שיחות" שלא נתממשו, הם היו פונים ודורשים זיכוי. עצם ההסתרה (בעת ההרשמה לשירות חו"ל מוזל, בעת ביצוע השיחה, לאחר ביצוע השיחה או בעת קבלת החשבון) מנעה את הפניה, והסבה ללקוחות (ובהם המבקשים) נזק - בעצם אי בקשת הזיכוי.
274. המבקשים יוסיפו ויטענו כי הטעייה במחדל וכן אי-גילוי נאות יוצרים, מניה וביה, קשר סיבתי לתוצאה, היינו לנזק. ענייננו שונה מפרשת ברזני בה השתמש התובע בשירותיה של בזק ללא שנחשף כלל לפרסום המטעה. בענייננו, להבדיל, כלל הלקוחות נפגעו מן המחדל של אי גילוי הפרטים שראוי היה שהמשיב יגלה, משום שהתבצעה הטעייה במחדל. כלל הלקוחות הם קורבן לאי-גילוי. התוצאה היא הטעיה של כל לקוח ולקוח.
275. לעניין זה יפה הניתוח של כב' הש' רונן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו, בת.א. 1887/02 (בש"א 013928/02) שפירא נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פדאור (לא פורסם) (22)05 (891 (ניתן ביום 10/10/2005, להלן, עניין שפירא):

"על מנת לבחון האם קיים קשר סיבתי בין הטעייה לנזק שנגרם, יש לבחון האם הנזק היה יכול להמנע אלמלא הטעייה.

המבקשים טוענים כי לו היו יודעים כי בזק התחילה לחייב אותם, הם היו פונים מוקדם יותר לנטוויז'ן ומבקשים שיסופק להם מודם בהקדם (ר' למשל ס' 27.5 לסיכומי המבקשים).

בנוסף, במסגרת חקירתו הנגדית, נשאל המבקש מה היה עושה לו היה יודע שרק אחרי התקנת המודם על ידי נטוויז'ן הוא יכול להתחיל לגלוש, וכי זה כרוך בהרמת מתג על די בזק, והשיב כי היה "מבקש שירימו לי את המתג ביום שיש לי את המודם". (עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 20-23).

30. **אני סבורה כי לו היו העובדות ידועות במלואן למבקשים, הנזק היה יכול להמנע. אני סבורה כי המבקש יכול היה לפנות לבזק, ולוודא כי הוא לא יחוייב עבור השירות שניתן לו - עד תחילת מתן השירות בפועל."**

276. אין באי ידיעת המבקשים כדי לפטור את המשיבות מאחריות. בפסיקה נקבע לפני עשורים רבים כי הימנעות מבירור עקב רשלנות גרידא אינה מנתקת את הקשר הסיבתי (ר' ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (כרך ב'; תשנ"ג) בעמ' 855-856. היטיב לתאר זאת בית המשפט בע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא (4) 421, 427-428 (הדגש מצוי במקור, הח"מ):

"רמאי אינו יכול להנצל מתוצאות רמאותו, מפני שהצד שכנגד היה יכול לגלות את האמת (ולא גילה אותה בפועל). רק אם הצד שכנגד ידע את העובדות הנכונות ידיעה של ממש, כי אז יש לזכות את הצד שלא הזכיר אותן עובדות במשא-ומתן."

277. המצגים שהוצגו למבקשים ולשאר הלקוחות הם מטעים, וההסתרה (מצגים שנמנעו) שהסתירו המשיבות בעניין החיוב העודף מטעה על דרך המחדל. ועל כן, יש לראות את הטעות כנובעת מההטעיה. לדעת המלומדים פרידמן וכהן, די בכך שההצהרה הבלתי נכונה שימשה אחד מהגורמים אשר הביאו לטעות, כדי למלא אחר דרישות סעיף 15 לחוק החוזים העוסק בהטעיה. הדברים אמורים ביתר שאת אם ההטעיה נעשתה במרמה, שאז קמה חזקה הניתנת לסתירה, לפיה הניצג סמך על המצג שנעשה וכי הקשר הסיבתי בין הטעות ובין ההטעיה לא נותק חרף בדיקותיו העצמאיות (ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (כרך ב'; תשנ"ג) בעמ' 859-857).

278. לאור כל האמור לעיל, מוכח כי קיים קשר סיבתי מושגי וקונקרטי בין העוולות הנטענות לבין הנזק.

ז5(ג) - קשר סיבתי מצומצם בנוגע למתכונת ההתקשרות ולא לעצם ההתקשרות

279. בתי המשפט הכירו בכך שהוכחת הקשר הסיבתי בעילת ההטעיה (כמו גם בעילת הטעות) אינה דורשת מן המבקש להוכיח כי הטעות גרמה לעצם ההתקשרות. די אם ישכנע במאזן ההסתברויות, כי היא השפיעה על מתכונת ההתקשרות ותנאיה.

280. דרישת הקשר הסיבתי היא לאותו חוזה כפי שנקשר. הווי-אומר: לצורך הוכחת הקשר הסיבתי הנדרש לביטול החוזה, די בכך שהקונה התקשר בחוזה המסוים עקב הטעות. לפיכך, דרישת הקשר הסיבתי באה על סיפוקה, גם אם מוכח שהקונה היה רוכש את הנכס חרף ידיעתו אודות הדבר שלגביו טעה או הוטעה, אולם הוא היה מוכן לעשות כן בתנאים מסחריים אחרים, טובים יותר עבורו, בהשוואה לתנאי החוזה המקורי. די אפוא, אם הטעות השפיעה על מתכונת ההתקשרות או על תנאיה, ואין הכרח שהיא תשפיע דווקא על עצם ההחלטה להתקשר בחוזה (ר' ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב'), בעמ' 758 בה"ש 418 ובעמ' 859 בה"ש 362; ע"א 119/81 שפילבנד נ' גסטהלטר, פ"ד לו (2) 99, 108 מול א'). כן ר' ע"א 5798/04 כרמל נ' לוי, פדאור (לא פורסם) (20)05 (233).

