



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11
נ' קורל-תל בע"מ

לפני כבוד השופטת שושנה אלמגור

אביהוא רח

המבקש (התובע)

ע"י ב"כ עו"ד רענן בשן, עו"ד לאה נמס'קהתי ועו"ד בת'חן פארי'סבאג

נגד

קורל-תל בע"מ

המשיבה (הנתבעת)

ע"י ב"כ איתן לירו ועו"ד איתן ברוש

החלטה

בעניין: בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית מיום: 05.07.11

לפניי בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

דק ע

1. המשיבה היא הבעלים והמפעילה של אתר המרשתת, יד2 (www.yad2.co.il), לוח מודעות מקוון שניתן לפרסם בו מודעות על מכירה והשכרה של נכסים, חפצים, שירותים וכיוצא באלה (להלן: האתר). לפניי היו מספרי הטלפון של המפרסמים באתר מתפרסמים במודעות לצורך יצירת הקשר עמם, אך בחודש פברואר 2010 החלה המשיבה להציע להם שירות בשם, מספר 2. שירות זה מעניק למפרסמים שאינם חפצים לחשוף את מספר הטלפון שלהם אפשרות לפרסם במודעות מספר חליפי, "וירטואלי", שאליו יוכלו המתעניינים להתקשר אם ברצונם לשוחח עמם, מעמיד לרשותם תא דואר קולי ומאפשר להם להגביל את מועדי קבלת השיחות למועדים הנוחים להם. המחייג למספר וירטואלי מופנה למרכזייה וממנה יוצאות השיחות אל הטלפון של מפרסם המודעה.

לשם מתן השירות התקשרה המשיבה, אשר אינה מספקת שירותי טלפוניה ואינה אוזנות ברישיון למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רטי"ן), עם אטריקס בע"מ. אטריקס, שאף היא אינה בעלת רישיון, התקשרה מצדה עם סלקום ישראל בע"מ כדי שתוכל להקצות קווי טלפון ייעודיים למפרסמים באתר. סעיף 11א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת) מחייב כל גורם שקיבל רישיון לבצע פעולות בזק ולתת שירותי בזק לעשות זאת באורח תקין וסדיר, לפי הרישיון ולפי התקנות והכללים שנקבעו מכוח החוק. סעיף 74.1 לרישיון הכללי שניתן לסלקום (נספח ב לבקשה) התיר לה לגבות ממנוייה תשלום תמורת זמן אוויר כמפורט בסעיף 75.10 שם, וסעיף 74.2 אסר עליה לגבות תשלום בעבור שלושה דברים, שהראשון בהם הוא הקמת השיחה (סעיף קטן א). בסעיף 75.10 נקבע:

(א) [...]

(ב) [...]



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"ד
נ' קורל'תל בע"מ

(ג) משך זמן השיחה לצורך התשלום הוא מעיתוי מימוש ההתקשרות בין המנוי שיזם את ההתקשרות (להלן – המנוי הקורא), לבין המנוי מקבל השיחה, ועד לעיתוי הפסקת השיחה, שהוא העיתוי בו נתקבלה הוראת הפסקת ההתקשרות בידי המנוי הקורא או המנוי מקבל שיחה; משך זמן הקמת הקשר, עד לעיתוי מימוש ההתקשרות, ומשך זמן הניתוק, מרגע קבלת הוראת הפסקת ההתקשרות ועד למימושה בפועל, אינו כלול במניין משך זמן השיחה.

לעניין ס"ק זה, מנוי מקבל השיחה – לרבות תא קולי, תא קולי – מיתקן או התקן שהוא חלק ממערכת הרט"ן, שנועד לאפשר למנוי הקורא להשאיר הודעה קולית למנוי הנקרא.

(ד) לעניין שיחה המועברת לתא קולי, ישמיע בעל הרשיון למנוי הקורא הודעה קולית מקדימה, שמשכה 2 שניות לפחות (בס"ק זה – הודעה) ויאפשר למנוי הקורא, לפי בחירתו, לנתק את השיחה ללא חיוב, במהלך ההודעה, או בתוך זמן סביר שלא יפחת משנייה אחת לאחר סיומה (הזמן הסביר). במקרה זה יראו את עיתוי מימוש ההתקשרות עם המנוי מקבל השיחה, כמשמעותו בס"ק (ג) לעיל, כחל עם תום הזמן הסביר.

נוסח ההודעה יהיה, השיחה מועברת לתא קולי, והיא תושמע בדיבור ברור ובקצב סביר.

"[...]"

(ההדגשה במקור)

2. המבקש, אשר תר באתר אחר מכונית לרכישה, טוען שכאשר מתקשרים למספר טלפון וירטואלי נשמעת הודעה כהאי לישנא:

„לקוח, יד2, שלום, אנא המתינו, מיד תועברו למפרסם המודעה.“

לאחר ההודעה, לגרסת המבקש, נשמע צליל חיוג, ואחרי שמנתקים את הטלפון המכשיר מורה כי התקיימה שיחה אף אם לא ענה איש מעברו השני של הקו. לשיטתו, בכך הופרו הוראות הרישיון למתן שירותי רט"ן וכן הוראות חוק התקשורת, מאחר שהמטלפן מחויב בתשלום תמורת זמן הקמת הקשר – מרגע השלמת החיוג ועד למענה. נוסף על כך המבקש טוען כי מסרון שנשלח למספר וירטואלי אינו מגיע ליעדו, ובכל-זאת השולח מחויב בעלות המשלוח. הוא מבקש לקבל כי המשיבה מטעה את הגולשים באתר, אשר אינם מודעים לכך שאם יתקשרו למספרים מסוימים שמצאו בפרסומים תהא השיחה יקרה יותר משיחה עם מספר רגיל, ולכך שמפרסמי המודעות לא יקבלו את המסרונים שישגרו אליהם. אליבא דמבקש, בין השאר המשיבה מפרה את חובת תום הלב ואת חובת הזהירות, ומתעשרת שלא כדין על חשבון לקוחותיה. הדרך הנכונה והראויה לדון בתביעה לפיצוי, בראות עיניו, היא ההליך הייצוגי.

המשיבה משיבה כי אין לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית משום שבקשת האישור אינה עומדת בתנאי הסף שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות לצורך זה: בכל הנוגע למספר הווירטואלי אין בינה לבין המבקש יחסי עוסק-לקוח, ולפיכך אין מתקיים התנאי שבסעיף 3א לחוק תובענות ייצוגיות; ככל שהדברים אמורים במשלוח מסרונים אין המבקש אוזן בעילת תביעה אישית; המבקש לא השכיל להראות כי קיימים סיכויים טובים שתביעתו תתקבל. כמורכב המשיבה



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 ט
נ' קורל'תל בע"מ

טוענת כי השאלות שבעובדה ובמשפט אשר עורר המבקש אינן משותפות לכל חברי הקבוצה שאותה הוא מבקש לייצג, ומטעם זה התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבותיו של מקרה זה.

