



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

לפני כבוד השופט רחמים כהן

מבקש

תומר הדס

ע"י ב"כ עוה"ד דביר גלזר, יובל ינאי ואילון מגיד

נגד

משיבה

Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי אשכנזי ומשה יעקב

פסק דין

בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה בטענה שהמשיבה, Apple Inc. (להלן – **Apple** או **המשיבה**) מונעת ממשתמשים שהחזיקו במכשיר Apple ועברו להשתמש במכשיר שאינו מתוצרת Apple, לקבל הודעות במכשירם החדש. זאת, בעקבות חסם בממשק תוכנה מובנה במכשירי Apple המכונה – iMessage (להלן – **iMessage** או **הממשק**).

המשיבה היא חברה העוסקת בפיתוח וייצור מוצרי אלקטרוניקה לרבות מחשבים, מחשבי לוח (iPad) וטלפונים ניידים (iPhone). כמו כן, המשיבה מפתחת מערכות הפעלה המאפשרות את השימוש והתפעול של מכשיריה ובכלל זה, תוכנה הנקראת iOS (להלן – **מערכת ההפעלה** או **iOS**).

ממשק ה-iMessage הוא יישום מובנה במערכת ההפעלה iOS דור חמש ומעלה, אשר הושק ביום 12.10.2011. מדובר בפרוטוקול תוכנה לשימוש ברשתות סלולריות שפותח על ידי Apple ומשמש להעברת הודעות טקסט וקבצים (תמונות, קבצי קול, הודעות קבוצתיות, כרטיסי ביקור ועוד); להלן – **הודעות**) בין מכשירי Apple.

הממשק פועל במסגרת תקשורת של העברת הודעות בין מכשירי Apple: משתמש המחזיק במכשיר Apple שולח הודעה למכשיר אחר. הממשק מזהה האם מקבל ההודעה משתמש במכשיר Apple או במכשיר של חברה אחרת. אם המכשיר של מקבל ההודעה הוא מכשיר Apple, הממשק שולח הודעה בפרוטוקול iMessage וזו עוברת ניתוב באמצעות שרת הודעות של Apple. אם המכשיר של מקבל ההודעה מזהה כמכשיר אחר ולא כמכשיר Apple, ההודעה תנותב כהודעת SMS או כהודעת MMS "רגילה" בפרוטוקול המסורתי המשמש להעברת הודעות ברשתות סלולריות באמצעות המפעיל הסלולרי (להלן – **הודעת רגילה**).

בניגוד לשירות משלוח הודעות רגילות שכרוך בתשלום, שירות iMessage מאפשר משלוח הודעות בחינם ומהווה אמצעי תקשורת נוח ויעיל בין בעלי מכשירי Apple.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

תמצית טענות המבקש

המשיבה מונעת מלקוחות עבר שלה, שעברו להשתמש במכשירים של חברות מתחרות, מלקבל הודעות במכשירים החדש. מקור החסם הוא כשל מערכתי בממשק ה-iMessage: בעת מעבר של משתמש המחזיק במכשיר Apple למכשיר שאינו מתוצרת Apple, ממשק ה-iMessage מונע מאותו משתמש לקבל הודעות רגילות ממשתמשים שמחזיקים במכשיר מתוצרת Apple. כך, הודעה שנשלחה על ידי משתמש המחזיק במכשיר Apple לנמען, אשר בעבר השתמש במכשיר Apple אך עבר להשתמש במכשיר שאינו של Apple, לא תגיע ליעדה הסופי. כתוצאה מכשל מערכתי רחב היקף וכלל עולמי, הממשק ממשיך לזהות את אותם משתמשים שעברו להשתמש במכשירים שאינם מכשירי Apple, כבעלי מכשיר Apple, למרות שאינם עוד כאלה, ופעולת ניתוב ההודעה, באמצעות שרת ההודעות של Apple, נכשלת. הודעות אשר שלח משתמש Apple למשתמש Apple אחר הגיעו ליעדן ואילו הודעות ששלח משתמש Apple למשתמש Apple לשעבר, שכעת משתמש במכשיר אחר שאינו של Apple, נותרו במערכות ובשרתים של Apple ולא הגיעו ליעדן (להלן – **החסם בממשק**).

משתמש Apple השולח את ההודעה, אינו מבצע כל פעולה אקטיבית מצידו על מנת לברור את אופן משלוח ההודעה. המשיבה היא זו המבצעת את הניתוב באופן אוטומטי – אם כהודעת iMessage או כהודעה רגילה. המקבל המיועד כלל אינו יודע על שליחתן או על קיומן.

הכשל בממשק ידוע למשיבה מזה שנים, אך זו אינה מטפלת בו. המשיבה אינה טורחת ליידע את ציבור לקוחותיה הפוטנציאליים אודות הכשל האמור וממשיכה לשווק את הממשק בתור יתרון גדול שמובנה במכשיריה ומתמחרת אותם בהתאם, כבעלי יתרון ייחודי.

לטענת המבקש, משתמשי העבר של Apple "מוענשים" על ידה, ללא ידיעתם, מעצם החלטתם להשתמש במוצרים שאינם מכשירים הנמכרים על ידה.

הגדרת הקבוצה שלגביה מוגשת בקשת האישור כוללת "כל אזרח ישראלי וכל תאגיד ישראלי שמקום מושבו הקבוע בישראל ואשר היה בבעלותו ובשימושו מכשיר Apple הפועל ברשת סלולרית, או ברשת תקשורת אלחוטית אחרת, ובו ממשק iMessage ועבר להשתמש במכשיר אחר, שאינו Apple, על אותו קו סלולרי, בתקופה שמיום 12.10.2011 ועד מועד הגשת התובענה (להלן – **חברי הקבוצה**).

חברי הקבוצה לא ידעו על קיומו של החסם בממשק. המשיבה הסתירה מחברי הקבוצה מידע אודות הכשל המערכתי בממשק והניחה להם לסבור, כי הודעה הנשלחת ממכשיר Apple למכשיר אחר תישלח ותגיע ליעדה, בין כך ובין אחרת. משכך, לא יכלו לקבל הודעות שנשלחו אליהם באמצעות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

הממשק ולא יכלו לפעול להסרת החסם. בכך גילתה המשיבה אדישות מכוונת ונמשכת כלפי חברי הקבוצה קודם לרכישת המכשיר ולאחריו.

ההודעות הנשלחות ותוכן הן "נכס" (קניין רוחני). המשיבה, המשמשת צינור להעברת הקניין וכנאמן להעברתו לחברי הקבוצה, "חוטפת", ללא הרשאה, הודעות השייכות למשתמשים ומונעת את העברתן לכתובת הנמען ולכל הפחות, מעכבת אותן בשרתים שלה. בכך מבצעת המשיבה עוולות בדין הישראלי העוסקות בהיבטים קנייניים של הפרעה לשימוש במכשיר הסלולרי של המשתמשים ועיכוב נכס נושא מידע, השייך לחברי הקבוצה, מלהגיע ליעדו.

נוסף על כך, המשיבה מבצעת התערבות ביחסים המסחריים שבין המפעיל הסלולרי לחברי הקבוצה בהתייחס לשירותי הסלולר המסופקים על ידו ולכן, אחראית לעוולות הנוגעות להתערבות ביחסים מסחריים.

עוד נטען, שהמשיבה הפרה את חובת הזהירות המושגית והקונקרטית כלפי חברי הקבוצה. המשיבה, אמורה לצפות תרחיש בו הלקוח אינו משתמש עוד בשירותיה ולכלול במוצריה ובשירותיה אפשרות להתנתק מהם ללא גרימת נזק. לכל הפחות, עליה להודיע למשתמש על תקלה מהותית מובנית הנמשכת לאורך זמן. לחלופין, מוטלת עליה חובה להודיע על פתרונות או על אפשרויות להתגבר על התקלה.

