

טל לביא ושות' עורכי דין

Tal Lavie Law Offices

13 David Bloch St.
Tel Aviv, Israel, 64161
Tel: 972-3-6092933
Fax: 972-3-6091933
Mobile: 972-52-3-362852

רחוב דויד בלוך 13
תל אביב 64161
טלפון: 036092933
פקס: 036091933
נייד: 0523362852

www.lavie-law.com
Email: tallavie@netvision.net.il

27.1.2011

לכבוד
מר משה גל, שופט
מנהל מערכת בתי המשפט

ח.נ.

הנדון: ת.צ. 11-01-51620 החברה לקידום הנכה בישראל נגד בזק

אני מתכבד להמציא את כתבי הטענות בהליך שבנדון.

אודה על רישומה בפנקס התובענות הייצוגיות.

במכרז רב, ובב"ח
לביא טל, עו"ד



בית המשפט המחוזי מרכז

27/01/2011

ת"צ 51620-01-11 החברה לקידום הנכה
בישראל בע"מ נ' בזק החברה הישראלית
לתקשורת בע"מ

מספר בקשה (رقم الطلب): 1

אישור על פתיחת בקשה
مُصادقة على تسجيل طلب

ניתן אישור כי ביום (تُصادق بهذا أنه في يوم) 27 ינואר 2011 בשעה (بالساعة) 11:48 הוגשה בקשה מסוג (فُدم طلب من نوع): אישור תובענה כתובענה ייצוגית בקשה של תובע 1 אישור תובענה כתובענה ייצוגית כתיק (بقضية) ת"צ 51620-01-11 החברה לקידום הנכה בישראל בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ.

מספר הבקשה הוא (رقم الطلب هو): 1.

בכל פנייה לבית המשפט בנוגע לבקשה זו, יש לציין את מספר הבקשה.
كل مراجعة للمحكمة المتعلقة في الطلب عليك أن تذكر رقم الطلب.

**בית המשפט המחוזי מרכז**

27 ינואר 2011

ת"צ 51620-01-11 החברה לקידום הנכה
בישראל בע"מ נ' בזק החברה הישראלית
לתקשורת בע"מ

אישור פתיחת חיק**مصادقة على تسجيل قضية**

ניתן אישור כי ביום (נُصادق بهذا بأنه في يوم) 27 ינואר 2011 בשעה (الساعة) 11:44 נפתח בבית משפט זה (سجلت في المحكمة قضية تحمل الرقم) ת"צ 51620-01-11 החברה לקידום הנכה בישראל בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ.

יש להמציא את כתב הטענות הפותח לבעלי הדין שכנגד, בתוך 5 ימים, בדואר רשום עם אישור מסירה, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת.
عليك تسليم لائحة الأدعاء للطرف الآخر خلال 5 ايام بالبريد المُسجل مع وصل تبليغ إلا إذا أمرت المحكمة غير ذلك.

פסקי דין והחלטות מתפרסמים באתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט בכתובת www.court.gov.il

בס"ד

ת"צ 51620-01-11

בבית המשפט המחוזי מרכז
בפתח תקווה

בעניין:

1. אריאלה רייס ת.ז. 05198338
מרחוב עתירות 6 דירה 3 ראשון לציון2. חברה לקידום הנכה בע"מ
ח.פ. 514263847
מרחוב שדרות בן גוריון 84-82 קניון רב
מד קריית מוצקיןעל ידי ב"כ עוה"ד לביא טל ואו אריה
אזואלוס
מרחוב דויד בלוך 13 תל אביב
טלפון 036092933 פקס 036091933
דוא"ל: tallavie@netvision.net.ilהמבקשות**נגד**בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ח.פ. 520031931
מרחוב דר מנחם בגין 132, מרכז עזריאלי 2, בניין משולש
תל אביב מיקוד 61620הנתבעת /או המשיבהמהות התביעה: כספית, נזיקין, חוזית, הגנת הצרכן, עשיית עושר שלא במשפט.סכום התביעה:סה"כ התביעה האישית להחזר תשלום קבוע לתובעת הייצוגית האחת: 6.7 ש"ח
סה"כ התביעה האישית להחזר תשלום קבוע לתובעת הייצוגית השנייה: 7.9 ש"ח
סה"כ התביעה האישית להחזר תשלום קבוע לתובע ממוצע: 8.5 ש"חסה"כ תביעת אישית לכל אחד מהמבקרים: 105,600 ש"ח (סכומים שבשיקול
דעת בית המשפט).סכום התביעה לכלל הקבוצה המיוצגת (הערכה ראשונית בלבד): 134,718,750 ₪.

שיטת חישוב סכום התביעה הינה כדלקמן:

השבה בגין החזר תשלום קבוע:8.5 ש"ח ליום כפול 1,197,500 קווים (חצי מהקווים הפעילים: 2,395,000 קווים) =
10,178,750 ש"ח.ראש נזק פיצוי מינימאלי קבוע בגין אי שימוש בקו במרבית יום העבודה:

104 ש"ח לקו כפול 1,197,500 קווים = 124,540,000 ש"ח.

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאשר כדלקמן:

- א. לאשר את התובענה שבכותרת שהגישו המבקשות כנגד המשיבה כתובענה ייצוגית.
- ב. להתיר את ניחול התובענה כתובענה ייצוגית.
- ג. להגדיר את הקבוצה המיוצגת כפי שיפורט להלן.
- ד. להשית על המשיבה את הוצאות הגשת הבקשה לרבות שכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.

