

בעניין:

1. בן ציון יבלינוביץ, ת.ז. 043423656
2. ראובן ר. דוידסון השקעות בע"מ, ח.פ. 51-274359-2
כולם ע"י ב"כ עו"ד ממשד עורכי הדין ונוטריון בך, לדרמן ושות'
מרח' בר כוכבא 23, (V-Tower, קומה 8), בני ברק, 5126002
טלי: 03-6932833; פקסי: 03-6932834

להלן: "המעוררים"

- נ ג ד -

פרטנר תקשורת בע"מ, ח.פ. 520044314
ע"י ב"כ עו"ד ירון רייטר ו/או אריאלה אבלוב
ממשד עורכי הדין עמר, רייטר, ז'אן, שוכטוביץ ושות'
מרח' אבא הלל סילבר 14א', רמת גן, 5120261
טלי: 074-7157777; פקסי: 074-7157778

להלן: "המשיבה" או "פרטנר"

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה
מרח' קרית מדע 5, בניין B3 קומה 5
הר חוצבים, ירושלים, 97776
טלי: 02-6362024, פקס: 02-6467624

סיכומים מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. הבקשה לאישור התביעה הייצוגית נושא ערעור זה, נסובה על חיובם של מנויים של המשיבה בתשלומים בגין רכישת שירותי תוכן מספקים שונים. בית המשפט קמא אישר את התביעה באופן מצומצם ביותר, כך שהקבוצה המיוצגת היא מי שחוייבו על ידי המשיבה, על פי דרישה שהופנתה למשיבה מספק אחד. על כך בין היתר, נסב הערעור. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי טעה בית המשפט קמא כאשר הגביל את אישור התביעה הייצוגית באופן האמור, וכי ראוי היה לאשר את התביעה בשם כלל מנויי המשיבה, אשר חוייבו לפי דרישות ספקים, מבלי שנתנו הסכמה לכך.
2. מנויי המשיבה התקשרו איתה בהסכם לקבלת שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (להלן: "רט"ן") באמצעות מכשיר רט"ן. לצד שירותים אלה המשיבה סיפקה למנויה (מנקודת מבטה) או חשפה את מנויה (מנקודת מבטם של המנויים שאינם מעוניינים בכך), בזמנים הרלוונטיים לתביעה, לשירותי תוכן, בין שביקשו זאת ובין שלא ביקשו זאת. לשם כך, המשיבה התקשרה במערכת חוזים שמכוחה אפשרה לספקי תוכן לספק שירותי תוכן בתשלום ללקוחותיה.
3. התהליך התנהל בדרך זו: המשיבה התקשרה עם חברות תוכן (המכונות "אגרגטורים" והן משמשות כסולקות, בהשוואה לנהוג בכרטיסי חיוב בנקאיים) והן מצידן התקשרו עם ספקים שונים (מאות או אלפים) אשר עשו שימוש בתשתית של המשיבה להתקשרות עם המנויים ולאספקת השירות. לפי ההסדרים שעשתה המשיבה, ספקי התוכן התקשרו עם חברות התוכן ללא מעורבות שלה. הספקים העבירו את דרישות התשלום לחברות התוכן, ואלו מצידן העבירו את הדרישה למשיבה אשר חייבה את חשבונותיהם של מנוייה, וגבתה את התשלום באמצעות אמצעי התשלום שמסרו לה המנויים במסגרת ההתקשרות לשירותי הרט"ן.
4. בחוזה הסטנדרטי של המשיבה עם כל אחד ממנוייה, היא כללה סעיף "הרשאת חיוב כללית" לפיו היא רשאית לחייב את חשבונם של כל מנוייה, על פי דרישה של ספקי תוכן שאיתם יתקשר המנוי. אין מחלוקת שהמשיבה לא ווידאה מראש כי הלקוח התקשר בעיסקה, והיא הסתפקה בדרישה המוצגת לה על ידי חברות התוכן (הסולקות).
5. כך מצא עצמו מנוי של קו טלפון מחוייב בשירותים של גורמים שלישיים שלא הרשה באופן קונקרטי למשיבה לחייב את חשבונו לפי דרישתם.
6. המשיבה התכחשה לאחריותה לקבל הסכמה מראש להתקשרות עם ספק התוכן הקונקרטי, ובמקרים של הכחשת העיסקה על ידי המנוי התנערה מאחריות והפנתה את המנוי לספקי התוכן. לשיטת המשיבה, די היה בכך שחברות התוכן איתן התקשרה, הציגו לה דרישה לחיוב חשבונו של לקוח, כדי שהיא תפעל על פי דרישה זו, תחייב את חשבון הלקוח אצלה, ותגבה את התשלום

באמצעות פרטי החיוב שמסר לה חלקות, במסגרת ההתקשרות הבסיסית שלו איתה לקבלת שירותי רט"ן.

7. בעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה אשר הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 1.3.2015, עמד היועץ המשפטי לממשלה על אחריותה של המשיבה לוודא קיומה של הסכמה של המנוי להתקשר בעיסקה הקונקרטית ואת חובתה להשיב את הכספים שגבתה ממנו כאשר הוא מכחיש את העיסקה. היועץ המשפטי לממשלה עמד גם על הביסוס המשפטי לאחריות זו. כן עמד על כך שהנטל על המשיבה להוכיח כי המנוי התקשר בעיסקה לקבלת שירותי התוכן.
8. בית המשפט קמא בתחלטתו נושא הערעור הכיר באחריות זו של המשיבה וקבע, כי עליה מוטל הנטל להוכיח את מתן ההסכמה. לפיכך, לא ירחיב היועץ המשפטי לממשלה בנקודה זו, ויפנה לאמור בעמדת היועץ המשפטי לממשלה הנ"ל.

