

בית אמות ביטוח, קומה 8, בנין A דרך מנחם בגין 48, תל-אביב, 66180, טל: 6888223 (03), פקס: 6888224 (03)
Amot Bituach Bldg., 8th floor, Bldg. A, 48 Menachem Begin Rd., Tel-Aviv, 66180, Israel
Fax: (972)-(3)-6888224 • Tel: (972)-(3)-6888223
E-mail: Liran@saglaw.co.il • www.saglaw.co.il

Groman Ziv,
Silberman Liran, Accredited Mediator
Groman Rachel,

Adv
Adv
Adv

עו"ד
עו"ד ומגשר מוסמך
עו"ד

גרומן זיו,
זילברמן לירן
גרומן רחל,

תל-אביב, 16 יולי, 2008

לכבוד
כבוד השופט משה גל, מנהל בתי המשפט
רחוב כנפי נשרים 22
ירושלים 95464

א.נ.,

הנדון: הודעה על הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בשם מרשי, מר עופר גלבע, הריני לפנות אליך בנושא שבנדון כדלקמן:

1. ביום 15.7.2008 הוגשה, בשם מרשי, בקשה לאישור תובענה ייצוגית בבית משפט המחוזי בתל-אביב (ת.א. 1786/08 עופר גלבע נגד סלקום ישראל בע"מ).
2. בהתאם להוראות סעיף 6(א) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, הריני להודיעך על הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב.
3. מצ"ב נוסח הבקשה ונוסח התובענה נשוא הבקשה.
4. אודה על עדכון פנקס התובענות הייצוגיות בהתאם.



לירן זילברמן, עו"ד

זילברמן, גרומן ושות'

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
א 1786/08
עופר גלבוע נ. סלקום ישראל בע"מ
ת.פתיחה: 15/07/08 סדר דין: רגיל

בית משפט המחוזי
בתל-אביב

התובע: עופר גלבוע 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 -

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

מאות התביעה: ייצוגית / כספית / השבה

סכום התביעה האישית: ₪ 59.78

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

כתב תביעה ייצוגית

(בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006)

מבוא

1. התובע אשר מיוצג על ידי באי כוחו המצוינים דלעיל, מתכבד בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד את תביעתו הייצוגית כנגד הנתבעת.
2. כל הטענות הנטענות בכתב תביעה זה נטענות במצטבר ו/או לחילופין ו/או משלימות אחת את רעותה, הכול לפי הקשרם של דברים.
3. התובע שומר לעצמו על זכותו לתקן ו/או לשנות את כתב התביעה ואת סכומיו במידה והדבר יידרש, לאחר שהנתבעת תגלה את מלוא המסמכים והנתונים הנוגעים לתביעה הנידונה.
4. התובע שומר על זכותו לצרף לכתב התביעה תובעים נוספים וכן תצהירים נוספים, אם יידרשו, לאחר שיקויים הליך גילוי מסמכים ועיון כמקובל.
5. **בתמצית ובקליפת האגוז**, עניינה של התובענה עוסקת בתופעה חמורה ולפיה הנתבעת גובה מלקוחותיה, אשר התובע נמנה עליהם, כספים שלא כדן בגין שירות הפניית שיחה אוטומטית (כהגדרתה להלן), גם כאשר הלקוח אינו משתמש בשירות זה. כל זאת, כפי שיפורט להלן, תוך הטעיה חמורה ונמשכת של ציבור לקוחותיה.

6. מטרתה של תובענה זו הינה הפסקת גביית היתר לאלתר והשבת החלק היחסי של הכספים ששולמו על ידי לקוחותיה של הנתבעת, אשר התובע נמנה עליהם, בגין השימוש בשירות בכל אותם מקרים בהם זה לא נצרך.

הצדדים

7. התובע הינו אזרח ותושב ישראל, לקוח של הנתבעת מזה כ- 15 שנים.
8. הנתבעת 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.

הרקע העובדתי

9. הנתבעת פועלת מכוח "רישיון כללי לסלקום ישראל בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (הרטיין) (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 רטיין באמצעותה, לפעול על פי הוראות כל דין, לרבות, אך לא רק, בהתאם לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982 וכן תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד שירותי בזק), תשס"ז - 2007 (להלן: "חוק הבזק ותקנות הבזק" בהתאמה).

העתק הרישיון מצורף בזאת ומסומן כנספח א'.

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

10.1 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")

10.2 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, חרי שאם ההתקשרות לא מומשה כי אז בזק לא תגבה את דמי השלמת השיחה.

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

11. 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 ג'.

מסמך רקע שנערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת מיום 5.3.06 מצורף בזאת ומסומן כנספח ד'.

יצויין, כי ביום 01.06.2007 הוזילה בזק את תעריף שירות 144 מ – 1.57 ₪ ל- 1.51 ₪, כאמור בסעיף 10.1 לעיל, בעוד שהנתבעת הותירה את התעריף שגבתה ללא כל שינוי (1.57 ₪).

הענק הודעת בזק בגין ההזלה מצורף בזאת ומסומן כנספח ה'.

הטעיה בתנאי השירות

12. עד ליום 01.04.2007 הפרידה הנתבעת, בדומה להפרדה שמבצעת בזק, את החיוב בגין השימוש בשירותים הני"ל, כך שגבתה מהתובע סך של 1.57 ₪, בצירוף מע"מ, בגין כל פנייה למוקד 144 בזק וסך של 0.53 ₪ נוספים, בצירוף מע"מ, במידה והתובע צרך את שירות הפניית השיחה.

13. ואולם, מיום 01.04.2007 שינתה הנתבעת 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 תובענה זו, כשהיא מנוגדת לרישיון שניתן לנתבעת, לתקנות הבזק ולפרסומי הנתבעת עצמה, והכול כפי שיפורט בהרחבה להלן.

14. בחשבונית שנמסרה לתובע בגין חודש פברואר-מרץ 2007 הודיעה הנתבעת לתובע 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, ח"מ)

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

15. הודעה זו מנוסחת בצורה שאינה מציגה מהו התעריף שגובה הנתבעת במידה והלקוח צורך אך ורק את שירות 144 מבלי להשתמש בשירות הפניית השיחה. מקריאת נוסח זה, ברור לכל בר בי רב, וכך גם לתובע, 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 לתובע בצורה לא מחייבת, כך שבמידה ולא נצרך אין לגבות בגינו תשלום בכל דרך שהיא, ישירה /או עקיפה.

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

16. זו גם המסקנה היחידה המתבקשת לנוכח העובדה כי הנוהג בתחום הסלולר, וכך פועלות כל יתר חברות הסלולר הגדולות בענף (פלאפון ופרטנר), הינו ביצוע הבחנה ברורה ופיצול החיוב בין שני השירותים. יתירה מכך, גם הנתבעת עצמה נהגה בעבר לפצל את החיוב בין 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 לתובע.

17. לא זו אף זו, בהודעתה לעיל מכפיפה הנתבעת את נוסח ההודעה לאמור בתנאי השירות. תנאי שירות אלה פורסמו באתר האינטרנט של הנתבעת 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 ובוצעה... (הדגשה לא במקור, הח"מ).

