

בית המשפט המחוזי בחיפה
נוישטיין ואח'י מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'י
ת"צ 13863-06-16
סוג עניין: תובענה ייצוגית לפי חוק להגנת הצרכן
תאריך פתיחה: 06 יוני 2016
רמת חסינות: פתוח לציבור

תקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010.

טופס 3

(תקנה 19)

הודעה למנהל בתי המשפט¹

לכבוד

מנהל בתי המשפט

הגדרה: הודעה לפי חוק תובענות ייצוגיות

מספר תיק:

בבית משפט: מחוזי חיפה

שמות הצדדים: 1. נתן נוישטיין, ת"ד 024142002 באמצעות ב"כ

2. חנה ברכה אפלדורף, ת"ד 052331246 באמצעות ב"כ שניהם באמצעות עו"ד

נדב אפלדורף, תומר אפלדורף וזיו גלסברג

3. באמצעות ב"כ

נגד

1. מיקרוסופט ישראל בע"מ, ת"פ 511380693

2. Microsoft Corporation באמצעות ב"כ

פרטי המודיע:

שם: זיו גלסברג

כתובת: מנחם בגין 11 רמת גן 052331246

תפקיד בחליף: ☐ תובע ☐ נחבע ☒ ב"כ תובע ☐ ב"כ נחבע ☐ חבר קבוצה ☐ אחר

זאת הודעה על:

☒ הגשת בקשה לאישור לפי סעיף 6(א) לחוק; הגדרת הקבוצה לפי הבקשה: "כל לקוח אשר המשיבות כפו עליו שינוי של מערכת ההפעלה של מחשבו וספג עקב כך נזק"; מועד הגשת הבקשה: 5.6.2016; שאלות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה לפי הבקשה: עדכון מערכת ההפעלה ללא הסכמת הלקוח; תמצית הבקשה לאישור התובענה: הפרת חוק המזוהים, תשנ"ה-1995; הסעד המבוקש: כספי + צווים; הסכום או השווי המשוערים של תביעותם של כל הנמנים עם הקבוצה: מעל שלושה מיליון ש"ח, אך בסכום שלא ניתן להערכה בשלב זה (סה"כ 20 מיליון);

☐ החלטת בית משפט להחזיר צירוף של אדם לקבוצה לפי סעיף 10(ב) לחוק;

☐ החלטת בית משפט בדבר אישור תובענה ייצוגית או בדבר דחייה של בקשה לאישור לפי סעיף 14: הגדרת הקבוצה לפי סעיף 14(א)(1); עילות התובענה והשאלות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה לפי סעיף 14(א)(3); הסעדים הנבועים: [סה"כ 20 מיליון];

☐ החלטת בית המשפט ולפיה ניתן להגיש בקשה למינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג במקום תובע מייצג או בא כוח מייצג לפי סעיף 16(ד)(1) לחוק;

☐ לא הוגשה לבית המשפט, בתוך התקופה שקבע, בקשה למינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג במקום כל התובעים המייצגים או כל באי הכוח המייצגים כתובענה ייצוגית אשר בית המשפט אישר את הסתלקותם או מצא שנבצר מהם להמשיך בתפקידם לפי סעיף 16(ד)(2) לחוק;

☐ הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה לפי סעיף 18(ג) לחוק;

☐ החלטת בית משפט בכל הנוגע להסדר פשרה לפי סעיף 19 לחוק;

¹ פורסם ק"ת תש"ע מס' 6915 מיום 29.7.2010 עמ' 1442.

נבו

אתר: ☐

להודעה זו מצורפים המסמכים האלה:

1. הבקשה לאישור התובענה כייצוגית
2. נוסח התובענה
3. כרך תצהירים ונספחים משולב
- 4.
- 5.

תאריך 6.6.2016


תזכיר

עכו
nervach

בית המשפט המחוזי בחיפה
 נרשטין ואח'י מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'י
 ת"צ 13865-06-16
 סוג עניין: תובענה ייצוגית לפי חוק להגנת הצרכן
 תאריך פתיחה: 06 יוני 2016
 רמת הדין: פתוח לציבור

בבית המשפט המחוזי

בחיפה

1. נתן (נתלי) נוישטיין, ת"ז 024142002
 מרחוב גורדון 13, ירושלים

התובעים המייצגים:

2. חנה ברכה אפלדורף, ת"ז 052331246
 מרחוב סילבר אבא הלל 119, חיפה

בשם:
 כל הלקוחות שהתבעות כפו עליהם שינוי של
 מערכת ההפעלה של מחשביהם וספגו עקב כך
 נזק

הקבוצה המיוצגת:

על ידי באי הכוח המייצגים עו"ד נדב אפלדורף
 ואו תומר אפלדורף ואו זיו גלסברג

באי הכוח המייצגים:

בית משפט המחוזי

חיפה (95)

- 6 - 09 - 2016

נתקבל / נבדק

שכתובתם לצורך המצאת כתבי בי-דין הינה:
 דרך מנחם בגין 11, רמת גן 5268104
 טל': 03-7505555, פקס': 03-7505550

- נ ד -

1. מיקרוסופט ישראל בע"מ, ח"פ 511380693
 2. Microsoft Corporation
 מרחוב הפנינה 2 רעננה

הנתבעות:

סעדים מבוקשים: סעד כספי, צו עשה.

שווי סעד כספי: מעל 3 מיליון ש"ח, אך באופן שאינו ניתן להערכה בשלב זה.

תובענה ייצוגית

סכום דרישה 350,000 ₪

1. עניינה של תובענה ייצוגית זו הינה בהשתלטות מיקרוסופט, ספקית תוכנה מהגדולות
 מבעולם, על מחשבי משתמשי אחת מתוכנותיה, והחלפת התוכנה המותקנת עליהם, וזאת
 מטעמיה הבלעדיים ותוך התעלמות מטובת המשתמשים. מעשיה האמורים של
 מיקרוסופט מהווים, כפי שיתואר להלן, הפרה של סעיף 7 לחוק המחסבים, תשנ"ה - 1995
 (להלן: "חוק המחסבים"); הפרת חובה חקוקה ורשלנות מכוח סעיפים 63 ו- 35 לפקודת
 הנויקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנויקין"); הפרת חובה מכוח סעיפים 2, 3, 10 ו- 13
 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חובה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים (תרופות)");
 כמו גם קיום חובה שלא בתום לב וניחול משא ומתן שלא בתום לב מכוח סעיפים 12, 39
 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים").

2. הנתבעת 2 הינה חברה תוכנה, אשר מוצריה העיקריים הינם מערכות הפעלה מסדרת
 WINDOWS, בעוד הנתבעת 1 הינה נציגתה בישראל של הנתבעת 2 (להלן, ביחד ולחוד,

א. הרקע העובדתי

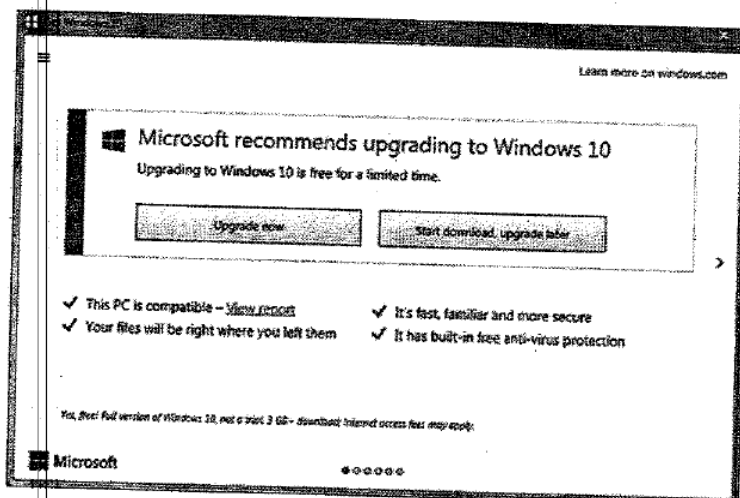
C:\Dropbox\מגזין - ייצוגים מיקרוסופטיות ומוצריהם.docx

11211

.2.N

- “3”

4



13. אלא שבכך לא הסתיימו ניסיונות ההמרה של מיקרוסופט, כפי שעולה בין היתר מעניינם של התובעים המייצגים, שכן בעניינם של התובעים המייצגים, כמו גם בעניינם של חברי הקבוצה, מיקרוסופט פעלה בכוונות והתקינה את מערכת ההפעלה החדשה על מחשביהם וזאת ללא הסכמתם, ואף בניגוד לרצונם. מיקרוסופט ביצעה את ההתקנה של המערכת החדשה חרף ניסיונותיהם של התובעים המייצגים וחברי הקבוצה להימנע מהתקנה כאמור ותוך התעלמות מוחלטת מרצונם בעניין זה.

