



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

מספר בקשה: 1

לפני: כבוד השופט יצחק ענבר

המבקש:

דוד ספיר

ע"י עוה"ד יוחי גבע ואמיר ישראלי

נגד

המשיבה:

פלאפון תקשורת בע"מ

ע"י עוה"ד רון ברקמן, נחום קובובסקי ושרון מרקוביץ

החלטה

1. המבקש, לקוח של המשיבה, רכש מהמשיבה (להלן - פלאפון) מכשיר טלפון סלולארי הפועל בטכנולוגיית GSM, באמצעות כרטיס "חכם" המכונה כרטיס SIM. כרטיס ה-SIM, המכיל את פרטי המנוי הסלולארי, יוצר את השיוך בין המנוי לבין הרשת שבה הוא משתמש. בענייננו: מנוי פלאפון מחזיק בכרטיס SIM של פלאפון ויכול להשתמש ברשתה.

2. המבקש קבל את הטלפון לחזקתו כאשר הוא "נעול". "נעילה" של מכשיר היא חסימה טכנולוגית, המגבילה את המכשיר לשימוש עם כרטיס SIM של מפעיל מסוים בלבד. הנעילה במקרה דנן נעשתה על-ידי יצרן המכשיר על-פי בקשתה של פלאפון ומפרט שהעבירה ליצרן (עמ' 2 לפרוטוקול ישיבת 7/9/11). במכשיר נעול, אשר נרכש ברשת פלאפון, ניתן לעשות שימוש רק באמצעות כרטיס SIM של רשת פלאפון (סעיפים 29-35 לתגובת פלאפון). משמעותה של הנעילה היא אפוא שהמבקש אינו יכול לעבור עם הטלפון לרשת של מפעיל סלולארי אחר. זאת ועוד: המבקש אף אינו יכול להשתמש בשירותיו של מפעיל סלולארי זר כאשר הוא נמצא מחוץ לישראל, אלא הוא נאלץ להוסיף להשתמש בשירותיה של פלאפון, שהם יקרים יותר (עמ' 3 לפרוטוקול ישיבת 7/9/11).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

3. ביום 18/7/10 שילם המבקש לפלאפון סך של 84.99 ₪ עבור "פתיחת" המכשיר ובכך הוסרה המניעה להשתמש בו ברשתות של מפעילים סלולאריים אחרים, אם בישראל אם מחוצה לה.

4. לטענת המבקש, סך של 84.99 ₪ הנ"ל נגבה ממנו ומלקוחות אחרים כמותו שלא כדין ותוך הפרת תנאי רישיונה של פלאפון. מכאן בקשתו להכיר בתביעתו כייצוגית ולהתיר לו לייצג את כל מנוייה של פלאפון, אשר שילמו לה כספים עבור ביטול נעילת מכשיר. הסעד העיקרי המבוקש הוא השבת הסכומים שנגבו כאמור על-ידי פלאפון מכלל לקוחותיה, הנאמדים ב-15,000,000 ₪. לחלופין, נתבע פיצוי לטובת הציבור.

5. פלאפון מתנגדת לבקשה. בתגובתה המפורטת אישרה פלאפון כי בתקופה הרלבנטית נהגה לנעול מכשירי טלפון שמכרה ללקוחותיה ולפתוח את הנעילה, אם הלקוח ביקש זאת, תמורת תשלום. אך לטענתה, נעילת המכשיר כמו גם התניית מכירת המכשיר באי קבלת שירותים ממפעיל אחר, אינה אסורה. זאת ועוד: נעילת מכשירי טלפון או פתיחתם אינן "פעולת בזק" או "שירות רט"ן", ולפיכך אין מניעה בדין לביצוען או לאספקתן תמורת תשלום. נעילת המכשיר אף יוצרת תמריץ שלילי לגנוב את המכשיר ונעשתה אפוא לתכלית ראויה. זאת ועוד: בחודש דצמבר 2010 תקנה הכנסת את חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן - חוק התקשורת) בדרך של הוספת סעיף 51ג(ב), אשר אסר על בעל רישיון ומי שעוסק בסחר בציוד קצה רט"ן לבצע נעילות מכשירים. תוקף איסור זה מיום 1/1/2011. החוק הוסיף וקבע, כי בעל רישיון ומי שעסק בסחר במכשירים סלולארי, אשר ביצע חסימה במכשירים שמכר קודם ליום התחילה, לא יגבה מלקוחותיו תשלום כלשהו עבור פתיחת הנעילה. לטענת פלאפון, הוראות אלו מלמדות שהמחוקק היה מודע לאופן התנהלותן של החברות הסלולאריות, אך כל שהורה להן הוא כי מכאן ולהבא לא יגבו תשלום בגין פתיחת נעילה. בכך יש כדי ללמד כי עד ליום תחילת התיקון לחוק הייתה הנעילה מותרת והוא הדין באשר לפתיחתה כנגד תשלום. פלאפון מוסיפה וטוענת, כי נוכח התערבותו של המחוקק אף אין העניין מתאים להידון כתובענה ייצוגית. ועוד נטען שהמבקש אינו כשיר לשמש כתובע ייצוגי מחמת חוסר תום לב, שכן הוא לא פנה לפלאפון קודם להגשת בקשת האישור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

