

בעניין:

עו"ד איתי הפלר ת.ז. 033776105
ע"י ב"כ עוה"ד מאיר הפלר ו/או מירב פלח-לב ו/או איתי הפלר
מדרך העצמאות 57, חיפה
טל' 04-8521343 פקס' 04-8538003
דואר אלקטרוני itai_h1@walla.co.il ו hoeflerm@netvision.net.il

התובע/המבקש

- נ ג ד -

היולט פקארד (ישראל) בע"מ ח.פ. 511009342
ע"י ב"כ עוה"ד רון גזית, רוטנברג ושות'
משד' רוטשילד 46, תל אביב 66883
טל' 03-7111711 פקס' 03-7111700
דואר אלקטרוני yaron@rgr.co.il

הנתבעת/המשיבה

סיכומי טענות מטעם המבקש

א. מבוא ועיקרי הדברים :

1. ענייננו בבקשה לאשר תביעה כספית ע"ס 75 ש"ח כתביעה ייצוגית וזאת בהתאם ועפ"י חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו - 2006 (להלן "**הבקשה**" ו"**החוק**"), בהתאמה). הבקשה הוגשה בתחילה עפ"י פרק ו' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981 (להלן "**חוק הגנת הצרכן**"), אולם בשל כניסתו לתוקף של החוק ביום 12.3.06 ובהתאם לסעיף 45(ב) בחוק, על הבקשה חלים הוראות החוק ולא הוראות פרק ו' 1 לחוק הגנת הצרכן (הפרק בוטל בסעיף 33 לחוק).

2. **התנאי הראשון להגשת תובענה ייצוגית** - באילו עניינים רשאי תובע לבקש כי תביעתו תאושר כתביעה ייצוגית? סעיף 3(א) לחוק מפנה בעניין זה אל התוספת השניה, בה מנויים אחד עשר סוגי תביעות ותובענות. הסוג ראשון הינו:

"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

זהו המקרה שלפנינו: המשיבה-העוסקת מכרה למבקש-הלקוח שירות. כנאמר בתוספת לחוק לעיל, למעשה אין זה משנה האם המשיבה מכרה ("התקשרה") למבקש את השירות, או רק ניהלה עימו משא ומתן בעניין (בהמשך יידון נושא ההטעיה הטרומ-חוזית). כמובן, שבמקרה שלפנינו, השירות נרכש ע"י המבקש והוא שילם בעדו 75 ש"ח.

3. המשיבה לא חלקה על הקביעה כי הינה נחשבת לעוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן ואף לא חלקה על היות המבקש צרכן-לקוח, כהגדרתו באותו חוק. לא רק זאת, המצהיר מטעם המשיבה, מר ישי אבירי (להלן "**אבירי**"), אף הודה בחקירתו כי למשיבה שני מיליון צרכנים בארץ. (עמ' 11 לפרוטוקול מיום 18.1.07 – להלן "**הפרוטוקול**"). כך גם הודה אבירי, באותו עמוד בפרוטוקול, כי הוא זה הנושא ב"אחריות מלאה על כל מה שקורה בשוק הצרכני מטעם הנתבעת".

4. **התנאי השני** לאישור תובענה ייצוגית קבוע בסעיף 4 לחוק, שם נקבע מי הוא הרשאי להגיש תובענה ייצוגית. סעיף 4(א)(1) לחוק מרחיב ומפרט:

"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";

שוב ייטען, כי זהו המקרה הניצב להכרעה בפנינו. למבקש-התובע עילה אישית כנגד המשיבה במסגרת יחסיהם כעוסק וצרכן. עילה זו מעוררת שאלות, המשותפות לקבוצה גדולה של אנשים. אותה קבוצה, אשר פנתה למשיבה על מנת לקבל הצעת מחיר לתיקון מצלמותיהם המקולקלות; עבור הצעה זו שילם כל אחד מחברי הקבוצה 75 ש"ח וזאת, כאשר המשיבה מסתירה ואיננה מגלה להם מידע חיוני ומהותי.

5. **התנאי השלישי** לאישור תובענה קבוע בסעיף 8(א) לחוק. סעיף זה מורכב מארבעה תתי תנאים, אשר צריכים להתקיים במצטבר, על מנת לקיים את הסעיף כולו:

"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; 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."

כל שנותר לבדוק הוא אם שלושת התנאים המוזכרים (סעיפים 3(א), 4(א)(1) ו- 8(א) לחוק) מתקיימים.

ב. עילת התביעה האישית של המבקש לפי סעיף 4(א)(1) לחוק:

1. כאמור לעיל, אחד מהתנאים להגשת תביעה ייצוגית הינו קיומה של עילה אישית של המבקש. המבקש טוען כי המשיבה הטעתה אותו לחשוב, כי מצלמתו תתוקן במעבדתה ולכן, שילם לה עבור שירות זה 75 ש"ח. זאת, כאשר בפועל המשיבה איננה מסוגלת לתקן את מרבית חלקי המצלמה. המשיבה איננה מגלה, כי במעבדתה אין חלקי חילוף לכלל החלקים של המצלמה הדיגיטלית וכי קיימים סיכויים גבוהים שאין ביכולתה ו/או באפשרותה לבצע תיקון במצלמה המקולקלת.

2. **עילת ההטעיה על פי סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן:**

א. לשון הסעיף, אשר כותרתו הינה "איסור הטעיה", קובעת כדלקמן:

"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;

...

(12) קיומם של חלפים, אבזרים או חמרים המיוחדים או המתאימים לתיקון הנכס או לשימוש בו;

...

(15) השימוש הקודם שנעשה בנכס או היותו חדש או משופץ;

ב. בכדי לאשר תביעה ייצוגית על בסיס עילת הטעיה יש להוכיח שלושה יסודות: התנהגות הנתבעת עלולה היתה להטעות את המבקש בפרטים מהותיים בעסקה; נגרם למבקש נזק; קיים קשר סיבתי בין הנזק הנגרם לבין ההתנהגות המטעה. ראה לעניין זה את דעת הרוב בדנ"א 5712/01 **יוסף ברזני נגד בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(6) 385 (להלן "**עניין ברזני**") ואת דבריו של כב' השופט חשין:

"סעיף 2(א) לחוק, שכותרתו "איסור הטעיה", אוסר על עוסק לעשות דבר "העלול להטעות" צרכן בכל עניין מהותי בעסקה וסעיף 31 לחוק קובע כי הפרת "איסור הטעיה" כדין עוולה בנזיקין, המזכה את הנפגע בסעד. משני הסעיפים עולה כי על מנת שתקום לצרכן עילת תביעה נגד העוסק בגין הפרת "איסור הטעיה" נדרש כי הצרכן יראה שהעוסק הפר את החובה שב"איסור הטעיה", כי הצרכן נפגע כתוצאה מהפרת החובה וכי קיים קשר סיבתי בין הפרת האיסור הקבוע בסעיף 2(א) לחוק לבין הפגיעה שסבל הצרכן".

3. יסוד הטעיה:

I. להלן מתוארת השתלשלות העניינים, מעת פניית הלקוח למשיבה לעניין תיקון מצלמה מקולקלת:

(1) לקוח, אשר מצלמתו מתקלקלת, פונה למשיבה באמצעות מספר טלפון המפורסם, הן באתר האינטרנט שלה והן על גבי הקופסה בתוכה נמכרה לו המצלמה. ראה עמ' 17 לפרוטוקול, שם אבירי משיב לשאלה "מרבית הצרכנים מגיעים דרך שירות התמיכה? אני מניח. זה הטלפון על הקופסה. גם באתר האינטרנט? כן".

(2) השיחה הטלפונית של הלקוח עם המשיבה נערכת בפועל עם עובד של חברת Israeli Customer Support Center, או בקיצור ICSC - חברה העובדת עבור המשיבה כקבלן במיקור חוץ. לעניין זה ראה סעיף 42 לתגובת המשיבה, סעיף 13 לתצהירה של המשיבה וכן עמ' 12 לפרוטוקול.

(3) בשיחת הטלפון מוסר/ת הטלפן/ית של ICSC את המידע ללקוח, אשר כולל בעיקרו את רשימת המקומות בהם ניתן למסור את המצלמה. הנה, בעמ' 13 לפרוטוקול, עונה המצהיר מטעם המשיבה: "מפנים אותו (את הלקוח - א.ה.) למרכז השירות למסור את המצלמה...".

(4) הלקוח מגיע לנקודת השירות (או האיסוף למעשה) ומוסר את המצלמה. העובדים להם נמסרת המצלמה הינם אף הם עובדים של ICSC - כך מעיד אבירי בעמ' 17 ומוסיף, כי מדובר ב"נקודת איסוף לוגיסטית" בלבד.

(5) בד בבד עם מסירת המצלמה משלם הלקוח 75 ש"ח למשיבה. כמו כן, מוחתם הוא על שני טפסים (נספחים א' 2 ו א' 3 לתביעה).

(6) מנקודת האיסוף המצלמה מועברת למעבדתה של המשיבה, גם היא במיקור חוץ – ראה עמ' 11 לפרוטוקול.

(7) המעבדה שולחת ללקוח מסמך, אשר כותרתו "הצעת מחיר לתיקון" ובו רשומים "תיאור התקלה", "תיאור התיקון" וכמובן "עלות עבודה". ראה נספח ב' לתביעה.

II. מהי העסקה בין הלקוח למשיבה? עבור מה משלם הלקוח למשיבה את התשלום? התשובה קלה וברורה – התשלום הינו עבור הזמנה של הצעת מחיר לתיקון תקלה במכשיר מקולקל. דהיינו, הלקוח מבקש מהמשיבה, כי בעבור 75 ש"ח תאפיין את התקלה ותציע לו הצעה לתקן את התקלה, תיקון אשר כמובן ישיב את המוצר לפעילות תקינה.

III. האם במהלך עסקה זאת, ובעיקר במהלך המשא ומתן טרם כריתתה, מטעה המשיבה את ציבור לקוחותיה? אם התשובה לכך חיובית, הרי יש לקבל את הבקשה ואם שלילית התשובה, הרי יש לדחות הבקשה.

IV. כאמור לעיל, העסקה מתחילה בשיחת טלפון למרכז התמיכה של המשיבה (כפי שנכתב לעיל, מדובר בקבלן של המשיבה, אולם המשיבה לא טענה כי איננה אחראית לפועלו ולכן, יש לראות בה אחראית באופן מלא לתפקודו - נסכם כי ICSC היא כמשיבה לעניין בקשה זו). האם במהלך שיחה זו מוסרת המשיבה, באמצעות הטלפן/ית מידע מלא ואמיתי לעניין פרטיהם המהותיים של העסקה? על כך נחקר אבירי.

V. מאמר מוסגר – עדות שמיעה של אבירי –

המשיבה לא צירפה תצהיר של עובד ו/או מנהל ו/או בעלים של ICSC. לעניין זה חשיבות רבה וזאת לאור סעיף 13 לתצהירה של המשיבה, בו מצהיר אבירי כדלקמן:

"יחד עם זאת אציין כי טענות המבקש אינן מתיישבות עם המציאות הנוגת במרכז התמיכה הטלפוני של המשיבה (המופעל על ידי חברת ICSC). במקרים רבים אכן מסבירים התומכים כי אם הטכנאי במרכז השירות לא יצליח לטפל בתקלה במקום, הרי הלקוח יקבל הצעת מחיר לביצוע התיקון באמצעות החלפת המוצר במוצר מחודש, ואף מציינים בדרך כלל את המחיר המקסימלי ללקוח במקרה זה".