14. כך בעניינו של התובע, המחזיק במחשב שעליו הותקנה מערכת ההפעלה WINDOWS 7 וזאת כבר ממועד רכישתו, לפני למעלה משנתיים. התובע התרגל למערכת זו ומצא אותה כמערכת יציבה וטובה. לפיכך, כאשר התקבלו על מחשבו הודעות בדבר אפשרות ההתקנה של מערכת ההפעלה החדשה, סירב התובע באופן עקבי ומכוון. אלא שעל אף עמדתו זו של התובע, ביום 20.5.2016, או בסמוך לכך, גילה התובע לפתע כי מערכת ההפעלה החדשה הותקנה על מחשבו וזאת בניגוד מוחלט לרצונו.

15. כך אף התרחש בעניינה של התובעת. כאמור לעיל, התובעת עושה שימוש במערכת ההפעלה WINDOWS 7 והיא מרוצה ממערכת הפעלה זו, אליה התרגלה. מעת לעת ובמשך חודשים ארוכים, במהלך השימוש הרגיל שעשתה התובעת במחשב, התקבלו במחשבה הודעות בדבר האפשרות לעדכון מערכת ההפעלה ל-WINDOWS 10. התובעת לא היתנה מעוניינת בעדכון מערכת ההפעלה, ובאופן עקבי דחתה את ההצעה פעם אחר פעם באופן עקבי ומכוון. אלא שעל אף עמדתה זו של התובעת, ביום 15.5.2016, או בסמוך לכך, גילתה התובעת לחפתעתה הרבה כי מערכת ההפעלה החדשה הותקנה על מחשבה וזאת בניגוד מוחלט לרצונה.

16. מעשים אלה גרמו לנזקים לתובעים המייצגים ולחברי הקבוצה. כך, בענייניו של התובע, אשר הופתע מהשינוי, הוטרד ממנו והתקשה להסתדר עם מערכת ההפעלה החדשה. בין היתר מערכת הפעלה זו הייתה איטית יותר ממערכת ההפעלה הקודמת אשר פעלה על מחשבו ואף והדפדפן בו נהג לעשות שימוש, מסוג אקפלורר, לא פעל. בשל כך, טלף התובע לפנות לטכנאי מחשבים על מנת להסיר את מערכת ההתקנה החדשה ולחזור להפעיל את מערכת ההפעלה הקודמת אשר הייתה מותקנת על מחשבו.

רצ"ב קבלה מיום 25.05.2016 מטכנאי המחשבים מסומן **כנספת 4**

"4"

17. כך אף בעניינה של התובעת, אשר אף היא הופתעה מהשינוי במחשבה, הוטרדה ממנו והתקשתה להסתדר עם מערכת ההפעלה החדשה. כך, בין היתר, גרמה מערכת ההפעלה החדשה לכך שמספר תוכנות שעושה בהן התובעת שימוש הפסיקו לעבוד (כדוגמת תוכנת פקס והמדפסת). ביום 28.5.2016 לאחר שנודע לה שישנה אפשרות לבטל (חלקית) את רוע הגזירה, הסירה התובעת את התקנת מערכת ההפעלה החדשה באמצעות הליך המכונה "נגלול לאחור" (roll back, בלעז), וחזרה לעשות שימוש במערכת Windows 7 (אולם, יש לציין, כי גם כעת, למרות "הנגלול לאחור" תוכנת הפקס והמדפסת אינן שמישות, וזאת בשל המעבר למערכת החדשה הכפויה שבוצעה).

18. מערכת ההפעלה החדשה שונה משמעותית ממערכת ההפעלה הקודמת של התובעים המייצגים, במראה, בתכונותיה, באפשרויותיה, בדרכי הפעלתה, בהתאמות לתוכנות שונות וכיוצא בזה.

19. זו אף זו. תהליך ההתקנה עצמו אורך מספר שעות ובזמן זה מושבת המחשב מעבודה, וזאת ללא כל צורך או תועלת למשתמש.

20. למיטב ידיעתם של התובעים הייצוגיים, כפי שעולה מפרסומיה של מיקרוסופט עצמה וכפי שאף עולה ממקורות שונים באינטרנט (להלן: "הדיווחים"), התקנת מערכת ההפעלה החדשה על מחשבם של חברי הקבוצה הינה תוצאה של התנהלות המכונה של מיקרוסופט, העושה שימוש במערכת העדכונים האוטומטית לשם התקנה של מערכת ההפעלה בניגוד לרצונם של המשתמשים.

21. כך, אף הסביר מר טרי מאירסון, סגן נשיא מיקרוסופט העולמי, העומד בראש קבוצת Windows והתקנים בפוסט שפורסם באתר מיקרוסופט ביום 29.10.2015:

"Windows 10 and Windows Update

We will soon be publishing Windows 10 as an "Optional Update" in Windows Update for all Windows 7 and Windows 8.1 customers. Windows Update is the trusted, logical location for our most important updates, and adding Windows 10 here is another way we will make it easy for you to find your upgrade.

Early next year, we expect to be re-categorizing Windows 10 as a "Recommended Update". Depending upon your Windows Update settings, this may cause the upgrade process to automatically initiate on your device."

רצ"ב פוסט מיום 29.10.2015, מסומן כנספח 5. "5"

22. התנחלות זו מתוארת אף בהרחבה בדיווחים. כך למשל, מתוארת התנהלות בפוסט מיום 13.11.2015, וכאשר מתקבלת תגובת מיקרוסופט, זו אינה מכחישה את מצב הדברים, אלא אף טוענת כי ניתן ללמוד עליו מן הבלוג של מר טרי מאירסון:

We then talked about the main 'updategate' itself, the issue of large downloads in the background without permission. We asked why this was being done, and what about people who either don't want the download, or didn't ask for it. The answer was surprising.

"The best place for those kinds of issues is Terry (Myerson)'s blog. User feedback we've had is that users who have come from Windows 7 or Windows 8 are 'very satisfied' with the upgrade process. We've got a lot of feedback around customers who want us to make it easier, so we're trying to facilitate that."

