

בית המשפט מחוזי תל אביב-יפו  
א 2133/09 ( בשא 1992/09 )  
שרון גמזו נ. פלאפון תקשורת  
(בהיק שרון גמזו נ. פלאפון ת.י.)  
ת.פתיחה: 22/10/09 סדר דין: רגיל

**בית המשפט המחוזי  
תל אביב**

**היק התקשורת (בזק ושידורים) התשס"ב - 1982**  
**רישיון כללי למלא-פון תקשורת בע"מ למוען שירותי רדיו סלפון נייד**  
**(ריס"ן)**

**בעניין:**  
א.  
ב.

**שרון גמזו ת.י. 023794142 (פלאפון)**  
**מרוכב בנימין 6/7 בת ים**  
**(להלן: "המבקש")**

**המבקש:**

באמצעות ב"כ עורכי הדין אבי ענתבי ואו טל לביא  
ואו מאיה בן עדי ואו אברהם לביא  
מרדכי עמינדב 17 תל אביב-יפו  
טל: 03-5612287, בקס': 03-5624573

- ד ג -

**פלאפון תקשורת בע"מ ח.פ. 511076572**  
**מזרף יצחק רבין 33 גבעתיים**  
**(להלן: "המשיבה")**

**המשיבה:**

**מחלת התביעה:** כסכית, חוזית, חוזים אחידים, נזיקין, הגנת הצרכן, עשיית עושר שלא במשפט, הנבלים עסקיים.

**סכום התביעה של המבקש:** 1,163 ₪

**סכום התביעה ביחס לכל הסבות:** 330,570,000 ₪

**בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית**  
**בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006**

בית-המשפט הנכבד מתבקש בזאת על-ידי המבקש, מר שרון גמזו (להלן: "המבקש"), לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), ולאשר את התביעה האישית שהגישה המבקש כנגד המשיבה, חברת פלאפון תקשורת בע"מ (להלן: "המשיבה") המצורפת לבקשה זו כנספח א' 1 בהתאמה (להלן: "התביעה האישית"), כתביעה ייצוגית ולהכיר במבקש כמייצג הקבוצה.

**הצעת כתב התביעה האישית מצורף לתצהיר התומך בבקשה - כנספח "א" בהתאמה**

<u>עמוד</u>	<u>תוכן עניינים</u>
3	חלק א'- מבוא
9	חלק ב'- אודות הצדדים, שוק התקשורת והתשתית העובדתית
9	ב-1 - הצגת הצדדים
9	ב-2 - שוק התקשורת בישראל
10	ב-3 - התשתית העובדתית
15	ב-4 - מן הכלל אל הפרט
15	ב-4 (א) התביעה נגד המשיבה
17	חלק ג'- המסגרת המשפטית ועילות התביעה
17	ג-1 חוזה בלתי חוקי
19	ג-2 הפרת חובה חקוקה
20	ג-3 תנאי מקפח ומגביל בחוזה אחיד
21	ג-4 הרישיון, הסכם לטובת צד ג'
22	ג-5 עשיית עושר ולא במשפט
24	ג-6 הפרת חוק הגנת הצרכן
25	ג-7 הגבלים עסקיים

26	חלק ד' - הגדרת התביעה וסכום התביעה
27	חלק ה' - התביעה ראויה להתברר כתביעה ייצוגית
30	חלק ו' - המבוקש וסיכום
30	1-ו הסעדים המבוקשים
31	2-ו סיכום

### ואלו נימוקי הבקשה:

#### חלק א' - מבוא:

1. עניינה של בקשה זו, אשר העתק התביעה הפרטנית ללא נספחים, מצי"ב כנספח "א" לבקשה, היא בקבוצת אזרחים בישראל, אשר עשו שימוש בשירותי הרט"ן (רדיו טלפון נייד) לתקשורת תאית ( CELL ) אותם מספקות המשיבה בהתאם לרישיון שקיבלו מאת מדינת ישראל, באמצעות משרד התקשורת.
  2. בפנינו מיקרה פשוט וברור, אין בפני בית המשפט הנכבד תובענה אשר עוסקת במחלוקת עובדתית אלא תובענה בעניין משפטי גרידא. המבקש טוען בשמו ובשם שאר חברי הקבוצה כי המשיבה פועלת בניגוד מובהק להוראות הדין המגבילות את תקופת ההתקשרות עם לקוחותיה לתקופה קצובה בת שמונה עשרה חודשים בלבד. המשיבה באופן חד צדדי וע"דעתה בלבד מחייבת את ציבור לקוחותיה המנויים על השירותים סלולאריים שלה להתחייב להשתמש בשירותיה השונים לתקופה בת שלושים ושישה חודשים וזאת בניגוד מובהק לתנאי הרישיון המגבילים את תקופת ההתקשרות לתקופה קצובה בת שמונה עשרה חודשים בלבד.
- רוצה לומר, כל לקוח של המשיבה אשר בא איתה בהתקשרות חוזית לצורך קבלת שירות טלפוניה סלולארית, נדרש לחתום במסגרת של ההתחייבות החוזית עם המשיבה, על מש התחייבות של שלושים ושישה חודשים לכל הפחות ולא לתקופה קצובה בת שמונה עשרה חודשים בלבד כמתחייב בדין וזאת באמצעות מכירת מוצרים נלווים ו/או אחרים הנמכרים על ידי המשיבה לקהל לקוחותיה. בכך למעשה לאחר שרצונה של המשיבה לא להגביל א

משך ההתקשרות לתקופה קצובה בת שמונה עשרה חודשים "נהדף" בדלת הראשית על ידי הרגולאטור, המשיבה כופה על לקוחותיה בדלת האחורית תקופת התקשרות ארוכה יותר מהתקופה הקצובה בדין, ובכך המשיבה עושה פלסתר את הוראות שר התקשרות שנחקקה בדין.

3. טרם הוראות החיקוק המגבילה את תקופת ההתקשרות ל - 18 חודשים בלבד, התקשרות חוזית ארוכה היוותה חסם מרכזי בתחרות בין החברות הסלולאריות השונות, כאשר הנפגע הבלעדי היה הצרכן, אשר נמנע ממנו מעבר חופשי בין חברה לחברה. אם לקוח בכל זאת רצה לעבור מחברה אחת לשנייה, היה צריך לתוציא מכיסו סכומי כסף ניכרים כפיצוי על המעבר ועל משמעויות השונות של המעבר.

4. מצב שכזה היה בלתי אפשרי ונתן כוח רב ועוצמה בידי החברות הסלולאריות, אשר חוסנן הכלכלי אינו מוטל בספק, כוחה של המשיבה ויתר החברות הסלולריות, בולט עוד יותר לאור חולשתו של הצרכן הפרטי אשר לא בקיא ולא צריך להיות בקיא בתנאי הרישיון של המפעילות הסלולאריות.

5. ביום 13.3.08 הודיע משרד התקשורת באמצעות הודעה לתקשורת מאת דוברו ד"ר יחיאל שבי, כי החל מיום 22.4.08 יכנסו לתוקף התקנות המקצרות את משך תקופת ההתחייבות של לקוחות פרטיים לחברות הסלולאריות, לתקופה מרבית של 18 חודש בלבד.

מצ"ב ההודעה לתקשורת מיום 13.3.08 ומסומנת באות ב'.

6. ואכן, רישיונות המשיבה, אשר הנן החיקוק הרלוונטי המסדיר את חובות המשיבה, תוקנו כך שסעיף 56 א לרישיונות הגביל את משך תקופת ההתחייבות של לקוחות המשיבה ל-18 חודש בלבד.

מצורף עמודים רלוונטים מרישיון המשיבה ומסומן כנספח ג'.

7. כפי שיובהר להלן, המשיבה על מנת לעקוף את החובה שנכפתה עליה בדין, החלה לית הטבות ביחד ולחוד לקהל לקוחותיה. זיכוי בזמן אוויר למנויים שלה לתקופה של 6 חודשים, זיכוי אשר לכאורה משקף את עלויות המעבר ו/או חידוש התוכנית, כל זאת באופן שמנוי המבקש לעזוב את המשיבה בתום 18 חודש, התקופה הקצובה בדין, יצטרך לשלם סכומים נכבדים על מנת להשתחרר מהקשר החוזי, ובכך למעשה לא הוסר החסם ש המעבר מחברה לחברה בתום תקופת ההתקשרות שנקבעה בדין.