281. לאור זאת, יטענו המבקשים כי הם היו מתקשרים עם המשיבות לביצוע שיחות באמצעות שירות חו"ל מוזל בכל מקרה ("עצם ההתקשרות"), אולם היו פונים אל המשיבות מיד לאחר קבלת פירוט השיחות בדרישה לקבל זיכוי בגין כל השיחות העלומות ("מתכונת ההתקשרות"). אילו ידעו המבקשים כי הם מחויבים בכל מקרה בגין שניות עקרות במהלך ניסיון לבצע שיחת חו"ל מוזל, הם היו דואגים לצמצם את נזקם, ונמנעים מהמתנה ארוכה עד למימוש השיחה (שינוי "מתכונת ההתקשרות").

חלק ח' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית

282. חוק תובענות ייצוגיות קובע כמטרה ראשונית לאפשר ניהול תביעות ייצוגיות כבמקרה זה תחת מסגרת יעילה. כך קובע סעיף 1 לחוק:

"מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;*
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;*
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;*
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."*

283. עניינה של תביעה זו חשוב ורלבנטי לקבוצה המונה מאות-אלפי מנויים:

- א. ביצוע המעשים האסורים, הטעיית המנויים, הפרת ההסכם ושאר העוולות שפורטו לעיל הינם, לפי כל העובדות התומכות, משותפים וזהים כלפי כל המנויים.
- ב. נסיבות המקרה מעידות על עוולה שיטתית, סדרתית ומשותפת כלפי קבוצה עצומה.

284. מספר נקודות המקדמות את הדיון בסוגיית ה"ייצוגיות" של התובענה דנן עולות במובהק מהמסמכים שצורפו כנספחים:

- א. בחשבונות של כל המשיבות מופיעות רשומות של 'שיחות עלומות'.
- ב. החיובים נגבו בכמה חשבונות של המבקשים, אצל שלוש המשיבות, דבר המוכיח כי מדובר בעוולה סדרתית.
- ג. למנוי שפנה הוחזר הסכום שנגבה שלא כדין.
- ד. המנגנונים לביצוע שיחת חו"ל מוזל, באמצעות כלל המשיבות, דומים מאוד.
- ה. כל המשיבות משתמשות במערכות חיוב דומות של חברת אמדוקס.
- ו. המערכת הינה אוטומטית וממוכנת ובהתאם לרשיון חייבת לשמור את הנתונים כך שניתן לבדוק אותם ולבצע השבה מדויקת לכל לקוח, דבר הממחיש את הקבוצתיות וההומוגניות.
- ז. המשיבות פועלות מול הספקים בחו"ל לפי הסכמים גנריים, התקפים לכל הלקוחות שלהן.

285. כפי שנראה להלן התאמתה של תביעה זו לניהול כתביעה ייצוגית בולטת וברורה. ננתח להלן את התנאים לאישורה של התובענה כייצוגית, בכלל ובפרט, ואת התקיימותם במקרה זה.

1ח. הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק

11(א) - מהו הנטל המוטל על התובע

286. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי 'אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)' רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בחוק תובענות ייצוגיות נקבע במפורש כי ניתן להגיש בקשה לאשר תובענה כייצוגית בעניינים של "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

287. הפירוט הנרחב של יסודות העילות שעומדות למבקשים מלמד כי קמה להם, לכאורה, עילה אישית, ברת-תביעה בתובענה ייצוגית.

288. בטרם נצלול למעמקי התנאים נזכיר כי על התובע הייצוגי להוכיח את עילתו ועמידתו בתנאי הסף רק באופן לכאורי, וזאת כדי לא להכביד על הדיון ולא להרתיע תובעים פוטנציאליים. לעניין זה נקבע כי נטל השכנוע ומידת ההוכחה הנדרשים מן התובע, לשם עמידה בתנאי הסף הקבועים בסעיפים הרלוונטיים של חוק ניירות ערך (הדומים ברובם לתנאים שבחוק התובענות הייצוגיות), לשם אישורה של התובענה כייצוגית, הם אחידים וזהים לכל התנאים ולפיהם על בית המשפט להשתכנע, במידת סבירות ראויה, שהתובע ממלא באופן לכאורי, אחר התנאים. ובלשונו של בית המשפט בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח' פ"ד נא (2) 312 (להלן: **פרשת מגן וקשת**):

"...על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54א ו-54ב מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים לגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א ... אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי" (פרשת מגן וקשת בע"מ 329-330).

הלכה זאת שב בית המשפט העליון ואישר ברע"א 8332/96 **שמש נ' רייכרט**, פ"ד נה (5) 276 (להלן, **פרשת רייכרט**).

289. לאמור, **המבקש להגיש תובענה ייצוגית נדרש להוכיח את טענותיו רק באופן לכאורי**, ועל בית המשפט להשתכנע כי קיים **סיכוי סביר** כי במהלך המשפט יוכיח התובע הייצוגי את כל התנאים הדרושים לשם קבלת התביעה הייצוגית. ור' גם ע"א 6343/95 **אבנר נפט וגז בע"מ ואח' נ' טוביה אבן ואח'**, פ"ד נג (1) 115, בעמ' 118; רע"א 6567/97 **בזק נ' עזבון המנוח אליהו גת ז"ל**, תק-על 98(2) 1627, פסקה 5.

290. דרישה זו מעוגנת כיום בסעיף 8(א)(2) לחוק, הדורש מן המבקש להוכיח כי **"יש אפשרות סבירה"** שאותן שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה, תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה, וברור כי הדבר כולל, בראש ובראשונה, את עילת התביעה האישית. בית המשפט העליון הדגיש כי אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לענין מידת השכנוע בקיומה של עילה לכאורה, על מנת שלא לגרום להתמשכות השלב המקדמי, וכדי לא להרתיע תובעים ייצוגיים פוטנציאליים (ר' המובאה בסי' 288 לעיל).

291. **הרקע לכך הוא הרצון של המחוקק להגן על הציבור**. בית המשפט העליון הבהיר כי תובענה ייצוגית נועדה להגן על אינטרס היחיד שנפגע, דווקא באותם המקרים בהם הוא איננו טורח להגיש תביעה, אך קיים אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית, על מנת להרתיע מפני הפרת החוק, ולמנוע שימוש לרעה בכוח הנתון בידי גופים בעלי עוצמה כלכלית מרובה (ראה: רע"א 8332/96 **שמש נ' רייכרט**, פ"ד נה(5) 276, פסקה 8; רע"א 4556/94 **טצת ואח' נ' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, פסקה 7). כיום, לאור המטרות אשר נקובות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הדברים מקבלים משנה תוקף.

