



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

לפני כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ

**בעניין:**

**סמיון ז'נין**

ע"י ב"כ עו"ד שמעון דיסקין

המבקש

נ ג ד

**פרטנר תקשורת בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד ירון רייטר

המשיבה

### החלטה

1. לפני תובענה וכן בקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, שהוגשו נגד חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן - פרטנר). עניינה של התובענה הוא "נעילת" מכשירי טלפון ניידים שנרכשו מפרטנר לאפשרות שימוש ברשתות אחרות, וגביית תשלום עבור הסרת הנעילה.

### רקע עובדתי

2. המבקש, מנוי של פרטנר, רכש מפרטנר חמישה מכשירי טלפון סלולאריים הפועלים בטכנולוגיית GSM. מכשירים אלו פועלים באמצעות כרטיס חכם (SIM), היוצר את השיוך בין המנוי לרשת בה הוא משתמש. משמעות הדבר היא, כי מנוי אשר במכשירו כרטיס SIM של רשת פרטנר, יכול לעשות שימוש ברשת פרטנר. יחליף את הכרטיס בכרטיס SIM של רשת אחרת, יוכל לעשות שימוש באותה רשת אחרת (סעיף 29 לתשובתה המתוקנת של פרטנר). כך עקרונית. אלא שכל המכשירים שרכש המבקש מפרטנר היו "נעולים" לשימוש בחברות אחרות (SIM lock). "נעילה" של מכשיר היא חסימה טכנולוגית, המתבצעת ע"י יצרן המכשיר על פי הזמנת המפעיל, המאפשרת שימוש במכשיר רק עם כרטיס SIM שהונפק ע"י אותו מפעיל, ומונעת אפשרות לעשות שימוש במכשיר עם כרטיס SIM של מפעיל סלולארי אחר (ס' 79 לתשובת פרטנר לבקשה).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

3. ביום 14.12.05 התקשר המבקש בהסכם עם פרטנר שכותרתו "שדרוג מכשירים/חידוש תכנית/שירותי אחריות ותחזוקה" (להלן-ההסכם), במסגרתו צירף שלושה מתוך חמשת הקווים שברשותו לתכנית עסקית בשם "pay per call new". סעיף 4 להסכם שבין הצדדים קבע כדלהלן:

### נעילת מכשירים - SIM lock

כל מכשיר חדש פועל רק בשילוב עם כרטיס חכם שהונפק על ידי orange ישראל בלבד. נעילה זו מפחיתה סכנת הונאה וגניבה. אם מכשירך נעול תוכל לפנות לשירות הלקוחות של orange על מנת לבטל את הנעילה. ביטול הנעילה כרוך בתשלום. לתשומת ליבך, אם רכשת מכשיר מאיתנו בהנחה או בהטבה כלשהי, יהיה עליך בנוסף:

א. אם קיבלת הטבת רכישה בתשלומים חודשיים יהיה עליך להמתין עד סיום התשלומים החודשיים בגין המכשיר החדש, או לפרוע מייד את יתרת התשלומים החודשיים האמורים; או

ב. אם קיבלת כל הטבה/מתנה אחרת, להחזיר לנו את מחיר ההנחה/ההטבה שקיבלת, לפי העניין.

כדי להפחית סכנת הונאה או גניבה אנו ממליצים כי מכשירך יישאר נעול".

4. ביום 2.8.09 הודיעה פרטנר למבקש כי התכנית אליה הצטרף מגיעה לסיומה "עקב הוראת משרד התקשורת לקצר את משך אופן חיוב שיחות לפרק זמן של 1 שנייה", והזמינה את המבקש להעביר שני קווים מתוך שלושה לאחת מתכניות התעריפים האחרות הקיימות בפרטנר. המבקש התנגד להעברת הקווים לתכנית אחרת, יקרה יותר, ולאחר דין ודברים עם פרטנר החליט להעביר שלושה מן הקווים שברשותו לחברה סלולארית אחרת. או אז התברר למבקש כי לשם "פתיחת" המכשירים הסלולאריים שברשותו לשימוש בחברה אחרת דורשת פרטנר תשלום של כ-90 ₪ עבור כל מכשיר, והמבקש נאלץ לשלם עבור "פתיחת" שלושה מכשירים סך של כ-272 ₪.

5. להשלמת התמונה יצוין כי לאחר הגשת התובענה, ביום 29.12.10, תוקן תיקון 46 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן – חוק התקשורת), אשר אסר, בין היתר, על



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

נעילת מכשירים סלולאריים וגביית תשלום עבור פתיחתם החל מיום 1.1.11. לתיקון זה אדרש בהמשך.

### תמצית טענות המבקש

6. המבקש טוען כי נעילת מכשירים וגביית תשלום בגין "פתיחתם" מנוגדת לתנאי הרישיון שניתן לפרטנר. הרישיון מפרט רשימה סגורה של שירותים, אשר בגינם הותר לפרטנר לגבות תשלום, ואילו נעילת מכשיר ופתיחתו אינן נמנות עם שירותים אלו.

7. המבקש מוסיף וטוען כי ההסכם בו התקשרו הצדדים אינו עונה לדרישות הרישיון. נטען כי פרטנר לא ציינה בהסכם את עלות פתיחת המכשירים והסתפקה בהוראה סתמית כי "ביטול הנעילה כרוך בתשלום", זאת בניגוד לסעיף 55.4 לרישיון הקובע כי הסכם ההתקשרות יכול באופן ברור את תעריפי השירותים של בעל הרישיון.

8. המבקש טוען כי ההסכם הוא חוזה אחיד כמשמעות המונח בחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982, וכי סעיף 4 להסכם, שעניינו תנית תשלום בעת ביטול הנעילה, הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד, ולפיכך על בית המשפט להורות על ביטולו של ס' 4 להסכם.

9. בנוסף טוען המבקש כי בעת שביטלה פרטנר את התכנית, בוטל ההסכם שבין הצדדים, לרבות סעיף 4 להסכם, ולפיכך פרטנר אינה רשאית להסתמך על תניה זו לשם גביית תשלום עבור פתיחת הנעילה. לחלופין נטען, כי ביטול ההסכם באופן חד צדדי על ידי פרטנר גרם למבקש לנזקים, לרבות עלות פתיחת המכשירים הנעולים, ועל פרטנר לפצותו בגין נזקיו.

10. המבקש טוען כי אלמלא ביטלה פרטנר את ההסכם, היה המבקש זכאי לבטלו בשל הטעיה. לענין זה הוא טוען כי פרטנר מציגה את נעילת המכשירים כשירות שניתן ללקוח, לשם הפחתת "סכנת הונאה וגניבה" (ס' 4 להסכם), בעוד שמטרת הנעילה היא להקשות על לקוחות פרטנר לעבור לחברה מתחרה. עוד הוא טוען כי פרטנר מציגה את פעולת פתיחת המכשיר כפעולה טכנית מורכבת המצריכה מיומנות, כשלמעשה מדובר בהקלדת קוד פתיחה בלבד.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

11. לבסוף נטען כי פרטנר אינה פועלת בתום לב כאשר אינה מאפשרת ללקוחותיה בחירה בין נעילת המכשירים לבין רכישתם כשהם פתוחים.

12. הסעד המבוקש בתובענה הוא להורות לפרטנר להשיב לחברי הקבוצה – הכוללת את כל מי ששילם לפרטנר תשלומים בגין הסרת נעילת מכשיר - את הסכומים שנגבו מהם. בבקשה לאישור נתבקש בית המשפט ליתן גם צווי עשה, ביניהם צו המורה לפרטנר לחדול מגביית תשלומים בגין פתיחת המכשירים, אולם לאור תיקון 46 לחוק התקשורת סעדים אלו אינם נדרשים עוד (ור' לענין זה ס' 4 לתשובה לתשובה).

### הבקשה לתיקון התובענה והבקשה לאישור

13. ביום 25.9.11, ולאחר שהוגשה תשובת פרטנר, הגיש המבקש בקשה לתיקון כתב התובענה והבקשה לאישור. הבקשה התבססה על החלטת בית המשפט המחוזי בת"א-יפו (כב' השופט י' ענבר) בענין ספיר נ' פלאפון תקשורת בע"מ, שניתנה ימים ספורים קודם לכן, ובה נתקבלה בקשה דומה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה נגד חברת פלאפון תקשורת בע"מ (ת"צ 38194-07-10 דוד ספיר נ' פלאפון תקשורת בע"מ, ניתנה ביום 15.9.11, להלן- עניין ספיר). בעקבות החלטה זו, שעוד אדרש אליה במפורט בהמשך, ביקש המבקש לתקן תובענתו ע"י הוספת הטענה כי בנעילת המכשיר ללא הסכמתו ובגביית תשלום בגין פתיחתו, הפרה פרטנר את הוראת סעיף 14 לחוק התקשורת, האוסר על בעל רישיון להתנות, במישרין או בעקיפין, מתן שירות הניתן על ידו באי קבלת שירות מבעל רישיון אחר ("התניית שירות בשירות"). בהחלטת בית המשפט מיום 26.1.12 נתקבלה הבקשה ונקבע כי כתב התובענה ובקשת האישור יתוקנו ע"י הוספת הטענה האמורה (כפי שפורטה בס' 7 לבקשה לתיקון התובענה), ללא צורך בתיקון פורמאלי של כתבי הטענות. בעקבות החלטה זו הגישה פרטנר תשובה מתוקנת לבקשת האישור.

