



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

לפני כב' השופטת אסתר שטמר

המבקשת

מיכל גלזר

ע"י ב"כ עו"ד שילה

נגד

המשיבה

פלאפון תקשורת בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ברקמן ועו"ד גרי

החלטה

1. המשיבה (להלן "פלאפון") מוכרת למנוייה שרות "שיר בהמתנה" המאפשר להמיר את צליל החיוג הרגיל ששומע המתקשר, בשיר, בנעימה או במלל על פי בחירת המנוי (להלן "השירות"). השירות כרוך בתשלום דמי שימוש חודשיים בסך 6.93 ₪. המבקשת לקוחה של פלאפון, ומנויה על השירות החל מיום 20.9.2005.

2. החל באפריל 2008 החלה פלאפון להשמיע את ההודעה הבאה:
"אוהבים את השיר? לחצו פעמיים על מקש כוכבית והוא אצלכם בפלאפון. השירות בתשלום" (להלן "ההודעה").

ההודעה מושמעת בחלק מן השיחות הנכנסות למכשירים של מנויי השירות, ואורכת 5.6 שניות בשפה העברית (ולפי סיכומי פלאפון 7.4 שניות בשפה הערבית). ההודעה מושמעת מיד לאחר החיוג, ולאחריה מושמע השיר שבחר המנוי כשיר בהמתנה. מענה לשיחה קוטע את ההודעה או את השיר, לפי העניין, באופן מיידי.

בבסיס התביעה הטענה כי בדרך זו מפקיעה פלאפון, לצרכים פרסומיים, חלק מזמן השירות של שיר בהמתנה, מבלי שהמנויים הסכימו לכך.

עילות התביעה הן הפרת חוזה ועשיית עושר ולא במשפט. בבקשת האישור הוגדרה הקבוצה כך: "לקוחות המשיבה שהיו מנויים על שירות "שיר בהמתנה" מאז תחילת שיוקו" (סעיף 35 בבקשת האישור).

טענות הצדדים

3. המבקשת טוענת כי למרות שהשירות נזכר בהסכם ההתקשרות, נפקד מן ההסכם תיאור ההודעה או הסבר כי ההודעה תגזול חלק מן השירות. השמעת ההודעה ע"ח השירות מביאה לכך שפלאפון אינה מספקת את השירות במלואו, ולכן עליה לפצות את מנוייה בגין הפרת ההסכם. נזקה של המבקשת הועמד על חלק יחסי מהתמורה המשולמת בגין השירות, שהוא כשיעור החלק היחסי מהשירות שהופקע לטובת ההודעה, לפי חישוביה. לחלופין עותרת המבקשת למלוא רווחיה של פלאפון כתוצאה מהפרת ההסכם. המבקשת סבורה כי פלאפון עשתה עושר ולא במשפט בכך שגייסה מנויים נוספים לשירות ע"י הפרסומת שהושמעה על חשבון המנויים. לגישה, כל תשלום בגין שיר שהורד למכשיר הטלפון של



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

המתקשר כתוצאה מן ההודעה, מהווה זכייה של המשיבה שלא על פי זכות שבדין, ועל פלאפון להשיבה למנוי.

אחיה של המבקשת, מר עופר גלזר הוסיף בתצהירו כי נציגת שירות של פלאפון בשם אורטל אישרה את דבר קיום ההודעה, וכן העריכה מנסיונה האישי את התדירות שבה היא מושמעת בכ-20% מן השיחות.

הנזק הועמד על 28,200,000 ₪, שחושבו לפי השיטה הבאה: 6.97 ₪ (עלות חודשית של השירות) X 20% (התדירות שבה מושמעת ההודעה) X 75% (משך הזמן בו מושמעת ההודעה ביחס לזמן ההמתנה) X 12 חודשים X 4.5 שנים (התקופה שבה מושמעת ההודעה במסגרת השירות) X 500,000 מנויים = 28,200,000 ₪.

