



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

בקשה מס' 1

לפני כבוד השופט יצחק ענבר

המבקשים

1. חיים אברג'ל

2. מינוף ויזמות בע"מ

ע"י עוה"ד רענן בשן, לאה נמס-קהתי, בת-חן פאריי-
סבאג

נגד

פרטנר תקשורת בע"מ

המשיבה

ע"י עוה"ד מוטי ארד, נתי לב, מירב אליהו

ה ח ל ט ה

(בבקשה לאישור תובענה ייצוגית)

1. האם רשאית המשיבה לחייב - את מי שנקלט כמנוי שלה בעקבות בקשתו ל"ניידות מספרים" - בחלק היחסי של התשלום החודשי הקבוע בגין התקופה שקדמה להשלמתו של תהליך הניוד, אשר במהלכה עדיין מחויב המנוי בתשלום על ידי הספק הננטש? זוהי השאלה העומדת במוקד הבקשה שלפניי.

רקע עובדתי

2. המשיבה מספקת, תחת המותג "Orange", שירותי רט"ן מכוח "רישיון כללי לחברת פרטנר תקשורת בע"מ, למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן)", שניתן לה על ידי שר התקשורת (להלן: "הרישיון"), מכוח סמכותו בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת").

3. ביום 2/12/2007 נכנסה לתוקף "תוכנית מספור לעניין ניידות מספרים" (להלן: "תוכנית ניידות המספרים", או: "התכנית"), אשר עניינה - כאמור בהגדרת "ניידות מספרים" שבסעיף 5א לחוק התקשורת - באופן יישומה, הלכה למעשה, של "האפשרות הניתנת למנוי של בעל רישיון לשמור על מספר הטלפון שהוקצה לו כאשר הפך להיות מנוי של בעל רישיון אחר באותו אזור חיוג, לעניין אותו סוג של שירות בזק". המדובר,



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

בתמצית, בתכנית המסדירה את אופן מימוש זכותו של מנוי להחליף ספק שירותי טלפוניה, תוך שמירה על מספר הטלפון הקיים שלו אצל הספק הננטש.

4. המבקש 1 (להלן – "המבקש") פנה למשיבה ביום 31/7/2011 וביקש להפוך למנוי שלה תוך ניוד מספר הטלפון שלו מחברת "סלקום" (הספק הננטש). למבקש הותאמה באותו מועד תכנית אישית בתשלום חודשי קבוע והוא חתם על הסכם התקשרות. באותו מעמד מסרה המשיבה למבקש כרטיס SIM והקצתה לו מספר טלפון זמני, אשר נועד להיות בתוקף עד להחלפתו במספר המנוי (להלן: "המספר הזמני"). באותו מעמד אף העמידה המשיבה לרשות המבקש את החלק היחסי של מכסת השימושים שאותם התחייבה לספק לו בהתאם לתכנית האישית שנבחרה, ובה בעת החלה לחייב אותו בתשלום החודשי. מספר הטלפון הקיים של המבקש בחברת "סלקום" נויד לרשת המשיבה רק יומיים לאחר מכן, היינו, ביום 2/8/2011. בתקופת הביניים (31/7/11 - 2/8/11) לא עשה המבקש שימוש כלשהו במספר הזמני, אלא הוסיף להשתמש במספרו הקיים זה מכבר ברשת של חברת סלקום. כפועל יוצא, בתקופת הביניים חויב המבקש בתשלומים לשתי חברות טלפוניה – למשיבה בגין האפשרות לעשות שימוש במספר הטלפון הזמני שהוקצה לו במסגרת תהליך הניוד, מזה, ולחברת "סלקום" בגין השימוש שהמשיך לעשות במספר הטלפון הקבוע שלו עד לניודו למשיבה, מזה.

5. בשולי הדברים אוסיף, כי קיימת מחלוקת עובדתית מהי הסיבה לאיחור בן היומיים בהשלמת ניוד מספרו הקבוע של המבקש מחברת "סלקום" למשיבה: בעוד שהמבקש טוען כי ביקש לנייד את המספר באופן מידי, עמדת המשיבה היא כי ביקש ניוד מאוחר. בהקשר זה מסתמכת המשיבה על הרשומה נספח 8 לתגובתה לבקשת האישור. דא עקא, המשיבה נמנעה להציג את בקשה הניוד המקורית שהמבקש חתם עליה, מבלי שנתנה להימנעותה הסבר של ממש (עמ' 33 ש' 27-22 לפרוטוקול). אי הצגתה של ראייה משמעותית זו פועלת לחובתה של המשיבה וההנחה היא, שלו הייתה מוצגת הייתה טופחת על פני גרסתה. גרסתו של המבקש בנקודה זו עדיפה אפוא, לכאורה, על פני גרסתה של המשיבה.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

6. המבקשת 2 (להלן – "המבקשת") פנתה למשיבה ביום 29/7/2010 ובקשה להפוך למנוי של המשיבה תוך נידוד שני מספרי טלפון קיימים שלה בחברת "סלקום". למבקשת הותאמו תכניות שימושים הכוללות בין היתר חבילת דקות זמן אוויר, מסרונים ודקות שיחה פנים ארגוניות והיא חתמה על הסכמי התקשרות. בדומה למבקש, קבלה גם המבקשת במעמד זה שני כרטיסי SIM ושני מספריים זמניים, אשר נועדו להיות בתוקף עד להחלפתם במספרים המנוידים. כמו כן, העמידה המשיבה למבקשת את החלק היחסי של מכסת השימושים שאותם התחייבה לספק לה, כאשר בה בעת החלה לחייב את המבקשת בתשלום החודשי הקבוע הנקוב בהסכמים (אחד משני מנוייה של המבקשת 2 חויב החל מיום אחד לאחר מועד ההתקשרות). שני מספרי הטלפון הקיימים של המבקשת בחברת "סלקום" נוידו לרשת המשיבה רק כשבוע ימים לאחר מכן, ביום 5/8/2010. המשיבה הסבירה, כי יסודו של הנידוד המאוחר בתקלה כלשהי בחברת "סלקום". הגם שיש ממש בטענתם של המבקשים כי מדובר בהסבר בעלמא שלא הוצגה ראיה של ממש לביסוסו, לא שוכנעתי ולו לכאורה כי יסודו של האיחור בכוונת מכוון של המשיבה. בין כך בין אחרת, אין מחלוקת, כי הנידוד בוצע באיחור מסיבות שאינן תלויות במבקשת. יצוין, כי במהלך תקופת הביניים שעד לנידוד עשתה המבקשת שימוש באחד מבין שני המספרים הזמניים. במספר הזמני השני לא נעשה שימוש כלשהו. כפועל יוצא מכל האמור, בתקופת הביניים שעד להשלמת תהליך הנידוד (5/8/10-29/7/10) חויבה המבקשת בתשלומים לשתי חברות טלפוניה – למשיבה בגין האפשרות להשתמש במספרי הטלפון הזמניים שהוקצו לה במסגרת תהליך הנידוד, אשר באחד מהם אף עשתה שימוש בפועל, מזה; ולחברת "סלקום" בגין השימושים שהמשיכה לעשות במספרי הטלפון הקבועים שלה עד לנידודם למשיבה, מזה.

7. עניינה העיקרי של בקשת האישור בחיובם של המבקשים בחלק היחסי של התשלום החודשי הקבוע, הנקוב בהסכמי ההתקשרות, בגין תקופת הביניים שמיום הגשתן של בקשות הנידוד ועד ליום שבו הושלם הנידוד בפועל: המבקש מלין על חיובו בחלק היחסי של התשלום החודשי בגין התקופה שמיום 31/7/11 ועד ליום 2/8/11, ואילו המשיבה מלינה על חיובה (בשני המנויים) בגין התקופה שמיום 29/7/10 ועד ליום 5/8/10. כפי שכבר נאמר, בגין תקופת ביניים אלו חויבו המבקשים בתשלום הן על ידי המשיבה הן על ידי חברת "סלקום". תמצית טענתם של המבקשים היא, כי בהתאם לדין אין המשיבה רשאית לגבות מלקוחותיה תשלומים כלשהם כל עוד לא השלימה את נידוד



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

המספרים הקבועים והחלה לספק את שירותיה באמצעותם. קודם שנציג את הטענות ואת תשובתה של המשיבה ביתר פירוט, נסקור את התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין.

התשתית הנורמטיבית

8. בשנת 2004 נקטה ממשלת ישראל בצעדים שנועדו לטפל בחסמי כניסה הקיימים בשוק התקשורת ולהגביר את התחרותיות. בתוך כך, ביקשה הממשלה להסיר חסם מרכזי שיסודו בחוסר האפשרות של לקוחות ספקי הטלפוניה השונים לשמור על מספרי הטלפון הקבועים שהוקצו להם כאשר הם מבקשים לעבור לספק תקשורת אחר. לשם כך הוסמך שר התקשורת, בסעיף 5א(ה) לחוק התקשורת, להכין תכנית מספור לעניין ניידות מספרים, וזאת הן לגבי בעלי רישיון כללי למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים, הן לגבי בעלי רישיון כללי למתן שירותי רט"ן.

9. "ניידות מספרים" מוגדרת בסעיף 5א לחוק התקשורת, כדלקמן:

האפשרות הניתנת למנוי של בעל רישיון לשמור על מספר הטלפון שהוקצה לו כאשר הפך להיות מנוי של בעל רישיון אחר באותו אזור חיוג, לעניין אותו סוג של שירות בזק.