המבקש טען בתחילת חקירתו הנגדית של אבירי, כי יש למחוק סעיף זה בתצהיר בשל היותו **עדות שמיעה**. החלטת ביהמ"ש היתה כי עדות שמיעה **לא** תתקבל, אולם בשלב זה, טרם החקירה, בלתי ניתן לקבוע האם מדובר בעדות שמיעה. כעת, לאחר החקירה, ניתן לקבוע בוודאות כי מדובר בעדות שמיעה. המצהיר הודה בעמ' 12 לפרוטוקול, כי ICSC הינה חברה חיצונית, שאינה בבעלות המשיבה. הוא אף הודה כי לחברה זו מנכ"ל משלה (עמ' 12). המצהיר הודה כי הקשר היחידי שלו הינו ביקורים במקום (וזאת משום שאינם יושבים במקום מושבה של המשיבה ברעננה, אלא בנתניה – גם על כך נחקר), אשר במהלכם הוא "מציג להם את HP" (עמ' 14 לפרוטוקול). דהיינו, המצהיר לא היה נוכח בשיחות שבין נציגי השירות לבין לקוחות המשיבה ובוודאי איננו יכול להעיד על דברים שאמרו נציגי השירות ללקוחות המשיבה. משמע, המצהיר איננו יכול להעיד לעניין "המציאות הנוגת" ב ICSC ובוודאי שאיננו יכול ליתן סטטיסטיקות לעניין "המקרים הרבים" בהם מוסבר ללקוח, כי ייתכן ויוצע לו מוצר מחודש.

לעניין פסילת עדות שמיעה, ראה דבריו של המלומד קדמי בעמ' 286 לספרו **על הראיות**:

"הכלל הוא שעד רשאי למסור בעדותו אך ורק מה שהוא קלט בחושיו שלו; שרק אז הוא "מקור" הידיעה, ועל כן – יכול הוא להעיד על אמיתות תוכנה. זאת להבדיל ממידע שנקלט בחושיו של אחר והגיע לידיעתו מפיו של הקולט; שאז – אין העד "מקור" הידיעה, ועל כן – אינו יכול להעיד על אמיתותה, אלא על עצם "אמירתה" בלבד."

לסיכום נקודה זו – עדותו של אבירי לעניין שיחות שניהלו עובדי ICSC עם לקוחות המשיבה מהווה עדות שמיעה ויש למחקה.

VI. אבירי, לעומת זאת, הודה כי נוהלי העבודה ל ICSC מוכתבים ע"י המשיבה (עמ' 12 לפרוטוקול). את הנהלים לא הביא עימו המצהיר, למרות שהודה כי "בחלקם" הם בכתב. הנה כך הוא משיב לשאלה "פרט מה הנהלים, חלקם מזכרונך?" בעמ' 13 לפרוטוקול: "ת: אני חושב שבתצהיר שלי יש תיאור במפורז במס' סעיפים. בד"כ הקריאה מתחילה כשהלקוח מתקשר למרכז התמיכה וטוען שיש לו תקלה. מרכז התמיכה בודק. יש תרחיש ברור של שאלות מומלצות מה לשאול ואיך לפעול, האם המצלמה באחריות או לא, מה התקלה, האם ניסית או החלפת סוללות" (הדגש שלי - א.ה.). יצוין כי בתצהיר אין תיאור, ולו במפורז, של נהלים אלו.

VII. לאחר "תרחיש ברור" זה: "מפנים אותו (את הלקוח - א.ה.) למרכז השירות למסור את המצלמה..."¹ (ראה עמ' 13 לפרוטוקול). תשובה זו נותן אבירי לשאלה: "מעבר לשאלות, אחרי שהוא אמר שניסה הכלי" (הדגש שלי - א.ה.). כלומר, לאחר שהלקוח אמר לנציג השירות של המשיבה כי ניסה הכל ועדיין המצלמה איננה פועלת, מופנה הלקוח למרכז השירות למסור את המצלמה המקולקלת. **כאן נוצר הפער**; **כאן מתבצעת ההטעיה**. דהיינו, המשיבה מפנה למרכז השירות למסור את המצלמה, כאשר אין היא מגלה ללקוח כי אין ביכולתה לבצע תיקון למצלמה וכי מרבית החלקים שבמצלמה אינם נמצאים במלאי במעבדתה. מהלקוח מוסתר מידע מהותי בעסקה.

VIII. בפני הלקוח לא מוצגת תמונה מלאה ואמיתית, המאפשרת לו לקבל החלטה מושכלת לעניין העסקה המוצעת לפניו. הלקוח מבקש לקבל שירות של תיקון המצלמה ולכן סבור הוא (ובצדק) כי המשיבה, לה הוא מוסר את המצלמה, מסוגלת לתקן אותה. הלקוח סבור, כי המעבדה של המשיבה מחזיקה חלקי חילוף וכי ביכולתה לתקן את כל המכלולים של המצלמה. אולם, המציאות שונה לחלוטין – המעבדה איננה מחזיקה בחלקי חילוף עבור המצלמה ומכלוליה הפנימיים, אלא כעולה מחקירתו של אבירי: "פחות מ- 10%" מהחלקים (עמ' 15 לפרוטוקול).

IX. אבירי מתחיל את עדותו לעניין המעבדה באמירה, כי איננו יודע מהו המלאי בה, "אלא רק שיש חלקי חילוף" (תחתית עמ' 14 לפרוטוקול) וממשיך באומרו, כי: "יש מגעים פנימיים בתוך המצלמה בתוך בית הסוללות, מכסה בית הסוללה, כבלים, חלקי פלסטיק, לחצנים". אולם, לאחר שהחקירה הנגדית מקשה מעט והוא נשאל מכמה רכיבים המצלמה מורכבת, הרי הוא משנה את עדותו ומודה, כי המעבדה מחזיקה מלאי מצומצם ביותר של חלקי חילוף. הנה ראה ראש עמ' 15 לפרוטוקול: "ת: אני מניח שמאות. ש: האם המשיבה מחזיקה את כל מאות החלקים פה בארץ? ת: **לא**" (הדגש שלי - א.ה.). והוא ממשיך ומודה כי: "**לא מתקנים רכיבים קטנים** אלא מכלולים. אם השאלה היא לגבי מכלולים **הרי פחות מ- 10%**" (הדגש שלי - א.ה.).

X. אין ספק, כי אם אבירי עצמו ניסה בתחילה להסתיר מביהמ"ש את היעדר המלאי, הרי בוודאי הטלפנים ב- ICSC נוהגים כמוהו. הרי הוא זה המעביר להם את הנהלים. אבירי מנסה להסוות את ההטעיה של המשיבה ולזרות חול בעיני ביהמ"ש בדרך של פירוט תיקונים, אשר המשיבה כביכול מסוגלת לבצע, כדוגמת תיקון בית הסוללות ו/או מתג ההפעלה. וכבר עתה ייאמר כי כל התיקונים, אשר ציין אבירי, הינם תיקונים קוסמטיים וחיצוניים בלבד, וכי המשיבה איננה מסוגלת לתקן חלקים בתוך המצלמה, כגון מחשב המצלמה, מנוע, מכלול אופטי ועדשה. כך, למשל, בעמ' 15 לפרוטוקול, שלוש פסקאות מתחתית העמוד, מודה אבירי כי: "אנו לא מחליפים את המכלול האופטי במצלמה"; והרי אין עוררין כי המכלול האופטי הינו חלק מרכזי ומהותי במצלמה.

¹ בכדי למנוע טענה של המשיבה כי הציטוט איננו מלא, ייאמר כי אבירי ממשיך ואומר "מחתימים אותו". אולם, מכיוון שנמצאים אנו בשלב של השיחה הטלפונית, הרי בלתי אפשרי להחתים את הלקוח. ככל הנראה אבירי התכוון לחתימה על נספחים 2 א' – 3 של התביעה. חתימה זאת, כאמור לעיל, מתבצעת רק בעת מסירת המצלמה במרכז השירות.

XI. מיד לאחר מכן נשאל אבירי, האם הטלפנים ב ICSC מוסרים ללקוחות המשיבה מידע זה - המהותי לעסקה. דהיינו, האם המשיבה מיידעת את הלקוחות, כי אין באפשרותה לתקן את המכלול האופטי? על כך משיב אבירי בביטחון: "הטלפנים אומרים שיש מקרים שבהם אנחנו לא מתקנים מצלמה". גם כאן, כנטען בסעיף ה' לעיל, מדובר בעדות שמיעה פסולה. החקירה הנגדית מקשה ושואלת - "האם הטלפנים אומרים שפרט לחיצוניות או הרמת מתג וניקוי בית סוללה אתם אינכם מתקנים את מה שקשור לפנימיות של המצלמה", ואבירי משיב, **הפעם בחוסר ביטחון: "אני חושב** שהטלפנים אומרים שבמקרים מסוימים אנחנו לא מתקנים את המצלמה" (הדגש שלי - א.ה.).

XII. אבירי "חושב" שהטלפנים של המשיבה אומרים. כמובן, שאבירי לא יכול להיות בטוח וזאת כי מעולם לא נכח בשיחות הטלפון הנערכות ואיננו יכול להעיד על תוכן. מכאן ואילך אבירי מאבד את הביטחון ואיננו בטוח עוד אלא אך ורק משער, מניח וחושב. הנה כך נפתחות תשובותיו בתחתית עמ' 16 ובתחילת עמ' 17: "אני חושב", "אני מניח" ושוב "אני חושב".

XIII. בוודאי תטען המשיבה, כפי שהצהיר אבירי בסעיף 13 (אשר מחיקתו מבוקשת, כזכור), כי הטלפנים אומרים לצרכנים שאם "לא יצליח לטפל בתקלה במקום, הרי הלקוח יקבל הצעת מחיר לביצוע התיקון באמצעות החלפת המוצר במוצר מחודש". אולם, גם אם אכן הטלפנים אומרים דברים אלו (וכאמור, אבירי לא יכול להעיד לעניין זה) עדיין אין כאן גילוי מלא ואמיתי. קיים הבדל ופער גדול ומשמעותי בין מסירת מידע בסגנון²: "אם לא נצליח לתקן, נחליף במצלמה מחודשת" ובין המצב האמיתי לפיו: "אין ברשותנו את מרבית החלקים במעבדה ולכן **קיים סיכוי סביר** כי לא ניתן לתקן את התקלה". הגילוי לצרכן חייב להיות מלא וזאת בכדי שיהיו בידיו הנתונים המלאים בבוחנו את העסקה המוצעת לו בכדי שיוכל לקבל החלטה האם לקבלה או האם לדחותה.

XIV. בשלב זה בחקירה הנגדית נחשפת המשיבה במלוא מערומיה. אבירי נשאל ע"י המבקש (תחתית עמ' 16 לפרוטוקול): "האם אתם אומרים ללקוחות שמתקשרים **שאם התקלה היא בפנים** אתם לא מתקנים?" אבירי, כאמור לעיל, איננו בטוח בתשובתו אבל משיב: "אני מניח שאם במהלך השיחה הם מגיעים ל**נקודה הזו** שיכולה להיות תקלה במכלול האופטי התשובה תהייה שאנחנו לא מתקנים" (הדגש שלי - א.ה.). כלומר, רק אם מגיעים במהלך השיחה ל"נקודה הזו", הרי הטלפן "שולף מכובעו" את המידע אותו הוא מסתיר ואומר כי התקלה לא תתוקן.

