

בענין:

1. עמי עמוס גילי

נושא תעודת זהות מס' 027805761
מרחוב המסילה 28/4, הרצליה 4658033

2. עודד צסרקס

נושא תעודת זהות מס' 027101781
מרחוב לוונברג 4, כפר סבא 4465302

3. גז ריכליס

נושא תעודת זהות מס' 017299199
מרחוב סוטין 28/3, תל אביב 6468420

שלושתם על ידי ב"כ גיל רון, קינן ושות', עורכי דין
וכן על ידי אריאל שימקביץ ושות', עורכי דין
וכן על ידי אביעד, סרן ושות', עורכי דין
שכתובתם לצורך ההליך תהא אצל גיל רון, קינן ושות'
מבית לסין, רחוב ויצמן 32, תל-אביב 6209105
מספר טל': 03-6967676; מספר פקס': 03-6967673

המבקשים

- נ ג ד -

1. פרטנר תקשורת בע"מ

חברה ציבורית מס' 520044314
מרחוב עמל 8, ראש העין 4810302

2. סלקום ישראל בע"מ

חברה ציבורית מספר 511930125
מרחוב הגביש 10, נתניה 4250708

המשיבות

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית-המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן :

- א. לאשר למבקשים להגיש תובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן : חוק תובענות ייצוגיות), נגד המשיבות (להלן בהתאמה, פרטנר וסלקום) ;
- ב. נוסח התובענה הייצוגית שאת הגשתה מבוקש לאשר מצורף לבקשה זו כנספח 1 ;
- ב. לקבוע, בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי התובענה תוגש בשם כל לקוח של מי מהמשיבות, אשר בהיותו מחוץ לישראל קיבל שיחה, דחה אותה, וחוייב בגין השיחה על ידי מי מהמשיבות (לרבות חיוב בדרך של ניצול חבילת תקשורת) ; לעניין זה דחיית שיחה משמעה לחיצה על מקש הניתוק בלי שהשיחה התקבלה ; לחילופין מבוקש לקבוע הגדרה אחרת לקבוצה ;
- ג. לקבוע, בהתאם לסעיפים 4(א)(1) ו-14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקשים יהיו התובעים הייצוגיים, וכי באי-כוחם החתומים על בקשה זו יהיו באי-הכח המייצגים ;
- ד. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המעשים המתוארים בבקשה זו מגבשים עילות תביעה בגין הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן : פקודת הנזיקין), הפרת חוזה לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1977 וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, הטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן : חוק הגנת הצרכן), עילת תביעה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן : חוק עשיית עושר ולא במשפט) ; רשלנות לפי פקודת הנזיקין ; וכל עילה אחרת שעולה מהעובדות שמופיעות בבקשה זו ;
- ה. לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אלה יהיו הסעדים בתובענה הייצוגית :
- (1) השבה לחברי הקבוצה של הסכומים שהם שילמו בגין שיחות שנדחו בהיותם מחוץ לישראל, לרבות חיוב בדרך של ניצול חבילות תקשורת או כתוצאה מחריגה מהן, כל זאת החל משבע שנים לפני הגשת בקשה זו ועד הגשת התביעה הייצוגית לאחר אישורה ;
- (2) הטלת איסור על המשיבות לגבות תשלום בעד שיחות שנדחות על ידי הלקוחות בעת שהותם מחוץ לישראל, לרבות תשלום בדרך של ניצול חבילת תקשורת שנרכשה ;
- (3) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ;
- ו. להורות, בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד, לרבות משלוח הודעה אישית לחברי הקבוצה בהתאם לכתובתם כפי שמופיעה ברישומי המשיבות, וכי המשיבות תישאנה בעלות משלוח ההודעות והפרסום ;
- ז. לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כתובענה ייצוגית, בנוסח המוצע או בכל שינוי עליו בית-המשפט הנכבד יחליט, כפי שייראה בעיניו ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית ; וכן
- ח. לחייב את המשיבות בהוצאות ובשכר טרחת עורכי הדין.