10. סעיף 5א(ו) לחוק התקשורת קובע את חובתו של בעל רישיון כללי לספק ניידות מספרים ללא תשלום:

בעל רישיון כללי יספק ניידות מספרים לכל מנוי שיבקש זאת, בתוך יום עבודה אחד או בתוך זמן קצר מזה שקבע השר, ויבצע, בלא תשלום מהמנוי או מבעל רישיון אחר כלשהו, את כל הפעולות הנדרשות ממנו לשם כך לפי סעיף זה.

11. ביום 22/8/2005 פרסם משרד התקשורת את תכנית ניידות המספרים, מכוח הסמכות הנתונה לשר התקשורת בסעיף 5א הנ"ל. התכנית נכנסה לתוקף ביום 2/12/2007. במסגרת התכנית הסדיר משרד התקשורת את נושא ניידות המספרים והתווה את אופן ביצוע הנייד מבעל הרישיון הננטש (אותו עוזב המנוי המתנייד) אל בעל הרישיון הקולט (בו נקלט המנוי המתנייד), על כל שלביו.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

12. תחילתו של תהליך הניוד בבירור מקדמי של בעל הרישיון הקולט עם המנוי המבקש להתנייד אליו, המוסדר בסעיף 4(א) לתכנית, הקובע כך:

בעל רישיון קולט יברר, באופן סביר, עם מנוי המבקש להתנייד אליו, כי המנוי הוא בעל הזכות במספר הטלפון נשוא הבקשה...

בהמשך, בסעיף 4(ב) לתכנית, נקבע כי:

(1) בעל רישיון קולט יהיה אחראי ליידע מנוי המבקש להתנייד, טרם תחילת ביצוע ניידות המספרים, כי משמעות ביצוע הניידות הינה הפסקת קבלת השירות מבעל הרישיון הננטש, ואינה פוטרת את המנוי מקיום כל התחייבויותיו כלפי בעל הרישיון הננטש, ככל שקיימות, לרבות השלמת תשלום בגין ציוד קצה, המשך תשלום חודשי למשך תקופת ההתקשרות וכיו"ב.
(2) יידוע מנוי המבקש להתנייד כאמור בפסקת משנה (1), יעשה באמצעות החתמת המנוי על הצהרה מתאימה.

לאחר מכן, בסעיף 5, פורטת תכנית ניידות המספרים את שלושת שלבי ביצוע הניוד, כפי שיפורטו להלן.

השלב הראשון בביצוע הניוד הוא העברת הודעת ניוד ראשונית לבעל הרישיון הננטש וקבלת הודעת דחייה או אישור, כמוגדר בסעיפים 5(א)-5(ב) לתכנית, שזו לשונם:

5 (א) בעל רישיון קולט, בעצמו או באמצעות אחר מטעמו, יעביר הודעת ניוד ראשונית לבעל רישיון ננטש. בעל רישיון ננטש יאשר באופן מיידי לבעל הרישיון הקולט כי אין מניעה לביצוע הניוד המבוקש בהודעת הניוד האמורה, אלא אם כן התקיימה אחת מהסיבות שלהלן:
(1) מנוי לא קיים אצלו;
(2) מערכת העדכון חסומה לקבלת הודעות ניוד עקב טיפול בהודעת ניוד קודמת, לעניין אותו מנוי;
(3) תבנית המספר שגויה.
חוב כספי של מנוי המבקש להתנייד, כלפי בעל רישיון ננטש, או קיומו של הסכם התקשרות לתקופה כלשהי ביניהם, לא יהוו עילה לדחיית קבלתה של הודעת ניוד האמורה או העדכון.
(ב) התקיימה אחת הסיבות המנויות בסעיף קטן (א) יעביר בעל הרישיון הננטש, באופן מיידי, אל בעל הרישיון הקולט הודעת דחייה בהתייחס להודעת הניוד הראשונית. בעלי הרישיון האמורים יבררו,



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

באופן מידי, את מקור המניעה ויפעלו לשם הסרתה, ככל שניתן
ובהקדם האפשרי.

השלב השני – לאחר קבלת אישור מבעל רישיון ננטש – הנו העברת הודעת ניוד לכל
בעלי הרישיונות, כמוגדר בסעיף 5(ג) לתכנית:

(ג) התקבל אישור מבעל רישיון ננטש כאמור בסעיף קטן (א), יעביר
בעל הרישיון הקולט והוא בלבד, בעצמו או באמצעות אחר מטעמו,
הודעת ניוד אל כל בעלי הרישיונות.

בשלב השלישי, הנועל את התהליך, מבוצעת "החלפת ספק שירות" כמשמעותה בסעיף 1
לתכנית, לאמור: "הפסקת שירות מאת בעל רישיון ננטש למנוי שהתנייד, ותחילת מתן
שירות לאותו מנוי בידי בעל הרישיון הקולט".
אופן ביצועו של שלב זה מפורט בסעיף 5(ד) לתכנית, בזו הלשון:

(ד) החלפת ספק שירות תיערך כדלקמן:
(1) בעל רישיון ננטש ימשיך במתן השירות למנוי שביקש להתנייד
וינתקו רק בסמוך לפני המועד הקובע.
(2) בעל רישיון קולט יחל במתן שירות למנוי שהתנייד מיד לאחר
המועד הקובע.
(3) שאר בעלי הרישיונות ינתבו שיחות, שיעדן מנוי שהתנייד, אל
בעל הרישיון הקולט מיד לאחר המועד הקובע.
(4) פרק הזמן להחלפת ספק שירות, יהיה קצר ככל האפשר, ולא
יעלה על מחצית השעה.
לעניין סעיף קטן זה, "המועד הקובע" - השעה השלמה הראשונה
לאחר חלוף שלוש שעות ממשלוח הודעת הניוד כאמור בסעיף קטן
(ג) ...
[לדוגמא, בהתייחס להודעת ניוד שנשלחה בשעה 10.32, יהיה
המועד הקובע השעה 14.00]

13. להשלמת התמונה יצוין, כי בהתאם לסעיף 5(ז) לתכנית קבע משרד התקשורת
שעות פעילות של מפעילים לעניין ניידות מספרים (נספח 2 לתגובת המשיבה, עמ' 4).
שעות פעילות מוקדי התמיכה של מפעילים ניידים הינו בימים א' עד ה' מהשעה 8:00
ועד 20:00 ובימי שישי וערבי חג מהשעה 8:00 ועד השעה 14:00. זמני השלמת הניוד
שנקבעו ארוכים יותר וחלים בימים א' עד ה' בין השעות 8.00 עד 23:00 ובימי שישי
וערבי חג בין השעות 8:00 עד 15:00.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

טענות המבקשים

14. המבקשים טוענים, כי בניגוד לתכנית ניידות המספרים לא מניידת המשיבה את מספרי הטלפון של מנוייה המבקשים לעשות כן בתוך הזמן שנקצב בתכנית, וכי לעיתים אורך הניוד מספר ימים, כפי שאירע בעניינם.

15. עוד הם טוענים, כי בניגוד לחוק התקשורת ולתכנית ניידות המספרים, המורים על ביצוע ניודו של מספר טלפון מספק טלפוניה אחד למשנהו באופן כרונולוגי ורצוף, ואשר מטרתם הייתה למנוע היווצרות של כפילות בקבלת שירותים ובתשלום חיובים לשני ספקים שונים בו זמנית, משיתה המשיבה על לקוחותיה המתניידים חיובים בגין תקופת הביניים – הנמשכת לעיתים ימים – זאת במקביל לחיובים שאותם הם מממשיכים לשלם לבעל הרישיון הננטש.

16. לטענתם של המבקשים, התנהלותה זו של המשיבה מנוגדת לדין ומקימה למבקשים ולחברי הקבוצה עילות תביעה שונות. מכאן בקשתם לאשר את תביעתם כייצוגית ולהתיר להם לייצג את "כל מנויי הנתבעת שהתקשרו עמה בעסקת ניוד, ואשר חויבו על ידי הנתבעת בתשלומים על שירותים שונים לפני ניוד הקו לרשת הנתבעת, וזאת החל מיום 2 לדצמבר 2007 ועד למועד הגשת הבקשה או לאישורה כתובענה ייצוגית". המבקשים עותרים כי בית המשפט יפסוק לחברי הקבוצה סעד כספי של השבה בגין נזקיהם הממוניים שנגרמו בעקבות חיובי היתר (אותם הם מעריכים בכ-11.2 מיליון ש"ח), וכן פיצוי בגין נזקיהם המתבטאים בהמשך תשלום תעריפים גבוהים לחברה הננטשת בתקופת הביניים (בסך של כ-2.76 מיליון ש"ח). כן הם עותרים כי בית המשפט ייתן סעד לחברי הקבוצה בגין נזקיהם הלא-ממוניים (בסך של כ-11.2 מיליון ש"ח).

טענות המשיבה

17. המשיבה טוענת כי בקשת האישור לוקה "בכשל תפיסתי", שעניינו בכך שלקוח המבקש לנייד אליה את מספר הטלפון שלו מספק טלפוניה אחר אינו מתקשר עימה בעסקת ניוד, אלא בעסקה לקבלת שירותי רט"ן, שמהותה חיבור הלקוח לרשת שלה ומתן אפשרות לקבל שירותי רט"ן. לטענת המשיבה, היא מאפשרת לכל לקוח המתקשר עימה,



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

לרבות לקוח המבקש לנייד את מספר הטלפון הקיים שלו, לקבל שירותים באמצעות כרטיס SIM ומספר זמני שהיא מספקת לו כבר במועד ההתקשרות ביניהם. בהינתן שהלקוח זוכה לקבל שירות מלא כבר מרגע ההתקשרות, היא זכאית לחייבו בתשלום החודשי הקבוע באופן מידי, הגם שמספרו הקבוע אצל הספק הנטש טרם נויד. לשיטתה של המשיבה, בתקופת הביניים עומדים לרשות הלקוח המתנייד שני קווים נפרדים בשתי רשתות שונות כאשר הוא יכול לעשות שימוש מלא בשניהם.

