

בעניין:

גלי רבינוביץ, ת"ז 066413048

ע"י ב"כ עוה"ד אסף שילה

מרח' בקעת הירח 4א, כפר סבא 44631

טל: 054-7372987; דוא"ל: assaf-shiloh@013.net

המבקשת
התובעת

- נ ג ד -

פלאפון תקשורת בע"מ
מדרך יצחק רבין 33, גבעתיים

המשיבה
הנתבעת

סכום התביעה האישית: ₪ 5,025

סכום התביעה הייצוגית: ₪ 80,000,000

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאשר למבקשת להגיש את התובענה בתיק כתובענה ייצוגית.

עותק התובענה מצ"ב **כנספח א'**.

[א]

נימוקי הבקשה

I. פתח דבר - תמצית הבקשה

1. הידעת?

לאחר שמירת הודעה בתא הקולי של מכשיר טלפון של לקוח המשיבה, מתחיל תהליך בעירתו של פתיל חייה הקצר. בתום כשבוע ימים היא תמחק כלא היתה.

קולה החינני המוקלט של הגברת במערכת התא הקולי, המודיע "לשמירה - הקש 4" ולאחר מכן - "ההודעה תשמר", אינו מגלה, כי ההודעה תמחק אוטומטית זמן קצר לאחר מכן. אם יש לאותה הודעה חשיבות, שומה על הלקוח לשמור אותה בדרך אלטרנטיבית כלשהי בתוך אותו שבוע או מיד לאחר שמיעתה - אך כיצד ידע על כך?

2. מתבקשת השאלה - ומה בכך? איזה נזק נגרם לציבור לקוחות המשיבה בשל כך? הרי רוב האנשים כלל אינם מודעים לעניין, לא ניזוקו ולא ייזקו. ובכלל - איזה מידע חשוב יכול להיות בהודעה בתא קולי? ומדוע יש צורך להטריח את בית המשפט ואת המשיבה בדיון בבקשה לאישור התביעה כייצוגית בעניין זה?

3. תשובת המבקשת היא זו:

ראשית, מטרתה העיקרית של הפניה לבית המשפט הנכבד היא מניעת המשך הטעיית לקוחותיה של המשיבה: הן משום שזו זכותם הבסיסית לדעת את התכונות העיקריות של השירות - לרבות מגבלותיו - במלואן, והן משום שלא אחת איבוד המידע כתוצאה מאי ידיעת מוגבלותו של השימוש בתא הקולי, עלול להתברר כגורם של נזק חמור, כגון: פרטים של לקוח פוטנציאלי, שעלול לגרום להפסד הכנסות; פרטים של מעסיק שזימן לראיון עבודה אך הזדמנות ההעסקה הוחמצה; הקלטה בעלת ערך רגשי כמו קולו של בן

המשפחה הנמצא בטיול במדינה רחוקה, או כפי שאירע למגינת ליבה של המבקשת - קטעים מתוך הופעה נדירה של אמן בינלאומי, אשר אובדנם גרם למבקשת למפח נפש שאין שיעור לו, כפי שיפורט בהמשך.

המבקשת פונה לבית המשפט בנושא זה כמוצא אחרון, ולאחר שפניותיה הרבות - הן למשיבה, הן למשרד התקשורת והן לארגון הצרכנות "אמון הציבור" - לא הביאו לפעולה הכה בסיסית והכה פשוטה המתבקשת בבקשה זו - **לידע את הציבור**.

4. שנית, המבקשת טוענת, כי יש לפצות את ציבור לקוחותיה של המשיבה בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם - מניעת אפשרות הבחירה של הלקוחות לשמור מידע שאוחסן בתא הקולי באמצעי אחר (או הבחירה להמנע כלל משמירת מידע בתא הקולי) - ולא בגין איבוד הודעות.

פיצוי כזה נועד לא רק לתקן את הנזק האמור ללקוחות, אלא גם להעביר מסר חינוכי חשוב מטעם בית המשפט הנכבד כלפי ציבור נותני השירותים בכלל וכלפי המשיבה בפרט: לקוח אינו רק בעל מספר מנוי ובעל מספר כרטיס אשראי. שירות נלווה בטלפון הסלולרי אינו רק ערוץ נוסף של הכנסות. התלות הרבה בין הלקוח לבין מכשיר הסלולר שלו, שעל טיפוחה עמלה המשיבה נמרצות, מחייבת נקיטת אמצעי זהירות מצד המשיבה, אשר יבטיחו מניעת נזק ללקוחות בשל אותה הסתמכות, במיוחד כאשר אמצעי זהירות זה הינו פשוט בתכלית ובעל עלות נמוכה ביותר. פגיעה בהסתמכות זו טעונה ביטוי מתאים מצד בית המשפט הנכבד בצורת חיובה של המשיבה בפיצוי, ולא רק בדרך של הוראה לתיקון דרכיה.

II. העובדות הרלוונטיות

א. איבוד ההודעות בתא הקולי של המבקשת

5. המבקשת הינה לקוחה של המשיבה (ההתקשרות הראשונית עם המשיבה נעשתה באמצעות קיבוץ גשר, בו מתגוררים הוריה של המבקשת).

חבילת ההתקשרות כוללת כמובן גם שירות תא קולי.

6. מאז היותה של המבקשת נערה צעירה, במשך שנים רבות, מעריצה היא את להקת הביטלס: היא מאזינה לשירי הלהקה לעיתים תכופות וברשותה קלטות רבות מאוד שלה. בכל אותן שנים חלמה ליטול חלק בהופעה של חבר מחברי הלהקה.

7. אושר רב הציף את המבקשת כאשר נודע לה, כי חבר הלהקה, פול מקרטני, עומד להופיע ביום 25.9.08 בישראל.

היא רכשה כרטיס למופע ההיסטורי בשווי 490 ₪.

עותק מכרטיס הכניסה להופעה מצ"ב **כנספח ב'**. [ב]

8. ההופעה עצמה היתה חוויה בלתי נשכחת מבחינתה. האושר שהציף אותה לפני, תוך כדי ולאחריה, בלתי ניתן לתיאור.

9. המבקשת ביצעה 9 הקלטות של קטעים מתוך ההופעה בתא הקולי, מתוכן בחרה לשמור 4.

10. ב- 10 הימים שלאחר מכן האזינה חזרות לבקרים להקלטות, וחזרה להתענג על התחושות מיום ההופעה.

11. והנה, ביום 6.10.08 נדהמה לגלות, כי הקלטות אלה אינן שמורות עוד בתא הקולי.

12. כשם שקשה לתאר את אושרה מההופעה, כך מוגבל התיאור של תחושותיה של המבקשת כתוצאה מאובדן ההקלטות. מילים כמו "מפח נפש", "אכזבה עצומה" או "כעס רב" הן לשון המעטה להרגשותיה בימים ובשבועות שלאחר מכן.

13. למותר לציין, כי לו היתה המבקשת יודעת, כי ההקלטות תמחקנה לאחר מספר ימים, היתה פועלת בדרך אלטרנטיבית לתיעוד אותו ביצעה באמצעות הטלפון הסלולרי שלה (כגון: העברת ההקלטה למכשיר הקלטה אחר).

14. המבקשת מעריכה את עוגמת הנפש, הצער, התסכול ותחושת האכזבה הצורבת שהיו והינם מנת חלקה בשל איבוד ההקלטות הנ"ל בלא פחות מ- 5,000 ₪.

ב. פניותיה המוקדמות של המבקשת למשיבה, למשרד התקשורת ול"אמון הציבור"

15. מיד לאחר גילוי אובדן ההקלטות, פנתה המבקשת למוקד שירות הלקוחות של המשיבה על מנת לברר את פשר העניין, ועל מנת לבדוק אם אפשר "להציל" את ההקלטות.

נמסר לה, כי הודעות בתא הקולי נשמרות במשך שבוע ימים לאחר השמעתן הראשונה ושמירתן, ולאחר מכן הן נמחקות. אין אפשרות לשחזרן.

16. המבקשת לא השלימה עם התשובה, ולמחרת התקשרה שוב למוקד שירות הלקוחות.

הפעם קיבלה מענה תוקפני: שוב הוסבר למבקשת כי ההודעות נמחקות לאחר שבוע ימים. המוקדן הוסיף כי "כולם יודעים את זה" והוכיח את המבקשת על כי פעלה בחוסר אחריות (כיצד שמרה מבלי לוודא מראש את משך הזמן בו ההודעות נשמרות), מה שנתן לה את התחושה כי אכן פעלה בקלות דעת.

רק בשל חשיבותן הגדולה כל כך של ההודעות, החליטה המבקשת לא להכנע לתחושת המבוכה שפקדה אותה לאור דברי הנציג, ולבדוק את הנושא לעומק. שיחות עם כל מכריה אישרו לה, כי לא "כולם יודעים", אלא מעטים - אם בכלל - יודעים אודות אותה מגבלה.

17. ביום 7.10.08 פנתה המבקשת במכתב למנכ"ל המשיבה, בו פרטה את האירועים המתוארים לעיל.

עותק מכתבה של המבקשת למנכ"ל המשיבה מצ"ב **כנספח ג'**. [ג]

18. ביום 22.10.08 התקשרה אל המבקשת נציגת המשיבה בשם חגית מטעם לשכת מנכ"ל המשיבה.

גם חגית טענה, כי האחריות לתקלה רובצת לפתחה של המבקשת, מאחר שלא בדקה מראש מהו משך שמירת ההודעות בתא הקולי, אלא הניחה כי משך שמירת ההודעות אינו מוגבל בזמן.

19. ביום 22.10.08 פנתה המבקשת למוקד שירות הלקוחות של המשיבה, וקיבלה תשובות דומות, לפיהן ההודעה נמחקת לאחר שבוע, וכי אכן אין אפשרות לדעת זאת, אלא אם מתקשרים למשיבה בשאלה מפורשת בעניין.

בשיחה זו הוכיח נציג שירות בשם ולנטין עד כמה נסתר אותו מידע: תחילה צָן בבטחון כי ההודעה נשמרת למשך מספר שבועות לאחר שמירתן, "אחרת מזה המטרה לשמור אותן?". רק לאחר שניות ארוכות של חיפוש התשובה לשאלה במערכת המידע של המשיבה, שינה את תשובתו, ונתן את המידע שקיבלה גם מהנציגים האחרים, לפיה ההודעות נמחקות שבוע לאחר שמירתן.

