



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט רחמים כהן

מבקש

איתי ארליכמן

ע"י ב"כ עו"ד גלעד מרקמן ודוד שוורצבאום

נגד

משיבות

1. מילגם חניה סלולארית בע"מ (פנגו פיי אנד גו)

2. מילגם שירותים לעיר בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד יניב מטלס וירון גרשון

החלטה

בקשה לאישור תובענה ייצוגית מכוח חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – **הבקשה לאישור ו- חוק תובענות ייצוגיות**, בהתאמה).

המבקש הוא מנוי של משיבה 1 החל מחודש יולי 2014.

משיבה 1 היא חברה המספקת, בין היתר, אמצעים לנהגים המבקשים להחנות את רכבם בתחומי רשויות מקומיות, עמן התקשרה המשיבה בהסדרים מקומיים. עד ליום 13.5.2015 המשיבה אף סיפקה פלטפורמה ארצית להפעלת חניה עבור הרשויות המקומיות, שהנהיגו הסדר חניה בתשלום על פי הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי.

משיבה 1 היא חברת בת של משיבה 2, אשר זכתה במכרז פומבי, שפרסמה החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ (להלן – **משכ"ל**) להסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי, בהתאם לסעיף 70 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן – **פקודת התעבורה**). משיבה 2 המחתה למשיבה 1, באישור המשכ"ל, את הזכות להפעיל את הסדר החניה ועל בסיסו נוצר ההסדר החוזי עם המשכ"ל (מכרז פומבי מס' חס/2007 / 16, נספח 7 לבקשה לאישור, להלן, יחד, תיקראנה – **המשיבה**).

הבקשה לאישור עוסקת בגביית עמלה בסך של 40 ו- 50 אגורות, שגבתה המשיבה מלקוחותיה, בנוסף לאגרת החניה, אשר עשו שימוש בהודעות SMS ובאפליקציה שלה.

בהתאם לכך, הגדרת הקבוצה בבקשה לאישור היא כדלהלן: "כל אדם אשר שילם למשיבה עמלה תמורת תשלום אגרת חניה באמצעות משלוח SMS או שימוש באפליקציה של המשיבה עד להפסקת גביית העמלה בפועל או אישור התובענה כייצוגית, לפי המוקדם".



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי ומכרז פומבי מס' חס/2007/16

הדין מקנה לרשויות מקומיות סמכות לגבות אגרת חניה בגין העמדת רכב במקומות אשר נקבעו על ידי הרשות. שיעור האגרה נקבע בחוק עזר עירוני והוא כפוף לתעריף מרבי (סעיף 77(א) לפקודת התעבורה; נספחים 4, 5, 6 לבקשת האישור).

בשנת 1993 הוסף לפקודת התעבורה סעיף 70ב, בו נקבע "הסדר חניה ארצי אחיד":

(א) החניה בתשלום בדרך עירונית תהיה על פי הסדר חניה הנהוג בתחומי הרשות המקומית בה מצויה אותה דרך או על פי הסדר חניה ארצי אחיד, על פי בחירתו של נהג הרכב.

(ב) בסעיף זה, "הסדר חניה ארצי אחיד" – כרטיס חניה ארצי מטעם המרכז לשלטון מקומי או כל הסדר אחר שיבוא מטעמו במקומו.

(ג) שר הפנים ושר התחבורה יקבעו, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, את המחיר המרבי עבור החניה על-פי הסדר החניה הארצי האחיד. (הדגשות הוספו; ס"ח 1440, מיום 21.11.1993, עמוד 26).

בשנת 2007 פרסמה משכ"ל מכרז להפעלת "הסדר חניה ארצי באמצעות טלפון סלולארי" (נספח 7 לבקשת האישור; להלן – המכרז, מסמכי המכרז, בהתאמה).

מטרת המכרז פורטה באתר משכ"ל: "הרישום למערכת חנים ועלות שעת חניה זהה לתעריף המקומי של כל רשות. שירות החניה החדשני באמצעות הטלפון הנייד הינו חלק מחזון החדשנות של החברה למשק וכלכלה ומשתלב עם רצונה של החברה בשיפור מתמיד של השירות שמעניקים הרשויות המקומיות ברחבי המדינה לתושביהן..." (הדגשה הוספה, נספח 8 לבקשה לאישור).

כאמור, משיבה 2 זכתה במכרז ומשיבה 1 הפעילה את השירות בפועל (אשר שמו המסחרי – פנגו).

התמורה למשיבה עבור הפעלת השירותים המפורטים במכרז פורטה במסמך, "הצעת מחירים" בו נקבע, שהמשיבה זכאית לעמלה של 8% מאגרות דמי החניה שנגבו (עמוד 13 למסמכי המכרז). זאת עבור "ביצוע מלא ומדויק של כל התחייבויותינו על פי מסמכי המכרז, לרבות נשיאה בכל הוצאות הקמת המערכת, הפעלתה ואחזקתה, על כל הכרוך בכך ללא יוצא מן הכלל, אלא אם נקבע אחרת במסמכי המכרז" (שם, סעיף 1).



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

סעיף 2 למפרט, נספח א' לחוזה ההתקשרות, קובע, שהמערכת תאפשר ממשק לנהג חונה באמצעות: שיחת טלפון, הודעת SMS, אתר אינטרנט ו-WAP (Wireless Application Protocol). כך גם נקבע בסעיף 5.1.1 למפרט (עמוד 39 למסמכי המכרז).

