

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
א 1786/08 (בשא 14043/08)
עופר גלבווע נ. סלקום ישראל בע
(בתיק עופר גלבווע נ. סלקום י..)
ת.פתיחה: 15/07/08 סדר דין: רגיל

**בבית משפט המחוזי
בתל-אביב**

המבקש: עופר גלבווע ת.ז. 024359119
ע"י ב"כ עוה"ד זיו גרומן ו/או
לירן זילברמן ו/או רחל גרומן
מדרך מנחם בגין 48, ת"א 66180
טל: 03-6888223 פקס: 03-6888224

- נגד -

המשיבה: סלקום ישראל בע"מ, ח.צ. 511930125
מרחוב הגביש 10, ת.ד. 4060
נתניה 42140

מהות התביעה: ייצוגית / כספית / השבה

סכום התביעה האישית: ₪ 59.78

סכום התביעה הייצוגית (לפי הערכה): ₪ 179,340,000

בקשה לאישור תובענה כייצוגית **(בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006)**

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת כדלקמן:

1. לאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו ומסומנת **בנספח א'**, כתובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") ובמסגרת הבקשה והתובענה ליתן הוראות נוספות, כפי שתפורטנה להלן:
2. לקבוע, בהתאם לאמור בסעיפים 10 ו-14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, כי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית תכלול את כל לקוחות המשיבה אשר התקשרו, באמצעות מכשירם הסלולארי, בכל עת מיום 01.04.2007, למוקד מודיעין 144 בזק בבקשה לאיתור מספר, ואשר לא השתמשו בשירות האופציונאלי להפניית שיחה המאפשר להם להתחבר באופן אוטומטי ליעד המבוקש (להלן: "**הקבוצה**").
3. לקבוע, בהתאם לאמור בסעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקש יהיה התובע הייצוגי וכי באי כוחו יהיו אלו החתומים על בקשה זו.
4. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, כי עילות התובענה הייצוגית הן הטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"), עשיית עושר ולא במשפט לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשלי"ט – 1979 (להלן: "**חוק עשיית עושר**"), הפרת הסכם ההתקשרות והטעיה לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973

(להלן: "חוק החוזים") וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970; הפרת החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת בקיום חיוב חוזי, לפי סעיף 39 לחוק החוזים; גזל ורשלנות, תרמית והפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) (להלן: "פקודת הנזיקין"); הפרת רישיון המשיבה למתן שירותי רט"ן, וכל עילה אחרת שעולה מן העובדות המובאות בכתב התביעה המצורף לבקשה זו.

5. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, כי הסעדים המבוקשים הינם השבת מלוא הכספים שנגבו, שלא כדין, על ידי המשיבה מחברי הקבוצה, וביניהם המבקש, וכן כל הסעדים המפורטים בכתב התביעה ובסעיף 66 לבקשה זו. לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על סעד אחר הולם לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לאמור בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

6. להורות, בהתאם לאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד וכי המשיבה תישא בהוצאות הפרסום.

7. לאשר, בהתאם לאמור בסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כייצוגית, בכל שינוי שבית המשפט הנכבד יחליט עליו, הכול כפי שיראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית.

8. להורות כי החלטת בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית, תפורסם בשני עיתונים יומיים בשפה העברית וכן בעיתון יומי אחד בשפה הרוסית ואחד בשפה הערבית, לרבות אופן הפרסום ותוכנו ולהשית את הוצאות הפרסום על המשיבה.

9. לקבוע שכר טרחה הולם לעורכי הדין המייצגים את המבקש בבקשה זו והתובע בתובענה הייצוגית, כאחוז מסוים משווי ההשבה ו/או הפיצוי ו/או ההסדר שייפסקו, בהתאם לקביעת בית המשפט, לטובת הקבוצה.

10. לקבוע כי המבקש יהא זכאי לתשלום גמול מיוחד בהיותו תובע מייצג, בהתחשב בטרחתו והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, חשיבותה הציבורית והתועלת שהביאה לקבוצה.

11. לחייב את המשיבה בהוצאות בקשה זו, לרבות שכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.

12. ליתן כל הוראה אחרת הנדרשת לשם הדין בתובענה כפי שיימצא לנכון.

ואלו נימוקי הבקשה:

תמצית התביעה הייצוגית

13. הבקשה נסמכת על האמור **בנספח א'** המצורף לבקשה זו, הוא כתב התביעה.

14. המבקש הינו אזרח ותושב ישראל, לקוח של המשיבה מזה כ – 15 שנים.

15. המשיבה הינה חברת התקשורת הציבורית הגדולה בענף התקשורת הסלולארית בישראל, המעניקה, על פי פרסומיה, שירותי תקשורת סלולאריים למעלה מ- 3,000,000 לקוחות והינה בגדר "עוסק" על פי הגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981.

16. המשיבה פועלת מכוח "רישיון כללי לסלקום ישראל בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (הרט"ן) (להלן: "הרישיון"), שניתן לה על ידי משרד התקשורת. על פי סעיף 4.1 לרישיון, מחויבת הנתבעת בכל הנוגע לקיומה, הפעלתה ותחזוקתה, וכן בכל הנוגע למתן שירותי רט"ן באמצעותה, לפעול על פי הוראות כל דין, לרבות, אך לא רק, בהתאם לחוק

התקשורת (בזק ושירותים), התשס"ב – 1982 וכן תקנות התקשורת (בזק ושירותים) (תשלומים בעד שירותי בזק), תשס"ז – 2007 (להלן: "חוק הבזק ותקנות הבזק" בהתאמה).

העתק הרישיון מצורף בזאת ומסומן כנספח ב'.

17. סעיפים 23 ו-24 לחלק ד' לתקנות הבזק מפרטים שניים מתוך מגוון השירותים אשר מספקת בזק במסגרת שירותיה, כאשר המשיבה מספקת למנוייה שירותים אלה, מכוח הרישיון שניתן לה כאמור לעיל:

17.1. בירור מספר טלפון באמצעות שירות מודיעין 144. במסגרת שירות זה מאתר מוקד 144 בזק מספרי טלפון של כל אדם ו/או עסק הרשומים ברישומי בזק, הכול בהתאם לדרישת המתקשר. בגין שירות זה גובה בזק סך של 1.51 ₪ בתוספת מע"מ כדין. (להלן: "שירות 144")

17.2. שירות השלמת שיחה: לאחר קבלת המספר המבוקש, ניתן על ידי בזק שירות אופציונאלי נוסף בתשלום, המאפשר למתקשר ללחוץ על מקש הכוכבית, וכך להתחבר באופן אוטומטי ליעד המבוקש, וזאת במקום ניתוק השיחה וחיוג מחדש. (להלן: "שירות הפניית השיחה")

על פי שירות הפניית השיחה, במידה וההתקשרות מומשת, היינו המתקשר לחץ על מקש הכוכבית לצורך התחברות אוטומטית ליעד המבוקש, אזי ישלם המתקשר סך של 0.53 ₪ בצירוף מע"מ (סך של 0.61 ₪ כולל מע"מ), בתוספת התשלום בעד השימוש בשירות 144 ואיתור המספר המבוקש. ויובהר, כי עפ"י סעיף 24(ב) לתקנות הבזק, הרי שאם ההתקשרות לא מומשה כי אז בזק לא תגבה את דמי השלמת השיחה.

תדפיס תעריף השירות באתר בזק מצורף בזאת ומסומן כנספח ג'.