התנהלותה של המשיבה, כאמור לעיל, מפרה את הדין הישראלי במישורים שונים ומקימה לחברי הקבוצה עילות תביעה מכוח חוק המחשבים, התשנ"ה - 1995; פקודת הנזיקין [נוסח חדש]; חוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970 וחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979.

תמצית טענות המשיבה

בחודש אוקטובר 2011 השיקה המשיבה את מערכת ההפעלה iOS5. מערכת זו כללה לראשונה את שירותי ה-iMessage. שירות זה מאפשר למשתמשים המחזיקים במכשירי Apple להעביר ביניהם, ורק ביניהם, הודעות על גבי רשת האינטרנט וזאת במקום לשלוח את אותם תכנים כהודעות רגילות הכרוכות בתשלום באמצעות המפעיל הסלולרי שלהם. מדובר בשירות הניתן חינם על ידי המשיבה הנועד להיטיב עם ציבור הלקוחות שרכשו מכשירי Apple. שירות הממשק מאפשר שימוש רק בין מכשירי Apple שנרשמו לשירות. ברגע שאדם עובר לעשות שימוש במכשיר שאינו של Apple, הוא אינו יכול עוד לקבל או לשלוח הודעות באמצעות השירות.

שירות הממשק פועל על גבי רשת האינטרנט. לכן, במצב שבו רשת האינטרנט אינה זמינה לנמען (למשל מצב שבו משתמש במכשיר נמצא בטיסה או נעדר גישה לאינטרנט למשך שעות ארוכות) הוא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

לא יוכל לקבל את ההודעות שנשלחות אליו באמצעות שירותי הממשק ואלו תגענה לשרתי Apple. הודעות אלה תמתנה למשך זמן מסוים בשרתים עד אשר הנמען יתחבר מחדש עם מכשיר ה-Apple שלו לרשת האינטרנט. לאחר החיבור המחודש לרשת האינטרנט, ההודעות תוזרמנה למכשירו משרתי Apple.

המשיבה הקנתה למשתמשים במכשיריה אמצעי שליטה ובקרה בשימוש בשירותי הממשק. ברירת המחדל שנקבעה בממשק במסגרת מערכת ההפעלה iOS5 ולאחר מכן, במסגרת מערכת ההפעלה iOS6 הייתה, כי במקרה שבו נכשלה שליחת הודעה באמצעות שירותי הממשק (למשל כשרשת האינטרנט לא הייתה זמינה), ההודעה תישלח באופן אוטומטי כהודעה רגילה, כאשר השולח, נושא בעלות הכספית הכרוכה בשליחת הודעה רגילה (להלן – **ברירת מחדל אוטומטית**). הגם שמדובר היה בברירת מחדל אוטומטית היה מדובר בברירת מחדל אופציונאלית, שכן המשיבה הקנתה למשתמשים במכשירים אפשרות לבטל את ברירת המחדל האוטומטית על ידי פעולה פשוטה במכשיר ולבחור בכך, שהודעה שלא עברה באמצעות שירות הממשק לא תעבור כהודעה רגילה בתשלום.

לאור קיומה של ברירת המחדל האוטומטית, טוענת המשיבה, כי בכל הנוגע להודעות שנשלחו ממכשירים בהם הותקנו מערכות iOS5 או iOS6, אין אפשרות שהודעות אלה "נתקעו" בשרתי Apple. בניגוד לנטען בבקשת האישור, הודעות כאלה נשלחו בפועל לנמעני ההודעות, בין כהודעת הממשק ובין כהודעה רגילה, אלא אם המשתמש (השולח) נקט פעולה אקטיבית ובאופן פוזיטיבי בחר לנטרל את ברירת המחדל האוטומטית ולמנוע מהמכשיר, להעביר את ההודעה כהודעה רגילה במקרה שבו, ההודעה אינה עוברת דרך הממשק.

בעקבות תלונות חוזרות ונשנות מצד לקוחות, אשר קיבלו חשבונות גדולים מהמפעיל הסלולרי שלהם בגין כך, שהודעות ששליחתן באמצעות הממשק לא צלחו ונשלחו כהודעות רגילות בתשלום, ובמטרה לבוא לקראת הצרכנים ולמנוע מצב שבו, מחמת היעדר חיבור זמני לרשת האינטרנט הם יידרשו לשאת באופן אוטומטי בעלות שליחת הודעה רגילה, נערך שינוי בגרסת iOS7 של מערכת ההפעלה, במסגרתו בוטלה ברירת המחדל האוטומטית. גרסת iOS7 הושקה בחודש נובמבר 2013 ובמסגרתה נקבעה ברירת מחדל אוטומטית הפוכה, אשר שינויה דורש פעולה אקטיבית מצד המשתמש. במסגרת גרסת iOS7, המשתמשים נדרשים לבחור באופן פוזיטיבי, האם לקבוע במכשיר Apple שבשימושם כלל שלפיו, כל אימת שנכשלת שליחת הודעה באמצעות שירותי הממשק, היא תישלח באופן אוטומטי כהודעה רגילה בתשלום (להלן – **ברירת מחדל הפוכה**). ככל שהמשתמש לא שינה את ברירת המחדל ההפוכה, הודעה ששליחתה באמצעות שירותי הממשק נכשלה לא הייתה נשלחת באופן אוטומטי כהודעה רגילה (כפי שהיה נהוג במערכות ההפעלה iOS5 ו-iOS6). כך, אם בחר משתמש להשאיר את ברירת המחדל ההפוכה על כנה וככל שהמשתמש היה מבקש לשלוח הודעה כזו או אחרת כהודעה רגילה, היה עליו לעשות כן באופן יזום ופרטני ביחס לכל הודעה.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

לטענת המשיבה, שירות ממשק ה-iMessage על מאפייניו, כאמור לעיל, אינו מהווה כשל מערכת, אלא מאפיין מובנה של הממשק, אשר היה ידוע למשתמשים.

המשיבה הציעה למשתמשים במכשיריה את שירותי ממשק ה-iMessage החל ממערכת הפעלה iOS5 ואילך והעניקה למשתמשי הממשק את כל הכלים כדי לנהל אותו. שירות הממשק אינו מובנה בתוך המכשיר והמשתמש אינו חייב לעשות בו שימוש ולא מדובר בשירות שנכפה על המשתמש מעצם העובדה שבחר לרכוש מכשיר Apple. כל משתמש יכול לבחור באופן רצוני ועצמאי האם ברצונו להתחבר לשירות הממשק, מבלי שיש לכך כל השפעה על היכולת של אותו משתמש לעשות שימוש מלא במכשיר שרכש. התחברות לממשק ה-iMessage או התנתקות ממנו התבצעה ועודנה מתבצעת באופן פשוט ונוח – לחיצת כפתור ולמשתמשים בשירות הממשק ישנה השליטה המלאה לבחור בכל מערכת הפעלה אם להותיר את ברירת המחדל על כנה או האם לשנותה.

חברי הקבוצה הנטענת, הם ולא המשיבה, אחוזים ביכולת למנוע את הכשל מושא התובענה. במערכת היחסים שבין המשיבה לבין חברי הקבוצה שעשו שימוש במכשיריה, הגורם היחיד המודע להפסקת השימוש במכשירי Apple הם חברי הקבוצה. המשיבה אינה יודעת מי מחברי הקבוצה עבר להשתמש במכשיר שאינו של Apple.