עיקרי עמדת היועץ המשפטי לממשלה

9. אחריותה של המשיבה נובעת בראש ובראשונה מזכות הקניין של כל מנוי בחשבון הבנק שלו, וזכותו שלא ייטלו ממנו כספים ללא הסכמתו הברורה והמפורשת. בהתאם היא נובעת מהכלל הבסיסי של דיני החוזים, לפיו נדרשת הסכמה וגמירות דעת להתקשר בחוזה, כדי לחייב אדם בחיובים שבו. על המשיבה, אשר בנתה את מערך ההתקשרויות עם ספקי וחברות התוכן, להראות מי הרשה לה ליטול כספים מחשבונו של המנוי. לאחריותה של חברת הסלולר ראו גם דברי כבוד השופטת ברון בהליך דומה – בש"א (ת"א) 23305/06 עומרי רוטשילד נ' פרטנר תקשורת בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 3.10.2006):

"...אין לשעות גם לטענתה של פרטנר שלפיה היא אינה נושאת בחובת זהירות כלפי המבקשים בקשר עם גביית התשלום עבור שירותיה של פופיק. נראה כי עצם העובדה שלקוחותיהן של החברות הסלולאריות מפקידות בידן אמצעים לחיוב חשבון הבנק או כרטיס האשראי שלהם, מקימה חובת זהירות מצידן של החברות הסלולאריות כלפי הלקוחות כי ינקטו אמצעי זהירות סבירים למניעת גביה שלא כדין; וכפי שצוין בעניינה של סלקום, כך גם בעניינה של פרטנר - הדברים נכונים שבעתיים שעה שאין חולק כי פרטנר עצמה שילשלה לכיסה חלק מתוך התמורה שנגבתה על ידה מלקוחותיה שלא כדין לכאורה." (סעיף 20)

10. סעיף הרשאת החיוב הכללית, המופיע בחוזה ההתקשרות עם המשיבה, לא עולה כדי הרשאה המתירה לה לחייב את חשבונו של הלקוח. הסעיף קובע, למעשה, שדי בכך שצד שלישי כלשהו יטען שהלקוח התקשר איתו והתחייב לשלם לו, כדי שהמשיבה תכבד את דרישתו של הצד השלישי, בלי שהיא עצמה תקבל הסכמה מראש מהמנוי או אישור כלשהו לכך שהתחייב כלפי אותו צד שלישי. הרשאה כללית כזו שניתנה מראש, מבלי שבאה אחריה הסכמה קונקרטית מפורשת שמוסר המנוי למשיבה, להתקשר עם הספק הקונקרטי בחוזה קונקרטי ובתשלום קונקרטי, אינה עולה כדי הרשאה, המתירה לה ליטול מחשבונו. לשון אחר: אין בהוראת הסעיף הכללי, כדי להקים חיובים חוזיים בין המנוי למשיבה, ואל למשיבה לגבות כספים מכוחו, אף לא בדרך של "צינור" להעברת כספים.

11. כאן יש לזכור, כי המשיבה היא גוף מפקח, המספק שירות בסיסי לכלל הציבור, על האחריות והאמינות הנלוות לכך. אדם סביר שמוסר אמצעי תשלום למשיבה, עושה כן על יסוד מעמד זה שיש לה, והאמינות שהוא מייחס לה, ומוסר לה אמצעי תשלום, בקלות יחסית, וללא חשש, כשם שהוא מוסר אמצעי תשלום לרשות המקומית, לגופים ציבוריים, קופות חולים, חברת חשמל וכיוצא באלה. גם הזהירים שבציבור אינם רואים חשש במסירת אמצעי תשלום לגוף כזה, כאשר הם חותמים על הסכם לאספקת שירותי רט"ן.

12. במערך שירותי התוכן, שהקימה המשיבה, היא כביכול העבירה את אמצעי התשלום שמסר לה כל מנוי מן השורה למאות ואלפי הספקים המורשים להשתמש בתשתיות שלה. זאת משום, שלשיטת המשיבה די בכך שספק כלשהו, באמצעות אחד האגרגטורים יציג למשיבה דרישת תשלום, כדי שהיא תכבד אותה. ברור שמנוי המתקשר עם חברת סלולר ככלל אינו מסכים – רק מעצם התקשרותו עם חברת הסלולר – למסור אמצעי תשלום לכל אחד מאותם אלפי ספקי תוכן או חברות תוכן המורשים להשתמש בתשתיות שלה.

13. לפיכך, להבנת היועץ המשפטי לממשלה, הפרה המשיבה את חובותיה כלפי המנויים ואת זכות הקניין שלהם, בכך, שחייבה את חשבונו המנויים שלה, על פי דרישה שהוצגה לה על ידי הספקים, באמצעות חברות התוכן (הסולקים), בלי כל מעורבות שלה בתהליך ומבלי שנדרשה הסכמה קונקרטית של המנוי לחיוב בהתקשרות קונקרטית.

14. המשיבה טוענת, כי הרשיון שניתן לה חייב אותה לאפשר למנוייה שימוש בשירותי תוכן. ראשית יוזכר, כי בעניין שירותי התוכן לא התנהלה המשיבה כמי שמקיים חובה שהוטלה עליו ואשר אין לו עניין בה. ההיפך הגמור הוא הנכון. אין חולק שהמשיבה נטלה לעצמה עשרות אחוזים (30% עד 50%) מתוך התשלומים שגבתה ממנוייה עבור שירותי התוכן. מכל בחינה מדובר אפוא במיזם

משותף של המשיבה עם חברות התוכן וספקי התוכן. שנית, חובה לאפשר שירותי תוכן אינה מסמיכה את המשיבה להפקיר את אמצעי התשלום של המנויים לדרישה אוטונומית של מאות או אלפי ספקים, ללא אימות של ההתקשרות הקונקרטית על ידי המשיבה. שום הוראה ברשיון אינה פוטרת את המשיבה מהדין הכללי, לרבות דיני החוזים, והקניין (ובכלל זה החובה לשמור על אמצעי תשלום ולעשות בו שימוש מורשה). אם היה למשיבה קושי להסדיר את מתן ההסכמה להתקשרות היה עליה לפנות לרגולטור. בפועל מראה המציאות כי שירותי התוכן היו כר נוח מבחינת המשיבה יחד עם חברות התוכן והספקים, להתקשרות נוחה, שההסכמה לה אינה ברורה, ופעמים רבות היא בגדר "מחטף הסכמה". כך עולה מהראיות, שהביאה המשיבה עצמה על אופן קבלת ההסכמה על ידי הספקים.