בנוסף הודה כי אין לו תשובה ראויה לשאלה "כיצד הייתי אמורה לדעת על העניין הזה לולא שמעתי עליו במקרה?".

20. ביום 24.10.08 פנתה המבקשת, בעזרת חברתה, למוקד תפעול המכשירים של המשיבה על מנת לוודא כי אמנם המידע שקיבלה המבקשת היה מדויק, ועל מנת לברר מדוע ההודעות נמחקות לאחר זמן קצר. נציג שירות בשם אלעד אישר את המידע, לפיו ההודעות בתא הקולי נמחקות אחרי שבוע ממועד שמירתן.

תמלול השיחה מצ"ב כנספח ד'.

[ד]

כמו כן אישר הנציג, כי מתקבלות אצל המשיבה תלונות רבות בנושא.

להלן קטע מתוך אותה שיחה [ההדגשות הוספו, כמובן]:

"דוברת: אבל אם לא הייתי שואלת, אז איך הייתי יודעת על הדבר הזה? לא הייתי יודעת אותו"
אלעד: אני אגיד לך את האמת,
דוברת: א-הא.
אלעד: אם היית שומרת את ההודעה וההודעה היתה נמחקת, אז היית מתקשרת אלי בדרך כלל.
דוברת: זה בטוח, אבל אחרי שהיא היתה נמחקת...
אלעד: את מבינה? ואז הייתי אמור לך את זה.
דוברת: אבל זהו, אבל אחרי שהיא היתה נמחקת אם זאת הודעה ממש חשובה,
אלעד: נכון... המצב נשאר אותו דבר.
דוברת: הייתי אוכלת אותה.
אלעד: אני אומר לך את האמת, את רואה.
דוברת: כן.
אלעד: בדרך כלל זה, רוב הפניות שלנו שאנשים מתקשרים שהם לא יודעים."

21. ביום 10.11.08 פנתה המבקשת בכתב, שוב, למשיבה ולמשרד התקשורת.

במכתב זה דרשה את הסעדים המתבקשים מבית משפט נכבד זה (פיצוי כספי ושינוי ההודעה בתא הקולי, על מנת למנוע את המשך הטעיית הציבור בעניין).

עותק מכתבה של המבקשת מיום 10.11.08 מצ"ב **כנספח ה'.**

[ה]

22. ביום 24.11.08 נתנה המשיבה את תשובתה למשרד התקשורת, הדוחה את הדרישה.

ביום 2.12.08 דחה משרד התקשורת את הפניה, וצרף גם את תשובתה של המשיבה.

עותק מתשובת משרד התקשורת ותשובת המשיבה מצ"ב **כנספחים ו'-ז'.**

[ו-ז]

23. עוד יצוין, כי ביום 10.10.08 פנתה המבקשת בתלונה לארגון אמון הציבור.

עותק התלונה מצ"ב **כנספח ח'.**

[ח]

ביום 9.11.08 מסרה המשיבה את תשובתה.

בתשובה זו טענה, בין היתר:

"מטרתו של מכשיר הפלאפון אינה לשמור נתונים, ובוודאי שאינו מהווה תחליף ל"כספת" אחסון מידע."

עותק תשובתה של המשיבה לאמון הציבור מצ"ב **כנספח ט'.**

[ט]

III. אחריות המשיבה להטעית ציבור לקוחותיה¹

א. הימנעות המשיבה מיידוע לקוחותיה אודות מגבלת הזמן של שמירת ההודעות

24. כפי שצוין בפרק המבוא, ההודעה במערכת התא הקולי המציינת "לשמירה - הקש 4", ולאחר מכן "ההודעה תשמר", מסתירה מלקוחות המשיבה את העובדה החשובה, כי השמירה מוגבלת בזמן, וכי כתום מספר ימים (נסיונה של המבקשת הראה כי מדובר ב- 10 ימים; לגרסת נציגי המשיבה מדובר ב- 7 ימים), ההודעה תמחק.

25. מידע חשוב זה לא רק שאינו מצוי בתא הקולי עצמו, הוא גם אינו מופיע בהסכם ההתקשרות (למבקשת לא התאפשר לקבל עותק מהסכם ההתקשרות עצמו, אולם עיון בו לא גילה הוראות בעניין).

26. המידע גם אינו מצוי באתר האינטרנט של המשיבה.

תחת הלשונית "מענה קולי"² מופיע הכיתוב הבא:

"המענה הקולי הינו תא דואר קולי המאפשר קבלת הודעות בכל זמן ובכל מקום.

את ההודעות שהשאירו המתקשרים ניתן לשמוע ע"י חיוג כוכבית *151 מהמכשיר."

27. הוא הדין לגבי רשיון ההפעלה של המשיבה³. גם הוא אינו מכיל כל מידע אודות ההגבלה הקיימת.

בתוספת השניה של הרשיון מצוין השירות של מענה קולי כשירות שחובתה של המשיבה לספק. תיאור השירות הינו:

"הקצאת תיבה קולית למנוי במרכזת בעל הרשיון לשם אגירת הודעותיו ושמיעתן דרך ציוד קצה רט"ן או טלפון נייד בכל עת."⁴

נהנה כי כן הגבלת משך זמן אגירת ההודעות מנוגדת לכאורה לתנאי הרשיון. על פי תנאי הרשיון יש לאפשר למנוי לאגור את ההודעות ולשמוע אותן בכל עת, ולא במשך זמן מוגבל (ובכל מקרה ספק אם עמדתה של המשיבה כפי שבאה לידי ביטוי במכתבה ל"אמון הציבור" - נספח ט' לעיל - לפיה אין מדובר ב"כספת", עולה בקנה אחד עם הוראת הרשיון).

ואולם, גם אם אין בהגבלת משך שמירת זמן ההודעה משום הפרה של תנאי הרשיון, אין ספק כי עיון בתנאי הרשיון אינו מאפשר למנוי המשיבה לדעת אודות קיומה של אותה הגבלת זמן של משך שמירת ההודעות. כלומר, גם הרשיון אינו אמצעי בו מועבר ללקוחות המשיבה המידע האמור.

28. לכן, עמדתו הלקונית של משרד התקשורת, אשר דחה את פנייתה של המבקשת, בקובעו כי "החברה איננה חורגת מהוראות רשיונה" היא (אולי) נכונה - לפי גישת בית הלל לפרשנות הוראות הרשיון - אך אין בה משום כל התייחסות לעובדה כי נשלל ממנוי המשיבה מידע חשוב.

1 המונח "לקוח" רחב יותר מהמונח "צרכן" בחוק הגנת הצרכן, והוא כולל את כל מי שעושה שימוש בשירותי התא הקולי של המשיבה - גם אם הוא עושה זאת לצרכים עסקיים, וגם אם לא רכש את השירותים האלה בעצמו. הרחבה בעניין תערך בפרק הדן בהתקיימות התנאים לאישור התביעה כייצוגית.

2 בדף <http://www.pelephone.co.il/Web/3G/Corporate/AdvancedServices/CallServices/VoiceAnswer.aspx>

3 נמצא באתר משרד התקשורת בדף http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/4/624.pdf

4 ההדגשה כאן ובכל ציטוט אחר אינה במקור, אלא אם יצוין אחרת.

ב. הוראות הדין המטילות את חובת הגילוי

ב.1 חוק הגנת הצרכן

29. המבקשת טוענת, כי בכך שהמשיבה אינה מידעת את קהל לקוחותיה אודות מגבלת הזמן של שמירת ההודעות בתא הקולי, היא מפרה את חובתה לגלות פרט חיוני לגבי השירות אותו היא מספקת.

30. הוראת סעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"), הינה:

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

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;

...

(4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם;"

מהותו של שירות שמירת ההודעות בתא הקולי הוא, כי הוא תקף במשך ימים ספורים בלבד לאחר שמירת ההודעה, והשימוש והתועלת שאפשר להפיק ממנו מוגבלים למשך זמן זה. מכאן גם הסיכון אותו יש לגלות: הודעות שמורות תמחקנה, ותוכנן יאבד. לכן, הודעה חשובה יש לתעד בדרך אלטרנטיבית.

חסרונו של המידע לגבי שירות התא הקולי של לקוחות המשיבה הוא, איפוא, מהותי, ומסיבה זו המשיבה עוברת על הוראות סעיף 2 של חוק הגנת הצרכן.

31. סעיף 4 (א) לחוק הגנת הצרכן קובע:

"עוסק חייב לגלות לצרכן -

(1) ...

(2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בנ או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;

ניתן לערוך דיון מקיף בשאלה, אם סעיף 4 חל על נכס בלבד או גם על שירות. ואם הוא חל על נכס בלבד, ניתן גם לערוך דיון מקיף בשאלה אם שירות אוטומאטי, שאינו מצריך קשר בין העוסק לבין הצרכן כמו תא קולי, הוא אמנם "שירות" ולא "נכס". אולם נדמה כי אין בכך צורך. לצורך מתן מענה לשאלה אם המידע נשוא בקשה זו מהותי אם לאו, יש לפעול בהתאם לכוונת חוק הגנת הצרכן. כוונה זו ברורה למדי: מגבלה של השירות/הנכס הינה פרט מהותי, אשר יש לעדכן את הלקוח אודותיו, **במיוחד אם מגבלה זו עלולה לגרום נזק לצרכנים.**

גישה זו - מהותיות מגבלות השימוש בשירות/נכס - עולה גם מהקביעה, כי "קיומם של חלפים, אביזרים או חמרים המיוחדים או המתאימים לתיקון הנכס או לשימוש בו" הינם פרט מהותי (סעיף 2 (12)), או מהקביעה, כי פרט מהותי הוא גם "תאריך הייצור של הנכס או תאריך תפוגתו" (סעיף 2 (9)).

32. טול דוגמא של רכישת מנוי למועדון כושר. האם יכולה להיות מחלוקת של ממש, כי המועדים בהם השירות זמין - שעות הפתיחה של אותו מועדון - הם אמנם פרט מהותי לעסקה?