XV. המבקש מוסיף ושואל את אבירי (תחתית עמ' 16 לפרוטוקול): "הטלפן לא נותן הודעה במהלך השיחה, אמצע, סוף שלא מתקנים חלקים שבתוך המצלמה ואין לכם חלקים כאלה?". והנה יוצא המרצע מהשק, אבירי בגילוי אמיתי (בניגוד להתנהגותה של המשיבה) משיב: "אני חושב שזה **תלוי בדינמיקה** של השיחה". דהיינו, הלקוח צריך להיות נבון או לכל הפחות לנחש נחוש מושכל ועליו להוביל את השיחה עם הטלפן (ל"נקודה הזו") בכדי לקבל את המידע המלא והאמיתי.

² זהו איננו ציטוט אלא ניסוח לדוגמא.

XVI. להזכיר, חוק הגנת הצרכן קובע כי הטעיה צרכנית איננה נגרמת רק במעשה, **אלא אף במחדל**. לעניין זה ראה דבריו של המלומד סיני דויטש בעמ' 401-402 לספרו **דיני הגנת הצרכן**, שם כותב הוא :

"האיסור על הטעיה במחדל הוא כללי וללא סייגים ושונה מכך מחובת הגילוי של סעיף 15 סיפא לחוק החוזים הכללי, המטיל חובות גילוי רק כאשר הדין, הנוהג או הנסיבות מחייבות גילוי. הבחנה זו היא אחד הנושאים שבהם ההטעיה הצרכנית רחבה יותר מהטעיה חוזית. הבחנה זו היא הפתרון ללבטי בית המשפט בפרשת זילברשלג³. כאשר יש באי הגילוי כדי להטעות לגבי "המחיר הרגיל או המקובל" של שירות, הרי שהוא ייחשב כהטעיה צרכנית, גם אם ההטעיה לא היתה במעשה".

כלומר, אי הגילוי של המשיבה, כי איננה יכולה לבצע תיקונים והותרת מידע זה נסתר, מהווה מחדל המהווה הטעיה צרכנית. וראה פסק דינו של השופט גרשון בת"ה (חיפה) 28404/97, **עודד בולדו נ' רשות הנמלים והרכבות**, תק-מח (2)99, 3870, בעמ' 3876 :

"נראה כי לכאורה היה כאן מקום לטענה בדבר אפשרות להטעיית הציבור בשלב הטרום חוזי דוקא: שהרי מן החומר שלפני עולה כי המשיבה לא טרחה להבהיר, בשום מקום, כי מי שקונה כרטיס הלוח וחוזר עלול להידרש, אם יבקש לחזור ברכבת ישירה, לשלם תוספת של 2 ש"ח משום שברכבת ישירה כל המקומות שמורים. **במחדל זה נעוצה ההטעיה הנטענת**" (הדגש שלי - א.ה.).

XVII. דהיינו, המשיבה "שומרת את המידע בבטנה" ואיננה מוציאה אותו החוצה ומיידעת את הלקוחות עליו. כך ממשיך אבירי את תשובתו באותה שורה, בעמ' 16 לפרוטוקול: "אנשי מרכזה (היה צריך להיות 'המרכז' - א.ה.) **יודעים את זה ואם** זה מגיע לשלב הזה הוא מקבל את התשובה במדויק" (הדגש שלי - א.ה.). כלומר, **אם ורק אם** הטלפנים נשאלים ישירות ע"י הלקוח, הרי שימסרו את המידע האמיתי והמהותי. הטלפנים יודעים היטב, כי המעבדה איננה מחזיקה את כל חלקי החילוף וכי איננה יכולה לתקן את מרבית המכלולים (כאמור לעיל, רק 10%), אולם הם נמנעים מלמסור מידע זה לצרכנים המתקשרים. זאת, אלא אם הם נשאלים שאלה ישירה או "מגיעים לשלב/נקודה ספציפיים".

XVIII. יש לזכור, כי דנים אנו בסביבה צרכנית בה המידע, כולו או מרביתו, נמצא ברשותו ובחזקתו של העוסק – מוכר השירות. הצרכן, המתקשר למשיבה, איננו יודע מהו מלאי החלפים אותו היא מחזיקה ואילו מכלולים במצלמה ביכולתה לתקן. המשיבה לבדה מחזיקה מידע זה. ראה דבריו של המלומד דויטש בספרו הנ"ל, בעמ' 377 :

³ ת"א (נצרת) 785/98, זילברשלג עיטל נ' אל על נתיבי אויר לישראל, תק-מח (3)99, 1521, עמ' 1527.

"אם בעבר שלט בכיפה הכלל "יזזהר הקונה", הרי שעם חקיקת חוק החוזים הכללי השתנה כלל זה במידה רבה, כיוון שהוטלו חובות גילוי על הצדדים להתקשרות. מאחר שבעסקאות צרכניות בעל המידע הוא, בדרך כלל, המוכר, יש בשינוי הכלל בדיני החוזים משום הגנה על הלקוח."

ובהמשך בעמ' 402, כפי שצוטט לעיל, כותב הוא כי:

"...ההטעיה הצרכנית רחבה יותר מהטעיה חוזית."

XIX. מכאן, שהמשיבה איננה יכולה לטעון, כי מתן תשובה ללקוח רק ב"דינמיקת שיחה" מסוימת ו/או כאשר הלקוח שואל את השאלה "הנכונה", מהווים גילוי מלא של הפרטים המהותיים לעסקה. הלקוח איננו יכול, כמובן, לשאול את השאלות "הנכונות" וזאת כי אין ברשותו את המידע המלא. לא זו אף זו, הלקוח אף אינו מודע (ואין לו כל דרך לדעת) לכך שקיימות שאלות "נכונות" שכאלו, אשר רק הצבתן בפני הטלפנים תוביל אותו להבנה מלאה של העסקה המוצעת לו. הלא הלקוח סמוך ובטוח, כי כאשר מוסרים מוצר למעבדת תיקונים, ביכולת המעבדה לבצע תיקונים – כך אומר ההיגיון הישר.

XX. כאשר נשאל אבירי, האם אי גילוי זה הינו "אחד הנהלים של HP העולמית", הוא משיב בשלילה וממשיך כי: "זה פרקטיקה (היה צריך להיות פסיק - א.ה.) אחרת כל שיחה היתה לוקחת שעות". האם אורך שיחת הטלפון מהווה שיקול ראוי וסביר שלא לגלות לצרכן מידע מהותי? אבירי מודה כי מדובר בפרקטיקה, אולם טוען כי לא מדובר בנוהל. ייטען, כי לשם קיום עילת ההטעיה, אין זה משנה כלל אם מדובר בנוהל, שמוכתב ע"י המשיבה, ודי בהודאתו של אבירי, כי זהו הנוהל-הפרקטיקה⁴ בפועל.

XXI. מהי אותה פרקטיקה? זוהי פרקטיקה של אי מסירת מידע והסתרתו מן הלקוח. לקוח, אשר מבקש לתקן תקלה במצלמתו ופונה בכדי לקבל שירות – לא עליו מוטלת האחריות לשאול את השאלות "הנכונות". על המשיבה מוטלת האחריות למסור את "התשובות המלאות והאמיתיות" ולא להסתיר מידע מהותי. אבירי נשאל בעמ' 17: "אמרת שיש מספר מכלולים ועליהם לא אומרים אם כן מתקנים או לא מתקנים?" והוא משיב: "זה תלוי בדינמיקה של השיחה, אם הלקוח מבקש מידע נוסף" (הדגש שלי - א.ה.). כלומר, אם הלקוח לא מבקש מידע נוסף, הרי המשיבה לא תמסור אותו, על אף שמדובר במידע שהינו חיוני להבנת הלקוח את האפשרויות העומדות בפניו.

לעניין חובת מסירת מידע, ראה מאמרו של משה בר-ניב (בורנובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית", עיוני משפט י"ט, 251, בעמ' 260:

"חוק הגנת הצרכן מתמקד בעיקר בחלק מהנושאים הצרכניים הקשורים לתהליך של התגבשות חוזה בין עוסק לבין צרכן, דהיינו החוק מתרכז במניעת

⁴ "פרקטיקה", כהגדרתה במילון אבן שושן: "1. נסיון מעשי, שימוש בידיעות למעשה. 2. המעשה והשימוש – להבדיל מן העיון וההלכה".

העברה של מידע מטעה או בחיוב מסירה של מידע מלא על ידי

העוסק לצרכן. הנחת היסוד היא, כי בתנאים של מידע נאות, יוכל הצרכן לכלכל את צעדיו בתבונה ולהתקשר בעסקה המשיאה את רווחתו. כוונת החוק הינה להגן "על הצרכן מפני מעשי הטעיה או מרמה." (הדגש שלי - א.ה.).

אף חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973, מורה אותנו כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב." חובת תום לב זו כוללת בחובה חשיפת פרטים מהותיים, אשר בלעדיהם לא היה הצד השני מתקשר בעסקה. כפי שנאמר בד"נ 7/81 **פנידר ואח' נ' קסטרו**, פ"ד לו(4) 673, בעמ' 696-697:

"אי-גילוי מקום בו מתבקש גילוי מהווה הפרה של חובת תום הלב. בנסיבות, בהן יש בעובדות כדי להשפיע על אופיים של ההסדרים הנערכים כתוצאה מן המשא ומתן בין הצדדים, חלה חובת גילוי כביטוי לחובת תום הלב ... **יש נסיבות, בהן חובה על הצדדים לנקוט פעולה אקטיבית של גילוי, ובמיוחד כאשר ברור לבעל המידע שבין מנהלי המשא ומתן, שקיים פער ממשי בין הכוונה של הצד השני לבין מה שהוא בר השגה על-פי המצב המשפטי והעובדתי לאמיתו.** ... חובת הגילוי היא תולדה של האמון המתחייב בין צדדים המנהלים משא ומתן, ומקורו של זה בחובה המשפטית, העולה מסעיף 12." (הדגש שלי – א.ה.).

חשיבות חובת גילוי זו מתחדדת ומקבלת משנה תוקף, כאשר מדובר בצרכן, שהינו למעשה הצד "החלש" בהתקשרות, שכן מרבית האינפורמציה אינה מצויה בידו.

XXII. נסכם שלב זה של שיחת הטלפון עם ICSC, הוא שלב המשא ומתן וכן השלב העיקרי בגיבוש החלטת הלקוח להתקשר בעסקה עם המשיבה: הלקוחות פונים למשיבה בכדי לכוון עסקה עימה – כלומר, מזמינים את המשיבה להציע הצעה. או אז, המשיבה מציעה הצעה לתיקון מצלמה מקולקלת ובאם הלקוח מקבל הצעה זו – העסקה בין הצדדים משתכללת. מצאנו, כי המשיבה איננה מוסרת ללקוח מידע לעניין העדר חלקי חילוף במעבדה ו/או כי אין ביכולתה לתקן 90% מהמכלולים במצלמה. האם מידע זה הינו מהותי לעסקה? אין ספק, כי התשובה לכך חיובית, לאור תתי הסעיפים של סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, המפרטים מה ייחשב כעניין מהותי (ראה סעיף 6 לעיל). מכל מקום, רשימה זו איננה רשימה סופית וסגורה. אי גילוי ללקוח כי אם התקלה נפלה ב 90% מהחלקים שאינם מתוקנים על ידי המשיבה (ראה שוב עמ' 15 לפרוטוקול), המצלמה לא תתוקן, הינו הפרט המהותי ביותר בעסקה. מדוע ללקוח למסור מצלמתו במטרה לקבל הצעת מחיר לתיקון, כאשר קיים סיכוי של 90% כי למשיבה אין כל יכולת מעשית לתקנה? יתר על כן – מדוע ללקוח לשלם על אותה הצעת מחיר מיוחלת, כאשר מירב הסיכויים (90%) הם כי פניו יושבו ריקם ויקבל חזרה פיסת נייר חסרת משמעות ותוכן?! התשובה הינה: **אין כל סיבה.** אולם, לצערם של הלקוחות – המשיבה שומרת את הסיבות לעצמה.

