

התובעת :

מאיה אופק, ת.ז. 028757714

מרח' לוי קיפניס 1, תל אביב

ע"י ב"כ עוה"ד יצחק אבירם (16689) ואח'
מבית עוז, רח' אבא הלל סילבר 14 רמת גן 52506
טל': 03-6110505 פקס: 03-7522095

- נ ג ד -

הנתבעת :

די.בי.אס שירותי לווין (1999) בע"מ [YES]

רח' היוזמה 6, א.ת. כפר סבא 44425

טל' 09-7616666 פקס 09-7616665

מהות התביעה כייצוגית: נזיקית, הפרת חוזה, עשיית עושר, עוולות צרכניות

הסעד המבוקש: השבה או פיצויים

סכום התביעה כייצוגית: 62,500,000 ש"ח

כ ת ב ת ב י ע ה
בתובענה ייצוגית

התובעת מתכבדת להגיש כתב תביעה ובצמוד לו בקשה לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן, "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק").

התובעת תהיה מיוצגת לצורך תביעה זו ע"י עו"ד יצחק אבירם ועו"ד נועם שכנר, שמשרדם בדרך אבא הלל סילבר 14 רמת גן, ישמש מען למסירת כתבי בית-דין.

הדיון מתמקד בתקלות ובהפסקות השידור התדירות בשירותי הטלוויזיה הרב-ערוצית שאמורה הנתבעת (להלן גם "YES") לספק.

לתביעה מצורפים מוצגים המסומנים באותיות.

ההדגשות בציטוטים השונים המופיעים בבקשה הוספו כולן, אלא אם נאמר אחרת.

תוכן עניינים

3 חלק א - מבוא
3 חלק ב' - הרקע העובדתי
3 1ב - אודות YES
4 2ב - אודות התובעת ואודות השיבושים בשידורים
5 3ב - ההודעות לציבור מטעם YES בעניין התקלות בכלל הארץ
7 4ב - הסכם המנוי של YES
8 חלק ג' - המסגרת המשפטית ועילות התביעה
9 1ג - תמצית עילות התביעה
10 2ג - הפרת חוזה
11 3ג - הפרת הוראות לפי חוק המכר
11 4ג - הפרת החובות לפי הרשיון
12 5ג - עשיית עושר ולא במשפט
12 6ג - עוולת הגזל
12 7ג - הקשר הסיבתי
12 חלק ד' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית
13 1ד - הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק
13 1ד(א) - מהו הנטל המוטל על התובע
13 1ד(ב) - קיומה של קבוצה
14 1ד(ג) - הערכת הנזק למבקשת ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה
14 2ד - התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית
15 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט
15 (א) השאלות המשותפות
15 (ב) סוגיית זהות הנזק
16 (ג) אין צורך להידרש לנסיבות הפרטניות של כל הסכם
16 2 - תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה
17 3 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת
17 4 - יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב
17 3ד - לסיכום עניין אישור התובענה כייצוגית
18 חלק ה' - סעדים וסיכום

חלק א - מבוא

1. התובענה עוסקת בחובתה של הנתבעת לזכות את לקוחותיה בגין תשלום דמי מנוי ששילמו עבור חודש שידורים רצוף תקלות והפסקות בשירותי הטלויזיה הרב-ערוצית שאמורה הנתבעת לספק. מאז ראשית חודש ספטמבר 2007, ובמשך מספר השבועות שחלפו מאז, ועד וכולל מועד הגשת תביעה זו, סובלים מאות-אלפים ממנוי YES מתקלות חוזרות ונשנות ואינם יכולים לצפות בשידורי הטלויזיה באופן רציף. מסתורין אופף את הסיבות או הגורמים לתקלות, ובתקשורת נרמזים רמזים כאלו ואחרים על ספינות ביון עלומות לאום המשבשות את הקליטה, תקלות מסוגים שונים, אחריות גורמי צבא וכיובי תרחישים מתרחשים שונים. כל אלו, כמובן, אינם מעניינם את הלקוחות, אשר משלמים כסף טוב עבור שירות שאינם מקבלים. הלקוחות אינם מקבלים את השירות לו התחייבה YES, והם אינם מקבלים את השירות עבורו הם משלמים. ולכן, אין זה מעניינם אם מקור השיבושים הוא בספינת ביון גרמנית המשייטת מול חופי לבנון, או כל גורם אחר.
2. תובענה זו נועדה להביא להשבת חלק מדמי המנוי ששולמו ללקוחות הנתבעת.
3. יודגש כאן: אין, בנסיבות אלו, ומתוך אמונה כי YES אכן מבקשת לפתור את הבעיות בשידורים, תלונה כנגד הנתבעת כגורמת לתקלות עצמן. אך אין גם הסכמה כי YES תמשיך ותגבה את מלוא דמי המנוי כל עוד השיבושים נמשכים. גם אין הסכמה כי YES תמשיך לאחוז בכספי דמי המנוי החדשיים של הלקוחות ולא תזכה את הלקוחות בגין שירות שלא קיבלו.
4. יש לקוות כי הגשת התובענה תדרבן את YES למצוא פתרון לבעיה, שהרי הפיצוי שזכאים לו הלקוחות הולך ותופח ככל שימי התקלה נמשכים. ואם אין YES יכולה למצוא פתרון לבעיה, תתכבד ותכריז על הפסקה מוחלטת של גביית תשלומים מן הלקוחות, כל עוד לא איתרה את שורש הבעיה ומצאה פתרון.
5. התובעת האמינה כי YES תפעל באופן מיידי ותזכה את המנויים כבר בחיוב חודש ספטמבר. חמור מכך, ס' 12.7.4 לרשיון של YES קובע כי "זיכוי המנוי בהחזר כספי יבוצע בחשבון החיוב הקרוב מיד לאחר שהתבררה זכותו להחזר". YES לא עשתה כן, ולכן מוגשת תביעה זו.