טול דוגמא נוספת של קבלת שובר זיכוי למימוש בבית העסק. האם יכולה להיות מחלוקת, כי מדיניות העסק, לפיה מימוש השובר מוגבל בזמן הינה פרט חיוני לאותו עניין?

ודוגמא נוספת שממחישה עוד יותר את החשיבות של ציון מועד הפסקת השירות: חניון, אשר התשלום עבור השימוש בו מקנה זכות חניה למשך יום שלם. אם אותו חניון נועל את שעריו בשעה מסוימת בערב, על המכוניות הנמצאות בו, האין זה מובן מאליו כי עליו להודיע על כך ללקוחותיו?

כך גם לעניננו: הימנעות המשיבה מעדכון משך שמירה ההודעה בכלל, הצעת המערכת האוטומאטית של התא הקולי לשמור הודעה לאחר שמיעתה בפרט, והודעת המערכת האוטומאטית כי ההודעה נשמרה במיוחד, הן שימת מכשול בפני עור. הן אינן מהוות גילוי מלא של פרטי השירות, והן עלולות באופן הזה לגרום לאיבוד אותו מידע שנשמר ע"י הלקוח.

ודוק: כאשר לקוח של המשיבה מבקש לשמור הודעה, מדובר - מן הסתם - במידע חשוב מבחינתו, שיש לו עניין כי יישמר. הדוגמאות שניתנו בפרק הפותח של בקשה זו ממחישות את הפעמים בהן המידע השמור עשוי להיות חשוב ביותר.

33. לא למותר יהיה להזכיר שוב, כי חברות הסלולר, בהן המשיבה, פועלות נמרצות להידוק הקשר - עד כדי תלות של ממש - בין קהל לקוחותיהן לבין מכשיר הטלפון הסלולרי והשירותים הנלווים לו. מכשיר טלפון סלולרי איבד מזמן את ייעודו כמכשיר לניהול שיחות טלפון בלבד: המכשיר משמש כיומן פגישות, מצויה בו רשימת אנשי הקשר, הוא משמש כאלבום תמונות, הוא מהווה אמצעי גלישה באינטרנט, הוא מסייע להעביר רגעי פנאי ועוד כהנה וכהנה פונקציות ושירותים שונים - בהם גם שירות התא הקולי.

ככל שגדלה הסתמכות לקוחות המשיבה על השירותים אותם היא מספקת, כך גדלה אחריותה כלפי הלקוחות, ובהתאם גדלה גם חובתה למידע מלא ושלם אודות שירותיה.

34. עמדת המשיבה, כפי שבאה לידי ביטוי במכתבה ל"אמון הציבור" (נספח ט' לעיל) היא, כי התא הקולי אינו כספת לאחסון מידע. אם זה אמנם המצב - האין זה מחובתה של המשיבה לעדכן את ציבור לקוחותיה כי עליהם להמנע משמירה של מידע חשוב? כיצד אמור הלקוח לדעת שאין מדובר ב"כספת לאחסון מידע" אם המשיבה אינה טורחת להודיע לו זאת?

35. לאור כל האמור לעיל טוענת המבקשת כי גילוי משך הזמן בו נשמרות הודעות בתא הקולי הינו "פרט העלול להטעות צרכן בעניין זהותי בעסקה", ועל כן חייב להיות מגולה לצרכנים.

הטעיה זו מתבצעת באופן קבוע, בכל פעם שמוצעת ללקוח האפשרות לשמור את ההודעה ללא אזכור מגבלת הזמן. במיוחד מתבצעת הטעיה לאחר שמירת ההודעה - אז מצוין כי היא נשמרה, אך אין מצוין כי שמירתה הינה למשך פרק זמן מוגבל מאוד.

36. כפי שמצוין מפורשות בסעיף 2 האמור (מאז תיקון מס' 18 של חוק הגנת הצרכן משנת 2005), ההטעיה יכולה להתבצע גם לאחר מועד ההתקשרות הראשונה בעסקה, וגם במחדל (כלומר באי גילוי פרט שהיה לגלותו).

2.ב פקודת הנזיקין - עולת הרשלנות

37. מקור משפטי נוסף לאחריותה של המשיבה ליידוע לקוחותיה בדבר משך הזמן בו נשמרות הודעות בתא הקולי לאחר ביצוע פעולת השמירה, היא עולת הרשלנות, הקבועה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח - 1968 (להלן: "פקודת הנזיקין").

38. הקריטריונים לקביעה אם הופרה חובת הגילוי על פי חוק הגנת הצרכן דומים לקריטריונים אם הופרה חובת הזהירות הנדרשת על פי עוולה זו.

המלומדת אורנה דויטש טוענת בספרה **מעמד הצרכן במשפט**⁵, כי רמת הזהירות הנדרשת מעוסק על פי דיני הגנת הצרכן, אינה שונה מרמת הזהירות הנדרשת ממנו על פי עוולת הרשלנות (לרבות יישומה לנושא מצגי שווא).

במקום אחר (עמוד 498) היא מציינת, כי עוולת הרשלנות, בלבושה המודרני, נוסדה למעשה בסיטואציה בעלת אופי צרכני, בפסק הדין הידוע בעניין *Donoghue v. Stevenson*. באותו מקרה קנה אדם בירה, וידידו שהיה עמו שתה מן הבירה. בבירה נמצא חרק. הידיד סבל נזק גופני ונפשי ותבע פיצויים. בית המשפט הטיל חובת זהירות על העוסק כלפי המשתמש הסופי של המשקה, אף שלא היה קשר חוזי בין הצדדים.

39. לכן, הטענה בדבר "שימת מכשול לעור" - שמשמעותה המשפטית היא הפרת חובת הזהירות - יפה גם לעילה זו.

מטבע הדברים, המשיבה מודעת לעובדה כי לקוחות השומרים הודעות בתא הקולי עושים זאת מאחר שיש להם כוונה לחזור ולהאזין להן בעתיד (זו הסיבה בגינה מוצע השירות). אם הלקוחות אינם מודעים לצורך שלהם לפעול בתוך מסגרת הימים המוקצבת לכך - להאזין להקלטה בשנית או לשמרה בדרך אלטרנטיבית - הודעות תאבדנה. בהעדר הודעה על כך מטעם המשיבה ללקוחות אין להם כל סיבה להניח כי משך שמירת ההודעות מוגבל.

בנקיטת אמצעי הזהירות הפשוט כל כך של יידוע הלקוחות אודות אותה מגבלה - זה המבוקש בבקשה זו כי יינקט מעתה והלאה - יש (והיה) כדי למנוע את הנזקים הצפויים מאיבוד הודעות שמורות ואת הנזק של הפגיעה באוטונומיה של הפרט, בו יורחב הדיבור בהמשך.

זוהי התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם סטנדרט ההתנהגות המצופה מחברת טלפוניה המספקת שירותי תא קולי ללקוחותיה. על כן יש בה כדי להטיל אחריות על המשיבה.

ג. קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לנזק: הסתמכות הלקוחות על המצג המטעה

40. בהלכת ברזני⁶ נקבע, כי בהטעיה על פי חוק הגנת הצרכן יש צורך להוכיח קשר סיבתי (הסתמכות) בין ההטעיה לבין הנזק.

41. המבקשת עצמה הסתמכה על מצגה המטעה של המשיבה, כפי שפורט לעיל, וניזוקה בצורה משמעותית.

42. הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי (ההטעיה) לבין הנזק נבדק באמצעות השאלה ההיפותטית, אם הימנעות המטעה מההטעיה היתה מונעת את הנזק.

כך נקבע, למשל, בעניין פוקס⁷, שעסק בהטעיה חוזית במחדל (אי גילוי):

"נטל הוכחת הקשר הסיבתי הכפול הוא על הטוען להטעיה, המבקש להפעיל את ברירת הביטול. הטוען להטעיה חייב להוכיח כי הטעות שנגרמה על ידי אי הגילוי היא שהניעה אותו להתקשר בחוזה או, במלים אחרות, כי לו ידע את הדבר שלא התגלה לו, לא היה מתקשר בחוזה.

את יסוד הקשר הסיבתי בין ההטעיה במחדל לבין הטעות - הדרוש הוכחה בהיבט של סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 - יש להחליף ביסוד הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין הנזק בהיבט של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן: ברור מאליו, כי לו היתה המשיבה מודיעה ללקוחותיה, כי ההודעות נשמרות במשך

5 נבו הוצאה לאור, עמודים 419-427.

6 דנ"א 5712/01 יוסף ברזני נגד בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ ואח', www.nevo.co.il (11.8.03).

7 עא 9447/06 דניאל פוקס נגד משה אלבס, www.nevo.co.il (25.3.08), פסקה 16.

תקופה קצרה בלבד, לא היו מתרחשים הנזקים נשואי בקשה זו: הן הנזק של הפגיעה באוטונומיה של הפרט (בו יורחב הדיבור בהמשך) והן הנזק של איבוד ההודעות.

43. "נפילה בפח" היא כמעט בלתי נמנעת. היא היתה גם מנת חלקו של ולנטיין, נציג המשיבה.

למעשה, פרט לאדם אשר יש לו במקרה ידע ספדוברת אודות מגבלת הזמן של שמירת ההודעות (למשל, כי כבר "נכווה" בעבר מאיבוד הודעה), אין כל סיבה להניח כי משך שמירת ההודעות מוגבל לזמן קצר: כאשר מוצעת האפשרות לשמור את ההודעות והלקוח בוחר לעשות כן, הוא מיד מוטעה. אין לו כל אפשרות לדעת, כי ההודעה נשמרת למשך זמן קצר בלבד (וכפי שצוין לעיל, המידע אינו חסר רק במערכת התא הקולי, כי אם גם בחוזי ההתקשרות, באתר המשיבה או ברשיון ההפעלה שלה).

44. ואמנם, נציג השירות אלעד, שתמליל השיחה איתו צורף לעיל כנספח ד', ציין כי פניות רבות מתקבלות בנושא זה;

45. היטיב להגדיר את הדוברתה הטבעית של הלקוחות כי ההודעות תשמרנה, ולנטיין, אשר ציין בבטחון - טרם גילה את טעותו במערכת המידע של המשיבה - כי ההודעות נשמרות למשך שבועות מספר, "אחרת מה המטרה לשמור אותן?".

