

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

2.12.2010

לכבוד
מר משה גל, שופט
מנהל מערכת בתי המשפט
באמצעות מיל

ח.נ.

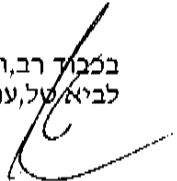
הנדון: הודעה על הגשת תובענה ייצוגית.

מצורפת בזאת בקשה לאשר תבענה כתובענה ייצוגית, המבקשים הינם מר אריה אזואלוס ומר אלמוג משה כנגד חברת סלקום.

מספר ההליך 2593-12-10 בבית משפט מחוזי בפתח תקווה.

אודה על רישומה בפנקס התובענות הייצוגיות.

במכוד רב, ובב"ח
לביא טל, עו"ד



**בית המשפט המחוזי מרכז**

02/12/2010

ת"צ 2593-12-10 אזואלוס ואח' נ' סלקום
ישראל בע"ממספר בקשה (رقم الطلب): **1****אישור על פתיחת בקשה**
مُصادقة على تسجيل طلب

ניתן אישור כי ביום (تُصادق بهذا أنه في يوم) 02 דצמבר 2010 בשעה (بالساعة) 09:28 הוגשה בקשה מסוג (قَدَم طلب من نوع): אישור תובענה כתובענה ייצוגית בקשה של תובע 1 אישור תובענה כתובענה ייצוגית בתיק (بقضية) ת"צ 2593-12-10 אזואלוס ואח' נ' סלקום ישראל 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.

בס"ד

בבית המשפט המחוזי מרכז
בפתח תקווה

ת"צ

בעניין:

1. אריה אזואלוס, עו"ד, ת.ז. :
022775936
מרחוב גרניט 48 שערי תקווה
2. אלמוג משה ת.ז. 27868470
מרחוב הרב ריינס 34 רמת
השרון

על ידי ב"כ עוה"ד לביא טל
מרחוב דויד בלוך 13 תל אביב
טלפון 036092933 פקס
036091933
דוא"ל:
tallavie@netvision.net.il

המבקשים ו/או התובעים**נגד**

סלקום ישראל בע"מ ח.פ. 511930125
מרחוב הגביש 10 נתניה מיקוד 42140

הנתבע ו/או המשיבה

מהות התביעה: כספית, נזיקין, חוזית, הגנת הצרכן, עשיית עושר שלא
במשפט.

סכום התביעה:
לתובע 1: ₪ 27.4
לתובע 2: ₪ 2.7

סה"כ תביעות אישיות לתובעים הייצוגיים: **30.1** ₪

סכום התביעה לכלל הקבוצה המיוצגת (הערכה ראשונית בלבד) **60,768,000** ₪

[שיטת החישוב - 3,376,000 ₪ לקוחות של המשיבה, חישוב
בעניין גבייה שלא כדין ובשלב זה ללא ראשי הנזק הנוספים,
הסכום המחושב לכל אחד ואחד מלקוחות החברה הינו חי ₪
סה"כ שישים מיליון ושבע מאות ושישים ושמונה ₪ אלף.

בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית-המשפט הנכבד מתבקש בזאת על-ידי המבקשים, מר אריה אזואלוס, עו"ד, ומר אלמוג משה (להלן: "המבקשים"), לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), ולאשר את התביעה האישית שהגישו המבקשים כנגד המשיבה, חברת סלקום ישראל בע"מ (להלן: "סלקום ו/או המשיבה") המצורפת לבקשה זו כנספח 1 בהתאמה (להלן: "התביעה האישית"), כתביעה ייצוגית ולהכיר במבקשים כמייצגי הקבוצה.

העתק מכתב התביעה האישית מצורף לבקשה - כנספח "1"

ואלה נימוקי הבקשה:

מבוא:

1. במהלך יום די' 1.12.2010, יום עסקים ו/או יום עבודה רגיל החל משעות הבוקר (לערך בשעה 10:00) חוו המבקשים, יחד עם לקוחות רבים של המשיבה, תקלת תקשורת רחבה שמונעת מהם שימוש רגיל ופשוט בטלפון הנייד שלהם, לדוגמא, קבלת שיחות ו/או הוצאת שיחות ממכשירם, כמו כן לא מתקבלות שיחות, לא ניתן לשלוח ולקבל הודעת טקסט ולא ניתן לבצע בכלל ו/או באופן רציף כל פעולה אחרת לשימוש עם מכשיר הטלפון הנייד ליצירת קשר טלפוני (להלן: "התקלה").

מצורף ומסומן כנספח 2 פרסום באתרי האינטרנט.

2. לאחר מספר שעות כאשר התקלה עדין תיקון התקלה בעיצומו שלחה המשיבה הודעות מסודרות לרבות רעיונות עם מנכ"ל החברה, מר עמוס שפירא, באמצעי התקשורת ההמוניים העיקריים על מודעות המשיבה לתקלה, על מודעת המשיבה על חומרתה של התקלה ועל הפעולות לטיפול בתקלה.