### תמצית תשובתה (המתוקנת) של פרטנר

14. בתשובתה מאשרת פרטנר כי עד לתיקון 46 לחוק התקשורת "עמדה על כך כי המכשירים אותם היא מוכרת יהיו עם SIM lock" (סעיף 30 לתשובתה המתוקנת). בד בבד היא טוענת, כי נעילת המכשיר עולה בקנה אחד עם הוראות הדין.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

15. פרטנר טוענת כי סעיף 14' לחוק התקשורת, האוסר על התניית שירות בשירות, אינו חל בענייננו, שכן הוראה זו עוסקת בהתניית מתן "שירות בזק" בשירות אחר. ה-SIM lock או פעולת הנעילה אינם בגדר "שירות" או "שירות בזק", אלא מאפיין של המכשירים שנמכרו על ידי פרטנר. בהקשר זה נטען, כי משרד התקשורת כבר קבע בעבר, במסגרת חוות דעת מטעמו, כי מכירת מכשיר כשלעצמה אינה מהווה שירות בזק.

16. עוד נטען, כי פרטנר אינה מתנה שירות בשירות באשר אין היא מתנה את מתן השירותים על ידה ברכישת מכשיר סלולארי מפרטנר. לקוחותיה חופשיים לבחור בין רכישת מכשיר מפרטנר עם SIM lock ובין רכישתו בשוק החופשי ללא SIM lock, ולפיכך לא מתקיימת כאן כל התניה. גם לקוח שרכש מכשיר מפרטנר יכול היה להסיר את הנעילה תמורת תשלום בסך 90 ₪ בלבד, כך שמדובר בחלופה סבירה.

17. לטענת פרטנר, לא קיים כל איסור ברישיונה לספק מכשירים נעולים או לספק שירות "לפתיחת" המכשיר תמורת תשלום. ס' 7.2 ו-74 לרישיונה של פרטנר, אליהם מפנה המבקש, עוסקים אך ורק באספקת שירותי בזק או שירותי "מערכת רדיו טלפון נייד" (שירותי רט"), ונעילת מכשיר או פתיחתו אינם מהווים שירותי בזק או שירותי רט". פעולת ה-SIM lock מבוצעת ע"י יצרן המכשיר כחלק מהליך היצור, והסרתו אף היא משום שינוי תכונות המכשיר כפי שיוצר, וגם בשל כך אין מדובר בשירות בזק בו עוסקים תנאי הרישיון. עוד נטען כי גם אם נניח כטענת המבקש כי פרטנר הפרה את הוראות הרישיון, מדובר במסמך רגולטורי שבין המדינה לבין פרטנר, והפרת הוראותיו אינה מקימה למבקש עילת תביעה.

18. חיזוק נוסף לכך שפרקטיקת הנעילה הייתה חוקית במועדים הרלוונטיים מוצאת פרטנר בתיקון 46 לחוק התקשורת, אשר אסר את פרקטיקת הנעילה החל מיום 1.1.11, ולטענתה שינה את הדין שהיה קיים עד לחקיקתו. לטענת פרטנר, התיקון לחוק והוראות המעבר שנקבעו במסגרתו מלמדים, כי עד לאותו מועד לא היה קיים כל איסור על נעילת מכשירים וגביית תשלום עבור פתיחתם, וכי האיסור הוא "מכאן ולהבא".

19. לחלופין נטען, כי עומד להגנתה של פרטנר הסייג הקבוע בסעיף 14' לחוק התקשורת, לפיו האיסור על התניית שירות בשירות לא יחול מקום בו ניתן היתר על ידי השר לעשות כן. לענין זה נטען כי משרד התקשורת, שהוא הרגולטור האמון על ביצוע הדינים בתחום התקשורת, הביע



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

דעתו במספר רב של הזדמנויות כי מכירת מכשירים עם נעילה וגביית תשלום בגין הסרתה הינה פרקטיקה חוקית. מכאן כי ניתן היתר לפעול כך. לפיכך, אפילו ייקבע כי בנסיבות העניין מתקיימים היסודות של התניית שירות בשירות, או שלא ניתן על פי הרישיון לספק את השירות, הרי שלא קמה עילה נגד פרטנר נוכח ההיתר שניתן לה על ידי משרד התקשורת.

20. עוד לחלופין טוענת פרטנר, כי גם אם יקבע בית המשפט כי מהלך נעילת המכשירים ופתיחתם אינו חוקי, הרי שעומדת לפרטנר ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנוזיקין, שכן פרטנר פעלה בהתבסס על קביעתו של משרד התקשורת כי מדובר בפרקטיקה חוקית, ומתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית.

21. פרטנר מוסיפה וטוענת כי טענת המבקש להטעיה היא חסרת בסיס. פרטנר טוענת כי פעולת הנעילה אכן נועדה למנוע הונאות וגניבות, שכן נעילה שיטתית של מכשירים מפחיתה את כדאיות גניבת המכשיר. יתר על כן, פרטנר הבהירה למנוייה הבהר היטב במסגרת הסכם ההתקשרות, ואף המבקש מודה בכך, כי המכשירים נמכרים עם SIM lock וכי ביטול הנעילה כרוך בתשלום. עוד נטען כי המבקש לא הראה כי הסתמך על הפרסום המטעה וכי קיים קשר סיבתי בין ההטעיה הנטענת לבין רכישת המכשירים. נטען גם שהמבקש הסתיר את העובדה כי לא נגרם לו כל נזק, שכן החברה אליה נייד את הקווים, שילמה לו את הוצאות פתיחת המכשירים. פרטנר טוענת עוד כי טרם תיקון 46 לחוק התקשורת נהגה פרטנר לסבסד את המכשירים המוצעים על ידה, זאת על בסיס ההנחה כי מנויים שבוחרים לרכוש את המכשיר מפרטנר יעשו שימוש במכשיר משך "תקופה" שבמהלכה תחזיר פרטנר את השקעתה בסבסוד המכשיר. פרטנר סבורה כי אין זה צודק כי המבקש ייהנה מחד גיסא מהסבסוד שקיבל, ומאידך גיסא יזכה להשבת הסכום ששילם בגין הסרת ה-SIM lock.

22. באשר לטענה כי סעיף 4 להסכם, העוסק בנעילת המכשירים, הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד נטען, כי טענה לתנאי מקפח בחוזה אחיד הינה טענת הגנה (מגן) ואינה יכולה לשמש טענת תקיפה (חרב). בנוסף, מקום שנעילת המכשירים נועדה לטובתו של הלקוח - בין היתר כדי להפחית תופעות של גניבה והונאה, ולאפשר לפרטנר להעניק ללקוחותיה הטבות משמעותיות - הרי שלא מדובר בתנאי מקפח. עוד נטען כי סעד של ביטול תנאי מקפח על פי חוק חוזים אחידים הוא סעד עתידי בלבד ואינו חל על חוזים שנכרתו לפני מתן ההחלטה.





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

23. באשר לטענת המבקש בכל המתייחס לביטול התכנית "pay per call new" נטען, כי פרטנר לא הפרה את ההסכם, שכן בתנאי התכנית אליה הצטרף המבקש נקבע, כי תוקף התכנית הוא ל-36 חודשים (שלוש שנים) וכי פרטנר אינה מתחייבת להמשיך את התכנית מעבר לתקופה זו. פרטנר הודיעה למבקש בכתב כי התכנית מסתיימת, וזאת בהתאם לזכותה על פי ההסכם ותנאי התכנית, ולפיכך לא הפרה את ההסכם.

24. לבסוף נטען, כי לא מתקיימים בענייננו התנאים הדרושים לאישור התובענה כייצוגית, ובכלל זה כי לא מתעוררות שאלות משותפות לכל חברי הקבוצה, וכי המבקש הינו חסר תום לב באשר הסתיר מבית המשפט כי לא נגרם לו כל נזק, וכי לא הקדים פנייה בכתב לפרטנר עובר להגשת בקשת הייצוג.

25. פרטנר צירפה לתשובתה המתוקנת תצהיר של גב' יהל בן נר, מנהלת אגף רגולציה וקשרי מפעילים אצל פרטנר, וכן תצהיר של משה אלתר גלילי, מי ששימש מספר שנים משנה למנכ"ל משרד התקשורת. עוד צירפה פרטנר לתגובתה חוות דעת מומחה לענין הנורמות המתייחסות לפרקטיקת נעילת מכשירים במדינות שונות בעולם.

### תמצית תשובת המבקש לתשובת פרטנר

26. המבקש מוסיף בתגובתו כי מכירת מכשיר סלולארי, לכשעצמה, אמנם אינה מהווה התניית שירות בשירות, אולם נעילתו של המכשיר וייחוד השימוש בו לרשת פרטנר בלבד, מהווה התניית שירות בשירות אסורה.