15. עתה יעמוד היועץ המשפטי לממשלה על חובותיה של המשיבה בהקשר של חיוב חשבון לקוח על פי דרישת שירות תוכן. מחד גיסא, יש לזכור כי התקשרות ברשת או באמצעים אלקטרוניים, ללא חתימה בכתב, יש בה סיכונים ממשיים. על סיכונים אלה יעמוד היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה בהמשך. ביסוס הסכמתו של אדם להתקשר בחוזה על סמך חיוויים אלקטרוניים אינה טריוויאלית.

לנוכח הסיכונים יש מקום לשאול, אם בכלל ניתן להוכיח את הסכמתו של אדם לחיוב כספי על יסוד חיוויים כאלה, ללא כל מסמך בכתב או ראיה חיצונית אחרת, כגון קבלה פיזית של המוצר או השירות (כשהמוצר או השירות חיצוניים לרשת כגון אספקת ספר או חדר במלון).

מאידך גיסא, במציאות מתקיימות באופן רווח התקשרויות ברשת והתקשרויות באופן אלקטרוני ונראה, כי צורכי המסחר העכשווי מחייבים זאת.

הכללים המשפטיים המאזנים בין הסיכון לבין המציאות העכשווית, נמצאים בהתהוות, כעת חיה. ראו ההסדר של חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986, וראו תזכיר חוק שירותי תשלום, התשע"ז-2017 היוצר הסדרים של אימות חזק, הסדרי פיקוח וחלוקת אחריות. לכל אלה לא ידרש כאן היועץ המשפטי לממשלה.

16. במקרה הנוכחי, די לנו בכך שהמשיבה לא פעלה לפי המתכונת המקובלת והרווחת של התקשרויות ברשת, כגון התקשרות להזמנת מלון, להזמנת ספר וכיוצא בזה. לפי הנוהג הרווח, לא מסתפקים במידע שיש באתר על תנאי השירות אפילו אם הוא גלוי (וכאן הוא היה חבוי בתקנון), אלא הלקוח עורך עם הספק מעין חוזה קונקרטי שבו הוא נדרש להסכים לתנאי העסקה. הלקוח בוחר בעצמו את השירות המבוקש, לאחר מכן מוצגים לפניו פרטי ההזמנה הקונקרטית שלו עם שמו, כולל התשלום המבוקש, ורק לאחר מכן הוא נדרש לספק אמצעי

תשלום. הזנת אמצעי התשלום – יש בה תבהרה, יידוע וקבלת הסכמה לכך שמדובר ברכישה בתשלום, ולכן יש לה חשיבות רבה, בתהליך קבלת ההסכמה. במקרים אחרים כגון באתרים שכל מהותם היא של גביית תשלומים מאובטחת, עצם ביצוע הפעולה באתר, היא אקט של תשלום. עשויות להיות טכניקות אחרות מורכבות יותר למתן הוראת תשלום. המקובל הוא אם כן, שהתקשרות בעיסקה ברשת מלווה תמיד באקט שמשמעותו הישירה היא מתן הוראת תשלום על ידי המזמין, המגדירה את המקור ממנו ייגבה התשלום. בדרך כלל, נעשה הדבר במסירת פרטי אמצעי תשלום.

17. הדין הכללי מחייב את המשיבה לנקוט זירות בשימוש שהיא עושה באמצעי תשלום ולקבל הסכמה מפורשת לכך. משאין מסמך בכתב וחתומה פנים אל פנים, חייבת היתה המשיבה להידרש לשאלה כיצד תקבל הסכמה מן המנוי לחיובו בתשלום בגין עיסקה קונקרטית. אף גורם עיסקי אינו יכול להניח שסימון חווי של הסכמה לתקנון כללי שקול כנגד חתימה על תנאי עיסקה קונקרטיים והסכמה לגביית תשלום מחשבונו של הלקוח. המשיבה – מומחית בתחומה – ודאי הייתה מודעת לבעייתיות שבהתקשרות ברשת, ועל כן ודאי ידעה את המשמעות שבאי קבלת הסכמה קונקרטית.

18. לאחר שהסביר את הבעייתיות ואת המקובל, יסוכם להלן מה שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה היה מוטל על המשיבה כתנאי הכרחי לגביה מחשבונו של מנוי.

19. ראשית, היה על המשיבה לקבל הסכמה מפורשת ונפרדת של המנוי, במנותק מעצם ההתקשרות לקבלת שירותי רט"ן, לעצם עשיית השימוש באמצעי התשלום שמסר לגביית תשלומים עבור שירותי תוכן, ולעצם החשיפה שלו לשירותי תוכן שבהם נגבה התשלום באמצעות חשבון הטלפון, וכן לגבי הסיכון הכרוך בהחזקת מכשיר טלפון וקו טלפון שבאמצעותם ניתן לכרות עסקאות. מנוי של שירותי רט"ן אינו יכול להיחשב מניה וביה, כמי שמעוניין בחשיפה כזו. סעיף הרשאת החיובים הכללי שבחוזה הסטנדרטי של המנוי אינו בגדר הבעת רצון והסכמה של הלקוח הספציפי להיחשף לשירותים אלה ולסיכון האמור.

20. שנית, על המשיבה היתה מוטלת חובה לקבל בעצמה, את הסכמת המנוי להתקשרות הקונקרטית. עליה לדאוג למערכת המבטיחה רמת וודאות גבוהה, באחריותה ובפיקוח שלה.

21. שלישית, תהליך קבלת ההסכמה צריך היה לכלול הצגה בפני המנוי של פרטי ההזמנה הקונקרטיים עם שמו של המנוי ופרטי העיסקה המהותיים.