4. פלאפון טוענת כי ההודעה מושמעת בכ-1% בלבד מכלל השיחות הנכנסות אל מנויי השירות. בכך מצטמצמות מאוד הן הפגיעה בזכויות הנטענת הן הערכת הנזק. בסיכומיה חישה פלאפון את הנזק על סמך העובדות הבאות שטענה להן: ההודעה מושמעת מאז אפריל 2008 בלבד; עלות השירות היא 6.93 ₪; ההודעה מושמעת בכ-1% מן השיחות. הזמן ש"גוזלת" ההודעה מן השיר משתנה בהתאם למהירות התגובה של המנוי, ופלאפון חישה אותו לפי 18.5% (בהנחה שמקבל השיחה המתין 30 שניות בטרם ענה) – כך, הנזק הנטען הוא 153,846 ₪ בלבד, המהווה כ-0.5% מהנזק שהמבקשת טענה לו במסגרת בקשת האישור. עיקר טענת פלאפון, כי מדובר בזוטי דברים, שעל כן אין לאשר את הבקשה.

בנוסף טוענת פלאפון כי באמצעות ההודעה יכולים לקוחות פלאפון להוריד למכשיר שלהם ישירות את השיר המושמע, ולזכות בהנחה משמעותית בדמי השירות. על כן, התובענה אינה מייצגת את אלו שעשו כן, ואף עומדת בסתירה לאינטרס שלהם, כחלק מן הקבוצה. עוד נטען כי רוב מנויי פלאפון מודעים להודעה שהם שומעים מדי פעם, ולכן המצטרפים החדשים מוחזקים כמי ששמעו אותה ויודעים אודותיה. ניתן בקלות לבטל את השירות ואת ההודעה, על ידי שיחה עם שרות הלקוחות של פלאפון. אכן, אפשרות כזו לא נרשמה בהסכם שבין הצדדים, אך פלאפון חוששת מהרחבת יתר של ההסכם, שתביא להצפת מידע שהמנוי לא יוכל להבינו. פלאפון טוענת גם נגד עילות התביעה ועמידת הבקשה בתנאי אישור תובענות ייצוגיות.

5. לבקשה צורפו תצהירי המבקשת ואחיה, מר עופר גלזר. לתשובה צורף תצהיר מר אסף עופר, סמנכ"ל שווק בפלאפון. הצדדים ויתרו על חקירת המצהירים; המבקשת ויתרה על הגשת סיכומים, והסתפקה בבקשת האישור, בתגובה לתשובה, ובתשובה לסיכומי פלאפון.

דיון

6. ראשית יש להסיר מן הדרך את חילוקי הדעות העובדתיים שבין הצדדים בדבר תדירות השמעת ההודעה: בהעדר חקירות של הצדדים אני מעדיפה את תצהיר סמנכ"ל השווק של פלאפון, שניתן מכלי ראשון ולא בהערכה שבסיסה פרטי, ואינה מסתמכת על נתונים. לפיכך אני קובעת כי ההודעה מושמעת ב-1% מן המקרים שבהם ניתן שירות שיר בהמתנה.



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

הפרת הסכם

7. בסעיף ה' (4) (ה) בנספח להסכם למתן שירותי רדיו טלפון (להלן "ההסכם") מצוין אודות השירות רק כך:

"שירות שיר בהמתנה: המצטרף לשירות במעמד ההצטרפות לתכנית, שלא במסגרת הצטרפות לחבילות הפורטל גלישה ותוכן ייהנה מחודש ראשון בשירות ללא תשלום חודשי קבוע ומעדכון קטע מוזיקלי ראשון ללא תשלום (קיים תשלום בגין השהייה במערכת). בסיום החודש הראשון, ימשיך ויסופק השירות בהתאם לתעריף השירות שבנספח זה". כלומר, פלאפון לא הזכירה קיומה של הודעה, ובודאי לא את האפשרות לבטלה. אני דוחה את טענת פלאפון כי המנויים הסכימו להשמעת ההודעה על דרך של התנהגות: אין לראות בהתנהגות פאסיבית מעין זו משום הסכמה לפגיעה בזכויות. סביר יותר להניח שמדובר במטרד שהמנויים לא התעכבו לבררו ולבחון אותו, בין בשל העדר מודעות בין בשל חוסר החשיבות היחסי שלו.

מכל מקום העדר תגובה כשלעצמו אינו מלמד על הסכמה. כך קובע סעיף 6 בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973:

"(א) הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול.
(ב) קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף".

