

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 ואחי
(פרקליט מטפל: ד"ר משה פוגל)

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

התובעים

- 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

הנתבעות

מהות התביעה : כספית ;
סכום הסעד הספציפי לו עותרים התובעים : 753.61 ₪¹.

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

כתב תביעה

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

מוגשת בזאת תובענה ייצוגית על פי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006, אשר פורסם בספר החוקים ביום 12/03/06 (להלן : "חוק תובענות ייצוגיות").
וכן בהתאם לחוק חוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן : "חוק הגנת הצרכן")

א. אקדמת מילין:

1. עניינה של סוגיה זו, עוסקת בתופעה חמורה מטעם הנתבעות, 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.

בתמצית ובקליפת האגוז, עניינה של הסוגיה היא התופעה הבאה :

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

2.1. בין היתר, ייחודם של המסלולים "הכשרים" 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"):

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;

2.1.1. 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 "הכשר" לעולם. למעשה, בכך מיוחד המסלול הכשר משאר המסלולים אצל הנתבעות, שייעודו הינו: הציבור החרדי ו/או כלל הציבור הרוכש טלפון מסוג זה.

2.2. 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 הנתבעות מוסיפות חטא על פשע ונוהגות כך:

2.2.1. למרות שהנתבעות יודעות היטב כי הודעת SMS לא יגיעו לעולם לצרכן בעל מסלול כשר – חרף זאת לא מצאו הנתבעות 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**: הנתבעות אף גובות בעבור שליחת ה SMS במקרה כאמור, כאילו השרות סופק לצרכן ובסכום ממוצע של 0.45 אג' להודעה.

זוהי הסוגיה של תובענה זו.

ב. כללי

המסלול "כשר"; "מאושר":

3. בחודש מרס 2005 החלה נתבעת 2 (להלן: "מירס") לשווק מסלול "כשר" שנועד ברובו לציבור החרדי. למעשה מסלול זה מיוחד משאר המסלולים המוצעים אצל הנתבעות בכך שהמסלול אינו יכול כלל לשולח ואינו יכול כלל לקבל הודעת מיסרונים (SMS) וכן אינו תומך בשרותי תוכן. דהיינו, המסלול הכשר הינו: **קבלת שיחות נכנסות והוצאת שיחות יוצאות בלבד** (פרט לפונקציות שיש במכשיר עצמו כמו: מחשבון וכו').
4. לצורך זה, "הכשירו" מירס מספר מגונים 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.
5. 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.
6. מסלול זה קיבל את אישור של ועד הרבנים לענייני תקשורת (להלן: "**ועד הרבנים**") ובכך הוכתר כמסלול: "כשר" "מאושר".
7. בעקבות כך, ובהמשך, בחודש אוגוסט 2005 קיבלה נתבעת 1 (להלן: "**סלקום**") אישור אף היא מועד הרבנים לשווק מסלול כשר באותו מתכונת של מירס.
8. בחודש פברואר 2006 קיבלה נתבעת 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"

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

רצ"ב העתק הסכם התקשורת במסלול כשר אצל הנתבעות מסומן כנספח "ב"

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

10.1. **סלקום**: קומה שמתחילה במספר 052/76;

10.2. **מירס**: קומה שמתחילה במספר 057/31;

10.3. פרטנר: קומה שמתחילה במספר 054/84 ;

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

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

11. כבר עתה יצוין, כי בעקבות תלונות רבות של צרכנים על התופעה שמעסיקה את תובענה זו, התקיים דיון ביום 22/11/06 בועדת 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 מיסרוניס (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

12. התובע 1, (להלן: "אטיאס") הינו אזרח ישראל, לקוח של סלקום במסלול רגיל (במובן זה, שאטיאס יכול לשלוח הודעת SMS) בקו שמספרו 052/6444449;

12.1. בעבור תעריף שרות זמן אויר בגין שליחת הודעת SMS (מסלקום לסלקום) גובה סלקום סך של כ 0.41 ₪, וכן סך של 0.03 ₪ בגין חיוב תעריף למפעיל אחר המוגדר 'כתוספת דמי קישורית' (להלן: "דמי קישורית").

13. התובע 2, (להלן: "פוגל") הינו אזרח ישראל, לקוח של פרטנר במסלול רגיל (במובן זה, שפוגל יכול לשלוח הודעת SMS) בקו שמספרו 054/530/1000;

13.1. בעבור תעריף שרות זמן אויר בגין שליחת הודעת SMS (מאורנג' לאורנג') גובה אורנג' סך של כ 0.40 ₪, וכן סך של 0.03 ₪ בגין חיוב תעריף למפעיל אחר המוגדר 'כתוספת דמי קישורית'.