חלק ראשון - מבוא

1. המשיבות מספקות שירותי טלפוניה ניידת ללקוחותיהן, גם כאשר הלקוחות שוהים מחוץ לישראל. השירותים ניתנים על פי רישיונות ששר התקשורת הוציא.
2. על פי הרישיונות, המשיבות רשאיות לגבות תשלום בגין שיחות נכנסות, רק מרגע בו מומשה ההתקשרות בין יוזם השיחה ובין מקבל השיחה. גם באתרי האינטרנט של המשיבות, הן מציגות כי שיחה שלא נענית אינה מחוייבת בתשלום.
3. הדבר ברור לחלוטין. בעולם התקשורת נהוג מאז ומעולם שלא לחייב לקוחות בגין שיחות שלא התממשו, מכל סיבה שהיא, לרבות משום שהשיחה נדחתה (decline) על ידי המקבל.
4. **לא כך מתנהלים הדברים אצל המשיבות. כאשר הלקוחות שוהים מחוץ לישראל, והם בוחרים שלא לענות לשיחה ולכן דוחים אותה על ידי לחיצה על מקש הניתוק, המשיבות מרשות לעצמן לחייב אותם בתשלום מלא של דקת שיחה. החיוב מבוצע על אף שכלל לא התקיימה שיחת טלפון.**
5. גביית כסף מהלקוחות שנמצאים מחוץ לישראל, בגין שיחה שנדחתה על ידם, מהווה הפרה של הרישיונות. הסיבה לכך ברורה - ברור שבמקרה זה לא מומשה ההתקשרות.
6. כמו כן, בחיוב זה המשיבות מפרות את הסכמי ההתקשרות עם לקוחותיהן ומטעות אותם. מסקנה זו מתחייבת, בין היתר נוכח המצג וההתחייבות הברורים שמופיעים באתרי האינטרנט של המשיבות.
7. סכום החיוב גבוה. אם הלקוח לא רכש חבילת תקשורת, הכוללת דקות שיחה, לרוב הוא מחוייב בגין דקת שיחה מלאה, שמחירה עשרות שקלים. זהו גם מצב הדברים אם הלקוח רכש חבילת תקשורת, והיא מוצתה. אם הלקוח רכש חבילת תקשורת והיא לא מוצתה, החיוב נעשה בדרך של הגדלת שיעור הניצול של החבילה. נוכח העובדה שלמשיבות מיליוני לקוחות, ורבים מהם עושים שימוש במכשיר מחוץ לישראל, מדובר בוודאי בסכום גבוה ביותר.
8. בקשה זו נועדה להביא להשבת הכספים שנגבו שלא כדין, ולכך שהמשיבות יחדלו מן הגבייה הלא חוקית.

חלק שני - המשיבות אינן רשאיות לגבות תשלום בגין שיחות שנדחו על ידי מנוייהן מחוץ לישראל

9. המשיבות הן חברות ציבורית, בעלות רישיונות כלליים למתן שירותי בזק, שהוצאו מכח חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת). על פי הרישיונות המשיבות רשאיות, בין היתר, להעניק שירותי נדידה בינלאומית, שמוגדרים כשירות רדיו טלפון נייד (רט"ן) מחוץ לישראל. השירותים ניתנים באמצעות מפעיל זר, כאשר המנוי עושה שימוש במכשיר הרגיל שלו ומשלם בעד השירות לבעלת הרשיון (סעיף 1.1 לרישיון פרטנר, סעיף 1.1 לרישיון סלקום).
- העתק הרישיון של פרטנר מצורף לבקשה זו כנספח 2.
- העתק הרישיון של סלקום מצורף לבקשה זו כנספח 3.

10. הרישיונות קובעים את התנאים לחיוב הלקוחות עבור שיחות. על פי הרישיונות, "בעל הרשיון רשאי לגבות ממנויי תשלומים עבור שירותי רט"ן, כלהלן: ... (ג) תשלום עבור זמן אויר כמפורט בסעיף 75.10" (סעיף 74 לרישיונות, נספחים 2 ו-3 לבקשה זו).
11. בסעיף 75.10(א) לכל אחד מהרישיונות נקבע כי "התשלום בעד זמן אויר יקבע לפי יחידת זמן אויר" (סעיף 75.10(א) לרישיונות פרטנר וסלקום, נספחים 2 ו-3 לבקשה זו). עוד נקבע כי "משך זמן השיחה לצורך התשלום הוא מעיתי מימוש ההתקשרות בין המנוי שיזם את ההתקשרות (להלן - המנוי הקורא), לבין המנוי מקבל השיחה, ועד לעיתי הפסקת השיחה, שהוא העיתי בו נתקבלה הוראת הפסקת ההתקשרות בידי המנוי הקורא או המנוי מקבל השיחה; משך זמן הקמת הקשר, עד לעיתי 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" (סעיף 75.10(ג) לרישיונות, נספחים 2 ו-3 לבקשה זו, ההדגשה כאן ולהלן הוספה).
12. הנה, על פי הרישיונות מותר למשיבות לחייב את לקוחותיהן רק על פי משך הזמן של השיחה. כאשר אין שיחה כלל, המשיבות אינן רשאיות לחייב את הלקוחות.
13. זוהי גם העמדה העקרונית של משרד התקשורת. בהערת שוליים שמופיעה ברישיון המשיבות, ניתן הסבר להוראת שעה בקשר להסדר הנוגע לתשלום בעד הודעות מסר קצר, אשר לא הגיעו ליעדן. בהערה זו נאמר כי "אין ללמוד מהסדר זמני זה לענין התרת הגבייה של תשלום עבור הודעת מסר קצר שלא הועברה ליעדה, ואף אין בו כדי לגרוע מעמדתו העקרונית של המשרד לפיה, ככלל, אין לגבות תשלום עבור שירות בזק שלא מומש" (הערת שוליים מס' 8 לרישיון פרטנר, הערת שוליים מס' 9 לרישיון סלקום).
14. הנה, הרישיונות קובעים באופן מפורש כי כאשר מדובר בתשלום בגין שיחה לפי זמן אויר, המשיבות רשאיות לגבות תשלום רק אם מומשה ההתקשרות בין המנוי שיזם את ההתקשרות, ובין המנוי מקבל השיחה. כאשר הלקוח דוחה את השיחה, הוא לא לוחץ על מקש answer ולא מתקיים קשר דו כיווני בשום שלב (להבדיל מהמצב בו נתון המתקשר מישראל, כשהמנוי עושה שימוש בשירות "סינון שיחות" – ראו ת"צ (מחוזי תל אביב) 34606-06-12 אוארבך נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.2.2016). כאשר הלקוח לא עונה לשיחה אלא לוחץ על מקש הניתוק, לא מומשה התקשרות, ולא בוצעה שיחה. במקרה כזה המשיבות לא רשאיות לגבות תשלום.
15. הגדרה זו של שיחה קיימת גם בהוראות חקיקה נוספות העוסקות בשירותי טלפוניה מחוץ לישראל. כך למשל, בתקנות הבזק (תשלומים בעד שירותי בזק המפורטים בתוספת לחוק - שירותים בין לאומיים), תשנ"ו-1996, שיחה מוגדרת כך – "מימוש ההתקשרות בין שני מנויים".
16. גם מהסכמי ההתקשרות עולה כי ניתן לחייב את הלקוח עבור שירותי נדידה, רק במקרה של מימוש ההתקשרות.