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

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

19. לו הייתה הנתבעת מבקשת לגבות את התעריף האמור ללא כל קשר לצריכת שירות הפניית השיחה, צריכה הייתה היא לציין בהודעתה ללקוחותיה 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 לתובע, כמו גם לכל אדם מן הישוב, כי החיוב של 2.45 ₪ הינו עבור שני השירותים יחדיו וקב במידה ונעשה שימוש בשירות השלמת השיחה, ובמידה ולא נעשה שימוש אזי מתבקש כי התעריף יהיה נמוך יותר מ- 2.45 ₪.

הודאת הנתבעת בעובדות

20. 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, הנתבעת 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 ח'.

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

22. לאחרונה, מבדיקה נוספת שביצע התובע, עולה כי הנתבעת 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 ט'.

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

24. שינוי זה שביצעה הנתבעת באתר האינטרנט שלה מעיד ומלמד על שניים: האחד, כי אף לשיטתה של הנתבעת, 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 הוספת חטא על פשע המעיד על דרך התנהלותה הקלוקלת של הנתבעת שעה שבמקום לתקן את העוול והגול שנגרם לצרכניה באמצעות הפרדת החיוב הכספי בגין השירותים, מעדיפה היא להסתפק בשינוי הנוסח בלבד.

בעשותה כן, אין הנתבעת פועלת לתיקון ולהקטנת הנזק שנגרם ללקוחותיה, אשר התובע נמנה עליהם, אלא בהסתרתו של הנזק וטיוחו.

25. ואולם, בכך אין די. על פי מחירון תעריפי שירותים נוספים לחיוב מסלקום, אשר עודכן מיום 23.03.2008, נראה כי הנתבעת 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 שהנתבעת מטעה את לקוחותיה 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 מתקשר שבחר שלא לצורך את שירות הפניית שיחה.

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

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 ₪

26. נראה, אם כן, כי הנתבעת מצאה את "דרך המלך" להעשיר את קופתה, על חשבונם וגבם של התובע וחברי הקבוצה, באמצעות "כפיית פאסיבית" של שירות אופציונאלי של הפניית השיחה. בכך, מחייבת הנתבעת את לקוחותיה, בכל מקרה, לשלם לה בגין שירות הפניית השיחה תשלום יתר בסך 0.61 ₪, גם אם אלה מעוניינים ובוחרים שלא לצורך זאת כלל.

27. לנוכח כל האמור לעיל, הרי שהנתבעת גובה מלקוחותיה, אשר התובע נמנה עליהם, שלא כדיון, תעריף אחיד שאינו מפריד בין שירות שסופק לשירות שאינו מסופק. בעשותה כן, מונעת היא מלקוחותיה לבחור, מתוך רצון חופשי, איזה מהשירותים הוא בוחר לצורך ואיזה לאו.

הנזק שנגרם לתובע ולחברי הקבוצה

28. מעשי הנתבעת הסבו לתובע ולחברי הקבוצה נזק - הסכום אותו חויבו לשלם בגין כל שיחה שביצעו למוקד 144 בזק, בלא שהשתמשו בשירות האופציונאלי להתחבר ליעד המבוקש באמצעות לחיצה על מקש הכוכבית.

29. לתובע 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 התובע ושל כלל חברי הקבוצה (כהגדרתה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית), וכן מסמכים המעידים במפורש מתי צרכו חברי הקבוצה את שירות הפניית השיחה ומתי לאו.

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

העתק תדפיסי החשבון לשנת 2008 מצורף בזאת ומסומן כנספח יא'.

31. לצורך חישוב הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה, הנחת המוצא, בהעדר מלוא הנתונים והמסמכים הנמצאים בשליטתה הבלעדית של הנתבעת, היא כי חברי הקבוצה משתמשים בממוצע בשירות 144 בהיקף דומה לזה שעושה התובע. 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 הנתבעת באופן החיוב).

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

עילות התביעה

33. לתובע בתובענה זו עומדות מסי' עילות תביעה כלפי הנתבעת מכוח דברי חקיקה שונים, ובכלל זאת חוק החוזים, חוק הגנת הצרכן, חוק עשיית עושר ולא במשפט, ופקודת הנזיקין, והכול כפי שיפורט להלן.

34. אולם, בטרם נדון בעילות התביעה השונות, עלינו להתייחס למספר היבטים הנוגעים לשאלת הקשר הסיבתי בין העוולות שביצעה הנתבעת לבין הנזק שנגרם לתובע ולחברי הקבוצה:

באילו עוולות ולגבי אילו סעדים נדרש להוכיח קשר סיבתי?

35. יודגש כי לגבי סעדים שאינם כספיים, אשר להם עותר התובע, אין רלבנטיות לדיון בסוגיית הקשר הסיבתי. שאלת הקשר הסיבתי, כפי שיידון בכל אחת מן העוולות הנטענות, רלבנטית רק לפיצוי בגין עוולה נזיקית. הלכה היא כי לשם קבלת סעדים שאינם כספיים אין צורך להוכיח כל קשר סיבתי. לעניין זה, ר' החלטתו של כב' השי' ד"ר בנימיני בת.א. 1065/05 אמיר שהי שאל נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פדאור (לא פורסם) (13)05, 807, פסקה 37 להחלטה:

"עם זאת, היותה 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".

36. כפי שניווכח בהמשך, הקשר הסיבתי במקרה דנן בין העוולות לבין הנזק (הגבייה האסורה ביתר) הינו ברור ומיידי ונובע מעצם ההפרה. וכך, לעניין העוולות החוזיות, אין צורך להידרש לקשר הסיבתי הנזיקי כדוגמת הניתוח המתואר בעניין ברזני משום שהנזק נגרם מיידי עקב הפרת החוזה ואו עקב קיומו בחוסר תום לב. לעניין עוולות הגזל, הפרת חובה חקוקה ועשיית העושר, מתקיים הקשר הסיבתי באופן ישיר ומיידי לעוולה. לעניין עוולת החטעיה וחתרמית, הרי שגם מבלי להחיל חזקת הטעיה, ויש להחילה, מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש.

נפרט את האמור להלן באשר לכל אחת מן העוולות הנטענות כדלקמן:

איסור הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן

37. סעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") קובע איסור הטעיה כדלקמן:

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

- (1) הטיב המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;
 - (2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;
 - (3) ...
 - (4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן לחפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם.
- ..."

38. מן האמור לעיל ברור לכל בר בי רב כי גביית תשלום בגין שירות שלא ניתן – מהווה עניין מהותי בעסקה שבין הנתבעת לבין לקוחותיה, אשר התובע נמנה עליהם.

39. ברע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ פ"ד נד (1) 600, 608-609 (2000)) פירש כבוד בית המשפט העליון הטעיה מהי:

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם."