ואלו נימוקי הבקשה:

מבוא:

1. במהלך יום ג' 25.1.2011, יום עסקים ו/או יום עבודה רגיל החל משעות הבוקר (לערך בשעה 08:30) לקוחות רבים של המשיבה חוו תקלת תקשורת רחבה שמנעה מהם שימוש רגיל ופשוט בטלפון הקווי שלהם המחובר לרשת הבזק.
 2. כך לדוגמה, נמנעה קבלת שיחות ו/או הוצאת שיחות ממכשיר הטלפון, כמו כן לא התקבלו שיחות, ולא ניתן היה לבצע בכלל ו/או באופן רציף כל פעולה אחרת לשימוש עם מכשיר הטלפון ליצירת קשר טלפוני לרבות שיתוק מרכזי מידע חיוניים כמו חברת חשמל ו/או מגן דוד אדום ו/או חברות אחרות המתופעלות באמצעות מרכזי מידע כגון חברות אבטחה וכד' (להלן: "התקלה").
- העתק הודעת המשיבה לאתר האינטרנט רצ"ב ומסומן כנספח 1.**
- ציטוט מההודעה:
- "עקב קלה ברשת ה IP חווים כמחצית מלקוחותיה רחבי הארץ תקלה משמעותית בשירותי הטלפוניה... החברה פועלת לתיקון התקלה אך בשלב זה אינה יודעת להעריך את מועד יומה".
3. לאחר מספר שעות לערך שעה 15:00 שלחה המשיבה הודעה כי התקלה תוקנה. מסתבר כי ערב קודם לתקלה בוצעו עבודות תשתית, אשר הן אלו לכאורה גרמו לתקלה.
 4. בין היתר המשיבה העלה באתר האינטרנט שלו הודעת סליחה וזו לשונה:

"עקב תקלה ברשת הטלפוניה של בזק, ייתכנו שיבושים בקבלה והוצאות שיחות. רשת האינטרנט פועלת אופן מלא ולאל כל הפרעה, אנו מתנצלים על אי הנוחות ופועלים לפתרון במהירות הרבה ביותר "
- העתק הודעת החברה רצ"ב ומסומן כנספח 2.**
5. תקלה שכזו משפיעה על הצרכן באופן מיידי. בני משפחה ובדגש על קטינים לא יכלו להודיע להוריהם על פעילותם, והחיפך, ההורים לא יכלו לקבל הודעה מילדיהם ו/או קרוביהם, קשישים ונוזקים לא יכלו להודיע ו/או לקבל הודעות, בתי עסק רבים לא יכלו לקבל טלפונים ו/או להוציא שיחות, מרכזי מידע וחירום כמו מגן דוד אדום ו/או חברת חשמל נאלצו ליתן הודעות על קווים חלופיים, עסקים המבוססים על מרכזי מידע כמו חרות אבטחה שותקו לחלוטין ולקוחותיהם לא יכלו לעשות ליצור עימם קשר.
 6. למעשה נכפה על לקוחות המשיבה ניתוק מהעולם.

7. על פי הנתונים שהתפרסמו בדוחות הכספיים של המשיבה מספר הקווים הפעילים של המשיבה עומד על 2,395,000 לקוחות. כאמור בשעות רבות במשך יום העבודה ו/או יום העסקים ועד לסיום טיפול בתקלה, ארעה התקלה הנ"ל לכמחצית ממספר הקווים הפעילים. בעלי הקווים הנ"ל לא הצליחו לעשות שימוש בטלפון שלהם, לא להוציא שיחות ולא לקבל שיחות.

העתק דוחות כספיים רבעון שלישי 2010 רצ"ב ומסומן כנספח 3.

8. אין ספק, כיום אזרחים רבים מסתמכים על שירותי הטלפון כאמצעי תקשורת יחיד ואולי אף אמצעי תקשורת עיקרי ויחיד.

9. בפועל קרסו המערכות אצל המשיבה עקב עבודות שירות בלילה שקדם לתקלה, והתקשורת אותה מספקת המשיבה לקהל לקוחותיה הושבתה כליל, כאשר לא הייתה היכולת לקיים שיחת טלפון פשוטה מכמחצית מקווי החברה הפעילים.

10. עקב אותה קריסה לא התאפשר כמעט כל שימוש במכשיר הטלפון שעות קריטיות של יום העבודה.

11. באתר האינטרנט של המשיבה התפרסמה הודעה לקונית אשר כותרתה התנצלות. לא פורסם מקור הבעיה, לא פורטו לוחות הזמנים, לא ניתנו דרכי פעולה אפשריות לפתרון ונשמר קשר שתיקה לגבי המשך גביית הכספים, הפיצוי לצרכנים ו/או החזר הכספים הממשיכים להיגבות כתשלום קבוע וידוע מראש.

12. נכון, לכאורה לא ניתן בשלב כה מוקדם לכמת את כל הנזקים שנגרמו לבעלי הקווים אולם לא ברור מדוע ולמה נמנעה המשיבה מלהודיע שלא ימשיכו לחייב עבור שירות שלא ניתן אך שולם עליו מראש או לחילופין יקווז בעתיד ו/או הלקוחות יזוכו בחלק היחסי של התשלומים הקבועים בעת אי מתן השירות !!

