

בית המשפט המחוזי בחל אביב - יפו
ואזור נתיבות פריטור הקשורה כע"מ
ת"צ 15-05-2264
סוג עניין: תובענה ייצוגית
תאריך פתיחה: 05 מאי 2015
דעת היסטין: פתוח לציבור

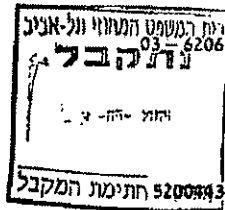
**בית משפט המחוזי
בחל אביב**

בעניין שבין:

דוד ואלר ת.ז. 029614716
מרחוב יצחק רבין 9, צורן

ע"י ב"כ עוה"ד אסף כהן
מרחוב ויצמן 14
תל אביב 64239
טל: 077-3305520, פקס: 03-8206318

התובע



נגד

פרטנר תקשורת בע"מ ת.צ. 520094314 חתימת המקבל
מרחוב העמל 8
פארק תעשיית אפק
ת.ד. 435
ראש העין 4810902

הנתבעת

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בהתאם לסמכותו על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות התשי"ז – 2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות") מתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן:

- א. להורות על אישור התובענה המצורפת לבקשה דנן כנספח 1 (ללא נספחיה) כתובענה ייצוגית.
 - ב. להורות על מתן הסעדים המפורטים בבקשה ואו על מתן כל סעד מתאים אחר בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.
 - ג. להגדיר את עילות התובענה ואת חקבוצה שבעבורה תנוהל התובענה בהתאם למבוקש בבקשה דנן ואו בהתאם לכל הגדרה אותה ימצא בית המשפט הנכבד לנכון.
 - ד. לחייב את המשיבה לשלם גמול למבקש בגין הגשת התובענה והבקשה וכן לשאת בשכר טרחת ב"כ המבקש.
- כל ההדגשות אינן במקור אלא אם נאמר אחרת.

פתח דבר:

1. עניינה של תובענה זו הינה הפרת המשיבה את התחייבותה בפני לקוחותיה כי האפליקציה אותה הם רוכשים ממנה מספקת "גיבוי מלא" ומאפשרת את שחזור כל התכנים חקיימים אל מכשיר הסלולרי שלהם לרבות ובמיוחד את "אנשי הקשר" (להלן: "אנשי הקשר") ואת הודעות ה-S.M.S (להלן: "ההודעות").

2. כפי שיפורט להלן, על אף שהמשיבה מתחייבת באופן בלתי משתמע לשני פנים כי באמצעות האפליקציה ניתן לגבות ב - "ענן" וירטואלי (להלן: "הענן") את אנשי הקשר וההודעות הקיימים במכשיר הטלפון ובן לשחזרם אליו בקלות, בפועל מצב הדברים אינו כזה, שכן במכשירי טלפון אשר מותקנת בהם מערכת הפעלה מסוג "אנדרואיד" (שהינה מערכת ההפעלה הפופולרית בישראל) בגרסתה ה - 5 (שהינה הגרסה העדכנית של מערכת הפעלה זו - להלן: "אנדרואיד 5"), אין כל אפשרות לשחזר את ההודעות הטקסט אל המכשיר וקיימת בעייתיות בשחזור אנשי הקשר - חרף התחייבות המשיבה כאמור.

3. החמור הוא, כי כאשר פנה המבקש אל המשיבה והליון במניה על כך כי היא מכירה את התחייבותה כלפי לקוחותיה ועל כך כי בהסתמך על הבטחותיה הוא רכש ממנה את האפליקציה אף בסופו של דבר כל ההודעות שנשמרו במכשירו אבדו שכן לא ניתן היה לשחזרן למכשיר כמוקדם וכן כי אנשי הקשר שוחזרו באופן חלקי, נציגי השירות השונים הודו בפני המבקש כי הדבר ידוע להם, אלא שחרף זאת וכפי שיפורט להלן, המשיבה ממשיכה לתציג בפני לקוחותיה את אותו מצב שואג ובתוך כך גורמת להם נזקים בגין אבדן המידע שביקשו כי ישמר במכשירם, וכן ממשיכה לגבות מהם סכומי כסף בכל חודש בגין שירות שהיא איננה מספקת.

הצדדים לבקשה :

1. המבקש הינו אורח ותושב ישראל ומתגורר בכתובת שבכותרת.
 2. המשיבה הינה חברה המספקת, בין היתר, שירותי טלפוניה סלולרית על פי רישיון שניתן לה ממשרד התקשורת.
 3. יאמר, כי המשיבה הינה חברה מהגדולות, הוותיקות והמובילות בתחומה ועל פי פרסומים באתרי האינטרנט הכלכליים בבעלותה כ - 3 מיליון לקוחות.
 4. מספר הטלפון הסלולרי של המבקש הינו 054-6481532, והוא ואשתו הינם לקוחות של המשיבה מזה מספר שנים ומשלמים לה סכומי כסף בכל חודש וחודש בגין שירותיה, כשבתקופה הרלוונטית המבקש עשה שימוש במכשירי טלפון סלולרי מדגם "נקסוס 4" המופעל באמצעות מערכת הפעלה מסוג "אנדרואיד".
 - יאמר, כי עיקר שימושו המבקש בטלפון הסלולרי שלו הינו שימוש פרטי ואישי, הגם שהמבקש עושה שימוש במכשיר האמור גם לצרכי עבודתו.
 5. כעולה מפרסום באתר האינטרנט "כלכליסט" מיום 11.11.14, בסמוך לאותו מועד נוצרה גרסה נוספת וחדשה למערכת ההפעלה אנדרואיד, (היא גרסת "אנדרואיד 5") וזו עודכנה ואו צפויה הייתה להיות מעודכנת בעת חקרוכה, באופן אוטומטי, בכלל המכשירים שבהם מותקנת מערכת הפעלה מסוג זה.
- ודוק, בהתאם לזאת ובסמוך לכך, עודכן אף מכשיר הטלפון של המבקש והותקנה בו הגרסה החדשה.

א' פרסום מאתר האינטרנט "כלכליסט" מצורף כנספח א'.

6. דא עקא, שלאחר התקנת אנדורואיד 5 במכשירו של המבקש, הסתבר למבקש כי קיימים במכשירו "באגים", ולפיכך החליט המבקש "לפרמט" את מכשירו. ודוק, המדובר בפעולה שבמחזקה הינה מחיקת כל המידע הקיים בו. מכשיר הטלפון.

7. ואולם והיות ובמכשיר הטלפון של המבקש היה מידע חיוני שהמבקש ביקש כי ישמר במכשירו ובכלל זה במיוחד **הודעות אותן קיבל ושלח וכן אנשי הקשר**, נכנס המבקש אל אתר האינטרנט של המשיבה במטרה למצוא פתרון לכך.

