

1. אברהם אטיאס ת.ז 038829909

2. יהונתן זאב פוגל ת.ז 040114779

3. יצחק לוי ת.ז 043230978

ע"י באי כוחם עורך הדין, ד"ר משה פוגל
ו/או עורך הדין יוסף שחור ו/או עורך הדין פנחס
ברגר ו/או עורכת הדין בת ציון מזוז ו/או עורך
הדין צבי בלאו ו/או עורך הדין בני חדד ואח'
(פרקליט מטפל: ד"ר משה פוגל)

כולם מרחוב נגי'ארה 36, ירושלים, 95471
טלפון: 780-6514-02; פקסמילה: 690-6517-02

המבקשים

- נגד -

1. חברת פרטנר תקשורת בע"מ

חברה ציבורית 520044314
מרחוב העמל 8, פארק תעשיות אפק
תיבת דואר 435, ראש העין 48103

2. חברת מירס תקשורת בע"מ

חברה פרטית 512615964
מרחוב תוצרת הארץ 3, תל אביב 67891

3. חברת סלקום ישראל בע"מ

חברה פרטית 511930125
מרחוב הגביש 10, נתניה
תיבת דואר 4060, נתניה 42140

המשיבות

סכום הסעד הספציפי לו עותרים המבקשים: 753.61 ₪¹.

שווי התובענה של כל חברי הקבוצה: 182,500,000 ₪ (בדרך של אומדנא).

בקשה לאישור הגשת תובענה ייצוגית

1. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות כדלקמן:

- 1.1. להתיר למבקשים להגיש את התובענה נגד המשיבות כפי שהוגשה על ידם בתיק העיקרי, כתובענה ייצוגית בהתאם להוראות **חוק הגנת הצרכן**, התשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**") ו**חוק תובענות ייצוגיות**, תשס"ו-2006 (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**").
- 1.2. להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה, בהתאם לסעיף 10(א) **לחוק תובענות ייצוגיות**;
- 1.3. להורות על אופן פרסום ההחלטה ונוסחה, לרבות חיוב המשיבות בהוצאות הפרסום;
- 1.4. לפסוק תשלום גמול מיוחד למבקשים בגין פעולותיהם למען קבוצת התובעים;
- 1.5. לאשר את מנגנון שכר הטרחה לעוה"ד החתום מטה, בהתאם למבוקש בבקשה זו;
- 1.6. לחייב את המשיבים בתשלום הוצאות הבקשה בצירוף שכ"ט עורכי דין בצירוף מע"מ.

נימוקי הבקשה:

א. אקדמת מילין;

2. עניינה של סוגיה זו, עוסקת בתופעה חמורה מטעם המשיבות, אשר גובות כספים על שירות שאינן מספקות כלל, תוך הטעיה חמורה ובלתי פוסקת של הציבור, וזאת חרף שבעניין נשוא העתירה התריעה מכבר ועדת הכלכלה של הכנסת בדבר התופעה האמורה.

¹ סך של 1.91 ₪ למבקש 1 + 250 ₪ בגין נזק שאינו ממוני; סך של 0.80 ₪ למבקש 2 + 250 ₪ בגין נזק שאינו ממוני; סך של 0.90 ₪ למבקש 3 + 250 ₪ בגין נזק שאינו ממוני;

בתמצית ובקליפת האגוז, ענינה של הסוגיה היא התופעה הבאה:

3. המשיבות – כל אחת מהן – משווקת מסלולים ו/או מכשירים שמוגדרים כ"כשרים" שמשווקים בעיקר לטובת הציבור החרדי. למסלולים אלו הקצו המשיבות "קומות" שלמות עם מספרי קידומת מיוחדים (כמו למשל: 054/84/////), שאלו, יהיו סימן היכר לחתך הצרכנים שנמנים על המסלולים ה"כשרים", אצל המשיבות, מוגדרים הקומות הללו: **הקומה הכשרה** (להלן: "**הקומה הכשרה**" וגם "**הקומות הכשרות**").

3.1. בין היתר, ייחודם של המסלולים ה"כשרים" הללו הם העובדה שאינם מקבלים ו/או תומכים ו/או שלוחים ו/או מסוגלים לשלוח ו/או לקבל הודעות מיסרוניים (SMS) והודעות תוכן למיניהם, לרבות שיטוט בשרותי אינטרנט. (להלן: "**המסלול הכשר**" וגם "**המסלולים הכשרים**").

3.1.1. כך עולה, שבמידה וצרכן בעל מסלול רגיל (שיכול לשלוח הודעות SMS) שולח הודעת SMS לצרכן הנמנה על מסלול "כשר" – הרי שההודעה לא תופיע אצל הצרכן ה"כשר" לעולם. למעשה, בכך מיוחד המסלול הכשר משאר המסלולים אצל המשיבות, שיעודו הינו: הציבור החרדי ו/או כלל הציבור הרוכש טלפון מסוג זה.

3.2. והנה, חרף כל האמור לעיל, וחרף "מיוחדותו" של המסלול הכשר – שבין היתר אינו מקבל הודעות SMS – הרי שהלכה למעשה, צרכן המנוי במסלול רגיל (שתומך בשרות שליחת וקבלת הודעת SMS) ששולח הודעת SMS לצרכן בחתך של המסלולים הכשרים, יוטעה לחשוב כי בפועל נשלחה ההודעה, ואף בעניין זה יופיע על הצג של בעל המנוי הרגיל (ששלח את ההודעה) כי הודעתו נשלחה למנוי הכשר. זאת למרות, שהודעה זו לא תגיע ליעדה (למנוי הכשר) לעולם, בהיותו בעל מנוי במסלול הכשר. מילא בכך די. אלא המשיבות מוסיפות חטא על פשע ונוהגות כך:

3.2.1. למרות שהמשיבות יודעות היטב כי הודעת SMS לא יגיעו לעולם לצרכן בעל מסלול כשר – חרף זאת לא מצאו המשיבות לחסום שירות שליחת הודעות SMS למסלולים/קומות כשרים (כפי שעשתה חברת פלאפון):

3.2.1.1. כלומר ישנה הטעיה **כפולה**; **הראשונה**: צרכן בעל מנוי רגיל אשר שולח SMS לצרכן כשר מופיע לצרכן הרגיל על צג הטלפון לאחר שליחת ההודעה: "**ההודעה נשלחה**", בעוד האמת היא שהודעה לא תופיע ו/או תתקבל אצל הצרכן הכשר לעולם;

3.2.1.2 **השנייה:** המשיבות אף גובות בעבור שליחת ה SMS במקרה כאמור, כאילו השרות סופק לצרכן ובסכום ממוצע של 0.45 אג' להודעה.

זוהי הסוגיה של בקשה ותובענה זו.

ב. כללי;

המסלול "כשר"; "מאושר":

4. בחודש מרס 2005 החלה משיבה 2 (להלן: "מירס") לשווק מסלול "כשר" שנועד ברובו לציבור החרדי. למעשה מסלול זה מיוחד משאר המסלולים המוצעים אצל המשיבות בכך שהמסלול אינו יכול כלל **לשולח** ואינו יכול כלל **לקבל** הודעת מיסרונים (SMS) וכן אינו תומך בשרותי תוכן. דהינו, המסלול הכשר הינו: **קבלת שיחות נכנסות והוצאת שיחות יוצאות בלבד** (פרט לפונקציות שיש במכשיר עצמו כמו: מחשבון וכו').
5. לצורך זה, "הכשירה" מירס מספר מגוונים של טלפונים התומכים ועונים על הדרישות של "טלפון כשר" (להלן: "טלפונים כשרים"). כך למשל, בטלפון כשר, אין בפונקציות הטלפון הכשר גישה **טכנית:** "להודעות" "אינטרנט" ולכל מסרי תוכן שנאסרו ע"י ועדת הרבנים.
6. למען השלמות יצוין, כי במסלולים הכשרים לא ניתן להפעיל את המסלול הכשר מבלי שהצרכן רוכש Simcard כשר ביחד עם מכשיר כשר בלבד. במקרה שצרכן ירכוש Simcard כשר בלבד ונסה לשלבו עם **מכשיר** שאיננו כשר מייד במצב זה ה Simcard יחסם.
7. מסלול זה קיבל את אישור של ועד הרבנים לענייני תקשורת (להלן: "**ועד הרבנים**") ובכך הוכתר כמסלול: "כשר" "מאושר".
8. בעקבות כך, ובהמשך, בחודש אוגוסט 2005 קיבלה המשיבה 1 (להלן: "**סלקום**") אישור אף היא מועד הרבנים לשווק מסלול כשר באותו מתכונת של מירס.
9. בחודש פברואר 2006 קיבלה משיבה 3 (להלן: "**פרטנר**") אף היא את אישורו של ועד הרבנים, והחל לשווק מסלולים כשרים באותה מתכונת כאמור לעיל.