46. יצוין, כי כל האמור בפרק זה הינו למעלה מן הצורך, למעשה. כפי שיפורט בפרק הבא, המפרט את הנזקים, וכפי שיפורט בפרק הסעדים, הוכחת הקשר הסיבתי אינה נחוצה כלל: ביחס לנזק איבוד ההודעות אין צורך להוכיח קשר סיבתי, מאחר שהסעד המבוקש בנינו צופה פני עתיד, ודי בכך שהתנהגות המשיבה עלולה לגרום לאותו ראש נזק; ביחס לראש הנזק פגיעה באוטונומיה, הרי שכפי שיפורט להלן נזק זה טבוע בעצם ההתנהגות.

ד. הנזקים: פגיעה באוטונומיה ואיבוד הודעות

47. שני ראשי הנזקים שעלולים להגרם ללקוחות המשיבה ושנגרמו להם בפועל הם: (1) איבוד הודעות שנשמרו; (2) פגיעה באוטונומיה שלהם לבחור אם לשמור הודעות בתא הקולי תוך ידיעת העובדה כי הן תמחקנה תוך זמן קצר לאחר מכן.

כפי שיורחב בפרק הסעדים להלן, הסעד למניעת המשך הנזקים מתייחס לשני ראשי הנזקים, ואילו הסעד הכספי מתייחס לנזק הפגיעה באוטונומיה בלבד.

48. נזקה האישי של המבקשת בשל איבוד המידע בתא הקולי פורט באריכות בפרק העובדתי לעיל. נזקים אפשריים של הלקוחות האחרים פורטו בפרק הפותח של הבקשה.

מאחר שאין נתבע סעד כספי קבוצתי בגין ראש נזק זה, הנזק של איבוד הודעות אינו טעון הרחבה.

להלן יורחב הדיבור בעניין ראש הנזק המכונה פגיעה באוטונומיה.

פגיעה באוטונומיה כנזק בר פיצוי

49. נזק של פגיעה באוטונומיה הוכר לראשונה כראש נזק עצמאי ובר פיצוי בעניין עלי דעקה⁸, והוכר גם כנזק בר פיצוי בפסקי הדין בפרשת החדרת הסיליקון לחלב ע"י תנובה⁹, כפי שיפורט להלן.

8 ע"א 2781/93 עלי דעקה נגד בית החולים "כרמלי", חיפה, פ"ד נג (4) 526.

9 ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו (4) 673, שם נדחה ערעורה של תנובה על החלטתה לאשר את התביעה כייצוגית (להלן: "פס"ד תנובה בעליון"); תא (ת"א) 1372/95 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל ואח' נגד

50. פיצוי בגין הנזק של פגיעה באוטונומיה ניתן, כאשר נשלל מהניזוק (או מקבוצת הניזוקים) הכוח לבחור בתוצאה שגרמה פעולת המזיק, וזאת גם אם אותה תוצאה אינה תוצאה שלילית מבחינת הניזוק (היינו, גם אם הניזוק היה בוחר באותה פעולה לו הוצגו בפניו כל העובדות הרלוונטיות לבחירה), וגם אם לפגיעה באוטונומיה אין מתוסף נזק אחר.

51. במסגרת הדיון בשאלה היותה של פגיעה באוטונומיה נזק בר פיצוי, נפסק בעניין דעקה כך (כב' השופט אור, בעמ' 573) (דברים אלה צוטטו בהסכמה בפס"ד תנובה בעליון):

"הפגיעה באוטונומיה – נזק בר-פיצוי לפי פקודת הניזוקין [נוסח חדש]

נחזור למקרה שבפנינו. כפי שכבר ציינתי לעיל, לא קוימה בניסבות העניין החובה לקבל את הסכמתה מודעת של המערער לביופסיה שבוצעה בכתפה. בכך, נפגעה זכותה היסודית של המערער כאדם לכבוד ולאוטונומיה. האם יש בעובדה זו כדי להקים למערער זכות לפיצוי, אפילו לא נגרם לה נזק גוף כתוצאה מאי-קבלת הסכמתה המודעת?

השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערער ובאוטונומיה שלה הוא "נזק" כמובנו בפקודת הניזוקין [נוסח חדש], לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב.

52. בפס"ד תנובה במחוזי הוגדרה זכות הפרט לאוטונומיה ע"י כב' השופט בנימיני כך (פסקה 48 לפסה"ד):

"עיקרה של זכות הפרט לאוטונומיה הינה הזכות "לגבש את רצונו כנראה לו על פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו-שלו. 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'" (דברי כב' השופט מ. חשין בדנ"א 7015/94 הנ"ל, שצוטטו בעניין דעקה, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט ת. אור). זו הזכות לגבש החלטה באופן שקול, מושכל ומודע, בידיעת העובדות הנוגעות לדבר, האם להסכים למהלך מסויים (דברי כב' השופט ט. שטרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל בפסקאות 33-34, ודברי כב' השופט ד. דורנר בע"א 434/94 ברמן נ' מור, המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4), 205, פסקה 9). פגיעה בכבוד ובאוטונומיה של הפרט כרוכה בנזק לא-ממוני שהוא בר-פיצוי, גם בלא נזק גופני, והוא המוכר כראש נזק עצמאי, הבא בגדרו של המונח "נזק" כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת הניזוקין (כב' השופט ת. אור בפסקה 21 בעניין דעקה הנ"ל) [ההדגשה במקור].

בהמשך (פסקה 51), הדגיש בית המשפט את עצמאותו של ראש הנזק, ואת אי תלותו בקיומו של נזק תוצאתי (נזק שנגרם כתוצאה מהתנהגות הנתבע כגון עוגמת נפש, נזק גופני או נזק ממוני):

"כפי שהדגישה כב' השופט ט. שטרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל (פסקאות 36-37), הפגיעה באוטונומיה של הפרט מתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה למסור מידע מלא, והיא "פגיעה אינהרנטית להתנהגות העוולתית", באופן שהקשר הסיבתי בין הפרת החובה לבין הפגיעה באוטונומיה טבוע בהפרת החובה. לכן, אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין נזק ממשי שנגרם כתוצאה ממנה. הבסיס לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הפרט הוא עצם שלילת זכותו של המטופל או הצרכן לבחור בטיפול או במוצר הרפואי לו. שלילת כוח הבחירה היא נזק עצמאי, גם אם לא גרמה לכל נזק נוסף, ואפילו יוכח כי המטופל היה מסכים לקבלת הטיפול, או שהצרכן היה מסכים לרכישת המוצר, גם לו ידע את כל העובדות לאמתיו." [ההדגשה בכתב מודגש במקור; ההדגשה בקו תחתי אינה במקור]

בהשלכה לענייננו יש לקבוע, כי גם אם לא נגרם נזק כלשהו ללקוחות המשיבה בשל מחיקתן האוטומאטית של ההודעות בתא הקולי, עצם מניעת האפשרות לבחור אם לשמור הודעות בתא הקולי מתוך ידיעה כי לאחר זמן מה ההקלטות תמחקנה הינו נזק שיש לפצות את ציבור הלקוחות בגינו.

53. גישה מחמירה יותר כלפי התנהגות החורגת מהסטנדרט המצופה (שכללה שלילת מידע רלוונטי מהניזוק), אשר לא גרמה לנזק ממוני, ננקטה על ידי בית המשפט העליון בעניין אבנעל¹⁰.

באותו עניין נדונה תביעת המערער לפיצוי בגין החלטות שקיבלה רשות מינהלית ביחס אליה: הרשות סרבה לתת לה רשיון יבוא, תוך שהיא שוללת מהמערער את זכות הטיעון, ותוך הנמקה שגויה לאותה החלטה. נקבע, כי החלטות הרשות לגופה היתה מוצדקת, ולכן לא נקבעה אחריות של המדינה לנזקים

תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, www.nevo.co.il (7.10.08) שם התקבלה התביעה הייצוגית (להלן: "פס"ד תנובה במחוזי"). יצוין, כי על פס"ד תנובה במחוזי הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שטרם נדון.

שנגרמו למערערת בגין ההחלטה עצמה. ואולם, עצם שלילת זכות הטיעון ומתן ההנמקה השגויה (שלילת המידע, בדומה לעניין נשוא תיק זה), כשלעצמה, הוותה נזק בר פיצוי.

כך פסק כב' הנשיא ברק בעניין (פסקה 18 לפסק דינו):

”במקרה שלפנינו הנזק שנגרם כתוצאה מהתערבות המשיבים הוא לא רכוש. נזק זה יכול להילמד, בין השאר, מעצם ההפרה הבוטתה של חובת ההגנות (ראו והשוו: ע”א 558/84 כרמלי נ’ מדינת ישראל (להלן – פרשת כרמלי [8]), בעמ’ 772; ע”א 2781/93 דעקה נ’ בית החולים “כרמל”, חיפה (להלן – פרשת דעקה [9]), בעמ’ 582-586). אכן, מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות טיעון עלולים, בנסיבות מסוימות, לפגוע בפרט ולגרסם לנזק לא רכוש. הקביעה שלפיה נזק זה הוא בר פיצוי אינה זרה למשפט הפרטי (ראו א’ ברק “הערכת הפיצויים בנוזק גוף: דין הניזוק המצוי והרצון” [38], בעמ’ 263). כך, לא פעם נקבע נזק לא רכוש בעולות הרשלנות (ראו: ע”א 3843/90 אוהיון נ’ מדינת ישראל, משרד הביטחון [10]; ע”א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ’ דיין [11]); במסגרת סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל”א-1970 (ראו ע”א 348/79 גולדמן נ’ מיכאלי [12]); בעניין נזק מוראלי ועוגמת נפש במסגרת דיני זכויות היוצרים (ראו ע”א 4500/90 הרשקו נ’ אורבוך [13], בעמ’ 432); כך גם בעניין סבל שנגרם בשל גירוש האישה על כורחה על-ידי בעלה (ראו ע”א 1730/92 מצראווה נ’ מצראווה [14]); כך בלשון הרע (ראו ע”א 4740/00 אמר נ’ יוסף [15], בעמ’ 524-523); כך בקביעת נזק של מי שנתקף בתחושות שליליות של גועל ופגיעה באוטונומיה כתוצאה משתיית חלב שהכיל סיליקון (ראו: ע”א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע”מ נ’ ראבי [16], בעמ’ 681-682); כך בקביעת נזק לא רכוש הנובע מפגיעה בחירותו ובכבודו של מי שאושפז בבית חולים לחולי נפש בכפייה ושללא כדין (ראו פרשת כרמלי [8], שם) וכך בקביעת נזק בגין פגיעה באוטונומיה (ראו פרשת דעקה [9], בעמ’ 619-620). בכל המקרים הללו, וברבים אחרים, נגרם נזק שאינו רכוש. דרך דומה יש לנקוט גם במקרה שלפנינו.”