18. לטענת המשיבה, ניוד מספר הטלפון הקבוע לרשת המשיבה אינו אלא פעולה נלווית במסגרת העסקה הכוללת, וקיומו של פער זמן בין מספר שעות או מספר ימים עד להשלמת הניוד, שבו הלקוח ניהנה משירותי המשיבה באמצעות מספר זמני, טפל לעסקה בכללותה ואין לייחס לו משמעות כלשהי.

19. עוד טוענת המשיבה, כי היא יידעה את המבקשים – הן בעל פה על ידי נציגי השירות, הן במסגרת הסכמי ההתקשרות – כי החיובים בגין החלק היחסי של התשלום החודשי מתחילים כבר במועד ההתקשרות עם אספקתו של המספר הזמני. כך נוהגת המשיבה, לדבריה, עם כלל לקוחותיה. לשיטתה של המשיבה, לעניין זה אין הבדל במעמדו של מי שמבקש להצטרף לרשת המשיבה במסגרת תהליך של ניידות מספרים לבין מי שעורך, לדוגמא, מנוי בחדר כושר. בשני המקרים כאחד זכאי ספק השירות לגבות מהלקוח תשלום בגין עצם הענקתה של הזכות ליהנות משירותיו.

20. לעניין לוח הזמנים לביצוע ניידות המספרים טענה המשיבה תחילה, כי תכנית ניידות המספרים אינה קובעת לוח זמנים למועד תחילת תהליך הניוד, אלא רק לוח זמנים להשלמת ביצוע הניוד מרגע פניית הספק הקולט לספק הננטש. קרי – לטענתה, התכנית אינה מתייחסת לשלב שבין מועד הגשתה של בקשת הניוד לבין תחילת ביצוע תהליך הניוד בפועל. המחלוקת צומצמה כאשר במסגרת דיון מקדמי ותשובה שהגישה (ברשות) לתשובת המבקשים, טענה המשיבה ואף הציגה מדגם שערכה, לפיו, ככלל, כאשר לקוח מתקשר עימה היא שולחת לספק הננטש את בקשת הניוד באופן מידי, הגם שבכ-10% מהמקרים נעשה הדבר לאחר יותר מ-4 שעות וב-10% נוספים תוך 4-1 שעות ממועד ההצטרפות למשיבה. לטענתה של המשיבה, המקרים שבהם הניוד אינו מושלם באותו היום נובעים מסיבות מוגדרות ו"כשרות", כגון: תקלות טכניות במערכותיה של המשיבה



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

או במערכות החברה הננטשת; בקשה של לקוח למועד ניווד מאוחר; בקשות ניווד המוגשות בסופי שבוע, בערבי חג או בשעות הערב המאוחרות, כאשר מערכות הניווד אינן פעילות. עם זאת, לשיטתה של המשיבה, זכותה לחייב את הלקוח בתשלום מעוגנת בהסכם ההתקשרות ובכך שספקה ללקוח כרטיס SIM ומספר זמני המאפשר לו ליהנות משירותיה. לפיכך, גם במקרים אלו מחייבת המשיבה את הלקוח עבור החלק היחסי של התשלום הקבוע כבר החל ממועד ההתקשרות.

21. עוד טוענת המשיבה, כי יש לדחות את בקשת האישור בשל היעדר עילה אישית של המבקשים.

22. המשיבה מכחישה את הנזק הנטען וטוענת כי הוא מבוסס על הנחות יסוד מופרכות. כמו כן, היא טוענת בהקשר זה כי דרישתם של המבקשים לפיצוי בגין התשלום ששילמו לספק הננטש מופרכת, שכן משמעותה היא שהם מעוניינים בתשלום אפסי בגין שימוש כפול בשני קווים נפרדים.

23. המשיבה טוענת כי על בקשת האישור להידחות גם בשל אי התאמתו של הנזק הנטען לבירור במסגרת של תובענה ייצוגית, שכן ביצוע חישוב מורכב וידיני ביחס לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה, כמו זה שנדרש במקרה דנן, אינו ישים. נוכח הצורך בבירור אינדיבידואלי אין הבקשה מעוררת, לטענתה, שאלות משותפות של עובדה ומשפט והיא אינה הדרך היעילה וההוגנת לבירורה של המחלוקת.

24. לטענת המשיבה יש לדחות את הבקשה גם לאור חוסר תום ליבם של המבקשים וכן משום שלא הוכח כי המקרים שאירעו למבקשים הינם נחלתם של חברי הקבוצה כולה.

דיון והכרעה

25. אין מחלוקת כי בקשת האישור מעוגנת כדבעי בפריט 1 לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – "חוק תובענות ייצוגיות"), לפיו ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד "עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח,



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". גדר המחלוקת ממוקד בקיומם של יתר תנאי הסף, ובפרט קיומה של עילת תביעה אישית וקבוצתית, מזה, וקיומן של שאלות משותפות המתאימות להכרעה במסגרת הליך ייצוגי, מזה. נפנה ונבחן עניינים אלה, אחד לאחד.

(1) עילת תביעה אישית וקבוצתית

26. בהתאם לסעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, על המבקשים לשכנע בקיומה של עילת תביעה אישית "במידת הסבירות הראויה – ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד" (ע"א 458/06 שטנדל נ' בזק בינלאומי בע"מ (6.5.2009), בעמ' 10; ע"א 4345/10 איתמר מחלב - רואה חשבון - חברה בפירוק מרצון ואח' נ' מדינת ישראל – רשות המסים בישראל (20.11.2012), בפסקה 13). לתנאי זה מתקשר סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, המטיל על המבקשים לשכנע כי "יש אפשרות סבירה" כי השאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה תוכרענה לטובת הקבוצה. אדון בתנאים אלו במאוחד. בפתח הדברים אקבץ את העובדות העיקריות הצריכות לעניין.

27. הוכח לכאורה, כי הן אצל המבקש הן אצל המבקשת, חל פער של מספר ימים בין מועד הגשתה של בקשת הניוד למשיבה לבין השלמת הניוד, וזאת בשעה שאף אחד מהם לא ביקש מועד ניוד מאוחר. בתקופת הביניים חויבו המבקשים בתשלומים הן על ידי חברת "סלקום" (הספק הננטש) שמשירותיה עדיין לא נותקו, הן על ידי המשיבה בגין עצם אספקתם של כרטיסי ה-SIM והמספר הזמני.

בהקשר זה חשוב להדגיש, כי לא נטען על ידי המשיבה שקיימת מניעה טכנולוגית לבצע "ניידות מספרים" ללא "מספר זמני" המופעל קודם להשלמת הניוד כנגד חיוב מידי בתשלום. חרף זאת, אספקת מספר זמני - המוחלף במספר המנויד באופן אוטומטי (מבלי שהלקוח צריך לבצע פעולה נוספת) עם השלמת תהליך הניוד – הנה חלק בלתי נפרד מנוהל הניוד של המשיבה, היינו, למבקשי הניוד לא ניתנת ברירה אלא לקבלו (סעיפים 31-35 לתשובת המשיבה; נספחים 3 ו-5 לתשובה). נוהל הניוד של המשיבה לא אפשר, אפוא, למבקשים, ולאחרים כמותם, להתחיל ליהנות משירותי המשיבה רק לאחר ניתוקם מהספק הננטש ובאמצעות מספרם המנויד, אלא הוא כפה עליהם לקבל מספר זמני, דבר



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

אשר הוביל מניה וביה לתחילת חיובם בתשלום החודשי למשיבה, וזאת בד בבד לתשלומים שאותם המשיכו לשלם לספק הננטש (עד לניתוקם ממנו).