רצ"ב קטעים פרסומיים להבהרת התוכניות הכשרות מסומן כנספחים "א"

10. אין חולק כי שירותי sms נתון בשנים האחרונות בצמיחה מואצת, בייחוד לאור העובדה כי מדובר במסירת שרות תוכן ענייני.

רצ"ב העתק הסכם התקשורות במסלול כשר אצל המשיבות מסומן כנספח "ב"

11. לקידום המסלול הכשר אף הקצו המשיבות – כל אחת מהן – קומה שלמה של סדרת מספרים כדלקמן:

11.1. סלקום: קומה שמתחילה במספר 052/76;

11.2. מירס: קומה שמתחילה במספר 057/31;

11.3. פרטנר: קומה שמתחילה במספר 054/84;

11.4. פלאפון: תקשורות בע"מ (להלן: "פלאפון")
הקצתה קומה כשרה שמתחילה במספר 050/41;

(להלן: "הקומות הכשרות ו/או הקומה הכשרה")

12. כבר עתה יצוין, כי בעקבות תלונות רבות של צרכנים על התופעה שמעסיקה את בקשה זו, התקיים דיון ביום 22/11/06 בוועדת הכנסת, בו עלו על סדר היום שתי הסוגיות הבאות וכלשונו של יו"ר הוועדה מר משה כחלון:

"שלום לכולם, אני פותח את ישיבת ועדת הכלכלה. על סדר-היום בקשה לדיון של חבר הכנסת אלי אפללו, בנושא: חסימת מיסרונים (SMS) ברשת הסלולרית, לבקשת לקוחות.

חבר הכנסת אפללו ביקש לקיים את הדיון על רקע תלונות של צרכנים אשר מודיעים שהם מבקשים לא להיות מחוברים ל-SMS, והם לא נענים. נוצר מצב שלקוח שולח למישהו SMS, אותו אדם שלא מחובר לא מקבל את זה, והשולח לא יודע אם ההודעה התקבלה או לא התקבלה משום שלא מופיע אצלו איתות או מסר שאותו לקוח ששלח אליו את ה-SMS, איננו מחובר.

זה יוצר מצב שבו שולחים עשר פעמים SMS לאותו לקוח, ולא יודעים מה קורה, או שבטוחים שההודעה הגיעה ליעדה, מצפים להמשכיות, וזה לא קורה.

הבקשה פה היא ליצור מנגנון לפיו אותו אדם ששלח את ה-SMS, יקבל תשובה. כפי שיש הודעה "השיחה נכשלה", או הודעה שאדם לא מחובר - כפי שקיים במענה קולי - אותו אדם יידע שהמיסרון לא הגיע.

הסוגיה השנייה - שהיא לא פחות חשובה - זה נושא התשלום. אתה שולח למישהו SMS, הוא לא מחובר, ואתה משלם עבור השירות הזה, כאשר למעשה אתה לא מקבל אותו. ההודעה יצאה, אבל היא לא נקלטה ואין שום סיכוי שהיא תיקלט משום שאותו אדם איננו מחובר.

אנחנו פנינו לחברות, אני מניח שנקבל פה תשובות. לפני כן, נאפשר למציע, חבר הכנסת אפללו, להציג את הדברים."

העתק פרוטוקול הועדה רצ"ב כנסת "ג"

ב. רקע עובדתי

13. המבקש 1, (להלן: "אטיאס") הינו אזרח ישראל, לקוח של סלקום במסלול רגיל (במובן זה, שאטיאס יכול לשלוח הודעת SMS) בקו שמספרו 052/6444449;
- 13.1 בעבור תעריף שרות זמן אויר בגין שליחת הודעת SMS (מסלקום לסלקום) גובה סלקום סך של כ 41 אג', וכן סך של 3 אג' בגין חיוב תעריף למפעיל אחר המוגדר 'כתוספת דמי קישורית' (להלן: "דמי קישורית").
14. המבקש 2, (להלן: "פוגל") הינו אזרח ישראל, לקוח של פרטנר במסלול רגיל (במובן זה, שפוגל יכול לשלוח הודעת SMS) בקו שמספרו 054/530/1000;
- 14.1 בעבור תעריף שרות זמן אויר בגין שליחת הודעת SMS (מאורנג' לאורנג') גובה אורנג' סך של כ 40 אג', וכן סך של 0.03 ₪ בגין חיוב תעריף למפעיל אחר המוגדר 'כתוספת דמי קישורית'.
15. המבקש 3, (להלן: "לוי") הינו אזרח ישראל, לקוח של מירס במסלול רגיל (במובן זה, שלוי יכול לשלוח הודעת SMS) בקו שמספרו 057/5494621;
- 15.1 בעבור תעריף שרות זמן אויר בגין שליחת הודעת SMS (ממירס למירס) גובה מירס סך של כ 31 אג', וכן סך של 0.03 ₪ בגין חיוב תעריף למפעיל אחר המוגדר 'כתוספת דמי קישורית'.
16. יחד עם בקשה זו הגישו המבקשים תביעה כנגד המשיבות (להלן: "התביעה"), בשל הטעיה שביצעה ו/או מבצעות המשיבות באופן בו מחייבות את ציבור לקוחותיה בגין שליחת הודעות SMS המתבצעות ממנויים רגילים לחתך המנויים הכשרים.

17. כפי שיפורט להלן, המשיבות יצרו מצגי שווא והטעתו את המבקשים כמו גם את ציבור לקוחותיה להאמין כי כל שליחת SMS בה מחויב המבקשים – נשלחות לייעודן. כך הפרו המשיבים את הוראת סעיף 2 א' לחוק הגנת הצרכן תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") תוך שהם מטעים את לקוחותיהם ומעודדת אותם להשתמש בשרות זה, ובכך מסבות המשיבות נזק כספי לצרכנייה.
18. כאמור בכותרת הבקשה, בית המשפט הנכבד יתבקש בבקשה זו לאשר למבקשים להגיש את תביעתם האישית כנגד המשיבים, כתובענה ייצוגית.

