

בבית המשפט המחוזי
מ ר כ ז

ת. א. _____
בש"א _____

1. מר חיים פלזנר, ת. ז. 025044926
2. גב' מירב פלזנר, ת. ז. 27175157
3. מר אורי פז, ת. ז. 034398131

המבקשים:
(התובעים)

באמצעות בא-כוחם
עופר לוי עורך דין
מרח' מנחם בגין 9,
גבעת שמואל, 54421
טל/פקס: 03-5323266

- נ ג ד -

הוט – מערכות תקשורת בכבלים בע"מ

המשיבה:
(הנתבעת)

יורו פארק, אזור תעשייה יקום
קיבוץ יקום, מיקוד 60972

בקשה להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית

עניינה של התובענה פשוט בתכלית :

המשיבה מחויבת לנהוג בסבירות, בהגינות ובהתאם לדין כלפי הפונים אליה, ובכלל זה להעמיד לרשותם מוקדי שירות טלפוניים העומדים בסטנדרט שירותי לפי, לכל היותר, זמן ההמתנה הממוצע למענה אנושי לא יעלה על 30 שניות וזמן ההמתנה המירבי למענה אנושי לא יעלה על 90 שניות.

המדובר בסטנדרט שירותי המופיע מפורשות ברישיון המשיבה, והוא נוגע למאות אלפי ואף מיליוני צרכנים הפונים אל המשיבה.

אלא שבניגוד גמור לכך, המשיבה אילצה את הפונים אליה להמתין פרקי זמן ארוכים ומקוממים החורגים פי אלפי אחוזים מהמוטל עליה.

הדברים בלתי נסבלים ומקוממים, ולשם הדוגמא בלבד, ממצאי דו"ח הבדיקה שנערך לבקשת המבקשים [רצ"ב כנספח א] מגלים שמשך ההמתנה הממוצע האמור בו עמד על למעלה מ- 486 שניות, פי 1620% מתקרת הזמן הקבועה בדין לשם כך.

ולהמחשת חומרת הדברים : די אם כל אחד מ(כמעט) מיליון מנויי המשיבה התקשר אליה פעם אחת בלבד בכל שנה (במהלך 7 השנים האחרונות) ונאלץ לחכות (לא 30 שניות אלא) למעלה מ- 8 דקות, הרי שבמונחי ממוצע משך ההמתנה המצרפי של כלל חברי הקבוצה (בשם מוגשת תובענה זו) לאחר קיזוז משך ההמתנה המותר, הינו למעלה מ- 36,000 ימים !!!

ממצאים אלו הינם שמרניים ומציגים תוצאה המבוססת על הנחה לפי מנוי התקשר אל המשיבה פעם אחת בשנה בלבד. אין צורך לומר שאם כל מנוי התקשר יותר מפעם אחת אל המשיבה, הרי שמכפלות הנזק מתעצמות בהתאמה.

וחמור מכך. לשיטתה של המשיבה, כפי שטענה מפורשות בסעיף 17 לעתירה שהגישה לבית המשפט לעניינים מנהליים [עת"מ (י-8) 8927/08 - רצ"ב כנספח ב] "הוראות רישיונה הכללי כלל אינן מטילות עליה חובה לתעד את זמני המענה במוקדי שירות הלקוחות שלה" ומשכך – אם לשיטתה של המשיבה לא מוטלת עליה החובה לתעד באופן שוטף את זמני המענה, כיצד תדע באופן שוטף מהו השירות לו זוכים (או לא זוכים) אלו הפונים אליה !!

דומה שלמשיבה אינטרס כלכלי מובהק או "יותר נוח" להותיר את המצב על כנו - גם לחסוך בעלויות כח אדם (הנדרש לאיזו מוקדי שירות), גם לחסוך בעלויות חומרה ותכנה (הנדרשים למתן השירות), גם (בחלק מהמקרים) אף להגביר רווחי תאגיד אחות (הוט טלקום שותפות מוגבלת) שזוכה לתקבולים בגין השלמת שיחה לרשתה או תקבולים בגין כל מסלול השיחה (לאילו המתקשרים מטלפון של הוט).

ובכלל, במציאות היום (בהתחשב בקושי העצום להתנתק מהמשיבה, קנסות וכיוצא ב') המשיבה כלל אינה חוששת מפני נטישת לקוחות על רקע מחדליה בתחום משך ההמתנה למענה אנושי, שהרי מי יסתכן בתשלום קנסות יציאה או ישקיע אנרגיה בהתנתקות מהמשיבה על רקע זה !! הווה אומר, ההפרה בענין זה, הפכה למשתלמת.

בית המשפט הנכבד מתבקש לשים קץ למדיניות ההפרה מצידה של המשיבה ולקבוע תג מחיר אשר יהיה בו לא רק כדי לפצות את הניזוקים מפעולותיה אלא גם כדי להרתיע אותה מביצוע פעולות דומות בעתיד.

אשר על כן, המבקשים אשר יהיו מיוצגים כדלעיל, מגישים בזה עתירתם לבית המשפט, כדלקמן:

א. לאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו (להלן: "התובענה") כתובענה ייצוגית, מכח **חוק תובענות ייצוגיות**, התשס"ו-2006 (להלן – "**חוק תובענות ייצוגיות**") ;

ב. להגדיר את הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה כדלקמן (להלן: "חברי הקבוצה"):

"כל אדם אשר יזם שיחה אל מוקד שירות של המשיבה והמתין בממוצע למענה אנושי פרק זמן העולה על 30 שניות ו/או המתין למענה אנושי פרק זמן העולה על 90 שניות"

ג. לקבוע כי עילות התובענה הנן כדלקמן:

1. הפרת חוזה; ו/או
2. הפרת חובה חקוקה על-פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – "**פקודת הנזיקין**"; ו/או
3. רשלנות על-פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין; ו/או
4. עוולות מכח **חוק ההגבלים העסקיים**, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**").
5. עשיית עושר ולא במשפט.
6. הפרה של חובות תום הלב מכח סעיפים 12 ו- 39 **לחוק החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג-1973 (להלן: "**חוק החוזים**").

ד. להוציא מלפניו צו כנגד המשיבה אשר יורה לה לנקוט לאלתר בכל הפעולות הנדרשות לכך שמשך המתנה ממוצע למענה אנושי אצלה לא יעלה על 30 שניות ומשך המתנה מרבי כאמור לא יעלה על 90 שניות.

ה. להורות למשיבה, להשיב לכלל חברי הקבוצה, ובכללם המבקשים, את תוספת העושר-שלא-במשפט שנצבר בידיה על חשבונם של חברי הקבוצה, ובכללם המבקשים, כתוצאה מפעולותיה ו/או מחדליה נשוא התובענה.

ו. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה לפצות את המבקשים וכן כל תובע הנמנה על חברי הקבוצה, בסך של 10 ש"ח לכל שיחת טלפון שכללה זמן המתנה למענה אנושי החורג ממכסות הזמן של 30 שניות בממוצע ו/או 90 שניות להמתנה מקסימלית ו/או סכום אחר אשר יקבע בית המשפט הנכבד כאומדן הנזקים שנגרמו להם בשל עוולת המשיבה ו/או בפיצוי גלובלי לטובת הקבוצה ו/או לטובת הציבור על-פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ז. להורות כי ההחלטה בבקשה זו ונוסחה יפורסמו בשני עיתונים יומיים בשפה העברית, וכן ליתן הוראות נוספות כפי שימצא לנכון בדבר אופן הפרסום כאמור, ולקבוע כי המשיבות ישאו בהוצאות הפרסום.

ח. לקבוע את שכ"ט עוה"ד המייצג בשיעור שלא יפחת מ- 15% משווי הסעד הכולל שיפסק ו/או משווי ההטבה בתוספת מע"מ כדון, עבור טיפול בתובענה בערכאה הראשונה.

ט. לקבוע כי חלק מסוים שיקבע בית המשפט הנכבד מתוך הסכום ו/או שווי הסעד שיפסק, לאחר ניכוי ההוצאות ושכר טרחת עורך דין, בשיעור שלא יפחת מ-5% משווי הסעד הכולל שיפסק בתובענה זו ו/או משווי ההטבה, ישולם ו/או ינתן למבקשים, אשר טרחו בהגשת התובענה ובהוכחתה.

י. ליתן הוראות נוספות בדבר הדיון בתובענה כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון.

יא. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות בקשה זו ובשכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין בגינה.

תוכן עניינים

פרשת תביעת היחיד – התביעה האישית.....6

א. מבוא.....6

1. הצדדים לתביעה -----6

ב. העובדות.....6

1. פעולות ו/או מחדלי המשיבה-----6

2. תיאור מהלך העניינים – המבקשים 1-2 -----7

3. תיאור מהלך העניינים - המבקש (3) -----7

ג. הוראות הרשיון.....8

ד. מדיניות ההפרה של המשיבה.....9

ה. פעולות בירור מול נציגי משרד התקשורת.....12

ו. עילות התביעה.....14

1. הפרת הסכם על ידי המשיבה-----14

2. הפרת חובה חקוקה -----15

3. רשלנות-----17

4. עוולות מכח חוק ההגבלים העסקיים -----19

5. הפרה של חובות תום הלב-----23

6. עשיית עושר ולא במשפט-----24

ז. הסעדים המבוקשים.....25

תובענת הרבים – המימד הייצוגי.....26

ח. קיומם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית.....26

1. התובענה דנן נכללת בגדר סוגי התביעות המפורטים בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות -----26

2. עילת תביעה אישית -----26

3. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית -----26

4. שאלות משותפות של משפט או של עובדה -----28

5. ההליך הייצוגי כהליך הנוח והיעיל ביותר -----29

6. שיקולים נוספים להכיר בתביעה דנא כייצוגית -----30

5. עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת-----31

8. עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום הלב -----31

7. שכיט עו"ד והוצאות -----32

ט. סיכום.....32

פרשת תביעת היחיד – התביעה האישית

א. מבוא

1. הצדדים לתביעה

א. המבקשים 1-2

1. המבקשים 1-2, נשואים ומנהלים משק בית משותף, הינם מנויים של המשיבה ומשלמים לה דמי מנוי חודשיים.
 - העתק חשבונית שהופקה מטעם המשיבה למבקשים 1-2 – רצ"ב כנספח ג.

2. המבקשים 1-2 פנו אל מוקדי השירות של המשיבה בנושאים שעניינם, בין היתר, שירות לקוחות לקבלת מידע והוספת שירותים ו/או לשם תמיכה טכנית וטיפול בתקלות לפני ובמהלך התקופה בהם הם מנויים של המשיבה.

