



בבית המשפט העליון

רע"א 4289/19

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקש: עדי ליבוביץ

נגד

המשיבה: הוט מובייל בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד מיום 30.5.2019 (כבוד השופטת מ' נד"ב) ב-ת"צ
35071-03-17

בשם המבקש: עו"ד ירון שריזולי

החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד השופטת מ' נד"ב) מיום 30.5.2019, בגדרה נדחתה בקשה שנייה מטעם המבקש לתיקון בקשה שהגיש לאישור תובענה כייצוגית (להלן: בקשת האישור, ת"צ 35071-03-17). לעמדת המבקש יש להורות על תיקון נוסף של בקשת האישור, כך שתיכלל בה התייחסות להפרה נטענת של הוט מובייל את תנאי רישיונה – בכך שאינה מיידעת את מנוייה בזמן אמת בדבר ניצול 75% ו-95% מחבילת הגלישה הסלולרית שברשותם.

2. המבקש, עדי ליבוביץ, הוא לקוח של המשיבה, חברת התקשורת הסלולרית "הוט מובייל", וברשותו ארבעה מנויים סלולריים (להלן: המבקש ו-הוט מובייל). בחודש פברואר 2016 חידש המבקש לדבריו את התוכנית שאליה שויכו המנויים, וזאת באמצעות אתר האינטרנט של הוט מובייל – ובקשת האישור בנוסחה המקורי גולל שורה של טענות בנדון נגד הוט מובייל, ובפרט כי הוטעה ושכתוצאה מההטעה צירף את ארבעת המנויים לתוכנית שונה מזו שבה היה מעוניין (להלן: התוכנית החדשה). בתוך כך הלין המבקש על כך שבתוכנית החדשה לא חסמה הוט מובייל את האפשרות לחרוג מנפח גלישה מוגדר (להלן: חריגת גלישה), וכן על כך שלמעשה כלל לא ניתן לחסום אפשרות של חריגת גלישה בעת רישום לתוכנית דרך אתר האינטרנט (להבדיל מהצטרפות באמצעות נציג שירות). עוד נטען כי הדבר הוביל בהמשך לחיוב המבקש בגין חריגת גלישה; ונוסף על כך, דמי ההצטרפות לתוכנית החדשה היו גבוהים מכפי שהוצג לו.

טענה נוספת שהעלה המבקש היא שהוט מובייל לא שלחה לו מסמך בכתב המפרט את תנאי ההתקשרות בין הצדדים.

בבקשת האישור ביקש המבקש לייצג את כל לקוחותיה של הוט מובייל שהצטרפו לאחת מהתוכניות המוצעות על ידה באמצעות אתר האינטרנט שלה בשבע השנים שקדמו להגשת הבקשה, ושלא נשלח אליהם לאחר ההצטרפות מסמך המפרט את תנאי ההתקשרות; או שהצטרפותם דרך אתר האינטרנט נבעה מהטעיה מצד הוט מובייל, לרבות בנוגע לאפשרות לחסום חריגת גלישה של מנוי; או שחויבו בדמי הצטרפות גבוהים משהוצג להם. עילות התביעה שמנה המבקש בבקשת האישור הן הפרת חובת הגילוי ואיסור הטעיה לפי סעיפים 2, 4 ו-14ג(ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; הפרת תנאי הרישיון שניתן להוט מובייל מאת משרד התקשורת (להלן: הרישיון); הפרת חובה חקוקה (של הוראות הרישיון); היעדר הסכמה מצד הלקוחות לתנאי ההתקשרות וחוסר תום לב מצידה של הוט מובייל; עשיית עושר ולא במשפט; אפליה; ועוולות נזיקיות נוספות (תרמית, רשלנות ומצג שווא רשלני). הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור הם צו עשה המורה להוט מובייל לאפשר למנויים שמתקשרים עמה דרך אתר האינטרנט לחסום אפשרות של חריגת גלישה ולשלוח להם מסמכי הצטרפות. כן התבקש סעד כספי בגובה הסכומים שנטען כי נגבו שלא כדין, שנאמדו בסכום כולל של כ-50 מיליון ש"ח (על יסוד הערכה כי הקבוצה המיוצגת מונה כ-40,000 חברים).