8. או אז הסתבר למבקש כי בין יתר השירותים אותם מספקת המשיבה ללקוחותיה היא אף מאפשרת להם לרכוש אפליקציה בשם My Box (לחלן: "האפליקציה"), כשהחשוב לענייננו הוא, כי באתר האינטרנט של המשיבה ובמסגרת ניסיונותיה להביא את לקוחותיה לרכוש את האפליקציה ממנה מפרסמת המשיבה:

"מהיום אתה יכול להיות רגוע עם My Box האפליקציה המתקדמת לאחסון וגיבוי מידע עם נפח אחסון עצום של 100 GB כל מה שחשוב לך מקבל גיבוי מלא: **אנשי קשר**, תמונות, **הודעות**, סרטונים, קבצי קול, פגישות ומשימות. הצטרף עכשיו ותהנה מגיבוי איכותי ואמין. ועכשיו חודש ראשון חינם!"

ב' העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של הנתבעת מצורפים כנספח ב'.

9. יצוין, כי בהמשך האתר ולאחר הדברים דלעיל, אף קיים סרטון פרסומת של האפליקציה שגם בו מהללת ומשבחת המשיבה את האפליקציה ומבטיחה ללקוחותיה כי:

"כל **אנשי הקשר**, כל התמונות, **כל האס. אם. אסים**, חדש אורנג' My Box הדברים החשובים לך במקום בטוח. **כל** הנתונים מהמכשיר מקבלים גיבוי **מלא**. **אנשי קשר**, תמונות, **הודעות**, סרטונים, קבצי קול, פגישות ומשימות והכל בנפח ענקי של 5GB. גיבוי **מלא**, איכותי ואמין."

10. זאת ועוד. בהמשך להבטחות ומצגים חד משמעיים אלה של המשיבה בדבר "גיבוי המלא" **ליכל הנתונים** אותו מאפשרת האפליקציה לרבות ובמיוחד בהקשרן של **הודעות הטקסט ואנשי הקשר**, כאשר ליחצים על הקישורית: "תמונות My Box", שבה המשיבה על הבטחותיה האמורות שכן גם שם נרשם כי אחד מיתרונותיה של האפליקציה הינו:

"גיבוי אוטומטי של **אנשי קשר/תמונות/הודעות** ועוד"

ג' העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של הנתבעת מצורפים כנספח ג'.

11. אם לא די בכל אלה, לאחר הלחיצה על הקישורית **יחבר על האפליקציה** מופיעות תמונות של מספר מכשירים סלולריים שעל גבי כל אחד מהם מופיעה תמונת מסך שונה, כשמאחד מהם (השמאלי ביותר) נלמד בבירור כי ניתן לנבות הודעות טקסט ואנשי קשר וזאת באמצעות סימון v במשבצת המיועדת לכך, **וממכשיר אחר (הימני ביותר) ניתן ללמוד בבירור כי ניתן לשחזר את המידע שגובה אל מכשיר הטלפון ללא כחל וסרק**.

ד' העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של הנתבעת מצורף כנספח ד'.

12. עוד חשוב שיאמר ולו על מנת הסר ספק ספיקא בדבר התחייבותה של המשיבה ולפיה ניתן לשחזר (להבדיל מרק שמירתם ב - "ענן") אל המכשיר את הנתונים שגובו (לרבות ובמיוחד חודעות טקסט ואנשי קשר), כי כאשר גוללים את אתר האינטרנט למטה ומגיעים אל פרק "שאלות ותשובות", הרי שבהתייחס לשאלה: "מהו שירות My Box", מתקבלת התשובה:

תשובה: שירות MyBOX החדש הינו שירות גיבוי המגנה מידע ממכשירך הנייד, הטבלט והמחשב שלך באמצעות יישום (אפליקציה/תוכנה) אנשי קשר, תמונות, סרטונים ועוד. כל התוכן המגובה זמין עבורך באפליקציה במכשירך הנייד בקישור "הענן שלי" ובאתר האינטרנט של orange בכתובת <http://www.orange.co.il/cellular/ServicesLobby/mybox>

כאמרותך:

- לשתף את המידע על ידי שליחת דואר אלקטרוני.
- לערוך את הקבצים המגובים ולבצע שמירה מחדש.
- לבצע שחזור המידע המגובה אל מכשירך, הטבלט והמחשב בקלות ובמהירות.

13. ודוק. בהמשך לכך ובמענה לשאלה: "כיצד ניתן לשחזר פריטים חשומים בענן", מתקבלת התשובה:

כאמרותך לשחזר פריטים חשומים "בענן שלי" אל מכשירך באמצעות האפליקציה, או באמצעות תוכנת השירות על מחשבך האישי. פתח את האפליקציה ובחר בפעולה "שחזור". במכשירך יופיעו קטגוריות לשחזור. תוכל לסמן את הקטגוריות שברצונך לשחזר. תוכל לצפות במהלך התקדמות השחזור ולהתעדכן בסופו במספר הפריטים ששוחזרו מתענן.

14. עוד חשוב שיאמר, כי במענה לשאלה: "כיצד ניתן לגבות חודעות טקסט/מולטימדיה באמצעות האפליקציה במכשיר", מתקבלת התשובה:

פתח את האפליקציה חמותקנת במכשירך ובחר ב"הגדרות". במכשירך יופיעו קטגוריות לגיבוי, סמן את הקטגוריות שברצונך לגבות. תוכל לצפות במהלך התקדמות הגיבוי ולהתעדכן בסופו במספר הפריטים שגובו לענן.

שים לב: היכולת לגבות ולשחזר חודעות טקסט / מולטימדיה באמצעות האפליקציה במכשיר, תלויה בסוג ציוד הקצה שכרשותך (הדגש במקור א.כ.).

ה' העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של המשיבה מצורף כנספחים ה' 1 - ה' 3.

15. ואולם, חרף "הסתיונותה" לכאורה של המשיבה מאפשרות השחזור של חודעות הטקסט כאמור, במענה לשאלה: "הייתי מגוי לשדות MyBox, מהם השינויים בשירות החדש?" מתקבלת התשובה:

בכדי שתוכל להמשיך ולהיות משקט נפשי עם שרות הגיבוי אמין ואיכותי לתכנים החשובים לך, השירות החדש מציע מספר יכולות חדשות, באותה עלות. בשירות כעת ניתן לגבות מידע לא רק ממכשירך הנייד אלא גם מהטבלט שכרשותך וממחשבך האישי, תוכל לצפות במידע שגיבית גם באמצעות האפליקציה תחת קישור "הענן שלי", או באמצעות אתר orange. המעבר לשירות אינו כרוך בעלות

נוספת, אך נדרש לבצע עדכון גרסה לאפליקציה, לקוחות המשתמשים במכשירי Android בשירות יש להוריד את היישום באמצעות חנות Play.

ו' העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של המשיבה מצורף כנספח ז'.