המבקש, כמו גם יתר חברי הקבוצה, עשו שימוש בשירות ה-iMessage. מכאן, שהיו מודעים לקיומו של המאפיין המובנה ולדרכי התמודדות הפשוטות עימו שכן, הם כשולחי הודעה בממשק וודאי נתקלו בתופעה הנטענת בבקשת האישור. חברי הקבוצה יכלו באמצעות פעולה פשוטה להתנתק משירות ה-iMessage ולמנוע מצב שבו המערכת תמשיך לזהות אותם כמשתמשי Apple ולנסות להעביר להם תכנים באמצעות שירות זה. כל מי שעשה כן נותק מהשירות, וההודעות שנשלחו אליו ממשתמשי Apple לא נשלחו אליו באמצעות הממשק. כך, שחברי הקבוצה ידעו, ולכל הפחות היו צריכים לדעת, כיצד להתמודד עם קיומו של המאפיין המובנה ולמנוע בעצמם באמצעות פעולה פשוטה של כיבוי הממשק את התרחשות האירועים מושא בקשת האישור.

כחלק מהשקת שירות הממשק, נכללה בכל מכשירי Apple (אלה הפועלים במערכת הפעלה iOS5 ואילך) פונקציה אשר, אחת ל-30 ימים, שולחת איתות לשרתי Apple שהמכשיר הספציפי עדיין עושה שימוש בשירות הממשק. אם במהלך 30 ימים רצופים (מטעמי זהירות המשיבה נוקבת בפרסומיה בטווח זמנים של 45 ימים, להלן – **תקופת הביניים**), אין כל פעילות בשירות הממשק, לא יישלח איתות לשרתי Apple ובמקרה כזה השרתים ינתקו באופן אוטומטי את המכשיר משירות הממשק. כל עוד המשתמש לא ניתק במכשיר ה-Appl את שירותי ה-iMessage קודם למעבר לשימוש במכשיר אחר, במהלך תקופת הביניים – המערכת תמשיך לשייך אותו לשירות ותנסה להעביר את ההודעה שנשלחת אליו למספר הטלפון שרשום במערכות המשיבה. לאחר תקופה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

הביניים, המכשיר ינותק אוטומטית וזאת גם אם המשתמש לא ניתק את שירותי ה-iMessage (להלן – פונקציית הניתוק האוטומטי).

כל טענותיו של המבקש מופנות כלפי תכונות, שמעולם לא היו ומעולם לא נטען לגביהן שהיו קיימות בשירותי הממשק. שירות ה-iMessage תפעולו ובכלל זה, אופן ניתוקו הוא מאפיין מובנה במערכת ההפעלה iOS5 ואילך, אשר היה גלוי וידוע לכל המשתמשים במכשירי Apple. מדובר במאפיין טכני של השירות ולא בכשל. כשל בשירות יכול להיות מקום בו השירות המדובר אמור לספק מתאר או יכולת מסוימת והוא אינו מספקם. אין כל מאפיין של שירותי הממשק שהיה אמור לעבוד ולא עבד. באופן דומה, אין כל מקום להצגה כאילו קיים בשירות חסם מובנה או שמישהו "חטף" הודעות. השירות ממלא את ייעודו בהתאם למתארו ולמאפייניו, הוא אינו חוסם דבר ואינו מונע דבר. הוא לא מעביר הודעות בין מכשירי Apple למכשירים שאינם מכשירי Apple, שכן הוא מעולם לא תוכנן להעביר תשדורות בתצורה כזו. בכל המצגים שניתנו על ידי Apple הובהר, כי שירות ה-iMessage ניתן אך ורק בין משתמשי Apple אשר נרשמו לקבלת השירות ואישרו את תנאיו.

בניגוד לנטען בבקשת האישור, התופעה עליה מלין המבקש לעניין אי קבלת הודעות, רלוונטית רק החל משנת 2013 – מועד השקת iOS7. זאת שכן, עד לחודש נובמבר 2013, במסגרת מערכות ההפעלה iOS5 ו-iOS6, הודעות שלא ניתן היה לשלוח באמצעות שירות הממשק היו נשלחות אוטומטית כהודעות בתשלום (אלא אם ברירת המחדל בוטלה באופן יזום על ידי המשתמש). נוסף על כך, לאור פונקציית הניתוק האוטומטי, חברי הקבוצה יכלו לסבול מאי קבלת הודעות בגין המעבר למכשיר שאינו Apple, לתקופה קצרה של מספר שבועות בודדים.

המבקש לא הצביע על נזק קונקרטי שנגרם לו או לחברי הקבוצה עקב אי קבלת ההודעות כנטען בבקשת האישור. הנזקים הנטענים בבקשת האישור הוצגו באופן כללי וסתמי. מוסיפה המשיבה וטוענת, כי אף אם חברי הקבוצה לא ידעו שנשלחו להם הודעות שלא התקבלו אצלם, שולחי ההודעות ידעו, כי ההודעות לא התקבלו אצל הנמענים והם בחרו, שלא לשלוח אותן כהודעות בתשלום. אם היה מדובר בהודעות בעלות חשיבות או פוטנציאל לגרום לנזק (אם לא תגענה לנמענים), הן היו נשלחות כהודעות בתשלום או מועברות לחברי הקבוצה בדרך אחרת.

דיון

התנאים לאישור תובענה ייצוגית

בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא הליך מקדמי במסגרתו בית משפט נדרש להכריע בשאלה, האם יש מקום לדון בתובענה, שהובאה לפתחו, במסגרת תובענה ייצוגית. בית המשפט נדרש לבחון את התנאים לאישור התובענה כייצוגית.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות תשס"ו – 2006 (להלן – **חוק תובענות ייצוגיות**) קובע, שלא תוגש תובענה ייצוגית אלא "בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית".

בקשת האישור הוגשה לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע את האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית "נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". המשיבה היא עוסק שמוצריה נמכרים לצרכנים ברחבי העולם ובישראל. בעניין זה אין מחלוקת בין הצדדים.

סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע תנאי נוסף שעניינו, קיומה של עילת תביעה אישית. המבקש הניח תשתית ראייתית לכאורית לטענותיו באשר לתופעה שעניינה, אי קבלת הודעות במכשירו לאחר שעבר ממכשיר Apple למכשיר שאינו Apple. אמנם קיימת מחלוקת, האם התופעה עליה מלין המבקש היא מאפיין מובנה או כשל מערכתי אולם, אין מחלוקת שקיים חסם בממשק ה-iMessage, המונע מהמבקש לקבל הודעות במכשירו לאחר שעבר ממכשיר Apple למכשיר שאינו Apple. המחלוקת האמורה והשלכותיה צריכות להתברר כדבעי, אך די בתשתית הראייתית שהניח המבקש, על מנת לברר, האם בנסיבות העניין מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות המצדיקים את ניהול התובענה כייצוגית.

סעיף 8(א) מקנה לבית המשפט שיקול דעת, אם לאשר את הגשת התובענה כייצוגית בהתקיים מספר תנאים:

- (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 הענין;**
- (3) **קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת;**
- (4) **קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.**

החסם בשירות ה-iMessage, מאפיין מובנה או כשל מערכתי

לטענת המבקש, אופן תפעול הממשק בפועל מעלה, שקיים חסם מובנה שעניינו בכשל מערכתי או גם בממשק. מנגד, המשיבה טוענת, שמדובר במאפיין טכני מובנה של הממשק.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

לטענת המשיבה, שירות הממשק הוא שירות אופציונאלי והבחירה אם להתחבר לשירות אם לא, תמיד הייתה נתונה בידיו של המשתמש במכשיר. אין כל מאפיין של השירות שהיה אמור לעבוד ולא עבד וכל טענותיו של המבקש מופנות כלפי תכונות, שלא היו ומעולם לא נטען שהן קיימות בשירות הממשק.