27. באשר לעמדתו של משרד התקשורת טוען המבקש, כי משרד התקשורת כלל לא בהן את הסוגיה לעומקה, וממילא לא נקט בעמדה רשמית כזו או אחרת. עוד הוא טוען כי פרטנר לא הציגה כל מסמך בעל תוקף נורמטיבי, כגון הנחיה, הוראה או חוזר מאת משרד התקשורת, המופנה לפרטנר או לחברה סלולארית אחרת, התומך בעמדתה, אלא הסתפקה במכתבי תשובה ששלח משרד התקשורת לאלו שפנו אליו בעניין. אכן בחלק מהמכתבים כותב משרד התקשורת כי מדובר בפעולה חוקית וכי אין מניעה לגבות תשלום עבור פתיחת מכשיר, אך זאת מבלי לציין מי בהן את הסוגיה, או כיצד ומתי נבחנה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

28. המבקש מוסיף וטוען כי עיון במכתבים מעלה, כי עמדת משרד התקשורת כפי שבאה לידי ביטוי במכתבי התשובה לפונים אליו, התבססה במידה רבה על הטעיה בוטה מצד פרטנר בשני מישורים: ראשית, פרטנר הציגה מצג מטעה כי היא מוכרת את המכשירים במחיר מסובסד, כאשר בפועל גבתה מחירים מופקעים העולים על מחירי השוק עבור המכשירים. שנית, פרטנר הציגה מצג מטעה כי בתום תקופה של 36 חודשים היא פותחת את המכשירים לשימוש חופשי ללא תשלום, אף שבפועל לא נהגה כך. כתוצאה ממצגים מטעים אלה השלים משרד התקשורת באותה העת עם פרקטיקת נעילת המכשירים ולא בחן לעומק את חוקיותה. במהלך השנים הבין משרד התקשורת כי פרטנר לא סבסדה את מחירי המכשירים אלא מכרה אותם במחירים העולים בהרבה על מחירי השוק, ובמכתבים מאוחרים יותר צוין כי המשרד בוחן את חוקיות הסוגיה. לבסוף הוסדר העניין בחקיקה האוסרת כמעט לחלוטין על נעילת מכשירים ומחייבת את חברות הסלולאר לפתוח את המכשירים הנועלים ללא תשלום.

### ההחלטה בעניין ספיר נ' פלאפון

29. כאמור לעיל, ביום 15.9.11 אישר בית המשפט המחוזי בת"א-יפו (כב' השופט י' ענבר) בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה נגד פלאפון שעניינה דומה. גם בענין ספיר, כמו בענייננו, מכרה חברת פלאפון ללקוחותיה מכשיר טלפון סלולארי "נעול" (SIM lock), בו ניתן לעשות שימוש רק באמצעות כרטיס SIM של רשת פלאפון, ולפיכך מגביל את השימוש במכשיר לרשת פלאפון בלבד. עבור הסרת הנעילה ו"פתיחת" המכשיר לשימוש ברשתות של מפעילים סלולאריים אחרים גבתה פלאפון תשלום בסך כ-85 ₪. בית המשפט קבע בהחלטתו כי למבקש ולחבריו הקבוצה עילת תביעה טובה לכאורה נגד פלאפון ואישר את הבקשה לייצוג. בתוך כך קבע שורה של קביעות משפטיות הרלוונטיות לענייננו כמפורט להלן:

א. פלאפון הפרה את הוראת ס' 14' לחוק התקשורת, האוסר על בעל רישיון, להתנות, במישרין או בעקיפין, מתן שירות הניתן על ידו באי קבלת שירות מבעל רישיון אחר. בית המשפט קבע כי לקוח הרוכש מפלאפון מכשיר טלפון נייד, מקבל לחזקתו מכשיר נעול המונע ממנו לעשות שימוש בכרטיסי SIM של מפעילים סלולאריים אחרים. אפשרות הפעלת המכשיר ברשת התקשורת של פלאפון – המהווה קבלת "שירות בזק" מפלאפון – כרוכה לפיכך בחסימת האפשרות לקבל שירותים מבעלי רישיונות אחרים. בכך מתנה פלאפון, כך נקבע, ולו בעקיפין, את מתן שירותי בזק מטעמה באי קבלתם של שירותי בזק ממפעילים אחרים. הדבר נעשה מבחינה





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

טכנית באמצעות פעולה טכנולוגית במכשיר (נעילה), אך עובדה זו אינה גורעת מכך שמדובר בהתניה אסורה.

ב. בנעילת המכשיר ופתיחתו כנגד תשלום, הפרה פלאפון את הוראות חוק התקשורת ותנאי רישיונה. לענין זה קבע בית המשפט כי נעילת מכשיר ופתיחת הנעילה הן "פעולות בזק" ו"שירותי רט"ן" ולפיכך חייבים ברישיון. רישיונה של פלאפון לא התיר לה לנעול מכשירים או לפתחם, או לגבות כספים עבור פתיחת מכשיר נעול. עוד נקבע כי הפרתן לכאורה של הוראות חוק התקשורת מהווה בנסיבות הענין עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי ס' 63 לפקודת הנוזיקין.

ג. תיקון 46 לחוק התקשורת ע"י הוספת ס' 51ג(ב) לחוק האוסר על נעילת המכשיר וגביית תשלום בגין "פתיחתו", לא שינה את המצב החוקי הקיים קודם לחקיקתו אלא מטרתו היתה להסיר ספק ולהסדיר את הסוגיה באופן מקיף וכולל.

30. ההחלטה שניתנה בענין ספיר לא שינתה את עמדתה של פרטנר. פרטנר סברה כי נפלו טעויות בהחלטה בענין ספיר. כן טענה כי בעניינה, בשונה מעניין ספיר, הוצגו לפני בית המשפט מסמכים מהותיים, אשר יצאו תחת ידו של משרד התקשורת, ובהם נקבע באופן מפורש וברור שהנעילה והסרתה, וכן גביית התשלום עבור הסרת הנעילה, הם מהלכים חוקיים. מסמכים אלו לא עמדו לפני בית המשפט בעניין ספיר, מאחר שחברת פלאפון קיבלה רישיון GSM המאפשר לנעול את המכשיר רק בשנת 2009, ולפיכך לא הייתה צד להתנהלות מול משרד התקשורת (ס' 8 וס' 110-115 לתשובת פרטנר לבקשה לאישור). נוכח עמדתה של פרטנר, נקבעה הבקשה לשמיעה, תוך שהצדדים מסכימים לוותר על חקירות המצהירים מבלי שהדבר יתפרש כהסכמה לנטען בתצהירי הצד שכנגד (בע' 4 לפרוטוקול). בעת שמיעת סיכומי הצדדים נתברר, כי בינתיים ניתן פסק דין בענין ספיר, בו לא שינה בית המשפט ממסקנותיו כפי שפורטו בהחלטת האישור, וכי על פסק הדין הוגש ערעור ע"י פלאפון התלוי ועומד בבית המשפט העליון. פרטנר סברה כי אין מקום להמתין להכרעת בית המשפט העליון בערעור, ועמדה על רצונה להמשיך בהליכים. משנשמעו סיכומי הצדדים, ובהעדר הסכמה לעיכוב ההליכים עד להכרעת בית המשפט העליון בערעור בענין ספיר, ניתנת ההלטה זו.

31. ייאמר כבר עתה כי מסקנותיו המשפטיות של בית המשפט בענין ספיר מקובלות עלי במלואן, וברעתי לאמצן. לפיכך אתייחס בהחלטה זו בעיקר לטענות הנוספות שהועלו ע"י הצדדים בענייננו.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

### דיון והכרעה

32. על פי חוק תובענות ייצוגיות, יאשר בית המשפט תובענה כייצוגית אם מצא שהתקיימו חמישה תנאים:
- א. עילת התביעה נמנית עם העילות המוזכרות בחוק כעילות שניתן להגיש בגין תובענה ייצוגית.
- ב. יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.
- ג. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.
- ד. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.
- ה. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

בענייננו, אין חולק בדבר התקיימותו של התנאי הראשון. אבחן, אפוא, אם התקיימו יתר התנאים הדרושים.

### קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה

33. על פי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, יאשר בית המשפט תובענה כייצוגית אם מצא, בין היתר, כי יש "אפשרות סבירה" שהשאלות המשותפות, העובדתיות והמשפטיות, העולות בתובענה, יוכרעו לטובת הקבוצה. נקבע כי לצורך בירור זה לא ניתן להסתפק בבחינת כתב התביעה, והתובע נדרש להוכיח כבר בשלב מקדמי זה כי קיימת תשתית ראייתית מספקת שמקימה סיכוי סביר להכרעה לטובתו. במסגרת הכרעתו זו עשוי בית המשפט להידרש, כבר בשלב האישור, להכרעה פרוידיטבית בחלק מן השאלות העובדתיות והמשפטיות העולות, לרבות בשאלת פרשנות חוק, זאת בטרם יוכל לקבוע כי קיימת אפשרות סבירה כי חוק זה חל על המקרה שלפניו (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, ניתן ביום 5.7.12, רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, ניתן ביום 26.4.10). בית המשפט נדרש, כבר בשלב זה להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת המבקש (בג"ץ 62/13 תורג'מן נ' בית הדין הארצי לעבודה, ניתן



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

ביום 28.1.13, רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, ניתן ביום 11.4.13).