18. ביום 01.02.2006 החלה בזק לחייב לראשונה סך של 0.53 ₪ + מע"מ בגין השימוש בשירות הפניית השיחה. עד לאותו מועד גבתה היא תשלום אך ורק בגין השימוש בשירות 144 (סך של 1.57 בצירוף מע"מ כדין).

פרסום מאתר ynet מיום 15.12.05 מצורף בזאת ומסומן כנספח ד'. מסמך רקע שנערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת מיום 5.3.06 מצורף בזאת ומסומן כנספח ה'.

יצויין, כי ביום 01.06.2007 הוזילה בזק את תעריף שירות 144 מ-1.57 ₪ ל-1.51 ₪, כאמור בסעיף 17.1 לעיל, בעוד שהמשיבה הותירה את התעריף שגבתה ללא כל שינוי (1.57 ₪).

העתק הודעת בזק בגין ההחלה מצורף בזאת ומסומן כנספח ו'.

הטעיה בתנאי השירות

19. עד ליום 01.04.2007 הפרידה המשיבה, בדומה להפרדה שמבצעת בזק, את החיוב בגין השימוש בשירותים הני"ל, כך שגבתה מהמבקש סך של 1.57 ₪, בצירוף מע"מ, בגין כל פנייה למוקד 144 בזק וסך של 0.53 ₪ נוספים, בצירוף מע"מ, במידה והמבקש צרד את שירות הפניית השיחה.

20. ואולם, מיום 01.04.2007 שינתה המשיבה את אופן החיוב בגין השירותים הני"ל, והחלה לגבות מחיר של 2.45 ₪ (כולל מע"מ) בגין כל פנייה של מי מלקוחותיה באמצעות מכשירו הסלולארי למודיעין בזק 144, וזאת ללא כל קשר לצריכה בפועל של השירות האופציונאלי להפניית השיחה על ידי המתקשר. גבייה דרקונית זו נמשכת עד ליום הגשת בקשה זו,

כשהיא מנוגדת לרישיון שניתן למשיבה, לתקנות הבזק ולפרסומי המשיבה עצמה, והכול כפי שפורט בהרחבה בכתב התובענה הייצוגית.

21. בחשבונית שנמסרה למבקש בגין חודש פברואר-מרץ 2007 הודיעה המשיבה למשיב כדלקמן:

"החל מ- 1.4.2007 יתייקרו תעריפי קבלת מספר ממוקד מודיעין 144/1344 ויעמדו על 2.45 ₪ כולל מע"מ. תעריף זה כולל שימוש בשירות השלמת שיחה המוצע לך לאחר קבלת המספר. בכפוף לתנאי השירות." (ההדגשות - לא במקור, הח"מ)

תדפיס חשבונית חודשים פברואר-מרץ 2007 מצורף בזאת ומסומן כנספח ז'.

22. הודעה זו מנוסחת בצורה שאינה מציגה מהו התעריף שגובה המשיבה במידה ומי מחברי הקבוצה צורך אך ורק את שירות 144 מבלי להשתמש בשירות הפניית השיחה. מקריאת נוסח זה, ברור לכל בר בי רב, וכך גם למבקש, כי מקום בו לא צרך את שירות הפניית השיחה (לא לחץ על כוכבית), אזי יחויב בסכום הנמוך מ- 2.45 ₪.

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא במילה "שימוש", שמשמעותה ביצוע אקטיבי של פעולה, קרי צריכה בפועל של שירות השלמת השיחה. זאת ועוד, השימוש במילה "מוצע" מעיד בצורה ברורה כי המדובר בשירות אופציונאלי המוצע לחברי הקבוצה בצורה לא מחייבת, כך שבמידה ולא נצרך אין לגבות בגינו תשלום בכל דרך שהיא, ישירה ואו עקיפה.

מהאמור לעיל, עולה כי על פי הודעתה של המשיבה ללקוחותיה, הרי שבמידה ולא נצרך שירות השלמת השיחה אזי התעריף אמור להיות נמוך יותר.

23. זו גם המסקנה היחידה המתבקשת לנוכח העובדה כי הנוהג בתחום הסלולר, וכך פועלות כל יתר חברות הסלולר הגדולות במשק (פלאפון ופרטנר), הינו ביצוע אבחנה ברורה ופיצול החיוב בגין שני שירותים. יתירה מכך, גם המשיבה עצמה נהגה בעבר לפצל את החיוב בגין שני השירותים, וזאת עד לשינוי החיוב כאמור מיום 1.4.07. לא די בכך, הרי שמדובר בשירותים נפוצים ביותר ומוכרים לכל, שמקורם בבזק, והפיצול האמור בין השירותים ואופן פיצול החיוב בגינם, ידוע אף הוא לכל ובפרט זה למבקש.

24. לא זו אף זו, בהודעתה לעיל מכפיפה המשיבה את נוסח ההודעה לאמור בתנאי השירות. תנאי שירות אלה פורסמו באתר האינטרנט של המשיבה תחת הכותרת "שירות הפניית שיחה במוקד 144 בזק", כדלקמן:

..."

כמה זה עולה?

השירות ניתן בתשלום של 2.45 ₪ כולל מע"מ כולל הפניה ליעד המבוקש במידה ובוטעה... (הדגשה לא במקור, הח"מ).

תדפיס הגדרת תנאי השירות באתר הבית של הנתבעת מצורף בזאת ומסומן כנספח ח'.

25. הנה כי כן, תנאי השירות, כפי שפורסמו באתר האינטרנט של המשיבה, מעידים כאלף עדים, כי אף לשיטתה של המשיבה, מקום בו לא בוטעה הפניית שיחה ליעד המבוקש לא ייגבה התשלום בגין שירות זה.

26. לו הייתה המשיבה מבקשת לגבות את התעריף האמור ללא כל קשר לצריכת שירות הפניית השיחה, צריכה הייתה לציין בהודעתה לחברי הקבוצה כי שירות 144 בלבד (ללא קשר לשירות הפניית השיחה) התייקר לכדי 2.45 ₪ ואילו שירות הפניית השיחה אינו כרוך בתשלום כלל. משלא עשתה כן, ברור היה למבקש, כמו גם לכל אדם מן הישוב, כי החיוב של 2.45 ₪ הינו עבור שני השירותים יחדיו רק במידה ונעשה שימוש בשירות השלמת השיחה, ובמידה ולא נעשה שימוש אזי מתבקש כי התעריף יהיה נמוך יותר מ- 2.45 ₪.

הודאת המשיבה בעובדות

27. ביום 01.01.2008 התפרסמה כתבה בעיתון "דה-מרקר" (להלן: "הכתבה") תחת הכותרת "חברת סלקום גובה תעריף השלמת שיחה ב - 144 - גם אם השירות לא בוצע". על פי אותה כתבה, המשיבה כוללת בתעריף השימוש בשירות 144, קרי סך של 2.45 ₪, חיוב בסך 0.61 ₪ (כולל מע"מ), בעבור שימוש בשירות הפניית שיחה (קישור למספר הטלפון המבוקש), גם כשהשירות אינו ניתן כלל למתקשרים.

העתק הכתבה מצורף בזאת ומסומן כנספח ט'.

28. יודגש ויובהר, כי על פי תגובתה הרשמית של המשיבה לכתבה, המשיבה מודה כי אין היא מבצעת כל הפרדת בין קבלת המספר המבוקש מבזק 144 ובין שירות הפניית השיחה. לדבריה, החברה "בוחרת הפרדה בין השירותים".