XXIII. **הערת אגב** – בכדי למנוע העלאת טענה של המשיבה כי ICSC הם האחראים להטעיה ולא היא, הרי כפי שנאמר לעיל, המשיבה לא הכחישה בכתב תגובתה כי היא זו האחראית למעשיה ו/או

מחדליה של ICSC. על כל פנים, סעיף 32(א) לחוק הגנת הצרכן קובע, כי הטעיה ע"י אחר הינה היינו אף. ראה גם דבריו של המלומד דויטש בעמ' 377 בספרו הנ"ל: "זו הרחבה ניכרת של אחריות עוסק להטעיה, והיא מייצרת את הצורך לבחון אם המטעה פעל "מטעמו" של המתקשר אם לאו".

XXIV. המשיבה בוודאי תטען, כי בשיחת הטלפון עם ICSC לא הסתיימה העסקה וכי המצלמה טרם נמסרה למשיבה וכי הלקוח טרם שילם את שבעים וחמישה השקלים. ראשית, נזכור כי הפסיקה נכון להיום רואה בהטעיה הצרכנית כחלה רק על השלב הטרם-חוזי⁵. דהיינו, גם אם העסקה לא הסתיימה בשלב שיחת הטלפון, הרי בוודאי נמצאים אנו בשלב הטרם-חוזי, עליו חלה עילת ההטעיה הצרכנית וכן חובת תום הלב במשא ומתן, כמפורט לעיל. שנית, נבחן ונגלה כי גם בשלב הבא בעסקה, הוא שלב קיבול הצעת המשיבה והשתכללות העסקה - מסירת המצלמה בנקודת האיסוף - המשיבה ממשיכה בהטעיה ואיננה מגלה את הפרטים המהותיים בעסקה.

XXV. שלב מסירת המצלמה בנקודת האיסוף – כך מתאר המבקש בתצהירו (סעיף 6) את מסירת המצלמה: "ביום 6.8.05, או בסמוך אליו, פניתי לנציגת הנתבעת באיזור חיפה (רח' התעשייה, תל הנן בנשר) ומסרתי את המצלמה. במקום הוסבר לי שנית ע"י נציגת הנתבעת כי עלי לשלם את התשלום וזאת בעבור קבלת הצעת מחיר לתיקון, אשר תישלח לי לאחר בדיקת המצלמה במעבדה הראשית של הנתבעת. שילמתי את התשלום ומסרתי את המצלמה".

XXVI. כפי שנאמר לעיל, בעת מסירת המצלמה הוחתם המבקש על שני טפסים – נספחים א' 2 ו- 3 לתובענה. המבקש לא נחקר על מסירת המצלמה בחקירתו הראשית, פרט לכך שהתבקש לאשר חתימתו על נספח א' 3 לתובענה וכי הוא זה שצירף נספח זה לתביעה (ראה עמ' 7 לפרוטוקול). דהיינו, המשיבה לא הפריכה את המתואר בתצהירו של המבקש לעניין אירוע מסירת המצלמה.

XXVII. לעומת זאת, בתצהירו של אבירי לא מצוינת מילה לעניין נקודת האיסוף ובסעיף 13 בתצהיר הוא מתייחס רק לשיחות הטלפון עם הלקוחות (כאמור לעיל, עדות שמיעה פסולה). אבירי נחקר על נקודת איסוף זו בעמ' 17 לפרוטוקול. אבירי נשאל מיהם העובדים בנקודת האיסוף והשיב כי הם שייכים ל- ICSC. כמו כן, נשאל אבירי האם פגש אותם (כפי שפגש את הטלפנים של ICSC) והשיב: "לא. אותם לא פגשתי".

XXVIII. אבירי מודה בחקירתו, כי הלקוחות מגיעים לנקודת האיסוף רק לאחר שיחת הטלפון. אבירי נשאל: "מה ההסבר שמקבלים בתחנת האיסוף על הטופס?" והוא משיב: "**במידת הנדרש** מקבלים הסבר על הטופס. מחתימים על הטופס. זו נקודת איסוף **לוגיסטית**" (הדגש שלי - א.ה.). משמע, תשובתו של אבירי ממשיכה את הקו, שהתגלה במהלך חקירתו - המשיבה מותירה את הגילוי ללקוחותיה ליד הגורל בלבד. ביוזמתה, המשיבה לא תגלה לעולם ללקוחותיה את האמת; רק אם תידרש ("במידת הנדרש") ע"י הלקוח, תיתן לו הסבר. אבירי והמשיבה רואים באקט מסירת המצלמה כאקט לוגיסטי בלבד, זאת כי הוא מתבצע לאחר שיחת הטלפון. חיזוק לכך ניתן למצוא בעובדת החזקתם של עובדים, אשר הכשרתם אינה מגיעה כדי זו של הטלפנים: "האם באותה רמת

⁵ ראה ספרו של המלומד דויטש בעמ' 404 ואף ראה מאמרם של באי כוח המשיבה, עו"ד רייטר וורסנו, "הטעיה, הפרה ומה שביניהן", אשר התפרסם ב- 18.12.2005 באתר האינטרנט the Marker.

הכנה או הדרכה, הטלפנים שיושבים במרכז
כי אם "הם מקבלים תדריך". תדריך ותו לא.
התמיכה?"; התשובה איננה "באותה רמה",

XXIX. דהיינו, המשיבה רואה בשלב זה אקט מכאני-טכני בלבד, בו לא אמור להימסר מידע ובכלל לא אמורים להיות חילופי דברים בין הצדדים. כל אשר צריך להחליף ידיים הם המצלמה והתשלום בסך 75 ש"ח. כאשר המבקש מסר את מצלמתו, הוא לא קיבל כל הסבר על הטופס או כל פרט אחר נוסף. יש לציין כי המשיבה לא סתרה ואף לא חקרה נקודה זו בתצהירו.

XXX. טענתה של המשיבה, כפי שעלתה מכתב תגובתה, היא כי המבקש הינו עורך דין במקצועו, ולכן חזקה עליו כי קרא את נספח א' 3 טרם חתימתו. לעומת זאת, מודה המשיבה כי איננה מספקת ללקוחות כל הסבר על טופס זה (אלא אם כן הלקוח דורש זאת), אלא רק אומרת לו "חתום כאן וכאן" וכד'. זאת, כאשר כלל האירוע - מסירת המצלמה והתשלום, לרבות החתימה על המסמכים - איננו נמשך יותר משתי דקות. המשיבה לא סתרה את הצהרתו של המבקש, לפיה לא קיבל כל הסבר על הטופס. עניין זה משיב אותנו לעילת ההטעיה - גם אי מתן הסבר טרם החתמה על טפסים מהווה הטעיה. ראה דבריו של המלומד דויטש בעמ' 153 לספרו לעניין החובה ליתן הסבר ולוודא, כי הצרכן הבין את אשר הוסבר לו.

XXXI. עוד ייטען בעניין נקודת האיסוף, כי אין להפריד בין שיחת הטלפון לבין אקט מסירת המצלמה, כי אם יש לראות בהם יחדיו כאקט אחד ומתמשך, כאשר השלב האחרון נובע מהראשון ומהווה את המשכו הטבעי והישיר. הלקוח מגיע לנקודת האיסוף, כעולה מחקירת אבירי, רק **לאחר** שיחת הטלפון. בשיחת טלפון זאת, הנערכת עם טלפנים מיומנים (יותר מאלו העובדים בנקודת האיסוף), צריך הוא לקבל את המידע לעניין אפשרויות תיקון המצלמה. עם מידע זה (או למעשה אי-מידע זה) ממשיך הוא הלאה ופונה לנקודת האיסוף. המשיבה לא מנסה לתקן ו/או להוסיף ל"מטען המידע" עימו מגיע הלקוח; הרי זו נקודה לוגיסטית בלבד. הלקוח חותם על הטפסים המוצגים בפניו, כאשר סמוך ובטוח הוא כי המצלמה נמסרת למעבדה לתיקון. המשיבה לא טענה ואבירי לא הצהיר, כי עובדי המשיבה מציינים בפני הלקוח, כי רק 10% מהמכלולים מתוקנים במעבדתה וכי כל היתר אין ביכולתה לתקן. לכל היותר (רק אם היא "נדרשת" לכך), המשיבה מסבירה על הטופס. מהו אותו הסבר, אם ניתן בכלל, לא פירטה המשיבה ולא הפריכה גרסתו של המבקש, כי כלל לא ניתן לו הסבר.

XXXII. אין לנו אלא לקבוע, כי המשיבה מסתירה ומחביאה מלקוחותיה הרבים את האמת. האמת, שנחשפה במהלך הדיון בבקשה, היא כי 90% מהחלקים במצלמות אינם ניתנים לתיקון ע"י המשיבה. מידע זה הינו מהותי לעסקה בין המשיבה ללקוחותיה; למעשה, זהו המידע החשוב ביותר בעסקה. השירות, אשר מבקש הלקוח לרכוש, הוא **שירות התיקון (או הצעת מחיר לתיקון)**. המשיבה **חייבת** למסור ללקוח את המידע לעניין יכולתה או אי יכולתה לבצע את השירות, אולם היא בוחרת להותיר את הצרכן באפילה אינפורמטיבית ומונעת ממנו את המידע, כי רק כ- 10% מהמכלולים במצלמה היא מסוגלת לתקן במעבדתה (עמ' 15 לפרוטוקול). **אי גילוי זה מהווה הטעיה פסולה לפי חוק הגנת הצרכן.**

XXXIII. המשיבה בוודאי תטען, כי ההטעיה (המוכחשת על ידה, כמובן) נעשתה רק במצג בע"פ ועל כך ייאמר כי אכן מרבית ההטעיה נעשתה בע"פ, אולם המשיבה "סייעה" להטעות גם בכתובין.

להלן מעט הערות לשוניות ומילוניות לחיזוק טענת ההטעיה ולעניין המשמעות הלשונית של המונחים, אשר המשיבה עושה בהם שימוש ואשר יש בהם בכדי ללמד על הטעיית לקוחותיה:

(1) **תיקון/החלפה** – המשיבה מרבה להשתמש במילים אלו. כך, כותרת נספח א' 2 לתביעה הינה "קבלת מוצר לתיקון", כותרת נספח א' 3 הינה "אישור תיקון לעבודה מס'" וכותרת נספח ב' הינה "הצעת מחיר לתיקון". לעומת זאת, באי כוח המשיבה רושמים בסעיף 37 לתגובה, "כי התיקון יבוצע על דרך של החלפת המוצר במוצר מחודש". המבקש טוען, כי השימוש במילה "תיקון", כאשר אחת מהאפשרויות הנחבאות מאחוריה הינה למעשה "החלפה במוצר מחודש", הינו מטעה ופסול. להלן ההגדרה המילונית של התיבה "תיקון" במילון אבן שושן: "1. מילוי הפגם או הליקוי בדבר, החזרת דבר למצבו השלם או הנכון. 2 שינוי לטוב, שיפור, השבחה". מנגד, ניצבת ההגדרה המילונית של התיבה "החלפה" במילון אבן שושן: "המרה, נתינת דבר תמורת דבר אחר". אין ספק כי "החלפה" איננה "תיקון"; אין גם ספק, כי השימוש במילה "תיקון" מרמז על ביצוע עבודה כלשהי במוצר בכדי לתקנו ולהשיבו לשימוש - עבודה, אשר כפי שהוכחנו לעיל, במרבית המקרים (90%) אין ביכולת המשיבה לבצע. ברי ונהיר, כי "החלפה" אין משמעה "החזרת דבר למצבו השלם", אלא המרת חפץ אחד בחפץ שני.