16. המבקש יטען, כי מבלי לגרוע מכך כי הסתייגותה לכאורה של המשיבה מאפשרות השחזור של הודעות הטקסט נוגעת אך ורק לסוג "עיון הקצה" (להבדיל מסוג מערכת ההפעלה) ומבלי לגרוע מכך כי "הסתייגות" זו "מוחבאת" באתר והיא כללית וסתמית חרף מבלוט בו ולהיות מפורשת וברורה (מה יותר פשוט מלומר כי לא ניתן לבצע שחזור של הודעות במכשירים המותקנת בהם אנדרואיד 15), הרי שבתשובה לעיל, **המשיבה מציינת במפורש כי באפשרותה לספק את השירות גם למערכת ההפעלה אנדרואיד חזת מבלי שהיא מסייגת את דבריה בהקשר של מערכת הפעלה זו זו בשום צורה או אופן.**

17. **זאת ועוד, כאשר לוחצים על הקישורים בדבר "מכשירים התומכים בשירות" מתקבלת רשימה של מכשירי סלולריים מסוגים שונים, רבות ובמיוחד מכשיר מסוג "נקסוס 4" – הוא המכשיר שהיה בבעלותו של המבקש בתקופה הרלוונטית – ללמדנו כי לכאורה אין ולא הייתה אמורה להיות כל מניעה למבקש (ולכל אלה אשר במכשיריהם מותקנת מערכת ההפעלה אנדרואיד 5) לשחזר את הודעות הטקסט בחזרה אל המכשיר.**

ז' רשימת המכשירים התומכים בשירות מצורפת כנספח ז'.

18. יתר על כן, על אף הדברים החד משמעיים באתר האינטרנט של המשיבה כאמור לעיל, ביום 3.12.14 המבקש יצר קשר טלפוני עם שירות הלקוחות של המשיבה על מנת לקבל מידע נוסף אודות האפליקציה. במענה לפנייתו של המבקש, גם נציגת השירות הבהירה למבקש כי באמצעות האפליקציה יהיה באפשרותו לגבות ולשחזר את כל המידע הקיים במכשירו, וזאת **הגם שהמבקש הבהיר לאותה נציגה כי מערכת ההפעלה הקיימת במכשירו הינה מסוג אנדרואיד 5.**

ודוק, נציגת השירות אף הסבירה למבקש כיצד יש לבצע את גיבוי ושמירת המידע וזאת באמצעות סימון V במשבצת של סוג המידע אותו הוא מבקש לגבות ולשמור (אנשי קשר, חודעות, התראות יומן וכיו') וזאת ללא יוצא מן הכלל, כשלאחר מכן ולצורך שחזור המידע למכשיר מחדש יהיה עליו לפעול באופן דומה.

19. לאור דברים אלה של המשיבה ובהסתמך עליהם, הן באתר האינטרנט של המשיבה והן מפיה של נציגת השירות, המבקש הוריד את האפליקציה למכשירו. יאמר, כי כאמור באתר, עלות האפליקציה הינה הסך של 10.9 ₪ בחודש, הנם שבעת שהמבקש רכש את האפליקציה המשיבה ערכה "מבצע" ולפיו החודש הראשון יהא ללא תשלום.

ח' העמוד הרלוונטי מאתר האינטרנט של המשיבה מצורף כנספח ח'.

20. דא עקא, שלאחר שהמבקש הוריד את האפליקציה למכשירו ומשניסה המבקש לגבות את המידע, הדבר נמנע ממנו, ולפיכך למחרת היום (4.12.14) הוא יצר קשר עם שירות הלקוחות של המשיבה שם הוסבר לו כי הדבר נובע בשל מהירות הגלישה הקיימת במכשירו ובשל כך זו הוגדלה לבקשתו.

החשוב הוא, כי גם נציגת שירות זו – שגם לת המבקש הבהיר כי במכשירו מותקנת מערכת הפעלה מסוג אנדרואיד 5 – הבהירה למבקש כי יהיה באפשרותו לגבות ולשחזר אל המכשיר את כל המידע הקיים במכשירו, ללא יוצא מן הכלל.

21. לאחר הבטחות חוזרות ונשנות אלה של המשיבה והגדלת מהירות הגלישה, המבקש נכנס אל האפליקציה במכשירו ובהתאם לאמור באתר האינטרנט של המשיבה ודבריהם של נציגיה, סימן המבקש V במשבצות של המידע אותו הוא ביקש לגבות: א. אנשי קשר. ב. תזכורות יומן. ג. הודעות s.m.s (יאמר, כי צילום המסך המצורף להלן אינו צילום המסך כפי שנעשה בזמן אמת (לפני אבדן המידע) כי אם לאחר מכן).

ט' צילום המסך מצורף כנספח ט'.

22. לאחר סימון המשבצות האמורות, לחץ המבקש על הכפתור **"ביצע גיבוי"** ואז השתנתה התמונה במסכו במסגרתה נראה כי הגיבוי של המידע (לרבות ההודעות) מתבצע והוא מצוי בשלבים שונים (יאמר, כי צילום המסך המצורף להלן אינו צילום המסך כפי שנעשה בזמן אמת (לפני אבדן המידע) כי אם לאחר מכן).

י' צילום המסך מצורף כנספח י'.

23. לאחר שפעולת הגיבוי הושלמה לכאורה, על גבי מסך הטלפון של המבקש הופיע **"ידו"ח גיבוי"**, כמסגרתו הבהירה המשיבה למבקש כי היא ביצעה גיבוי למידע הקיים כמכשיר הטלפון שלו ובכלל זה ובמיוחד גובר: **"458 הודעות מסרון"** ו- **"3929 אנשי קשר"**. (יאמר, כי צילום המסך המצורף להלן אינו צילום המסך כפי שנעשה בזמן אמת (לפני אבדן המידע) כי אם לאחר מכן).

יא' צילום המסך מצורף כנספח יא'.

24. לא זו אף זו. לאחר מסירת "דו"ח הגיבוי" שגם במסגרתו הודיעה המשיבה למבקש כי הודעותיו ואנשי הקשר שלו גובו ונשמרו, המשיבה אף הגדילה ושלחה למבקש הודעת טקסט שגם במסגרתה הבהירה למבקש כי: **"פעולת גיבוי הנתונים ממכשירך לאתר השירות הושלמה בהצלחה"**. (יאמר, כי צילום המסך המצורף להלן אינו צילום המסך כפי שנעשה בזמן אמת (לפני אבדן המידע) כי אם לאחר מכן).

יב' צילום המסך מצורף כנספח יב'.

25. לאחר ביצוע הגיבוי ובהסתמך על הבטחותיה החוזרות ונשנות של המשיבה כאמור לעיל, המבקש ביצע מירמוט של מכשירו ובכלל זה מחק ממנו את כל המידע שהיה בו ובכלל זה את ההודעות ואת כל אנשי הקשר.

26. לאחר מכן, נכנס המבקש אל האפליקציה לצורך שחזור המידע, אלא שכניגוד למסך אשר הוצג בפניו בעת ביצוע הגיבוי, הפעם התאפשר למבקש לשחזר (ע"י סימון V) רק את אנשי הקשר ואת התראות היימן, שבו השורה והמשבצת המיועדת לסימון בהקשרן של ההודעות, כפי שהופיעה בעת הגיבוי, כלל לא הופיעה על גבי המסך, כך שבלתי אפשרי היה לשחזר את ההודעות הטקסט **כמובטח!**

יג' צילום המסך מצורף כנספח יג'.