17. בהסכם ההתקשרות של פרטנר עם הלקוחות נקבע, לעניין תעריפים ותנאים החלים על שירותי נדידה, כך - "שים לב: בשירות הנדידה, פרטנר בינלאומי, התעריפים החלים על כל שירותי התקשרות (כולל, בין השאר, שיחות, הודעות sms/mms, שירותי תוכן ושירותי גלישה) שונים מהתעריפים החלים על אותם שירותים בישראל. שלא כמו בארץ, בעת נדידה עשוי לחול תשלום גם על קבלת שיחה, ושירותים מסוימים המסופקים בארץ חנם או בתעריף מקומי יחויבו בתעריפים של שירות הנדידה. גם יחידות המדידה עשויות להיות שונות מהנהוג בישראל, ויתכן שיחולו תנאים נוספים.... התעריפים והתנאים של שירות הנדידה מתעדכנים מדי פעם. מידע עדכני תוכל לברר בשירות הלקוחות" (סעיף 4.4 להסכם ההתקשרות).

העתק של מסמך תנאי ההתקשרות הכלליים לשירותי רט"ן של פרטנר, נכון לחודש פברואר 2016, מצורף לבקשה זו כנספח 4.

העתק התעריפון שפרטנר מפרסמת באתר האינטרנט שלה, מצורף לבקשה זו כנספח 5.

18. באתר האינטרנט של פרטנר, תחת הכותרת "עלויות בחו"ל", מופיעה השאלה - "האם גם שיחה נכנסת שלא נענית עולה לי כסף כשאני עם המכשיר בחו"ל?" פרטנר מוסרת, במענה לשאלה זו, **"שיחה שלא נענית לא מחוייבת בתשלום"**. שיחה שתיענה, הודעה יוצאת, שיחות וגלישה יחויבו בהתאם".

העתק העמוד הרלוונטי מאתר פרטנר מצורף לבקשה זו כנספח 6.

19. בהסכם ההתקשרות של סלקום עם הלקוחות נקבע, לעניין תעריפים ותנאים החלים על שירות נדידה, כך - "היקף, סוג, טיב, איכות ותעריף השירותים בהם ניתן יהיה להשתמש בחו"ל כפופים לתנאי הספק המוסדר, להסכם בינו לבין סלקום ולתנאי השירות... לקבלת מידע על התעריפים בחו"ל על הלקוח לפנות לסלקום" (סעיף 7.3 להסכם ההתקשרות). עוד נקבע כי "החויב יבוצע בהתאם לתעריפון סלקום חו"ל וזאת כפי שמפורסם מעת לעת באתר האינטרנט של סלקום. החיוב הינו, בין השאר, בגין כל השירותים אשר יקבל ו/או יזמין הלקוח, וכן בגין שיחות יוצאות ונכנסות שבוצעו בחו"ל" (סעיף 7.4 להסכם ההתקשרות).

העתק של מסמך תנאי ההתקשרות הכלליים לשירותי רט"ן של סלקום, נכון לחודש מאי 2014, מצורף לבקשה זו כנספח 7.