13. כמו כן בשונה מחתנהגותה של חברת סלקום אשר הודיעה לאלתר על מתן פיצוי ללקוחות, כאן לא הודיעה המשיבה כל הודעה.

14. שאלה נוקבת הינה; מדוע ממשיכים לגבות כספים על אותם שירותים שהלקוח אינו יכול לקבל בעטייה של התקלה? ! למעשה לא נמכרת סחורה בשוק החופשי אולם משום מה גובה המשיבה כסף מלא בגין כך.

15. יושת אל לב, יש תקלה, הלקוחות לא אשמים, נזרקות לאוויר על ידי המשיבה סיסמאות וקריאות הרגעה אך הודעה על הפסקת גבייה או הקפאת גבייה איננה יוצאת לה לאוויר ואין לה זכר באותו "נוהל קרב" לכאורה מסודר של המשיבה.

16. כך, כבכל חודש משלם הלקוח דמי שימוש קבועים בגין מערכת שאמורה לעבוד באופן רציף. מנגד, במקרה דנן נמנעה מבעלי הקווים האפשרות לעשות שימוש כלשהו בקווים במשך יום עבודה.

17. כסף לקחה המשיבה אולם כנגדו לא ניתן שירות, אין מוצר, אין סחורה בשימוש ולא ניתנת הודעה ו/או חצי הודעה על הפסקת הגבייה ו/או הקפאת גבייה עד להודעה חדשה לכל היותר על הדברים הברורים כשמש, התשלומים הקבועים שמשלמים הלקוחות במיטב כספם ואת השירותים כנגדם לא יכולים הם לקבל כעת.

18. המשיבה לא אמרה מילה ו/או חצי מילה כל כוונתה להפסיק לגבות את התשלומים הקבועים בחשבון הלקוחות עבור השעות בהן לא התאפשר לציבור לקוחותיה לעשות שימוש במכשיר הטלפון לא עוול בכפם. בכך בעצם ביצעה המשיבה גביית תשלום שלא כדין ומעשים מעין אלה מגבשים עילת תביעה כנגד הנתבעת בגין עשיית עושר ולא במשפט, הפרת הסכם וכמובן הפרת חובות אמון של תאגיד ציבורי.

19. המקרה המדובר נוגע לציבור של מעל מיליון קווים השייכים ללקוחותיה של המשיבה ובעלי הקווים שלא עבדו בעטייה של התקלה.
20. אומנם תקלות יכולות להתרחש, אולם המשיבה נהנתה מהמשך גבייה בלתי חוקית ומחתעשרות על חשבון לקוחותיה עקב תקלה שבאחריותה שבעקבותיה שירות לא ניתן, נימוקים אלו מצביעים על כך כי תובענה ייצוגית היא הדרך הנכונה לנהל תביעה זו.
21. למותר לציין, כי אין לקוחות המשיבה צריכים לממן את עלות תיקון התקלה ונוהל "קרוב" בניחול המשבר.

הצגת הצדדים

22. התובעת 1 הינה מנוי רגיל ובעלת קו טלפון שמספרו 039470923 והרשום על שמה של התובעת.
23. בחשבון הטלפון קיים בין היתר מרכיב תשלום קבוע. מרכיב התשלום הקבוע שמשלם התובע בחודש דצמבר 2010 הינו 202 ש"ח.
24. התובעת 1 עושה שימוש בטלפון באופן יומיומי וקבוע.
- העתק חשבונית התובע רצ"ב ומסומן **כנספח 5**.
25. התובעת 2 הינה מנוי עסקי ועושה שימוש בשלושה קווי טלפון, התובעת 2 הינה חברה פרטית אשר עושה שימוש בשלוש קווים, 046893880, 046893881 (פקס), 046893882.
- העתק חשבונית התובע לנובמבר דצמבר 2010 מצורפות ומסומנות **כנספח 6**.
26. המשיבה הנה כאמור חברה בעירבון מוגבל אשר קיבלה את הרישיון מאת משרד התקשורת לספק שירותי בזק פנים ארציים נייחים.
- העתק רישיון המשיבה ללא נספחיו רצ"ב ומסומן **כנספח 7**.

עילות התביעה

עילה ראשונה – המשך גביית תשלומים קבועים שלא כדין

27. העילה הראשונה הינה המשך גבייה תשלומים קבועים שלא כדין שכן החלטת הנתבעת של ליתן כל הודעה בעניין זה הינה למעשה להמשיך לגבות עמלות ותשלומים על שעות שלא ניתן השירות וזאת בגלל מחדלו ו/או רשלנותו של המשיבה.

עילה שנייה - עשיית עושר ולא במשפט

28. העילה השנייה הינה עשיית עושר ולא במשפט לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט. הנתבעת משלשת לכיסה את תשלום עבור הוצאות קבועות עבור שעות בהם פעילותה משותקת ומושבתת ובכך מדובר על עשיית עושר ולא במשפט ומחייבות השבה לפי ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

29. כד, סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר") קובע כי מי שקיבל שלא על-פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה.

30. כן קובע סעיף 1 לחוק עשיית עושר:

"חובת ההשבה מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - ישלם לו את שוויה".

31. סעיף 2 לחוק עשיית עושר קובע:

"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".

