

מעקב פסיקה

ע"א 578/17 בן ציון יבלינוביץ נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2018); ערכאה: בית המשפט העליון, מפי השופט יצחק עמית:

בית המשפט העליון מפי השופט יצחק עמית דחה את ערעור המבקשים על החלטת השופטת שטמר מבית המשפט המחוזי מרכז-לוד. במסגרת החלטת ביהמ"ש המחוזי אושרה תביעתם הייצוגית של המבקשים כנגד חברת פרטנר על כך שחייבה לקוחותיה בגין צריכת שירותי תוכן שמעולם לא ביקשו, אולם צומצמה הגדרת הקבוצה כך שהתביעה תחול רק כלפי לקוחות פרטנר שחיובו בגין מסרונים מאתר "אינטרנט קליק", ולא כלפי כל לקוחות החברה שחיובו בגין מסרונים מטעם כל ספק תוכן שהוא, כבקשת המבקשים. ביהמ"ש המחוזי קבע כי עמדת המערערים היא עמדה כוללנית, בעוד שהשאלה ביסוד הבקשה לאישור היא שאלה עובדתית. המבקשים ערערו על החלטה זו בטענה שמדובר בשיטה שהמשיבה יישמה ביחס לכל שירותי התוכן באשר הם, ולכן לדידם לא היה מקום לצמצם את הגדרת הקבוצה. בנוסף, היועמ"ש אשר הצטרף להליך עוד בבית המשפט המחוזי, הגיש את עמדתו גם בשלב הערעור וטען גם הוא כי יש לאשר את התובענה בשם כל מנויי המשיבה, שכן אחרת הדבר עלול להוביל להגשת תביעות ייצוגיות רבות, כמספר ספקי התוכן שבגינם חויבו לקוחותיה של המשיבה. עוד הוסיף היועמ"ש כי על פרטנר החובה לוודא שמנוייה נתנו הסכמתם לגבייה של תשלומים בגין שירותי התוכן, ולכן הנטל להוכיח כי כל אחד מספקי התוכן פעל בשיטה מהימנה, מוטל על פרטנר עצמה. עם זאת, השופט עמית, כאמור, דחה את הערעור, ולפסק דינו הצטרפו השופטים פוגלמן וסולברג.

בפסק הדין של בית המשפט העליון נקבע שניסיונם של המבקשים לבסס מבחינה עובדתית טענה בדבר חיוב ללא הסכמה של כלל לקוחות המשיבה מטעם כל ספק תוכן שהוא לא צלח. זאת מהסיבה שלמעט "אינטרנט קליק", לא הוכח ביחס לשאר ספקיות התוכן כי אין בידי המשיבה או מי מטעמה אסמכתא המעידה על הסכמת הלקוחות לחיובם בגין שירותי התוכן שקיבלו. עקב כך, ביהמ"ש פסק כי לא עלה בידי המבקשים להוכיח שחברי הקבוצה שבשמה הם ביקשו להגיש את התובענה הייצוגית חולקים שאלות מהותיות של עובדה ומשפט, וכי קיימת אפשרות סבירה שאלו תוכרענה לטובת הקבוצה, כדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: החוק).¹ בית המשפט קבע שקיומו של "חשד" אינו פוטר את התובע הייצוגי מהעול הראיתי, ואין בו כדי לצלוח את התנאים הקבועים בחוק. ביהמ"ש הוסיף כי גם אם קיים "יותר מחשד" שספקי התוכן הנוספים חייבו לקוחות בגין שירותי התוכן ללא הסכמתם, אין מקום לאשר את התובענה הייצוגית משנקבע כי ענינם של שלושה מבין ארבעת מבקשי האישור נדחה בהעדר עילה.