חלק ב' - הרקע העובדתי

ב1 - אודות YES

6. די.בי.אס שירותי לוויין (1999) בע"מ, המוכרת ברבים ומציגה עצמה בשם YES הינה חברת בת של בזק, המספקת שירות של שידורי טלוויזיה רב-ערוציים למנויים באמצעות לוויין. YES נוסדה ביום 2.12.98 והיא מספקת את השירות החל מחודש יולי 2000. אתר האינטרנט של YES מלמד כי -

"yes היא החברה היחידה בארץ המספקת שידורי טלוויזיה רב-ערוציים למנויים באמצעות לוויין והיא גם החברה הראשונה שסיפקה שידורים דיגיטאליים ושירותי טלוויזיה אינטראקטיביים. מאז הקמתה צברה החברה מעל 530 אלף לקוחות, המהווים למעלה מ-37% משוק הטלוויזיה הרב ערוצית בכלל (כולל לקוחות אנלוגיים של חברות הכבלים) וכ-44% מסך הלקוחות הדיגיטאליים של השוק"

נספח 1 < מצ"ב תדפיס מאתר האינטרנט של YES

7. עוד מספרת YES כי "היקף פעילותה השנתית של החברה ב-2005 עמד על 1.2 מיליארד ש"ח".

8. מאחר ש YES הינה חברת בת של בזק, מאוחדים הדוחות הכספיים שלה עם דוחות בזק. מהדו"ח השנתי של בזק לשנת 2006 עולים הפרטים הבאים בנוגע לשירותים של YES:

"שידורי די.בי.אס. כוללים מגוון רחב של ערוצים: כ- 157 ערוצי וידאו שונים (מתוכם כ- 30 ערוצי וידאו לצפייה לפי תשלום), ובנוסף כ- 20 ערוצי רדיו, כ- 30 ערוצי מוסיקה, וכן כ- 21 ערוצי מידע (לרבות פורטלים) ושירותים אינטראקטיביים. השידורים כוללים חבילת בסיס שאותה נדרש לרכוש כל מנוי וכן ערוצים נוספים על פי בחירת המנוי, בין כתבילה ובין כערוץ בדיד, לפי מסלולים שמגדירה די.בי.אס. מעת לעת, באישור המועצה ובהתאם לתנאי רישיון השידורים. חבילות הערוצים העיקריות המשוקקות על ידי די.בי.אס. מעבר לחבילת הבסיס הינן חבילת הסרטים, חבילת הבידור, חבילת הילדים, חבילת המוסיקה, חבילת הספורט וחבילת המדע והטבע. חבילות ערוצים אלו פונות לקהלי יעד שונים בהתאם להרגלי הצפייה שלהם והעדפותיהם".

נספח 2 < מצ"ב תדפיס העמודים הרלוונטיים מן הדו"ח השנתי של בזק לשנת 2006

9. מהדוחות השנתיים של בזק עולה כי YES **מרוויחה הון עתק**. מדו"ח 2006 עולה כי בשנים 2005-2006 הרוויחה YES מאספקת שירותיה את הסכומים הבאים (ר' עמ' 105 לדו"ח 2006):

בשנת 2005 – הכנסות בהיקף 1,222 מיליוני ש"ח, ורווח גולמי בסך 150 מיליון ש"ח.

בשנת 2006 – הכנסות בהיקף 1,356 מיליוני ש"ח, ורווח גולמי בסך 216 מיליון ש"ח.

ב2 - אודות התובעת ואודות השיבושים בשידורים

10. התובעת, תושבת תל אביב ומנויה של YES. התובעת משלמת דמי מנוי חודשיים בסך כ- 250 ש"ח.
11. מאז אמצע חודש ספטמבר לערך, נמנעת מהתובעת צפייה סדירה בשידורי הטלוויזיה. התובעת חווה הפרעות בשידורים, גם בשמע וגם במראה:
 - א. מבחינת השמע - לעיתים הקול נקטע, לעיתים ישנם רעשי רקע החוזרים כל מספר דקות.
 - ב. מבחינת המראה - לעיתים התמונה קופאת, לעיתים התמונה מופיעה כשהיא מעוותת. לעיתים יש ריצודים בתמונה, לעיתים המסך מחשיך.
12. התובעת חווה את התקלות בעיקר בשעות הערב, בכל ערוצי הטלוויזיה בהם ניסתה לצפות.
13. משיחות עם בני משפחה, ידידים ומכרים, עולה כי מדובר בתופעה רחבת היקף אותה חווים רבים מאוד ממנוי YES. מחדשות ומתחקירים בעניין עולה כי מדובר בעניין רחב היקף המקיף את רוב הציבור בישראל וכי אין התקלות יחודיות למבקשת.
14. סיכומו של דבר - מדובר במגוון של תקלות, החוזרות ונשנות, אשר אינן מאפשרות לצפות בשידורי הטלוויזיה באופן רציף. השיבושים הקשים בשידורים מתקיימים גם בערוצים בחבילת הבסיס, כגון ערוץ 2 וערוץ 10, וגם בערוצים שבחבילת התוכן.
15. יצוין כי בליל 1/10/2007 הגיעו השיבושים לשיא (שלילי). התובעת לא הצליחה לצפות במהדורת החדשות של ערוץ 10, משום שהשידור קפא ונתקע ללא הרף. השידור היה רצוף בעיות שמע קשות ובלתי ניתן לצפייה. ניתוק הממיר וחיבורו לחשמל לא הואיל והדבר נבדק שוב ושוב.
16. התובעת פנתה לאמה המתגוררת בתל אביב ונמסר לה כי גם אצלה תקלות ושיבושים. התובעת פנתה גם לאחיה המתגורר בהרצליה בעניין זה, ונמסר לה כי גם אצלו הבעיה קיימת בחומרה רבה. אחיה של התובעת ניסה אף הוא במשך כשלוש שעות לנתק את הממיר בביתו ולחברו לחשמל שובו

שוב, אולם הבעיה לא נפתרה. לאחיה של התובעת ממיר מסוג YES MAX באמצעותו הוא הקליט את השידור המשובש. ההקלטה תוצג לבית המשפט הנכבד בעת דיון ההוכחות.

17. עוד יצוין כי בעקבות השיבושים הקשים ניסתה התובעת להשיג את מוקד שירות הלקוחות אך הדבר היה ללא הואיל. גם אחיה של התובעת ניסה להשיג את שירות הלקוחות של YES אך ללא הצלחה. מענה אוטומטי השיב כי "המוקד עמוס וניתן לפנות במועד מאוחר יותר", והשיחה התנתקה.

18. כאמור התובעת משלמת את מלוא דמי המנוי הנגבים אוטומטית מחשבונה.

19. הנתבעת חייבה את התובעת בדמי המנוי החודשיים עבור חודש ספטמבר, במלואם, ללא כל זיכוי בגין ימי השידור בהם ארעו שיבושים ותקלות.