292. **הפירוט דלעיל בדבר שלל העוללות – הפרת הרשיון, הפרת ההסכם, חוסר תום, גזל, עשיית העושר, הפרת חובת הגילוי, הטעיה צרכנית, מרמה - אשר ביצעו המשיבות בניגוד לדין ולהסכם, מהווה הוכחה לכאורה לעילת התביעה של המבקשים**.

293. לפיכך, חייבות המשיבות לשפות את המבקשים ואת כלל המנויים שנפגעו מעוללות אלו בגין נזקיהם, קרי החזר סכומי הגבייה הלא חוקיים שנגבו מהם.

ח1(ב) - קיומה של קבוצה

294. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם "קבוצה". ברי כי נתקיימו תנאי סעיף זה.
- א. ראשית, המבקשים מגישים תביעתם בעילה אשר על-פיה הם יכולים לתבוע. העילות האישיות פורטו בהרחבה לעיל.
- ב. שנית, המבקשים מגישים את תביעתם בשם קבוצת מנויים.
- ג. "הקבוצתיות" וההומוגניות של הקבוצה נגזרת מאחידות המסמכים, מאחידות המנגנון בו פעלו המשיבות ל"פרשנות" ההסכמים והרשיון שלהן, כעולה מן העובדה שהחייבים נגבו **שלא כדין במספר חשבונות טלפון נייד, ומשאר הנקודות האחידות שנזכרו בס' 284 לעיל.**
- ד. כל חיוב של הלקוחות בגין שיחות שלא בוצעו נעשה במתכונת אחת, אחידה וזהה למעשה.
295. הגדרת הקבוצה הינה:

"מנויים של המשיבות שחויבו בגין 'שיחות' שלא היה בהן זיהוי של מספר היעד ('שיחות עלומות'), במסגרת מסלולים המכונים 'חוו"ל מוזל', 'חוו"ל חסכון' או 'חסכון עולמי' או שיטת חסכון דומה בדרך של שיחה חוזרת.

296. עצם העובדה כי מספר לקוחות חוו את אותה בעיה, אצל ספקים שונים, וכי באחד המקרים הספק החזיר את רוב הגבייה העודפת, מעידה על צדקת המבקשים ועל קיומה של קבוצה.
297. למען הזהירות בלבד יטענו המבקשים כי במידה ולא ניתן יהיה לזהות את כל חברי הקבוצה, או חלק ניכר מהם, יוכל בית המשפט הנכבד לשקול את האפשרות לפסוק סעד לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור (ר' סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות).

ח1(ג) - הערכת הנזק למבקשים ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה

298. סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:
- "(ב) לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק -
- (1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך שהתובע יראה כי לכאורה נגרם ל נזק."
299. הנתונים שהוצגו לעיל הוכיחו כי למבקשים נגרם לכאורה נזק בגבייה הבלתי-חוקית:
- א. המבקש 1 פוצה וקיבל זיכוי לאחר תלונה. נותר נזק בלתי-מפוצה בסך 2.73 ש"ח בגינו הוא מבקש סעד כספי. כזכור, המבקש קיבל זיכוי בסך 43.68 ש"ח לגבי חשבון שיחות המסתכם ב-234 ש"ח. מדובר ב-20% מן החשבון הכללי וכ-50% מן השיחות במסגרת "חוו"ל חסכון".
- ב. למבקש 2 נגרם נזק בסך 42.30 ש"ח מתוך חשבון כולל של 171.13 ש"ח. מדובר בכ-25% מן החשבון הכללי. מתוך סך של 63.45 ש"ח במסלול "חוו"ל מוזל", מהווה הגבייה העודפת שיעור של כ-66%.
- ג. למבקשת 3 נגרם נזק בגבייה הבלתי-חוקית, בסך כולל של 17.08 ש"ח:
- (1) 5.38 ש"ח, מתוך חשבון כולל בחודש יולי 2007 בסך 52.904 ש"ח. מדובר בכ-10% מן החשבון הכולל.
- (2) 11.70 ש"ח מתוך 54.60 ש"ח, שיחות "חסכון עולמי", שהם כ-21%.
- ד. למבקשת 4 נגרם נזק בסך 23.64 ש"ח מתוך חשבון שיחות בסך כולל של 248 ש"ח ומסך של

כ- 222 ש"ח בגין שיחות חו"ל מוזל (רשומות עלומות ושיחות בפועל). מתוך החיוב בגין "חו"ל מוזל" מהווה הגבייה העודפת כ- 10%.

300. המבקשים יטענו כי דין המעשים והמחדלים המתוארים לעיל כדין עוולה לפי פקודת הניזקין [נוסח חדש], ו/או כדין הפרת חוזה ו/או כדין עשיית עושר, וכי בהתאם לחוק, חייבות המשיבות לפצות את המבקשים ואת כלל המנויים שנפגעו מן העוולות בגין נזקיהם, קרי החזר סכומי הגבייה הלא חוקיים בתוספת הצמדה וריבית כחוק.

301. המבקשים ינסו לאמוד את הנזק לכלל הקבוצה. מן הנתונים שהוצגו לעיל עולה כי בישראל ישנם כ- 9 מיליון מנויי טלפון סלולארי, שיעור חדירה המגלם 124% מן האוכלוסייה (ר' עמ' 27 לדו"ח שנתי סלקום **נספח ה**). מעמ' 27 ו- 69 לדו"ח שנתי סלקום ועמ' 58 לדוח שנתי פלאפון (**נספח ד**) עולים הנתונים הבאים בדבר חלוקת השוק בין המשיבות ומספר המנויים:

א. סלקום - 34.4%, שהם כ- 2.956 מיליון לקוחות;

ב. אורנג' (פרטנר) - 31.9%;

ג. פלאפון - 29.3%, שהם 2.662 מיליוני לקוחות.

למען הנוחות, נניח כי מדובר בנתח של כשליש מהשוק לכל אחת המשיבות.