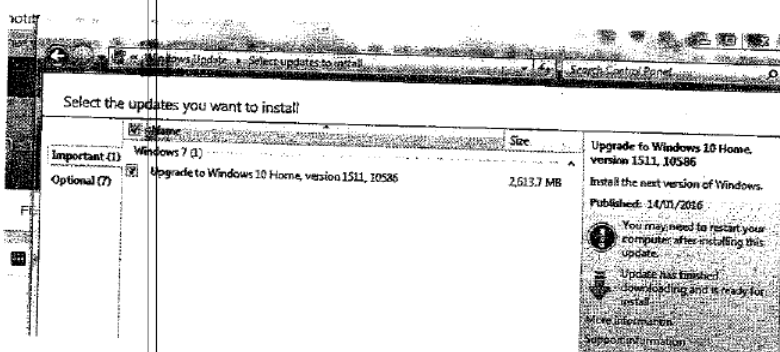
רצ"ב הדיווחים⁶, מסומנים כנספחים 6.1 – 6.10. "6"

- 5 הפוסט מצוי אף באתר של מיקרוסופט בכתובת:
- <https://blogs.windows.com/windowsexperience/2015/10/29/making-it-easier-to-upgrade-to-windows-10/>
- 6 הדיווחים האמורים מצויים אף בכתובת האינטרנט שלהלן:
- <http://www.theinquirer.net/inquirer/news/2425381/microsoft-is-downloading-windows-10-to-your-machine-just-in-case>
- <http://www.forbes.com/sites/gordonkelly/2015/10/30/windows-10-upgrades-now-automatic/#538a97161169>
- <http://www.forbes.com/sites/gordonkelly/2015/07/17/windows-10-forced-automatic-updates/#4ded5df8696c>
- <http://www.pcworld.com/article/3043464/windows/windows-7-users-complain-of-unprovoked-windows-10-auto-upgrades.html>
- <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/15/windows-10-automatically-installs-without-permission-complain-users>
- <http://www.themarket.com/wallstreet/1.2957124>

24. ככלל, מרבית המשתמשים פועלים לפי ברירת המחלד הקבועה בהתקנת המחשב, והיא התקנה אוטומטית של עדכונים מומלצים. מנגנון זה עובד ברקע ובאופן אוטומטי, כך שעדכונים חשובים מותקנים על המחשבים ללא כל מעורבות של המשתמש, כפי שמיקרוסופט חסבירה לעניין זה:

רצ"ב הסבר מיקרוסופט לעניין מנגנון העדכון האוטומטי, מסומן כנספת 7.

25. כאמור, מיקרוסופט בחרה להכניס את התקנת מערכת ההפעלה החדשה אל תוך העדכונים המומלצים, כך שמערכת הפעלה זו מותקנת באופן אוטומטי ולא שדרשת הסכמת המשתמש להתקנה. עובדה זו עולה משלל הדיווחים, מאמירות מטעמה של מיקרוסופט ואף אפשר להיווכח בה מבדיקה של מצב העדכונים במערכת החפלה עצמה:



<http://www.computerworld.com/article/2999548/microsoft-windows/microsoft-to-get-pushy-about-upgrading-to-windows-10.html>

<https://www.bxpert.com/showarticle/43/How-to-remove-Get-Windows-10-reminder-and-tray-item>

<https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/02/from-windows-1-to-windows-10-29-years-of-windows-evolution>

<http://windows.microsoft.com/he-il/windows/windows->

C:\Dropbox\מני תישיון - ייצוגות מיקרוסופט וסינכרונזציה.docx

- 8" רצ"ב העתק תנאי השימוש מסומן בנספח 8.

29. התובעים הייצוגיים והקבוצה הוטרוו מעצם ההחלטה לפרטיותם, כמו גם משינוי כללי של מערכת ההפעלה של המחשבים שלהם ומבזבז הזמן אשר נדרשו להוציא לשם לימוד והסתגלות למערכת זו, כמו גם להוצאת הכספים ו/או לחשכת הזמן אשר לה נדרשו במסגרת הניסיונות להשיב את מערכת ההפעלה הקודמת לפעולה.

30. בהתנהלותה הפרה מיקרוסופט את הוראות הדין, באופן המקים לתובעים הייצוגים ולחברי הקבוצה עילת תביעה אזרחית ואף זכאות לסעדים המבוקשים. כפי שפורט להלן, בין עילות התביעה הנוגעות לעניינו מצויות הפרת סעיף 7 לחוק המחשבים; הפרת חובה חקוקה ורשלנות מכוח פקודת הנוקין; הפרת חובה, קיומו שלא בתום לב ומשא ומתן שלא בתום לב מכוח חוק החוזים וחוק החוזים (תרופות). לפיכך, נספור להלן את העילות האמורות.

31. כאמור, עניינה של התובענה בענייננו הינה בחתקנת מערכת הפעלה חדשה על מחשבי המשתמשים, בניגוד לרצונם וללא הסכמתם.

32. לעניין זה קובע סעיף 7 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995 (להלן: "חוק המחשבים") כי ביצוע פעולות במחשב של אדם אחר שלא כדין מהווה עוולה אזרחית:

7. מעשה מן המעשים המנויים להלן הוא עוולה על פי פקודת הנוקין [נסח חדש], והוראותיה של פקודה זו יחולו עליו –
- (1) הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב;
- (2) מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת, שלא כדין.
33. המונח "חומר מחשב" מוגדר בסעיף 1 לחוק המחשבים וקובע כדלקמן:
- "חומר מחשב" - תוכנה או מידע;
34. אם כן, סעיף 7 לחוק המחשבים כולל מספר חלופות המקימות לפגע עילת תביעה בגין העוולה שנגרמה לו:
- 34.1. הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב;
- 34.2. הפרעה שלא כדין לשימוש בתוכנה או במידע;
- 34.3. מחיקה שלא כדין של תוכנה או מידע;
- 34.4. שינוי שלא כדין של תוכנה או מידע.
35. בעניינו, פעולות מיקרוסופט מהוות הפרה ישירה של הוראות אלה. כך, מעשי מיקרוסופט מהווים הפרעה לשימוש במחשב, כאמור בסעיף 7(1) לחוק המחשבים, שכן התקנת מערכת הפעלה בניגוד לרצונו של השתמש, תוך מניעת השימוש משך מספר שעות ושינוי דרכי הפעלתו, מהווה הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב. כאמור, מערכת ההפעלה שונה מחותית ממערכות ההפעלה הקודמות אשר היא החליפה והמעבר ממערכת הפעלה אחת לשנייה דורשת הסתגלות ומהווה הפרעה מהותית לשימוש.
36. יתר על כן, בשל העובדה שכאמור, לעיל, מערכת ההפעלה החדשה אינה תואמת את כלל התוכנות, הרי שהמשתמש אינו יכול להמשיך בעבודתו כרגיל והוא נדרש לפתרון בעיות, החלפת תוכנות והגדרת מחשבו מחדש.
37. באופן דומה מהווים מעשי מיקרוסופט הפרעה שלא כדין לשימוש בחומר מחשב, כלומר בתוכנה או במידע. בעניינו, מעשי מיקרוסופט מהווים הפרעה למשתמשים לעשות שימוש במערכת ההפעלה אשר התקינו על מחשבם ואף מהווים במקרים רבים הפרעה לשימוש בתוכנות אחרות המותקנות על מחשבי המשתמשים, אשר תואמות את מערכת ההפעלה הישנה ואינן תואמות את מערכת ההפעלה החדשה או דורשות ביצוע התאמות לשם עבודה סדירה ותקינה.
38. מעשי הנתבעות אף מונעים מן המשתמשים גישה למידע האגור על המחשב, בין אם באופן זמני, במהלך תקופת ההתקנה ובין אם באופן קבוע, בשל העובדה שחלק מן המידע דורש שימוש בתוכנות אשר מערכת ההפעלה החדשה אינה מותאמת להן ולפיכך אינן ניתנות

להפעלה עוד או שהן דורשות, כאמור לעיל, ביצוע התאמות. ברי כי המעשים האמורים עולים כדי הפרעה שלא כדין לשימוש במידע האצור על המחשב.