1.ב. התופעה;

19. המבקשים נדהמו לגלות כי החל מאז שהחלו המשיבים לשווק את המסלולים הכשרים מופיעה התופעה הבאה:
- 19.1. המבקשים שולחים הודעת SMS למסלולים **כשרים** של המשיבות וראה זה פלא: על צג המסך של המבקשים מופיע: "**ההודעה נשלחה**". דהינו טול לדוגמא מקרה בו צרכן שולח הודעה חשובה מאוד, ובהתאם לאמור, מבחינתו של אותו צרכן: "**ההודעה נשלחה**" בעוד בפועל ההודעה לא נשלחה ובכל מקרה אינה יכולה להגיע ליעדה המבוקש.
- 19.2. מילא רק מטעות המשיבות את הצרכנים כאמור לעיל. אלא שלא זו אף זו; המשיבות גובות וגבו מאת המבקשים ועוד מאת מיליוני צרכנים בעבור שליחת הודעת SMS (כאשר היעד הינו צרכן במסלול כשר) בתשלום ממוצע של 45 אג' וזאת מתוך הנחה ודאית לצרכן כי השירות סופק, שאחרת למה הוא מחויב בתשלום;

חברת פלאפון אינה מטעה את הציבור – החל מיום 22/11/06 ואו בסמוך לכך:

20. אכן, חברת פלאפון (שאיננה נתבעת) ובעטייה של התופעה ובעטיו של דיון בכנסת מיום 22/11/06 כאמור לעיל, חסמה את השירות במובן זה שצרכן בעל מסלול רגיל ששולח הודעת SMS לצרכן כשר מופיע על צג המסך: "**השליחה נכשלה**".
21. כך גם, ובאופן חלקי חסמה חברת פרטנר את השירות האמור – לאור פנייתו של פוגל – במובן האמור:
- 21.1. פרנטר בעל מנוי רגיל לא יכול לשלח לפרטנר בעל מנוי **כשר**, ועל צג המסך יופיע: "**השליחה נכשלה**";

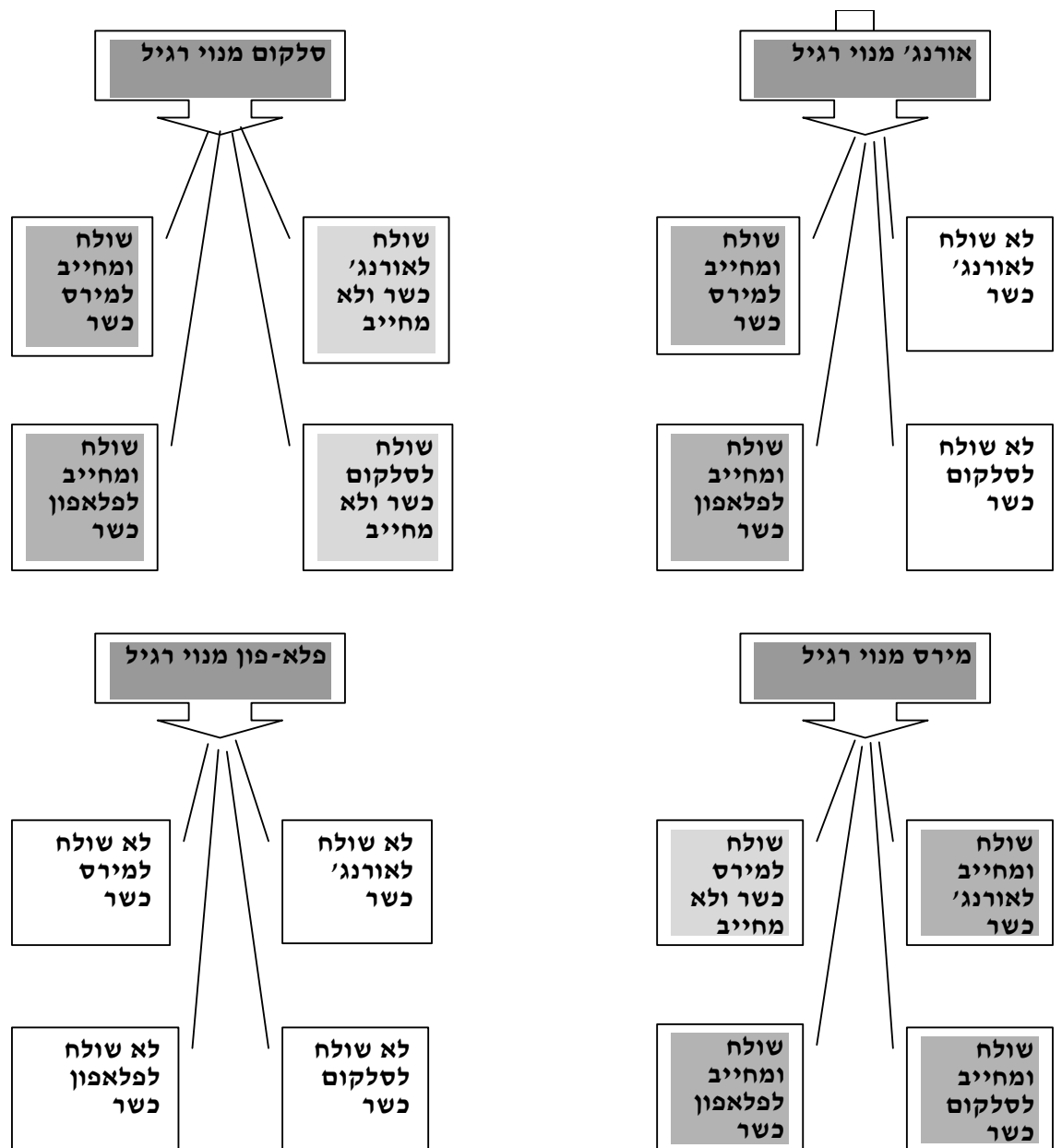
21.2. פרטנר בעל מנוי רגיל לא יכול לשולח לסלקום בעל מנוי כשר, ועל צג המסך יופיע: "השליחה נכשלה";

אולם יחד עם זאת פרטנר לא סגרה את מתן השירות במקרים כדלקמן:

21.3. פרטנר בעל מנוי רגיל יכול לשולח למירס בעל מנוי כשר, ועל צג המסך יופיע: "ההודעה נשלחה";

21.4. פרטנר בעל מנוי רגיל יכול לשולח לפלאפון בעל מנוי כשר, ועל צג המסך יופיע: "ההודעה נשלחה";

22. להלן סקיצה של תיאור המצב:



ב.2. חשיפת החיוב בפועל;

23. כפי שיתואר להלן, מבדיקת חשבונות הטלפון גילו המבקשים כי חיובו בעבור שירות SMS למסלולים כשרים הכל כמופרט להלן:

23.1. **אטיאס:** סך של 1,91 ₪ בגין שליחת הודעות SMS למנויים כשרים.

העתק החשבונית רצ"ב כנספח "ד"

23.2. **פוגל:** סך של 0.80 ₪ בגין שליחת הודעות SMS למנויים כשרים.

העתק החשבונית רצ"ב כנספח "ה"

23.3. **לוי:** סך של כ 90 אג' בגין שליחת הודעות SMS למנויים כשרים.

העתק החשבונית רצ"ב כנספח "ו"

ב'3. ההטעיה;

24. במקרה זה, ההטעיה של הקבוצה הינה **כפולה** :

24.1. **האחת:** ההטעיה בדבר העובדה שכל צרכן ממסלול רגיל השולח הודעה לצרכן ממסלול כשר בטוח הוא כי הודעת SMS ששלח הגיעה ליעדה ואף הודיע את התוכן הנשלח לאור העובדה שעל צג המסך מופיע בעת שליחת ההודעה: **"ההודעה נשלחה"**;

24.2. **השנייה:** המשיבים מוספים חטא על פשע וגובים את עלותו של השרות הנשלח לכאורה בעוד המשיבים יודעים כי השירות לא נשלח ולא ישלח לעולם לצרכן הכשר;

ג. המסגרת הנורמטיבית:

1.ג. כללי:

25. חוק תובענות ייצוגיות – שנכנס לתוקף בעת האחרונה – נועד להסדיר באופן ממצה את הדינים החלים על הגשת תביעות ייצוגיות בישראל.
26. המטרות שביסוד החוק מפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של **"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"**, **"מימוש זכות הגישה לבית המשפט"**, **"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין"** וכן **"ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות"**.
27. חוק תובענות ייצוגיות מתיר הגשת תביעה ייצוגית בעניינים המנויים בתוספת השניה לחוק, או בעניינים בהם נקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית. כאמור בסעיף 3(א) לחוק:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית"

28. התוספת השניה לחוק כוללת רשימה של עילות בהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית. לענייננו, העילה הקבועה בסעיף 1 לתוספת היא הרלוונטית:

"תביעה כנגד עוסק, בהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה בין אם לאו".

29. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר כיום הגשת תובענות ייצוגיות כנגד עוסק בקשר "לעניין שבינו לבין לקוח". המדובר במצב מרחיב לעומת המצב החקיקתי טרם חקיקת החוק החדש, עת ניתן היה להגיש תביעות ייצוגיות מכוח חוק הגנת הצרכן בלבד.
30. לעניין הגבלת האפשרות להגיש תביעות ייצוגיות לדברי חקיקה הכוללים הוראות ספציפיות בנושא ראה רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ פ"ד נז (3) 220.
31. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את רשימת הזכאים להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית. לענייננו, רלוונטי סעיף 4(א)(1) לחוק:

"אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

32. כלומר, על מנת להיות זכאי להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית, על המבקשים להצביע על קיומה של עילת תביעה באחד העניינים המנויים בתוספת השניה, וכן להראות כי התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים.

33. וליישום לענייננו, על המבקשים להראות כי עומדת להן עילת תביעה כנגד המשיבות, וכי עילת התביעה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט לכלל חברי קבוצת התובעים.

34. בהקשר להוכחת הנזק, החוק קובע כי די בהוכחת גרימה של נזק ברמה **לכאורית**. כאמור בסעיף 4(ב)(1) לחוק:

“בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן 1(א) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק.”

35. סעיף 20(ה) לחוק קובע במפורש כי הגם שאין לפסוק פיצוי בתביעה ייצוגית ללא הוכחת נזק, הרי שאין מניעה לתבוע פיצוי בגין נזק שאינו ממוני:

“בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני.”

36. התנאים לאישור תביעה ייצוגית מנויים בסעיף 8(א) לחוק, הקובע כי:

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

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

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;

קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.”

37. בהתאם להוראות שפורטו לעיל, הרי שהדיון משלב זה יחולק לשני שלבים. **בשלב הראשון**, נראה כי עומדת למבקשים עילת תביעה אישית כנגד המשיבות, וכי נגרם להם לכאורה נזק ממוני כמו גם נזק שאינו ממוני. **בשלב השני**, נעמוד על התקיימות התנאים לאישור התביעה כייצוגית ע"פ הוראות סעיף 8 לחוק.

2.ג. קיום עילת תביעה אישית

38. למבקשים בבקשה זו עומדת עילת תביעה אישית כלפי המשיבות מכוח דברי חקיקה רבים, ובכלל זאת חוק החוזים, חוק הגנת הצרכן, חוק עשיית עושר ולא במשפט, ופקודת הנזיקין.

2.1.ג. קיום עילת תביעה חוזית

39. המבקשים יטענו כי המשיבות הפרו כלפיהם את חוזה ההתקשרות – בין שנאמר בו ובין מכללא - בין הצדדים בכך שגבו מהם כספים בגין מתן שרות שלא סופק למבקשים ובכך הטעו את המבקשים פעמיים:

39.1. **האחת:** הטעיה כי סופק להם שרות שליחת הודעות SMS למנויים שאינם תומכים בשרות האמור תחת שהמשיבות אשלו את המבקשים כי ההודעות ששלוחו הגיעו ליעדן;

39.2. **השניה:** גבית כסף בגין שרות שליחת הודעות SMS וזאת מבלי שניתן בפועל אותו שרות.

40. כידוע, חוזה ההתקשרות בין המבקשים והמשיבות כפוף להוראות הדין הכללי. באמור לעיל, הפרו המשיבות את הוראות ההתקשרות שבין המבקשים למשיבות.

העמודים הרלוונטיים מחוזי ההתקשרות עם המשיבות יצורפו עם קבלתם מהמשיבות.

3.1.ג. עילת תביעה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה

41. סעיף 63 לפקודת הנזיקין קובע באופן הבא:

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

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו

פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג
או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני."

42. לעוולת הפרת חובה חקוקה חמישה יסודות (ראה ע"א 145/80 ועקנין נ'
המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, בעמ' 139): (א) קיום 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 הנזקים אליו נתכוון החיקוק.

43. לענייננו, אין ספק כי המשיבות הפרו את חובתם ע"פ דין ובכלל זה סעיף
2 ו 4 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן").

4.1.ג איסור הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן

44. סעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן, קובע איסור הטעיה - כדלקמן:

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

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

(2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;

(3) מועד ההספקה או מועד מתן השירות;

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

"....."

45. מן האמור לעיל אין ספק כי מסירת מידע מטעה בדבר מתן שירות שלא
ניתן – ולייתר דיוק לא יכול להינתן לעולם – מהווה עניין מהותי בעסקה
שבין המשיבות לבין לקוחותיה.

46. כן יצוין סעיף 2(ג) לחוק הגנת הצרכן, הקובע:

"הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומת."

47. המסגרת הנורמטיבית של בחינת עילת תביעה שעניינה הטעיה, נקבעה
ברע"א 2837/98 ארד נ' בזק, פ"ד נד (1) 600, 607 כדלקמן:

"הטעיה היא הצהרה כוזבת. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות.

הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשניה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם."

48 . מן האמור לעיל עולה כי המשיבות, במעשה ובמחדל, הטעו את צרכניהם וביניהם המבקשים, הן לעניין העובדה כי לכאורה ההודעות נשלחות ליעדן; והן לעניין העובדה כי המשיבים גבו מצרכניהן, ובכלל זה, המבקשים, עלות עבור שליחת ההודעת SMS מבלי שניתנה בעבורן כל שרות.

49 . על ארון הציבור בפרסומי חברות תקשורת כבר נאמר בת.א. (ת"א) 3266/98 **נועם קדם נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ** (פורסם במאגר המשפטי הישראלי – "נבו הוצאה לאור"), כי:

"יש להדגיש כי מדובר בבזק, שככל שהדבר נוגע לצרכן הישראלי, הרי שמדובר במוסד תקשורת שקיים רבות בשנים, מקרין אמינות וידע מקצועי בכל הנוגע לתעריפי שיחות טלפון. מדובר במומחה לעניינים אלה, שהנטיה היא להאמין לו. דבר שהתברר כטעות."

50 . והדברים יפים גם בענייננו על דרך ההיקש ואלו מדברים בעד עצמם.

מהי עוצמת הטעיה הנדרשת?

51 . יובהר, כי בהתאם לפסיקה אין להצביע בהכרח על הטעיה ממשית, די בעניין זה אם יציגו המבקשים כי המשיבות "עלולים" להטעות את הציבור.

52 . בע"א 1977/97 **יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת** פד"י נה 584 4, ו- דנ"א 5712/01 **יוסף ברזני נגד בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ ואח'**, פ"ד נו (6) 385 קבע הנשיא א' ברק (דאז) בכהאי ליסנא:

"חברתי השופטת שטרסברג-כהן קובעת בפסק-דינה כי יש בפרסומיה של בזק, לכאורה, דבר "העלול להטעות צרכן, בכל ענין מהותי בעסקה...". גישה זו מקובלת עליי. דוק, סעיף 2 לחוק אינו דורש הטעיה הלכה למעשה. כל שנאסר על-פיו הוא עשיית דבר "העלול להטעות צרכן".

מטרתו של איסור זה להבטיח כי הצרכן יקבל מידע מלא ואמיתי. האיסור שנקבע בסעיף 2 לחוק אינו איסור "תוצאתי"; הוא איסור התנהגותי".

העבירה הקבועה בסעיף 2 לחוק (ראו סעיף 23(א)(1) לחוק) אינה עבירה תוצאתית. אכן, מקובל עליי כי פרסומיה של בזק - שהובאו במסגרתם של ערעורים אלו – עלולים להטעות צרכן."

