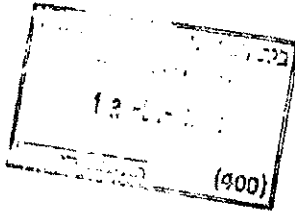


24693-04-14



המבקש
(התובע)

דותן כהן ת.ז. 27255868
מרחוב שדרות הילד 4, רמת גן

ע"י ב"כ עוה"ד אסף כהן
מרחוב ויצמן 14
תל אביב 64239

טל: 077-3305520 ; פקס: 03-6206318

בית משפט המחוזי
בתל אביב

בעניין שבין:

נגד

די בי אס שירותי לווין (1998) בע"מ ח.מ. 512705138
היוזמה 6, אזור התעשייה כפר סבא

המשיבה
(הנתבעת)

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בהתאם לסמכותו על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו – 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות") מתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן:

- א. להורות על אישור התובענה המצורפת לבקשה דן **כנסת 1'** (ללא נספחיה) כתובענה ייצוגית.
- ב. להורות על מתן הסעדים המפורטים בבקשה ו/או על מתן כל סעד מתאים אחר בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.
- ג. להגדיר את עילות התובענה ואת תקבוצה שבעבורה תנוהל התובענה בהתאם למכוסש בבקשה דן ו/או בהתאם לכל הגדרה אותה ימצא בית המשפט הנכבד לנכון.
- ד. לחייב את המשיבה לשלם גמול למבקש בגין הגשת התובענה והבקשה וכן לשאת בשכר טרחת ב"כ המבקש.

כל ההדגשות אינן במקור אלא אם נאמר אחרת.

פתח דבר:

1. במקרה דן עסקינו במשיבה אשר מתחייבת בפני לקוחותיה הרוכשים ממנה משדרים **בתשלום נוסף** על דמי המנוי החודשיים (להלן: "משדרים בתשלום"), לאפשר להם לצפות במשדרים אלה **באופן רצוף ותופשי במשך 24 השעות שלאחר ביצוע ההזמנה**, אלא שכפועל ובכל חקשור **לסרטים המיועדים למבוגרים**, המשיבה מפרה התחייבותה זו ולמצער **מטעה** את לקוחותיה באופן מובהק, שכן היא **אינה מאפשרת צפייה במשדרים בפרק הזמן המובטח כאמור כי אם רק במשך פרק זמן קצר בהרבה: כ- 7 שעות בלבד**.

2. כבר כעת יאמר, כי התחייבותה זו של המשיבה, לאפשר צפייה **חופשית ורצופה במשך 24 שעות ממועד ביצוע ההזמנה**, חוזרת על עצמה **במספר הזדמנויות** שונות ובמספר **אופנים** שונים, ועל מנת שבית המשפט הנכבד יתרשם כבר בשלב זה **מתוך משמעויות ההתחייבויות** האמורות נקדים ונביאן בפניו כלשונן:

3. כך למשל, בהסכם של המשיבה עם לקוחותיה (כפי שמפורסם באתר האינטרנט של המשיבה)

"ממועד תחילת הצפייה במשדר בתשלום, תוכל לצפות בו **מספר בלתי מוגבל של פעמים, במשך 24 שעות ממועד תחילת הצפייה הראשונה.**"

4. כך למשל, מי שזומן משדרים בתשלום מהמשיבה באמצעות **המענה הטלפוני** האוטומטי, משמיעה לו המשיבה את הדברים הבאים:

"הזמנתך התקבלה. תוכל לצפות בסרט שבחרת מתפריט מקס מוביז בזמן שמתאים לך. **לתשומת לבך, לאחר תחילת ניגון הסרט ההקרנה תמשיך ללא תשלום נוסף ב- 24 השעות הקרובות.**"

5. כך למשל, למי שזומן משדרים בתשלום באמצעות **נציג טלפוני**, נאמר לו על ידי נציג השירות כי:

"אתה יכול לראות את הסרט הזה **24 שעות.**"

6. וכך למשל, מי שחפץ להזמין משדר באמצעות שלט הטלוויזיה באמצעות שירות ה-V.O.D, בטרם ביצוע ההזמנה מופיעה על גבי מסך הטלוויזיה שלו כתובית זו:

"להזמנה 22.90 ₪ **זמין לצפייה עד 24 שעות.**"

7. כאמור, וכפי שיפורט לחלן, חרף התחייבויות ברורות ובלתי משתמשות לשני פנים אלה, הן בהסכם ההתקשרות ו**בציקר בעת ביצוע ההזמנה עצמה**, ואף חרף העובדה כי בחקשרם של **כל המשדרים בתשלום** (שאינם מיועדים למבוגרים ולרבות משדרים המיועדים למבוגרים המוזמנים באופנים אחרים מאלה המתוארים לעיל) המשיבה מאפשרת צפייה רופשית בפרק זמן שאינו פחות מ- **24 שעות**, כאשר חפץ המבקש, **בהסתמך על כל אלה**, לצפות במשדר המוזמן למחרת היום ובטרם חלפו 24 שעות מכיצוע ההזמנה, נמצא כי המשיבה הפרה ומפרה התחייבויות נחרצות אלה ולמצער מטעה את לקוחותיה, שכן היא **אינה מאפשרת להמנינם לצפות במשדרים בפרק הזמן המובטח על ידה.**

הצדדים לבקשה:

8. המבקש הינו אזרח ותושב ישראל ומתגורר בכתובת שבכותרת, הינו בעל רישיון לניהול תיקי השקעות ומועסק בבית השקעות.

9. המשיבה (להלן: "ייס") הינה חברה פרטית, מוגבלת במניות העוסקת באספקת שירותי טלוויזיה לקהל לקוחותיה לאחר שקיבלה רישיון לכך מאת משרד התקשורת. יס הינה בבעלותה, בין היתר, של חברת בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ שעל פי פרסומיה, נכון לסוף שנת 2012 היו ברשותה של יס 578 אלף מנויים.

א' העמוד הרלוונטי הדיווח של חברת בזק לתקשורת בהקשרן של תוצאותיה העסקיות לסוף שנת 2012 מצורף כנספח א'.

10. המבקש הינו מנוי של יס משנת 2010 ומאז משלם לה דמי מנוי חודשיים.

ב' מסמכי החצטרפות. כפי שהועברו לו על ידי יס ביום 19.2.14 מצורפים כנספח ב'.

11. כפי שצויין לעיל, במסגרת פעולה ובנוסף לאספקת שירותי הטלוויזיה שבגינם משלמים מנויה של יס דמי מנוי חודשיים, יס אף מאפשרת ללקוחותיה לרכוש ממנה משדרים בתשלום (ערוצים או סרטים), וזאת, בין היתר, במסגרת הפלטפורמות הבאות:

א. YESMAX: באמצעותה ניתן לרכוש שידורים באמצעות שלט הטלוויזיה, באמצעות חיוג למענה טלפוני אוטומטי ובאמצעות נציג שירות (להלן: "ייס מקסי").

ב. V.O.D: באמצעותה ניתן לרכוש שידורים באמצעות שלט הטלוויזיה (להלן: "יו. או. די").

ג. D.V.D BOX: באמצעותה ניתן לרכוש שידורים באמצעות שלט הטלוויזיה, באמצעות אתר האינטרנט, באמצעות חיוג למענה טלפוני אוטומטי וכן באמצעות שיחה עם נציג שירות (להלן: "די.וי.די בוקסי").

ההסכם בין הצדדים:

12. בסעיף 1 להסכם ההתקשרות הסטנדרטי של יס עם מנוייה (ולרבות עם המבקש וכפי שמוצג באתר האינטרנט של יס) (להלן: "ההסכם") מוגדר המונח "משדרים בתשלום" ושם נקבע כי:

"שירותי צפייה בתשלום – PPV (PAY PER VIEW) שירותי צפייה במשדרים ("משדרים בתשלום") לפי בחירתך כנגד תשלום נפרד עבור הצפייה במשדר מסויים או במשדרים מסויים."

13. החשוב הוא, כי סעיף 9.3 להסכם, העוסק ב**פרק הזמן** שבו יתאפשר למזמין לצפות במשדר בתשלום קובע ברחל בתך תקטנה כי:

"מועד תחילת הצפייה במשדר בתשלום, תוכל לצפות בו מספר בלתי מוגבל של פעמים, במשך 24 שעות ממועד תחילת הצפייה הראשונה. במקרה זה תחוייב בגין הזמנה אחת של המשדר, בהתאם למחירו כפי שזה יקבע במחירון. במקרה של הזמנת אירוע משירותי הצפייה בתשלום המורכב ממספר משדרים בתשלום יתחיל מניין 24 השעות האמור ביחס לכל המשדרים במועד תחילת הצפייה הראשונה במי מהם."