3. בין היתר המשיבה העלתה באתר האינטרנט שלו הודעת התנצלות וזו לשונה:

"לקוחות יקרים, אנו מתנצלים בפניכם על התקלה החמורה שירעה ברשת סלקום. אנו עושים כל מאמץ כדי להמשיך ולהעניק לכם שירות איכותי וראוי"

חתום על ההודעה מר עמוס שפירא מנכ"ל סלקום.

הודעת החברה מצורפת ומסומנת כנספח 2.

4. תקלה שכזו משפיע על הצרכן באופן מיידי. בני משפחה ובדגש על קטינים לא יכלו להודיע להוריהם על פעילותם וההיפך ההורים לא יכלו לקבל הודעה מילדיהם ו/או קרוביהם, קשישים נותקו מקרוביהם, בתי עסק רבים, לא יכלו לקבל הודעות ו/או טלפונים ו/או לשלוח הודעות ו/או להוציא שיחות, וכך הדבר גם לגבי נותני שירותים ובכללם המבקש 1, שעיסוקים דורש בהכרח שימוש אינטנסיבי בטלפון הנייד.

5. למעשה נכפה על לקוחות המשיבה ניתוק מהעולם, וכפי שהטיבו לתאר זאת כתבי הטלויזיה; מיליוני אזרחים שבו במנהרת הזמן עשרות שנים לאחור...

6. על פי הנתונים שהתפרסמו בדוחות הכספיים של המשיבה, מספר לקוחותיה של המשיבה עומד על 3,376,000 מיליון לקוחות. כאמור בשעות רבות במשך יום העבודה ו/או יום העסקים ועד לסיום טיפול בתקלה קצת פחות ממחצית אזרחי המדינה סבלו מהתקלה. לא עלה בידיהם לעשות שימוש בטלפון הנייד שלהם.

דוחות כספיים רבעון שלישי שנת 2010 מצורפים ומסומנים כנספח 3.

7. אין ספק, כיום אזרחים רבים מסתמכים על שירותי הטלפון הנייד כאמצעי תקשורת יחידי ואולי אף אמצעי תקשורת עיקרי ויחיד.

8. בפועל קרסו המערכות אצל המשיבה ושירותי התקשורת אותם אמורה המשיבה לספק לקהל לקוחותיה הושבתה כליל, כאשר בפועל לא הייתה, ולכאורה, נכון לכתיבת שורות אלה, עדיין אין את היכולת למיליוני לקוחות של המשיבה לקיים שיחת טלפון פשוטה, או אפילו לשלוח מיסרון. כל זאת כאשר הם משלמים עבור שירותים אלה ממיטב כספם.

9. עקב אותה קריסה לא התאפשר כמעט כל שימוש במכשיר הטלפון הנייד. לקוחות החברה ובכללם המבקשים קיבלו במכשיר הנייד שלהם הודעת "אין קליטה" עת ניסו להתקשר בטלפון הנייד, והודעת "לא ניתן לשלוח את ההודעה", עת ניסו לשלוח מיסרון.

10. 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 ועירפול מגמתי מצד המשיבה מנהליו, ונציגי שירות הלקוחות שלו, לגבי מועד סיום התקלה, והיקף הלקוחות שניזוקו בפועל, כמו גם, לגבי המשך גביית הכספים, הפיצוי לצרכנים ו/או החזר הכספים הממשיכים להיגבות.

11. יודגש, כי למרות שהמשיבה גילתה את התקלה בשלביה הראשונים לא ניסתה היא למצוא פתרונות אלטרנטיביים ולהודיע על כך לציבור הלקוחות באמצעי התקשורת. כן יודגש, כי העירפול הנ"ל התבטא גם בראיונות החוזרים ונשנים של מנכ"ל המשיבה בתקשורת.

12. אכן, לכאורה לא ניתן בשלב כה מוקדם, לכמת את כל הנזקים שנגרמו בעטייה של התקלה החמורה הנ"ל, לא את נזקיה של המשיבה ולא את כל הנזקים שנגרמו לקהל הלקוחות, אולם, במקרה חמור כגון דא, שומה על המשיבה כחברה מסחרית מתוקנת המשרתת מיליוני צרכנים, להודיע מיידית לקהל הצרכנים על השיפוי - פיצוי אותו בכוונתו ליתן להם, וכן להציג להם אלטרנטיביות זמניות (כגון הפניית הלקוחות לרכישת כרטיס טלכארט והתחייבות לשיפוי בגין רכישה זו, או מציאת פיתרון זמני אלטרנטיבי בקרב חברות מתחרות של המשיבה).

13. במקרה דנן המשיבה, נמנע מלהודיע לאלתר על כך שלא יחייב את קהל לקוחותיה, עבור שירות שלא ניתן, או לחילופין, יקוז בעתיד את הסכום

הנדרש מחשבונם ו/או יזכה את הלקוחות בחלק היחסי של התשלומים הקבועים בעת אי מתן השירות.