תמצית טענות המבקש

לטענת המבקש, המשיבה נהגה לגבות תשלום של 50 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות SMS ו-40 אגורות תמורת הפעלת חניה באמצעות האפליקציה וזאת, בניגוד להתחייבויותיה במכרז ובנוסף לאגרת החניה המרבית הקבועה בחוקי העזר של הרשות המקומית. הפסול במעשי המשיבה בא לידי ביטוי במספר מישורים:

גביית העמלה מהווה הפרה של התחייבויות המשיבה במכרז לפיהן, לא תגבה תמורה כלשהי מעבר לעמלה המשולמת לה על ידי הרשויות המקומיות. החוזה בין המשיבה לבין משכ"ל הוא חוזה לטובת צד שלישי - המשתמשים בשירותי המשיבה, ויש לראותו כחוזה לטובת הקבוצה, אשר מחייב את המשיבה להימנע מגביית תשלום נוסף בגין הפעלת חניה.

החוזה בין המשיבה לבין לקוחותיה, הקרוי "תנאי שימוש", הוא חוזה אחיד, כמשמעות המונח בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן – **חוק חוזים אחידים**). סעיף 6.1.4 לחוזה המאפשר למשיבה לגבות עמלות בגין הפעלת שירותי תשלום אגרת החניה מהווה תנאי מקפח, שדינו בטלות.

גביית העמלה מביאה לגביית תשלום העולה על התעריף הקבוע בחוקי העזר של הרשויות המקומיות ובניגוד להוראות סעיף 77 לפקודת התעבורה.

גביית העמלה מביאה לתשלום העולה על המחיר המרבי הקבוע בהסדר החניה הארצי, בניגוד לסעיף 70 לפקודת התעבורה.

גביית העמלה תמורת שימוש ב-SMS או האפליקציה לשם תשלום אגרת חניה, אשר תעריפו קבוע על פי חוק, מהווה הפרה של סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן – **חוק הגנת הצרכן**). גביית העמלה מהווה גם עשיית עושר ולא במשפט, בניגוד לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן – **חוק עשיית עושר ולא במשפט**).

תמצית טענות המשיבה

הבקשה צופה פני עבר בלבד, שכן מנגנון תמחור שירותי המשיבה השתנה ואינו מחייב בגין שירות הפעלת חניה מרחוק באמצעות אפליקציה, זאת מיום 5.5.2015 – עוד טרם הגשת הבקשה לאישור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

בנוסף, החל מיום 13.5.2015 המשיבה אינה משמשת עוד כזכיינית המשכ"ל ואינה מספקת הסדר חניה ארצי, כמשמעו בסעיף 70 לפקודת התעבורה.

משיבה 2 אינה צד לחוזה עם המבקש, היא אינה מפעילה הסדר חניה, מעולם לא גבתה עמלה מהמבקש או מגורם אחר כלשהו, למבקש אין כל יריבות או עילת תביעה נגדה ויש לדחות את הבקשה נגדה על הסף.

המבקש נעדר עילת תביעה אישית ביחס לשירות הפעלת החנייה באמצעות SMS ולפיכך, אינו רשאי להגיש בקשה לאישור ביחס לשירות זה.

תנאי השירות ובכלל זה המחיר המשולם בגינם, הובאו לידיעת כל מנויי המשיבה, באפיקים רבים ושונים. המשיבה העמידה ארבע חלופות להפעלת חניה. שתי חלופות אפשרו הפעלת חניה ותשלום אגרת חניה בהתאם לתעריפי אגרת החניה של כל רשות, ללא תשלום נוסף. חלופה שלישית, באמצעות SMS, הייתה כרוכה בתשלום עמלת Reverse Billing לחברת הסלולר. רק חלופה אחת, הפעלת חניה באמצעות אפליקציה, הייתה כרוכה בתשלום אשר היה על דעת לקוחות המשיבה. מנויי המשיבה נתנו הסכמתם המפורשת לגביית עמלה בגין הפעלת שירותי חניה באמצעות האפליקציה או SMS.

ההסכם עם משכ"ל אינו מהווה "חוזה לטובת צד שלישי" ולמבקש אין עילת תביעה אישית בגינו. לא קיים בהסכם ולו סעיף אחד המעיד על כוונת הצדדים להקנות לצד שלישי את הזכות לתבוע את המשיבות ככל שהפרו את ההסכם.

בהתאם לתנאי המכרז, תפקידה של המשיבה היה לשמש כאמצעי הפעלת שירות לתשלום בעד חניה, נוסף על ההסדרים שהיו קיימים עד לאותו מועד. תפקידה של המשיבה דמה לתפקידו של מדחן.

שירותי המשיבה, לרבות הפעלת החניה באמצעות האפליקציה, ניתנו בהתאם לאישורה הברור של משכ"ל. מדובר ב"שירות נוסף", שאינו מחויב בהתאם למכרז ושקיבל אישור לגביית תשלום בגינו. מעבר לכך, המבקש נעדר כל מעמד להתערבות בהסדר החוזי בין המשיבה לבין משכ"ל.

