

**בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בפני כבוד השופטת ד"ר דרורה פלפל**

בעניין: נועם קדם

המבקש

- נ ג ד -

בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ

המשיבה

החלטה

א. מהות העתירה

זו בקשה לאשר תובענה שהוגשה כתובענה ייצוגית, הן מכוח חוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"), הן מכוח חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") והן מכוח תקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984.

ב. עובדות רלבנטיות

המבקש, נועם קדם, עו"ד במקצועו (להלן: "המבקש"), הינו צרכן שירותים של המשיבה, חברת בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק"). ברשותו, קו טלפון המותקן בדירת מגוריו (להלן: "קו הטלפון") והוא עושה בו, לדבריו, שימוש שעיקרו אישי וביתי. בבעלותו של המבקש מכשיר טלפון נייד המחובר לרשת של סלקום ישראל בע"מ (להלן: "סלקום").

החל מחודש ספטמבר '97 ניהלה בזק, מסע פרסום שמטרתו לשכנע כי "מהבית מדברים רק דרך בזק" - כשהביתה נכנסים את הסלולרי פשוט סוגרים" (נספח ב' לבקשה) _להלן: "מסע הפרסום"). במסגרת מסע הפרסום שודרו תשדירים באמצעי התקשורת: ברדיו ובטלוויזיה. כמו כן, צורפו לחשבונות הטלפון שנשלחו לבתי הצרכנים עלונים המתייחסים למסע הפרסום במדיה האלקטרונית.

להלן תמליל התשדיר ברדיו:

"אבא: אם אתה דברן קבוע... אתה קצת פראייר יהושוע.
בנות: המחירים הכי גבוהים...
אמא: עם רעשים...
בת: ניתוקים
אבא: אז כשהביתה נכנסים
יהושוע התוכי: ...את הסלולרי...
אבא...פשוט סוגרים!
יהושוע התוכי: אני רוצה מחיר נורמלי...
בת: דבר עם בזק...
בנות: דבר עם בזק...
כל המשפחה ביחד: מהבית רק עם בזק, אולה!!!
יהושוע: בזק!
קריין: רק שלושים אגורות לחמש דקות! פראייר מי שמדבר בסלולארי מהבית!"

להלן תמליל תשדיר הטלוויזיה :

"קריין + מקהלה : משפחת פראיירמן...
אבא : (נכנס בסערה הביתה) שקט!!! (מופתע מהשקט השורר בחדר) למה
אתם לא מדברים???

אמא : מושון, המחירים גבוהים ואין לנו כסף לחשבון!
אבא : אם אין כסף לחשבון הסלולרי - נדבר בלי חשבון!!!
אמא : מושון, אתה גאון!
קריין : מר פראיירמן, הסלולרי עולה לך ביוקר? דבר רק עם בזק!
אמא : איזה רעיון טפשי!

(אנשי ההוצאה לפועל מעקלים רכוש - טלוויזיה וספה...)

קריין : רק שלושים ואחת אגורות לחמש דקות - פראייר מי שמדבר
מהסלולרי מהבית!"

(כיתוב בקטן בפינה שמאלית עליונה "שיחה מקומית בבזק 00:08 - 18:00
ומתחת למטה בגדול "5 דקות = 31 אגורות ו- "דבר עם בזק").

מבחינה עובדתית, בעבור שיחת טלפון שעורך צרכן מקו בזק בביתו למנוי סלולרי, מחויב הוא
בתשלום המורכב משני רכיבים : רכיב זמן אויר ורכיב יחידות חיוב של בזק.
בעבור שיחות שעורך צרכן ממכשירו הנייד אל מנוי אחר של אותה רשת סלולרית, מחויב הוא
בזמן אויר בלבד. אם-כן, עלות שיחת נייד-נייד באותה רשת סלולרית נמוכה יותר משיחת בזק-
נייד.

לטענת המבקש מסע הפרסום מציג עובדות מטעות, לפיהן, שיחה שמקורה מקו בזק לעולם זולה
יותר מכל שיחה אחרת, בעוד שבפועל אין זה כך. מכאן שמסע הפרסום מטעה, ומכאן התובענה.

ג. הפלוגתאות

- (1) האם יש במסע הפרסום הטעיה בפרסומת בניגוד לסעיף 7 לחוק הגנת הצרכן?
- (2) האם יש במסע הפרסום ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי של בזק באופן שעלול להפחית
את התחרות בעסקים ולפגוע בציבור עפ"י סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים?
- (3) האם מסע הפרסום מבסס עילת תרמית עפ"י סעיף 54 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שגרם
נזק ממון לצרכני בזק; האם יש בו משום קיום חוזה שלא בדרך מקובלת ובחוסר תום-לב
בניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973; האם ניתן לתבוע עפ"י תקנה
29 לתקנות סד"א?

ד. האם קמה עילה לפי חוק הגנת הצרכן?

כללי

לטענת המבקש, מסע הפרסום חוזר שוב ושוב על מסר ברור ומוחלט ללא סייגים, לפיו אין
להתקשר מן הבית באמצעות מכשיר הטלפון הנייד, שכן שיחה דומה באמצעות קו בזק זולה לאין
שיעור. לטענתו, המסר הינו מטעה ושגוי, שהרי שיחה באמצעות מכשיר נייד מהבית אל מנוי של
אותה רשת סלולרית לעולם תהא זולה יותר משיחה באמצעות קו בזק אל אותו היעד.