במענה לטענת המשיבה, שמדובר במאפיין ולא בכשל, טוען המבקש, שהמאפיין המובנה של הממשק הוא בקיומה של ברירת מחדל (בין אם אוטומטית ובין אם אופציונלית) לפיה, הודעה הנשלחת ממכשיר Apple למכשיר שאינו Apple ואינה יכולה להישלח כהודעת iMessage במסגרת הממשק, נשלחת כהודעה רגילה. אלא שבפועל, ברירת מחדל זו לא עובדת וכאשר משתמש מחליף את מכשיר Apple למכשיר אחר, הממשק מזהה את המכשיר כמכשיר Apple ושולח את ההודעה כהודעת iMessage. במצב זה, מכשיר שאינו Apple לא מקבל את ההודעה. על כן טוען המבקש, יש לראות באופן פעולת הממשק בפועל, כאשר ההודעה לא נשלחת אל מכשיר שאינו Apple, כשל או פגם בממשק.

מבלי לקבוע מסמרות בעניין, ובהיעדר חוות דעת מומחה על ידי מי מהצדדים, נראה, שיש לראות באופן פעולת הממשק בפועל ובתופעה של אי שליחת הודעה בנסיבות מסוימות, כשל מבני בממשק. אין מחלוקת, שחברי הקבוצה הנטענת הם משתמשים, שרכשו מכשיר חדש שאינו מתוצרת Apple, אך בשל אופן פעולת הממשק בפועל, לא מתאפשר בידם לעשות שימוש במכשירם החדש בנסיבות מסוימות – החסם בממשק.

המשיבה מצביעה על שני פתרונות למניעת החסם ממשק: הראשונה היא, שהמשתמש ינתק את שירות הממשק במכשיר ה-Apple קודם למעבר לשימוש במכשיר אחר (להלן – **ניתוק יזום מהממשק**) ולחלופין, קיימת אפשרות של **ניתוק אוטומטי** של המכשיר משירות הממשק לאחר תקופת הביניים (כ- 30-45 ימים) כשהמכשיר לא יעביר סיגנל לשרתי Apple.

אפשרויות אלה אינן לוקחות בחשבון, נסיבות שונות בהן משתמש שרוכש מכשיר חדש, אינו יכול לעשות שימוש כלשהו במכשיר ה-Apple הישן (כך למשל כשמכשיר ה-Apple אבד, נגנב או נפגם) ולכן, גם אינו יכול לבצע ניתוק יזום מהממשק במכשירו הישן. אין זה סביר, ש-Apple לא הביאה בחשבון נסיבות רבות ושכיחות אלה וחרף זאת לא מצאה פתרון לפיו, גם בנסיבות אלה יוכל משתמש שעבר להשתמש במכשיר שאינו Apple לקבל הודעות ממשתמי Apple ויאלץ להמתין עד תום תקופת הביניים, עד שיוכל לשוב ולקבל הודעות ממשתמי Apple במסגרת פונקציית הניתוק האוטומטי.

המבקש טוען, כי ניתן להקביל את מצב הדברים בענייננו ליצרן תרופות המייצר תרופה המטפלת בבעיה רפואית אך לצד זאת יש לה תופעות והשפעות לוואי שלא נצפו או שהציבור לא הוזהר מפניהן.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

ליצרן לא תוכל לעמוד טענת הגנה לפיה, התרופה אכן פעלה בעניין המחלה המקורית ואין לו כל אחריות לתופעות הלוואי.

אכן, נראה שבנסיבות ענייננו, ניתן לראות בחסם בממשק "תופעת לוואי" לא רצויה ולא מתוכננת של פעילות הממשק. לא שוכנעתי מטענת המשיבה, שמדובר במאפיין מובנה אשר תוכנן מראש באופן שיגביל משתמשים שעברו להשתמש במכשיר אחר מלקבל הודעות. מקובלת עלי טענת המבקש, שמשתמשי Apple אינם יודעים, אם חברי הקבוצה - הנמענים להודעות, אוחזים במכשיר Apple או שאינם אוחזים במכשיר כזה. הם אינם מתבקשים לדעת זאת ומכוונים להיות אדישים לכך, שכן הם אמורים "להרוויח" מהעברת תכנים ללא עלות, מקום בו שלחו תכנים באמצעות הממשק למשתמשי Apple, אך אינם אמורים "להפסיד" מקום בו הנמען הוא משתמש Apple לשעבר באופן שהודעותיהם לא תישלחנה לנמענים.

בין אם מדובר בכשל מובנה (כפי שטוען המבקש), ובין אם מדובר במאפיין מובנה, עולה באופן ברור, שאופן תפעול הממשק עלול להפריע לשימוש במכשיר החדש ולמנוע מחברי הקבוצה את האפשרות להשתמש במכשיר.

המשיבה לא השכילה לשכנע, שהחסם בממשק נלקח בחשבון בתכנונו של הממשק ואין זה סביר, שמדובר במאפיין מובנה אשר נועד למנוע שירות ממשתמשים אשר עברו לשירותיה של חברה אחרת ואשר מוגבל לכך שאותו אדם יבצע באופן עצמאי ניתוק של השירות.

ככל שהמשיבה לקחה בחשבון את החסם המובנה האמור, יש לשאול, כיצד היה עליה לנהוג כלפי לקוחות אשר רוכשים את מכשיריה ביחס לאופן תפעול הממשק ולקיומו של החסם האמור בממשק.

גילוי וידיעה

אין מחלוקת, שבנסיבות מסוימות משתמש שעבר להשתמש במכשיר אחר, אינו יכול לקבל הודעות ממשתמש Apple – זהו כאמור החסם בממשק. בין אם מדובר במאפיין מובנה ומתוכנן ובין אם מדובר בכשל מערכתי, הוראות הדין קובעות חובת יידוע וגילוי על טיב המאפיינים של נכס או שירות נרכש. סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן – **חוק הגנת הצרכן**) שכותרתו "חובת גילוי לצרכן" קובע כדלהלן:

4. (א) עוסק חייב לגלות לצרכן –

(1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

(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;

אולם תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם, האיכות או התכונה או הפרט המהותי בנכס היו ידועים לצרכן.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם על שירות. (הדגשות הוספו).

לאחר רכישת מכשיר Apple נדרש המשתמש, בין היתר, לאשר את תנאי הסכם הרישיון של מערכת iOS (להלן – **תנאי הסכם הרישיון**). לכל גרסה של מערכת iOS מתווספים עדכונים חדשים, ועל כן משתמש הבוחר לעדכן את מערכת ה-iOS שבמכשירו, נדרש לאשר את תנאי הסכם הרישיון של אותה גרסה, בטרם יוכל להפעילה במכשירו.

לטענת המשיבה, טיבו ומאפייניו של ממשק ה-iMessage היו ידועים לציבור המשתמשים אשר אישרו את תנאי הסכם הרישיון. המשתמשים בממשק ידעו, כי במידה ששליחת ההודעה באמצעות שירות הממשק תיכשל, Apple אינה יכולה להבטיח, שהיא תישלח כהודעת SMS. המשיבה מבססת טענתה זו על לשון הוראת סעיף 4e להסכם הרישיון הקובע כדלהלן:

"iMessgae. The messaging feature of the iOS Software ("iMessage") may not be available in all countries or regions. Your use of iMessage is subject to your compliance with section 2(e) above. In order to set up iMessage, and to initiate and receive iMessages between you and other iOS Device users, certain unique identifiers for your iOS Device and account are needed. These unique identifiers may include your email address(es), the Apple ID information you provide, a hardware identifier for your iOS device, and your iPhone's telephone number. By using the iOS Software, you agree that Apple may transmit, collect, maintain, process and use these identifiers for the purpose of providing and improving the iMessage service. The iMessage service requires a Wi-Fi or cellular data connection. To facilitate delivery of your iMessage and to enable you to maintain conversations across your devices, Apple may hold your iMessages in encrypted form for a limited period of time. if your message cannot be sent as an iMessage, your message may be sent as an SMS or MMS message, for which carrier messaging rates may apply... You may turn off the iMessage service by going to the Messages setting on your iOS Device."