ב. המבקש (3)

3. המבקש (3) ורעייתו הינם מנויים של המשיבה ומשלם לה דמי מנוי חודשיים.

- העתק הסכם התקשרות בין המבקש (3) למשיבה וכן חשבונית רלוונטית – רצ"ב כנספח ד.

4. המבקש (3) פנה אל מוקדי השירות של המשיבה בנושאים שעניינם, בין היתר, שירות לקוחות לקבלת מידע והוספת שירותים ו/או לשם תמיכה טכנית וטיפול בתקלות לפני ובמהלך התקופה בה הוא מנוי של המשיבה.

ד. המשיבה

1. המשיבה (ח. צ. 520040072) הינה "עוסקת", המעניקה "בדרך עיסוקה" שירותים למנוייה ולציבור, ולפיכך הסטטוס המשפטי של המשיבה הוא כשל "עוסק", כהגדרת מושגים אלו בחוק הגנת הצרכן.

2. למשיבה רשיון אשר ניתן לה מטעם המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן: "המועצה") ומכח **חוק התקשורת (בזק ושידורים)**, התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת").

3. למשיבה ניתנה הרשאה לספק את שירותיה בתחום גיאוגרפי שגבולותיו כוללים את אזור מגוריהם של המבקשים.

ב. העובדות

1. פעולות ו/או מחדלי המשיבה

1. המשיבה מחויבת להעמיד לחברי הקבוצה מוקדי שירות טלפוניים העומדים, בין היתר, בסטנדרט שירותי שלפיו זמן ההמתנה הממוצע למענה אנושי לא יעלה על 30 שניות וזמן ההמתנה המירבי למענה אנושי לא יעלה על 90 שניות.

2. חובה זו קבועה, בין היתר, ברישיונה בסעיפים 41.4.3 (בנוגע למוקדי שירות) ו- 41.6.1 (בנוגע למוקדי שירות טכניים).

3. חובה זו אינה "רק" מכח הרשיון אלא היא נובעת, בנוסף, מחיוביה החוזיים של המשיבה, מחובתה לנהוג בתום לב כלפי הפונים אליה ומחובתה לנהוג בסבירות גם, ואולי בעיקר, בנושאי שירות.
4. אלא שבניגוד גמור לחובתה זו, המשיבה אילצה את הפונים אליה להמתין פרקי זמן בלתי נסבלים ומקוממים עד כדי כך שבהתאם לדו"ח המצורף לתובענה זו (לעיל, נספח א) משך ההמתנה הממוצע (עד לקבלת מענה אנושי) עמד על 486 שניות ומספר הפעמים בהם משך ההמתנה המירבי (עד לקבלת מענה אנושי) עלה על 90 שניות עמד על קרוב ל - 90% מהפניות.

2. תיאור מהלך העניינים – המבקשים 1-2

5. במהלך השנים האחרונות, פנו המבקשים 1-2, פעם זה ופעם זה בהיותם נשואים ומנהלים משק בית משותף, אל מוקדי השירות של המשיבה וזאת, בין היתר, בנושאים הנוגעים לקבלת שירותים ו/או לטיפול בתקלות.
6. המבקשים 1-2 נאלצו להמתין למענה אנושי פרקי זמן החורגים מתקרות הזמן שצוינו לעיל (זמן ההמתנה ממוצע - 30 שניות וזמן המתנה המירבי - 90 שניות) ולשלם לספקי התקשורת השונים (בזק ו/או פלאפון ו/או הוט טלקום), בגין תוספת המתנה זו, סכום שנתי ממוצע של שקלים ספורים.
- העתק אישור תשלום לבזק בתקופה נשוא ההליך - רצ"ב כנספח ה.
7. הנזק שנגרם למבקשים 1-2, שפעלו באופן המתואר לעיל, הוא מסוג הנזק העלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים כתוצאה ממעשיה ו/או מחדליה של המשיבה, ולרבות נזק ממוני, עגמת נפש, אבדן ו/או חיסור בנוחות וכן נזק לא ממוני שמקורו בכך שהם נאלצו להשלים עם אירועים ותוצאות שלא רצו בהם ואשר נגרמו עקב פעולות ו/או מחדלי המשיבה שתוארו לעיל.

3. תיאור מהלך העניינים - המבקש (3)

8. במהלך השנים האחרונות, פנה המבקש (3) אל מוקדי השירות של המשיבה וזאת, בין היתר, בנושאים הנוגעים לקבלת שירותים ו/או לטיפול בתקלות.
9. המבקש 3 נאלץ להמתין למענה אנושי פרקי זמן החורגים מתקרות הזמן שצוינו לעיל (זמן ההמתנה ממוצע - 30 שניות וזמן המתנה המירבי - 90 שניות) ולשלם לספקי התקשורת השונים (בזק ו/או הוט טלקום ו/או פרטנר), בגין תוספת המתנה זו, סכום שנתי ממוצע של שקלים ספורים.
- העתק אישור תשלום להוט טלקום בתקופה נשוא ההליך - רצ"ב כנספח ו.
10. הנזק שנגרם למבקש (3), שפעל באופן המתואר לעיל, הוא מסוג הנזק העלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים כתוצאה ממעשיה ו/או מחדליה של המשיבה, ולרבות נזק ממוני, עגמת נפש, אבדן ו/או חיסור בנוחות וכן נזק לא ממוני שמקורו בכך שהמבקש נאלץ להשלים עם אירועים ותוצאות שלא רצה בהם ואשר נגרמו עקב פעולות ו/או מחדלי המשיבה שתוארו לעיל.

ג. הוראות הרשיון

11. ביום 30.4.02, נכנס לתוקפו רשיונה של המשיבה.

• העתק מהוראות הרשיון הרלוונטיות - רצ"ב כנספח ז.

12. ואלו הן, בין היתר, הוראות הרשיון הצריכות לענין:

41.4.1 בעל הרשיון יקיים ויפעיל מוקדי שירות למנויים ולטיפול בפניות מנויים והמבקשים להיות מנויים...

41.4.3 רמת השירות במוקד שירות לא תפחת מן המפורט להלן:

....

41.4.3.3 זמן ההמתנה הממוצע למענה אנושי לא יעלה על 30 שניות.

41.4.3.4 זמן ההמתנה המירבי למענה אנושי לא יעלה על 90 שניות.

41.4.3.5 לכל פונה יימסר מספר פניה סודר או אמצעי זיהוי אחר לפנייתו כאסמכתא להמשך הטיפול ולבקרה עליו.

....

41.6.1... בעל הרשיון יפעיל מוקד לטיפול בפניות טלפוניות או אחרות של מנויים לענין תקלות הנוגעות לשידוריו וכן לשם תמיכה טכנית במנויים, לרבות בתפעול ציוד הקצה והיישומים השונים... רמת השירות במוקד שירות טכני לא תפחת מן המפורט בסעיף 41.4.3 לעיל

....

63.1 בעל רישיון יקים ויפעיל במשך כל תקופת פעילותו על פי הרישיון, מערך לפיקוח ובקרה עצמיים על קיום הוראות הרישיון, הדין והוראות המועצה...

63.2 בעל הרישיון אחראי לפקח באופן שוטף על קיום הוראות הרישיון, הדין והחלטות המועצה על ידו..."

13. לא למותר לציין שהוראות אלו הינן המשך ישיר לחובות דומות שהוטלו על התאגידים שהתמזגו ביום 31 בדצמבר 2006 לתוך המשיבה במסגרת מיזוג חברות הכבלים (בו רכשה המשיבה את פעילותן של חברות הכבלים האחרות בישראל).

• העתק מהוראות רשיון חברת הכבלים (ערוצי זהב ושות') שהתמזגה לתוך המשיבה - רצ"ב כנספח ח.

14. המשיבה – למותר לציין וכפרסומיה שלה עצמה - באה בנעליהן של חברות הכבלים שהתמזגו לתוכה לכל חובה ו/או זכות.

- העתק מפרסומי המשיבה ולפיהם היא באה בנעליהן של חברות הכבלים שהתמזגו - רצ"ב כנספח ט.

ד. מדיניות ההפרה של המשיבה

15. כפי שהובא לעיל המבקשים נאלצו להמתין למענה אנושי פרקי זמן העולים על הקבוע בדין, ההסכם, נורמות של סבירות ותום לב.

16. כך לדוגמא, בוצעה פניה מטעמם של המבקשים 1-2, בין היתר, במהלך נובמבר 2007, ביום 28.1.08, ביום 22.1.08 וכן ביום 3.11.08 (בנוגע לספריית הוט) בפניה (של המבקש 1) שכללה משך המתנה למענה אנושי של דקות ממושכות.

17. באופן דומה בוצעה פניה 2.12.08 (בשיחה שהובילה לחסכון של כ - 20 ש"ח בחודש) בה משך ההמתנה למענה אנושי היה (לא פחות מ) 16 דקות ו - 41 שניות (1001 שניות !!!).

18. בהמשך, ובמסגרת בירור ובקשה לקבל זיכוי כספי (בנושא ספריית הוט), בוצעה פניה אל המשיבה ביום 4.12.08 בה משך ההמתנה כאמור היה (לא פחות) מ - 12 דקות ו - 40 שניות (760 שניות !!!).

- קבצי Audio המתעדים חלק מפניות מטעמם של המבקשים 1-2 אל המשיבה - רצ"ב כנספח י.

19. באופן דומה, המבקש (3) פנה אל המשיבה, בין היתר, בימים 22.5.08 (פעמיים) 30.4.08 (פעמיים), 29.4.08, 24.4.08, 1.6.08, 3.6.08, 19.6.08 (פעמיים), 24.6.08, 9.7.08, 10.8.08, 12.8.08, 29.8.08, 7.9.08, 21.9.08, 15.10.08 (פעמיים), 17.10.08 (פעמיים) ו - 10.11.08.

- קבצי Audio המתעדים חלק מפניות המבקש 3 אל המשיבה - רצ"ב כנספח יא.

20. ויודגש, המבקשים פנו פנה פעמים נוספות אל מוקדי השירות של המשיבה מטעמים שונים, ובין היתר לשם קבלת שירות ו/או טיפול בתקלות, כשגם בפניות אלו, או לכל הפחות ברובן, נאלץ להמתין למענה אנושי פרקי זמן העולים על הקבוע בדין, ההסכם, נורמות של סבירות ותום לב.

21. עד כאן באשר למבקשים.

22. ואולם, נוכח האופי הציבורי-מצרפי של התופעה הפסולה, בוצעה מטעמם של המבקשים בדיקה מקיפה יותר המציגה כ - 100 פניות אל מוקדי השירות של המשיבה (לעיל, דוח הבדיקה, נספח א).

23. ממצאי הבדיקה תועדו בכתב ואף הוקלטו והם מוגשים בזאת לעיונו של בית המשפט הנכבד.