ד י ו ן ו ה כ ר ע ה

3. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות מתיר להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, בין היתר, ל,,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" (סעיף-קטן (א)). קשת העניינים שבהם ניתן להגיש בקשה כזאת מצומצמת לאלו שהוראת חוק קבעה כי ניתן להגיש בהם תובענה ייצוגית ולאילו שנמנו בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. התביעה הנוכחת בפרט הראשון לתוספת השנייה היא ,,... [נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המשיבה, כאמור, מבקשת לקבל כי היחסים בינה ובין המבקש, בכל הכרוך בשירות, מספר 2, אינם של עוסק ושל לקוח. ,,עוסק", על-פי סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן) הוא ,,מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן", ואילו ,,מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי" הוא ,,צרכן". ,,לקוח" הוא מונח שלא זכה להגדרה בחוק הגנת הצרכן. סבורתי כי המבקש נכנס בגדר הוראתו המקובלת, באשר קיבל שירות מהמשיבה, שהיא עוסק, במהלך עיסוקה (ראו בש"א [מחוזי ת"א] 24655/06 [ת"א 2537/06] פרחון נ' מולטילוק בע"מ, פסקה 15 [פורסמה באתר הרשות השופטת, 09.02.2009] [להלן: פרשת פרחון]), מה גם שבדין הסב המבקש את תשומת הלב לעובדה שהמתקשר למספר וירטואלי מכונה ,,לקוח יד2" בברכה המקדמת את פניו. השירות העיקרי המוענק לגולשים באתר, שעמם המבקש נמנה, הוא מתן האפשרות לעיין במודעות המפורסמות באתר חנם אין כסף וליצור קשר עם המפרסמים במספרי הטלפון המצויינים במודעות (שירותים מסוימים באתר מחויבים בתשלום). תנאי הסף שבסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות מתקיים אפוא.

בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות נקבעו ארבעת התנאים המצטברים שעל בית המשפט להיווכח בקיומם כדי להיעתר לבקשה לאשר תובענה כתובענה ייצוגית:

- (1) ,,התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לסובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ
נ' קורל'תל בע"מ

אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוכרענה לטובתם

4. הואיל ובתובענה ייצוגית מונחת על הכף תביעה כבדת משקל, המבקש לייצג את התובעים נדרש, שלא כבתיק אזרחי רגיל, להניח עוד בשלב מקדמי תשתית ראיות מספקת כדי להקים סיכוי סביר שהקבוצה תזכה בתביעתה. לעתים עשוי בית המשפט להידרש להכרעה בחלק מן השאלות המתעוררות כבר בבואו להחליט אם לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקאות 12, 15 [פורסם באתר הרשות השופטת, 05.07.2012] [להלן: פרשת עמוסי]; רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד (נד) 577, 588 [2000]; רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 10 [פורסם באתר הרשות השופטת, 26.04.10]; רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד (נה) 276, 291 [2001] [להלן: פרשת רייכרט]). כאמור בפרשת עמוסי:

„[...] ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת, אפשרות סבירה להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובידור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה. נוסף על כך, זינון שמתבצע באופן זה אינו יעיל, מכיוון שנוצרת כפילות בין הדיון בגוף התובענה לבין הדיון בבקשת האישור; חוסר היעילות הסמוך בכפילות זו גדל מקום בו פונים הצדדים פעמיים לערכאת הערעור. יפים לעניין זה דברי הנשיא א' ברק: „אין להפוך את הפרוהודור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית” (רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד (ס) 774, 787 (1996)). עוד יש לציין כי בידור עיקר התובענה בשלב המקדמי, אף מסכל את מטרת החוק להגן על הנתבעים. כאשר ברור כי אישור התובענה כייצוגית שקול למעשה לקבלת התביעה, הפגיעה במוניטין של הנתבע והסיכון הרב לו הוא חשוף באים לידי ביטוי כבר כשהוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדו. [...]”

(פסקה 15; ההדגשה בקו אינה במקור)

כעת ניכנס בעובי הקורה בשאלה אם אמנם קמה אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוכרענה לטובתם.

5. בין השאר ביסס המבקש את בקשתו על עילה של הפרת חוק הגנת הצרכן. סעיף 2(א) (שבפרק ב) לחוק מורה:

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

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

[...]

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

הכרוכים בהם;



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פד
נ' קורל'תל בע"מ

"[...]"

וסעיף 4א) מחייב את העוסק לגלות לצרכן,, כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס" (סעיף-קטן (1)),,, אולם תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם, האיכות או התכונה או הפרט המהותי בנכס היו ידועים לצרכן". סעיף זה, כקבוע בסעיף 4ב), חל גם על שירות. בסעיף 31 נקבע:

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

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

"[...]"

אם כן יש לראות כעוולה מעשה או מחדל שבכווחו להטעות את הצרכן בעניין מהותי בעסקה. הקמתה של עילת תביעה נגד עוסק בשל הפרת,, איסור הטעיה" דורשת שלושה מרכיבים: הפרת האיסור, נזק וקשר סיבתי בין ההטעיה ובין הנזק (ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ [פרסם באתר הרשות השופטת, 06.05.2009] [להלן: פרשת שטנדל]; דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד (6) 385 [2003] [להלן: דנ"א ברזני]).

6. הניסיון לברר את טענת המבקש כי המשיבה הטעתה את לקוחותיה והסבה להם נזק בשירות שהציעה, כפי שיפורט להלן, העלה כי מבט במספר וירטואלי בעין בלתי מזוינת אינו מגלה הבדלים בינו ובין כל מספר טלפון אחר; כי הבדל אחד בינו לבין מספר רגיל הוא שיחה עמו מחויבת מיד עם תחילת הניסיון להקים את הקשר ועלותה גבוהה יותר; כי הבדל אחר הוא שבלתי אפשרי לקבל בו מסרונים.

בתצהירו הצהיר יבין גיל-מור, מנכ"ל המשיבה:

..כאשר מחפשי המוצרים מתקשרים אל מפרסם מודעה שבחר להפעיל את שירות, מספר 2, ובהתאם את הקו הוירטואלי, מושמעת להם ההודעה של אתר יד 2, לפיה הם מועברים למפרסמי המודעות. במקביל לכך, מבוצעת שיחה יוצאת ממרכזיה ייעודית למספר הטלפון האישי של מפרסם המודעה הרלוונטי במסגרתה הוא מעודכן, כי ממתנה לו שיחה ממחפש מוצר פלוני. במועד זה נשאל מפרסם המודעה באם ברצונו לקבל את שיחת הטלפון."

(סעיף 8.11; ההדגשה אינה במקור)

בחקירתו הנגדית הוצג לו בצורה בהירה ומפורשת כי המתקשר למספר וירטואלי נאלץ להמתין שש או שבע שניות שבמהלכן מושמעים ההודעה, אחריה שני צלצולים, ורק אז עונה לו מפרסם המודעה. בתגובה ביקש שהשאלה תחודד לו, ולבסוף ענה:,, להבנתי מהמפעילים המקצועיים שמפעילים את השירותים בעבורנו, אין עיכוב ביצירת הקשר" (עמ' 47 לפרוטוקול הדיון, שורות 29-30). כשנערך באולם ניסוי חלפו שמונה או תשע שניות מתום ההודעה ועד שנשמע הצלצול בטלפון מקבל השיחה, ואילו חיוג למספר רגיל לא הצריך המתנה כלל. הואיל וכך נתבקש גיל-מור להסכים כי הצהרתו דלעיל אינה מדויקת, אך הסתפק במילים:,,אינני יודע לתת את התשובה הזאת. אני לא



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 ט
נ' קורל'תל בע"מ

מומחה. אנחנו עובדים עם החברות סלקום ואטריקס. הם שנותנים את השירות" (עמ' 48, שורות 25–26). אל שתי החברות הפנה אף כשנשאל מדוע העיד כי השיחה יוצאת מהמרכזייה אל המפרסם בדבדבד עם ההודעה המושמעת למנוי הקורא מבלי שבדק את נכונות ההצהרה בעצמו, ואחר-כך נאלץ להודות:

„להבנתי זה מקביל, וממה שהראית לי עכשיו זה לא במקביל, אבל אינני יכול לתת לך תשובה אינסליגנטית יותר מזה.“

(עמ' 49, שורות 1–2; ההדגשה אינה במקור)