(2) **מעבדה** – המשיבה מכנה פעמים רבות את מרכז השירות שלה, הממוקם בפתח תקווה (עמ' 13 לפרוטוקול), בכינוי "מעבדה". ראה נספח ב' לבקשה, שם מסומן ב X "שירות במעבדה". בהמשך אותו נספח רשום "במקרה של תיקון במעבדה...". כך גם בחקירתו הנגדית משתמש אבירי בתיבה "מעבדה" מספר פעמים, ראה לדוגמא בעמ' 11, 14 ו - 18 לפרוטוקול. ראה גם סעיף 6 לתצהירו של המבקש, אשר האמור בו לעניין "המעבדה" לא הוכחש ע"י המשיבה. מהי ההגדרה המילונית של המילה "מעבדה" לפי מילון אבן שושן? - "לברטוריה, מקום מצויד במכשירים לעריכת ניסויים מדעיים או טכניים". לקוחות המשיבה אינם מצפים כי במעבדה יערכו ניסויים במוצריהם, אולם בטוחים הם כי במקום יש מכשור טכני ומלאי ראוי לבצע תיקונים במוצריהם הפגומים והמקולקלים. זאת כאשר, כפי שנתגלה בדיון, המעבדה מכילה 10% מחלקי החילוף של המצלמה בלבד.

4. יסודות התרחשות הנזק והקשר הסיבתי:

I. כפי שנאמר לעיל, אין די להוכיח, כי המשיבה הטעתה את המבקש ואת קהל לקוחותיה. יש להראות, כי למבקש נגרם נזק וכי נזק זה נגרם בעטייה של ההטעיה. דהיינו, כי קיים קשר סיבתי בין ההטעיה לנזק שנגרם.

II. הנזק לו טען המבקש הוא התשלום, שבעים וחמישה שקלים חדשים, הנגבים בעבור השירות, אשר המשיבה אמורה לספק. המבקש טוען, כי המשיבה איננה מספקת את השירות וזאת, משום שאיננה מחזיקה מלאי מלא ו/או משמעותי של חלקי חילוף ולכן, 75 ש"ח נגבים שלא כדין ותוך הטעיית הצרכן.

III. סעיף 4(ב)(1) לחוק קובע כי:

"...כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק - בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק" (הדגש שלי - א.ה.).

IV. האם נגרם למבקש נזק? המבקש מצהיר בסעיף 9 לתצהירו כדלקמן: "...אם הנתבעת ו/או נציגיה היו מוסרים לי מידע זה בשיחת הטלפון המתוארת בסעיף 5 לעיל ו/או בעת מסירת המצלמה המתוארת בסעיף 7 לעיל, הרי שלא הייתי טורח ומוסר את המצלמה לנתבעת ובודאי שלא הייתי משלם את התשלום לנתבעת".

V. המשיבה לא חקרה את המבקש על עניין זה (כפי שלא עשתה בכל הקשור לעילה האישית) ולכן, גרסה זו שרירה וקיימת. המשיבה מנסה להסיט הדיון בסעיף 47 לתגובתה ולכוון לנזק אחר, אשר לא נטען ע"י המבקש כלל. המבקש לא טוען כי מצלמה בחנות זולה יותר, אלא טוען כי השירות עבורו שילם, לא סופק לו ע"י המשיבה. המבקש ביקש לקבל הצעת מחיר לתיקון ובמקום זאת, קיבל הצעה לרכישת מצלמה מחודשת. לא בשירות זה חפץ המבקש.

VI. לעניין הקשר הסיבתי ייאמר, כי בין ההטעיה לבין הנזק עובר קו ישיר, עבה וברור. המבקש טוען כי המידע, אשר המשיבה איננה מגלה, הוא כי אין ביכולה ובאפשרותה לתקן את מרבית התקלות. מידע זה, לו היה נמסר למבקש, היה מונע בעדו מלשלם למשיבה ומלמסור לה את המצלמה.

VII. עוד בעניין הקשר הסיבתי ראה נספח א' 3 לתביעה, שם - לפני "תנאים כלליים" - נכתב: "דמי הבדיקה בסך 75 ש"ח יחויבו גם אם אישור התיקון/הצעת המחיר לא יאושרו על ידך". וכן ראה נספח ב' לתביעה, שם נכתב מתחת לסכום: "לתשומת לב: במקרה של תיקון במעבדה, דמי בדיקה בסך 75 ש"ח בגין בדיקת המוצר ואפיון התקלה נכללים בהצעת מחיר זו, ויחויבו גם אם הצעת המחיר לא תאושר על ידכם". להזכיר, כותרת נספח א' 3 הינה "אישור תיקון לעבודה" וכותרת נספח ב' הינה "הצעת מחיר לתיקון". כפי שהוכח לעיל, המשיבה לא מבצעת את השירות כלל ולכן, איננה זכאית לגבות עבורו תשלום.

VIII. יסוכם, כי המבקש היה משוכנע כי 75 השקלים משולמים עבור שירות של בדיקת המצלמה וקבלת הצעה לתיקון. "פרסום" המשיבה הוא, כי ביכולתה לתקן את המצלמה ולתת למבקש הצעת מחיר לתיקון. על בסיס פרסום זה שילם המבקש 75 ש"ח – הרי לך הקשר הסיבתי. ראה דבריו של השופט חשין בעניין ברזני, בפסקה 40:

"פירסום העלול להטעות צרכן מגבש עוולה כהוראת סעיף 2(א) שלחוק. ומשמתקיים קשר סיבתי ראוי בין אותו פירסום לבין נזק שנגרם לצרכן - יהא זה קשר סיבתי ישיר על דרך של הסתמכות או קשר סיבתי עקיף על דרך של שרשרת סיבתית ראויה מן הפירסום ועד לצרכן - יהא אותו צרכן זכאי לפיצוי. לשון אחר: על הצרכן התובע להראות כי הפירסום המטעה הניע שרשרת אירועים שבסופה הגיעה אליו וגרמה לו נזק"

וראה דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בסעיף 14 לפסק דינה בעניין ברזני :

"בדרך כלל מגולמת בדרישת ההסתמכות ההנחה, כי אלמלא המצג עליו הסתמכת ובהסתמך עליו שינית מצבך לרעה, לא היית נדרש לשירות או למוצר שהוצגו באופן מטעה. במילים אחרות, היית בוחר להימנע מלהיזקק למוצר או לשירות".

כך במקרה שלפנינו, מדוע למבקש לשנות מצבו לרעה ולשלם 75 ש"ח למשיבה עבור שירות אשר מרבית הסיכויים הם כי לא תוכל לספק. המבקש היה נמנע מלשלם ולא היה מבקש לרכוש שירותיה של המשיבה.

IX. המשיבה, בכתב תגובתה הארוך - המונה 88 סעיפים - מקצה ארבעה סעיפים קצרים **בלבד** לעניין הנזק והקשר הסיבתי. די בכך בכדי להראות, כי למשיבה אין טענות ממשיות לעניין הנזק ו/או הקשר הסיבתי בין ההטעה לנזק. בסעיף 47 לתגובתה שוגה המשיבה בטענותיה ומציעה שתי אפשרויות שאינן רלוונטיות: הראשונה, רכישת המצלמה המחודשת וקיזוז 75 השקלים והשניה, רכישת מצלמה מחודשת בחנות. שוב ייאמר, השירות עבורו שולם התשלום איננו "מקדמה" עבור רכישת מצלמה מחודשת, אלא קבלת הצעת מחיר לתיקון. זהו הפרסום אשר מציגה המשיבה. שירות זה לא סופק למבקש. האפשרות השניה איננה רלוונטית אף היא, וזאת כי פניית לקוח ישירות לחנות ורכישת מצלמה איננה נדונה בעניין שלפנינו. ענייננו רק בלקוחות אשר פנו לקבל שירות המשיבה - פנו והוטעו לחשוב כי המשיבה תתקן מצלמתם, או כי לכל הפחות ביכולתה לתקן המצלמה.

X. נסכם פרק זה ונאמר כי בין הנזק - גביית תשלום של 75 ש"ח - ובין ההטעה - אי מסירת מידע לעניין יכולות התיקון של המשיבה - קיים קשר סיבתי ברור. לו היה נמסר למבקש המידע, לא היה משלם למשיבה 75 ש"ח ולא היה נגרם לו חסרון כיס זה.

5. סיכום העילה האישית

I. עילתו האישית של המבקש נפרשה בתצהירו (סעיפים 10-1 בתצהיר), אשר צורף לבקשה. בקצרה יסופר שנית: מצלמתו של המבקש התקלקלה ולכן התקשר למשיבה; בשיחת הטלפון נאמר לו כי עבור הצעת מחיר לתיקון עליו לשלם 75 ש"ח; את המצלמה, כך נאמר לו, עליו למסור באחת מנקודות האיסוף של המשיבה; המבקש פעל בהתאם - מסר את מצלמתו ושילם 75 ש"ח למשיבה; מצלמתו לא תוקנה ואף לא התקבלה הצעה לתקנה, כי אם תחת זאת, קיבל המבקש הצעה לרכוש מצלמה מחודשת.

II. המבקש נחקר ע"י ב"כ המשיבה ארוכות, אולם זה האחרון לא הצליח להפריך גרסתו. למעשה, בחקירה הנגדית לא נשאל המבקש כלל לעניין עילת התביעה האישית. ב"כ המשיבה כלל לא שאל את המבקש לעניין שיחת הטלפון עם המשיבה. דהיינו, גרסת המבקש לעניין שיחת הטלפון לא נסתרה. כך גם, לא נחקר המבקש לעניין מסירת המצלמה בנקודת האיסוף (התבקש רק לאשר חתימתו על טופס - נספח א' 3 לתביעה), כך שגם גרסתו לעניין מסירת המצלמה לא נסתרה.

III. המשיבה אף לא הכחישה, כי מצלמתו של המבקש לא תוקנה וכי הוצע לו לרכוש מצלמה מחודשת במקום (נספח ב' לתביעה). לגרסת המשיבה, קיימים מקרים (וכפי שהוכח לעיל - אלו מרבית המקרים) בהם זהו "התיקון" המוצע ללקוח. המשיבה לא חקרה את המבקש לעניין הבנתו ו/או אי הבנתו את המצג שהוצג בפניו בנושא "התיקון" ולכן איננה יכולה לטעון אחרת כעת.