העתק התעריפון שסלקום מפרסמת באתר האינטרנט שלה, ביחס לנוסעים לאנגליה (לצורך הדוגמה), מצורף לבקשה זו כנספח 8.

20. באתר האינטרנט של סלקום, במענה לשאלה "אם אני לא עונה לשיחה בחו"ל והיא נכנסת למענה קולי, האם אני משלם?", סלקום משיבה כי "שיחה נכנסת שלא נענתה והועברה למשיבון אינה מחוייבת, אלא אם המנוי (מקבל השיחה) מחייג למשיבון על מנת לשמוע את ההודעה שהושארה במשיבון".

העתק העמוד הרלוונטי מאתר סלקום מצורף לבקשה זו כנספח 9.

21. בנוסף, סלקום מאפשרת למנוייה לרכוש, בתשלום, שירות סינון שיחות, על מנת להימנע מחיובים בגין שיחות נכנסות בלתי רצויות. בקשר עם שירות סינון שיחות בהיות הלקוח מחוץ לישראל, סלקום מוסרת כי "במרבית המדינות פועל שירות שיחה מזוהה כך שיש באפשרותך לבחור לאיזה שיחה

לענות ללא צורך ברכישת שירות סינון שיחות בחו"ל". אין רמז באתר של סלקום לכך שאם המנוי דוחה את השיחה, לאחר שבחר לא לענות לה, הוא מחוייב בתשלום.

22. ברור לחלוטין כי בשיחה שהלקוח החליט לא לענות לה, ולכן דחה אותה על ידי לחיצה על מקש הניתוק, לא מומשה ההתקשרות. זוהי "שיחה שלא נענית". על כן, הן לפי הרישיון שניתן למשיבות והן לפי הסכמי ההתקשרות, אין לחייב עבור שיחה כזו.

חלק שלישי - המשיבות מחייבות את הלקוחות בתשלום כאשר הם דוחים שיחה מחוץ לישראל

23. המשיבות פועלות בניגוד מוחלט להוראות הרישיון, לתנאי ההסכמים ולמצגים שהן נותנות באתרי האינטרנט שלהן. הן מחייבות את הלקוחות שנמצאים מחוץ לישראל, בגין שיחה נכנסת, אותה הם דחו.

24. מבקש מס' 1 הוא אדם פרטי, לקוח של פרטנר. בחודש מאי 2015 הוא שהה בארצות הברית. לפני נסיעה זו נרכשה על ידו חבילת תקשורת מפרטנר, והוא שילם תמורתה סכום של 299 ש"ח. בחודש יוני 2015 מבקש מס' 1 שהה ביוון. הואיל וחבילת התקשורת שנרכשה לפני הנסיעה לארצות הברית לא נוצלה במלואה, מבקש מס' 1 התכוון לעשות שימוש בחבילת התקשורת גם בנסיעתו ליוון. הן בעת ששהה בארצות הברית והן בעת ששהה ביוון, מבקש מס' 1 נוכח מספר פעמים כי מחייגים אליו, והוא דחה את השיחה על ידי לחיצה על מקש הניתוק. הואיל ושיחות אלה לא התקיימו, למבקש מס' 1 היה ברור כי הוא לא מחוייב בגיין. כאשר מבקש מס' 1 קיבל את חשבון הטלפון, הוא נדהם לגלות חיוב בגין חריגה מחבילת התקשורת שרכש, בעת ששהה ביוון. מבקש מס' 1 חוייב בגין 3 דקות של שיחות נכנסות בעת ששהה ביוון, בסכום של 74.7 ש"ח. החריגה מחבילת השיחות נגרמה בשל כך שמבקש מס' 1 חוייב גם על שיחות אותן דחה.

העתק החשבוניות של מבקש מס' 1 בגין החודשים מאי ויוני 2015 מצורף לבקשה זו כנספח 10.

25. ביום 30 בדצמבר 2015 מבקש מס' 1 פנה אל שירות הלקוחות של פרטנר, ושאל האם הוא חוייב בגין שיחות שדחה. נציגת פרטנר אישרה כי דחיית שיחה מחוייבת בעלות של דקה.

26. מבקש מס' 2 הוא אדם פרטי, לקוח של סלקום, אשר חשבון הטלפון שלו משוייך לתכנית עסקית. מבקש מס' 2 שהה באנגליה במהלך חודש אוגוסט 2015. בזמן ששהה באנגליה, מבקש מס' 2 נוכח כי מחייגים אליו, והוא דחה את השיחה על ידי לחיצה על מקש הניתוק. הואיל ושיחות אלה לא התקיימו, למבקש מס' 2 היה ברור כי הוא לא יחוייב בגיין.

העתק החשבונית של מבקש מס' 2 מצורף לבקשה זו כנספח 11.