עילת תביעה אישית וקבוצתית

6. על-פי סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן - חוק תובענות ייצוגיות), על המבקש לשכנע בקיומה של עילת תביעה אישית "במידת הסבירות הראויה - ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד" (ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ, עמוד 10, לא פורסם (6/5/2009); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 10, לא פורסם (26/4/2010)). לתנאי סף זה מתקשר סעיף 8(א)(2) לחוק, המטיל על המבקש לשכנע כי "יש אפשרות סבירה" שהשאלות המשותפות העולות בתובענה יוכרעו לטובת הקבוצה. להלן אבחן תנאים אלו במאוחד. אפתח בסקירתה של התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין.

7. סעיף 2(ב) לחוק התקשורת קובע את החובה לקבל רישיון לביצוע "פעולות בזק" או למתן "שירותי בזק". וזו לשונו של הסעיף:

לא יבצע אדם פעולות בזק ולא יתן שירותי בזק אלא אם
קיבל מאת השר רישיון לכך לפי חוק זה או מכוח היתר כללי
לכך.

סעיף 3(2) לחוק קובע, כי הוראת סעיף 2(ב) הנ"ל לא תחול על "ייצור מתקן בזק או חלק ממנו". לסייג זה אחזור בהמשך.

8. סעיף 1 לחוק התקשורת מגדיר את המונחים הרלבנטיים להגדרת "שירותי בזק", כדלהלן:

"שירותי בזק" - ביצוע פעולות בזק למען הזולת";
"פעולות בזק" - הפעלת מיתקן בזק, התקנתו, בנייתו או קיומו, הכל למטרת בזק";
"בזק" - שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות";
"מתקן בזק" - מיתקן או התקן שנועד מעיקרו למטרות בזק, ולעניין פרקים ז' ו-ח' - מיתקן או התקן המשמש או המיועד לשמש לצרכי בזק והכל לרבות ציוד קצה";



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

"ציוד קצה" - ציוד בזק, לשימושו של מנוי המתחבר או המיועד להתחבר מחצרו של המנוי או מכל מקום אחר לרשת בזק ציבורית באמצעות המישק המיועד לכך, לרבות ציוד רדיו טלפון נייד...".

9. סעיף 11(א) לחוק התקשורת קובע:

בעל רישיון יבצע פעולות בזק וייתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר על-פי הרישיון שהוענק לו ועל-פי התקנות והכללים שנקבעו לפי חוק זה.

10. סעיף 14' לחוק התקשורת, שכותרתו: "התניית שירות בשירות", קובע:

בעל רישיון, או בעל רישיון לשידורים, לא יתנה, במישרין או בעקיפין, מתן שירות, ברכישה או בקבלה של שירות אחר, הניתן על ידו או על ידי אחר, או באי קבלת שירות מבעל רישיון אחר או מבעל רישיון לשידורים אחר, אלא אם כן השר, או המועצה, לפי העניין, התירו לו לעשות כן, בתנאים או בלא תנאים; בסעיף זה, 'שירות' - שירותי בזק או שידורים.

11. "שירותי רט"ן" מוגדרים ברישיונה של פלאפון כ"שירותי בזק הניתנים באמצעות מערכת הרט"ן" - "מערכת רדיו טלפון נייד" (וראו את ההגדרות המפורטות בסעיף 1.1 לרישיון).

היקף הרישיון מוסדר בסעיף 7 לרישיון, הקובע כי "בעל הרישיון רשאי, לפי רישיון זה ובכפוף לכל הוראותיו ותנאיו, להקים, לקיים, לתחזק ולהפעיל מערכת רט"ן, ולספק באמצעותה שירותי רט"ן לציבור ישראל". בהמשך הדברים מפורטים ברישיון שירותים שונים שבעל הרישיון הוסמך לתיתם. סעיף 7.2 קובע, כי-

בעל הרישיון לא יהיה רשאי לספק כל שירות רט"ן או שירות בזק אחר שלא הותר במפורש לספקו במסגרת רישיון זה.