39. כך, מהווים מעשי מיקרוסופט אף מחיקת חומר מחשב וגרימת שינויים בחומר מחשב שלא כדין, כאמור בסעיף 7(2) לחוק המחשבים, שכן התקנת מערכת ההפעלה החדשה דורשת את מחיקתה של הקודמת וממילא גורמת לשינוי מהותי בו.

40. לפיכך ברור כי הרכיבים העובדתיים מתקיימים בעניינו ונותרת אך שאלת ביצוע הפעולה כדין. שאלת משמעותה של תיבה זו נדונה בפירוט אך לאחרונה ונקבע כי:

"באשר לפרשנות המונח 'שלא כדין' דומה, כי הפרשנות הראויה למונח היא שימוש במחשב בהיעדר הסכמת בעליו." (רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ. עזרא (נבו, 21.12.2015) (להלן: "עניין עזרא"), בפסקה יח' לפסק דינו של המשנה לנשיא, השופט א' רובינשטיין)

וכן:

"העבירה מתבצעת כאשר החזירה היא 'שלא כדין', היינו - ללא הרשאה של בעל המחשב (או אתר המוסמך ליתן הרשאה), או ללא סמכות חוקית לבצע החזירה לחומר מחשב, כגון על-פי צו היפוש (סעיפים 23 ו-23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר והיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969)." (עניין עזרא, פסקה 4 לדברי כבוש השופט מ' מזוז)

41. דברים אלה יפים לעניינו. משחתקנת מערכת ההפעלה החדשה בוצעה ללא הסכמת משתמשי המחשב, הרי שכלל הפעולות האמורות בוצעו שלא כדין וברור כי העילות המפורטות בסעיף 7 לחוק המחשבים מתקיימות בעניינו.

42. לעניין זה יובהר, כי סעיף 8 לחוק המחשבים קובע כי נטל ההוכחה בעניין ביצוע המעשה כדין מונח על כתפי הנתבעות.

43. זאת ועוד. כפי שצוין לעיל וכפי שיפורט להלן, עקב מעשי הנתבעות נגרם לחברי הקבוצה כולל נזק ממוני ובלתי ממוני.

44. זאת ועוד. סעיף 9 לחוק המחשבים קובע כי על מנת שיפסקו פיצויים כתוצאה מחוק זה נדרשת התרשלות המזיק:

9. לא יינתן פיצוי בתובענה שעילתה בפרק זה, אלא אם כן הוכח כי המזיק נגרם עקב התרשלותו של הנתבע.

45. כפי שיפורט להלן, מעשי הנתבעות בוצעו בכוונת מכון ומתוך צפיות מלאה, בכוון ובפועל, לנזקים שמעשיהם המתוארים עלולים לגרום. ברור אם כן, וכפי שיפורט להלן בפרק ד.3.ב, כי מעשי הנתבעות עולים כדי התרשלות.

- ## ב.2. הפרת חובה חקוקה

- ### ב.3. רשלנות

⁸ הצעת חוק המחשבים, (ה"ח תשנ"ד מס' 2278 עמ' 478).

59. מעשי מיקרוסופט מהווים עוולת נזיקת מסוג דשלנות מכוח סעיף 35 לפקודת הנזיקין הקובע כי:

35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ובבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ובבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלגו לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ובבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

60. הפסיקה קבעה כי יסודות עילת הרשלנות הם ארבעה במספר:

"עוולת הרשלנות מקורה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין. כעולה מהסעיף, התובע פיצויים בגין רשלנות נדרש להוכיח קיומם של מספר רכיבים. רכיב אחד הוא החובה – חובת הזהירות בה חב המזיק כלפי הנזוק "שלא לנהוג כפי שנהג". רכיב שני הוא היבט התרשלנות, בו נשאל האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו, או במילים אחרות האם סטה מסטנדרט הזהירות של האדם הסביר (ע"א 145/80 ועקנין נ' בית שמש פ"ד לז' (1) 113, 122). הרכיב השלישי משלים את העוולה: "הגורם ברשלנותו נזק לזולת עושה עוולה". זהו רכיב הנזק שגורם מהפרת החובה. האמת תיאמר כי ההלוקה לרכיבי עוולת הרשלנות יכולה לטעון בין שלושה עד המישה רכיבים. האחד הוא חובת הזהירות; השני הפרת החובה; השלישי נזק; הרביעי קשר סיבתי עובדתי; והחמישי קשר סיבתי משפטי. יש שכללו את השלושה האחרונים כאחד (פרופ' גלעד מתייחס הן לנזק הן לקשר הסיבתי בינו ובין התרשלנות של המזיק בתוך רכיב אחד של "גרימה"; ושראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 421 (התשע"ב) (להלן: גלעד, גבולות האחריות)). לטעמי על מנת שתשמש כלי עבודה נוח יותר, מוטב לחלק את רכיבי העוולה לארבעה – חובה, הפרת החובה, נזק, וקשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) (ע"א 3521/11 עו"ד וגנר נ' עבדי, בפסקה 6)

וראו גם את האמור בע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (נבו, 14.12.2006) בפסקה 4; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113; ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' צניק ז"ל, פ"ד מא(3) 169; ע"א 741/83 גוריון נ' גבראל, פ"ד לו(4) 266; ע"א 653/97 חברת מרכז בריד וצפורה בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד גג(5) 817; ע"א 7130/01 סולל בונה בניין ותשתית בע"מ נ' תנעמי, פ"ד נח(1) 1.

61. אם כן, יסודות עוולת הרשלנות הינם:

61.1. קיומה של חובת זהירות בין המזיק לנזוק;

61.2. הפרת החובה (התרשלות);

61.3. קשר סיבתי בין הנזק והתרשלות;

61.4. נזק.

62. נבחן לחלן את היסודות האמורים וניווכח כי הם מתקיימים בענייננו.

ב.3.א. חובת הזהירות

63. כידוע, חובת הזהירות כלל כוללת שני רכיבי משנה – חובת הזהירות המושגית וחובת הזהירות הקונקרטית.⁹ שני רכיבי משנה אלה נבדקים באמצעות מבחן הצפיות, כך שחובת הזהירות המושגית בוחנת, באופן כללי, את סוגי הנזקים, המזיקים והניזוקים והיחס ביניהם, בעוד שחובת הזהירות הקונקרטית מתמקדת בנסיבות המקרה המסוים.¹⁰
64. בענייננו, מיקרוסופט הינה יוצרת מערכת ההפעלה, משווקת המערכת, ואף האחראית לתחזוקתה. כידוע, מערכת ההפעלה של המחשב הינה גורם יסוד בהפעלת המחשב ובלעדיה או ככל שקיימת בה בעיה או תקלה, עלול להיווצר קושי ממשי בהפעלת המחשב.
65. ברור אם כן, כי לחברה מסוגה של מיקרוסופט, המשווקת מערכות הפעלה קמה צפיות לנזקים שעניינם הפרעה בפעילות המחשב כתוצאה מהחלפת מערכת ההפעלה שלו, כמו גם קושי בתפעול תוכנות אחרות המותקנות על המחשב והדורשות מן המשתמש לעסוק בהתאמת המערכת וההפעלה לצרכיו האישיים, ואף להעסיק אנשי מקצוע לשם כך. כל אלה עולים כדי נזק בלתי ממוני מסוג הטרדה, בזבוז זמנו של המשתמש, הפרעה במהלך העבודה והמנוחה, ופגיעה באוטונומיה ואף עשוי להיות כרוך בו נזק ממוני.
66. דברים אלה יפים במיוחד משחמשתמשים עושים שימוש במערכות ההפעלה באמצעות רישיון בלבד, בעוד מיקרוסופט שומרת לעצמה את כל זכויות הבעלות במערכות ההפעלה.
67. לפיכך, מתקיימת בענייננו חובת זהירות מושגית בין מיקרוסופט לבין חברי הקבוצה.
68. יתרה מכך, כבר נקבע כי הכלל לעניין חובת הזהירות המושגית הינו כי מקום בו חנוק צפוי מן הבחינה הפיזית, חובה לצפותו גם מן הבחינה הנורמטיבית, אלא אם קיימים שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית.¹¹
69. באופן דומה מתקיימת בענייננו אף חובת זהירות קונקרטית. המבחן לקיומה של חובת זהירות זו הינה האם האדם חסביר היה צריך לצפות את התרחשות הנזק:

"במסגרת בחינת חובת הזהירות הקונקרטית יש להפעיל את מבחן הצפיות במישור הפיסי והנורמטיבי, דהיינו מה אדם סביר יכול היה לצפות או צפה בפועל, ומה אדם סביר צריך היה לצפות." (עניין לוי, בפסקה 10)

וראו לעניין זה אף עניין טרויהפט, בפסקה 33.