"כאשר מדובר בשינוי חוזה כתוב על דרך של התנהגות הצדדים המאוחרת לכריתתו, מן הדין שהתנהגות הצדדים לחוזה תשקף את גמירת הדעת לסטות מהוראות החוזה... עקביותם הפנימית של דיני החוזים מחייבת, כי המסקנה שהוראה חוזית שונתה או בוטלה תושגת על בסיס מוצק וברור, לא פחות מזה הנדרש לשם הסקת עצם קיום היחס החוזי בין הצדדים.."

(ע"א 4956/90 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35, 41 (1992)).

ראה גם גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי 221-224 (2005).

8. בענייננו לא הצביעה פלאפון על נתונים נוספים שמלמדים על הסכמת המנויים להודעה. פלאפון גם לא פירטה כמה מבין המנויים הצטרפו לשירות החל מאפריל 2008, מועד תחילת השמעת ההודעה. כל שצוין על ידה הוא כי **"בחודשים ינואר – מאי, בשנת 2010 בלבד, הורדו באופן זה.... 31,576 שירים; והצטרפו לשירות ... 6,828 מנויים"** (סעיף 25 בתצהיר המשיבה; ההדגשה שלי – א"ש); וכי **"עשרות ואף מאות אלפים מבין חברי הקבוצה הייצוגית הנטענת, עשו שימוש ונהנו בפועל מהאפשרות הגלומה בהודעה .."** (סעיף 4 בסיכומי המשיבה; סעיפים 27-29 בתצהיר עופר מטעם המשיבה). גם אם הדבר מלמד על הסכמת אותם מחברי הקבוצה שרכשו את השירות באמצעות ההודעה, ולכן יש לקבל כי ידעו אודותיה והסכימו לה, אין הדבר מלמד על האחרים, שמספרם גבוה פי כמה (לפי מספר המצטרפים ב – 5 חודשים בשנת 2010, ניתן להעריך גם כי מספר המנויים לשירות על ידי הקלקה כאמור, לכל התקופה הוא 42 חודשים $6,828 \times 5 = 34,140$, בעוד שמספר המנויים כולם עומד על 500,000 – א"ש).



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

9. העובדה שהמנויים לא ביטלו את ההסכם אינה מלמדת כי הסכימו להתנהגות פלאפון. זאת בין היתר משום שפלאפון לא הראתה שהמנויים ידעו אודות האפשרות לבטלו. אפשרות הביטול מופיעה רק בהנחיות פנימיות של פלאפון (שנקראות אצלה INFO) ואין שום סיבה ליחס למנויים ידיעה אודות האמור בהם.
10. יש לדחות גם את טענת פלאפון כי ההודעה באה להיטיב עם הלקוחות (או כפי שהגדילה פלאפון לטעון, כי מדובר "בשירות אלטרואיסטי" (סעיף 78 בתגובה לבקשת האישור). גם אם האפשרות להורדת שיר בהמשך להודעה היא החסכונית מבין ההצעות שפלאפון הציעה ללקוחותיה, עדיין מדובר בשירות בתשלום לקופת פלאפון.
11. לצורך בקשה זו, המסקנה היא שפלאפון הפרה את ההסכם עם המנויים בכך שלא הקפידה לפעול לפיו, השמיעה הודעה על חשבון זמן השיר המוזמן והמשולם, ולא קבלה הסכמת המנויים לכך מראש.

עשיית עושר ולא במשפט

12. ענייננו עומד לכאורה גם בהגדרת "עשיית עושר" בסעיף 1 בחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט – 1979 ובשלושת היסודות שנקבעו בדין: ההתעשרות, ההתעשרות היא על חשבון הזוכה, וההתעשרות נתקבלה שלא על פי זכות שבדין (רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990)).

אם כי פלאפון אינה מתעשרת מעצם הורדת השיר דרך ההודעה דוקא, ברי כי הורדת השיר כרוכה בתשלום, ונוחות השמוש של הלקוחות מגדילה את מספר המצטרפים לשירות, ככל הנראה. הפרסומת לכך נעשית על חשבון פרק הזמן שנקנה על ידי המנוי, בלא הסכמתו. על כן ההתעשרות היא כמובן על חשבון המנויים.