22. רביעית, המנוי צריך היה לתת הסכמה מפורשת לעשות שימוש באמצעי התשלום שמסר למשיבה. לא די בסימון אני מסכים. כדי שניתן יהיה ללמוד על הסכמה אקטיבית לכך, נדרשת

פעולה שיש בה כדי להעיד באופן מפורש על אישור לביצוע תשלום. הדרך הנפוצה ביותר היא מסירת פרטי אמצעי תשלום או חלק מספיק מהם (כגון ספרות אחרונות). כל אמצעי אחר צריך להיות כזה שאין בו רק הסכמה לעיסקה אלא הוראה על אופן ביצוע התשלום.

23. חובות אלו נובעות מהחובה לקבל הסכמה מפורשת לגביה מחשבון ומחובות הזהירות המוגברת, וכן מדיני הנאמנות. העובדה שעד שנת 2011 לא הותוותה ברשיון של המשיבה דרך קונקרטית לקבלת ההסכמה מאת הלקוחות לא פוטרת אותה מחובותיה על פי הדין הכללי, ומאחריותה הכבדה לשימוש שהיא עושה באמצעי תשלום שציבור הלקוחות הפקיד בידיה בעת ההתקשרות לקבלת מוצר בסיסי של טלפון נייד (להסדר שקבע משרד התקשורת בשנת 2011 ראו עמדת היועץ המשפטי לממשלה בערכאה דלמטא).

24. יתירה מכך, בשנת 2008 (בעקבות תלונות רבות שהגיעו) נשלח למשיבה מכתב מאת מנכ"ל משרד התקשורת, המעמיד אותה על חובתה, הנובעת מהדין הכללי, לקבל הסכמה מפורשת.

25. עוד ובנוסף, המשיבה, שהיא בעלת מומחיות בתחומה, ובנתה מערך של שירותי תוכן, בוודאי מודעת לבעייתיות שבהתקשרות ברשת, וכן לאופן שבו נעשות התקשרויות ברשת, דהיינו הצגה ברורה של הסכם קונקרטי עם הלקוח ומסירת פרטי אמצעי תשלום או מתן הוראה על ידי המזמין המגדירה מניין ייגבה התשלום (כרטיס אשראי מסויים או אמצעי אחר).

26. חשוב להדגיש פן נוסף של הדברים: אופן קבלת ההסכמה על ידי ספקיה של המשיבה מלמד, כי כאמור היה כאן ניצול מכון מצד המשיבה והגורמים האחרים של העובדה שיש בידי המשיבה אמצעי תשלום ואין היא זקוקה למסירתם על ידי הלקוח כדי לגבות מהם תשלום. הדבר איפשר להם להסתפק (במקרה הטוב ובהנחה שלא נעשה מעבר לכך) בהרשמה של המנוי לאתר ובלחיצה על משבצת שכביכול יש בה הסכמה לתקנון.

בחינת עילת התביעה על ידי בית המשפט קמא

27. בית המשפט קמא לא בחן את השאלה הכללית, אם כלל החיובים שבהם חייבה המשיבה את מנוייה מבוססים על הסכמה מפורשת אם לאו. המדובר בהתנהלות כללית של המשיבה כלפי כלל מנוייה, ולא בבעיה הקשורה לספק מסוים או לחברת תוכן מסויימת. לפיכך, העילה היא עילה המשותפת לכלל מנוייה של המשיבה, וראוי היה שבית המשפט קמא יבחן את העילה באופן זה, קרי: היה עליו לבחון את השיטה הכללית שבה התנהלה המשיבה כלפי כלל המנויים, בכך שכיבדה דרישות של גופים אחרים, שהמנויים מעולם לא הודיעו לה שהתקשרו איתם.

28. נראה, כי נקודת המוצא של בית המשפט קמא הנכבד היתה שונה. נראה, כי לשיטתו, נכון היה להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נקודתית המתייחסת רק לחיובים בגין ספק מסויים, ואי אפשר היה להגיש בקשה לאישור המתייחסת לעילה משותפת של כלל מנוייה של המשיבה, אשר חויבו ללא הסכמתם (ללא תלות בזוהות הספק שיוחס להם כי התקשרו איתו). בכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, בכל הכבוד, כי טעה בית המשפט קמא הנכבד.

29. בהתאם לנקודת מוצא זו, הגביל בית המשפט קמא הנכבד את צו גילוי המסמכים למסמכים שעניינם חיוב חשבונות המנויים לפי דרישה של ספקים שלמבקשים יותסה הסכמה לרכוש מהם שירותי תוכן, ולא לכלל השיטה. גם התצהירים וחוות דעת המומחים שהביאה המשיבה התייחסו להתנהלות של אותם ספקים, ולא לכלל ההתנהלות.

30. בפסק דינו בחן בית המשפט את השאלה האם כל אחד משני המבקשים (שלא נמחקו מסיבות מקדמיות) נתנו הסכמתם לחיוב. תחילה בחן בית המשפט קמא את השיטה שבה נהג כל אחד מאותם ספקים, מבלי שקבע מימצא ברור לכאן או לכאן. בהמשך, בחן באופן קונקרטי, אם הוכח שכל אחד מהמבקשים נתן את הסכמתו לחיוב. בבחינה זו הביא בית המשפט קמא בחשבון גם ראיות נסיבתיות של שימוש באתר (לפי הנטען) על ידי המבקש דוידסון, דבר שכמובן אינו מוכיח הסכמה לתשלום.

31. יוצא אפוא, שבית המשפט קמא לא בחן את השאלה הכללית, אם הוכיחה המשיבה כי כלל החיובים שבהם חייבה את מנוייה מבוססים על הסכמה מפורשת ומהימנה שניתנה לה, וגם לגבי שני הספקים שלגביהם הביאה המשיבה ראיות, לא הכריע בית המשפט על פי השיטה הכללית אלא על פי הראיות הקונקרטיות הנוגעות לחיוב מטעמם בלבד.