⁹ ראה למשל ע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל (נבו, 12.03.2009), בפסקה 10 (להלן: "עניין לוי") וכן עניין וגנר, בפסקה 6.

¹⁰ ראה עניין לוי, בפסקה 10.

¹¹ ראו למשל ע"א 878/06 דב טרויהפט נ' עזיה, (נבו, 4.01.2009) (להלן: "עניין טרויהפט") בפסקה 32.

70. בענייננו, ברור מאליו כי אדם סביר בעמדתה של מיקרוסופט הייתה יכול ואף צריך לדעת כי התקנה של מערכת ההפעלה חדשה עשויה לגרום לקשיים ואי נוחות למשתמשים, לרבות קשיים בהפעלת יתר התוכנות המותקנות על המחשב, לא כל שכן כאשר התקנה זו מתבצעת ללא הסכמתו המפורשת של המשתמש.

71. יתר על כן, מיקרוסופט אף צפתה בפועל את הקשיים האמורים. כך, למשל עולה מן העובדה שמיקרוסופט טרחה להבהיר במסגרת מסמך שאלות ותשובות הנוגע להתקנת מערכת ההפעלה החדשה:

"לא תחשבו ללקוחות כדי לעזור להם בהתקנה או כדי לספק להם תמיכה טכנית עבור Windows 10..."

רצ"ב מסמך שאלות ותשובות לעניין התקנת מערכת ההפעלה החדשה¹² מסומן כנספח 10.

72. כך אף עולה מן העובדה שמיקרוסופט עצמה מסבירה כי משך שלב התקנת מערכת ההפעלה החדשה, לאחר הורדתה אורכת, לבדה שעה ואף יותר:

"הזמן הנדרש לשדרוג ל- Windows 10 תלוי בגורמים כגון גיל המכשיר והגדרותיו. לרוב המכשירים נדרשת כשעה כדי לשדרג לאחר סיום ההורדה. למכשירים ישנים נדרש זמן ארוך יותר, ובמכשירים חדשים, עם ביצועים טובים יותר, השדרוג יהיה מהיר יותר."

73. כך אף מתייחסת מיקרוסופט לאפשרות כי חלק מן המחשבים ואף חלק מן התוכנות לא יפעלו באופן תקין עם מערכת ההפעלה החדשה. למעשה, לאור קושי זה מתזיקה מיקרוסופט רשימה של בעיות תאימות ופתרונות מומלצים לחלקם, תוך שברור כי קיימות בעיות תאימות נוספות:

"האם האפליקציות והמכשירים שלי יפעלו עם Windows 10?"

Windows 10 תוכנן כך שיהיה תואם לרוב המכשירים והאפליקציות הומצאים כעת.

לקבלת פרטים על מכשירים ספציפיים ועל האפליקציות שלך, בדוק את דף התאימות שהוא חלק מהאפליקציה 'קבל את Windows 10'. לשם כך, פתח את האפליקציה 'קבל את Windows 10', בחר את התפריט בפינה הימנית העליונה של האפליקציה ולאחר מכן בחר בדוק את המחשב שלך (או המחשב שלך מוכן לצאת לדרך) כדי לראות את כל בעיות התאימות המוצגות ופתרונות מומלצים."

74. באופן דומה מודיעה מיקרוסופט כי חלק מתוכנות המערכת חשטנו משמעותית. כך למשל, תוכנת Windows Media Center, אשר שימשה בגרסאות מסוימות¹³ של מערכות

¹² המסמך אף מצוי בכתובת <http://windows.microsoft.com/he-il/windows-10/upgrade-to-windows-10-faq>

האם Windows Media Center זמין ב-Windows 10?

אם יש לך, Windows 7 Professional, Windows 7 Premium, Windows 7 Home Ultimate, Windows 7 Ultimate, Windows 8 Pro with Media Center ותתקין את Windows 8.1 Pro עם Windows Media Center יוסר. למשך זמן מוגבל ("תקופת הניסוי"), במערכת ששודרגה ל- Windows 10 מאחת מהגרסאות הקודמות של Windows ('מפרכת' שניגמדת בדרישות במלואה), תותקן אפליקציה להפעלת DVD ("Windows DVD Player"). הערה: ייתכן שנגן ה-DVD של Windows לא יותקן מיד. הוא יותקן לאחר ההרצה המוצלחת הראשונה של Windows Update. נגן ה- DVD של Windows יהיה זמין לרכישה מתחת Window מערכת אבן (א) עבור מערכות שאינן עומדות בדרישות המלאות אך תוקפת הניסוי שלהן חלפה; (ב) הן מערכות שאינן עומדות בדרישות המלאות; (ג) הן מערכות שעומדות בדרישות המלאות אך Windows 10 לאחר מכן הותקן בהן מחדש (במקרה זה, Windows Update אינו יכול לזהות שמדובר במערכת שעמדה בעבר בדרישות המלאות).

75. ברור אם כן כי מיקרוסופט צפתה, בפועל, קשיי התקנה, אובדן זמן ואף קשיי תפעול של המערכת, כמו גם קשיי הסתגלות.
76. תמונה דומה עולה אף מן הדיווחים, לפיהם בעיות אלה הוצגו למיקרוסופט חודשים ארוכים לפני ההתרחשויות בענייננו וזו בתרח' להתעלם מהם.
77. לפיכך, ברור כי מתקיימות בענייננו הן חובת זהירות מושגית והן חובת זהירות קונקרטית.

ב.3.ב. הפרת חובת הזהירות

78. כאמור, טענת התובעים המייצגים הינה כי מיקרוסופט הפרה בהתנהלותה את חובת הזהירות כלפי הקבוצה, ומעשיה מהווים התרשלות.

כ"ד, למשל, בגללה התרכבה האמירה בגרסת WINDOWS 7 וחולק מגרסאות WINDOWS 8.1, כאמור באתר מיקרוסופט: <http://windows.microsoft.com/en-us/windows/products/windows-media->

14 ראה למשל את האמור באתר מיקרוסופט לעניין זה: <http://windows.microsoft.com/en-US/windows/products/windows-media-center>
וכן בערך התואם באתר ויקיפדיה: https://he.wikipedia.org/wiki/Windows_Media_Center

79. כידוע, התרשלות הינה המעשה או המחלל הפסולים והבלתי סבירים אשר ביצע המזיק, ואשר היו צפויים לגרום לנזק מן הסוג שהתרחש:

"התרשלות, לאמור התנהגות בלתי-סבירה, מרשלת על קיומו של יסוד פיזי, הוא המעשה או המחלל, ומרכיב נורמטיבי ועובדתי כאחד, לאורו נקבעת מידת סבירותו של מעשה או מחלל זה. ...