וכן להשלמה ראה את דברי כב' השופט חשין בהמשך פסק הדין עמ' 396 פסקה 10:

"האיסור איסור הוא על התנהגות, ועוסק עובר על לאו של איסור הטעיה גם אם דבר שהוא 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."

נטל והיקף ההוכחה הנדרשים לעניין הטעיה:

53. בית המשפט המחוזי בירושלים, בת.א. 1279/96 (י"ם- המ' 4005/96) עמוס גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק, דינים מחוזי כרך לב(1) 711, קבע כי כאשר עילת ההטעיה עולה ממסמכי העסקה אין צורך לדרוש הוכחת קיומה של הטעיה פוזיטיבית. כבוד השופט שטרסברג כהן חזרה על קביעה זו בפרשת ברזני:

"גם לו סברתי שלשם העמדת עילת התביעה של הצרכן נדרשת הטעיה בפועל ונדרשת הסתמכות על המצג, הייתי קובעת כי אין מקום לדרוש מן הצרכן הוכחה פוזיטיבית של הסתמכות כזו..."

54. לעניין היקף ההטעיה, ראוי לציין את החזקה אותה ביקשה כבוד השופט שטרברג כהן לאמץ בע"א ברזני, ואשר הושארה "בצריך עיון" בדנ"א ברזני:

"מקום שבו עוסק יצר מצג העלול להטעות צרכן, ומצג זה פורסם בהיקף נרחב מתוך מטרה שיגיע אל ציבור הצרכנים, נראה בצרכן אשר רכש את המצרך או השירות כמי שנחשף למצג ופעל על פיו והסתמך עליו..."

55. בנסיבות המפורטות לעיל, אין חולק כי הטעיית המבקשים בולטת כפי שצוינו בבקשה זו.

ג.2.5 חובת גילוי מטעם המשיבים על – פי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן:

56. בנוסף, המשיבים בעשותם את האמור לעיל הפרו באופן מופרש את האמור בסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן הקובע את חובת הגילוי של עוסק כדלקמן:

"4.

(א) עוסק חייב לגלות לצרכן —

(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;

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

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

אולם תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם, האיכות או התכונה או הפרט המהותי בנכס היו ידועים לצרכן.

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

57. בעניינו, המשיבות לא פעלו על-פי האמור בסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן במובן זה, שהודיעו למבקשים (ואת חברי הקבוצה) בדבר התופעה המפורטת בבקשה זו.

58. גם לאחר התרעות חזרות ונשנות וכן דיוני ועדת הכלכלה, כמפורט לעיל, לא ראו המשיבות, הצורך להודיע לחברי הקבוצה ולצרכנים בדבר התופעה, כך שחברי התופעה היו נזהרים ו/או מקטינים את נזקם. ניתן לומר כי המשיבות פעלו בעניין זה "בשיטת מצליח" לגבות כספים ולא בדין.

6.2.ג עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט

59. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט 1979 (להלן: "חוק עשיית עושר"), קובע באופן הבא:

"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 הזכיה, ואם ההשבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה".

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

60. לענייננו, התעשרו המשיבות על חשבון המבקשים כאשר גובה ההתעשרות הינו הסכומים אותם קיבלו המשיבות ו/או מי מטעמן בעבור שירות שלא סיפקו למבקשים, ולחברי הקבוצה.

רמת ההוכחה הנדרשת לאישור תובענה ייצוגיות:

61. באשר לרמת ההוכחה והשכנוע הנדרשת לעניין אישור תובענה כתובענה ייצוגית, נקבע על ידי כב' השופטת שטרסברג-כהן, בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו פ"ד נא 312, 329-330, כדלקמן:

"נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור

הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי.

62. הדברים שנאמרו בעניין מגן וקשת מתייחסים אמנם לתובענה ייצוגית בניירות ערך, אך יפים גם לבחינת תובענות ייצוגיות לפי חוק הגנת הצרכן.

63. נקבע אפוא, כי יש צורך במידת שכנוע סבירה, לכאורה, של עילת התובענה, על מנת שבית המשפט יכיר בתובענה כייצוגית.

64. מבחינת העובדות המפורטות בבקשה דנן והמסמכים התומכים בה, הרי שמתקיימת בענייננו מידת שכנוע סבירה, לכל הפחות, לגבי עילות התביעה, ולפיכך עונה הבקשה על דרישות החוק והפסיקה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית.

הנזקים השונים שנגרמו למבקשים בשל הפרות

65. בשל הפרת החובות השונות ע"י המשיבות, נגרמו למבקשים ראשי הנזק הבאים:

65.1. פגיעה חמורה בצורך לדעת האם שירות שליחת הודעות SMS נשלח ליעדו, ובכלל זה, עוגמת נפש, אובדן ידע, כעס וזלזול בשל ההטעיה המפורטת;

65.2. גביית כספים ע"י המשיבות בגין שירות שלא סופק;

66. לעניין ראש הנזק הראשון: הרי שהמבקשים מעריכים את נזקם החל מתאריך שיווק המסלול הכשר (מחודש מרס 2005) באופן כולל בסך של 250 ₪ לכל מבקש; הווה אומר רק בגין ראש נזק זה עותרים המבקשים בצוותא, בבקשה זו, למתן סעד כספי מאת המשיבות בסך של 750 ₪.

67. לעניין ראש הנזק השני:

- 67.1 . **בהתייחס לאטיאס:** סך של 1.91 ₪ כמפורט בחשבוניות שצורפה כנספח "ד". אולם, יודגש, כי אטיאס יבקש לחייב את סלקום בכל הסכומים שגבתה מאז שרכש המבקש את מכשירו דהינו חודש אוקטובר 2004 ;
- 67.2 . **בהתייחס לפוגל:** סך של 0.80 ₪ כמפורט בחשבוניות שצורפה כנספח "ה". אולם, יודגש, כי פוגל יבקש לחייב את פרטנר בכל הסכומים שגבתה מאז שרכש את מכשירו ;
- 67.3 . **בהתייחס ללוי:** סך של 93 אג' כמפורט בחשבוניות שצורפה כנספח "ו". אולם, יודגש, כי לוי יבקש לחייב את מירס בכל הסכומים שגבתה מאז שרכש את מכשירו ;
- 68 . לעניין הנוקים הבלתי ממוניים, הרי שנוקים מסוג זה הוכרו בפסיקה כבני תביעה.
- 69 . סעיף 2 לפקודת הנויקין מגדיר נזק באופן רחב כ- "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".
- בפסק-דינו של ביהמ"ש העליון בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' אלי גורדון, פ"ד לט(1) 113, נאמרו הדברים הבאים בהקשר להגדרת נזק (בעמ' 140):

"הגדרה זו רחבה היא הן לעניין הפגיעות הנזכרות ברישא והן לעניין אלה הנזכרות בסיפא .. היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי. לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג "נזק", שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי.

- 70 . כאמור, סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע במפורש כי אין מניעה לתבוע בתביעה ייצוגית פיצוי בגין נזק שאינו ממוני :

"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני."

71. נוסף על הוראת סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי שנוזקים בלתי ממוניים כבתביעה דנן הוכרו כראויים להיתבע במסגרת תביעה ייצוגית גם בפסק-דינו של ביהמ"ש העליון **בעניין תנובה** (פסקה 11 לפסק-דינה של כב' השופטת נאור):

"החזרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט... אינני סבורה שעלינו לקבוע, כי רק נזק ממוני יכול להצדיק תביעה ייצוגית. לתובע נגרם, לכאורה, נזק לא ממוני שאיננו עניין של מה בכך, ודי בכך כדי להכשיר את תביעתו כתביעה ייצוגית."