שירותי המשיבה מהווים "אמצעים להפעלת החניה". לעומת זאת, השירותים אותם מעניקות הרשויות המקומיות בישראל מתמצים ב"הקצאת מקומות חניה המסומנים בצבעי כחול-לבן", כאשר שירותים אלה מפוקחים על ידי השלטון ולפיכך נקבע, שאין לגבות סכום נוסף העולה על





בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

התעריפים המרביים שנקבעו לשירותים אלה על פי דין. שירותי המשיבה הם "מחיר" ולא "אגרה" והמשיבה לא העניקה למנוייה "טובין או שירותים" כמשמעותם בחוק הגנת הצרכן.

סעיף 70 לפקודת התעבורה קובע מחיר מרבי "עבור החניה" וזאת במובחן מהמחיר עבור השימוש באמצעי כזה או אחר להפעלת החניה.

מערכת החוזים בין המבקש לבין המשיבה מוסדרת בהסכם אחד והוא "תנאי השימוש". תנאי השימוש מקנים למשיבה את האפשרות לגבות עמלות בגין שימוש בפלטפורמות המהוות אך אמצעי להפעלת חניה. בנסיבות אלה, העמלות אותן גבתה המשיבה ממנוייה, אשר עשו שימוש מרצון באפליקציה או במסרון, נגבו על פי זכות שבדין ומהוות טובת הנאה שלא ניתן לתבוע בגינה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט והתניה אינה מהווה תניה מקפחת בחוזה אחד.

בקשת האישור אינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות ולא קיימת אפשרות סבירה, שהשאלות המהותיות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה.

דיון

המבקש להגיש תובענה ייצוגית נדרש לעמוד בתנאים הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות. סעיף 4 לחוק קובע, שאדם רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית אם יש לו עילת תביעה אישית, "המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה" וסעיף 8(א) לחוק קובע, שבית המשפט רשאי לאשר הגשת תובענה ייצוגית אם מצא, שיש אפשרות סבירה ששאלות אלה תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה. טענות הצדדים מתמקדות בתנאים אלה.

גביית תשלום עבור הפעלת חניה באמצעות האפליקציה

לטענת המבקש, המשיבה הייתה מחוייבת לספק אפשרות לתשלום אגרת חניה באפליקציה, כחלק מהתחייבותיה במכרז, ללא תשלום נוסף מצד המשתמש. עוד טוען המבקש, שגביית העמלה על ידי המשיבה מביאה לתשלום העולה על התעריף הקבוע בחוקי העזר של הרשויות המקומיות ובניגוד לסעיף 77 וסעיף 70(ג) לפקודת התעבורה. בנוסף, גביית העמלה מהווה הפרה של סעיף 13ח לחוק הגנת הצרכן.

העילה החוזית - גביית תשלום בניגוד להוראות המכרז והחוזה עם משכ"ל

סעיפים 2 ו-5.1 למפרט המערכת קובעים, שהמערכת תאפשר ממשק לנהג חונה באמצעות: טלפון, טלפון סלולארי, הודעת SMS, אתר אינטרנט ו-אתר WAP. המונח WAP מוגדר כדלהלן: "דפדפן המאפשר למכשירים ניידים, בכללם טלפונים סלולאריים, לגלוש באינטרנט" (סעיף 1.3 לחוזה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

סעיף 5.5 למפרט קובע את חובתה של המשיבה לפתח יישום לשם ביצוע פעולות בטלפון הסלולארי: "הספק יפתח יישום WAP שאותו יוכלו המשתמשים להוריד ולבצע פעולות חניה עבור רכב ברירת המחדל ואפשרות להחניה כלי רכב אחרים בדומה לתהליך המתבצע באתר האינטרנט".

לטענת המבקש, אסור היה למשיבה לגבות תשלום עבור הפעלת חניה באמצעות אפליקציה מאחר שדרישה זו נכללה במפרט המקורי ולא התקבלה החלטה של גורם כלשהו לשנות מתנאי המכרז. עוד טוען המבקש, שהחובה אשר נכרת מכוח המכרז היא חובה לטובת צד שלישי והתניה בחובה מול חברי הקבוצה המאפשרת למשיבה לגבות את התשלום מהווה תניה מקפחת בחובה אחיד.

לטענת המשיבה, המבקש אינו צד לחובה בינה לבין משכ"ל ואין מדובר בחובה לטובת צד שלישי. עוד נטען, שהמשיבה פעלה בהתאם להוראות המכרז והחובה וקיבלה אישור לכל פעולה שנקטה. מוסיפה המשיבה וטוענת, שהאפליקציה היא "שירות נוסף" כאמור בחובה עם משכ"ל וככזה, המשיבה רשאית הייתה לגבות תשלום בגינו.

דיון בעילה החוזית

החובה אשר נכרת בעקבות הזכיה במכרז היה בין המשיבה לבין משכ"ל. המבקש אינו צד לחובה. בנסיבות אלה, יש חשיבות רבה לעמדת משכ"ל לגבי החובה ופרשנותו ולאישורים, שניתנו למשיבה על ידי משכ"ל.