שאלת הסבירות מוכרעת, כידוע, מתוך יישומו של קנה מידה אובייקטיבי, על-יסודה של השוואת התנהגותו של המזיק לאורחותיו של אדם סביר (ע"א 5604/94 חמד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 498, 506). השאלות הנשאלות הן, ראשית, אם היה בכוחו של אדם סביר לצפות את הסיכון שהקימה התנהגותו, ושנית, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב, אם כ"אדם נכון וסביר" (סעיף 35 לפקודת הנזיקין). נמנע היה מיצירתו של סיכון זה. במענה לשאלה השנייה בחנת בין היתר, במובנה הרחב, עלותו הכוללת של הנזק, לאמור היחס בין תוחלת הנזק לבין המשאבים שיש להשקיע במניעתו ("נוסחת Hand" הידועה, וראו ע"א 5604/94 חמד הנ"ל, בעמ' 511; וע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' אבו חנא ואח', שרם פורסם, 27.9.05, בפסקה 42 לפסק-דין של חברי השופט ריבלין). אם בשקילתם של השניים – תוחלת הנזק אל מול עלות המניעה – כף הנזק כבדה יותר, הציפייה מן המזיק היא כי ישקיע את הדרוש במניעת הנזק. אם לא עשה כן, תהא הנטייה לראותו כמי שפעל באורח בלתי-סביר. (ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ (נבו, 09.03.2007) בפסקה 18)

80. לפיכך בבואנו לבחון האם התנהגותו של נתבע מהווה התרשלות יש לבחון האם היה בכוחו של אדם סביר לצפות את הסיכון לנזק והאם אדם סביר היה נמנע מסיכון כאמור, וזאת על רקע המשאבים הנדרשים לשם מניעת הסיכון, ביחס לתוחלת הנזק.

81. בעניינו, כאמור, מיקרוסופט פעלה באופן כוחני להתקנת מערכת התפעלה החדשה על מחשבי משתמשיה, בניגוד לרצונם. הסיכון לנזק מסוג של הטרדה, פגיעה באוטונומיה ויצירת עלויות מעבר, ממוניות ובלתי ממוניות הינו סיכון אינהרנטי ובלתי נמנע בפעולה זו, כאמור לעיל. לפיכך, ברור כי ניתן היה לצפות את הנזק, וכפי שאף פורט לעיל לעניין חובת הזהירות מיקרוסופט עצמה אף צפתה נזק זה.

82. יתר על כן, ברור כי אדם סביר היה נמנע מן הסיכון. מיקרוסופט לא נדרשה לכל משאב לשם מניעת הסיכון, למעט החלטה שלא לכפות על משתמשי מערכות ההפעלה מטעמה את התקנת מערכת ההפעלה החדשה. אם כן, תוחלת הנזק – גבוהה, בעוד שהעלות במניעתו – אפסית.

83. נזכיר: על אף שמיקרוסופט ביצעה תהליך של השקת מערכת הפעלה חדשה פעמים רבות בעבר, הרי שזו הפעם הראשונה, למיטב ידיעתם של התובעים המייצגים, שהיא נוקטת בצעדים אגרסיביים מסוג זה. אף מעובדה זו יש להסיק כי מדובר בפעולה של אדם סביר לא היה נוקט.

84. לאור האמור ברור כי אדם סביר לא היה פועל באופן שבו פעלה מיקרוסופט ולא היה כופה את התקנת מערכת ההפעלה על משתמשיה.

85. נוסף ונדגיש: מיקרוסופט החצינה את עלויות הנזקים שמעשיה גורמים ויגרמו על הקבוצה, והכל מתוך הסתכלות צרה ובלתי סבירה על התועלת שצפויה לצמוח לה כתוצאה מהשיווק האגרסיבי של Windows 10.
86. זו אף זו. במועד בו הותקנה מערכת ההפעלה במחשבי התובעים הייצוגיים, כבר קמה זעקה במרשתת בשל התנהלותה זו של מיקרוסופט, כפי שעולה מן הדיווחים בתקשורת, אשר, לפי האמור בהם, זכו אף להתייחסות מיקרוסופט.
87. כך למשל בדיווח מיום 25.03.2016 שכותרתו: "How existing Windows users can refuse Microsoft's Windows 10 update", מאתר zdnet, ואשר צורף לעיל כנספח 6.1, פורטה ההתנהלות המתוארת לעיל של מיקרוסופט כבר בחודש מרץ 2016, לרבות נזקים מן הסוג אשר נגרם לחברי הקבוצה בענייננו. הכותב באתר זה אף פנה לקבל את התייחסותה של מיקרוסופט לטענותיו וזו השיבה תשובה סתמית.
88. ברי אם כן, לא אך צפיות בכוח קיימת בענייננו, אלא אף בפועל, משמיקרוסופט קיבלה פניות לעניין זה, אולם המשיכה בהתנהלותה ללא כל התייחסות.
89. ברור, אם כן, כי מיקרוסופט התרשלה כלפי חברי הקבוצה והפרה את חובותיה כלפיהם.

ב.3.ג. הקשר הסיבתי

90. כאמור, בין התנהלותה שמתוארת של מיקרוסופט ובין הנזק שנגרם לחברי הקבוצה קיים קשר סיבתי, כמשמעותה לעניין סעיף 35 לפקודת הנזיקין.
91. כפי שצוין לעיל וכפי שיפורט להלן, עקב מעשי מיקרוסופט נגרם לחברי הקבוצה נזק ממוני ובלתי ממוני, שעיקרו עוגמת נפש, בזבוז זמנם של המשתמשים, הפרעה במהלך העבודה והמונחה, פגיעה באוטונומיה ואף הוצאות שנגרמו להם בתיקון והתאמת המחשבים כתוצאה מהתקנת מערכת ההפעלה ללא הסכמתם ובניגוד לרצונם.
92. כידוע, לעניין הקשר הסיבתי קובע סעיף 64 לפקודת הנזיקין כי:
64. ... רואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק.
93. הפסיקה קבעה כי קיימים שני מובנים לקשר הסיבתי, והם הקשר הסיבתי העובדתי והקשר הסיבתי המשפטי¹⁵. המבחן לעניין הקשר הסיבתי העובדתי הוא מבחן ה"אלמלא", כלומר האם ללא מעשי הנתבעים הנזק לא היה מתרחש; בעוד שהמבחנים לעניין הקשר הסיבתי המשפטי הם מבחן הצפינות הסבירה, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר:

¹⁵ נ"א 7144/14 מכנס נ' מעון רוחמת (נבו, 03.09.2015) (להלן: "עניין מכנס"), בפסקה 15.

"הקשר הסיבתי נבחן בשני מישורים מצטברים. האחד, מישור הקשר הסיבתי העובדתי שבו נבחנת השאלה אם ניתן לקשור מבחינה עובדתית את מעשהו או מחשבו של המזיק (התתרשלות) לנזקו של הנזוק. כלומר, אם המעשה מקיים קשר של "סיבה בלעדית" או "תוצאה, שאלמלא הפעולה לא היה נגרם הנזק לנזוק" (ראו בין רבים: עניין אהרון, פסקה 19; עניין ועקנין, בעמ' 144; גלעד, בעמ' 39). השני, מישור הקשר הסיבתי המשפטי שבו חן ראי להטיל חבות משפטית בגלל אותו סיכון שגרם עובדתית לנזק (ראו ע"א 916/05 כדר נ' הרישני, [פורסם בנבו] עמ' 14 (28.11.2007)). כידוע, בפסיקתנו הוכרו שלושה מבחנים בסוגיה הקשר הסיבתי המשפטי והם מבחן הצפיות הסבירה; מבחן הסיכון; ומבחן השכל הישר (ראו: עניין פלוגי, פסקה 23; רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 7 (30.12.2010) (להלן: עניין לנדרמן); עניין ועקנין, בעמ' 146), ונקבע כי "מבחן העל הוא מבחן הסיכון, ואילו מבחן הצפיות הוא אך נגזרת או יישום קונקרטי של מבחן הסיכון, שבמסגרתו אנו בוחנים אם הסיכון שהתממש הוא מסוג הסיכונים בגינם אנו רואים את התנהגות המזיק כעוללתית" (עניין פלוגי, פסקה 25; ראו גם עניין לנדרמן, פסקה 8, גלעד, בעמ' 571-573). (עניין מכנס, בפסקה 15)

94. בעניינו, ברור כי הנזק לחברי הקבוצה כלל לא היה נגרם ללא התנהלותה ואסורה של מיקרוסופט ולפיכך ברור כי מתקיים בעניינו קשר סיבתי עובדתי.