27. ביום 2 בנובמבר 2015 מבקש מס' 2 פנה אל שירות הלקוחות של סלקום, ושוחח עם נציגה בשם שרה. מבקש מס' 2 ביקש לברר, בקשר לחבילת תקשורת שהוא רכש לקראת נסיעתו לארצות הברית, האם הוא יחוייב בגין דחיית שיחה. נציגת שירות הלקוחות אישרה כי סלקום מחייבת בגין שיחה שנדחתה. הנציגה מסרה עוד כי סלקום ממליצה ללקוחותיה לא לדחות שיחות. מידע זה לא נמסר למבקש מס' 2 לפני נסיעתו לאנגליה.

תמלול השיחה שערך מבקש מס' 2 ביום 2 בנובמבר 2015 וכן שיחה נוספת שערך מוקדם יותר באותו יום ודיסק עם הקלטת השיחות מצורפים לבקשה זו כנספח 12.

28. מבקש מס' 3 גם הוא אדם פרטי, לקוח של סלקום. מבקש מס' 3 שהה במולדובה מספר פעמים במהלך שנת 2014. בזמן ששהה במולדובה, מבקש מס' 3 נוכח כי מתקבלות שיחות במכשיר הטלפון שלו. הוא דחה חלק מן השיחות על ידי לחיצה על מקש הניתוק. הואיל ושיחות אלה לא התקיימו, למבקש מס' 3 היה ברור כי הוא לא יחוייב בגינן. לאחר שמבקש מס' 3 שב מנסיעתו, הוא נוכח שבוצע חיוב בגין השיחות.
29. בחלק מהתקופה בה שהה במולדובה, מבקש מס' 3 לא השתמש בשירות בשם "חו"ל פיקס", אשר במסגרתו משולם על ידי המנוי תשלום מופחת בגין שיחות נכנסות ויוצאות בעת שהוא שוהה מחוץ לישראל. משיב מס' 3 חוייב בסכום של 16.9 ש"ח על כל דחיית שיחה. בהמשך, המשיב נוכח בעלויות הגבוהות של השירותים, והצטרף לשירות "חו"ל פיקס", על מנת ליהנות מתעריפים מוזלים בעת שהותו בחו"ל. על כן, בחלק מנסיעותיו למולדובה הוא חויב בסכום של 0.99 אגורות בגין כל שיחה שדחה.
- העתק החשבוניות של מבקש מס' 3 מצורף לבקשה זו כנספח 13.
30. ביום 18 בפברואר 2016 מבקש מס' 3 פנה אל שירות הלקוחות של סלקום, וביקש לברר האם הוא חויב בגין שיחות שדחה. נציגת השירות מסרה לו כי אכן הוא מחוייב בגין כל שיחה שנחתה, ואף מסרה לו כי גם שיחות אשר מועברות אל התא הקולי מחוייבות.
31. התשובות שנמסרו למבקשים מראות כי המשיבות עשו להן נוהג פסול, לחייב את הלקוחות כאשר הם דוחים שיחה מחוץ לישראל.

חלק רביעי - עילות התביעה

32. מעשי המשיבות מקימים לחברי הקבוצה שלל עילות תביעה.
33. הראינו כי המשיבות מפרות את הוראות הרישיון, אשר מתיר להן לגבות רק עבור שיחות שהתממשו.
34. בכך המשיבות גם מפרות את סעיף 11(א) לחוק התקשורת, לפיו "בעל רשיון יבצע פעולות בזק ויתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר על פי הרישיון שהוענק לו ועל פי התקנות והכללים שנקבעו לפי חוק זה".
35. הפרת הוראות הרישיון וחוק התקשורת מקימה לחברי הקבוצה עילת תביעה של הפרת חובה חקוקה. סעיף 63 לפקודת הנזיקין מורה כי "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".
36. חובת המשיבות לקיים את הוראות הרישיון קבועה בסעיף 11(א) לחוק התקשורת. מעבר לכך, החובות הקבועות ברישיונות של המשיבות מוטלות מכוח חיקוק, שכן הרישיונות ניתנו מכוח חוק התקשורת. בנוסף, הרישיונות מהווים חיקוק. סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] מגדיר חיקוק כך - "כל חוק וכל תקנה בין שניתנו לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין שניתנו לאחריה". "תקנה" מוגדרת כך - "תקנה, כלל, חוק, עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר,

שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל ... מכוח חוק ... לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור". רישיונות המשיבות מהווים חיקוק על פי הגדרות מרחיבות אלה. המונח "חיקוק" כולל "לא רק חקיקה ראשית, חקיקת משנה וחוקי עזר אלא גם כל חובה לרבות חובה אישית המוטלת מכוחם" – ישראל גלעד **דיני נזיקין - גבולות האחריות** 1215 (2012). על כן, ברור כי החובות המופרות על ידי המשיבות מוטלות עליהן על פי חיקוק.