מכל מקום מנכ"ל המשיבה הסכים, למיטב הבנתו, כי המטלפן מחויב בתשלום בזמן שבו מקבל השיחה נשאל אם ברצונו לענות לבן שיחו (עמ' 50, שורות 30–32). על השאלה כמה זמן חולף מאז תחילת החיוב ועד שמקבל השיחה עונה לטלפון לא הייתה תשובה בפיו (עמ' 51, שורות 12–16). לעומת זאת אישר העד כי שיחה עם, מספר 2' מחויבת בתשלום אפילו לא ענה המפרסם (עמ' 59, שורות 18–21), וכי למעשה היא יקרה משיחה עם המפרסם במספרו האישי גם אם הלה עונה אחרי הצלצול הראשון (עמ' 60, שורות 31–34). כפי שהטעים המבקש, עובדה זו אינה נובעת ממחיר השיחה, אלא מכך שהמתקשר למספר וירטואלי מחויב בתשלום מרגע שסיים לחייג, ואין נפקא מנה אם זכה למענה. זאת המשיבה אינה מגלה לגולשים באתר. אדרבה, בתנאי מס' 6 לתנאי השימוש בשירות (נספח ח לבקשה) נכתב כי עלותה של שיחה עם המספרים הווירטואליים היא כזו של שיחה סלולרית רגילה (לפי התעריף שנקבע בהסכם שבין המשתמש ובין ספקית התקשורת שלו). ברי כי אין להניח שכל הגולשים באתר עיינו בתקנון בטרם יצירת הקשר עם המפרסמים, ואף בתשובה לבקשת האישור (סעיפים 332, 346) נטען כי המחפשים מוצר או שירות אינם נדרשים לעשות זאת. דומה שכל עוד לא נאמר לגולש אחרת ציפייתו היא שלא יאלץ לשלם יותר מהרגיל; גיל-מור הודה בעדותו כי הגולש הסביר אינו מסוגל להבחין בין מספר רגיל ובין מספר וירטואלי, ואין במודעות דבר שיבהיר כי, מספר 2' אינו משמש את המפרסם ביום-יום (עמ' 54 לפרוטוקול, שורות 7–5; עמ' 55, שורה 27). „הטעיה“, כבר פסק בית המשפט העליון –

„[...] היא הצהרה כחבת. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; השנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי-גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם [...]“

(רע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 607, 600 [2000] והאסמכתאות דשם)

קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי המשיבה מטעה את הצרכנים, בין במעשה ובין במחדל. במעשה – מאחר שתנאי השימוש בשירות המפורסמים באתר יכולים לגרום למעיינים בהם לסבור כי עלות השיחה עם מספר וירטואלי כמוה מעלות השיחה עם מספר רגיל; במחדל – מפני שלא נכתב בכל מודעה שצוין בה מספר וירטואלי כי עלות השיחה עמו יקרה מזה. המבקש מבקש לחדד כי תביעתו אינה מכוונת לעצם הצעת השירות, כי אם לשימוש בו בשביל להאריך את זמן החיוב של המתקשר אל המספר הווירטואלי באין יודעין. כאן המקום לציין שגיל-מור אישר (עמ' 57 לפרוטוקול, שורות 26–27) כי שיחות למספרים וירטואליים המוקצים באתר מרשתת אחר אינן מחויבות בגין זמן ההמתנה עד לחיבור ללקוח, ומכאן שלא בהכרח השיטה גוררת אחריה את ייקור עלות השיחה.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ
נ' קורל'תל בע"מ

אשר למסרונים – על העובדה שמסרון אשר משוגר תמורת תשלום למספר וירטואלי אינו מתקבל בו אין עוררין. גם אם טרחה המשיבה לציין כי אין אפשרות לשלוח מסרון למספר כזה בתנאי השימוש בשירות, כבר ראינו שהמעוניינים לקנות דבר-מה אינם מחויבים לעיין בהם, לעומת המפרסמים, שאינם יכולים לפרסם מודעה מבלי לאשר שקראו אותם (עמ' 16 לפרוטוקול, שורה 9). מן המודעות גופן לא יבינו זאת, מפני שהדבר אינו מצוין בהן; המספר, כזכור, הוא כביכול מספר רגיל שאין לדעת כי הוא בעל תכונות ייחודיות. גיל-מור העיד כי שיגור מסרון ל,מספר 2' אינו צריך להיות מחויב בתשלום (עמ' 54, שורות 3–4; ראו עוד סעיפים 15.1, 15.4 לתצהירו), ובא-כוח המבקש הקשה עליו:

ש,, מדוע לא ניתנה הוראה ברורה וחד משמעית: את כל המספרים הווירטואליים האלה לחסום לאס-אס-אסים?
בדיוק כמו שיש במספרים הכשרים. אתה יודע מהם מספרים כשרים.
ת: להבנתנו, ומהשיחות שלנו עם אטריקס, ודרכם – עם סלקום – זה השירות שסלקום יכולים לתת, ואנחנו ניסינו לקבל פתרונות כמו לתת ללקוח אס-אס-אס חוזר שהאס-אס לא הגיע, וסלקום טענו שאינם יכולים לבצע את זה."

(עמ' 52 לפרוטוקול, שורות 22–27)

מאוחר יותר (עמ' 53, שורה 30–עמ' 54, שורה 2) התברר כי המשיבה פנתה לסלקום גם בבקשה לחסום את המסרונים, בתכתובת שזכרה לא בא בתצהירו של גיל-מור, והתשובה שקיבלה הייתה שאין ביכולתה של החברה לעשות זאת. כבר בבקשת האישור טען המבקש כי מסרון שאינו מגיע לטלפון שאליו נשלח עלול להוביל להחמצת הזדמנות עסקית ולבזבוז זמן.

ניתן לסכם ולומר כי לכאורה קיימת אפשרות סבירה שהמבקש יצליח להוכיח את יסוד ההטעיה בסוגיית המסרונים הנשלחים אל המספרים הווירטואליים, לפי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן או לפי סעיף 4(א)(ג). בסופו של הליך עשוי בית המשפט לפסוק שהמשיבה לא הביאה כדבעי לידיעת הצרכנים, אלה אשר ביקשו ליצור קשר עם, מספר 2', כי אם יעשו זאת באמצעות מסרון תהא זו ברכה לבטלה שגם תעלה להם בכסף – על פני הדברים, תכונה המפחיתה מערכו של השירות באופן משמעותי.

7. את הטענה כי המבקש לא ציין מפורשות שנפגע באופן אישי כאשר מסרון ששלח לא התקבל אצל הנמען, ולכן אין הוא כשיר לשמש תובע מייצג ולתבוע את ראש הנזק הזה בשם הקבוצה – אין בידי לקבל. אמנם המבקש אישר בחקירתו כי לא ניסה לשגר מסרון למספר וירטואלי אלא כשערך בדיקה בטרם הגיש את התובענה, אך בבסיס התובענה מונחת הטענה שהמשיבה מוליכה שולל את ציבור לקוחותיה ומטעה אותו בהעלימה מעיניו כי נגבים ממנו תשלומים שלא כדין. גם אין לומר כי הטענות בדבר המסרונים הן בבחינת הרחבת חזית. אכן רק לכתב התשובה צירף המבקש פירוט מסרונים (כנספח ג), אבל עוד בבקשת האישור נכתב:



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"ד
נ' קורל'תל בע"מ

„בענייננו שילמו המבקש וחברי הקבוצה המוצעת סכומים עודפים בגין שירות שלא ניתן להם וללא ידיעתם, שלחו מסרונים שמעולם לא הגיעו ליעדם, למרות שחוייבו בהם, נפגעה אוטונומיית הרצון שלהם ונגרמה להם עוגמת נפש[...]“

(סעיף 109.2)

כן אפנה לסעיף 43 לתצהירו של המבקש, שבו הצהיר כי ספקית התקשורת שלו מסרה לו ששיגור מסרון למספר וירטואלי מחויב בתשלום. על טענת המשיבה כי חלק מהראיות שצורפו לתשובה לתשובה פסולות ארחיב בהמשך.