29. לאחרונה, מבדיקה נוספת שביצע המבקש, עולה כי המשיבה שינתה, לאחר פרסום הכתבה, את הגדרת השירות באתר האינטרנט הרשמי שלה, כפי שהופיעה עד לאחרונה כאמור בסעיף 17 לעיל, כך שכיום ההגדרה הינה כדלקמן:

..."

עלויות:

השירות ניתן בתשלום של 2.45 ₪ כולל מע"מ...

תדפיס הגדרת השירות החדש באתר הבית של הנתבעת מצורף בזאת ומסומן כנספח י'.

30. כפי שניתן לראות, ההבדל היחיד בין נוסח הגדרת השירות באתר המשיבה בא לידי ביטוי בהשמטת המילים: "כולל הפניה ליעד המבוקש, במידה ובוצעה".

31. שינוי זה שביצעה המשיבה באתר האינטרנט שלה מעיד ומלמד על שניים: האחד, כי אף לשיטתה של המשיבה, נוסח הפרסום הראשון, כפי שהיה באתר שלה עד למועד סמוך לאחר פרסום הכתבה, הינו בבחינת הטעיית ציבור לקוחותיה שהרי אם לא כן, הייתה משאירה את הנוסח הקודם על כנו. שנית, שינוי זה הינו בבחינת חוספת חטא על פשע המעיד על דרך התנהלותה הקלוקלת של המשיבה שעה שבמקום לתקן את העוול והגזול שנגרם לקבוצה באמצעות הפרדת החיוב הכספי בגין השירותים, מעדיפה היא להסתפק בשינוי הנוסח בלבד.

בעשותה כן, אין המשיבה פועלת לתיקון ולחקטנת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, אשר המבקש נמנה עליהם, אלא בהסתרתו של הנזק וטיוחו.

32. ואולם, בכך אין די. על פי מחירון תעריפי שירותים נוספים לחיוג מסלקום, אשר עודכן מיום 23.03.2008, נראה כי המשיבה פשוט הוסיפה את תעריף הפניית השיחה בסך 0.61 ₪ (השווה ל - 0.62 ₪ לפני עדכון תעריף המע"מ) לתעריף שנגבה עד לאותו מועד בגין שירות 144 (1.81 ₪ - השווה ל - 1.83 ₪ לפני עדכון תעריף המע"מ). בעשותה כן, לא רק שהמשיבה מטעה את חברי הקבוצה לחשוב ששירות הפניית שיחה, כאשר משתמשים בו, ניתן בחינם, ללא עלות נוספת מעבר ל - 2.45 ₪, כמו מעין "הטבה", אלא אף מוסיפה חטא על פשע על ידי הגדלת החיוב עבור מי מחברי הקבוצה שבחר שלא לצרוך את שירות הפניית שיחה.

העתק תעריפי שירותים נוספים לחיוג מסלקום מפ"א מצורף בזאת ומסומן כנספח י"א.

לשם המחשת העניין נדגים את המצב טרם שינוי החיוב והמצב לאחריו כדלקמן:

לפני שינוי החיוב:

שירות 144	1.83 ₪
שירות הפניית השיחה (במידה ובוצעה)	0.62 ₪
סה"כ תעריף כולל	2.45 ₪

מחיר כולל במידה ולא בוצעה הפניית שיחה - 1.83 ₪

לאחר שינוי החיוב:

שירות 144	2.45 ₪
שירות הפניית השיחה	0 ₪
סה"כ תעריף כולל	2.45 ₪

מחיר כולל במידה ולא בוצעה הפניית שיחה - 2.45 ₪

33. נראה, אם כן, כי המשיבה מצאה את "דרך המלך" להעשיר את קופתה, על חשבונם וגבם של המבקש וחברי הקבוצה, באמצעות "כפייה פאסיבית" של שירות אופציונאלי של הפניית השיחה. בכך, מחייבת המשיבה את חברי הקבוצה, בכל מקרה, לשלם לה בגין שירות הפניית השיחה תשלום יתר בסך 0.61 ₪, גם אם אלה מעוניינים ובוחרים שלא לצרוך זאת כלל.

34. לנוכח כל האמור לעיל, הרי שהמשיבה גובה מחברי הקבוצה, אשר המבקש נמנה עליהם, שלא כדיון, תעריף אחיד שאינו מפריד בין שירות שסופק לשירות שאינו מסופק. בעשותה כן, מונעת היא מחברי הקבוצה לבחור, מתוך רצון חופשי, איזה מהשירותים הם בוחרים לצרוך ואיזה לאו.

35. כפי שיפורט להלן, תובענה זו ממלאת אחר התנאים שנקבעו בסעיפים 3, 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות.

בחירת התנאים לאישורה של התובענה הייצוגית

36. המבקש יטען כי הינו זכאי שבית המשפט הנכבד יכיר בתביעתו כתביעה ייצוגית, בין היתר, משום שתובענה זו מגשימה היא את מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, כאמור בסעיף 1 לחוק זה, לרבות, לשם אכיפת חוקים כגון חוק הגנת הצרכן, חוק עשיית עושר, חוק החוזים, פקודת הנזיקין וכל דין אחר כמפורט בבקשה זו ובתובענה, וכן לשם הרתעת המשיבה מפני הפרת חוקים אלה, מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת החוקים וניהול יעיל, הוגן וממצה של ההליך בפני בית המשפט הנכבד.

37. עניינה של בקשה זו חשוב ורלבנטי לקבוצה גדולה המונה כ- 3 מיליון לקוחות, שכן גביית הכספים שלא כדיון והטעיית הקבוצה (והמבקש ביניהם) על ידי המשיבה, הינם משותפים וזהים כלפי כלל חברי הקבוצה. יתירה מזאת, מדובר בשירות נפוץ ומוכר שנעשה בו שימוש בתדירות ממוצעת גבוהה על ידי חברי הקבוצה.

38. לא זו אף זו, הרי שנסיבות המקרה מעידות על גזל, תרמית והטעיה שיטתית, סדרתית ומשותפת כלפי כלל חברי הקבוצה, שהינה קבוצה רבת מימדים בכל קנה מידה.

39. להלן ננתח את התנאים לאישורה של התובענה כייצוגית ואת התקיימותם במקרה דנן:

הנטל המוטל על התובע הייצוגי

40. סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי: "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי: "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה..."

41. המחוקק קבע מפורשות בסעיף 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית בעניינים של "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

42. תובע ייצוגי המעלה טענותיו בתובענה ומבקש מבית המשפט הנכבד להכיר בהן כתובענה ייצוגית "חייב לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה כי הוא ממלא, לכאורה, אחר דרישות סעיפי החוק הנוגעים לאישור התובענה הייצוגית" (ראה: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא(2) 312, בעמ' 329).
וכן:

"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"

(רע"א 8268/96 דן רייכרט נ' משה שמש, נה(5) פסקה 11; 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).

43. מכל האמור לעיל, עולה כי המבקש להגיש תובענה ייצוגית נדרש להוכיח את טענותיו רק באופן לכאורי, ועל בית המשפט להשתכנע כי קיים סיכוי סביר שבמהלך המשפט יוכיח התובע הייצוגי את כל התנאים הדרושים לשם קבלת התביעה הייצוגית. דרישה זו מעוגנת כיום בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הדורש מהמבקש להוכיח כי "יש אפשרות סבירה" שאותן שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה, תוכרענה לטובת הקבוצה וברור כי הדבר כולל, בראש ובראשונה, את עילת התביעה האישית. בית המשפט העליון הדגיש כי אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע בקיומה של עילה לכאורה, על מנת שלא לגרום להתמשכות השלב המקדמי, וכדי לא להרתיע תובעים ייצוגיים פוטנציאליים.