37. לא ניתן לחלוק על כך שהוראות החוק והרישיונות נועדו לטובת חברי הקבוצה ולהגנתם. הרישיונות קובעים כי רק אם ההתקשרות מומשה, המשיבות יהיו רשאיות לגבות תשלום בגין הזמן בו בוצעה השיחה - כל זאת אך ורק מתוך כוונה להגן על הצרכנים. מעבר לכך, ככלל יש לראות כל חובה שהוטלה מכוח חיקוק על אדם פרטי או על גוף ציבורי, כהוראה לטובתו של הנפגע מהפרתה – ע"א 2351/90 **לסלאו נ' ג'אמל**, פ"ד מז(1) 629, 636-637 (1993).

38. ההפרה גורמת לחברי הקבוצה נזק ברור. חברי הקבוצה מחוייבים בגין שיחות, אשר הם לא צריכים לשלם עבורן. נזק מסוג זה המחוקק ומחוקק המשנה התכוונו למנוע.

39. הנה, כל היסודות של עוולת הפרת חובה חקוקה מתקיימים.

40. המשיבות גם מפרות את הסכמי ההתקשרות עם הלקוחות. לפי ההסכם עם פרטנר, חיובים בעת נדידה יחולו בהתאם למידע שיימסר ללקוחות מעת לעת (נספח 4 לבקשה זו). באתר האינטרנט של פרטנר נמסר ללקוחות כי בעת שהות מחוץ לישראל, שיחות שלא נענות לא מחוייבות בתשלום. לפי ההסכם עם סלקום, החיוב יבוצע בהתאם לתעריפון שמפורסם מעת לעת באתר האינטרנט של סלקום. בתעריפון לא מופיעה הוראה בדבר חיוב הלקוח בשיחה שנדחתה. כן נמסר ללקוח כי הוא יחוייב בגין שיחות נכנסות, אך לא בגין שיחות נכנסות שהועברו למענה האוטומטי (סעיף 7.4 להסכם ההתקשרות עם סלקום, נספח 5 לבקשה זו). בשום מקום לא נמסר כי הלקוח יחוייב גם בגין שיחות נכנסות שנדחו על ידו.

41. המשיבות גם מטעות את הלקוחות. הן יוצרות מצג לפיו הלקוחות לא מחוייבים בגין שיחות שלא נענו בהיותם בחוץ לארץ, ועל יסוד מצג זה הלקוחות בוחרים כיצד לנהוג. בפועל, המשיבות גובות מלקוחותיהן תשלום אם השיחה נדחתה על ידי הלקוח, ללא מענה. בכך המשיבות מפרות את סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, האוסר על המשיבות להטעות. הקשר הסיבתי בין ההטעיה ובין הנזק ברור.

42. המשיבות גם עושות עושר ולא במשפט על חשבון לקוחותיהן, חברי הקבוצה. הן מקבלות טובת הנאה – תשלום עבור השיחות - שלא על פי זכות שבדין, וטובת ההנאה באה להן מאדם אחר – הלקוח. על כן המשיבות חייבות להשיב ללקוחות את הזכיה, כאמור בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

43. יש לראות חיוב בתשלום בניגוד לקבוע בחקיקה כהתעשרות שלא על פי זכות שבדין - ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 5731-08-07 **קיכל נ' בזק** – **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 7.3.2010) (להלן: **עניין קיכל**). הפסיקה הכירה באפשרות לנהל תביעה ייצוגית בגין גבייה שלא כדין, על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט – ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 1039-05-08 **סילורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 18.10.2009). יש להורות כך גם בענייננו.

44. החיוב בגין שיחות שנדחו מקנה לחברי הקבוצה גם עילת תביעה בגין רשלנות. סעיף 35 לפקודת הנזיקין מורה כי "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח-יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנות נזק לזולתו עושה עוולה".
45. מעשי המשיבות, המתוארים בבקשה זו, אינם סבירים ולוקים בחוסר זהירות. המשיבות עושות מעשה שגורם עסקי ונבון לא היה עושה באותן הנסיבות – הן גובות מהלקוחות תשלום עבור שיחות, אף שהלקוחות דחו את השיחה, כך שהיא כלל לא התקיימה. חברת תקשורת סבירה לא הייתה נוהגת כך.
46. המשיבות נושאות בחובת זהירות כלפי הלקוחות. לא יכולה להיות על כך מחלוקת. על המשיבות כנותנות שירות תמורת מחיר, חלה חובת זהירות. ראו רע"א 5379/95 **סהר חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד נא(4) 464, 476 (1997). חובת הזהירות מחייבת את המשיבות להימנע מגביית תשלום בגין התקשרות שלא מומשה.
47. לסיכום חלק זה, מעשי המשיבות מקימים לחברי הקבוצה עילות תביעה מצוינות.