טוען המבקש כי בעקבות מסע הפרסום, שהביאו לשוב ושוב על מסר ברור ומוחלט ללא סייגים, לפיו אין
להתקשר מן הבית באמצעות מכשיר הטלפון הנייד, שכן שיחה דומה באמצעות קו בזק זולה לאין
שיעור. לטענתו, המסר הינו מטעה ושגוי, שהרי שיחה באמצעות מכשיר נייד מהבית אל מנוי של
אותה רשת סלולרית לעולם תהא זולה יותר משיחה באמצעות קו בזק אל אותו היעד.

טענה נוספת של המבקש היא, שהמחיר הנקוב במסע הפרסום - 31 אג' ל- 5 דקות שיחה - אינו מדויק. המחיר המפורסם מתייחס אך ורק לשיחה מקומית.

מנגד, טוענת בזק כי עניינו של מסע הפרסום הוא בשירותיה הנייחים של בזק. אין במסע הפרסום כל טענת עובדה לפיה השיחה מקו בזק לטלפון נייד היא לעולם זולה יותר; אין בו כל קביעה שהיא ביחס למחיר שיחה מטלפון נייד לנייד. כל שנאמר הוא לעניין שיחות מטלפון נייד לנייד - מבזק לבזק. המחיר של 31 אגורות ל- 5 דקות מתייחס לשיחה מקומית בלבד. ברור ששיחה מטלפון נייד לנייד אינה שיחה מקומית שכן יש להוסיף קידומת. מסע הפרסום אינו מתייחס כלל לתקשורת בין רשתית.

עוד טוענת בזק כי המבקש משליך יהבו על הסלוגנים הכלולים במסע הפרסום על פיהם "פראיר מי שמדבר בסלולארי מהבית", כשהביתה נכנסים את הסלולרי סוגרים" (להלן: "הסלוגנים") וקורא לתוכם עובדות לא להם. תירה מזו, פרסומת בתור שכזו מאפשרת התפארות מסוימת (puffing), מעצם היותה פרסומת. אין בה משום קביעת עובדה אלא לכל היותר הבעת דעה או המלצה או משאלה. אין מצג או הטעייה ללא קביעת עובדה רלבנטית חשובה; אף אילו היתה בנמצא הטעייה, הרי לא היתה זו הטעייה "מכוונת" או מתוך "רשלנות חמורה", אשר רק בגין ניתן להטיל אחריות בנזיקין עפ"י סעיף 40 לחוק הבזק התשמ"ב - 1982 (להלן: "חוק הבזק") וכך גם לגבי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים; יתירה מזו, תעריפיה של בזק נשוא התובענה נקבעים על ידי שר התקשורת בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הכספים של הכנסת ומעוגנים בחקיקת משנה. התובע הוא עו"ד שאמור היה להקפיד ולדעת את תעריפי השיחות.

מסקנה אופרטיבית:

סעיף 35א (א) לחוק הגנת הצרכן קובע תנאים להכרה בתובענה כייצוגית:

"(א) צרכן, או ארגון צרכנים כמשמעותו לפי סעיף 31 (ג) (להלן - התובע), רשאי לתבוע, בכפוף להוראות פרק זה, בשם קבוצת צרכנים בעילה אשר על פיה הוא יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר הצרכן רשאי לתבוע בשמו (להלן - "תובענה ייצוגית")."

למרות העדר הוראה מפורשת בחוק הגנת הצרכן, נקבע בפסיקה כי שומה על בית המשפט לבחון את סיכויי התביעה טרם בואו לאשר את התביעה כייצוגית (רע"א 6567/97 בזק-החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עזבון המנוח אליהו גת ז"ל, תק' עליון 98 (2) 1630).

אבחן את התקיימותם של תנאי הסף באישור התובענה כתובענה ייצוגית:

(1) מיהות התובע והשירות שניתן

צרכן הוגדר לפי סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כמי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי-ביתי או משפחתי. המבקש עומד בתנאי זה. בפניו הוצגו מספר מספרי טלפון אליהם התקשר והבהרותיו לזהות היעדים האישיים ענתה על הנדרש.

עוסק הוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כמי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן. בעניינו אין ספק שבזק עונה לתנאי זה.

(2) עילה אשר על פיה יכול התובע לתבוע עפ"י חוק זה

המבקש מבקש לתבוע לפי סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן אשר עניינו "אחריות להטעייה בפרסומת". הטעייה מעוגנת בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן הקובע כי:

"(א) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת - העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן - הטעייה)..."

(13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר..."

סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן קובע אחריות להטעיה בפרסומת ולפי סעיף קטן (א) יראו כמפירים את מי שמטעמו נעשתה הפרסומת ואת האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו; אם היתה פרסומת מטעה על פניה או ידעו שהיא מטעה - גם את המפיץ או את מי שהחליט בפועל על הפרסום.