על כל פנים המגמה הרווחת כיום היא לשים את הדגש בעילת התביעה של הקבוצה ולא בזו של המבקש לייצגה (ראו בש"א [מחוזי ת"א] 1895/05 [ת"א 1065/05] שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פסקה 43 [פורסמה באתר הרשות השופטת, 14.02.2008]), וכפי שצוין בפרשת עמוסי, קיומה של עילת תביעה אישית לכאורה אינה תנאי הכרחי לאישור התובענה כייצוגית. בית המשפט רשאי להיעתר לבקשה גם בהעדרה, ובמקרה כזה יורה על החלפת המבקש. הדברים נובעים מחוק תובענות ייצוגיות ומעוגנים בסעיף 8(א) לו (פסקה 9; ראו עוד רע"א 2074/11 בנק הפרעלים בע"מ נ' פינקלשטיין, פסקה 4 [פורסמה באתר הרשות השופטת, 05.07.2011]). במקרה שלפניי לא מצאתי מקום לצרף תובע מייצג נוסף.

הסעד שהמבקש עותר לו בשם הקבוצה הוא פיצוי בעד הפגיעה באוטונומיה של הרצון ועגמת נפש וכן השבת הסכומים העודפים ששולמו. על המבקש לאשר את תביעתו כתובענה ייצוגית להצביע כי נזק נגרם לכאורה לחברי הקבוצה, ואת גובהו המדויק יציג אם וכאשר תתקבל בקשתו והתביעה תידון לגוף העניין (ראו בש"א [מחוזי ת"א] 23305/06 [ת"א 2446/06] רוטשילד נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פסקה 23 [פורסמה באתר הרשות השופטת, 16.03.2009]; פרשת פרחן, פסקה 20). גם טענת המבקש בענייננו לנזק שנגרם לחברי הקבוצה, יש אפשרות סבירה שתתקבל.

8. השאלה באיזו מידה יש להוכיח בהליך התובענה הייצוגית את קיומו של הקשר הסיבתי בין הפרת איסור ההטעיה לבין הנזק היא שאלה מורכבת. בדנ"א ברזני, אשר נדון לפני שנחקק חוק תובענות ייצוגיות, לא נדרש בית המשפט העליון להכריע בה לגופו של עניין, לפי שהמבקש שם לא טען כי נחשף לפרסום המטעה שפרסמה המשיבה ומשום כך נקבע כי הוא משולל עילת תביעה אישית (ראו גם פרשת שטנדל). אף-על-פי-כן ציין כבוד השופט (כתוארו אז) מישאל חשין:

„[...] קשר סיבתי (ראוי) חייב שיימצא בין הפרסום המטעה לבין הנזק שצרכן נשא בו. הנה"כ"כ, שני אירועים עוקבים הם לענייננו: האירוע האחד, הראשון, הוא פרסום העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה. האירוע האחר, השני, הוא שצרכן קנה נכס או נדרש לשירות שהיו נושא לאותו פרסום. על רקע זה כך נאמר: העובדה שקניית הנכס או קבלת השירות היו לאחר הפרסום, עובדה זו כשהיא לעצמה אין די בה כדי ללמד על קשר סיבתי בין שני האירועים. וכמאמר הידוע בלטינית, נשאל אף אנו: *Post hoc – ergo propter hoc?* כיוון שאחרי זה – נסיק שבגלל זה? העובדה, כשהיא לעצמה, שאירוע ב אירע לאחר אירוע א, אין פירושה שאירוע ב אירע בגלל אירוע א. חייב שיתקיים קשר סיבתי ראוי בין שני האירועים, וקשר זה יילמד בנסיבותיו של כל עניין ועניין תוך היעזרות, כמקובל, בראיות שלעניין.“



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"ד
נ' קורל'תל בע"מ

(דני"א ברזני, עמ' 414)

בהמשך הדגיש :

„[...] לא באנו לגרוע מכבודה של התובענה הייצוגית, ואין בכוונתנו למעט מחשיבותה כהוא"זה. עם זאת נוסיף כי בהיעדר הוראה ברורה ומפורשת – והוראה מעירזו לא נמצאה לנו – לא נתיר לה, לתובענה הייצוגית, לשלוט על כל שדה הגנת הצרכן תוך שהיא דורסת ורומסת עיקרי יסוד ודוקטרינות שנתקבלו, והן עמנו ימים רבים. בהקשר זה נזכור במיוחד כי התובענה הייצוגית לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת. בהיות התובענה הייצוגית מה שהיא, נתקשה לפרשה כך שיהא בכוחה – על דרך ההילוך לאחור כביכול – לשנות כללי-מהות בדין הנזיקין, ובהם כללי הקשר הסיבתי ויסודות בפסיקת פיצויים. [...]”

(שם, עמ' 417; כן ראו פרשת שטנדל)

ואגב אורחא הראה מדוע אין בדרישה להוכיח את הקשר הסיבתי בין המעשה שעשה העוסק לבין הנזק שאונה לצרכן כדי לשטוט את הקרקע מתחת למוסד התובענה הייצוגית :

„[...] חוות-דעתנו נסבה על השאלה אימתי ובאילו נסיבות קונה תובע לפי חוק הגנת הצרכן עילה אישית לפיצוי מאת עוסק. אכן, כל אחד מן המיוצגים בתובענה הייצוגית חייב שיחזיק אף-הוא בזכות אישית לפיצוי – כמוהו כתובע המייצג, וכי יישא בנזק הקשור קשר סיבתי למעשהו של העוסק. כל-כך – לעניינה של הזכות גופה. ואולם ככל שהמדובר הוא בהוכחתה של העילה, צנוד המחוקק ומחוקק-המשנה לקראת בני הקבוצה. וכך, משעלה בידו של צרכן להוכיח קיומה של עילה אישית, ומשאורשה הגשתה של תובענה ייצוגית, רשאי הוא בית-המשפט לקבוע כיצד יוכיחו בני הקבוצה נזק שנגרם להם. [...]”

[...] לו הייתה לברזני עילת תביעה אישית, ובית-המשפט היה מכיר בו כזכאי להגיש תובענה ייצוגית, ולו הכיר בית-המשפט בתובענה הייצוגית לגופה, כיאז 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. [...]”

(שם, עמ' 423–424; ההדגשה אינה במקור)

בע"א 9590/05 רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם באתר הרשות השופטת, 09.07.2007), למעלה מן הצורך ובשולי הדברים, העיר כבוד השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס כי הדרישה להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההטעה ובין הנזק ראויה לשיקול נוסף ומעוררת שאלות לא-פשוטות – בראש ובראשונה אם יש להחיל את ההלכה שנקבעה בדני"א ברזני, אף אם התביעה מושתתת על עילה של אי-גילוי (פסקה 6). בפרשת פרחון, מקרה שבו פרסמה



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"מ
נ' קורל'תל בע"מ

המשיבה כי המפתחות מתוצרתה ניתנים לשכפול באמצעות כרטיס אישי בלבד והמבקש טען כי הפרסום אינו נכון, ציין כבוד השופט ד"ר עמירם בנימיני כי כבוד השופט חשין וכבוד הנשיא אהרן ברק הותירו בצריך-עיון את דעתם של כבוד השופטים טובה שטרסברג-כהן ואליהו מצא (כתוארו אז) שלפיה, כלשונו, „רואים את הצרכן כמי שנחשף לפרסומים של היצרן או המשווק ופעל על פיהם“, בבחינת „חזקת הסתמכות“, והוא נוטה לעמדתם (פסקאות 26, 35). להשקפתו, חזקה „קונסטרוקטיבית“ זו די בה כדי להביא לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, ועליה לשמש נקודת המוצא מקום שהוכח כי המצג היה מטעה (שם, פסקה 45). משכך –