40. מן האמור לעיל עולה כי הנתבעת, במעשה ובמחדל, הטעתה, כמובנה של הגדרה זו לעיל, את חברי הקבוצה, אשר התובע נמנה עליהם, שכן לא זו בלבד שהנתבעת לא גילתה ללקוחותיה בשום דרך כי זו גובה מחם בגין שירות שאינו נצרך על ידם, אלא אף החמירה לעשות שעה שעל פי הודעתה בחשבונות שנשלחו ללקוחותיה וכן על פי פרסומיה באתר הבית שלה הובהר מפורשות כי התשלום עבור שירות הפניית השיחה ייגבה אך ורק "במידה ובוצעה" בפועל.

41. לעניין עוצמת ההטעיה הנדרשת יובהר כי לנוכח הפסיקה אין להצביע בהכרח על הטעיה ממשית, וכי די בעניין זה אם יציג התובע כי הנתבעת "עלולה" להטעות את הציבור.

42. בדנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ ואח', פ"ד נו (6) 385 קבע הנשיא ברק (דאז) כדלקמן:

"חברתי השופטת שטרסברג-כהן קובעת בפסק דינה כי יש בפרסומיה של בזק, לכאורה, דבר "העלול להטעות צרכן, בכל עניין מהותי בעסקה...". גישה זו מקובלת עלי.

דוק, סעיף 2 לחוק אינו דורש הטעיה הלכה למעשה. כל שנאסר 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."

43. עצם העובדה שהנתבעת שינתה את נוסח הפרסום הראשון, כפי שהיה באתר שלה עד למועד סמוך לאחר פרסום הכתבה, מעיד על כך שאף לגישתה של הנתבעת אותו פרסום מטעה את ציבור לקוחותיה שהרי אם לא כן, הייתה משאירה את הנוסח הקודם על כנו.

44. לפיכך ולאור כל האמור לעיל, ברור בנסיבות המפורטות לעיל כי הטעיית התובע בולטת וברורה לעיני כל, לרבות לעיני הנתבעת עצמה.

חזקת ההטעיה

45. במקרה דנן בו מחויבים חברי הקבוצה בשירות הפניית השיחה למרות שאינם צורכים אותו בפועל, הרי שמדובר במקרה מובהק של החלת חזקת ההטעיה.

46. הזרעים להחלתה של "חזקת ההטעיה" נזרעו עוד בעניין ברזני הנ"ל, בה קבעה כב' 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 והסתמך עליו"

(לדברים ברוח דומה ר' גם 4 Cal.3d 800 (1971) Vasquez v. Superior Court :

"Protection of unwary consumers from being duped by unscrupulous sellers is an exigency of the utmost priority in contemporary society. . . . Frequently numerous consumers are exposed to the same dubious practice by the same seller so that proof of the prevalence of the practice as to one consumer would provide proof for all. Individual actions by each of the defrauded consumers is often impracticable because the amount of individual recovery would be insufficient to justify bringing a separate action; thus an unscrupulous seller retains the benefits of its wrongful conduct. A class action by consumers produces several salutary by-products, including a therapeutic effect upon those sellers who indulge in fraudulent practices, aid to legitimate business enterprises by curtailing illegitimate competition, and avoidance to the judicial process of the burden of multiple litigation involving identical claims. The benefit to the parties and the courts would, in many circumstances, be substantial." (At p. 808.)

47. ומן הכלל אל הפרט. הודעה בחשבונית הנשלחת לכל חברי הקבוצה, ובכלל זה גם התובע, וכן פרסום שירות הפניית השיחה בעמוד הראשי של אתר האינטרנט של הנתבעת, מבלי לציין כי היא גובה תשלום בגין שירות שאינו נצרך, מהווה פרסום בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל כלל לקוחותיה של החברה.

48. חוקה זאת הושארה בצריך עיון בחוות דעתו של הנשיא ברק (עניין ברזני עמ' 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, פסקה 15:

"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 מיו'".

49. גם כבי השי' אי' מצא סבר כי יש לאמץ דוקטרינה המכירה בקיום "הסתמכות קונסטרוקטיבית":

"כאשר הוכח פרסום מטעה בנועד להגיע לצרכנים – קמה חזקה שהצרכנים הסתמכו עליו, והנטל עובר לעוסק להוכיח כי הצרכנים ידעו בפועל על ההטעיה ולא הושפעו ממנה" (פסקאות 13-14 ו-19 לדיון הנוסף).

הסתמכות התובע

50. התובע יטען כי אילו ידע שהנתבעת גובה ממנו, בכל מקרה, סך של 2.45 ₪ על כל התקשרות לשירות 144, גם אם לא השתמש בשירות הפניית השיחה, הרי שלא היה משתמש מלכתחילה בשירות 144 באמצעות מכשירו הסלולארי. רוצה לומר, שהתובע סבר, לאור פרסומי הנתבעת באתר האינטרנט שלה, תדפיס החשבון ששלחה, וכן לאור הנוהג בתחום התקשורת בעניין שירות 144, כמו גם הנוהג אצל החברה הנתבעת עד לשינוי החיוב האמור, כי מקום בו לא נצרך שירות הפניית השיחה על ידו – לא נגבה ממנו כל תשלום.

51. התובע יוסיף ויטען כי הטעיה במעשה ובמחדל וכן אי גילוי, יוצרים, מניה וביה, קשר סיבתי לתוצאה, היינו לנזק. ענייננו שונה מפרשת ברזני: בעוד שבפרשת ברזני השתמש התובע בשירותיה של בזק מבלי שנחשף כלל לפרסום המטעה, הרי שבענייננו להבדיל, התובע וחברי הקבוצה לא השתמשו כלל בשירות הפניית השיחה מלכתחילה ובהסתמך על הפרסום המטעה סבר כי בכך לא ייגבה ממנו כל תשלום. מכאן שהתובע הינו קורבן של אי הגילוי ושל טשטוש העובדות על ידי הנתבעת. התוצאה הברורה היא הטעיה אישית של התובע ושל כל חבר בקבוצה, והטעיה גורפת וכוללת של כלל חברי הקבוצה.

52. לעניין זה יפה ניתוחו של כבי השי' 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) 05(22) 891, ניתן ביום 10/10/2005, (להלן: "עניין שפירא"):

"על מנת לבחון האם קיים קשר סיבתי בין הטעיה לנזק שנגרם, יש לבחון האם הנזק היה יכול להימנע אלמלא הטעיה... המבקשים טוענים כי לו היו יודעים כי בזק התחילה לחייב אותם, הם היו פונים מוקדם יותר לנטוויז'ן ומבקשים שיספוק להם מודם בחקדם... אני סבורה כי לו היו העובדות ידועות במלואן למבקשים, הנזק היה יכול להימנע. אני סבורה כי המבקש יכול היה לפנות לבזק ולודא כי הוא לא יחייב עבור השירות שניתן לו – עד תחילת מתן השירות בפועל".

וכך בענייננו, התובע יטען כי לו היה יודע על הטעיה וכי הנתבעת גובה ממנו תשלום בגין שירות שאינו צורך כלל, אזי לא היה צורך אותו מלכתחילה והיה פונה לנתבעת בניסיון לדרוש ממנה לחדול ממעשיה המפריים.