14. התובע 3, (להלן: "לוי") הינו אזרח ישראל, לקוח של מירס במסלול רגיל (במובן זה, שלוי יכול לשלוח הודעת SMS) בקו שמספרו 057/5494621;

14.1. בעבור תעריף שרות זמן אויר בגין שליחת הודעת SMS (ממירס למירס) גובה מירס סך של כ 0.31 ₪, וכן סך של 0.03 ₪ בגין חיוב תעריף למפעיל אחר המוגדר 'כתוספת דמי קישורית'.

15. כפי שיפורט להלן, הנתבעות יצרו מצגי שווא והטעתו את התובעים כמו גם את ציבור לקוחותיה להאמין כי כל שליחת SMS בה מחויבים התובעים – נשלחות לייעודן. כך הפרו הנתבעות 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 הנתבעות נזק כספי לצרכנייה.

16. כאמור בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, בית המשפט הנכבד יתבקש בבקשה לאשר לתובעים להגיש את תביעתם האישית כנגד הנתבעות, כתובענה ייצוגית.

ב.1. התופעה;

17. התובעים נדהמו לגלות כי החל מאז שהחלו המשיבים לשווק את המסלולים הכשרים מופיעה התופעה הבאה:

17.1. התובעים שולחים הודעת SMS למסלולים **כשרים** של הנתבעות וראה זה פלא: על צג המסך של התובעים 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.

17.2. מילא רק מטעות הנתבעות את הצרכנים כאמור לעיל. אלא שלא זו אף זו; המשיבות גובות וגבו מאת התובעים 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:

18. 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"**.

19. כך גם, ובאופן חלקי חסמה חברת פרטנר את השירות האמור – לאור פנייתו של פוגל – במובן האמור:

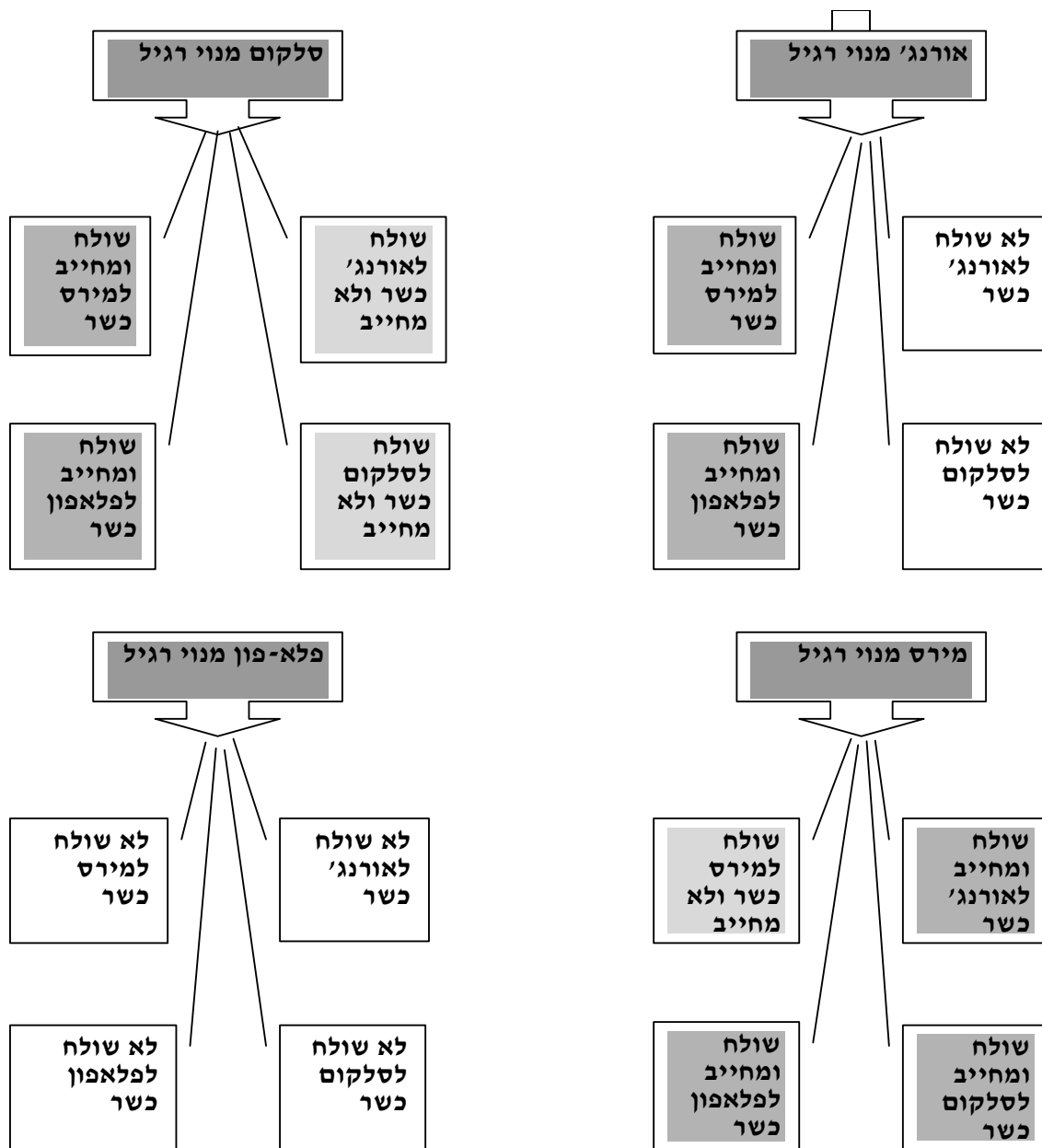
19.1. פרטנר בעל מנוי רגיל לא יכול לשלח לפרטנר בעל מנוי **כשר**, ועל צג המסך יופיע: **"השליחה נכשלה"**;