302. **מעמ' 71 לדוח השנתי של סלקום (נספח ה) עולה כי הכנסות סלקום מ- ROAMING בשנת 2007 עמדו על 424 מיליון ש"ח. כמפורט שם, לגידול בהכנסות משירותי נדידה היתה תרומה לגידול הכללי בהכנסות.**

מאחר שלכל משיבה יש נתח דומה מכלל הלקוחות בארץ (כ-30%), ניתן היה להכפיל סכום זה בשלוש ולקבל את סך ההכנסות של שלוש המשיבות משירותי נדידה (כ- 1.3 מיליארד ש"ח לשנה). אלא, שכפי ביארנו לעיל (ר' סי' 50), פלאפון מסבירה בדו"ח השנתי שלה שההכנסה שלה משירותי נדידה פחותה מזו של המתחרות שלה, שעובדות ברשת GSM.

לפיכך, לצורך אומדן בלבד, יעריכו המבקשים כי סך ההכנסות של שלוש המשיבות מ- ROAMING עומד על 1 מיליארד ש"ח לשנה.

ROAMING מוגדר באותו דו"ח כסך של שני מוקדי חיוב: חיוב מנויים זרים המשתמשים ברשת סלולאר בישראל; וחיוב הלקוחות הישראלים בגין שירותי נדידה ברשתות בחו"ל.

לצורך אומדן בלבד, יניחו המבקשים כי רק מחצית מההכנסות של המשיבות מדמי נדידה נובעת מלקוחות ישראלים המחויבים בגין שירותי נדידה בחו"ל. לאמור, עסקינן בכ- 500 מיליון ש"ח לשנה לשלוש המשיבות יחדיו.

303. סך ההכנסות השנתי מ- ROAMING נחלק למעשה בין מספר סוגי שיחות:

א. נדידה לשיחות נכנסות.

ב. נדידה לשיחות יוצאות רגילות.

ג. נדידה לשירותי "חו"ל מוזל".

לצרכי הערכה בלבד, יניחו המבקשים כי נתח דמי הנדידה לשירותי "חו"ל מוזל" הינו רק 20% מסך הכנסות דמי הנדידה מלקוחות ישראלים בחו"ל. היינו, כ- 100 מיליון ש"ח לשנה.

304. לצרכי חישוב יעריכו המבקשים כי מתוך סך זה, כ- 10% מן החיוב נובע משיחות עלומות, שהם כ- 10 מיליון ש"ח לשנה. נזק זה נגרם לכלל המנויים שנה אחר שנה. בחישוב של שבע השנים האחרונות

(ותוך הפחתה הדרגתית של מספר המנויים אחורה), **מדובר בנזק כולל העולה על 50 מיליון ש"ח, לשלוש המשיבות יחדיו. מדובר בהערכה שמרנית, בהסתמך על הנחות שמקלות עם המשיבות.**

305. דרך אחרת לאמוד את הנזק לכלל הקבוצה תפורט כך :

א. מדי שנה יש כשלושה-ארבעה מיליון יציאות של ישראלים לחו"ל. מעל 95% מהם הינם לקוחות של המשיבות. הנתונים מופיעים באתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ב"ירחון הסטטיסטי לישראל מס' 3/2008", פרק ה' "תנועות הגירה ותיירות", ב"לוח ה/5 - יציאות לחו"ל וחזרות של ישראלים" (הנתונים באלפים) :

שנה	סך הכל יציאות (באלפים)
2000	3,529.5
2001	3,561.0
2002	3,273.0
2003	3,298.5
2004	3,614.1
2005	3,687.4
2006	3,713.1
2007	4,147.1

נספח כו < מצ"ב תדפיס עמוד הרלוונטי באתר הלמ"ס ותדפיס לוח ה/5

ב. בהנחה כי 33% מהיוצאים מבצע מספר שיחות במסלול המוזל, יניחו המבקשים לצרכי הערכה כי בגין כל אחת מן היציאות הללו מן הארץ, מחויב המנוי **בשלוש שיחות עלומות' שאורכן דקה אחת בלבד** (ראינו לעיל כי לגבי חלק מן המבקשים מדובר היה ב"שיחות" שחויבו בגין שתי דקות).

ג. לפי מחיר ממוצע של 6 ש"ח לדקת-שיחה, מדובר בנזק לכל לקוח בשיעור של 18 ש"ח (3 דקות X 6 ש"ח).

ד. לפי הערכה זו, עבור שליש מארבע מיליון היציאות של הישראלים בשנה, מסתכם הנזק הקבוצתי בכ- **24 מיליון ש"ח לשנה** (33% X 4 מיליון יציאות X 18 ש"ח נזק בכל יציאה). זהו הנזק לכל שנה לפי תחשיב זה, ובסך הכל בשנים האחרונות (כולל הפחתה בגין כמות המנויים הקטנה יותר בשנים קודמות), כ- **100 מיליון ש"ח לשלוש המשיבות יחדיו**.

306. **לצרכי הגשת תובענה זו יאמדו המבקשים את הנזק לכלל הקבוצה על הסך הנמוך יותר, כ- 50 מיליון ש"ח לשלוש המשיבות יחדיו.**

307. תחשיב זה הינו אך ורק לצורך הערכת התביעה כייצוגית במעמד הגשתה, והמבקשים שומרים את הזכות לתקן את סכום התביעה. ניתן יהיה לערוך תחשיב מדויק תוך הסתמכות על מידע מדויק הקיים ואגור בידי המשיבות שאין כל מניעה מלחשבו. ממילא שאין חובה ליתן הערכה מדויקת וניתן להסתפק בהערכה כללית (רע"א 10198/02 עיריית ראשון לציון נ' אדטו, תק-על 2003 (2)) :

"...בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות, אין מגיש התובענה נדרש לכתוב בכתב תביעתו מהו סכום התביעה המדויק, והוא יכול לצאת ידי חובתו בכך שיעריך, ככל שביכולתו, את סכום התובענה של כלל חברי הקבוצה הפוטנציאליים".