המנוי חויב בדמי שימוש חודשיים קבועים, שאינם מושפעים ממספר ההשמעות או אורך הזמן בשניות שבו צרך את השירות בפועל (סעיף 27 בתגובה לבקשת האישור). צריך להניח שהמנוי ציפה לקבל את מלוא השירות, מבלי שפלאפון תפקיע חלק מזמן האוויר שנרכש לצורך פרסומי. ויותר מכך: פלאפון מרויחה פרסום שנעשה ע"ח הלקוח, וכך פוחתות הוצאות הפרסום שלה, מן הסתם.

אשר ליסוד השלישי, משנקבע כי המשיבה הפרה את ההסכם עם לקוחותיה, הרי ההתעשרות נתקבלה שלא על פי זכות שבדין. פלאפון סבורה, בהסתמך על בש"א (מחוזי ת"א) 2911107 **בירנבוים שושנה נ' מבדק בדיקות רכב ורישוי בע"מ** (לא פורסם, 25.5.2008), כי הפרת הסכם אינה יכולה להוות את היסוד השלישי, אולם לדעתי אין ללמוד כך מפסק הדין, אף אם אקבל את המסקנה המשפטית שבפסק הדין. באותו מקרה הוגשה התובענה בגין נוהגה של המשיבה להדביק מדבקות פרסום למכון שבבעלותה על כלי הרכב המגיעים לבדיקה במכון הרישוי, כאשר לטענת המבקשת, הדבר נעשה ללא ידיעתם או הסכמתם, ותוך הפיכת כלי הרכב לפרסומת למשיבה.

בעוד ששם הוכח כי במסלול הרישוי הציבה המשיבה שלט שבו ציינה מפורשות כי נבדק שאינו מעוניין במדבקה, יכול להודיע זאת לבוחן – בענייננו לא נודעה אפשרות הביטול למנויים, ולא הוכח כי המנויים בכלל מודעים לקיומה של ההודעה.



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

פלאפון אף לא הצביעה על נימוק לפטור אותה מחובת ההשבה. כל שטענה הוא "שמצבם של המנויים כלל לא הורע ואף השתפר, כתוצאה מן ההודעה" (סעיף 85 בתגובה וכן ראו סעיף 69 בסיכומים), הסבר שדחיתי, כאמור לעיל.

זוטי דברים

13. טענתה המרכזית של פלאפון היא כי יש לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית כיוון שמדובר בעניין שחשיבותו לכל אחד מן המנויים ולכל הקבוצה גם יחד אינה משמעותית, ושהנזק שנגרם הימנה לכל אחד מן המתקשרים, וגם באופן כללי, מזערי ועל כן יש לראות בה משום "זוטי דברים". אינני מקבלת את הטענה.

"כלל עתיק יומין הוא שאין דרכו של בית-המשפט לעסוק בעניינים זעירים וקלי ערך, עניינים של מה בכך, "זוטי דברים" (כמו שנאמר "*de minimis non curat lex*"). כך אין דרכו לעסוק גם בפגיעה מזערית בזכות. כלל זה מקובל בשיטות משפט רבות, וגם בשיטתנו חולש הוא על תחומי משפט שונים...." (נ"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' יהודית הורוויץ, פ"ד נו (4) 913, 928 (2002). ההלכה נותרה על כנה בדנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' יהודית הורוויץ פ"ד נח(6) 289 (2004)).

כלל זה קבוע במפורש בסעיף 4 בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שכותרתו "מעשה של מה בכך". גם במקום שאין הוראת חוק מפורשת, הגנת "זוטי הדברים" תחול, ועיקרה: הסדר הצבורי הנכון והתועלת הכללית שבהליך השפוטי דורשים כי בתי המשפט לא יעסקו בעניינים קלי ערך, גם אם יש בהם משום פגיעה מזערית בזכות או גרימת נזק בשיעור נמוך במיוחד. כאחד הסעיפים הכלליים בהצעת חוק דיני ממונות תשע"א-2011 (ה"ח 595 מיום 15.6.2011), קובע סעיף 4 שכותרתו "זוטי דברים": "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו".