34. אקדים ואומר, כי לאחר שבחנתי את הראיות ושקלתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות העולות בתובענה, יוכרעו לטובת הקבוצה.

### התניית שירות בשירות

35. המבקש טוען כי בנעילת המכשיר וגביית תשלום עבור פתיחתו, הפרה פרטנר את הוראת סעיף 14' לחוק התקשורת, האוסר על בעל רישיון להתנות, במישרין או בעקיפין, מתן שירות הניתן על ידו באי קבלת שירות מבעל רישיון אחר ("התניית שירות בשירות").

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

"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".

סעיף 1 לחוק התקשורת מגדיר את המונח "שירות בזק", כדלהלן:

"שירות בזק" - ביצוע פעולות בזק למען הזולת";  
"פעולת 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";



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

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

37. בית המשפט בענין ספיר קבע, וכאמור מסקנתו מקובלת עלי, כי נעילת המכשיר, מהווה התניית שירות בשירות אסורה, כמצוטט להלן:

"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 בכרטיס 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 בכרטיס SIM של מפעילי ישראלי אחר. 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



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

בעקפיין - 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" (ס' 16 להחלטה. ההדגשות במקור).

38. כאמור, פרטנר מודה בתשובתה כי עד לתיקון 46 לחוק התקשורת "עמדה על כך כי המכשירים אותם היא מוכרת למנוייה יהיו עם SIM lock" (ס' 30 לתשובתה). פרטנר מסכימה גם "כי אם פרטנר לא היתה מאפשרת למכשיר ללא SIM lock לעשות שימוש ברשתה, היה מתקיים יסוד של התנאה" (ס' 66 לתשובתה), ואולם לטענתה, מנוייה אינם מחויבים לרכוש מכשיר סלולארי מפרטנר, והם חופשיים לרכוש ציוד קצה ממשווקים אחרים, ולפיכך אין בנעילת המכשיר משום התניית שירות בשירות.

39. יש לרדות את טענת פרטנר. גם בענייננו, כמו בענין ספיר, אין חולק כי כל לקוח שרכש מפרטנר מכשיר טלפון נייד, קיבל לחזקתו מכשיר נעול, שאיננו מאפשר לעשות שימוש בכרטיסי SIM של מפעילים סלולאריים אחרים. כלומר, אפשרות הפעלת המכשיר שנרכש מפרטנר היתה כרוכה בחסימת האפשרות לקבל שירותים ממפעילים אחרים, תוך ייחוד השימוש במכשיר לרשת פרטנר בלבד. וכדברי בית המשפט בענין ספיר, ההתניה הפסולה היא "מתן אפשרות שימוש במכשיר ברשת פלאפון - אי קבלת שירותים ממפעילים אחרים". מעבר לדרוש יוסף, כי גם מן הבחינה העובדתית, פרטנר לא הוכיחה כי מנוייה היו חופשיים לעשות שימוש ברשתה במכשירים שנרכשו ממשווקים אחרים, וטענתה זו נטענה בעלמא מבלי שהובאו נתונים לביסוסה. אף לא נטען כי מנויי פרטנר היו מודעים לאפשרות הבחירה ולמשמעותיה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

### האם פרטנר הפרה את תנאי רישיונה?

40. המבקש טוען כי נעילת מכשיר וגביית תשלום בגין פתיחתו מנוגדת לס' 7.2 וס' 74 לרישיון שניתן לפרטנר. הרישיון מפרט רשימה סגורה של שירותים, אשר בגינם הותר לפרטנר לגבות תשלום, ואילו נעילת מכשיר ופתיחתו אינן נמנות עם שירותים אלו.

41. סעיף 7.2 לרישיון פרטנר קובע כדלקמן:

"בעל הרישיון אינו רשאי לספק כל שירות רט"ן או שירות בזק אחר שלא הותר לו במפורש לספקו במסגרת רשיון זה או רשיון אחר שהוענק לו בידי השר".

"שירותי רט"ן" (מערכת רדיו טלפון נייד) מוגדרים ברישיונה של פרטנר כ"שירותי בזק הניתנים באמצעות ציוד קצה רט"ן ובאמצעות מערכת רט"ן".

"מערכת רדיו טלפון נייד" (מערכת רט"ן) מוגדרת ברישיונה של פרטנר כ"מערכת של מתקני אלחוט הבנויה בשיטה התאית ומיתקנים אחרים, באמצעותה ניתנים שירותי רדיו טלפון נייד לציבור, לרבות מרכזת רט"ן..."

בסעיף 74 לרישיון פרטנר, נכון למועדים הרלוונטיים, נקבע:

"בעל הרישיון רשאי לגבות ממנויי תשלומים עבור שירותי רט"ן, כלהלן:

- א. דמי התקנה חד פעמיים בעד חיבור ציוד קצה או נישא, שברשות המנוי אל מערכת הרט"ן, כולל הנפקת כרטיס חכם (SIM) למנוי או דמי רישום חד-פעמיים (להלן - דמי חיבור),
- ב. תשלום קבוע,
- ג. תשלום עבור זמן אויר כמפורט בסעיף 75.10,





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

- ד. תשלום עבור השלמת שיחה כמפורט בסעיף 75א,  
ה. תשלום בעד שירותים בסיסיים, שירותים נלווים ושירותי  
ערך מוסף, המפורטים בתוספת הראשונה לרישיון".

42. פרטנר טוענת כי פעולות נעילת המכשיר והסרתה אינן מהוות שירות, לא כל שכן "שירות בוק", שכן הנעילה היא מאפיין של המכשירים שנמכרו על ידי פרטנר, ולא שירות שניתן על ידה. הנעילה ופתיחת המכשיר אינן משום "הפעלת מתקן בוק, או התקנתו, בנייתו או קיומו" (הגדרת "פעולת בוק" בחוק התקשורת), אלא הן פעולות המתבצעות על ידי יצרן המכשיר באמצעות תכנות המכשיר עצמו, ואינן קשורות לשימוש ברשתה של פרטנר. זאת להבדיל למשל משיחה, אשר מתבצעת באמצעות מערכת הרט"ן של פרטנר.

43. בעניין ספיר קבע בית המשפט כי נעילת מכשיר או פתיחתו, הן "שירות בוק" ו"שירות רט"ן". בהקשר זה הוסיף ודחה את טענת פלאפון, שנטענה גם בענייננו, כי הנעילה איננה משום שירות אלא מאפיין של המכשיר. עוד קבע כי בביצוע פעולות נעילת המכשיר ופתיחת הנעילה, בלא שהדבר הותר לה, הפרה פלאפון את הוראות רישיונה (הזהות בענייננו להוראות רישיונה של פרטנר), ולפיכך גם את הוראת ס' 11(א) לחוק התקשורת, וכיצעה, לכאורה, עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי ס' 63 לפקודת הנזיקין. אני מאמצת, כאמור, את מסקנותיו של בית המשפט בענין ספיר, על מכלול נימוקיהן כמפורט בס' 17 – 21 לפסק הדין.

44. חיזוק מסוים למסקנתו של בית המשפט בענין ספיר, כי הנעילה אינה "מאפיין" של המכשיר אלא נוגעת לשימוש שניתן לעשות בו, ניתן למצוא בלשונו של תיקון 46 לחוק התקשורת. בתיקון 46 הוסף, כאמור, סעיף 51ג לחוק התקשורת, אשר אסר על חברות הסלולאר לנעול מכשירים סלולאריים ולגבות תשלום עבור פתיחתם, כמפורט להלן:

"(ב) 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, לריכות  
בדרך של קביעת תעריפים:

- (1) האפשרות הנתונה למנוי לעשות שימוש בכל שירות או יישום,  
המסופקים על גבי רשת האינטרנט;



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

- (2) התכונות או המאפיינים המובנים של ציוד קצה רט"ן;  
 (3) האפשרות הנתונה למנוי לעשות שימוש בציוד קצה רט"ן בכל רשת בזק ציבורית של בעל רישיון".

עיון בהוראה זו מעלה, כי זו מבחינה בין הגבלה או חסימה של ה"תכונות או המאפיינים המובנים של ציוד קצה רט"ן" (החלופה השניה), לבין הגבלה או חסימה של "האפשרות הנתונה למנוי לעשות שימוש בציוד קצה רט"ן בכל רשת בזק ציבורית של בעל רישיון" (החלופה השלישית), שהיא הרלוונטית לענייננו. בדיון בועדת הכלכלה מיום 6.12.10, במסגרתו נדון תיקון 46 לחוק התקשורת, הבהירה נציגת משרד התקשורת כי האיסור על נעילת המכשירים (SIM lock) מעוגן בחלופה השלישית, כלומר, נעילת המכשירים היא הגבלה או חסימה של האפשרות הנתונה למנוי לעשות שימוש במכשיר בכל רשת ציבורית, כפי שנקבע בעניין ספיר, ולא הגבלה שמקורה בתכונות או במאפיינים המובנים של המכשיר, כטענת פרטנר (ראה דבריה של עו"ד ליאת גלזר נציגת משרד התקשורת, בעמ' 6 לפרוטוקול ישיבת ועדת הכלכלה, נספח לג' לתגובת פרטנר).