14. התנהלות המשיבה, אשר ניסתה בראיונות השונים בתקשורת לערפל את היקף הנזק מבחינת כמות הלקוחות שנפגעו וכן מבחינת משך הזמן שנפגעו לקוחות אלה, יש בה כדי להצביע על כך שהמשיבה כבר החלה להכין לעצמה את הדרך למזער ככל שניתן את הפיצוי והשיפוי שיינתן ללקוחות בגין התקלה החמורה הנ"ל.

15. למותר לציין, כי שאלה נוקבת הינה מדוע הציגה המשיבה מצג כולל לפיו "עסקים כרגיל" ולא הפיסה לאלתר את לקוחותיה שנפגעו בדבר כוונתו שלא לגבות כספים בגין אותם שירותים שהלקוח אינו יכול לקבל בעטייה של התקלה. כך למעשה, נגבה מחיר מלא בגין שירות בשוק החופשי ומנגד לא ניתן שירות זה.

16. מן המקום לציין, כי בשלב זה לא ידוע מקור התקלה, אולם על המשיבה שהמחזור שלה נמדד בהיקפים של עשרות מיליארדי שקלים חדשים היה אמור להערך מבעוד מועד לתקלה כאמור, ולהכין תשתית של מנגנוני גיבוי ומנגנונים למתן פיתרון מידי לתקלה. לשם כך יש למשיבה תקציב בילתי גדלה הממומן מכספי לקוחותיה.

17. ודוק, המנגנונים הנ"ל לא בוצעו על ידי המשיבה, לא בגלל העובדה שלא ניתן לבצעם או לקיימם אלא בשל כך שהמשיבה ביקשה לחסוך הוצאות אלה לעצמו ובכך להשיא את רווחיה תוך הימור על כך שביום פקודה בו תיקרוס המערכת שלה, כפי שאכן קרסה, לא תהיה לה האפשרות ליתן מענה מידי ללקוחותיה, כנדרש מכל מערכת המשרתת ציבור לקוחות בשירות כה חיוני.

18. יצויין, כי בהתנהלות הנ"ל של המשיבה באי הכנת תשתית למניעת התקלה, וכן למתן מענה לתקלה זו, יש רשלנות רבתי, במקרה הטוב, שלא לדבר על אחריות כבדה מכך, במידה שיתברר שהדבר נעשה מתוך מודעות של המשיבה על נטילת הסיכון "המחושב" הנ"ל על גבם של לקוחותיה.

19. יושת לב לכך, כי גם אם ישנה תקלה, הלקוחות לא אשמים, וזכאים למענה חלופי מידי ולא רק לקבלת "תרופות הרגעה" בצורת סיסמאות הנזרקות לחלל האוויר על ידי המשיבה ומנהליו.

20. במקרה דנן כשל המשיבה פעמיים, ראשית לא הכין עצמו מבעוד מועד למנגנון גיבוי, כאמור, ושנית לא פעל למתן פיתרון חלופי אלטרנטיבי, ואף לא גילתה דעתה מפורשות, כי בכוונתה לפצות את לקוחותיה בגין התנהלותה הלקויה הנ"ל.

21. הודעה על הפסקת גבייה או הקפאת גבייה לא יצאה לציבור, ואין לה זכר באותו נוהל קרב לכאורה מסודר של המשיבה. כך המשיבה תמשיך לגבות מחיר מלא משל מערכת עובדת ומתפקדת מצוין, ומנגד לא ניתן על ידה השירות החיוני כל כך ללקוחותיה.

22. כאמור לעיל, המשיבה לא אמרה מילה ו/או חצי מילה כל כוונתה להפסיק לגבות את התשלומים הקבועים בחשבון הלקוחות עבור התקופה בה לא

התאפשר לציבור לקוחותיה לעשות שימוש במכשיר הטלפון על לא עוול בכפו. בכך בעצם ביצעה המשיבה גביית תשלום שלא כדין. למותר לציין, כי מעשים מעין אלה מגבשים עילת תביעה כנגד הנתבע בגין עשיית עושר ולא במשפט, הפרת הסכם וכמובן הפרת חובות אמון של תאגיד ציבורי.

23. המקרה המדובר נוגע לציבור של מעל שלושה מיליון בני אדם שהינם לקוחותיה של המשיבה. אולי דוגמא קיצונית, לקוח שאיבד אימון במשיבה ומבקש לעבור חברה סלולארית בעקבות האירוע האם הוא עדין בנסיבות המקרה עדין צריך להיות כבול להסכם על מגבלות נטישת חברה והעברה למתחרה ואף אמור לשלם על כך קנס.

24. אכן במערכת טכנית עסקינן בה צפויות תקלות, ואומנם תקלות יכולות להתרחש, אולם המשיבה נהנה מהמשך גבייה בלתי חוקית ומהתעשרות על חשבון לקוחותיה עקב תקלה שבאחריותו שבעקבותיה שירות לא ניתן.