53. יתרה מכך, אין באי ידיעת התובע וחברי הקבוצה אודות הגביה שנעשית שלא כדין כדי לפטור את הנתבעת מאחריות. בפסיקה נקבע בעבר כי הימנעות מבידור 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".

54. ואכן, הפרסומים והמצגים שהוצגו לתובע ולחברי הקבוצה היו ועודם מטעים, וחמור מכך, ההסתרה (מצגים שנמנעו) אשר הנתבעת הסתירה בדבר עצם גביית היתר בגין שירות שלא נצרך בפועל, מטעה אף הוא על דרך המחדל. על כן, גם אם זו הייתה טעות הרי שיש לראות את הטעות כנובעת מההטעיה.

55. לדעת המלומדים פרידמן וכהן, די בכך שהצהרה הבלתי נכונה שימשה את אחד הגורמים אשר הביאו לטעות כדי למלא אחר דרישות ס' 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).

56. במקרה שלנו עולה החשד כי הדברים נעשו במרמה, שכן החל מיום 01.04.2007, המשיכה הנתבעת לגבות תעריף זהה בגין שירות הפניית השיחה, אלא שהפעם עשתה זאת מבלי ליידע את חברי הקבוצה כי הינם אמורים לשלם גם כאשר השירות אינו נצרך בפועל על ידם. לפיכך, מוכח הקשר הסיבתי המושגי והקונקרטי בין העולות חנטענות לבין הנזק.

הפרת הוראות הרישיון

57. סעיף 55.2 לרישיון קובע כדלקמן:

"תנאי הסכם ההתקשרות לא יעמדו בסתירה, מפורשת או משתמעת, להוראות כל דין או להוראות הרישיון; אין באמור לעיל כדי למנוע קביעת הוראות שונות בהסכם ההתקשרות, המיטיבות עם המנוי לעומת הוראות הדין או הרישיון".

58. הפרת הנתבעת את הוראות חוק הגנת הצרכן, כמפורט לעיל, כמו גם הפרת חיקוקים נוספים, כגון חוק החוזים, חוק עשיית עושר ולא במשפט, ופקודת הנזיקין, אשר יפורטו בהרחבה להלן, מעיד, לאור האמור בסעיף 55.2 לרישיון, על הפרה בוטה של הוראותיו.

59. יתירה מכך, הנתבעת אף מפרה את סעיף 55.4 לרישיון הקובע כדלקמן:

"הסכם ההתקשרות יכלול, בין היתר, בצורה ברורה, את אלה:

(א) תנאי השירות למנוי, ...

(ב) ...

(ג) תעריפי השירותים של בעל הרישיון שהמנוי הצטרף אליהם נכון ליום ההתקשרות, ..."

הנה כי כן, הוראות הרישיון קובעות כי הנתבעת צריכה, לכלול בהסכם ההתקשרות, **בצורה ברורה**, את תנאי השירות ותעריפיו. מעיון באתר האינטרנט של הנתבעת ובנוסח ההודעה ששלחה לתובע באמצעות החשבונית, אין כל ספק, שתנאי שירות הפניית השיחה, לרבות ובעיקר העובדה כי הנתבעת גובה בגיננו גם אם אינו נצרך על ידי התובע בפועל, מהווה הפרה של סעיף 55.4 לרישיון, שכן לתובע ולכל אדם מן הישוב במקומו, לא היה ידוע בצורה ברורה כי הנתבעת גובה בגין שירות שאינו נצרך בפועל.

60. אם בכל האמור לא די, הרי שהנתבעת אף מפרה את הוראת סעיף 60.6 לרישיון הקובע כדלקמן:

"בעל הרשיון לא יספק, בתמורה או שלא בתמורה, שירות משירותיו שהמנוי לא ביקש במפורש לקבלו, למעט שירות הניתן חינם לכלל המנויים, ולא יאפשר אספקת שירות של ספק שירות שהמנוי לא ביקש במפורש לקבלו; לעניין סעיף זה, "ספק שירות" – מי שמספק שירות באמצעות הרשת והתשלום בגין השירות נעשה באמצעות חשבון הטלפון".
(הדגשה לא במקור, הח"מ).

ומן הכלל אל הפרט. עצם העובדה שהנתבעת גובה, בכל מקרה, בגין שירות הפניית השיחה, חרף העובדה שהתובע בוחר שלא לצרוך אותו מהווה הפרת סעיף זה ברישיון. ויודגש כבר עתה, כי שירות הפניית השיחה אינו ניתן לכלל המנויים בחינם!!! מדובר במראית עין בלבד, ובהטעיה של הנתבעת את לקוחותיה שכן, כפי שכבר פורט בהרחבה בסעיף 25 לכתב התביעה, הנתבעת פשוט הוסיפה את תעריף הפניית השיחה לתעריף שנגבה עד לאותו מועד בגין שירות 144. בעשותה כן, לא רק שהשירות אינו ניתן "בחינם" אלא הנתבעת אף מגדילה את החיוב עבור מתקשר אשר השתמש בשירות 144 אך בחר שלא להשתמש בשירות הפניית השיחה.

61. לאור האמור לעיל, עינינו הרואות, כי הנתבעת מפרה הפרה בוטה את הוראות הרישיון שניתן לה. בעשותה כן, אין הנתבעת רק פוגעת באמינותה כלפי לקוחותיה, אלא אף באמון שניתן לה על ידי משרד התקשורת.

הטעייה לפי חוק החוזים, הפרת חוזה, חובת תום הלב והנזק בגין הפרה

62. סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 קובע כדלקמן:

"מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעייה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, "הטעייה" – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן".

בענייננו, כפי שכבר פורט בהרחבה בסעיפים 56-37 לכתב התביעה, אי גילוייה של הנתבעת כי היא גובה בגין שירות שאינו נצרך בפועל על ידי התובע, מהווה הטעייה בהתאם לסעיף זה. זאת ועוד, הודעתה של הנתבעת בחשבונית שנשלחה לתובע, ופרסום תנאי שירות הפניית שיחה באתר האינטרנט שלה ולפיו ייגבה מהתובע 2.45 ₪ בגין השירות הני"ל, במידה ובוצעה, בעוד בפועל הנתבעת גובה גם אם השירות הני"ל לא בוצע, מהווה הטעייה התובע ומקנה לו את הזכות לבטל את החוזה ולדרוש השבת הכספים שנגבו ממנו שלא כדין.

שינוי נוסח תנאי השירות על ידי הנתבעת רק מחזק ומהווה הודאה של הנתבעת בקיום ההטעייה כאמור לעיל.

63. כמו כן, הנתבעת הפרה את חובת תום הלב עפ"י סעיף 39 וסעיף 61(ב) לחוק החוזים המחיל את חובת תום הלב לא רק על משא ומתן לכריתתו של חוזה אלא גם על חיובים הנובעים מחוזה ואף חיובים שאינם נובעים מחוזה.