32. שלושה הם היסודות שהתקיימותם מבססת חובת השבה בגין עילת עשיית עושר ולא במשפט: קבלת נכס, שירות או טובת הנאה - היא ההתעשרות; ההתעשרות באה לזוכה מן המזכה; ההתעשרות נתקבלה על-ידי הזוכה "שלא על פי זכות שבדין". (ראה התייחסות לכך במסגרת רע"א 502/04 Buffalo Boots GmbH נ' גלי - רשת חנויות נעליים, גלי שלום נח(5) 487).

33. חוק עשיית עושר קובע את העיקרון הכללי של חובת ההשבה, אשר נועד למנוע התעשרות שלא כדין של אדם על חשבון רעהו. החוק איננו קובע רשימה סגורה של מצבים בהם נתונה הזכות להשבה. "הקטגוריות של עשיית עושר ולא במשפט לעולם אינן סגורות ולעולם אינן שוקטות על השמרים... על השופט לפרש את הוראת המחוקק על פי תכלית החקיקה. התכלית היא, בין השאר, מניעת התעשרות שלא כדין... ביסוד תכלית זו עומדת התפיסה... לפיה יש להורות על השבה מקום שתחושת המצפון והיושר (ex aequo et bono מחייבת השבה" (דברי כבי השופט, כתוארו אז, א' ברק בד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, בעמ' 273). כך גם הבהירה כבי השופטת נתניהו בע"מ 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, בעמ' 669: "היתרון בכלי שנותן בידינו החוק הוא בגמישותו... אנו חופשיים להעניק את הסעד בכל מקרה ראוי שבו ההתעשרות מקוממת את חוש הצדק וההגינות והיא עונה בכך על היסוד 'שלא על פי זכות שבדין' שבסעיף 1(א) לחוק".

34. היסודות שיש להוכיח בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, על פי סעיף 1 לחוק, הם שלושה: (א) קבלה של נכס, שירות או טובת הנאה אחרת על ידי הזוכה (התעשרות); (ב) ההתעשרות באה לזוכה מן המזכה או על חשבון המזכה (קשר סיבתי); (ג) התעשרות הזוכה נעשתה "שלא על פי זכות שבדין" (יסוד נורמטיבי) (ראה: ד"נ 20/82 הנ"ל, בעמ' 275, ורע"א 5768/94 הנ"ל בעמ' 358-362).

35. היסוד השלישי שבסעיף 1 לחוק, קרי: היותה של ההתעשרות "שלא על פי זכות שבדין", הוא המעורר קושי מבין שלושת היסודות, והוא גם זה שמקנה לעילה של עשיית עושר את גמישותה. המקרים היותר קשים להכרעה הם אלו בהם לא ניתן להצביע במפורש על דין המקנה לזוכה זכות להתעשר, או שולל זאת ממנו; "במקרים אלה, המבחן לשאלה אם ההתעשרות אינה כדין הוא בבחינה אם התעשרות זו היא בלתי צודקת" (דברי כבי הנשיא מ. שמגר ברע"א 371/89 הנ"ל בעניין ליבוביץ', בעמ' 323, המפנה לדברים הנאמרים בספרו הנ"ל של ד. פרידמן, בעמ' 51, ודברי כבי השופט מ' חשין ברע"א 5768/94 הנ"ל, בעמ' 361-360). מכאן, ששאלת קיומו של היסוד הנוגע להתעשרות "שלא על פי זכות שבדין" תוכרע על פי מבחן הצדק: "התעשרות אינה כדין אם היא נוגדת את תחושת המצפון והיושר" (דברי כבי הנשיא א' ברק ברע"א 5768/94 הנ"ל בעניין א.ש.י.ר, בעמ' 465, ודברי כבי הנשיא מ' שמגר ברע"א 371/89 הנ"ל, בעמ' 323). כפי שהבהיר כבי הנשיא א' ברק בעניין א.ש.י.ר הנ"ל, בעמ' 467: "בין התעשרות 'שלא על פי זכות שבדין', לבין דיני תום הלב (כביטויים בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) קיים קשר ישיר והדוק... חובת

ההשבה על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט היא ביטוי לתפיסת היסוד של התנהגות בתום-לב ביחסים הבין-אישיים".

36. כפי שהסביר כב' הנשיא אי ברק בד"נ 20/82 הנ"ל בעניין אדרס בעמ' 273: "לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי קובע אילו הן נסיבות המחייבות השבה על פי כללי היושר... אמת המבחן המדריכה אותנו היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל". ברע"א 5768/94 הנ"ל בעניין א.ש.י.ד., בעמ' 430, פסקה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן: "אין חולק כי התפיסה הרעיונית הגלומה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט מעוגנת בערכים של צדק, הגינות ויושר ואלה מחייבים כי הפיכת מבחן ההתעשרות להתעשרות 'שלא על פי זכות שבדין' יהיה גמיש".

37. בעניין זה הפנתה כב' השופטת שטרסברג-כהן (בעמ' 430) לדברי המלומד פרידמן בספרו הנ"ל, לפיהם:

"השיקולים בהחלת העיקרון הכללי כוללים את עצמת זכותו של המבקשות, את אומי המגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח".

38. בעניין מבחן הצדק הדגיש כב' השופט מ' חשין ברע"א 5768/94 הנ"ל, בעמ' 362: "לעניין יצירתה של עילה בעשיית עושר לא ניתן דעתנו אך ורק לצדק וליושר בין בעלי-הדין – ביניהם לבין עצמם – אלא ליסודות כלל-חברתיים העשויים להשפיע במישרין על בעלי-הדין אף-הם".