במכתב מנכ"ל משכ"ל למשיבה מיום 9.1.2012 אישרה משכ"ל "הפעלת 'שירות נוסף' ... – שירות הפעלת חניה באמצעות 'אפליקציה'" (נספח 1 לתשובה לבקשת האישור, סעיף 1). עוד נאמר במכתב, שמשכ"ל "מבהירה בזאת כי אינה רואה כל מניעה להפעלת האפליקציה על ידכם, אשר מהווה דרך נוספת יעילה ונוחה, העומדת לרשות ציבור הנהגים ולרווחתו" (סעיף 2 למכתב). משכ"ל מוסיפה ומבהירה, כי "מאחר ומדובר בשירות נוסף, אשר אינו מחוייב בהתאם לתנאי המכרז, לפיכך לא תתערב החברה בדבר גובה התשלום אשר ייגבה על ידכם בגין השירות הנ"ל..." (סעיף 3 למכתב).

מר אביקם בלר, מנכ"ל משכ"ל (להלן – **מר בלר**), אישר את הדברים בתצהירו: "משכ"ל אישרה למילגם להפעיל אפליקציה כ'שירות נוסף'... והותירה את גובה התשלום אשר ייגבה ממשתמשי אפליקציית Pango + לשיקול דעתה של מילגם, מאחר ומדובר בשירות וולנטרי הנתון לבחירתו המוחלטת של המשתמש..." (סעיף 6 לתצהיר). תמיכה לכך ניתן למצוא גם בסעיפים 5 ו-6 לתצהירה של גבי שירה דסקל ממרד י. סלומון יעוץ כלכלי ומוניציפלי בע"מ, ששימשה כיועצת חיצונית וכרכזת פרויקט החניה במשכ"ל (להלן – **גבי דסקל**).



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

לטענת המבקש, המשיבה נדרשה לפתח יישום מותאם טלפון סלולארי הקרוי – WAP. המשיבה לא אפשרה להפעיל חניה באמצעות אינטרנט מותאם טלפון נייד ובכלל זה יישומון WAP, אלא באמצעות האפליקציה, שהוצעה בשלב מאוחר יותר, יישומון הקרוי + Pango (סעיף 62 לסיכומי המבקש). בהתאם לחוזה, אסור היה למשיבה לגבות תשלום עבור הפעלת חניה באמצעות יישום. לא התקבלה החלטה של גורם כלשהו לשנות מתנאי המכרז. אלא שבשנת 2012 המשיבה ומר בלר טעו, הוטעו או העדיפו במודע לקרוא לאפליקציה "שירות נוסף" (סעיפים 64 – 65 לסיכומי המבקש).

נדמה, שקיים קושי רב בפירוש חוזה בניגוד לעמדת שני הצדדים לחוזה וקבלת פרשנותו של צד שלישי. בחנתי את טענות הצדדים ולא מצאתי שיש אפשרות סבירה, שפרשנות המבקש תתקבל.

טכנולוגיית WAP הייתה קיימת במועד פרסום המכרז ונועדה לאפשר גלישה באתרי אינטרנט מתוך הטלפון הסלולארי, אך "אין בין מאפייניה של טכנולוגיית WAP זו לבין מאפייניה של אפליקציה סלולארית (כדוגמת אפליקציית + Pango) דבר וחצי דבר" (סעיף 4 לתצהיר גבי דסקל).

המשיבה אפשרה הפעלת חניה באמצעות שיחת טלפון, באמצעות אתר האינטרנט ובאמצעות הודעת SMS (גבי דסקל, עמוד 67 לפרוטוקול).

בשנת 2012, כחמש שנים לאחר עריכת המכרז, השיקה המשיבה את האפליקציה. נוכח הראיות שהוגשו לא ניתן לקבל את הטענה, שהאפליקציה הייתה חלק מתנאי המכרז שכן נראה שאפליקציות או יישומים מסוג זה לא היו קיימים במועדים שבהם הוגדרו ונקבעו תנאי המכרז. גבי דסקל מציינת בתצהירה, ש"טענה זו חסרת כל שחר ומשוללת יסוד" (סעיף 4) ומבהירה בחקירתה הנגדית, ש"לא חלמנו אפילו שיהיה סוג כזה של יישומים... לא חלמנו אז ולא דמינו על סוג כזה של יישומים שהיום כולנו מכירים אותם וקוראים להם אפליקציה סלולרית..." (גבי דסקל, עמוד 59 לפרוטוקול). ובהמשך, "האפליקציה שמילגם פיתחו אחר כך, האפליקציה הסלולרית שהם פיתחו בשלב הרבה יותר מאוחר לשלב שבו עלתה המערכת לאוויר, זה משהו שלא הוגדר במכרז, לא דרשנו אותו במכרז, לא חלמנו בכלל שיכול להיות יישום כזה, מה שאנחנו הגדרנו במכרז... שהספק מחויב לתמוך בטכנולוגיית WAP, שזאת אותה טכנולוגיה שאפשרה בעבר לטלפונים הטיפשים לגלוש לאתרי אינטרנט..." (גבי דסקל, עמוד 66 לפרוטוקול).

מר בלר, מנכ"ל משכ"ל, הצהיר אף הוא, שבמועד ניסוח מסמכי המכרז לא הייתה קיימת אפליקציה סלולארית וכי פיתוחה נעשה על ידי המשיבה, ללא השתתפות כלשהי מצד משכ"ל או מרכז השלטון המקומי (סעיף 5 לתצהירו). מר בלר נשאל על כך בחקירתו והשיב, "אתה מדבר על וואפ שזה טכנולוגיה ישנה יותר. זה לא דומה, אף אחד לא חשב ששנתיים אחרי זה יצא טלפון חכם וחמש שנים אחר כך יעשו שימוש באפליקציות..." (עמוד 135 לפרוטוקול).