95. כך אף לעניין הקשר הסיבתי המשפטי, שכן, כאמור לעיל, הסיכון להתממשות הנזק היה צפוי בכוך ובפועל, ולמעשה אף בלתי נמנע וידוע מראש. כאמור, מבחן הצפיות מהווה נגזרת של מבחן הסיכון, שהינו המבחן העיקרי לעניין הקשר הסיבתי המשפטי וברור מאליו גם מבחן השכל הישר תומך במסקנה זו.

96. הנה כי כן, קשר סיבתי – משפטי ועובדתי – בין התרשלות מיקרוסופט לבין הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה, קיים בעניינו.

4.ב. הפרת חובת תום הלב

97. חובת תום הלב בניחול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה מעוגנת בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), ובסעיף 39 לחוק החוזים. חובה זו חלה הן בשלב המשא ומתן לכריתת חוזה, והן בעת קיום החוזה, וכן על פעולות משפטיות אחרות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה (סעיף 61(ב) לחוק החוזים).

98. בעניינו, התקנת המערכת ההפעלה התבצעה בעת שחל בין הצדדים חוזה מסוים, הגלום, בחלקו ברישיון השימוש אשר ניתן למשתמשי מערכות ההפעלה הקודמות¹⁶. כמו כן, עקב החתקנה נכנסו הצדדים להסכם חדש, אשר חלקו גלום בתנאי השימוש הרלוונטיים למערכת ההפעלה החדשה. לפיכך מדובר בעניינו הן בתום לב בקיום חוזה והן בתום לב במשא ומתן.

¹⁶ אין מנוס מלהעיר כי חלק מהוראות תנאי שימוש אלה הינן תניות מקפחות בחוזה אחיד וככאלה אינן חלות.

10

"11"

.99

322

הנשיא ברק, כדלקמן:

"אחת מאותן דוקטרינות כלליות החלות בכל תחומי המשפט היא עקרון תוס-הלב... עיקרון זה - אשר מקורו המורמאלי הוא בהוראות הסעיפים 39 ו-136 (לחקר החוזים (חלק כללי), תשל"ו-1973 - הוא עיקרון 'מכלות'... 'מצודת פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל - הוא קובע אמת-מידה אוניקסטיבית על התנהגות ראיה במכלול היחסים תבני-אויסיים... דרשת תוס-הלב משמעותה כי בעל הזכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובתבונה... תוס-הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו, עם זאת תוס-הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר והתעללות מהאינטרס החברתי, אכן, תוס-הלב קובע אמת-מידה אוניקסטיבית של התנהגות הגונה של בעל זכות המבקש על רקע האינטרס החברתי הכולל להגשים את האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס של הזולת..."

100

הקב

ם של

מתעלמת מהנזקים שמעשיה היו צפויים לגרום להם.

101

המיון

ראו

67 6370/00

15 לפסק הדין.

102

לחבר

המבוקשים במסגרת התובענה.

שלחלן:

בכתובות

23

152

17

7707-c526-4669-b3a3-76db543bcf53.pdf

זכר:

ee868fe-3f50-45b8-9a8f-d553a9144e9d.pdf

<https://www.microsoft.com/en->

שלחלו:

בכתובות

51

מזרי

18

C:\Dropbox\תוצאות\מיקרוביולוגיה\מבחן.docx

103. כאמור, מיקרוסופט מתירה את השימוש במערכות ההפעלה מטעמה מכוח רישיון, אשר חלק מתנאיו מפורטים בתנאי הרישיון מטעם מיקרוסופט הכוללים במערכת ההפעלה.

עם זאת, למערכת הסכמית זו קיים תנאי-על, במסגרתו משלם המשתמש למיקרוסופט או למי מטעמה תשלום חד פעמי בתמורה לרשיון שימוש בלתי מוגבל בזמן.¹⁰⁴ במערכת ההפעלה אותה רכשו. אלא שמיקרוסופט הפרה הסכם זה בכך שמנעה ולמצער הובילה את חברי הקבוצה מלעשות שימוש במערכת ההפעלה אותה רכשו וכפתה עליהם לעבור את מערכת ההפעלה החדשה.

105. סעיף 1(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970 (להלן: "חוק התרופות"), מגדיר את המונח "הפרה" כדלקמן:

"מעשה או מתדל שהם בניגוד לתורה".

106. סעיף 1(ב) לחוק התרופות משלים את ההגדרה בתוספת הבאה:

"כל מקום שמדובר בחוק זה בהפרת חוזה - גם הפרת חיוב מתווכיו במשמע".

107. וכפי שמציינים גבריאֵלֶה שֶׁלֹּ ויהודה אֲדוּר בִּסְפָרִים "דִּינֵי חוּיִם – הַתְּרוּפּוֹת" (תשס"ט):

"הפרת חוזה היא אפוא התנהגות אקטיבית או פסיבית של צד לחוזה שאינה תואמת את ההתנהגות הנדרשת על פי החוזה".

108. בענייננו, אין ספק כי מעשיה ואו מחדליה של מיקרוסופט עומדים "בניגוד לחוקה".

109. כאמור, מיקרוסופט הפרה (ומופרה) את ההסכמים עם חברי הקבוצה בכך שהיא מעלה (ויתכן כי אף עדיין מונעת) מחברי הקבוצה את המשך השימוש במערכת ההפעלה שרכשו. מיקרוסופט אינה מקיימת את החיוב המוטל עליה – לאפשר לחברי הקבוצה שימוש רציף, ללא תקלות (מכוונות, חנעושות על ידיה בכוונה ותחילה) במערכת ההפעלה אותה רכשו כדין.

110. חברי הקבוצה, לקוחות מיקרוסופט, זכאים, אפוא, לתרופות העומדות לטעם מהפרת החוזה, ובכלל זה לפיצויים בגין ההפרה שיעמידו את הנפגעים במקום שבו היו עומדים, אילו ההסכם קיים (ראו למשל: ע"א 7302/96 בנק המזרחי המאוחד בע"מ כ' לילוף, פ"ד נה(3) 200, פס"י 11 (2001)), וכן ליתר הטעדים המבוקשים.

ג. הנזק

19 אין בכך כדי לענות כי מיקרוסופט בהכרח מתחייבת לתמוך במערכת הפעלה כלשהי לצנח, אלא אך כי למשתמש רישיון שימוש באותה מערכת.