(א) עילת תביעה של הטעיה בתובענה ייצוגית

טוענת בזק כי עילת תביעה של הטעיה (או תרמית), בין מכוח חוק הגנת הצרכן ובין מכוח דיני החוזים, אינן ממין העילות שניתן להגיש בגין תביעה ייצוגית. לטענה זו תימוכין בפסיקה (המ' (ת"א) 12878/96 להב נ' יורוקום תקשורת סלולרית בע"מ, (טרם פורסם).

אולם בת"א (י-ם) 1279/96, המ' 4005/96 גבעון ואח' נ' המרכז הרפואי שערי צדק ואח' דינים מחוזי לב (1), 711, סייג כב' השופט י' עדיאל קביעה זו:

"לא ניתן, לדעתי, לקבל את הטענה בצורתה הגורפת, היינו, כי בכל מקרה שבו מבוססת עילת תביעה על הטעייה או תרמית או מצג שווא, לא ניתן יהא להשתמש במכשיר של התביעה הייצוגית, שכן הדבר יסכל במידה רבה את מטרתו של חוק הגנת הצרכן..."

לעניין זה אני סבור, שיש להבחין בין מרמה או הטעייה, העולה, על פניה, מנסיבות המקרה, ובמיוחד ממסמכי העסקה, לבין נסיבות שאינן מקימות בהכרח, עילת תביעה כזו לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה, והצריכה בחינת קיומה של עילה כזו בהתייחס לכל אחד מן הנמנים על הקבוצה בנפרד..."

... בעניין בזק (ת"א 916/96 יוסף ברזני נ' בזק בע"מ, טרם פורסם) אישר בית המשפט את תביעה כתביעה ייצוגית משום ש"ההטעיה הנטענת בתיק זה שאותה התביעה הייצוגית אמורה לברר, גלומה בפרסום של בזק המבטיח "תשלום רק עבור הזמן המדויק ששוחחתי".

(ב) "31 אגורות ל- 5 דקות"

טועה המבקש בטענתו שהמחיר הנקוב ממסע הפרסום - 31 אג' ל- 5 דקות שיחה - אינו מדויק, זאת מאחר והוא מתייחס אך ורק לשיחה מקומית. בתשדירי הפרסומת בטלוויזיה, יש כתובית בקצה העליון השמאלי, לפיה המחיר מתייחס לשיחה מקומית בין השעות 8:00 - 18:00. האדם הסביר מודע לפירושן הפשוט של המילים "שיחה מקומית": שיחה מקומית הינה שיחה באותו אזור חיוג. העובדה שבקשר - בזק-רשת סלולרית - יש צורך בקידומות הרשת, לא אמורה "TO RING A BELL" באוזניו, שמא שונה איזור החיוג, אלא להדליק נורה שבחיוג כזה - שונה השיטה. אין זה ברי, שאין הכוונה לשיחה בין רשתית - כלומר, מבזק לנייד.

לכן בזק מילאה חובתה לעניין זה. לא ניתן לומר כי יש בפרסומת הטעיה שהמחיר 31 אגורות ל- 5 דקות שיחה הנו מחיר לכל יעד טלפוני שהוא.

(ג) הסלוגנים

המבקש יוצא נגד הסלוגנים של מסע הפרסום. כל הפרסומות מתרחשות בבית, במסגרת המשפחתית. אומנם הפזמון החוזר בפרסומת - "דבר עם בזק" והמשתתפים יוצאים כנגד השימוש בטלפון נייד ממספר סיבות - איכות (רעשים וניתוקים) ומחיר. אולם, מה שזוכרים בסופו של דבר מהפרסומת הוא הסלוגנים: "כשהבית נכנסים את הסלולרי סוגרים" ו/או "פראייר מי שמדבר מהסלולרי מהבית". עניינו בפרסומת אשר מעצם טיבה וטיבעה יש בה הפרזה כלשהי. פרסומת צריכה להיות קלילה, קצרה וקליטה. אין כל פגם בסוג ההומור שמשתמשים בו ובכללו המילה: "פראייר". המסר קליט ומשעשע, אולם יש לבחון את הסלוגנים בכללותם. הסלוגנים שמים דגש על מקור השיחה: "כשהבית נכנסים...", "...מי שמדבר בסלולרי מהבית". אין ספק שיהיה על בזק להבהיר בפרסומת את יעד השיחה - טלפון בזק. בזק טוענת כי מטרת מסע הפרסום היא עידוד השימוש בתקשורת ניידת כאשר מגיעים הביתה - אין הדבר עולה כלל וכלל מהפרסומת. הפרסומת

מדגישה את בית המשפחה בערב משם יוצאות השיחות ואינה מדגישה את שראוי להדגיש - יעד השיחות.