ובעברית:





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

"שירות ההודעות של תוכנת ה-iOS (iMessage) עשוי שלא להיות זמין בכל המדינות והאזורים. השימוש ב-iMessage הינו כפוף לדרישות סעיף 2(ה) שלעיל. על מנת להגדיר את iMessage לשימוש, וכדי להעביר הודעות iMessage בינך לבין משתמשי iOS אחרים, יש צורך בפרטי זיהוי ייחודיים עבור מכשיר ה-iOS שלך וחשבונך. פרטי זיהוי אלה עשויים לכלול כתוב(ו)ת דוא"ל, פרטי Apple ID שסיפקת, מזהה חומרה עבור מכשיר ה-iOS שברשותך ומספר הטלפון של ה-iPhone. על ידי השימוש בתוכנת ה-iOS הינך מסכים/ה לכך ש-Apple תמסור, לאסוף, תחזיק, תעבד ותשתמש בפרטי זיהוי אלו על מנת לספק ולשפר את שירות ה-iMessage. שירות ה-iMessage מצריך חיבור אלחוטי או גישה לרשת נתונים סלולרית. על מנת לאפשר מסירה של הודעות iMessage וכן על מנת לאפשר לך לנהל שיחות בין מכשיריך, Apple עשויה להחזיק את הודעות ה-iMessage שלך בצורה מוצפנת במשך זמן מה. אם לא ניתן לשלוח את ההודעה שלך כ-iMessage, ייתכן שהיא תישלח כהודעת טקסט או מולטימדיה, דבר הכרוך בתשלום למפעיל הסלולרי... ניתן לבטל את שירות ה-iMessage מתוך הגדרות "הודעות" במכשיר ה-iOS שברשותך." (הדגשות הוספו).

לא ניתן להסיק מלשון הסעיף את הנטען על ידי המשיבה. סעיף 4e לתנאי הסכם הרישיון קובע תנאים לאופן פעילות הממשק ונראה, שתכלית הסעיף, ככל שהיא נוגעת לאפשרות שהודעה לא תישלח דרך הממשק, היא להבהיר למשתמש בשירות, שבנסיבות בהן הודעה לא תישלח באמצעות הממשק, היא תישלח כהודעה רגילה באמצעות המפעיל הסלולרי, דבר אשר עלול להיות כרוך בחיוב בתשלום בתעריף המפעיל הסלולרי. גם באשר ליתר הנתונים שמופיעים בתנאי הרישיון אליהם מפנה המשיבה, אין אינדיקציה לגילוי הנדרש בדבר האפשרות, שלא תישלח הודעה למכשיר שאיננו מכשיר Apple.

בהתאם להוראת סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן, יש לבחון, האם החסם בממשק היה ידוע למשתמשים באופן המונע מהמשיבה את הצורך לגלות את המאפיין האמור.

לטענת המשיבה, אופן תפעול הממשק ובכלל זה המידע בדבר האפשרות שהודעה לא תישלח, היה ידוע למשתמשים. המידע הנדרש אודות השימוש בממשק, מאפייניו ולדרכי ההתמודדות הפשוטות עימו, הוצגו בפרסומי המשיבה והן בפרסומים בעיתונות. עוד טוענת המשיבה, שהמשתמשים יכולים היו לדעת בקלות מתי ההודעות מועברות באמצעות הממשק ולהבדילן מהודעות רגילות. כך במצב שבו ההודעה נשלחה התקבלה אצל הנמען, ההודעות המוחלפות בין הצדדים יופיעו ברקע כחול. בראשית ההתכתבות יופיע הכיתוב ממשק. מתחת להודעה האחרונה שנשלחה יופיע חיווי שההודעה נקראה וכן יתקבל חיווי ביחס לתאריך שבו היא נקראה. לאחר קבלת חיוויים אלה יודע השולח, שההודעה ששלח התקבלה על אצל הנמען ונקראה על ידו במסגרת שירות הממשק. בהקשר זה מוסיפה המשיבה, כי השיקה אתר אינטרנט למסירת הודעה מצד המשתמשים על ביטול שירות הממשק.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

עוד טוענת המשיבה, כי ברור שהמבקש לא יכול היה להיות מודע לכך שנשלחו אליו הודעות שלא התקבלו במכשירו. אולם, שולחי ההודעה שעושים שימוש בשירותי הממשק היו מודעים לכך, שהודעות ששלחו לא הגיעו למי מחברי הקבוצה, שכן הם לא קיבלו חיווי שההודעה נשלחה לנמען – הודעה שהייתה מתקבלת במכשיריהם לו ההודעה הייתה מתקבלת ביעדה. לפיכך, ככל שלמבקש או למי מחברי הקבוצה יש טענות באשר להודעות שלא הגיעו אליו – עליו להפנותן לשולחי ההודעות אשר היו מודעים היטב לכך, שהודעות ששלחו לא הגיעו לנמענים ובחרו שלא לשלוח אותן כהודעה רגילה, או לכל הפחות ליידע אותם בדבר העובדה ששליחת ההודעות באמצעות הממשק, נכשלה.

טענות המשיבה נדחות. ההבנה בדבר אופן פעולת הממשק אינה מעלה בהכרח הבנה וידיעה בדבר החסם בממשק בעת מעבר לשימוש במכשיר שאינו Apple וכי משתמש שעבר להשתמש במכשיר שאינו Apple, לא יקבל הודעות מבעלי מכשירי Apple לתקופה כזו או אחרת.

קושי נוסף העולה מטענות המשיבה, ואף בהנחה שהמשתמשים ידעו אודות אופן פעילות הממשק, הוא מועד הידיעה. אישור תנאי הסכם הרישיון והידיעה בדבר אופן פעילות הממשק, נעשו לאחר רכישת המכשיר. בכך מונעת המשיבה מציבור הצרכנים מידע מהותי בדבר המכשיר, קודם לרכישתו באופן אשר עלול להטעות את הצרכן. זאת בניגוד להוראות סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן:

2" (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות 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;

...

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

(5) דרכי הטיפול בנכס... (הדגשות הוספו).

אף כי נדמה, שהדברים הם למעלה מן הצורך יצוין, שיש לראות במידע בדבר החסם הקיים בממשק, משום מידע מהותי אשר המשיבה חייבת בגילוי. המידע בדבר החסם בממשק יכול להשפיע על הצרכן ולסייע לו לקבל החלטה מושכלת אם לרכוש את המכשיר אם לאו. המשיבה משווקת את המכשיר תוך ציון יתרונותיו של הממשק במשלוח הודעות בחינם. לצד היתרון הכספי, ניתן להניח, שהמשיבה הבינה את החשיבות והמשמעות שמקנים הצרכנים לפונקציית שליחת הודעות ככלי תקשורת משמעותי ועיקרי בעצם השימוש במכשיר הסלולרי. לפיכך, העובדה כי משתמש שרכוש מכשיר Apple ולאחר מכן כשיעבור להשתמש במכשיר אחר, לא יוכל ליהנות משירות ההודעות





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

במכשירו הסלולרי החדש בשל חסם בממשק, מהווה מידע מהותי שעל המשיבה לגלותו קודם לביצוע עסקת רכישת המכשיר.

