בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 14022-08-16 גלסברג ואח' נ' מידע כנסים בע"מ

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופט מנחם רניאל

התובעים:
1. זיו גלסברג
2. איתי משה-חי נתנאל
ע"י ב"כ עו"ד נדב אפלבאום

נגד

הנתבעת:
מידע כנסים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רון גזית רוטנברג ושות'

פסק דין

רקע

1. ביום 7.8.16 הגישו התובעים בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד הנתבעת בשם הקבוצה שהוגדרה כ-"כל אדם אשר קיבל דבר פרסומת אשר שוגר על ידי המשיבה בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, וזאת בתקופה שקדמה להגשת התובענה נושא בקשה זו ובמהלך ניהולה, וספג עקב כך נזק".

2. הבקשה היתה מבוססת על הטענה שהנתבעת שיגרה לנמענים רבים ובכללם התובעים דברי פרסומת ללא הסכמתם. נטען, כי הנתבעת מאתרת מספרי טלפון ניידים ממאגרי מידע פתוחים ומשגרת אליהם דברי פרסומת באמצעות הודעות SMS, וכן שמה ידיה על רשימות של כתובות דוא"ל ומשגרת לכתובות אלה דברי פרסומת, מבלי שהנמענים נתנו הסכמתם לכך, ואף בלי שהיה קשר קודם בין הנמענים לנתבעת. כמו כן נטען שהנתבעת מפרה גם את הוראת סעיף 30א בכך שפרטי המפרסם נעדרו מהודעותיה של הנתבעת.

3. התובעים העריכו את גודל הקבוצה בכ-100,000 איש, וטענו שנגרם להם נזק בלתי ממוני, שעניינו הטרדה, פגיעה באוטונומיה, עגמת נפש וכן השחתת זמן. התובעים העריכו את שיעור הנזק הלא ממוני הממוצע לכל נמען בסך 100 ₪. הנזק לקבוצה הוערך בכ-10 מליון ₪, אך כפי שציינו התובעים בבקשתם, למען הזהירות מועמדת התביעה בשלב הנוכחי על סכום של 5 מליון ₪, עד שיתבררו הנתונים המלאים.

4. הנתבעת השיבה לבקשה ביום 15.12.16 וטענה שאינה מפרה את הוראות סעיף 30א הנ"ל. לטענתה אינה מוכרת מוצרים או שירותים לציבור אלא מארגנת כנסים. ההודעות שהנתבעת שולחת מבוססות על מאגר משתתפים ומתעניינים בכנסים, המיועדים לקהל ספציפי בעל מאפיינים

רלוונטיים לכל כנס. על כן, אין היא פונה לציבור הרחב אלא לציבור המתאים לכנס. בכנסים שהנתבעת מארגנת נמסר למשתתפים מידע מועיל בתחום הספציפי של הכנס, וזה עיקר ההזמנה. ההשתתפות בכנסים היא ללא תשלום או בתשלום שניתן לקבל כיסוי עבורו בשובר חינם. מי שמקבל הודעה המזמינה אותו להשתתף בכנס יכול להסיר את שמו מרשימת התפוצה בלחיצה פשוטה.

5. לטענת הנתבעת בתשובתה, לצורך משלוח מסרונים למי שלא נמנים על רשימת התפוצה המאושרת של הנתבעת, שכרה את שירותיה של חברה שהפעילה מוקד טלפניות, שפנו בשיחה אישית למשתתפים פוטנציאליים, והנחתה את החברה לשלוח מסרון רק לאדם שביקש מידע על הכנס ואישר לשם כך קבלת הודעה במסרון או במייל. ככל שמי שלא אישר זאת מראש קיבל מסרון, זו טעות של אותה חברה.

6. הנתבעת טענה בתשובתה שהיא פועלת בהתאם לסעיף 30א לחוק התקשורת, ואף רשמה את המאגר שברשותה בפנקס המאגרים של הרשות למשפט טכנולוגיה ומידע. כל מי שנרשם לכנס וממלא את פרטיו האישיים, מתבקש לאשר את תקנון הנתבעת ולבחור אם הוא מאשר קבלת חומר פרסומי מטעם הנתבעת. כל אדם שנרשם למאגר, בכל אחד מהערוצים רשאי לבקש להסיר את פרטיו באמצעות לחיצה פשוטה ומידע זה מפורט בכל דבר פרסומת.

7. לטענת הנתבעת, אין לתובעים עילת תביעה אישית, ולא מתקיימים בבקשה התנאים לאישור תובענה ייצוגית.

8. ביום 25.1.17 אישרתי את ההסדר הדיוני שבין הצדדים, לפיו ויתרה הנתבעת על טענותיה כי לא מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית, והצדדים הסכימו כדלקמן:

א. המשיבה מסכימה כי היא נושאת באחריות לפעולות נטסורס בע"מ וכי התובענה תידון בכל ההודעות שנשלחו על ידה ועבורה, לרבות על ידי חברת נטסורס בע"מ.