השופט בועז אוקון ב- ת"א 5431/96 אביגיל נ' גלגלי זהב בע"מ, דינים שלום, כרך יא עמ' 181 פסק:

"אני קורא פרסומות בכבוד מותנה. ניתן להניח כי כבוד מותנה זה הוא נחלת כלל הציבור או רובו. הציבור ער לאינטרס של המפרסמים. הציבור, יש להניח מודע לכך שהמפרסמים אינם מעוניינים רק במסירת המידע. הם אינם מוכרים רק עובדות. קידום התדמית של המוצר מחייב התייחסות את מאווי של הציבור... ברור כי לא כל גימיק, כל תעלול, עולה כדי הטעיה"

אין לי אלא להסכים עמו. הציבור אכן קורה פרסומות ברם מעבירן במבחן השכל הישר. לכן, סביר להניח, שכאשר הציבור ייתקל בפרסומת לפיה "שתה בירה והחיים יהיו יפים" יבין שלא כך בהכרח הדבר. לעומת זאת, מהסלוגנים המדוברים ניתן להבין פשוטו כמשמעו - אם אתה מדבר מהבית בסלולרי, אז אתה פראיר. משמע, לא כדאי לדבר מהבית בסלולרי אלא באמצעות טלפון של בזק. אילו כוונתה של בזק היתה, כפי שב"כ מתיימרים להציגה כאן, אזי ראוי היה להשתמש באותו סלוגן בשינוי מזערי שעושה את כל ההבדל: "פראיר מי שמדבר בסלולרי בבית" (והדגש על ב ולא מ כפי שמופיע בפרסומות).

זאת ועוד, בעלונים שנשלחו לצרכנים נכתב לצד טבלת השוואת מחירים:

"באוטו זה הגיוני, ברחוב זה מובן, כשאין לך ברירה, זה ברור. אבל אם דיברת בסלולרי מהבית, אתה פראיר. למה? כי בבית אתה יכול לבחור. בכל בית יש לך תמיד טלפון עם קו של בזק, שמציע לך את הקו האיכותי ביותר ואת השיחה הזולה ביותר - רק שלושים אגורות לחמש דקות" (נספח א' להתנגדות)

שוב, הפרסומת מדגישה את המקור. מחלק השני (החל מ: בכל בית יש לך...) ניתן לעשות קפיצה מאולצת כאשר אנו יודעים את מטרת מסע הפרסום ולקרוא בין השורות כי כוונת מסע הפרסום בכללותו היא לשיחת בזק-בזק. צרכן שאינו מודע למטרתו המוגדרת של מסע הפרסום לא יכול להבין כי מדובר בהכרח רק בשיחת בזק-בזק, אם כי ראוי לציין שנספח א' הרבה יותר ברור ומובן מהפרסומות בטלוויזיה וברדיו, שלגביהן נסוב עיקר המחלוקת. בזק לא יכולה להסתמך על כך שעלונים אלה יבהירו את ההטעיה בטלוויזיה וברדיו. הפרסום ברדיו ובטלוויזיה הינו מסיבי יותר וקליט יותר. צרכנים, לאחר שקלטו את המסר המטעה במדיה האלקטרונית, לא יעניקו מספיק מחשבה וקריאה מעמיקה לעלונים שנשלחו אליהם הביתה. שכן, לכאורה, מה יש לבדוק? "פראיר מי שמדבר בסלולרי מהבית".

מדובר בפרסום שבבסיסו השוואת מחירים. פרסום כזה אינו יכול להגזים ולפאר את המוצר נשוא הפרסום. הוא נושא אופי עובדתי-משווה. הצגת טבלה שמשווה מחירים אך אינה כוללת בתוכה את האפשרות של שיח מבזק לסלולרי מוסיפה להטעיה הנוצרת כתוצאה מהסלוגנים ואינה מונעת אותה.

ניתן היה להוסיף משפט מבהיר לצד כל הפרסומות כי הכוונה לשיחות תוך רשתיות, כפי שהוספה הבהרה לגבי "31 אגורות ל- 5 דקות": שיחה מקומית בין השעות 00:00-18:00. הבהרה זו אינה מצביעה על כך שכל הפרסומת מתייחסת אך ורק לשיחות תוך רשתיות. ראשית, מאחר ומדובר לטענת בזק בשיחות תוך רשתיות באופן כללי (גם מחוץ לאזור החיוג). בנוסף, כל הפרסומות בטלוויזיה מתרחשות בערב בבית ואילו ההבהרה מתייחסת לשעות היום.

יש להדגיש כי מדובר בבזק, שככל שהדבר נוגע לצרכן הישראלי, הרי המדובר 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.

(ד) ההטעיה צרכיה להיות טרום חוזית

צודקת בזק בטענתה כי הטעיה חייבת להיות טרום-חוזית. ראה ת"א (ירושלים) 1509/97 מלמד איפק נגד סלקום ישראל בע"מ דינים מחוזי לב (2), 180, שם נקבע:

"בחינת מטרותיו ותכליתו של החוק מעלה כי הוא בא בעיקרו לתת מענה לנושאים הקשורים לשלב הטרם חוזי, הוא שלב התגבשות העסקה בין הצרכן והעוסק"

זאת ועוד :

"חוק הגנת הצרכן מתייחס אך לשלב הטרם חוזי, בו נדרש ליתן לצרכן את מלוא המידע לצורך החלטתו האם לרכוש שירות או מוצר... איסורים אלה בדבר הטעיית צרכן וחובת הגילוי המתייחסים... לשלב הטרם חוזי ואינם חלים במישור ביצוע החוזה לאחר שנכרת ההסכם..."