45. פרטנר מוסיפה וטוענת כי גם אם היה ממש בטענות המבקש, הרי ש"הפרת רישיון" אינה עילת תביעה. רישיונה של פרטנר הינו מסמך רגולטורי שבין המדינה לבין פרטנר, והפרת הוראותיו אינה מקנה למבקש עילת תביעה אזורית. אף טענה זו יש לדחות. סעיף 2(ב) לחוק התקשורת קובע את החובה לקבל רישיון לביצוע "פעולות בזק" או למתן "שירותי בזק":

"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 11(א) לחוק התקשורת קובע עוד :

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

לפיכך, הפרתן לכאורה של הוראות הרישיון מהווה הפרה של סעיפים 2(ב) ו-11(א) לחוק התקשורת. הפרות אלו מהוות בנסיבות העניין עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

לפקודת הנזיקין. אוסיף ואציין כי לא נעלם מעיני כי בבקשתו לאישור טען המבקש להפרת תנאי הרישיון, מבלי לעגן טענתו בעוולה של הפרת חובה חקוקה. ואולם פגם זה תוקן בתגובת המבקש לתשובת פרטנר וכן בסיכומיו. מדובר בטענה משפטית, המצויה בגדרה של התובענה, והנובעת מהנתונים העובדתיים והמשפטיים שהובאו לפני בית המשפט, ואשר לפרטנר ניתנה ההזדמנות להתמודד עמה. לפיכך אין למנוע העלאתה (ור' ע"א 9803/01 תחנת שידור ר"ג בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ, ניתן ביום 16.2.04, ע"א 1184/04 קרויזר נ' שוורץ, ניתן ביום 15.4.07).

### הפרת ס' 55.4 לרישיון

46. המבקש מוסיף וטוען כי פרטנר הפרה את תנאי הרישיון גם בכך שלא ציינה בהסכם את עלות פתיחת המכשירים והסתפקה בהוראה סתמית כי "ביטול הנעילה כרוך בתשלום". זאת בניגוד לסעיף 55.4 לרישיון הקובע כי הסכם ההתקשרות יכלול, בין היתר, באופן ברור את תעריפי השירותים של בעל הרישיון.

47. סעיף 55.4 לרישיון, עליו נשען המבקש, נכנס לתוקפו לאחר שהמבקש התקשר בהסכם עם פרטנר. המבקש ציין בבקשתו כי בעת עריכת ההסכם, דרישה זו לא הייתה בתוקף, והתווספה לרישיון במועד מאוחר יותר (סעיף 36 לבקשה). יחד עם זאת הוא טוען כי אין בכך כדי לגרוע מחובתה של פרטנר ליידע את מנוייה בדבר דרישות רישיון חדשות ולתקן את ההסכמים עם לקוחותיה בהתאם. טענה זו נטענה בעלמא בלא לעגנה בתשתית עובדתית או משפטית הולמת ודינה, לפיכך, להידחות.

### תיקון 46 לחוק התקשורת

48. כאמור, ביום 29.12.10 תוקן חוק התקשורת והוסף לו סעיף 51 לחוק התקשורת, שצוטט לעיל, אשר אסר על נעילת מכשירים סלולאריים וגביית תשלום עבור פתיחתם, החל מיום 1.1.11. פרטנר טוענת כי תיקון זה שינה את הדין שהיה קיים עד לחקיקתו, וכי טרם חקיקתו נעילת המכשירים היתה מותרת.

49. טענת זו נבחנה ע"י בית המשפט בעניין ספיר פעמיים, הן בהחלטתו המאשרת את התביעה כייצוגית והן בפסק הדין, ונדחתה. בית המשפט קבע כי האיסור על נעילת המכשיר



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

וגביית תשלום עבור פתיחתו היה שריר וקיים עוד קודם לתיקון, וכי "מטרתו של התיקון הייתה... להסיר ספק ובה בעת להסדיר את הסוגיה באופן מקיף וכולל" (סעיף 23 ו-24 להחלטה בעניין ספיר). כך קבע גם בפסק הדין שנתן ביום 3.6.13 (ס' 6 לפסק הדין). גם טענת פרטנר כי הוראת המעבר, הקובעת כי בעל רישיון שגרם לחסימה לפני תחילתו של התיקון לא יגבה תשלום בגין הסרת הנעילה (סעיף 3) (ב) לחוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011) תומכת בעמדתה, נדונה ע"י בית המשפט בענין ספיר ונדחתה (ס' 24 להחלטה). אני מפנה, כאמור, למסקנות בית המשפט בענין ספיר ומצטרפת אליהן.

### עמדת משרד התקשורת

50. פרטנר טוענת כי עומד להגנתה הסייג הקבוע בסעיף 14' לחוק התקשורת, הקובע כי האיסור על התניית שירות בשירות לא יחול מקום בו ניתן היתר על ידי השר לעשות כן. לענין זה נטען כי משרד התקשורת, שהוא הרגולטור האמון על ביצוע הדין בתחום התקשורת, הביע דעתו במספר רב של הזדמנויות כי מכירת מכשירים עם נעילה וגביית תשלום בגין הסרתה היא פרקטיקה חוקית. מכאן כי נתן היתר לפעול כך. לפיכך, אפילו ייקבע כי בנסיבות העניין מתקיימים היסודות של התניית שירות בשירות או שלא ניתן על פי הרישיון לספק את השירות, הרי שלא קמה עילה נגד פרטנר נוכח ההיתר שניתן לה על ידי משרד התקשורת.

51. להוכחת טענתה הציגה פרטנר אסופה של מסמכים, אשר לטענתה לא הוצגו בפני בית המשפט בעניין ספיר, אשר יש בהם כדי ללמד באופן ברור כי נעילת המכשירים וגביית תשלום עבור פתיחתם נעשו באישורו של משרד התקשורת. המסמכים, בעיקרם, הם מכתבים שנשלחו ע"י מר מאיר בן בסט, מנהל תחום פיקוח על השירות לצרכן במשרד התקשורת בשנים 2006 – 2009, בתשובה לפניות של מנויי פרטנר, שביקשו לדעת האם דרישת פרטנר לתשלום בגין פתיחת נעילת מכשיר היא דרישה חוקית. על פניות אלה השיב בן בסט:

"...באשר לשאלתך הרי שמדובר במהלך חוקי..." (ר' הפניה ותשובת בן

בסט מיום 19.11.06, נספחים טו ו-טז לתגובת פרטנר).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

ובדוא"ל מיום 13.5.08 :

"אין מניעה מהחברה לדרוש תשלום עבור פתיחת מכשיר לסיים זר. אנו מודעים לנושא והוא מטופל על ידינו. במידה ותתקבלנה החלטות לגבי יובאו הדברים לידיעת הציבור" (נספח יז' לתגובת פרטנר).

ובתשובה ללקוח אחר, השיב בן בסט ביום 6.11.08 :

1. כיום אין מניעה חוקית מצדה של החברה הסלולארית לדרוש תשלום עבור פתיחת המכשיר לסיים זר.
2. משרדנו מתכוון להסדיר נושא זה בתקופה הקרובה כך שיהיו מצבים בהם הפתיחה של המכשיר לסיים זר לא תהיה כרוכה בתשלום.
3. לכשתתקבלנה החלטות בנושא זה יובאו הדברים לידיעת הציבור". (נספח יח לתגובת פרטנר).

ובדוא"ל מיום 14.10.09 :

"במענה לפניית הרשומה מטה הריני להשיבך כי אין כיום דבר המונע מחברה סלולארית לחסום מכשיר לסיים זר. הנימוק של החברות להתנהלותן זו הוא שהן מוכרות את המכשירים במחיר מסובסד ולכן לא יעלה על הדעת שמנוי שרוכש מהן מכשיר במחיר מוזל יצרוך את שירותי התקשורת באמצעות אותו מכשיר מחברה אחרת. יש לציין שאין חובה לרכוש את המכשיר דווקא בחברה הסלולארית. ישנן כיום עשרות רבות של חנויות פרטיות המוכרות מכשירים, הנמכרים כשהם פתוחים לכל סים ובמחירים זולים יותר באופן משמעותי. משרדנו שוקל להסדיר את הנושא שלגביו פנית (כך, למשל, החברה תפתח מכשיר לסיים זר ללא תשלום במקרה שהמנוי סיים לשלם את התשלומים עבורו). אם



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

המשרד יחליט לעשות זאת נקווה שהדבר יבוצע במהלך שנת 2010". (נספח יט לתגובת פרטנר).