8. המבקש יטען כי כל הסכם שכזה הקובע באופן עקיף תקופת התקשרות ארוכה יותר מתקופה בת 18 חודשים, הינו הסכם חסר כל תוקף או נפקות משפטית עפ"י תנאי הרישיון של המשיבה. למעשה הסכם כאמור מהווה עלה תאנה לביצוע עבירה על תנאי הרישיון, מאחר והמשיבה מבקשת לכבול את הלקוחות שלה להישאר לתקופה מעבר לתקופה של 18 חודשים באופן עקיף ובמקרה דנן לתקופה של 36 חודשים, וזאת למרות הוראה מפורשת כי המשיבה יכולה לחייב את לקוחותיה לתקופת התחייבות של שמונה עשר חודשים בלבד.
9. בראש ובראשונה, המשיבה התחייבה לשלם את קנס המעבר מחברה לחברה בצורת זיכוי זמן אוויר לשלושים ושישה חודשים. כמו כן המשיבה נתנה ללקוחות שלה, זיכוי זמן אוויר לשלושים ושישה חודשים בגין מכשירי קצה וכן בגין שירותים שונים.
10. אין ספק כי המשיבה הפרה ברגל גסה את תנאי הרישיון שלה, הפרה שמהווה עבירה חמורה אשר עלולה להוביל לאובדן הרישיון. מדובר בעבירה ברורה של הטעיה צרכנית, הפרה אשר באה בראש ובראשונה לפגוע ולרמוס את זכותו של הצרכן הקטן, שלא מודע לעובדה כי אסור למשיבה בתנאי הרישיון שלה לחייבו לתקופה שעולה על 18 חודשים מכוח הוראת שר התקשורת.
11. הטעיות צרכניות הפכו בשנים האחרונות למכת מדינה, כאשר חברות מסחריות מהשורה הראשונה, לא בוחלות לעשות ממש מעשה לוליאנות שיווקית תוך כיפוף הוראות החוק וזאת לאור היום ובאופן כה מובהק וכה חד צדדי ללא קבלת היתר מראש ובכתב של המחוקק כנדרש בדיון. בפנינו רמיסת אחת מזכויותיו הבסיסיות של הצרכן שמכוחן עודכן הדין המחייב.
12. אין מחלוקת, כי מעשים מעין אלו תורמים תרומה נכבדת לכרסום בטחונו של הצרכן ביכולה של רשויות החוק לאכוף את החוקים להן כפופים חברות רבות עוצמה וכוח במשק הישראלי. יש לעקור מן השורש מעשים וניסיונות מעין אלו למען יזכו הצרכנים בזכויות הבסיסיות המגיעות להם.
13. הציבור אליו נוגעת בקשה זאת, הנה כל אדם אשר התקשר עם המשיבה לראשונה א המשיך את חוזהו הקודם או עבר אליה או שידרג מכשיר אצל המשיבה וקיבל הטבה בזמן אוויר ו/או כל הטבה אחרת למשך 36 חודשים מעבר ל 18 חודשים בלבד (קבוצת הצרכנים תוגדר בהמשך).

14. לתיקון סעיף 56 א לרישיון המשיבה קדמה רפורמת ניוד המספרים, אשר אפשרה לעבור מחברה אחת לרעותה, ללא כל צורך להחליף את מספר הטלפון האישי של הצרכן וזאת באופן שלא ימנע מעבר בין החברות.
15. בפועל, מנויים נמנעו מלעבור לשירותי חברה אחרת, משום שלא רצו לשנות כל פעם את המספר, גם בגין התחייבות כובלת והחובה במסגרת החוזית שעליה חתמו, הסנקציה שנקבעה בהתקשרות הדנה אותם לקנסות גבוהים בגין המעבר, יוער כי מדובר בגובה קנסות אשר לעיתים הגיע לאלפי שקלים, וכל זאת על מנת להשתחרר מהחויב החוזי, מדובר בחוזה אחיד.
16. כאמור, משרד התקשורת הורה על תיקון הרישיונות של המשיבה באופן שתקופת ההתחייבות עם הצרכנים, תוגבל לשמונה עשר חודש בלבד, החל מחודש אפריל 2008. הרציו של הקטנת משך תקופת ההתחייבות לשמונה עשר חודש בלבד ברור ומובן, פעם אחת להגביר תחרות, פעם נוספת הרצון להקטין את הקנסות בגין יציאה טרם סיום התקופה. עמדת משרד התקשורת היתה כי חוזים תקופתיים הכוללים התחייבות ארוכת טווח, מהווים חסם מעבר בין חברות ובכך יכולים להקטין את רמת התחרותיות בענף התקשורת.
17. מצב הדברים בו תקופת ההתקשרות הנה ארוכה, הכניס למעשה את המנוי למעגל של כבילה מתמדת, ולפיו בכל פעם שהמנוי היה מעוניין לשדרג את מכשיר הסלולר שלו, היה עליו לחדש את ההתחייבות ל- 36 חודשים נוספים.
18. המשיבה, אומנם לאור ההוראה המגבילה את משך תקופת ההתחייבות ל-18 חודש בלבד, אכן החתימה את המנויים שלה על התחייבות לתקופה כאמור, אולם האריכה למעשה בפועל את תקופת ההתקשרות בדרך אחרת. לדוגמא מנויים שעברו מחברת סלולאריות אחת לשנייה נדרשו לשלם פיצוי/קנס לחברה אותם עזבו, על תשלום זה לחברה הנעזבת קיבלו זיכוי בגין הפיצוי/קנס מהחברה החדשה, בצורה של זיכוי בשיחות במסגרת המשיבה, זיכוי המתחלק ל 36 חודשים ולא 18 חודש, אותה תקופת ההתחייבות שנקבעה בדין. כמו כן, המנויים שהמשיבה קיבלו אפשרות של שדרוג המכשירים ו/או הטבות אחרות לשימושם, אותם הטבו נתקבלו באמצעות זיכוי בזמן אוויר למשך 36 חודשים ולא לתקופה של 18 חודש, שוב בכ למעשה עקפו המשיבה ביחד ולחוד את הוראת הדין.
19. בהתנהלות כאמור, המשיבה "עקפה" ועשתה פלסתר את הוראות הרישיון שלה שניתן על יד שר התקשורת, הוראה המגבילה את תקופת ההתחייבות ל 18 חודש בלבד ובכך כבלה א 18 חודשים שלה ל- 18 חודש נוספים מעבר לתקופת היסוד של 18 החודש.

20. ניקח לדוגמא מנוי פלוני אשר התקשר עם המשיבה (להלן: "חברה א") לקבלת שרותי תקשורת סלולאריים. אותו מנוי אשר חותם על התחייבות של 18 חודש, רוצה לעזוב לאחר כשישה חודשים בלבד את חברה א' ורוצה לעבור לחברה מתחרה (להלן חברה ב'). אותו מנוי נדרש לשלם לחברה א', פיצוי/קנס לדוגמא בסך של 1,000 ש"ח בגין התנתקות מוקדמת. בבואו לחברה ב', מחתימה אותו האחרונה על הסכם התחייבות ל-18 חודש, בהתאם לתנאי הרישיון, אולם על מנת לפתור אותו לעשות את מהלך המעבר כאן ועכשיו, מזכה אותו חברה ב' בשיעור הקנס ששילם לחברה א' בדמות הטבות שונות לתקופה בת 36 חודשים וכן מוכרת לו מכשירי קצה ושירותים והכול בזיכוי בזמן אוויר למשך 36 חודשים ולא ל-18 חודש, לכאורה מוצג מצג של הטבה ארוכה יותר לצרכן אך בפועל הטבה זו הינה החסם למעבר הבא ככול שיחפוץ הצרכן לממש, כאמור מדובר בזכות בדין.
21. דוגמא נוספת הינו לקוח שרוצה לעזוב לאחר 18 חודש, למעשה מאבד את אותה הטבה שנפרסה לו לתקופה בת 36 חודשים, על הלקוח נכפה למעשה חסם והמעבר מחברה לחברה בתום 18 חודש אינו נקי, פשוט וברור. המבקש ושאר חברי הקבוצה למעשה מאבדים את ההטבה שבגינה עברו לחברה החדשה, למעשה הצרכן מאבד 50 אחוז מערך פיצוי המעבר/ניוד.
22. בשתי דוגמאות אלו עיננו הרואות כי למעשה אין כאן באמת תקופת התקשרות של 18 חודש, בתום 18 החודשים הללו המבקש וקהל הצרכנים אותם הוא מבקש לייצג לא משתחרר באמת מכבלי ומחסמי השוק ובפועל כבול לתקופה ארוכה יותר ובכך טוען המבקש בשמו ובשם שאר חברי הקבוצה כנגד המשיבה כי המשיבה עושה פלסטר את הוראת הרישיון שלה ואף למעשה עלולה לגרום לכך שתאבד את רישיונה המבקש טוען כי בתום 18 חודש יש להסיר כל חסם מעבר בין חברה לחברה, נקודה סימן קריאה.
23. מעבר לעובדה כי הדבר מהווה קטליזטור כשההטבה עצמה ל 36 חודשים גורמת באופן עקיף לצריכה מוגברת בזמן אוויר, בבחינת "ככל שתדבר יותר תקבל זיכוי גדול יותר", הרי שמדובר בחסם משמעותי במעבר בין החברות השונות, באופן שעוקף את הגבלות הרישיון לתקופה של 18 חודש בלבד, המצויות בסעיף 56א לרישיון שניתנה לנתבעות.
24. אותו פלוני בוודאי שלא יעזוב את החברה החדשה, חברה ב' לאחר 18 חודשים, משום העובדה כי הוא מפסיד הן את ההטבה בגין תשלום הקנס והן את ההטבות בגין מכשיר הקצה, אותם יצטרך לשלם במזומן ומייד עם העזיבה לחברה הנעזבת, באופן שלמעשה עזיבו של החברה לא תבוא בחשבון והנה אותו מנוי כבול לשמונה עשר חודשים נוספים מעבד לשמונה עשר החודשים הראשונים.