54. פיצוי משמעותי בגין פגיעה באוטונומיה של הרצון כפיצוי בשל נזק חוזי נפסק גם בעניין פלוזניק¹¹.

באותו עניין ניהלה התובעת עם הנתבעת מו”מ להקמת תחנת דלק על מגרש בבעלות התובעת. בשלב מסוים הפסיקה התובעת לנהל מו”מ עם חברות אנרגיה אחרות, ונתנה לנתבעת בלעדיות במו”מ.

הנתבעת ניהלה את המו”מ בחוסר תום לב, כאשר נמנעה מלהודיע לתובעת, כי תוך כדי ניהול המו”מ רכשה מגרש במרחק של 150 מ’ להקמת תחנת דלק נוספת בבעלותה - מה שהן הצריך קבלת אישור מהממונה על ההגבלים העסקיים לצורך הקמת התחנה נשואת אותו עניין, והן עתיד היה לפגוע קשות בהכנסות הצפויות של התובעת מהתחנה. לעניין הפיצוי לו זכאית התובעת נפסק כך:

”בענייננו: התנהגותה של הנתבעת הסבה לתובעת עוגמת נפש רבה ואכזבה, כפי שניתן היה להתרשם בבירור מעדותה, וזאת לצד בזבוז זמן וטרדה מיותרת בשל התעסקות מיותרת ומרגיזה בתוצאות מחדליה של הנתבעת, אשר מסרבת עד רגע זה להכיר באחריותה להפרת חובת תום הלב כלפי התובעת. הנתבעת טוענת בסיכומיה שהחלטת התובעת להפסיק את המשא ומתן עמה נבעה לא משיקולים כלכליים, אלא מכך שנפגעה מהתנהגות הנתבעת כלפיה. פגיעה זו – הינה נזק בר-פיצוי. זאת ועוד: אמנם לא עלה בידי התובעת להוכיח במידת וודאות סבירה כי אלמלא התנהגות הנתבעת היתה מגיעה לחתימת הסכם להקמת תחנת דלק על מגרשה עם הנתבעת, או עם חברת דלק אחרת – תחנה אשר לפי חוות דעתו של אבישי זיו היתה מניבה לה רווחים גבוהים בהרבה מאלו שהיא מקבלת כיום מהשכרת המגרש. אך באשמת התנהגותה של הנתבעת - תמשיך ללוות את התובעת תמיד תחושה קשה של התחמת הזדמנות עסקית עתירת ממון. התנהגות הנתבעת מנעה מן התובעת את האפשרות לשקול בעת מעשה חלופות עיסקיות אחרות, על סמך המידע האמיתי לפיו חתמה הנתבעת על הסכם משמך. זו, למעשה, היתה מסירתה של הנתבעת, והיא השיגה מסרה זו במלואה.”

על פגיעות אלו כולן ברגשותיה של התובעת ובאוטונומיה של הרצון, ועל מפת הנפש הגדול שהנחילה לה הנתבעת, כמו גם בזבוז הזמן וטירחת השווא – חייבת הנתבעת לשלם לתובעת פיצוי של ממש.

55. פס”ד נוסף הראוי לאזכור בהקשר זה הוא עניין ואפלי¹². המערער באותו עניין היה תלמיד בית ספר, אשר נפל וניזוק לאחר שעות הלימודים. טענתו היתה, כי בית הספר נמנע מלהודיע להוריו אודות האפשרות לרכוש ביטוח תאונות אישיות לכיסוי נזקים מחוץ לשעות הלימודים, ובכך נמנעה מהמערער האפשרות לקבל פיצוי מחברת ביטוח.

11 ת”א (ת”א) 1161/01 נחמה פלוזניק נגד דור אנרגיה (1998) בע”מ, www.nevo.co.il (10.2.06), פסקה 38 לפסה”ד.

12 ע”א (חי) 4614/99 ואפי נגד המועצה המקומית מעיאר, www.nevo.co.il (25.4.02).

באותו עניין נקבע כממצא עובדתי, כי הורי המערער כן ידעו על האפשרות לבטח, ולכן נדחה הערעור. עם זאת, רלוונטים לענייננו דבריה של כבי השופטת שטמר בעניין אי מסירת המידע (בסעיף 18 לפסק דינה):

“האפשרות לבטח במחיר סמלי בביטוח תאונות אישיות גם מחוץ לכותלי ביה”ס, הוא מידע חשוב, והיה על המורים לוודא קבלתו על ידי ההורים. אי וידוא זה, מהווה מחדל רשלני, ואם היה נקבע, שההורים אכן לא קיבלו את החוזר, היה מקום לחייב את המועצה בפיצויים להורה (אולי בהשתתפות תורמת של ההורים ואולי על פי הדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה של ההורים לבחור אם לבטח או לא לבטח שנגרמה כתוצאה מאי העברת המידע, וראה לעניין פגיעה באוטונומיה עקב אי גילוי בתחום הרפואי בע”א 2781/93 דעקה נ’ ביה”ח “כרמל”, פ”ד נ”ג (4), 526, 571 (1-576).

56. החשיבות של הצגת תמונה שלמה ומלאה של השירות ע”י עוסק ללקוחותיו באה לידי ביטוי חריף בעניין מילגרם¹³.

באותו עניין נדונה תביעה בית אבות כנגד יורשיה של דיירת, לתשלום עבור שהותה במחלקת הסיעודית. בהסכם ההתקשרות, שנערך 9 שנים לפני הצורך במעבר הדיירת לאותה מחלקה, צוין כי התעריף בעת המעבר למחלקה הסיעודית יהיה התעריף שיהיה מקובל בבית האבות, אך לא צוין מה יהיה אותו תעריף או כיצד הוא ייקבע.

בית המשפט העליון (כב’ הנשיא ברק) ביכר לבטל לחלוטין את אותו סעיף מקפח ולא להסתפק בשינויו כך שלא יהיה מקפח - וגם לא לבדוק אם בפועל התעריף שנדרש היה הוגן או לא - וזאת מהנימוק של שלילת יכולת הבחירה (עמ’ 169-168):

“יתרה מכך, אף אם הייתה קיימת תשתית עובדתית בעניין זה, ואף אם היה עולה ממנה שבפועל משען לא ניצלה את כוחה לרעה ושהתעריף בבית האבות הסיעודי היה ראוי והוגן, ספק אם היה בכך כדי להסיר את הקיפוח... היבט חשוב של אופייה המקפח של התניה הוא בשלילתה מהלקוח מידע חשוב וחיוני לשם החלטה חופשית ורציונלית בעת כריתת החוזה, דהיינו קנה-מידה בדבר הפרשי התעריפים בין בית האבות הרגיל לבית האבות הסיעודי. בעצם העובדה שהתעריף שנגבה בפועל בבית האבות הסיעודי הוא הוגן, או בשינויו כך שיהא הוגן בהשוואה למחירי השוק, אין כדי להשיב את הגלגל לאחור ולהסיר את הקיפוח שמתבטא בשלילת המידע מהלקוח.”

דהיינו, בית המשפט מצא לנכון לפצות את הלקוח (באמצעות הפטרתו מחיובו לשלם את התמורה החוזית) בשל עצם שלילת המידע שמנעה ממנו בחירה חופשית, וללא קשר לשאלה אם שלילת מידע זו גרמה לו נזק כלשהו אם לאו (אם התעריף שנגבה היה הוגן או לא).

IV. הסעדים המבוקשים בתביעה הייצוגית

א. הזכאות לתבוע סעדים

57. סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן קובע:

(א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

(א1) הזכות לסעדים בשל עוולה כאמור נתונה לצרכן שנפגע מהעוולה, וכן לעוסק שנפגע, במהלך עסקו, מהטעיה כאמור בסעיף 2.

אי הגילוי מהווה, איפוא, עוולה נזיקית, ועל כן מזכה בסעדים אשר יפורטו להלן.

58. דין דומה - זכות לקבלת סעד בשל עוולה נזיקית - חל על עולות הרשלנות, כמובן, אלא שבעוולה זו חוג הזכאים רחב יותר, וכולל גם משתמשים שאין בינם לבין המשיבה קשר חוזי. הרחבה בעניין תערך בפרק הנוגע להתקיימות התנאים להגיש תביעה ייצוגית (הדיון ייערך בהקשר של שאלת היותה של המבקשת “לקוח” ובהגדרת הקבוצה בשמה מבוקש להגיש את התביעה).

13 רע”א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז”ל ואח’ נגד מרכז משען ואח’, פ”ד נב (4) 145 (6.9.98).

ב. סעד ראשון - הבקשה לתיקון ההטעיה

59. הסעד הראשון המבוקש נועד למנוע את המשך ההטעיה.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבה לתת מידע מלא ללקוחותיה אודות תכונותיו של התא הקולי: הן באתר האינטרנט, הן בהסכמים שהיא עורכת עם לקוחותיה, והן - ובעיקר - במידע הניתן במערכת התא הקולי עצמו: יש לחייב את המשיבה להוסיף את המילים "למשך שבוע" (או הזמן האמיתי בו נשמרת ההודעה, אם מדובר בזמן שונה) לאחר המילים "למשך שבוע" (או הזמן האמיתי בו נשמרת ההודעה, אם מדובר בזמן שונה) לאחר המילים "להודעה תשמך", אשר נאמרות אחרי ביצוע השמירה.

60. נעלה מספק, כי לא רק המבקשת הוטעתה, אלא כל לקוחותיה - או לפחות חלקם הגדול, כפי שפורט לעיל בפרק העוסק בסוגיית הקשר הסיבתי.