64. התנהלותה של הנתבעת, מוכיחה, בלשון המעטה, כי כוונותיה אינן טהורות גרידא וכי גביית תשלום מהתובע בגין שירות שלא צרך בפועל מהווה חוסר תום לב משווע.

עמד על כך כבוד הנשיא ברק בספרו "פרשנות במשפט", כרך רביעי, בעמ' 213 שם כתב כי:

"עיקרון מרכזי של המשפט הישראלי הוא עקרון תום הלב. זהו עיקרון 'מלכותי'. הוא חל על כלל המערכת המשפטית בישראל'. הוא מהווה ביטוי של כלל ההתנהגות האוניברסאלי, הנדרש בין

**אדם לחברו, וכן בין אדם לרשות. הוא משקף אמת מידה
לחתימה ראויה".**

65. עקרון תום הלב במשא ומתן מחייב כל צד לפעול בנאמנות כלפי הצד האחר. מחובה זו נגזרת 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 סוכם הדברים בד"ע 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 696-697, 673.

**"כללי התנהגות נאותים אינם שתיקה והימנעות משקר בלבד...
אלא הם אותם יושר והגינות המחייבים בנסיבות נתונות עשיית
מעשה במקום ש'הרשע 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 הצדדים המנהלים משא ומתן ומקורו בחובה
המשפטית, העולה מסעיף 12" (וראו גם: ע"א 5893/91 טפחות בנק
משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 596-597).**

66. כך הם הדברים גם לגבי שלב קיום החוזה. סי 39 לחוק החוזים, שכותרתו "קיום בתום לב", קובע כי:

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

67. כמו כן, התובע יטען כי הנתבעת הפרה כלפיו את חוזה ההתקשרות – בין שנאמר בו ובין מכללא – בין הצדדים, בכך שגבתה ממנו כספים בגין שירות שלא סופק לתובע.

68. כידוע, חוזה ההתקשרות בין התובע והנתבעת כפוף להוראות הדין הכללי. באמור לעיל, הפרה הנתבעת את הוראות ההתקשרות שבין הצדדים לתובענה זו.

69. יתרה מכך, לפי סי 2 ו-10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971, זכאי התובע ויתר חברי הקבוצה, כצד הנפגע בחוזה, לפיצויים בגין 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 הנתבעת "הייתה יכולה לראות מראש" מצב בו אם היא גובה חיוב שלא כדין ללא הסכמת וידיעת הלקוח, ומבלי שזה צרך את השירות, אזי מפירה היא את החוזה בין הצדדים ו/או מחייבת היא את לקוחותיה בחיוב עודף ובוודאי שעולה מכל הגיון כי בביצוע מעשה שכזה היח על הנתבעת "לצפות מראש" כי גבייה בגין שירות שלא נעשה בו שימוש מהווה משום הפרת חוזה כללי וספציפי בין הצדדים. לפיכך, זכאי התובע ויתר חברי הקבוצה לפיצוי בגין הפרת החוזה, שהוא בשיעור הגבייה העודפת בגין שירות הפניית השיחה שלא נעשה בו שימוש בפועל.

70. אם כן, הנתבעת ביצעה כלפי התובע ויתר חברי הקבוצה מספר עוולות לפי דיני החוזים: הטעייה, הפרת חוזה וחוסר תום לב. מאחר ואין אלה עוולות נזיקיות, כל הניתוח העולה מעניין ברזני איננו רלבנטי ולמעשה, כל שעל התובע להוכיח הינו עצם ההפרה, על מנת שיהיה "זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה, ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה", כך לפי סי 10 לחוק החוזים תרופות.

71. ברור לכל כי בענייננו הנזק שנגרם לתובע ולחברי הקבוצה עקב הטעייה, הפרת החוזה וקימו בחוסר תום לב הינו גביית היתר בגין שירות שלא נעשה בו שימוש בפועל. אלמלא הפרה זו של הנתבעת, לא היה נגרם לתובע ולחברי הקבוצה נזק מלכתחילה.

עשיית עושר ולא במשפט

72. מכשיר התובענה הייצוגית נועד בראש ובראשונה למנוע את התעשרותם שלא כדין של גופים כלכליים רבי עוצמה, כדוגמת הנתבעת, תוך שימוש בכוחם הרב מול צרכנים קטנים. ובלשונו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ברזני:

"במובן הרחב נועדה התובענה הייצוגית למנוע עשיית עושר ולא במשפט על-ידי גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח, המרכזים בידם ייצור תעשייה ושירותים לצריכה המונית, על חשבון "האדם הקטן" הנזקק לאותם גופים שאת מוצריהם או את שירותיהם הוא צורך. היא מהווה גם אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי. האפשרות הניתנת לצרכן היחיד לתבוע בתובענה ייצוגית בשם קבוצת הצרכנים האנונימית שנפגעה מהפרת החוק, מגשימה אכיפה ראויה ומונעת מצב של תת-אכיפה הפוגעת בצרכן הבודד, בקבוצת הצרכנים ובציבור בכללותו. מצב של תת-אכיפה מביא לפגיעה באמון הציבור בסדר החברתי הכולל ובשלטון החוק. התובענה הייצוגית משרתת גם אינטרס ציבורי של יעילות וחסכון במשאבים ומונעת חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות (ראו: נ' זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (תשנ"א) 427)".

73. כמו כן, סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט 1979 (להלן: חוק עשיית עושר) קובע כדלקמן:

"חובת ההשבה

מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה) חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם ההשבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שווייה".

"אחת היא אם באה הזכייה מפעולות הזוכה, מפעולות המזכה או בדרך אחרת".

74. בנסיבות המתוארות לעיל, ברור מעל לכל ספק כי הנתבעת גובה תשלום בגין שירותים שכלל לא סופקו, וזאת ללא כל הצדקה וידיעת התובע. בעשותה כן, התעשרה הנתבעת על חשבון התובע שלא במשפט ושלא כדין. מכאן ועל פי כל הגיון בריא ברור כי גביה של שירות שכלל לא נצרך /או סופק בפועל מעידה על התעשרות מובהקת שלא כדין, גם אם לא נאמר במפורש כי אין לגבות תשלום בגין שירות שאינו מסופק.

בע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרנבול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, 669, נאמר:

"היתרון בכלי שנותן בידינו החוק הוא בגמישותו... אנו חופשיים להעניק את הסעד בכל מקרה ראוי שבו ההתעשרות מקוממת את חוש הצדק וההגינות והיא עונה בכך על היסוד שלא על פי זכות שבדין שבסעיף 1(א) לחוק".

75. ובעניין רע"א 5768/94 ש.י.ר. יבוא יצוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 314, 431, 468:

"ההתעשרות אינה כדין אם היא נוגדת את תחושת המצפון והיושר... בין ההתעשרות 'שלא על פי זכות שבדין' לבין דיני תום הלב... קיים קשר הדוק... חובת ההשבה על פי חוק עשיית עושר

ולא במשפט היא ביטוי לתפיסת היסוד של התנהגות בתום לב ביחסים הבין-אישיים... אין חולק כי התפיסה הרעיונית הגלומה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט מעוגנת בערכים של צדק, הגינות ויושר ואלה מחייבים כי הפיכת מבחן ההתעשרות להתעשרות שלא על פי זכות שבדין יהיה גמיש".