308. מטבע הדברים, המשיבות יודעות מהו היקף הגבייה אצלן, ובוודאי שהן יכולות לבצע שאילתא במערכות ה-BILLING שלהן, לצורך בירור מדויק של היקף החיוב בגין 'שיחות עלומות'. מדובר בשאילתא שכל מערכת BILLING מודרנית יכולה ואמורה לבצע, והיא יישום קל בתחום הקרוי Data-Mining. **מן הסתם, שלצורך הפרשה בדוחות הכספיים תהיה כל משיבה חייבת לבצע תחשיב זה.**

309. כפי שהוסבר לעיל (ר' ס' 142 בעמ' 28), שלוש המשיבות משתמשות במערכות חיוב של חברת אמדוקס, ענקית יישומי הבילינג הישראלית. במסגרת הדיון בתובענה יבקשו המבקשים מבית המשפט הנכבד לזמן את אנשיה לעדות, על מנת להעיד על שיטת החיוב ועל היקפי חיוב היתר.

310. בכל מקרה, ברור כי הנזק, הפרת החוזה והפרת החוק משותפים לקבוצה גדולה של מנויים. בכל אלו יש כדי ליצור בסיס לתביעה ייצוגית, ואין זה משנה בשלב זה מהו מספרם המדויק של חברי הקבוצה ומהו הנזק הכולל. ברור גם כי כל חברי הקבוצה נפגעו לפי אותו המנגנון ועל כן גם המנגנון לחישוב הנזק הוא אחד.

311. לבית המשפט הנכבד הכוח, הסמכות והחובה החוקית והמוסרית להפסיק גזל זה של המנויים ולהורות על ההשבה והתשלום.

ח2. התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית

312. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מונה את התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

"(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;**
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;**
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;**
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב."**

313. להלן נפרט אחד לאחד את התקיימות כל תנאי הסף להכרה בתביעה כייצוגית.

תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט

314. התנאי הראשון לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**.

315. בענין תנאי זה הבהיר כב' הנשיא א. ברק רע"א 4556/94 **טצת ואח' נ' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, בעמ' 789, כי: **"אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות"**. ר' גם דברי כב' השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 8332/96 **שמש נ' רייכרט**, פ"ד נה(5) 276, בפסקה 15. תנאי זה מתקיים בענייננו.

(א) השאלות המשותפות

316. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של **עובדה** הנוגעות לקבוצה, שראויות להתברר באופן ייצוגי:

- א. מה הוא פשר השיחות העלומות בפירוט השיחות של המשיבות?
- ב. האם המשיבות חייבו את המנויים בגין שיחות שלא נתממשו במסגרת תוכניות חו"ל מוזל?
- ג. האם המנויים הסכימו בכתב ומראש לתשלום בגין שיחות שלא התממשו במסגרת תוכניות חו"ל מוזל?

יצוין כי שאלות עובדתיות אלו תיבחנה לאור מסמכים של המשיבות בלבד ונתונים שברשותן.

317. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של **משפט** הנוגעות לקבוצה, וראויות להתברר באופן ייצוגי :

א. זכות או העדר זכות המשיבות לגבות תשלום בגין שיחות שלא נתממשו ו/או להרוויח בגין שיחות אלו ;

ב. האם יש בגביית חיוב בגין שיחות שלא התקיימו משום עוולה מן העולות שפורטו לעיל: הפרה של הרישיון, הפרת חוזה או קיומו בחוסר תום לב, גזל, עשיית עושר ולא במשפט, הפרת חובת הגילוי, מרמה והטעיה.

(ב) הסעדים המשותפים

318. הגדרת השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה מצריכה בירור של הסעדים המבוקשים בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. **"מגמת החוק החדש להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין אישור התובענה הייצוגית ודרך ניהולה, מוצאת את ביטויה גם בנושא הסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית"** (ר' ת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 807 (13)05, בפסקה 52).

319. **הסעדים המתבקשים הינם סעדים משותפים**, שיפורטו להלן :

א. **סעד הצהרתי**: בית המשפט הנכבד יתבקש להצהיר כי המשיבות אינן רשאיות לגבות תשלום במסלולי "חוו"ל מוזל" בגין שיחות חוזרות שלא נתממשו כלל לשיחה עם היעד אליו ביקש הלקוח להיות מקושר ;

ב. **צו מניעה**: בית המשפט מתבקש ליתן צו מניעה האוסר על המשיבות להמשיך בפרקטיקה של חיוב הלקוחות במסלול "חוו"ל מוזל" בגין שיחות חוזרות שלא נתממשו כלל לשיחה עם היעד אליו ביקש הלקוח להיות מקושר.

ג. **צו עשה**: בית המשפט מתבקש לצוות על המשיבות לשנות את הגדרות מערכות הטלפוניה שלהן במסלול ה-CALLBACK חוו"ל מוזל, כך שהשיחה החוזרת אל הלקוח בחוו"ל תתבצע רק אם ולאחר שהמערכת קושרה אל יעד השיחה בישראל. באופן זה תועבר אל הלקוח בחוו"ל "שיחה".

ד. **סעד כספי**: בית המשפט מתבקש לפסוק כי חברי הקבוצה יקבלו זיכוי, בשיעור הסך הכולל של החיובים שחויבו בגין 'שיחות עלומות' בשבע השנים האחרונות, בתוספת ריבית; אם יקבע בית המשפט כי השבת הכספים ללקוחות אינה ישימה בנסיבות העניין, יתבקש בית המשפט להורות על מתן סעד לטובת כלל חברי הקבוצה או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין, בין על דרך הקמת קרן לטובת חברי הקבוצה או לטובת הציבור, הכל כפי שיקבע בית המשפט לפי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ה. להעניק כל סעד הנראה לבית-המשפט נכון וצודק בנסיבות העניין.

320. כפי שניתן לראות, הסעדים הינם סעדים הומוגניים ומשותפים לכלל חברי הקבוצה.