20. בתביעה זו עותרת התובעת כי YES תשיב לה את דמי המנוי בגין מחצית מחודש ספטמבר, בהם לא היו שידורים רציפים ובהם היו תקלות חוזרות ונשנות. מן הסתם, שלאור העובדה כי גם בעת כתיבת בקשה זו התקלה נמשכת ואין פתרון באופן, נדרשת הנתבעת להשיב למבקשת את דמי המנוי בגין כל יום בעתיד בו ממשיכה התקלה ומתרחשת.

21. סך נזקי התובעת מוערכים לעת הגשת התובענה בסך ממוצע של מחצית דמי המנוי החודשיים, ובסה"כ: 125 ש"ח.

22. על הנתבעת לפצות את התובעת ולהשיב לה את דמי המנוי ששילמה בגין תקופה רצופת הפסקות ותקלות בשידור. בנוסף טוענת התובעת כי על הנתבעת לזכות את כלל לקוחותיה.

3ב - ההודעות לציבור מטעם YES בעניין התקלות בכלל הארץ

23. במקביל לתקלות שבשידורים בבית התובעת, התברר למבקשת מקריאה בעיתונים ובאינטרנט כי עשרות אלפי לקוחות אחרים ברחבי הארץ סובלים מאותם שיבושים או שיבושים דומים.

24. התובעת עקבה אחר הפרסומים והבחינה כי מאז שהחלו התקלות בציבור, הודתה הנתבעת בעצם קיומן של התקלות, ומסרה הסברים עמומים לטיבם ולצפי הפתרון. הדברים ייסקרו להלן תוך שידגש כי המקורות המובאים לעיל בחלקם, נסקרו רק בדיעבד, אך אין כמוכן כל השלכה לדבר זה על עצם העובדה כי קיימת תקלה, אין לה הסבר, ופתרון לא נראה באופן, תרתי משמע.

25. "ההפרעות נגרמות עקב מקור חיצוני": ביום 18-09-2007 נתפרסמה בפורטל MSN ידיעה בעניין השיבושים והתקלות שכותרתה "שידורי YES בצפון משובשים בגלל צה"ל?", וכאן מסרה הנתבעת את התגובה הבאה:

"אנו מצרים על הפרעות השידור בצפון. ההפרעות נגרמות עקב מקור חיצוני, אנו עושים את כל המאמצים על מנת לפתור בעיה זו במהירות המרבית".

מפרסום זה עולה שנציגי השירות של YES מסרו ללקוחות כי מקור התקלה בהגברת עוצמת המשדרים של צה"ל.

נספח 3 < מצ"ב תדפיס הפרסום בפורטל MSN מיום 18-09-07

26. "הפרעות אלקטרומגנטיות שאינן קשורות לחברה": ביום 18-09-2007 נתפרסמה ב-YNET כתבה בכותרת "תקלה רחבת היקף ללקוחות YES בכל הארץ". כאן מסרה הנתבעת את התגובה הבאה:

"בשל הפרעות אלקטרומגנטיות שאינן קשורות לחברה, חוו לקוחות באזור הצפון תקלות בקליטת השידורים. החברה פעלה לאיתור מקור התקלה ופתרונה ומתנצלת על קיומה".

מפרסום זה עולה שנציגי השירות של YES מסרו ללקוחות כי מקור התקלה בצה"ל, וכי ללקוחות הובטח זיכוי.

נספח 4 < מצ"ב תדפיס הפרסום בפורטל YNET מיום 18-09-07

27. הסבר דומה פורסם גם בפורטל TheMarker ביום 20-09-2007.

נספח 5 < מצ"ב תדפיס הפרסום בפורטל TheMarker מיום 20-09-07

28. "צוות משותף של YES ומשרד הביטחון פועל ברגעים אלו על מנת לפתור את הבעיה":

ביום 19-09-2007 נתפרסמה בפורטל YNET כתבה בכותרת "לקוחות YES זועמים: אין מענה במוקד השירות". כאן מסרה הנתבעת את התגובה הבאה:

"אנו מצרים על העומס במוקדי השירות. אנו מבקשים מלקוחות הפונים בעקבות התקלה הכללית שהחלה בצפון להמתין בבקשה עם פנייתם, שכן צוות משותף של yes ומשרד הביטחון פועל ברגעים אלו על מנת לפתור את הבעיה ובכך נוכל העניק שירות ללקוחות הזקוקים לטיפול נקודתי אחר".

מן הפרסום עולה עוד כי YES פרסמה הודעה בתא ההודעות שבממיר, אשר הועלתה ביום 19-09-07 גם באתר השירות של החברה באינטרנט בה מתנצלת החברה על אי הנוחות, כדלקמן:

"התקלות נובעות מהפרעות בתדרי תקשורת שאינן תלויות בנו, וייתכן כי נובעות מהארועים הבטחוניים האחרונים. חברת yes פועלת יחד עם גורמי הצבא ועושה את מירב המאמצים כדי להביא לפתרון התקלה בהקדם".

נספח 6 < מצ"ב תדפיס הפרסום בפורטל YNET מיום 19-09-07

29. "צוותים של החברה ומשרד הביטחון נמצאים בשטח כדי לנסות ולאתר את המקור שגורם להפרעות": ביום 01-10-2007 נתפרסמה בפורטל YNET כתבה בכותרת "אמש: שוב שיבושים קשים בשידורי yes". כאן מסרה הנתבעת את התגובה הבאה:

"צוותים של החברה ומשרד הביטחון נמצאים בשטח כדי לנסות ולאתר את המקור שגורם להפרעות".

מפרסום זה עולה בנוסף כי בשירות הלקוחות של החברה לא עונים לטלפון, ככל הנראה עקב עומס פניות. כשכבר מגיעים למענה קולי, נשמעת הודעה מוקלטת לפיה "התקלות נובעות מהפרעות בתדרי תקשורת שאינן תלויות בנו, וייתכן כי נובעות מהארועים הבטחוניים האחרונים". עוד נאמר, כי אין צורך לפנות למוקד כדי לדווח על שיבושים, מאחר שהנושא מטופל.

בפרסום נטען כי מנכ"ל yes, רון אילון, אמר בראיונות לתקשורת כי לאחר שימצאו את הגורם לתקלות והן לא יחזרו, הלקוחות יפוצו.