„השאלה כיצד ניתן יהיה להוכיח מה ידעו הרוכשים לגבי פרסומיה של המשיבה, עד כמה היה נושא השיכפול מהותי מבחינתם, ומה הנזק שנגרם להם כתוצאה מכך שמנעול שרכשו ניתן לשכפול ללא הכרטיס האישי – אינה עומדת כרגע על הפרק, שכן היא נוגעת לסעדים ולדרכי ההוכחה. כך, למשל, יתכן כי ניתן יהיה להוכיח עניינים אלו באמצעות סקר צרכני, או תוך הסתמכות על חזקות שונות [...] אין בכך כדי להכשיל אישור התובענה הייצוגית, בשל העדר הומוגניות של הקבוצה התובעת.“

(שם, פסקה 46; ההדגשה אינה במקור)

בפסק-הדין בפרשת שטנדל קבע כבוד השופט סלים ג'ובראן כי ההליך הייצוגי אינו הדרך היעילה לביורר התביעה ופסק כי בתובענה ייצוגית שעילת ההטעיה מונחת בבסיסה, יש להוכיח את קיומו של הקשר הסיבתי בין הפרסום המטעה לבין הנזק הנטען:

„[...] דוקטרינת הקשר הסיבתי כהוראתה בסעיף 64 לפקודת הניקין [...] מחייבת כל אחד מהטוענים לפגיעה כתוצאה מהפרסום [...] להראות כי ההטעיה היא הסיבה או אחת הסיבות לנזק זה [...]. מטרתו של החוק בענייננו הינה להעניק פיצויים רק למי שהסתמך על הפרסום המטעה והסתמכות זו גרמה לו נזק [...]. אין די בעצם העובדה שקבלת השירות [...] הייתה לאחר הפרסום, כדי ללמד על קשר סיבתי בין שני האירועים, והסדר התובענה הייצוגית איננו מסנה סדרי עולם בהוכחת קיומו.“

עם זאת גם כאן לא מצא בית המשפט העליון מקום לקבוע מסמרות בסוגיות שעל המדוכה, שכן בכתב הערעור לא ניתנה הדעת על הקשר הסיבתי די הצורך ולא הוצגה דרך מעשית שבה יוכל בית המשפט להעריך עד כמה נפגעו המבקשים מן הפרסום ואילו צרכנים הושפעו ממנו בכלל (שם). ואולם בע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, פסקה 10 (פורסם באתר הרשות השופטת, 11.12.2008), העיר כבוד המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין, בהזכירו את דני"א ברזני:

„[...] ניתן לסבור כי במקרים מתאימים יושפעו יסודות העולה האישית מההקשר הייצוגי. כבר ידענו כי עקרון זוטי הדברים אינו חל כפשוטו על יסוד הנזק בתובענה ייצוגית טיפוסית – אדרבא, מאפיין מרכזי שלה הוא הצטברות של נזקים קטנים אשר בנפרד לא היו מניעים הליך משפטי [...]. הגיון זה אפשר שיחול גם לגבי יסוד הקשר הסיבתי. אכן, נזק פרטני קטן שאין בו, כשהוא לבדו, כדי להניע הליך משפטי, לא יניע גם, במקרים רבים, שינוי בדרך ההתנהגות של התובע הייצוגי עצמו. פרשנות פרטנית דווקנית ליסוד הקשר הסיבתי עלולה לפיכך לסתום את הגולל על תובענות ייצוגיות רבות בניגוד לתכלית חוק תובענות ייצוגיות. גישה אחרת תאמר כי במקרים מתאימים יש לבחון את יסוד



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"מ
נ' קורל'תל בע"מ

הקשר הסיבתי לפי נקודת מבטו של, תובע"על, המבטא את האינטרס המשותף של התובעים בכוח כולם, ורואה לנגד עיניו את הנזק המצטבר. בחינה כזו של קשר סיבתי קבוצתי אפשר שתקיים את יסוד הקשר הסיבתי גם במקום שבו לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי במובנו הפרטני. סוגיה זו אפוא תיוותר לעת מצוא.

(פסקה 10)

בת"א (מחוזי ת"א) 1786/06 אלוני נ' בזק חברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסמה באתר הרשות השופטת, 10.05.2010) פסקה כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן שמנוי של המשיבה אשר נחשף לפרסומיה בדבר מחירה של שיחה מקו נייד לקו נייד ואז טלפן לטלפון סלולרי –

„[...] הוכיח הסתמכות על הפרסום ועמד בדרישת ההוכחה של קשר סיבתי. נוכח כך שקשר סיבתי אינו ניתן מעשית להוכחה בדרך אחרת מקום בו מדובר בהטעיה באמצעות פרסום, אין להציב רף הוכחה אחר או גבוה יותר להסתמכות על הפרסום, שכן יהיה בכך כדי לחסום את הדרך מפני שימוש בהליך הייצוגי מקום בו מדובר בהטעיה באמצעות פרסום. תוצאה זו אינה רצויה גם לאור כך שלעניין פרסום מטעה דווקא, הכלי הייצוגי הוא המתאים וההוגן ביותר נוכח החשיפה של ציבור רחב לפרסום, הנזק הקטן יחסית לכל אחד מהצרכנים, והסבירות הגבוהה שלא יוגשו תביעות אישיות.”

(סעיף 1ג2)

ובהמשך חידדה:

„[...] לאור אופייה המיוחד של הטעיה באמצעות פרסום, אשר השפעתה על הצרכנים אינה ניתנת למדידה מדויקת, אין מקום לדרוש במקרים מסוג זה הוכחת הסתמכות או קשר סיבתי ברמה גבוהה יותר. לאור העובדה שמידת ההסתמכות על פרסום אינה, מדידה, דרישה מחמירה יותר עלולה לשים קץ לאפשרות לעשות שימוש בכלי התובענה הייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן בגין פרסום מטעה, שהינו כלי חשוב דווקא בעילה זו נוכח החשיפה הרחבה אל מול הנזק הקטן יחסית לכל צרכן.”

(סעיף 3)

ואמנם בבקשתו ובתצהיר התומך בה לא ציין המבקש שאילו ידע מה עלותה האמתית של השיחה, הוא לא היה מתקשר למספר הווירטואלי. מעדותו אף עלה כי גם לאחר שנודע לו על החיוב העודף הוא הוסיף להיעזר באתר כדי לחפש את שביקש, ומאוחר יותר – לצורך הבדיקות הנחוצות לפני הגשת הבקשה. הוא הסביר:

„כשאני מתקשר לבן-אדם ואני מעוניין לקנות רכב, יש שרשרת אירועים עד שאתה מגיע ומסיים את ההתקשרות. אתה שואל שאלה, ופתאום יש לך עוד שאלה: איפה נקבע? איפה ניפגש? אתה שואל שאלה ואומר לו: אני נמצא פה. יש עוד הכוונה בדרך. זה אף פעם לא נגמר בשיחה אחת. רכב אחד, סביר להניח שיש שם עשר התקשרויות. [...]”



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ
נ' קורל'תל בע"מ

(עמ' 17 לפרוטוקול, שורות 23–27)

כאשר התעניין בא"כוח המשיבה כיצד קרה שהמבקש לא חדל לפקוד את האתר,,הגם שידעת על המקרה הקשה הזה שהציק לך כל-כך", הוא נענה: "[...] עוד לא ידעתי כמה הוא קשה[...]" (שם, שורות 9–10), לאמור: "[...] ראיתי שיש לי עניין שצריך לבדוק אותו, וככל שבדקתי אותו יותר, ראינו שזה מספיק לי בשביל עילה להגיש את העניין שאנחנו נמצאים בו כרגע" (שם, שורות 14–16). הפרקליט התעקש ושאל אם ביום שבו שבו את המבקש לבו לכך שמשוה אינו כשורה הוא טלפן לשלושה מספרים שונים. המבקש השיב:

ת: כשאני מבקש לרכוש משהו, אני מכין לי כמה דפים מודפסים עם מספרי הטלפון, ואני מתחיל בשיחה ראשונית, מסננת, לפני שאני חוזר לאותו אדם, לגלות עניין, אם אני רוצה להתקדם או לא רוצה להתקדם. אז השיחות יכולות להיות בשרשרת, יכולות להיות שיחות מתמשכות. לשאלה שלך – שיחה אחרי שיחה, מול דפים שהיו לפניי, התקשרתי לאחד אחרי השני, ומה שגיליתי, החיוב הכספי – אני בהתחלה ידעתי שיש לי חיוב בזמן—

ש: אני מאבד. אלה שלושה אנשים שונים, כן או לא?