321. **למבקשים ולקבוצה קיימת הזכות לתבוע את הסעד הצהרתי, את הסעד המניעתי ואת צו העשה, במסגרת תובענה ייצוגית.** בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה (4) 584, פסק כב' הנשיא א' ברק כי גם בהעדר זכות לפיצוי כספי, ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית צו למניעת המשך ההטעיה של הצרכנים (פסקה 2). כב' הנשיא א' ברק הדגיש כי גם בהעדר זכות לפיצוי, ניתן לאכוף את הוראות חוק הגנת הצרכן באמצעות תרופות פליליות ואזרחיות (פסקה 8). אך הוא הותיר בצריך עיון את השאלה האם רשאי תובע ייצוגי, שאין לו עילה לקבלת פיצוי בשל הטעייתו כצרכן, לעתור לקבלת סעד הצהרתי בשם הקבוצה למניעת המשך ההטעיה של כלל הצרכנים (פסקה 13). כב' השופט א. מצא סבר בענין ברזני בדיון הנוסף (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נו (6) 385 (2003)), כי אין מניעה לתבוע בתובענה ייצוגית סעד

הצהרתי וצו מניעה, גם בהעדר זכאות לסעד של פיצוי (פסקה 22). כך סברה גם כבי' השופטת ט' שטרסברג-כהן, אך היא ציינה כי האפשרות שצרכן ישקיע מאמצים וכספים רבים לשם קבלת סעד של צו מניעה לטובת ציבור הצרכנים היא קלושה (פסקה 9).

322. המקרה שבפנינו ממחיש את הצורך בצו מניעה, בצו ההצהרתי ובצו העשה, משום שהנזק ממשיך להיגרם ללקוחות רבים מדי חודש, וממשיך להצטבר. אין מדובר רק בנזק שנגרם בעבר. מדובר בנזק שממשיך להיגרם בהווה וימשך להצטבר בעתיד. לעניין זה השווה ת.א. 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 05(13) 807, בפסקאות 55 ו-56 להחלטה:

" 55. כפוף לאמור לעיל לגבי סעד הביטול, אם תוכיח הקבוצה התובעת את עילות התביעה המפורטות לעיל, תהא היא זכאית לסעדים הצהרתיים, מניעתיים וכספיים. אין מניעה לקבל הצהרה על הפרת הוראות הדין, צו האוסר להמשיך ולהפר את הדין, בנוסף על פיצוי לחברי הקבוצה, בשיעור שייקבע על-ידי בית-המשפט (ראה דני"א 5712/01 הנ"ל בענין ברזני, דברי כבי' הנשיא א' ברק ודברי כבי' השופטת ט' שטרסברג-כהן בפסקה 8). סעדים אלו אחידים לכל חברי הקבוצה, ואין כל סיבה להניח שמי מהם יתנגד למתן ההצהרה או הצו, או לקבלת פיצוי (זאת בניגוד לסעד של ביטול העסקה, שלגביו תיתכן התנגדות של צרכנים רבים). די בכך כדי לאפשר את הגשת התביעה הייצוגית. אין מקום, בשלב זה, להיכנס לשאלת מהות הפיצוי אשר עשוי להיפסק לחברי הקבוצה (נזק ממוני, עוגמת נפש או שניהם).

56. אין מניעה לתבוע סעד הצהרתי, לפיו תדיראן פעלה בניגוד להוראות החוק, כאשר לצד סעד הצהרתי זה מתבקשים גם סעדים אופרטיביים, ובהם פיצוי וצו-מניעה קבוע האוסר המשך שיווק מזגנים בניגוד להוראות הדין. הפסקת ייצורם של דגמים אלו, אם תוכח, איננה הופכת את הסעד ההצהרתי או את צו המניעה לסעדים תיאורטיים. ראשית, האפשרות שמזגנים אלו משווקים עדיין, לא על-ידי תדיראן עצמה, לא נפסלה בעדותו של אדר (עמ' 18). שנית, אם יוכח כי ההתנהגות המטעה של תדיראן, על-פי הנטען בבקשה, מהווה דפוס התנהגות מתמשך, אין לשלול את העתירה למתן צו מניעה הצופה פני עתיד, לשם מניעת המשך ההטעייה.

...

אכיפה יעילה נגד הטעייה בידי יצרן מחייבת לשקול גם את האפשרות של מתן סעד הצהרתי וצו מניעה. סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר לבית המשפט ליתן כל סעד שימצא לנכון בנסיבות הענין, לא רק סעד כספי. מה שפחות ברור הוא, מהי התועלת בניהול תובענה ייצוגית, לשם קבלת הצהרה על הטעייה או צו מניעה למניעת הטעייה של הצרכנים, כאשר ניתן לקבל סעדים אלו גם בתובענה אישית, והתוצאה, כפי הנראה, עשויה להיות דומה. אך שאלות אלו ניתן להותיר בצריך עיון, שכן בענייננו יש בסיס לכאורה לסעד הפיצויים, והסעד ההצהרתי וצו המניעה המתבקשים באים לצד ובנוסף על הפיצוי הנדרש".

323. להבדיל, בענייננו, צו המניעה, צו העשה והצו ההצהרתי אינם נלווים לסעד הכספי. הם סעדים עצמאיים שנועדו למנוע ממעגל הניזוקים להתרחב (אל מי שעדיין אינם נמנים על הקבוצה אך יצורפו אליה בעל כורחם על ידי המשיבות). כן נדרשים הצווים כדי לעצור את התרחבות הנזק של חברי הקבוצה, שהרי הנזק ממשיך ונגרם לכל חבר בקבוצה שממשיך להשתמש בשירות חו"ל מוזל.

324. סיכומו של דבר, גם לאור סעדים משותפים אלו, מתחדד הצורך לאשר את התובענה כייצוגית, והתנאי בדבר קיומן של שאלות משותפות של עובדה ומשפט, נתקיים באופן מובהק.

(ג) סוגיית זהות הנזק

325. דבר זהות הנזק לא נקבע כתנאי לניהול תביעה כייצוגית אלא נותר בידי בית המשפט להכריע לגבי כל הקבוצה בשאלות העובדתיות והמשפטיות המשותפות לקבוצה במסגרת התביעה הייצוגית תוך הותרת קביעת שיעור הנזק המדויק, במידה ונדרש, להליך נפרד.

326. ונזכיר כי לעניין זה, נקבע בפרשת **רייכרט** שאין צורך בזהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, אלא די בכך שהשאלות העיקריות תהיינה משותפות:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת. יפים לעניינו דבריו של הנשיא א' ברק לפיהם:

"לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות" (פרשת טצת, בעמ' 788).