אין מחלוקת, כי נעילת מכשיר או פתיחתו אינם נמנים על השירותים שלפלאפון הותר לספקם על-פי הרישיון.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

12. סעיף 73 לרישיון קובע, כי בעל הרישיון זכאי לגבות ממנוייו תשלומים עבור שירותי רט"ן. להלן מפורטת רשימת שירותים שבגינם ניתן לגבות תשלום. אין מחלוקת, כי פתיחת מכשיר אינה נמנית גם על שירותים אלו.

13. על רקע תשתית משפטית זו טוען המבקש כדלקמן:

א. נעילת המכשיר עובר לתחילת השימוש בו על ידי הלקוח יוצרת ולו בעקיפין התניה של קבלת שירות מפלאפון (הפעלת המכשיר ברשתה באמצעות כרטיס SIM) באי קבלת שירות ממפעיל אחר (שהרי השימוש במכשיר אפשרי רק באמצעות כרטיס SIM של פלאפון). התניה זו מנוגדת לסעיף 14' לחוק התקשורת.

ב. רישיונה של פלאפון אינו מתיר לה לנעול את המכשיר, ומכאן שהנעילה מפרה את סעיף 7.2 לרישיון.

ג. הרישיון אינו מתיר לפלאפון לגבות כספים עבור פתיחת מכשיר נעול, ולכן הגבייה מנוגדת לסעיף 73 לרישיון.

ד. הפרתם של חוק התקשורת ושל תנאי הרישיון כמפורט לעיל מהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה בניגוד לסעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן - פקודת הנזיקין). זאת בהינתן, בין היתר, הוראת סעיף 11(א) לחוק התקשורת, המחייבת את פלאפון לתת שירותי בזק באורח תקין וסדיר על-פי רישיונה.

ה. התיקון שנעשה לא מכבר לחוק התקשורת מצהיר על מצב משפטי שהיה קיים ממילא ולא נועד אלא להסיר ספק.

14. פלאפון טוענת, מנגד, כדלקמן:

א. מכירת מכשיר טלפון אינה "שירות בזק", ומכאן שהתניית המכירה באי קבלת שירותים ממפעילים אחרים אינה אסורה לפי סעיף 14' לחוק התקשורת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

ב. חובת הרישוי החלה על פלאפון אינה נסבה אלא על "פעולות בזק" ו"שירותי בזק", והרישיון מסדיר אך ורק מתן שירותי רט"ן, לאמור: פעולות ושירותי בזק הניתנים באמצעות מערכת הרט"ן. הרישיון וחוק התקשורת אינם מכוונים להסדיר פעולות ושירותים אחרים, שאינם שירותי רט"ן, אשר פלאפון חופשית לספקם ללא מגבלות כלשהן וזאת כמתחייב מעקרון החוקיות ומזכותה של פלאפון לחופש העיסוק.

ג. נעילת מכשיר או פתיחתו אינן "שירותי בזק" וממילא שאינן "שירותי רט"ן", ומכאן שהוראות חוק התקשורת שעליהן מבסס המבקש את טענותיו, כמו גם הוראות הרישיון, כלל אינם חלים עליהן. פלאפון רשאית אפוא לספק שירותים אלה ללא מגבלות שמקורן בחוק התקשורת או ברישיון.

ד. המחוקק אסר על ביצוע נעילה ועל גביית תשלום עבור הסרתה רק בחודש ינואר 2011 וגם בכך יש כדי ללמד, כי עד לאותו מועד היו פעולות אלו מותרות.

15. אקדים מסקנה לדיון ואומר, כי עמדתו של המבקש עדיפה בעיני על-פני עמדתה של פלאפון. להלן יובאו הנימוקים למסקנתי, אחד לאחד.

16. טענתו הראשונה של המבקש היא, כי פלאפון הפרה את הוראתו של סעיף 14' לחוק התקשורת, האוסר על בעל רישיון, בין היתר, להתנות, במישרין או בעקיפין, מתן שירות הניתן על-ידו באי קבלת שירות מבעל רישיון אחר. אני סבור שיש לכאורה ממש בטענה זו ולהלן אסביר את דבריי:

תכליתו של סעיף 14' לחוק התקשורת היא לעודד את התחרות החופשית ולמנוע מצב שבו יכפה בעל רישיון על לקוח שירותים, או ימנע ממנו לקבל שירותים ממפעילים אחרים. בענייננו אין מחלוקת, כי לקוח הרוכש מפלאפון מכשיר טלפון נייד במטרה לעשות בו שימוש בכרטיס SIM של רשת פלאפון, מקבל לחזקתו מכשיר נעול, היינו, נמנע ממנו מראש לעשות שימוש בכרטיסי SIM של מפעילים סולאריים אחרים. כפועל יוצא מכך, כאשר ישהה הלקוח בחו"ל לא יוכל להשתמש ברשתות של מפעילים מקומיים, אלא יידרש להוסיף להשתמש ברשת של פלאפון בעלות יקרה יותר. בדומה לכך, לא יוכל לעשות במכשיר הטלפון שימוש בכרטיסי SIM של מפעילי ישראלי אחר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