בדיני חוזים אין הטעיה אלא כזו שנעשתה טרם כריתת החוזה. אמרה מטעה שנאמרה לאחר שנכרת החוזה עשויה לבסס עילה של הפרת חוזה או קיומו בדרך שאינה מקובלת ובחוסר תום-לב - אבל כבר אינה יכולה להיות הטעיה. " (ת.א. 216/96 גרפי ואח' נ' פלאפון תקשורת בע"מ (טרם פורסם).

בת.א. 916/96 ברזני נ' בזק בע"מ (טרם פורסם) איבחן השופט טלגם (כתוארו אז) את פסה"ד מפס"ד גרפי (לעיל) :

"בהבדל מן הבקשה שהוגשה בת.א. 216/96 נגד "פלאפון", המתבררת דרך מקרה באותו זמן, ההטעיה הנטענת בתיק זה, שאותה אמורה התביעה הייצוגית לברר, גלומה בפרסום של "בזק" המבטיח "תשלום רק עבור הזמן המדויק ששוחחת" ולפרסום זה לא נלוותה הודעה על המחיר והבהרה שמדובר בתשלום עפ"י פעימות מונה שמחירן משתנה משיחה לשיחה (מוזכר אומנם קיומן של יחידות מניה" (בפרק "התשלום") - אך מובן של אלו ובאיזה מידה הן מאזנות את ההטעיה - הוא עניין לגופה של התובענה). לעומת זאת בתביעה נגד "פלאפון" נעשה חוזה בין הצדדים ואחד מנספחיו (המחירון) מפרט שהתשלום בהתאם לזמן השיחה יחושב "ביחידות של 30 שניות" והתובע שם התעלם מהבהרה מפורשת זו.

זו הסיבה שאני נענה לבקשה לאשר תביעה ייצוגית כלפי "בזק" בעניין שיחות לחו"ל ואיני נענה לבקשה המכוונת כלפי "פלאפון" לאשר תביעה ייצוגית בגין עצם השימוש של יחידות מניה ביחידות של חצי דקה".

המבקש התקשר עם בזק בחוזה המקורי כבר קודם למסע הפרסום. ניתן לאפיין את החוזה כחוזה מסגרת, שעל גבו ניתן לצרף חוזים משניים. למרות משניותם, עדיין המדובר בהצעה חדשה ובחוזה חדש. התקשורת מתפתחת, ועל בסיס תשתית קיימת של קו טלפון ניתן לספק סל שירותים חדש, שעל קיומו לא ידעו ולא חשבו המתקשרים בעת כריתת חוזה המסגרת. הפרסומת מביאה בפני הצרכן הצעה חדשה. על סמך ההצעה, הוא בוחר להתקשר מקו הבזק שברשותו ולא מקו טלפון אחר. המדובר בהתקשרות חדשה בין בזק לצרכן על סמך ההצעה, כלומר בעקבות השפעת הפרסומת. על כן מדובר בשלב הטרם חוזי, לעניין זה.

(ה) עובדות זהות

לטענת בזק אין זהות בעובדות היוצרות את עילת התובענה. לטענתה, המבקש טוען שהוטעה לחשוב כאילו שיחה באמצעות רשת בזק תהא לעולם זולה יותר ותחושב על פי תעריף של 31 אג' לכל 5 דקות ושששל טעותו במקום להשתמש בטלפונים סלולרים השתמש ברשת בזק. אף-על-פי שבזק העלתה טענה זו בנוגע לתקנה 29 לתקנות סד"א, ראיתי לנכון להתייחס אליה כבר עתה ולדחותה. מדובר בשתי עילות נפרדות - הטעיה כאילו רשת בזק זולה יותר תמיד ; והטעיה נוספת לעניין המחיר - 31 אג' ל- 5 דקות. מניסוח כתב התביעה עולה בבירור כי לא מדובר בעילה אחת אלא בשתיים נפרדות.

(ו) הטעיה מכוונת ותעריפים שבחוק

טוענת בזק כי אף אילו היתה בנמצא הטעיה, הרי לא היתה זו הטעיה "מכוונת" או מתוך "רשלנות חמורה", אשר רק בגין ניתן להטיל אחריות בנזיקין עפ"י סעיף 40 לחוק הבזק התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק הבזק"). זו טענה עובדתית שמקומה להתברר בדיון בתובענה גופה ולא בשלב אישור התובענה.

ממשיכה בזק וטוענת כי תעריפיה מעוגנים עלי חקיקה, מופצים הן באמצעי התקשורת והן בעלוני המידע הנשלחים למנויי בזק. כל שעל מנוי (או מנוי פוטנציאלי) של חברת בזק לעשות, על מנת לברר אל נכון מה הם תעריפיה, הוא לפנות ולבחון את חקיקת המשנה הרלבנטית, לעיין באתר האינטרנט של בזק או להתקשר לחברה ולבקש שתשלח פירוט תעריפיה.