44. הרציונאל לכך הינו רצון המחוקק להגן על הציבור. בית המשפט העליון הבהיר, עוד בטרם חקיקת חוק התובענות הייצוגיות, כי תובענה ייצוגית נועדה להגן על האינטרס 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 הנקובות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הדברים הללו מקבלים משנה תוקף.

45. הפירוט הנרחב של יסודות העילה האישית שעומדת למבקש וכן לכל חבר בקבוצה, מלמד כי קמו למבקש ולכלל חברי הקבוצה, לכאורה, עילות אישיות, ברות תביעה בתובענה ייצוגית.

קיום עילות התביעה

46. הפירוט הנרחב בכתב התביעה הייצוגית בדבר שלל העולות וההטעיות אשר ביצעה המשיבה בניגוד לחוק הגנת הצרכן, חוק החוזים, חוק עשיית עושר, פקודת הנוזיקין וכל דין אחר, הכולל כמפורט בבקשה זו ובתובענה, מהווה הוכחה לכאורה לקיום עילות התביעה של המבקש.

47. המבקש יוסיף ויטען כי לנוכח העובדות והראיות שהוצגו בבקשה זו ובכתב התביעה המצורף לבקשה, לרבות חשבונות ותדפיסי שיחות המעידות על גביית כספים שלא כדין וכן נוסח השירות המטעה שפורסם באתר הרשמי של המשיבה ולפיו המשיבה גובה בגין השירות אך ורק במידה ובוצע, מעידים כי למבקש עילת תביעה טובה שכבר עתה הוכחה, בוודאי שבצורה סבירה ולכאורית.

48. המבקש יוסיף ויטען כי ביצוע הגבייה שלא כדין וכן ההטעיה מצד המשיבה נמשכות נכון ליום הגשת בקשה זו. חמור מכך, במקום שהמשיבה, חברה גדולה ומכובדת בענף התקשורת בישראל, תפעל לתיקון העוולה או לכל הפחות לא תיגבה כלל עבור שירות 144 עד לתיקון העוולה כאמור, הרי שהמשיבה מעדיפה להמשיך לגבות עבור שירות הפניית השיחה, הגם שזה לא נצרך כלל.

49. בעשותה כן, פועלת המשיבה ב"שיטת מצליח" כאשר היא מעדיפה, כנראה מטעמי חמדנות, לגזול את כספם של חברי הקבוצה תוך נטילת סיכון ושיקול דעת שהפסקת השירות עד לתיקון העוולה עלולה להסב לה הפסדים גבוהים יותר בגין אובדן הכנסות, מאשר הסיכון שתיתבע והסכומים שתידרש להשיב בעתיד כספים אלה, שנגבו שלא כדין, אל חברי הקבוצה.

קיומה של הקבוצה

50. 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. המבקש מגיש את תביעתו בעילה אשר על פיה הוא יכול לתבוע וכן בשם כלל חברי הקבוצה, קרי לקוחותיה של המשיבה.

51. הגדרת הקבוצה הינה כדלקמן:

"כל לקוחות חברת סלקום ישראל בע"מ אשר התקשרו, באמצעות מכשירים הסלולארי, בכל עת מיום 01.04.2007, למוקד מודיעין 144 בזק בבקשה לאיתור מספר, ואשר לא השתמשו בשירות האופציונאלי להפניית שיחה המאפשר להם להתחבר באופן אוטומטי ליעד המבוקש"

52. קבוצה זו הינה הומוגנית משום שהגבייה שלא כדין בגין שירות שלא נצרך וכן ביצוע ההטעיה חלות על כל חברי הקבוצה בצורה אחידה. המשיבה לא מבחינה בעת מתן השירות בין חבר קבוצה אחד למשנהו והשירות ניתן, בתנאיו ובתעריפיו, באותו אופן לכלל חברי הקבוצה. ועל כן, אין קושי לזהות את כלל חברי הקבוצה.

הערכת הנזק לתובע ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה

53. סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:

"(ב) לעניין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק –

(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן

(א)(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק."

54. בת.א 1065/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) 05 (13) 807, פסקה 41, קבע השי"ד"ר בנימיני כי "סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מסתפק, לצורך אישור התובענה, בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק". למען הסר ספק, נקבע בפסקה 31 שם כי:

“כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק, די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק (סעיף 4(ב)(1) לחוק. בשלב זה, אין צורך להראות נזק שנגרם לכאורה לכל חברי הקבוצה”.

55. לאור זאת, אין המבקש נדרש להוכיח, אף לא לכאורה, כי נגרם נזק לקבוצה ודי בכך שיוכיח את הנזק שנגרם לו, וגם זאת לכאורה. במקרה דנו, אף שאין המבקש נדרש לכך, הוכח נזק גם למבקש וגם לקבוצה שכן המשיבה גבתה ועדיין מוסיפה לגבות תשלום שלא כדין בגין שירות שהמבקש וחברי הקבוצה לא השתמשו בו בפועל. ואם בכך לא די, הרי שהמשיבה אף הודתה בביצוע גבייה זו שלא כדין הן בתגובתה לכתבה שפורסמה, לפיה החברה בוחנת “הפרדה בין השירותים” והן על ידי שינוי הניסוח באתר האינטרנט הרשמי של המשיבה.

56. ברי כי למבקש נגרם נזק בגביית יתר של תשלום בגין שירות אשר בחר שלא להשתמש בו. למבקש אין את היכולת המדויקת לכמת את סכום התביעה הכולל, ללא שקיבל מן הנתבעת את מלוא הנתונים והמסמכים הנמצאים בשליטתה הבלעדית ואשר נדרשים לצורך כימות התביעה, לרבות תדפיסי חשבון בתקופה הרלבנטית של המבקש ושל כלל חברי הקבוצה (כהגדרתה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית), וכן מסמכים המעידים במפורש מתי צרכו חברי הקבוצה את שירות הפניית השיחה ומתי לאו.

57. ואולם, מעיון בתדפיסי החשבון לשנת 2008, עולה כי המבקש משתמש בשירות 144 כ – 7 פעמים בחודש בממוצע. לפיכך, הנזק של המבקש עומד על סך של כ- 59.78 ₪ (מכפלת 7 שיחות בחודש לשירות 144 בסכום של 0.61 ₪ כפול 14 חודשים מאז השינוי שביצעה המשיבה באופן החיוב).

58. לצורך חישוב הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה, הנחת המוצא, בהעדר מלוא הנתונים והמסמכים הנמצאים בשליטתה הבלעדית של המשיבה, היא כי חברי הקבוצה משתמשים בממוצע בשירות 144 בהיקף דומה לזה שעושה המבקש. לפיכך, הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה עומד על סך של 179,340,000 ₪ (מכפלת 7 שיחות לחודש לשירות 144 בסכום של 0.61 ₪ כפול 3 מיליון לקוחות כפול 14 חודשים מאז השינוי שביצעה המשיבה באופן החיוב).

59. החישוב מבוסס על הערכת אומדן אובייקטיבית של שיחות המבוצעות על ידי מנויי הנתבעת, פרטיים ועסקיים, בתקופה הרלבנטית.