76. ואכן, ביציקת התוכן להוראה זו ובשאלה אם התעשרות בנסיבות קונקרטיות הינה "שלא כדין", נעזרו בתי המשפט בעקרונות תום הלב, ההגינות, הצדק, היושר והמצפון:

"הקטגוריות של עשיית עושר ולא במשפט לעולם אינן סגורות ולעולם אינן שוקטות על השמרים... על השופט לפרש את הוראת המחוקק על פי תכלית החקיקה. התכלית היא, בין השאר, מניעת התעשרות שלא כדין... ביסוד תכלית זו עומדת התפיסה... לפיה יש להורות על השבה מקום שתחושת המצפון והיושר (ex aequo et bono) מחייבת השבה. לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי קובע אילו הן נסיבות המחייבות השבה על פי כללי היושר... אמת המבחן המדריכה אותנו היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל".

(ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 273).

בעניין א.ש.י.ר הפנה בית המשפט העליון אל דברי המלומד ד' פרידמן בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב), מהדורה 2, כרך א', בעמ' 46, לפיהם:

"השיקולים בהחלת העיקרון הכללי כוללים את עוצמת זכותו של התובע, את אופי הפגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח".

77. ובעניין מבחן הצדק הדגיש בית המשפט העליון ברע"א 5768/94 הנ"ל, בעמ' 362, כי:

"לעניין יצירתה של עילה בעשיית עושר לא ניתן דעתנו אך ורק לצדק וליושר בין בעלי הדין – ביניהם לבין עצמם – אלא ליסודות כלל חברתיים העשויים להשפיע במישרין על בעלי הדין אף הם".

78. למותר לציין, כי גילוי דבר הטעיה חמורה כמו זו שעולה בענייננו, ולו לשם עשיית צדק חברתי על פי כללים חברתיים כלליים ובלתי כתובים, מחווה את הבסיס והיסוד ליצירת כללי צדק חברתיים ויצירת יחסי אמון צרכניים, שבלעדיהם לא יוכל עוד צרכן לסמוך על עוסק ולא יוכל עוסק להפעיל את עיסקו בפני צרכן בלא שיזכה לאמונו באשר לאמיתות פרסומיו, הצהרותיו והתנחלותו בפני כלל ציבור הצרכנים.

79. בהתאם לחוק עשיית עושר ובהתאם לכל האמור לעיל, הרי שהנתבעת התעשרה שלא כדין על חשבון התובע וחברי הקבוצה ומכאן שהיא מחויבת, ועל בית המשפט להורות כך, להשיב לכל חברי הקבוצה את אשר גבתה ביתר ובניגוד לכל דין, צדק, הגינות ותחושת המצפון והיושר.

עולת גזל ורשלנות

80. התובע יטען כי הנתבעת העבירה לידה כספים שלא כדין, מקום שכספים אלה צריכים היו להישאר בידי התובע ועצם ביצוע הגבייה האסורה בניגוד לכל דין מהווה גזל. בכך, הנתבעת שללה וגזלה מן התובע את כספו. כך קובעת פקודת הנויקין:

"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."

81. ברע"א 8304/99 צ'רקוב נ' חב' השמירה בע"מ, פד"י (נה) 45, חזר כבוד השופט אנגלרד על הלכת אדיר (ע"א 493/63 אדיר נ' עיריית חולון, פ"ד יח(2) 463) וקבע כי כאשר מדובר בגזל לפי סעיף 52 לפקודת הנזיקין, הכוונת היא לגזל של כספים מסוימים.

ומן הכלל אל הפרט, במקרה דנן, המדובר בכספים מסוימים הנגבים על ידי הנתבעת בגין שירות 144 ובגין שירות הפניית שיחה.

82. עצם ביצוע הגבייה בניגוד לכל דין ולרישיון החברה הוא בבחינת גזל. וכך, גזלן המוציא מאחר מחויב להשיב את הגזילה לידי הנגזל ואת זאת מתבקש בית המשפט להורות בתובענה זו. כמו כן, קריאה של לשון החוק ובחינת אופיו של הגזל, נשוא המקרה דנן, מלמדים על כך שהגזל חינה עוולה מתמשכת. הזכות לתבוע בגין הגזל קיימת ועומדת כל עוד הגזלן "מעכב" את המיטלטלן או "שולל אותם מן התובע בדרך אחרת". לאמור, הזכות לתבוע קיימת בכל רגע מתדש ואף נולדת מחדש בכל רגע כל עוד הגזל מעוכב על ידי הנתבעת.

83. כך, מתקיימת עוולת הגזל בשני צירי זמן: 1. גם בעת שהנתבעת לקחה את החיוב האסור. 2. וגם בכל עת שאינה משיבה לתובע ולקבוצה את החיוב העודף שנגבה ביתר ובעצם מעוכב אצל הנתבעת. עוולה זו הינה עוולה מתמשכת הנולדת כל יום מחדש, ועל כן היא תקפה גם לגבי כל החיובים העודפים שגבתה הנתבעת.

84. בעניין ברזני קובע בית המשפט העליון כי יש להוכיח את הקשר הסיבתי בין עוולה לבין הנזק בהתייחסו לעוולה של הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן.

85. בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (לא פורסם) 07(23) 673, פסקה 6, איבחן בית המשפט העליון כדלקמן:

"נראה כי גם שאלת עצם דרישת הוכחתו של קשר סיבתי במקרה דנא ראויה לשיקול נוסף. עניין זה מעורר שאלות לא פשוטות. הראשונה בהן היא האם יש להחיל את ההלכה שקבע בית משפט זה לעניין עילת החטעה בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק.. גם כשמדובר בעילה של אי גילוי".

86. כלומר, עמדת בית המשפט העליון כי הלכת ברזני נקבעה "לעניין עילת החטעה". ועל כן, אין היא בהכרח מחייבת לעניין עוולות נזיקיות אחרות, ועל בתי המשפט לבחון את תחולתה לעניין עוולות אחרות, כגון עוולת הגזל ועוולת עשיית העושר ולא במשפט. במקרה דנן, קיים, בכל מקרה, קשר סיבתי ישיר בין הגזל לבין הנזק. הנזק הוא באופן ישיר וסכום הנזק, שנגזל כתוצאה ישירה ממעשהו של הגזלן, הינו ידוע וברור.

87. הנתבעת גבתה כספים שלא כדין וללא הסכמת התובע וחברי הקבוצה בצורה ישירה באמצעות חיוב חשבונם והתוצאה לכך הינה גזל לפי פקודת הנזיקין וחובת החשבה לנוכח שליחת יד שלא כדין לכיסו וכספו של התובע.