חלק חמישי – הסעדים

48. מעשי פרטנר גרמו למבקש מס' 1 נזק של לפחות 74.7 ש"ח, הסכום אותו הוא שילם בגין השיחות הנכנסות בעת ששהה ביוון, אשר חרגו מחבילת התקשורת שרכש. על פרטנר להשיב למבקש מס' 1 סכום זה, וכן כל סכום נוסף שהוא חוייב בו במסגרת חבילת התקשורת, בגין שיחות שנדחו.
49. מעשי סלקום גרמו נזק למבקשים מס' 2 ו-3. הם שילמו בגין שיחות אותן דחו. על סלקום להשיב למבקשים מס' 2 ו-3 כל סכום שהם שילמו בגין שיחות שנדחו.
50. נזק דומה נגרם לכל המנויים שרכשו חבילות תקשורת, בין אם חרגו מהן ובין אם לאו. למנויים אלה יוחס ניצול של החבילה בגין שיחות שנדחו על ידם. מנויים אלה מקבלים, בהתאם להוראות הרישיונות, מסרונים כאשר הם ניצלו 75%, 90%-100% מהחבילה. התראות אלה ניתנות על בסיס חיוב לא חוקי, וגורמות לכך שמנויי המשיבות לא מנצלים את מלוא דקות השיחה שרכשו במסגרת החבילה. בכך נגרם להם נזק נוסף. יתרה מכך, חלק ממנויי המשיבות, אשר מקבלים הודעה כאמור, רוכשים חבילה נוספת, ללא כל צורך.
51. עילות התביעה מקימות לחברי הקבוצה זכאות לסעדים הבאים:
- 51.1 השבה לחברי הקבוצה של הסכומים שהם שילמו בגין שיחות שנדחו בהיותם מחוץ לישראל, לרבות בדרך של ניצול חבילות תקשורת או כתוצאה מחריגה מהן, כל זאת החל משבע שנים לפני הגשת בקשה זו ועד הגשת התביעה הייצוגית לאחר אישורה;
- 51.2 הטלת איסור על המשיבות לגבות תשלום בעד שיחות שנדחות על ידי הלקוחות בעת שהותם מחוץ לישראל, לרבות תשלום בדרך של ניצול חבילת תקשורת שנרכשה; וכן

- 51.3 כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות;
52. בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על מינוי בעל תפקיד, אשר יפקח על ביצוע פסק הדין.
53. בית המשפט הנכבד יתבקש לתת עוד כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שיראה לנכון, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.
54. המבקשים אינם יכול להעריך את הסכום המדויק שנגבה שלא כדין מכל חברי הקבוצה. עם זאת, לפי נתונים שפורסמו על ידי פרטנר וסלקום, נכון לסוף הרבעון השלישי של שנת 2015, לפרטנר כ-2.74 מיליון מנויים ולסלקום כ-2.832 מיליון מנויים. רבים מאד מבין לקוחות המשיבות בוודאי עושים שימוש בשירותי התקשורת בשהותם מחוץ לישראל. נוכח היקף השימוש בשירות, המחיר הגבוה של דקת שיחה נכנסת כשהמנוי מחוץ לישראל, ותדירות דחיית השיחות נוכח מחיר זה, המבקשים מעריכים כי המשיבות חייבו את מנויהן שלא כדין בשבע השנים האחרונות, בסכום כולל של עשרות מיליוני שקלים, וייתכן שאף יותר מכך.
55. בהתאם לתקנות 2(א)11 ו-2(א)12 לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, יש לציין בבקשת אישור את הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. המבקשים עותרים לקבוע שכר טרחה לפי השיעורים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון בע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012). באותו עניין נקבע כי "על כל סכום שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח, ייפסק לטובת בא-הכוח המייצג שכר טרחה בשיעור של 25%; על כל סכום שנגבה בפועל בין 5 מיליון ש"ח עד 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 20%; ועל כל סכום שנגבה בפועל מעל 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 15%" (פסקה 16). כן מבוקש לקבוע גמול למבקשים בשיעור של 7.5% מסכום ההטבה לחברי הקבוצה אותה הם מייצגים. לצורך קביעת שכר הטרחה והגמול, יש לחשב את ההטבה לחברי הקבוצה לפי הסכומים שיושבו להם, וכן לפי החיסכון בחיוב בגין שיחות שידחו, שייגרס כתוצאה מהדיון בבקשת האישור ובתביעה הייצוגית. הגמול ושכר הטרחה המבוקשים אינם כוללים את שכר הטרחה וההוצאות בגין הדיון בבקשת האישור.