60. יש להדגיש כי תחשיב זה הינו אך ורק לצורך הערכת התביעה הייצוגית במעמד הגשתה ואולם המבקש שומר לעצמו את הזכות לתקן את סכום התביעה, במידה ויוכל, במהלך ההליך, לבצע תחשיב מדויק יותר, תוך הסתמכות על מידע מדויק שיתקבל בעניין זה, ככל שיתקבל, על ידי המשיבה, שהיא המחזיקה הבלעדית והיחידה של המידע. ממילא, אין חובה ליתן הערכה מדויקת וניתן להסתפק בהערכה כללית (ראה לעניין זה: רע"א 10198/02 עיריית ראשון לציון נ' אדטו, תק-על 2003 (2), 1486, מפי כבי' השופט ריבלין).

61. בכל מקרה, ברור, כבר עתה, כי הנזק והפרת החוקים האמורים הינם משותפים לכלל חברי הקבוצה, המהווה קבוצה גדולה של לקוחות שיש בה כדי ליצור בסיס לתביעה ייצוגית, ואין זה משנה, בשלב זה, מהו מספרם המדויק ומהו הנזק הכולל. עוד ברור, שגם מנגנון חישוב הנזק חל על כלל חברי הקבוצה בצורה זהה לחלוטין, שכן המשיבה מחייבת בגין השירות, אף שלא נצרך בפועל, בתעריף הזהה לכל לקוחותיה.

62. לבית משפט נכבד זה, הסמכות, היכולת, הכוח והחובה החוקית והמוסרית להורות על השבת כספים אלה, שנגבו שלא כדין על ידי המשיבה, אל כלל חברי הקבוצה בגין גביית יתר זו, בגין ההפרה, שתוארה לעיל, שאף ממשיכה היא להתקיים נכון למועד הגשת בקשה זו, וסביר להניח שאף לאחריה, וכן לנוכח הטעיית הקבוצה לחשוב שנגבה מהם כסף אך ורק בגין שירות שנצרך ולא בגין שירות אשר אין הם בוחרים לצרוך. יצוין, כי לאחר פרסום הכתבה בעניין, הייתה למשיבה ההזדמנות להפסיק ולחדול מגביית כספים אלה שלא כדין ואולם בחרה היא שרק לשנות את נוסח הודעת השירות ומכאן שנראה כי רק התערבות ישירה של בית המשפט הנכבד יגרום למשיבה לחדול ממעשיה החמורים הנ"ל.

התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית

63. 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 העניין;
 - (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל 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 וינוהל בתום לב."

לחלן נפרט אחד לאחד את התקיימות כל תנאי הסף להכרה בתביעה כייצוגית, ברמת ההוכחה הנדרשת בשלב דיוני זה (ראה הפסיקה בסעיפים 44-40 לעיל).

תנאי ראשון – קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט

64. 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".

תנאי זה, כמפורט וכמנומק לעיל ולחלן, מתקיים בענייננו:

(א) מהותו של התנאי בעניין ה"שאלות המשותפות":

65. באשר לדרישה כי התובענה תעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, הבחיר זאת היטב כבי הנשיא א. ברק, לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות, ברע"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".

ראה גם דבריה של כבי חשי טי שטרסברג-כהן ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, פסקה 15.

66. יש לציין כי המחוקק ריכך את הדרישה הזו באופן ניכר בחוק תובענות ייצוגיות, כפי שהטעים כבי חשי ד"ר בנימיני בעניין תדיראן מוצרי צריכה, פסקה 44, בקובעו:

"לאחר שהשתכנעתי כי בידי המבקש עילת תביעה אישית לכאורה באחד מן העניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית, יש צורך לבחון את התנאי השני לאישורה של תובענה ייצוגית, דהיינו: האם התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). כלל זה, הנוגע להומוגניות של הקבוצה התובעת, זוכה לריכוז בסעיף 10 לחוק הקובע:

"(א) אישר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה

שבשמה תנוהל התובענה; ...

...

(ג) בית המשפט רשאי להגדיר תת קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה; ...".

67. בכל מקרה, המקרה דנן הינו מקרה ברור ומובהק שבו שאלות משותפות מרובות וכבדות יותר מהשאלות הפרטניות ולפי המסמכים המצורפים לתביעה הרי שיש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה", על פי דרישת החוק.

(ב) השאלות המשותפות המתעוררות בתובענה

68. בתביעה זו מתעוררות שאלות משותפות של עובדה הנוגעות לכלל חברי הקבוצה וראויות להתברר באופן ייצוגי:

68.1. האם המשיבה מבצעת הפרדה בחיוב לקוחותיה בין חיוג למודיעין 144 בזק לצורך קבלת מספר טלפון לבין שירות הפניית שיחה המאפשר להתחבר באופן אוטומטי ליעד המבוקש על ידי לחיצה על מקש הכוכבית?

68.2. האם המשיבה גובה מחברי הקבוצה תעריף אחיד עבור חיוג למודיעין 144 בזק, וזאת בין אם נצרך שירות הפניית השיחה ובין אם לאו?

68.3. האם קיימת למי מיחידי הקבוצה אפשרות לבחור שלא לצורך את שירות הפניית השיחה ובכך לא להיות מחויב בגין כך?

68.4. האם על פי תנאי שירות הפניית שיחה, כפי שפורסמו באתר האינטרנט של המשיבה, תחייב המשיבה את חברי הקבוצה רק במידה ובוצע שימוש בשירות הפניית השיחה?

68.5. מדוע שינתה המשיבה, לאחר פרסום הכתבה, את נוסח תנאי השירות כפי שהוא מופיע באתר הרשמי של המשיבה?

68.6. האם השינוי שביצעה המשיבה באופן החיוב בגין השירותים הנ"ל הינו הוספת תעריף הפניית השיחה לתעריף שנגבה עד לאותו מועד רק בגין שירות 144?

68.7. האם החיוב החדש כולל תעריף בגין שירות הפניית השיחה שבחיוב הקודם (טרם השינוי) נגבה רק אם שירות זה נצרך בפועל?

68.8. האם לאחר ביצוע שינוי אופן החיוב בגין השירותים הנ"ל מחויבים חברי הקבוצה באותו הסכום שחויבו טרם השינוי שביצעה המשיבה, אלא שכיום התעריף נגבה, בכל מקרה, גם אם לא השתמשו בפועל בשירות הפניית השיחה?

69. בתביעה זו עולות גם שאלות משותפות של משפט הנוגעות לקבוצה והראויות להתברר באופן ייצוגי:

69.1. האם המשיבה מפרה את הוראות הדישיון שניתן לה על ידי משרד התקשורת?

69.2. האם גבייה בגין שירות שלא נצרך בפועל מהווה עשיית עושר ולא במשפט מצידה של המשיבה?

- 69.3. האם המשיבה נוהגת **בחוסר תום לב** שעה שהיא גובה מחברי הקבוצה בגין שירות שלא נצרך על ידם בפועל?
- 69.4. האם נוסח ההודעה שנשלחה לחברי הקבוצה ונוסח תנאי שירות הפניית השיחה, כפי שפורסמו באתר האינטרנט של הנתבעת, מהווים **הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן? האם הם מהווים הטעיה לפי חוק החוזים?**
- 69.5. האם שינוי נוסח תנאי השירות באתר האינטרנט של המשיבה מהווה הודאה של המשיבה בביצוע ההטעיה?
- 69.6. האם המשיבה הפרה **חובה חקוקה** בהתאם לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש)?
- 69.7. האם הטעיית חברי הקבוצה לחשוב ששירות הפניית השיחה, כאשר **משתמשים בו, ניתן בחינם**, מהווה משום **תרמית** של חברי הקבוצה?
- 69.8. האם יש בגביית היתר של המשיבה, בנסיבות האמורות, משום **גזל**?
- 69.9. האם אין זכות לכלל חברי הקבוצה לדרוש את השבת מלוא התשלומים שנגבו מהם, שלא כדין, על ידי המשיבה?