ג' חסכם החתקשרות הסטנדרטי מצורף כנספה ג'.

14. ודוק, בהקשרה של פלטפורמת ה-וי.או.די, קובע סעיף 5 ד'ל – יעספה ההצטרפות לשירותי ה-VOD של yes (שבאמצעותו מתקשרת יס עם לקוחותיה כאשר לאספקת שירות זה (לרבות עם המבקש)) ושגם הוא מופיע באתר האינטרנט של יס – להלן: "נספה הוי.או.די".
כי:

"משדר שיוזמן על ידך ישמר בזיכרון ה- yesmaxtotal עד למועד המוקדם מבין המועדים המפורטים להלן: (1) המועד שיצויין על גבי המסך עם רכישת המשדר, (2) המועד בו תבחר למחוק את המשדר, וביחס לערוצי VOD גם (3) המועד בו תחלל מלצרוך את ערוץ ה-VOD במסגרתו הוזמן המשדר."

ד' נספה ההצטרפות מצורף כנספה ד'.

15. אמור מעתה: מן האמור לעיל עולה כי על מי המוסכם ביו יס לבין לקוחותיה, מתחייבת יס לאפשר למנוייה הרובשים משדר בתשלום לצפות בו באופן רצוף וחופשי במשך 24 שעות שלאחר ביצוע התזמנה. כשהזכרים נכונים גם בהקשרם של המזמנים באמצעות פלטפורמת וי.או.די – זאת אלא אם נאמר אחרת על גבי מסך הטלוויזיה בעת רכישת המשדר באמצעות פלטפורמה זו.

16. עוד חשוב שיאמר, כי פרט להתחייבויות אלה של יס כפי שמוצאות מקומן בהסכם ההתקשרות, על ידי המענה הקולי, על ידי נציגי השירות וכו' על גבי מסך הטלוויזיה בעת התזמנה עצמה כמצוטט לעיל, חשוב להדגיש כי בכל הקשור למשדרים בתשלום שאינם מיועדים למבוגרים וכך אף בהקשרם של משדרים למבוגרים המחמנים בפלטפורמות התזמנה שאינן יס מקס ווי.או.די (על כן בהמשך), יס מאפשרת צפייה בהם בפרק זמן של לפחות 24 שעות מעת ביצוע התזמנה (כדייכ אף יותר), כך שכבר כעת יטען המבקש כי יש לראות את התחייבותה של יס לאפשר צפייה חופשית במשך 24 שעות שלאחר ביצוע התזמנה גם בהקשרם של המשדרים המזמנים בפלטפורמות נשוא הבקשה, בהעדר כל הסתייגות מצידה של יס בהקשרם של משדרים אלה בשום צורה או אופן, כהתחייבות נוספת של יס לאפשר צפייה כאמור שנוצרה מכוח ההתנהגות וההתנהלות הקבועות והשוטפת עם לקוחותיה של יס בכל הקשור לכלל המשדרים.

17. כפי שנאמר לעיל ויוכח להלן, בכל הקשור למשדרים המיועדים למבוגרים המחמנים בפלטפורמות נשוא הבקשה, חרף התחייבויותיה של יס הברורות והמובאות לעיל היא מונעת מלקוחותיה מלצפות במשדרים אלה באופן רצוף וחופשי במשך 24 שעות מעת ביצוע התזמנה.

18. ובמה דברים אמורים?

יס מפרה את ההסכם עם לקוחותיה/מטעה אותם בתקשרה של הזמנת משדר בתשלום בפלטפורמת יס מקס באמצעות המענה הקולי הטלפוני :

19. כאמור, אחת מהפלטפורמות שבאמצעותה ניתן להזמין משדרים בתשלום הינה "יס מקס", שאת מהאפשרויות להזמין משדר בתשלום בהקשרה הינה באמצעות חיגו למענה הקולי האוטומטי אותה מפעילה יס (להלן: "המענה הקולי").

20. ביום 15.1.14 בשעה 23:10 לערך, התקשר המבקש למענה הקולי ובמסגרת זו נדרש להקיש, באמצעות לחצני הטלפון, את בחירויותיו מבין מספר אופציות שהוצגו בפניו לאורך השיחה.

21. כעולה מתמליל והקלטת השיחה, לאחר שנאמר למבקש כי מתיר הרכישה של משדר מקטגוריית "מבוגרים" חינו 25.32 ש"ח ולאחר שהמבקש בחר לרכוש את הסרט "הטרדה מינית – נועז", חזרה יס על תחייבותה בהסכם לאפשר למבקש לצפות במשדר המוזמן באופן רצוף וחופשי במשך "24 שעות ממועד תחילת הצמייה הראשונה", שכן נאמר למבקש על ידי המענה הקולי ברחל בתד הקטנה:

"הזמנתך התקבלה. תוכל לצפות בסרט שבחרת מתפריט מקס מוביז בזמן שמתאים לך. לתשומת לבך, לאחר תחילת כיגון הסרט ההקרנה תמשיך ללא תשלום גוספ ב - 24 השעות הקרובות."

ה' תמליל החזמנה נדיסק החקלטת מצורפים כנספח ה'.

22. דווק, לאחר ביצוע החזמנה, בשעה 23:14, היח המשדר המוזמן זמין ואפשרי לצפייה על גבי מסך הטלוויזיה של המבקש.

ו' צילום המסך מצורף כנספח ו'.

23. דא עקא, שחרף תחייבותיה המפורשות של יס, הן בהסכם ההתקשרות והן באמצעות המענה הקולי ולפיהן יתאפשר למבקש לצפות בסרט ללא הגבלה במשך "24 השעות ממועד הצמייה הראשונה/24 השעות הקרובות", למחרת היום, בשעה 8:26 בבוקר נכנס המבקש לתפריט קטגוריית "מבוגרים" שם שוב הופיע המשדר הנבחר, אלא שלאחר שהמבקש ביקש לצפות במשדר, הופיעה הודעה על המסך ולפיה:

"לקוח יקר,

לא ניתן לרכוש את התכנית כעת.

התכנית מסווגת כתוכנית למבוגרים בלבד ולכן על פי דין ניתנת לרכישה בין השעות 10 בלילה ל - 5 בבוקר בלבד."

ז' צילומי המסך כנספח ז' - 2א.

24. לא למותר לציין, גם בהמשכו של יום 16.1.13 בשעה 13:34 בצהריים וכן בשעה 17:24, ועל אף שהמשדר הופיע המשדר המוזמן כתפריט קטגוריית "מבוגרים", בלתי אפשרי היה לצפות בו ועל מסך הטלוויזיה של המבקש שוב התקבלה התודעה דלעיל.

ח' צילומי המסך מצורפים כנספח ח' – א 4.

25. אמור מעתה: בשום לב לטענתה של יס בהודעתה דלעיל ולפיה הוראות הדין (שבזריא ידועות והיו ידועות לה - על כך בהמשך) לפיהן השידור מותר לכאורה רק בין השעות 22:00 ועד 5:00, הרי שחרף ההתחייבות לאפשר שידור במשך 24 שעות, הלכה למעשה זמן הצפייה המקסימלי האפשרי הינו 7 שעות בלבד - היינו טחות משליש מפרק הזמן המובטח.

26. עוד חשוב להדגיש כעת, כי בנוסף לכך שאין לאפשר ליס להסתתר מאחורי הוראות הדין כהצדקה לכאורה להפרת התחייבויותיה (שכן היה עליה לציין מגבלה חוקית נטענת זו בפני לקוחותיה - על כך כאמור עוד נעמוד בהמשך), כי בכל מקרה יס תהיה מנועה מלעשות כן בשל מניעות ואו השתק, שכן וכפי שעוד יפורט להלן, כאשר מזמניים משדרים בתשלום המיועדים למבוזרים באמצעות פלטפורמות אחרות, יס מאפשרת צמיחה בהם שלא בין השעות 22:00 - 5:00 - ללמדנו, כי הלכה למעשה, הודעתה של יס בדבר מגבלת השידור החוקית הנטענת, הינה ריקה מתוכן חיות והיא עצמה אינה מועלת על פיה.

27. ודוק, כך למשל, ביום 17.1.14 בשעה 23:20 הזמין המבקש משדר נוסף (י"המציאן השכונתי" תמורת הסך של 25.32 ₪) באותה הפלטפורמה דלעיל (יס מקס), אלא שהפעם הוא עשה כן באמצעות שלט הטלוויזיה (ולא באמצעות המענה הקולי כמתואר לעיל), ולפיכך בשעה 23:21 היה המשדר זמין ואפשרי לצפייה.

ט' צילומי המסך מצורפים כנספח ט' – 3.