3. לאחר שהוגשה תגובת הוט מובייל לבקשת האישור, הגיש המבקש את בקשתו הראשונה לתיקון בקשת האישור (להלן: בקשת התיקון הראשונה). במסגרת בקשת התיקון הראשונה נטען, בין היתר, כי בתגובה לבקשת האישור חשפה הוט מובייל כי היא מפרה את הוראת סעיף 75.1 לרישיונה (כנוסחו בעת הרלוונטית) – המחייב אותה ליידע את לקוחותיה באמצעות מסרון בדבר ניצול שיעור של 75%-95% מנפח חבילת הגלישה שברשותם (להלן: מסרוני יידוע):

"בעל הרישיון ישלח מסרון למנוי אשר ניצל 75%-95% מחבילת גלישה. המסרון ישלח למספר הטלפון של המנוי ומספר טלפון נוסף של המנוי, כפי שצוין על ידי המנוי בעת ההתקשרות, בסמוך ככל הניתן למועד הניצול כאמור. המסרון יכלול, לפחות את אלה: שיעור ניצול החבילה, מועד עריכת חישוב הניצול (תאריך ושעה) ומספר הטלפון שאליו מתייחס המסרון. לענין זה, 'חבילת גלישה' – כמות יחידות של שירות גלישה באינטרנט הסוללרי בארץ (להלן 'שירות גלישה'), המסופקת למנוי בתעריף קבוע ללא תלות בהיקף הצריכה בפועל. סעיף זה יחול רק כאשר התעריף של יחידת שירות גלישה, לאחר ניצולם המלא של כל יחידות שירות הגלישה

הכלולות בחבילת הגלישה, הינו למעלה מפי 1.25 מתעריף יחידת שירות גלישה במסגרת חבילת גלישה". (ההדגשות שלי-ע'ב').

המבקש טען בבקשת התיקון הראשונה כי בניגוד לנדרש ברישיון, ישנם מקרים שבהם הוט מובייל אינה שולחת למנויים מסרוני יידוע בעת ניצול של 75% מנפח חבילת הגלישה – אלא רק לאחר ניצול של 95% מהחבילה. בקשת התיקון הראשונה התקבלה בהסכמה, ובהתאם לכך הורחבה התשתית העובדתית שביסוד בקשת האישור, גדל מניין החברים בקבוצה המיוצגת, והסעד הכספי המבוקש הוערך מחדש בסך של 128 מיליון ש"ח (להלן: בקשת האישור המתוקנת).

4. בשלב זה הגישה הוט מובייל תגובה מתוקנת לבקשת האישור המתוקנת (להלן: התגובה המתוקנת), שאז חזר המבקש ועתר פעם נוספת לתיקון בקשת האישור (להלן: בקשת התיקון השנייה). בבקשת התיקון השנייה נטען כי בתגובה המתוקנת גילתה הוט מובייל, לראשונה, כי מערכת הנתונים שבה היא עושה שימוש לשליחת מסרוני יידוע כלל אינה מאפשרת לדגום את נתוני ניצול חבילת הגלישה בזמן אמת; כי בפועל המערכת דוגמת את נתוני המנוי אחת לשעה בלבד; וכי מסרוני יידוע אינם נשלחים מיד עם סיום הדגימה, אלא עד שעה לאחר מכן. לשיטת המבקש, גילוי זה מעיד על הפרה של הוראות סעיף 75.1 לתנאי הרישיון – שכן מסרוני היידוע מטעים ואינם כוללים נתוני אמת. התיקון המבוקש כלל עדכון של התשתית העובדתית כמתואר, הרחבה נוספת של הקבוצה המיוצגת ועדכון סכומי התובענה.

הוט מובייל טענה מצידה כי טענות המבקש בבקשת התיקון השנייה הן שגויות מבחינה עובדתית, חסרות בסיס ועומדות בניגוד מוחלט לנטען על ידה בתגובה המתוקנת. לדבריה היא עושה שימוש במערכת נתונים שדוגמת באופן קבוע ורציף את נתוני הגלישה של כלל מנוייה, בסבב האורך כשעה; ובמקרה שמתגלה צורך בכך, המערכת שולחת באופן אוטומטי מסרון יידוע מתאים (בדבר ניצול של 75% או 95% מחבילת גלישה). הוט מובייל הבהירה כי מסרון היידוע נשלח ברגע סיום הדגימה, ועל כן זמן משלוח המסרון מעיד על מועד עריכת החישוב – כנדרש במסגרת הרישיון. לכן, לשיטתה, טענות המבקש בדבר הטעיית הלקוחות כתוצאה מקיומו של פער זמנים בין מועד עריכת החישוב למועד משלוח מסרון היידוע הן מופרכות; ופער הזמנים היחיד מתקיים בין בדיקה אחת לאחרת, ואלו נערכות מדי כשעה. על יסוד האמור נטען כי בקשת התיקון השנייה מהווה הרחבת חזית אסורה ויש בה משום ניסיון פסול לערוך מקצה שיפורים נוסף בבקשת האישור, ומשכך דינה להידחות.