ואולם, גם אם חלק כזה או אחר מציבור הלקוחות לא הוטעה בפועל, או אם ייקבע כי לחלק מהלקוחות המוטעים לא נגרם נזק, הרי שהותרת המצב הקיים על כנו **עלולה** לגרום למקרים נוספים של הטעיה ושל נזקים.

לצורך הסעד הראשון המבוקש אין כלל צורך לדון בשאלת ההטעיה בפועל, וכפועל יוצא מכך - גם אין צורך לדון בקשר סיבתי בין ההטעיה לבין נזקים. כפי שצוין בעניין ברזני¹⁴, עילת ההטעיה על פי חוק הגנת הצרכן הינה עילה התנהגותית, ולא תוצאתית:

"האיסור איסור הוא על התנהגות, ועוסק עובר על לאו של איסור הטעייה גם אם דבר שהיא עושה - במעשה או במחדל - אך "עלול להטעות" צרכן, קרא, גם אם איש לא הוטעה כלל מאותו דבר שעשה. כנדרש מכך, וכהוראת סעיף 23(א)(1) לחוק, עוסק עובר עבירה וצפוי לעונש אם "עשה דבר העלול להטעות צרכן בניגוד להוראות סעיף 2". סטנדרד ההתנהגות הנדרש בהוראת סעיף 2(א) סטנדרד גבוה הוא מן המקובל בהוראות חוק אחרות. כך, למשל, לעניין של עוולות תרמית ושקר מפגיע שבסעיפים 56 ו-58 לפקודת הניזקין, וכך בהטעייה כהוראת סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בדברי חוק אלה - וברבים אחרים - נדרש קשר סיבתי ישיר בין מעשה לבין תוצאה - נזק שנגרם לנפגע - בעוד שהוראת סעיף 2(א) לחוק הצרכן אוסרת על התנהגות באשר היא, אף בלא שגררה אחריה נזק. חובה זו שבחוק הגנת הצרכן נועדה, כמובן, להגן על הצרכן: להבטיח לצרכן כי יקבל מידע אמין על נכס או על שירות המוצעים לו, כדי שיוכל להחליט באורח שקול אם יבצע עסקה ואם לאו. ראו: דברי הסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980, ה"ח, תש"ם, 302; השו: ע"א 1304/91 פפוחות - בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 326.

61. נדמה, כי אין יכול להיות נימוק ראוי לסירוב למתן הסעד. הוא ממש מובן מאליו: הוא פשוט לביצוע, הוא כרוך בעלות זניחה, והוא נועד למנוע נזק ממליוני אנשים העושים שימוש בשירותיה של המשיבה (לקוחות, כמו גם כאלה שמתקשרים ללקוחות ומשאירים הודעה בתא הקולי, אשר עלולה להמחק ולגרום גם להם נזק).

ג. סעד שני - פיצוי כספי בגין פגיעה באוטונומיה

1. ראש הנזק הנתבע וראש הנזק שאין תביעה לפיצוי בגינו

62. מאחר שישנה שונות גדולה בין גובה הנזקים שארעו לחברי הקבוצה בראש הנזק של מחיקת הודעות בתא הקולי - למבקשת נגרם נזק כבד כתוצאה מכך, אך למנויים אחרים של המשיבה לא נגרם כל נזק שהוא, ולאחרים נגרמו נזקים בשיעורים שונים - אין מבוקש בבקשה זו לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה. אם להודות על האמת, יש להניח, כי רוב הלקוחות לא סבלו נזק משמעותי כתוצאה מאיבוד הודעות (אם כי הנחה זו אינה מבוססת על נתונים אמפיריים כלשהם).

14 פסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין. וגם: פסקה 7 לפסק דינה של כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן.

63. עם זאת, וכפי שהוסבר בהרחבה לעיל, הפיצוי אותו מבוקש לפסוק הוא בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה: **עצם מניעת האפשרות מהלקוחות לקבל החלטה מושכלת אם לשמור הודעות באמצעות התא הקולי, וללא קשר לשאלה אם בנוסף נגרם נזק של איבוד הודעות אם לאו.**

ג.2 השיקולים לעצם מתן הפיצוי הכספי ולקביעת גובהו

64. מתבקשת השאלה, אם בנסיבות אלה אין די בחיוב המשיבה בתיקון מחדלה, כמבוקש בסעד הראשון, ולהמנע מחיוב בפיצוי כספי.

התשובה לכך שלילית ממספר טעמים, שהם גם הקריטריונים להערכת הפיצוי המבוקש.

(1) נגרם נזק ללקוחות המשיבה

65. גם אם הנזק שנגרם ללקוחות המשיבה בשל הפגיעה באוטונומיה שלהם אינו גדול, הוא קיים. בעובדה, כי קיימות הפרות חמורות יותר של פגיעה באוטונומיה אין כדי לשלול מיניה וביה את הפיצוי. כך צוין בעניין תנובה במחוזי (פסקה 78 לפסה"ד):

"כפי שטוענת בצדק תנובה בסיכומיה, קיים מדרג של סוגי פגיעות באוטונומיה של הפרט, שבראשו עומדים אותם מקרים חמורים בהם הפגיעה התבטאה בעבירות אלימות או מין, ששללו מהקורבן את זכותו לשלוט על חייו וגופו. מקרים חמורים פחות הם אלה שנדונו בעניין דעקה הנ"ל, קרי: ביצוע טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת. לאחר כל אלה, באים המקרים של פגיעה באוטונומיה של הצרכן, שגם בתוכם קיים מדרג של חומרה. המקרים החמורים הם אלה שמביאים לשימוש במוצר הטומן בחובו סיכון בריאותי, ואחריהם באים המקרים המביאים לשימוש במוצר בניגוד לאמונה או העדפה של הצרכן (כך מובהר בחוות דעתו של מומחה תנובה, פרופ' הורניק). אך אין בכל אלה כדי להביא למסקנה כי התנהגותה של תנובה במקרה דנא לא הביאה לפגיעה של ממש באוטונומיה של הצרכן, רק משום שניתן לתאר פגיעות חמורות הימנה."

66. יצוין בהקשר זה, כי תיקון העוולה **טרם** הגשת התביעה הייצוגית לא היווה נימוק משכנע בעניין תנובה כדי לפטור אותה מחיוב בפיצוי כספי (פסקה 129 לפסה"ד):

"אחת ממטרות התובענה הייצוגית היא הרתעה, ומטרה זו לא תושג אם יצרן יתחמק מתשלום פיצוי בכל פעם שיתפס בקלקלתו, רק משום שהנהיג, לטענתו, אמצעים למנוע התנהגות חוזרת מסוג זה "והחזר בתשובה"..."

ואם **תיקון עצמי** של העוולה לא היה מספיק לפטור מתשלום פיצויים, קל וחומר כי בתיקונה רק **בעקבות פנייה לבית המשפט הנכבד** אין כדי להצדיק פטור כזה.

(2) העברת מסר הרתעתי וחינוכי

67. כפי שהוזכר בציטוט האחרון, אחת ממטרותיו של מכשיר התביעה הייצוגית הינו העברת מסר חינוכי והרתעתי.

סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו - 2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") קובע:

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

(1) ...

(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;"

בשים לב להוראה זו פסקה כב' הנשיאה בייניש בעניין רייכרט¹⁵ כך:

"מרכז הכובד הוא באינטרס הציבורי החותר להרתיע גופים כלכליים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם אכיפתן של נורמות התנהגות ראויות."

15 ע"א 345/03 דן רייכרט נגד יורשי המנוח משה שמש, www.nevo.co.il, (7.6.07), פסקה 9.

ובעניין תנובה במחוזי נפסק עוד בהקשר זה (פסק 134 לפסה"ד):

"משהוכחה הפרה משמעותית של החוק כלפי ציבור לא קטן של אנשים או צרכנים – הסעד לקבוצה התובעת צריך להיות יעיל וממשי. הפיצוי שיקבל כל אחד מחברי הקבוצה עשוי להיות קטן בתובענה ייצוגית, אך הפיצוי הכולל לקבוצה צריך להיות ממשי. רק כך תושגנה המטרות של הרתעה ואכיפת נורמות התנהגות ראויות, כמו גם נטילת הרווחים הלא-חוקיים מידי מי שביצע עוולה כלפי המוני אנשים. ודוק: הרתעה בהקשר זה - בדיוק כפי שנהוג במשפט הפלילי – איננה רק כלפי המעוול הנתבע, אלא גם כלפי נתבעים פוטנציאליים אחרים. לכן, העובדה שתנובה הפיקה את הלקח מהתנהגותה המבישה בפרשה זו, אין בה, כשלעצמה, כדי להביא על סיפוקו את גורם ההרתעה. הסעד בתובענה ייצוגית צריך להיות "בעל שיניים", כדי להשיג את מטרת ההרתעה והאכיפה כלפי אחרים.

68. בהיבט הצרכני נורמת התנהגות ראויה הינה נורמה של התנהגות אחראית כלפי צרכנים, אשר מכירה בחשיבות ערך האוטונומיה של הפרט - כוח הבחירה שלו - ובמיוחד כזו, אשר מכירה בחובת העוסק לפעול במהירות לתקן ליקויים בשירותיו הכוללים פגיעה בערך זה.

בספרו "פרשנות במשפט"¹⁶ מתייחס פרופ' אהרון ברק לזכות הבחירה כאל זכות חוקתית - נגזרת של זכות האדם לכבוד:

"כבוד האדם מניח טובלנות, הערכה, הכרה בייחודו של כל פרט, בכושר הבחירה שלו, ובשוויון בין הפרטים"

ביטוי הולם לפגיעה בכושר הבחירה של לקוחותיה שנעשתה על ידי המשיבה, מחייבת גם היא הענקת סעד כספי, תחת הסתפקות בצו אופרטיבי בלבד.

69. הוצגו לעיל ראיות לכך שהמשיבה מודעת היטב לעובדה כי לקוחותיה אינם מודעים למגבלת הזמן של שמירה ההודעות, וכי הדרך היחידה של הלקוחות לדעת זאת היא ע"י הצגת שאלה מפורשת לנציגי המשיבה (מה שברור מאליו - אין להם דרך לדעת זאת, אלא אם איבדו כבר הודעה חשובה והתקשרו למשיבה לברר את פשר העניין, או אם שמעו במקרה אודות העניין).