בתשובה נוספת לפניית לקוח, של גב' דולי דרון, ממונה פיקוח שירותי ציבור במשרד התקשורת, מיום 14.12.09 נכתב כדלקמן:

1. ... משרדנו מודע לסוגיה של מכירת המכשיר נעול לסיים זר ע"י חברות הסלולאר.
2. חברות הסלולאר גובות תשלום עבור פתיחת סים. משרדנו אינו מתערב בתעריפי החברות לרבות התשלום בגין פתיחת הסיים מאחר ומדובר בשוק שבתחרות והפיקוח הוא רק לגבי תשלום בגין דמי קישור גומלין בין החברות.
3. לידיעתך, באפשרותך לבחון רכישת מכשיר סלולאר בשוק החופשי ולא באמצעות חברות הסלולאר.
4. למרות האמור לעיל, משרדנו בוחן סוגיה זו ואם יוחלט להתערב, הציבור יעודכן.... (נספח כ' לתגובת פרטנר).

ביום 1.2.11 נשלחה תשובת בן בסט לפנייה נוספת של לקוח:

"... במועד בו חברת סלקום פתחה לבקשתך את המכשיר שלך לסיים זר בתשלום התנהלות זו היתה חוקית. החל מיום 1.1.11 נאסר על החברות הסלולאריות לגבות תשלום עבור פתיחת המכשיר לסיים זר גם אם המנוי טרם סיים את התשלומים בגינו". (נספח כא לתגובת פרטנר).

52. אכן, מן המכתבים שהובאו לעיל עולה, לכאורה, כי בין השנים 2006 עד 2009, סבר משרד התקשורת כי נעילת מכשיר וגביית תשלום בגין פתיחתו היא מהלך חוקי. יחד עם זאת, אין די במסמכים אלה כדי לקבוע כי ניתן היתר לפרטנר להתניית שירות בשירות, וזאת מן הטעמים שלהלן:



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

**ראשית**, הוראת ס' 14 לחוק התקשורת קובעת איסור על בעל רישיון להתנות שירות בשירות "אלא אם כן השר, או המועצה, לפי העניין, התירו לו לעשות כן, בתנאים או בלא תנאים...". לא ניתן לראות במכתבים שהוצגו משום בקשה של פרטנר להיתר להתניית שירות בשירות, ואף לא מתן היתר של השר להתניית שירות בשירות.

**שנית**, כפי שקבע בית המשפט בענין ספיר (בענין מסמכים אחרים שהוצגו לפניו), לא נמצא במכתבים אלה ניר עמדה הכולל בחינה מנומקת של הטענה כי נעילת המכשיר היא התניית שירות בשירות או הפרה של תנאי הרישיון:

**"לא מצאתי במסמכים הנוספים שהמציאה הנתבעת (נ/1) התייחסות מנומקת של הרגולטור לטענותיו של התובע המייצג, אשר התקבלו בהחלטת הביניים, לאמור: כי נעילת מכשיר של לקוח המבקש להשתמש במכשיר באמצעות כרטיס SIM של "פלאפון", חוסמת בפני הלקוח את האפשרות לעשות במכשיר שימוש ברשתות אחרות וזאת בניגוד לסעיף 14' לחוק התקשורת; או כי נעילת מכשיר ופתיחתו הן "פעולות בזק" ו"שירותי רט"ן" אשר לא הותר לנתבעת לספקם במסגרת הרישיון או לגבות בעבורם תשלום.**

מכל מקום, אף אם נניח כי לעמדה שמצאה ביטוי במסמכים הנוספים דנן קדם דיון מעמיק, הרי עמדתו של הרגולטור אינה אלא נתון אחד מבין הנתונים הצריכים לעניין. בנסיבות העניין, אין בכוחה של עמדת הרגולטור כדי למרק ולהעביר מן העולם את ההתניה הפסולה שערכה הנתבעת בין מתן אפשרות שימוש במכשיר ברשת הנתבעת ובין אי-קבלת שירותים ממפעילים אחרים, התניה המפרה את סעיף 14 לחוק התקשורת (סעיף 16 להחלטת הביניים). בדומה לכך אין בה כדי למרק את הפרת תנאי הרישיון על-ידי הנתבעת (סעיפים 17-19 להחלטת הביניים).

לא למותר להטעים, כי נסיבותיו של המקרה שלפנינו שונות בתכלית מנסיבותיהם של המקרים שעליהם מסתמכת הנתבעת בהשלמת טיעונה: כך, למשל, ברע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן [פורסם בנבו] פעלו חברות הביטוח תחת הנחיית המפקח על הביטוח ובהסכמתו, והמפקח אף ביצע שינויים מסוימים בפוליסה לטובתם של





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

המבוטחים. דרגת הפיקוח של הרגולטור על חברות הביטוח באותו עניין הייתה אפוא הדוקה ואינטנסיבית, מה שאין כן במקרה שלפנינו. ברע"א 2837/98 ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ [פורסם בנבו] פנתה בזק לרגולטור במטרה לקבל הנחיות בשאלה שהייתה שנויה במחלוקת (גביית מע"מ על ריבית פיגורים), תוך שהסבה את תשומת לב הרגולטור לסענותיהם של המבקשים בסוגיה זו. לעומת זאת, בענייננו לא ברור כלל ועיקר כיצד גובשה בשעתו עמדתו של הרגולטור ומי נטל חלק בתהליך זה" (ס' 5 לפסק הדין בענין ספיר).

גם בענייננו, לא ניתן ללמוד מן המכתבים שהוצגו כי אלה משקפים עמדה מגובשת של משרד התקשורת, אשר נתקבלה לאחר שהועלו הטענות המשפטיות שבמוקד ענייננו, ולאחר שהסוגיות נבחנו לעומקן. לא נעלם מעיני תצהירו של מר משה אלתר גלילי, מי ששימש בין השנים 2001 עד 2008 כמשנה למנכ"ל משרד התקשורת. גלילי טען בתצהירו כי משרד התקשורת בדק במספר הזדמנויות לאורך השנים את נושא חוקיות גביית התשלום בגין פתיחת נעילת מכשירים והגיע למסקנה כי הן פעולת הנעילה והן גביית התשלום עבור הסרתה, הן חוקיות ואין כל איסור בדין על כך (סעיף 4 לתצהירו). עם זאת, גלילי לא הפנה לכל מסמך המעיד על בחינה של חוקיות הפעולה, ע"י כל גורם שהוא, או לניר עמדה רשמי של משרד התקשורת, ונסמך אף הוא רק על המסמכים שהוצגו לעיל. רק לשם המחשת ההבדל בין נקיטת עמדה "סתם", לבין נקיטת עמדה מנומקת לאחר בחינה יסודית של העובדות הצריכות לענין, ניתן להפנות לעמדת משרד התקשורת בסוגיה אחרת, אשר צורפה כנספח י' לתגובת פרטנר, ולפיה שינה משרד התקשורת את עמדתו לכשנדרש לבחינת הסוגיה בעקבות החלטת בית המשפט (בהתדיינות אחרת) ולאחר שעובדות מסוימות "התחדדו" לו בעקבות בדיקתו (ר' גם ס' 7 ו-14 לפסק הדין בת"א (ת"א) 1125/07 דגל אנרגיה בע"מ נ' סלקום ישראל בע"מ, ניתן ביום 17.12.12, בו התייחס בית המשפט לשינוי בעמדתו של משרד התקשורת).

**שלישית,** מן המסמכים שהוצגו עולה ספק של ממש אם הונחו בפני משרד התקשורת מלוא הנתונים הדרושים לענין ואם אלה נבדקו על ידו. כך למשל, טענה פרטנר בתגובתה לבקשה לאישור כי טרם תיקון 46 לחוק התקשורת נהגה לסבסד את המכשירים המוצעים על ידה, זאת על בסיס ההנחה כי מנויים שבוחרים לרכוש את המכשיר (הנעול) מפרטנר יעשו שימוש במכשיר משך "תקופה" שבמהלכה פרטנר תחזיר השקעתה בסבסוד המכשיר (ס' 41 לתגובת פרטנר). טענת