אפשרות הפעלת המכשיר שנרכש כאמור מפלאפון ברשת התקשורת של פלאפון - המהווה לכל הדעות קבלת "שירות בזק" מפלאפון - כרוכה אפוא מניה וביה בחסימת האפשרות לקבל שירותים מבעלי רישיונות אחרים, כאשר לצורך ביטול החסימה נדרש הלקוח לשלם לפלאפון תשלום בסך של 84.99 ₪. פלאפון מתנה אפוא - ולו בעקיפין - את מתן שירותי בזק מטעמה (השימוש במכשיר ברשת פלאפון) באי קבלתם של שירותי בזק ממפעילים אחרים. הדבר נעשה מבחינה טכנית באמצעות פעולה טכנולוגית במכשיר (נעילה), אך עובדה זו אינה גורעת כהוא זה מכך שמדובר בהתניה אסורה.

ודוק: רכיביה של ההתניה הפסולה אינם מכירת המכשיר - אי קבלת שירותים ממפעילים אחרים, כנטען על ידי פלאפון בתגובתה; אלא רכיביה הם מתן אפשרות שימוש במכשיר ברשת פלאפון - אי קבלת שירותים ממפעילים אחרים. כפי שהוסבר לעיל, נעילת מכשיר של לקוח המבקש להשתמש במכשיר באמצעות כרטיס ה-SIM של פלאפון, חוסמת בפני הלקוח את האפשרות לעשות במכשיר שימוש ברשתות אחרות. חסימה זו מפרה לכאורה את האיסור שבסעיף 14' לחוק התקשורת.

17. אשר לטענות המבקש בדבר הפרת תנאי הרישיון של פלאפון, הרי שצודקת פלאפון בציינה, כי חובת הרישוי נשוא סעיף 2(ב) לחוק התקשורת לא נקבעה אלא ביחס ל"פעולות בזק" ו"שירותי בזק". סעיף 11(א) לחוק התקשורת קובע אף הוא, כי "בעל רישיון יבצע פעולות בזק וייתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר על פי הרישיון שהוענק לו...". גם הגדרת מטרתו של הרישיון וסעיפים 7, 73 ו-96 לרישיון, מתייחסים כולם במפורש ל"שירותי רט"ן". נוכח לשונם המפורשת של הוראות החוק והרישיון, הנחת המוצא לדיון היא כי פלאפון נדרשה לרישיון אך ורק לשם ביצוע "פעולות בזק" או לשם מתן "שירותי בזק". פעולות שאינן "פעולות בזק", או שירותים שאינם "שירותי בזק" - אינם חוסים תחת כנפיו של הרישיון, וממילא שפלאפון רשאית לבצעם ללא שחלות עליה מגבלות שמקורן ברישיון (לדעה שונה ראו: ת"צ (ת"א) 1847/09 קסטנבאום נ' פלאפון תקשורת בע"מ, לא פורסם (29/6/2011)). עולה מכאן, שהשאלה הראשונה שיש להכריע בה בהקשר לטענות בדבר הפרת תנאי הרישיון היא, האם נעילת מכשיר או פתיחתו מהווים "פעולות בזק" ו"שירותי בזק". נפנה ונבחן שאלה זו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

18. "פעולת בזק", בהקשר למכשיר טלפון נייד (המהווה "ציוד קצה"), היא הפעלת המכשיר, התקנתו, בנייתו או קיומו, הנעשים למטרת שידור או קליטת סימנים, קולות או מידע. "שירות בזק" הוא ביצוע פעולות אלו למען הזולת. עמדתי היא, כי נעילת מכשיר טלפון או פתיחתו הן "שירות בזק". אסביר: נעילת מכשיר היא ביצוע פעולה טכנולוגית במכשיר, אשר תכליתה לייחד את אפשרויות השידור והקליטה של המכשיר לכרטיס SIM של רשת פלאפון ולחסום בדרך זו את האפשרות לשדר או לקלוט אותות באמצעות כרטיס של מפעילים סלולאריים אחרים. פתיחת מכשיר, אשר עבודה גובה פלאפון תשלום בסך של 84.99 ₪, היא פעולה טכנולוגית של פריצת אפיון הנעילה (סעיף 99 לתגובת פלאפון), אשר תכליתה לאפשר למכשיר לשדר ולקלוט גם באמצעות כרטיסים של מפעילים סלולאריים אחרים. המדובר בפעולות הנעשות במכשיר הטלפון הנייד, הבאות ככאלו בגדר ההיגד: "הפעלת מכשיר..התקנתו..או קיומו". תכליתן המיידית של הפעולות הוא להגדיר ולתחום את אפשרויות השידור והקליטה במכשיר ומכאן, שהן נעשו למטרת שידור או קליטה, היינו, ל"מטרת בזק". פעולות אלו מהוות אפוא "פעולות בזק", ומאחר שהן נעשו למען לקוח הן גם בגדר "שירות בזק". פעולות אלו חוסות אפוא תחת הוראותיהם של החוק והרישיון.