המשיבה מצביעה על כך, שיש פתרון פשוט של ניתוק יזום של שירות הממשק קודם למעבר למכשיר אחר. אף על פי כן, היא אינה מצביעה בפני לקוחות פוטנציאליים על אפשרות זו קודם לביצוע עסקת רכישת המכשיר או לכל הפחות, במסגרת הסכם הרישיון, קודם להפעלת שירותי הממשק. המשיבה אמנם מפנה משתמשים לאתר האינטרנט שלה לצורך ניתוק יזום מהשירות, אלא שמדובר בידיעה בדיעבד, לאחר שכבר נודע להם שאינם מקבלים הודעות, וזאת בהנחה שהם מתוודעים לכך שאינם מקבלים הודעות.

מקובלת עלי טענת המבקש לפיה, דבר אחד הוא לאפשר ניתוק קל ופשוט מהממשק ודבר אחר הוא להסביר למשתמשים, שיש צורך לעשות כן בעת המעבר למכשיר שאינו מתוצרת Apple, שאם לא כן, תימנע מהם האפשרות לקבל הודעות. הגילוי צריך שיעשה מראש על מנת שהצרכן יוכל לכלכל את צעדיו בהתאם למאפייני המכשיר ולא בדיעבד מתוך ניסיון להביא לפתרון התקלה.

המשיבה אינה מגלה אודות החסם בממשק בעת הרכישה של מוצר ממוצריה בהם הוא מוטמע ואף לאחר מכן. בכך מפרה המשיבה את הוראות סעיפים 4 ו-2 לחוק הגנת הצרכן.

לאור האמור עד כאן נראה, שעל פניו, חברי הקבוצה חולקים שאלות מהותיות משותפות באשר לאפשרות שהמשיבה הפרה את הוראות הדין של חובת גילוי הטעיה.

גודל הקבוצה והנזקים הנטענים

המבקש טוען, שיש לכלול בקבוצה: "כל אזרח ישראלי וכל תאגיד ישראלי שמקום מושבו הקבוע בישראל ואשר היה בבעלותו ובשימוש מכשיר Apple הפועל ברשת סלולרית, או ברשת תקשורת אלחוטית אחרת, ובו ממשק iMessage ועבר להשתמש במכשיר אחר, שאינו Apple, על אותו קו סלולרי, בתקופה שמיום 12.10.2011 ועד מועד הגשת התובענה".

בחינת היקף התופעה בחסם הממשק המתוארת בבקשת האישור מעלה, שעל מנת שחברי הקבוצה יחוו נזקים לכאורה בגין החסם בממשק, נדרשים להתקיים מספר תנאים בקרב שולחי ההודעות, משתמשי Apple שביקשו להעביר הודעות לחברי הקבוצה ובמקביל, צריכים להתקיים מספר תנאים בקרב חברי הקבוצה.

לאור קיומה של ברירת המחל האוטומטית הובהר, כי הטענות שהועלו בבקשת האישור אינן רלוונטיות לתקופה שבין 2011 לנובמבר 2013 שכן, למעט לגבי הודעות שנשלחו ממשתמשים שבחרו לבטל באופן יזום את ברירת המחל האוטומטית והעידו בכך שאינם מעוניינים לשלוח הודעות בתשלום, אין אפשרות שהודעות שנשלחו במהלך תקופה זו "נתקעו" בשרתי Apple. הודעות כאלה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

נשלחו בפועל לנמעני ההודעות בין כהודעת הממשק ובין כהודעת SMS. לפיכך, במהלך תקופת מערכות ההפעלה של iOS5 ו-iOS6, יכולה תופעת החסם בממשק המתוארת בבקשת האישור להתרחש רק בהתייחס למשתמשי Apple אשר ניתקו את ברירת המחדל האוטומטית במכשירם. בהתאם לכך, בהתייחס לתקופה שבה פעלו מערכות ההפעלה iOS5 ו-iOS6 הקבוצה יכולה לכלול רק חברי קבוצה אשר לכאורה היו אמורים לקבל הודעות ממשתמשי Apple שביטלו את ברירת המחדל האוטומטית ובמקביל חבר הקבוצה לא ניתק באופן יזום את הממשק. באשר לתקופה שבה פעלה מערכת ההפעלה iOS7, הקבוצה יכולה לכלול רק חברי קבוצה אשר לכאורה היו אמורים לקבל הודעות ממשתמשי Apple שהפעילו באופן אקטיבי את ברירת המחדל האוטומטית וניטרו בכך את ברירת המחדל ההפוכה ובמקביל חבר הקבוצה לא ניתק באופן יזום את הממשק. משתמשי Apple שלא שינו את ברירת המחדל האוטומטית ההפוכה, קבעו למעשה ברירת מחדל לפיה, כל הודעה שלא יכולה להישלח באמצעות הממשק תישלח באופן פרטני כהודעה רגילה.

בהתייחס לשתי התקופות וככל שהיה ניסיון של הממשק לשלוח הודעות עקב אי ניתוק הממשק, הרי שממילא פונקציית הניתוק האוטומטי הייתה מנתקת את הנמענים מהשירות בחלוף 30 (עד 45) ימים של תקופת הביניים. מכאן, שהתקופה המירבית שבה חברי הקבוצה לא היו יכולים לקבל הודעות היא 30-45 ימים. לפיכך, בהתייחס לכל אחת מהתקופות, הגדרת הקבוצה מתייחסת רק לחברי קבוצה אשר נשלחו אליהם הודעות במהלך תקופה של עד 45 ימים מיום המעבר ממכשיר Apple למכשיר אחר.

מעבר לחלוקה האמורה יצוין, שאך זה סביר שבקרב חברי הקבוצה יש מי שהתוודעו במהלך תקופת הביניים על קיומה של תופעת החסם בממשק. בקרב אותם חברי קבוצה יש שוני המשליך על הנזק שנגרם להם לכאורה ולא ניתן להשוות בין חבר קבוצה שהתוודע לתופעת החסם יום לאחר שעבר למכשיר אחר ולא קיבל הודעה, לחבר קבוצה שהתוודע לכך שלא קיבל הודעות לאחר 25 ימים. כך גם לא ניתן להשוות בין חברי קבוצה שלא ידעו כלל שבמשך כל התקופה לא קיבלו הודעות, וייתכן אף כי הדבר אינו מעניינם והם לא הושפעו מכך, לחבר קבוצה אשר התוודע לכך שלא קיבל הודעות וייתכן שחש תחושות שליליות כלשהן כנטען בבקשת האישור.

השוני בין חברי הקבוצה הוא אך אפשרי, בין היתר, לאור העובדה שמהפרסומים שהציג המבקש בבקשת האישור עולה, כי תופעת החסם בממשק כמו גם הפתרון לה, פורסמה במקורות שונים, שנים קודם להגשת בקשת האישור. לפיכך, לא מן הנמנע שחלק מחברי הקבוצה התוודעו לאפשרות שלא נשלחות אליהם הודעות בשל החסם בממשק ואף לפעול בנקל לפתרון החסם שמונע מהם קבלת הודעות ממשתמשי Apple.

נוסף על כך, קיים קושי לאתר באילו מהמצבים, היעדר שליחת ההודעה הייתה מכוונת על ידי משתמש Apple, שבחר שלא לשלוח הודעה באופן יזום חרף העובדה שנודע לו, שהודעתו לא נשלחה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

באמצעות הממשק. משתמשי Apple אשר בחרו להשאיר את ברירת המחדל האוטומטית או להפעילה באופן יזום, אמורים להיות "אדישים" לשאלה, האם ההודעה נשלחה ואין הם אמורים לבדוק עבור כל הודעה אם נשלחה אם לאו, באשר הביעו את רצונם כי ההודעה תישלח אף אם היא כרוכה בתשלום. אולם, לא מן הנמנע כי בין משתמשים אלו קיימים משתמשים אשר בחרו באופן מודע שלא לשלוח הודעה בתשלום. כך למשל ייתכן מקרה, שמשמש השולח הודעות באופן קבוצתי וחינמי יעדיף שלא לשלוח הודעה ספציפית לחבר קבוצה שלא קיבל את ההודעה, ככל שהדבר כרוך בתשלום, ולא ניתן בהכרח לייחס את חוסר הרצון להעביר הודעה בתשלום ל-Apple. האם משתמש שלא קיבל הודעה מאותו שולח חרף העובדה שבעבר קיבל הודעות, נכלל בתוך קבוצת המוגדרת בבקשת האישור? סבורני, כי התשובה לכך שלילית. זוהי רק דוגמה למקרים אפשריים בהם משתמשי Apple לא ישלחו הודעה רגילה, חרף העובדה שהתוודעו לכך, שהודעה ששלחו דרך הממשק לא הגיעה ליעדה.