27. כנסיבות אלה ובלית ברירה, עלח בידו של המבקש לשחזר רק את אנשי הקשר ואת התראות היימן בשכל ההודעות הטקסט אבדו.

ואולם, גם שחזורם של אנשי הקשר נעשה באופן חלקי שכן אנשי קשר רבים של המבקש נעלמו ממכשירו.

28. מיד לאחר מכן המבקש יצר קשר טלפוני עם שירות הלקוחות של המשיבה, או אז ולהפתעתו של המבקש הובהר לו על ידי נציגת השירות, כי המשיבה יודעת היטב כי "קיימת בעיה" באפליקציה שכן במכשירים שבהם מותקנות במערכת המעלה אנדרואיד 5, לא ניתן לשחזר את הודעות הטקסט אל המכשיר באמצעות האפליקציה.

29. כמענה לחלנתו של המבקש על כך כי הן באתר האינטרנט של המשיבה והן נציגי השירות שלה הובטח לו כי ניתן לגבות את כל המידע ללא כחל וסדק, העבירה נציגת השירות את השיחה למנהל אשר גם הוא מצידו הבהיר למבקש כי המשיבה מכירה את הבעיה הן בהקשרן של ההודעות והן בהקשרם של אנשי הקשר.

ודוק, גם בשיחה אותה קיים המבקש עם נציגת השירות של המשיבה ביום 31.12.14, שוב הבהירה המשיבה כי לא ניתן לבצע שחזור של הודעות במכשירים בהם מותקנת אנדרואיד 5, כמו גם שהיא שבה והבהירה למבקש כי מדובר "בעיה" של האפליקציה שידועה למשיבה ורלוונטית ללקוחות רבים אחרים וכי הנושא נמצא על ידה "בבדיקה".

נציגת השירות: תראה, אני בדקתי את הדברים. את, למי מה שאמרתי לך עם הגרסה 4.4, זה בעצם משהו שאנחנו מודעים אליו, מה, מי שנמצא מעל הגרסה הזאת, לא ניתן לשחזר הודעות אס. אס. אס, אוקי זה משהו שהוא כבר בבדיקה כרגע. מול ממשקים, לא רק קשור אלייך, זה לא משהו ש, ב, אה, זאת אומרת, זאת לא בעיה טכנימית אצלך.

המבקש: אבל הרבה אנשים?

נציגת השירות: נכון.

המבקש: מי שמעל 4.4 לא יכול לשחזר הודעות אס. אס. אס ב- MyBox.

נציגת השירות: נכון.

ידי תמליל השיחה מצורף כנספח יד'.

30. לא זו אף זו. ביום 11.2.15 המבקש שוב יצר קשר טלפוני עם המשיבה וגם בשיחה זו אישרה בפניו נציגת השירות כי במכשירים אשר מותקנות בהם מערכת הפעלה מסוג אנדרואיד לא ניתן לשחזר את הודעות הטקסט אל המכשיר ואף הוסיפה כי טרם עלה ביד המשיבה לתקן עניין זה, תוך שאותה נציגה הוסיפה וטענה בפני המבקש, לראשונה, כי האפשרות היחידה לצפות בהודעות שובו הינה באתר של המשיבה באמצעות הכניסה ל"אזור האישי" באפליקציה:

"נציגת השירות: לא, אנחנו הספק של השירות, אבל יש שירותים שאנחנו עושים ב - IPHONE משחזרים את ה - SMS - ים אבל ב - ANDROID לא נוטו בי ב - ANDROID אין את האפשרות הזאת.

המבקש: אוקי, אז גברת, האם הצלחתם לתקן את הבעיה הזאת אצלכם?

נציגת השירות: עד עכשיו אין אפשרות להחזיר. לשחזר SMS - ים, לא.

המבקש: אז, או כל, כל ה - SMS - ים בעקרון נמחקו ואין אותם, זאת אומרת, אין אפשר לשחזר אותם.

נציגת השירות: אתה לא תוכל לשחזר את ה-SMS – ים אבל תוכל לראות אותם באתר.

סר תמליל השיחה מצורף כנספח טו'.

31. ואולם, לא זאת בלבד שדברים אלה עמדו בניגוד מוחלט להבטחותיה של המשיבה בדבר יכולת הגיבוי והשחזור המלא של כל המידע למכשיר הטלפון, אלא שהיות והכניסה והשימוש באפליקציה מותנים בהיות המשתמש "רשום" וממילא משלם למשיבה בכל חודש סכומי כסף, הרי שהלכה למעשה, **על מנת שיתאפשר למבקש לצפות בהודעות הטקסט כפי חפצו בתזמון המתאים לו, על המבקש היה להמשיך ולשלם למשיבה סכומי כסף בכל חודש וחדש.**

32. בנסיבות אלה ומשום הפרותיה של המשיבה את הבטחותיה הודיע המבקש למשיבה על חפצו להפסיק חשירות.

33. ואולם, כאמור, כל הודעות הטקסט שהיו במכשירו של המבקש נמחקו ממנו וגם חלק מאנשי הקשר, כמו שם שלאחר הפסקת חשירות (בשל חוסר רצונו של המבקש לשלם למשיבה בכל חודש סכומי כסף), נמנע מהמבקש מלצפות בהם אפילו באתר האינטרנט של המשיבה.

יתר על כן וכפי שיפורט להלן, העדר האפשרות לשחזר הודעות טקסט והבעייתיות שבשחזורם של אנשי הקשר אל המכשירים שבהם מותקנת מערכת הפעלה מסוג אנדרואיד 5, משמעותה הינה לא רק גרם נזק ללקוחות כדוגמת המבקש בדמות אבדן המידע ממכשירו (תוך ניסיון פסול לאלצו לשלם למשיבה בכל חודש סכומי כסף על מנת שיתאפשר לו לצפות בהם ב-"ענן"), כי אם משמעותו הינה כי המשיבה גובה מלקוחותיה סכומי כסף בכל חודש (10.9 ₪) בגין שירותים אותם היא יודעת שהיא אינה יכולה לספק.

34. לא למותר להוסיף עוד, כי במהלך חודש מרץ 15, המבקש שב ויצר קשר טלפוני עם נציגי המשיבה אשר אמרו לו את אותם דברים בדיוק כפי דבריהם של נציגי חשירות הקודמים דלעיל, ואף הבטיחו ליתן לו מכתב התנצלות. ואולם, המשיבה המרה גם הבטחה זו שכן מספר ימים לאחר מכן נציגת המשיבה יצרה קשר טלפוני עם המבקש וטענה בפניו כי לא ניתן לשלוח אליו את מכתב ההתנצלות המובטח וכי אין לה אלא להתנצל בפניו בעל פה.