בהקשר הזה, נראה שפסק הדין ממשיך את הקו העקבי בפסיקה לפיו נדרשת תשתית ראייתית מספקת אף בבקשת האישור, על מנת להוכיח "שיטה" ו"מודל תרמיתי" אצל המשיבים, וכי לא די ב"חשד" לכך בלבד. כך, בעניין **פרנק** נפסק שלא ניתן על בסיס חשד גרידא להסיק בדבר התקיימותה של תופעה פסולה אצל הנתבע, אלא נדרשת תשתית עובדתית מתאימה.² בנוסף, בעניין **הפניקס** נקבע ש"לא די בהנחה בעלמא לפיה טעות שאירעה בגבייה בעניינו של יחיד אירעה בוודאי אף בענינם של אחרים בכדי לאשר תובענה ייצוגית".³ יתרה מזאת, בעניין **נטוויז'ן** נפסק שעל התובע הייצוגי להוכיח התקיימותה של "מדיניות מפרה"

¹ חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

² ע"א 5378/11 **ארתור פרנק נ' אולסייל**, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: **עניין פרנק**). שם הוגש ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד אתרי אינטרנט והספקים אשר מכרו את מוצריהן באתרים אלו בגין קיום מכירות פומביות במסגרתן, לטענת המבקשים, השתתף מתחרה פיקטיבי מטעם המשיבות אשר דאג להביא להעלאת המחירים. הערעור נדחה ע"י ביהמ"ש העליון.

³ רע"א 9778/16 **שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ**, פס' 54 (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: **עניין נטוויז'ן**). שם הוגש ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי לאשר תובענה ייצוגית כנגד חברת הפניקס להשבת כספים שנגבו ע"י המשיבה בניגוד להוראות המפקח על הביטוח במשרד האוצר. ביהמ"ש העליון דחה בערעור את בקשת אישור.

אצל המשיבים, ולשם כך לא די אף באלף "טעויות נקודתיות"⁴. עם זאת, יש לציין את דעת המיעוט של השופטת ארבל בעניין **פרנק** לפיה די בקיומו של חשד להתנהגות פסולה, לצורך העברת נטל ההוכחה לכתפי המשיבים על מנת שאלו יסתרו את המסקנה הלכאורית בדבר התקיימותה של התנהגות שכזו.⁵ כמו כן, גם בעניין **נטוויזין** השופט סולברג ציין שכאשר המבקש מגבש תשתית ראשונית לתביעתו, והמשיב נמנע מלהפריכה, אע"פ שהראיות בקשר לעילת התביעה מצויות בידו, "יתכן שיהא די בכך על מנת לבסס את סיכויי התביעה בשלב המקדמי של בקשת האישור".⁶

בפסק הדין צוין שאי עמידה בתנאי סעיף 8(א)(1) לחוק מאפיינת מקרים בהם תובעים ייצוגיים בוחרים להגדיר את קבוצת הנפגעים שהם מבקשים לייצג באופן רחב וכוללני מדי, וכי המקרה דנן הינו דוגמה לכך. ביהמ"ש הוסיף כי בקשות מסוג זה מכונות בשיטות משפט אחרות "over inclusive". עוד נקבע שניהול הבקשה בדרך המבוקשת ע"י המבקשים, יצריך בירור עובדתי פרטני בקרב קבוצה גדולה ובלתי הומוגנית של לקוחות וספקי תוכן שונים ולכן קיים ספק אם הדרך היעילה וההוגנת לערוך בירור שכזה היא באמצעות תובענה ייצוגית, כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק.

תופעת Over Inclusive נדונה בספרם של פלינט ווינצקי והוגדרה כמצב בו התובע מנסה לכלול חברים רבים מדי בקבוצה שהגדיר, מבלי לנסות להבחין בין מי שנפגעו באמת ובין מי שלא נפגעו, ולכן דין בקשתו להידחות, משום שלא ניתן לנהל את התביעה כייצוגית בשם הקבוצה המבוקשת.⁷ כך באופן דומה ציין השופט גרוניס בעניין **פרנק** כי "בעיה נוספת שהיה מקום ליתן עליה את הדעת הינה, כאמור, ריבויין של הקבוצות, גם אם כל התנאים לעניין אישור התובענה הייצוגית היו מתמלאים" והחליט לדחות את בקשת האישור בין היתר "בשל כך שהמערערים בחרו להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית הכוללת, כאמור, מספר אסטרונומי של קבוצות".⁸ בנוסף, בעניין **רוזובסקי** נקבע שהמבקשים לא עמדו בתנאי סעיף 8(א)(1) לחוק כיוון שביקשו לייצג קבוצה רחבה מידי של לקוחות ו"ספק רב אם קיימת קבוצה הומוגנית של תובעים ואם בפנינו "קבוצה ייצוגית" לגביה מתעוררות שאלות משותפות", כאשר הדבר היווה אחת הסיבות לדחיית התביעה.⁹