ת: התשובה היא כן.

ש: אני רואה שבאותן שלוש שיחות, שהתבצעו בהפרש של תשע שניות הראשונה מהשנייה, ועוד כדקה הראשונה מהשלישית – כולן היו למספרים וירטואליים. זה במקרה או במכוון?

ת: במקרה. אני עדיין לא ידעתי מה זה מספר וירטואלי."

(עמ' 18, שורות 4–14)

בינתיים למד המבקש, אשר לא חדל משימוש באתר, לזהות את המספרים הווירטואליים. לדבריו, כיום הוא נמנע מיצירת קשר עם (עמ' 34, שורה 34–עמ' 35, שורה 27).

אין להתעלם מכך שאחרי ככלות הכול הפער בין עלותה של שיחה עם מספר רגיל לבין שיחה עם מספר 2' אינו דרמטי. ייתכן אפוא כי חלק מחברי הקבוצה היו מוכנים למחול על ההפרש, בהנחה שצעד כזה ישתלם להם בסופו של דבר. מן האמור עד כה עולה כי בהליך ייצוגי יהיה בלתי אפשרי לברר את הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין הנזק לגבי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, וכי דרישה מעין זו תשמיט את הקרקע מתחת יסודות התובענה הייצוגית בעילת ההטעיה. את קיומו של הקשר הסיבתי יהיה ניתן לאשש או להפריך, למשל, באמצעות סקר בקרב הצרכנים כאמור לעיל. ראינו שדעת חלקם של הפוסקים אינה נוחה מהאפשרות להכביד את הדרישה להוכיח כי המצג המטעה יצר הסתמכות או כי בינו לבין הנזק הנטען קיים קשר סיבתי, לפי שאז יקשה עד מאוד לפנות לבתי המשפט בתובענות ייצוגיות שעילתן הפרת חוק הגנת הצרכן. כך או אחרת, בהקשר זה לא הרי שיחות הטלפון כהרי המסרונים, שכן הדעת אינה נותנת כי מי אשר ידוע לו שמסרון שברצונו לשגר יחטיא את יעדו, למרות התשלום שידרש לשלם, יבכר לשלוח אותו בכל-זאת. לפיכך נראה כי קיימת אפשרות מתקבלת על הדעת שבידי המבקש יעלה להוכיח את עילת ההטעיה.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"ד
נ' קורל'תל בע"מ

9. העוולה של עשיית עושר ולא במשפט יסודות לה שלושה, ועליהם להצטבר: התעשרות, כלומר קבלת טובת הנאה; שלא כדין; על חשבון הזולת (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 335, 289 [1998]). כך לפי סעיף 1א לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שזה לשונו:

„מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המחכה), חייב להשיב למחכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.“

בחקירתו הנגדית העיד גיל-מור:

ת: „[...] שירות יד2 הוא שירות לטובת המפרסמים, ואיננו מנסים לייצר פה הכנסות כמו שהמבקשים מנסים לייצר פה. גם למחפש וגם למפרסם המודעה. השירות הוא חינמי. הוא לא חלק מההכנסות של יד2, הוא לא חלק מהרווחים של יד2.“

(עמ' 53 לפרוטוקול, שורות 6-9)

באותה רוח ביקשו מנכ"ל המשיבה והפרקליט המייצג אותה לדייק, ועמדו על כך שלא היא מחייבת בתשלום תמורת השימוש בטלפון (עמ' 51, שורות 6, 26-30). עדיין אין פירושו של דבר שהמשיבה אינה זוכה לנתח מסוים מתוך ההכנסות המתקבלות אצל ספקית התקשורת. בבקשת האישור טען המבקש כי קרוב לוודאי שזה המצב, ובתשובתו לתשובה לבקשה טען כי המשיבה לא הכחישה זאת בתשובתה. גיל-מור אישר (עמ' 59, שורות 2-4) כי מוכרים לו הסדרים שבהם ההכנסות המתקבלות מן החיוב ומדמי הקישוריות מחולקות בין גורמים שונים. כשהוצע לו כי במקרה זה הכסף מתחלק בין אטריקס ובין המשיבה הוא השיב (לאחר שבא-כוח המשיבה הסתייג) תשובה מתחמקת:

„בעולם זמן האוויר והאס-אס-אסים יש הרבה שירותים ואפליקציות שמייצרים זמן אוויר. זה יכול להיות באס-אס-אס, לכוכב נולד. ושוב אני חוזר על הטענה שכל מה שאנחנו עושים הוא נכון ולגיטימי.“

(שם, שורות 5-17)

הנה-כ"ן גם המנכ"ל, אשר שב וגלגל את הכדור בחקירתו לעברן של אטריקס ושל סלקום, לא מחה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את הרושם כי יש דברים בגו. יתרה מזאת, באחת ההודמנויות שבהן טען כי השירות לא נועד להפקת רווחים אמר: „[...] איננו נהנים פה מהכנסות של מיליונים[...]“ (עמ' 50, שורות 5-7), ומכך המבקש למד כי בהיסח הדעת חשף גיל-מור שרווח כלשהו דווקא נכנס לקופת המשיבה. המשיבה מצדה לא הציגה את החוזה שכרתה עם ספקיות התקשורת, שאולי היה בכוחו לשלול את טענת המבקש.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"ד
נ' קורל'תל בע"מ

כמצוטט לעיל, ברישיון שקיבלה סלקום לא הותר לה לחייב אדם שהתקשר לאחר ולא קיבל תשובה, ואף אם הקשר התמצה באפשרות להשאיר הודעה בתא קולי שמורה לו הזכות לנתק מיד את השיחה בטרם יחויב. כמורכך עולה מרישיון הרט"ן כי נאסר על סלקום לחייב בגין זמן הקמת השיחה. גם בעלות מסרון שנשלח ולא התקבל אין לחייב – הוראה שאף מנכ"ל המשיבה לא חלק על ההיגיון שמאחוריה. אם בכך לא סגי, גם סעיף 5ב(ה) לחוק התקשורת מצווה:

„בעל רישיון לא יגבה ממנוי תשלום בעד חסימת שירותי מסרון או חידושם, בעד הודעה שמסר לשולח המסרון על כישלון העברתו או בעד הודעה ששלח מנוי למי שנחסמה לבקשתו קבלת מסרון על ידו לפי סעיף זה.“

(ההדגשה אינה במקור)

אשר-על-כן, אם אכן המשיבה התעשרה, ישנה אפשרות לא-מבוטלת שיוכח כי טובת ההנאה באה אליה על חשבון מי שביקשו ליצור קשר עם מספר וירטואלי, אם בשיחת טלפון ואם במסרון, והוא הדין ביסוד „שלא כדין“ של העוולה. אף אם ספקית התקשורת, שעליה מוטלת האחריות לחיוב, אינה צד לתיק, עדיין ישנו סיכוי סביר שייקבע כי גם המשיבה נהנית מן התשלום.