ב. בקשת האישור תאושר כתובענה ייצוגית, בהתאם לנוסח בקשת האישור אשר הוגשה מטעם המבקשים.

ג. הגדרת הקבוצה תיקבע בהתאם להגדרה הכלולה בסעיף 40 לבקשת האישור, כדלקמן: "כל אדם אשר קיבל דבר פרסומת אשר שוגר על ידי המשיבה בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, וזאת בתקופה שקדמה להגשת התובענה נושא בקשה זו ובמהלך ניהולה, וספג עקב כך נזק".

ד. התובעים המייצגים יהיו המבקשים, מר זיו גלסברג ומר איתי משה חי נתנאל.

ה. בא כח התובע המייצג יהיה בא כח המבקשים, עורך הדין נדב אפלבאום.

ו. עילת התביעה בתובענה תהיה משלוח דברי פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק, כאמור בפרקים ב.2-ב.3 לכתב התביעה.

ז. הסעדים הנתבעים הם:

1. צו עשה המורה למשיבה להימנע משיגור דברי פרסומת בניגוד להוראות הדין, כמתואר בבקשה.

2. צו עשה המורה למשיבה לכלול את שמה בכל דבר פרסומת המשוגר באמצעות הודעת מסרון ואת דרכי יצירת הקשר עמה לצורך מתן הודעת סירוב, לרבות באמצעות מסרון חוזר.

3. פיצוי כספי – להורות למשיבה לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזקים אשר נגרמו להם כמתואר בבקשה. לחילופין, להעביר פיצוי זה לטובת הציבור ולמטרה ציבורית תואמת. בשלב זה העמידו המבקשים את סכום התביעה הייצוגית על סך של 5 מיליון ₪.

ח. עד להכרעה סופית בתובענה התחייבה המשיבה להימנע מלשגר הודעות באמצעות מיילים, סמסים או כל אמצעי אחר הקבוע בסעיף 30א לחוק, למעט למי שהיא אוחזת לגביו בהסכמה מפורשת בכתב מטעמו לקבל הודעות על כנסים. כמו כן, כל הודעה שתשלח תעמוד בדרישות סעיף 30א (ה) לחוק, לרבות לעניין ציון שמה של המשיבה ואפשרויות מסירת הודעת סירוב.

9. בהתאם להסדר התקיים גילוי מסמכים, ולאחריו נשמעו ראיות הצדדים, והוגשו סיכומיהם.

<u>פעילות הנתבעת</u>

10. כפי שנטען על ידי הנתבעת, הנתבעת היא חברת כנסים, מן הגדולות בתחומה בישראל, המפיקה לטענתה כ-40 כנסים מדי שנה, בנושאים שונים כאשר בכל אחד מהם משתתפים 500- 1,500 איש. הכנסים מתקיימים בחסות לקוחות הנתבעת, ומשמשים עבורם הזדמנויות שיווק וחשיפת מוצריהם ושירותיהם לציבור הרלוונטי. מודל הרווח של הנתבעת אינו מבוסס על גביית דמי השתתפות ממשתתפי הכנסים, אלא על גבייה מנותני החסות, הנקבעת לפי החשיפה למשתתפים הרלוונטיים. ממילא, ככל שהנתבעת מגדילה את ציבור המשתתפים בכנסים, עולה העניין של נותני החסות, שהם הלקוחות המשלמים, במתן חסות לכנס. כך עולה בין היתר ממסמך שיווקי מטעם הנתבעת שהוגש וסומן ת/17, ומעדותו של מר אילן ירון מטעם הנתבעת, לפיה נותני החסות או כפי שקרא להם "המפרסמים" משלמים עבור הזכות להיכנס לכנס, להקים דוכן תצוגה, ולצרף את הלוגו שלהם לפרסומים, ולפרסם בהזמנה אלקטרונית המדוורת לעשרות אלפי הנמענים שמהם יבואו אורחי הכנס.

<u>הוראות סעיף 30א לחוק התקשורת</u>

11. בסעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), בנוסחו היום, נקבע כדלקמן:

30א. שיגור דבר פרסומת באמצעות מיתקן בזק

(א) בסעיף זה –

"דבר פרסומת" – כל אחד מאלה:

(1) מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת;

(2) מסר המופץ לציבור הרחב שמטרתו בקשת תרומה או תעמולה;

(3) מסר שאינו דבר פרסומת כאמור בפסקה (1) או (2), המופץ לציבור הרחב, ונכללת בו הצעה לנמען להתקשר למספר טלפון מסוים לשם קבלת מסר כלשהו; הוראות פסקה זו לא יחולו על מסר כאמור מאת המדינה ומוסדותיה, מסר כאמור שתכליתו העברת מידע ששלח גוף הצלה כהגדרתו בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, לשם מילוי תפקידו, או מסר כאמור מאת גוף אחר שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, ורשאי השר לקבוע כאמור סוגים שונים של מסרים לגופים שונים שקבע;