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

הסבסוד הועלתה לא אחת ע"י פרטנר, בהקשר לנעילת המכשירים, גם בתגובותיה לפניות משרד התקשורת, וניתן למצוא לה הדים הן בתגובות משרד התקשורת לפונים כפי שצוטטו לעיל, והן בדברי בעלי תפקידים במשרד התקשורת בכנסת (ר' דברי שר התקשורת דאז מר אריאל אטיאס בכנסת, בתשובה לשאלתא, בדיון מיום 20.2.08 לפיהם "לאור טענת החברות כי הן מסבסדות את המכשירים, ולאור העובדה שהן אכן הוזילו את תעריף פתיחת החסימה באופן משמעותי, אין בדעתנו, בשלב זה, להסדיר את נושא התשלום עבור שירות זה. בכוונתנו להמשיך ולעקוב אחר הנושא ולשקול על פי הצורך אם יש מקום לשינוי מדיניותנו לגבינו" (נספח כו לתשובת פרטנר). כן ר' דברי ד"ר אסף כהן, סמנכ"ל בכיר במשרד התקשורת, בדיון בועדת הכלכלה של הכנסת לפיהם "ההגיון הכלכלי שעומד מאחורי ה-SIM lock הוא באמת ענין סבסוד המכשירים..." בע' 9 לנספח כה). ואולם, פרטנר לא הראתה בתשובתה כל קשר שהוא בין נעילת המכשירים לבין סבסוד רכישתם. פרטנר הודתה, כאמור, כי עד לתיקון 46 לחוק התקשורת כל המכשירים שמכרה למנוייה היו נעולים, זאת ללא קשר למידת סבסודם. גם לפני ועדת הכלכלה של הכנסת הודתה כי היא נועלת את כל מכשיריה, לרבות אלה שנרכשו במחיר מלא וללא כל סבסוד (ראה תשובתה של מנהלת מחלקת רגולציה בפרטנר, גב' קרן שיינמן, בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת בדיון מיום 21.6.05, נספח כה לתשובת פרטנר, בע' 9). יתר על כן, כפי שעולה מס' 4 להסכם עם המבקש, התנתה פרטנר את ביטול הנעילה הן בתשלום בגין ביטול הנעילה והן בהשבת כל הנחה או הטבה שניתנה בגין המכשיר, ולפיכך התשלום בגין הסרת הנעילה נגבה, לכאורה, מעבר להשבת הסבסוד. טענה עובדתית נוספת שהעלתה פרטנר בפני משרד התקשורת בהקשר לנעילת המכשירים היא, כי בתום תקופה של 36 חודשים היא פותחת את המכשירים לשימוש חופשי ללא תשלום (מכתב עדי בירן, סמנכ"ל רגולציה בחברת פרטנר, למשנה למנכ"ל משרד התקשורת, מיום 17.12.03, נספח כד לתשובת פרטנר, בע' 4). גם לטענה זו לא נמצא גיבוי עובדתי. טענה משמעותית זו לא הועלתה כלל בתשובתה של פרטנר לבקשה לאישור ויש להניח שלא בכדי. ברי גם כי זו לא יושמה בעניינו של המבקש. המבקש רכש את מכשיריו בשנים 2004, 2005 ו-2006, והעביר את קוויו למפעיל סלולארי אחר בתום תקופת ההסכם עם פרטנר. חרף זאת, גבתה פרטנר מן המבקש, בסוף שנת 2009, תשלום בגין פתיחת הנעילה בגין שלושת המכשירים. ברי לפיכך, כי גביית התשלום בגין פתיחת הנעילה לא הותלתה בתקופת שימוש כזו או אחרת במכשיר. בנסיבות אלה, בהן נתברר כי עמדת משרד התקשורת, הוזנה, לכאורה, מעובדות שאינן נכונות או אינן מלאות, ספק אם פרטנר רשאית לטעון להסתמכות על עמדת משרד התקשורת. יוסף לאמור, כי דווקא טענת פרטנר הקושרת בין נעילת המכשירים ובין סבסודם מתוך הנחה כי ייעשה בהם שימוש ברשת פרטנר "לתקופה" שלא הוגדרה (ס' 41 וס' 50 לתשובת פרטנר), מחזקת את טענת



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

המבקש כי מטרת הנעילה היתה למנוע או להקשות מעבר לקוחות לחברה אחרת, ולמעשה להתנות שרות בשרות.

### סעיף 6 לפקודת הנזיקין

53. טענת הגנה נוספת בפי פרטנר, והיא שפרטנר פעלה בהתאם להוראות הרשות המוסמכת - משרד התקשורת - מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית, ולפיכך עומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אין בידי לקבל טענה זו. נעילת המכשירים וגביית תשלום עבור "פתיחתם" אינם פרי הכתבה שלטונית, ופרטנר לא הפנתה להוראת חוק, תקנות או היתר שלטוני עליהם הסתמכה ומכוחם סברה כי עומדת לה הרשאה חוקית (בשונה, למשל, מעניין קו מחשבה, ר' סעיף 24 לפסק הדין). לפיכך אין פעילותה של פרטנר חוסה, לכאורה, תחת הגנת סעיף 6 לפקודת הנזיקין.

### ועוד מילה לענין נטל ההוכחה בשלב האישור

54. פרטנר טענה להגנות העומדות לה מפני התביעה בכל המתייחס להפרת הוראות חוק התקשורת ותנאי רישיונה, וטענותיה נדחו. כמו באשר לעילות התביעה, כך גם באשר להגנות הנטענות, מדובר בעמדה לכאורית בלבד. משמעותה של עמדה לכאורית זו היא, כי אף שמשרד התקשורת הביע עמדה, במספר מסמכים שיצאו מתחת ידו, בענין חוקיות נעילת המכשירים, אין די במסמכים אלה כדי לחסום את תביעת המבקש כבר בשלב זה של הדיון. לענין זה יש לזכור, כי בית המשפט נדרש, בשלב הדיון בבקשה לאישור, "לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים", זאת מבלי להפוך את הליך האישור לגורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, ניתן ביום 5.7.12). לאחרונה אף נקבע, כי הבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא בחשבון לענין זה את פערי המידע המובנים הקיימים בין הצדדים, הפועלים בדרך כלל לטובת הנתבע (רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, ניתן ביום 11.4.13). לפיכך, משעמד המבקש בנטל ההוכחה הראשוני הרובץ לפתחו מחד גיסא, ומשלא הובאה תשתית ראיתית מספקת מטעם פרטנר להוכחת הגנתה מאידך גיסא, יש לקבוע כי קיים סיכוי סביר כי התובענה תוכרע לטובת המבקש וחברי הקבוצה. אין במסקנה זו, כמובן, כדי לשלול את



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

האפשרות שבמהלך בירור התביעה הייצוגית לגופה, יעלה בידי פרטנר להשלים את החסר הראייתי ולהוכיח את הגנתה (ראה לעניין זה רע"א 3489/09, שס, חוות דעתו של כב' השופט פוגלמן, פסקה 14).

### תנאי מקפח בחוזה אחיד

55. המבקש מוסיף וטוען כי הסכם ההתקשרות בינו ובין פרטנר הוא חוזה אחיד, כמשמעותו בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, וכי סעיף 4 להסכם, שעניינו תניית תשלום בעת ביטול הנעילה, הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד. לפיכך עותר המבקש כי בית המשפט יורה לפרטנר "לבטל את סעיף 4 להסכם נספח א', בהתאם להוראת סעיף 3 לחוק" (סעיף 43 לבקשה לאישור התובענה כייצוגית).

56. המבקש העלה טענתו באופן לקוני, ללא פירוט וניתוח, ומבלי שהונחה תשתית עובדתית ומשפטית ברורה ורלוונטית לעילה זו. מכל מקום, נוכח תיקון 46 לחוק התקשורת, האוסר על נעילת המכשירים ועל גביית תשלום עבור פתיחתם, והוראת המעבר, האוסרת על גביית תשלום עבור פתיחת מכשירים שננעלו טרם כניסת התיקון לחוק לתוקף, נראה כי הסעד המבוקש מכוח עילה זו, התייתר.

### ביטול ההסכם - סיום תכנית pay per call

57. המבקש טוען כי בהודעתה מיום 2.8.09 ביטלה פרטנר את ההסכם, לרבות סעיף 4 להסכם, ולפיכך אין היא זכאית להסתמך עליו עוד. לחלופין נטען, כי ביטול ההסכם באופן חד צדדי על ידי פרטנר גרם למבקש לנזקים, לרבות עלות פתיחת המכשירים הנעולים, ועל פרטנר לפצותו בגין נזקיו.

58. יש לדחות טענות אלה. אין חולק כי ההסכם האחרון שבין הצדדים נחתם ביום 14.12.05. על פי הוראת סעיף ה' להסכם, רשאית פרטנר "להפסיק את התכנית לאחר 36 חודשים מתחילת ההארכה/החידוש..." (נספח א' לבקשה לאישור התובענה כייצוגית). פרטנר הודיעה למבקש על סיום ההסכם ביום 2.8.09, בחלוף למעלה מ-36 חודשים ממועד כריתתו (נספח ב' לבקשה לאישור התובענה כייצוגית), ולפיכך לא הוכיח המבקש כי ההסכם בוטל ע"י פרטנר שלא כדין. יתר על כן,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

אין בסיום ההסכם על פי תנאיו, כשלעצמו, כדי להביא אוטומאטית לפקיעת כל תניותיו, ויש שתניות חוזיות ימשיכו לחול, מעצם טיבן, גם לאחר סיום החוזה (ע"א 4162/02 רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ, ניתן ביום 29.3.04). בענייננו, איני רואה צורך להידרש לשאלה האם ס' 4 לחוזה פקע אם לאו, שכן גם אם תניה זו פקעה, לא הראה המבקש מכוח מה זכאי היה להסרת הנעילה ללא תשלום, וכיצד יש בכך כדי להצמיח לו את הסעד לו עתר.