327. משמעות הדברים היא שגם אם קיים שוני בין המנויים מבחינת סך ההשבה להם הם זכאים, הרי שהבדל זה הוא שולי ל"יסוד המשותף", ודי בכך שמוקד הדיון, שאלת חוקיות הגביה, משותף לכל חברי הקבוצה. ביסודו של דבר, שאלת גובה ההחזר מורכבת משתי שאלות נפרדות, שאלה שבעובדה ושאלה שבמשפט. השאלה שבמשפט, שעניינה העילה המשפטית והחובה לפצות, הינה מקדמית ועיקרית וככזו משותפת לכל חברי הקבוצה. השאלה שבעובדה, עניינה אך ורק בהיקף ההחזר שכל מנוי זכאי לקבל, שאף הוא נגזר מנתונים הנמצאים בידי המשיבות הניתנים לחישוב אריתמטי פשוט, והינו תוצאת לוואי של ההכרעה המשפטית.

שאלה זו הינה משנית לשאלות המשפטיות והעובדתיות המשותפות העומדות בבסיס תביעה זו, כאשר היקפן של השאלות המשותפות, חשיבותן, זהותן והצורך להכריע בהן בצורה אחידה נוטה לכיוון ההכרעה המשותפת.

328. לפיכך, העילות המשותפות, פירוש אחיד של החוק וההכרעה האחידה, שסופן בשאלה האם המשיבות עולו כלפי הלקוחות, הינם משותפים, וכאלו יידונו במסגרת ההליך הקבוצתי.

329. בכל מקרה, קביעת סך הפיצוי לכל חבר בקבוצה, תיעשה בדרך פשוטה וזאת לאחר שתיקבע ההכרעה המשפטית, ע"י בירור מול מסמכים ונתונים הנמצאים ואגורים בידי המשיבות, שהמשיבות חייבות לשמור עליהם, והם עניין לחישוב אריתמטי פשוט והצלבת נתונים כמפורט לעיל.

330. מן הסתם שיהיה בכך כדי למנוע דיון מחודש פעם אחר פעם באותן השאלות לצורך כל הכרעה בכל מקרה בנפרד. בכך יחסך זמן שיפוטי רב ותימנע הכרעה נוגדת בעניינים זהים.

ד) אין צורך להידרש לנסיבות הפרטניות של כל הסכם וכל מנוי

331. המבקשים יטענו כי המכנה המשותף בתובענה דנן רב על הברור של הנסיבות האישיות של כל לקוח.
332. מאחר ומדובר בדיון הנוגע להסכם התקשרות כללי של כל מנוי ומאחר ומדובר בדין וחווה זהים ומשותפים המחייבים את המבקשים ומחייב כל משיבה, אין כל מקום לבירור פרטני לגבי כל לקוח, ולכן תובענה ייצוגית היא הדרך המתאימה לניהול התביעה.
333. המקרה שבפנינו הינו מקרה מובהק בו תנאי החוזה והדין מבססים את עילות התביעה, לרבות את ההטעה, הפרת ההסכם ושאר העוולות שפורטו לעיל.
334. האחידות של הנושא עולה על פניה ממנגנון החיוב האחיד בו נוקטת כל משיבה כלפי כל הלקוחות שלה. מדובר בהתחשבות זהה ובמנגנון זהה ואחיד לקיפוח המנויים. העובדה כי העולה בוצעה באופן אוטומטי בכמה החשבונות, ממחישה כי מדובר בעוולות סדרתיות ואחידות, ומוכיחה את ההומוגניות והטיפיקליות של עניינם של המבקשים.

תנאי 2 - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה

335. התנאי השני לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי **'תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין'**.
336. הרעיון העומד מאחורי תובענה ייצוגית הוא כי לאור שיעור הנזק הנמוך יחסית שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה - מחד, ולאור העלויות והטרחה הכרוכות בניהול תובענה נגד גוף גדול במשק - מאידך, קיים חשש שהנפגעים לא יטרחו כלל להגיש תובענה. בכך ייפגעו הן זכותם האישית לפיצוי, והן האינטרס הציבורי הכרוך בהרתעת גופים גדולים מפגיעה בזכויות צרכנים (ראה: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו (3) 220, 278; ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 801; ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 322-323).
337. התביעה שבפנינו מעוררת שאלות חשובות של עובדה ומשפט, שהן משותפות לקבוצה משמעותית של לקוחות הסלולר בישראל. מוטב להן לשאלות אלו להתברר כמקשה אחת, ולא בתביעות רבות ומפוזרות. הדבר יביא ליעילות ולחיסכון במשאבים, ימנע כפל התדיינויות וחוסר אחידות בפסיקה, ויאפשר ללקוחות, בהיותם מאוחדים, לאכוף את הוראות הדין בצורה טובה יותר, מקום שהלקוח הבודד יתקשה לעמוד מול התאגיד רב-הכוח. זה הרעיון העומד מאחרי התובענה הייצוגית, והוא מתקיים בענייננו בצורה מובהקת (ר' סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, ולענין מטרות התובענה הייצוגית ר' דברי כב' השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נו (6) 385 (2003), פסקה 4, והאסמכתאות שצוטטו שם. כן ר' רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט (5) 774, 784).
338. בענייננו, ברור כי המשיבות פעלו בניגוד להסכם בין הצדדים ולדין, הזיקו למנויים, וגבו סכומים שאסור להן לגבות ונמנעות עד היום להשיבם. התאמתה של תובענה זו לניהול כתובענה ייצוגית בולטת, ולמעשה די יהיה אם בית המשפט יכריע לעניין סיכויי התובענה כדי לקבוע מידת התאמתה לניהול בדרך של תביעה ייצוגית.

תנאי 3 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת

339. התנאי השלישי הנקוב בחוק לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי **'קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה'**.

340. ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה (5) 276, בעמ' 302-303, הבהיר בית המשפט כי אין צורך במשקיע מתוחכם או מלומד בתחום התובענה, ודי בכך שיש לו אינטרס כלכלי של ממש בתביעה, וכי "גישה מקלה זו נועדה למנוע מהגוף הפוגע את ניצול כוחו ועצמתו לשם עשיית עושר על חשבון הציבור ופרטיו".