25. נקודה נוספת אשר שופכת אור נוסף על הקושי של הצרכן לפצח את קוד ההתנהגות של המשיבה הינה העובדה שלא כל מכשיר נתמך באופן טכני על ידי כל אחת מהחברות הסלולריות דבר אשר מהווה חסם נוסף למעבר בין חברה לחברה אם במהלך תקופת ההתקשרות ואם בסופה. לכן גם מטעם זה ישנה חשיבות מכרעת להגבלת התחייבות מכל סוג שהוא אך ורק לתקופה של 18 חודש ולא מעבר לכך.
26. רוצה לומר, פלוני שידרג מכשיר טלפון נייד בחברה אחת וקיבל הטבה בזמן אוויר ל 36 חודשים ואותו פלוני מבקש לעבור לחברה אחרת שאיננה תומכת באותו מכשיר אזי אותו פלוני נפגע פעמיים פעם אחת שמאבד את ההטבה של זיכוי בזמן אוויר בגין התקופה הארוכה יותר שנקבעה בדין ופעם שנייה שעליו לשדרג למכשיר אחר כי המכשיר שבידו לא נתמך טכנית על ידי החברה השנייה.
27. הגבלת תקופת ההתקשרות ל 18 חודשים באה לעולם על מנת להתיר לצרכן לאחר 18 חודשי התקשרות כל חסם, ונאמר שוב כל חסם לעבור לחברה אחרת או להביע את שביעות רצונו של הצרכן מהחברה בא הוא נמצא ולהישאר ולהמשיך עם אותו חברה. כל פלוני אמור להיות לאחר 18 חודשי התקשרות משוחרר מכל התחייבות מכל סוג שהוא ומכל חסם כזה או אחר קטן כגדול ורשאי לעבור לחברה אחרת כפי שיחפוץ. כל סעיף ואו תת סעיף אשר מהווה חסם לבצע פעולה זו באופן חלק, קל, פשוט וברור עושה פלסטר את הוראת שר התקשורת, נקודה. סימן קריאה.
28. המשיבה מפרה את סעיף 55.2 של רישיונה שקובע כי תנאי ההסכם עם לקוחותיה לא יעמדו בסתירה, מפורשת או משתמעת להוראות כל דין.
29. בנוסף ועל דרך ההקשה, מה גורלו של אזרח אשר מקבל היתר בנייה מהוועדה לתכנון ובנייה ועל דעת עצמו ועל שיקול דעת עצמו בלבד וללא קבלת אישור מהרשות המקומית בונה מעב לזכויות הבנייה אשר ניתנו בהיתר הבנייה !! אין ספק ולא יכול להיות חולק כי כנגד אזהרה יוגש כתב אישום פלילי וינתן צו הריסה לבנייה אשר נבנתה על ידי אותו אזרח מעב לזכויות הבנייה. אם זהו הדין לאזרח הקטן אזי בוודאי שזהו הדין לחברות הגדולות והשולטות במשק ואולי אף חמור מכך.



## חלק ב' – הצגת הצדדים, שוק התקשורת והתשתית העובדתית

### ב-1 הצגת הצדדים

30. המבקש הנו מנוי פרטי של המשיבה, אשר עבר אליה מחברת סלקום בע"מ בה היה מנוי מספר שנים. המבקש עושה שימוש בטלפון הנייד באופן יומיומי וקבוע ועבר לשירותי המשיבה לאחרונה, בעקבות הפרסומים האגרסיביים שלה טרם ובמהלך רפורמת הניוד.
31. המשיבה הנה כאמור חברה בעירבון מוגבל אשר ביום 7.2.96 קיבלה את הרישיון הנוכחי מאת משרד התקשורת לספק שירותי רטיין לתקשורת תאית, לאוכלוסייה במדינת ישראל. המשיבה הנה חלוצת התקשורת הסלולארית בישראל ובעלת ניסיון מצטבר של כשני עשורים בענף.
32. המשיבה הנה בבעלות 100% של חברת בזק- החברה הישראלית לתקשורת בע"מ. בהתאם לפרסומי המשיבה ממספר המנויים שלה עומד כיום על 2.649 מליון מנויים. הכנסותיה עומדות על סך של 4.713 מיליארד ₪ (2008) והרווח הנקי שלה הנו 682 מליון ₪ (2008).
33. המשיבה מצהירה כי הרווחים השנתיים הנקיים שלה, גדלו בשיעור של 17% לעומת שנת 2007, כאשר היא מובילה את ענף התקשורת הסלולארית בשנת 2008 בגיוס של מנויים חדשים, כאשר לדבריה גייסה בשנת 2008, בגיוס נטו, 119,000 מנויים חדשים.

### ב-2 שוק התקשורת הסלולארית בישראל

34. בשוק הטלפונים הסלולאריים בישראל, פעילות כיום ארבע חברות מפעילות: "פלאפון" סלקום" "פרטנר" ו-"מירס" (להלן: "החברות") בשנת 2008 הסתכם מחזור הפעילות של כלי ענף התקשורת הסלולארית ב- 18.5 מיליארד ₪ המהווים 56% מסך הפעילות בשוק התקשורת.
35. שוק הטלפונים בישראל, הפך בשנים האחרונות למציאות הכרחית והטלפון הסלולארי הנו מצרך חיוני כאמצעי תקשורת. בשנת 2008 היו בישראל 9.1 מליון מנויים סלולאריים. בשנת 2006 היה לכ- 87% מכלל תושבי ישראל טלפון סלולארי אחד ולכ- 62% היו שני מכשירי לפחות. בשנת 2007 הייתה ההוצאה החודשית הממוצעת על שרותי טלפוניה ניידת כ- 323 ₪ המהווים כ- 70% מסך ההוצאה המשפחתית על שרותי דואר ותקשורת.

36. יועצי משרד התקשורת הצביעו על כשלים בשוק התקשורת הסלולארית, הראשון מבנה שוק ריכוזי ומספר שחקנים קטן, כאשר הפתרון שהוצע היה חיזוק חברת מירס, המפעילה החלשה ביותר, וכן צירוף מפעיל סלולארי חדש.
37. כשל נוסף הנו חוסר שקיפות. קיומם של פערי מידע בין הצרכנים לחברות הסלולאריות בכל הקשור למאפייני השימוש של המנויים, מונעת את צמצום עלויות החיפוש של הצרכן והבנה של מגוון התוכניות והאפשרויות העומדות בפניו.
38. שני חסמים נוספים אשר הוגדרו על ידי יועצי משרד התקשורת, הנם **תקופת התחייבות ארוכה וכן קנסות מעבר בין מפעילים**.
39. הראשון, היה בעבר חסם מרכזי בפני צרכן המבקש להחליף מפעיל. תקופת ההתחייבות עמדה על תקופה בת שלוש שנים (36 חודשים), אולם החל מחודש אפריל 2008, כפי שיפורט באריכות להלן, התקופה קוצרה לסך של שנה וחצי (18 חודש). חובה להבהיר, כי פועל יוצא של תקופת התחייבות ארוכה הוא שיעור נטישה נמוך והחברות הסלולאריות ידעו לנצל היטב את התקופה הארוכה.
40. החסם השני ואף עליו ידובר באריכות בהמשך, הנה העובדה כי בחלק מהמקרים, מוטלים קנסות על לקוחות המבקש לעבור באמצע התקופה למפעיל אחר.

### **ב-3 התשתית העובדתית**

41. המשיבה כאמור מעניקה שירותי תקשורת תאית (סלולארית) בישראל, מכוח חוק התקשורת (בזק ושידורים) התשמ"ב - 1982 ובהתאם לרישיון מדינת ישראל, משרד התקשורת מיום 7.2.96.
42. במסגרת הרישיון (בשמו המלא: רישיון כללי לפלא-פון תקשורת בע"מ למתן שירותי רדי טלפון נייד בשיטה התאית (רטי"ף)), בעל הרישיון רשאי לפי רישיון זה ובכפוף לכל הוראות ותנאיו, להקים, לקיים לתחזק ולהפעיל מערכת רטי"ף ולספק באמצעות שירותי רטי"ף לציבור בישראל (סעיף 7.1 לרישיון).

43. במסגרת הרישיון בסעיף 55.2 נאמר כי כל התחייבות חוזית של הצרכנים לא תעמוד בסתירה לכל הוראה בדין. הינה כי כן החסכמים הינם בניגוד לרישיון עצמו, משמע בניגוד לדין.
44. בהתאם לסעיף 13 לרישיון המשיבה, שר התקשורת רשאי לשנות את תנאי הרישיון:
- 13.1 השר רשאי לשנות את תנאי הרישיון, להוסיף עליהן או לגרוע מהם, לעניין זה יובאו בחשבון בין השאר שיקולים אלה:
- (א) חל שינוי מהותי במידת התאמתו של בעל הרישיון לבצע את הפעולות והשירותים נשוא הרישיון.
- (ב) בכפוף לאמור בסעיף 8, נדרש שינוי הרישיון כדי להבטיח את התחרות בתחום הבזק.
- (ג) נדרש שינוי ברישיון כדי להבטיח את רמת השירותים הניתנים לפיו.
- (ד) שינויים שחלו בטכנולוגיה של בזק מחייבים שינוי הרישיון.
45. במסגרת סעיף 56 לרישיון, מנכ"ל משרד התקשורת, רשאי להורות לבעל הרישיון לשנות את הסכם ההתקשרות עם לקוחותיו וזאת לאחר שניתנה לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו.
46. במהלך שנת 2007 ותחילת שנת 2008, חלה מהפכה בתקשורת הסלולארית בישראל. תחילתה בשנת 2007, עת הכריז משרד התקשורת כי החל מיום 2.12.07 תופעל תכנית ניידות מספרים. משמעות התכנית, היא להסיר חסם ראשון של תחרות בשוק התקשורת הישראלי. ניידות מספרים, אפשרה למנוי לעבור מחברת תקשורת אחת לאחרת ללא כל שינוי במספרו. באופן כזה השאיפה הייתה כי מנוי העובר מחברה לחברה יוכל לשמור את מספרו לתמיד, מספר אחד לכל החיים.
47. היתרונות לציבור הצרכנים היו ברורים. קידום התחרות בענף התקשורת, באופן של הפחתת חסמים וכן שיפור רווחת הצרכן באופן של ייצוב מספר טלפון, הגברת חופש הבחירה ויכולת המיקוח של הצרכן והצורך של חברות התקשורת לשמור על לקוחותיהם יביא בהכרח לשיפור ברמת השירות.
48. בהודעה לתקשורת מיום 19.7.09 הודיע דובר משרד התקשורת די"ר יחיאל שבי, כי מאז החלה ניידות המספרים, התבצעו 607,000 ניידים במערכת התקשורת הסלולארית.