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

מהאמור עולה, שיישום WAP אינו דומה לאפליקציה הסלולארית ולא הייתה דרישה במסמכי המכרז להפעלת חניה באפליקציה סלולארית (ראו גם: גבי דסקל, עמוד 77 לפרוטוקול).

בנוסף יצויין, שמר בלר הצהיר על כך, שהמשיבה העמידה מערכת "אשר אפשרה את הפעלת החניה באמצעות הטלפון הסלולארי... ויועציה המקצועיים של משכ"ל אישרו את מערכת מילגם, על כלל רבדיה ובהתאם, ניתן אישור לסיום הפיילוט בהצלחה" (סעיף 4 לתצהירו, נספח 1 לתצהירו).

עוד עולה מהראיות שהוצגו, שהמשיבה ומשכ"ל הסכימו, שמדובר ב"שירות נוסף" וכי המשיבה רשאית לגבות תשלום בגינו (נספח 1 לתשובה לבקשה לאישור; סעיף 7 לתצהיר מר בלר; סעיפים 5 ו-6 לתצהיר גבי דסקל, סעיף 6 לתצהיר מר אלבו, מנכ"ל המשיבה). מר בלר נשאל על כך בחקירתו הנגדית והשיב, "... האפליקציה הייתה בשירותים הנוספים, זה לא היה סוג של שירות שנכלל במכרז... אפליקציה הייתה רק תוספת למה שהיה במכרז. זאת אומרת, אנחנו אפשרנו בזה שימוש באמצעים נוספים לנהגים על מנת להקל עליהם בחניה" (עמוד 135 לפרוטוקול).

מר בלר, מנכ"ל משכ"ל, מר אלבו, מנכ"ל המשיבה וגבי דסקל העידו על אומד דעתם לגבי הוראות החוזה, על ההסכמות שהושגו בין הצדדים ועל האישורים שניתנו למשיבה. גרסתם מהימנה ונתמכת במסמכים שהופקו בזמן אמת והיא מטה את הכף לדחיית הטענה של המבקש, שגביית תשלום עבור שימוש באפליקציה מהווה הפרה של החוזה בין המשיבה לבין משכ"ל.

למבקש טענות לגבי האישורים שניתנו למשיבה על ידי משכ"ל (סעיפים 65 – 69 לסיכומי המבקש). ככל שיש בטענות אלה ממש, יש להפנותן, אם בכלל, כלפי משכ"ל ולא כלפי המשיבה אשר קיבלה אישור לגביית תשלום עבור השימוש באפליקציה.

נוכח המסקנה, שלא הוכחה הפרת חוזה מתייתר הצורך לדון בטענה, שמדובר בחוזה לטובת צד שלישי, שכן מדובר באותו חוזה ממש.

העילה הנזיקית - גביית תשלום העולה על התעריף הקבוע בחוקי העזר של הרשויות המקומיות ובניגוד לסעיף 77 וסעיף 70ב(ג) לפקודת התעבורה מהווה הפרה של סעיף 13ח לחוק הגנת הצרכן.

אין מחלוקת עובדתית, שגביית תשלום נוסף עבור הפעלת חניה באמצעות אפליקציה מביאה לכך, שסך התשלום הכולל חורג משיעור האגרה, שנקבע על ידי הרשויות המקומיות הרלוונטיות.





בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

לטענת המבקש, גביית התשלום האמור מהווה הפרה של סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן (תעריף שנקבע לפי דין – איסור גביית עמלה ודרכי תשלום), הקובע כדלהלן:
..."

"עמלה" – תשלום בשל פעולה הנעשית לשם חישוב או קביעה של חיוב או בשל דרך תשלום החיוב, למעט תשלום לפי דין בשל איחור בתשלום החיוב.

(ב) (1) עוסק המספק טובין או שירותים שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין (בסעיף זה – שירותים או טובין מפוקחים) לא יהיה רשאי לגבות מצרכן עמלה לגבי אותם טובין או שירותים;

(2) הוראת פסקה (1) תחול גם לגבי שירותים או טובין שאינם שירותים או טובין מפוקחים, אם התשלום לגביהם מתבצע לפי חשבונית או הודעת תשלום מאת עוסק המספק שירותים או טובין מפוקחים, והחשבונית או הודעת התשלום כוללת גם חיובים בעד שירותים או טובין מפוקחים.

לטענת המבקש, המקרה דנן נכנס לגדר המקרים שבהם חל איסור על המשיבה לגבות עמלה. המשיבה היא עוסק, המספק שירות של תשלום אגרת חניה, שהתעריף לו קבוע בדין: פקודת התעבורה, תקנות התעבורה (מחיר מרבי בעבור חניה לפי הסדר חניה ארצי אחיד), תש"ס-2000, ובחוקי העזר העירוניים של כל רשות ורשות. המשיבה גובה עמלה עבור הפעלת חניה, שהיא פעולה לחישוב או קביעת החיוב באגרת החניה והמשיבה עצמה מכנה את הסכום אותו היא גובה בגין שירות הפעלת חניה כ"עמלה".