נספח 7 < מצ"ב תדפיס הפרסום בפורטל YNET מיום 01-10-2007

30. "מה שהכי מתסכל הוא שזו בעיה שלא תלויה בנו ושאינו לנו בעצם שום יכולת לתקן אותה":

בפרסום בפורטל גלובס בבוקר 02-10-2007 במאמר שכותרתו "עוד ערב של הפרעות שידור למנויי yes במרכז הארץ; החברה אובדת עצות ונערכת לפיצוי הלקוחות", צוטט מנהל הנתבעת, רון אילון, בראיון ל"גלובס":

"אלה היו 3 שבועות מאוד קשים לחברה ולי, עם בעיות קליטה קשות לעיתים, שירות שקורס ומשבר עם הלקוחות. אולם מה שהכי מתסכל הוא שזו בעיה שלא תלויה בנו ושאינו לנו בעצם שום יכולת לתקן אותה. התסכול הוא עצום".

נספח 8 < מצ"ב תדפיס הפרסום בפורטל GLOBS מיום 02-10-2007

31. מפרסום בתקשורת עולה כי בבוקר יום 2-10-2007 נתכנסה הנהלת YES לדון בדחיפות במשבר התקלות. עולה מן הפרסום כי YES מבקשת לברר אם מקור השיבושים בגורם ישראלי, שאז תוכל לדרוש מאותו גורם שיפוי בגין הפיצוי ללקוחות.

נספח 9 < מצ"ב תדפיס הפרסומים בפורטל TheMarker מיום 02-10-2007 ומיום 30-09-2007

32. ברור כי פרוטוקול של ישיבת ההנהלה הזו ישמש ראיה בהליך דנן.
33. עד עתה לא באה הכחשה כלשהי של אחד הפרסומים שנסקרו לעיל, או הכחשה מצד YES של התגובות המצוטטות בפרסומים בשמה. אין אלא להסיק כי הדברים שפורסמו אכן נכונים, וכי YES לא כופרת בפרסומים או בתכנם. משמע, YES לא הוציאה הודעה הכופרת בפרסומים המדברים על תקלות ושיבושים נרחבים בכל רחבי הארץ.
34. סיכומו של דבר - בעת הגשת התובענה אין בידיעת התובעת מידע לגבי הסיבות או הגורמים לשיבושים, וככל הנראה גם אין מידע כאמור בידי הנתבעת. אין בידיעתה אם הגורם האשם הוא הציוד של הנתבעת או שמא השיבושים נגרמים עקב הפרעות או פעולות של צד שלישי בישראל או מחוץ לישראל. מן הסתם הדברים יתבהרו כאשר תגיש הנתבעת הודעת צד שלישי בתובענה זו.
35. כך או אחרת, כל שהתובעת יודעת, שצריך לתובענה זו, הוא שהיא משלמת עבור שירות שהיא לא מקבלת. התובעת גם יודעת כי הוצאה קבל עם ועולם כי הלקוחות יזוכו, אך היא עודנה ממתינה לזיכוי זה, שלא ניתן לה לגבי חודש ספטמבר 2007.
36. לאור אי הזיכוי (למרות החובה לזכות כקבוע ברשיון), מוגשת תובענה זו.

4ב - הסכם המנוי של YES

37. הסכם המנוי של הלקוחות עם YES (בהמשך לרשיון YES) קובע תניה המגבילה את זכות התביעה של הלקוחות נגד YES, במקרה של שיבושים. התובעת טוען כי נתקיימו התנאים, ועל כן היא - ויתר הלקוחות - זכאים לפיצוי.
38. סעיף 12 להסכם המנוי הסטנדרטי של YES מתנה כך :

הגבלת האחריות ופיצויים, למקרה ש...

חשוב – עליך לדעת כי הסעד הכספי היחיד לו תהיה זכאי בגין אי הספקת שירותים של החברה הינו השבת עלות אותם שירותים ככל שזו שולמה על ידך, וזאת בהתקיים אחד מהתנאים המפורטים להלן:

- א. הפסקות שידור שנמשכו 7 ימים במצטבר, במשך שישה חודשי שירות.
 - ב. הפסקת שידור של למעלה מ- 24 שעות.
 - ג. הפסקת שידור בגלל מחדל של החברה, לרבות מקרה בו הוגבל או הותלה הרשיון.
 - ד. שידור חבילת ערוצים ללא כל הערוצים הכלולים בה.
 - ה. הפסקה מצטברת של שלוש דקות בשידור של 60 דקות בכל תכנית בתשלום.
- ארעה תקלה בציוד הקליטה שלך שלא תוקנה במועד בו התחייבנו כי תתוקן אנו נתייחס לכך כאי הספקת שירותים כאמור לעיל לכל דבר וענין.

39. התובעת תטען כי מתקיים התנאי באמור בסעיף 12א להסכם. הפסקות השידורים נמשכו מעל 7 ימים במצטבר במהלך ששת החודשים האחרונים (ובעיקר בחודש ספטמבר 2007).
40. כלומר, התובעת ויתר המנויים זכאים לכאורה להחזר עלות השירות ששולמה על ידם בימים שהם היו שיבוישים בשידור.
41. מנגנון זיכוי זה מתיישב עם האמור בהסכם המנוי הקובע בגין מה הלקוחות צריכים לשלם ובגין מה מותר ל YES לחייב את הלקוחות. סעיף 9 להסכם המנוי – "על מה אתה משלם" – קובע כך:

במידה שתחל או תחדל להשתמש בשירותים שלנו, כולם או חלקם, במהלך חודש צפייה, הרי שלגבי תשלום בגין שירותי הצפייה (למעט בגין תכניות בתשלום), תשלום בגין המפענח, תשלום קבוע בגין שירותי תחזוקה וכל תשלום חודשי קבוע אחר בו תחויב, נחייב את חשבונך רק על אותה תקופה, והחייב או החוזר יתבצעו במועד החיוב הקרוב ביותר.

42. יוצא מן האמור, שהתביעה נועדה להשיב ללקוחות כספים שגבתה מהם YES בניגוד להסכם.