25. בשל העובדה שהנוק שנגרם למרבית ציבור הלקוחות אינו בהיקף המצדיק הגשת תביעה רגילה לפיצוי ושיפוי על כל העלויות הכרוכות בתביעה זו, הרי שניכר בעליל כי תובענה ייצוגית היא הדרך הנכונה לנהל תביעה כאמור שתשיב לציבור לקוחות המשיבה את המגיע להם ותפצה אותם ולו במקצת על הנוק הממשי ועוגמת הנפש שנגרמה להם בעטיו של המשיבה, והתנהלותו הלקויה.

הצגת הצדדים

26. המבקש 1 הנו מנוי עסקי של החברה, עורך דין במקצוע, בחשבון הטלפון שלו למעשה משולמים 4 קווי טלפון.

טלפון נייד שמספרו 0522729232 על שמו של המבקש 1. יצוין, כי חלק הארי של החשבון מתייחס לשיחות הרבות והמיסרוניס הרבים בהם עושה המבקש 1 שימוש במסגרת עבודתו השוטפת. עוד יצוין, כי במקרה דנן המבקש 1 הושבת למעשה מכל פעילות, נאלץ לבטל פגישות מבלי שתהיה לו היכולת להודיע על כך, ולמעשה קורקע בביתו במהלך מרבית שעות היום והערב, מבלי שיוכל לנהל את יום עבודתו כרגיל.

טלפון נייד שמספרו 0524267026 בשימוש רעייתו של המבקש 1, גב' איילת אזואלוס.

טלפון נייד שמספרו 0525390180 בשימוש של אביו של המבקש 1, מר שמעון אזואלוס, שהינו בעל תעודת עיוור והטלפון הנייד הינו מכישר חיוני עבורו לקשר עם הסובב אותו.

טלפון נייד שמספרו 05225390181 בשימוש אימו של המבקש 1, שהינה פנסיונרית.

27. בחשבון הטלפון הנייד של המבקש 1 קיים בין היתר מרכיב תשלום קבוע. מרכיב התשלום הקבוע שמשלם המבקש 1 בחודש אוקטובר 2010 היה 824.12 ₪.

- מצורף ומסומן **כנספח 5** חשבונית של המבקש 1.
28. המבקש 2 הינו לקוח פרטי של המשיבה כאשר תחת אותה חשבונית משולמים 4 קווי טלפון נייד שמספרם, 0522519019, 0528699476, 0545579414, 0529526671.
29. בחשבון הטלפון הנייד של המבקש 2 קיים בין היתר מרכיב תשלום קבוע. מרכיב התשלום הקבוע שמשלם המבקש 1 בחודש אוקטובר 2010 היה 81.55 ₪.
- מצורף ומסומן **כנספח 6** חשבונית של המבקש 2.

30. המבקשים עושים שימוש בטלפון הנייד באופן יומיומי וקבוע.
31. המשיבה הנה כאמור חברה בעירבון מוגבל אשר קיבלה את הרישיון מאת משרד התקשורת לספק שירותי רט"ן לתקשורת תאית, לאוכלוסייה במדינת ישראל. המשיבה הנה חלוצת התקשורת הסלולארית בישראל ובעלת ניסיון מצטבר של כשני עשורים בענף.

שוק התקשורת הסלולארית בישראל

32. בשוק הטלפונים הסלולאריים בישראל, פעילות כיום ארבע חברות מפעילות: "פלאפון", סלקום "פרטנר" ו- "מירס" (להלן: "**החברות**"). בשנת 2008 הסתכם מחזור הפעילות של כלל ענף התקשורת הסלולארית ב- 18.5 מיליארד ₪ המהווים 56% מסך הפעילות בשוק התקשורת.
33. שוק הטלפונים בישראל, הפך בשנים האחרונות למציאות הכרחית והטלפון הסלולארי הנו מצרך חיוני כאמצעי תקשורת. בשנת 2008 היו בישראל **9.1 מליון מנויים סלולאריים**. בשנת 2006 היה לכ- 87% מכלל תושבי ישראל טלפון סלולארי אחד ולכ- 62% היו שני מכשירים לפחות. בשנת 2007 הייתה ההוצאה החודשית הממוצעת על שרותי טלפוניה ניידת כ- 323 ₪ המהווים כ- 70% מסך ההוצאה המשפחתית על שרותי דואר ותקשורת.
34. יועצי משרד התקשורת הצביעו על כשלים בשוק התקשורת הסלולארית, הראשון מבנה שוק ריכוזי ומספר שחקנים קטן, כאשר הפתרון שהוצע היה חיזוק חברת מירס, המפעילה החלשה ביותר, וכן צירוף מפעיל סלולארי חדש.
35. כשל נוסף הנו חוסר שקיפות. קיומם של פערי מידע בין הצרכנים לחברות הסלולאריות בכל הקשור למאפייני השימוש של המנויים, מונעת את צמצום עלויות החיפוש של הצרכן והבנה של מגוון התוכניות והאפשרויות העומדות בפניו.
36. שני חסמים נוספים אשר הוגדרו על ידי יועצי משרד התקשורת, הנם **תקופת התחייבות ארוכה וכן קנסות מעבר בין מפעילים**.