111. כאמור, רכיב יסוד בעילות האמורות הינו יסוד הנזק. בענייננו, לחברי הקבוצה נגרמו נזקים ממונים ולא ממוניים כאחד.
112. כאמור, כתוצאה מהתנהלותה של מיקרוסופט, כמתואר לעיל, מצאו עצמם חברי הקבוצה כאשר על מחשבם מותקנת מערכת הפעלה חדשה ובלתי מוכרת, השונה באופן מהותי מזו אשר בה עשו שימוש עד לאותו רגע. השוני האמור בא לידי ביטוי במראה המערכת, בתכונותיה, בהגיונה ובדרכי הפעלתה.
113. בחלק מן המקרים מערכת ההפעלה החדשה כלל לא הצליחה לפעול על המחשב עליו הותקנה בשל משאבי מערכת לא מספיקים ובמקרים רבים אחרים פעלה המערכת באופן איטי במידה ניכרת.
114. החלפת מערכת ההפעלה גרמה לחלק מן התוכנות האחרות אשר הותקנו על מחשבי המשתמשים שלא לפעול כראוי.
115. במקרים רבים מערכת ההפעלה החדשה דרשה התאמה לתוכנות הקיימות ואף ארגון מערכת המחשב כולה מחדש לנוחות המשתמש.
116. בחלק מן המקרים נדרשו חברי הקבוצה להיעזר באנשי מקצוע לתיקון התקלות, בין אם באמצעות התקנה מחדש של מערכת ההפעלה הקודמת ובין אם באמצעות פתרונות נקודתיים לבעיות שנוצרו. במקרים אחרים, נדרשו הלקוחות להשקעת זמן ומאמץ במשימות אלה בעצמם.
117. במהלך התקנת מערכת ההפעלה הושבת המחשב עליו היא התקנה לפרק זמן בן מספר שעות.
118. התובעים הייצוגיים מעריכים כי הנזק הממוצע בגין עוגמת הנפש, ההטרדה, בזבוז הזמן וההפרעה בזמן המנוחה או העבודה והפגיעה באוטונומיה, כמו גם בגין הנזק הממוני הממוצע שנגרם לחברי הקבוצה עומד על סך של 500 ₪ לכל הפחות.

ד. הסעדים המבוקשים

119. כבוד בית המשפט יתבקש לפסוק את הסעדים הבאים:
- 119.1. **צו עשה** לטובת חברי הקבוצה המורה למיקרוסופט לחדול מביצוע התקנת כפוייה של מערכת ההפעלה WINDOWS 10 במחשבים שעליהם מותקנות מערכות הפעלה אחרות של מיקרוסופט, ובפרט מערכות ההפעלה WINDOWS 7 ו-WINDOWS 8-1;

- ## ה. סוף דבר

- זיו גלסברג, עו"ד
מ.ר. 48694

תומר אפלדורף, עו"ד
מ.ר. 49670
באי הכות המייצגים

מ.ר. 48474

טופס 1
(תקנה 7א/ב)

מדינת ישראל

בית משפט המחוזי בחיפה תאריך: 6.6.2016

טופס 1 – פתיחת הליך אזרחי¹
(לפי תקנה 7 א(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984)

סמן במשבצת המתאימה:

1. המסמך המוגש

☒ תובענה עיקרית	☐ ערעור ☐ ערעור שכנגד	☐ הודעה לצד ג'	☐ תביעה שכנגד	☒ בקשה בכתב המוגשת לפני פתיחת התיק העיקרי
---	--	---------------------------------------	--------------------------------------	---

2. (א) סוג תיק בהליך אזרחי

☐ אביעה	☐ בקשה לאישור עיקול	☐ בקשה לפי חוק להגנה על עדים - התשס"ח-2008	☐ בקשה לתשלום תכופ	☐ הגבלים עסקיים	☐ חטוזה מאוימת וצו הגנה
☐ המרצת פתיחה	☐ המרצת פתיחה בוררות	☐ ועידון ערר	☐ חוזה אחיד	☐ חיקור דין אזרחי	☐ ניהול רכושם של עזרזם או שפילם
☐ ערעור אזרחי	☐ ערעור בחירות	☐ ערעור על בית דין למשמעת	☐ ערעור על בית דין משמעת של רשויות מקומיות	☐ ערעור על בית דין משמעת של עובדי מדינה	☐ ערעור על בית דין משמעת של עובדי מדינה
☐ ערעור לפי חוק חיילים שנפלו במערכה (תגמולים ושיקום) - התשי"ב-1950	☐ ערעור על החלטת ועדה	☐ ערעור על החלטת רשם בית המשפט	☐ ערעור שונה אזרחי	☐ ערר על פי חוק המיס, התשי"ט-1959	☐ עתירות אסירים
☐ מירוקים	☐ משיטת רגל	☐ רשות ערעור אזרחי	☐ רשות ערעור על החלטת רשם החוצאה לפועל	☐ תיק אזרחי	☐ תיק אזרחי בסדר דין מחוז
☐ תיק אזרחי בסדר דין מקוצר	☐ תביעת בוררות	☒ תובענה ייצוגית			

¹ הוחלף ק"ת תשע"ה מס' 7542 מיום 13.8.2015 עמ' 1811.

(ב) סוג תיק בהליך משפחה

☐ אימוץ	☐ אפוסטרופוסות	☐ אכיפת פסק חוץ	☐ בקשת לאישור עיקול	☐ הטרדה מאיימת וזו הגנה
☐ חיתר נישואין	☐ יישוב סכסוך	☐ ערעור משפחה	☐ ערעור על החלטת רשם	☐ רשות ערעור משפחה
☐ שינוי שם	☐ תביעת מרחה	☐ קביעת גיל	☐ התרת נישואין	☐ תיק הסכם
☐ תיק משפחה	☐ תביעת נזקקות	☐ תיק עזבונו	☐ ערעור משפחה אימוץ	

3. סכום התביעה

☐ (בתביעות כספיות בלבד): _____

4. סוג עניין

☐ (יש למלא בהתאם להודעת מנהל בתי המשפט לפי תקנה 7א(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, כפי שמתפרסמת ברשומות מזמן לזמן):
 _____ (אפשרות לבחור יותר מסוג עניין אחד באותו התיק, והאגרה שתשלום היא האגרה הגבוהה ביותר)

5. בעלי הדין – פרטי מגיש התובענה (די בעיון פרטי בעל הדין הראשון) ☐ קטין ☐ חסוי

שם (פרטי ומשפחה/חברה/מוסד)	מס' זהות/מס' ח"פ	מס' טלפון	כתובת
נתן נוישטיין חנה ברכה אפפלדורף	024142002 052331246	03-7505555	גורדון 13 ירושלים חלל סילבר 119 חיפה

* בהתאם לתקנה 7א(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אם אין בידי מגיש התובענה מספר זהות כהגדרתו בתקנות האמורות, עליו לפרט את הטעמים לכך. לפיכך, אם אין ברשותך מס' זהות, טא פרט: _____

6. פרטי בעל-דין שכנגד (די בעיון פרטי התובע הראשון) ☐ קטין ☐ חסוי

שם (פרטי ומשפחה/חברה/מוסד)	מס' זהות/מס' ח"פ	מס' טלפון	כתובת
מיקרוסופט ישראל בע"מ	511380693		הפנינת 2 רעננה
בעניין עזבונו המנוח (בתיקי עזבונו בלבד)		מס' זהות	תאריך פטירה

7. אחר:

☐ הוגשה בקשה לפטור מתשלום אגרה בהתאם לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, או תקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), התשנ"ו-1995.

8. מרט בקשות שנפתחו לפני פתיחת ההליך הנוכחי:

מס' תיק	שם התיק	תיאור
---------	---------	-------

9. פרטי בא כוח (אם מגיש התובענה מיוצג)

שם פרטי ושם משפחה (שם עורך הדין)	שם משרד עורך הדין	מס' רישיון	מס' פקט	מס' טלפון
ד"ר גלסברג	גלסברג אפל באום ושות'	48694	03-7505555	03-7505550

אני מצהיר כי ידוע לי שסעיף 4 לטופס זה משמש, בין השאר, לצורך שומת אגרת בית משפט ואני מתחייב כי אין התובענה כוללת סוגי עניין שלא פורטו בסעיף 4 לטופס זה.

חתימה

תאריך

3

נבו