אלה טענות שיאה להן דיון במסגרת התובענה שתתברר, אך אין בהן כדי למנוע את הברור: עלוני המידע שנשלחו לצרכני בזק משווים בין שיחות בזק-בזק לסלולרי-סלולרי ולא מתייחסים לשיחת בזק-סלולרי, בעוד שהפרסומת בטלוויזיה שמה דגש על מקור השיחה ולא התייחסה כלל וכלל ליעד השיחה. בנוסף, הפרסומת מדגישה בפירוש שזול יותר להתקשר מהבית דרך בזק! האם ניתן לצפות שצרכן, לאחר שצפה בפרסומת, יבדוק את אמינותה ע"י השוואה עם חקיקת המשנה? זאת להבדיל מקונה טלפון סלולרי שכאשר הוא מחליט להתקשר עם חברה סלולרית זו או אחרת מובא בפניו חוזה התקשרות עליו צריך הוא לחתום (ראה ת.א. 216/96 גרפי נ' פלאפון תקשורת בע"מ (טרם פורסם) שם יכול לבדוק עובר לחתימה את הוראות חוזה ההתקשרות שלו.

בזק היא חברה ציבורית, הנמצאת בפיקוח ממשלתי. תעריפיה נקבעים בחקיקת משנה וקיימת נגישות אליהם. ניתן ליישם לגביה את הכלל של רשות, שכמעט משתווה לרשות עפ"י דין, שגם מעשיה נעשים כדין, ולמצער שהפרסומת נכונה. אולם העיקר הוא במסר שאותו בחרה בזק להעביר בפרסומת. כל אלה משרים על הצרכן אמינות ובטחון שהמסר הוא אמין. בהחלט ייתכן כי צרכני הטלפון הסלולרי מודעים לכך שבשיחת בזק-סלולרי עליהם לשלם זמן אוויר + תשלום לבזק. אולם על זאת לא יכלה בזק להסתמך.

במקרה דנן, צודק המבקש בטענתו כי הנתונים הנוגעים לאפקטיביות מסע הפרסום נמצאים בידי בזק. לאור האמור לעיל, ניתן לומר כי קיימת סבירות גבוהה שהיתה במסע הפרסום של בזק הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן וכי הוטעו הצרכנים, בעיקר בעקבות הפרסומות ברדיו ובטלוויזיה לחשוב שיותר זול להתקשר מבזק ללא קשר ליעד השיחה. נראה כי הסבירות שהעלוני הבהירו לצרכנים כי מטרת הפרסום היא היתרונות השיחות תוך-רשתיות הינה נמוכה למדי. זאת לעומת ההשפעה המסיבית שיש לפרסום המדיה האלקטרונית, במיוחד פרסום חד משמעי וגורף כמו "פראייר מי שמדבר בסלולרי מהבית".

לא די בכך כדי לאשר הגשת התובענה כתובענה ייצוגית, ויש מקום להמשיך ולבדוק את שאר התנאים הנחוצים עפ"י הדין.

ה. אישור התובענה כתובענה ייצוגית

סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן מונה את התנאים שבהתקיימם יוכל לאשר ביהמ"ש את הגשת התובענה הייצוגית:

- "(א) התובענה הוגשה בתום לב;
- (ב) גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית;
- (ג) התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;
- (ד) קיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה."

מנגנוני הבקרה עפ"י סעיף 35 נועדו להבטיח כי מבין כלל התובענות הייצוגיות שיוגשו, יוכרו ויתנהלו רק אלו התואמות את האינטרסים הראויים להגנה על הציבור או קבוצת צרכנים ולא הרתעת הצרכן מלתבוע בתובענה ייצוגית.

(1) תום לב

המבקש ממלא בעניין זה אחר דרישות החוק. הוא ערוך דין במקצועו ובא כוחו הוא שותפו במשרד עורכי-דין. אפשר להניח שכעורך דין מצא כאן המבקש פרצה להתגדר בה וכי נרתם למלאכה מתוך הנחה שבפועלו בעבור הרבים צפויה הכנסה נכבדה למשרדו. אין הדבר פוגע בתום-ליבו כתובע המגיש תביעה ראויה אם מצא באותה הזדמנות מקור להגדיר את הכנסתו או את המוניטין שלו.

יפים לעניין זה דבריו של ס"נ טלגס ת"א (ת"א) 1372/95, המ' 1141/95 ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית ישראלית בע"מ (טרם פורסם):

"דרישת תום הלב אין משמעה דרישה לאלטרואיזם, ואם נמנע מן המומחים לדבר, כמו עורכי הדין, לטפל באופן רווחי בתביעות צרכניות - תמצא מטרת החוק, לעודד אכיפה אזרחית על-ידי הצרכנים - מסוכלת (ראה מאמרו של ד"ר משה בר-ניב (ברונובסקי) הנזכר, שם ("גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (1) 1994 - ד.פ. בעמ' 255 - הפורש שיקול זה בצורה ריאלית)".

(2) הקבוצה

לטענת המבקש, הקבוצה שבעניינה יתבקש ביהמ"ש לאשר הגשת התובענה הייצוגית היא כלל מנוייה וצרכניה של בזק שבבעלותם מכשיר סלולרי כלשהו, החל מיום 1 בספטמבר 1997 ואילך (להלן: "הקבוצה"). לטענתו, גודלה המוערך של הקבוצה הינו 2,100,000 בני אדם - מספר זה הוא מספרם של מנויי הרשתות הסלולריות בישראל - ההנחה שבבסיס ההערכה היא, שאדם שבבעלותו מכשיר טלפון סלולרי הינו גם צרכן שירותי בזק.