32. המשיבה טוענת, כנימוק המצדיק את הצמצום, שלא ניתן לבחון את שאלת אופן קבלת ההסכמה, כשאלה אחת, משום שהיו אלפי ספקים, ויש לבחון רק את העילה המתייחסת לספק שאיתו התקשר מבקש האישור. נראה, כי גם בית המשפט נהג כך, אף שלא הרחיב בהתייחסות לעניין זה.

33. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי השקפה זו מוטעית: משהפרה המשיבה את החובה לקבל בעצמה הסכמה מפורשת ומהימנה, ככל שהיא מבקשת לסמוך על הסכמות שהספקים קיבלו, עליה הנטל להראות שכל אחד מהספקים שעל פי דרישתם חייבה את המנויים פעל בשיטה מהימנה שיש בה רמת ודאות גבוהה.

34. על המשיבה מוטל הנטל, להראות כי הנהיגה שיטה אחידה, לקבלת הסכמה, שהיא מהימנה ברמת ודאות גבוהה ושעל פיה פעלו כל הספקים. זאת משום שעליה החובה לייצר שיטה כזו מראש, ועליה מוטל הנטל להראות כי כלל החיובים שלה מבוססים על הסכמה מפורשת.

35. בנוסף לכך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שההסתמכות של המשיבה על ראיות שבידי הספקים, בדיעבד, לאחר שלא וידאה בעצמה מראש כי ניתנה הסכמה מפורשת ולא תיעדה את הראיות לה, אינה טריוויאלית, ושאלה היא אם יש בה כדי להרים את הנטל. ראו בדרך היקש את דברי כבוד הנשיאה, חיות, בבר"מ 1781/15 עיריית ראש העין נ' סולריס סוככים בע"מ (21.7.2015), בו נדונה טענה של הרשות כי אף שלא בחנה מראש את קיומה של עילה לחיוב רטרואקטיבי, יש בידה להראות בדיעבד, כי קיימת הצדקה כזו:

"כאשר מוסמכת רשות לקבל החלטה מסוימת רק בהתקיים טעמים כבדי משקל שיש בהם להצדיקה, פשיטא כי היא אינה רשאית לקבל החלטה כזו מבלי שבדקה קודם האם טעמים אלה אכן מתקיימים. בחינה מעין זו צריכה להיערך לפני קבלת ההחלטה ולא בדיעבד, ונוכח אמות המידה שהותוו במשפט המנהלי לפיהן על החלטה של רשות מוסמכת להיות מבוססת ומנומקת אין זה סביר שקודם תקבל הרשות החלטה שרירותית הפוגעת בזכויותיו של אזרח ורק לאחר מכן תבחן האם הייתה לה הצדקה"

"לפיכך נראה, לכאורה, כי הכספים אותם גבתה העירייה בעקבות חיוב גורף בתשלום רטרואקטיבי של ארנונה שהטילה על כל מי ששומתו תוקנה, נגבו על ידה שלא כדין. בנסיבות אלו ולצורך אישור התובענה כייצוגית, אין צורך לבחון באופן פרטני האם הייתה או לא הייתה הצדקה לחייב כל אחד מחברי הקבוצה באופן רטרואקטיבי, ודי לכאורה במסקנה כי הוטלו על חברי הקבוצה חיובים רטרואקטיביים מבלי שנבחנו ההצדקות לכך, על מנת לקבוע כי חויבו שלא כדין. מסקנה זו יש בה משום מענה גם לטענת העירייה לפיה המשיבה נעדרת עילת תביעה אישית, שכן אי החוקיות שבה נגועה, לכאורה, דרישת התשלום הרטרואקטיבית שנשלחה אליה אינה תלויה בשאלה האם יש או אין הצדקה לחייבה בתשלום רטרואקטיבי, אלא

בעובדה ששאלה זו כלל לא נבחנה על ידי העירייה קודם למשלוח הדרישה" (סעיף 9).

36. מכל מקום, בשלב של אישור התביעה כייצוגית, די בכך שהוכח, כי המשיבה לא קיבלה בעצמה הרשאת חיוב קונקרטית, ולא הוכיחה כעניין של שיטה שכל החיובים שעשתה מתבססים על שיטה מהימנה לקבלת הסכמה.
37. העובדה שהמשיבה גילגלה את האחריות לקבל הסכמה לספקים ולא ייצרה שיטה כללית המבטיחה קבלת הסכמה, אינה דבר שהמשיבה יכולה לצאת נשכרת ממנו, על ידי הכשלת ההליך הייצוגי בטענה כי מדובר בעילות תביעה נפרדות ועל כן יש לבחון כל ספק בבקשת אישור נפרדת.
38. אפילו היה די בתצהירים שהוגשו, שיטת החיוב העולה מהם מגלה שיטה שאינה מצביעה על קיומה של הסכמה קונקרטית כנדרש.
39. בחינת הדברים מגלה, כי עולה מהם התנהלות אחידה של המשיבה כלפי כל הספקים, וכי בכל המקרים לא הייתה מצד הספקים הצגה של ההסכם הקונקרטי עם המנוי, כולל שמו והפרטים המהותיים לעיסקה, ולא ניתנה הסכמה אקטיבית לעיסקה על פרטיה. בנוסף, לא ניתנה הסכמה לחיוב פרטי החשבון שנמסרו למשיבה בגין העיסקה הקונקרטית או בכלל. בהסכם ההתקשרות עם המשיבה לא ניתנה הסכמה מראש של המנויים לשיטת חיוב זו על ידי המשיבים שיכלה להוליד את שיטת החיוב שבה נקטו הספקים.
40. כל הספקים הללו מסתפקים בעצם ההרשמה לאתר, ובהקלדת מספר הטלפון של המנוי, יחד עם סימון משבצת שלידה כתוב "אני מסכים" לתקנון, וכן במשלוח אקטיבי (לפי הטענה) של קוד שנשלח אל המנוי, אך באלה לא די, גם אם בתקנון מפורטות בהיחבא עלויות השירותים.
41. יש ספקים הטוענים, כי במקומות שונים באתר מופיעה שורה המציינת כי השירות הוא בתשלום. לא תובאה ראייה לכך, שכן לא הוצגו המסכים שאותם ראה המנוי. אף ספק לא שלח את פרטי העיסקה הקונקרטית של המנוי אל המנוי, ואף אחד לא ביקש ממנו לאשר אותם או להסכים לגביה באמצעות חשבון המנוי. תהליך כזה לא מיידע את המנוי, כי בהקלדת קוד או פרט או מספר טלפון הוא למעשה כורת עיסקה.
- לכאורה נראה, מהשיטות לקבלת הסכמה שאותם מתארים הספקים עצמם, כי הם עצמם לא יכולים לדעת מי מהמנויים (בהנחה ששלחו או מילאו את הקוד) נתן הסכמה. זאת, משום שהמידע על כך שהשירות כרוך בתשלום מצוי לפי הטענה במקומות שונים באתר, וחבוי בתקנון.