לא ניתן לדעת (מבלי לבצע בירור פרטני) מתי חבר קבוצה קיבל הודעה, אשר במקור נשלחה כהודעת iMessage שנכשלה ולאחר מכן נשלחה כהודעה רגילה. חוסר האפשרות להבחין מי בחר באופן מכוון שלא לשלוח הודעה לאחר ששליחת ההודעה בממשק נכשלה, מקשה על הגדרת הקבוצה.

האפשרויות השונות והתלות הגדולה בין חברי הקבוצה לבין האופן בו משתמשי Apple הפעילו את הממשק, משקפות את הקושי בהגדרת הקבוצה. הקבוצה שלכאורה נפגעה מצומצמת באופן ניכר מהקבוצה הנטענת בבקשת האישור. אין מקום לכלול בקבוצה כל אדם שהיה בבעלותו מכשיר של Apple ועבר לעשות שימוש במכשיר אחר. בין חברי הקבוצה אין למנות אנשים שעברו לעשות שימוש במכשיר אחר אך ניתקו את שירות הממשק ממכשיר ה-Apple קודם למעבר.

המבקש טוען, שהמעשים והמחדלים שתוארו בבקשת האישור גרמו לו ולחברי הקבוצה נזקים ממוניים ושאינם ממוניים. לטענתו, הנזק הממוני מתבטא, בין היתר, בזמן שהשחיתו חברי הקבוצה באיתור החסם בממשק, בזמן שהשקיעו לשם מציאת פתרון לבעיה, בתשלום העודף ששילמו עבור מכשיר ה-Apple שרכשו, בפגיעה בהיקף השירות שקיבלו מהמפעיל הסלולרי, לכל הפחות לפרק זמן של 45 ימים וכן בפגיעה בפונקציה מרכזית שנמנעה מהם ממכשיר הסלולרי החדש שרכשו. לטענת המבקש, נזקים אלה הם נזקים קונקרטיים במהותם ופועל יוצא מאי קבלת ההודעות שנשלחו באמצעות הממשק. הנזק הלא ממוני שנגרם לחברי הקבוצה מתבטא בפגיעה באוטונומיית הרצון ובשלילת היכולת למנוע אי קבלת ההודעות והוא תוצאה של מעשי המשיבה ומחדליה. הנזק בא לידי ביטוי גם בעגמת נפש, באי נוחות ובפגיעה מההנאה של השימוש במכשיר החדש ובתכונה טבועה בו כתוצאה ממעשיה ומחדליה של המשיבה (פסקאות 77 ו-85 לסיכומי המבקש).

לטענת המשיבה, למבקש לא קיימת עילת תביעה אישית באשר לא הצליח להוכיח קיומו של נזק שנגרם לו. לטענתה, המבקש רכש את המכשיר עוד קודם להשקת ממשק ה-iMessage. לפיכך,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

רכישת המכשיר נעשתה במנותק מהממשק. משכך, אין קשר סיבתי בין התופעה הנטענת לבין הנזק הנטען על ידו, באופן החותר תחת עילת התביעה של המבקש בעת רכישת המכשיר.

אין לקבל את טענת המשיבה בעניין זה. חובת היידוע מכוח הוראות הדין חלה על המשיבה לאורך ההתקשרות ביניהם באופן רציף ולא רק קודם לרכישת המכשיר. מרגע שהושק הממשק והיה ידוע, כי אופן פעולתו משפיע על פונקציות שונות במכשיר כגון פונקציית שליחת ההודעות, היה על המשיבה לעדכן את המשתמשים בממשק, קודם לרכישת המכשיר, אך גם לאחריו.

לטענת המשיבה, מלבד העלאת טענות, המבקש לא הראה כי נגרם לו נזק, לא הציג ראשית ראיה לכך שהנזק שנגרם משותף לכל חברי הקבוצה ואף לא הציג דרכים מעשיות להערכת הנזק.

לטענתה, השונות בין חברי הקבוצה בשאלת הנזק (בכמה הודעות מדובר, מה מקורן, מתי הגיעו בסופו של דבר), מעלה שאין לבררו במסגרת של תובענה ייצוגית.

בעניין זה יש טעם של ממש בטענות המשיבה ומעבר לקושי בהגדרת הקבוצה, כאמור לעיל, קיימת שונות בין חברי הקבוצה בכל הנוגע לנזקים הנטענים.

המבקש טוען לנזק ממוני שעניינו בתשלום העודף ששילם עבור מכשיר ה-Apple שרכש. אולם, לא ניתן לדעת, אם חברי קבוצה אחרים שילמו בהכרח "תשלום עודף" על מכשירים וייתכן שרכישת מכשיר אחר (במקום מכשיר Apple) הייתה כרוכה בתשלום יקר יותר. כך גם לא ניתן לכמת את הפגיעה ב"היקף השירות שקיבל מספק הסלולרי". באופן דומה, בנסיבות העניין, נזק שעניינו בהשקעת הזמן לשם מציאת הפתרון לתופעת החסם בממשק, אף הוא אינו מתאים להיבחן במסגרת קבוצתית. לא ניתן לדעת לגבי כל חברי הקבוצה, מהו פרק הזמן שעבר מרגע שעברו להשתמש במכשיר שאינו של Apple ועד לרגע שגילו כי לא קיבלו הודעות ממשתמשי Apple או כמה הודעות כל חבר קבוצה "פספס" באותו פרק זמן. כך גם יש קושי בהערכת נזקיהם: האם ניתן להשוות את הנזק שנגרם לחבר קבוצה שלא קיבל הודעה אחת לנזק שנגרם לחבר קבוצה שלא קיבל 20 הודעות, ובמקרה אחר, האם ניתן להשוות את נזקו של חבר קבוצה שלא קיבל הודעה במשך 45 ימים עד שהתבצע הניתוק האוטומטי לנזק של חבר קבוצה שעבר יום אחד עד שהתברר לו, שלא קיבל הודעה וביצע ניתוק יזום של השירות. על כל אלה יש להוסיף, כי תוכן ההודעה "המפוספסת" כשלעצמו משפיע על מידת הנזק ולא ניתן להשוות בין הנזק של חבר קבוצה למשנהו. מדובר בנזקים אינדיבידואליים שאין מקום לבוחנם במסגרת תובענה ייצוגית.

אכן, נמנעה מחברי הקבוצה האפשרות להשתמש בפונקציה במכשיר, אולם לא ניתן להעריך את הנזק הממוני באופן קבוצתי ובפרט, לא ניתן לעמוד על הקשר הסיבתי שבין הנזק של אי שימוש במכשיר לבין פעולותיה ומחדליה של המשיבה. זאת, בין היתר, בשל האפשרות שאי שליחת ההודעה נעשתה במודע על ידי משתמשי Apple שייתכן ובחרו שלא לשלוח את ההודעות ולפיכך, לא ניתן





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

לקבוע, שהחסם בממשק הוא שהוביל לכך שנמנעה מחברי הקבוצה האפשרות לקבל הודעות באופן הפוגע בהנאת השימוש במכשיר.