טענות המבקש:

עילות התובענה:

35. להלן ימנה המבקש את עילות התובענה כנגד המשיבה.

הפרת הסכם:

36. המבקש יטען, כי מקום בו המשיבה התחייבה **באתר האינטרנט** כי באמצעות האפליקציה ניתן לשחזר הודעות טקסט אל המכשיר ומקום בו הדבר אינו אפשרי וכן לנבות את אנשי הקשר במלואם, אין זאת אלא שהיא **הפרה את ההסכם עימו.**

המבקש יוסיף ויטען, כי הפרת ההסכם מקבלת משנה תוקף, מקום בו בנוסף למובטח באתר האינטרנט, **גם נציגי חשירות הבטיחו בדיוק את אותו הדבר.**

הטעיה והפרת חובת הגילוי על פי חוק הגנת הצרכן:

37. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן") קובע כי:

2. (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:
- (1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;
 - (2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;
 - (3) מועד ההספקה או מועד מתן השירות;
 - (4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם;

38. כמו גם בסעיף 4 קובע כי:

- (א) עוסק חייב לגלות לצרכן –
- (1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;
 - (2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;
 - (3) כל פרט מהותי לגבי נכס שקבע השר באישור ועדת הכלכלה של הכנסת;

39. המבקש יטען, כי מקום בו המשיבה מבטיחה כי ניתן לשחזר חודעות טקסט אל המכשיר וכן לשחזר במלואם את אנשי הקשר אך בפועל היא אינה מאפשרת זאת, יש לראותה כמי שהטעתה במעשה את לקוחותיה בהתאם לסעיף 2 א' 1,3,4 לחוק הגנת הצרכן.

40. המבקש יטען, כי לחילופין ולכל הפחות, יש לראות את המשיבה כמי שמטעה במחדל את לקוחותיה כאמור בסעיף 2 (א) 1,3,4 לחוק הגנת הצרכן ו/או מפרה את חובת הגילוי כאמור בסעיף 4 (א) 1 לחוק, שכן מקום בו אין ולא יכול להיות ספק כי תמשיכה יודעת היטב כי לא ניתן לשחזר חודעות טקסט וקיימת בעייתיות בשחזורם של אנשי הקשר במכשירים בהם מותקנת מערכת ההפעלה אנדרואיד 5, הרי שהייתה ויש עליה חובה לציין דברים אלה באתר האינטרנט שלה ובוודאי על ידי נציגיה, במפורש, במובחן וברחל בתוך הקטנה:

"עובדה זו מצביעה על קיומה של ידיעה של מפעל הפיס, על זכיה בפרס ראשון באחת מסדרות חיש גד, סמוך לאחר שהוא עולה בגורלו של חוש הכרטיס. עובדה מהותית זו אינה נחשפת או מובאת ע"י העוסק – מפעל הפיס – לידיעת הצרכן – המבקש – לפני הרכישה יש בכך, כאמור, משום הטעיה ולאו אי גילוי נאות של פגם או תכונה חשובה ומהותית בנוגד לאמור בסעיפים 2(א) ו-4(א) לנ"ל".

תא (תי"א) 2036/01 מנלה אברהם נ/ מפעל הפיס (פורסם בנבו, 17.11.2002)

41. המבקש יטען, כי הדברים דלעיל יפים שבעתיים מקום בו לקוחותיה של המשיבה רוכשים את האפליקציה ללא נוכחות נציג מטעמה של המשיבה, ומשכך יש לראות את הרכישה כעסקת "מכר מרחוק" כאמור בסעיף 14 ג' (א) לחוק הגנת הצרכן, שגם לפני חלה על המשיבה חובת גילוי ובכלל

זה חובה עליה לגלות את: **יזהבנות העיקריות של הנכס או השירות (ס"ק 2)** והוא את "מועד ודרך הספקת הנכס או השירות (ס"ק 3)" – הן חובות גילוי שגם אותן מפירה המשיבה באופן מובהק.

42. המבקש יוסיף ויטען, כי במקרה דנן הוראות הפסיקה בדבר קיומה של הטעייה מתקיימות כולן בדנו, שכן אין כל ספק כי המשיבה מצויה מצג שאינו אמת (ולמצער אינו כל האמת), כי אין כל ספק כי הוא ויתר לקוחותיה ברכישתם את האפליקציה **הסתמכן** על הבטחותיה ומצגיה של המשיבה הן באתר האינטרנט והן על ידי נציגי השירות, וכן כי אין כל ספק כי **במועל יוצא מכך נגרם להם נזק** הואיל ולא מתאפשר להם להם לשחזר את הודעות הטקסט ואת אנשי הקשר למכשיר כפי שהובטח.

המבקש יטען, כי הדברים דלעיל מקבלים משנה תוקף מקום בו תוצאת הדברים הינה כי אמילן על מנת שיתאפשר למבקש לצפות במידע שגובה בענו (ולא במכשיר כפי שהובטח) עליו הית לתמיד ולשלם למשיבה סכומי כסף בכל חודש וחודש – הוא תנאי אשר לא היה לו כל זכר עובר להתקשרות.

עושה על פי חוק הגנת הצרכן:

43. סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן קובע כי:

- (א) לא יעשה עוסק, כדי לקשור עסקה, דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת, שיש בו ניצול חולשתו השכלית או הגופנית של הצרכן;
- (1) אי ידיעת השפה שבה נקשרת העסקה.
- (2) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת, שיש בו ניצול מצוקתו של הצרכן, **בזרותו**, או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, הכל כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת.

44. המבקש יטען, כי בהימנעותה של המשיבה מלציין בפני לקוחותיה את העובדה כי לא ניתן לשחזר את הודעות הטקסט למכשירים שבהם מותקנות מערכת ההפעלה אנדרואיד 5 וכן כי קיימת בעייתיות בשחזור אנשי הקשר, יש לראותה כמי שמנצלת את **יבנותם** של לקוחותיה בחקשרה של יכולותיה הטכניות של האפליקציה ואז מגבלותיהם הטכניות של המכשירים.

45. המבקש יטען, כי מקום בו, הלכה למעשה, המשיבה מוכרת ללקוחותיה אפליקציה אשר חלק מהשירות המוצע בה כלל אינו אפשרי, חרי שיש לראות את העסקה ככזו אשר יש בה: **ינאים בלתי מקובלים ובלתי סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת** – כאמור בהוראות הסעיף.

הטעיה על פי חוק החוזים:

46. סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי) התשלי"ג – 1973, קובע כי:

מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעייה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, "הטעיה" - לרבות **אי-גילון**

של עובדות אשר לפי דין, לפי מהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלות.