לטענת בזק, אין בנמצא קבוצת צרכנים. המבקש אינו מבחין ואינו גורע מן הקבוצה אל כל אותם "צרכנים" אשר אינם צרכנים למעשה - היינו "עוסקים" למיניהם. הוא מכליל בקבוצה את כל אותם בעלי טלפונים סלולרים אשר הינם עוסקים ו/או מחזיקים במכשיר הסלולרי לצורכי ו/או עבודתם או מטעמה.

צודקת בזק בטענתה כי בהגדרת הקבוצה יש בעייתיות מסוימת. נכון יותר להגדיר את הקבוצה ככוללת את קבוצת הצרכנים הפרטיים שבבעלותם טלפון נייד וקו בזק גם יחד ולא את כל בעלי הטלפונים הניידים בארץ וגם את עשינו זאת נראה שניווטר בתחומי מאות אלפים; גודל קבוצה זו, פרישתה הגיאוגרפית והסיכוי הקלוש שכל אחד מחברי הקבוצה יתבע בעצמו, מצדיקים עמידתה של התובענה המבוקשת בתנאי זה.

מכאן, אין ספק כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. כמו-כן התובע הייצוגי, בהיותו עור דין וב"כ, ייצגו בצורה הולמת את האינטרסים של חברי הקבוצה.

(3) הנזק

לטענת המבקש, בחשבונות שמציגה בזק לצרכניה מחויבים הם בגין "זמן אויר" שצרכו בשיחותיהם עם מנויי הרשתות הסלולריות. הנזק המקסימלי, שגרם מסע הפרסום הינו ההפרש בין עלותן של כל השיחות שקיים אותו צרכן מביתו למנויי הרשת הסלולרית, לבין עלותם של אותן שיחות לו קיימן ממכשירו הסלולרי.

ממשיך המבקש וטוען כי מאחר והנתונים לשם עריכת החישוב הפרטני לגבי כל חבר בקבוצה נמצאים בידיה של בזק; גם הנתונים הנוגעים לאפקטיביות מסע הפרסום נמצאים בידי בזק. ביהמ"ש מתבקש להורות על פיצוי כל אחד מחברי הקבוצה כפי נזקו, שיחושב עפ"י הנתונים שתחויב בזק לחשוף. לחילופין, מתבקש ביהמ"ש ליתן סעד הצהרתי לפיו מוטלת על המשיבה החובה להשיב לכל אחד מחברי הקבוצה את נזקו בגין ההטעה נשוא התביעה.

לטענת בזק, הסעד המתבקש במסגרת התובענה עבור כל אחד מחברי "הקבוצה" שונה בין תובע לתובע, שהרי חישוב הנזק ענשה על בסיס בחינה יחידנית ופרטנית של כמות והיקף השיחות שנערכו על-ידי כל אחד מחברי "הקבוצה" מרשת בזק לרשתות הסלולריות. בנוסף, יהיה צורך לברר ולהוכיח מי קרא או שמע את הפרסומת מי הוטעה מי ממילא ידע כיצד מתבצע החיוב וכו'.

מסקנה אופרטיבית

אכן, מתעוררת בעיה של הוכחת הנזק שנגרם לצרכנים שנמנים על הקבוצה המדוברת בעקבות ההטעה בפרסומת. הנזק מתבטא בהפרש בין החיוב ביחידות מניה של בזק עבור השיחות מבזק לסלולרי מאותה רשת שיש לצרכן ספציפי לפני הפרסומת ובתקופת שידורה. למרות העובדה כי בידי בזק מצויים הנתונים לגבי כל צרכן וצרכן, מדובר בעבודה מסובכת מאין כמוה שתדרוש שעות עבודה רבות.

מדובר במחלוקת משפטית זהה לכל אחד מחברי הקבוצה המדוברת. אולם לעניין קביעת הנזק לא ברור איזה נזק סבל כל אחד מהצרכנים. על-כן, נראה שיש מקום לתבוע בתביעה ייצוגית הצהרתית לעניין ההטעה ואין מקום לקבוע את גובה הנזק של חברי הקבוצה, בין ככלל, בין כבודדים. כדברי חברי ס' הנשיא א. גורן (כתוארו אז) בת.א. 388/96 יערי נ' מ"י (טרם פורסם) אין

לקבוע קביעה שרירותית ואחידה של דמי נזק באופן שיהיה בכך פיצוי יתר לחלק מיחיד הקבוצה ופיצוי חסר לחלק האחר שכן "פיצוי שאינו הולם את הנזק... אינו משיג את מטרתו המיידית של הפיצוי, או את מטרותיו האחרות, לקבוע נורמות התנהגות ראויות ורצויות".

פסק הדין המנחה בעניין זה הוא ע"א 79/69, 86/69 פרנקישה פלצאנדוסטרי מרקלה ושות' ו-2 אח' נגד אורל רבינוביץ ו-3 אח', פד"י 1 כג (1) עמ' 645 (להלן "פרשת פרנקישה") נפסק כי ניתן היה לתבוע סעד הצהרתי, שלגביו ענינם של כל המעוניינים שווה הוא וזהה. פסק הצהרתי יוכל להוות בסיס לתביעת החזר כאשר מדובר בתביעות כספיות של חברי הקבוצה.