28. ואולם חרף הודעתה של יס המתקבלת על מסך הטלוויזיה של המזמנים משדר באמצעות המענה הטלפוני במסגרתה טוענת יס כי בשל מגבלות הדין היא מנועה מלשדר את המשדר המוזמן שלא בין השעות 22:00 - 5:00, ביום 18.1.14 בשעה 11:57 בצהריים וכן בשעה 19:47 בערב, התאפשר גם התאפשר למבקש לצפות במשדר המוזמן.

י' צילומי המסך מצורפים כנספח י' – א 4.

29. יתר על כן, גם כאשר המבקש הזמין משדר בפלטפורמת ההזמנה זי.וי.די בוקס (הן באמצעות שלט הטלוויזיה, הן באמצעות נציג השירות הטלפוני והן באמצעות שלט הטלוויזיה) גם בהקשרה נמצא כי יס מאפשרת צפייה במשדר המוזמן שלא בין השעות 5:00-22:00, ואך על מנת סבר אוזנו של בית המשפט הנכבד ולמען חדוגמא בלבד יאמר כי לאחר שבליל יום 27.2.14 הזמין המבקש משדר בפלטפורמה זו (באמצעות השלט), למחרת היום בשעה 16:48 המשדר המוזמן הופיע בזיכרון המשדרים המוקלטים של המבקש והמשדר היה זמין ואפשרי לצפייה.

יא' צילומי המסך מצורפים כנספח יא' – 3א.

30. אמור מעתה: כבר בשלב זה ברור כי אין לאפשר ליס להסתתר מאחורי הוראות הדין הנטענות שכן היא עצמה אינה מקיימת אותן, מה גם שאין חולק כי לא קיימת שום הצדקה כי למזמנים בפלטפורמות מסוימות יתאפשר לצפות במשדרים המוזמנים שלא בין השעות 22:00 ועד 5:00 ואילו למזמנים בפלטפורמות אחרות לא יתאפשר הדבר, כשהדברים דלעיל מקבלים משנה תוקף בהקשרה של פלטפורמת יס מקס הנדונה לעיל, שכן בעוד שיש אינה

מאפשרת צפייה למוזמנים בפלטפורמה זו באמצעות המענה הקולי, לאלה אשר הזמינו באותה פלטפורמה בדיוק אך באמצעות שלט הטלוויזיה היא מאפשרת גם מאפשרת צפייה.

יס מפרה את ההסכם עם לקוחותיה/מטעה אותם בהקשרה של הזמנת משדר בתשלום בפלטפורמת יס מקס ובאמצעות נציג השירות:

31. ביום 17.2.14 בשעה 23:00 לערך, התקשר המבקש ליס על מנת להזמין משדר באמצעות נציג השירות הטלפוני תמורת הסך של 35.32 ₪ (הכולל עמלת הזמנה).

32. החשוב הוא, כי כעולה מתמליל והקלטת השיחה, לאחר שהמבקש בחר בסרט "סקס במגרש הכיתי" ובמענה לשאלתו של המבקש: "כמה זמן יש לי את הסרט פתוח לצפייה?" הבטיח לו נציג השירות ברחל בתך הקטנה ובאופן שאינו משתמע לשני פנים כי:

"אתה יכול לראות את הסרט הזה 24 שעות."

יב' תמליל ההקלטה והדיסק מצורפים כנספח יב'.

33. ודוק, לאחר ביצוע ההזמנה, בשעה 23:08, היה המשדר המוזמן זמין ואפשרי לצפייה על גבי מסך הטלוויזיה של המבקש.

יג' צילום המסך מצורף כנספח יג'.

34. דא עקא, שחרף התחייבותיה המפורשות של יס, הן בהסכם ההתקשרות ובעיקר חרף דבריו החד משמעיים של נציג השירות, למחרת היום, בשעה 8:30 בבוקר נכנס המבקש לתפריט קטגוריית "מבוגרים" שם שוב הופיע המשדר הנכחד, אלא שלאחר שהמבקש ביקש לצפות במשדר הדבר נמוע ממנו ועל גבי מסך הטלוויזיה הופיעה אותה הודעה בדבר מגבלת השידור הנטענת, כמו גם שהדבר חוזר על עצמו גם בשעה 18:42 של אותו היום.

יד' צילומי המסך כנספח יד' – 41'.

יס מפרה את ההסכם עם לקוחותיה/מטעה אותם בהקשרה של הזמנת משדר בתשלום בפלטפורמת וי.או. די באמצעות שלט הטלוויזיה:

35. כזכור, על פי נספח פלטפורמת וי.או. די, משדר בתשלום אמור להיות זמין לצפייה בפרק הזמן שיצוין על גבי המסך בעת ביצוע ההזמנה, תוך שלצורך זה יס מתחייבת כי במשך כל אותו פרק זמן זה המשדר המוזמן: "ישמר בזיכרון - yesmaxtotal".

ודוק, בממיר אותו סיפקה יס למבקש (מסוג "yesmaxtotal") קימים שני זיכרונות: הראשון: בו מופיעה רשימת המשדרים המוזמנים בפלטפורמת וי.או. די, בלבד וחשני: רשימת כלל המשדרים המוקלטים של המבקש (לחלן שני הזיכרונות ביחד: "הזיכרונות").

36. ביום 20.1.14 בשעה 22:22 נכנס המבקש באמצעות שלט הטלוויזיה אל פלטפורמת וי.או. די. לקטגוריית "מבוגרים" – סרטים חמים". לאחר הבחירה במשדר בשם "מלאכיות חובבניות –

מעו"י, הופיעה על המסך הודעה אשר בכותרתה צויין שם הסרט והתוכן שלו, כשהחשוב לענייננו הוא, כי בנוסף לפרטים אלה, חוסיפה יס ושבה על התחייבותה על פי ההסכם שכן באותה הודעה נרשם ברחל בתך הקטנה כי:

"להזמנה 22.90 יש זמין לצפייה עד 24 שעות."

37. לאחר שהמבקש בחר להזמין את המשדר האמור, בשעה 22:23 היה הסרט המוזמן זמין ואפשרי לצפייה על גבי מסך הטלוויזיה של המבקש, כשבחמשדן לכך ובהתאם להוראות נספח תו. א. די ולפיו משדר בתשלום: ישמר בזיכרון ה- yesmaxtotal, המשדר המוזמן הופיע בשני הזיכרונות.

טו' צילומי המסך מצורפים כנספח טו' – 410.

38. ביום 21.1.14 בשעה 8:28 בבוקר (היינו פחות מ- 24 שעות לאחר ההזמנה) נמצא כי המשדר המוזמן הופיע במסכי שני הזיכרונות, כשחשוב ביותר הוא, כי בהמשך לכך התאפשר למבקש לצפות במשדר המוזמן – ללמדנו שוב ועוד פעם כי הודעתה של יס ולפיה "התכנית מסווגת כתוכנית למבוגרים בלבד ולכן על פי דין ניתנת לרכישה בין השעות 10 בלילה ל- 5 בבוקר בלבד", הינה הודעה ריקה מתוכן וממילא אין לאפשר ליש להסתתר מאחוריה.

טז' צילומי המסך מצורפים כנספח טז' – 310.

39. יתירה מכל זאת. בהמשכו של יום 21.1.14 ובטרם חלפו 24 שעות מהזמנת המשדר, בשעה 18:46 בערב ובאופן שרירותי לגמרי, נמצא כי המשדר לא הופיע בתמיט אף אחד משני הזיכרונות המובטח (כפי שהופיע בשעות הבוקר) וממילא כבר כעת נמצא כי יס הפרה את התחייבותה כי המשדר ישמר בזיכרונות למשך 24 שעות.

יז' צילומי המסך מצורפים כנספח יז' – 210.

40. זאת ועוד. אך על מנת הסר טפק ספיקא ולפיו יכול והתאפשר למבקש לצפות במשדר וכפי שהתאפשר לו בשעות הבוקר) על אף שהמשדר אינו מופיע בזיכרונות כמובטח, נכנס המבקש לתפריט הוי. א. די מחדש וכאילו בכונתו להזמין משדר חדש, או אז ולאחר שבחר את המשדר המוזמן, הופיעה כתובית על המסך ולפיה:

"להזמנה לצפייה ללא תשלום"

יח' צילום המסך מצורף כנספח יח'.

41. ואולם, חרף ההתחייבות בהסכם, חרף ההתחייבות בעת רכישת ההזמנה ולפיה המשדר המוזמן זמין לצפייה עד 24 שעות ואף חרף ההתחייבות בהודעה לעיל, באשר ביקש המבקש לצפות במשדר אותו הזמין, התקבלה על גבי המסך התערה שלהלן:

"לקוח יקר,

לא ניתן לרכוש את התכנית כעת.