"הודעה אלקטרונית" – מסר בזק מקודד המועבר ברשת האינטרנט אל נמען או קבוצה של נמענים, וניתן לשמירה ולאחזור בדרך ממוחשבת;

"הודעת מסר קצר" – מסר בזק הכולל כתב, לרבות אותות או סימנים, או מסר בזק הכולל חוזי או שמע, ומועבר באמצעות רשת בזק ציבורית אל ציוד קצה של נמען או קבוצה של נמענים;

"המדינה ומוסדותיה" – הממשלה ומשרדי הממשלה, לרבות יחידותיהם ויחידות הסמך שלהם, משטרת ישראל, בתי משפט ובתי דין, המוסד לביטוח לאומי או חברה כהגדרתה בחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001;

"מערכת חיוג אוטומטי" – מיתקן בזק המשמש לחיוג או לניתוב אוטומטיים של רצף שיחות לקבוצה של נמענים לשם העברת מסר קולי מוקלט אל אותם נמענים;

"מפרסם" – מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, ובכלל זה לקדם קבלת תרומות או תעמולה, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר; לעניין זה, לא יראו כמפרסם מי שביצע, בעבור אחר, פעולת שיגור של דבר פרסומת כשירות בזק לפי רישיון כללי, רישיון מיוחד או מכוח היתר כללי, שניתנו לפי חוק זה;

"תעמולה" – הפצת רעיונות לשם השפעה על עמדות או על התנהגויות, למעט אם יש בה מסר פוליטי, ובכלל זה תעמולת בחירות;

"תרומה" – למעט לשם התמודדות בבחירות מקדימות לפי חוק המפלגות, התשנ"ב-1992, בבחירות לכנסת ובבחירות לראש רשות מקומית או לרשימת מועמדים ברשות מקומית.

(ב) לא ישגר מפרסם דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת; חיוג לנמען באמצעות מערכת חיוג אוטומטי בלא הסכמת הנמען כאמור ייחשב הפרה של הוראות סעיף זה, גם אם החיוג הופסק בטרם נענתה השיחה ובחיוג של הנמען למספר שממנו בוצע החיוג מושמע לו דבר פרסומת; פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק או לנמען

לשם קבלת תרומה או תעמולה, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן זה, המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו, לא תיחשב הפרה של הוראות סעיף זה.

(ב1) על אף האמור בסעיף קטן (ב), משלוח דבר פרסומת באמצעות דואר אלקטרוני לשם קבלת תרומה או תעמולה על ידי מפרסם שהוא עמותה או חברה לתועלת הציבור, לא יהווה הפרה של הוראות סעיף קטן (ב), ובלבד שהנמען לא הודיע על סירובו לקבל את דבר הפרסומת לפי הוראות סעיף קטן (ג)(2) או (ד).

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי מפרסם לשגר דבר פרסומת כאמור באותו סעיף קטן אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען, בהתקיים כל אלה:

(1) הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו, באחת הדרכים האמורות בסעיף קטן (ב);

(2) המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;

(3) דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה (1).

(ד) (1) הסכים הנמען לקבל דברי פרסומת לפי הוראות סעיף קטן (ב) או לא הודיע על סירובו לקבלם לפי הוראות סעיף קטן (ג), רשאי הוא, בכל עת, להודיע למפרסם על סירובו לקבל דברי פרסומת, דרך כלל או מסוג מסוים, ולחזור בו מהסכמתו, ככל שניתנה (בסעיף זה – הודעת סירוב); הודעת הסירוב לא תהיה כרוכה בתשלום, למעט עלות משלוח ההודעה; הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען;

(2) בעסקה בין מפרסם ובין נמען לרכישה של טובין או שירותים באופן מתמשך, יראו את הנמען כמי שנתן הודעת סירוב במועד סיום ההתקשרות, לרבות אם ההתקשרות הסתיימה בשל הודעת ביטול שנמסרה כדין.

(ה) (1) מפרסם המשגר דבר פרסומת בהתאם להוראות סעיף זה יציין בו את הפרטים האלה באופן בולט וברור, שאין בו כדי להטעות:

(א) היותו דבר פרסומת; המילים "פרסומת", "בקשת תרומה" או "תעמולה", לפי העניין, יופיעו בתחילת דבר הפרסומת, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – בכותרת ההודעה;

(ב) שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו;

(ג) (1) זכותו של הנמען לשלוח, בכל עת, הודעת סירוב כאמור בסעיף קטן (ד), ודרך אפשרית למשלוח הודעה כאמור שהיא פשוטה וסבירה בנסיבות העניין, ואם דבר הפרסומת משוגר באמצעות הודעה אלקטרונית – כתובת תקפה של המפרסם ברשת האינטרנט לצורך מתן הודעת סירוב;

(2) בלי לגרוע מהוראות פסקת משנה (1), שוגר דבר פרסומת באמצעות מערכת חיוג אוטומטי, יציין המפרסם בתחילת הודעת המסר הקולי כי הנמען רשאי לבקש להסיר את שמו מרשימת התפוצה של המפרסם ויאפשר לו, מיד לאחר מכן, להסיר את שמו כאמור גם בדרך של לחיצה על החייגן.