חלק ג' - המסגרת המשפטית ועילות התביעה

43. כעת לאחר שהוברר ולמעשה מוסכם גם על הנתבעת, ללא צל של ספק, כי קיימות הפרעות, שיבוישים והפסקות של שידורים, שמונעים צפייה באופן אמיתי בטלוויזיה, ולמרות הבטחות של הנתבעת להסדיר את נושא הפיצוי, לא ניתן שום פיצוי ולא נעשתה שום פעולה לצמצם את נזק הצרכנים מבחינת התשלום בעבור המנוי, יש לדון בפיצוי / השבה המגיעים לצרכן.
44. ודוק: אין זה מעניינו של המנוי מדוע מתקיימת הפרעה ומדוע השידורים משובשים. הלקוח משלם עבור שידורים של חודש מלא והוא זכאי לקבל שידורים של חודש מלא. לא קיבל הלקוח חודש מלא של שידורים ללא הפסקות ותקלות, על הנתבעת לפצותו בגין התקופה החלקית.
45. המצב הוא שמבחינת הנתבעת היא יכולה ורשאית לעשות ככל שברצונה כלפי מי שמשבש את השידורים (כגון לתבוע או לדרוש פיצוי) אך מבחינת המנוי אין הוא חייב לשלם דמי מנוי מלאים כאשר השירות, פשוטו כמשמעו, נמנע ממנו.
46. עובדה היא שיום התשלום לרוב המנויים הוא לקראת סוף החודש, בגין החודש שחלף. החיוב בגין חודש ספטמבר חויב במלואו, מבלי שהתובעת, או אחיה או אימה (גם היא מנויה של YES) קיבלו זיכוי כלשהו. עד עתה גם לא הגיעה כל הודעה כי דמי המנוי יופחתו בשל התקלות והשיבוישים. הכל בניגוד לחובה לזכות כקבוע ברשיון במועד התשלום הקרוב. אמת, נשמעו הצהרות רבות כי יינתן פיצוי, אך עד עתה שילמו הלקוחות תשלום מלא בגין החודש שחלף ולא קיבלו כל פיצוי.
47. במצב דברים זה, ברור כי גביית דמי המנוי במלואם מהתובעת בגין שידורים של חודש מלא נעשתה ונעשית שלא כדין.
- התובעת תטען כי גביית דמי המנוי כעת אינה כדין וכי דמי המנוי נגבים בגין שירות שלא ניתן בחלקו. לכן, זכאים התובעת ויתר הצרכנים לפיצוי בגין הנזק שנגרם להם עקב גביית דמי המנוי האמורים, לפחות בחלוקה בין הימים שניתן היה לקלוט שידורים והימים שלא ניתן היה.
48. חוק תובענות ייצוגיות קובע כמטרה ראשונית לאפשר ניהול תביעות ייצוגיות כבמקרה זה תחת מסגרת יעילה. כך קובע סעיף 1 לחוק:

- "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:**
- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;**
 - (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;**
 - (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;**
 - (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."**

49. כפי שנראה להלן התאמתה של תביעה זו לניהול כתביעה ייצוגית בולטת וברורה.

ג1 - תמצית עילות התביעה

50. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המגדיר את הנושאים והעילות בהן ניתן להגיש תובענות ייצוגיות, מפנה לתוספת השנייה לחוק, בה נקבע כי ניתן להגיש תובענה זו כייצוגית בהיותה **"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"**. כלומר, לפי חוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענה עוסק בגין כל עילה.
51. הנתבעת עולה כנגד מנוייה עוולות צרכניות והפרה את החוזה עמם. **החוק החדש הסיר את כבלי הפלדה מרגלי תובעים ייצוגיים, ופתח את טרקלין התובענות הייצוגיות לכל מגוון העילות המתעוררות ביחסים שבין עוסק וצרכן, ולא רק לעילות שהיו נקובות בחיקוק הספציפי מכוחו הוגשו התובענה והבקשה לאישור.** לעניין זה ר' ע"א 959/06 **רחמן-נוני נ' בנק לאומי לישראל**.
52. התובעת תטען כדלקמן:
- א. הנתבעת הפרה את החוזה בין הצדדים, שהוא חוזה אחיד וסטנדרטי שהיא קובעת את תוכנו, בכך שלא סיפקה שירות מלא ובכך שגבתה תשלום מלא בגין שירות שלא ניתן במלואו ו/או שלא זיכתה בגין הימים בהם לא ניתן שירות.
 - ב. הנתבעת הפרה את הוראות חוק המכר.
 - ג. הנתבעת הפרה את הרישיון לפיו חייבת היא לפעול, בכך שגבתה תשלום מלא בגין שירות שלא ניתן במלואו ו/או בכך שלא זיכתה בגין הימים בהם לא ניתן שירות.
 - ד. הנתבעת עשתה ועושה עושר ולא במשפט בכך שהיא גובה דמי מנוי מלאים בגין שירות שלא ניתן.
 - ה. לאור העובדה שהנתבעת ממשיכה וגובה תשלום מלא למנוייה למרות שאינה מספקת להם שירות מלא, הביאה הנתבעת את עצמה למצב בו היא פועלת בגזל כלפי מנוייה.
53. מאחר והעוסק גובה כספים בגין שידור שלא ניתן, מתבצעת הגבייה לכאורה ללא הסכמת הצרכן וללא היתר כדין, התוצאה הינה גזל לפי דיני הנזיקין כמו גם שליחת יד המקימה חובת ההשבה.
54. חובת ההשבה החלה על עוסק זהה לחובת ההשבה של רשות ציבורית שגבתה אגרה שלא כדין:
- "גם בישראל הכלל הוא כי במקרה בו רשות ציבורית גבתה תשלום שלא כדין זכאי האזרח להשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט."** (ע"א 7664/00 **אברהם רובינשטיין נ' עירית חולון**, פ"ד נו (4) 117, פסקה 8 לפסה"ד, והפסיקה הענפה המצוטטת שם).
55. נוסף ונטען, כי קיים קשר סיבתי ישיר בין הפרת החוזה, עשיית העושר והגזל לבין הנזק, וכי למעשה, בעוולת גזל, אין נושא הקשר הסיבתי עולה לדיון ממשי, שכן הנזק הוא באופן ישיר וברור הסכום שנגזל כתוצאה ישירה ממעשהו של הגזלן.