התכנית מסווגת כתוכנית למבוגרים בלבד ולכן על פי דין ניתנת לרכישה בין השעות 10 בלילה ל- 5 בבוקר בלבד."

לסיכום:

42. מן האמור לעיל עולה כי בעוד שבפלטפורמות הזמנה מסוימות יש מאפשרת צפייה שלא בין השעות 22:00 – 5:00, בהקשרן של הפלטפורמות: א. יש מקס באמצעות המענה הקולי. ב. יש מקס באמצעות נציג השירות. ג. וי. או. די באמצעות שלט הטלוויזיה (להלן 3 הפלטפורמות במאוחד: "הפלטפורמות המפירות"), על אף שיש מתחייבת בפני לקוחותיה (לרבות ובמיוחד **בעת ביצוע ההזמנה עצמה** כמתואר לעיל) כי יתאפשר להם לצפות במשדרים המוזמנים במשך 24 השעות שלאחר ביצוע ההזמנה, היא אינה מאפשרת צפייה כאמור.

43. עוד חשוב שיודגש, כי המתואר לעיל הינו אך הדגמה בועיר אנפין של התנהלותה של יס והפרת התחייבותיה כלפי הרוכשים משדרים למבוגרים בתשלום, שכן עסקינן בדפוס פעולה קבוע של יס הואיל פרט להזמנות הספציפיות המתוארות לעיל, בכל הקשור לפלטפורמות המפירות, כאשר המבקש ביקש, **בהסתמך על הסכם ההתקשרות, על העובדה כי בהקשרם של כלל המשדרים בתשלום (לרבות משדרים המיועדים למבוגרים המוזמנים בפלטפורמות האחרות יש מאפשרת צפייה בהם שלא בין השעות 5:00-22:00 ובעיקר בהסתמך על דבריה של יסי בעת ביצוע ההזמנות עצמן, לצפות במשדר המוזמן למחרת היום ובטרם חלפו 24 שעות מביצוע ההזמנות, נמצא כי יס הפרה את התחייבותיה כלפי המבקש ולא אפשרת צפייה כאמור.**

44. כך למשל, בליל יום 23.12.13 הזמין המבקש את המשדר "שמרטפיות צעירות 4 – נועז" בפלטפורמת יס מקס אלא שלמחרת היום בשעה 8:24 בלתי אפשרי היה לצפות במשדר המוזמן. כך למשל, בליל יום 25.12.13 הזמין המבקש את המשדר "בנבולות החוק – נועז" בפלטפורמת יס מקס אלא שלמחרת היום בשעה 9:34 בלתי אפשרי היה לצפות במשדר המוזמן. כך למשל, בליל יום 1.1.14 הזמין המבקש את המשדר "איין כניסה לגברים – נועז" באמצעות פלטפורמת יס מקס אלא שלמחרת היום בשעה 19:31 בלתי אפשרי היה לצפות במשדר המוזמן. כך למשל, בליל יום 3.1.14 הזמין המבקש את המשדר "צעירות משתוללות – נועז" באמצעות פלטפורמת יס מקס אלא שלמחרת היום בשעה 19:53 בלתי אפשרי היה לצפות במשדר המוזמן. כך למשל, בליל יום 15.1.14 הזמין המבקש את המשדר "מאה תרגילי סקס – נועז" בפלטפורמת וי. או. די אלא שבעוד שלמחרת היום בשעה 8:25 היה המשדר זמין לצפייה, בשעה 17:23 בלתי אפשרי היה לצפות במשדר המוזמן. כך למשל, בליל יום 7.1.14 הזמין המבקש את המשדר "אהבה בלתי אפשרית – נועז" באמצעות פלטפורמת וי. או. די, אלא שבעוד שלמחרת היום בשעה 8:26 היה המשדר זמין לצפייה, בשעה 18:37 בלתי אפשרי היה לצפות במשדר המוזמן.

כ' צילומי המסך מצורפים כנספח כ'.

45. עוד חשוב שיאמר ועל מנת להסיר ספק ולפיו יכול ובשל מגבלת השידור החוקית הנטענת יש מאפשרת ללקוחותיה לצפות במשדר המוזמן **במשך 24 שעות באופן מצטבר (ולא באופן חופשי ורצוף ממועד ביצוע ההזמנה בפני התחייבותיה המפורשות)**, יובהר, כי פני הדברים לגמרי אינם כך.

46. שכן ולמשל, ביום 17.1.14 בשעה 2:40 לפנות בוקר (כ – 27 שעות לאחר שהמבקש ביצע הזמנה בפלטפורמת יס מקס באמצעות המענה הקולי), **לא התאפשר** למבקש לצפות במשדר המוזמן ("חטרה מינית – נועז") אלא אם ירכשו בשנית. ולמשל, ביום 22.1.14 בשעה 00:02 (כ – 26 שעות לאחר ביצוע ההזמנה בפלטפורמת וי. או. די. באמצעות השלט), המשדר המוזמן

(מלאכיות חובבניות – נועזי) לא הופיע באף אחד מהזיכרונות ולמבקש לא התאפשר לצפות במשדר המוזמן אלא אם ירכשו בשנית.

כא' צילומי המסך מצורפים כנספח כאנ' – כא4.

47. אמור מעתה: מן האמור לעיל עולה כי בשים לב להודעתה של יס בדבר מגבלת השידור הנטענת (ומבלי לגרוע מהעובדה כי יס מנועה ומושתקת מלהשתמש על תכנה של הודעת זו שכן היא עצמה אינה פועלת על פיה), הרי שהלכה למעשה, חרף ההבטחה לאפשר צפייה במשך 24 שעות, בהקשרן של הפלטפורמות המפירות פרק הזמן האפשרי לצפייה חינו 7 שעות בלבד (אם כי בהקשרה של פלטפורמת יו. או. די השידור נפסק, באופן שרירותי לגמרי, למחרת אחר הצהריים).

טענות המבקש:

עילות התובענה:

48. לחלן ימנה המבקש את עילות התובענה כנגד יס בהקשרן של הפלטפורמות המפירות.

התחייבותה של יס על פי ההסכם להשיב התשלומים ששולמו לה:

49. סעיף 14 להסכם החתקשרות (נספח א' לעיל) קובע כי:

"הגבלת האחריות ופיצויים, למקרה ש..
חשוב – עליך לדעת כי הסעד הכספי היחיד לו תהיה זכאי בגין אי הספקת שירותים בשל תקלה שלנו הינו השבת עלות אותם שירותים ככל שזו שולמה על ידך, וזאת בהתקיים אחד מהתנאים המפורטים להלן (הדגש במקור א.כ.):
א....
ב....
ג. שידור או שירות שהוזמנו על ידך ולא התקבלו בשל מעשה או מחדל שלנו, לרבות במקרה בו הזגבל או הותלה הרישיון.
ד....
ה. הפסקה מצטברת של שלוש דקות בשידור של 60 דקות בכל משדר בתשלום ואם המשדר קצר מ – 60 דקות, גם הפסקה קצרה יותר, באופן יחסי.

50. המבקש יטען, כי מן האמור לעיל עולה כי יס התחייבה בפני לקוחותיה, בהסכם ההתקשרות עצמו, כי במקרה של אי אספקת שירותים, היא תשיב להם את הסכום אותם שילמו בגין שירותים אלה.

51. המבקש יקדים ויטען, כי אין בעובדה כי ברישת הסעיף נרשם כי לכאורה כי סעיף זה עוסק במצב דברים בו הפסקת השידורים הינה בשל יזקלה שלנו, כדי לגרוע מחובת החשבה וזאת בשל הטעמים הבאים:

ד. ראשית, מקום בו נמצא כי בפלטפורמות האחרות שאינם הפלטפורמות המפירות יס **מאפשרת צפייה** שלא בין השעות 22:00 – 5:00, אין זאת אלא שכלל הנראה ובהקשרן של הפלטפורמות המפירות עסקינן "בתקלה" של יס אשר המונעת צפייה כאמור.

ה. שנית, גם אם יאמר כי הפסקת אפשרות הצפייה הינה מדיניות **מבונות ויזומה** של יס ואינה בכחינת "תקלה", הרי שמקום בו יס מתחייבת להשיב את הכספים במקרה של "תקלה", אזי במקרה של הפסקת מכוונת ויזומה יש לחייבה לעשות כן על **אחת במה וכמה**.