באותו הקשר יצוין כי אליבא דכבוד המשנה לנשיא אליעזר ריבלין בפרשת עמוסי (פסקה 17), כאשר מתבקש סעד זהה המבוסס על כמה עילות חלופיות, די בקביעה כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה התובעת בעילה אחת, ואין צורך בבחינת סיכויי התביעה להתקבל ביתר העילות. דעה זו היא דעת יחיד: דעתו של כבוד השופט חנן מלצר שונה (פסקה א) לפסק-דינו, ובמשפט „[...]יש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה“ שבסעיף 8א(ג) לחוק תובענות ייצוגיות הוא מדגיש את המילה „הן“ – להבדיל מאחת בלבד. כבוד המשנה לנשיא מרים נאור בחרה להשאיר סוגיה זו בצריך-עיון. אני סבורה שיש לאמץ את עמדתו של השופט ריבלין, ובשלב זה אין טעם לדון ביתר עילות התביעה – רשלנות, תרמית והפרת חובה חקוקה – אשר כולן עוולות על-פי פקודת הניקין [נוסח חדש] ושהסעד אשר נתבע בגינתן זהה לזה שנתבע בגין העילות שבהן דנתי.

עתה אפנה לבחון את יתר התנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, לאחר שהשתכנעתי כי ישנה אפשרות סבירה שתקבל.

שאלות מהותיות המשותפות לחברי הקבוצה

10. בענייננו קיימות שאלות עובדתיות ומשפטיות העולות ממקרהו של המבקש ומשותפות לקבוצה בכללה. אלא שלשיטת המשיבה, אשר סוברת כי לא כל השאלות רלוונטיות לכל חברי הקבוצה שביקש המבקש לייצג, היה מקום להוציא מן הכלל, לדוגמה, את מי שרכש מספקית התקשורת שלו חבילה בלתי מוגבלת של זמן אוויר ומסרונים, ואת מי שהתקשר למספרים וירטואליים אף כי היה מודע לכך שהוא מחויב על זמן הקמת הקשר. בסוגיה זו אפנה, ראשית, להלכה הוותיקה:

„[...] אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הסעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"מ
נ' קורליתל בע"מ

השאלות הסעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך יש לאמץ גישה ולפיה די בכך שהשאלות העיקריות העומדות במוקד הדיון תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מנה אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת. יפים לענייננו דבריו של הנשיא ברק, ולפיהם:

לעניין דרישה זו, אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינותי [...].

וכן דברי סגן הנשיא השופט לויט:

הסעיף דורש קיומה של אפשרות סבירה, **ששאלות** מהותיות של עובדה ומשפט **המשותפות** לקבוצה יוכרעו במסגרת התביעה. שאלות משותפותי נאמר – ולא, כל השאלות המשותפותי [...].

המבחן שיש להחיל בעניין זה... הוא **מבחן העיקר והטפל**. על בית המשפט לבחון, אם רב המשותף על השונה, בין השאלות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות במקרה מסוים [...].

(פרשת רייכרט, עמ' 296–297; ההדגשה במקור; ראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשק, פ"ד מט(5) 774, 788–789 [1996]; המי [מחוזי ת"א] 138/92 [ת"א 19/92] זת חברה ליינוץ כלכלי בע"מ נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פ"מ התשנ"ו(2) 183, 201 [1995])

פסק-הדין השני שאזכיר ניתן בשנה החולפת, ובו עמד בית המשפט העליון על הכלים שמציע חוק תובענות ייצוגיות להתמודדות עם הבעיה:

„התנאי בדבר קיומן של, שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה מופיע הן בסעיף 4(א) והן בסעיף 8(א) לחוק. מטבע הדברים, כל אימת שמתגבשת קבוצת אנשים בעלי מכנה משותף, לצד היבטי הדמיון המשותפים להם קיימים גם היבטים המבחינים ביניהם. כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית, הרי שלצד השאלות המשותפות לחברי הקבוצה המיוצגת, עשויות להתעורר גם שאלות שאינן משותפות להם, ולעיתים גם שאלות אינדיבידואליות המבחינות בין כל אחד מחברי הקבוצה לרעהו. על פי הפסיקה, אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כיייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיבידואליות המתעוררות בגדרה [...]. על פי לשון החוק, השאלות המשותפות לחברי הקבוצה צריכות להיות, מהותיות. הפסיקה פרשה את התנאי האמור כמבחן יחסי שבמסגרתו בוחן בית המשפט הן בבקשה לאישור התובענה כיייצוגית, את היקף הנושאים הפרטניים שמעוררת התביעה לעומת הנושאים המשותפים לחברי הקבוצה. קריטריונים ברורים להכרעה בשאלה מהי מידת האחידות שצריכה לשרור בין חברי הקבוצה, ומנגד, מהי מידת הגיוון בין החברים אשר ערונה נסבלת בגדרי התובענה הייצוגית – טרם התגבשו בפסיקתנו [...]. מכל מקום, נפסק, כי בטרם ידחה



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ"ד
נ' קורל'תל בע"מ

בית משפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית בשל היעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, מן הראוי כי יידרש לאפשרות להכשיר את התובענה לבירור בהליך ייצוגי באמצעות שימוש בפתרונות המופיעים בחוק, כגון: הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי-קבוצות (סעיף 10(ג)), האפשרות לתת פסק דין הצהרתי שבו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים, והסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק) [...].

(נע"א 2718/09,, גדיש" קרנות תגמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 35 [פורסם באתר הרשות השופטת, 28.05.2012]; ההדגשה אינה במקור; ראו גם ע"א 6887/03 רוניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים, פסקאות 25–27 [פורסם באתר הרשות השופטת, 20.07.2010])

השאלות העיקריות המשותפות לחברי הקבוצה במקרה הנדון הן האם התעשרה המשיבה על חשבונם שלא כדין, האם הטעתה אותם, ואם כן – האומנם נגרם להם נזק עקב ההטעיה ומה גובהו. השאלה האחרונה הייתה יכולה אולי להוביל למסקנה כי יש לפצל את הקבוצה למי שמשלם סכום קבוע לספקית התקשורת שלו תמורת השימוש בטלפון הסלולרי ולמי שמחויב לפי השימוש, ברם בעניין זה אעיר שלמרות טענת המשיבה כי כיום מרבית הציבור נכלל בקטגוריה הראשונה, גיל-מור העיד (נעמ' 58 לפרוטוקול, שורה 15) שכאשר הוגשה התביעה היה הנוהג הזה נפוץ פחות. לכך אוסיף שכאשר מסרון תועה אנה ואנה ברשת הסלולרית ואינו זוכה להיקרא בעיני מי שיועד אליו, שתי קבוצות המשנה גם יחד עלולות לסבול מהנזק.

התובענה הייצוגית – הדרך היעילה וההוגנת להכרעה?

11. תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות –

„[...] לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

(סעיף 1)

התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, למשל, כאשר הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה אינו גדול דיו כדי להצדיק הגשת תביעה אישית (פרשת עמוסי, פסקה 18; רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו(3) 220, 237, 278 [2003] נלהלן: פרשת אשת). כך גם במקרה



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פד
נ' קורל'תל בע"מ

שלפניי: לכל אחד מהגולשים באתר שהתקשר למספר וירטואלי או שיגר אליו מסרון אין תמריץ להגיש תובענה אישית בענייני, מאחר שהטרח וההוצאות שיצריך הדבר גדולים מסך נזקו. אף הרצון לפעול ביעילות, לחסוך במשאבים ולמנוע אפשרות של פסיקה שונה בתביעות אישיות שונות מצדיקים את ניהולו של החליך דגן כתובענה ייצוגית (פרשת עמוסי, שם; פרשת אשת, עמ' 237).

ייצוג הולם של חברי הקבוצה

12. לא מצאתי מה שיתמוך במסקנה כי עניינם של חברי הקבוצה במקרה זה לא יזכה לייצוג נאמן בדרך הולמת ובתום לב, ועל-כן אני דוחה את טענת המשיבה כי המבקש אינו ראוי לשמש תובע מייצג. להשקפתה, על חוסר תום לבו של המבקש נלמד מהעובדה שלא טרח לשטוח את קובלנתו לפניו בטרם הגיש את התובענה לבית המשפט. דברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם הפסיקה בפרשת אביב שירותים משפטיים:

[...] לא מצאנו כי העובדה שהמערערים לא הקדימו פנייה רצינית [...] להגשת בקשתם מצדיקה את הקביעה שלא נהגו בתום-לב. לנוכח תכליתיה של התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספ־שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה. [...]