### "הטעיה"

59. המבקש טוען בתובענתו כי "אלמלא ביטול ההסכם על ידי המשיבה, היה המבקש זכאי לבטלו בשל הטעיה" (ס' 47 לבקשה לאישור). לענין זה הוא טוען כי מצג פרטנר בס' 4 להסכם ולפיו נעילת המכשירים היא שירות הניתן ללקוח להפחתת סכנת הונאה וגניבה היא "הטעיה" (ס' 12 – 13 לתצהירו), וכך גם מצגה של פרטנר כי פעולת פתיחת המכשיר היא פעולה מורכבת הדורשת מיומנות טכנית בעוד שמדובר בהקלדת קוד פתיחה ותו לא (ס' 49 לבקשת האישור, ס' 28(ה) לתשובה לתשובת פרטנר).

60. אכן, טענת פרטנר בס' 4 להסכם, וכן בתשובתה לתובענה, כי נעילת המכשיר "מפחיתה סכנת הונאה וגניבה" מוקשה בנסיבות ענייננו. שכן, גם אם אכן כך הדבר, ואיני רואה צורך להידרש לכך, לא נתחוויר הקשר בין נעילת המכשירים לשם מניעת גניבתם לבין גביית סכומי כסף ניכרים עבור הסרת הנעילה (159 ש"ח שבהמשך הופחתו לכ-90 ש"ח, דברי ב"כ פרטנר בע' 10 לפרוטוקול). פרטנר לא טענה כי הוספת מנגנון נעילה או פתיחתו מייקרת את המוצר, והרושם הנוצר הוא כי הנעילה אמנם נועדה לקדם אינטרסים עסקיים של פרטנר, ולא דווקא את רווחת לקוחותיה. יחד עם זאת, אין בכך בלבד כדי לבסס עילה משפטית שלצידה סעד. המבקש טען באופן לקוני ל"הטעיה" מבלי שפירט את עילתו ומבלי שהבהיר האם המדובר בהטעיה לפי דיני החוזים, או שמא בהטעיה לפי חוק הגנת הצרכן. המבקש לא ביסס את טענת ההטעיה בתשתית עובדתית ומשפטית מספקת, וגם מבלי להידרש לשאלה האם אכן מדובר ב"הטעיה", המבקש לא טען ולא הוכיח כי הסתמך על ההטעיה הנטענת, וכי התקיים קשר סיבתי בין המצג המטעה לדרך התנהגותו ולנזק שנגרם לו. אף לא ברורה טענת המבקש כי "אלמלא ביטול ההסכם על ידי המשיבה, היה המבקש זכאי לבטלו בשל הטעיה" שעה שאין חולק כי לא ביטל את ההסכם.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

### סיכום ביניים

61. לסיכום פרק זה יש לקבוע כי למבקש ולחברי הקבוצה עילת תביעה טובה, לכאורה, נגד פרטנר בגין הפרת חובה חקוקה, בשל התניית שירות בשירות והפרת תנאי הרישיון, בזיקה לסעיפים 14'2 (ב) ו-11'1 (א) לחוק התקשורת, וכי יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה.

### התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

62. השאלה העיקרית הטעונה הכרעה בתובענה היא, האם עוולה המשיכה כלפי חברי הקבוצה בחסימת האפשרות לעשות שימוש ברשתות של מפעילים סלולאריים אחרים, בדרך של נעילת המכשיר וגביית תשלום בגין פתיחתו. שאלה זו, כמו גם הסעד שנתבע – השבת התשלום-משותפים לכל חברי הקבוצה (ר' ס' 27 להחלטה בענין ספיר).

### תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

63. הנני סבורה כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. הכרעה בשאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה תחסוך התדיינויות רבות, תחסוך משאבי זמן וכסף של חברי הקבוצה, תקדם את האינטרס של מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין, לרבות אלה שאינם מודעים לפגיעה בזכויותיהם (סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות), ותקדם את האינטרס של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1(2) לאותו חוק).

### עילת תביעה אישית

64. המבקש הוכיח, כמפורט לעיל, כי בידו עילת תביעה אישית.

### עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב

65. המשיבים טוענים כי לא קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ינוהל ע"י המבקש בדרך הולמת ובתום לב. לענין זה הם טוענים כי המבקש נהג בחוסר תום לב בהסתירו את





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

העובדה כי שופה על התשלום ששילם לפרטנר ע"י החברה אליה נייד את הקווים שברשותו, וכי לא נגרם לו כל נזק. עוד נטען כי המבקש לא הקדים פנייה בכתב לפרטנר, ואף בכך יש חוסר תום לב.

66. לא ראיתי לקבל את טענות פרטנר. המבקש הצהיר בתגובה לתשובת פרטנר כי לא קיבל כל החזר כספי או זיכוי כנגד התשלום ששילם לפרטנר בגין ביטול הנעילה, ופרטנר לא הוכיחה אחרת. הזיכויים בחשבונות המבקש אליהם הפנתה פרטנר, מציינים כי אלה ניתנו כ"הטבת מעבר לפלאפון", מבלי לציין זיקה כלשהיא לתשלומים ששולמו לפרטנר בגין ביטול הנעילה. גם הסכומים שננקבו שונים, ונמוכים יותר, מן התשלומים ששולמו לפרטנר בגין ביטול הנעילה. אף אין לייחס למבקש חוסר תום לב גם בשל כך שלא הקדים פניה לפרטנר בטרם הוגשה התובענה (לעניין זה ראה ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ניתן ביום 11/12/2008, בפסקה 9).

67. לא ניתן להתעלם מן העובדה שהבקשה לאישור שהוגשה היתה דלה ונפלו בה פגמים. ייתכן גם כי צעידתו של המבקש בשדה חרוש היא זו שסייעה לו להביא לתוצאה המבוקשת. יחד עם זאת, אין בפגמי הבקשה כדי להביא לדחייתה. כבר נפסק, כי האפשרות לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית אך בשל התנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי צריכה להישמר למקרים חריגים, בין היתר בשל כך שפערי הכוחות בין הצדדים לתובענה הייצוגית עשויים להתבטא גם במישור הייצוג (ע"א 2718/09 גדיש קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, ניתן ביום 28.5.12). ענייננו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים. אין בכך, כמובן, כדי למנוע מבית המשפט לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על צירוף בא כוח מייצג בהמשך ההליך, ככל שהדבר יידרש.

### סוף דבר

68. המבקש הוכיח כי נתקיימו התנאים הדרושים לאישורה של התובענה כייצוגית. לפיכך, ועל-פי דרישת סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות, אני קובעת כדלהלן:

- א. הקבוצה בשמה תנוהל התובענה הייצוגית היא כל מי ששילמו לפרטנר תשלומים בגין "ביטול" נעילת מכשיר.
- ב. זהות התובע המייצג ובאי-כוחו הם כמפורט בכותרת להחלטה זו.





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"צ 11630-05-10 ז'נין נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ

- ג. עילת התביעה היא הפרת חובה חקוקה וזאת בזיקה לסעיפים 14' 2 (ב) ו-11(א) לחוק התקשורת, במשולב עם הוראות הרישיון.
- ד. השאלות המשותפות לחברי הקבוצה הן: האם נעילת המכשיר באופן החוסם אפשרות לעשות שימוש ברשתות מפעילים סלולאריים אחרים, וגביית תשלום עבור ביטול נעילתו, מפרה את חוק התקשורת והרישיון ומהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה.
- ה. הסעד הנתבע הוא השבת הסכומים ששולמו לפרטנר עבור ביטול נעילת המכשיר.
69. ב"כ המבקש יפעל לפרסום הודעה על אישור התובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק התובענות הייצוגיות. הודעה זו תכלול את הפרטים הנדרשים על-פי סעיף 14(א) לחוק, בהתאם להחלטה זו. ההודעה תפורסם בשלושה עיתונים יומיים נפוצים, שאחד מהם בשפה הערבית. פרטנר תישא בהוצאות הפרסום. נוסה ההודעה, וכן שמות העיתונים יוגשו לאישור בית המשפט בתוך 14 יום. עותק של ההודעה, לאחר פרסומה, יישלח על ידי ב"כ המבקש למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס (סעיף 25(ז) לחוק).
70. המבקש יגיש כתב תובענה מתוקן התואם החלטה זו, וזאת עד ליום 15.9.13. פרטנר תגיש כתב הגנתה עד ליום 31.10.13. עם השלמת הגשת כתבי הטענות יובא התיק לפני לשם קביעתו לדיון. המשיבה תשלם למבקש את הוצאות הבקשה ושכ"ט עו"ד בסך 20,000 ש"ח.
- מזכירות בית המשפט** תמציא ההחלטה לב"כ הצדדים ותוודא טלפונית קבלתה. עוד תמציא ההחלטה ליועץ המשפטי לממשלה, וכן למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס התובענות הייצוגיות.
- ניתנה היום, י"ט אלול תשע"ג, 25 אוגוסט 2013, בהעדר הצדדים.

גילה כנפי-שטייניץ, שופטת