(2) על אף הוראות פסקה (1), מפרסם המשגר דבר פרסומת באמצעות הודעת מסר קצר יציין בדבר הפרסומת רק את שמו ואת דרכי יצירת הקשר עמו לצורך מתן הודעת סירוב.

(ו) ...

(ז) ...

(ח) ...

(ט) הפרת הוראות סעיף זה היא עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בכפוף להוראות סעיף זה.

(י) (1) שוגר דבר פרסומת ביודעין בניגוד להוראות סעיף זה, רשאי בית המשפט לפסוק בשל הפרה זו פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת שקיבל הנמען בניגוד להוראות סעיף זה;

(2) בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, רשאי בית המשפט להתחשב בכך שאותו מפרסם הורשע, בשל אותו מעשה, בעבירה לפי סעיף קטן (ו);

(3) בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשיקולים המפורטים להלן, ולא יתחשב בגובה הנזק שנגרם לנמען כתוצאה מביצוע ההפרה:

(א) אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו;

(ב) עידוד הנמען למימוש זכויותיו;

(ג) היקף ההפרה;

(4) אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של הנמען לפיצויים לפי סעיף קטן (ט) או לכל סעד אחר, בשל אותה הפרה;

(5) חזקה על מפרסם ששיגר דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף זה, שעשה כך ביודעין כאמור בפסקה (1), אלא אם כן הוכיח אחרת; לעניין זה, לא תהיה למפרסם הגנה במקרים המפורטים להלן:

(א) שיגור דבר הפרסומת נעשה לאחר שניתנה למפרסם הודעת סירוב מאת הנמען כאמור בסעיף קטן (ד);

(ב) המפרסם שיגר בעבר דבר פרסומת לנמען בניגוד להוראות סעיף זה, אף אם לא ביודעין;

(ג) דבר הפרסומת שוגר לנמען לפי רשימה של מענים או מספרי טלפון, לפי העניין, שהורכבו בהתאם לרצף אקראי של אותיות, ספרות או סימנים אחרים, או שילוב שלהם, כולם או חלקם.

(יא) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין ביצוע סעיף זה, לרבות לעניין –

(1) אופן מסירת הודעת נמען על הסכמה מפורשת מראש כאמור בסעיף קטן (ב);

(2) אופן מסירת הודעת המפרסם כאמור בסעיף קטן (ג)(1);

(3) אופן מתן הודעת סירוב כאמור בסעיף קטן (ד);

(4) אופן ציון הפרטים שיש לציין בדבר פרסומת כאמור בסעיף קטן (ה) ודרכים אחרות להבאת הפרטים האמורים בסעיף קטן (ה)(2) לידיעת הנמען;

(5) פרטים נוספים שעל מפרסם לציין בדבר פרסומת המשוגר בהתאם להוראות סעיף זה.

(יב) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע דרכים נוספות של שיגור דבר פרסומת באמצעות מיתקן בזק שהוראות סעיף זה יחולו לגביהן.

(יג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהוראות כל דין.

<u>ראיות ספקיות הדיוור</u>

12. כעולה מהראיות שבפניי, הנתבעת ביצעה את הדיוור של ההודעות שנטען על ידי התובעים שהן דברי הפרסומת באמצעות ספקיות דיוור ישיר – אקטיב טריייל בע"מ, אינווייז בע"מ, ו-טלמסר בע"מ/טלכלל בע"מ. התובעים הגישו חוות דעת המבוססת על הנתונים שהתקבלו מספקיות הדיוור הישיר לפי צווים שהוצאו על ידי בית המשפט. הנתבעת טענה בסיכומיה שנתונים אלה לא הוצגו כראיה כדין, ועל העדים מטעם ספקיות הדיוור להגיע לבית המשפט עם הקבצים עצמם במדיה אלקטרונית, ולמסור אותם לבית המשפט ולצדדים, שיוכלו להשוותם לקבצים שאותם ניתח המומחה מטעם התובעים מר לב סולודקין, על מנת שניתן יהיה להסתמך על הממצאים של מר סולודקין.

13. בעקבות טענה זו ניתנה החלטתי מיום 15.7.19, לפיה מבלי להכריע בטענות הצדדים, הוריתי לתובעים לפנות לנתבעת בדרישה להודות בנוכחות הקבצים, ואם תסרב לעשות כן, כפי שאכן סירבה, קבעתי מועדים נוספים לדיונים, אליהם הוזמנו העדים מטעם ספקי הדיוור אשר הגישו את קבצי הנתונים שסומנו כמוצגים ס/1-ס/3.