5. ביום 30.5.2019 דחה בית המשפט את בקשת התיקון השנייה, בהחלטה קצרה "בפתקית", בזו הלשון:

"לאחר שעיינתי בהודעות (מסרוני יידוע-ע'ב') ששלחה המשיבה שמצוינים בהן יום ושעה, אני סבורה כי אין בסיס לטענות המבקש בבקשת התיקון ואני מקבלת את טענות המשיבה בתגובתה. על כן הבקשה נדחית."

מכאן בקשת רשות הערעור שלפניי.

6. המבקש מלין על כך שבקשת התיקון השנייה נדחתה על הסף בלא נימוק. עוד הוא טוען כי במסגרת בקשה זו עלה בידו להניח בסיס ראוי לטענות החדשות, לכל הפחות באופן לכאורי, וכי זכותה של הוט מובייל להשיב להן שמורה ותינתן לה בהמשך ההליכים. עוד לטענת המבקש, החלטת בית המשפט המחוזי בבקשת התיקון השנייה סותרת החלטה קודמת שניתנה על ידו בבקשת התיקון הראשונה – שעסקה במקרה פרטי של מחדל רחב יותר של הוט מובייל בשליחת מסרוני יידוע, שנחשף רק בתגובה המתקנת והוביל להגשת בקשת התיקון השנייה. עוד נטען כי בית המשפט המחוזי שגה בהסתפקו בכך שמסרוני היידוע שהוט מובייל שולחת ללקוחות מציינים את תאריך ושעת משלוח ההודעות, שכן אין די בכך כדי לעמוד בתנאי הרישיון.

7. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור על נספחיה, הגעתי לידי מסקנה כי דין הבקשה להידחות אף מבלי להידרש לתגובת הוט מובייל. ואפרט.

ההלכה המנחה בנוגע לתיקון בקשת אישור תובענה כייצוגית נקבעה זה מכבר ב-בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פסקאות 14-20 (22.11.2012), ולפיה בית משפט לא יתן יד ל"מקצה שיפורים" שנועד ליצוק תוכן לבקשת אישור שהוגשה כלאחר יד או שאינה אלא בקשת סרק. עם זאת, כאשר מדובר בהליך ייצוגי ראוי על פניו, ויש יסוד סביר להניח שהתיקון המבוקש יתרום להכרעה בשאלה השנויה במחלוקת, בית משפט ייטה להיעתר לבקשת התיקון (עניין אינסלר, פסקאות 12-14, 17; וכן ראו: רע"א 3361/18 טבח נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (31.10.2019)). במסגרת החלטתו בבקשת התיקון נדרש בית משפט ליתן דעתו לסיבת השיהוי בהעלאת הטענה החדשה, למידת הפגיעה שהתיקון צפוי להסב לבעל הדין שכנגד, ולתום לבו של מבקש התיקון (עניין אינסלר, פסקאות 14-16, 18-19; וכן ראו: רע"א 9505/17 דמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' כהן, פסקה 8 (2.8.2018)).

8. בענייננו החלטתו של בית המשפט המחוזי בבקשת התיקון השנייה היא החלטה קצרה ולקונית, והצדק עם המבקש כי ראוי היה שתנומק. עם זאת, לגופם של דברים נראה כי אין מקום להתערב בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט, שהיא דחיית הבקשה – ובפרט בהינתן שיקול הדעת הרחב השמור לערכאה הדיונית בכל הנוגע לניהול דיוני של ההליך הייצוגי. כך, בשים לב להיכרותה הבלתי אמצעית עם ההליך הייצוגי המתנהל לפני (רע"א 748/18 אברהמי נ' י. בדאון ובניו בע"מ, פסקה 5 והאסמכתאות שם (12.5.2019)), ולניסיון ולמומחיות שבהם מחזיקה הערכאה הדיונית בניהול הליכים מסוג זה (רע"א 9519/17 מיקרוסופט ישראל בע"מ נ' גורודיש, פסקה 10 (7.7.2019)). בהתאם לכך, התערבות ערכאת הערעור בהחלטות שעניינן תיקון בקשת אישור תובענה כייצוגית תישמר אך למקרים נדירים שבהם ההחלטה מנוגדת לדין או שנגרם למי מהצדדים עיוות דין (ראו למשל: רע"א 125/19 קליין נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ (בז"ן), פסקה 6 (3.7.2019); רע"א 2226/17 ירקוני נ' רונלייט דיגיטל, פסקה 5 (27.6.2017)) – ולא זה המקרה דנן.