28. חיובי כפל מסוג אלה ששלמו המבקשים בתקופת הביניים לשתי חברות הטלפוניה, שיסודם באי השלמתו של תהליך הניוד באותו יום שבו התבקש מהמשיבה, מחד, ובכפייתו של מספר זמני על מבקשי הניידות, מאידך, לכאורה אינם אירוע חריג. בהינתן ש"המועד הקובע" כמשמעו בתכנית ניידות המספרים, שבו מתבצעת החלפת ספק השירות, מתגבש רק כ-4 שעות לאחר משלוח הודעות ניוד, ונוכח שעות הפעילות שנקבעו על ידי משרד התקשורת לצורך ניידות מספרים (סעיף 13 לעיל), אין קושי לקבוע, כי בכל אותם מקרים שבהם נשלחו הודעות הניוד לאחר השעה 19.00 ביום חול, יבוצע הניוד רק ביום המחרת (שהרי "המועד הקובע" יחול רק אחרי סיום שעת הפעילות בשעה 23.00 של אותו יום). כזכור, מהנתונים הנוספים שספקה המשיבה עולה, כי בכ-10% מהמקרים נשלחות בקשות הניוד לספק הננטש רק לאחר יותר מ-4 שעות מעת שהוגשו למשיבה, וב-10% נוספים מהמקרים רק לאחר 1-4 שעות ממועד זה. נובע מכאן, כי חלק לא מבוטל מבקשות ניוד המוגשות למשיבה בשעות הבוקר או בשעות הצהריים יבוצעו אף הן רק ביום המחרת. בדומה לכך, בקשות ניוד המוגשות בימי שישי אחרי השעה 11.00 יבוצעו רק ביום ראשון, ואילו בקשות ניוד המוגשות אחרי אותה שעה בערבי חג (שגם בהם מסתיימת הפעילות בשעה 15.00) - יבוצעו רק אחרי החג. ואם בכך לא די אזי מהסברי המשיבה עלה, כי לא אחת נדחה ביצוע הניוד בגלל תקלה טכנית במערכתיו של מי מ-26 מפעילי התקשורת המעורבים בתהליך (סעיף 29 לתשובת המשיבה), וזאת עד לאחר תיקונה ואף אם זו נמשכת ימים. הנה כי כן, עניינם של המבקשים, אשר שלמו בתקופת הביניים תשלומי כפל הן למשיבה הן לחברת "סלקום", מייצג קבוצה משמעותית של לקוחות מבקשי ניידות. בשולי הדברים אוסיף כי המשיבה נמנעה להציג נתונים כלשהם אודות מספר מבקשי הניוד אשר בקשתם לא בוצעה ביום שבו הוגשה, וזאת על אף שהם מצויים בידיה, ונראה שלא בכדי.

29. נתון עובדתי נוסף, אשר ראוי להתחקות אחריו בשלב זה, הוא מידת אפקטיביות השימוש של מבקשי הניידות במספר הזמני: הדעת נותנת, כי רובם המכריע של לקוחות אלו לא עשו שימוש כלשהו במספר הזמני עד להחלפתו (האוטומטית) במספרם המנוי, וזאת על אף שחויבו בגינו בתשלום מיד עם קבלתו. ממצא לכאורי זה מתחייב לא רק



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

מעדויותיהם של המבקשים (לשימוש שעשתה המבקשת באחד ממנוייה באמצעות המספר הזמני אתיחס בהמשך), אלא יסודו גם בשכל הישר ובניסיון החיים - ואסביר: רוב הלקוחות המבקשים לממש את זכותם לניידות מספרים כבר אוחזים בידיהם מכשיר טלפון קיים, אשר באמצעותו קבלו שירותים מהספק הננטש תוך שימוש במספרם הקבוע. במסגרת הצטרפותם לרשת המשיבה תוך מימוש זכותם לניידות מספרים קיבלו אפוא מהמשיבה רק כרטיס SIM, ללא מכשיר (ר' עמ' 41, ש' 15). הדעת נותנת, כי עד לניתוקם של אותם לקוחות מהרשת של הספק הננטש יוסיפו לעשות שימוש בכרטיס ה-SIM ובמספר הקבוע שלהם אצל הספק הננטש, שהרי זהו המספר המוכר לסביבתם, לבני משפחתם ולמכריהם. כך הם פני הדברים גם בטרם מוסיפים ומביאים בחשבון, כי עשיית שימוש במספר הזמני שקבלו מהמשיבה יחייב אותם לבצע סדרת פעולות סיוזיפית: החל מכיבוי המכשיר, עבור להוצאתו מהמכשיר של כרטיס ה-SIM של הספק הננטש, וכלה בהכנסתו למכשיר של כרטיס ה-SIM של הספק הקולט ובהפעלתו מחדש של המכשיר. לאחר מכן, כאשר יבקש הלקוח לשוב ולעשות שימוש במספר הקיים, שטרם נוד, יהא עליו לחזור שוב על אותן פעולות ביחס לכרטיס ה-SIM של הספק הננטש (ר' עמ' 24, ש' 2-9 לפרוטוקול). נוכח חוסר הנוחות הרב הכרוך בביצוע פעולות אלו, שלא לדבר על חוסר ההיגיון בנקיטתן, ניתן לקבוע במידת הסבירות הראויה, כי מרבית המנויים המתניידים אינם נוקטים בהן (ר' גם עמ' 27, ש' 7; עמ' 29 ש' 5-6, ש' 18-20), וכי בכל תקופת הביניים מהווה המספר הזמני שקבלו מהמשיבה בבחינת אבן שאין לה הופכין. אכן, השימוש שעשתה המבקשת באחד ממנוייה באמצעות המספר הזמני, אשר המשיבה קפצה עליו כמוצאת שלל רב, דווקא מחזק את דברינו, שהרי שימוש זה נעשה באמצעות מכשיר טלפון חדש שנרכש מהמשיבה (עמ' 21 ש' 27 – עמ' 22 ש' 3; עמ' 27 ש' 17), רכישה שכאמור אינה מהווה חלק מתהליך ניידות טיפוסית. יצוין, כי גם כאן בחרה המשיבה שלא להציג נתונים כלשהם בדבר השימוש או אי השימוש במספרים זמניים שהוקצו למבקשי הניידות, על אף שהם מצויים בידיה. ניתן להניח, אפוא, כי לו היו הנתונים מוצגים, אזי היו תומכים בעמדתם של המבקשים. נוכחנו, אם כן, לדעת, כי אספקתו של המספר הזמני אינה מיטיבה, ככלל, עם מבקשי הניידות, אלא תועלתו העיקרית הנה, לכאורה, האדרת קופתה של המשיבה.

30. האם אופן ביצוע הניידות על ידי המשיבה מקיים את הוראותיהם של סעיף 5א לחוק התקשורת ושל תכנית ניידות המספרים? אני סבור שהתשובה שלילית. להשקפתי, הן



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

לשונם של החוק והתכנית הן תכליתם, מחייבים את ספק השירות הקולט לאפשר למבקשי הניוד להתחיל ליהנות משירותיו רק לאחר ניתוקם מהספק הננטש ובאמצעות מספרם המנוי, וזאת מבלי שבתקופת הביניים יכפה עליהם מספר זמני כנגד תשלום ומבלי שביצוע הניוד יהיה כרוך בתשלומי כפל לשתי חברות טלפוניה בגין אותה תקופה. להלן יובאו הנימוקים למסקנתי זו, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

31. לעיל ראינו, כי סעיף 5 לחוק התקשורת מחייב בעל רישיון לספק לכל מנוי שיבקש זאת, בתוך יום עבודה אחד, "ניידות מספרים", לאמור: "האפשרות הניתנת למנוי של בעל רישיון לשמור על מספר הטלפון שהוקצה לו כאשר הפך להיות מנוי של בעל רישיון אחר...". להשקפתי, ההיגד: "כאשר הפך למנוי של בעל רישיון אחר" - להבדיל מהיגד אפשרי שהמחוקק לא בחר בו: "לאחר שהפך למנוי...". מלמד על סימולטאניות בין שני מרכיביה של "ניידות המספרים": שמירת מספר הטלפון הקיים של מבקש הניוד, מזה, והפיכתו למנוי של הספק הקולט, מזה. על פי פשוטו של מקרא, "ניידות מספרים" הנה הזכות להפוך תוך יום עבודה אחד למנוי של הספק הקולט באמצעות המספר הקיים, מבלי שנכפה על המבקש מספר זמני כנגד חיוב בתשלום קודם להשלמת הניוד. במסגרת מימוש הזכות ל"ניידות מספרים", כהגדרתה בסעיף 5 לחוק, אין כלל אפשרות שאותו מנוי יקבל שירות מקביל הן מהספק הננטש הן מהספק הקולט, באופן שיידרש לשלם לשניהם תשלום בגין אותה תקופה.

32. מסקנתנו דלעיל מקבלת משנה תוקף נוכח הוראותיה של תכנית ניידות המספרים, המגדירות "החלפת ספק שירות" כ"הפסקת שירות מאת בעל רישיון ננטש למנוי שהתנייד, ותחילת מתן שירות לאותו מנוי בידי בעל הרישיון הקולט". רואים אנו, כי קיים רצף כרונולוגי של מתן שירות על ידי שני ספקים שונים ללא חפיפה ביניהם, כאשר תחילת מתן השירות בידי הספק הקולט מבוצעת רק לאחר הפסקת השירות מאת הספק הננטש. כדי להסיר כל ספק בעניין זה מוסיף וקובע סעיף 5(ד) לתכנית ניידות המספרים באופן מפורש, כי -

(ד) החלפת ספק שירות תיערך כדלקמן:

- (1) בעל רישיון ננטש ימשיך במתן השירות למנוי שביקש להתנייד וינתקו רק בסמוך לפני המועד הקובע.
- (2) בעל רישיון קולט יחל במתן שירות למנוי שהתנייד מיד לאחר המועד הקובע.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

- (3) שאר בעלי הרישיונות ינתבו שיחות, שיעדן מגוי שהתנייד, אל בעל הרישיון הקולט מיד לאחר המועד הקובע.
- (4) פרק הזמן להחלפת ספק שירות, יהיה קצר ככל האפשר, ולא יעלה על מחצית השעה.
- לעניין סעיף קטן זה, "המועד הקובע" - השעה השלמה הראשונה לאחר חלוף שלוש שעות ממשלוח הודעת הניוד כאמור בסעיף קטן (ג)...