37. הראשון, היה בעבר חסם מרכזי בפני צרכן המבקש להחליף מפעיל. תקופת ההתחייבות עמדה על תקופה בת שלוש שנים (36 חודשים), אולם החל מחדש אפריל 2008, התקופה קוצרה לסך של שנה וחצי (18 חודש).
38. החסם השני הנה העובדה כי בחלק מהמקרים, מוטלים קנסות על לקוחות המבקש לעבור באמצע התקופה למפעיל אחר.
39. כל אלו חשובים להבנה כרקע על יכולת ההתנהלות של המבקשים ושאר חברי הקבוצה אל מול המשיבה.
40. מן המקום להדגיש, כי סוגיית היערכות מפעיל התקשורת למקרים של תקלה והקמת מנגנוני גיבוי הכרחיים למניעת הפסקת שירות מוחלטת ומאסיבית למילוני לקוחות, הינה סוגייה המוצנעת על ידי המשיבה, ולא בכדי, שהרי המשיבה חוסכת לעצמה עשרות מיליוני שקלים חדשים בכך שאינה פועלת למתן מערכת גיבוי אמור.
41. ודוק, מבחינה טכנולוגית הכול אפשרי וניתן לקיים מערכת גיבוי כזו ללא כל ספק, אולם הדבר כרוך בעלויות רבות אותן ניסתה המשיבה לחסוך לעצמה תוך נטילת הימור מסוכן ביותר "על גבם" של לקוחותיה, אשר "ביום פקודה" ניצבו מול שוקת שבורה ומהלך חייהם בעשור הראשון של שנות האלפיים שובש חמורות ליום פעילות אחד לכל הפחות.

עילות התביעה

עילה ראשונה – המשך גביית תשלומים קבועים שלא כדין

42. העילה הראשונה הינה המשך גבייה תשלומים קבועים שלא כדין, שכן החלטת הנתבע של ליתן כל הודעה בעניין זה, יש בה משום הצהרת כוונות על כך שבכוונתו להמשיך לגבות עמלות ותשלומים על תקופה שלא ניתן השירות וזאת בגלל מחדלו ו/או רשלנותו של המשיבה.

עילה שנייה – עשיית עושר ולא במשפט

43. העילה השנייה הינה עשיית עושר ולא במשפט, לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט. הנתבע משלשל לכיסו את תשלום עבור הוצאות קבועות עבור שעות וימים בהם פעילותו משותקת ומושבתת ובכך מדובר על עשיית עושר ולא במשפט ומחייבות השבה לפי ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט הקובע כי: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת שבאו לו מאדם אחר חייב להשיב למזכה את הזכייה".

44. 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 (המזוכה), חייב להשיב למזוכה את הזכייה.

45. סעיף 1 לחוק עשיית עושר קובע:

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

46. סעיף 2 לחוק עשיית עושר קובע:

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

47. 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 המזוכה; ההתעשרות נתקבלה על-ידי הזוכה **"שלא על פי זכות שבדין"**. (ראה רע"א 502/04 Buffalo Boots GmbH נ' גלי – רשת חנויות נעליים, גלי שלום נח(5) 487).

48. 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 כב' 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 כב' השופטת נתניהו בע"א 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"**.**

49. 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 המזוכה או על חשבון המזוכה (קשר סיבתי); (ג) התעשרות הזוכה נעשתה **"שלא על פי זכות שבדין"** (יסוד נורמטיבי) (ראה: ד"נ 20/82 הנ"ל, בעמ' 275, רע"א 5768/94 הנ"ל בעמ' 358-362).

50. 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 כב' 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 כב' השופט מ' חשין ברע"א 5768/94 הנ"ל, בעמ' 360-361). 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 כב' הנשיא א' ברק ברע"א 5768/94 הנ"ל בעניין א.ש.ג.ר, בעמ' 465, ודברי כב' הנשיא מ' שמגר ברע"א 371/89 הנ"ל, בעמ' 323). כפי שהבהיר כב' הנשיא א' ברק בעניין א.ש.ג.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"**.

51. כפי שהסביר כב' הנשיא א' ברק בד"נ 20/82 הנ"ל בעניין אדרס בעמ' 273: **"לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי קובע אילו הן נסיבות המחייבות חשבה 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.ג.ר, 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"**. 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 המבקש, את אופי הפגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח".

52. 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"**.