(ג) הסעדים המשותפים

70. הגדרת השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה מצריכה ברור 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 הייצוגית"**. (ר' עניין **תדיראן מוצרי צריכה בע"מ**, פסקה 52).

71. **הסעדים המתבקשים הינם סעדים משותפים**, ובין השאר, השבת מלוא הסכומים שנגבו ביתר מכלל חברי הקבוצה, בתוספת ריבית והצמדה כחוק, ממועד גבייתם ועד ליום תשלומם בפועל. כן מתבקשים סעדים שאינם כספיים, והכול כמפורט להלן:

(א) **סעדים שאינם כספיים**: בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן:

(1) להצהיר כי המשיבה פעלה ועודנה פועלת בניגוד להוראות הדין /או ההסכם בין הצדדים, כאשר גובה היא ללא הסכמת וידיעת חברי הקבוצה, תשלום בגין שירות שחברי הקבוצה אינם צורכים בפועל;

(2) להורות למשיבה להפריד בין החיוב עבור השימוש בשירות הפניית השיחה לבין החיוב עבור השימוש בשירות 144, כאשר עד לביצוע ההפרדה כאמור, ליתן צו האוסר על המשיבה להמשיך ולגבות מהקבוצה תשלום בגין שירות הפניית שיחה מקום בו שירות זה אינו נצרך על ידה;

(ב) **סעד כספי**: בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבה להשיב **לכל אחד** מיחיד הקבוצה את החיוב שביתר בסך של **59.78 ₪** ובסה"כ **לכלל חברי הקבוצה** את סך החיוב שביתר בסך **179,340,000 ₪**, שנגבו על ידי המשיבה שלא כדין; אם יקבע בית המשפט כי השבת הכספים לחברי הקבוצה 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.

(ג) להעניק כל סעד הנראה לבית המשפט נכון וצודק בנסיבות העניין.

72. הסעדים הינם סעדים הומוגניים ומשותפים לכלל חברי הקבוצה.

73. המקרה דנן ממחיש את הצורך בסעדים שאינם כספיים, משום שההפרה נמשכת והנזק ממשיך להיגרם לחברי הקבוצה, אלה הידועים כיום ואלה שיצטרפו למשיבה מעתה ואילך, ורק הולך ומצטבר. אין המדובר בנזק שנגרם בעבר והסתיים אלא נזק שממשיך בהווה ומשיך בעתיד. לעניין זה ראה פרשת תדיראן מוצרי צריכה, פסקאות 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 יוסף ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, דברי כב' הנשיא א' ברק ודברי כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן בפסקה 8).

סעדים אלה 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 הסעד הצהרתי זה מתבקשים גם סעדים אופרטיביים, ובהם פיצוי וצו מניעה קבוע האוסר המשך שיווק מזגנים בניגוד להוראות הדין... 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 ההטעה.

...

אכיפה יעילה נגד הטעה 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".

74. במקרה דנן, הסעדים שאינם כספיים הינם סעדים עצמאיים שנועדו למנוע את הרחבת הקבוצה הניזוקה לקבוצה גדולה יותר שתכלול גם את אלה שיצטרפו אל מעגל לקוחותיה של המשיבה מעתה ואילך כלקוחות חדשים או חוזרים, וכן למנוע מהנזק של חברי הקבוצה להמשיך ולגדול.

75. גם לאור הסעדים המשותפים הללו מתחדד הצורך לאשר את התובענה כייצוגית והתנאי בדבר קיומן של שאלות משותפות של עובדה ומשפט, מתקיים במקרה דנן בצורה מובהקת.

(ד) הומוגניות של הקבוצה: נסיבות אישיות מול המכנה המשותף

76. המבקש יטען כי המכנה המשותף בתובענה נשוא בקשה זו גובר בצורה מובהקת על בירור הנסיבות האישיות של כל אחד מיחיד הקבוצה.

77. הדין, הרשיון שניתן למשיבה על ידי משרד התקשורת, הסכם ההתקשרות, ההיגיון והצדק מחייבים את המשיבה שלא לגבות סכומים בגין שירותים שלקוחותיה אינם צורכים ואינם משתמשים בהם בפועל, וכן מחייב את המשיבה לפעול באופן פעיל, ברור ואקטיבי למנוע כל הטעה וכל חריגה מהוראות כל דין ואו כל הסכם בינה לבין לקוחותיה, ואין זה משנה מהו טיב הלקוח ואין כל חשיבות למידת ידיעתם של הלקוחות, כושר הבנתם, היקף בדיקתם את פרסומי המשיבה, שירותיה, הסכמיה עימם כיוצ"ב. מדובר בהוראות קוגנטיות שנקבעו

בחוקים האמורים, לרבות חוק הגנת הצרכן, חוק עשיית עושר ולא במשפט, חוק החוזים (חלק כללי), חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), פקודת הניקיון, רישיון המשיבה, חוק הבזק, תקנות הבזק וכל דין ואו הוראה אחרת הקשורים בעניין.

78. עקב כך, ובאשר מדובר בהוראות דין קוגנטיות שנועדו להגן על הלקוח ולשמור עליו מפני אי ידיעתו, ומאחר ומדובר, בשיטה של המשיבה לא לגלות את דבר גבייתה בגין שירות שהלקוח כלל אינו צורך בפועל, תביעה זו ראויה להיות נדונה כתביעה ייצוגית שכן אין לידיעה של הלקוחות או אי ידיעתם כל קשר עם הצורך לבררה ועם צדקתה.

79. המשיבה, כשיטה, פעלה ועודנה פועלת כלפי חברי הקבוצה בדרך פסולה, תוך שהיא מקפחת את זכויותיהם ומסבה להם נזקים במודע. ברור לכל, כי המשיבה פעלה בניגוד לדין ואו כל הסכם וכן ברור כי המשיבה, בין בדרך אקטיבית ובין במחדל, הפרה את ההוראות הרלבנטיות המחייבות אותה על פי כל החוקים הרלבנטיים, שצוינו לעיל, וגרמה לחברי הקבוצה לשלל עולות נזיקיות וחוזיות.

80. בכל מקרה, וגם אם יקבע בית המשפט הנכבד כי קיימות שאלות המחייבות בירור אינדיבידואלי, הרי ששאלות אלה הינן משניות לשאלות המשותפות, וממילא, השלב לדון בהם הינו שלב ניהול התובענה לגופא. לעניין זה ראה ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, תק-על 2003(2) 1522 (2003), וכן עניין תדיראן, פסקה 50 להחלטה שבה נקבע:

50" השאלה כיצד ניתן יהיה להוכיח מה ידעו הצרכנים לגבי פרסומיה של תדיראן, עד כמה נושא התקן היה מהותי מבחינתם, ומה הנזק שנגרם להם כתוצאה מכך שמזגן שרכשו אינו נושא תו תקן – אינה עומדת כרגע על הפרק, שכן היא נוגעת לסעדים ולדרכי ההוכחה. כך, למשל, יתכן כי ניתן יהיה להוכיח עניינים אלו באמצעות סקר צרכני, או תוך הסתמכות על חזקות שונות. אין בכך כדי להכשיל אישור התובענה הייצוגית, בשל העדר הומוגניות של הקבוצה התובעת. ככל שמדובר בעילת התביעה האישית, הרי שהמבקש, אליבא דגרסתו, עיין בפרסומי תדיראן והוטעה בהסתמך עליהם. לכן, שאלת ההסתמכות רלבנטית רק לגבי הקבוצה התובעת, והיא בעצם שאלה הנוגעת לדרכי ההוכחה, שדינה להתברר במסגרת התביעה עצמה".