19. ב"כ פלאפון הטעים בסיכומיו, כי הנעילה מבוצעת במכשיר עצמו וזוהי למעשה "אחת מתכונותיו של המכשיר". בהקשר זה הפנה להוראתו של סעיף 3 לחוק התקשורת, המחריג מחובת הרישוי "יצור מתקן בזק או חלק ממנו". אין בידי לקבל טענה זו: נעילת מכשיר על ידי פלאפון אינה מהווה חלק מהמהלך הרגיל של ייצור מכשיר, אלא היא נוגעת לשימוש שניתן לעשות במכשיר ברשת הרט"ן של פלאפון. בוודאי שפריצת אפיון הנעילה של המכשיר אינה מהווה חלק מתהליך היצור, מה עוד שהיא יכולה להתבצע זמן רב לאחר שהלקוח כבר החל להשתמש במכשיר. ראיה נוספת לכך שנעילת המכשיר ופריצת הנעילה אינם נוגעים למהלך הרגיל של ייצור המכשיר, אלא לאופן השימוש בו, נמצאת בסעיף 4 לתנאים הכלליים אותם צירפה פלאפון לתגובתה (כנספח 3), אשר כותרתו: כרטיס SIM, הקובע כי "פלאפון תהא רשאית לבצע נעילת מכשיר באופן שיתאפשר שימוש בו בכרטיס SIM שהונפק על ידי פלאפון בלבד. פתיחת הנעילה תהיה רק על ידי פלאפון ועל פי נהליה ותהא כרוכה לעתים, בין השאר, בתשלום ו/או בהשבת הנחה או הטבה כלשהי, בהתאם לתנאי פלאפון". רואים אנו, כי אין קשר בין ייצור



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

המכשיר ובין נעילתו. אשר לפתיחת הנעילה, היכולה להתבצע זמן רב לאחר רכישתו של המכשיר, על אחת כמה וכמה.

20. משקבעתי לעיל כי נעילת מכשיר ופתיחת הנעילה הן "פעולות בזק" ו"שירותי רט"ן" יש להוסיף ולבחון, האם בביצוע פעולות אלו הפרה פלאפון את הוראותיהם של חוק התקשורת ושל הרישיון. לדעתי יש להשיב על כך בחיוב. אבאר:

א. סעיף 7.2 לרישיון קובע כי פלאפון לא תהיה רשאית לספק כל שירותי רט"ן או שירותי בזק אחר שלא הותר לה במפורש לספקו במסגרת הרישיון. אין מחלוקת, כי הרישיון לא התיר לפלאפון לנעול מכשירים או לפתחם.

ב. סעיף 74 לרישיונה של פלאפון מגדיר את השירותים בעבורם רשאית פלאפון לגבות תשלום מלקוחותיה. אין מחלוקת, כי הוראה זו אינה מתירה גביית כספים עבור שירות של פתיחת מכשיר נעול.

ג. יצוין כי הפרת תנאי הרישיון כמפורט לעיל מהווה לכאורה הפרה של סעיף 11(א) לחוק התקשורת הקובע, כי "בעל רישיון יבצע פעולות בזק וייתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר על פי הרישיון שהוענק לו ועל פי התקנות והכללים שנקבעו לפי חוק זה".