39. המשמעות של חוק עשיית עושר ולא במשפט בעניין הנוכחי, הנה העובדה כי המשיבה לא מספק את המוצר עליו משלם הצרכן אך ממשיך לגבות את התשלום. במקרה דנן על המשיבה להפסיק לגבות באופן מיידי כל תשלום שהינו קבוע.

עילה שלישית – הפרת הסכם והטעיה

40. העילה השלישית הינה עילה חוזית ובתוכה הפרת הסכם והטעיה לפי חוק החוזים ולפי חוק החוזים תרופות. בכך שהנתבעת ממשיכה או לא מודיעה על הפסקת גביית תשלומים קבועים שכעת לא ניתן לעשות בהם שימוש. הרי בשלב זה קצרה ידה של המשיבה לאפשר ללקוחותיה לדבר בטלפון אזי למה לגבות את המרכיב הכי פשוט והכי ברור שכעת הלקוח לא יכול לצרוך אותו.

41. יתירה מכך, אף אם תטען המשיבה כי לא קיימת עליה אחריות במקרה של קריסת מערכות טענה הנדחית על ידי המבקשות הרי שבכך שהמשיבה התמקדה אך ורק בפתרון בעיית הקריסה ולא נקטה במהלך אחד להבהיר את עניין גביית הכספים לתשלומים הקבועים היא נשוא ההליך דנא. המבקשות נזעקו בזמן אמת.

42. מבדיקה של תנאי הרישיון של המשיבה אין התייחסות לאפשרות של קריסת מערכות הטלפון לשעות רבות, חווה אומר, על המשיבה היה החיערך מבחינת גיבוי לשם מתן מענה לתקלות כגון התקלה בה עסקינן, ומשום כך לא מצא הרגולטור מקום ליתן למשיבה "הנחה" במסגרת הקלות בתנאי הרישיון. מכאן; קיבלת רישיון ולא עמדת בהתייבות לספק שירות סביב השעון ללקוחות? תישא בתוצאות!!!

העילה הרביעית רשלנות

43. בהמשך לאמור לעיל יצויין, כי **העילה הרביעית** הינה רשלנות לפי סעיפים 35-36 לפקודת הנויקין, וזאת בכך שהמשיבה לא נקט בחובת הזהירות כלפי אירוע בסדר גודל של קריסת המערכות ואי היכולת ליתן את האפשרות של רצף לדבר בטלפון הנייד. המשיבה לא דאגה למערכת גיבוי ראויה למערכת ההפעלה.

העילה החמישית – הפרת חובה חקוקה

44. העילה החמישית הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנויקין.

45. סעיף 63 לפקודת הנויקין (נוסח חדש) קובע:

”(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זאת- והחיקוק לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או הגנתו של אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק אליו התכוון החיקוק, אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו”.

46. מקור האחריות הנויקית בעולת הפרת חובה חקוקה הוא בפקודת הנויקין (נוסח חדש) ולא בחיקוק שבגין הפרת הוראה, שבו מוגשת התביעה. השאלה איננה, אם אותו חיקוק נועד ליתן סעד אזרחי, אלא אם נועדה החובה החקוקה לטובתו של הניזוק ואם אין בה משום שלילת התרופה הנויקית.

47. בפסק דין ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש פ"ד (1) 113, 138, 139 קבע כבוד השופט ברק בתוארו אז:

” חמישה הם יסודותיה של העולה בדבר הפרת חובה חקוקה:

א. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק ב. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק ג. המזיק הפרה את החובה המוטלת עליו ז. ההפרה גרמה לניזוק נזק ה. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק”

48. בעניין ועקנין, בית המשפט העליון עמד על היחס בין עולת הרשלנות לעולת הפרת חובה חקוקה:

”חדף השוני בין שתי העולות, קיים ביניהן דמיון רב. ראשית, מבחינה סטרוקטוראלית יש קרבה רבה בין העולות. הפרת חובה חקוקה ורשלנות הן העולות היחידות בפקודת הנויקין, שיסודותיהן חובה, הפרה ונזק; שנית, סטנדרט ההתנהגות, אשר נקבע על-ידי המחוקק בחיקוק, עשוי לשמש אינדיקאציה לרמת התנהגות הנדרשת על-ידי האדם הסביר (השווה: ע"א 335/80). ... שלישית, הן הרשלנות והן הפרת החובה החקוקה הן עולות מסוגות, דהיינו,

עולות אשר מרכז הכובד שבהן 'אינו בקיום יסודות-שבעובדה פלוניים שהמחוקק קבעם מלכתחילה על ספר, אלא... בתמישה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין' (ני' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין, האוניברסיטה העברית, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז בעמ' 86). נמצא, כי בשתי העולות גם יחד תוכן האחריות והיקפה נקבעו, בסופו של דבר, על-פי עקרונות של מדיניות משפטית." (ההדגשות שלי- ע.ב.)."

49. המקרה אשר ניצב כעת בפני בית המשפט, עונה על כל יסודות העולה בדבר הפרת חובה חקוקה. המשיבה הפרחה את חובתה ליתן שירות רציף, טוב, יעיל ורציף.

50. המשיבה התרשלה בכך שקרתה התקלה ולא עשתה די למנוע אותה.

הרישיון - הסכם לטובת צד ג'

51. הרישיון שניתן למשיבה הנו הסכם לטובת צד ג', קרי הלקוח ולכן הוא מקנה לתובעות הייצוגיות ולקבוצה אותה הן מייצגות, זכות עמידה ועילת תביעה ישירה נגד המשיבה.