- 100 קבצי Audio המתעדים את המידע המוצג בדו"ח הבדיקה - רצ"ב כנספח יב.

24. כעולה מממצאי הדו"ח, בעוד שמשך ההמתנה הממוצע הקבוע בדין לשם קבלת מענה אנושי עומד על 30 שניות, בפועל משך ההמתנה הממוצע היה למעלה מ- 486 שניות.

25. עינינו הרואות כי מדובר בהפרה בוטה ומקוממת של הוראות החוק - לא בסטיה זניחה של אחוזים בודדים אלא בחריגה קשה ושערורייתית, פי 1620% מתקרת הזמן הקבועה בדין לשם כך.

26. זאת ועוד, ואם לא די באמור לעיל, בקרוב ל- 90% מהמקרים משך ההמתנה המקסימלי עלה על זה הקבוע בדין (90 שניות).

27. וחמור מכך. המשיבה סבורה, וכך טענה מפורשות בעתירה שהוגשה מטעמה [לעיל, נספח ב'] כי "הוראות רישיונה הכללי כלל אינן מטילות עליה חובה לתעד את זמני המענה במוקדי שירות הלקוחות שלה" וכי "במוקד שירות הלקוחות מתקבלות מידי שנה מיליוני פניות ומעקב אחר זמן זמני המענה המוקד שירות לכל פניות אלה, הוא משימה שהעותרות לא מחויבות בה" משכך - אם לשיטתה של המשיבה לא מוטלת עליה החובה לתעד באופן שוטף את זמני המענה, כיצד תדע האם עומדת בתנאי הרישיון !?

28. ויודגש: מדיניות ההפרה של המשיבה, הזלזול הבוטה בהוראות החוק ובצרכי הלקוחות, נמשכת מזה מספר שנים.

29. כך לדוגמא, בשנת 2002 (18.12.02) התריע נציג המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין בפני אחת מחברות הכבלים (שהתמזגה, לבסוף, לתוך המשיבה) הדברים הבאים:

1. סעיף 41.4.3 לרישיונות שניתנו לחברתכם קובע לענין רמת השירות במוקד הפניות הטלפוני, בין היתר, כי 'זמן ההמתנה הממוצע למענה אנושי לא יעלה על 30 שניות' וכי 'זמן ההמתנה המירבי למענה אנושי לא יעלה על 90 שניות'.

2. מתלונות רבות שהגיעו למועצה מקרב ציבור המנויים ומבדיקה עצמאית שנערכה במינהלת עולה כי חברתכם מפרה לכאורה את ההוראה הנ"ל."

• העתק מפניית נציג המועצה אל אחת מחברות הכבלים מיום 18.12.08 - רצ"ב כנספח יג.

30. בשנת 2004 (31.5.04) פנתה המועצה הישראלית לצרכנות אל המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין בדברים הבאים:

"במועצה לצרכנות מתקבלות פניות רבות של צרכנים נגד חברות הכבלים המלינות על זמני ההמתנה למענה לפניה טלפונית של עשרים דקות ואף יותר".

• העתק מפניית המועצה הישראלית לצרכנות מיום 31.5.04 - רצ"ב כנספח יד.

31. במענה לפניית המועצה הישראלית לצרכנות, השיבה המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ביום 8.6.04 כי היא זו אשר עמדה על כך שייקבעו זמני מענה ברשיון של חברות הכבלים, מתוך מגמה להביא לשיפור השירות הטלפוני של אותן חברות" וכי בצד "שיפור ניכר בתחום" ו"מאמץ מתמיד של החברות לשיפור השירות" בכוונת המועצה "לפעול להמשך שיפור השירות ועמידת חברות הכבלים בהוראות רשיון".

32. עוד הוסיף נציג המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין כי –

”אגף הפיקוח במועצה מונה אדם אחד בלבד”.

- העתק מתשובת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין מיום 8.6.04 - רצ”ב כנספח טו.

33. בשנת 2005 (ביום 25.7.05) פורסם בעיתון Y-net כדברים הבאים:

”שירות הלקוחות של חברת הכבלים הוט עונה לאחר זמן רב של המתנה ולעיתים לא עונה בכלל. כך עולה מפניות של לקוחות שהגיעו ל’ידיעות אחרונות’ בשבועות האחרונים.

בחברת הכבלים מודעים לבעיה, ומסבירים כי הדבר נובע ממחסור בכוח אדם: ’בימים אלה יש עומסים בשירות. רמת השירות במוקד הטלפוני רחוקה כעת ממה שאנחנו מצפים מעצמנו. אנחנו נמצאים בימים אלה במהלך של גיוס כוח אדם והדרכתו...”

- העתק מכתבת Y-net מיום 25.7.05 - רצ”ב כנספח טז.

34. בשנת 2006 (ביום 5.10.06) פורסם בעיתון גלובס כדברים הבאים:

”חברת הוט מככבת בטבלת הציונים הנמוכים, עם חוסר שביעות יוצא דופן מזמני המתנה בעת פניה – שדורגו בציון 5.6...”

- העתק מכתבת גלובס מיום 5.10.06 - רצ”ב כנספח יז.

35. ביום 21.9.08 פורסם בעיתון walla כי לשיטת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין קיימות -

”בעיות נמשכות בקבלת מענה בשירות הלקוחות של חברת ’הוט’”.

- העתק מכתבת Walla מיום 21.9.08 - רצ”ב כנספח יח.

36. אשר על כן ולסיכום הדברים: משך המתנה למענה אנושי אצל המשיבה חורג מגדרי הזמן שנקבעו בדין לשם כך. מצב זה מוסיף ונמשך מזה מספר שנים, כשהציבור – המונה מאות אלפים או אולי מיליונים – הוא שניזוק מכך ונאלץ לשלם את המחיר בגין התנהלותה זו של המשיבה.

ה. פעולות בירור מול נציגי משרד התקשורת

37. הח"מ פנה אל משרד התקשורת, בבקשות לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, לקבלת מידע הנוגע למשך המתנה למענה אנושי.

38. ביום 4.8.08 פנתה נציגת משרד התקשורת אל המשיבה והודיעה לה כדברים הבאים :

1. לאחרונה נתקבלה במשרדנו פניה בהתאם לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 ("החוק") המבקשת מידע אודות זמני ההמתנה למענה אנושי במוקד שירות הלקוחות של חברות התקשורת.

2. מבירור שערכנו עם מינהלת הסדרת השידורים לציבור ("מינהלת") עולה כי בחודש יוני השנה פנה אליכם מר אלעד רונן, ראש אגף פיקוח ובקרה במינהלת, בשאלה בנושא ובמכתב התשובה שלכם מיום 17.7.08 פירטתם לבקשתו, את זמני המענה במוקדי שירות הלקוחות בחודשים האחרונים וכי בהמשך למכתבכם זה פנו אליכם בענין, ביום 28.7.08, מר ניצן חן, יו"ר המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ומר אלעד רונן"

• העתק מפניית משרד התקשורת לנציגי המשיבה מיום 4.8.08 - רצ"ב כנספח יט.

39. ביום 12.10.08 השיבה נציגת משרד התקשורת, כי בכוונתה להעביר לידי הח"מ את המסמכים הבאים :

• פנייתו של מר אלעד רונן ממינהלת הסדרת השידורים לציבור אל חברת הוט מיום 19.6.08.

• מכתב תשובה של חברת הוט מיום 17.7.08 אליו צורפו דוחות בענין זמני המענה במוקד שירות הלקוחות.

• מכתב נוסף של מר אלעד רונן אל חברת הוט מיום 28.7.08.

• פנייתו של מר ניצן חן, יו"ר המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, אל חברת הוט מיום 28.7.08.

• העתק מתשובת משרד התקשורת מיום 12.10.08 - רצ"ב כנספח כ.

40. תשובה זו ניתנה לח"מ לאחר שנציגת משרד התקשורת דחתה ביום 2.10.08 את התנגדות חברת הוט לחשיפת המידע המפליל, זאת מהנימוקים שלהלן.

"איננו סבורים כי הדיווחים אודות זמני המענה הינם בגדר סודות מסחריים של חברת הוט, וכי יש בחשיפתם כדי לפגוע באינטרסים מוגנים של החברה....אנו סבורים כי קיים אינטרס ציבורי במתן מידע לציבור אודות עמידת בעל רישיון במחויבותיו כלפי הציבור, כפי שאלו קבועות ברישיונו..."

• העתק מתשובת משרד התקשורת לנציגי המשיבה מיום 2.10.08 - רצ"ב כנספח כא.

41. אלא שנציגת משרד התקשורת (עדיין) לא העבירה מסמכים אלו וזאת לאור התנגדות נחרצת, בין היתר של המשיבה.

42. התנגדות המשיבה לחשיפת החומר היתה עד כדי כך נחרצת, עד שהיא בחרה לעתור ביום 16.11.08 לבית המשפט לעניינים מנהליים כנגד חשיפת המידע [לעיל, נספח ב'].

43. ולא עוד, ועד כדי כך חוששת המשיבה מפני חשיפת המידע שהיא הגישה עתירה לחיסיון המידע האמור וכן בקשה לדין בדלתיים סגורות.

- העתק מבקשת החיסיון במסגרת עת"מ 8928/08 - רצ"ב כנספח כב.

44. במצב דברים זה, פשוט ומובן מאליו שהמסמכים הנ"ל **מפלילים** את המשיבה (שהרי, אחרת, מדוע שתטרח ותתנגד עד כדי הגשת עתירה לבית המשפט?!) והם מחזקים את שהובא לעיל, ולפיו משך ההמתנה למענה אנושי אצל המשיבה חורג מהוראות הדין, ההסכם ונורמות של סבירות ותום לב.

ו. עילות התביעה

1. הפרת הסכם על ידי המשיבה

45. המשיבה התחייבה חוזית כלפי לקוחותיה (ובכללם המבקשים) לפעול בהתאם להוראות הדין. התחייבות זו הינה בין במפורש ובין מכללא.

46. במפורש – מכח ההסכם שבין הצדדים, ובין היתר באמור בסעיף 1.2 להסכם, כמפורט להלן:

"הסכם זה נערך מכוח הוראות הדין. במקרה של סתירה בין הוראות הדין לבין הסכם זה, יחייבו הוראות הדין; בכל עניין הנוגע לשירותי החברה ללקוח, שלא נקבע בהסכם זה – ינהגו הצדדים לפי הוראות הדין"

או האמור בסעיף 39 להסכם:

"בכל עניין שלא נקבעו לגביו הוראות בהסכם זה, יחולו הוראות החוק הכלליות"

- העתק מהסכם התקשרות סטנדרטי המוצג באתר האינטרנט של המשיבה - רצ"ב כנספח כג.