21. מקובלת עלי עמדתו של המבקש, כי הפרתן לכאורה של הוראות חוק התקשורת שנזכרו לעיל מהווה בנסיבות העניין עוולה של הפרת חובה חקוקה, המוסדרת בסעיף 63 לפקודת הנזיקין. יסודותיה של עוולת הפרת חובה חקוקה הם אלו: (א) קיומה של חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק; (ב) החיקוק נועד לטובתו של הניזוק; (ג) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו; (ד) ההפרה גרמה לניזוק נזק; (ה) הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק (ראו: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 138-139 (1982)). יסודות אלו לכאורה התקיימו במקרה שלפנינו. אין ממש בטענתה של פלאפון, כי סעיפים 11 ו-14 לחוק התקשורת לא נועדו לטובתו של ציבור הלקוחות. הוראות אלו, כמו גם הוראות הרישיון, נועדו בעיקרן להגן על הלקוחות ותכליתן צרכנית מובהקת. וודאי שכך הם פני הדברים באשר להוראות הרישיון שאומצו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

בדרך אזכור לסעיף 11(א) לחוק והופרו לכאורה במקרה דנן, הן זו האוסרת על פלאפון לספק שירותים שלא נבחנו בידי הרגולטור שתועלתם עלולה להיות מסופקת, והן זו המגבילה את כוחה של פלאפון לגבות מלקוחותיה תשלומים. לא למותר להזכיר, כי בהעדר שיקולים מיוחדים לסתור, ההנחה היא כי כל חובה שהוטלה מכוח חיקוק במישרין או בעקיפין על אדם או גוף נועדה לטובתו או להגנתו של הנפגע מהפרתה ומזכה את הנפגע בסעד נזיקי (ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'אמל, פ"ד מז(1) 629, 635-636 (1993)). בענייננו, לא הובא על-ידי פלאפון כל שיקול הסותר הנחה זו, אף לא שיקול רגיל.

22. בחודש דצמבר 2010 תקנה הכנסת את חוק התקשורת בדרך של הוספת סעיף 51ג(ב), הקובע לאמור:

בעל רישיון ומי שעוסק בסחר בציוד קצה שהוא ציוד רדיו
טלפון נייד (בסעיף זה - ציוד קצה רט"ן) לא יגרום להגבלה
או לחסימה של המפורטים להלן, בעצמו או באמצעות אחר,
לרבות בדרך של קביעת תעריפים:

....

(3) האפשרות הנתונה למנוי לעשות שימוש בציוד קצה רט"ן
בכל רשת בזק ציבורית של בעל רישיון.

תוקף איסור זה מיום 1/1/2011. התיקון לחוק הוסיף וקבע, כי בעל רישיון ומי שעסק בסחר במכשירים סלולאריים, אשר ביצע חסימה במכשירים שמכר קודם ליום 1/1/2011, לא יגבה מלקוחותיו תשלום כלשהו עבור פתיחת הנעילה. לטענת פלאפון, הוראה זו מלמדת שהמחוקק היה מודע לכך שהחברות הסלולאריות נהגו לבצע נעילה של מכשירי הטלפון ולגבות תשלום בגין פתיחתה, אך כל שהורה להן הוא להימנע מלגבות תשלום מכאן ולהבא. בכך יש כדי ללמד, לשיטת פלאפון, כי עד ליום תחילת התיקון לחוק הייתה הנעילה מותרת והוא הדין באשר לפתיחת הנעילה כנגד תשלום.

23. שקלתי את טענתה של פלאפון בכובד ראש והגעתי למסקנה כי יש לדחותה. סוגיה דומה לזו שלפנינו נדונה בע"פ 123/83 חברת ק.פ.א. פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 813 (1984), ואלה היו דבריו של בית המשפט (בעמ' 823):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

תיקונו של חוק יש שהוא יכול להצביע על שינוי בנורמה המשפטית ויש שהוא בא אך להסיר ספק...

בענייננו, יש להטעים, כי התיקון לחוק הסדיר גם את חובותיהם של מי שסוחרים בציד קצה רט"ן שאינם בעלי רישיון. זאת ועוד: בד בבד עם קביעתו של איסור הנעילה נקבעו בתיקון לחוק חריגים לאיסור, וביניהם אפשרות לבצע נעילה על-פי בקשתו הפרטנית והמפורשת של המנוי, או על-פי בקשתם של כוחות הביטחון (סעיף 51ג(ג)(2) לחוק). במסגרת התיקון יצר אפוא המחוקק הסדר מפורט של סוגיית הנעילה בכללותה על היבטיה השונים, אך ליבתו של ההסדר - המתבטאת באיסור לכפות על לקוח באופן גורף מכשיר נעול ולדרוש ממנו תשלום עבור פתיחתו - הייתה שרירה וקיימת עוד קודם לכן. מטרתו של התיקון הייתה אם כן להסיר ספק ובה בעת להסדיר את הסוגיה באופן מקיף וכולל.