ו. שלישית, סעיף 14 ג' להסכם ההתקשרות קובע כי חובת השבה תתקיים במקרה בו: **"שידור או שירות שהוזמנו על ידך ולא התקבלו בשל מעשה או מחיל שלנו, לרבות במקרה בו הונבל או הותלה הרישיון**. המבקש יטען, כי מנוסח סעיף זה עולה כי לא זאת בלבד שחובת ההשבה אינה ייחודית למקרה בו הופסק שידור בשל "תקלה" שכן ברור **"שהונבלת"** ו/או **"התליית"** הרישיון אינו פועל יוצא של "תקלה" ואין שום קשר בין השניים, כי אם שהמקרה דנן נכנס בדיוק בגדר הסעיף: **הפסקת האפשרות לעמות המשדר המחמן לכאורה הינה בשל החלטת המועצה (שיס כנסת להחלטותיה מכוח סעיף 2.1.3 לרישיון וממילא יש לראות את החלטותיה של המועצה כחלק בלתי נפרד מן הרישיון), "המגבילה" את יס מלאפשר צפייה במשדרים למבוגרים שלא בין השעות 22:00 – 5:00 – בדיוק כפי לשון הסעיף**.

ז. רביעית, מעיון בנוסח הסכם ההתקשרות כפי שמוצג באתר **משרד התקשורת** ואשר מוגדר **כנספה י' לרישיון** אותו קיבלה יס עולה, כי ברישת הסעיף הנדון (שם הוא מוספר "12") **לא** מוזכרת המילה "תקלה" כפי נוסח הסכם ההתקשרות המופיע באתר האינטרנט של יס. המבקש יטען, כי מקום בו על פי סעיף 11.1.7 לרישיון יס נזקקת לאישור המועצה לכל שינוי בהסכם ההתקשרות ומקום בו כנחזה מאת האינטרנט של משרד התקשורת במהלך השנים התבצעו בהסכם 3 שינויים בלבד (נשאלן להם כל קשר לעניין הנדון) ומקום בו ברור כי יש בתוספת המילה "תקלה" כדי לגרוע ולצמצם את זכויותיהם של הלקוחות שהרישיון נועד להגן עליהם, מן הדין לקבוע בי אין לתוספת המילה "תקלה" כל תוקף.

ג' תעמודים הרלוונטיים מהסכם ההתקשרות כפי שמופיע באתר האינטרנט של משרד התקשורת **כנספה י' לרישיון**, מצורף כנספה כג'.

הפרת הסכם:

52. המבקש יטען, כי מקום בו יס התחייבה **בהסכם ההתקשרות** לאפשר ללקוחותיה צפייה חופשית ורצופה של המשדר המוזמן במשך 24 השעות שלאחר ביצוע ההזמנה ומשמנצא כי היא מונעת מהם לעשות כן, אין זאת אלא שהיא **מפירה את ההסכם עימם**.

53. המבקש יוסיף ויטען, כי הפרת ההסכם מקבלת משנה תוקף, מקום בו בנוסף למובטח בהסכם ההתקשרות, **בעת ביצוע ההזמנה עצמה לא זאת בלבד שיש לא מציינת בפני לקוחותיה את מגבלת השידור הנסענת ואת שעות הצפייה האפשריות לכאורה, אלא שאף הובטח במפורש למבקש כי יתאפשר לו לעמות במשדר המחמן במשך 24 השעות הקרובות שלאחר ביצוע ההזמנה – היא הבטחה אותה יס מפירה כאמור באופן מובהק**.

54. המבקש יטען, כי הדברים דלעיל ימים שבעותיים מקום בו בהקשרם של **כלל המשדרים בתשלום (שאינם מיועדים למבוגרים) ולרבות משדרים למבוגרים המחמנים שלא באמצעות**

הפלטפורמות המפירות, יס מאפשרת צפייה חופשית בהם במשך של **לפחות 24 שעות** מביצוע ההזמנה, כך שבהעדר כל **הסתייגות** מצידה של יס בשום צורה או אופן בהקשרם של המשרדים בתשלום שמוזמנים בפלטפורמות המפירות, יש לראות את יס כמי שהתחייבה לאפשר שידור כאמור גם בהקשרן של פלטפורמות אלה, **מכוח התנהגות והסכם מכללא**.

55. זה המקום להוסיף, כי מבדיקה אותה ערך המבקש באתר האינטרנט של משרד התקשורת נמצא, כי סעיף 3.4.1 להחלטתה של המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין (ניס כפופה להחלטותיה – להלן: "המועצה") מיום 17.6.03 (החלטה מס' 17/2003-4) קובע כי: "לא **ישדרן משרדים למבוגרים לפני השעה 22:00 ולאחר השעה 5:00 בכל יום**", כמו גם שסעיפים 1 ב' – ג' להסכם ההתקשרות הכללי (נספח א' לעיל) קובעים כי: "הסכם ההתקשרות ביננו, **ההיקף שלו וכל השידורים אותם אנו רשאים להעניק לך, כפופים לחוזאות הישיון, לחוזאות המועצה ולחוזאות הדין כפי שתהיינה מעת לעת**. ג. בקשר לכל עניין הנוגע לשידורים שלא הוזכר בהסכם, ננהג, גם אתה, הלקוח, וגם אנו, yes, לפי הדין (הדגש במקור א.כ.)."

כב' החלטת המועצה מצורפת כנספח כב'.

56. ואולם, המבקש יטען, כי אין בחוזאות דלעיל כדי לגרוע כהוא זה מהפרתה של יס את המוסכם בין הצדדים וזאת משום העובדה כי על פי לשון ההחלטה נאסר על יס "לשדר" באופן אקטיבי את אותם משרדים, אך החלטתה אינה אוסרת על לקוחותיה של יס לעסות במשרדים אותם הזמנו ושנשמרו והוקלטו בממירים אותם סיפקת להם יס, זאת קל וחומר מקום בו יס מאפשרת צפייה במשרדים למבוגרים המוזמנים בפלטפורמת האחרות, באופן המביא לכלל מסקנה כי גם לשיטתה של יס **ופרשנותה את החלטת המועצה כפי שבאות לידי ביטוי בהתנהגותה של יס, כל שנאסר עליה על ידו הינו לשדר באופן אקטיבי משרדים מסוג זה**.

ודוק, גם לשון ההודעה שהופיעה על מסך הטלוויזיה של המבקש כאשר המבקש חפץ לצפות במשדר המוזמן שלא בין השעות 22:00-5:00 ולפיכ: "לא ניתן לרכוש (להבדיל "מלצמות" א.כ.) את התכנית כעת", מלמדת כי גם על פי דבריה המפורשים של יס כל שנאסר הינו **רכישת המשדר** ובהמשך לכך שידורו, אך לא הצפייה בו.

הטעיה והפרת חובת הגילוי על פי חוק הגנת הצרכן:

57. מבלי לגרוע מן האמור לעיל ואף אם יאמר כי החלטת המועצה אוסרת על צפייה במשרדים מוזמנים שלא בין השעות 22:00-5:00 אאו כי יס פועלת על פי הדין, יטען המבקש כדלקמן.

58. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") קובע כי:

2. (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לראות **לאחר מועד** ההתקשרות בעסקה – **העלול להטעות צרכן** בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:
- (1) **הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;**
 - (2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;
 - (3) **מועד ההספקה או מועד מתן השירות;**

(4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם:

59. כמו גם שסעיף 4 קובע כי:

- (א) עוסק חייב לגלות לצרכן –
- (1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;
 - (2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;
 - (3) כל פרט מהותי לגבי נכס שקבע השר באישור ועדת הכלכלה של הכנסת;

60. המבקש יטען, כי מקום בו יש מבטיחה בהסכם ההתקשרות, בנספח הוי. או. די ובטח שבעת ביצוע ההזמנה עצמה, לאפשר צפייה במשך 24 שעות שלאחר ביצוע ההזמנה אך בפועל היא אינה מאפשרת זאת, יש לראותה כמי שהטעתה במעשה את לקוחותיה בהתאם לסעיף 2 א' 1,3,4 לחוק הגנת הצרכן.

61. המבקש יטען, כי לחילופין ולכל הפחות, יש לראות את יס כמי שמטעה במחדל את לקוחותיה כאמור בסעיף 2 (א) 1,3,4 לחוק הגנת הצרכן ו/או מפירה את חובת הגילוי כאמור בסעיף 4 (א) 1 לחוק, שכן מקום בו אין ולא יכול להיות ספק כי החלטת המועצה האוסרת עליה שידור לכאורה תייתר וידועה ליש בעת התקשרותה עם לקוחותיה וכך גם לאורך כל תקופת ההתקשרות, הרי שהייתה ויש עליה חובה לציין בהסכם עם לקוחותיה באופן ברור וברחל בתוך תקופתה כי היא מנועה מלאפשר צפייה במשדרים המיועדים למבוגרים שלא בין השעות 22:00 – 5:00, וממילא אין בדבריה הכלליים, הטרונומיאליים והמוכנים מאליהם כי הוראות התסכם כפופות להוראות הדיו, כדי לצאת ידי חובתה זו.