47. המבקש יטען, כי מקום ידוע היטב למשיבה כי לא ניתן לשחזר הודעות טקסט וכן כי קיימת בעייתיות בשחזור אנשי הקשר במכשירים אשר עושים שימוש במערכת ההפעלה אנדרואיד 5, כשמאידך ברור כי אין לצפות מלקוחותיה של המשיבה כי יכירו מגבלות אלה בעת רכישתם את האפליקציה, ומשמשיבה נמנעה מלציין בפני לקוחותיה את המגבלות האמורות, יש לראות את המשיבה כמי שמטעה את לקוחותיה גם בהקשרו של חוק החוזים, **מה גם שבחיות המגבלות ידועות למשיבה, עולה המסקנה כי מלכתחילה ידעה וידעת המשיבה כי היא לא תקיים את התחייבותיה.**

48. המבקש יטען, כי מקום בו נמצא כי המשיבה הפרה את ההסכם עם המבקש ו/או הטעתה את המבקש כאמור בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן ו/או הפרה את חובת הגילוי על פי סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן ו/או עסקה את המבקש כאמור בסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן ובנוסף הטעתה את המבקש כאמור בסעיף 15 לחוק החוזים ומקום בו **שחזור הודעות הטקסט ואנשי הקשר אל המכשיר הינו עניין מהותי**, כי אז יש להורות על **בטלות ההסכם** בהתאם לסעיף 32 (א) לחוק הגנת הצרכן ו/או בהתאם לסעיף 7 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970 (להלן: "חוק החוזים תרופות"), ובהמשך לכך לחייב את המשיבה להשיב ללקוחותיה את הסכומים אותם שילמו לה בעבור האפליקציה כפי חובתה על פי סעיף 32 (ב) לחוק הגנת הצרכן ו/או סעיף 9 לחוק החוזים תרופות.

כמו כן, יש להורות למשיבה למצות את המבקש בגין הנזק שנגרם לו עקב אבדן כל הודעות הטקסט וחלק מאנשי הקשר שהיו במכשירו.

ניהול משא ומתן שלא בתום לב כאמור בחוק החוזים:

49. סעיף 12 (א) לחוק החוזים קובע כי:

(א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

50. המבקש יטען, כי עובר לרכישת האפליקציה, הייתה חובה על המשיבה **לגלות ולהבהיר** ללקוחותיה באופן שאינו משתמע לשני פנים כי לא ניתן לשחזר הודעות במכשירים אשר מותקנות בהם מערכת ההפעלה אנדרואיד 5 וכי קיימת בעייתיות בשחזורם של אנשי הקשר, שכן בעוד שעסקינן בעובדות שהינן בידיעתה המלאה של המשיבה, הן כלל אינן נגישות ללקוחותיה:

"חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה עובדות חשובות, ואפילו עובדות שהצד השני היה יכול לגלות בכוחות עצמו, כאשר גילו זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה"

פרופ' גבריאלה שלו, "דיני חוזים – החלק הכללי", (התשס"ח – 2005) עמ' 150.

קיום הסכם שלא בתום לב בתום לב:

51. סעיף 39 לחוק החוזים קובע כי:

בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

52. המבקש יטען, כי מקום בו אין חולק כי מגבלות השחזור כאמור לעיל היו וידועות למשיבה, יש והייתה עליה חובה לציין מגבלות אלה בפני לקוחותיה הן באתר האינטרנט ולבטח על ידי נציגי השירות, ומשמצא כי היא נמנעה מלגלות הדבר ללקוחותיה, יש לראותה כמי שמקיימת את ההסכם עימם בחוסר תום לב.

53. המבקש יוסיף ויטען, כי חוסר תום ליבה של המשיבה בקיום ההסכם אף מוצא מקומו בעובדה, כי הלכה למעשה, במצב הדברים שנוצר על מנת שיתאפשר למבקש לצפות בכל המידע שגובה, עליו היה להמשיך ולשלם למשיבה סכומי כסף בכל חודש וחודש וזאת מבלי שהדבר נאמר לו מראש.

אי התאמה על פי חוק המכר:

54. סעיף 11 לחוק המכר תשכ"ח – 1968 קובע כי:

11. המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר –
- (1) רק חלק מהמכר או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם;
 - (2) נכס שונה או נכס מסוג או תיאור שונה מן המוסכם;
 - (3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימוש הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם;
 - (4) נכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצג לקונה, זולת אם הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה;
 - (5) נכס שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים.

55. המבקש יטען, כי מקום בו נמצא כי המשיבה אינה מאפשרת שחזור של הודעות ואנשי קשר למכשירים אשר מותקנת בהם מערכת ההפעלה אנדרואיד 5, הרי שיש לראותה כמי שמפירה את הוראות סייק 1, 4, 5 לחוק דלעיל.

הפרת חובה חקוקה על פי פקודת הנזיקין:

56. סעיף 56 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) קובע כי:

63. (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

57. המבקש יטען, כי בהימנעותה של המשיבה מלציין בפני לקוחותיה, הן באתר האינטרנט והן על ידי נציגי השירות, כי לא ניתן לשחזר הודעות במכשירים בהם מותקנת מערכת ההפעלה אנדרואיד 5 וכי במערכת הפעלה זו קיימת בעייתיות בשחזורם של אנשי הקשר, ביצעה המשיבה עוולה מסוג של הפרת חובה חקוקה, שכן היא חפרה, תוך גרם נזק למבקש, את תוראות 2, 3, 14 ו- 14 ג' לחוק הגנת

הצרכן וכן את הוראות סעיף 2 א' לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 - כל אלה הם חוקים המטילים חובות ואיסורים על "עוסקים" במטרה להגן על הצרכנים מפני התנהלותם.

תרמית על פי פקודת הנזיקין:

58. סעיף 56 לפקודת הנזיקין קובע כי:

תרמית היא הצג כוזב של עובדה, בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמינותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממון.

59. המבקש יטען, כי מקום בו אין חולק כי המשיבה מכירה חיטב את מגבלות האפליקציה מחד ומשנמצא כי המשיבה מציגה בפני לקוחותיה מצג ולפיו אין כל מניעה מלשחזר את הודעות הטקסט ואנשי הקשר למכשיר מאידך, כי אז יש לראות את המשיבה כמי שמציגה מצג כוזב בפני לקוחותיה מתוך כוונה להטעותם וכי כפועל יוצא מכך נגרם ללקוחותיה נזק ממון.

רשלנות על פי פקודת הנזיקין:

60. המבקש יוסיף ויטען כי התנהלותה של המשיבה המתוארת לעיל הינה אף בבחינת רשלנות על פי פקודת הנזיקין.

61. ראשית, אין חולק כי למשיבה עומדת חובת זהירות מושגית כלפי לקוחותיה בכלל וחובת זהירות קונקרטית כלפי לקוחותיה הרוכשים ממנה את האפליקציה בפרט.