IV. **מניעות** – המשיבה טענה בכתב תשובתה ואף חקרה את המבקש בעניין הצעת המשיבה לשלם לו 75 ש"ח טרם פתיחת ההליכים. לטענת המשיבה, אי קבלת המבקש את הצעת המשיבה, משמעה כי למבקש אין עילה אישית. המבקש טען בעניין זה כבר בכתב תשובתו, שם ציין כי המשיבה בחרה בכוונה לצטט חלק קטן מפס"ד בת"א 1586/00 שלמה אלרגנט נ' מפעל הפיס, תק-מח 2000 (3) 5937. בפסק הדין המלא מציין בית המשפט את הסכנה בסיכול העילה האישית במקרה של בחינת תום הלב לעניין קבלה או אי-קבלה של הצעת הפיצוי. ממילא, במקרה המתואר שם, ההצעה לפיצוי נעשתה לפני שמפעל הפיס קיבל "איום" על תביעה ייצוגית ואילו בסעיף 11 למכתבו של המבקש (נספח ב' לתשובה), המופנה למנכ"ל המשיבה, כותב המבקש על כוונתו להגיש תובענה ייצוגית. לזאת יש להוסיף את העובדה, כי אבירי השיב בחקירתו, כי הלשכה המשפטית של המשיבה היא זו המנחה את המשיבה כיצד לטפל בתלונות של לקוחות. ראה עמ' 14 לפרוטוקול: "ש: מה הנהלים לגבי תביעה שכזו? ת: מטפל בה הנציג מהלשכה המשפטית ומנסה לפתור את הבעיה ולהגיע להבנה עם הלקוחות. ... ש: כלומר מי שהנחה את אותה טלפנית שהתקשרו (היה צריך להיות "שהתקשרה" - א.ה.) אליו זו הלשכה המשפטית. ת: יתכן". כלומר, לא מדובר בגחמה של נציג שירות הדיוט, אלא בהנחיה של הלשכה המשפטית (גוף משפטי מקצועי) אשר עיינה בטענות, שהעלה המבקש במכתבו, ואזי - בכדי לסכל את עילת תביעתו האישית - הנחתה את הטלפן להציע למבקש את כספו בחזרה. המשיבה היא זו שנהגה בחוסר תום לב וניסתה "לטאטא" את התביעה הייצוגית ולכן אין היא יכולה לטעון למניעות ולהיעדר עילה אישית של המבקש.

V. **סיכום ביניים** – גרסת המבקש לא נסתרה. המבקש מסר את מצלמתו, כאשר המצג שהציג בפניו המשיבה, הוא כי יקבל הצעת מחיר לתיקון המצלמה. המשיבה לא הודיעה למבקש, כי ייתכן ואין ביכולתה לתקן את המצלמה ולכן, המבקש הוטעה. אך ורק בשל הטעיה זו שילם את 75 השקלים. למבקש נגרם נזק ישירות, כתוצאה מהטעיית המשיבה.

ג. התקיימות תנאי החוק הנוספים – סעיף 8(א) לחוק:

1. סעיף 8(א)(1) לחוק - התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה:

I. המשיבה טענה כי השונות בין חברי הקבוצה הינה רבה (ראה סעיף 76 לתגובתה המשיבה) וזאת משום, שהתובענה מבוססת על הטעיה שבוצעה במהלך שיחת טלפון; היות ולטענת המשיבה, כל שיחת טלפון שונה מחברתה, הרי קיים הבדל מהותי במערכת העובדתית בין צרכן לצרכן. תחילה ייאמר, כי הפסיקה איננה מחייבת זהות מוחלטת, אלא מסתפקת בדמיון בלבד. ראה פסקה 15 בפסק דינה של כב' השופטת שטרסברג – כהן ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת".

II. בנוסף, לפי המלומד אלון קלמנט בעמ' 140 למאמרו "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו – 2006", **הפרקליט מט(1) 131** :

"במקרים שבהם אין מדובר בהתנהגות "עוולתית" **אחת** שגרמה נזקים למספר רב של תובעים, אלא בסדרה של התנהגויות דומות אשר כל אחת מהן פגעה בתובע אחד בלבד" –

וזהו המקרה בענייננו –

"...אין לדרוש ממנו (מהתובע הייצוגי – א.ה.) להוכיח שנהגו כך כלפי כל הלקוחות או כלפי רובם. קיומו של נוהג שהתקיים כלפי כמה לקוחות, יכול לשמש ראיה מספקת לצורך אישורה של תובענה ייצוגית, אשר במסגרתה יבדוק בית המשפט אם נוהג כזה אכן התקיים."

III. אף במקרה שלפנינו השאלות העיקריות הינן משותפות לחברי הקבוצה. חברי הקבוצה פנו למשיבה בכדי לקבל הצעת מחיר לתיקון והוטעו לחשוב, כי ביכולת המשיבה לתקן את המצלמה, כאשר בפועל המשיבה איננה מחזיקה 90% מחלקי המצלמה. המשיבה הודתה - באמצעות אבירי - כי בשיחת הטלפון היא מוסרת את המידע המלא רק "אם הלקוח מבקש מידע נוסף" ובכפוף ל"דינמיקה של השיחה". מדובר בהודאה מלאה **באי גילוי מידע מהותי בעסקה**. ויודגש - אבירי נתן תשובות אלו, **לא ספציפית בעניינו של המבקש, אלא באופן כללי לגבי כלל השיחות המתבצעות**. אבירי במפורש אומר, כי מדובר ב"פרקטיקה". כלומר, המשיבה נוהגת כך בכל (או מרבית) שיחות הטלפון. מכאן יוצא, כי לקבוצה לא נמסר מידע מלא ומהותי בנוגע לעסקה וכי השאלה העיקרית המתעוררת משותפת לכל חברי הקבוצה.

IV. השאלות המועלות ע"י המשיבה בסעיף 80 לתגובה הינן משניות לשאלה המרכזית בעניין שלפנינו. - השאלה המרכזית הינה ההטעיה ומרגע שאבירי הודה, כי מדובר בפרקטיקה המתבצעת בכל שיחות הטלפון, הרי יש לקבוע כי התנאי של זהות השאלות התקיים. ממילא, מרבית השאלות שמעלה המשיבה, נמצאות בידיעתה הבלעדית ובירורן הינו קל ופשוט ובוודאי שלא מדובר בבירור "מהמכבידים ומהמתישים ביותר שניתן להעלות על הדעת" (סעיף 81 לתגובת המשיבה). המשיבה יודעת ומחזיקה במידע לגבי מספר הלקוחות, אשר אישרו או סרבו להצעה לרכישת מצלמה מחודשת; כך

יודעת היא מהו מספר הלקוחות, אשר בוצע תיקון אמיתי (לעומת "תיקון" בדמות רכישת מצלמה מחודשת) במצלמותיהם. יתר השאלות שהמשיבה מעלה אינן רלוונטיות – המבקש לא טען כי בקבוצה כלולים הפונים למשיבה במסגרת האחריות, המבקש לא טען כי הצרכן צריך לבקש לרכוש מצלמה מלכתחילה ואף לא טען כי יש לברר מחיר המצלמה בחנות – הכל מכל שאלות שבינן לבין הכרעה בבקשה אין כל קשר.

V. אם כן, מדובר – כאמור – בשאלות המשותפות לחברי הקבוצה. כאשר לכך מצרפים את יסודות עילת ההטעיה שבוססו לעיל, בחלקם הקודם של הסיכומים, המסקנה המתבקשת היא, כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

2. סעיף 8(א)(2) לחוק – תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין:

I. החוק אינו מונה תנאי מפורש לעניין גודל הקבוצה ולכן, נושא זה נדון במסגרת תנאי זה של "דרך יעילה והוגנת". כדברי קלמנט, במאמרו המוזכר לעיל, בעמ' 146:

"כאשר מספר התובעים הוא גדול וקשה לזהותם, יתקיים בדרך כלל תנאי זה שכן ללא מכשיר התובענה הייצוגית לא תתברר המחלוקת כלל".

כנטען בבקשה, מדובר בקבוצה לא מבוטלת של צרכנים והמשיבה לא הצליחה להפריך טענה זו. להלן נדון בגודל הקבוצה.

II. ראשית, ולמרות שאין החוק דורש זאת עוד, נדון בגודל הקבוצה. המבקש הציג בפני בית המשפט נתונים, כי חברי הקבוצה מונים כ – 6,300 איש ואישה. נתונים אלו לא נסתרו ע"י המשיבה. למעשה, המשיבה לא טענה ולו מילה אחת⁶ לעניין נספחים ב', ג', 1, ג' 2 ו – ד' על פיהם העריך המבקש את גודל הקבוצה. לעומת זאת, כאשר נשאל אבירי האם נספחים א' של תצהירו מעידים על כמות הפניות למשיבה, השיב בעמ' 19 לפרוטוקול: "זו כמות מזערית. אני מציין שיש הרבה מאוד פניות שלא נרשמו".

III. לטענת המבקש, לכל אחד מחברי הקבוצה נגרם נזק – חסרון כיס בסך 75 ש"ח וזאת, כתוצאה ישירה מהטעיית המשיבה. המשיבה לא גילתה לחברי הקבוצה, כי אין באפשרותה לתקן את מרבית (90%) חלקי המצלמה ובמחדלה זה הטעתה את חברי הקבוצה לחשוב, כי יקבלו הצעת מחיר לתיקון. בפועל קיבלו הם הצעה לרכוש מצלמה מחודשת.

IV. אמנם, המשיבה מנסה בעמ' 26 לתגובתה לטעון לעניין גודל הקבוצה, אולם שוב שוגה היא בנייתו המשפטי, כמפורט להלן:

⁶ למעט האמירה בסעיף 83 לתגובה: "לא נבחן בשלב זה את הספקולציות המזרחיות שפורר המבקש בנושא גודל הקבוצה". מדובר באמירה שתמית ללא כל ביסוס מאחוריה, או לכל היותר ללא הצגת ראיה סותרת. אי הצגת ראיה שכזו מחזקת את התחושה, כי הקבוצה גדולה משמעותית מזו אשר הוצגה ע"י המבקש. למעשה, לאחר הגשת התובענה התברר למבקש, כי המשיבה מטעה את ציבור לקוחותיה גם בעת מסירה "לתיקון" של מוצרים אחרים, כגון מדפסות וסורקים.

(1) חברי קבוצה שאינם "צרכנים" – כל הפונה למשיבה ומבקש את

שירותי התיקון שלה הינו "צרכן" כהגדרת חוק הגנת הצרכן. השירות הנדון הינו תיקון המצלמה ולא המצלמה גופה. שירות זה הינו שימוש "שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". ממילא המשיבה עצמה צירפה לתצהיר התגובה 15 חשבוניות מס, אשר בחלקן הוצאו למוסדות ו/או תאגידים (צוקר קרמיקה, בית ספר ניצני השרון, נגה גלילות ועוד). מכאן, כי אין היא מבחינה בין לקוחותיה המבקשים שירותי תיקון ומבחינתה כולם צרכנים.

(2) פנייה במהלך תקופת האחריות – המשיבה לא הציגה מספרים ו/או אחוזים של הפונים אליה במסגרת האחריות. ממילא, המבקש לא הסתיר נקודה זאת והעלה אותה במסגרת טיעונו לעניין גודל הקבוצה בסעיף 3 ה' לבקשתו.

(3) אי תשלום מראש – טענה זו לא ברורה וזאת שכן, המשיבה עצמה הודתה כי גביית 75 ש"ח נעשית מראש. אמנם, בעמ' 17 מעיד אבירי כי ייתכנו מקרים בהם לא ייגבו 75 ש"ח – "יכול להיות שמישהו בא ויש צורך רק בניגוב האבק למשל". אך, אין ספק כי מלבד העובדה שאבירי איננו יכול להעיד על המתרחש במעבדה, הרי הסיכוי שצרכן יגיע למעבדה לצורך ניגוב אבק הינה קלושה. על כן, יש לדחות טענה זו על הסף.