52. עניין זה עולה מסעיף 34 לחוק החוזים אשר קובע:

"חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן – המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו."

53. נראה אם כן, כי אין מניעה מלראות ברישיון, חוזה לטובת הצרכן, המקנה לו זכות תביעה נגד מקבל הרישיון המפר אותו.

הפרת חוק הגנת הצרכן

54. המבקשות יטענו כי הם וחברי הקבוצה מהווים צרכן כהגדתו בחוק הגנת הצרכן וכי המשיבה ביחד ולחוד הינן עוסק וכי התנהגות המשיבה מהווה הטעה עקיפה כהגדרתה בסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן.

55. המבקשות יטענו כי המשיבה הפרחה את סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, המשיבה הטעה את קהל לקוחותיו.

56. המבקשות יטענו כי הן וחברי הקבוצה מהווים צרכן כהגדתו בחוק הגנת הצרכן וכי המשיבה הינה עוסק וכי התנהגות המשיבה מהווה ניצול מצוקת הצרכן כהגדרתה בסעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן.

57. המשיבה מפרה את חוק הגנת הצרכן התשמ"א - 1981, בהפרתן את סעיף 3 (ב) לחוק הקובע:

"לא יעשה עוסק דבר- במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן, בורותו, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכול כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים, או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת."

58. בפנינו מקרה בו המשיבה הטעתה את המבקשות וכל אחד ואחד מחברי הקבוצה בכך שהציגה מצג כי פועלת היא על פי הוראות החיקוק השונים.

59. המבקשות יטענו כי המשיבה הפרה את סעיף 4 (א) לחוק הגנת הצרכן. סעיף זה מחיל את החובה לגלות כל פגם או איכות נחותה המפחיתים באופן ניכר את ערכו של הנכס. בפנינו מקרה של המשך גביית כספים למרות שהמוצר ו/או הסחורה לא מסופקת.

60. על רקע התנהלות זו של המשיבה, חל על המשיבה לפצות את המבקשות ושאר חברי הקבוצה גם מכוח סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן.

61. כמו כן המבקשות טוענות כי לרשימת העילות תתווסף כל עילה אשר עולה מהבקשה ומכתב התביעה או כל עילה אשר כבוד בית המשפט ימצא לנכון להוסיף לפי סמכויותיו לסעיף 13 לחוק המבקשותנות.

הגדרת הקבוצה וסכום התביעה הייצוגית

62. בית-המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את קבוצת האנשים שבשמה הוגשה הבקשה, כדלהלן:

"כל לקוחותיה של המשיבה במועד התקלה"

63. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבוע מנגנון להגשת תחשיב נזק שונים לרבות ובדגש של בעלי עסקים עם אופי שימוש עם כרטיסי אשראי ו/או מרכזי מידע ו/או מרכז טלפוני ו/או מענה טלפוני.

64. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן פיצוי בגין "נזק עקב חוסר תודעה", פיצוי על עצם העבודה הפשוטה שאדם רכש טלפון וכעת לא יכול לעשות בו כל שימוש.

65. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן פיצוי לכל אחד ואחד מלקוחות המשיבה על עגמת נפש וזמן שהייה וניסיון לשוחח בטלפון.

66. בית משפט הנכבד מתבקש הזאת ליתן נזק מיוחד ללקוחות עסקיים ומהלך יום העסקים הרגיל שלהם נפגע.

67. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן פיצוי על נזק ללקוחות המשיבה ששהו בחו"ל ולא יכלו ליצור קשר עם קרוביהם בארץ בשעות קריטיות הללו.

68. לצורך אומדנה בלבד, סכום התביעה הייצוגית (המשוער), מוערך בסך של כ – 134,718,750 ₪ וזאת לאור הערכה ראשונית, כדלקמן:

התביעה האישית ראוייה להתברר כתובענה ייצוגית

69. בהתאם לסעיפים 3(א) ו-4 לחוק תובעותנות ייצוגיות, אדם שיש לו עילת תביעה לגביה נקבע בהוראת חוק מפורשת, כי ניתן להגיש בגינה תובענה ייצוגית, המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל חברי הקבוצה – רשאי להגיש לבית המשפט בקשה לאישור התביעה האישית שלו כתביעה ייצוגית.

70. ביסוד התביעה האישית שהגיש המבקשות כנגד המשיבה עומדת, כאמור, עילת תביעה עיקרית: עילת עשיית עושר שלא במשפט וכנגזרת לה קמות עילות נוספות ואחרות.

71. כפי שהוסבר, במסגרת התביעה האישית נדרשת המשיבה להשיב למבקשות את התשלום אותו היא גבתה ממנו שלא היה תחת ידה מוצר לספק ללקוח.

72. לאור האמור לעיל ועל-פי ההלכה הפסוקה, עילת התביעה העומדת ביסוד התביעה האישית הינה עילה אשר ניתן להגיש בגינה תובענה ייצוגית.

73. אם כן, נותר, אפוא, בפני המבקשות להוכיח, כי במקרה דנן מתקיימים כל יתר התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות לשם קבלת הבקשה לאישור התביעה האישית כתובענה ייצוגית.