47. "הוראות הדין", כפי שהוגדרו בסעיף 2 להסכם, הינן (בין היתר) הוראות הרשיון "כפי שיהיו מעת לעת".

48. מכללא – התחייבות זו נובעת, בין היתר, מהוראות **חוק התקשורת (בזק ושידורים)**, התשמ"ב-1982 המכפיפות את המשיבה, כבעלת רשיון, לפעול במתן שירותים בהתאם לתנאיו, ו/או מהוראות הרשיון המכפיפות את ההסכם להוראות הדין ומטילות חובה על המשיבה לפעול בהתאם להוראות הדין ו/או מגדר הנסיבות ו/או ציפיותיו הסבירות של המתקשר החוזי.

49. על פי הוראות הדין, שכאמור הוחלו בהסכם שבין הצדדים, המשיבה התחייבה חוזית להעניק לחברי הקבוצה, ובכללם המבקשים, מוקד שירות בו זמן ההמתנה הממוצע למענה אנושי לא יעלה על 30 שניות וזמן ההמתנה המקסימלי למענה אנושי לא יעלה על 90 שניות.

50. ויתרה מזאת. גם ללא הוראה חוזית מפורשת, תנאי במשתמע ו/או מכללא בין הצדדים – ובכלל, ביחסים ההגונים שבין עוסק כדוגמת המשיבה לבין צרכן – כי לצורך מימוש כוונתו של הצרכן לשוחח עם נציג אנושי מטעם העוסק, לא יאלץ הוא להמתין פרקי זמן כדוגמת אלו שהוצגו בתובענה דנא.

51. ויודגש: עילת התביעה בהיבט זה אינה נסמכת על רק לשונו של ההסכם, הגם שדי בכך, אלא היא בעלת חיות עצמאית בהיותה נסמכת על נורמות חוזיות המצופות מן המשיבה גם אם לא הופיעו מפורשות בהסכם בין הצדדים, נורמות, שכאמור, הפרו על ידה.

52. המשיבה הפרה את התחייבותה זו והסבה למבקשים, ולכלל חברי הקבוצה, נזקים.

53. הנזקים שנגרמו למבקשים (ובין היתר תוספת התשלום לספקי תקשורת עבור תוספת זמן ההמתנה למענה אנושי, עגמת הנפש, אבדן ו/או חיסור בנוחות וכן נזק לא ממוני בגין פגיעה באוטונומית הרצון שלהם בכך שאולצו להשלים עם אירועים ותוצאות שלא רצו בהם) נגרמו להם עקב ההפרה ותוצאותיה והינם תוצאה מסתברת של ההפרה. מובן שהמשיבה ראתה ו/או צריכה היתה לראותם מראש בעת כריתת החוזה.

2. הפרת חובה חקוקה

א. מבוא

54. לחילופין, המבקשים יטענו כי פעולות ו/או מחדלי המשיבה, הכל כפי שיתואר להלן, עולות כדי הפרת חובה חקוקה – עוולה מכח סעיף 63 לפקודת הנזיקין.

55. ואלו הם יסודות העוולה: [א] חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק; [ב] החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק; [ג] המזיק לא קיים את החובה המוטלת עליו; [ד] ההפרה גרמה לניזוק נזק; [ה] הנזק אשר נגרם הוא מסוגו או מטבעו של הנזק אשר אליו נתכוון החיקוק.

א. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק

56. ואלו הן, בין יתר העילות המופיעות בתובענה דנא, החובות החקוקות אותם הפרה המשיבה.

56.1. החובה המופיעה **בחוק התקשורת (בזק ושידורים)**, התשמ"ב-1982 לפעול בהתאם ובכפוף להוראות הרשיון (ובכלל זה החובות המפורטות בסעיפים 16(ב) ו-1 – 1ט6 לחוק התקשורת).

56.2. החובה המופיעה בסעיפים 41.4.3 ו- 41.6.1 לרישיון המשיבה להעמיד מוקד שירות בו זמן ההמתנה הממוצע למענה אנושי לא יעלה על 30 שניות וזמן ההמתנה המקסימלי למענה אנושי לא יעלה על 90 שניות.

56.3. החובה האמורה בסעיף 73.2.2 לרישיון המשיבה לנקוט בכל האמצעים הסבירים למניעת נזק לרכושו של אחר.

- העתק מרישיון המשיבה (סעיף 73.2.2) - רצ"ב **כנספח כז**.

56.4. החובה האמורה בסעיף 63 לרישיון המשיבה להקים ולקיים מערך פיקוח ובקרה עצמיים.

- העתק מרישיון המשיבה (סעיף 63) - רצ"ב **כנספח כה**.

56.5. החובה הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים, להימנע מלסרב סירוב בלתי סביר לספק נכס או שירות או החובה המוטלת עליה להימנע מלנצל לרעה את מעמדה באופן העלול לפגוע בטובת הציבור.

ב. החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק

57. בענייננו, אין כל ספק כי החיקוקים שצוינו לעיל נועדו, גם – אם לא רק – להגנת הציבור ובכללם חברי הקבוצה.

58. לא למותר לציין שמגמת הפסיקה הינה להרחיב את גדרי תנאי זה ולפיכך - בהעדר שיקולים מיוחדים - כל חובה שהוטלה מכוח חיקוק נועדה לטובתו או להגנתו של הנפגע מהפרתה והוא זכאי עקרונית לסעד הנזיקי.

59. לפיכך, ומאחר והמבקשים נפגעו כתוצאה מהפרת החיקוקים שהובאו לעיל, ונוכח היעדר שיקולים מיוחדים, ניתן לקבוע ולומר כי החיקוקים דלעיל נועדו לטובתם או להגנתם של המבקשים או כדוגמתם.

ג. המזיק לא קיים את החובה המוטלת עליו

60. נראה כי בנקודה זו, אין צורך להאריך, באשר - כפי שפורט בתובענה - המשיבה לא קיימה את החובות המוטלות עליה.

61. אין ספק כי המשיבה בפעולותיה ו/או מחדליה פעלה בצורה מכוונת בניגוד גמור להוראות הנקובות לעיל והסבה בכך נזק למבקשים, בכלל חברי הקבוצה, הכל כאמור וכמתואר לעיל בהרחבה.

ד. ההפרה גרמה לניזוק נזק

62. כידוע, דרישה זו טומנת בחובה הן קיום של קשר סיבתי עובדתי, והן קשר סיבתי משפטי, אשר נבחן בהתאם למבחני הסיבתיות הקבועים בפקודת הנזיקין.

63. באשר לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הפעולה בניגוד לחובות שהובאו לעיל לבין קרות הנזק, הרי שמובן מאליו שקיימת זיקה מהותית וישירה בין דרך התנהלותה של המשיבה כפי שתוארה לעיל, לבין נזקם של המבקשים. לו היתה המשיבה מתנהגת באופן אחר, ושומרת על החובות שהוטלו עליה - לא היה נגרם הנזק. בכל הנוגע לקיומו של קשר סיבתי משפטי, הרי שאין - ולא יכול להיות - חולק על כך שקרות הנזק למבקשים הינו, לכל הפחות, בגדר "התרחשות צפויה" (אם לא למעלה מכך) בגין ביצוע פעולות המשיבה שהיו - ועודם - מנוגדים לחובות שהוטלו על המשיבה ואשר בוצעו על ידה.

64. לא למותר לציין שהתנהלותה של המשיבה, כל זמן שלא תשתנה, ממשיכה ותמשיך לגרום לנזק למבקשים ולכלל חברי הקבוצה.

ה. הנזק אשר נגרם הוא מסוגו או מטבעו של הנזק אשר אליו נתכוון החיקוק

65. בעניינינו, אופי הנזק אשר נגרם למבקשים וכן דרך התרחשותו כמתואר בתובענה דנא - תואמים לצורה שהחיקוקים שהובאו לעיל נתכוונו אליה.

66. משום כך, אין כל ספק שהנזק אשר נגרם למבקשים הוא מסוגו ו/או מטבעו של הנזק אליו נתכוון החיקוק.

67. למעלה מן הצורך יוזכר כי הנזק שנגרם למבקשים ושאליו, בין היתר, נתכוונו אותם חיקוקים הינו עגמת נפש, אבדן ו/או חיסור בנחות וכן נזק לא ממוני בגין פגיעה באוטונומית הרצון שלהם בכך שאולצו להשלים עם

אירועים ותוצאות שלא רצו בהם – המתנה מיותרת למענה אנושי ו/או תשלום בגין תוספת המתנה זו - ואשר נגרמו עקב פעולות ו/או מחדלי המשיבה.

3. רשלנות

א. מבוא

68. לחילופין יטענו המבקשים כי המשיבה, ברשלנותה, הסבה להם נזקים ומשום כך חבה כלפיהם את הסעדים הקבועים בחוק לענין זה.

ב. קיומה של חובת זהירות של המשיבה כלפי המבקשים

69. המשיבה חבה בחובת זהירות כלפי המבקשים.

70. פסיקות בתי המשפט נתנה את הדעת על שני היבטים של חובת הזהירות: ההיבט המושגי (האם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות) וההיבט הקונקרטי (האם ביחס לניזק מסוים, בנסיבותיו של אירוע נתון קיימת חובת זהירות).

71. באשר לחובת הזהירות המושגית, הרי שקיומה של זו נקבע על פי מבחן הצפיות, כלומר, האם אדם סביר "צריך היה" לצפות את התרחשות הנזק.

72. אין ספק כי "אדם סביר" צריך היה לצפות את גרימת הנזקים נשוא התובענה עקב פעולות ו/או מחדלי המשיבה שתוארו לעיל.

73. למעלה מן הצורך יצוין כי קיומה של חובת זהירות מושגית בין "מזיקים" כדוגמת המשיבה לבין "ניזוקים" כדוגמת המבקשים, הינו הכרח המציאות, בין היתר, נוכח המומחיות, הידע והאמצעים שבידי המשיבה ושאינם ברשות הציבור ואשר נוגעים במישרין לנושאי התובענה.

74. באשר להיבט הקונקרטי, הרי שהן מערך הכוחות שבין המבקשים, על רקע נסיבות התובענה יש בהם כדי להעמיד ולבסס חובת זהירות קונקרטית של המשיבה כלפי המבקשים.

75. יתרה מזאת. מאחר וניתן לעגן את נורמת ההתנהגות הסבירה, גם על קביעות ו/או הנחיות נורמטיביות מאת המחוקק, או מחוקק המשנה, הרי שניתן לראות בהוראות הרישיון שניתן למשיבה הקונקרטית, אשר קובעות בצורה מפורשת את חובת הזהירות של המשיבה כלפי המבקשים – את קיומה של חובת הזהירות הקונקרטית שבין הצדדים.