24. מסקנתי האחרונה מקבלת משנה תוקף נוכח הוראת התיקון הקובעת, כי בעל רישיון ומי שעוסק בסחר במכשירים סלולאריים, אשר ביצעו חסימה במכשירים שמכרו קודם ליום תחילת תוקפו של התיקון (1/1/2011), לא יגבו מלקוחותיהם תשלום כלשהו בעבור פתיחת הנעילה (ראו: סעיף 3 לחוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, אשר במסגרתו נערך התיקון). אם נעילות מכשירים שבוצעו קודם לתחילת תקפו של התיקון לחוק (1/1/2011) היו מותרות, מדוע לאסור גביית תשלום עבור פתיחתן? הדעת נותנת, כי לו היה המחוקק סבור שמדובר בפעילות מותרת, לא היה מפקיע את זכותה של פלאפון לתמורה הולמת בגין פתיחת נעילות שבוצעו כדין קודם לתחילת תוקפו של התיקון. בשולי הדברים אוסיף כי עיינתי בתשובתו של שר התקשורת לשאלתא שהופנתה אליו בחודש אוגוסט 2008 (הוגשה על ידי ב"כ פלאפון, ברשות, לאחר שמיעת הסיכומים). התקשיתי למצוא בדברי השר אמירה ברורה וחד משמעית כי הסוגיה נבחנה לעומקה אך נמצא כי מדובר בפעילות כשרה וחוקית. מכל מקום, בדברים שנאמרו אין כדי להפוך את הקערה על פיה.

25. פלאפון הוסיפה וטענה כי נעילת המכשיר נועדה למנוע גניבות, אך שיקול זה אינו יכול לגבור על הוראותיהם של חוק התקשורת ושל הרישיון, מה עוד שאת ההחלטה האם המכשיר יהא פתוח או נעול ראוי להותיר ללקוח, ובלבד שיימסר לו, כמובן, המצב המשפטי לאשורו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

26. סיכומה של נקודה זו הוא, כי הוכח כדבעי שלמבקש ולחברי הקבוצה יש עילת תביעה טובה לכאורה נגד פלאפון, לאמור: הפרת חובה חקוקה, וזאת בזיקה לסעיפים 11-ו(א) לחוק התקשורת, במשולב עם הוראות הרישיון.

שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה - סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות

27. השאלה העיקרית הצריכה הכרעה היא: האם חסימת האפשרות לעשות שימוש ברשתות מפעילים סלולאריים אחרים, בדרך של נעילת המכשיר, מפרה את חוק התקשורת והרישיון ומהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה. בהינתן שחברי הקבוצה הם "כל מנוייה של פלאפון אשר שילמו כספים בעבור ביטול נעילת מכשיר" (סעיף 38 לבקשת האישור) אין קושי לקבוע, כי שאלה זו משותפת לכלל חברי הקבוצה. למעלה מן הדרוש, אוסיף כי גם סעד ההשבה לחברי הקבוצה הוא אחד.

תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין - סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות

28. התובענה עוסקת בפרקטיקה פסולה שנמשכה במשך כשנתיים לגבי כ-35% מכלל לקוחותיה של פלאפון (כך כעולה מתגובתה של פלאפון ומעדותו של נציגה, בעמ' 3 לפרוטוקול; הצהרות אלו טעונות כמובן חקירה ודרישה). סכומם המצרפי של הסכומים שגבתה פלאפון עבור פתיחת נעילות הוא גבוה, אך הסכום שנגבה מכל אחד מיחיד הקבוצה הוא נמוך: 84.99 ₪, וככזה אין בו די כדי ליצור תמריץ להגשת תביעות אישיות. תובענה ייצוגית הנה אפוא הדרך היחידה להעניק לחברי הקבוצה סעד הולם בגין ההפרה. מצד שני, הימנעות מאישור התובענה תוביל לכך שכספים שנגבו על-ידי פלאפון תוך הפרתם לכאורה של איסורי ליבה שבחוק התקשורת וברישיון, יוותרו בידיה. נוכח האמור לעיל, תובענה ייצוגית תקדם במקרה דנן הן את האינטרס של מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין (סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות), והן את האינטרס של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1(2) לאותו חוק).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

29. האם תיקון חוק התקשורת על-ידי המחוקק שומט את הבסיס מתחת לבקשת האישיור? עמדתי היא, כי על שאלה זו יש להשיב בשלילה: האיסור בדבר התניית שירות בשירות היה שריר וקיים עוד קודם לתיקון החוק, והוא הדין באשר להוראות הרישיון האוסרות על פלאפון לספק "שירותי בזק" שלא פורטו ברישיון ולדרוש עבורם תשלום. תיקון החוק לא נועד אלא להסיר ספק, אלא שהסרת הספק לא תגרום להשבתם לידי הלקוחות של הכספים שנגבו מהם שלא כדין, ולא הוצג לפני כל טעם מבורר מדוע יש להותיר כספים אלו בידיה של פלאפון באופן ש"חוטא יצא נשכר" (השוו: ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 8, לא פורסם (11/12/2008)). תיקון החוק אינו מייתר אם כן את התביעה.