אי אפשר לכאורה לדעת מי ראה את השורה האמורה (שלפי הטענה נאמר בה כי האתר בתשלום), מי הפנים והיה מודע לה, ומי חשב באופן סביר שלמרות שלא נדרש למסור אמצעי תשלום הוא התחייב בעסקה. כך לא ברור מי אם בכלל פתח את התקנון, קרא אותו, וגם הבין בעצמו איזה שירות מהמנויים שם הוא הזמין. בנוסף לאמור, המנגנון אינו מבטיח ברמת מהימנות מספיקה שמי שעשה את משלוח הקוד או סימון ההסכמה הוא בעל המנוי, וגם אם הדבר מוכיח פעולה אקטיבית מהמכשיר (ועל כך חולקים המערערים והמומחה מטעמם) הוא לא מוכיח את זהות מבצע הפעולה.

42. משכך, הוכח לכאורה, כי השיטות שבהן נהגו 4 הספקים שלגביהם מסרה המשיבה מידע בתצהירים שהגישה אינן שיטות המבטיחות הסכמה מפורשת ברורה ובת הוכחה לרכישת השירות, לתשלום עבורו, ולשימוש בחשבון המנוי לשם כך.

43. המשיבה עצמה טענה, כי לא היה נוהל כתוב לקבלת הסכמה, אף שבחוויה שבינה לבין חברות התוכן נדרש נוהל כזה. עם זאת, טענה המשיבה, כי השיטה היתה ידועה וכולם פעלו לפיה. משכך, ניתן לאמר לכאורה כי הוכח כעניין כללי כי דרך קבלת ההסכמה לא הבטיחה קבלת הסכמה מפורשת לעיסקה קונקרטית ולמעשה לא נכון היה להגביל את אישור התביעה לחיובים לפי דרישת ספק אחד.

44. למעשה, סמכה המשיבה על התחייבות הספקים לקבל הסכמה מפורשת. במסגרת הראיות שלה, הגישה תצהיר של נציג הספק הטוען כי המערכות שלו הן אמינות. המשיבה אינה יכולה להסתפק בהצהרה כללית של מאות ואלפי ספקים, כי המערכות שלהם אמינות כדי ללמוד על הסכמת לקוחותיה.

45. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי הוכח לכאורה שהמשיבה הפרה את חובותיה כלפי כלל מנוייה, וכי התנהלותה הכללית (ללא הפרדה לפי זהות הספק) היתה של חיוב המנויים, ללא קבלת הסכמה מפורשת מהם לחיוב חשבונם בגין עיסקה קונקרטית. עוד הוכח לכאורה, כי השיטה בה נהגו כלל הספקים לקבל הסכמה לא הבטיחה קבלת הסכמה מפורשת כמתחייב בדיון – לא לתשלום ולא לגבייתו מהחשבון. לפיכך, היה מקום לאשר את התביעה הייצוגית בשם כל הקבוצה, בהתקיים יתר התנאים לאישור, אשר נראה כי מתקיימים הם במקרה זה.

התייחסות מרחיבה לנקודות ספציות

הקשיים ביצירת הסכמה אלקטרונית מהימנה וודאית

46. הסיכונים שבהתבססות על הסכמה אלקטרונית הם רבים. ראשית, קיימים הסיכונים הנוגעים לאי ודאות עצם מתן ההסכמה. החשש הוא גם למהימנות הטכנולוגית וגם לשימוש לרעה מצד הספק שאין עליו כל בקרה ציבורית או חיצונית אובייקטיבית. שנית, החשש נוגע לשאלת המודעות לתנאיה של ההתקשרות ובעיקר לחיוב הכספי שהיא כרוכה בו, שהרי שירותים רבים ניתנים ברשתות באופן חנימי. בהקשר זה עולה השאלה באיזו מידה הובלטו והודגשו החיובים הכספיים. בנוסף, לחיצה על כפתורים או סימון משבצת במסך, שלצידם כתוב "אני מסכים", אינה שקולה מבחינת המודעות לה לחתימה שנילוותה לה דרישה למתן פרטים לחיוב כספי. בנוסף, קל מאוד "ללכת לאיבוד" במסך האלקטרוני בין שלל ההצעות שרבות מהן חנימיות, ולדעת בבירור מתי הצעה כרוכה בחיוב כספי. שלישית, קיים סיכון מוחשי של שימוש לא מושכל על ידי ילדים, שהוריהם הרשו להם להשתמש במכשיר אך לא ליצור חיובים באמצעותו, או שבכלל לא הירשו להם להשתמש במכשיר. הספק אינו בודק (ואולי אינו יכול לבדוק) מי לחץ על הכפתור ואם הוא בעל כשרות משפטית ליצור חיובים כספיים. ציבור משתמשי המכשירים הסלולריים מתייחסים אליהם בעיקר כמכשיר לצריכת שירותי תקשורת במובנם הקלאסי (קרי-שירותי שיחות, הודעות וגלישה) ואינם מקפידים בשמירתם כפי שהם שומרים על אמצעי תשלום (מזומן, שיקים, כרטיסי חיוב שאין אדם נוהג לאפשר גישה אליהם לילדיו, חבריו וכו'). על חברת הסלולר להביא בחשבון שנעשה במכשיר שימוש גם על ידי ילדים או אחרים, שאינם בעלי החשבון המחוייב על ידה.