**מצ"ב הודעה לתקשורת מיום 19.7.09 ומסומנת באות ד'.**

49. השלב הבא בהורדת החסמים בתחרות בשוק התקשורת ושיפור יכולת המיקוח של הצרכן, היה קיצור תקופת ההתחייבות של מנוי בשרות הסלולארי. כאמור, עד אותה העת החברות הסלולאריות הציעו למנויים תוכניות המחייבות את המנויים לתקופה של 36 חודשים עם החברה. הפרה של ההתחייבות, הייתה כרוכה בקנס יציאה משמעותי, אשר מונע למעשה מהמנוי מלעזוב את החברה הסלולארית, למרות הצעות שקיבל מחברה מתחרה. עצם תשלום הקנס הגבוה למעשה הופך את הצעת החברה המתחרה לבלתי אטרקטיבית וכובל את הלקוח להישאר בחברה.

50. משרד התקשורת, במסגרת הרצון לשפר את יכולת המיקוח של לקוחות החברות הסלולאריות, גיבש תיקון לרישיון במסגרתו תקוצר תקופת ההתחייבות ל- 18 חודשים בלבד. פרק זמן זה נראה סביר לצורך התחייבות לחברה הסלולארית. משרד התקשורת אף חייב את החברות הסלולאריות במסגרת התיקון להציג אלטרנטיבה ללא התחייבות.

51. ביום 13.3.08 הודיע ד"ר אסף כהן, סמנכ"ל כלכלה ותקציב במשרד התקשורת למפעילים הסלולאריים על התיקון בסעיף 56 א ברישיון לעניין קיצור תקופת ההתחייבות, אשר יכנס לתוקף ביום 22 באפריל 2008.

**מצ"ב מכתבו של ד"ר כהן לחברות הסלולאריות מיום 13.3.08 ומסומן ה'**

52. בו ביום יצאה הודעה לתקשורת מאת שר התקשורת אריאל אטיאס, המבשרת על קיצור תקופת ההתחייבות של הלקוחות הפרטיים לחברות הסלולאריות.

**מצ"ב הודעתו לתקשורת של שר התקשורת מיום 13.3.08 ומסומנת ו'**

53. מפאת חשיבות העניין יובא תיקון הסעיף במלואו:

**56 תקופת ההתחייבות בהסכם התקשורת**

56.1 התקשר בעל הרישיון עם מנוי שאינו מנוי עסק, בהסכם התקשורת הכולל התחייבות, לא תעלה תקופת ההתחייבות על שמונה עשר (18) חודשים

לעניין סעיף זה, "התחייבות": התחייבות המנוי לעמידה בתנאים הנוגעים להיקף צריכת שירותים, גובה התשלום, או תנאי התשלום במהלך תקופה מוגדרת, אשר אי העמידה באותם תנאים במהלך אותה תקופה כרוחה בתשלום, לרבות החזר הטבה או דמי יציאה.

56.2 א הציע בעל רישיון למנוי שאינו מנוי עסקי להתקשר בהסכם התקשרות הכולל התחייבות, יעמיד בעל הרישיון בפני מנוי כאמור הצעה להתקשר בהסכם התקשרות שאינו כולל התחייבות, המהווה חלופה סבירה להסכמים הכוללים התחייבות. לעניין זה לא יראו הסכם התקשרות הכולל תוכנית מסוג "תשלום מראש: כחלופה סבירה להסכם הכולל התחייבות.

56.3 א מצא המנהל כי בעל הרישיון הפר את סעיף 56.2 א, רשאי הוא להורות לבעל הרישיון לשנות תנאים בהסכם ההתקשרות שאינו כולל התחייבות וזאת מבלי לגרוע מכל סמכות אחרת הקבועה ברישיון או על פי כל דין. לעניין זה יבחן המנהל, בין היתר, את מספר המנויים של בעל הרישיון החתומים על הסכמים שאינם כוללים התחייבות.

54. אם כן, עולה מן האמור באפן ברור, כי המשיבה בהתאם לתנאי הרישיון שלה, היתה מתויבת לתקופת התחייבות בת 18 חודש בלבד .

55. יחד עם זאת, וכפי שיפורט להלן, במסגרת התחרות בין החברות הסלולאריות, הציעה המשיבה הטבות למנויים שלה בזיכויי זמן אוויר, אשר למעשה כבלו אותם לתקופה של 36 חודשים ובכך עקפו בדלת האחורית את תנאי הרישיון שלה ואת ההגבלות שנכפו עליה במסגרתו.

56. תביעה זאת עניינה בשתי הטבות מרכזיות. הראשונה תשלום "קנס ההתנתקות מחברה אחת לשנייה" במעבר מחברה סלולארית אחת לשנייה במסווה של הטבות שונות, השנייה מכירת ציוד קצה ו/או שירותים ייחודיים שניתנים בזיכוי זמן אוויר והכול בזיכוי בזמן אוויר המחושב ל- 36 חודשים.

57. יובהר כבר עתה, כי משרד התקשורת זיחה את הסכנות בדבר מכירת ציוד קצה באופן של מתן הטבה עקיפה בזמן אוויר, כמרכיב מרכזי החוסם מעבר בין חברות מתחרות ומקטין באופן משמעותי את התחרות הצרכנית בין החברות והביע בהזדמנויות רבות את מורת רוחו.

58. המשרד ערך שימוע בנושא לחברות הסלולריות (להלן: "החברות"), בין היתר למשיבה באמצעות מכתבים שהעביר למנהלי החברות והמשיבה ביום 28.8.06 וביום 23.10.07, כאשר לטענתו המצב הקיים לפיו מנוי הרוכש מכשיר טלפון מחברת הסלולר, מקבל הטבות עבור צריכת זמן אוויר מוגברת ובמקביל משלם עבור המכשיר, מקשה על מעבר מנויים בין החברות. בין היתר, בכך שאם מחליט המנוי על מעבר לחברה אחרת בתום תקופת

ההתחייבות, הוא מאבד את הטבות זמן האוויר שניתנו לו ולכן יידרש להמשיך ולשלם את יתרת התשלומים עבור המכשיר שרכש ללא קבלת ההטבה.

59. בין לבין, נכנס כאמור, לתוקף ביום 22.4.08 התיקון ברישיונות המשיבה המגביל כאמור את משך תקופת ההתחייבות ל- 18 חודשים בלבד.

60. על רקע זה, נראתה תקופת מתן ההטבות למשך 36 חודשים אף מגבילה עוד יותר. כלומר, ראוי היה כי המשיבה החל מחודש אפריל 2008, ותנאים את משך פריסת ההטבות ל- 18 חודש בלבד, אולם היא באופן חד צדדי על דעתה וללא קבלת היתר המתבקש בדין המשיכה למכור מכשירי קצה ולשלם פיצוי מעבר מחברה אחרת לשנייה והטבות נוספות, במתן זיכוי לזמן אוויר למשך 36 חודשים ולא 18 חודשים.

61. מדובר בתרגיל העתיק בעולם, "קנה יותר קבל יותר". כלומר מעבר לעובדה כי המשיבה עודדה את הצרכנים שלה לדבר כמה שיותר על מנת לקבל הטבת זמן אוויר גדולה יותר, הרי שבאופן פריסת ההטבות ל- 36 חודשים, היא עברה על הוראות הרישיון שלה המגביל אותה החל מאפריל 2008 ל- 18 חודשים.

62. יש לתת את הדעת לעובדה כי כל ארבעת החברות, בין היתר המשיבה עשו את העבירה הזאת לתקופה אחידה של שלוש שנים (36 חודש) באופן שמעלה חשד להסדר כובל ומקנה עילות תביעה מכוח חוק ההגבלים העסקיים. עניין זה יידון בפרק המשפטי של התביעה.

63. ביום 28 ליולי 2009, ניתנה החלטת מנכ"ל משרד התקשורת, מר עדן בר טל, הנכנסת לתוקף החל מיום 1.11.09 ושכותרתה " החלטה בנושא ניתוק הזיקה בין עסקת רכישת ציוד קצה ובין מתן הטבות".

#### מצ"ב החלטת מנכ"ל משרד התקשורת מיום 28.7.09 ומסומנת באות ז'

64. במכתבו מציין מנכ"ל משרד התקשורת, כי בשימוע השני, הוצע לאסור על מתן כל הטבה עקיפה בגין עסקת מכירת ציוד רט"ן, בשל העובדה כי הזיקה בין עסקת הרכישה של ציוד קצה לבין הטבה כספית בדמות זיכוי בגין צריכת זמן אוויר או הטבות שונות הקשורות לצריכת שירות רט"ן, מהווה חסם מעבר בין החברות.

65. לאור התגובות לשימוע השני, בחר משרד התקשורת לנקוט כשלב ביניים בהסדר חמור פחות כך שהוחלט כי על מפעילי הרט"ן לנתק את הזיקה, ככל שקיימת, בין מכירת ציוד קצה בידו המפעיל, לבין מתן הטבות הנוגעות לשירותי רט"ן וזאת באופן שיאפשר למנוי שרכש את ציוד הקצה מספק אחר, לקבל את אותן הטבות מספק חלופי.