הסדר החניה הארצי האחיד כולל הן את התשלום עבור החניה עצמה והן עבור האמצעי דרכו התשלום מבוצע. המשיבה קיבלה עמלה על הסדרי החניה הארציים שמכרה, מתוך הסכום שנקבע בדין – בהתאם לתנאי המכרז והעובדה, שהשירות נוח יותר מחלופות אחרות, אינה מקנה למשיבה זכות לגבות עבור הסדר החניה תעריף גבוה מזה אשר נקבע בדין.

המשיבה אינה רשות ומכאן, שאין מקום להבחנה בין סוגי התשלומים שיכולים להיות משולמים לרשות (מס, אגרה או מחיר).

המשיבה מתעלמת משינוי הדין שהתרחש בשנת 2012 עם חקיקת סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן וטענותיה מבוססות כולן על פסיקה שקדמה לחקיקתו, שנועדה לשנות את המצב שהיה קיים בעבר.

לפיכך, לגישת המבקש, חל על המשיבה איסור לגבות עמלה תמורת תשלום הסדר חניה ארצי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

לטענת המשיבה, אין היא גובה מלקוחותיה תשלום עבור החניה (למעט הסכום שנגבה עבור הרשות המקומית). המשיבה מספקת פלטפורמות טכנולוגיות שונות, בין היתר עבור חניה, כאשר חלק מהחלופות כרוכות בתשלום וחלק לא.

לקוחות המשיבה יודעים על קיומן של חלופות שונות לתשלום החניה, חלקן ללא שימוש בשירותי המשיבה, וחלקן באמצעות המשיבה והם בוחרים מרצונם החופשי לבחור בחלופה כלשהי. חלק מהלקוחות מעדיפים להפעיל את החניה באמצעות האפליקציה הסלולארית כאשר הם יודעים, ששירות זה כרוך בתשלום נוסף. אף המבקש הודה, שהוא עושה שימוש באפליקציה מטעמי נוחות.

השירות אשר ניתן באמצעות האפליקציה מורכב משני חלקים: הראשון, תשלום למשיבה בגין השימוש באפליקציה. השני, תשלום לרשויות בעד שירות החניה.

מטרת המחוקק בחוקקו את סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן הייתה, למנוע מספק המספק שירותים מפוקחים לחייב את הצרכן לשלם בדרך ייעודית וספציפית המחייבת אותו גם בתשלום עמלה נוספת מעבר לתשלום המפוקח.

המשיבה אינה מספקת שירותים מפוקחים. הרשויות המקומיות הן שמספקות את שירות החניה המפוקח. המשיבה מספקת פלטפורמה טכנולוגית להזמנת חניה. המשיבה אינה קובעת את האמצעי הטכנולוגי בו יעשה הצרכן שימוש. המשיבה הציעה ארבע חלופות שונות להזמנת חניה, כאשר לפחות שתיים מהן אינן כרוכות בתשלום.

דיון בעילה הנזיקית

סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן פורסם בספר החוקים ביום 11.8.2011 ותחילתו נקבעה ליום 1.1.2012 (חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 30), התשע"א-2011; ס"ח מס' 2310, מיום 11.8.2011, עמוד 1021). סעיף 4 לתיקון לחוק קובע, שהוראותיו יחולו על תשלומים שישולמו מיום התחילה ואילך גם בשל התקשרויות להספקת שירותים או טובין כאמור בסעיף 13 לחוק העיקרי, שנעשו לפני יום התחילה. לפיכך, הוראות סעיף 13 לחוק הגנת הצרכן רלוונטיות גם למקרה דנן.

סעיף 13(ב)(1) קובע, ש"עוסק" המספק שירותים, שנקבע להם תעריף לתשלום בידי צרכן לפי דין, "לא יהיה רשאי לגבות מצרכן עמלה לגבי אותם טובין או שירותים".

התשלום למשיבה עבור השימוש האפליקציה נכנס לגדר "עמלה", שכן מדובר בתשלום עבור פעולה הנעשית בשל "דרך תשלום החיוב" (סעיף 13(א) לחוק הגנת הצרכן). האפליקציה היא "דרך" לתשלום החיוב, שהוא אגרת החניה המשולמת לרשויות המקומיות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 15-05-13868 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

המשיבה היא "עוסק" המספק שירותים – "אספקת שירותי תשלום דמי חניה במסגרת הסדר ארצי ברשויות המקומיות באמצעות טלפון סלולארי" ("הואיל" ראשון בחוזה ההתקשרות עם משכ"ל, עמוד 14 למסמכי המכרז, נספח 7 לבקשה לאישור).