30. זאת ועוד אחרת: ראינו לעיל, כי במסגרת התיקון לחוק אסר המחוקק על בעלי רישיון לגבות תשלום בגין פתיחת נעילות אף אם אלו בוצעו קודם לתחילת תוקפו של התיקון (1/1/2011). השבת הכספים שגבתה פלאפון קודם לתחילת התיקון בגין פתיחת נעילות - היכולה להתבצע בגדריה של תביעה זו - אינה אלא צידו השני של המטבע. בהינתן שהפרקטיקה של נעילת מכשיר וגביית תשלום כנגד פתיחתו הייתה בלתי חוקית גם קודם לתיקון החוק, אין מקום להבחין בין לקוח שבקש לפתוח את הנעילה ביום 1/1/2011 או לאחר מכן, אשר המחוקק אסר על פלאפון לגבות ממנו תשלום, לבין לקוח שביקש זאת ימים מספר קודם לכן. שני הלקוחות כאחד זכאים כי כספם יוותר בכיסם. שיקול זה, שהוא ייחודי לענייננו, תומך אף הוא באישורה של התביעה כייצוגית.

המבקשים ייצגו וינהלו בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של חברי הקבוצה - סעיפים

8(א)-3(א) לחוק תובענות ייצוגיות

31. המבקש הצהיר כי יש לו אמצעים כספיים לניהול ההליך. אין לייחס למבקש חוסר תום לב בשל כך שלא פנה לפלאפון קודם להגשת הבקשה. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בפרשת אביב הנ"ל (בפסקה 9):

אשר לתום-הלב, לא מצאנו כי העובדה שהמערערים לא הקדימו פנייה רצינית לבנק עובר להגשת בקשתם מצדיקה את הקביעה שלא נהגו בתום-לב. לנוכח תכליותיה של



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספו-שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה.

אשר לבאי כוחו של המבקש, הרי הם עתירי ניסיון בניהול הליכים ייצוגיים, ובקשת האישור דגן נערכה ונוהלה על ידיהם כדבעי. שוכנעתי אפוא כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

סוף דבר

32. אני נעתר לבקשה לאישור התביעה כיייצוגית. על-פי דרישת סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אני קובע כדלקמן:

- א. הגדרת הקבוצה התובעת היא "כל מנוייה של המשיבה אשר שילמו כספים בעבור ביטול נעילת מכשיר".
- ב. זהות התובע המייצג ובאי-כוחו הם כמפורט בכותרת להחלטה זו.
- ג. עילת התביעה היא הפרת חובה חקוקה, וזאת בזיקה לסעיפים 14 ו-11(א) לחוק התקשורת, במשולב עם הוראות הרישיון.
- ד. השאלות המשותפות לחברי הקבוצה הן: האם חסימת האפשרות לעשות שימוש ברשתות מפעילים סלולאריים אחרים, בדרך של נעילת המכשיר, מפרה את חוק התקשורת והרישיון ומהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה.
- ה. הסעדים הנתבעים הם השבה, ולחלופין פיצויים.

33. ב"כ המבקש ידאג לפרסום הודעה על אישור התובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. הודעה זו תכלול את הפרטים הנדרשים על-פי סעיף 14(א) לחוק, בהתאם להחלטה זו. טיוטת ההודעה תוגש לבית המשפט לאישור בתוך 14 יום (כנדרש על פי סעיף 25(ד) לחוק). ההודעה תפורסם ב-3 עיתונים יומיים נפוצים, שאחד מהם בשפה הערבית. פלאפון תשא בהוצאות הפרסום. עותק של ההודעה, לאחר פרסומה, יישלח על ידי ב"כ המבקש למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס (סעיף 25(ז) לחוק).

34. פלאפון תשלם למבקש את הוצאות הבקשה ושכ"ט עו"ד בסך 30,000 ₪.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 38194-07-10

35. קדם משפט בתובענה הייצוגית, שבו יידונו בין היתר דרכי ההוכחה של התביעה, יתקיים ביום 6/12/11 שעה 9.00.
כל בקשות הביניים שהצדדים יהיו מעוניינים להגישן, לרבות בקשות לגילוי מוקדם, יוגשו תוך 45 ימים מהיום.

המזכירות תמציא לב"כ הצדדים העתק החלטה זו. כמו כן, תשלח העתק למנהל בתי המשפט לצורך רישומה בפנקס.

ניתנה היום, ט"ז אלול תשע"א, 15 ספטמבר 2011, בהעדר הצדדים.

יצחק ענבר, שופט