19.2. פרטנר בעל מנוי רגיל לא יכול לשלח לסלקום בעל מנוי **כשר**, ועל צג המסך יופיע: **"השליחה נכשלה"**;

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

19.3. פרטנר בעל מנוי רגיל יכול לשלח למירס בעל מנוי **כשר**, ועל צג המסך יופיע: **"ההודעה נשלחה"**;

19.4. פרטנר בעל מנוי רגיל יכול לשלח לפלאפון בעל מנוי **כשר**, ועל צג המסך יופיע: **"ההודעה נשלחה"**;



ב.2. חשיפת החיוב בפועל;

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

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

העתק החשבונית רצ"ב כנספח "ד"

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

העתק החשבונית רצ"ב כנספח "ה"

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

העתק החשבונית רצ"ב כנספח "ו"

ב'3. ההטעיה;

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

22.1. **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"**;

22.2. **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:

23. לתובעים בתובענה זו עומדת עילת תביעה כלפי הנתבעות מכוח דברי חקיקה רבים, ובכלל זאת חוק החוזים, חוק הגנת הצרכן, חוק עשיית עושר ולא במשפט, ופקודת הנזיקין.

ג.1.1. קיום עילת תביעה חוזית

24. התובעים יטענו כי הנתבעות 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 התובעים פעמיים:

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

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

25. כידוע, חוזה ההתקשרות בין התובעים והנתבעות כפוף להוראות הדין הכללי. באמור לעיל, הפרו הנתבעות את הוראות ההתקשרות שבין התובעים למשיבות.

העמודים הרלוונטיים מחוזי ההתקשרות עם הנתבעות יצורפו עם קבלתם מהנתבעות.

ג.1.3. עילת תביעה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה

26. 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 פירוש הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוג או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירוש הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירוש 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."

27. 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.

28. לענייננו, אין ספק כי הנתבעות 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

29. 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;

".....

30. 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 הנתבעות לבין לקוחותיה.

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

"הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומת."

32. 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."

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

34. על אמון 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."

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

מהי עוצמת הטעיה הנדרשת?

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

37. בע"א 1977/97 **יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת** פד"י נה 4, 584, 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. ודוק, 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 עלי 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:

38. 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 השופטת שטרסברג כהן חזרה על קביעה זו בפרשת ברזני:

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

39. 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..."

40. בנסיבות המפורטות לעיל, אין חולק כי הטעיית התובעים בולטת כפי שצוינו בתובענה זו.

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

41. 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."

42. בעניינו, הנתבעות לא פעלו על-פי האמור בסעיף 4 לחוק הגנת הצרכן במובן זה, שהודיעו לתובעים (ואת חברי הקבוצה) בדבר התופעה המפורטת בתובענה זו.

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

6.2.ג עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט

44. 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."

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

הנזקים השונים שנגרמו לתובעים בשל הפרות

46. בשל הפרת החובות השונות ע"י הנתבעות, נגרמו לתובעים ראשי נזק הבאים:

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

46.2. גביית כספים ע"י הנתבעות בגין שירות שלא סופק;

47. **לעניין ראש הנזק הראשון:** הרי שהתובעים 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 התובעים בצוותא, בתובענה זו, למתן סעד כספי מאת הנתבעות בסך של 750 ₪.

48. **לעניין ראש הנזק השני:**

48.1. **בהתייחס לאטיאס:** סך של 1.91 ₪ כמפורט בחשבוניות שצורפה כנספח "ד". אולם, יודגש, כי אטיאס יבקש לחייב את סלקום בכל הסכומים שגבתה מאז שרכש את מכשירו דהינו חודש אוקטובר 2004;

48.2. **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.