הזנת מספר טלפון, הקלדת קוד וסימון אישור תקנון

47. כעת יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לסוגיית אי דיותם של הזנת מספר הטלפון, הקלדת קוד וסימון אישור תקנון. בטכניקה המתוארת על ידי המשיבה נדרש הלקוח להזין קוד ולאשר הסכמה לתקנון. לפי הטענה, פרטי העיסקה, לרבות החיובים הכספיים, מופיעים בתקנון. הזנת קוד כשלעצמה, אין לה כל משמעות מבחינת הוכחת ההסכמה לתשלום. יכול אדם לחשוב בתום לב כי מוצע לו למשל שירות של הכרויות, מבלי לדעת ולהיות ער לכך כי השירות כרוך בתשלום בכלל, ובסכום מסויים בפרט.

48. יתרה מכך, הזנת קוד יכול שתיעשה באופן אוטומטי. הזנת קוד שהונפק על ידי הספק יכול שתיעשה על ידי הספק (והמקרה הנוכחי מעורר לכאורה חשש לכך). היא יכולה להיעשות על ידי מי שאינו המנוי, על ידי ילד (שאינו בעל כשירות משפטית להתחייב בכלל ולא בשם אדם אחר בפרט), על ידי מי שאינו יודע קרוא וכתוב בכלל או בעברית, או על ידי אדם שאינו בעל המנוי.

49. נותרנו אפוא עם ההסכמה כביכול לתקנון שבו חבויים, לפי הטענה, פרטי התשלום. יש להניח שההסכמה נעשית בסימון משבצת במסך שלצידה כתבה המשיבה "אני מסכים לתקנון". ההנחה שמי שלחץ הוא בעל אמצעי התשלום המחוייב (בעל הקו הסלולרי) או שהוא אכן קרא את המילים "אני מסכים לתקנון", אינה מתחייבת ואינה ניתנת להוכחה. גם מי שאינו יודע קרוא וכתוב יכול לסמן V ויכול אף להסיק שכדי להמשיך בגלישה יש לסמן V במשבצת. יתרה, מכך ההנחה שבעל אמצעי התשלום אף פתח את התקנון וקרא את כולו, כולל החיוב הכספי, והיה מודע לכל אלה, רחוקה מן הסביר. אישור תקנון נעשה על ידי משתמשים בדרך שיגרה לשירותים חנימיים רבים. כל המתקין אפליקציות נפוצות כמו 'waze', 'whatsapp' וכדומה נדרש לאשר תקנון והלחיצה אינה מעידה כלל ועיקר על קריאת התקנון והפנמת תוכנו.

בחינת הראיות על ידי בית המשפט קמא

50. בדונו בסוגיית ההסכמה לא התייחס בית המשפט לסוגיית ההסכמה לחיוב הכספי. הוא הסתפק בקביעה, כי הלקוח נדרש לאשר שהוא מסכים לתקנון ושב כלל החיוב הכספי, וכלשונו "גם ללא בדיקת כתובת IP שממנה בוצעה ההרשמה, הראיות מלמדות על הרשמה שמערכת הן את אתר דייטלאנד הן את מספר הטלפון הסלולרי של מר דוידסון, באופן שמלמד לכאורה על כך שמי שאחז בטלפון הסלולרי גם נרשם לאתר. בנוסף, אין עדות סותרת לכך שלא ניתן להמשיך בהרשמה ללא אישור התקנון; ועיון בתקנון מלמד על כך שנדרשת הסכמת המשתמש לשמוש באתר ולתשלום עבור השמוש" (סי' 44 להחלטה).

51. זוהי קביעה לקונית שלא נילוזה לה בהחלטה דיון בקושי ללמוד על הסכמה ועל פרטיה, מסימון משבצת שלצידה מופיע "אני מסכים".

בניתוח הראיות התמקד בית המשפט בבדיקה האם הוכח שנעשתה פעולה אקטיבית כלשהי על ידי משתמש במכשיר הסלולר. בעניין המבקש דוידסון קבע בית המשפט קמא, כי הוכח משלוח מסרון עם הסיסמא ששלח הספק אל מכשיר הסלולר.

לעומת זאת, בעניין המבקש יבלינוביץ מצא בית המשפט, כי לא הוכח שהסיסמא נשלחה בהכרח מהמכשיר ולא הוקלדה על ידי חברת הסלולר.

כך או כך, התמקדות בשאלה אם נשלח מסרון ממכשיר הסלולר אל הספק אינה מוכיחה הרבה. כך, אין היא מוכיחה את פרטי העיסקה ואת הסכמת הלקוח לפרטיה. כידוע, אפליקציות ואתרים חנימיים רבים דורשים כתנאי לשימוש בהם משלוח מסרון או הקלדת קוד הנשלח על ידם למשתמש. משלוח מסרון או הקלדת קוד, אפילו אם נעשו, הם פעולה שיגרתית בשימוש בשירותים אלקטרוניים חנימיים. חיוב כספי של אדם ונטילת כספים מחשבון הבנק שלו מצריכים הרבה יותר מזה. יש לזכור שהרשתות מלאות בהצעת שירותים שונים שרבים מהם חנימיים (או על כל פנים נחזים להיות כאלה) והם בגדר שיטוט חופשי באתר ולא התקשרות בעיסקה. אין למנוי הסביר יסוד להניח שכל הקלדה של מספר טלפון או קוד שנשלח אליו הם התקשרות מחייבת הכרוכה בתשלום.