כאמור, כך ציין הנציג, שתמליל השיחה איתו צורף לעיל כנספח ד'; כך ציינה חגית מלשכת המנכ"ל; כך ציין נציג נוסף (ולנטין) בשיחה שנערכה עימו, בה הוא עצמו לא ידע את התשובה לשאלה, וחשב תחילה כי ההודעות נשמרות למשך מספר שבועות.

70. לא זו אף זו: יוזכר, כי פניותיה הכתובות של המבקשת למשיבה הושבו ריקם: המשיבה לא הציעה פיצוי כספי כלשהו למבקשת, וגם לא שעתה לדרישה כי לפחות מכאן והלאה תעודכן ההודעה בתא הקולי לגבי משך שמירת ההודעות על מנת למנוע את המשך הטעית הלקוחות (נספחים ג', ה' ו-ח' לעיל).

71. יוזכר עוד, כי פניותיה הראשונות של המבקשת נענו בצורה שגרמה לה לחוש נבוכה מ"טפשותה". יש להניח במידת ודאות גבוהה, כי כך נוהגת המשיבה עם לקוחות אחרים אשר פנו אליה עם הבעיה, עם תשובה כגון: "איך זה שאתם לא יודעים שההודעה נשמרת לשבוע בלבד? למה לא התקשרתם לברר את העניין לפני ששמרתם את ההודעה?".

המשיבה מעדיפה איפוא כי לקוחותיה יספגו את הנזק שבאיבוד הודעות, ו"ילמדו את הלקח להבא", על פני ביצוע הפעולה הפשוטה והמתבקשת כל כך של יידועם מראש.

מי שצריך ללמוד את הלקח במקרה זה הוא דווקא המשיבה.

72. ודוק: ברור למבקשת, כי המשיבה משקיעה ממון רב בתפעולו של שירות לקוחות עתיר כוח אדם, אשר נועד לשמוע את גחמותיהם השונות של לקוחותיה הרבים, להקשיב להם בסבלנות ובנימוס, לנסות לסייע בפתרון

16 כך "פרשנות חוקתית", (תשנ"ד) 319.

כל תקלה וכו' וכו'. אין המבקשת טוענת כי המשיבה התעלמה מפניויה (אם כי חלק מפניויה אכן זכו למענה בלתי מנומס). נהפוך הוא: המבקשת טוענת, כי תלונתה לא "נפלה בין הכסאות", אלא נשמעה ברוב קשב. המשיבה, משיקוליה-שלה, בחרה, באופן מודע ומושכל לא לעשות דבר לגבי תלונות כתובות, בנושא שחוזר על עצמו, אשר נוגע לכל הלקוחות, ואשר הפתרון למניעתה פשוט בתכלית.

73. עמידתה של המשיבה במריה מלבצע פעולת תיקון פשוטה אך מתבקשת כל כך, מהווה נימוק כבד משקל לפיצוי כספי. המבקשת רואה בהתנהגותה זו של המשיבה משום זלזול בה וביתר הלקוחות, אשר טעונה תגובה הולמת מצד בית המשפט הנכבד בצורת חיובה בפיצוי כספי.

(3) הסתמכות הלקוחות משמעה אחריות של נותן השירותים

74. בהמשך לנימוק הקודם, מן הראוי להדגיש מסר נוסף באמצעות הטלת פיצוי כספי.

צוינו לעיל מאמציה של המשיבה ליצירת תלות בין לקוחותיה לבין מכשיר הטלפון הסלולרי שלהם והשירותים הנלווים לו. הדברים צוינו בקשר להכרה בחובת הגילוי, ואולם הם רלוונטיים גם לשאלת גובה הנזק ומתן הפיצוי.

ככל שמנויי המשיבה מסתמכים יותר על המכשיר ותלויים בו, הם נוטים פחות לברר קיומן של אלטרנטיבות. כלומר, מלכתחילה גורמת המשיבה להפחתה בחופש הבחירה של לקוחותיה (אם כי זה אינו נושא בקשה זו). לכן מן הראוי להתייחס בחומרת-יתר לפגיעה בלתי לגיטימית בחופש הבחירה הנוטר.

גישה זו של הגברת האחריות של הצד החזק במצבי הסתמכות אינה זרה לדין, כמובן. החקיקה הצרכנית משופעת הוראות בעניין (כגון בדיני העבודה, דיני מכר הדירות, דיני הבנקאות, דיני הביטוח ועוד).

75. **לסיכום נקודה זו:** חיוב המשיבה בפיצוי כספי של הלקוחות יעביר מסר חשוב של איסור זלזול בלקוחות, והגברת הכרתה של המשיבה באחריותה לשירותים אותם היא מעניקה.

הימנעות מפיצוי כספי, לעומת זאת, תעביר מסר בעייתי, לפיו הזלזול בלקוחות מתברר כמשתלם, או למצער כבלתי מזיק: בסופו של דבר תבצע המשיבה בהוראת בית המשפט את שנדרשה לבצע ע"י הלקוח ה"טרחן".

76. בעניין תנובה במחוזי פסיקת הסכום התבססה על פיצוי בגובה 250 ₪ לצרכן (פסקה 134 לפסה"ד); השיקולים לכך פורטו בזו הלשון:

"אשר לגובה הסכום, הרי שפיצוי לכל ניזוק בסך 8,000 ₪ (כמבוקש בכתב התביעה) לא היה נחשב אולי כבלתי הולם בנסיבות המקרה לו היה מדובר בתובענה אישית. תנובה הטענה במזיד את צרכניה ואת רשויות המדינה שהיו אמורות לפקח על מעשיה על מנת להגן על הצרכנים ובריאותם. היא התעלמה מן החוק ומן התקן המחייב, רק כדי לחסוך כספים שנדרשו לרכישת ציוד שהיה מונע את השימוש הבלתי חוקי בסיליקון שהוסף לחלב. תנובה פגעה בצורה חמורה באוטונומיה של הפרט של כלל צרכני החלב העמיד דל השומן, וגרמה לנזק ללא-ממוני שהתבטא בתחושות שליליות שונות אצל כמחצית מצרכנים אלו. הפגיעה נעשתה לגבי מוצר שאמור להיות טהור ונקי מספיקות לגבי סיכונים הבריאותיים. היא התעלמה כליל מן החשש לבריאות הצרכנים, והשתמשה בחומר שכלל לא נבדק על ידה, ואשר לדעת כמה מומחים עלול להיות מסוכן, בעיקר לאוכלוסיה הפגיעה יותר, בצריכה שהיא בכמות העולה על הצריכה היומית הקבילה.

חרף כל אלו, כאשר הסעד נפסק לטובת הקבוצה בכללותה, ולא ינתן כפיצוי אישי לכל אחד מיחיד הקבוצה (בהעדף אפשרות מעשית לעשות כן), מן הראוי להביא בחשבון את גובה הסכום הכולל. כאשר הפיצוי נקבע עבור הקבוצה בכללותה מכוח סעיף 20(א)(3) לחוק, בית המשפט אינו בוחן את הנזק האישי המדויק שנגרם לכל אחד מיחיד הקבוצה (ראה פרשת רייכרט הנ"ל פסקאות 62-61, וסעיף 99 לעיל). מקל וחומר, אין בית המשפט בוחן את הנזק האישי של כל חבר בקבוצה כאשר הסעד לא רק נקבע לגבי הקבוצה בכללותה, אלא אף ניתן לקבוצה ולא ליחידיה. בית המשפט אף רשאי לקבוע את סכום הפיצוי הכולל לקבוצה על סמך אומדנה. אין זאת אומרת שבית המשפט צריך להימנע מקביעת משתנים (פרמטרים) חשובים לצורך חישוב סכום הפיצוי הכולל. בית המשפט בהחלט צריך לקבוע את מספר חברי הקבוצה התובעת, למצער על-פי הערכה. כמו כן על בית המשפט לאמוד את היקף הנזק האישי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, כדי לוודא שלא יפסק לקבוצה פיצוי כולל בסכום העולה על מידת הנזק המצרפי שנגרם ליחידיה. אך בסופו של דבר, על בית המשפט לקבוע את סכום הפיצוי

הכולל שינתן לקבוצה תוך התחשבות במכלול הגורמים, ואל לו להתעלם מכך שאין מדובר במתן פיצוי אישי לכל אחד מחברי הקבוצה. סכום הפיצוי הכולל צריך להיות הולם ופרופורציונלי למעשה העוולה ונסיבות ביצועה, גם אם חלוקת סכום זה במספר חברי הקבוצה תצביע על פיצוי בשיעור נמוך לעומת שיעור הפיצוי האישי שהיה נפסק לו הוגשה תובענה אישית נגד הנתבעת בגין עוולה זו.

לו היתה בקשת ב"כ התובעים נענית, היה צריך לחייב את תנובה בפיצוי כולל בסך 1.76 מליארד ₪ (8,000 X 220,000 חברי הקבוצה). ברור לחלוטין שתוצאה זו איננה סבירה ואינה מציאותית. לאחר ששקלתי את מכלול הנסיבות כפי שפורטו לעיל הנני מורה על סכום פיצוי כולל לקבוצה בסך 55 מליון ₪, אשר משקף שיעור נזק אישי מוערך של כל אחד מיחיד הקבוצה בסך 250 ₪. נזק בשיעור זה, ואף בשיעור גבוה מכך, בוודאי נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, ולו בשל הפגיעה באוטונומיה של הפרט.

77. אין מחלוקת, כי נסיבות העניין בעניין תנובה היו חמורות יותר מאשר נסיבות העניין בתיק זה: פגיעה באוטונומיה בהחלטה לגבי צריכת מוצר מזון משמעותית יותר מאשר פגיעה באוטונומיה בהחלטה על אופן השימוש בשירותים סלולריים. על כן אין נתבע פיצוי בסדרי הגודל של הפיצוי שנפסק באותו עניין.

78. בשים לב לכל האמור, המבקשת מעריכה את הנזק של הפגיעה באוטונומיה של כל אחד מלקוחות המשיבה, אשר בשירותים אותם הוא מקבל כלול שירות תא קולי, ב-25 ₪.