88. לשם התבדלה בין עוולת החטעה, הרי שבעוולת הגזל מתקיים הקשר הסיבתי באופן ישיר ונגרר לביצוע העוולה. אילו לא גזלה הנתבעת מלקוחותיה כספים בגביית יתר, ואילו לא אחזה בהם ועיכבה אותם שלא כדין, לא היה נגרם ללקוחות כל נזק. בכך מתגבש הקשר הסיבתי בין העוולות לבין הנזק שנוצר.

89. זאת ועוד, התנהגותה זו של הנתבעת בולטת וחמורה שבעתיים לנוכח הבדיקה כיצד נוהגות בעניין זה חברות סלולאריות נוספות הפועלות בשוק הישראלי וכן חברת בזק המפעילה את השירות.

90. כך למשל, בכתבה נתברר כי הנתבעת הינה החברה היחידה אשר כוללת בתעריף השימוש בשירות 144 חיוב בסך 0.61 ₪ (כולל מע"מ), בעבור שימוש בשירות "הפניית שיחה", גם כשהשירות אינו ניתן כלל למתקשרים. תגובת משרד התקשורת, כפי שהובאה בכתבה, הינה כי:

"המצב התקין יהי כפי שנהוג בכל שאר החברות במשק, שהחיוב עבור הכוכבית יופרד מהחיוב עבור שירות 144..."

91. הנה כי כן, חברות סלולאריות אחרות ואף חברת בזק עצמה, מבצעות הבחנה ברורה וגובות תעריף שונה עבור מתקשר אשר צורך את השירות לבין מתקשר אשר אינו צורך את השירות הנ"ל.

92. לאור האמור לעיל, ברור כי הנתבעת אינה נוקטת בבדל של מידת זהירות, עת שהיא גובה בגין שירות אשר לא ניתן כלל, ולא עושה דבר כדי למנוע זאת ולמזער את הנזק. הנתבעת, אם כן, חבה גם בגין עוולת הרשלנות כלפי התובע.

93. הואיל ולתובע לא הייתה ידועה /או לא הייתה לו כל יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו לנתבעת לגרום לנזקו, וכי הנזק נגרם על ידי נכס /או התקשוריות שלנתבעת הייתה שליטה מלאה עליהם, הן מבחינת מערכות הגבייה, והן מבחינת מערכות היתסים שבין הנתבעת לבין בזק, ומכאן שהנתבעת לא נקטה ולא נוקטת כיום זהירות סבירה ועליה הראיה שלא התרשלה, כאמור.

עולת התרמית

94. סעיף 56 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע כדלקמן:

"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".

95. יש לציין כי עילה זו חופפת במידה רבה את עילת החטעיה שלפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן (ראה ת"א (נצ) 785/98 זילברשלג נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פ"מ, כרך תשנ"ט, חלק שני, תשנ"ט – 1999).

עילה זו, הגם שהיא מטילה דופי חמור בנתבעת, נראית כמכילה את כל היסודות הנדרשים. הנתבעת הציגה (באמצעות החשבונית ששלחה לתובע, וכן באמצעות אתר האינטרנט שלה ולפיו החיוב בגין שירות הפניית שיחה הינו במידה ובוצעה), ביודעין טענה עובדתית כוזבת בכוונה שהתובע יפעל לפי ההיצג, והוא אכן פעל ונגרם לו עקב כך נזק ממון.

96. לאור האמור לעיל, הרי שהעובדות מעמידות לתובע עילת תביעה גם בגין עילת התרמית, שכן כל מטרתה של הנתבעת הינה אחת ויחידה – העשרת קופתה על ידי גביית יתר בסך של 0.61 ₪ מחברי הקבוצה, אשר התובע נמנה עליהם, בגין כל פנייה לשירות 144 מבלי להשתמש כלל בשירות הפניית שיחה, שאז אין הנתבעת צריכה להעביר סכום זה לבזק. הדרך להגיע למטרה זו עוברת, כפי הנראה, בהטעיית ורמיית חברי הקבוצה, אשר התובע נמנה עליהם.

הפרת חובה חקוקה

97. סעיף 63 לפקודת הנויקין קובע כדלקמן:

" (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) לעניין 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".

98. בענייננו, ומן הכלל אל הפרט, אין ספק כי הנתבעת הפרה את חובתה על פי דין ובכלל זה סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, סעיף 12 לחוק החוזים, סעיפים 52 ו 56 לפקודת הנויקין (נוסח חדש) וחוראות הרישיון אשר ניתן לה על ידי משרד התקשורת.

הסעד המבוקש

99. כפי שפורט בסעיפים 28-32 לכתב התביעה, מעשי הנתבעת חסבו לתובע נזק – הסכום בו חויב לשלם בגין כל שיחה שביצע למוקד 144 בזק, בלא שהשתמש בשירות האופציונאלי להתחבר ליעד המבוקש באמצעות לחיצה על מקש הכוכבית.

100. לתובע 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.

101. ואולם, לאור כל האמור לעיל ולנוכח חישוב הנזק שפורט בתובענה זו, הרי שהנזק של התובע עומד על סך של כ- 59.78 ₪, ואילו הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה עומד על סך של 179,340,000 ₪. לסכומים אלה יש להוסיף הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

102. למותר לציין, כי החישוב מבוסס על הערכת אומדן אובייקטיבית של שיחות המבוצעות על ידי מנויי הנתבעת, פרטיים ועסקיים, בתקופה הרלבנטית.

סיכומו של דבר

103. לבית המשפט הנכבד סמכות עניינית ומקומית לדון בתביעה זו, לאור מהות התביעה וסיכומה וכן לאור מקום עסקה של הנתבעת ומקום יצירת ההתחייבות בהתאם לחלופות המופיעות בתקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984.

104. שלא בידיעתו ובניגוד לכל דין וכן בניגוד לכל הסכם התקשרות בין התובע לבין הנתבעת, גבתה הנתבעת תשלום שלא כדין בגין שירותים שכלל לא סופקו לתובע וזאת מבלי ליידע על כך את התובע ומבלי להשיב לו את התשלום בגין גביית יתר זו.

105. כאמור בסעיף 1 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), הרי שניתן להגיש תביעה ייצוגית כנגד עוסק כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו, והרי שאין ויכוח כי הנתבעת הינה "עוסק", על-פי ההגדרה בחוק.

106. לבית המשפט הנכבד ו/או למומחה מטעמו אין ולא תהא מניעה לקבל מן הנתבעת נתונים ודוחות המרכזים את כל החיובים שביצעה הנתבעת מכלל לקוחותיה בגין השירותים שכלל לא נצרכו על ידיהם.

אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת כדלקמן:

107. סעדים שאינם כספיים:

107.1. להצהיר כי הנתבעת פעלה ועודנה פועלת בניגוד להוראות הדין ו/או ההסכם בין הצדדים, כאשר גובה היא ללא הסכמת וידיעת חברי הקבוצה, תשלום בגין שירות שחברי הקבוצה אינם צורכים כלל בפועל;

107.2. להורות לנתבעת להפריד בין החיוב עבור השימוש בשירות 144 לבין החיוב עבור השימוש בשירות הפניית השיחה, כאשר עד לביצוע ההפרדה כאמור, ליתן צו האוסר על הנתבעת להמשיך ולגבות מהתובע ומחברי הקבוצה תשלום בגין שירות הפניית שיחה מקום בו שירות זה אינו נצרך על ידם;

סעדים כספיים:

107.3. להורות לנתבעת להשיב לתובע 59.78 ₪ וכן לפסוק לתובע גמול הולם במעמדו כתובע ייצוגי, מעבר להשבת סכום התביעה המבוקש לתובע.