בחא (י-ם) 804/07 דיזנהויז יוניתורס נסיעות ותיירות (1979) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 13.10.09) הוצע להחיל את הכלל מכח עקרון תום הלב שבסעיף 39 בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

14. העיקרון ברור, אך יישומו אינו קל. התשובה לשאלה כיצד נמדדת פגיעה ומתי פגיעה תיחשב מזערית, תלויה "במהות הזכות שנפגעה, בתכלית הפגיעה ובנסיבות נוספות של כל מקרה, ובהתאם היא אף עשויה להשתנות ממקרה למקרה" (בג"ץ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68 (1996)).

בין היתר מוסיף כב' השופט זמיר, כי האבחנה תלויה גם בסוג התובענה ובסעד שנתבקש בה. אם נבחן את עניינינו לאור מבחנים אלו, אזי פלאפון פגעה בזכותו של בעל חוזה לפי החוזה בכך שנטלה לעצמה הזכות להשתמש בחלק מן הרכוש שרכש ממנה, בלי לקבל הסכמה. תכלית הפגיעה היא הכנסה נוספת של פלאפון. הפגיעה הכלכלית בכל אחד מן המנויים מזערית. החשיבות העיקרית של הדיון נובעת מכך שמדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית.



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

15. דוקטרינת זוטי הדברים צריכה התאמה מיוחדת למוסד התובענות הייצוגיות, שעיקר חשיבותו דוקא במקרים שבהם כל אחת מן התביעות האישיות כשלעצמה נמנית עם "זוטי דברים" (דנ"א 5712/02 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 447 (2003)).

"אדרבא, מאפיין מרכזי שלה הוא הצטברות של נזקים קטנים אשר בנפרד לא היו מניעים הליך משפטי" (ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, פסקה 10 (לא פורסם, 11.12.2008)).

בת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פסקה 53 (לא פורסם, 7.10.2008) ציין כב' הש' ד"ר ע' בנימיני : "...עצם העובדה שמדובר "בפגיעות קלות ערך" איננו צריך לעמוד לרועץ לתובעים בתובענה ייצוגית, ובלבד שאין מדובר בפגיעה שולית שהיא בגדר *de minimis* או מעשה של מה בכך, לפי סעיף 4 לפקודת הנזיקין. עצם העובדה שמעשה הנתבע פגע בציבור רחב של צרכנים - היא הנותנת שאין מדובר ב"מעשה של מה בכך". כאשר נתבע בתובענה ייצוגית מעלה טענה של "מעשה של מה בכך", יש לבחון את חומרת הפגיעה מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, ולא מנקודת מבטו של הצרכן הבודד. "מעשה של מה בכך" בהקשר לתובענה ייצוגית, פירושו מעשה אשר רוב חברי הקבוצה הנפגעת יראו בו עניין פעוט וקל ערך, שלא היה עולה בדעתם להגיש בגינו תובענה ייצוגית" (ההדגשות שלי - א"ש).

באופן דומה התייחס גם בית המשפט העליון בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673, 684 (2003), (כב' הש' מ' נאור): "עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר *de minimis*".

ראה גם ת"צ (מחוזי מרכז) 5567-06-08 תמי בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ (לא פורסם, 20.12.2010), שם מציע כב' השופט פרופ' ע' גרוסקופף לשקול הרחבת גדר המקרים שבהם לא יידרש בית המשפט לתובענה ייצוגית צרכנית למרות שעניינם חורג מגדר זוטי דברים (סעיף 39 בפסק הדין).

16. חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 הותיר בידי בית המשפט שקול דעת שלא להזקק לבקשה, מבלי שהחוק עצמו מפרט על סמך אלו שקולים ניתן להגיע להכרעה כזו. בפתח סעיף 8 בחוק תובענות ייצוגיות, הדין בסמכות בית המשפט לאשר תובענה ייצוגית, העניק המחוקק שקול דעת רחב ביותר לבית המשפט: "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה: ...". רשאי נאמר, ולא חייב.

אם בכלל יש צורך בבחינת הדרך שבה ניתן לייבא את דוקטרינת זוטי דברים, הרי זו אחת הדרכים האפשריות.

17. המקרה היחיד, למיטב ידיעתי, שבו נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית על בסיס "זוטי דברים" היה בת"א (מחוזי ת"א) 1545/08 אלינור אלפסי נ' סופר פארם ישראל בע"מ (לא פורסם, 22.8.2010), שבו דחתה כב' השופטת ד"ר ד' פלפל, ס"נ, בקשה לאישור תובענה ייצוגית שבה נטען כי המשיבה הטעתה את הצרכנים בכך שלא גילתה שבבבוקי האכלה לתינוקות מצוי החומר ביספינול A, ובכך פגעה באוטונומיה של המבקשים ובכבודם.