74. להלן ייבחנו דרישותיו של סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, דבר דבור על אופניו:

75. התביעה האישית מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, כהגדרתה לעיל, וכנדרש בסעיפים 4(א)1 ו- 8(א)1 לחוק תובענות ייצוגיות:

(1) הוראות הדין הרלבנטיות לתביעה האישית חלות במישור היחסים שבין המשיבה לבין כלל חברי הקבוצה, משום שהשאלה אם המשיבה הפרה את הוראות הדין והתעשר על חשבון המבקשות וחברי הקבוצה שלא כדין – הינה שאלה משותפת לכלל חברי הקבוצה.

(2) העובדות העומדות ביסוד התביעה האישית זהות בין כלל חברי הקבוצה;

(3) כל אחד מיחיד הקבוצה נפגע מהתנהלות של המשיבה, המתוארת לעיל, באותן הנסיבות בדיוק.

(4) להלכה ולמעשה, המשיבה עצמה, במעשיה ובמחדלה המתוארים, היא שהביאה לכך שהקבוצה תהיה הומוגנית, לגבי כל יסודות התביעה, בסופו של יום;

76. מן המקובץ עולה, אפוא, כי התביעה האישית עומדת בדרישות הפסיקה בעניין זה, שכן היא מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות - ברמת זהות מוחלטת - לכלל חברי הקבוצה.

77. במקרה דנן ישנה אפשרות גבוהה למדי שהשאלות המנויות לעיל יוכרעו במסגרת התביעה האישית לטובת כלל הקבוצה (כנדרש בסעיף 8(א)1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות):

(1) כאמור בבקשה דנן, טענת המבקשות כנגד המשיבה מבוססת על ראיות מוצקות.

(2) עילת התביעה כנגד המשיבה הינה ברורה ופשוטה למדי, והיא זהה לגבי המבקשות ולגבי שאר חברי קבוצה;

(3) בהתקיים כל הנסיבות המפורטות בבקשה דנן, ובהסתמך על ההלכה הפסוקה, קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה.

78. תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (כנדרש בסעיף 8(א)(2) לחוק תובעותנות ייצוגיות):

- (1) כפי שהוסבר בחלק העובדתי לבקשה זו, ציבור משתמשי טלפון נייד הנמנים עם חברי הקבוצה הינו ככל הנראה גדול מאוד.
- (2) עילת התביעה האישית אינה מצריכה בירור פרטני בדבר נסיבותיו של כל חבר בקבוצה, שכן הפרת ההוראות הרלבנטיות על ידי המשיבה, מהווה בהכרח הפרחה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה;
- (3) זהותם של חברי הקבוצה אינה ידועה למבקשות בשלב הגשת הבקשה דנן, ואין אפשרות מעשית לאתרם ולצרפם במסגרת של תביעה רגילה, בנסיבות העניין;
- (4) באמצעות אישור התביעה האישית כתביעה ייצוגית, יוכל בית-המשפט הנכבד לדון בעילת התביעה המשותפת לחברי הקבוצה כנגד המשיבה במסגרת הליך אחד, כך שערכאות אחרות לא יידרשו לדון בעניין זה מספר פעמים, כמספר חברי הקבוצה, שיאלצו להגיש תביעות נפרדות כנגד המשיבה, אשר יהיו כרוכות, מטבע הדברים, בעלויות מיותרות ובעומס על מערכת המשפט, ובשל כך, קיים חשש, כי יינתנו פסיקות שונות או גרוע מכך, פסיקות סותרות;
- (5) בשים לב לסכום התביעה הפרהטנית הנמוך, אין הצדקה כלכלית לכל אחד מחברי הקבוצה לנהל תובענה אישית כנגד המשיבה ובוודאי שאין הצדקה לניהול מספר רב של הליכים משפטיים בגין אותן נסיבות;

79. מן המקובץ עולה, אפוא, כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה ביותר וההוגנת להכרעה בתביעה האישית, בנסיבות העניין.

80. קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב (כנדרש בסעיפים 8(א)(3) ו-8(א)(4) לחוק תובעותנות ייצוגיות):

- (1) התביעה האישית שהגיש המבקשות כנגד המשיבה מנוסחת בצורה נחירה וברורה ומבוססת על עילת תביעה מצוינת.
- (2) בנסיבות אלו התביעה האישית עשויה להביא תועלת רבה לכלל חברי הקבוצה שיייתכן שלחלק ממנה כלל אין האמצעים או המשאבים הנדרשים לצורך עמידה על זכויותיהם).
- (3) המבקשות נכון, מעוניין ומסוגל להשקיע ממרצו ומכספו בכדי לייצג את עניינם של כלל חברי הקבוצה בצורה נאמנה ;
- (4) במקרה דנן אין כל ניגוד עניינים בין האינטרסים של המבקשות לבין האינטרסים של כלל חברי הקבוצה ;
81. מכל המקובץ עולה, אפוא, כי קיים יסוד סביר, ואף למעלה מכך, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב על ידי המבקשותובאי - כוחה, החתומים מטה.
82. על-פי ההלכה הפסוקה ופסיקתו של בית-משפט נכבד זה אין על המבקשותכל חובה לעשות כן, וממילא אין בעובדה זו, כשלעצמה, בכדי לכרסם בתום ליבו של המבקשותבחגות בקשה זו.
83. ויפים לענייננו דבריה של כבוד השופטת נ. אחיטוב בת.א. (ת"א) 2286/03, בש"א 21100/03 ז'קלין טורבתיאן נגד הנקל סוד בע"מ (פורסם בנבו מאגר משפטי, 4.2.2007):

"גם בכך שהתביעה ותבקשה הוגשו לבית המשפט בלא שקדמה לכך פניה מוקדמת למשיבה, אין כדי "חוסר תום לב" לענייננו.