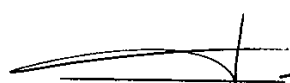
חלק שישי - מתקיימים כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית

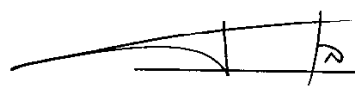
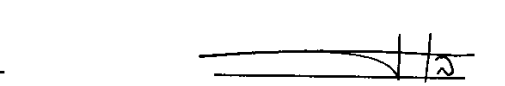
56. התובענה הייצוגית ממלאת אחר כל התנאים שנקבעו לצורך אישור הגשתה, לפי חוק תובענות ייצוגיות.
57. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...". בסעיף 1 לתוספת השנייה נקבעה הקטגוריה הבאה – "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח". על כן ניתן להגיש תביעה ייצוגית בענייננו, ראו עניין קיכל, פסקה 31.
58. סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) 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". כפי שהראינו, למבקשים עילת תביעה כלפי פרטנר וסלקום, בהתאמה. על כן הם רשאים להגיש תובענה ייצוגית נגדן.

59. סעיף 8 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה: (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת 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; ... (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב". הבקשה ממלאת אחר דרישות אלה.
60. ברור כי יסודות עילת התביעה משותפים לחברי קבוצת התובעים. המשיבות גובות תשלום בעד שיחות שהלקוחות לא קיבלו, בניגוד לרישיונות, להסכמי ההתקשרות ולפרסומים של המשיבות. מהשיחות שערכו המבקשים עם נציגות המשיבות עולה בבירור כי המשיבות נוהגות כך תמיד, ולא כמקרה חד פעמי. המשיבות נהגו עם המבקשים כפי שהן נוהגות עם חברי קבוצה אחרים. לחברי הקבוצה עילות תביעה משותפות. הנסיבות המגבשות עילות תביעה אלה נוגעות באותו האופן לכל חברי הקבוצה.
61. לשם בירור עילת התביעה בית המשפט יידרש לדון ולהכריע בשאלות המשותפות הבאות – האם המשיבות רשאיות על פי הרישיונות שהוצאו להן לגבות תשלום בעד שיחות שהמנוי דוחה; האם פרטנר זכאית לחייב בתשלום בגין שיחות שנדחו אף שהיא מיידעת את הלקוחות ששיחות שלא נענו אינן מחוייבות בתשלום; האם סלקום זכאית לחייב בתשלום בגין שיחות שנדחו אף שהיא איננה מציגה חיוב כזה בתעריפון; האם המשיבות מבצעות עוולה של הפרת חובה חקוקה; האם המשיבות הפרו את הסכמי ההתקשרות עם לקוחותיהן; האם המשיבות עושר ולא במשפט; האם המשיבות מטעות את לקוחותיהן; האם המשיבות נושאות באחריות בגין רשלנות; ועוד. שאלות אלה משותפות לכלל חברי הקבוצה.
62. למען הזהירות, לא נדרשת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה. די בכך שהשאלות העיקריות הנדונות משותפות לחברי הקבוצה – ראו רע"א 8332/96 **שמש נ' רייכרט ואח'**, פ"ד נה(5) 276, 296 (2001); רע"א 4556/94 **טצת ואח' נ' זילברשץ**, פד"י מט (5) 774, 788 (1996).
63. נוכח העובדות שהוצגו ועילות התביעה המבוססות, ברור כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות שבמחלוקת תוכרענה לטובת חברי הקבוצה, והרבה למעלה מאפשרות סבירה לכך.
64. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה קטן. חבר קבוצה בוודאי לא ייצא לניהול מערכה משפטית בגין סכום כזה, בוודאי לא נגד גופים רבי עצמה כמו המשיבות. הדרך הנכונה לערוך את הבירור תהא באמצעות ניהול תביעה ייצוגית.
65. ענינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. המבקשים פועלים על מנת להשיג סעד הולם עבור חברי הקבוצה ולתקן את הליקויים בהתנהלות המשיבות. האינטרסים של המבקשים זהים לאלה של כלל חברי הקבוצה.
66. לסיכום, כל הדרוש לשם אישור התובענה כייצוגית מתקיים בבירור.

חלק שביעי – סוף דבר

67. המשיבות, גופים רבי עוצמה, מחייבות את לקוחותיהן בגין שיחות שהם דחו. החיוב מנוגד לרשיון שעל פיו המשיבות פועלות, להסכם ההתקשרות ולמצג שהמשיבות נותנות ללקוחות. המשיבות גם מתעשרות בכך שלא כדן. מדובר בסכומים נכבדים ביותר. יש להשיב לחברי הקבוצה את הכספים שנגבו מהם שלא כדן, וכן לשים סוף להתנהלות זו.
68. בקשה זו נתמכת בתצהירים של המבקשים, המאמתים את העובדות המופיעות בה.
69. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, ולהורות כמבוקש בפתח הבקשה.
70. מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה.

 מיכל הרצברג, עו"ד
 אהרן רבינוביץ, עו"ד
 גיל רון, עו"ד
 גיל רון, קינן ושות', עורכי דין

 יעקב אביעד, עו"ד
 אריאל שימקביץ, עו"ד
 אביעד, סרן ושות', עורכי דין אריאל שימקביץ ושות', עורכי דין

באי כח המבקשים

תל אביב, 3 במרץ 2016.