הנה כי כן, לשונה של תכנית ניידות המספרים אינה מותירה מקום לספק כלשהו: קו פרשת המים הנו ה"מועד הקובע" - כאשר הספק הננטש חייב להמשיך במתן השירות למגוי שביקש להתנייד עד סמוך לפניו, בעוד שהספק הקולט יחל במתן שירות לאותו מגוי מייד לאחריו. בהתאם למתווה הקבוע בתכנית ניידות המספרים אין, אפוא, ולא יכולה להיות כל חפיפה בין אספקת השירותים על ידי שני הספקים, וממילא שלא ייתכן שהמגוי יחויב בתשלומים לשני הספקים בגין אותה תקופה. כפי שראינו לעיל, נוהל הניוד של המשיבה אינו מאפשר למבקשי הניוד לבצע את התהליך במתווה זה, אלא הוא כופה עליהם מספר זמני שבגינו הם מחויבים בתשלום מידי למשיבה, כאשר בה בעת הם חייבים - עד להשלמת הניוד - להמשיך לשלם גם לספק הננטש.

33. בהקשר זה התייחסה המשיבה בטיעוניה לתיקון (מס' 3) לתכנית ניידות המספרים מיום 9/12/2012 (שמועד תחילתו בחודש יוני 2013; נספח 3 לעמדת המשיבה באשר לפרשנות סעיף 5א(ו) לחוק התקשורת), המשנה את מתווה "החלפת ספק השירות", בקבעו כך:

- (ד) החלפת ספק שירות תיערך כדלקמן:
- (1) בעל רישיון ננטש ימשיך במתן השירות למגוי שביקש להתנייד וינתקו מיד לאחר קבלת הודעת ניוד, כאמור בסעיף קטן (ג).
- (2) בעל רישיון קולט יחל במתן שירות למגוי שהתנייד לא יאוחר מתום פרק הזמן הקבוע בפסקה (4) להלן.
- (3) שאר בעלי הרישיונות ינתבו שיחות, שיעדן המגוי שהתנייד, אל בעל הרישיון הקולט, מיד בתום פרק הזמן הקבוע בפסקה (4) להלן.
- (4) פרק הזמן להחלפת ספק שירות, יהיה קצר ככל האפשר, ולא יעלה על מחצית השעה לעניין מגוי לשירות רט"ן ושעה אצל מגוי לשירות טלפוני נייד.

המשיבה מבקשת ללמוד מן המילים "לא יאוחר" שבסעיף קטן (2), כי התיקון קובע את המועד האחרון לתחילת מתן שירות על ידי החברה הקולטת למגוי המתנייד, אך הוא אינו



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

אוסר עליה לתת למנוי זה שירותים לפני ניווד המספר בפועל. אינני סבור כי זוהי משמעות הכתוב. ראשית, התיקון הנו חקיקת משנה, הכפופה להגדרת "ניידות מספרים" בסעיף 5א לחוק התקשורת, ולעיל כבר עמדתי על כך, כי הגדרה זו שוללת את האפשרות שמנוי שבקש להתנייד יקבל שירות מקביל הן מהספק הננטש הן מהספק הקולט (סעיף 31 לעיל). שנית, מטרתו של תיקון מס' 3 הנה לקצר את פרק הזמן שממשלוח הודעת הניוד ועד להחלפת ספק שירות, היכול להגיע היום לכ-4 שעות, לכדי מחצית השעה בלבד. לצורך זה שונה לוח הזמנים באופן שהספק הננטש חייב לנתק את המנוי שביקש להתנייד מיד לאחר קבלת הודעת ניוד (ולא רק לאחר קרוב ל-4 שעות לאחר מכן כפי שהדבר נעשה היום), ואילו הספק הקולט יחל במתן שירות לא יאוחר מתום מחצית השעה לאחר הניתוק. הנה כי כן, כל שהמילים "לא יאוחר" באות להבטיח הוא כי לאחר ניתוק המנוי הוא לא יוותר מנותק משירות ליותר מחצי שעה. בין הוראה זו לבין שינוי כרונוולוגי של סדר מרכיביו של תהליך "החלפת ספק שירות" אין ולא כלום.

34. המסקנה, לפיה אין הספק הקולט רשאי לכפות על לקוח המבקש "ניידות מספרים" לקבל את שירותיו כנגד תשלום כל עוד לא הושלם תהליך ניתוקו של הלקוח מהספק הננטש, מתחייבת לא רק מלשונם של חוק התקשורת ושל תכנית ניידות המספרים, אלא גם מתכליתם: ההנחה שביסוד חוק התקשורת ותכנית ניידות המספרים היא, כי מספר הטלפון הקבוע, שבו עושה המנוי שימוש, הוא מספר המוכר היטב לסביבתו, לבני משפחתו ולמכריו, המהווה מעין מספר זיהוי של המנוי, שיש לאפשר למנוי לשמרו כל עוד יהיה מעוניין בכך, בבחינת "מספר לכל החיים" (ר' דף מידע של משרד התקשורת "לקראת הפעלת ניידות מספרים החל מיום 2 דצמבר 2007" מחודש נובמבר 2007, נספח ז' לבקשת האישור). האפשרות לנייד את מספר הטלפון הקבוע לספק טלפוניה אחר מסירה חסם משמעותי מפני מעבר של מנויים מספק אחד למשנהו ומגבירה את התחרות. קיים, אפוא, אינטרס תחיקתי מובהק להבטיח, כי לא יוערמו קשיים על מנוי המבקש להתנייד. לשם כך, בין היתר, הוסדר תהליך "החלפת ספק שירות" באופן המאפשר ניוד מספר טלפון מספק אחד למשנהו באמצעות רצף פעולות כרונוולוגיות, החייבות להתבצע זו אחר זו בתוך שעות ספורות, ומבלי שהמנוי יישאר מנותק ליותר מחצי שעה. תהליך "החלפת ספק שירות" כהגדרתו בתכנית ניידות המספרים, לפיו מתחיל ספק השירות הקולט במתן שירות רק אחרי הפסקת השירות על ידי הספק הננטש, אף מבטיח, כי במסגרת מימוש הזכות לניידות המספרים לא יידרש



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

הלקוח לשאת בתשלומי כפל בגין אותה תקופה לשני ספקים. אכן, חיוב כפל מסוג זה עלול ליצור כשלעצמו חסם מעבר מספק שירות למשנהו, אם משום שיהיה בו כדי להרתיע את הלקוחות, אם משום שיצור אצל הספק הקולט תמריץ שלילי לשגר לספק הננטש את בקשת הניוד ללא דיחוי, שהרי ממילא – גם בגין התקופה עובר לניוד המספר בפועל – הוא מחייב את מבקש הניידות בתשלום מלא. ביטוי מוחשי לתמריץ שלילי מסוג זה אפשר למצוא בתשובתה של המשיבה לבקשת האישור, עת טענה כי תכנית ניידות המספרים אינה קובעת מועד לתחילתו של תהליך הניוד, ועת אישרה בתשובתה המשלימה, כי בכ-10% מהמקרים שדגמה ביום עבודה אקראי שלחה לספק הננטש את בקשות הניוד רק לאחר יותר מ-4 שעות מעת הגשתן. דומה, שלו נמנעה המשיבה מחיובם של מבקשי הניוד כל עוד לא הושלם תהליך הניוד, אזי הייתה מתחילה בתהליך הניוד ללא דיחוי.

במאמר מוסגר אוסיף כי עמדתה של המשיבה לפיה הנה רשאית להתחיל בתהליך הניוד בכל מועד כפי שתראה לנכון אינה נכונה גם לגופה, שהרי נוכח סעיף 5א(ו) לחוק התקשורת חייבים כל בעלי הרישיונות הכלליים ובכללם הספק הקולט לספק ניידות מספרים לכל מנוי שיבקש זאת "בתוך יום עבודה אחד או בתוך זמן קצר מזה שקבע השר", וכן לבצע "את כל הפעולות הנדרשות ממנו לשם כך לפי סעיף זה". פשיטא הוא שאחת מ"הפעולות הנדרשות" מהמשיבה לשם אספקת ניידות המספרים בתוך הזמן שנקבע הנו התחלה מידית של תהליך הניוד.

35. נוכח תכליתה של ניידות המספרים, כמבואר לעיל, לא ניתן להפריד, כטענת המשיבה, בין ההתקשרות עם הספק הקולט לבין פעולת ניודו לאותו ספק של מספרו הקבוע של מבקש הניידות (אצל הספק הננטש). לקוח המבקש להתקשר עם ספק קולט תוך ניודו אליו של מספרו הקבוע, במסגרת מימוש זכותו ל"ניידות מספרים", עושה זאת, בראש ובראשונה, במטרה לשמור על תג הזיהוי שלו, שבאמצעותו הוא מזוהה ומזדהה בעת יצירת קשר עם מכריו. לאותו לקוח אין בדרך כלל עניין בקבלת שירות באמצעות מספר טלפון זמני, שאינו מוכר, ואשר אפשרות השימוש בו הנה בלתי אפקטיבית בעליל. בקשת הניוד של לקוח זה מהווה אפוא מרכיב מרכזי ומהותי של ההתקשרות עם המשיבה (ר' עמ' 20, ש' 11 לפרוטוקול). תכלית ההתקשרות זהה, אפוא, לתכליתו של הסדר ניידות המספרים, לאמור: לקבל שירותים באמצעות המספר הקיים לאחר ניודו.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

36. למעלה מן הדרוש אוסיף, כי גם הנדבך הנוסף בעמדתה של המשיבה, לפיו המספר הזמני מאפשר למבקשי הניוד ליהנות מכל שירותי המשיבה שמהם ניהנה בעל מספר קבוע - אינו יכול לעמוד. בחינת העובדות לאשורן מלמדת, כי מספר זמני זה למעשה אינו מאפשר קבלת שירותים מלאים (ר' נספח 5 לתגובת המשיבה לבקשת האישור; עמ' 42 ש' 19-21), וזאת בניגוד לכאורה לסעיף 60.1 לרישיונה של המשיבה.