המבקש יוסיף ויטען, כי לבטח שעל יס להודיע ללקוחותיה על מגבלת הצפייה הנטענת בעת ביצוע ההזמנה עצמה ולהעמידם על מצב הדברים הנכון ועל האפשרות האמיתית והמעשית לצפות בשידור המחמו (טול למשל מקרה בו אדם מזמין משדר בשעה 4:50 לפנות בוקר – 10 דקות לפני סיום השידור), ושנמצא כי לא זאת בלבד שבעת ביצוע ההזמנה היא נמנעת מלעשות כן חרף ידיעתה את החלטת המועצה אלא שהיא אף מבטיחה באופן אקטיבי וחד משמעי לאפשר צפייה במשך 24 שעות באופן רצוף וחופשי, יש לראותה כמי שהטעתה ומטעה במחדל את לקוחותיה ו/או מפירה את חובת הגילוי כלפיהם:

"עובדה זו מצביעה על קיומה של ידיעה של מפעל הפיס, על זכיה בפרס ראשון באחת מסדרות חיש גד, סמוך לאחר שהוא עולה בגורלו של רוכש הכרטיס. עובדה מהותית זו אינה נחשפת או מובאת ע"י העוסק – מפעל הפיס – לידיעת הצרכן – המבקש – לפני הרכישה ויש בכך, כאמור, משום הטעיה ולא אי גילוי נאות של פגם או תכונה חשובה ומהותית בנגוד לאמור בסעיפים 2(א) ו-4(א) לנ"ל".

תא (ת"יא) 2036/01 מנלה אברתם נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 17.11.2002)

62. המבקש יטען, כי בהקשר של פלטפורמת וי. או. די. כי הגם שבעת ביצוע ההזמנה הודיעה יס למבקש כי המשדר המוזמן: "זמין לצמייה עד 24 שעות" (כך שלכאורה מתן אפשרות לצמייה בפרק זמן קצר מ- 24 שעות אינו חוטא לאמת) כדי לגרוע כהוא זה מהעובדה כי עסקינן בהטעיה, שכן לא זאת בלבד שעסקינן בעניין סמנטי גרידא (נציון חמילה "עד"), אלא שבכל מקרה ובהתחשב במגבלת הצמייה הנטענת על ידי יס, פרק זמן הצמייה המקסימלי האפשרי הינו הלכה למעשה "עד 7 שעות" בלבד, באופן המביא לכלל מסקנה כי ההודעה כי פרק זמן הצמייה האפשרי הינו "עד 24 שעות" הינה הודעה מטעה בעליל.

63. המבקש יטען, כי הדברים דלעיל יפים שבעתיים מקום בו לקוחותיה של יס מזמינים את המשדרים ללא נוכחות נציג מטעמה של יס ומשכך יש לראות את הזמנות המשדרים בתשלום כעסקת "מכר מרחוק" כאמור בסעיף 14 ג' (א) לחוק הגנת הצרכן, שגם לפיו חלה על יס חובת גילוי ובכלל זה חובה עליה לגלות את: "חזנות העיקריות של הנכס או השירות (ס"ק 2)" ו"או את" מועד דרך הספקת הנכס או השירות (ס"ק 3) – הן חובות גילוי שגם אותן מפירה יס באופן מובהק.

64. המבקש יטען, כי הטעייתה של יס את לקוחותיה והפרתה את חובת הגילוי אף מקבלות משנה תוקף מקום בו הסכם החתקשרות בין יס לבין לקוחותיה הינו "חזת אחיד" שבבסיסו קיים אי שוויון מהותי בין הלקוחות לבין יס הן מבחינת יחסי הכוחות וכושר המיקוח והן ובעיקר בידיעת העובדות ו/או הוראות הדיון, באופן שהטיל ומטיל על יס כלפי לקוחותיה חובת גילוי מוגברת (ראו: רדה לוטטהווי וטנה שפניץ, חוזים אחידים, נבו הוצאה לאור – 1994, עמ' 57).

65. המבקש יוסיף ויטען, כי במקרה דנן הוראות הפסיקה בדבר קיומה של הטעייה מתקיימות כולן בדנו, שכן אין כל ספק כי יס מציגה מצג שאינו אמת (ולמצער אינו כל האמת), כי אין כל ספק כי הוא ויתור לקוחותיה בבקשם לצפות במשדרים למחרת היום הסתמכו על הבטחותיה ומצגיה של יס הן בהסכם ההתקשרות והן ובעיקר בעת ביצוע ההזמנה עצמה, וכן כי אין כל ספק כי כפייל יוצא מכך נגרם להם נזק הואיל ולא התאפשר להם לצפות במשדר המוזמן בפרק הזמן המובטח.

עושה על פי חוק הגנת הצרכן:

66. סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן קובע כי:

- (א) לא יעשה עוסק, כדי לקשור עסקה, דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת, שיש בו ניצול
- (1) חולשתו השכלית או הגופנית של הצרכן;
- (2) אי ידיעת השפה שבה נקשרת העסקה.
- (ב) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת, שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן, בורותו, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכל כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת.

67. המבקש יטען, כי בהימנעותה של יס מלציין בפני לקוחותיה את מגבלת הצפייה הנטענת, יש לראותה כמי שמנצלת את "גינותם" של לקוחותיה בהקשרן של החלטות המועצה, וממילא לראותה כמי שעושקת את לקוחותיה.

68. המבקש יטען, כי מקום בו, הלכת למעשה, יס מוכרת ללקוחותיה משרד אשר ניתן לצפות בו במשך פרק **זמן קטן מ- 1/3** מפרק הזמן המובטח ושביטו שולם המחיר (7 שעות במקום 24 שעות למעט בפלטפורמת וי. או. די שם השידור נפסק באופן שרירותי לגמרי למחרת אחר הצהריים), ובשים לב לכך כי מחירם של כלל המשרדים (סרטים) בתשלום (שאינם מיועדים למבוגרים) תינו פחות או יותר זהה לעלותם של המשרדים למבוגרים, כן בנו של קל וחומר מקום בו גם בהקשרם של משרדים למבוגרים בתשלום המוזמנים בפלטפורמות אחרות יש מאפשרת צפייה במשרדים למבוגרים במשך 24 שעות תמורת אותו המחיר אותו היא גובה בפלטפורמות המפירות, כי אז מניה וביה יש לראות את מכירתה של יס ללקוחותיה משרדים למבוגרים באמצעות בפלטפורמות המפירות כעסקה אשר יש בה: **ייתגאים בלתי מקובלים ובלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורת המקובלת** - כאמור בחוראות הסעיף.

הטעיה על פי חוק החוזים:

69. סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי) התש"לג - 1973, קובע כי:

מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, "הטעיה" - לרבות אי-גילוי של עובדות אשר לפי דין, לפי נהוג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

70. המבקש יטען, כי מקום מחד החלטות המועצה ידועות לים ומאידיך אין לצפות ממנויה של יס כי יכירו הוראות אלה בעת התקשרותם בהסכם ו/או בעת ביצוע ההזמנה עצמה, ומשום נמנעה מלציין את מגבלת הצפייה הנטענת בשום צורה או אופן בפני לקוחותיה, יש לראות את יס כמי שמטעה את לקוחותיה גם בהקשרו של חוק החוזים, **מה גם שבהיות החלטת המועצה הייתה ידועה לים מאז הינתנה, עולה המסקנה כי מלכתחילה ידעה יס כי היא לא תקיים התחייבויותיה.**

71. המבקש יטען, כי מקום בו נמצא כי יס הפרה את ההסכם עם המבקש ו/או הטעתה את המבקש כאמור בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן ו/או הפרה את חובת הגילוי על פי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן ו/או עשקה את המבקש כאמור בסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן ובנוסף הטעתה את המבקש כאמור בסעיף 15 לחוק החוזים ומקום בו **משך זמן האפשרי לצפייה הינו עניין מהותי**, כי אז יש להורות על **בטלות ההסכם** בהתאם לסעיף 32 (א) לחוק הגנת הצרכן ו/או בהתאם לסעיף 7 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תש"לא - 1970 (לחלק: "חוק החוזים תרופות"), ובהמשך לכך להיביב את יס להשיב למבקש את הסכומים אותם שילם לה כפי חובתה על פי סעיף 32 (ב) לחוק הגנת הצרכן ו/או סעיף 9 לחוק החוזים תרופות.