בפסיקה שקדמה לחוק תובעותנות ייצוגיות לא נקבעה הלכה מחייבת בעניין זה, ובתי המשפט בערכאות הדיוניות נתנו החלטות סותרות אלו את אלו.

לגישתי - אין להוסיף דרישה ספציפית שכזו, אשר אינה נכללת בלשון החוק. ויצוין כי חוק זה חוקק זה לא מכבר בסופו של הליך חקיקתי ארוך ומעמיק, והמחוקק לא ראה לנכון להכליל תנאי כזה בתניותיו.

הדבר גם מנוגד למטרתו של החוק (כאמור בסעיף 1 לחוק)".

ובהמשך:

"גישתי זו תואמת גם את ההלכה הפסוקה - כפי שנקבעה בפרשת שמש נגד רייכרט" (ראה : פסקה 22 להחלטה) [ההדגשות שלי - א.ע.]

84. הנה כי כן, המבקשות עומדות בכל התנאים שנקבעו בחוק תובעותנות ייצוגיות ומשכך מן הדין לאשר את התביעה האישית שהגיש המבקשותכתביעה ייצוגית.

המבוקש וסיכום**הסעדים המבוקשים**

85. אישור התובענה כתובענה ייצוגית - בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאשר את התובענה דנא כתובענה ייצוגית.

86. אישור הגדרת הקבוצה - בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאשר את הגדרת הקבוצה כמבוקש בגוף התובענה.

87. סעד הצהרתי - בית המשפט הנכבד, יתבקש להצהיר כי המשיבה עיוולה כנגד חברי הקבוצה, וכי היא מתעשרת שלא כדין על גב לקוחותיה שלה, ומשום כך, עליה :

- א. להשיב לחברי הקבוצה תשלומים שלא ניתנה תמורה בגינם כמובא בסעיף 88 לקמן.
- ב. לפצות את הלקוחות בפיצוי קבוע, כמובא בסעיף 91 לקמן.
- ג. לפצות חברים בקבוצה, לקוחות פרטיים ועסקיים, בפיצוי אישי נוסף בהתאם להוכחת נזק ממשי ספציפי של כל אחד מחברי הקבוצה כמובא בסעיף 89 לקמן.
- ד. לפצות את חברי הקבוצה בסעד ציבורי כמובא בסעיף 92 לקמן.

88. צו עשה - בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו עשה המחייב את המשיבה שלא לחייב את התשלומים הקבועים לכל קהל לקוחותיה באותן שעות שלא התאפשר הספקת שירות המלא שהלקוח יוכל לדבר בטלפון, ובהמשך לכך להשיב לחברי הקבוצה את החלק היחסי (יום אחד מתוך כ - 30 ימים בתקופת חשבון) מתוך התשלום הקבוע לחודש ינואר 2011.

89. צו עשה - בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבוע את המנגנון לקביעת אופי הנזקים ושיעור הפיצוי הספציפי לאנשים פרטיים ולעסקים שונים, אשר שימוש בטלפון במהלך יום העבודה נמנע מהם, וכן נמנעה מהם הנגישות לשירותים חיוניים כגון מרכזי מידע ו/או חברות אבטחה ו/או בנקים ו/או חברות ביטוח ו/או משרדי עורכי דין ו/או משרדי רו"ח.

90. סעד כספי - בית המשפט יתבקש לחייב את המשיבה להשיב לכל אחד מחברי הקבוצה והמבקשות ביניהם, סכום השווה ל - 8.5 ש"ח, או סכום אחר שהינו החלק היחסי של יום אחד מתוך כלל ימי תקופת החשבון של חודש ינואר 2011, וזאת כחוזר בגין גביית תשלום קבוע שלא ניתן שירות בגינו.

91. פיצוי קבוע - בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את שיעור הפיצוי הקבוע בסך של 104 ש"ח לכל קו או שיעור פיצוי אחר בהתאם לשק"ד כב' בית המשפט, עבור כל לקוח ולקוח לפי סוג הלקוח, לקוח פרטי או לקוח עסקי.

92. סעד ציבורי - בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על מתן פיצוי לחברי הקבוצה במישרין, או על ידי מתן סעד לטובת כלל הקבוצה או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין, הכול כפי שיקבע בית המשפט לפי סעיף 20 (ג) לחוק תובעותנות ייצוגיות.

סיכום

93. לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתובענה לאור הסעדים המשיבה במסגרתה וסמכות מקומית לדון בתביעה, נוכח מקום ביצוע העוולות נשוא הבקשה.

94. על בסיס המפורט לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד לזמן את המשיבה לדיון, וליתן לזכות המבקשות ולזכות חברי הקבוצה את הסעדים המפורטים לעיל.

95. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק כל סעד ו/או פיצוי אחר, כפי שיימצא לנכון בית המשפט הנכבד, בנסיבות העניין, ולחייב את המשיבה, בקיום סעדים אלה, ובנוסף לכך לחייב את המשיבה, בתשלום הוצאות משפט, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.



טל לוריא, עו"ד
ב"כ המבקשות