66. ניכר כי משרד התקשורת, **אינו שלם עם ההחלטה** לגבי הטבות בגין רכישת ציוד קצה והוא הודיע במכתבו זה, כי בכוונתו לבצע במהלך השנה הקרובה מעקב אחר אופן יישום ההחלטה וככל שיזהה בעיתיות ביישום, ישקול הסדרה של הנושא בדרכים חלופיות.
67. יש לציין, כי במסגרת ההחלטה, החברות הסלולאריות ידרשו ליתן את אותה הטבה במעבר מחברה אחת לשנייה, בדגמים מסוימים בלבד וברמות סיווג של מכשירים מסוימים, באופן שלמעשה לא יאפשר את קבלת הטבה לכלל המנויים, אלא, אם בכלל, למספר מצומצם של מנויים.
68. כך או כך, עמדת התובע הייצוגי, הנה כי, **עצם מתן כל הטבה לתקופה שעולה על 18 חודש, מהווה הפרה של סעיף 56א לתנאי הרישיון של המשיבה, ללא כל קשר ליכולת המעבר, אם בכלל זאת תתאפשר.**
69. מעבר לאמור בכל הנוגע לציוד הקצה, משרד התקשורת, לא נתן את הדעת בכלל לנושא תשלום הפיצוי/הקנס במעבר מחברה אחת לשנייה כאשר האחרונה משלמת את הקנס בהחזר ל- 36 חודשים וכן לזיכוי בזמן אוויר בגין שירותים שונים דוגמת GPS וכיוצ"ב, כפי שיפורט להלן.

#### ב-4 מן הכלל אל הפרט

##### ב-4(א) התביעה נגד המשיבה

70. במסגרת "מחפכת נידוד המספרים", ביקש המבקש ביום 6.7.09, לעזוב את חברת סלקום ולעבור ולקבל את שירותיה של המשיבה 2. במסגרת ההתקשרות עם המשיבה, חתם המבקש ביום 6.7.09 על הסכם למתן שירותי רדיו טלפון (להלן: "ההסכם") וכן על נספח להסכם למתן שירותי רדיו טלפון (להלן: "הנספח").

##### מצ"ב ההסכם כמפורט לעיל ומסומן כנספח ח'.

71. המבקש, רכש לצורך השימוש בשירותי המשיבה, מכשיר מסוג נוקיה 6120 (להלן "המכשיר"). במסגרת הנספח חתם המבקש על התחייבות לשלם 36 תשלומים חודשיים שווים בסך 39.90 בעד המכשיר (סעיף ב'1 לנספח). במידה ושני תשלומים או יותר לא נפרעו מתחייב חלקו לשלם את יתרת התשלומים וכן 375 ₪ כולל מע"מ בגין הטבת מכשיר. יוע כי במקרה דגן המבקש עבר מחברת סלקום לפלאפון ונאלץ לשנות מכשירים כי על עמדו:

- חברת פלפון מכשיריו הקודמים לא נתמכים טכנולוגית על ידי החברה אליה עבר, חברת פלאפון.
72. ביחד עם התחייבות זאת לתשלום בעד המכשיר, קיבל המבקש, הטבת זמן אוויר בסכומים שנעים בין 30 ₪ לחודש ועד ל- 60 ₪ לחודש, מותנה במינימום צריכת זמן אוויר שמתחילה מסך של 149 ₪ לחודש.
73. כלומר, עת מגיע הלקוח לנציגי המשיבה, נאמר לו כי עלות המכשיר הנה 1,436 ₪ אולם, הוא מקבל החזר בגין המכשיר בהטבת זמן אוויר ובשווי כספי של לפחות 1,080 ₪ על פני 36 חודשים.
74. רוצה לומר, באם הלקוח עוזב את המשיבה, לאחר 18 חודשים שהיא תקופת ההתחייבות בהתאם לרישיון לה מחויבת המשיבה, עליו לשלם לנתבעת 1 **קנס יציאה** של 1,093 ₪ (יתרת 18 החודשים במכפלה של 39.90 ₪ לחודש וכן סך של 375 ₪ בגין הטבת מכשיר).
75. באופן טבעי, לקוח שכזה, כמו המבקש, לא יעזוב את המשיבה לאחר סיום תקופת ההתחייבות המופיעה ברישיון משרד התקשורת ויחשוש מהחסם שהציבה בפניו המשיבה בדמות הקנס.
76. ברור אם כן, כי המצב היה שונה באם הטבת זמן האוויר, הייתה נפרסת על פרק זמן של 18 חודש בלבד בדיוק כפי שקובע משרד התקשורת במסגרת סעיף 56 לרישיון שהעניק למשיבה ואף לא היו גובים ממנו 375 ₪ בגין זמן אוויר.
77. כאמור, המבקש, עבר למשיבה, מהרשת הטלולארית של חברת סלקום. עם הפסקת ההסכם עם חברת סלקום, נאלץ המבקש לשלם קנס בשל יציאה מוקדמת טרם סיום תקופת ההתחייבות (להלן: "קנס יציאה מוקדמת").
78. משפנה המבקש למשיבה בבחינת המעבר מחברת סלקום אליה, הציעו לו נציגיה לשלם את קנס היציאה המוקדמת, אולם התברר כי החזר הקנס בשווי דקות שיחה, נפרס על תקופה של 36 חודשים ולא 18 חודשים.
79. באופן שכזה, למעשה עקפה המשיבה, שוב את חובתה בהתאם לסעיף 56 בתנאי הרישיון שלה וקשרה את המבקש אליה ל- 36 חודשים ולא ל-18 חודשים כפי שהרישיון קובע, כאשר המבקש 1 באופן טבעי ימנע מלעזוב את המשיבה טרם סיום תקופת 36 החודשים, כי אז



יאלץ לשלם את עלות הקנס בערכו הכספי היינו מאבד 50 אחוז מההטבה שהינו פיצוי מעבר מחברה לחברה והמשיבה תשלשלנה את ההפרש לכיסן.

80. מבט בחשבון המנוי של המבקש, מלמד הוא קיבל הטבה חודשית בשל מעבר לרשת פלאפון בשיעור של 34.62 ₪ לחודש. הטבה זאת נפרשת על פני 36 חודשים. ברור שהמנוי, קרי המבקש, לא יעזוב את שירותי המשיבה 1 לאחר שמונה עשר חודשים, כפי שמחייב אותה הסכם ההתקשרות שלה בהתאם לסעיפי הרישיון. עזיבה שכזאת "תעלה" לו סך של 623 ₪ (34.62 במכפלה של 18 חודשים).

מצ"ב חשבון המנוי של המבקש ומסומן באות ט'.

### חלק ג- המסגרת המשפטית

#### ג- 1 חוזה בלתי חוקי- ביטול והשבה

81. סעיף 11 (א) לחוק התקשורת קובע.

" (א) בעל רישיון יבצע פעולות בזק באורח תקין וסדיר על פי הרישיון שהוענק לו ועל פי התקנות והכללים שנקבעו לפי חוק זה".

82. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג -1973 (להלן: "חוק החוזים") קובע:  
"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל"

83. בבג"צ 6231/92 אלברט זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים פ"ד מט(4) 749, קבע

כב' השופט ברק בתוארו אז :

" חוזה הוא בלתי חוקי לעניין סעיף 30 לחוק החוזים(חלק כללי) אם האיסור הקבוע בחוק על כריתתו, תוכנו או מטרתו של החוזה, הוא כזה, שלשם הגשמתו של האיסור יש להביא לפגיעה בתוקף החוזה עצמו, ולא להסתפק בסנקציות החוזיות כלפי המתקשרים. השאלה אשר על הפרשן להעמידה לנגד עיניו היא זו: האם פירושו של החוק האוסר על כריתתו, תוכנו או מטרתו של החוזה על פי תחילתו, מובילה למסקנה כי לשם הגשמת תכלית החוק יש לפגוע בתוקף החוזה עצמו"

84. כמו כן המשיבה פעלה בניגוד לסעיף 12 לחוק החוזים הנ"ל, כאשר בעת ההתקשרות החוזית עם המבקש, לא נהגה בתום לב, עת לא עדכנה אותו כי התחייבותו למשך 36 חודשים, קרי מתן ההטבה למשך 36 חודשים, עומדת בניגוד גמור לתנאי הרשיון שלה.
85. טענה נוספת של המבקש הנה כי המשיבה, אף לא פעלה בהתאם להוראות סעיף 39 לחוק החוזים, עת לא פעלה בעת קיום החוזה עימו בתום לב ו"העניקה" לו זיכוי בזמן אוויר לתקופה של 36 חודשים.
86. אין מחלוקת כי מטרת סעיף 11(א) לחוק התקשורת, הנה כי המשיבה תנהג לפי תנאי הרשיון שהוענק לה.
87. יחד עם זאת, אין מחלוקת, כי בעצם השבת שווי הקנס או מתן הטבות למכשירי קצה ושירותים בשווי דקות שיחה, לתקופה של 36 חודשים, תקופה עולה על 18 חודש מפרה המשיבה את סעיף 56א לרשיון שהוענק לה ולמעשה מגדילה את תקופת ההתחייבות מפרק זמן של 18 חודשים לפרק זמן של 36 חודשים ובכך הופכת את ההסכם עם המבקש להסכם בלתי חוקי, אשר דינו להתבטל, כאשר על המשיבה להשיב את טובת ההנאה שקיבלה עקב אותו הסכם.
88. כלומר, עולה מן האמור, כי לצורך הגשמת סעיף 11 (א) לחוק התקשורת והגשמת תנאי הרשיון יש לבטל את הסעיף בהסכם של המשיבה עם המבקש, המשיב לה את דמי הקנס ואת הזיכוי בזמן אוויר למכשירי קצה ושירותים, לתקופה של 36 חודשים בשווי דקות שיחה ולהעמידו על 18 חודש בלבד.
89. כמו כן, יש לקבוע כי סכום הפיצוי ישולם בבת אחת או לפחות לתקופה שלא תעלה על 18 חודשים, קרי תקופת ההתחייבות הקיימת בסעיף 56 א לרשיון המשיבה, מאת משרד התקשורת ולעניין הטבה לעניין מכשירי הקצה וחשירותים, כי היא תתפרס על תקופה של 18 חודש בלבד. באם חלפה התקופה המסתיימת לאחר 18 חודש מתחילת ההתקשרות מחויבת המשיבה בהשבה של יתרת התקופה שנותרה, בערכה בשווי בשקלים.
90. לדוגמא, באם בחודש ה-19 להתקשרות בת 36 חודשים מבקש פלוני, אשר קיבל הטבה בזיכו בזמן אוויר בגין תשלום קנס המעבר אשר שווה 30 ₪ לחודש וכן קיבל הטבה בגין מכשיר קצו עליו קיבל החזר בזמן אוויר בשיעור של 40 ₪ לחודש, להשתחרר מההסכם, עליו לקבל החזר של 70 ₪ לחודש במכפלה של יתרת 18 החודשים.
91. בע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, קבע בית המשפט העליון:

**”במישור דיני החוזים, התשובה לדין החוזה הבטל נגזרת משילוב סעיפים 30 ו- 31 לחוק החוזים. סעיף 30 קובעת את הבטלות. סעיף 31 משלים וקובע:**

**”הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21 כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה, לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו”**

92. עולה מהאמור, כי על המשיבה להשיב לתובע הייצוגי, את טובת ההנאה שקיבלה מהם שלא כדין, קרי, פריסת החזר זמן אוויר על פני 36 חודשים חלף 18 חודשים וזאת במתן פיצוי כספי חד פעמי, או באם מדובר בתחילתו של ההסכם, פריסתו על פני 18 חודשים בלבד.

### **ג-2 הפרת חובה חקוקה**

93. סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע:

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

94. מקור האחריות הנזיקית בעולת הפרת חובה חקוקה הוא בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ולא בחיקוק שבגין הפרת הוראה, שבו מוגשת התביעה. השאלה איננה, אם אותו חיקוק נועד ליתן סעד אזרחי, אלא אם נועדה החובה החקוקה לטובתו של הניזוק ואם אין בה משום שלילת התרופה הנזיקית.

95. בבסק דין ע”א 145/80 שלמה ועקנין נ’ המועצה המקומית בית שמש פ”ד לז(1) 113, 138, 139 קבע כבוד השופט ברק בתוארו אז:

**” חמישה הם יסודותיה של העולה בדבר הפרת חובה חקוקה:**

א. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק ב. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק ג. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו ד. ההפרה גרמה לניזוק נזק ה. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק"

96. בעניין ועקנין, בית המשפט העליון עמד על היחס בין עוולת הרשלנות לעוולת הפרת חובה חקוקה:

"חרף השוני בין שתי העוולות, קיים ביניהן דמיון רב. ראשית, מבחינה סטרוקטוראלית יש קרבה רבה בין העוולות. הפרת חובה חקוקה ורשלנות הן העוולות היחידות בפקודת הנזיקין, שיסודותיהן חובה, הפרה ונזק; שנית, סטנדרט ההתנהגות, אשר נקבע על-ידי המחוקק בחיקוק, עשוי לשמש אינדיקאציה לרמת התנהגות הנדרשת על-ידי האדם הסביר (השווה: ע"א 335/80). ... שלישית, הן הרשלנות והן הפרת החובה החקוקה הן 'עוולות מסגרת', דהיינו, עוולות אשר מרכז הכובד שבהן 'אינו בקיום יסודות-שבעובדה פלוניים שהמחוקק קבעם מלכתחילה על ספר, אלא... בתפישה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין' (י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין, האוניברסיטה העברית, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז בעמ' 86). נמצא, כי בשתי העוולות גם יחד תוכן האחריות והיקפה נקבעו, בסופו של דבר, על-פי עקרונות של מדיניות משפטית." (ההדגשות שלי- ע.ב.)."

97. המקרה אשר בפני בית המשפט, עונה על כל יסודות העולה בדבר הפרת חובה חקוקה. המשיבה הפרה את חובתה על פי חיקוק לתקופת התחייבות שאינה עולה על 18 חודש. כאשר ההפרה גרמה לתובע נזק בדמות חסימת יציאתו לאחר 18 חודשים ולמעשה כפיה של השארות במסגרת המשיבה ל- 18 חודשים נוספים.

### ג-3 תנאי מגביל ומקפח בחוזה אחיד

98. המבקש יוסיף ויטען, כי ההסכם שנחתם מולו הינו חוזה אחיד כהגדרתו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"), בעל תניות מקפחות ועל כן בטלות.

סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 מגדיר מהו חוזה אחיד וקובע, כדלקמן:

"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם."

99. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מגדיר תנאי מקפח, כתנאי שיש בו קיפוח לקוחות או יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות. הסעיף מקנה את הסמכות לבני המשפט לבטל או לשנת תנאי מקפח בחוזה אחיד.

100. בחוזה אחיד חייב הספק לכלול גילוי נאות של התנאים. גילוי נאות פירושו הדגשת עניינים מיוחדים המשולבים בחוזה לרבות תנאי פטור או העדר כיסוי ביטוחי.
101. לעניין זה נאמר בספר, **חוזים אחידים**, נבו הוצאה לאור 1994, עמ' 57:
- "נודעת חשיבות לכך שהלקוח היה ער לנושאים עובדתיים מסוימים לאפשרויות השונות הכרוכות בהם או להימצאותם של תנאים מסוימים מיוחדים. הגילוי הנאות משתייך לאותם נושאים שהמחוקק מייחס להם בתחומים מסוימים חשיבות כה רבה עד שהוא קובע לגביהם הוראות בחקיקה..."**
102. חובת הגילוי הנאות משמעה, לעניין זה, הסבת תשומת לבו של הלקוח באופן מיוחד לאותם עניינים, יוצאי דופן המשולבים בחוזה.
103. המחברות מביאות דוגמה שתנאי אשר לא היה מקפח בנסיבות העניין, אולם יצר סיכון מיוחד עבור הלקוח, למרות שהוסדר בנספח מיוחד, היה צורך לשלבו גם בחלק המרכזי של החוזה בצורה מודגשת. (ראה: ורדה לוסטרויז וטנה שפניץ, **חוזים אחידים**, נבו הוצאה לאור – 1994, עמ' 57, 58).
104. במקרה זה לא הובאה בפני הלקוחות של המשיבה העובדה כי הם בעלי זכות על פי חוק להיות צד להתחייבות בת 18 חודש בלבד ולא מעבר לכך וכי מתן השירותים לתקופה של 36 חודשים מהווה פגיעה בזכותם על פי החוק ותנאי הרשיון של המשיבה.

#### **ג-4 הרישיון - הסכם לטובת צד ג'**

105. הרישיון שניתן לנתבעת המשיבה הנו הסכם לטובת צד ג', קרי הלקוח ולכן הוא מקנה לתובע הייצוגי ולקבוצה אותה הוא מייצג, זכות עמידה ועילת תביעה ישירה נגד המשיבה.
106. עניין זה עולה מסעיף 34 לחוק החוזים אשר קובע:
- "חייב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן – המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו".**
107. סעיף 56א ברישיון שניתן לנתבעת, הנו סעיף שנועד לרווחת הצרכנים ולהקטנת החסמים שעומדים בפניהם במהלך ההתקשרות מול החברות הסלולאריות.

108. נראה אם כן, כי אין מניעה מלראות ברישיון, חוזה לטובת הצרכן, המקנה לו זכות תביעה נגד מקבל הרישיון המפר אותו.

### ג-5 עשיית עושר ולא במשפט

109. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: **"חוק עשיית עושר"**) קובע כי מי שקיבל שלא על-פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה.

110. סעיף 1 לחוק עשיית עושר קובע:

**"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 השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – ישלם לו את שווייה".**

111. סעיף 2 לחוק עשיית עושר קובע:

**"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".**

112. שלושה הם היסודות שהתקיימותם מבססת חובת השבה בגין עילת עשיית עושר ולא במשפט: קבלת נכס, שירות או טובת הנאה – היא ההתעשרות; ההתעשרות באה לזוכה מן המזכה; ההתעשרות נתקבלה על-ידי הזוכה **"שלא על פי זכות שבדין"**. (ראה רע"א 502/04 **Buffalo Boots GmbH נ' גלי – רשת חנויות נעליים, גלי שלום** נח(5) 487).

113. חוק עשיית עושר קובע את העיקרון הכללי של חובת ההשבה, אשר נועד למנוע התעשרות שלא כדין של אדם על חשבון רעהו. החוק איננו קובע רשימה סגורה של מצבים בהם נתונה הזכות להשבה. **"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"** (דברי כבי השופט, כתוארו אז, א' ברק בד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, בעמ' 273). כך גם בהחלטה כבי השופטת נתניהו בע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, בעמ' 669: **"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"**.