37. אין לקבל את טענת המשיבה בדבר הסכמתם של המבקשים או של חברי הקבוצה לאופן התנהלותה של המשיבה. המשיבה אמנם טענה שהיא מיידעת את לקוחותיה אודות המספר הזמני שהיא מקצה להם ואודות התחלת חיובם הכספי כבר ממועד ההתקשרות (בו הם מקבלים את כרטיס ה-SIM ואת המספר הזמני), וזאת הן בעל פה על ידי נציגי השירות הן במסגרת הסכמי ההתקשרות. אולם, בהתאם לסעיף 55.2 לרישיונה של המשיבה, "תנאי הסכם ההתקשרות לא יעמדו בסתירה, מפורשת או משתמעת, להוראות כל דין או להוראות הרישיון..". אמנם הסיפא לאותו סעיף קובע כי "אין באמור לעיל כדי למנוע קביעת הוראות שונות בהסכם ההתקשרות, המיטיבות עם המנוי לעומת הוראות הדין או הרישיון", אך לעיל עמדנו על כך, כי חיוב מידי בתשלום כנגד אספקתו של המספר הזמני, בשלב שבו עדיין לא בוצע הניוד, אינה מיטיבה, ככלל, עם הלקוחות לעומת הוראות הדין. הסבריהם של נציגי השירות של המשיבה, כמו גם הסכמי ההתקשרות, אינם יכולים לסתור, אפוא, את הוראותיהם של חוק התקשורת ושל תכנית ניידות המספרים וככל שקיימת סתירה, אין לאמור בהסכמים תוקף (כפי שנטען בסעיפים 16-19 לבקשת האישור). בהנחה היותר נוחה למשיבה אפשר לומר, כי חיובם החוזי של המבקשים ושל חברי הקבוצה לשלם למשיבה בגין שירותיה נסב, לאחר התאמתו להוראות הדין ועל פי פרשנותו הנכונה, על השירותים שיקבלו מהמשיבה באמצעות מספרם הקבוע, עם השלמתו של תהליך "החלפת ספק שירות" בהתאם למתווה שנקבע בתכנית ניידות המספרים.

38. ראינו לעיל כי למבקש ניוד "טיפוסי" אין עניין לעשות שימוש במספר הזמני הנכפה עליו על ידי המשיבה עם הגשתה של בקשת הניוד, שכן הוא יעדיף, בדרך כלל, להמשיך לעשות שימוש במספרו הקבוע עד לניתוקו בידי הספק הננטש, שלו הוא משלם ממילא עד לניתוק. אך מה הדין אם מבקש זה או אחר יהיה מעוניין לקבל מספר זמני? אני סבור, כי הדין אינו אוסר על המשיבה לספק למעוניינים בכך מספר זמני כנגד חיוב



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

מידי בתשלום – וזאת אף קודם להשלמת הניוד - ובלבד שאפשרות זו מוצעת על ידי המשיבה כאפשרות נוספת לזו הקבועה כ"ברירת מחדל" בחוק התקשורת ובתכנית ניידות המספרים (אשר "החלפת ספק השירות" על פיה מבוצעת באופן שמתן שירות על ידי הספק הקולט מתחיל רק לאחר הפסקת מתן השירות על ידי הספק הננטש); ובתנאי נוסף - שתאפשר למבקשי הניוד ליהנות מכל שירותי המשיבה שמהם נהנה בעל מספר קבוע (בזיקה לאמור בסעיף 36 לעיל). אפשרות בחירה נוספת כזו - לו הייתה ניתנת – אשר מבקש הניוד בחר בה באופן מודע לאחר שבחנה ומצאה עדיפה לצרכיו, מיטיבה עם מבקש הניוד ומטעם זה אין סיבה לפסלה (כאמור בסיפא לסעיף 55.2 לרישיונה של המשיבה). דא עקא, פני הדברים בענייננו שונים בתכלית, שהרי אספקת המספר הזמני והחיוב המידי בתשלום נכפים על ידי המשיבה על מבקשי הניוד כאפשרות יחידה (שובו ועיינו בנוהל ניידות המספרים נספחים 3 ו-5 לתשובת המשיבה), תוך שנשללת זכותם לבצע את הניוד בהתאם למתווה הקבוע בחוק התקשורת ובתכנית ניידות המספרים, ותוך חיובם בתשלומי כפל בגין מספר זמני שבו לא השתמשו (ללקוחות הספורים שעשו שימוש במספר הזמני אתיחס בנפרד בהמשך).

38א. עובר לחתימתה של החלטה זו הגישה המשיבה "בקשה דחופה...להוספת ראיות", שבה עתרה להתיר את צירופם לתשובה של שאילתה שהגיש ח"כ פרופ' אריה אלדד לשר התקשורת ביום 7/7/10; תשובת המשיבה למשרד התקשורת בנושא השאילתה מיום 30/7/10; ותשובת שר התקשורת, ח"כ משה כחלון, לשאילתה מיום 4/8/10. המשיבה הסבירה בבקשתה, כי איתרה את המסמכים בתיקיה רק "בימים האחרונים, במסגרת דיון פנימי בנושא בקשת האישור דנן, על מנת לקבל החלטה אם לפנות להליך של הסדר פשרה...".

על אף שדין הבקשה להידחות, זאת בהינתן שהמשיבה יכלה לאתר מסמכים אלו על נקלה כבר בשלב הגשת תשובתה לבקשת האישור, בחנתי את המסמכים לגופם ומצאתי, כי אין בהם כדי להעלות או להוריד:

בשאילתה הלין ח"כ אלדד על כך שהמשיבה לא בטלה את מספרו הזמני, אלא הוסיפה לגבות עבורו כ-25 ש"ח לחודש במשך מספר שנים לאחר השלמת הניוד (כך!). ח"כ אלדד ציין כי הגם שהתרשל משום שלא בדק את פשרו של החיוב, הרי "דומני כי צריכה להיות



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

חובה חוקית לחברה לידע את הלקוח על קו שאין בו פעולה, למשל במשך שלושה חודשים". על רקע האמור לעיל בקש לשאול את שר התקשורת "האם בכוונתך לנקוט בהליך להנחיית החברות ברוח זו או שיהיה צורך בחקיקה בעניין זה".

בתשובתה למשרד התקשורת אשרה המשיבה, כי בעת קליטת מנוי מנויד היא מקצה מספר זמני שמטרתו לאפשר ללקוח המתנייד ליהנות משירותיה עוד קודם להשלמת תהליך הניוד, וזאת כ"תהליך שירותי שאינו כרוך בתשלום". בתוך כך פרטה המשיבה את נהלי הניוד הנוהג אצלה והדגישה, כי עם השלמת הניוד מתבטל המספר הזמני מאליו, וכי "איננו מכירים מקרים בהם חרף השלמת תהליך הניוד, המספר הזמני לא בוטל והלקוח חויב בגין המספר הזמני, בנוסף למספר אותו נייד לפרטנר".

על רקע האמור לעיל השיב שר התקשורת לח"כ אלדד, כי משרדו ערך בירור עם שלוש חברות הסלולר "הגדולות". לדברי החברות הן "אכן מקיימות תהליך שירותי, שאינו כרוך בתשלום, במסגרתו הן מקצות מספר זמני בעת קליטת מנוי מנויד לרשת שלהן...", אשר מטרתו לאפשר ללקוח המתנייד ליהנות משירותיהן מיד עם הצטרפותו לרשת, מבלי שיידרש להמתין להשלמת תהליך הניוד. כמו כן צוין כי עם השלמת תהליך הניוד מבוטל המספר הזמני באופן אוטומטי, וכי "מאז תחילת ניידות המספרים ב-1.12.07 לא התקבלו במשרדנו תלונות בנושא האמור, ואם ארע כדבר הזה יש לראות בו מקרה נקודתי שאיננו בגדר תופעה".

עיננו הרואות, כי השאלתה, כמו גם תשובתו של שר התקשורת, נסובים על עניין שונה בתכלית מענייננו, שבו הוסיפה המשיבה לגבות מהלקוח שהתנייד, במשך מספר שנים לאחר השלמת הניוד, תשלום בגין המספר הזמני. מיותר לומר, כי גם הסיפא לתשובתו של השר אינה מתייחסת אלא לנושא התלונה.

בשאלתה ובתשובת השר אמנם נאמר כי במסגרת הניוד מוקצה מספר זמני, אך הדברים הוזכרו אגב אורחא, כאשר נושא הדיון הנו החיוב הכספי הנ"ל לאחר השלמת הניוד.

זאת ועוד: בתשובתה של המשיבה למשרד התקשורת לא סופר ולו ברמז שהמספר הזמני למעשה נכפה על מבקשי הניוד כנגד חיוב מידי בתשלום למשיבה, אף אם אינם עושים בו



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

שימוש, אלא אספקתו מוצגת על ידי המשיבה כ"תהליך שירותי שאינו כרוך בתשלום...".
השאלה העומדת במוקדה של בקשת האישור שלפני - האם רשאית המשיבה לכפות את המספר הזמני על מבקשי הניוד כנגד חיוב מידי בתשלום, תוך שלילת זכותם לבצע את תהליך הניוד בהתאם למתווה הקבוע בחוק התקשורת ובתכנית ניידות המספרים - לא הוצגה כלל לפני שר התקשורת. כפועל יוצא מכל אלו, אי אפשר להתייחס אל תשובת השר לשאלתה כאל מתן הכשר לאופן התנהלותה של המשיבה.