53. 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 והטעייה

54. העילה השלישית הינה עילה חוזית ובתוכה הפרת הסכם והטעייה לפי חוק החוזים ולפי חוק החוזים תרופות. עילה זו באה לידי ביטוי בכך שהמשיבה יצרה כלפי לקוחותיה מצג שווא לפיו הם משלמים בגין שירות שיינתן להם ללא רבב, ולא כך הדבר בפועל. המשיבה אף הפרה את התחייבותה החוזית הנובעת מהמצג הנ"ל ליצור מנגנוני גיבוי שימנעו תקלה כאמור ושליטת השירות מציבור לקוחותיה.

55. לא זו אף זו, המשיבה כשל כלפי בכך שהינו הודיעה והתחייבה מפורשות על הפסקת גביית תשלומים קבועים שכעת לא ניתן לעשות בהם שימוש.

56. במקרה דנן קצרה ידה של המשיבה לאפשר ללקוחותיה לעשות שימוש בטלפון הנייד, כך שאל לה לגבות את המרכיב הכי פשוט והכי ברור שכעת הלקוח לא יכול לצרוך אותו.

57. יתירה מכך, אף אם תטען המשיבה, כי לא קיימת עליה אחריות במקרה של קריסת מערכות טענה הנדחית על ידי המבקשים, מכל וכל, הרי שבכך שהמשיבה התמקדה אך ורק בפתרון בעיית הקריסה בדיעבד, ולא נקטה במהלך אחד על מנת למנוע אותו ובהמשך לכך, לא טרחה להתחייב מפורשות ולהבהיר את עניין אי גביית הכספים לתשלומים הקבועים נשוא ההליך דנא.

58. מבדיקה של החוזה האחיד שנחתם עם המבקשים בעת רכישת המשכיר המשיבה לא התייחסה לאפשרות של קריסת מערכות הטלפון לשעות וימים.

העילה הרביעית רשלנות

59. העילה הרביעית הינה רשלנות לפי סעיפים 35-36 לפקודת הנוזיקין, וזאת בכך שהמשיבה לא נקטה 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. בהתנהלותה זו נטלה המשיבה הימור מסוכן ביותר על מנת לחסוך לעצמה עלויות רבות, הימור שלמרבה הצער הביא לפגיעה חמורה בלקוחותיה.

העילה החמישית – הפרת חובה חקוקה

60. העילה החמישית הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנוזיקין.

61. סעיף 63 לפקודת הנזיקין (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".

62. מקור האחריות הנזיקית בעוולת הפרת חובה חקוקה הוא בפקודת הנזיקין [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 הנזוק ואם אין בה משום שלילת התרופה הנזיקית.

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

" חמישה הם יסודותיה של העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה:
א. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק ב. החיקוק נועד לטובתו של הנזוק ג. המזיק הפרה את החובה המוטלת עליו ד. ההפרה גרמה לניזוק נזק ה. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק"

64. בעניין ועקנין, בית המשפט העליון עמד על היחס בין עוולת הרשלנות לעוולת הפרת חובה חקוקה:

"חרף השוני בין שתי העוולות, קיים ביניהן דמיון רב. ראשית, מבחינה סטרוקטוראלית יש קרבה רבה בין העוולות. הפרת חובה חקוקה ורשלנות הן העוולות היחידות בפקודת הנזיקין, 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 עוולות מסגרת, דהיינו, עוולות אשר מרכז הכובד שבהן אינו בקיום יסודות-שבעובדה פלוניים שהמחוקק קבעם מלכתחילה על ספר, אלא... בתפישה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין (י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין, האוניברסיטה העברית, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז בעמ' 86). נמצא, כי בשתי העוולות גם יחד תוכן האחריות והיקפה נקבעו, בסופו של דבר, על-פי עקרונות של מדיניות משפטית." (ההדגשות שלי- ע.ב.)."

65. המקרה אשר מונח בפני בית המשפט, עונה על כל יסודות העוולה בדבר הפרת חובה תקוקה. המשיבה הפרה את חובתה על פי חיקוק לתקופת התחייבות שאינה עולה על 18 חודש. כאשר ההפרה גרמה לתובע נזק בדמות חסימת יציאתו לאחר 18 חודשים ולמעשה כפיה של השארות במסגרת המשיבה ל- 18 חודשים נוספים.

66. המשיבה התרשלה בכך שקרתה התקלה ולא עשתה די למנוע אותה, ומשארעה היא לא עשתה די על מנת ליתן מענה מיידי שיפתור אותה לאלתר אלא השאירה מליוני לקוחות נטולי שירות באופן מוחלט וגורף.

תנאי מגביל ומקפח בחוזה אחיד

67. המבקשים יוסיפו ויטענו, כי ההסכם שנחתם מולם הינו חוזה אחיד כהגדרתו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג- 1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"), בעל תניות מקפחות ועל כן בטלות.

סעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג- 1982 מגדיר מהו חוזה אחיד וקובע, כדלקמן:

"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרים או בזהותם".

68. סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מגדיר תנאי מקפח, כתנאי שיש בו קיפוח לקוחות או יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות. הסעיף מקנה את הסמכות לבית המשפט לבטל או לשנת תנאי מקפח בחוזה אחיד.

69. בחוזה אחיד חייב הספק לכלול גילוי נאות של התנאים. גילוי נאות פירושו הדגשת עניינים מיוחדים המשולבים בחוזה לרבות תנאי פטור או העדר כיסוי ביטוחי.

70. לעניין זה נאמר בספר, חוזים אחידים, נבו הוצאה לאור 1994, עמ' 57:

"נודעת חשיבות לכך שהלקוח היה ער לנושאים עובדתיים מסוימים לאפשרויות השונות הכרוכות בהם או להימצאותם של תנאים מסוימים מיוחדים. הגילוי הנאות משתייך לאותם נושאים שהמחוקק מייחס להם בתחומים מסוימים חשיבות כה רבה עד שהוא קובע לגביהם הוראות בחקיקה..."

71. חובת הגילוי הנאות משמעה, לעניין זה, הסבת תשומת לבו של הלקוח באופן מיוחד לאותם עניינים, יוצאי דופן המשולבים בחוזה.

72. המחברות מביאות דוגמה שתנאי אשר לא היה מקפח בנסיבות העניין, אולם יצר סיכון מיוחד עבור הלקוח, למרות שהוסדר בנספח מיוחד, היה צורך לשלבו גם בחלק המרכזי של החוזה בצורה מודגשת. (ראה: ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ, **חוזים אחידים**, נבו הוצאה לאור 1994, עמ' 57, 58).

73. במקרה זה לא הובאה בפני הלקוחות של המשיבה העובדה שימשיכו לשלם על התשלומים הקבועים במקרה של אי הספקת המוצר, במקרה של קריסת המערכת.

74. כמו כן לא הובאה לידי המבקשים העובדה הפשוטה כי אין ביטוח למשיבה לאובדן הכנסותיה ולפיצוי למבוטחים במקרה מסוג זה.

הרישיון - הסכם לטובת צד ג'

75. הרישיון שניתן למשיבה הנו הסכם לטובת צד ג', קרי הלקוח ולכן הוא מקנה לתובע הייצוגי ולקבוצה אותה הוא מייצג, זכות עמידה ועילת תביעה ישירה נגד המשיבה.

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

"חייב 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".

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

הפרת חוק הגנת הצרכן

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

79. המבקשים יטענו כי המשיבה הפרה את סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, המשיבה הטעתה את קהל לקוחותיה.

80. המבקשים יטענו כי הם וחברי הקבוצה מהווים צרכן כהגדתו בחוק הגנת הצרכן וכי המשיבה הינה עוסקת וכי התנהגות המשיבה מהווה ניצול מצוקת הצרכן כהגדרתה בסעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן.

81. 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, בוודותו, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכול כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים, או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת".

82. בפנינו מקרה בו המשיבה הטעתה את המבקשים וכל אחד ואחד מתכרי הקבוצה בכך שהציגו מצג כי פועלים על פי הוראות החיקוק השונים.

83. המבקשים 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.

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

85. כמו כן המבקשים טוענים כי לרשימת העילות ותתווסף כל עילה אשר עולה מהבקשה ומכתב התביעה או כל עילה אשר כבוד בית המשפט ימצא לנכון להוסיף לפי סמכויותיו לסעיף 13 לחוק התובענות.

הגדרת הקבוצה וסכום התביעה הייצוגית

86. בית-המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את קבוצת האנשים שבשמה הוגשה הבקשה, כדלהלן: **"כל לקוחותיה של המשיבה"**

87. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן פיצוי בגין **"נזק ממשי שנגרם ללקוח עקב אי מתן שירות, רשלנות, וחוסר דאיות, על כל עוגמת הנפש ושיבוש מהלכי החיים הכרוכים בכך"**, פיצוי על עצם העבודה הפשוטה שאדם רכש טלפון וכעת לא יכול לעשות בו כל שימוש.

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

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

90. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן פיצוי ושיפוי על נזק ללקוחות המשיבה ששהו בחו"ל ורכשו חבילות סלקום חו"ל ולא יכלו לעשות שימוש בחבילות הללו.

91. לצורך אומדנה בלבד, סכום התביעה הייצוגית (המשוער), מוערך בסך מינימאלי של כ **60,768,000** ₪, וזאת לאור הערכה לא סופית, כדלקמן:

3,376,000 ₪ לקוחות של המשיבה (ע"פ דוחות הכספיים של המשיבה) וגבייה שלא כדין לכל אחד ואחד מלקוחות החברה הינו ממוצע של חי ₪ (18) סה"כ שישים מיליון ושבע מאות ושישים ושמונה ₪ אלף.

התביעה האישית ראויה להתברר כתובענה ייצוגיות

92. בהתאם לסעיפים 3(א) ו- 4 לחוק תובענות ייצוגיות, אדם שיש לו עילת תביעה לגבייה 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.