56. בענייננו, הנתבעת גבתה מן התובעת התשלום בגין חודש מלא אך לא סיפקה את שהתחייבה לספק. עליה לשלם את ההפרש בין התמורה שסיפקה לבין זו שהתחייבה לספק.
57. בכל הכבוד, אין זה מענייני של המנוי מדוע חברת הלווין אינה מסוגלת לספק את השירות. אין זה מענייני האם מישוהו משבש את השידורים, שמדובר במזג אוויר או באירוע חריג. אין זה מענייני האם הציוד אינו מתאים או מיושן, האם קיימת בעיה בלווין אם לאו. בכל אחד מהמקרים מדובר בעניין של חברת הלווין ואם אינה מסוגלת לספק את השירות עליה לזכות את המנוי.
58. בכך מתקיים קשר סיבתי מושגי וקונקרטי בין העוולה לבין הנזק, היינו תשלום דמי המנוי בגין תקופה בה לא היה שידור. במילים אחרות, נתקיים קשר סיבתי בין התקלה בשידורים, החובה לזכות, אי הזיכוי ובין כל אלו לנזק שנגרם עקב אי מתן השירות למרות תשלום דמי המנוי בגינו.
59. ברור כשמש כי לא התובעת ולא כל מנוי אחר היה מסכים לשלם בגין דמי המנוי לשירות זה בלא שהשירות ניתן להם. התובעת תדגיש כי מדובר בשירות נמשך הכפוף ליכולת בפועל, מדי חודש בחודשו, לספק את השירות לו מתחייבת חברת הלווין ובגינה היא גובה (וזכאית לגבות) תשלום.
60. התובעת תטען כי מדובר בתשלום דמי מנוי על פני חודשים רבים. תשלום זה הינו מכללא, כפוף למצג כי חברת הלווין מסוגלת ליתן את השירות באותו החודש. לפיכך אם בזמנים מסוימים יכולה הייתה לספק את השירות וסיפקה אותו, אך חדלה לאחר מכן לעשות זאת, נוצר מצב בו עליה לפצות בגין תקופה זו, גם אם החוזה נמשך.

2ג - הפרת חוזה

61. התובעת זכאית להשבה בגין הפרת החוזה היות ונגבו ממנה תשלומים שלא הוסכמו בין הצדדים בגין שירות שלא סופק. התובעת תטען כי הנתבעת הפרה את הסכם ההתקשרות עקב חוסר יכולתה לספק את השירות שהתחייבה לספק. ולכן, כצד הנפגע בחוזה, היא זכאית להשבה או פיצויים בעד הנזק שנגרם לה עקב ההפרה ותוצאותיה.
62. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970 קובע כך :

2. תרופות הנפגע

הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה.

63. מצב הדברים כאן הוא שמדובר בחוזה שניתן להפרדה, באופן יחסי לפי ימי השידור התקינים וימי השידור עם השיבושים. ועל כן, ניתן לבצע לחוזה ביטול בחלקו. ביטול חלקי זה מאפשר פיצוי/השבה בגין התקופה הרלבנטית:

9. השבה לאחר ביטול

(א) משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שווי של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי-אפשרית או בלתי-סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שווי של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי-אפשרית או בלתי-סבירה או שהנפגע בחר בכך.

(ב) בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף-קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק.

64. לכן, זכאים התובעת ושאר הלקוחות לפיצוי ולהשבה של התקופה בה לא סופק השירות.

גג - הפרת הוראות לפי חוק המכר

65. התובעת זכאית להשבה בגין אי התאמה חלקית בחוזה היות ונגבו ממנה תשלומים בגין שירות שלא סופק. אין ספק כי הנתבעת הפרה את ההסכם בין הצדדים ולא קיימה את חיוביה לפי ההסכם בכך שסיפקה רק חלק מהממכר או כמות קטנה מן המוסכם ו/או סיפקה נכס שאין בו את האיכות או התכונות דרושות לשימוש הרגיל או למטרה המשתמעת מההסכם.
66. לכן, כצד הנפגע בחוזה, התובעת זכאית להשבה או פיצויים בעד הנזק שנגרם לה עקב ההפרה ותוצאותיה, ושהוא בהתאם להוראות סעיפים 11 ו- 28 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן, "חוק המכר"). ניכוי מן המחיר בסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי ההתאמה לעומת שווי לפי החוזה.
67. כאמור, מצב הדברים כאן הוא שמדובר בחוזה שניתן להפרדה בגין התקופה הרלבנטית ולכן יש ליתן השבה בגין הביטול החלקי. לכן, זכאים התובעת ושאר הלקוחות לפיצוי ולהשבה של התקופה בה לא סופק השירות.

גג - הפרת החובות לפי הרשיון

68. מעבר לכל אלו, עיון ברשיון השידור של הנתבעת מעלה במפורש כי בהתאם לו היא חייבת לפצות לקוחות במקרים הבאים:

16.5" פטור מדמי מנוי בשל תקלה

16.5.1 המנוי פטור מתשלום דמי המנוי בעד כל מיקבץ שידורים ששידורו הופסק עקב תקלה של בעל-הרשיון, לכל תקופת ההפסקה, ובלבד שנתקיים אחד מאלה:

- (א) במהלך כל ששה חודשים מיום שהיה למנוי, ארעו הפסקות שידורים שנמשכו, במצטבר, שבעה ימים לפחות;
- (ב) הפסקת השידורים נמשכה לפחות עשרים וארבע שעות;..."

נספח 11 < מצ"ב העתק רישיון של הנתבעת

69. תוצאה מן האמור הוא שגם אם קיים פטור למשיבה בשל תקופה מסוימת של הפסקות שידור, הרי בהצטברות של תקלות חוזרות ונשנות המגיעות למצב בו, במצטבר בשבעה ימים לפחות אירעו הפסקות שידורים, המנוי פטור מתשלום דמי המנוי בגין אותה התקופה וזכאי להשבה.
70. לכן, חלה חובה על הנתבעת לזכות את מנוייה בגין תקופת ההפסקה.
71. עוד הפרה הנתבעת את תנאי רשיונה, ופגעה בלקוחות, בכך שהפרה את סעיף 15.9 לרשיון, שכותרתו "אמינות המערכת".

15.9.1 בסעיף זה, "הפסקת שידור או שירות כללית": הפסקת שידור או שירות ל-1000 מנויים או יותר, למעט הפסקות הנגרמות בשל הפסקת אספקת החשמל לציוד הקצה שבחצרי המנויים ותקלות בציוד קצה שבידי מנויים ולמעט הפרעות בקליטה (שעליהן חלות הדרישות של זמינות המערכת, כאמור בסעיף 15.2.8).

15.9.2 לא יהיו יותר משלוש הפסקות שירות או שידור כלליות בשנה, מכל סוג שהוא; למרות האמור, אם נדרש ניתוק השירות בשל פעולת תחזוקה, יחולו הוראות סעיף 13.4 ולא יבוא הניתוק במניין הפסקות השידור לפי סעיף זה ולפי סעיפים 15.9.3 ו-15.9.4.

15.9.3 משך הפסקת שידור או שירות כללית לא יעלה על 10 דקות רצופות.