ניהול משא ומתן שלא בתום לב כאמור בחוק החוזים:

72. סעיף 12 (א) לחוק החוזים קובע כי:

(א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

73. המבקש יטען, כי עובר לחתימת הסכם ההתקשרות ולבטוח עובר לביצוע כל הזמנה, הייתה חובה על יס לגלות ולהבהיר למוזמינים באופן שאינו משתמע לשני פנים כי הצפייה אפשרית רק בין השעות 5:00-22:00, שכן בעוד שעסקינן בעובדות שהינן בידיעתה המלאה של יס, הן כלל אינן נגישות ללקוחותיה:

"חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה עובדות חשובות, ואפילו עובדות שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה"

פרופ' גבריאלה שלן, "דיני חושים – החלק הכללי", (התשס"ה – 2005) עמ' 150.

קיום הסכם שלא בתום לב בתום לב:

74. סעיף 39 לחוק החוזים קובע כי:

בקיום של חייב הנובע מחזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

75. המבקש יטען, כי מקום בו אין חולק כי החלטות המועצה היו וידועות ליס, הרי שחייבה עליה חובה לציין את מגבלת הצפייה הנטענת בפני לקוחותיה הן בהסכם ההתקשרות ולבטוח בעת ביצוע הזמנה, ומשכנע כי היא נמנעה מלגלות חדבר ללקוחותיה, יש לראותה כמו שמקיימת את ההסכם עימם בחוסר תום לב.

76. המבקש יוסיף ויטען, כי חוסר תום ליבה של יס בקיום ההסכם אף מוצא מקומו בעובדה כי בעוד שפלטפורמות המפירות יס אינה מאפשרת צפייה, בפלטפורמות ההזמנה האחרות היא מתעלמת לגמרי ממגבלת השידור הנטענת וממילא "האבחנה" והאפליה אותה היא עושה בין המזמינים השונים /או הפלטפורמות השונות הינן שרירותיות ומלאכותיות וממילא אינו בתום לב.

אי התאמה על פי חוק המכר:

77. סעיף 11 לחוק המכר תשכ"ח -- 1968 קובע כי:

11. המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר –
- (1) רק חלק מהמכר או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם;
 - (2) נכס שונה או נכס מסוג או תיאור שונה מן המוסכם;
 - (3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימוש הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם;

- (4) נכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה, זולת אם הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה;
- (5) נכס שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים.

78. המבקש יטען, כי מקום בו נמצא כי יש מאפשרת צפייה בפרק זמן של 7 שעות בלבד בעוד שהיא מבטיחה לאפשר צפייה במשך 24 שעות, הרי שיש לראותה כמי שמפירה את הוראות ס"ק 1, 2, 4, 5 לחוק דלעיל.

הפרת חובה חקוקה על פי פקודת הנזיקין:

79. סעיף 56 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע כי:

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

80. המבקש יטען, כי בהימנעותו של יס מלציין בפני לקוחותיה, תן בהסכם ההתקשרות ובעיקר בעת ביצוע ההזמנת עצמה כי היא אינה מאפשרת צפייה במשדרים המוזמנים שלא בין השעות 22:00 – 5:00, ביצעה יס את עולת הפרת חובה חקוקה, שכן היא הפרה, תוך גרם נזק למבקש, את הוראות 2, 3, 14 ו- 14 ג' לחוק הגנת הצרכן וכן את הוראות סעיף 2 א' לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 - כל אלה הם חוקים המטילים חובות ואיסורים על "עוסקים" במטרה להגן על הצרכנים מפני התנהלותם.

תרמית על פי פקודת הנזיקין:

81. סעיף 56 לפקודת הנזיקין קובע כי:

תרמית היא היצג כוזב של עובדה, בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמינותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג את אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי היצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממון.

82. המבקש יטען, כי מקום בו אין חולק כי יס מכירה היטב את החלטת המועצה מחד, ומשנמצא כי יס מציגה בפני לקוחותיה מצג ולפיו השידור ימשך במשך 24 שעות באופן חופשי ורצוף מאידך, כי אז יש לראות את יס כמי שמציגה מצג כוזב בפני לקוחותיה מתוך כוונה להטעותם וכי כפועל יוצא מכך נגרם ללקוחותיה נזק ממון.

רשלנות על פי פקודת הנוזקין:

83. המבקש יוסיף ויטען כי התנהלותה של יס המתוארת לעיל הינה אף בבחינת רשלנות על פי פקודת הנוזקין.

84. ראשית, אין חולק כי מחד ליש חובת זהירות מושגית כלפי לקוחותיה בכלל וחובת זהירות קונקרטית כלפי לקוחותיה בכלל וכלפי לקוחותיה המזמינים משדרים בתשלום, בפרט.

85. המבקש יטען, כי משמנעת יס מלציין בפני לקוחותיה את מגבלת השידור הנטענת, ממילא ידעה ואו היה עליה לדעת כי אין שום בסיס להבטחתה בהסכם ההתקשרות ולבטוח בעת ביצוע ההזמנה עצמה לאפשר צפייה במשך 24 שעות, ומשמנעא כי לא זאת בלבד שהיא לא ציינה בפני לקוחותיה את מגבלת הצפייה הנטענת אלא שהיא הבטיחה להם באופן מוזיטיבי כי השידור ימשך ללא הפסקה, מן הדין לקבוע כי היא התרשלה.

עשיית עושר ולא במשפט:

86. המבקש יטען, כי בהתנהלותה דלעיל יס אף מתעשרת ולא במשפט על חשבוננו ועל חשבונם של כלל לקוחותיה המזמינים משדר בתשלום.

87. המבקש יטען, כי מקום בו יס מבטיחה ללקוחותיה שידור במשך 24 שעות וגובה מחיר מלא בגין כך, אך בפועל היא מאפשרת צפייה בפרק זמן קטן בהרבה, אין כל ספק כי יס מתעשרת על חשבונן לקוחותיה שלא כדין.

הסעדים האישיים הנתבעים:

88. המבקש יטען, כי לאור האמור לעיל על יס להשיב לו את הסכומים הבאים:

א. סך של 25.32 ₪ בגין הזמנת משדר בפלטפורמת יס מקס באמצעות המענה חקולי ביום 15.1.14.

ב. סך של 35.32 ₪ בגין הזמנת משדר בפלטפורמת יס מקס באמצעות נציג חשירות ביום 12.2.14.

ג. סך של 22.90 ₪ בגין הזמנת משדר בפלטפורמת וי. או. די. באמצעות שלט הטלוויזיה ביום 20.1.14.

89. לחילופין ומבלי לגרוע מן האמור לעיל יטען המבקש, כי יש לחזרת ליש להשיב לו את ההפרש ואת החלק היחסי שבין שעות הצפייה המובטחות (24) לבין שעות הצפייה האפשריות בפועל (7), שכן ברור כי אין לאפשר ליש להותיר בידה כספים בגין שירותים אותם היא לא סיפקה, וזאת בין היתר, מכוח סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט ו/או סעיף 10 לחוק החוזים תרופות ו/או סעיף 28 לחוק המכר.

90. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את יס לשלם למבקש סך סך 16.7 ש"ח (המחווה 20% מסכום החזמנות שאת התשלום בגינן מבוקש להשיב) וזאת בגין עגמת נפש ו/או פגיעה באוטונומיה שנגרמו למבקש כאשר חפץ לצפות במשדרים שהזמין למחרת חיום אך חדבר לא התאפשר לו.

התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

התובענה נסמכת על פרט 1 שבתוספת:

91. סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית לפי פרט המופיע בתוספת השנייה לחוק. היות ואין מחלוקת כי המבקש הינו "לקוח" ויס הינה "עוסק" כאמור בפרט 1 לתוספת השנייה, ממילא ברור כי תנאי זה התקיים.

למבקש עילת תביעה אישית:

92. סעיף 4 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי מי שיש לו עילת תביעה אישית זכאי להגיש תובענה ייצוגית. המבקש יטען, כי מן המפורט לעיל עולה כי יש בידו מספר עילות תביעה כנגד יס המתוארות בהרחבה לעיל, שכן אין חולק כי המבקש עצמו התקשר עם יס ו/או כי הנוק כתוצאה מהתנהלותה של יס נגרם לו באופן אישי.

התביעה מעוררת שאלות מהותיות משותפות של משפט ועובדה:

93. סעיף 4 (א) וסעיף 8 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובעים, כי על מנת שבקשה לאישור תובענה ייצוגית תתקבל, יש להראות כי בין המבקש לבין הקבוצה המיוצגת קיימות שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט.