(פסקה 9)

באותה רוח פסק בית המשפט בת"צ (מחוזי מרכז) 34556-04-10 גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פסקה 23 (פורסמה באתר הרשות השופטת, 13.09.2011): „כאשר פניה למשיבה לא היתה משיגה את התוצאה הרצויה מבחינת המבקשת והקבוצה, אין בהיעדרה כדי ללמד כי המבקשת לא תוכל לנהל את התובענה בתום לב לטובת הקבוצה“, בצינו שהמשיבה שם [...]. אינה טוענת כי פנייה אליה היתה מביאה לתיקון המצב, כי אם להצגת העובדות לאשורו, לרבות מופרכות חישוב הנזק הנסען [...]“ (ההדגשה במקור). גם בעניינינו לא הייתה פנייה מוקדמת אל המשיבה, בהינתן עמדתה כאן, משנה את המצב.

ראיות חדשות

13. המשיבה טוענת כי על בית המשפט להתעלם מראיות שצירף המבקש לתשובתו לתשובה לבקשת האישור (כנספחים א-ג, ה, ת-יב), הואיל ולא צירף אותן לבקשה. בהקשר כזה אמנם נפסק ברע"א 8562/06 פופיק נ' פזגז 1993 בע"מ, פסקה 8 (פורסם באתר הרשות השופטת, 15.04.2007), שכלל הוא כי „[...] אין להתיר הגשתן של ראיות שהיה ניתן, בשקידה ראויה, להגישן יחד עם הבקשה לאישור תובענה ייצוגית“. עם זה צוין במאמר מוסגר:

[...] עשויים להיות מקרים בהם מגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית יעמוד על הצורך בראיה מסוימת רק לאחר שהוגשה תשובת המשיב לבקשה. בשל מורכבות ההליך לאישור תובענה ייצוגית והיקף השאלות העובדתיות והמשפטיות העשויות להתעורר בו, ייתכן כי גם במקרה כזה תהא הצדקה להתיר הגשתן של ראיות נוספות לאחר שהוגשה תשובת המשיב. זאת, אף אם לכאורה ניתן היה להשיג ראיות אלה עובר להגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית.“



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ד' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ
נ' קורליתל בע"מ

(שם; כן ראו ת"צ [מחוזי ת"א] 10803-12-10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' חיון,
פסקה 7 [החלטה בבקשה 9, פורסמה באתר הרשות השופטת, 04.01.2012])

כפי שציננה כבוד השופטת רות רונן בבש"א (מחוזי ת"א) 19603/09 (ת"א 2593/05) גורדי יבוא והפצה בע"מ נ' סלומון,
פסקה 3 (פורסמה באתר הרשות השופטת, 03.12.2009), בית המשפט ייתן רשות למי שביקש לשמש תובע מייצג להשיב
לתשובת המשיב לבקשתו כדי להציג מענה לטענות שהועלו בתשובה – ולא להעלות טענות שלא נמצאו הזדמנות או
מקום להעלותן בבקשה. ואולם אם השמיע טענות כאלה, שומה על בית המשפט לבחון אם הן נחוצות לבירור מלא
ואמתי של הפלוגתות מחד גיסא, ואם אינן פוגעות במשיב מפני שלא זכה להשיב עליהן, מאידך גיסא. את הפתרון
הציעה באפשרות שהמשיב ישיב על הטענות החדשות בכתב תגובה משלו (ת"צ [מחוזי ת"א] 30284-01-10 דבוש נ'
קונקטיב גרופ בע"מ [פורסמה באתר הרשות השופטת, 19.08.2010]). כדבריה:

[...] בהליך של בקשה לאישור תובענה כייצוגית, מתעורר לעיתים הצורך להוסיף טענה או ראיה
מסוימת לאחר שהוגשה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. כל עוד הבקשה לאישור התובענה
כייצוגית מבוססת על תשתית ראייתית נאותה לכאורה [...], וכול עוד הוספת הטענה או הראיה
נדרשות לצורך הכרעה בבקשה, אני סבורה כי יש לאפשר [...] להוסיף טענות וראיות אלו תוך מתן
אפשרות [...] להגיב עליהן."

(שם)

בדיון שנשמע לפניי ביום 03.06.12 ביקשו באי-כוח המשיבה את הרשות להגיב לטענות שהעלה המבקש בתשובתו
לתשובתה, והיא ניתנה להם, אך מקץ שבוע הודיעו כי משיקולים של יעילות ושל חיסכון בהוצאות הם מסתפקים
בשמירה על זכותם לדון בסיכומים בהרחבת החזית שטענו לה.

אמת נכון הדבר, היה לאלידו של המבקש להציג את נספח ג לתשובתו מוקדם יותר ולצרפו לבקשה לאשר את התובענה
כתובענה ייצוגית. אך עלינו לזכור כי להבדיל מהאסמכתה, הטענה בדבר חיוב מסרוני הנשלחים למספר וירטואלי
עלתה בבקשת האישור (סעיף 109.2, כמצוטט לעיל). בתשובתה לבקשה שבה המשיבה וגרסה כי הלקוחות אינם
מחויבים, וכדי לסייע בחקר האמת רשאי המבקש להציג ראיה בניסיון להוכיח כי לא כך הוא (ראו גם נספח יא לתשובה
לתשובה). ראיות אלו שבוחר להציג נחוצות לבירור הפלוגתות, וחרף ההזדמנות שניתנה למשיבה להגיב עליהן, היא
ביכרה למלא פיה מים.

ט ד ר

14. אני מקבלת את הבקשה, באשר שוכנעתי כי מתקיימים התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות הדרושים
לשם אישור התובענה כתובענה ייצוגית. הקבוצה תכלול כל צרכן או לקוח, לפי העניין, אשר התקשרו או שלחו מסרון
למספר וירטואלי שהופיע באחת המודעות באתר מאז הופעל השירות, מספר 2 ועד היום. אינני פוסלת מניה וביה את
חלוקת הקבוצה לשניים: מי שספקית התקשורת שלהם מחייבת אותם לפי השימוש ומי שמשלמים לספקית סכום
קבוע ובלתי תלוי – אך לשאלה זאת אדרש, במידת הצורך, אם וכאשר נגיע לשלב הדיון בגובה הנזק.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

17 במרס 2013
ז' בניסן תשע"ג

ת"צ 6511-07-11 פ
נ' קורל'תל בע"מ

אני מורה לצדדים להגיש לעיוני נוסח מודעה על אישור התובענה כתובענה ייצוגית תוך שלושים יום מהיום. במודעה יפורטו כל הפרטים המנויים בסעיף 14א לחוק תובענות ייצוגיות. עם אישור הנוסח יפרסמו הצדדים את המודעה ביומונים, ידיעות אחרונות ו, מעריב'. בשלב זה תושתנה הוצאות הפרסום על המשיבה. כתב הגנה יוגש תוך 45 יום מהיום.

המשיבה תשלם למבקש את הוצאות הגשת הבקשה. כמור"כ תשלם לו שכר-טרוחת עורך-דין בסך 35,000 ₪, בתוספת מס ערך מוסף. סכום זה יישא ריבית והפרשי הצמדה כחוק מהיום ועד למועד התשלום המלא בפועל.

נקבע לקדם-משפט ביום 16.06.13, בשעה 09⁰⁰.

ניתנה בלשכתי היום, ז' ניסן תשע"ג (17 במרס 2013).

המזכירות תשגר ההחלטה לצדדים. הצדדים ישלחו העתקים למנהל בתי המשפט וליועץ המשפטי לממשלה.


שושנה אלמגור, שופטת