48.3. **בהתייחס ללוי:** סך של 93 אג' כמפורט בחשבוניות שצורפה כנספח "...". אולם, יודגש, כי לוי יבקש לחייב את מירס בכל הסכומים שגבתה מאז שרכש את מכשירו;

49. לעניין הנזקים הבלתי ממוניים, הרי שנזקים מסוג זה הוכרו בפסיקה כבני תביעה.

50. סעיף 2 לפקודת הנזיקין מגדיר נזק באופן רחב כ- "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".

51. **באשר לפיצוי במסגרת התובענה הייצוגית:** "דרך המלך" במתן סעד במסגרת תביעה ייצוגית הינה באמצעות פסיקת פיצוי אינדווידואלי לכל חבר בקבוצת התובעים.

52. 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 לנוזקיהם, 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.

53. 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.

54. 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."

55. 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 בזיהוי 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

56. יצוין כי אין בידי התובעים כיום נתונים לגבי מספר הצרכנים המדויק שסבל מהפרות הנתבעות. אולם, אין ספק כי מדובר במאות מיליוני צרכנים, הפזורים בכל רחבי המדינה.
57. לעניין זה, התובעים יעתרו להתיר להם לצרף חוות דעת מומחה לצורך בחינת שאלת הפיצוי, במידת הצורך שתתבקש, לאחר קבלת נתונים מדויקים.
58. 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 מכשירים 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% 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"

59. 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.

² ישנם פרטים המחזיקים יותר ממכשיר רט"ן אחד.

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 תסקיף חברת בזק 5/04).

העתק הנתונים רצ"ב כנספח "ח"

- 60 . 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.**
- 61 . אין חולק כי מדובר בכמויות אדירות של שליחת הודעות SMS בכל יום.

העתק הכתבה רצ"ב כנספח "ט"

- 61.1 . 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.
- 61.2 . **אם כך הם פני הדברים, בדבר הרווחים שהפיקו חברת הרט"ן רק בעבור דמי קישורית (ב SMS) התובעים 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".

- 62 . **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.**
- 63 . לאור האמור ניתן לנסות ולהעריך את נזקם של חברי הקבוצה על פי הנתונים דלעיל:
- 64 . **בהתייחס לראש נזק הראשון – נזק שאינו ממוני:**

⁴מדובר בנתונים נכונים לשנת 2003.

- 64.1 . הקבוצה שנפגעה הינם (בהפחתת מנויי חברת פלאפון) כ
6,000,000 מנויים ;
- 64.2 . ניתן לנסות ולהעריך כי כ 15 % מהמנויים נפגעו מהפרות
הנתבעות, דהינו כ 900,000 מנויים (כל זאת אומדנא) ;
- 64.3 . 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.

65 . בהתייחס לנזק הממוני :

- 65.1 . 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) ;
- 65.2 . כאמור, ניתן לנסות ולהעריך כי כ 15 % מהמנויים נפגעו
מהפרות הנתבעות, דהינו כ 900,000 מנויים (כל זאת אומדנא)
אשר הנזק לגביהם בגין הודעות SMS, נשוא הפרה, נמדד בכ
532,500 הודעות SMS ליום ;
- 65.3 . 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).
- 65.4 . לאור האמור הנזק השנתי הינו כ 64,000,000 ₪ (בחישוב 300
יום בהכפלת הנזק היומי).
- 65.5 . אם כן הנזק מהתקופה הרלוונטית, כ 30 חודש (דהינו שיווק
המסלול הכשר החל מחודש מרס 2005) הינו: 160,000,000 ₪
(מאה ושישים מיליון ₪).
- 66 . הנזק הממוני והלא ממוני הינו סך של 182,500,000 ₪ (מאה ושמונים
ושתיים וחמש מאות מליון שקל).

ז. סיכום

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

68. בגדרי האמור, מתבקש כבוד ביהמ"ש הנכבד לזמן את הנתבעות לדין ולחייבה לשלם לתובעים את מלוא סכום התביעה בסך של 753.61 ₪, כמפורט לעיל, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין ממועד הגשת התביעה ועד לפירעון מלוא סכום התביעה בפועל.
69. בנוסף, מבקש בזאת כבוד ביהמ"ש הנכבד לחייב את הנתבעת בפיצוי לחברי הקבוצה בסך של 182,500,000 ₪ (מאה ושמונים ושתיים וחמש מאות מליון שקל).
70. כמו כן, ובנוסף, מתבקש ביהמ"ש הנכבד לחייב את הנתבעות לשלם לתובעים את הוצאות המשפט, בתוספת שכ"ט עו"ד ובצירוף מע"מ כדין.

ד"ר משה פוגל, עו"ד

ב"כ התובעים

יום חמישי 18 אוקטובר 2007