62. המבקש יטען, כי משנמנעת המשיבה מלציין בפני לקוחותיה את מגבלותיה של האפליקציה כאמור לעיל, ממילא ידעה ו/או היה עליה לדעת כי אין שום בסיס לתבטחתה כי ניתן לשחזר הודעות טקסט ואת אנשי הקשר במלואם למכשיר, ומשנמצא כי לא זאת בלבד שהיא לא ציינה בפני לקוחותיה מגבלות אלה, אלא שנציגיה אף מבטיחים ללקוחות כי השחזור כאמור אפשרי, מן הדין לקבוע כי היא התרשלה.

עשיית עושר ולא במשפט:

63. המבקש יטען, כי בהתנהלותה דלעיל המשיבה אף מתעשרת ולא במשפט על חשבונו ועל חשבונם של כלל לקוחותיה הרוכשים את האפליקציה.

64. המבקש יטען, כי מקום בו המשיבה מבטיחה ללקוחותיה כי ניתן לשחזר הודעות טקסט ואת אנשי הקשר במלואם בחזרה למכשיר וגובה מחיר מלא בגין כך, אך כפועל קיימת מגבלה על השחזור כאמור – הן בהקשרן של הודעות הטקסט והן בהקשרם של אנשי הקשר – אין כל ספק כי המשיבה מתעשרת על חשבונן ללקוחותיה שלא כדין, שכן היא גובה מהם סכומי כסף בגין שירות אותו היא אינה מספקת.

65. המבקש יוסיף ויטען, כי באילוצה, הלכה למעשה, של המשיבה את לקוחותיה להמשיך ולשלם לה סכומי ככל חודש על מנת שיתאפשר להם לצפות במידע שגובה כ – "ענן", הינה התעשרות נוספת ובלתי מוצדקת של המשיבה.

התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

התובענה נסמכת על פרט 1 שבתוספת:

66. סעיף 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית לפי פרט המופיע בתוספת השנייה לחוק. היות ואין מחלוקת כי המבקש הינו "לקוח" והמשיבה הינה "עוסק" כאמור בפרט 1 לתוספת השנייה, ממילא ברור כי תנאי זה התקיים.

למבקש עילת תביעה אישית:

67. סעיף 4 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי מי שיש לו עילת תביעה אישית זכאי להגיש תובענה ייצוגית. המבקש יטען, כי מן המפורט לעיל עולה כי יש בידו מספר עילות תביעה כנגד המשיבה המתוארות בהרחבה לעיל, שכן אין חולק כי המבקש עצמו התקשר עם המשיבה ואו כי הנוק כתוצאה מהתנהלותה של המשיבה נגרם לו באופן אישי.

התביעה מעוררת שאלות מהותיות משותפות של משפט ועובדה:

68. סעיף 4 (א) וסעיף 8 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובעים, כי על מנת שבקשה לאישור תובענה ייצוגית תתקבל, יש להראות כי בין המבקש לבין הקבוצה המיוצגת קיימות שאלות מהותיות משותפות של עובדה ומשפט.

69. המבקש יטען, כי במקרה דנן אין כל ספק כי גם תנאי זה מתקיים היות ועסקינן בדרך התנהלות קבועה של המשיבה כפי שמוצאת מקומה באתר האינטרנט שלה ובדבריהם של נציגיה, כהודעות/מסרים/מצגים קבועים ותבניתיים אליהם נחשפים הלקוחות בעת רכישת האפליקציה, כמו גם שעסקינן במחירי זהה שאותו משלמים כולם בעבורה.

70. כך, בין היתר, בית המשפט הנכבד יתבקש בדנן להכריע בשאלה האם המשיבה מפירה את התחייבויותיה ואו בשאלה האם יש בהתנהלותה משום הטעיית לקוחותיה ואו כל עוולה אחרת עליה נסמכת הבקשה דנן.

71. המבקש יטען, כי במצב דברים בו הכרעה בשאלה דלעיל ואו בכל שאלה אחרת העולה מהבקשה נוגעת לכלל חברי הקבוצה היות וקיימת זהות מוחלטת בין המבקש לבין כלל חברי הקבוצה, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי, מן הדין לקבוע כי גם תנאי זה מתקיים.

קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה:

72. סעיף 8 א (1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בקשה לאישור תובענה כייצוגית תתקבל באם ימצא בית המשפט הנכבד כי קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תתקבל.

73. המבקש יטען, כי כמפורט לעיל, אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי המשיבה מבטיחה כי ניתן לשחזר הודעות למכשיר וכן את אנשי הקשר במלואם, במעל הדבר אינו אפשרי במכשירים שמוחקת בהם מערכת הפעלה אנדרואיד 5, באופן המביא לכלל מסקנה כי לכל הפחות קיימת אפשרות סבירה כי התובענה כנגד המשיבה תתקבל על בסיס אחת מהעילות עליהן נסמכת חקשה, ולפיכך מן הדין לקבוע כי גם תנאי זה מתקיים.

תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת:

74. סעיף 8 א (2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי יש להראות לבית המשפט הנכבד כי תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

75. המבקש יטען, כי בענייננו, עסקינן בקבוצה גדולה מאוד (להערכתו מדובר באלפים רבים של לקוחות אשר מנויים לשירותי האפליקציה), שזותם אינה ידועה למבקש וממילא לא ניתן לאגדם לשם הגשת תובענה רגילה, **מה גם שאינו זה בלתי נמנע כי חלק ניכר מהלקוחות כלל אינם יודעים כי שחזור הודעות הטקסט ואנשי הקשר למכשירם כלל אינו אפשרי.**

76. יתר על כן, במקרה דנן עסקינן בנוזק בסכום קטן יחסית בלבד שנגרם לכל חבר קבוצה אשר אין כל כדאיות כלכלית להגיש בגינו תובענה רגילה, כך שגם מטעם זה ראוי לברר התובענה כייצוגית, מה גם שאם וכלל שיוגשו תובענות כאמור, יגרם הדבר לריבוי התדיינות באותם עניינים שגם את זאת נועד החוק למנוע.

77. כמבואר לעיל, התובענה אינה מצריכה לערוך בירור ספציפי לגבי כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד, שכן מסכת העובדתית וההגנה כולס, היות והמעגים באתר האינטרנט של המשיבה ונציגי שירות לקוחותיה, הינם אחידים לכולם.

78. בנוסף על כל אלה ובשים לב למטרתן של חוק תובענות ייצוגיות כפי שמוצאת מקומה, בין היתר, בסעיף 1 לחוק, במקרה דנן מטרת התובענה הינה לאכוף את זכויותיהם של לקוחותיה של המשיבה ולאפשר להם גישה מעשית לערכאות על מנת להביא את המשיבה לנהוג עימם בהגינות המתחייבת מאופי היחסים ביניהם.

קיימת אפשרות סבירה כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב:

79. המבקש וכ"כ נכונים להשקיע מזמנם וממרחם על מנת לנהל את ההליך בדרך הולמת ולטובת חברי הקבוצה.

80. קיימת חפיפה מוחלטת בין האינטרס של המבקש לבין האינטרס של כלל חברי הקבוצה באופן שהצלחת המבקש בתובענה משמעותה הצלחת חברי הקבוצה.