(4) הלקוחות אשר תוקנה מצלמתם שלא על דרך מוצר מחודש – כפי שנאמר לעיל וכפי שהעיד אבירי, הרי ביכולת המעבדה לתקן לכל היותר 10% ממערכות המצלמה. המשיבה ניסתה שוב ושוב לטעון, כי היא מבצעת תיקונים כגון "החלפת מכסה סוללות", "חיבור מכסה סוללות" ו"החלפת מכסה עדשה", אולם סך כל תיקונים אלו מסתכם לכדי 10% מהחלקים במצלמה. 90% אינם מתוקנים, דהיינו, לכל היותר יש לצמצם את הקבוצה באותם חברי קבוצה, אשר תקלתם יכולה לבוא על פתרונה באמצעות 10% החלקים המוחזקים במלאי. כפי שנאמר לעיל, מדובר בחלקים חיצוניים בלבד, כאשר המשיבה איננה מסוגלת לתקן בתוך קרביי המצלמה.

(5) הלקוחות אשר קיבלו מידע מלא מנציגי המשיבה – נדמה כי התשובה הראויה ביותר לטענה זו הינה תשובת אבירי בעמ' 17 לפרוטוקול: "...זה תלוי בדינמיקה של השיחה" ולכן גילוי מלא מתבצע רק "...אם זה מגיע לשלב הזה הוא (הצרכן - א.ה.) מקבל את התשובה במדויק". דהיינו, הלקוח צריך להיות מיומן ביותר, חייב "לשרוד" שיחה ארוכה (הרי אבירי מעיד כי "אחרת כל שיחה היתה לוקחת שעות") וצריך לדעת לשאול את השאלות הנכונות (הרי אבירי מעיד כי רק "אם הלקוח מבקש מידע נוסף") ורק אז, יקבל את המידע המלא. אין ספק כי הקבוצה הזאת, קבוצת הלקוחות "המיומנים", שזמנם בלתי מוגבל ויודעים לשאול שאלות נכונות, היא הקבוצה הריקה.

(6) הלקוחות אשר קיבלו מידע בטופס אישור התיקון – כבר הניסוח מלמד על ההטעיה – בטופס לא נמסר מידע מלא. בטופס לא נאמר כי 90% מחלקי המצלמה אינם ניתנים לתיקון ע"י המשיבה. ההטעיה גם איננה מתחילה במעמד חתימת הטופס, אלא מהווה המשך ישיר לשיחת הטלפון עם המשיבה. הטופס איננו מתקן את ההטעיה הנולדת בשיחת הטלפון והמשיבה אף לא עושה כל מאמץ לצמצם את הפער ולמסור ללקוח מידע נוסף. טרם

החתימה על הטופס, כפי שהוכח לעיל, לא ניתן כל הסבר. המשיבה עצמה רואה בנקודת מסירת המצלמה "נקודת איסוף לוגיסטית" בלבד ולא מעסיקה במקום טלפנים/עובדים מקצועיים. למבקש לא ניתן כל הסבר למהות הטופס ובוודאי לא הוסבר לו, כי "תיקון" יכול להפוך ל"רכישת מצלמה מחודשת". ניתן להקיש מהאמור בע"א 413/79 **ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' חנה מנצור**, פ"ד לד(4) 29, בעמ' 38-39 :

"מקום בו הונע החותם לחשוב כי המסמך הוא בעל מהות בסיסית שונה ממה שהוא לאמיתו של דבר, יהיה בית - המשפט נכון להסיק כי החתימה - והמסמך עליו היא מובאת - הם בטלים".

עוד ייאמר בעניין זה, כי קיימות שתי דרכים אפשריות לבחון את מעמד מסירת המצלמה: **הראשונה** היא, כי כאשר הלקוח מגיע לנקודת האיסוף, העסקה כבר נכרתה. דהיינו, הלקוח קיבל (או לא קיבל) את המידע בשיחת הטלפון ועפ"י מידע זה (ובמקרה הנדון חוסר מידע זה), הגיע לנקודת האיסוף וזאת במטרה למסור את המצלמה. הרי הלקוח איננו מגיע לנקודת האיסוף בכדי לקבל מידע נוסף, אלא בכדי למסור את המצלמה ובכדי לשלם 75 ש"ח. הסיכוי כי לקוח יגיע לנקודת האיסוף ושם יחליט שלא למסור את המצלמה הינו קלוש. הנה, במקרה שלפנינו נסע המבקש ממשרדו שבדרך העצמאות 57, במהלך יום העבודה, אל נקודת האיסוף בתל חנן. דהיינו, הצרכן כבר החליט לרכוש שירותיה של המשיבה וכל שנשאר הוא הפן "הלוגיסטי" - כדברי אבירי - מסירת המצלמה ותשלום למשיבה.

האפשרות **השנייה** היא, כי מדובר בעוולה מתמשכת. קרי, הטעיה המתחילה בשיחת הטלפון וממשיכה בנקודת האיסוף ובטופס עליו מחתימים את הצרכנים. במטרייה הצרכנית, אין ליצור דיכוטומיה מלאכותית בין שיחת הטלפון לבין מסירת המצלמה. כפי שמספר הטלפון באתר המשיבה ו/או על קופסת המוצר מוביל לשיחת הטלפון עם ICSC, כך הטלפון/ית מוביל/ה את הלקוח לנקודת מסירת המצלמה. דהיינו, הצרכן מגיע לנקודת האיסוף כבר לאחר המחדל של אי גילוי המידע. הצרכן נמצא בעמדה נחותה משמעותית עוד יותר וזאת, לאור אי הגילוי בשיחת הטלפון. תפקיד המשיבה לפי חוק הגנת הצרכן הוא להציג בפני הצרכן את האפשרות "להתחרט" ולא למסור את המצלמה וזאת ע"י מסירת מידע אמיתי ומלא. על המשיבה לתקן את המחדל שנגרם בשיחת הטלפון ולהודיע לו בבירור, כי קיימים סיכויים גבוהים, שמצלמתו לא תתוקן. כנאמר לעיל, המשיבה לא עושה זאת אלא רק מקבלת את המצלמה והתשלום ומבקשת לחתום על שני טפסים, ללא כל הסבר נוסף. כל אחת מהאפשרויות מובילה למסקנה אחת – הקבוצה לא קטנה בשל הטופס שנחתם.

(7) **חברי הקבוצה אשר הסכימו להצעת המחיר** – אין לנו אלא לצטט את תשובת אבירי לשאלה בתחתית עמ' 19 לפרוטוקול: "ש: הגענו לשלב שבו אומרים לא יכולים לתקן ומציעים מצלמה מחודשת. כמה יש כאלה?" ת: "אינני יכול להגיד". אם אבירי – נציגה של המשיבה - איננו יכול לספק תשובה, אין אלא לדחות טענתה בעניין זה.

(8) נסכם ונאמר, כי המשיבה לא הצליחה לסתור טענת המבקש לעניין גודל הקבוצה. כאשר נשאל אבירי בעמ' 17 לפרוטוקול, האם הוא יודע מהו מספר הפונים בחודש למעבדה, השיב בעמ' 18: "אני לא יודע לענות על השאלה". המשיבה איננה יכולה לאחוז במקל בשני קצותיו –

מחד גיסא, לומר כי הקבוצה ריקה ומאידך גיסא, לא להשיב על שאלות לעניין גודל הקבוצה בחקירה נגדית. הרי אבירי מודה בתחילת הפרוטוקול, כי למשיבה שני מיליון לקוחות ובעמ' 19 לפרוטוקול, כי החשבונות שצירף הינן מדגם בלבד וכי הכמות גדולה בהרבה. התחמקות מממן תשובות ו/או צירוף ראיות סותרות, יש בהם כדי להעיד, כי הקבוצה הינה גדולה - ובוודאי שאיננה ריקה. ראה גם עמ' 18 לפרוטוקול, שם משיב אבירי לשאלת ביהמ"ש ואומר: "שליש, שליש שלישי בטלפון, מעבדה וח"ל". דהיינו, גם לפי דבריו של אבירי, שליש מהמצלמות מגיעות למעבדה. לא ברורה כוונתו לשליש שמגיע לחו"ל ומכיוון שהמשיבה לא הסבירה עניין זה, יש להסיק, כי גם שליש זה מגיע למעבדה בארץ ולאחר מכן נשלח לחו"ל. כלומר, 2/3 מהתקלות עוברות למעבדה ומשולם בגין 75 ש"ח. בוודאי לא מדובר בקבוצה ריקה.

V. נושא נוסף, שיש לבחון במסגרת תנאי זה, הוא התועלת הנובעת מניהול התובענה הייצוגית המבוקשת: בענייננו, הנזק שנגרם לכל חבר קבוצה הינו 75 ש"ח, סכום מזערי, אשר ספק אם צרכן יטרח ויפתח בהליכים כנגד המשיבה בגינו. שיקולי עלות מול תועלת מכריעים בבירור, כי תביעה בגין סכום פעוט שכזה לעולם לא תוגש. לעומת זאת, הסכום המצרפי של כלל התביעות הינו גדול ומשמעותי - כחצי מיליון ש"ח ועל כן, יש תועלת בניהול תובענה ייצוגית אחת על פני מספר רב של תובענות נפרדות (אשר - כאמור - ממילא לא היו מוגשות ובכך היתה מסוכלת מטרת החוק). ראה דבריה של כב' השופטת אחיטוב בת"א (מחוזי ת"א) 2286/03 ז'קלין טורבתיאן נ' הנקל סוד בע"מ (טרם פורסם, 4.2.2007):

"ניתן אף לשער כי נזקו של כל אחד מנפגעים אלה אינו עולה על שקלים בודדים, בלבד. מנגד, הרי שנזקם המצרפי של כלל הנפגעים הוא גדול. אף לפי אומדן המשיבה, המדובר בפיצוי כספי נטען בסך 255,850 ש"ח (ויוער כי לפי אומדן המבקשת מדובר בפיצוי כספי נטען בסך 4,384,000 ש"ח). יצוין כי שני אומדנים אלו מתייחסים לתקופת זמן חלקית: שנה אחת, בלבד, המסתיימת עם הגשת התובענה והבקשה נשוא הדיון.

בנסיבות אלו: אין הצדקה כלכלית לכל אחד מהנפגעים לנהל תובענה אישית כנגד המבקשת, ואין כל הצדקה עניינית לניהול מספר רב של הליכים משפטיים סביב אותה "הטעיה". כך, אף אם כל אחד מהנתבעים יתבע סעד השונה במקצת מזה המבוקש על ידי חברו, מחמת שוני במחיר בו נמכר המוצר (הן באריזה הישנה והן באריזה החדשה) בין נקודות מכירה שונות".

עוד בעניין זה ראה פרק אחרון בסיכומים אלו, בו מפורטות המטרות מאחורי כלי התובענה הייצוגית וכיצד על ביהמ"ש להגשים מטרות אלו.

3. סעיפים 8(א)-(3)-(4) לחוק - קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב ובדרך הולמת:

I. שני תתי התנאים האחרונים בסעיף 8(א) לחוק אוחדו יחדיו וזאת משום שהמבקש מיוצג על ידי עצמו. נדמה, כי את מירב יהבה משליכה המשיבה על עניין זה. כך גם השקיעה חלק ניכר מהחקירה הנגדית לעניין זה. טענתה בקצרה היא, כי הח"מ איננו יכול לחבש את כל הכובעים, קרי הן לשמש כתובע והן כבא כוחו. המשיבה טוענת, כי יש בכך משום חוסר תום לב וחשש לניגוד עניינים.