תעריף דמי החניה נקבע לפי דין, "לעניין תעריפי חניה, קיימים שני הסדרים מכוח שני סעיפי חוק שונים. סעיף 77 לפקודת התעבורה מסמיך את הרשויות המקומיות, בפרוצדורה שנקבעה בפקודה, לקבוע תעריף חניה. הסעיף האחר – סעיף 70ב לפקודת התעבורה – דן בהסדר חניה ארצי אחיד ולפיו – 'החניה בתשלום בדרך עירונית תהיה על פי הסדר חניה הנהוג בתחומי הרשות המקומית בה מצויה אותה דרך או על פי הסדר חניה ארצי אחיד, על פי בחירתו של נהג הרכב'. להסדר החניה הארצי יש כאמור פרוצדורה אחרת לקביעתו – על פי קביעת שר הפנים ושר התחבורה באישור ועדת הכלכלה של הכנסת (סעיף 70ב(ג) לפקודה)" (ע"א 280/09 סלופארק טכנולוגיות בע"מ נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ, פסק דין מיום 22.2.11, פסקה 5, הדגשות במקור; להלן – ע"א 280/09).

מהאמור עד כאן עולה, שהמשיבה לא הייתה רשאית לגבות תוספת תשלום, עמלה, בגין השימוש באפליקציה.

לטענת המשיבה, ניתן ללמוד מדברי ההסבר לתיקון חוק הגנת הצרכן (הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מספר 29)(דרכי תשלום לגבי תעריף שנקבע לפי דין), התשע"א-2011; הצעות חוק הכנסת – 377, מיום 16.3.2011, עמ' 125), שהתיקון לחוק נועד למנוע מצב שבו, הספק דורש מהצרכן לשלם באמצעי תשלום אחד, מסוים, ודורש, לעיתים, מהצרכן לשלם עמלה הנובעת מדרך התשלום שהעוסק מכתב.

לא ניתן לקבל את טענת המשיבה. ראשית, סעיף 13ח(ב) לחוק הגנת הצרכן לא היה קיים כלל בנוסח שהוצע בהצעת החוק והוסף לאחר מכן. שנית, נוסח הסעיף ברור, אין בו סייגים ולא ניתן לפרשנות המבוקשת על ידי המשיבה, לא ניתן לגבות עמלה מצרכן עבור שירותים שנקבע להם תעריף לפי דין. בנוסף, לא ניתן לקבל את ההבחנה לה טוענת המשיבה בין התשלום בגין השימוש באפליקציה לבין התשלום בעד שירות החניה. התשלום בעד השימוש באפליקציה הוא "העמלה" האסורה על פי חוק הגנת הצרכן, "תשלום בשל דרך תשלום החיוב". קבלת ההבחנה המוצעת על ידי המשיבה תחתור תחת התיקון לחוק ותאפשר תשלום עמלות תחת הכותרת "תשלום בגין שימוש...".

הצדדים מצטטים בסיכומיהם מהדיונים שהתקיימו בוועדת הכלכלה של הכנסת בנושא התיקון לחוק. ראשית ייאמר, שנוסח החוק ברור והוא מייתר את הפנייה לדיונים בוועדת הכלכלה. שנית, הצדדים הציגו ציטוטים חלקיים בלבד מדיוני הוועדה ושלישית, קיים קושי בהתחקות אחר כוונת המחוקק מדברי המחוקקים במהלך הדיונים במהלך תהליך החקיקה (ע"א 280/09, פסקה 6).



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

לבסוף יצוין, שהמשיבה הפסיקה לשמש כזכיין של משכ"ל ואינה מספקת "הסדר חניה ארצי" החל מיום 13.5.2015 וכי מנגנון תמחור שירותי המשיבה השתנה ואינו מחייב עוד בגין שירות הפעלת חניה מרחוק באמצעות אפליקציה החל מיום 5.5.2015. דהיינו, החיוב בגין הפעלת החניה באמצעות האפליקציה בוטל מספר ימים קודם להפסקת הזיכיון. משמע, כל אימת שהיה זיכיון הסדר החניה הארצי בידי המשיבה הצרכנים נדרשו לשלם עבור השימוש באפליקציה וכאשר הזיכיון הופסק, החיוב בוטל.

המסקנה מכל האמור היא, שגביית התשלום עבור השימוש באפליקציה נעשתה בניגוד להוראות חוק הגנת הצרכן ולתובע כמו גם לקבוצה עומדת עילת תביעה נגד המשיבה.

נוכח מסקנה זו, מתייטר הצורך לדון בטענה, שהתניה בחוזה בין המשיבה לבין חברי הקבוצה, המאפשרת למשיבה לגבות את תשלום עבור השימוש באפליקציה, מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. שכן, "לאור תכליותיו ומטרותיו של חוק הגנת הצרכן ברי כי הסדריו הינם קוגנטיים ואינם ניתנים להתנאה" (רע"א 3429/13 רז נ' גוליבר תיירות בע"מ, פסק דין מיום 13.4.2014, פסקה 14).

מעשה או מחדל בניגוד לסעיף 13 לחוק הגנת הצרכן דינו כדין עוולה לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] (סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן). גביית עמלה אסורה בניגוד לחוק גם מהווה "עשיית עושר ולא במשפט" לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט.

התקיימות יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית

בשים לב למסקנה, שעומדת למבקש (ולקבוצה) עילת תביעה נגד המשיבה, יתר התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות מתקיימים אף הם. בקשת האישור מעוררת שאלות עובדתיות ומשפטיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, כגון – האם גביית העמלה נעשתה כדין וזכותם של חברי הקבוצה להשבת העמלה.