114. היסודות שיש להוכיח בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, על פי סעיף 1 לחוק, הם שלושה: (א) קבלה של נכס, שירות או טובת הנאה אחרת על ידי הזוכה (התעשרות); (ב) ההתעשרות באה לזוכה מן המזכה או על חשבון המזכה (קשר סיבתי); (ג) התעשרות הזוכה נעשתה "שלא על פי זכות שבדין" (יסוד נורמטיבי) (ראה: די"נ 20/82 הנ"ל, בעמ' 275, ורע"א 5768/94 הנ"ל בעמ' 358-362).
115. היסוד השלישי שבסעיף 1 לחוק, קרי: היותה של ההתעשרות "שלא על פי זכות שבדין", הוא המעורר קושי מבין שלושת היסודות, והוא גם זה שמקנה לעילה של עשיית עושר את גמישותה. המקרים היותר קשים להכרעה הם אלו בהם לא ניתן להצביע במפורש על דין המקנה לזוכה זכות להתעשר, או שולל זאת ממנו; "במקרים אלה, המבחן לשאלה אם ההתעשרות אינה כדין הוא בבחינה אם התעשרות זו היא בלתי צודקת" (דברי כב' הנשיא מ. שמגר ברע"א 371/89 הנ"ל בעניין ליבוביץ', בעמ' 323, המפנה לדברים הנאמרים בספרו הנ"ל של ד. פרידמן, בעמ' 51, ודברי כב' השופט מ' חשין ברע"א 5768/94 הנ"ל, בעמ' 360-361). מכאן, ששאלת קיומו של היסוד הנוגע להתעשרות "שלא על פי זכות שבדין" תוכרע על פי מבחן הצדק: "התעשרות אינה כדין אם היא נוגדת את תחושת המצפון והיושר" (דברי כב' הנשיא א' ברק ברע"א 5768/94 הנ"ל בעניין א.ש.י.ר, בעמ' 465, ודברי כב' הנשיא מ' שמגר ברע"א 371/89 הנ"ל, בעמ' 323). כפי שהבחיר כב' הנשיא א' ברק בעניין א.ש.י.ר הנ"ל, בעמ' 467: "בין התעשרות 'שלא על פי זכות שבדין', לבין דיני תום הלב (כביטויים בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) קיים קשר ישיר והדוק... חובת ההשבה על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט היא ביטוי לתפיסת היסוד של התנהגות בתום-לב ביחסים הבין-אישיים".
116. כפי שהסביר כב' הנשיא א' ברק בדי"נ 20/82 הנ"ל בעניין אדרס בעמ' 273: "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". ברע"א 5768/94 הנ"ל בעניין א.ש.י.ר, בעמ' 430, פסקה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן: "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". בעניין זה הפנתה כב' השופטת שטרסברג-כהן (בעמ' 430) לדברי המלומד פרידמן בספרו הנ"ל, לפיהם:
- "השיקולים בהחלת העיקרון הכללי כוללים את עצמת זכותו של המבקש, את אופי הפגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח".**
117. בעניין מבחן הצדק הדגיש כב' השופט מ' חשין ברע"א 5768/94 הנ"ל, בעמ' 362: "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".
118. המשמעות של חוק עשיית עושר ולא במשפט בעניין הנוכחי, הנה העובדה כי המשיבה קיבלה את הזכות לקבל את המבקש כמנוי וזאת באמצעים הנוגדים את החוק והרשיון שניתן לה

באופן שכזה עליה לבחור באחד מן השניים. להשיב את כל דמי הקנס ששילם המבקש או לשלמו בהטבת שווי דקות שיחה לשמונה עשרה חודשים בלבד ולא שלושים ושישה חודשים וכן להשיב את שווי ההטבה בזמן אוויר בגין המכשיר בפרק זמן של 18 חודשים בלבד ולא 36 חודשים כפי שמופיע בהתקשרות החוזית.

### ג- 6 הפרת חוק הגנת הצרכן

119. המבקש יטען כי הוא וחברי הקבוצה מהווים צרכן כהגדתו בחוק הגנת הצרכן וכי המשיבה הינה עוסק וכי התנהגות המשיבה מהווה הטעיה עקיפה כהגדרתה בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן.
120. המבקש יטען כי המשיבה הפרה את סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, המשיבה הטעתה את קהל לקוחותיה.
121. המבקש יטען כי הוא וחברי הקבוצה מהווים צרכן כהגדתו בחוק הגנת הצרכן וכי המשיבה הינה עוסק וכי התנהגות המשיבה מהווה ניצול מצוקת הצרכן כהגדרתה בסעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן.
122. המשיבה מפרה את חוק הגנת הצרכן התשמ"א - 1981, בהפרתן את סעיף 3 (ב) לחוק הקובע:

**"לא יעשה עוסק דבר- במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן, בורותו, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכול כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים, או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת".**

123. בפנינו מקרה בו המשיבה הטעתה את המבקש וכל אחד ואחד מחברי הקבוצה בכך שהציגו מצג כי פועלים על פי הוראות החיקוק השונים.
124. המבקש יטען כי המשיבה הפרה את סעיף 4 (א) לחוק הגנת הצרכן. סעיף זה מחיל את החובה לגלות כל פגם או איכות נחותה המפחיתים באופן ניכר את ערכו של הנכס. בפנינו מקרה של מכירת מוצר לא חוקי שלא ניתן לו היתר כדין.
125. המבקש יטען כי המשיבה הפרה את סעיף 17 לחוק הגנת הצרכן בכך שלא הציגה את המחיר הכולל בעבור הנכס או השירות על כלל מרכיביו בלא שתהייה לצרכן לאחר מכן "הפתעה" בו



יידרש להוסיף סכום כסף נוסף ו/או תמנה ממנו החטבה של היכולת לעבור לחברה אחרת כעבור 18 חודש ללא כל חסם וזאת על פי הוראות שר התקשרות.

126. על רקע הטעייה זו, חל על המשיבה לפצות את המבקש ושאר חברי הקבוצה גם מכוח סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן.

127. בענייננו, הכפייה על המבקש להישאר במסגרת המשיבה, 18 חודשים נוספים מעבר לקבוע ברישיון המשיבה, היא ניסיון לנצל את בורות הצרכנים לגבי תקופת ההתחייבות וזכאותם על פי חוק.

128. חלקות של המשיבה, אינם מודעים לעובדה כי המשיבה יכולה לחייב אותם להישאר במסגרתה אך ורק 18 חודש, כאשר ככל הנראה נראה להם הגיוני לקבל את החוזר הפיצוי בתקופה של שלוש שנים.

129. אין מחלוקת, כי לו ידעו הצרכנים את העובדה כי המשיבה מוגבלת בחיוב לגבי תקופת החתקשרות, לא היו מסכימים לקבל את החוזר באופן שיגביל אותם לשלוש שנים, חלף מחצית מהזמן.

### ג-7 עילת תביעה מכוח חוק ההגבלים העסקיים

130. עילת תביעה נוספת העומדת למבקש הינה מכוח סעיף 2 לחוק הגבלים העסקיים, הקובע באופן הבא:

(א) מהצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית ת התחרות בעסקים בינו לבין צדדים אחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

(ב) הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

1. המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם
2. הרווח שיופק
3. חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו
4. כמות הנכסים שבעסק, איכותם או סוגם

131. באופן תמוה יש לומר, כי המשיבה, ביחד עם כל החברות הסלולריות במשק הישראלי, נותנת הטבה לתקופה של 36 חודשים. אף אחת מהן לא נותנת הטבה של 24 חודשים, או 30 חודשים, אלא קובעות הן תקופה אחידה למתן הטבות.
132. אחידות זאת מעלה חשש וחשד להסדר שהנו הסדר כובל מכוח סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים ומן הראוי כי בית המשפט הנכבד ייתן דעתו לכך.

#### ד - הגדרת הקבוצה וסכום התביעה הייצוגית

133. בית-המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את קבוצת האנשים שבשמה הוגשה הבקשה, כדלהלן:
- "כל אדם פרטי אשר רכש או שדרג מכשיר מהמשיבה ו/או הצטרף למשיבה או כלקוח חדש עם או בלי מכשיר או כלקוח קיים המחדש/משדרג תוכנית החל מיום 22.4.08 וכלה ביום תיקון ההפרה וקיבל כל הטבה מכל סוג שהוא לרבות הטבה בזיכוי שווי זמן אוויר לתקופה של מעבר ל 18 חודשים (תקופת הסכם קצובה).**
134. סכום התביעה הייצוגית (המשוער), מוערך בסך של כ - 330,570,000 ₪, וזאת לאור הערכה כדלקמן:
- הערכה כי הנזק הפרטני לכל חבר וחבר בקבוצה בגין הטבת זמן אוויר בנוגע לתשלום קנס המעבר מסלקום הנה 623 ₪ והטבת זמן אוויר בגין מכשיר הקצה הנה 540 ₪ ובסה"כ 1,163 ₪.
- ע"פ פרסומי המשיבה, מספר המנויים שלה עומד על סך של 2.6 מיליון מנויים, כאשר לדבריה גייסה בשנת 2008, בגיוס נטו, 119,000 מנויים חדשים, כאשר נניח כי גייסה בשנת 2009 קצת יותר מנויים ונעמיד את סך כל המגוייסיים החדשים על 240,000 מנויים. אם נעריך כי מחציתם שילמו קנס בגין מעבר (לפחות 623 ₪) הרי שמספר המנויים לפרק הזמן היחסי עמוד על סך של 90,000, ובמכפלה של הנזק הנמוצע הנגרם לאותם מנויים סה"כ 56,070,000 ₪. בנוסף, באם נניח בצניעות כי מספר המנויים של המשיבה אשר שדרגו מכשיר, עומד על סך של 500,000 מנויים במכפלה של 549 ₪ לפחות ובסה"כ 274,500,000 ₪ ובסה"כ כלל התביעה 330,570,000 ₪.