15.9.4 ההיקף המצטבר של הפסקות שידור או שירות לא יעלה על 20 דקות בשנה.

15.9.5 המערכת תכלול מערכי גיבוי שיאפשרו מתן השירותים והשידורים כשורה ללא הגבלת זמן בעת תקלה טכנית מכל סוג שהוא, כולל הפסקת חשמל; לעניין סעיף זה, "המערכת" – למעט ציוד הקצה והלווין.

72. אין כל ספק כי הנתבעת הפרה את התנאים האמורים.

73. חמור מכך, ס' 12.7.4 לרשיון של YES קובע כי "זיכוי המנוי בהחזר כספי יבוצע בחשבון החיוב הקרוב מיד לאחר שהתבררה זכותו להחזר". ברור שהנתבעת הפרה תנאי זה ברשיונה, לאור העובדה כי התקלות והשיבושים הארציים מצויים בידיעתה מאז אמצע ספטמבר 2007 ועדיין לא התבצע זיכוי.

ג5 - עשיית עושר ולא במשפט

74. נוסף על האמור, התובעת תטען כי הנתבעת עשתה עושר שלא במשפט כאשר חיבה אותה ואת יתר הלקוחות בתשלום בגין התקופה בגינה לא ניתן שירות.

דין הוא כי העושה עושר ולא במשפט, ישיב את העושר שנתעשר לחברו.

ג6 - עוולת הגזל

75. עצם ביצוע הגבייה האסורה על-פי ההסכם, כמו גם על פי הדין, מהווה גזל, לפי פקודת הנזיקין. מצב הדברים בו החברה יודעת כי אינה מסוגלת לספק את השירות כמו שהתחייבה לו והיא ממשיכה לחייב את המנויים בגין מלוא התשלום עולה כדי עוולת גזל.

76. יובהר: התובעת אינה חושבת כי הנתבעת התכוונה לגזול ממנוייה, אך העובדה היא שבחלוף הזמן ולאחר שהמשיכו השיבושים, המשיכה הנתבעת לגבות את התשלום כאילו לא אירע דבר ולא טרחה לזכות את המנויים. בכך הפכה את עצמה גם לחסרת תום לב במילוי החיוב החוזי ולגזלן.

77. הסעיפים הרלוונטיים קובעים כך:

"52. גזל

גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא-כדין לשימוש עצמו מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובע, על ידי שהנתבע לוקח אותם, מעכב אותם, משמיד אותם, מוסר אותם לאדם שלישי או שולל אותם מן התובעת בדרך אחרת.

78. גביית התשלום בלא לספק את השירות היא בבחינת גזל. גם אי-זיכוי, או עיכוב הזיכוי, הינו בבחינת עיכוב וגזל. אין חולק כי גזלן מחויב להשיב את הגזילה לידי הנגזל. זאת יש להורות, בייחוד כאשר, במצבנו אנו, כשמדובר בחיוב בתשלום שבגינו לא ניתן שירות.

ג7 - הקשר הסיבתי

79. התובעת טוענת כי נתקיים קשר סיבתי בין העוולות שעוולה הנתבעת כלפיה, לבין הנזק שנגרם לה ולשאר המנויים. ברור כשמש כי לא התובעת ולא כל מנוי אחר היו מסכימים לשלם בגין דמי המנוי לשירות זה בלא שהשירות ניתן להם. ברור כי הגביה בגין השירות שלא ניתן מחייבת החזרת והשבת דמי המנוי שנגבו בייתר.

80. **הנזק הוא גביית התשלום העודף בגין הימים שלא ניתן שירות בגינם.**

חלק ד' - הבקשה לאשר את התובענה כייצוגית

81. עניינה של תביעה זו חשוב ורלבנטי לקבוצה המונה מאות אלפי לקוחות. הפרת ההסכם והחיוב שלא כדין, אי ההשבה ושאר העוולות שפורטו לעיל הינם, לפי כל העובדות התומכות, משותפים וזהים כלפי כל המנויים. נוסף על כך, המנגנון לפיצוי והשבה, הקבוע ברשיון ובחוזה בין הצדדים אף הוא משותף וזהה ונצמח מעצם הרשיון, ההסכם וההוראות המחייבות משותפים לכל מנויי הנתבעת.

82. ננתח להלן את התנאים לאישורה של תובענה כייצוגית, בכלל ובפרט, ואת התקיימותם במקרה זה.

14 - הנטל המוטל על התובע, קיומה של קבוצה, ושאלת הנזק

14(א) - מהו הנטל המוטל על התובע

83. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בחוק תובענות ייצוגיות נקבע במפורש כי ניתן להגיש בקשה לאשר תובענה כייצוגית בעניינים של "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".
84. הפירוט הנרחב של יסודות העילות שעומדות למבקשת מלמד כי קמה לה, לכאורה, עילה אישית, ברת-תביעה בתובענה ייצוגית.
85. בטרם נצלול למעמקי התנאים נזכיר כי על התובע הייצוגי להוכיח את עילתו ועמידתו בתנאי הסף רק באופן לכאורי, וזאת כדי לא להכביד על הדיון ולא להרתיע תובעים פוטנציאליים. לענין זה נקבע כי נטל השכנוע ומידת ההוכחה הנדרשים מן התובע, לשם עמידה בתנאי הסף הקבועים בסעיפים הרלוונטיים של חוק ניירות ערך (הדומים ברובם לתנאים שבחוק התובענות הייצוגיות), לשם אישורה של התובענה כייצוגית, הם אחידים וזהים לכל התנאים ולפיהם על בית המשפט להשתכנע, במידת סבירות ראויה, שהתובעת ממלא באופן לכאורי, אחר התנאים. ובלשונו של בית המשפט בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח' פ"ד נא(2) 312 (הלכה שאושרה ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276):

"...על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54א ו-54ב מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחד לכל סעיפיו המשניים לגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א ... אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובעת הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי" (פרשת מגן וקשת בעמ' 329-330).

86. הפירוט דלעיל בדבר העוולות אשר ביצעה הנתבעת בניגוד לדין ולהסכם, מהווה הוכחה לכאורה לעילת התביעה של התובעת. לפיכך, חייבת הנתבעת לשפות את התובעת ואת כלל הלקוחות שנפגעו מעוולות אלו בגין נזקיהם, קרי החזר חלקי של דמי המנוי.