39. ביצוע תהליך הניוד בניגוד להוראותיהם של סעיף 5א לחוק התקשורת ושל תכנית ניידות המספרים מקימה למבקשים ולחברי הקבוצה מספר עילות תביעה, אשר הראשונה בהן היא הפרת חובה חקוקה בהתאם לסעיף 63 לפקודת הנזיקין. יסודותיה של עוולה זו הן אלו: (א) קיומה של חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק; (ב) החיקוק נועד לטובתו של הניזוק; (ג) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו; (ד) ההפרה גרמה לניזוק נזק; (ה) הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק (ראו: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד (1) 113, 138-139 (1982)). יסודות אלו לכאורה התקיימו במקרה שלפנינו. הוראות חוק התקשורת, כמו גם הוראות תכנית ניידות המספרים, נועדו בעיקרן להגן על הלקוחות ותכליתן צרכנית מובהקת. כך הם פני הדברים גם באשר להוראת סעיף 4.1 לרישיונה של המשיבה, המחייבה לפעול על פי הוראות כל דין, וכן באשר להוראת סעיף 55.2 לעיל לרישיון, אשר אומצו בדרך של אזכור לסעיף 11א לחוק התקשורת, וגם הן הופרו לכאורה במקרה דנן. בהעדר שיקולים מיוחדים לסתור, ההנחה היא כי כל חובה שהוטלה מכוח חיקוק במישרין או בעקיפין על אדם או גוף נועדה לטובתו או להגנתו של הנפגע מהפרתה ומזכה את הנפגע בסעד נזיקי (ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'אמל, פ"ד מז(1) 629, 635-636 (1993)). בענייננו, לא הובא על-ידי המשיבה כל שיקול הסותר הנחה זו, אף לא שיקול רגיל. הפרת החובות גרמה למבקשים ולחברי הקבוצה נזק, אשר הנו מסוג הנזק שאליה נתכוון החיקוק. אעיר כי דבריי דלעיל לעיל נאמרים למעלה מן הצורך, שכן טענתה העיקרית של המשיבה הייתה כי לא הפרה את החובות המוטלות עליה מכוח החיקוקים הנדונים, וזאת מבלי שהועלתה על ידה טענה של ממש בדבר אי התקיימותם של יסודות העוולה הנוספים.

40. ככל שיש להכפיף את ההתקשרות החוזית שבין המשיבה לבין חברי הקבוצה להוראות חוק התקשורת ותכנית ניידות המספרים, או לפרש את חיוביה של המשיבה



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

בהתאם להן, עשויה לעמוד לחברי הקבוצה גם עילה של הפרת חוזה (כאמור בפסקה 37 לעיל).

41. גביית התשלומים ממנויי המשיבה המתניידים, בגין תקופת הביניים, מהווה לכאורה התעשרות שלא כדין של המשיבה, בניגוד לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. במקרה שלפנינו לכאורה התקיימו שלושת יסודות העוולה דנן: (1) התעשרות – המשיבה גבתה תשלומים; (2) ההתעשרות האמורה באה למשיבה מן המבקשים ומיתר חברי הקבוצה ועל חשבונם; (3) התעשרותה של המשיבה על חשבון חברי הקבוצה הייתה "שלא על פי זכות שבדין" – זאת נוכח ההכרעה כי בחייבה את חברי הקבוצה בגין תקופת הביניים שקדמה להשלמת הניוד הפרה המשיבה את הדין (לעניין יסודות העוולה ראו, למשל, רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ ואח', פ"ד מד(2) 309 (1990); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה ואח' נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ ואח', פ"ד נב(4) 289, 335, 360-358 (1998)). בהקשר זה אוסיף, כי במסגרת הגדרת הקבוצה יוחרגו ממנה אותם מנויים שעשו שימוש במספר הזמני שהוקצה להם (וראו פסקה 29 לעיל שבה נקבע כי רובם המכריע של המנויים לכאורה לא עשה שימוש במספר הזמני). בכך יש כדי לתת מענה לטענתה של המשיבה, שלפיה חיובה בהשבת הכספים עלול לגרום להתעשרות שלא כדין של מי מחברי הקבוצה.

42. המבקשים טענו כי התנהלותה של המשיבה מקימה להם ולחברי הקבוצה עילות של אי גילוי והטעיה מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ומכוח דיני החוזים. אולם, כפי שנקבע לא אחת בהלכה הפסוקה, כאשר אין בגילוי כדי להכשיר את הפעולה המנוגדת לדין, אין תוחלת לעילות אלה ואת מקומן תופסת החובה לנהוג כדין. כך נפסק, לדוגמא, בע"א 2505/06 בקר נ' סלקום ישראל בע"מ (9/12/2008), בפסקה 14:

מקום שבו לא היה בגילוי כדי להכשיר פעולה מסוימת, לא ניתן לומר כי קמה עילה של הטעיה. כאשר ידוע כי פעולה מסוימת אינה כדין חובת הגילוי מתייתרת ואת מקומה תופסת החובה לנהוג כדין. משכך, יש לתקוף את הפעולה בדרך המלך – לפי הדין האוסר את הפעולה – ולא על-פי עילה עקיפה של הטעיה.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

וראו גם ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ
(11/12/2008), בפסקה 6.

בענייננו, אף לו הייתה המשיבה מגלה למבקשים את העובדות לאשורן, הרי בהינתן שכפתה עליהם את החיוב מבלי שהעמידה לרשותם את האפשרות לבחור בברירת המחדל הקבועה בחוק התקשורת ובתכנית ניידות המספרים - לא היה בגילוי כדי להכשיר את פעולותיה. דרך המלך לתקיפת הפעולות הנה אפוא שימוש בעילות הישירות שציינו קודם, ולא בעילת ההטעיה.

כוחו של האמור לעיל יפה גם לגבי עוולת ניצול מצוקת הצרכן שהמבקשים טוענים להתקיימותה. ראו: רע"א 5765/02 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' זילברשלג
(26/8/2009), בפסקה 33 לפסק הדין:

ככלל, כאשר נקבע כי מעשה או מחדל לא היה חוקי, יש לתור אחר תרופתו של הנפגע בגדרן של התוצאות הנובעות מן הפגם של אי החוקיות. אין מקום לייחס למפר, בכל מקרה של אי חוקיות, גם הטעיה הנובעת מכך שהוא לא גילה שהוא פעל שלא במסגרת הדין

...
נראה כי הגיונם של דברים יפה גם לעניין עילת הניצול לפי סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן. כאשר מדובר בפעולה שאינה חוקית, העובדה שהצרכן השלים עמה כתוצאה מבורות או מצוקה נבלעת בעילת אי החוקיות.

43. המבקשים טענו להתקיימותה של עוולת הרשלנות, אך מקובלת עלי עמדתה של המשיבה כי טענותיהם בעניין זה היו סתמיות וכלליות. בהקשר זה לא למותר לציין, כי המסקנה לפיה המשיבה אחראית לכאורה בעוולת היפר חובה חקוקה אינה מובילה, בהכרח, למסקנה שהיא גם התרשלה, שכן בעוד שלא אחת מקימים חיקוקים (שהופרו) אחריות מוחלטת, האחריות ברשלנות לעולם אינה כזו (ע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפה, פ"ד לו(3) 32, 41 (1982); פס"ד ועקנין הנ"ל, בעמ' 137). כך הם פני הדברים גם כאשר לטענות המבקשים העוסקות בעוולת התרמית.

44. בהתאם לסעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כאשר אחד מיסודות העילה הוא "נזק", "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק". המבקשים עמדו בנטל זה:



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

המבקש הראה כי בגין חיובו בתקופת הביניים בת היומיים, עוד קודם לניודו של מספרו הקבוע, גבתה ממנו המשיבה 5.284 ₪ ביתר. אמנם בה בעת זיכתה לכאורה את חשבונו במכסת שימושים יחסית בגין יומיים אלו, אך גם לאחר הבאתה בחשבון נותר המבקש בחסרון כיס של 1.20 ₪.

המבקשת הראתה, כי בתקופת הביניים חויבה ב-44.936 ₪ בגין מנוי אחד. בגין המנוי השני חויבה ב-38.516 ₪, כאשר לאחר הבאתו בחשבון של הזיכוי במכסת השימושים נותרה בחסרון כיס של 6.62 ₪.

הנה כי כן, ביסודם של הנזקים הנטענים עומד חיובם של המבקשים בחלק היחסי של התשלום החודשי בגין תקופת הביניים הקודמת להשלמת תהליך הניוד. אין סיבה להניח כי נזקים אלו שונים, מבחינה מהותית, מנזקיהם של יתר חברי הקבוצה.

45. המבקשים הוסיפו וטענו כי לחברי הקבוצה נגרמו נזקים נוספים עקב עיכובים מכוונים של המשיבה בביצוע תהליך הניוד, המתבטאים בהמשך תשלום תעריפים גבוהים יותר לספקים הננטשים, אולם לטענות אלו לא הונח בסיס ראיתי, אישי או קבוצתי, ברמת השכנוע המצדיקה אישור תובענה ייצוגית. הוא הדין באשר לטענות העוסקות בנזק הלא ממוני, ובכלל בפגיעה הנטענת באוטונומיה (לעניין אמות המידה המחמירות יחסית בעניין האחרון, ראו: ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (4/12/11)).