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

כך נקבע שם :

"אין מחלוקת שהורים לפעוטות יכולים לחוות עוגמת נפש, חוסר נוחות, ואולי אף פאניקה כתוצאה מהפרסומים בתקשורת, שהיו בהקשר לביספינול A שמרכיב את הבקבוק להאכלת תינוקות.
במקרה הזה "עודף המידע" שאותו הם רצו לדעת עובר לרכישה מושכלת, אינו חד משמעי, לא מחזק את אפשרות הבחירה המודעת, לא היה מפחית את הפאניקה, והיה מותיר את הפגיעה – אם היתה – בגדר de minimis."

לכן, לטעמי, לא זה המקרה המתאים ליישום הלכת תנובה, אלא דווקא של החריג המצוין שם, כי לא בכל מקרה של סטיה, - תינתן אפשרות של תובענה ייצוגית, או אחרת.

חריגה באי סימון המרכיב של BPA על חלק מהבקבוקים, הינה פגיעה זעירה באוטונומיה של הפרט שחסכה ממנו בלבול.

אשר על-כן, מטעמים אלה אני דוחה כבר עתה את הבקשה..."

(שם, בעמ' 15; ההדגשות שלי – א"ש; ויצויין כי תלוי ועומד ערעור על פסק הדין בע"א 7328/10).

למען שלמות הדיווח אציין כי גם בע"ב (חיפה) 2007/00 דיין אריה נ' חברת חשמל לישראל בע"מ (לא פורסם, 6.6.2005) קבע בית הדין לעבודה כי הפגיעה הרלוונטית בכל גמלאי היא בגדר זוטי דברים, וראה בכך סיבה נוספת לאחרות שלא להתערב בהסכם קיבוצי (שם, בפסקה 137).

בעניינינו מדובר בנושא שונה לחלוטין, ולא ברור אם ניתן או רצוי ליישם את הדברים שנקבעו בענין אלפסי.

18. ככלל נראית לי הבחינה שהוצעה ע"י השופט בנימיני בענין תנובה, והיא כי גודל הפגיעה יבחן דרך עיני הקבוצה כולה, ולא דרך עיני היחיד. אחת ממטרותיה החשובות של התובענה הייצוגית היא אכיפת הדין גם במקרים שבהם אין לפרט תמריץ לתבוע תביעה אישית. על כן, מעצם ההגדרה לא ראוי להחיל את הגישה הכללית בקשר לזוטי דברים במשפט גם על תובענות ייצוגיות. יחד עם זאת, ברי שקיים גבול שמעבר לו השקעת המשאבים המשמעותית שבכלי התובענה הייצוגית אינה ראויה, ועל כן יש למנוע שמוש בלתי מתאים בכלי חשוב זה.
לא הנוק בלבד הוא שייבדק לצורך החלת הדוקטרינה של זוטי דברים בתובענה הייצוגית, אלא החשיבות היחסית שבנושא התובענה, כך שלא תאושר תובענה שענינה "מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו".

19. התלבטתי אם יש לראות בתובענה שלפני עניין פעוט, אשר לא היה עולה בדעת רוב חברי הקבוצה להגיש תובענה ייצוגית בגינו :

מחד גיסא, ההודעה הושמעה רק בכ - 1% מן השיחות; המנוי חויב בתשלום חודשי קבוע, שאינו תלוי במספר השניות בהן נצרך השירות בפועל; וחלק מחברי הקבוצה היו מודעים לשירות (בין אם התקשרו למנויים בשירות ובין אם הצטרפו לשירות לאחר השמעת ההודעה).
מאידך גיסא, פלאפון נטלה לעצמה חלק מזמן האוויר שנרכש על ידי הלקוחות, לצרכים פרסומיים, ואין להקל ראש בכך. המנויים רשאים היו לצפות ולקבל תמורה מלאה לכספם, וניתן להניח כי לא ציפו לשמש מקור למימון פרסומים של פלאפון.