14(ב) - קיומה של קבוצה

87. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א)" רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם "קבוצה". ברי כי נתקיימו תנאי סעיף זה.
- א. ראשית, התובעת מגישה תביעתה בעילה אשר על-פיה היא יכולה לתבוע. העילות האישיות פורטו בהרחבה לעיל.
- ב. שנית, התובעת מגישה את תביעתה בשם קבוצת לקוחות.
- ג. "הקבוצתיות" וההומוגניות של הקבוצה, נגזרת מאחידות המסמכים והעובדה שהשיבושים משותפים לקבוצה עצומה של מנויים.
88. הגדרת הקבוצה הינה: "כל מנויי YES שסבלו משיבושים והפסקות בשידורים, אשר נמשכו במצטבר מעל שבעה ימים ושלא זוכו בחשבון ספטמבר בגין השיבושים, וכן כל מנויי YES שסבלו לאחר הגשת התובענה משיבושים בקליטה כאמור".

ד1(ג) - הערכת הנזק למבקשת ותחשיב הנזק לכלל הקבוצה

89. סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדלקמן:
- "(ב) לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק -*
(1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך שהתובעת יראה כי לכאורה נגרם לו נזק."
90. הנתונים שהוצגו לעיל הוכיחו כי למבקשת נגרם נזק של לפחות 125 ש"ח, שהם מחצית דמי המנוי החודשיים ששילמה.
91. התובעת תטען כי דין המעשים והמחדלים המתוארים לעיל כדין עוולה לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], ו/או כדין הפרת חוזה ו/או כדין עשיית עושר, וכי בהתאם לחוק, חייבת התובעת לפצות את התובעת ואת כלל הלקוחות שנפגעו מן העוולות בגין נזקיהם, קרי השבה חלקית בגין דמי המנוי בגין כל ימי השיבוש בשידורים.
92. תחשיב נזקי הקבוצה הינו כדלקמן:
- א. כאמור, מוערך לשלב זה הנזק בסך של 125 ש"ח בגין מחצית חודש ספטמבר.
- ב. התובעת מעריכה כי כלל לקוחות YES חוו שיבושים ברמה זו בממוצע ולכן בתחשיב של 530,000 מנויים, מוערך כלל הנזק בסך של 66,250,000 ש"ח.
93. תחשיב זה הינו אך ורק לצורך הערכת התביעה כייצוגית במעמד הגשתה, והתובעת שומרת את הזכות לתקן את סכום התביעה. ממילא שאין חובה ליתן הערכה מדויקת וניתן להסתפק בהערכה כללית (רע"א 10198/02 עיריית ראשון לציון נ' אדטו, תק-על 2003 (2)):
- "...בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות, אין מגיש התובענה נדרש לכתוב בכתב תביעתו מהו סכום התביעה המדויק, והוא יכול לצאת ידי חובתו בכך שיעריך, ככל שביכולתו, את סכום התובענה של כלל חברי הקבוצה הפוטנציאליים."*
94. בכל מקרה, כימות הנזק כאן אינו סופי ויכלול את הכספים להם יהיו זכאים הלקוחות בעתיד אם ימשכו השיבושים וייגבו דמי המנוי חרף השיבושים.
95. כך או כך, ברור כי הנזק, הפרת החוזה והפרת הרשיון משותפים לקבוצה גדולה של לקוחות. בכל אלו יש כדי ליצור בסיס לתביעה ייצוגית, ואין זה משנה בשלב זה מהו מספרם המדויק של חברי הקבוצה ומהו הנזק הכולל.
96. אם יקבע בית המשפט כי השבת הכספים ללקוחות אינה ישימה בנסיבות העניין, או מסובכת מכל סיבה שהיא, יתבקש בית המשפט בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, להורות על מתן סעד לטובת כלל חברי הקבוצה או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין.
97. לבית המשפט הנכבד הכוח, הסמכות והחובה החוקית והמוסרית להורות על ביצוע השבה זו.

2ד - התקיימות תנאי הסף לאישור התובענה כייצוגית

98. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מונה את התנאים לאישור התובענה כייצוגית:
- "(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:*
(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

- (3) **קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;**
- (4) **קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.**

99. להלן נפרט התקיימות כל תנאי הסף להכרה בתביעה כייצוגית.

תנאי 1 - קיומן של שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט

100. התנאי הראשון לאישורה של תובענה כייצוגית הוא כי **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**. תנאי זה מתקיים בענייננו.

(א) השאלות המשותפות

101. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של עובדה הנוגעות לקבוצה, שראויות להתברר באופן ייצוגי:

א. למעשה מוסכמת העובדה כי קיימים שיבושים. לכן, תידון השאלה מהו היקף השיבושים בגינם יש לפצות את המנויים.

ב. מדוע אין הנתבעת מזכה את מנוייה בגין ימי השיבושים.

ודוק: השאלה מה מקור השיבושים אינו רלבנטי לתביעה שכן חובת ההשבה וחובת הזיכוי מדמי המנוי אינה תלויה במקור השיבושים.

ברור כי מוקדי התקלות והיקפן מתועדים היטב במערכת שירות הלקוחות ומערך התמיכה הטכנית של הנתבעת. אין כל בעיה לזקק ממאגר הנתונים את הימים בהם היו שיבושים והפסקות שידור, ואת המוקדים בהם חוו הלקוחות בעיות אלו.

102. בתביעה זו עולות שאלות משותפות של **משפט** הנוגעות לקבוצה, וראויות להתברר באופן ייצוגי: חובה הנתבעת לזכות המנויים בגין ימי השיבושים, בשל תנאי הרשיון, חובות מכוח החוק, הפרת חוזה וחובות מכוח חוק המכר, דיני הנזיקין ועשיית עושר ולא במשפט.

103. הסעד המתבקש **הוא פיצוי והשבה**: בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על מתן השבה ופיצוי לכל מנוי בגין התקופה בה היו שיבושים בשידור בצירוף ריבית והצמדה כקביעת הרשיון.

(ב) סוגיית זהות הנזק

104. דבר זהות הנזק לא נקבע כתנאי לניהול תביעה כייצוגית אלא נותר בידי בית המשפט להכריע לגבי כל הקבוצה בשאלות העובדתיות והמשפטיות המשותפות לקבוצה במסגרת התביעה הייצוגית תוך הותרת קביעת שיעור הנזק המדויק, במידה ונדרש, להליך נפרד.

105. ונזכיר כי לעניין זה, נקבע בפרשת **רייכרט** שאין צורך בזהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, אלא די בכך שהשאלות העיקריות תהיינה משותפות:

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