81. אין כל ספק כי התובענה, המבוססת על מספר עילות, הוגשה בתום לב על ידי המבקש.

הגדרת הקבוצה:

82. הסמכות להגדיר את חברי הקבוצה נתונה לבית המשפט הנכבד בהתאם לסעיף 10 (א) לחוק תובענות ייצוגיות:

83. ברם, המבקש מציע כי הקבוצה תוגדר באופן הבא:

כל לקוחותיה של המשיבה אשר במכשירים מותקנת מערכת ההפעלה אנדרואיד 5 המנויים לאפליקציה החל מחודש דצמבר 14 והודעות הטקסט ואנשי הקשר שלהם אבדו ממנו (מכל סיבה שהיא) ולא ניתן היה לשחזרם אליו.

וכן ו/או לחילופין:

כל לקוחותיה של המשיבה אשר במכשירים מותקנת מערכת ההפעלה אנדרואיד 5 אשר רכשו מהמשיבה את האפליקציה ושילמו ומשלמים לה סכומי כסף בגין כך בכל חודש, החל מחודש דצמבר 14 ועד בכלל, ואינם יודעים כי לא ניתן לשחזר למכשירים את הודעות הטקסט וכי קיימת בעייתיות בשחזורם של אנשי הקשר.

וכן ו/או לחילופין:

כל לקוחותיה של המשיבה, אשר במכשירים מותקנת מערכת ההפעלה אנדרואיד 5 אשר רכשו מהמשיבה את האפליקציה ושילמו ומשלמים לה סכומי כסף בגין כך בכל חודש, החל מחודש דצמבר 14 ועד בכלל, ואשר לאחר שאנשי הקשר וההודעות נמחקו ממכשירים נודע להם בדיעבד כי לא ניתן לשחזר למכשירים את הודעות הטקסט וכי קיימת בעייתיות בשחזורם של אנשי הקשר, אך ממשיכים לשלם למשיבה סכומי כסף בכל חודש בשל חפצם כי המידע שנשמר יהא נגיש בעבורם (ולו רק באמצעות אתר האינטרנט של המשיבה).

84. ברי כי ניתן יהיה להגדיר ולאחר את חברי הקבוצה בנקל, שחרי ביד המשיבה קיימים מלוא הנתונים הרלוונטיים לכך, ובכלל זה ביד המשיבה מידע אודות זהות אלה שרכשו את האפליקציה, מועדי הרכישה והסכומים ששילמו בגינה.

85. לחילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להגדיר את הקבוצה באופן אחר, בהתאם לשיקול דעתו והמבקש נוטל על עצמו לייצג כל קבוצה אחרת ו/או מצומצמת שתוגדר.

הנזק והסעדים הנתבעים לכלל חברי הקבוצה:

86. כאמור לעיל, בבעלותה של המשיבה כ- 3,000,000 מיליון מנויים.

87. המבקש יטען, כי בהערכה זהירה ומצומצמת ולפיה כ- 10% בלבד מן המנויים רכשו את האפליקציה ומחציתם היו בעל מכשיר טלפון שמותקנת בו מערכת ההפעלה אנדרואיד 5, הרי שבסך הכל מדובר על קבוצה המונה 150,000 לקוחות.

88. בהנחה כי מאז חודש דצמבר 14 (שבו נוצרה מערכת ההפעלה אנדרואיד 5) רק ל - 2% מהם אבד המידע ממכשיר הטלפון (בין אם משום רצונם לפרמט את המכשיר ובין משום כל סיבה אחרת), הרי שמדובר ב - 3,000 לקוחות אשר נגרם להם נזק כדמות אבדן וחוסר היכולת לשחזר את הודעות הטקסט וכל אנשי הקשר למכשירים.

89. המבקש יטען, כי כנסיבות אלה נגרם לכל אחד מאותם לקוחות נזק בסך של 1,000 ₪ בגין עגמת נפש, אבדן הזמן, הטרחה, הטרדה והפגיעה באוטונומיה, כך שבסך הכל נגרם לכל הקבוצה נזק בסך כולל של 3,000,000 ₪.

90. כמו כן לקוחותיה של המשיבה (הן אלה אשר אינם יודעים על העדר אפשרות השחזור והן אלה אשר נודע להם רק לאחר שאנשי הקשר וההודעות נמחקו ממכשירם על העדר אפשרות השחזור אך ממשיכים לשלם למשיבה בעל כורחם את הסכום שלהלן בשל הפצם כי המידע שנשמר יחא נגיש בעבורם ולו רק באמצעות אתר האינטרנט) שילמו ומשלמים למשיבה החל מחודש דצמבר 14 (שבו עודכנה גרסת אנדרואיד 5) את הסך של 10.9 ₪ בכל חודש בגין שירות שהמשיבה אינה מספקת במלואו (למעט בתקופת "המבצע" בו החודש הראשון היה ללא תשלום - כפי המקרה של המבקש).

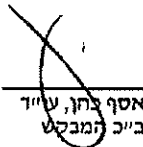
91. המבקש יטען, כי היות ומדובר בשירות שמסופק רק בחלקו, הרי ששווי השירות המסופק בפועל הינו 50% מהסכום ששולם, כך שנמצא כי מאז חודש דצמבר 14 ועד לסוף חודש אפריל 15, גבתה המשיבה שלא כדין ובגין שירות שחיא אינו מספקת את הסך הכולל של 4,087,500 ₪ (5.45 ₪ (שווי השירות שלא שסופק בפועל) * 150,000 (לקוחות) * 5 (חודשים), כשסכום זה צומח בכל חודש וחודש, שאותו מן הדין כי תחזיר.

המבקש יטען, כי הוגם שלא נגרם לו נזק מסוג ראש נזק זה (שכן הוא לא שילם למשיבה כל סכום בגין האפליקציה) אין בכך כדי לגרוע מהמבוקש בבקשה, שכן כל עילות התובענה לעיל מתקיימות בהקשרו של המבקש ולמצער מן הדין לקבל את הבקשה בהתאם להוראות סעיף 8 (ג) (1) לחוק.

92. יאמר, כי המבקש שומר לעצמו את הזכות לתקן את סכום תביעתו כאמור לעיל לאחר קבלת כל המידע הרלוונטי מהמשיבה, ולצורך כך מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה לגלות למבקש את כמות הלקוחות המנויים לאפליקציה מאז חודש דצמבר 14 והסכומים אותם שילמו בגינה.

93. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא תחת ידו צו עשה המחייב את המשיבה לציין באתר האינטרנט שלה באופן בולט וברור וכן על ידי נציגי השירות שלה, כי במכשירים המתקנים בהם מערכת הפעלה מסוג של אנדרואיד 5, לא ניתן כלל לשחזר הודעות טקסט למכשיר וכי קיימת בעיתיות בשחזורם המלא של אנשי הקשר.

94. יהא זה מן הדין ומן הצדק להורות כמבוקש.


אסף צהן, ע"ד
ב"כ המבקש