14. קבצי הנתונים הוגשו כרשומה מוסדית, אשר לפי סעיף 36 לפקודת הראיות היא קבילה אם המוסד נוהג לערוך רישום של האירועים נשוא הרשומה בסמוך להתרחשותו; דרך איסוף הנתונים ועריכת הרשומה מעידות על אמיתות תוכנה; דרך הפקת הרשומה מעידה על אמינותה; והמוסד נוקט באמצעי הגנה סבירים מפני חדירה לחומר המחשב ושיבוש עבודת המחשב. העדים שהעידו מטעם ספקיות הדיוור העידו בדבר עמידתן בתנאי הקבילות של הרשומה המוסדית.

15. אני דוחה את טענת הנתבעת, ככל שעולה ממנה שמכיוון שהתוצאה הכספית של התביעה עשויה להיות חיוב של מליוני שקלים, העשוי למוטט את הנתבעת כלכלית, יש לנקוט בדיני ראיות שונים וחמורים יותר. דיני הראיות אינם מבחינים בין תביעה לתשלום 200,000 ₪ לבין תביעה לתשלום 20 מליון ₪. לשם הקצנה, טענה הנתבעת שהתובעים מוכיחים את עמדתם כאילו מדובר בתביעה קטנה. אכן, בתביעה קטנה ניתן לנקוט בגישה ראייתית שונה ומקלה, כפי שנקבע בסעיף 62

לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, אך התובעים לא הגישו ראיות כבתביעה קטנה ולא ביקשו להתייחס בראיות כבתביעה קטנה, אלא כבתביעה רגילה, כפי שהיה עליהם לעשות.

16. אני דוחה את טענת הנתבעת שיש להוכיח את תנאי הקבילות באמצעות חוות דעת מומחה, כאילו מדובר בעניין שבמומחיות. מדובר בעובדות ובסידרה של עובדות על התנהלות החברה באשר לרשומה המוסדית, והעד המתאים להעיד על כך הוא עובד החברה היודע את הדרך שבה נוהגת החברה לאסוף את הנתונים, הדרך שבה הפיקה את הנתונים, ואמצעי ההגנה שהיא נוקטת. הגם שהוזכרו בפסיקה אפשרויות להוכיח עובדות אלה באמצעות חוות דעת מומחה, דעתי היא שהעד העדיף הוא העד היודע להעיד על העובדות, ולא העד המעיד עדויות סברה על פי עובדות שנמסרו לו על ידי אחרים (רע"פ 3981/11 **שרביט נ' מדינת ישראל** (ניתן 5.7.12), ע"פ 10049/08 **אבו עצא נ' מדינת ישראל** (ניתן 23.8.12).

17. אני דוחה את טענת הנתבעת כאילו עדויות מנהלי החברות בדבר טיב הכנת המחשבים היו קצרות מדי. בניגוד לטענת הנתבעת, תיארו העדים את מערכת אבטחת המידע (תמליל מיום 18.9.19 עמודים 5-6; תמליל מיום 18.9.19 עמוד 14; תמליל מיום 27.10.19 עמוד 3). העדים עמדו לחקירה נגדית על ידי ב"כ הנתבעת, ועדותם לא נסתרה.

18. ככל שניתן להבין שטענת הנתבעת היא באשר לתוכן הרשומה, כי יכול שיש בה טעויות, זו אינה טענה בדבר קבילות הרשומה המוסדית. השכל הישר אומר שבכל דבר עשויות להיות טעויות – ברשומות, בעדויות, בסיכומים, בפסקי דין. האפשרות שיש טעויות ברשומות אינה פוגעת בקבילות הרשומה, אלא נמצאת במישור אחר, הוא מישור ההסתמכות על הרשומה. לצורך כך, ניתן להביא ראיות סותרות.

19. עניין הסתירה של הראיות מביא אותנו הן לאפשרות שניתנה לנתבעת להגיש בקשה להביא ראיות נוספות הסותרות את הרשומות המוסדיות, שהודעתי לב"כ הנתבעת ביום 18.9.19 שאשקול בחיוב, והן לטענה של הנתבעת שלפיה יש פגם בהוכחת קבילות הקבצים הנובע מכך שלפי דבריהם של מנהלי ספקיות הדיוור, לא מדובר בקבצים שנוצרו על ידי ספקיות הדיוור, אלא בנתונים שהנתבעת עצמה הכניסה במערכת תוכנה שיצרו ספקיות הדיוור. לכן נטען על ידי הנתבעת שמדובר במערכת מחשב שיש לנתונים שבה שני בעלים, כשהבעל הדומיננטי הוא הנתבעת. על כן נטען שיש להגיש את פלט המחשב בידי עורכיו שהם שניים – הנתבעת וספקיות הדיוור. נטען, שהיה על התובעים להוכיח את דרך רישום שורות המחשב על ידי הנתבעת על מנת להוכיח את אמינות הקבצים.