סוגיית Over Inclusive באה לידי ביטוי במחלוקת שהתגלעה בין השופטים בעניין **דבוש** בנוגע לשאלה מה דינה של בקשת אישור אשר הקבוצה במסגרתה איננה הומוגנית דיה ומורכבת בפועל ממספר תתי קבוצות. לדעת השופט מזוז במקרה שכזה "ספק רב" אם נכון לאשר את הבקשה.¹⁰ מנגד, השופטת דפנה

⁴ ע"א 2112/17 אחיאסף גרסט נ' נטוויזין בע"מ, פס' 29-30 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.9.2018). שם הוגש ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד חברת נטוויזין בטענה שהאחרונה אינה מנתקת את לקוחותיה המבקשים זאת במועד שנדרש ממנה בחוק, רק ביחס לחברי הקבוצה שהוכח כי החברה נהגה כלפיהם במכוון ב"ימדיניות מפרה". בית המשפט העליון דחה את הערעור על החלטה זו.
⁵ עניין **פרנק**, לעיל ה"ש 2, פס' 73 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארבל.
⁶ עניין **נטוויזין**, לעיל ה"ש 4, פס' 39 לפסק דינו של השופט סולברג.
⁷ אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 157 (2017).
⁸ עניין **פרנק**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 54. במסגרת תובענה ייצוגית זו נטען שלא כל מי שהשתתף במכירה פומבית מסוימת לגבי מוצר כלשהו בה נטל חלק משתתף פיקטיבי, השתתף בכל המכירות הפומביות שערכו האתרים המשיבים ושבהן נמכרו מוצרים של כל עשרות הספקים.
⁹ ת"צ (ת"א) 25282-06-10 **שמואל רוזובסקי נ' איזי פורקס בע"מ**, פס' 13 לפסק דינו של השופט שוחט (פורסם בנבו, 27.11.2015) (להלן: **עניין רוזובסקי**) שם הוגשה תביעה ייצוגית בטענה שהמשיבה הפרה חובות שונות המוטלות עליה מכוח חוק ייעוץ השקעות וגרמה אגב כך נזק ללקוחותיה, אולם נטען כי יש לאבחן בין לקוחות אשר קיבלו שירות של ייעוץ, שיוק או ניהול השקעות מטעם המשיבה והפסידו את כספם, לבין לקוחותיה שלא קיבלו שירותים מסוג זה והפסידו את כספם.
¹⁰ ע"א 7141/13 **קונקטיב גרופ בע"מ נ' שמעון דבוש**, פס' 10 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 5.11.2015) (להלן: **עניין דבוש**). שם דובר על תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד אתר אינטרנט אשר ניהל מכרזים למכירת מוצרים שונים, כאשר בתביעה נטען שהמכרזים הללו הינם בגדר "משחק אסור" כהגדרתו בסעיף 224 לחוק העונשין לאור מאפייניהם המיוחדים. במסגרת ההליך עלתה הטענה שהיה מקום לאבחן בהגשת הבקשה בין חברי הקבוצה אשר הפסידו מהתקשרותם עם האתר לאור האינטרס שלהם שהמכרזים המדוברים יוגדרו כ"משחק אסור", לבין חברי הקבוצה אשר זכו והרוויחו מההתקשרות, מאחר שלאחרונים אין אינטרס שהמכרזים יוגדרו כ"משחק אסור" שכן אז החוזה בינם לבין המשיבה יוגדר כחוזה פסול, והם עלולים להיות מחויבים בהשבת כספים למשיבה.