ג. הפרת חובת הזהירות על ידי המשיבה

76. בחינת פעולות המשיבה כפי שתוארו לעיל, מעלה באופן חד משמעי כי המשיבה הפרה את חובת הזהירות שהוטלה עליה בכך שחרגה באופן בוטה מכל נורמה של שירות סביר, תוך אילוץ הפונים אליה, והמבקשים בכללם, להמתין פרקי זמן חורגים מן הסביר.

77. ויותר מזה. כפי שהובא לעיל, המשיבה טענה (במסגרת עת"מ 8927/08, לעיל נספח ב) ואף **הצהירה** (סעיף 3 לתצהירו של מר פלג אשר צורף לעתירה) כי לעמדתה "הוראות רישיונה הכללי כלל אינן מטילות עליה חובה לתעד את זמני המענה במוקד שירות הלקוחות שלה" וכי "במוקד שירות הלקוחות מתקבלות מידי שנה מיליוני פניות ומעקב אחר זמני המענה לכל פניות אלה הוא משימה שהעותרות לא מחויבות בה".

78. מבלי להתייחס לגופה של טענה ולאופן בו זו סותרת להוראות הרישיון המטילות עליה חובה עצמאית להקים ולקיים מערך פיקוח ובקרה עצמיים (סעיף 63 להוראות הרישיון, לעיל), הרי שאם וככל שהמשיבה לא ביצעה מעקב שוטף אחר זמני המענה במוקד שירות הלקוחות שלה, הרי שעצם מחדל זה מהווה, מצד עצמו, מחדל רשלני.

79. והדברים ברורים: אם לשיטתה של המשיבה לא מוטלת עליה החובה לתעד באופן שוטף את זמני המענה, כיצד תדע האם משך ההמתנה למענה אנושי עומד בנורמות של סבירות המצופות ממנה!?

80. לא למותר לציין בהקשר זה שאין כל ספק שרישום עקבי ו/או בסיס נתונים שוטף מהווה תנאי לפיקוח, בקרה ומעקב אחר משך ההמתנה למענה אנושי במוקדי השירות של המשיבה, וזאת ללא כל תלות בשאלה האם קיימת חובה כזו מכח רישיונה של המשיבה.

81. ובמילים אחרות, חובת התיעוד והמעקב נובעת מחובתה של המשיבה לעמוד בנורמות של סבירות המצופות ממנה.

82. ולסיכום עניין זה: המשיבה עשתה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות ו/או לא עשתה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות ו/או שבמשלח ידה לא השתמשה במיומנות, או לא נקטה מידת זהירות, שגוף סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד – כדוגמת המשיבה - היה משתמש או נוקט באותן נסיבות.

83. ויודגש: עילת התביעה בהיבט זה אינה נסמכת על רק הוראות הרישיון שצוינו לעיל, אלא היא בעלת חיות עצמאית בהיותה נסמכת על נורמות של סבירות המצופות מן המשיבה, מהם היא חרגה.

84. לחילופין, התרשלותה של המשיבה הינה בגדר "הרשלות חמורה" וזאת בין היתר, מאחר ובידיה – ובשליטתה הבלעדית – המידע הרלוונטי (משך ההמתנה הממוצע והמקסימלי למענה אנושי) והכח לנקוט בפעולות הנדרשות (ובכלל זה הקצאת כח אדם) לשם קיצור משך ההמתנה למענה אנושי. לא למותר לציין שלמשיבה אינטרס כלכלי לא מבוטל לחסוך בכח אדם וציוד הנדרש לעמידה בתנאי הרישיון כך שבהחלט ייתכן שמחדלי המשיבה אינם רק בגדר כהתרשלות, אלא אולי אף פעולה מכוונת מצידה.

85. עוד יש לציין הרי שבהיעדר רישום ותיעוד שוטף אחר משך ההמתנה למענה אנושי, הרי שנטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, ושיכלו להתבהר מתוך הרישום יועבר אל כתפי המשיבה.

ג. נזק וקשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק

86. הנזק שנגרם למבקשים הוא חסרון הכיס, עגמת נפש, אבדן ו/או חיסור בנוחות ו/או הפגיעה באוטונומיית הרצון שלהם אשר נגרמו כתוצאה מפעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה.

87. בנוסף, נזקם של חברי הקבוצה, והמבקשים בכללם, הינו "הנזק הראייתי" שנגרם להם כתוצאה ממחדלי המשיבה בביצוע מעקב שוטף אחר זמני ההמתנה למענה אנושי במוקדי השירות שלה.

88. קרות הנזק למבקשים הינו, לכל הפחות, בגדר "התרחשות צפויה" (אם לא למעלה מכך) בגין פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה - שהיו ובחלקם עדיין - מנוגדים לחובות שהוטלו על המשיבה ואשר הופרו על ידה. באשר לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין פעולות ו/או מחדלי המשיבה לבין קרות הנזק, הרי שמוכן מאליו שקיימת זיקה מהותית וישירה בין דרך התנהלותה של המשיבה לבין הנזק שנגרם למבקשים בגין כך. מעשיה של המשיבה הינם בגדר הסיבה - ולכל הפחות אחת מהסיבות - לקרות הנזק, שבא באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים.

89. לא מותר לציין שהתנהלותה של המשיבה, כל זמן שלא תשתנה, ממשיכה ותמשיך לגרום לנזק למבקשים ולכלל חברי הקבוצה.

4. עוולות מכח חוק ההגבלים העסקיים

א. מבוא

90. לקיומו של מונופולין בכלל, ובתחום התקשורת בפרט, השפעה קשה על טובת הציבור.

91. בשל כך, ולצורך שמירת האינטרס הציבורי, נקבעו הוראות שונות **בחוק ההגבלים העסקיים**, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**"), ובמיוחד הוראות סעיפים 29 ו-29 לחוק, שנועדו למנוע את הנזק הטמון במצב מסוכן זה.

92. בנוסף, הוכפפה המשיבה לרישיונה שגם הוא, כמוכן, נועד להבטיח את טובת הציבור.

93. בעניינינו, כאמור וכמפורט לעיל, ובאופן חלופי ליתר עילות התובענה, יטענו המבקשים שהמשיבה בפעולותיה ו/או מחדליה נשוא התובענה, פגעה בטובת הציבור והפרה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים, הפרה העולה כדי עוולה לפי פקודת הנזיקין.

94. ויודגש:

מכח מעמדו המיוחד מוטלת על בעל המונופולין אחריות מיוחדת להימנע מהתנהגות אשר לו ביצע אותה בעל עסק רגיל שמעמדו בשוק אינו מונופוליסטי – עשויה היתה להיחשב כלגיטימית.

בנדון דידן, לא זו בלבד שהתנהגותה של המשיבה אינה לגיטימית גם לו לא היתה מוגדרת כבעלת מונופול, אלא - ועל אחת כמה וכמה - שהתנהגות זו פסולה, על רקע היותה מונופול.

על כך להלן.

ב. הגדרת המשיבה כמונופול

95. ביום 8.11.99 הוכרזה המשיבה כבעלת מונופולין באספקת שידורי טלוויזיה רב-ערוצית בתשלום באזורי רשיונה הכולל את מקום מגוריהם של המבקשים.

• הכרזת המשיבה כבעלת מונופולין - **רצ"ב כנספח כו.**

96. על כך הוגש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים, אשר נדחה ביום 20.9.04.

• החלטת ביה"ד להגבלים עסקיים מיום 20.9.04 - **רצ"ב כנספח כז.**

97. הכרזה זו, וכאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים, מהווה ראיה לכאורה בכל הליך משפטי לכך שבתקופת התובענה, ולכל הפחות בחלקה, המשיבה היתה בעלת מונופולין.

98. בהתאם לדוח לשנת 2007, ביום 31 בדצמבר 2006 הושלם תהליך המיזוג של חברות הכבלים במסגרתו רכשה המשיבה ונכנסה בנעלי חברות הכבלים לכל חובה או זכות.

• דיווח לבורסה לשנת 2007 - **רצ"ב כנספח כח.**

ג. המשיבה סירבה סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין

99. סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי לבעל מונופולין אסור לסרב, סירוב בלתי סביר, לספק את הנכס או השירות שבמונופולין.

100. המשיבה ניצלה את מעמדה המונופוליסטי וסירבה לספק למבקשים "זכות" שהוקנתה להם כדין, לקבל את שירותיה (באמצעות מענה אנושי) בתוך תקרת זמן ממוצעת של 30 שניות ומקסימלית של 90 שניות.

101. בין אם מדובר ב"נכס" ובין אם מדובר ב"שירות" – הוטלה על המשיבה החובה לספק זכות זו למבקשים והיא נמנעה מלעשות כן.

102. מאחר וסירובה לספק את הנכס או את השירות **אינו סביר**, עיוולה בכך כלפי חברי הקבוצה ובכללם המבקשים.

103. זאת ועוד. סעיף 32 לנוסח הישן של חוק ההגבלים העסקיים קבע כדברים הבאים –

"לא יסרב בעל מונופולין להספקה או לרכישה, או סוכנו, לספק את לרכוש מצרך או שירות שלגביו קיים אותו מונופולין, **אלא אם היה הסירוב בהתאם לנוהגי המסחר המקובלים**".

104. עם כניסתו לתוקף של חוק ההגבלים העסקיים החדש, שונה נוסח הסעיף והטיל על בעל המונופולין את החובה להעמיד את השירות או הנכס גם כשסירוב הינו בהתאם לנוהגי המסחר המקובלים, וכל זמן שהימנעות הינה בלתי סבירה.

או כפי שהובא בהצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד – 1983 [רצ"ב כנספח כט] –

"הסעיף המוצע אוסר סירוב בלתי סביר של אספקה. ההתייחסות לסבירות הסיירות עדיפה על ההתייחסות לשאלה אם הסירוב תאם נוהגי מסחר מקובלים, שיכולים להיות אף בלתי סבירים..."

105. בענייננו, לא זו בלבד שסירובה של המשיבה לספק את הנכס ו/או השירות הינו בלתי סביר (כפי שהובא לעיל) אלא הוא גם סותר לנוהגי מסחר מקובלים ולפיהם חלה חובה על מחזיק ברשיון לפעול אך ורק בכפוף ובהתאם להוראותיו.

משכך, עיוולה כלפי המבקשים ותחוב כלפיהם כדין.

ד. המשיבה ניצלה לרעה את מעמדה באופן העלול לפגוע בציבור

106. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים מטיל איסור על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול לפגוע בציבור.