81. המבקש יטען כי עניינו אינו שונה בתכלית מעניינו של כל אחד מיחיד הקבוצה, באשר למהות הגזל, ההטעיה ועשיית העושר ולא במשפט, ומכאן שמדובר בקבוצה הומוגנית שחוותה אל מול המשיבה את אותן הפרות, גזל הטעיה ועשיית עושר, ואת אותן עולות, כפי שפורטו בתביעה וכפי שיוכחו בתובענה גופא.

(ה) זהות הנזק

82. יש לציין כי המחוקק לא קבע כתנאי לניהול תובענה ייצוגית את דבר זהות הנזק אלא הותיר בידי בית המשפט את שיקול הדעת להכריע לגבי כל הקבוצה בשאלות עובדתיות המשותפות לקבוצה במסגרת התביעה הייצוגית, תוך הותרת קביעת שיעור הנזק המדויק, במידה ונדרש, לחליך נפרד. לעניין דרישה זו, נקבע בעניין 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 לענייננו 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, עמ' 788).

83. **אשר על כן, גם אם קיים שוני בין הלקוחות מבחינת סך ההשבה להם הם זכאים, הרי שתבדל זה הוא שולי ל"יסוד המשותף", ודי בכך שמוקד הדיון, שאלת זכאותם להשבה בגין שימוש בשירות שלא צרכו ושאלת חוקיות הגביה בגין שירותים אלה, הינם משותפים לכלל חברי הקבוצה.**

84. שאלת גובה ההחזר מורכבת משתי שאלות נפרדות, שאלה שבעובדה ושאלה שבמשפט. השאלה שבמשפט, שעניינה העילה המשפטית והחובה לפצות, הינה מקדמית ועיקרית וכזו משותפת לכלל חברי הקבוצה. השאלה שבעובדה, עניינה אך ורק בהיקף ההחזר שכל לקוח זכאי לקבל, שאף הוא נגזר מנתונים הנמצאים בידי המשיבה הניתנים לחישוב אריתמטי, והינו תוצאת לוואי של ההכרעה המשפטית. גובה ההחזר לכל לקוח הוא משני לשאלות המשפטיות והעובדתיות המשותפות העומדות בבסיס תביעה זו, כאשר היקפן של השאלות המשותפות, השיבותן, זהותן והצורך להכריע בהן בצורה אחידה נוטה לכיוון ההכרעה המשותפת.

85. לפיכך, העילות המשותפות, פירוש אחיד של החוק וההכרעה האחידה, שסופן בשאלה האם לחברי הקבוצה זכאות להחזר כספי של גבייה שלא כדין שנגזלה מהם ללא ידיעתם בגין שירות שלא צרכו כלל, הינן משותפות, וכאלו יידונו במסגרת ההליך הקבוצתי.

86. בכל מקרה, כיום, לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, אבד העוקץ בטיעונם של התאגידים הנתבעים בדבר קושי לפסוק פיצוי, שכן סעיף 20 לחוק דן בסעדים שניתן לפסוק בתובענות ייצוגיות, ואלו כוללים מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה, בהתאם להוראות שבסעיף החוק.

(ו) אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות תוכרענה לטובת הקבוצה

87. סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות לחוק תובענות ייצוגיות מציין כי בית המשפט רשאי לאשר תובענות ייצוגיות אם ישתכנע כי "יש אפשרות סבירה" שאותן שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה, תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה.

88. בעניין תדיראן מוצרי צריכה בע"מ קבע כב' השי' ד"ר בינימיני כי למעשה יסוד המרכיב של "אפשרות סבירה" נובע ומוכח מאליו, אם הוכח (לכאורה) כי למבקש קיימת עילת תביעה אישית ואם הוכח (לכאורה) כי קיימות שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה:

"הוכחת תנאי זה נגזרת מהוכחה מצטברת של שני התנאים הקודמים: עילה אישית לכאורה של המבקש, וקיומן של שאלות מהותיות של עובד או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. משהוכחה, לכאורה, עילת תביעה אישית של המבקש, ומשהוכח כי התובענה שהוא מבקש להגיש מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, נסללה הדרך גם להוכחת התנאי בדבר קיומה של אפשרות סבירה ששאלות אלה תוכרענה לטובת הקבוצה."

89. לאור האמור לעיל, הרי שיש לקבוע, במקרה דנו, כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, כפי שפורטו לעיל, תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה.

תנאי שני – תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה

90. התנאי השני לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

91. לנוכח שיעור הנזק הנמוך שנגרם לכל אחד מיחיד הקבוצה, מחד, ולנוכח העלויות והטרחה הכרוכות בניהול משפט כנגד אחד מהגופים הגדולים במשק הישראלי, מאידך, הרי שקיים חשש שחברי הקבוצה, הנפגעים, לא יטרחו כלל להגיש תובענה, אלא בדרך של תובענה ייצוגית. בכך ייפגעו, הן זכותם האישית לפיצוי והן האינטרס הציבורי הכרוך בהרתעת גופים גדולים מפגיעה בזכויות הצרכנים.

92. ניהולה של תובענה זו כייצוגית מגשימה היא את מטרת חוק תובענות ייצוגיות כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, שכן דרך זו, בנסיבות העניין ובמקרה דנן, מסייעת למימוש זכות הגישה לבית המשפט לאוכלוסיות, הנמנות עם חברי הקבוצה, המתקשות לפנות לבית המשפט כיחידים, וכן מסייעת באכיפת הדין ובהרתעה של המשיבה מפני הפרתו, וכן מסייעת ומקדמת מתן סעד הולם לחברי הקבוצה שנפגעו מן העוולות וההפרות שגרמה להם המשיבה, וכן מסייעת ומקדמת ניהול יעיל, הוגן וממצה של תובענה במקרה דנן.

93. יתרה מכך, התובענה שבפנינו מעוררת שאלות חשובות של עובדה ומשפט, שהן משותפות לקבוצה משמעותית של לקוחות המשיבה. מוטב להן לשאלות הללו להתברר כמקשה אחת ולא באמצעות עשרות ומאות אלפי תביעות שעלולות להיות מוגשות על ידי מי מחברי הקבוצה שירצו להשיב לעצמם את הנזק שנגרם להם ואת התשלום שנגבה מהם ביתר ושלא כדין.

94. זאת ועוד, כדברי סגנית נשיאת בית המשפט המחוזי בתל אביב, כב' השופטת, דרורה פלפל, ב- תא (ת"יא) 2262/06 ברודט יהושע נ' סופר גז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ:

"אישור התובענה הייצוגית לא יזכה אף אחד מחברי הקבוצה בזכות שלא היה זוכה בה בתביעה אישית רגילה, ולא ישלול מהמשיבה כל הגנה שהיא רשאית להעלות כנגד תביעה פרטית, במידה והיא תיתבע".