גם בהתייחס לנזק לא ממוני, קיים קושי להעריך ולבצע "האחדה" של הנזק הקבוצתי. אף שאין מניעה עקרונית לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני במסגרת תובענה ייצוגית, ייתכנו מקרים בהם הקושי בהאחדת הנזק ובקביעת שיעורו יצדיק, שלא לאשר את הגשתה של תובענה כייצוגית.

הגישה הרווחת כיום היא, שאין לפצל, לעניין הפיצוי, בין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין ראש הנזק של עוגמת נפש ותחושות שליליות, שנגרמו בגין אותה פגיעה ו"במקום שבו אין מדובר בפגיעה 'בגרעין' הקשה של האוטונומיה, ולא נגרם נזק תוצאתי של ממש, דהיינו: כאשר הפגיעה באוטונומיה מוסבת לשלילת כוח הבחירה בלבד, והתחושות השליליות שכלולות אליה הן: שוליות, חלשות בעוצמתן, ולא משמעותיות... אין מקום להכיר בפגיעה באוטונומיה שמקורה בשלילת כוח הבחירה של הצרכן כנזק בר-פיצוי" (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ, מיום 4.9.2014, פסקאות 39, 44).

המבקש לא הציג נתונים או סקר שממנו ניתן לאמוד את מספר חברי הקבוצה שחשו תחושות שליליות כנטען בבקשת האישור. בבחינת הנזקים הלא ממוניים, יש לתת את הדעת לכך, שאין לקבוע בהכרח שהתחושות השליליות הנטענות, הן מנת חלקם של כל חברי הקבוצה ולא ידוע אם חברי הקבוצה הגיבו לתופעת אי קבלת ההודעות ולהיעדר הגילוי בדבר החסם בממשק באותו אופן.

בנסיבות העניין, מקור הנזקים הלא ממוניים הוא במחדלי המשיבה, שלא גילתה לחברי הקבוצה את דבר קיומו של חסם בממשק וגרמה לאי קבלת הודעות במכשירים החדש. נראה, שיש להבחין בין הנזקים הנטענים ביחס לכל אחד ממחדלי המשיבה הנטענים ואין מקום להשוות בין הפגיעה שיכולה להיות מלווה לגילוי בדבר אי קבלת הודעות, לפגיעה שיכולה להיות מלווה לגילוי בדבר הפרת חובת הגילוי מצד המשיבה על קיומו של חסם בממשק.

ככל שהדבר נוגע להפרת חובת הגילוי בדבר החסם בממשק, הרי שאז ניתן להניח שעיקר הפגיעה הוא בשלילת חופש הבחירה. אולם, בנסיבות העניין, נראה שעיקר הנזקים הנטענים אינם נוגעים לפגיעה באוטונומיה במובן של שלילת כוח הבחירה של הצרכן ברכישת מכשיר ה-Apple מלכתחילה להבדיל מהאפשרות לרכוש מכשיר אחר, כי אם באי קבלת הודעות.

ככל שהדבר נוגע לאי קבלת הודעות הרי, שאי קבלת הודעות עיקרה בנזק אינדיבידואלי, בין אם ממוני ובין אם לא ממוני. הערכת שיעורו של נזק זה המתבטא בתחושות שליליות ועגמת נפש אותן חווה הניזוק כתוצאה מהתנהגותו המעוללת של המזיק, וקביעת הפיצוי המגיע לו בגין נזק זה, אינה משימה קלה. זאת משום שנזק כזה הוא על פי טיבו נזק סובייקטיבי-אינדיבידואלי התלוי במידה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

רבה בברומטר הרגישות האישי של כל אדם ואדם (ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, מיום 4.12.2011, פסקה 43).

גילוי דבר החסם בממשק וגילוי אי קבלת הודעות יכולים היו להתקיים במהלך תקופת הביניים, אך באותה מידה, יכולים היו גם להתקיים בדיעבד, לאחר שפונקציית הניתוק האוטומטי הופעלה וחברי הקבוצה כלל לא שמו לב לכך שבמשך תקופה מסוימת, לא קיבלו הודעות. זאת ועוד, ככל שישנם חברי קבוצה שהתוודעו לכך שאינם מקבלים הודעות במהלך תקופת הביניים, אך זה סביר שאלו פעלו לפתור את התקלה ובהתאם ייתכן, שהתחושות השליליות שלוו לידעה מוגבלות. לצד זאת ייתכן, שיש חברי קבוצה שהתוודעו לקיומו של החסם בדיעבד וייתכן שאף לא הושפעו מכך. לא מן הנמנע שבין חברי הקבוצה יש אנשים, שנותרו אדישים ואף אם חשו תחושות שליליות הרי שתחושות אלו נותרו שוליות וברמה שאינה מצדיקה מתן פיצוי.

קשת האפשרויות של הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה רחבה וקיים קושי של ממש לבצע האחדה של הנזקים בין חברי הקבוצה ולקבוע את שיעורם.

לסיכום האמור עד כאן,

בקשת האישור טומנת בחובה קשיים רבים, אשר צירופם מוביל למסקנה שאין לאשרה.

לא בקלות ראש ניתנת החלטה זו וזאת נוכח קיומה של תשתית עובדתית המעלה, שהמשיבה אכן הפרה את הוראות הדין ואף נדמה, שהייתה אדישה להפרות אלה והתעלמה מהאפשרות לפגיעה בלקוחותיה, לא כל שכן, מהאפשרות לפגיעה בלקוחות עבר שלה.

על פניו, לא ברור בשלב זה האם התופעה האמורה נמשכת, כך גם לא ברור משקלה של התופעה לאור התפתחותן של אפליקציות אחרות והשימוש הנרחב בהן באופן אשר מפחית את הפגיעה של אי שליחת הודעות במסגרת הממשק. עם זאת, הסעד המבוקש שהתבקש בבקשת האישור הוא סעד של פיצוי. לפיכך, ואף שבקשת האישור מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, לא קיימת אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובת הקבוצה, וזאת בהיעדר סעד רלוונטי מתאים. הסעדים המבוקשים בבקשת האישור מצריכים הוכחת קיומו של נזק וקשר סיבתי, בהיעדר אלו אין מקום לאשר את בקשת האישור.

העובדה, שהנזק שנגרם אינו תלוי אך בכשל המבני שבממשק, אלא ברצונם ובאחריותם של משתמשי Apple מעלה, שלא ניתן לתלות את הנזקים הנטענים במשיבה. היחס הישיר בין השולחים לנמענים, אף אם אינו מנתק את הקשר הסיבתי, מעורר קושי של ממש לבחון את עילות התביעה במסגרת של תובענה ייצוגית ככל שהסעד המבוקש הוא של פיצוי לחברי הקבוצה.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 36621-10-14 הדס נ' Apple Inc. חברה זרה (ארה"ב)

חוק תובענות ייצוגיות קובע, ש"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השנייה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני. "אלא שבענייננו, לא הונחה תשתית רלוונטית לקיומו של נזק, בין ממוני ובין לא ממוני. כך גם לא עלה בידי המבקש להוכיח את עצם קיומה של "קבוצה", דהיינו קבוצת נפגעים, שלגביהם ניתן לבצע "האחדה" של הנזק, עד כדי שניתן לדון בהם במאוחד, במסגרת תובענה ייצוגית.

בנסיבות אלה ובהיעדר אפשרות להוכיח קיומה של קבוצה או להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין הטענות הנטענות לקיומו של נזק, אין להידרש ליתר העילות הנטענות בבקשת האישור, שגם לגביהן יש להידרש לקיומו של נזק שנגרם לחברי הקבוצה.

סוף דבר

בקשת האישור - נדחית.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט' סיון, תשע"ט, 12 יוני, 2019, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן
רחמים כהן, שופט