107. המשיבה ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי בכך שלא העמידה לרשות חברי הקבוצה מוקדי שירות בסטנדרט השירותי שנקבע לשם כך בדיון ו/או בהסכם ו/או מכוחם ואילצה אותם, בהיעדר ברירה אחרת מצידם, להמתין פרקי זמן ארוכים ובלתי סבירים בעליל עד לקבלת מענה אנושי.

108. משמעות פעולות ו/או מחדלים אלו הינם צמצום היקף השירותים שהיא מחויבת בהם כדין, ו/או קביעה של רמת מחירים בלתי הוגנת לפניה למוקדי השירות מטעמה זאת באותם המקרים בהם חברי הקבוצה נדרשו לשלם תוספת תשלום בגין התארכות השיחה עד לקבלת מענה אנושי, ו/או התניית פניות המבקשים לקבלת שירותים, בתשלום לספקיות תקשורת – **ובין היתר בתשלום עבור השלמת שיחה ברשת של תאגיד אחות למשיבה: הוט טלקום שותפות מוגבלת** - עבור פניות אלו, תנאי העומד בסתירה להוראות רשיונה של המשיבה ואשר אינו נוגע לקבלת שירותי טלוויזיה רב ערוצית.

109. פעולות ו/או מחדלי המשיבה שתוארו לעיל הינם תוצאה של ניצול המשיבה את מעמדה בשוק. ניצול לרעה זה בא כתוצאה מן הכח והמעמד בשוק של המשיבה, באשר אלמלא מעמדה זה היתה מקפידה על קיום סטנדרט שירותי בהתאם לקבוע בדיון.

110. ויצוין, צמצום היקף השירותים או קביעת רמת המחירים כאמור, מהווה הפרה של נורמות ההגיונות שהיא מחויבת בהם מכח רשיונה - הקובע הגיונות מה היא.

בכך שסטתה מהוראות רשיונה – סטתה גם מנורמות של הגיונות.

111. מאחר ולחברי הקבוצה, והמבקשים בכללם, לא היתה ברירה אלא להתקשר עם המשיבה לצורך קבלת שירותי טלוויזיה רב-ערוצית בתשלום אזי פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה מהווים ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי.

112. פעולותיה ו/או מחדליה אלה של המשיבה לא רק שעלולים היו לפגוע בציבור (ודי בכך בהתאם לאמור בסעיף 29א) אלא שפגעו בהם בפועל. הפגיעה בציבור מוצאת את ביטויה הן בכך שהציבור נאלץ לשלם תוספת תשלום בגין תוספת ההמתנה למענה אנושי עבור פניותיו אל מוקדי השירות של המשיבה והן בכך שהמשיבה – כתברה בעלת מאות אלפי לקוחות המחזיקה ברשיון מאת המדינה – מפרה ברגל גסה עקרונות של כפיפות לחוק ומשטר תקין.

113. בכך עיוולה המשיבה כלפי חברי הקבוצה והמבקשים בכללם.

ה. נזקם של המבקשים

114. נזקם של המבקשים הינו אותו פחת ממוני שנגרם להם כתוצאה מכך שנאלצו לשלם תוספת תשלום עבור תוספת ההמתנה למענה אנושי, פחת שהיה נמנע לו המשיבה היתה פועלת כדין.

115. בנוסף, נזקם של המבקשים הינו עגמת נפש, אבדן ו/או חיסור בנוחות וכן נזק לא ממוני בגין פגיעה באוטונומית הרצון שלהם בכך שאולצו להשלים עם אירועים ותוצאות שלא רצו בהם – המתנה מיותרת למענה אנושי ו/או תשלום בגין המתנה זו - ואשר נגרמו עקב פעולות ו/או מחדלי המשיבה.

ו. קשר סיבתי בין מעמדה המונופוליסטי של המשיבה לבין פעולותיה ומחדליה

116. ישנו קשר סיבתי מובהק בין מעמדה המונופוליסטי של המשיבה לבין פעולותיה ומחדליה.

117. בכל הנוגע לקיומו של קשר סיבתי משפטי, הרי שאין – ולא יכול להיות – חולק על כך שפעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה הינם, לכל הפחות, בגדר "התרחשות צפויה" (אם לא למעלה מכך) למעמדה של המשיבה כבעלת מונופולין.

118. במאמר המוסגר יצוין שאין כל ספק בדבר קיומה של "זיקה" (לכל הפחות) בין פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה לבין מעמדה בשוק ובאותו אופן מבחן השכל הישר – כמו גם מבחן הצפיות – מוביל למסקנה חד משמעית בדבר קיומו של קשר סיבתי משפטי בין מעמדה בשוק של המשיבה לבין פעולותיה ו/או מחדליה.

119. נוכח הזיקה מהותית והישירה שבין דרך התנהלותה של המשיבה לבין מעמדה בשוק, הרי שישנו – באופן מובהק - קשר סיבתי עובדתי בין הדברים. **אלמלא מעמדה זה, היתה המשיבה מקפידה על זמני ההמתנה הקבועים ברשיון, והדברים ברורים.**

ז. קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק

120. ישנו קשר סיבתי מובהק בין פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה לבין נזקם של המבקשים.

121. בכל הנוגע לקיומו של קשר סיבתי משפטי, הרי שאין – ולא יכול להיות – חולק על כך שקרות הנזק למבקשים הינו, לכל הפחות, בגדר "התרחשות צפויה" (אם לא למעלה מכך) בגין סירובה של המשיבה לספק את הנכס או השירות שבמונופולין ו/או בשל ניצולה לרעה את מעמדה בשוק.
122. אשר על כן, מובן מאליו כי "סוג הנזק" (חסרון הכיס שנגרם למבקשים, עגמת נפש, אבדן ו/או חיסור בנוחות ו/או הפגיעה באוטונומיית הרצון שלהם) הינו סוג הנזק שהוראות חוק ההגבלים העסקיים בא למנוע, וכמובן, נזק זה היה נמנע אם המשיבה היתה נמנעת מלהפר את הוראות חוק ההגבלים העסקיים.
123. במאמר המוסגר יצוין שאין כל ספק בדבר קיומה של "זיקה" (לכל הפחות) בין סירובה של המשיבה לספק את הנכס או השירות שבמונופולין ו/או בשל ניצולה לרעה את מעמדה בשוק, לבין קרות הנזק למבקשים, ובאותו אופן מבחן השכל הישר – כמו גם מבחן הצפיות – מוביל למסקנה חד משמעית בדבר קיומו של קשר סיבתי משפטי בין ההטעיה לבין הנזק דנא שהוא תוצאתו.
124. באשר לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין סירובה של המשיבה לספק את הנכס או השירות שבמונופולין ו/או בשל ניצולה לרעה את מעמדה בשוק - לבין קרות הנזק, הרי שמוכן מאליו שקיימת זיקה מהותית וישירה בין דרך התנהלותה של המשיבה לבין הנזק שנגרם למבקשים בגין כך.
- מעשיה של המשיבה הינם בגדר הסיבה - ולכל הפחות אחת מהסיבות - לקרות הנזק, שבא באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים.

5. הפרה של חובות תום הלב

125. סעיפים 12 ו - 39 לחוק החוזים מטילים חובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.
126. כפי שנקבע בפסיקה לא אחת שעל גוף כדוגמת המשיבה מוטלות נורמות התנהגות קפדניות, ועל על אחת כמה וכמה שלאור העוצמה הכלכלית והציבורית שיש למשיבה יש לחזק את דרישת תום הלב הנדרשת ממנה.
127. **בענייננו, אין ולא יכול להיות ספק כי אילוץ מאות אלפי אנשים להמתין פרקי זמן ממושכים, לעיתים עד כדי עשרות דקות, עד לקבלת מענה אנושי הינה פעולה שלא בתום לב, וזאת גם אם לא היתה מוטלת חובה בנושא זה ברישיון ו/או בהסכם ועל אחת כמה וכמה – משנקבעה כזו.**
128. ויודגש: עילת התביעה בהיבט זה אינה נסמכת על רק הוראות ההסכם או הרישיון שצוינו לעיל, אלא היא בעלת חיות עצמאית בהיותה נסמכת על נורמות תום הלב המצופות מן המשיבה, אותם היא הפרה.
129. הפרת המשיבה את חובות תום הלב הסבה נזק לחברי הקבוצה, והמבקשים בכללם, ותחוב בסעדים נשאו הליך זה בגין כך.

6. עשיית עושר ולא במשפט

130. לחילופין, יטענו המבקשים, כי המשיבה חבה בהשבה מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט שזו לשונו "1(א) 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 הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה".
131. בעניינינו, חלק מהותי מכלל הכנסותיה של המשיבה בא מכיסם ועל חשבונם של חברי הקבוצה, ובכללם המבקשים, בצורה של דמי מנוי חודשיים.
132. חלק מדמי המנוי ניתנו למשיבה על מנת שתעמיד לרשות לקוחותיה מוקד שירות לפי הסטנדרט הקבוע בדין.
133. המשיבה נטלה את דמי המנוי כאמור אך לא תיעלה אותו לאפיקי השירות כפי שנדרש ממנה (לשם העמדת מוקד שירות כנדרש ממנה על פי דין ו/או ההסכם) ולמעשה הותירה בידה את העלויות שהיו נדרשות ממנה לשם כך, וזאת "על חשבונם" של מנוייה.
134. הווה אומר, "טובת ההנאה" שצמחה למשיבה (אותם סכומים שאמורים היו לשמש, אך בפועל לא שימשו, להקמת מוקד שירות ראוי העומד באמות המידה הקבועות בדין) ניתנה לה על חשבונם של חברי הקבוצה ובכללם המבקשים.
135. עוד אין ספק כי אותה "טובת הנאה" צמחה למשיבה "שלא על פי זכות שבדין", בהיותן מנוגדות להוראות הדין ו/או ההסכם שצוינו לעיל.
136. משכך, ולאור הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, על המשיבה להשיב את הזכיה ולחילופין את שווייה.
137. יצוין כי המושג "שלא על פי זכות שבדין" הוכר על ידי הפסיקה כחל (מלבד על התעשרות שמקורה בהפרה של חיקוקים מפורשים) גם על התעשרות שהינה בניגוד או תוך הפרה של הסכמים חוזיים שבין הצדדים.
- לעניינינו, מאחר והוראות הרשיון מוכלות בהסכם שבין הצדדים, אזי הפרת הוראות הרשיון כמוהם כהפרת ההסכם, או לכל הפחות הפרת תניות מכללא ולפיהן על המשיבה לפעול בהתאם לרשיון.
138. למעלה מן הצורך יצוין כי, כפי שנקבע בפסיקה, גם אם לא ניתן להצביע על דין מפורש יכול והתעשרות תהא שלא כדין, זאת בנסיבות בהן התעשרות היא בלתי צודקת.
139. יישומן הפרטני של הוראות חוק עשיית עושר, כפי שהוגדרו על ידי הפסיקה, מעלה כי בנסיבות הענין דנא זכאים המבקשים לסעד הנקוב בחוק כאמור, דהיינו להשבת הכספים אותם שילמו למשיבה כדמי מנוי חודשיים ואשר אמורים היו לשמש להקמת מוקד שירות כדין אך בפועל לא תועלו לשם כך.