וכך, עקרונות אלה מתקיימים גם בעניינו.

95. בנוסף, הדבר יביא ליעילות ולחיסכון במשאבים, ימנע כפל התדיינות, כאמור, וכן חוסר אחידות בפסיקה, ואף יאפשר לחברי הקבוצה, בהיותם מאוחדים, לאכוף את הוראות הדין בצורה טובה יותר, מקום שחבר בודד יתקשה לעמוד מול המשיבה, שהיא חברה רבת עוצמה בכל קנה מידה ועל כן אין עוררין.

96. עקרונות אלה, המפורטים לעיל, הינם מאבני הדרך שהובילו לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות והם מהווים את הרציונאל בהתגלמותו של מטרת החוק. בכך, ובאמצעות הגשת תובענה זו, בנסיבות העניין, מתגשמות מטרת חוק התובענות הייצוגיות בצורה מובהקת וברורה.

תנאי שלישי – יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה יוצג וינהל בדרך הולמת

97. התנאי השלישי הנקוב בחוק לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה יוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבעת לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה".

98. המבקש, באמצעות עוה"ד זיו גרומן ולירן זילברמן, מאמין כי ייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים על הקבוצה. עורכי הדין הינם בעלי הכישורים והיכולת המקצועית הנדרשים

לניהול התובענה באופן שישרת נאמנה את כלל חברי הקבוצה, ולראיה אופן ניהולו המסודר, מעמיק, ענייני ויסודי של הגשת התובענה והבקשה לאישורה כייצוגית.

99. לא כל שכן, כמפורט וכפי שהוכח לכאורה בבקשה זו ובתובענה עצמת, הרי שהתביעה עצמה נשענת היא על עילות תביעה ראויות ומבוססות.

100. אשר על כן, קיים בפני בית המשפט הנכבד יסוד סביר להניח כי עניין זה ייוצג וינוהל בדרך מקצועית ובצורה ראויה והולמת למען האינטרסים של כלל חברי הקבוצה.

תנאי רביעי – יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב

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

102. המבקש הציג את טענותיו בדרך סדורה וכן פעל בתום לב ומבלי שיהא בינו לבין כלל חברי הקבוצה, שאותם הוא מייצג, ניגוד אינטרסים כלשהו.

103. כמו כן, המבקש חש כי קופת על ידי המשיבה וכי התובענה תעשה עימו צדק וכך גם עם יתר חברי הקבוצה.

104. יוזכר, כי התובענה מוגשת גם לאחר שלמשיבה ניתנה הזדמנות, לאחר פרסום דבר ההפרה וגביית היתר, לתקן את העוולה ולעצור את גביית היתר מחברי הקבוצה, אולם, למצער, בחרה המשיבה להוסיף ולטייח את הפרתה בכך שרק שינתה את נוסח השירות ולא ביצעה הפרדה בפועל בין שירות 144 לשירות הפניית השיחה ליעד המבוקש.

105. אשר על כן, תובענה זו והבקשה לאישורה כייצוגית מוגשים על ידי המבקש בתום לב ומכאן שבפני בית המשפט הנכבד קיים יסוד סביר להניח כי עניין זה ייוצג וינוהל בתום לב למען האינטרסים של כלל חברי הקבוצה.

סיכום – אישור התובענה כייצוגית

106. מכל האמור לעיל, עולה כי כל התנאים המוקדמים להגשתה של תובענה זו כתובענה ייצוגית נתקיימו. לאמור, קיומה של עילת תביעה אישית למבקש, קיומה של הקבוצה, הוכחתו לכאורה של הנזק למבקש והתקיימותם של תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית.

107. המבקש יטען כי בתביעה זו מתקיימים כל היסודות הדרושים כדי להכיר בה כתביעה ייצוגית:

107.1. העילות המרכזיות הינן הפרת הוראות דין והסכס, והן ברורות על פניהן.

107.2. מוכח כי נגרם נזק למבקש ולמספר רב ביותר של לקוחות המשיבה העושים שימוש בשירות מודיעין 144 בזק באמצעות מכשירי טלפון ניידים המופעלים באמצעות תשתיותיה של המשיבה.

107.3. סיכויי התביעה, לאור הפסיקה במקרים דומים והחוק המיועד למנוע מצבים אלה, הינם גבוהים ביותר.

107.4. העובדות והעניין המשפטי שהביאו לנזק הינם משותפים לכלל חברי הקבוצה, והמדובר בציבור רחב ביותר של כ- 3 מיליון לקוחות.

107.5. המשיבה, שהכנסותיה בשנת 2007 בלבד הסתכמו בכ- 6,050,000,000 ₪ לא תקרוס מפסיקת בית המשפט הנכבד להשבת כספים אלה, שניטלו מחברי

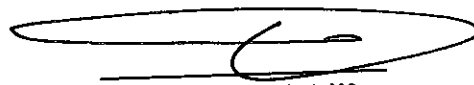
הקבוצה שלא כדן. כמו כן, הכרה בתביעה זו כייצוגית תרתיע את המשיבה, כמו גם חברות אחרות, מביצוע הפרה דומה לזו בעתיד.

דו"ח הכנסות המשיבה בשנת 2007 מצורף ומסומן בזאת כנספח י"ב.

- 107.6. מדובר בניתוח והכרעה לגבי מסמכים זהים ואחידים וכן במנגנון אחיד של שירות וגביית תשלום בגין אותו שירות.
- 107.7. מדובר בעילות לפי חוק הגנת הצרכן, חוק עשיית עושר, חוק החוזים, פקודת הנויקין ולפי הדין הכללי, שבגין רשאי המבקש לתבוע.
- 107.8. מדובר בעילות תביעה שאינן מצריכות בדיקה נסיבתית לגבי כל לקוח ולקוח, אלא, בחינה כוללת ואחידה עבור כלל חברי הקבוצה.
- 107.9. מדובר בהוראות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן ועל כן, אין כל חשיבות לדיעה, הבנה או הסכמה של לקוח המשיבה.
- 107.10. התביעה מוגשת בתום לב, ולאחר שבעובדות התומכות בה והדרושות לבירורה נבדקו היטב מול הוראות החוק ומול כל הוראה אחרת הנוגעת לעניין, לרבות רישיון המשיבה, חוק ותקנות הבזק ויחסי הגומלין התחיקתיים שבין המשיבה לבזק, אגב השירות האמור, נשוא תובענה זו.
- 107.11. גודלה של הקבוצה, כ- 3 מיליוני לקוחות המשיבה, חלקם לקוחות פרטיים וחלקם לקוחות עסקיים וחברות גדולות העושות שימוש יום-יומי בשירות האמור, שהינו מוכר ונפוץ לכל הדעות, מצדיק ניהול והגשת התביעה כתביעה ייצוגית.
108. לאור כל האמור לעיל ומן הנימוקים שפורטו לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו כתובענה ייצוגית, בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, ובמסגרת הבקשה והתובענה ליתן הוראות כמבוקש ברישא של בקשה זו.
109. בקשה זו נתמכת בתצהיר המבקש.
110. כל האמור בבקשה זו נאמר במצטבר או לחילופין, הכול לפי הדבק הדברים והקשרם. הסעדים המבוקשים בכתב התביעה ובבקשה זו הינם מצטברים.
111. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.



לירן זילברמן, עו"ד



זיו גרומן, עו"ד

זילברמן, גרומן ושות'
משרד עורכי-דין
באי כוח המבקש