107.4. לזמן את הנתבעת לדין, ולהורות לה להשיב לכל אחד מיחיד הקבוצה סך החיוב שביתר בסך 59.78 ₪ ובסה"כ להשיב לכלל חברי הקבוצה את סך החיוב שביתר בסך 179,340,000 ₪, שנגבו על ידי הנתבעת שלא כדין, בצירוף הפרשי המצדה וריבית כחוק מיום הגשת התובענה ועד לתשלום המלא בפועל.

107.5. לפסוק שכר טרחה ראוי לעורכי הדין המייצגים, באי כוח התובע, בצירוף מע"מ כדין.

107.6. לחייב את הנתבעת בהוצאות ההליך המשפטי, וכן לחייב את הנתבעת במלוא ההוצאות, לרבות הפרסומים המתחייבים על פי הדין ובכלל זה בגין הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

107.7. להורות לנתבעת להמציא לתובע את כל המידע המצוי ברשותה לשם חישוב וכימות הנזק שנגרם לתובע ולכלל חברי הקבוצה אליה הוא משתייך.



לירן זילברמן, עו"ד



זיו גרומן, עו"ד

זילברמן, גרומן ושות'
משרד עורכי דין
באי כוח התובע

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 **כנספח 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)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית תכלול את כל לקוחות המשיבה 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 (להלן: "**הקבוצה**").
3. לקבוע, בהתאם לאמור בסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקש יהיה התובע הייצוגי וכי באי כוחו יהיו אלו החתומים על בקשה זו.
4. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) 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, תשל"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 שייראה 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 הדיון בתובענה כפי שיימצא לנוכח.

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 "עוסיק" 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 ושידורים), התשמ"ב – 1982 וכן תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (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 מומשה, 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, תרי 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).

מרוסם 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 החידת בזק בגין ההזלה 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 הנ"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 ותמבקש צרף את שירות הפניית השיחה.

20. ואולם, מיום 01.04.2007 שינתה המשיבה את אופן החיוב בגין השירותים הנ"ל, והחלה לגבות מחיר של 2.45 ₪ (כולל מע"מ) בגין כל פנייה של מי מלקוחותיה באמצעות מכשירו הסלולארי למודיעין בזק 144, האת ללא כל קשר לצריכה בפועל של שירות 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 ובוצעה..." (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 בוצעה 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.

28. העתק הכתבה מצורף בזאת ומסומן כנספח ט'. יודגש ויובהר, כי על פי תגובתה הרשמית של המשיבה לכתבה, המשיבה מודה כי אין היא מבצעת כל הפרדה בין קבלת המספר המבוקש מבזק 144 ובין שירות הפניית השיחה. לדבריה, החברה "בוחנת 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..."

הדפיס 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 שחרי אם לא כן, הייתה משאירה את הנוסח הקודם על כנו. שנית, שינוי זה הינו בבחינת הוספת חטא על פשע המעיד על דרך התנהלותה הקלוקלת של המשיבה שעה שבמקום לתקן את העוול והגזל שנגרם לקבוצה באמצעות הפרדת החיוב הכספי בגין השירותים, מעדיפה היא להסתפק בשינוי הנוסח בלבד.

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

32. ואולם, בכך אין די. על פי מחירון תעריפי שירותים נוספים לחיוב 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 לחיוב 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 וגנם 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.

בחינת 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 שנסיונות המקרה מעידות על גול, 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 העוללות וההטעיות אשר ביצעה המשיבה בניגוד לחוק הגנת הצרכן, חוק החוזים, חוק עשיית עושר, פקודת הנזיקין וכל דין אחר, הכול 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 חשבוניות ותדפיסי שיחות המעידות על גביית כספים שלא כדין וכן נוסח השירות המטעה שפורסם באתר הרשמי של המשיבה ולפיו המשיבה גובה בגין השירות אך רק 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 לחסב 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 חסר 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 דנן, 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 חן 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 תנזק 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 לחניח 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."

להלן 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 ולהלן, 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 השי טי שטרסברג-כהן ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נח(5) 276, פסקה 15.

66. יש לציין כי המחוקק ריכך את הדרישה הזו באופן ניכר בחוק תובענות ייצוגיות, כפי שהטעים כבי השי 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) לחוק תובענות ייצוגיות). כלל זה, הנוגע להומוגניות של הקבוצה התובעת, זוכה לריכוך בסעיף 10 לחוק הקובע:

"(א) אישור 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 ש"יש 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 הרישיון 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 ניתולה, מוצאת את ביטוייה 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 חולך ומצטבר. אין המדובר בנזק שנגרם בעבר והסתיים אלא נזק שממשיך בהווה וימשיך 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 דנ"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 ההטעיה.

...

אכיפה יעילה נגד הטעיה 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, ברוך ואקטיבי למנוע כל הטעיה 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 הנוזיקין, רישיון המשיבה, חוק הבזק, תקנות הבזק וכל דין ו/או 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 ו/או 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 עוולות 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 עוולות, 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, להליך 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 שהבדל 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 החזר 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 החזר שכל לקוח זכאי לקבל, שאף הוא נגזר מנתונים הנמצאים בידי המשיבה הניתנים לחישוב אריתמטי, והינו תוצאת לוואי של ההכרעה המשפטית. גובה החזר לכל לקוח הוא משני לשאלות המשפטיות והעובדתיות המשותפות העומדות בבסיס תביעה זו, כאשר היקפן של השאלות המשותפות, חשיבותן, 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, וככאלו יידונו במסגרת תהליך 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 דנן, 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 לחן 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"א) 2262/06 ברו"ט 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 מטרות החוק. בכך, ובאמצעות הגשת תובענה זו, בנסיבות העניין, מתגשמות מטרות חוק התובענות הייצוגיות בצורה מובהקת וברורה.

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

97. התנאי השלישי הנקוב בחוק לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבעת לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין 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 עצמה, 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 שיחא בינו לבין כלל חברי הקבוצה, שאותם הוא מייצג, ניגוד אינטרסים כלשהו.

103. כמו כן, המבקש חש כי קופח 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 שחביאו 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 לחשבת כספים אלה, שניטלו מתברי

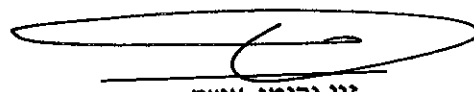
הקבוצה שלא כדיון. כמו כן, הכרה בתביעה זו כייצוגית תרתיע את המשיבה, כמו גם חברות אחרות, מביצוע הפרה דומה לזו בעתיד.

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 הנזיקין ולפי הדין הכללי, שבגיןן 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 לידעה, 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 ניחול 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