46. בשולי הדברים אעיר כי על פי גישתו של כב' המשנה לנשיאה ריבלין ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (5/7/12), כל אימת שמבוקש לאשר תובענה ייצוגית בסעד זהה המבוסס על מספר עילות חילופיות, די בקביעה כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה בעילה אחת, ואין צורך לבחון את סיכויי קבלתן של יתר העילות. בהתאם לגישה זו, משקבעתי לעיל כי קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה בעילת היפר חובה חקוקה, לא היה צורך בבחינתן של עילות התביעה החילופיות. אלא שכב' השופט מלצר הסתייג באותה פרשה מגישה זו ואילו המשנה לנשיאה נאור ראתה להותיר את הסוגיה ב"צריך עיון", ומכאן הצורך בדיון שערכתי לעיל.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

47. והערת נעילה לפרק זה, הנוגעת להגדרת הקבוצה: על אף חוסר הסתברותה של אפשרות השימוש בפועל במספר הזמני בתקופת הביניים (שובו ועיינו במסלול הייסורים הנדרש לצורך זה, המתואר בסעיף 29 לעיל), אין להוציא מכלל אפשרות כי במקרים חריגים נעשה כן על ידי מנוי זה או אחר (וראו לדוגמא את השימוש שנעשה, אם כי בנסיבות חריגות, באחד ממנוייה של המבקשת). נראה, כי השבת החלק היחסי של התשלום החודשי במקרים אחרונים אלו אינה צודקת (ראו: סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט). זאת ועוד: בהינתן שמנויים אלו חויבו, בסופו של דבר, בגין שירות שאותו צרכו בפועל, אף קשה לומר כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", כנדרש בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. מנויים אלו יוחרגו, אפוא, מהגדרת הקבוצה, וזו תוגדר כדלקמן: "כל מנויי המשיבה שניידו אליה את מספרם, אשר חויבו על ידי המשיבה בתשלומים על שירותים שונים לפני השלמת ניוד הקו לרשת המשיבה על אף שלא עשו שימוש במספר הזמני שהוקצה להם, וזאת החל מיום 2 לדצמבר 2007 ועד למועד אישור התובענה כייצוגית (3/3/13)".

(2) שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

48. השאלה העיקרית הצריכה הכרעה הנה: האם גבייתו מחברי הקבוצה של החלק היחסי בתשלום החודשי הקבוע, בגין התקופה שקדמה להשלמת הניוד שבה לא יכלו לעשות ברשת המשיבה שימוש באמצעות מספרם המנויד, מפרה את הוראות הדין. בהינתן שחברי הקבוצה הם כל מנויי המשיבה שביקשו ניידות מספרים בעת שהתקשרו עמה, שלא עשו שימוש בפועל במספרים הזמניים שהוקצו להם, אך חויבו בגין תקופת הביניים (ממועד ההתקשרות ועד למועד השלמת הניוד בפועל), אין קושי לקבוע, כי שאלה זו משותפת לכל חברי הקבוצה. לעיל עמדתי בהרחבה על כך, כי בידי המבקשים עלה לשכנע, במידת הסבירות הראויה, כי שאלה זו תוכרע לטובת חברי הקבוצה.

49. צודקת המשיבה בציינה, כי בין חברי הקבוצה עשויה להיות שונות באשר להיקף הנזק, אם מהטעם שכל אחד מהם חויב בגין מספר ימים שונה, אם משום שמכסות השימושים שהוקצו להם אינן זהות בהכרח, וכפועל יוצא מכך אף אין בהכרח זהות בשיעורם של דמי השימוש החודשיים. כמו כן יהיה צורך לבחון ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה האם חרג ממכסת השימושים שהועמדה לרשותו (בהתאם לתכנית שבחר בה)



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

אילו הייתה מוקצית לו באופן יחסי ממועד נידוד מספרו בפועל ולא ממועד התקשרותו עם המשיבה. יחד עם זאת, לפי ההלכה הפסוקה, לצורך קיומו של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות "אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות" (דברי הנשיא ברק ברע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט(5) 774, 788 (1996)); "דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות ומשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת" (דברי כב' השופט שטרסברג כהן ברע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, 297 (2001)); "נוסח סעיף 8(א)(1)... אינו דורש כי משקלן של השאלות המשותפות לחברי הקבוצה יהיה גבוה ממשקלן של השאלות האינדוידואליות, אלא די בכך שקיימות שאלות משותפות כלשהן" (דברי כב' הנשיאה ריבלין בפס"ד עמוסי הנ"ל, בפסקה 10). בענייננו נראה, כי היקפם של הנושאים הפרטניים זניח לעומת הנושאים המשותפים. זאת ועוד: על אף שמקומו של הדיון בעניין זה הנו במסגרת התנאי שבסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות אקדים ואומר, כי כל הנתונים העובדתיים הרלבנטיים לעניין חישוב הנזק אצורים במחשביה של המשיבה, ולא הונחה תשתית של ממש לטענה כי לא ניתן יהיה לשלפם על נקלה.

(3) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת

50. התובענה עוסקת בהתנהלות פסולה לכאורה שראשיתה בשנת 2007, עת נכנסה לתוקף תכנית ניידות המספרים. מאז ועד היום גובה המשיבה ממנוייה, המבקשים לממש את זכותם לניידות מספרים, תשלומים שלא כדין, כמפורט בהרחבה לעיל. שיעורם של תשלומים אלו אינו גבוה והוא נע ככל הנראה בין שקלים בודדים לעשרות שקלים לכל מנוי. מדובר במקרה טיפוסי בו תובענה ייצוגית הנה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, שהרי שוויין הנמוך של התביעות האישיות מהווה תמריץ שלילי להגשתן. תובענה ייצוגית הנה, למעשה, הדרך היחידה להעניק לחברי הקבוצה סעד הולם בגין ההפרה (ראו: פס"ד עמוסי הנ"ל, בפסקה 18, ואסופת הפסיקה המובאת שם). מצד שני, הימנעות מאישור התובענה תוביל לכך שכספים שנגבו על-ידי המשיבה תוך הפרתם



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

לכאורה של חוק התקשורת ותכנית ניידות המספרים יוותרו בידיה. נוכח האמור לעיל, תובענה ייצוגית תקדם במקרה דנן הן את האינטרס של מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין (סעיף 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות), הן את האינטרס של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1(2) לאותו חוק). בה בעת יקודם גם האינטרס באיחודם והאחדתם של הליכי משפט (סעיף 1(4) לחוק).

(4) ייצוג הולם ותם לב

51. המבקשים ובאי כוחם השקיעו משאבים באיסוף נתונים של התשתית העובדתית והמשפטית ובדיקתם, ופרשו אותם באופן הולם וראוי לפני בית המשפט. בנסיבות אלו נחה דעתי כי התקיימו גם התנאים המוקדמים הנדרשים בסעיפים 8(א)-(3)-(4) לחוק תובענות ייצוגיות. אוסיף שגם לו סברתי שתנאים אלה או איזה מהם לא התקיימו, עדיין היה מקום לאשר את התובענה כייצוגית תוך הבטחת קיומם, בהתאם לאמור בסעיף 8(ג)(1) לאותו חוק.

סוף דבר

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

- א. הגדרת הקבוצה התובעת היא כמפורט בסעיף 47 לעיל.
- ב. זהות התובעים המייצגים ובאי-כוחם הם כמפורט בכותרת להחלטה זו.
- ג. עילות התביעה הן כמפורט בסעיפים 39-41 לעיל.
- ד. השאלות המשותפות לחברי הקבוצה הן כמפורט בסעיף 48 לעיל.
- ה. הסעד הנתבע הוא השבת הסכומים שנגבו על ידי המשיבה בתקופת הביניים שממועד ההתקשרות ועד להשלמת הניוד.

53. ב"כ המבקשים ידאג לפרסום הודעה על אישור התובענה הייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות.



בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

ת"צ 52142-09-11 אברג'ל ואח'
נ' פרטנר תקשורת בע"מ

הודעה זו תכלול את הפרטים הנדרשים על-פי סעיף 14(א) לחוק, בהתאם להחלטה זו. טיוטת ההודעה תוגש לבית המשפט לאישור בתוך 14 יום (כנדרש על פי סעיף 25(ד) לחוק).

ההודעה תפורסם ב-3 עיתונים יומיים נפוצים, שאחד מהם בשפה הערבית. המשיבה תישא בהוצאות הפרסום.

עותק של ההודעה, לאחר פרסומה, יישלח על ידי ב"כ המבקשים למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס (סעיף 25(ז) לחוק).

54. המשיבה תשלם לב"כ המבקשים שכ"ט עו"ד בסכום כולל של 50,000 ₪. סכום זה יובא בחשבון, אם אתבקש לכך, במסגרת פסק הדין הסופי.

55. קדם משפט בתובענה הייצוגית, שבו יידונו בין היתר דרכי ההוכחה של התביעה, יתקיים ביום 9/4/13 בשעה 10.00.

ב"כ הצדדים יקדימו ויתנו דעתם על האפשרות למנות רואה חשבון מטעם בית המשפט לצורך חישוב סכום ההשבה ויגישו עמדתם בעניין זה תוך 14 יום.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, כא אדר תשע"ג, 03 במרץ 2003, בהעדר הצדדים.


יצחק ענבר, שופט