II. המשיבה מבססת מרבית טיעוניה בעניין זה על ה"מ (ירושלים) 4005/96 **עמוס גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק ואח'**, תק-מח 397(3) 2055. באותו מקרה דן בית המשפט בשאלה, האם ראוי, כי עו"ד גבעון ייצג עצמו בהליך של בקשה לייצוג. בית המשפט המחוזי בירושלים ראה בכך טעם אפשרי לפגם, אולם מכיוון שהבקשה הוכרעה על יסוד עניינים אחרים, לא מצא צורך להכריע בסוגיה זו. המשיבה מצטטת זאת בעמ' 19 לתגובתה:

"לאור התוצאה אליה הגעתי לעיל, לפיה תביעתו של המבקש איננה יכולה לעמוד בכל מקרה, אין צורך להכריע בבקשה זו בשאלה האם ייצוג הקבוצה ע"י תובע ייצוגי, המשמש בה בעת כעורך הדין בתיק, הנו ייצוג הולם..." (הדגש שלי - א.ה.).

III. המקרים בפסיקה הישראלית, בהם התובע הייצוגי הינו עו"ד, הינם מרובים ובכל המקרים האלו לא דחה בית המשפט בקשה לייצוג בשל טעם זה. אמנם טענות כאלו של המשיבה הועלו, אולם בתי המשפט לא מצאו בייצוג שכזה ייצוג שאיננו הולם ו/או חשש לחוסר תום לב ו/או לניגוד עניינים. ראה, לדוגמה, את פסק הדין בת"א (מחוזי ת"א) 3266/98 **נועם קדם, עו"ד נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ** (לא פורסם, 5.9.1999), בעמ' 12:

"תום לב - המבקש ממלא בעניין זה אחר דרישות החוק. הוא עורך 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 להגדיל את הכנסתו או את המוניטין שלו.

יפים לעניין זה דבריו של ס"נ טלגס ת"א (ת"א) 1372/95, המ' 11141/95 **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).
(הדגש שלי - א.ה.).

יתירה מזאת, אף ד"ר קלמנט, בעמ' 149 למאמרו הנ"ל, מציין כי:

"יודגש, שהגשת התובענה ממניעים של עשיית רווח אין בה כשלעצמה כדי להעיד על חוסר תום לבם של התובע או עורכת הדין. מנגנון התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של התובע ועורכת הדין לטובת מטרה ציבורית. לפיכך הרצון לעשות רווח הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה."

IV. המשיבה בוודאי תעלה בסיכומיה טענות נוספות לעניין אי ייצוג הולם וזאת בדמות: אי צירוף נספחים כראוי, אי דיוק בעובדות, חוסר מקצועיות וכד'. הכל בגדר ניסיון קלוש להסיט את הדיון ממהות ועיקר הדברים. אין זה ראוי, כי המבקש יכתיר עצמו בכתרים ויטען כי הינו מיומן ומקצועי במלאכתו – הלא "אין הנחתום מעיד על עיסתו". זהו תפקידו של בית המשפט, אשר צריך להתרשם מרמתם של כתבי הטענות, אשר הוצגו בפניו ומהחקירה הנגדית שנוהלה. הח"מ סבור, כי ניהל הליך ראוי ומכובד וכי הינו מתאים לייצג את הקבוצה כנגד המשיבה.

V. כך גם, בוודאי תטען המשיבה לבעלותו של המבקש יחד עם אביו, עו"ד מאיר הפלר, בחברה פרטית (פרוייקט מגדל המים (1997) בע"מ). המשיבה תנסה לבטח "לבנות" על מניות אלו תלי תלים של מגדלים – אירוני, לאור שם החברה ולנוכח עיסוקה בבניית בית מגורים. חברה זו איננה פעילה עוד וכל ניסיון של המשיבה להראות, כי בכך נפגם תום ליבו של המבקש, הינו מגווח ואבסורדי. האם היות המבקש בעל מניות (או שכיר במשרדו של אביו) יכול לפסלו מייצוג קבוצה? כיצד יכולה עובדה שולית זו להשפיע על קבוצת בעלי המצלמות, אשר הח"מ מבקש לייצג? רק למשיבה פתרונים וגם זאת בספק, לאור חקירת אבירי, אשר בעמ' 20 לפרוטוקול לא הצליח להבין מה רוצים ממנו בנושא זה.

ד. סיכום:

1. החשיבות העצומה של התובענה הייצוגית סוכמה ע"י כב' השופט שטרסברג-כהן ברע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים**, פ"ד נז(3) 220, בעמ' 239-240:

"החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים התפתחויות חברתיות וכלכליות, במהלכן צמחו גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח המרכזים בידם ייצור, תעשייה ושירותים לצריכה המונית. "האדם הקטן" מפתח תלות באותם גופים, שאת מוצריהם או שירותיהם הוא צורך, ונחשף לאפשרות להיפגע ישירות מפעילותם. נוצר חוסר שוויון בין מעטים - שהשליטה במשאבים מרוכזת בידיהם - לבין מי שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן לעשות על-ידי הכרת המשפט בכלי התובענה הייצוגית".

2. בתי המשפט בישראל אינם מקלים ובמרבית המקרים⁷ אינם מאשרים את התובענות הייצוגיות, המוגשות והנידונות בפניהם. לדעת המלומד דויטש, הבעיה היא בהבנת המטרות והמשמעויות של כלי אדברסרי זה. לתובענה הייצוגית שלוש מטרות ובעוד המטרה הראשונה הינה אישית-פרטית, הרי שתי האחרות הינן ציבוריות. לדעתו של דויטש, יש להסיט את כובד המשקל, בדומה לנעשה בארה"ב, לכיוון המטרות הציבוריות. ראה עמ' 21-25 למאמרו של דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" **שערי משפט** ד(1) 9 (2005):

"המטרה הראשונה, היא מתן פיצוי לנפגעים בתביעות בהן אין הצדקה לתביעה אישית מאחר שהפגיעה בכל לקוח היא קטנה. זו הגנה על האינטרס הפרטי של התובע הייצוגי ושל חברי הקבוצה הייצוגית.... המטרה השנייה, היא הגנת האינטרס הציבורי וסיוע באכיפת החוק על מתברר כי מנגנוני האכיפה האחרים אינם יעילים... המטרה השלישית, היא האינטרס למנוע רווח בלתי מוצדק של העוסקים ובעלי החברות. מטרתו של שיקול זה היא מניעת עשיית עושר ולא במשפט של העוסקים ושל החברות על חשבון ציבור גדול של לקוחות....

... לדעתי שני השיקולים האחרונים הם בלב הנושא של תביעות ייצוגיות צרכניות, ולפיכך המטרות העיקריות בתובענות צרכניות הן אכיפת החוק והתרעת העוסקים על ידי מניעת הרווח הבלתי מוצדק שלהם. פיצוי אישי לכל חבר בקבוצה הוא אינטרס חשוב, אך אין הוא אמור לשמש כשיקול יחיד ומכריע".

על כך שהחוק החדש הסיט את הדגש מתביעת התובע המייצג אל תביעת קבוצת התובעים המיוצגים, ניתן ללמוד גם מסעיף 1 לחוק, המונה בין מטרותיו את מימוש זכות הגישה לבית המשפט של קבוצה זו.

3. על בתי המשפט בישראל להשכיל ולהבין, כי ע"י אישורן של תביעות ייצוגיות, ניתן יהיה "לחנך" את החברות הגדולות במשק לנהוג ולהתנהג כלפי לקוחותיהן בצורה ראויה, הוגנת וישרה. רק כך ניתן יהיה למנוע מחברות כדוגמת המשיבה לעשות רווחים עצומים על גבם של אלפי ומאות אלפי לקוחות וצרכנים. יש לזכור, כי צרכנים אלו, ללא הגנת בתי המשפט ומכשיר התביעה הייצוגית, הינם חסרי פה וחסרי כוח ויכולת להשפיע.

4. המקרה שלפנינו קולע במדויק – המשיבה גובה סכום זעום של 75 ש"ח מאלפי צרכנים בעבור שירות אשר איננה יכולה לספק, או לכל היותר איננה יכולה לספק במלואו. המשיבה הינה גוף מסחרי עצום ועשיר, אשר מתעשר במאות אלפי שקלים חדשים על גבם של צרכנים, המוטעים לחשוב כי מוסרים הם את מצלמותיהם לתיקון, כאשר בפועל המשיבה מחזיקה 10% בלבד ממלאי חלקי החילוף, הנדרש לביצוע התיקון. הסתרת

⁷ עפ"י מאמרו של המלומד דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" **מחקרי משפט** כ 299 (2004), רק כ – 16% מהבקשות לאישור תביעות ייצוגיות, אשר הוגשו בישראל, אכן אושרו.

המידע ע"י המשיבה מסייעת בידה לגרוף "כסף קל" מציבור הצרכנים. בכוחו של בית המשפט לשים קץ לעוולה זו.

5. נדמה כי די לו לבית המשפט להשיב לשתי השאלות הבאות לעניין התנהגות המבקשת: האם המבקשת מטעה היא את קהל הלקוחות, אשר פונה אליה לקבל שירות תיקון? האם המבקשת מוסרת לקהל זה את מלוא המידע, או לכל היותר את המידע המהותי לעניין העסקה ביניהם? **לדעת המבקש, התשובה לשאלה הראשונה הינה חיובית ואילו לשניה התשובה הינה שלילית.**

6. **סוף דבר** – יש לקבל הבקשה ולאשר לח"מ לייצג את קבוצת הצרכנים כנגד המשיבה. בטרם סיום נציין, כי בהתאם לסעיף 8(ג)(2) לחוק – אף אם ביהמ"ש הנכבד ימצא שהתקיימו כל התנאים המנויים בסעיף 8(א) לאישור תובענה כייצוגית, אולם במבקש לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 4(א) לחוק, או אז עליו לאשר את התובענה כייצוגית אך להורות בהחלטתו על החלפת התובע המייצג. חובה זו עולה בקנה אחד עם מטרות החוק המצוינות לעיל ובכך – נמצאנו מגשימים את רצון המחוקק.

איתי הפלר, עו"ד
ב"כ המבקש/התובע

ת.א. 1619/06

בבית משפט השלום בחיפה
בפני כב' השופטת חנה לפין הראל

בעניין: **עו"ד איתי הפלר ת.ז. 033776105**
ע"י ב"כ עוה"ד מאיר הפלר ו/או מירב פלח-לב ו/או איתי הפלר
מדרך העצמאות 57, חיפה
טל' 04-8521343 פקס' 04-8538003
דואר אלקטרוני itai_h1@walla.co.il ו hoeflerm@netvision.net.il

התובע/המבקש

- נ ג ד -

היולט פקארד (ישראל) בע"מ ח.פ. 511009342
ע"י ב"כ עוה"ד רון גזית, רוטנברג ושות'
משד' רוטשילד 46, תל אביב 66883
טל' 03-7111711 פקס' 03-7111700

הנתבעת/המשיבה

הודעה על הגשת סיכומים

לאחר שהסתיימה ביום 18.1.07 מסכת הראיות ובהתאם להחלטת כב' השופטת מאותו מועד, מתכבד המבקש להגיש סיכומי טענותיו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

הח"מ מודה לבאי כוח המשיבה על הסכמתם לארכה במועד הגשת הסיכומים.

הח"מ מתנצל מראש כי הסיכומים חורגים מעט מההיקף שנקבע.

איתי הפלר, עו"ד
ב"כ המבקש/התובע