ד'. דרישות הסף לתביעה ייצוגית על פי חוק תובענות ייצוגיות

72. חוק תובענות ייצוגיות ביטל את פרק ו' 1 לחוק הגנת הצרכן, אשר עסק בתובענות ייצוגיות, וקבע מספר דרישות סף לאישור תובענה כתובענה ייצוגית.

73. כאמור, סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי:

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

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

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;

קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

74. כמו כן, יובהר, כי בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות תפקידו של בית המשפט הנכבד הוא להגדיר את קבוצת התובעים, כאמור בסעיף 10(א) לחוק בו מצוין כי **"אשר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה"**.

75. לעניין זה יטען המבקש כדלקמן:

- 75.1 . כאמור לעיל, המבקש הינו בעל עילת תביעה כנגד "עוסק" על פי הגדרתו בחוק הגנת הצרכן, המעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל החברים בקבוצת צרכני המשיבות אשר שלחו הודעות SMS בתקופה הרלוונטית למנויים כשרים.
- 75.2 . המבקש הראה כי נגרם לו נזק, ולו לכאורה.
- 75.3 . התנאי השני הוא כי התובענה הייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכריע בסכסוך בנסיבות העניין: בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין את המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1, והכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית המשפט", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" וכן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".
- 75.4 . כמו כן, יש בהגשת תביעה ייצוגית זו בכדי לתרום משמעותית להרתעתן של המשיבות – ומעולים כדוגמתן – מלפגוע בצורה כה חמורה בציבור במקרים כדוגמת המקרה נשוא תובענה זו.
- 75.5 . מעיון בפנקס התובענות הייצוגיות עולה, כי לא הוגשה תובענה ייצוגית בסוגיא שבנדון.
- 75.6 . למבקש ולבאי-כוחו הכישורים הנדרשים לפעול במידת המקצועיות, הרצינות והחריצות הראויה, ולנהל את התובענה, עבור כל חברי הקבוצה, ביעילות ובהגינות.
- 75.7 . באשר לחברי הקבוצה, המדובר בציבור הצרכנים של המשיבות אשר שלחו הודעות SMS למנויים כשרים ובפועל הודעתיהן לא נשלחו, כאמור לעיל.
- 75.8 . לעניין דרישת תום-הלב, הרי שתביעה זו הוגשה בתום-לב בידי אזרחים אשר נפגעו ממעשיהם של המשיבות ומעוניינים לזכות בפיצוי המגיע להם וכן לפעול על מנת להרתיע את המשיבות מפני מעשים דומים בעתיד; חרף שוועדת הכנסת כבר ביום 22/11/06 התריע בפני המשיבות.
- 76 . באשר לפיצוי: "דרך המלך" במתן סעד במסגרת תביעה ייצוגית הינה באמצעות פסיקת פיצוי אינדוידואלי לכל חבר בקבוצת התובעים.
- 77 . בהקשר זה, קובע סעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות באופן הבא:
- "(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד

שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי
הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן
שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או
לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד
אחר;

(3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של
כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק
על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על
תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר
חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום
שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא
הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו
את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי
או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת
סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על
העברתה לאוצר המדינה.

78. החוק קובע מנגנון גמיש במסגרתו יהא רשאי ביהמ"ש לקבוע כיצד ניתן
יהיה להוכיח את נזקם האישי של החברים בקבוצה, כאשר בהתאם
לסעיף 20(א)(3) יתרת הכספים – אשר לא יידרשו – תועבר לאוצר
המדינה.

79. לחליפין, במידה ויתגלו קשיים באיתור חברי קבוצת התובעים, ניתן
יהיה ליישם את עקרונות "הפיצוי לטובת הציבור" הקבועים בסעיף 20(ג)
לחוק:

*"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם,
אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את
התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן
כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי
שימצא לנכון בנסיבות הענין."*

80. פסיקת סעד לטובת הציבור הוכרה גם כסעד ראוי בפסק-דינה של כבוד השופטת נאור בענין תנובה נ' ראבי (בעמ' 687):

“שאלת הסעד ושאלת הגדרתה של “הקבוצה” הן שאלות שיש ביניהן, כפי שנראה, קשר גומלין הדוק. בית המשפט עמד בצדק על כך שאין דרכם של צרכנים לשמור קבלות בגין רכישת החלב, ויהיה קושי במשפט עצמו בהבאת ראיות בידי תובעים פוטנציאליים. נראה לי שפתרון אפשרי לקושי בזהווי חברי הקבוצה שסביר שאכן יתעורר הוא שייקבע פיצוי לטובת הקבוצה או לטובת הציבור...”

לבית המשפט סמכות רחבה לקבוע את הסעד, ועמדתני היא שגם בתביעות לפי חוק הגנת הצרכן ניתן לקבוע סעד לטובת הציבור או סעד לטובת הקבוצה.”

הנזק של הקבוצה

81. יצוין כי אין בידי המבקשים כיום נתונים לגבי מספר הצרכנים המדויק שסבל מהפרות המשיבות. אולם, אין ספק כי מדובר במאות מיליוני צרכנים, הפזורים בכל רחבי המדינה.

82. לעניין זה, המבקשים יעתרו להתיר להם לצרף חוות דעת מומחה לצורך בחינת שאלת הפיצוי, במידת הצורך שתתבקש, לאחר קבלת נתונים מדויקים.

83. יחד עם זאת, ובכדי להבין את הממדים האדירים יצוין, כי נכון לשנת 2003 ובהתאם לנתונים המופעים בחוות דעת של משרד התקשורת, אגף כלכלה ותקציב, בנושא “תעריפי קישור גומלין בעניין השלמת שיחה ו-SMS לרשת הרט”ן” היקף המנויים הינם:

“על פי הערכות בשוק התקשורת שיעור החדירה של מכשירי רט”ן בישראל נכון לסוף שנת 2003 הינו קרוב ל 98 מכשרים ל 100 תושבים, כאשר סך המנויים של כלל מפעילי הרט”ן לסוף שנת 2003 עומד על כ 6,635,000 מנויים². לפי הערכות אלה, חברת פלאפון מחזיקה כ 29%

² ישנם פרטים המחזיקים יותר ממכשיר רט”ן אחד.

מהשוק, חברת סלקום מחזיקה כ 35% מהשוק חברת פרטנר מחזיקה
כ 32% מהשוק וחברת מירס מחזיקה כ 4% מהשוק³."

*העתק תעריפי קישור גומלין בעניין השלמת שיחה ו-SMS לרשת הרט"ן רצ"ב
כנספח "ז"*

84 . מפנייתו של הח"מ למשרד התקשורת, עולה כי כיום פעילים 8,403,765
מנויים נכון לשנת **2006** דהינו צמיחה של כ 30% מזו של שנת 2003.

העתק הנתונים רצ"ב כנספח "ח"

85 . ממש ביום 17/9/07 פורסמה כתבה באשר לתופעה דומה כאמור בעיתון
"ידיעות אחרונות", מדור כלכלה (עמ' ראשי וכן ראה עמוד 7). בכתבה זו
פורסם שבערב ראש השנה נשלחו כ 15 מיליון הודעות. **כן ציון בכתבה זו,
כי ביום רגיל נשלחות כ 5 מיליון הודעות SMS.**

86 . אין חולק כי מדובר בכמויות אדירות של שליחת הודעות SMS בכל יום.

העתק הכתבה רצ"ב כנספח "ט"

86.1 . בהמשך, בכדי לנסות ולעמוד את גודל הקבוצה ואת הנזק
שנגרם להם, ניתן לעיין בהמשך במסמך של משרד התקשורת,
אגף כלכלה ותקציב, בנושא "תעריפי קישור גומלין בעניין
השלמת שיחה ו-SMS לרשת הרט"ן" מיום 28.7.04. על פי
מסמך זה עמוד 25 – 27, הסתכמו הכנסותיהן של כל חברות
הסלולאר **מדמי קישורית** – שמדובר בעמלה של כ 3 אג' –
בהודעת SMS (פרנטר; מירס; סלקום פלאפון) הינו בסך של
בסך של 100 מליון שקל לשנה⁴.