התנהלות המשיבה משקפת דפוס פעולה רחב כלפי כלל לקוחותיה באופן המצדיק ניהול תובענה ייצוגית. הנזק שנגרם לכל פרט מהקבוצה, 40 אגורות, אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אך סך כל הנזק המצטבר לקבוצה מצדיק הגשת תובענה ייצוגית, המשרתת את מטרות חוק תובענות ייצוגיות.

ייצוג המבקש עד כה מעיד על כך, שחברי הקבוצה מיוצגים בדרך הולמת ונראה, שבכוחם של ב"כ הקבוצה לנהל את התובענה לטובת חברי הקבוצה ובתום לב.





בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

גביית תשלום עבור הפעלת חניה באמצעות SMS

לטענת המבקש, אסור היה על המשיבה לגבות תשלום נוסף עבור הפעלת חניה באמצעות SMS. במהלך חקירתו של מר אלבוז, התברר, שלמשיבה היה הסכם עם חברת תוכן בשם שמיר, אשר העבירה לה כמחצית מהסכומים שנגבו עבור הפעלת חניה באמצעות SMS (עמודים 101 – 103), "סדר גודל של 180,000 ₪ לאורך כל השנים" (עמוד 101 לפרוטוקול).

לטענת המשיבה, גביית התשלום עבור הודעות ה-SMS בוצעה על ידי חברת הסלולר והסכום שולשל לכיסה במלואו. לטענתה, לא גבתה סכום זה ולא הייתה לה כל נגיעה בגבייתו.

עוד טוענת המשיבה, שהמבקש נעדר עילת תביעה אישית בכל הקשור לחיוב בגין הודעות SMS. המבקש הודה בחקירתו, שמעולם לא הפעיל חניה באמצעי זה (עמוד 29 לפרוטוקול). סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, כי המבקש לאשר תובענה כייצוגית צריך להוכיח קיומה של עילת תביעה אישית. לפיכך, המבקש דן אינו רשאי להגיש בקשה לאישור בעניין זה.

המבקש לא התייחס לטענה זו בסיכומיו.

נדמה, שהמבקש אינו עומד בתנאי הראשון הנדרש לצורך הגשת תובענה ייצוגית: קיומה של עילת תביעה אישית לגבי הפעלת חניה באמצעות SMS (סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות; ראו בעניין זה: א' פלינט, ח' ויניצקי, "תובענות ייצוגיות", הוצאת נבו, 2017, עמ' 112 – 125).

די בכך, כדי לדחות את הבקשה לאישור בעניין זה, "כדי לפסוע אל תוך עולמן של התובענות הייצוגיות, תנאי בסיסי הוא קיומה של עילת תביעה אישית. בהעדרה של עילה כזו, דין התובענה להימחק או להידחות על הסף, וממילא לא ניתן לאשרה כתובענה ייצוגית" (ע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסק דין מיום 4.7.2005, פסקה ו(3)).

מעבר לכך יצוין, שהתשלום לחברת הסלולר אושר על ידי משכ"ל (סעיפים 8, 10 לתצהיר מר בלר; סעיף 7 לתצהיר גב' דסקל ודבריה בעמוד 102 לפרוטוקול) ואילו העובדות הנוגעות לתשלום לחברת הסלולר וממנה לחברת התוכן "שמיר" וממנה, באופן חלקי, למשיבה לא הובררו די צורכם על מנת שניתן יהיה לקבוע ממצאים בגינן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

סוף דבר

מהטעמים האמורים עד כאן בקשת האישור מתקבלת, בהתאם למפורט להלן:

עילות התביעה בגינן מאושרת הגשת תובענה ייצוגית: עילה נזיקית בהתאם לסעיפים 13 ח ו- 31 לחוק הגנת הצרכן ועשיית עושר ולא במשפט.

הגדרת הקבוצה: כל אדם אשר שילם למשיבה עמלה תמורת תשלום אגרת חניה באמצעות שימוש באפליקציה של המשיבה, החל מיום 1.1.2011 ועד להפסקת גביית העמלה או מתן החלטה זו, לפי המוקדם.

הסעדים הנתבעים: השבה, בצירוף הפרשי ריבית והצמדה כדין.

תובע מייצג: איתי ארליכמן.

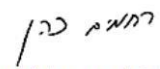
באי כוח המייצג: עוה"ד גלעד מרקמן ודוד שוורצבאום.

ב"כ הצדדים יפרסמו הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית, כאמור בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות. נוסח ההודעה יכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק תובענות ייצוגיות בהתאם להחלטה זו וכן הבהרה בדבר זכותו של כל חבר בקבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות.

נוסח ההודעה יתואם בין באי כוח הצדדים ויוגש לאישור תוך 14 ימים מהיום. גודל האותיות לא יפחת מ- 2 מילימטרים. המשיבה תישא בעלויות הפרסום וההודעה תפורסם בשני עיתונים יומיים, ארציים, בעלי תפוצה רחבה.

בהתאם לסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות, המשיבה תשלם לבאי כוח המבקש שכר טרחה בגין טיפולם בתובענה עד לשלב זה, בסך כולל של 58,500 ₪, תוך 30 ימים מהיום.

ניתנה היום, ד' כסלו, תש"פ, 2 דצמבר, 2019, בהעדר הצדדים.


רחמים כהן, שופט



בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו

ת"צ 13868-05-15 ארליכמן נ' מילגם חניה סלולארית בע"מ ואח'