### ה- התביעה האישית ראויה להתברר כתובענה ייצוגיות

135. בהתאם לסעיפים 3(א) ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות, אדם שיש לו עילת תביעה לגביה נקבע בהוראת חוק מפורשת, כי ניתן להגיש בגינה תובענה ייצוגית, המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה – רשאי להגיש לבית המשפט בקשה לאישור התביעה האישית שלו כתביעה ייצוגית.
136. ביסוד התביעה האישית שהגיש המבקש כנגד המשיבה עומדת, כאמור, עילת תביעה אחת: עילת החשבה.
137. כפי שהוסבר, במסגרת התביעה האישית נדרשת המשיבה להשיב למבקש את התשלום אותו היא גבתה ממנו, ללא הסמכה בחוק ובניגוד לדין.
138. לאור האמור לעיל ועל-פי ההלכה הפסוקה, עילת התביעה העומדת ביסוד התביעה האישית הינה עילה אשר ניתן להגיש בגינה תובענה ייצוגית.
139. אם כן, נותר, אפוא, בפני המבקש להוכיח, כי במקרה דנן מתקיימים כל יתר התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות לשם קבלת הבקשה לאישור התביעה האישית כתובענה ייצוגית.
140. להלן ייבחנו דרישותיו של סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, דבר דבור על אופניו:
141. התביעה האישית מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, כהגדרתה לעיל, וכנדרש בסעיפים 4(א)1 ו-8(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות:
- a. הוראות הדין הרלבנטיות לתביעה האישית חלות במישור היחסים שבין המשיבה לבין כלל חברי הקבוצה, משום שהשאלה אם המשיבה הפר את הוראות הדין והתעשר על חשבון המבקשת וחברי הקבוצה שלא כדין – הינה שאלה המשותפת לכלל חברי הקבוצה.
  - b. העובדות העומדות ביסוד התביעה האישית זהות בין כלל חברי הקבוצה;
  - c. כל אחד מיחיד הקבוצה נפגע מהתנהלות של המשיבה, המתוארת לעיל, באותן תנסיבות בדיוק.
  - d. להלכה ולמעשה, המשיבה עצמה, במעשיה ובמחדלה המתוארים, היא שהביאה לכך שהקבוצה נהיה הומוגנית, לגבי כל יסודות התביעה, בסופו של יום;

מן המקובץ עולה, אפוא, כי התביעה האישית עומדת בדרישות הפסיקה בעניין זה, שכן היא מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות - ברמת זהות מוחלטת - לכלל חברי הקבוצה.

142. במקרה דנן ישנה אפשרות גבוהה למדי שהשאלות המנויות לעיל יוכרעו במסגרת התביעה האישית לטובת כלל הקבוצה (כנדרש בסעיף 8(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות):

- a. כאמור בבקשה דנן, טענת המבקש כנגד המשיבה מבוססת על ראיות מוצקות.
- b. עילת התביעה כנגד המשיבה הינה ברורה ופשוטה למדי, והיא זהה לגבי המבקש ולגבי שאר חברי קבוצה;
- c. בהתקיים כל הנסיבות המפורטות בבקשה דנן, ובהסתמך על ההלכה הפסוקה, קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה.

143. תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (כנדרש בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות):

- a. כפי שהוסבר בחלק העובדתי לבקשה זו, ציבור משתמשי טלפון נייד הנמנים עם חברי הקבוצה הינו ככל הנראה גדול מאוד.
- b. עילת התביעה האישית אינה מצריכה בירור פרטני בדבר נסיבותיו של כל חבר בקבוצה, שכן הפרת ההוראות הרלבנטיות על ידי המשיבה, מהווה בהכרח הפרה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה;
- c. זהותם של חברי הקבוצה אינה ידועה למבקש בשלב הגשת הבקשה דנן, ואין אפשרות מעשית לאתרם ולצרפם במסגרת של תביעה רגילה, בנסיבות העניין;
- d. באמצעות אישור התביעה האישית כתביעה ייצוגית, יוכל בית-המשפט הנכבד לדון בעילת התביעה המשותפת לחברי הקבוצה כנגד המשיבה במסגרת הליך אחד, כך שערכאות אחרות לא יידרשו לדון בעניין זה מספר פעמים, כמספר חברי הקבוצה, שיאלצו להגיש תביעות נפרדות כנגד המשיבה, אשר יהיו כרוכות, מטבע הדברים, בעלויות מיותרות ובעומס על מערכת המשפט, ובשל כך, קיים חשש, כי יינתנו פסיקות שונות או גרוע מכך, פסיקות סותרות;
- e. בשים לב לסכום התביעה הפרטנית הנמוך, אין הצדקה כלכלית לכל אחד מחברי הקבוצה לנהל תובענה אישית כנגד המשיבה ובוודאי שאין הצדקה לניהול מספר רב של הליכים משפטיים בגין אותן נסיבות;

מן המקובץ עולה, אפוא, כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה ביותר וההוגנת להכרעה בתביעה האישית, בנסיבות העניין.

144. קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב כנדרש בסעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות):

a. התביעה האישית שהגישה המבקשת כנגד המשיב מנוסחת בצורה נהירה וברורה ומבוססת על עילת תביעה מצוינת.

b. בנסיבות אלו התביעה האישית עשויה להביא תועלת רבה לכלל חברי הקבוצה (שניתכן שלחלק ממנה כלל אין האמצעים או המשאבים הנדרשים לצורך עמידה על זכויותיהם).

c. המבקש נכון, מעוניין ומסוגל להשקיע ממרצו ומכספו בכדי לייצג את עניינם של כלל חברי הקבוצה בצורה נאמנה;

d. במקרה דנן אין כל ניגוד עניינים בין האינטרסים של המבקש לבין האינטרסים של כלל חברי הקבוצה;

מכל המקובץ עולה, אפוא, כי קיים יסוד סביר, ואף למעלה מכך, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב על ידי המבקש ובאי - כוחה, הוחתומים מטה.

145. למען הגילוי הנאות יצוין, כי המבקש לא פנה למשיבה טרם הגשת התביעה בדרישה להשבה. יחד עם זאת, על-פי ההלכה הפסוקה ופסיקתו של בית-משפט נכבד זה – אין על המבקש כל חובה לעשות כן, וממילא אין בעובדה זו, כשלעצמה, בכדי לכרסם בתום ליבו של המבקש בהגשת בקשה זו.

146. **זיפיים לענייננו דבריה של כבוד השופטת נ. אחיטוב בת.א. (ת"א) 2286/03, בש"א 21100/03 זיקלין טורבתיאן נגד הנקל סוד' בע"מ (פורסם בנבו מאגר משפטי, 4.2.2007):**

**"גם בכך שהתביעה והבקשה הוגשו לבית המשפט בלא שקדמה לכך פנית מוקדמת למשיבה, אין כדי "חוסר תום לב" לענייננו.**

**בפסיקה שקדמה לחוק תובענות ייצוגיות לא נקבעה הלכה מחייבת בעניין זה, ובתי המשפט בערכאות הדיוניות נתנו החלטות סותרות אלו את אלו.**

**לגישתי - אין להוסיף דרישה ספציפית שכזו, אשר אינה נכללת בלשון החוק. ויצוין כי חוק זה חוקק זה לא מכבר בסופו של הליך חקיקתי ארוך ומעמיק, והמחוקק לא ראה לנכון להכליל תנאי כזה בתניותיו.**

**הדבר גם מנוגד למטרתו של החוק (כאמור בסעיף 1 לחוק).**

**ובהמשך:**

**"גישתי זו תואמת גם את ההלכה הפסוקה - כפי שנקבעה בפרשת שמש נגד רייכרט" (ראו: פסקה 22 להחלטה) [ההדגשות שלי - א.ע.]**

147. הנה כי כן, המבקש עומד בכל התנאים שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות ומשכך מן הדין לאשר את התביעה האישית שהגיש המבקש כתביעה ייצוגית.

### **חלק ו- המבוקש וסיכום**

#### **ו-1 הסעדים המבוקשים**

148. **סעד הצהרתי** – בית המשפט הנכבד, יתבקש להצהיר כי המשיבה מפרה את סעיף 56א לרישיון שניתן להן על ידי משרד התקשורת.

149. **צו עשה** – בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו עשה המחייב את המשיבה לשנות את תקופת החזרת החטבה/הפיצוי בשווי דקות השיחה לתקופה של 18 חודשים חלף 36 חודשים.

150. **צו מניעת** – בית המשפט הנכבד, יורה לנתבעות להימנע לערוך הסכמים החורגים מתקופת ההתחייבות הקבועה על פי הרישיון שלה, קרי 18 חודשים בלבד.

151. **סעד בספי** - בית המשפט יתבקש לפצות את המבקש על ידי המשיבה, בסכום השווה ל - 1,163 ₪.

152. **סעד ציבורי** - בית המשפט הנכבד יתבקש לחורות על מתן פיצוי לחברי הקבוצה במישרין, או על ידי מתן סעד לטובת כלל הקבוצה או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין, הכול כפי שיקבע בית המשפט לפי סעיף 20 (ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

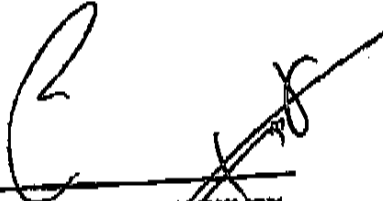
2-סיכום

153. לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתובענה לאור הסעדים המשיבים במסגרתה וסמכות מקומית לדון בתביעה, טכח מקום ביצוע העוולות נשוא הבקשה.

154. על בסיס המפורט לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד לזמן את המשיבה לדיון, ולתון לזכות המבקש ולזכות חברי הקבוצה את הסעדים המפורטים לעיל.

155. למסוק כל סעד ואו פיצוי אחר, כפי שיימצא לנכון בית המשפט הנכבד, בבסיבות העניין, ולחייב את המשיבה, בקיום סעדים אלה.

156. לחייב את המשיבה, בתשלום הוצאות משפט, לרבות שכ"ט ע"ייד בצירוף מע"מ כחוק.

  
אבי ענתבי, ע"ייד סל לבוא, ע"ייד  
ב"כ המבקש