20. אני דוחה את טענת הנתבעת שתנאי לקבילות הקבצים הוא שהתובעים יביאו עדים שהם עובדי הנתבעת כדי להוכיח כיצד הוכנסו הנתונים. העדת עדים שהם עובדי הצד שכנגד היא חריג לדרך הבאת הראיות הרגילה ולא חובה המוטלת על התובעים. לגופו של עניין, לצורך הגשת רשומה מוסדית אין צורך להביא את עדותם של מי שהקלידו את הנתונים. הגשת רשומה מוסדית היא חריג להעדת עדים המעידים על עובדות הידועות להם מתוך ידיעתם. אם היה צורך בהבאת עדותם של מי שהקלידו את הנתונים, לא היה צורך בחקיקת סעיפים 35-36 לפקודת הראיות. הרשומה המוסדית אינה מוגשת באמצעות "בעליה" אלא באמצעות מי שיכול להעיד על דרך הרישום נושא הרשומה, דרך איסוף הנתונים, דרך הפקת הרשומה ואמצעי האבטחה. מכיוון שאין מדובר בייצור שולחן לפי הזמנה, הנעשה כל פעם בדרך אחרת, אלא בהפעלת תוכנה, התוכנה קובעת את דרך הרישום, דרך איסוף הנתונים ודרך הפקת הרשומה. אין צורך בעדות של מי שהפעיל את התוכנה לפי כלליה, אלא בעדות של מי שיודע מהם כללי התוכנה. על כן אין צורך בעדות אנשי הנתבעת לצורך הגשת הרשומות המוסדיות.

21. על פי כל האמור לעיל, בנוסף על החלטותיי מיום 18.9.19 שבהן קבעתי כי קבצי אינווייז ו-אקטיב טרייל הם רשומה מוסדית קבילה, אני קובע כעת כי גם הקבצים שהוגשו מטעם טלמסר/טלכלל הם רשומה מוסדית קבילה, שכן הם עומדים בתנאי הקבילות של רשומה מוסדית לפיח סעיף 36 לפקודת הראיות. התובעים דרשו מהנתבעת להודות בעובדות אלה לפי תקנה 103 אך זו סירבה, ולפי תקנה 103 (ג) אני מחייב את הנתבעת לשלם את ההוצאות הכרוכות בהוכחת העובדה שאלה רשומות מוסדיות קבילות, ללא קשר לתוצאות, ובצירוף הפרשי הצמדה מיום הוצאת ההוצאות.

22. על בסיס קביעה זו אמשיך בפסק הדין.

<u>האם ההודעות ששולחת הנתבעת הן "דבר פרסומת"</u>

23. בהתאם להגדרת דבר פרסומת לעיל, "דבר פרסומת" הוא מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת. על מנת להוכיח הפרה של סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, יש להוכיח כי ההודעות והמסרים ששולחת הנתבעת לנמנעים, מהווה דבר פרסומת כהגדרתו בסעיף זה. על פי דברי ההסבר להצעת חוק התקשורת משנת 2005, למונח "דבר פרסומת" שני יסודות: מידע המופץ לקבוצה גדולה של נמענים; ומטרתו "**לעודד הוצאת כספים בכל דרך**" (ה"ח 182, 20.6.05, בעמ' 886); ראו גם דבריו של ח"כ משה כחלון, יושב ראש הוועדה המשותפת לוועדת הכלכלה ולוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת ה-17, בדיון בקריאה השנייה והשלישית בתיקון לחוק (דברי הכנסת מיום 27.5.08, בעמ' 27)).

24. התובעים טוענים כי התנאי הראשון מתקיים, מאחר שמדובר בהודעות ובמסרים שנשלחו באופן המוני, כמותי ושיטתי. אף התנאי השני מתקיים, וזאת מאחר שמטרת ההודעות והמסרים היא עידוד הוצאת כספים הן על ידי נותני החסות, והן על ידי מקבלי ההודעות. לטענתם, הלכה היא כי המונח "דבר פרסומת" נוגע לכל מסר שנועד למשוך את הנמען להוציא כספים, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף, ודי כי מטרת ההודעה הינה לחשוף מוצרים ושירותים שמציע השולח, באופן שיכול להוביל את הנמען להוצאת כספים. לטענת התובעים, הנתבעת מעודדת הוצאת כספים בשלושה אופנים: אחת, חלק מהכנסים הינם כנסים בתשלום, כך שמקבלי ההודעות משלמים כדי להשתתף בכנסים אלה. שתיים, מטרת ההזמנה הינה להניע נמענים להשתתף בכנס וכך לאפשר לנתבעת למכור את שירותי הפרסום שלה לנותני החסות, אשר יוציאו כספים למטרה זו. שלישית, במסגרת הכנסים שמארגנת הנתבעת, הנתבעת מעודדת את המשתתפים לרכוש מוצרים של נותני החסות. לטענתם, על מנת שהודעה של גוף מסחרי לא תיחשב דבר פרסומת, עליה להיות נקיה מכל אלמנט כלכלי או מסחרי, דבר שאינו מתקיים בענייננו.