79. בדומה לפסיקה בעניין תנובה במחוזי, מן הראוי לפסוק פיצוי אחיד לכל אחד מחברי הקבוצה. זאת, מאחר שהזכות להפעלת כוח הבחירה, הינה בעלת ערך זהה, מטבע הדברים, לכלל האוכלוסיה.

V. התקיימות התנאים להגשת התביעה כתביעה ייצוגית

א. נושא התביעה - תביעה נגד "עוסק" בקשר לענין שבינו לבין הלקוח

80. סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות (להלן בפרק זה: "החוק"), בצירוף פריט 1 לתוספת השניה לחוק, מאפשר הגשת תובענה ייצוגית -

"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

1.א. המשיבה היא "עוסק"

81. חוק הגנת הצרכן (בסעיף 1, סעיף ההגדרות) מגדיר "עוסק" כך:

"עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן;

המשיבה עונה על הגדרת "עוסק", כמובן.

2.א. המבקשת היא "לקוח"

82. כפי שצוין לעיל, המבקשת מקבלת שירותים מהמשיבה, אולם לא נערכה התקשרות ישירה ביניהן (ההתקשרות המקורית נעשתה באמצעות הקיבוץ בו מתגוררים הוריה של המבקשת), ותשלום החשבונות מבוצע על ידי הוריה.

83. החוק בחר הגדרה רחבה לגבי הזכאי להגיש תביעה ייצוגית - "לקוח", בניגוד ל"צרכן" בחוק הגנת הצרכן.

בעניין תדיראן¹⁷ פסק בהקשר זה בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט בנימיני) כך (פסקה 26 לפסה"ד):

"לכן נפסק בעבר, לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות, כי כאשר התובענה הייצוגית מבוססת על עילה מכח חוק הגנת הצרכן, הקבוצה התובעת כוללת רק את רוכש הנכס, ולא כל מי שמשתמש בו. כמו-כן, הגדרת "צרכן" בחוק הוציאה מתחולתה כל מי שרכש

17 ת.א. (ת"א) 1065/05 אמיר שהי שאול נגד תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, www.nevo.co.il (14.2.08).

נכס לצרכים שאינם אישיים, ביתיים או משפחתיים, והכוונה ללקוחות מוסדיים או עסקיים (ראה החלטת בית דין. 1372/95, בש"א 5604/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, תק-מח 2005(1) 5896 (17.3.05)). כיום, אין חלות עוד מגבלות אלו בתובענה ייצוגית, שכן היא איננה חייבת להיות מוגבלת לעילה שמכוח חוק הגנת הצרכן, והיא גם אינה מוגבלת למי שמוגדר כ"צרכן".

84. מאחר שעילת התביעה האישית - ושל הקבוצה כולה - כוללת גם את עילת הרשלנות, אין חשיבות מיוחדת לקביעה, אם המבקשת הינה גם "צרכן" על פי חוק הגנת הצרכן.

85. בכל זאת, ולמעלה מהדרוש, טוענת המבקשת כי היא נכללת גם בגדר "צרכן".

חוק הגנת הצרכן מגדיר "צרכן" כך:

"צרכן" - מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי;

המבקשת מקבלת שירותים מהמשיבה באופן קבוע: היא מחזיקה במכשיר באופן קבוע, היא מנהלת שיחות ממנו באופן קבוע, והיא בעלת הגישה הבלעדית לתא הקולי.

ב. זכאותה של המבקשת להגיש תביעה ייצוגית

86. סעיף 4 (א) (1) לחוק קובע:

"אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן:

(1) אדם שיש לו עילה בתביעה..."

87. למבקשת קימת עילת תביעה אישית, כפי שפורט באריכות לעיל.

88. המבקשת אף עומדת בתנאי הקבוע בסעיף 4 (ב) לחוק, לפיו הראתה כי לכאורה נגרם לה נזק.

ג. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

89. סעיף 8 (א) לחוק קובע את הקריטריונים על פיהם יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו בבואו לפסוק בבקשה לאישור תביעה כייצוגית. הראשון שבהם - בס"ק (1) הוא:

"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".

90. השאלה המוצגת בבקשה זו משותפת כמעט לכל מי שהוא לקוח של המשיבה. מדובר במקרה מובהק, בו הבעיה המועלת משותפת לכלל חברי הקבוצה, כהגדרתה להלן.

91. המבקשת טוענת, מן הסתם, כי טיעוניה המפורטים לעיל הינם טובים, וכי ישנו סיכוי גבוה כי יוכרעו לטובת הקבוצה.

92. ראויה לציון בהקשר זה אחת ממטרות התובענה הייצוגית, כפי שבאו לידי ביטוי בעניין תנובה במחוזי (פסקה 92 לפסה"ד):

כך גם מאפשרת התובענה הייצוגית מימוש זכות הגישה לבית המשפט לנפגעים שהיו מתקשים, או לא היו טורחים כלל, להתמודד עם גוף ציבורי גדול - בעיקר כאשר מדובר בנזק קטן יחסית. לכן מציין סעיף 1(1) לחוק, כמטרה נוספת של החוק, "מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים". [ההדגשה במקור]

דבריו של נציג השירות של המשיבה, אלעד, (נספח ד' לעיל) ממחישים את הצורך בקיום ההליך הייצוגי: לקוחות רבים מתלוננים אודות התופעה, אולם איש מהם לא העיז/טרח לפנות לבית המשפט בעניין.

ד. התובענה הייצוגית הנה הדרך המתאימה ביותר להכרעה

93. הקריטריון הבא קיים בסעיף 8 (א) (2) לחוק, אשר קובע:
"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין";
המבקשת עומדת בתנאי זה בשל הנימוקים המפורטים להלן.
94. המבקשת לא מיהרה לפנות לבית המשפט, ולא חסכה במאמצים להביא מזור לעצמה וללקוחות המשיבה ללא הצורך של קיום הליך ייצוגי, על שלל היבטיו המשמעותיים.
- המבקשת פנתה בעל פה ובכתב למשיבה, למשרד התקשורת ולארגון אמון הציבור. המשיבה הביעה הבנה למצוקתה של המבקשת, אולם לא מצאה לנכון לתרגם הבנה זו לכדי מעשה, ודחתה את טענותיה. רק משכלו כל הקיצין ולמבקשת לא נותרה כל ברירה אחרת, פנתה היא לבית המשפט הנכבד בהליך זה.
95. סכום התביעה האישי הינו נמוך, יחסית, וכמות החברים בקבוצה הינו רב מאוד, כך שתביעות אישיות אינן מעשיות במקרה הנדון.
96. קיים קושי המגיע לכדי מניעות של ממש באיתור כל אחד ואחת מחברי הקבוצה ע"י המבקשת.

ה. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב

97. סעיף 8 (א) (3) ו- (4) לחוק קובעים:
" (3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.
 (4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."
98. הנימוקים לעמידתה של המבקשת בתנאי זה הם אלה:
- 98.1. המבקשת נפגעת כספית מהתנהגות המשיבים באותו אופן שנפגעו יתר חברי הקבוצה (למעשה - באופן קשה יותר מהם), ומשכך היא מייצגת נאמנה את האינטרסים המשותפים;
- 98.2. המבקשת מאמינה כי בסיוע בא כוחה, תיצג היא בדרך הולמת את עניינם של כלל חברי הקבוצה;
- 98.3. המבקשת מגישה את התביעה בתום לב מתוך אמונה בה ובהצלחתה לטובת כלל חברי הקבוצה, כפי שפעלה טרם הגשת הבקשה;

VI. הגדרת הקבוצה

99. מבוקש, כי הגדרת הקבוצה תהיה זו:

לקוחות המשיבה שהיו בעלי תא קולי ב-7 השנים שקדמו להגשת תביעה זו.

100. מטבע הדברים, למבקשת אין נתונים מדוייקים אודות מספר הלקוחות בעלי תא קולי של המשיבה, והיא תבקש לקבלם במסגרת בירור התביעה, אם זו תאושר כייצוגית.
101. על פי נתונייה של המשיבה באתר האינטרנט שלה¹⁸ מספר המנויים הנוכחי שלה הוא 2,620,000.
102. המבקשת מעריכה, כי במהלך 7 השנים שקדמו ליום הגשת התביעה הגיע סך לקוחות המשיבה לכ- 4,000,000.

18 בדף http://www.pelephone.co.il/web/3G/Corporate/Pelephone_Communications/AboutPelephone.aspx

103. המבקשת מעריכה, כי כל לקוחות המשיבה היו בשלב כזה או אחר בעלי תא קולי (מדובר בשירות שמסופק ללא תשלום ובאופן אוטומאטי לכל הלקוחות), וכי 80% מהם שמרו הודעות מבלי לדעת, כי הודעות אלה נשמרו לזמן מוגבל בלבד - היינו, סבלו נזק של פגיעה באוטונומיה שלהם.

104. המבקשת מעריכה, איפוא, את הפיצוי המבוקש לכלל חברי הקבוצה ב- 80,000,000 ₪.

VII. הסעדים המבוקשים בבקשה זו

105. הסעדים המבוקשים בבקשה זו הינם:

105.1. לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית;

105.2. להגדיר את הקבוצה בשמה תנוהל התביעה;

105.3. לקבוע כי עילות התביעה המשותפות לקבוצה הן הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן ורשלנות לפי פקודת הנזיקין בשל אי יידוע הלקוחות אודות הגבלת משך הזמן בו נשמרות הודעות בתא הקולי לאחר ביצוע פעולת שמירתן.

105.4. לקבוע כי הסעדים הנתבעים הינם צו עשה, המורה למשיבה לתת מידע מלא ללקוחותיה אודות תכונותיו של התא הקולי כמבוקש בפרק הסעדים הנתבעים בתביעה הייצוגית, וכן פיצוי כספי אחיד בשיעור 25 ₪ לכל אחד מחברי הקבוצה או כל סכום אחר אשר יקבע בית המשפט הנכבד.

105.5. לתת הוראות בדבר אופן פרסום ההחלטה, ולקבוע כי המשיבה תשא בהוצאות הפרסום;

105.6. לקבוע גמול למבקשת;

105.7. לקבוע את שכר טרחתו של ב"כ המבקשת.

106. תצהירה של המבקשת מצ"ב לתמיכה בעובדות בקשה זו.


אסף שילה, עו"ד
ב"כ המבקשת