94. המבקש יטען, כי במקרה דנן אין כל ספק כי גם תנאי זה מתקיים היות ועסקינן בדרך התנהלות קבועה של יס, בהסכם התקשרות סטנדרטי, בהודעות/מסרים/מצגים קבועים ותבניותיים אליהם נחשפים הלקוחות בעת הזמנת המשדרים (שהרי עסקינן במענה קולי אוטומטי ובהודעות קבועות על גבי מסך הטלוויזיה), כמו גם שעסקינן במחיר זהה שאותו משלמים כולם בגין משדרים אלה.

95. כך, בין היתר, בית המשפט הנכבד יתבקש בדרך להכריע בשאלה האם יס מפירה את הסכם ההתקשרות ו/או את התחייבויותיה בעת ביצוע החזמנת כשהיא אינה מאפשרת שידור רצוף וחופשי במשך 24 שעות ו/או בשאלה האם יש בהתנהלותה זו משום הטעיית לקוחותיה ו/או כל עוולת אחרת עליה נסמכת הבקשה דנן.

96. המבקש יטען, כי במצב דברים בו הכרעה בשאלה דלעיל ו/או בכל שאלה אחרת העולה מהבקשה נוגעת לכלל חברי הקבוצה היות וקיימת זהות מוחלטת בין המבקש לבין כלל חברי הקבוצה, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי, מן הדין לקבוע כי גם תנאי זה מתקיים.

קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה:

97. סעיף 8 א (1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בקשה לאישור תובענה כייצוגית תתקבל באם ימצא בית המשפט הנכבד כי קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תתקבל.

98. המבקש יטען, כי כמפורט לעיל, אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי יש מבטיחה ללקוחותיה אפשרות צפייה במשך 24 השעות שלאחר ביצוע החזמנה אך בפועל אינה מאפשרת זאת, באופן המביא לכלל מסקנה כי לכל הפחות קיימת **אפשרות סבירה** כי התובענה כנגד יס תתקבל על בסיס אחת מהעילות עליהן נסמכת חבקשה, ולפיכך מן הדין לקבוע כי גם תנאי זה מתקיים.

תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת:

99. סעיף 8 א (2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי יש לחראות לבית המשפט הנכבד כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

100. המבקש יטען, כי בעניינו עסקינן בקבוצה גדולה מאוד (להערכתו מדובר באלפים רבים של מנויים חזומינים מים משדרים למבוגרים בתשלום על בסיס קבוע), שזהותם אינה ידועה למבקש וממילא לא ניתן לאגדם לשם הגשת תובענה רגילה, **מה גם שאין זה בלתי נמנע כי עסקינן בעניין אינטימי של חברי הקבוצה אשר קרוב לוודאי כי חלק ניכר מהם לא יחמצו ליתן לו פומבי.**

101. יתר על כן, במקרה דנן עסקינן בנוק בסך של עשרות שקלים בלבד שנגרם לכל חבר קבוצה אשר אין כל כדאיות כלכלית להגיש בגינו תובענה רגילה, כך שגם מטעם זה ראוי לברר התובענה כייצוגית, מה גם שאם וכלל שיוגשו תובענות כאמור, יגרום הדבר לריבוי התדיינות באותם עניינים שגם את זאת נועד החוק למנוע.

102. כמבואר לעיל, התובענה אינה מצריכה לערוך בירור ספציפי לגבי כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד, שכן מסכת העובדותיו זהה לגבי כולם, היות וכולם התקשרו עם יס באותו הסכם ולכולם הוצגו אותם מצגים בעת ביצוע החזמנה עצמה.

103. בנוסף על כל אלה ובשים לב למטרות של חוק תובענות ייצוגיות כפי שמוצאת מקומה, בין היתר, בסעיף 1 לחוק, במקרה דנן מטרת התובענה הינה לאכוף את זכויותיהם של לקוחותיה של יס ולאפשר להם גישה מעשית לערכאות על מנת להביא את יס לנהוג עימם בהגינות המתחייבת מאופי היחסים ביניהם.

קיימת אפשרות סבירה כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב:

104. המבקש ובי"כ (אחיו של המבקש) נכונים להשקיע מזמנם וממורצם על מנת לנהל את החליף בדרך הולמת ולטובת חברי הקבוצה.

105. קיימת חפיפה מוחלטת בין האינטרס של המבקש לבין האינטרס של כלל חברי הקבוצה באופן שתוצאות המבקש בתובענה משמעותה הצלחת חברי הקבוצה.

106. אין כל ספק כי התובענה, המבוססת על מספר עילות, הוגשה בתום לב על ידי המבקש.

הגדרת הקבוצה:

107. הטמכות להגדיר את חברי הקבוצה נתונה לבית המשפט הנכבד בהתאם לסעיף 10 (א) לחוק תובענות ייצוגיות.

108. ברם, המבקש מציע כי הקבוצה תוגדר באופן הבא:

כל לקוחותיה של יס אשר הזמינו ממנה משדרים בתשלום המיועדים למבוגרים בשבע השנים האחרונות שלפני הגשת הבקשה בפלטפורמת יס מקס (חן באמצעות המענה הקולי והן באמצעות נציג השירות) וכן בפלטפורמת וי. או. די באמצעות שלט הטלויזיה.

109. ברי כי ניתן יהיה להגדיר ולאתר את חברי הקבוצה בנקל, שהרי ביד יס קיימים מלוא הנתונים הרלוונטיים לכך, ובכלל זה ביד יס מידע אודות זהות אלה שהזמינו משדרים למבוגרים בתשלום, פלטפורמת ההזמנה, אופן ביצוע ההזמנה, מועדי ההזמנה והסכום ששילמו בגינה.

110. לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להגדיר את הקבוצה באופן אחר בהתאם לשיקול דעתו והמבקש נוטל על עצמו לייצג כל קבוצה אחרת האו מצומצמת שתוגדר.

הנזק והסעדים הנתבעים לכלל חברי הקבוצה:

111. כאמור לעיל, נכון לסוף שנת 2012 היו בבעלותה של יס 578,000 מנויים כמו גם שמבדיקה אותה ערך המבקש בעיתונות האינטרנטית הכלכלית עלה, כי במשך 7 השנים האחרונות מספר מנייה של יס **לא פחת** מהסך של 500,000 מנויים בכל שנה, ולפיכך החישוב יערך להלן על בסיס נתון (מופחת) זה.

112. המבקש יטען, כי בהערכה זריחה ומצומצמת, במהלך 7 השנים האחרונות כ - 1% **בלבד** מן המנויים הזמינו משדר למבוגרים באמצעות הפלטפורמות המפירות בתדירות של **אחת לחודש** ומשכך נמצא כי במשך התקופה של 7 השנים האחרונות הזומנו 420,000 משדרים כאמור (500,000 מנויים * 1% * 12 הזמנות בשנה * 7 שנים).

113. כרם, הואיל וחמחיר המינימלי של משדר תינו 22.90 ₪ (בפלטפורמת וי. או. די), הרי שבסך הכל גבתה יס מלקוחותיה כגון משדרים בתשלום בפלטפורמות המפירות במהלך 7 השנים האחרונות את הסך של 9,618,000 ₪ שאותו מבוקש כי תשיב.

114. לחילופין בלבד, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות ליס להשיב ללקוחותיה את החלק היחסי של התשלום בהתחשב בזמן הצפייה האפשרי בפועל, ובתוך כך לחייבה להשיב את הסך של 2,805,249 ₪ (9,618,000 ₪ * 7/24).

115. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את יס לשלם לתברי הקבוצה את הסך של 1,923,600 ₪ בגין עגמת הנפש והפגיעה באוטונומיה.

116. יאמר, כי המבקש שומר לעצמו את הזכות לתקן את סכום תביעתו כאמור לעיל לאחר קבלת כל המידע הרלוונטי מייס, ולצורך כך מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את יס לגלות למבקש את כמות ההזמנות שהתבצעו בפלטפורמות המפירות במשך 7 השנים האחרונות וכן את הסכום המצרפי שהתקבל בגיין במשך תקופה זו.

117. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא תחת ידו צו עשה המחייב את יס לאפשר גם בפלטפורמות המפירות צמייה במשדרים המוזמנים למשך 24 שעות ממועד הזמנתם ולרבות שלא בין השעות 00:00-22:00.

118. לחילופין מתבקש בית המשפט הנכבד, להוציא תחת ידו צו עשה המחייב את יס לציין בפני לקוחותיה ברחל בתך הקטנה, הן בהסכם החתקשורות ולבטח בעת ביצוע ההזמנות עצמן, כי הצפייה במשדרים למבוגרים אפשרית רק בין השעות 00:22 ועד 00:05 וכי בשעות אחרות המשדר המוזמן יהיה חסום לצפייה.

119. יהא זה מן הדין ומן הצדק להורות כמבוקש.

אסי כהן עו"ד
ב"כ המבקש