סעיף הרשאת החיוב הכללית

52. עתה ירחיב היועץ המשפטי לממשלה, בעניין הרשאת החיוב הכללית שהמשיבה מסתמכת עליה. בהסכם ההתקשרות כללה המשיבה סעיף המורה, כי הלקוח מסכים כביכול שחשבונו יחוייב לפי דרישה של צדדים שלישיים בשל שירותי תוכן שהוא הזמין מהם. זהו סעיף הנמצא באותיות הקטנות של ההסכם, הוא חורג לחלוטין מבסיס העיסקה שהצרכן מודע לו. הסעיף הוא כללי וסתמי. הוא אינו מציין ספק תוכן מסויים שהלקוח מסכים לכבד חיובים שלו. הלקוח נותן בעצם הרשאת חיוב לכל העולם, נכון יותר, לכל ספק שהמשיבה תבחר לכבד את החיובים שלו. סעיף הרשאת חיוב כה רחב אינו יכול לעמוד מבחינה משפטית.

53. ההגיון שעומד מאחורי ההסדר של הרשאת חיוב, כדוגמת זו הניתנת לבנקים, הוא שהלקוח מודיע למעשה לבנק שהוא הלקוח סומך על ספק מסויים ידוע וקונקרטי. הבסיס להרשאת החיוב הוא האמון שנותן הלקוח בספק החיצוני. כאשר הרשאת החיוב היא כה כללית ואינה מגדירה ספק קונקרטי שבדרישתו הלקוח נותן אמון נשללת מן הלקוח האפשרות להיות בעל הבית ברכושו, ולהחליט אם הוא נותן אמון בספק מסויים ואם הוא בכלל מעוניין להתקשר איתו ולשלם לו עם אמצעי התשלום שמסר לחברת הסלולר.

לפני הכל, נדרשת הסכמה של הלקוח לעצם החשיפה שלו לאפשרות שלחיצות במסך או הקלדות במכשיר הסלולר, ייחשבו כהסכמה לקבלת שירות בתשלום. הסכמה לעצם הטכניקה של ההתקשרות, אינה יכולה להילמד ממה שחברת הסלולר או הספק קבעו שיש בו משום מתן

הסכמה אלקטרונית. אין איפוא הסכמה של חלקו לא לטכניקה של קבלת ההסכמה ולא לספק קונקרטי שהוא מודיע שהתקשר איתו.

54. לפיכך, הרשאת החיוב הכללית והפתוחה לפני כל ספק (בלי שהלקוח נתן הסכמתו לגבי ספק ספציפי והודיע שהתקשר איתו בדומה להרשאות הניתנות לבנקים), אינה בגדר הרשאת חיוב חוקית שניתן לפעול על פיה.

המשיבה טוענת שהמנוי יכול היה לבקש להיחסם לשירותי תוכן. גם אם נכון הדבר, הנטל הוא הפוך. על המשיבה להראות שהמנוי נתן הסכמה מודעת לחשיפתו לדרישות תשלום מכל מיני ספקיות תוכן שמעולם לא הודיע למשיבה שהוא התקשר איתן ושעליה לכבד את החיובים שלהן. לשם התמחשה, נשער בנפשנו שבנק היה כולל בהסכם לפתיחת חשבון באותיות הקטנות סעיף לפיו הבנק יכבד דרישות תשלום של ספקים שיטענו כי חלקו הזמין אצלם שירות. חיוב חשבון חלקו על בסיס סעיף כזה היתה בגדר שליחת יד ברכוש.

ההצדקה לבחון את העילה כעילה משותפת של כל הקבוצה ללא תלות בספק

55. עתה, ירחיב היועץ המשפטי לממשלה בעניין הצורך לבחון את התובענה כתובענה אחת, מבלי לפרק אותה לתביעות מופרדות לפי ספק תוכן. המדובר בהתנהלות כללית של המשיבה. התובענה הייצוגית היא כלי חשוב לאכיפת החוק ולהגנה על לקוחותיה של המשיבה. אישור התובענה רק בשם מי שהמשיבה מייחסת להם, ללא הסכמתם, הזמנת שירות מאותו מ"קליק" או מ"דייטלנד" כפי שהיא מייחסת למבקשים, משמעה שכדי להתמודד עם התופעה באמצעות התביעה הייצוגית יש להגיש מאות או אלפי תביעות ייצוגיות, כמספר הספקים שהמשיבה מחייבת לקוחות לפי רשימות שלהם.

בהתאם, יש לאתר מבקש מתאים לכל תביעה כזו, דהיינו מאות או אלפי מבקשים שכל אחד מהם התקשר עם ספק אחר.

56. דרישה כזו, מכשילה למעשה את האפשרות להתמודד עם התופעה באמצעות התביעה הייצוגית, והיא אינה מוצדקת מבחינה עניינית, כמפורט לעיל. בגישה אחרת מזו של בית המשפט קמא נקט בית המשפט המחוזי בת"צ 10600-05-10 שרון לין ג' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2013), אשר דן בבקשת אישור דומה, כאשר בהחלטתו בעניין גילוי מסמכים חייב את המשיבה שם לגלות המסמכים הנוגעים לכלל החיובים שעשתה לפי דרישות של צדדים שלישיים, וכך קבע:

"אינני מקבל את טענת סלקום כי המבקשת אינה זכאית לקבל מסמכים לגבי ספקי תוכן אחרים, שהיא עצמה לא ניזוקה מפעילותם. העובדה שהמבקשת ניזוקה רק מחיוב בגין שירות תוכן המכונה "הבועה", בעוד שלקוחות אחרים, על-פי הנטען, נפגעו אגב חיוב בגין שירות תוכן אחר, לא בהכרח תמונע מן המבקשת לייצג אותם לקוחות, אם יוכח כי גם לגבי לקוחות אלה לא דאגה סלקום לוודא קיומה של הסכמה מפורשת לחיוב" (סעיף 10).

57. לפיכך סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי החחלטה נושא הערעור היא שגויה וכי המבקש עמד בנטל הנדרש לאישור התביעה הייצוגית בשם כל מי שחוייב על פי דרישה של צד חיצוני, ללא תלות בזהות הספק שהמשיבה מייחסת למנוי התקשרות איתו.

היום: 20 דצמבר, 2017

ב' טבת, תשע"ח

יעל מימון, עו"ד

ממונה על עניינים אזרחיים

בפרקליטות המדינה