ז. הסעדים המבוקשים

כפי שפורט במבוא לבקשה זו, אלו הם הסעדים הנתבעים בתובענה דנא:

א. ציווי

140. בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו כנגד המשיבה אשר יורה לה לנקוט לאלתר בכל הפעולות הנדרשות לכך שמשך המתנה ממוצע למענה אנושי אצלה לא יעלה על 30 שניות ומשך המתנה מרבי כאמור לא יעלה על 90 שניות.

ב. השבה

141. להורות למשיבה, להשיב לכלל חברי הקבוצה, ובאופן יחסי למבקשים, את תוספת העושר-שלא-במשפט שנצברה בידיהם על חשבונם של חברי הקבוצה, ובכללם המבקשים, כתוצאה מפעולותיהן ו/או מחדליהן נשוא התובענה.

ג. פיצוי

142. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה לפצות את המבקשים וכן כל תובע הנמנה על חברי הקבוצה, בסך של 10 ₪ לכל שיחת טלפון שכללה זמן המתנה למענה אנושי החורג ממכסות הזמן של 30 שניות בממוצע ו – 90 שניות להמתנה מקסימלית ו/או סכום אחר אשר יקבע בית המשפט הנכבד כאומדן הנזקים שנגרמו להם בשל עוולת המשיבה ו/או בפיצוי גלובלי לטובת הקבוצה ו/או לטובת הציבור על-פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

תובענת הרבים – המימד הייצוגי

ח. קיומם של התנאים לאישור התובענה כייצוגית

1. התובענה דנן נכללת בגדר סוגי התביעות המפורטים בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות

143. על-פי סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות "לא תוגש תובענה אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית".

144. על-פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

145. "עוסק" מוגדר בחוק הגנת הצרכן כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן".

146. אין ספק, וכפי שהובא לעיל, שהמשיבה הינה "עוסק" ועילות התביעה הינן "בקשר לענין שבינו לבין לקוח".

147. לפיכך, רשאים המבקשים להגיש תובענה ייצוגית כנגד המשיבה בעילות שפורטו לעיל, ובין היתר בעילות חוזיות, נזיקיות (הפרת חובה חקוקה, רשלנות) ומכח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

148. זאת ועוד. על-פי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

149. מאחר, וכפי שהובא לעיל, חברות הכבלים (שהמשיבה באה בנעליהן) הוכרזו כמונופול וחלק מעילות התביעה מבוססות על חוק ההגבלים העסקיים, הרי שתובענה זו – במתכונתה הייצוגית – הינה גם מכח פרט 4 לתוספת השנייה כאמור.

2. עילת תביעה אישית

150. כפי שפורט בבקשה זו לעיל, למבקשים עילות תביעה אישיות המשיבה.

3. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית

א. גודלה של הקבוצה

151. למשיבה, ועל פי דיווחים לבורסה למעלה מ-900,000 מנויים. לכך יש לצרף את כל אותם יחידים אשר אינם מנויים של המשיבה, כיום ו/או בעבר, ואשר פעולות ו/או מחדלי המשיבה הסבו להם נזק בבואם ליצור קשר עם מוקדי השירות של המשיבה.

• העתק מדיווח קבוצת הוט בנוגע למספר המנויים של המשיבה בשנת 2007 - רצ"ב כנספח ל.

152. גם לפי הודאת המשיבה עצמה, כפי שניתנה במסגרת עת"מ 8927/08 [לעיל, נספח ב] "במוקד שירות הלקוחות מתקבלות מידי שנה מיליוני פניות".

153. בנסיבות אלו, ולאור סדרי הגודל המתוארים לעיל, גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית.

ב. הגדרת קבוצת המעוניינים

154. בכל הנוגע להגדרת קבוצת המעוניינים, הרי שאלו הם פני הדברים :

"כל אדם אשר יזם שיחה אל מוקד שירות של המשיבה והמתין בממוצע למענה אנושי פרק זמן העולה על 30 שניות ו/או המתין למענה אנושי פרק זמן העולה על 90 שניות"

155. ויודגש: במקרה דנן ישנו דמיון או אף זהות בעובדות המקימות יסוד לתובענה בין המבקשים לבין חברי הקבוצה, וזאת בין היתר, מאחר ומוקדי השירות של המשיבה הועמדו לרשות כלל חברי הקבוצה.

156. במאמר המוסגר, ואך לשם הזהירות - **באשר לא יעלה על הדעת לטעון אחרת** - יודגש כי בנסיבות הענין המבקשים אינם יכולים להכיר את כלל המעוניינים, ומרביתם - אם לא כולם - אינם מודעים כלל לזכויותיהם שנפגעו על ידי המשיבה, ולפיכך אין כל אפשרות לארגן את כלל התובעים הפוטנציאליים בתביעה משותפת שלא באמצעות הליך ייצוגי.

157. יש להעיר כי בצד חוסר היכולת המעשית לארגן את כלל התובעים הפוטנציאליים בתביעה משותפת שלא באמצעות הליך ייצוגי, הרי שהבאת התובענה בפני עיקר המעוניינים בה יכול ותיעשה בנקל על ידי פרסומים מתאימים בעיתונות, באתר האינטרנט של המשיבה, על גבי המרקע ובאפיקים אחרים.

ג. המשמעות הכלכלית של התובענה הייצוגית

158. סכום הנזק שנגרם למבקשים נאמד, על דרך ההערכה, בטווח שבין עשרות שקלים למאות שקלים (בצד הנמוך) (להלן: "נזק כספי אישי") על פי החלוקה שלהלן: נזק ממוני בשיעור של שקלים ספורים (בגין תוספת התשלום לספקי תקשורת עבור תוספת ההמתנה החריגה) וכן נזק לא ממוני (שפורט לעיל) בשיעור של עשרות שקלים לכל מבקש.

159. מכפלת הנזק הכספי האישי במספר מנויי המשיבה, יעמיד את סכום התביעה הייצוגית (לכל הפחות) על עשרות מיליוני ₪. לענייננו, ומתוך שיקלול הנתונים ונסיבות התובענה, סכום התביעה המצרפי עומד על 35 מיליון ₪, הערכה שמרנית לכל הדעות.

160. בהקשר זה יצוין כי המבקשים שומרים על זכותם לתקן את סכום הנזק האישי ו/או המצרפי, לכלל חברי הקבוצה, בהתאם לנתונים שיועברו לרשותם במהלך בירור התובענה.

4. שאלות משותפות של משפט או של עובדה

א. עמדת הפסיקה ביחס לתנאי זה

161. עמדת הפסיקה – בכל הנוגע לצורך בשאלות משותפות של משפט או של עובדה בין חברי הקבוצה – הינה שדי בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות בכדי למלא תנאי זה.
162. בעניינינו, לא בלבד שחברי הקבוצה מחזיקים במערכת עובדתית אחת משותפת, אלא שאף יתר המאפיינים משותפים למכלול חברי הקבוצה.

ב. השאלות המשותפות של משפט או של עובדה בתובענה דנא

163. בעניינינו, השאלות העובדתיות או המשפטיות הניצבות בבסיס התביעה משותפות לכל חברי הקבוצה.
164. הוראות הדין ו/או ההסכם הרלבנטיות לתביעה חלות ביחסים שבין המשיבה לבין כלל חברי הקבוצה, ומשכך השאלה אם המשיבה הפרו את הוראות הדין משותפת לכלל חברי הקבוצה.
165. כל אחד מיחיד הקבוצה נפגע מהפרות הוראות הדין על-ידי המשיבה בנסיבות דומות, אם לא זהות.
166. לכלל חברי הקבוצה יש אינטרס משותף, הן ברמה הפרטית והן ברמה הציבורית, באכיפת הוראות הדין ו/או ההסכם ו/או נורמות של סבירות על המשיבה.
167. המדובר "במצב מובנה" שיטתי ויציב של מוקדי שירות שאינו מותיר כל מקום לספק בדבר קיומו ביחס לכלל חברי הקבוצה.
168. למותר לציין כי לכלל חברי הקבוצה ישנו גם אינטרס משותף, הן ברמה הפרטית והן ברמה הציבורית, שבמתן כח אפקטיבי לציבור לאכוף את הוראות החוק כשמולם ענקים כלכליים כדוגמת המשיבה.
169. כפי שיובא להלן, הנסיבות, המקימות את עילות התובענה דנא, פשוטות וברורות, בתופעה שיטתית, אשר הסבה נזק לחברי הקבוצה בנסיבות דומות, אם לא זהות כך שבודאי קיים, לכל הפחות, מכנה משותף רחב ואחיד לחברי הקבוצה
170. המדובר, אם כן, בבעיה עקרונית שמקורה בפעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה, אשר תזכה "לפתרון העקרוני" אך ורק במסגרת הליך ייצוגי הולם. כמוכך, פתרון עקרוני זה יהא לטובת הקבוצה.
171. ואלו הן, בין היתר, השאלות המהותיות של משפט או של עובדה המשותפות לקבוצה:
- מהו היה משך ההמתנה הממוצע למענה אנושי אצל המשיבה בכל חודש, בכל שנה במשך 7 השנים האחרונות

- מהם מספר המקרים בהם משך ההמתנה המקסימלי חרג מתקרת הזמן הקבועה בדין לשם כך בכל חודש בכל שנה במהלך 7 השנים האחרונות ?
- האם המשיבה קיימה מעקב שוטף והאם יש בידיה דוחות ו/או נתונים שוטפים בנוגע לזמן ההמתנה למענה אנושי במוקדיה, ואם כן מהם הממצאים המפורטים בהם ?
- האם המשיבה סירבה, סירוב בלתי סביר, לספק שירות שבמונופולין ?
- האם המשיבה ניצלה לרעה את מעמדה כמונופולין באופן העלול לפגוע בציבור ?
- האם המשיבה פעלה שלא בהתאם לרישיונה ?
- האם המשיבה, בפעולותיה ו/או מחדליה המתוארים בתובענה התרשלה ו/או הפרה חובה חקוקה ו/או הפרה חוזה ו/או תנאי מכללא ו/או עשתה עושר ולא במשפט ו/או הפרה את חובת תום הלב המוטלת עליה ?