86.2 . **אם כך הם פני הדברים, בדבר הרווחים שהפיקו חברת
הרט"ן רק בעבור דמי קישורית (ב SMS) המבקשים מערכים
(באופן צנוע ביותר) כי הרווחים בכלל – דהינו בגין הודעות
יוצאות ונכנסות – סך של 300 מליון שקל בשנה לחברות
הרט"ן.**

העתק מסמך אגף הכלכלה ותקציב במשרד התקשורת מצורף כנספח "י".

³ על פי הערכות להן התפלגות המנויים לסוף שנת 2003 : פלאפון 1,955,000 מנויים, סלקום כ 2,330,000 מנויים, פרטנר כ 2,100,000 מנויים, ומירס כ 250,000 מנויים (מתוך תשקיף חברת בזק 5/04).
⁴ מדובר בנתונים נכונים לשנת 2003.

87. **בהנחה** כי העלות הכנסות של חברות הסלולאר בישראל לא ישתנו מאז שנת 2003 הרי שמדובר ברווח של כ 750 מליון ₪ בהתחשב מאז מרס 2005 (מועד ההשקה של התוכנית "כשר") ועד ליום זה, מדובר בכשנתיים וחצי.

88. לאור האמור ניתן לנסות ולהעריך את נזקם של חברי הקבוצה על פי הנתונים דלעיל:

89. **בהתייחס לראש נזק הראשון – נזק שאינו ממוני:**

89.1. הקבוצה שנפגעה הינם (בהפחתת מנויי חברת פלאפון) כ 6,000,000 מנויים;

89.2. ניתן לנסות ולהעריך כי כ 15% מהמנויים נפגעו מהפרות המשיבות, דהינו כ 900,000 מנויים (כל זאת אומדנא);

89.3. לאור האמור, סכום התביעה לכלל הקבוצה בראש נזק זה הינו מוערך בסך של 22,500,000 ₪ (עשרים ושתיים וחמש מאות מליון שקל) – בגין נזק לא ממוני.

90. **בהתייחס לנזק הממוני:**

90.1. כאמור, הקבוצה שנפגעה הינם (בהפחתת מנויי חברת פלאפון) כ 6,000,000 מנויים ששולחים כ 3,550,000 הודעות SMS ליום (בהתחשב בנתונים שפורסמו בכתבה בעיתון ידיעות אחרונות, כאמור שהם כ 5 מליון הודעות SMS ביום, ובהפחתת 29% שהם מנויי חברת פלאפון);

90.2. כאמור, ניתן לנסות ולהעריך כי כ 15% מהמנויים נפגעו מהפרות המשיבות, דהינו כ 900,000 מנויים (כל זאת אומדנא) אשר הנזק לגביהם בגין הודעות SMS, נשוא הפרה, נמדד בכ 532,500 הודעות SMS ליום;

90.3. לאור האמור הנזק היומי של חתך הנפגעים מעורך בכ 213,000 ₪ ליום (532,500 מנויים בהכפלה של 0.40 אג' שהינו תשלום בעבור הודעות SMS).

90.4. לאור האמור הנזק השנתי הינו כ 64,000,000 ₪ (בחישוב 300 יום בהכפלת הנזק היומי).

90.5. אם כן הנזק מהתקופה הרלוונטית, כ 30 חודש (דהינו שיווק המסלול הכשר החל מחודש מרס 2005) הינו: 160,000,000 ₪ (מאה ושישים מיליון ₪).

91. **הנזק הממוני והלא ממוני הינו סך של 182,500,000 ₪ (מאה ושמונים ושתיים וחמש מאות מליון שקל).**

על הקשר הסיבתי

92. לעניין, הוכחת הקשר הסיבתי לכל אחד מחברי הקבוצה, יפים דברי כבוד השופט חשין בדנ"א ברזני (עמ' 424):

"בתרגום הדברים ובהחלתם על ענייננו: לו הייתה לברזני עילת תביעה אישית ... היה בית-המשפט רשאי לקבוע דרכים ראויות כנראה לו לדרכי הוכחתו של יסוד הקשר הסיבתי בין הפרסום המטעה לבין הנזק שנגרם לכל אחד מבני הקבוצה, לרבות לגבי הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מהם. וכלשון תקנה 9(א) הנזכרת: "...שכל חבר הקבוצה יוכיח את זכותו לסעד המבוקש באמצעות תצהיר, שבו יפרט את הנזק שנגרם לו". כך בתצהיר, וכהנחיית תקנה 9(ג) – גם בדרך אחרת שתיראה לבית-המשפט."

93. לנוחיות בית המשפט הנכבד, יובא להלן נוסח תקנה 9(ג) לתקנות הגנת הצרכן:

"9(ג) - על אף האמור בתקנת משנה (א) רשאי בית המשפט, לבקשת התובע, לפטור את חברי הקבוצה או חלקם מהגשת תצהירים אם ראה שבנסיבות הענין תכביד הגשתם יתר על המידה על חברי הקבוצה, ורשאי הוא להורות כי יוכיחו את הנזק בדרך אחרת שתיראה לו."

94. באותו פס"ד, ציין כבוד השופט חשין גם את דעתה של כבוד השופטת נאור (בדעת יחיד) בע"א 1337/97 **תנובה מרכז שיתופי לשיוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** נ' ראבי פ"ד נז (4) 678, כי יש לאמץ לחוק הגנת הצרכן הסדר המכונה "שיפוי ופיצוי מיוחד", המצוי בחוקים אחרים, במקרה בו הפיצוי הכספי אינו מעשי מסיבות שונות, או אז רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע בדרכי פיצוי מיוחדות כפי שימצא לנכון, ובלבד שהנתבע לא יחויב לשלם יותר מן הנזק שנגרם.

95. לעניין שיעור נזק שונה, נאמר כבר ע"י כב' השופטת שטרסברג – כהן ברע"א 378/96 **שגיא וינבלט נ' משה בורנשטיין** פ"ד נ"ד (3) 247, 269 כדלקמן:

"נראה כי שיעור נזק שונה לכל פרט בקבוצה איננו מהווה מחסום בפני תובענה ייצוגית, וקיימות דרכים להתמודד עם נושא זה."

96 . ובעניין דומה קבע כב' הנשיא (דאז), השופט אהרון ברק בע"א 4556/94
טצת נ' זילברשץ פ"ד מט (5) 774, 788 (להלן: "פרשת טצת") כדלקמן:

"הדרישה השניה הינה כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה. לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו- כגון נזק מיוחד- ניתן לבררו בשלה האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים."

97 . בנסיבות התביעה דנן, גודלה של הקבוצה ואנונימיות של חבריה מצדיקים את ניהול התובענה כתובענה ייצוגית. לאור האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע, כאמור, בהתאם לסעיף 10 לחוק תובענות ייצוגיות, כיצד להגדיר את קבוצת התובעים לצורך התובענה.

98 . בהקשר זה ראוי לציין את דבריו של כב' נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק בפרשת טצת, בעמ' 784, כדלקמן:

"ביסוד התובענה הייצוגית, עומדים שני שיקולים מרכזיים: האחד הגנה על אינטרס הפרט באמצעות מתן תרופה ליחיד שנפגע. אותו יחיד, ברוב המקרים, אינו טורח להגיש תביעה... השיקול השני, עניינו אינטרס הציבור. ביסוד אינטרס זה מונח הצורך לאכוף את הוראות החוק שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית יש ערך מרתיע. מפירי החוק יודעים כי לניזוקים יכולת פעולה כנגדם."