9. כפי שכבר צוין, בבקשת האישור המתוקנת נטען כלפי הוט מובייל כי ישנם מקרים שבהם היא אינה שולחת מסרונים יידוע בדבר ניצול של 75% מחבילת הגלישה כנדרש ממנה ברישיון – וחלף זאת היא מסתפקת במשלוח מסרון בדבר ניצול 95% מהחבילה בלבד. במענה לכך, בתגובה המתוקנת לבקשת האישור הבהירה הוט מובייל כי הדבר עלול לקרות במצבים שבהם בתוך פרק הזמן שבין דגימת נתונים אחת למשנתה, המנוי עושה שימוש בחבילת הגלישה באופן שניצל לא רק 75% אלא אף 95% מהחבילה – שאז לטעמה של הוט מובייל כבר אין עוד טעם למשלוח מסרון בדבר ניצול של 75%, ודי במשלוח מסרון יידוע בנוגע לניצול של 95%. ניכר על פניו כי בבקשת התיקון השנייה הוצא האמור מהקשרו, וכי המבקש ניסה לייחס להוט מובייל גרסה שכלל לא נטענה על ידה.

נקודת המוצא של המבקש בבקשת התיקון השנייה, היא שקיים פער זמנים בין המועד שבו בודקת הוט מובייל נתוני גלישה של לקוח מסוים (להלן: מועד הבדיקה) ובין המועד שבו היא מעדכנת את אותו לקוח בדבר מידת ניצול החבילה (להלן: מועד היידוע). לגישת המבקש מדובר בהפרה של הוראת הרישיון, וכן בהטעיה של המנויים. אלא שטענה זו חסרת כל אחיזה בגרסתה של הוט מובייל – שלדבריה מועד הבדיקה ומועד היידוע חד הם, וכי אותה מערכת שבודקת את נתוני הגלישה גם שולחת באופן אוטומטי מסרון יידוע כל אימת שהיא מזהה צורך בכך. עוד יבואר, כי פער הזמנים שנזכר על ידי הוט מובייל בתגובה המתוקנת הוא אחר – ומתייחס לכך שהמערכת שבה עושה הוט מובייל שימוש אמנם בודקת נתוני גלישה סלולרית באופן רצוף וקבוע, ואולם כל מנוי

נבדק בפני עצמו פעם אחת בשעה בלבד; ויצוין כי בניגוד לנטען על ידי המבקש, על פניו אין באמור כדי להפר את הוראות הרישיון.

הנה כי כן, בקשת התיקון השנייה אינה נובעת מטענות שטענה הוט מובייל בתגובה המתוקנת, ועל כן היא מהווה הרחבת חזית אסורה. יתרה מכך, התיקון המבוקש לא צפוי לתרום לקידום ההכרעה בשאלות השנויות במחלוקת בבקשת האישור המתוקנת – שכן הוא חורג כאמור מגדרן של שאלות אלה. ההיפך הוא הנכון: התיקון המבוקש מצריך הנחת תשתית עובדתית וראייתית חדשה, שאין לה זכר בבקשת האישור כנוסחה היום. במצב דברים זה ועל פי ההלכה הפסוקה, אין הצדקה לתיקון המבוקש של בקשת האישור.

10. סופו של דבר, משהגעתי לכלל מסקנה כי לא היה מקום להיעתר לבקשת התיקון השנייה – הרי שגם אם ההחלטה לוקה בחסר, אין להתערב בתוצאה. משכך בקשת רשות הערעור נדחית, ומשלא נתבקשה תגובה אין צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ט בכסלו התש"פ (17.12.2019).

ש ו פ ט ת