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

רצתה פלאפון לפרסם את השירות באמצעות ההודעה – יכולה היתה לבקש את הסכמת המנויים לכך מראש. משלא עשתה כן, אין לה להלין אלא על עצמה. טענת פלאפון כי בפועל ניתן היה לבטל את ההודעה בכל עת בשיחת חינם למוקד שירות הלקוחות של פלאפון לא טענה היא, שכן לא הוכח כי המנויים היו מודעים לאפשרות הביטול אשר צוינה כאמור רק במסמך פנימי של פלאפון. ממילא ראוי היה למצוא דרך לקבל הסכמה מראש, ולא להטיל על המנוי ביטול בדיעבד. לא למותר להזכיר כאן שהמנוי אינו יוצא נשכר במאומה מכך שהעמיד את זמן השירות לרשות פלאפון.

באשר לרכיב הנזק: המבקשת העמידה תביעתה על 28,200,000 ₪. בהמשך טענה פלאפון כי גובה הנזק נמוך לאין שיעור ובהתאם לתחשיבה הועמד על סך 153,846 ₪ בלבד (עמ' 7 בסיכומי המשיבה). פלאפון אמנם לא פירטה על מה מבוססת ההנחה כי מקבל השיחה ממתין בממוצע 30 שניות בטרם השיב (וכפועל יוצא – הועמד הזמן ש"גוזלת" ההודעה מן השיר על 18.5%, ולא על 75%, כטענת המבקשת) (ראה עמ' 7 בסיכומי פלאפון) – אולם ב"כ המבקשת אישר אף הוא כי **"הפגיעה בלקוחות היא כנראה לא כל כך משמעותית, אך היא קיימת ברמה העקרונית"** (עמ' 1, שורה 28 בפרוטוקול).

אם כן, ברמת העקרון המשפטי לפנינו פגיעה בהסכם עם הלקוחות ועשיית עושר. עם זאת, הנזק לכל אחד מן הקבוצה, וכנראה גם לקבוצה בכללה, אינו גדול. בסופו של יום אני סבורה כי הפגיעה העקרונית שפגעה פלאפון בקבוצות הלקוחות המנויים על השירות לא תוכל להיחשב זוטי דברים, שאם נאמר כן – עלול הכלי הצרכני של התובענה הייצוגית להתפרק מנשקו דווקא במקרים שבהם יש בו צורך משמעותי. אין זאת אומרת שבכל מקרה לא תופעל הדוקטרינה של זוטי דברים במסגרת תובענה ייצוגית, אלא רק שלא ניתן לעשות זאת כאשר הפגיעה היא בזכות ממשית ומהותית.

התנאים לאישור תובענה ייצוגית

20. שאלות מהותיות של עובדה או משפט משותפות לכלל חברי הקבוצה, וקיימת אפשרות סבירה שתוכרענה לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) בחוק תובענות ייצוגיות):
לטענת פלאפון, נדרש בעניינה של הקבוצה בירור פרטני בשורה ארוכה של שאלות, ואף הנזק מחייב בחינה קונקרטית של כל מנוי ומנוי. משכך טוענת פלאפון אין זה יעיל לברר התובענה במסגרת הליך של תביעה ייצוגית.
דין הטענה להידחות.

הלכה פסוקה היא כי:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך יש לאמץ גישה ולפיה די בכך שהשאלות העיקריות העומדות במוקד הדיון תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מנה אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת" (רע"א 8268/96 דן רייכרט נ' משה שמש, פ"ד נה(5) 276, 297 (2001)).



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

בענייננו, השאלות המשפטיות הן: האם הפרה פלאפון את ההסכם עמה; והאם התעשרה שלא כדין על חשבון מנוייה באמצעות ההודעה.

21. טענת פלאפון כי הקבוצה נשוא התובענה מורכבת ממספר קבוצות נפרדות נכונה היא, אולם גם בכך אין כדי לדחות את בקשת האישור: באופן ברור ניתן לחלק את חברי הקבוצה לאלו שהצטרפו לשירות מבלי שהיו מודעים להודעה ולאלו שהיו מודעים לה, והצטרפו לשירות בכל זאת. את הקבוצה השנייה ניתן לפצל לשתי קבוצות משנה: אלו שידעו אודות ההודעה מכך שהתקשרו למנויים בשירות ושמעו את ההודעה, והללו שהצטרפו לשירות בעקבות שמיעת ההודעה.