25. הנתבעת טוענת כי התנאי הראשון אינו מתקיים, מאחר שאין מדובר בהודעות שמופצות באופן מסחרי, אלא מדובר במידע מועיל לציבור שניתן בלי כל תמורה. לטענת הנתבעת, לא כל מסר שנשלח על ידי גוף מסחרי או במסגרת יחסים מסחרית של גוף מסחרי עם צד שלישי הוא מסר שאסור לפרסום בהתאם להגדרת דבר פרסום, אלא רק מסר אשר בהתאם לתוכנו, מטרתו העיקרית והדומיננטית היא הוצאת כספים על ידי מקבל המסר, עונה על הגדרת דבר פרסומת. הנתבעת מסתמכת על דיוני הוועדה המשותפת לוועדות הכלכלה והמדע, שהכינו את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית בכנסת, וטוענת כי מסרים המעניקים לציבור הטבות בחינם, להבדיל מרכישה, אינם מהווים "דבר פרסומת". הנתבעת טוענת כי מתן אפשרות לקבלת מידע אינפורמטיבי ללא תמורה, באופן כן ואמתי, שאינו מותנה בסייג או תנאי, אינו מהווה דבר פרסומת כהגדרתו בחוק. הנתבעת מתנגדת לטענת התובעים שלפיה היא מוציאה כספים בשלושה אופנים שפורטו, וטוענת שטענה זו לא הוכחה. התובעים לא הוכיחו איזה כנסים היו כרוכים בתשלום, מספרם, ולאיזה נמענים נשלחו הודעות בגינם. שנית, התביעה עוסקת ביחסי הנתבעת עם מקבלי ההודעות ולא עם נותני החסות, ואין לגביית כספים מנותני החסות כל קשר לענייננו. שלישית, אין בהודעות של הנתבעת כל פניה ישירה או עקיפה להוצאת כספים של הנמענים לנותני החסות.

26. התיקון לחוק התקשורת, הידוע כ"חוק הספאם", נחקק כדי להתמודד עם תופעת ההפצה ההמונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות, אשר מהווה מטרד ציבורי שגורם לנזקים רחבי היקף, ושכרוכה בבעיות רציניות, כמו בעיות הנוגעות לתוכנן של הודעות הפרסומת שיכולות להכיל מידע שקרי או פוגעני המגיע לנמען שאינו חפץ בו, בעיות הנוגעות לפגיעה בפרטיות הנמען כאשר כתובת הדואר האלקטרוני של הנמען שהועברה לשולח ללא הסכמת הנמען ונעשה בה שימוש שלא

בהסכמתו, בעיות הנוגעות לשימוש בדואר אלקטרוני כאמצעי תקשורת, בשל קלות ההפעלה והעלות הנמוכה. לעניין זה ראו: רע"א 1954/14 **אילן חזני נ' שמעון הנגדי** (פורסם בנבו, 4.8.2014).

27. הגדרת המונח "דבר פרסומת", כפי שפורשה על ידי פסיקת בית המשפט העליון בהתאם לתכלית החוק ולמטרותיו, היא הגדרה רחבה, הכוללת מסרים שנועדים למשוך את הנמען להתקשר עם המפרסם, או עם כל גורם שמסרים אלה נועדו לקדם את עסקי המפרסם, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף. הגדרה רחבה זו של "דבר פרסומת" חלה גם על הודעות המציעות הטבות לנמענים, כשהמטרה העומדת בסיס הודעות אלה היא לקדם את עסקיו של המפרסם (רע"א 4806/17 **פסגות בית השקעות בע"מ נ' גלסברג** (פורסם בנבו, 25.10.17) (להלן: עניין **פסגות**)). הסעיף נועד ל"**מסרים שנועדו למשוך את הנמען להתקשר עם המפרסם שלא באמצעות מסר מפורש וישיר אלא בדרכים עקיפות. ...סעיף 30א אמור לחול גם על מסרים מסוג זה ו"לסגור את כל הפרצות ולמנוע התחכמויות"**. כך גם ברע"א 1621/16 **MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' עו"ד עמית זילברג** (פורסם בנבו, 14.6.2016) (להלן: עניין **מגה**) - "**סעיף 30א(א) לחוק התקשורת מגדיר דבר פרסומת כ"מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת". הגדרה זו חלה גם על הודעות פרסומיות המציעות הטבות שונות במטרה למשוך את מי ששוגרו אליהם להתקשר עם מי שאת עסקיו הן נועדו לקדם**".