341. הדין הוא שאין להקפיד עם כישוריו וידיעותיו של התובע הייצוגי וכי בדרך כלל התובע הייצוגי ההולם הוא מי שיש לו אינטרס אמיתי ועניין ממשי בתביעה והבנה מסוימת בתביעה אותה הוא מבקש להוביל נגד הנתבע ובסוגיותיה המרכזיות. אין הכרח שהתובע יהיה מצוי בכל פרטי התובענה ויפגין בקיאות בכל הקשור למאטריה ודי בכך שיוצג על ידי עורך דין בעל כישורים, בקיאות, ניסיון ויכולת לנהל את התובענה הייצוגית באופן מקצועי.

342. המבקשים, באמצעות עוה"ד יצחק אבירם ונועם שכנר המתמחים בתביעות פיננסיות נגד בנקים, חברות ביטוח, חברות תקשורת, חברות ציבוריות וגופים כלכליים, ובכלל זה עוסקים בתביעות ייצוגיות בנקאיות וצרכניות שהביאו גופים אלו להשיב כספים לציבור, מאמינים כי ייצגו בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים על הקבוצה. תנאי סף זה, אם כן, נתקיים גם הוא.

תנאי 4 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב

343. התנאי הרביעי לאישור התובענה כייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".

344. תובענה זאת מוגשת על ידי המבקשים בתום לב, לאחר בדיקת המסמכים הרלבנטיים והדין. המבקש 1 פנה אל פלאפון שאף זיכתה אותו בגין רוב השיחות. ואולם, היא נמנעה מלתקן את דרכיה והיא ממשיכה לחייב לקוחות אחרים בידועה כי אסור לה לעשות כן. לאחר מכן, הבינו המבקשים 2-1 כי מדובר בשיטה בה נוקטות כל ספקיות הרט"ן בארץ.

345. המבקשים מאמינים בתום לב ויודעים כיום כי קופחו על ידי המשיבות, כי הוטעו, הולכו שולל ונגזלו, וכי התביעה תעשה צדק עימם ועם יתר המנויים.

ח3. לסיכום עניין אישור התובענה כייצוגית

346. מכל האמור לעיל עולה כי כל היסודות הדרושים לאישורה של תביעה זו כייצוגית נתקיימו. לאמור, קיומן של עילות תביעה אישיות למבקשים, קיומה של קבוצה, הוכחתו לכאורה של נזק למבקשים, ואף (למעלה מן הצורך) הוכחתו לכאורה של נזק לכלל הקבוצה.

347. כן מתקיימים כל התנאים המוקדמים כדי להכיר בתביעה כייצוגית:

- א. מוכח כי נגרם נזק לתובעים ולמספר רב של לקוחות של המשיבות.
- ב. סיכויי התביעה לאור הפסיקה במקרים דומים והדין המיועד למנוע מצבים אלו, הינם טובים מאוד.
- ג. העובדות והעניין המשפטי שהביאו לנזק משותפים לכל המנויים.
- ד. מדובר בניתוח והכרעה לגבי מסמכים זהים ואחידים שהם חוזים אחידים ורישיונות אחידים של המשיבות.
- ה. מדובר בעילות תביעה שאינן מצריכות בדיקה נסיבתית לגבי כל לקוח.
- ו. מדובר בפעולה בניגוד להסכם ובגבייה שלא כדין ובניגוד לרישיון.
- ז. התביעה מוגשת בתום לב, ולאחר שהעובדות התומכות בה והדרושות לבירורה נבדקו היטב מול הוראות החוק.

חלק ט' - סעדים וסיכום

348. לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כייצוגית וליתן הוראות כדלקמן: הוראות בעניין הגדרת הקבוצה; הוראות בעניין הדיון בתובענה; הוראות בדבר אופן פרסום ההחלטה ונוסחה, וכן מתן הוראה כי המשיבה תישא בהוצאות הפרסום; הוראות לעניין שכר טרחת ב"כ המבקשים, כאחוז מסוים מסך הפיצוי שיפסק בהתאם לקביעת בית המשפט, וכן בדבר גמול למבקשים בסך אחוז מסוים מסך הפיצוי שייפסק, על שטרוחו והגישו התובענה.

349. כן יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן הסעדים הבאים.

א. **סעד הצהרתי**: בית המשפט הנכבד יתבקש להצהיר כי המשיבות אינן רשאיות לגבות תשלום במסלול "חו"ל מוזל" בגין שיחות חוזרות שלא נתממשו כלל לשיחה עם היעד אליו ביקש הלקוח להיות מקושר;

ב. **צו מניעה**: בית המשפט מתבקש ליתן צו מניעה האוסר על המשיבות להמשיך בפרקטיקה של חיוב הלקוחות במסלול "חו"ל מוזל" בגין שיחות חוזרות שלא נתממשו כלל לשיחה עם היעד אליו ביקש הלקוח להיות מקושר.

ג. **צו עשה**: בית המשפט מתבקש לצוות על המשיבות לשנות את הגדרות מערכות הטלפוניה שלהן במסלול ה-CALLBACK חו"ל מוזל, כך שהשיחה החוזרת אל הלקוח בחו"ל תתבצע רק אם ולאחר שהמערכת קושרה אל יעד השיחה בישראל. באופן זה תועבר אל הלקוח בחו"ל "שיחה".

ד. **סעד כספי**: בית המשפט מתבקש לפסוק כי חברי הקבוצה יקבלו זיכוי, בשיעור הסך הכולל של החיובים שחויבו בגין שיחות עלומות' בשבע השנים האחרונות, בתוספת ריבית; אם יקבע בית המשפט כי השבת הכספים ללקוחות אינה ישימה בנסיבות העניין, יתבקש בית המשפט להורות על מתן סעד לטובת כלל חברי הקבוצה או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין, בין על דרך הקמת קרן לטובת חברי הקבוצה או לטובת הציבור, הכל כפי שיקבע בית המשפט לפי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ה. להעניק כל סעד הנראה לבית-המשפט נכון וצודק בנסיבות העניין.

350. בקשה זו נסמכת על תצהירי המבקשים המכירים את העובדות מידיעה אישית ועל דוחותיהם הכספיים של המשיבות 1 ו-3. כל האמור בבקשה זו נאמר במצטבר או לחילופין, הכול לפי הדבק הדברים והקשרם. הסעדים המבוקשים בבקשה הינם מצטברים.

351. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.

נועם שכנר, עו"ד

בא - כוח המבקשים

יצחק אבירם, עו"ד

בא- כוח המבקשים