5. ההליך הייצוגי כהליך הנוח והיעיל ביותר

172. בחינת העובדות בתובענה דנא מעלה מעבר לכל ספק כי הדרך העדיפה לבירור הפלוגתאות הינו דווקא במימד הייצוגי.

173. לכך יש מספר נימוקים :

173.1. **הראשון**, ומן ההיבט של חברי הקבוצה הפוטנציאליים, זהותם בשלב זה אינה ידועה ואין אפשרות מעשית לאתרם ולצרפם למסגרת של תובענה רגילה.

173.2. **השני**, באם לא תוכר התובענה כייצוגית לא תוגש תובענה "פרטית", הן משום שסכום הנזק הקטן – יחסית שנגרם לכל אחד איננו מצדיק זאת, והן בגלל חוסר משאבים לממן תביעה אישית, ובכך יגרע מקניינם ו/או רווחתם של לקוחות המשיבה בזמן שזו נהנית שלא כדין מפעולותיה ו/או מחדליה.

173.3. **השלישי**, בהליך אחד יוכרעו השאלות המשותפות לציבור המחזיקים נגד המשיבה ובתי המשפט לא יידרשו לדון באותם עניינים מספר פעמים, כמספר המחזיקים שיגישו תביעות נפרדות נגד המשיבה.

173.4. **הרביעי**, אי-הכרה בתובענה כייצוגית עלול לגרור מצב של ריבוי התדיינות באותם עניינים אשר יטריד את המשיבה פעמים רבות לבית המשפט, יסב עלויות מיותרות למערכת המשפט כולה, יגרור עומס מיותר על מערכת בתי-המשפט, העמוסה בלאו-הכי, וחמור מכך, עלול להביא לתוצאות שונות ואף סותרות, משום שבכל משפט פסק הדין משקף את מה שהוכח באותו הליך.

173.5. **החמישי**, ובמקום שלא קיימת חלופה מעשית למיצוי זכויות כלל הנפגעים, כבנסיבות דנא, הרי שעולה ביתר שאת הצורך להכיר ולאשר בתובענה כייצוגית.

174. יישום האמור לעיל בעניינינו, מעלה את המסקנה ההכרחית כי ההליך הייצוגי הינו ההליך הנוח והיעיל, ולמעשה הינו היחיד שניתן לנקוט - בנסיבות התובענה דנא.

175. לכך יש להוסיף. סעיף 41.4.8 לרישיונה של המשיבה מטיל עליה חובה לתעד כל פניה של מנוי אל מוקד השירות, וכאמור שם –

”בעל הרשיון יקיים מערכת ממוחשבת לקיום בקרה על טיב השירות למנוי, בה תתועד כל פנייה של המנוי על מוקד השירות, בין אם פנייה טלפונית, פנייה בכתב, או ביקור במשרד שירות; המערכת תאגור את המידע באשר לסוגי השירות שקיבל המנוי, מועדי פניותיו, סוגי התקלות שדווחו ומועדיהן, מועד הטיפול בתקלה וכיו”ב...”

וכן האמור בסעיף 41.4.9 –

”בעל הרשיון יקיים רישום מדויק של תלונות מנויים; הרישום יכלול לפחות את הפרטים הבאים: מועד התלונה (תאריך ושעה), שם המתלונן, סוג התלונה (תוכן השידורים, תקלות טכניות וכיו”ב), תוכן התלונה, דרך הטיפול בתלונה, תוצאות הטיפול ומועד התגובה למנוי הרישום יישמר בידי בעל הרשיון במשך שמונה שנים...”

176. לפיכך, מאחר והמשיבה מתעדת היטב את מרכיבי השיחות הרי שללא ספק היא מחזיקה בכל הנתונים הרלוונטיים באופן מאורגן ומסודר ולפיכך חזקה עליה שתוכל, על נקלה, לדלות ולשחזר ממאגרי הנתונים המוחשבים שלה את הנתונים דלעיל בתקופה הנדונה.

6. שיקולים נוספים להכיר בתביעה דנא כייצוגית

א. אכיפת שלטון החוק

177. כמובא בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, מטרתו של החוק (בין היתר) הינה ”אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו”.

178. אין ספק כי תכלית זו – של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו – מקבלת משנה חשיבות בענייננו ורלוונטית באופן מובהק לנסיבות התובענה.

179. אכן, אין ספק, כי בנסיבות הענין דנא בו הוראות החוק והרשיון שניתן למשיבה מופר על ידה ברגל גסה יש ליתן לרציונל אכיפת שלטון החוק, את משקלו ההולם באישור התובענה כייצוגית.

ב. לכלל חברי הקבוצה ישנו אינטרס משותף בעוד שגובה הסעד אינו מהותי

180. ביסוד התובענה דנא, בין היתר, הינו האינטרס של המבקשים שבאכיפת הוראות הרשיון ו/או ההסכם והנובע ממנו על המשיבה.

181. גובה סכום הפיצוי ו/או ההשבה הפרטני לעומת זאת, אינו בעל משמעות היורדת לשורש התביעה הייצוגית. אינטרס זה הינו משותף למבקשים ולכלל חברי הקבוצה ודי בו על מנת לאשר את התובענה כייצוגית.

ג. העקרון המושגי שלא יצא חוטא נשכר

182. אחד מהרציונלים עליהם יבסס בית-המשפט את האישור לנהל הליך הייצוגי הינו העקרון ולפיו אין ליתן לחוטא לצאת נשכר, אך בשל היעדרו של תמריץ כלכלי מספק לנקיטת הליכים אישיים בגין הנזק האישי.

183. לפיכך, ובכדי שהמשיבה – בפעולותיה ו/או מחדליה שתוארו לעיל – לא תצא נשכרת תוך העמסת עלויות על הציבור, יש לאשר את התובענה דנא כייצוגית.

5. עניינם של כלל חברי הקבוצה ייצוג וינוהל בדרך הולמת

א. המבקשים מייצגים את הקבוצה בדרך הולמת

184. המדובר במבקשים-תובעים אשר יכולים ומוכנים להשקיע ממרצם, מזמנם ומכספם כדי לייצג גם את עניינם של אחרים כמותם, שיתכן כי אין להם המשאבים והזמן להשקיע בעמידה על זכויותיהם.

185. כמובן, ולמותר לציין, כי אין כל ניגוד עניינים בין המבקשים דנא ו/או ב"כ לבין הקבוצה בכללותה, אלא להיפך – הצלחת הקבוצה הינה הצלחת המבקשים, ולשם כך הוגשה תובענה זו באופן ייצוגי.

186. המבקשים, באמצעות בא-כוחם, העמידו בפני בית המשפט מסכת מסודרת של עובדות וטיעונים, הכל "דבר דבור על אופניו".

187. המבקשים, באמצעות בא-כוחם, טרחו וערכו בירורים מקיפים בנושא התובענה, הן אלו העובדתיים והן אלו המשפטיים, הכל בנחישות ובחתיירה לבירור ממצה של האמת, חרף נסיונות המשיבה להשהות ולטשטש את הדברים כהיותן.

188. אין כל ספק כי המבקשים, באמצעות ב"כ, פעלו במרץ הראוי ואף ימשיכו לעשות כן עד לסיומו של ההליך.

189. המבקשים, באמצעות בא-כוחם, גילו הבנה מלאה של ענייני התביעה שאותה הם מבקשים לנהל בשם הקבוצה המוצעת על ידם.

ב. ייצוג עוה"ד

190. המבקשים מייצגים בידי עו"ד בעל ניסיון רב בניהול מוצלח של הליכים ייצוגיים שידע לאבחן ולאתר את פעולותיה ו/או מחדליה של המשיבה, והוכיח בזאת מומחיות – היינו, יתרון יחסי בסוגיות הנדונות, אשר תשמש בידו לתיקון המעוות שנגרם על ידי המשיבה, ולרווחת חברי הקבוצה כולה.

8. עניינם של חברי הקבוצה ייצוג וינוהל בתום הלב

191. התביעה דנא מבוססת על עילה אמיתית ורצינית, שעשויה להביא תועלת של ממש לכל חברי הקבוצה, והיא שהתביעה אינה מכוונת להשיג מטרה של המבקשים שאינה מתיישבת עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה בתביעה.

192. התובענה, וכן הבקשה דנא, מבוססת על שאיפה כנה לפיצוי, השבה ואכיפת הוראות הדין על המשיבה.

193. המבקשים מאמינים ברצינות התובענה וכן בכנות סיכוייה להתקבל, כשלא למותר לציין שסיכויי הצלחתה של התובענה דנא הינם גבוהים ביותר, באשר המשיבה אינה יכולה להתכחש לפער הקיים בין הוראות הרישיון ו/או ההסכם לבין מצב הדברים כפי שהיה בפועל, ונראה כי אף בזאת יש בכדי לבסס את תום ליבם של המבקשים.

7. שכ"ט עו"ד והוצאות

194. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את שכר טרחתו של ב"כ המבקשים בתובענה הייצוגית בשיעור שלא יפחת מ- 15% מהסכום שיפסק בתוספת מע"מ כדין, עבור טיפול בתובענה בערכאה הראשונה.

195. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי חלק מסוים שיקבע בית המשפט הנכבד מתוך הסכום ו/או שווי הסעד שיפסק, לאחר ניכוי ההוצאות ושכר טרחת עורך דין, בשיעור שלא יפחת מ-5% משווי הסעד הכולל שיפסק לטובת חברי הקבוצה, ישולם ו/או יינתן למבקש, אשר טרח בהגשת התובענה ובהוכחתה.

196. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד להוסיף וליתן הוראות נוספות בדבר הדיון בתובענה כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון.

ט. סיכום

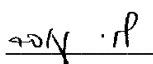
לענ"ד של הח"מ, די באשר הובא לעיל כדי להיווכח בסיכויי הצלחתה הגבוהים של התובענה, לטובת ולרווחת המבקשים וכלל נפגעי פעולות ו/או מחדלי המשיבה.

לבית המשפט הנכבד הסמכות המקומית והעניינית לדון בתובענה ובבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית בשל סכומה, מאחר והמשיבות מנהלות את עסקיהן גם באזור המרכז ו/או מאחר ומקום המעשים או המחדלים הינו בין היתר באזור המרכז.

אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד להיעתר לבקשה דנא ולאשר את התובענה – שבקשה זו נלווית לה - כתובענה ייצוגית, ולחייב את המשיבה בהוצאותיה, לרבות שכ"ט עו"ד כדין.

מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

תצהירי תמיכה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית רצ"ב.


עופר לוי, עו"ד
בא-כח המבקשים
מ. ר. 27780

היום, יא' בכסלו, תשס"ט
8 בדצמבר 2008