93. ביסוד התביעה האישית שהגישו המבקשים כנגד המשיבה עומדת, כאמור, עילת תביעה עיקרית: עילת עשיית עושר שלא במשפט וכנגזרת לה קמות עילות נוספות ואחרות.

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

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

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

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

98. 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 המבקשת וחברי הקבוצה שלא כדין – הינה שאלה המשותפת 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.
 להלכה ולמעשה, המשיבה עצמה, במעשיה ובמחוללה המתוארים, היא שהביאה לכך שהקבוצה תהיה הומוגנית, לגבי כל יסודות התביעה, בסופו של יום ;

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

100. 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 המבקשים כנגד המשיבה מבוססת על ראיות מוצקות.

(2) עילת התביעה כנגד המשיבה הינה ברורה ופשוטה למדי, והיא זהה לגבי המבקש 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.

101. תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (כנדרש בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות 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 הפרה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה ;

(3) זהותם של חברי הקבוצה אינה ידועה למבקש 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 הפרטנית 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;

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

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

(1) התביעה האישית שהגישו המבקשים כנגד המשיבה מנוסחת בצורה נהירה וברורה ומבוססת על עילת תביעה מצוינת.

(2) בנסיבות אלו התביעה האישית עשויה להביא תועלת רבה לכלל חברי הקבוצה (שייתכן שלחלק ממנה כלל אין האמצעים או המשאבים הנדרשים לצורך עמידה על זכויותיהם).

(3) המבקשים נכונים, מעוניינים ומסוגלים להשקיע מרצם ומכספם בכדי לייצג את עניינם של כלל חברי הקבוצה בצורה נאמנה;

(4) במקרה דנן אין כל ניגוד עניינים בין האינטרסים של המבקשים לבין האינטרסים של כלל חברי הקבוצה;

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 המבקש ובאי-כוחה, החתומים מטה.

103. למען הגילוי הנאות יצוין, כי המבקש 1 פנה טלפונית למשיבה לברר על מדיניות הפסקת הגבייה ו/או הפיצוי אך נענה בתשובה כללית ולא מתחייבת שאין בה משום מענה מוחלט וחד משמעי. יחד עם זאת, על-פי ההלכה הפסוקה ופסיקתו של בית-משפט נכבד זה אין על המבקש כל חובה לעשות כן, וממילא אין בעובדה זו, כשלעצמה, בכדי לכרסם בתום ליבו של המבקש בהגשת בקשה זו.

104. 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 והבקשה הוגשו לבית המשפט בלא שקדמה לכך פניה מוקדמת למשיבה, אין כדי "חוסר תום לב" לענייננו. בפסיקה שקדמה לחוק תובענות ייצוגיות לא נקבעה הלכה מחייבת בעניין זה, ובתי המשפט בערכאות הדיוניות נתנו החלטות סותרות אלו 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. דבר גם מנוגד למטרתו של החוק (כאמור בסעיף 1 לחוק)".

ובהמשך:

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

105. הנה כי כן, המבקש עומד בכל התנאים שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות ומשכך מן הדין לאשר את התביעה האישית שהגיש המבקש כתביעה ייצוגית.

המבוקש וסיכום

הסעדים המבוקשים

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

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

108. סעד הצהרתי - בית המשפט הנכבד, יתבקש להצהיר כי המשיבה מתעשרת שלא כדין על גב לקוחותיה שלה.

109. צו עשה בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו עשה המחייב את המשיבה שלא לחייב את התשלומים הקבועים לכל קהל לקוחותיה באותן שעות ואו ימים שלא התאפשר הספקת שירות המלא שהלקוח יוכל לדבר בטלפון. לשם כך אף יתבקש כב' בית המשפט לחייב את המשיבה ליתן דוח מפורט ביחס להיקף הלקוחות שנמגעו מהתקלה ולהיף הזמן בו אירעה תקלה זו בפועל.

110. סעד כספי - בית המשפט יתבקש לפצות את המבקשים על ידי המשיבה, בסכום השווה ל- 50 נ"ש, סכום ממוצע של 18 נ"ש ללקוח כהחזר על גבייה שלא כדין. מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את שיעור הפיצוי עבור כל לקוח ולקוח לפי סוג הלקוח, לקוח פרטי ולקוח עסקי בעקבות התקלה.

111. 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 תובענות ייצוגיות.

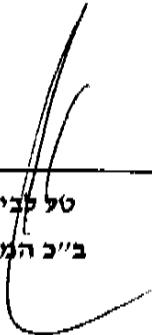
סיכום

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

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

114. לפסוק כל סעד ו/או פיצוי אחר, כפי שיימצא לנכון בית המשפט הנכבד, בנסיבות העניין, ולחייב את המשיבה, בקיום סעדים אלה.

115. לחייב את המשיבה, בתשלום הוצאות משפט, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.



טל לביא, עו"ד
ב"כ המבקשים