לדעתי אין בחלוקה זו כל פסול, ובלבד שאפיון הקבוצות ברור, הן מיוצגות על ידי המבקשת שלפני, והשאלות העובדתיות והמשפטיות דומות.

כך גם אין לקבל את טענת פלאפון באשר לשונות בגובה הנזק: בהתאם לסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות ולפסיקת בית המשפט העליון, אין בשונות זו כדי למנוע את אישור התובענה הייצוגית (ע"א 345/03 דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל פסקאות 59-66 בפסק הדין של כב' השופט עדיאל (לא פורסם, 7.6.2007); ת"צ (מחוזי י-ם) 9177-07 ראובן ברון נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ פסקה 90 (לא פורסם, 18.7.2010)).

22. הדרך ההוגנת והיעילה להכרעה במחלוקת היא באמצעות תובענה ייצוגית (סעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות). בנסיבות העניין ולאחר שקבעתי כי קיימות שאלות משפטיות משותפות לכלל חברי הקבוצה, נראה כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. כמו כן, אין המדובר בסכומים גדולים ששולמו על ידי כל אחד מן המנויים על השירות המצדיקים ניהול תביעה אישית, וגם מן הטעם האמור, הדרך המתאימה היא באמצעות תובענה ייצוגית.

23. קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (סעיפים 8(א)(3)-8(א)(4) בחוק תובענות ייצוגיות). בהקשר זה טוענת פלאפון כי היה על המבקשת לפנות אליה בטרם הגשת התובענה על מנת לברר העובדות לאשורן, ומשלא עשתה כן, יש בכך כדי להעיד על חוסר תום ליבה. אינני מקבלת את הטענה: פלאפון עצמה מודה כי "פנייה מקדימה אינה בבחינת "תנאי בלתו אין" לשם אישור תובענה כייצוגית" (סעיף 100 בסיכומים) (ראה גם: עניין אביב שירותים בע"מ, בפסקה 9). פלאפון גם אינה טוענת כי פנייה אליה היתה מביאה לתיקון המצב, כי אם ל"הצגת העובדות לאשורן, לרבות מופרכות חישוב הנזק הנטען" (סעיף 99 בסיכומים). כאשר פניה למשיבה לא היתה משיגה את התוצאה הרצויה מבחינת המבקשת והקבוצה, אין בהיעדרה כדי ללמד כי המבקשת לא תוכל לנהל את התובענה בתום לב לטובת הקבוצה.



בית המשפט המחוזי מרכז

13 ספטמבר 2011

ת"צ 34556-04-10
גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ

24. סיכום

אני מאשרת את התובענה הייצוגית :

- א. הקבוצה שבשמה תנוהל הקבוצה היא לקוחות פלאפון שהיו מנויים על שירות "שיר בהמתנה" החל מאפריל 2008 ועד היום.
- ב. עילות התביעה הן הפרת הסכם ההתקשרות ועשיית עושר ולא במשפט.
- ג. הסעדים הנתבעים הם צו עשה המורה לפלאפון להפסיק מפעולותיה האמורות או להפחית את עלות השירות ב – 15% או בכל שיעור שיקבע בית המשפט ; ותשלום פיצוי בגין הפרת ההסכם או השבה בגין עשיית עושר ולא במשפט לחברי הקבוצה.

25. הצדדים יואילו להגיש נוסח מוסכם לפרסום ההחלטה תוך 30 יום. פלאפון תפרסם את ההודעה תוך 10 ימים מיום שתאושר ע"י בית המשפט בשני עתונים יומיים או במשלוח הודעה לכל אחד מן הלקוחות המנויים או שהיו מנויים על השירות, לפי בחירתה.

העתק ההודעה ישלח גם אל היועץ המשפטי לממשלה.

26. נקבע לקדם משפט ליום 5.12.2011 בשעה 10:30.

27. פלאפון תישא בהוצאות הליך זה בסכום של 5,000 ₪.

28. המזכירות תשלח העתק ההחלטה למנהל בתי המשפט, לשם רישומה בפנקס התובענות הייצוגיות.

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

אסתר שטמר, שופטת

הוקלד על ידי