יש לאבחן את המקרה דנן מהמרצה 28680/97 (ת.א. 11097/97) דדון נגד מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם) בעמ' 9, שם אושרה תובענה ייצוגית לפי תקנה 29 לתקנות סד"א, כשלכאורה יש פיצוי כספי שונה לכל אחד מחברי הקבוצה. ביהמ"ש שם ציין במפורש שאינו חורש מהלכת פרנקישה. בנוסף, המדובר בקבוצה קטנה יותר של אנשים, בנוגע לעסקה מאוד מצומצמת, כאשר הפיצוי הוא בגין החזר מע"מ שלכאורה לא אמור היה להשתלם בהתאם לחוזה בנכרת בין הצדדים. המדובר בסכומים מוגדרים וקלים לחישוב, להבדיל מהמקרה דנן.

הפועל היוצא הוא, שאני מאשרות הגשת התביעה כתובענה ייצוגית הצהרתית.

ה. הגשת תביעת ייצוג קבוצתית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי

מאחר ונתקיימו התנאים להגשת התובענה הייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן אין למעשה צורך לבחון את העתירה החליפית באם מתקיימים התנאים גם מכוח תקנות סד"א. גם אם מתקיימים תנאים אלה, הסדר חוק הגנת הצרכן פרטני יותר ומן הראוי לנהוג על פיו.

ו. האם קמה עילת תביעה לפי סעיף 29א' לחוק ההגבלים העסקיים?

לטענת המבקש, מסע הפרסום המטעה מבסס עילת תביעה בגין ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי של בזק באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים ולפגוע בציבור עפ"י סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

מעמדה של בזק כמונופול מעוגן בסעיף 50 לחוק הבזק, ולהלן נוסחו:

"לא יינתן רשיון כללי לביצוע פעולות בזק או למתן שירותי בזק כלל-ארציים ברשת כלל-ארצית של טלפונים, אלא לחברה בלבד; לענין זה, "רשת כלל-ארצית של טלפונים" - תשתית כלל-ארצית של כבלים, מתקני אלחוט ומתקני בזק אשר באמצעותה ניתנים לציבור שירותי טלפון ושירותי בזק נוספים; ואולם לא יראו רשת רדיו-טלפון נייד כחלק מרשת כלל ארצית של טלפונים."

לא ברור כיצד ניצלה בזק את כוחה המונופוליסטי בעשיית הפרסומת ובשידור. אין חולק כי בזק הביאה לשידור פרסומת מטעה לכאורה, אך זאת במסגרת התחרות, הבריאה כשלעצמה, בינה לבין החברות הסלולריות, ולא מכוח הגדרתה כמונופול.

לפיכך, אני דוחה את העתירה להגשת התובענה מכוח חוק ההגבלים העסקיים.

ז. סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, ניתן אישור להגשת תובענה ייצוגית הצהרתית מכוח חוק הגנת הצרכן בגין הטעיה בפרסומת.

ניתן היום 5.9.99.

המזכירות תמציא עותק מפס"ד זה בהמצאה כדין לב"כ הצדדים, שאינם נוכחים.

נספח א'

הודעה על החלטה המאשרת תובענה כתובענה ייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן התשמ"א - 1981

ניתנת בזאת הודעה כי ביום 5.9.99 בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו אישר למבקש בבש"א 113039/98 בת.א. 3266/98 קדם נ' בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, להגיש תובענה ייצוגית הצהרתית נגד בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ.

תובענה זו הוגשה בשם כל מי שהינו צרכן פרטי בעל קו בזק וטלפון נייד בתקופה שבין ספטמבר 1997 ועד ל _____.

המבקש מבקש כי בית-המשפט יצהיר אודות קיומה של הטעיה במסע הפרסום שמטרתו היתה לשכנע כי "מהבית מדברים רק דרך בזק" - כשהביתה נכסים את הסלולרי פשוט סוגרים". מסע הפרסום הוביל את הצופים בפרסומת בטלויזיה ואת המאזינים ברדיו שבבעלותם טלפון סלולרי פרטי לחשוב כי זול יותר להתקשר מקו בזק שברשותם לכל יעד שהוא, כולל למנוי סלולרי החבר באותה רשת של הטלפון הסלולרי שבבעלותם מאשר להתקשר מהטלפון הנייד שלהם, דבר שאינו נכון מבחינה עובדתית וגרם להם להפסד תשלום שאותו גובה בזק בנוסף לזמן אויר שעליהם לשלם.

כל מי שנמנה על הקבוצה הנזכרת לעיל, ייחשב כמי שהסכים להגשת התובענה הייצוגית גם בשמו ובעבורו, זולת אם יודיע לבית המשפט תוך 45 ימים מיום פרסומה של הודעה זו, במכתב רשום או במסירה אישית שאושרה בחותמת בית המשפט על ידי מזכירות בית המשפט, על רצונו שלא להיכלל בקבוצה.

הודעה על אישור התובענה תפורסם בשלושה עיתונים יומיים בעברית ובשני עיתונים יומיים בערבית, תוך 7 ימים מהיום ע"י המבקש.

ד"ר דרורה פלפל, שופטת
בית המשפט המחוזי בת"א-יפו