99 . סיכויי הצלחת התובענה - בספרו של המלומד ד"ר סיני דויטש "דיני הגנת הצרכן" בעמ' 392 מצוין תנאי נוסף לשם הכרה בתובענה ייצוגית כדלקמן:

"נוסף לארבעת התנאים המופיעים במפורש בסעיף 35 ב' התקבלה בפסיקה העמדה, לפיה יש לבדוק כתנאי חמישי את שאלת סיכויי התובענה הייצוגית לפני אישורה."

ובהמשך נאמר כדלקמן:

” בפסיקה שדנה בתובענות ייצוגיות נקבע כי אף ללא דרישה מפורשת בחוק יש לשקול את שיקולי הצלחת התובענה כחלק משיקול הדעת המופעל לשם אישורה. בחינת סיכויים אלה היא חלק משיקולי הוגנות התביעה (סעיף 35ב (3) לחוק).”

אולם יחד עם זאת צוין כי ”יש להפעיל דרישה זו בזהירות רבה, ואין לדרוש את הוכחת התביעה כבר בשלב האישור כדי לא להפוך את ”פרוזדור” האישור לדרך ללא מוצא.”

100. לאור כל האמור לעיל, לרבות הראיות החותכות לכאורה בדבר שלל הפרות והעילות שביצעו המשיבות, אין ספק כי לתובענה הייצוגית שאישורה מבוקש בבקשה זו קיימים סיכויים גדולים להתקבל.

ה. פיצוי מיוחד למבקש

101. בית המשפט הנכבד מתבקש, בהתאם לסעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, להורות על תשלום גמול לתובע המייצג על שום פעולתו לטובת כלל ציבור התובעים.

102. לנוחיות בית המשפט הנכבד, יובא להלן סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות:

”(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, לרבות בדרך של אישור הסדר פשרה, יורה על תשלום גמול לתובע המייצג, בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב), אלא אם כן מצא, מטעמים מיוחדים שיירשמו, שהדבר אינו מוצדק בנסיבות הענין.

(ב) בקביעת שיעור הגמול יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1) הטרחה שטרם התובע המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בפרט אם הסעד המבוקש בתובענה הוא סעד הצהרתי;

(2) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;

(3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.

(ג) בית המשפט רשאי, במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו –

(1) לפסוק גמול למבקש או לתובע המייצג אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית או שלא ניתנה הכרעה

בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, לפי הענין,
בהתחשב בשיקולים כאמור בסעיף קטן (ב);
(2) לפסוק גמול לארגון שהשתתף בדיונים בתובענה
הייצוגית לפי הוראות סעיף 15, אם מצא שהדבר
מוצדק לאור הטרחה שטרם והתרומה שתרום
בהשתתפותו בדיונים כאמור.

103. המבקשים יטענו כי לאור העובדה שלא שקטו על שמריהם, נטלן על עצמם את מלוא הסיכון הכרוך בהגשת התובענה וניהולה, כמו גם ולאור התועלת לחברי הקבוצה המונים את כלל לקוחותיה של המשיבות, שכן דומה שאין מנוי שאינו עורך ולו מספר שליחת הודעות SMS כמפורט בבקשה זו, והחשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, לאור המעמד המיוחד לו זוכות המשיבות מקדמא דנא ואף לאחר ההתראה שניתנה בוועדת הכנסת בדיון מיום 22/11/06, הרי שיש לפסוק למבקשים גמול מיוחד.

ו. שכר טרחת עוה"ד המייצגים בתובענה;

104. עד לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות היה נהוג כי שכר טרחת עורכי דין בתביעה ייצוגית נקבע כשיעור מסוים מסכום הזכייה (בכפוף לזכייה כאמור). שיטה זו לקביעת שכר הטרחה שיקפה את הגישה, לפיה חברי הקבוצה, הנהנים מעמלם של התובע המייצג ובאי כוחו, משתתפים בשכר טרחת עורך הדין בהתאם לגובה הסכומים בהם זכו, ומנגד - עורך הדין נוטל על כתפיו את הסיכון של אי זכייה בתיק. באופן זה מושגת אף התאמת אינטרסים, לא כל שכן נמנע ניגוד עניינים, בין כל חברי הקבוצה התובעת לבין עורך הדין.

105. בחוק תובענות ייצוגיות נקבע, בסעיף 23, כדלקמן:

"(א) בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור; בא הכוח המייצג לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט כאמור.

(ב) בקביעת שיעור שכר הטרחה של בא כוח מייצג לפי סעיף קטן (א), יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים אלה:

(1) התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה;

(2) מורכבות ההליך, הטרחה שטרם בא הכוח המייצג והסיכון שנטל על עצמו בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, וכן ההוצאות שהוציא לשם כך;

(3) מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית;

(4) האופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך;

(5) הפער שבין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה הייצוגית."

106. שיעור שכר טרחת עורך הדין ראוי שישקף את הסיכון שנוטל עליו עורך הדין, כאשר הוא משקיע את זמנו, מרצו ומשאביו בהכנת התביעה הייצוגית לפרטיה, ברמת שקידה התואמת את האחריות המוטלת על כתפיו בייצוג קבוצת תובעים כה גדולה, וזאת בידיעה כי הוא עלול לא לקבל כל שכר על עמלו, אם לא יזכה בתביעה.
107. בקביעת שיעור שכר הטרחה מכלל סכום הזכייה, יתבקש בית המשפט הנכבד להביא בחשבון את גודלה של קבוצת התובעים בתובענה נשוא בקשה זו, וכן את העובדה כי בא כח המבקש נוטל על כתפיו אחריות כבדה במיוחד של ייצוג משפטי, כמצוין לעיל.
108. כן ראוי, כי בשכר הטרחה תבוא לידי ביטוי התועלת הציבורית שתופק מפסק הדין, ככל שיתמוך בטענות התובע. התביעה הייצוגית כפי שכבר פורט לעיל הינה מכשיר ראשון במעלה לאכיפת החוק. העובדה, שאכיפת החוק בכלל, והנאת האזרח מיישומו בפרט, הן תולדה של מאמצי עורך הדין בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה- ראוי שתבטא בשיעור שכר הטרחה.
109. לא כל שכן שבענייננו, כאמור, נוכח היקפה של הקבוצה שנפגעה מפעולות ו/או מחדלי המשיבה, ואי היכולת המעשית של יחיד קבוצת התובעים לאכוף את זכותם מולן שלא בדרך של תובענה ייצוגית [וראה לעניין זה ולעניין פירוט הגורמים השונים המשפיעים על גובה שכר הטרחה המבוטא באחוזים מסכום הזכייה, בספרם של ג' לוטן וא' רז תובענות ייצוגיות (תשנ"ו) כרך א', בעמ' 367-368].
110. לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי שכר טרחת ב"כ המבקש יהיה בשיעור של 20% מכל סכום שיפסק לטובת הקבוצה שייצוגה מבוקש כאמור, בצירוף מע"מ כדין.

ז. סיכום

111. לאור כל האמור לכל, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ולהורות כמבוקש ברישא לבקשה זו, כדלקמן:
- 111.1. להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה;
 - 111.2. להורות על אופן פרסום ההחלטה ונוסחה, לרבות חיוב המשיבה בהוצאות הפרסום;
 - 111.3. לפסוק תשלום גמול מיוחד למבקש;
 - 111.4. לאשר את מנגנון שכר הטרחה לעוה"ד החתומים מטה, בהתאם למבוקש בבקשה זו;
 - 111.5. לחייב את המשיבה בתשלום הוצאות הבקשה בצירוף שכ"ט עורכי דין בצירוף מע"מ.

112. לבקשה מצורף תצהיר משותף מאת המבקשים בתמיכה ולאומות העובדות המפורטות בה.

113. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

ד"ר משה פוגל, עו"ד
ב"כ המבקשים

יום חמישי 18 אוקטובר 2007