ברק-ארוז והשופט דנציגר סברו כי יש לבחון חלופות להתגברות על השוני בין חברי הקבוצה טרם הקביעה כי אין תוחלת לתובענה.¹¹

באופן דומה לדעת הרוב בעניין **דבוש**, פלינט ווינצקי מציינים כי לעיתים ניתן יהיה לעשות שימוש בסמכות שנתונה לביהמ"ש מתוקף סעיף 10(ג) לחוק להגדרת תת קבוצות בתוך קבוצת הנפגעים, כדי להתמודד עם בקשות שהן בגדר Over Inclusive.¹² בנוסף, בעניין **פרנק** הזכירה השופטת ארבל, בדעת מיעוט, את סעיף 10(ג) לחוק ככלי אשר עומד לרשות ביהמ"ש במטרה להקל את בעיית היעדר האחידות בקבוצה.¹³ כמו כן, בעניין **נירם** נקבע ע"י ביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד מפי השופט גרוסקופף, שהגדרה רחבה מידי של הקבוצה איננה מהווה עילה לדחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית, אלא במקרים כגון אלה ביהמ"ש נדרש "לתת הוראה המצמצמת את גודל הקבוצה בשים לב לשאלות המהותיות המשותפות המצדיקות הכרה בתובענה כייצוגית".¹⁴ בהקשר הזה יצוין שאף בעניין **רוזובסקי** אשר נדון מעלה, השופט התייחס לאפשרות של הגדרת קבוצה מצומצמת והומוגנית יותר מזו אשר הוגדרה ע"י המבקשים, אולם בנסיבות העניין לא היה בכך כדי להביא לאישור הבקשה.¹⁵

זאת ועוד, בעניין **גדיש** נקבע שכאשר בקשת האישור סובלת מהיעדר הומוגניות בין חברי הקבוצה, על ביהמ"ש להידרש לאפשרות להכשיר את התובענה, באמצעות הסמכות לפצל את הקבוצה לתתי קבוצות (סעיף 10(ג) לחוק), האפשרות לתת פסק דין הצהרתי שבו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים, והסמכות לתת הוראות באשר להוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה השונים (סעיף 20(א)-(ג) לחוק).¹⁶

מהסקירה הנ"ל עולה שבית המשפט העליון בפסק דין **יבלינוביץ** דלעיל פעל בהתאם לגישה הדומיננטית בפסיקה בישראל ביחס לסוגיה של Over Inclusive, שכן ביהמ"ש השאיר על כנו את פסק הדין של ביהמ"ש המחוזי שצמצם את הגדרת הקבוצה ואישר את התביעה, חלף דחיית הבקשה עקב השוני הקיים בין חברי הקבוצה.

¹¹ שם, בפס' א' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) דנציגר.

¹² פלינט ווינצקי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 160.

¹³ עניין **פרנק**, לעיל ה"ש 2, בפס' 83 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארבל.

¹⁴ ת"צ (מחוזי מר') 15731-10-11 **נירם חומרי גלם וציוד דפוס בע"מ נ' פזומט מקבוצת פז בע"מ**, פס' 25 לפסק דינו של השופט **גרוסקופף (פורסם בנבו, 8.12.2013)**. שם דובר בתובענה ייצוגית אשר הוגשה כנגד חברת פז בטענה שבמסגרת הסכם הפזומט למול לקוחותיה העסקים, החברה שמרה לעצמה שיקול דעת בלעדי להעלות את מחירי הסולר, כך שבפועל לקוחות הפזומט שילמו לעיתים יותר מאשר לקוח מזדמן. המשיבה טענה כי קיימת חוסר קוהרנטיות בין הגדרת הקבוצה בהתאם לשאלה אם המחיר ששולם היה גבוה ממחיר הסולר ללקוח מזדמן, לבין עילות התביעה, שאינן מבוססות בהכרח על תשלום של מחיר הגבוה מזה שנגבה מלקוח מזדמן. **בקשת ערעור על ההחלטה נדחתה**.

¹⁵ עניין **רוזובסקי**, לעיל ה"ש 9, בפס' 15.

¹⁶ ע"א 2718/09 **"גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ**, פס' 35 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוי) בייניש (פורסם בנבו, 28.5.2012). שם הוגשה תובענה ייצוגית כנגד בעלי השליטה בחברת אלסינט לפיה האחרונים חילקו כספים של חברת אלסינט בייניהם, תוך קיפוח בעלי המניות מקרב הציבור, אולם עלתה הטענה כי יש לאבחן בין בעלי המניות השונים ביחס לתקופה בה החזיקו במניות חברת אלסינט.