28. בניגוד לטענת הנתבעת, מטרת המסר לעודד את הנמענים להוציא כספים אינה חייבת להיות המטרה הישירה והדומיננטית של המסר כדי לענות על הגדרתו כדבר פרסומת. די בכך שהמסר נועד לכך שהנמען ייחשף לשירותים שמציע שולח ההודעה באופן שיכול להוביל את הנמען להוציא כספים בקניית השירותים, במיוחד כאשר המפרסם מפיק תועלת כלכלית מחשיפה זו. גם אם לדעת המפרסם, המידע שהוא שולח הוא מידע אינפורמטיבי וחשוב לנמען, די שנילווה אליו אינטרס מסחרי למפרסם, כדי לענות על הגדרת דבר פרסומת. ראו ת"צ (ת"א) 10591-05-15 **זיו גלסברג נ' פסגות בית השקעות בע"מ** פס' 26-33 (פורסם בנבו, 9.5.2017), בו נקבע:

"**<u>לשאלה האם...המטרה של עידוד הוצאת כספים צריכה להיות המטרה הישירה והדומיננטית של הפרסום? אשיב בשלילה</u>. הפרשנות שיש ליתן למשמעות המילים "לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת..." היא לרבות עידוד להוצאת כספים בדרך עקיפה שאינה נובעת באופן ישיר מהמסר הפרסומי. לאמור, "חוק הספאם" לא נועד להתמודד <u>רק</u> עם תופעה בה נשלחות הודעות במסגרתן מוצע לנמען <u>לרכוש</u> דבר מה, אלא נועד לחול גם על מקרים בהם ניתן להבין בסבירות גבוהה מלשון ההודעה, מתוכנה, מההצעות שבמסגרתה והקישורים הנכללים בה, כי המסר נועד להביא לכך <u>שהנמען יחשף לשירותים או למוצרים</u> שמציע שולח ההודעה באופן שיכול להוביל את הנמען**

להוצאת כספים אצל המפרסם...כך או כך, מפרסמים אינם יכולים לצאת ידי חובה באמצעות "משיכה" של נמענים לאזור המסחר שלהם באמצעים שנראים לכאורה תמימים כדוגמת הצעת הטבה לנמען, ובכלל זה גם מתן מידע אינפורמטיבי שלדעת המפרסם חשוב לנמען...אין זה מתפקידו של המפרסם ובודאי שאין הוא יכול להחליט על דעת עצמו, כי מידע פלוני הוא מידע חשוב לנמען ואינו מהווה "דואר זבל" עבורו ובאמתלה זו לשלוח את המסר הפרסומי...הנה כי כן, גם בפסיקת בית המשפט העליון, הנסמכת בין היתר, על דיונים שנערכו בוועדת הכלכלה ויש בהם להעיד על התכלית שעמדה בעיניי המחוקק עם חקיקת סעיף 30א לחוק התקשורת, כבר נקבע כי יש לצקת פרשנות מרחיבה למונח "עידוד" המופיע בחוק כדי שהחוק יוכל להגן על נמענים מפני כל תוכן שיווקי או פרסומי ומכל פרצה שהיא" (ההדגשות שלי, מ' ר').

29. בענייננו, המסרים שנשלחו על ידי הנתבעת בדואר האלקטרוני ובהודעות עונים על ההגדרה של דבר פרסומת, מאחר שיש בהם כדי לעודד את הנמענים כדי להוציא כספים, בהיחשפות לפרסומות נותני החסות בכנסים השונים. בניגוד לטענת הנתבעת, עצם ההשתתפות בכנס היא שירות שהנתבעת מעניקה כדי להשיא את רווחיה, כך שהזמנה לכנס כזה או אחר היא הזמנה לקדם אינטרס מסחרי של הנתבעת באופן ישיר. גם לפי טענת הנתבעת שהמסרים אינפורמטיביים וחיוניים לנמענים, מטרה זו היא רק אחת המטרות משליחת מסרים אלה, וקידום האינטרס המסחרי של הנתבעת היא מטרה נוספת ההופכת מסרים אלה לדברי פרסומת. הנתבעת אינה מעבירה את המסרים מטעמי אלטרואיזם גרידא.

30. מסקנה זו מתקבלת ונתמכת במכלול הראיות שהוצגו בפניי:

א. עדות מר ירון שמעידה על האופי המסחרי והעסקי של פעולות הנתבעת והכנסים שהיא מארגנת, והמטרות שבשלם נשלחות ההזמנות והמסרים לגבי הכנסים השונים:

"ש:...אז כשמפרסם מפרסם אצלכם המטרה שלו היא, כמו שאתם כתבתם, היא להשיג לידים. להשיג לקוחות פוטנציאליים. נכון שאף אחד לא מגיע לכנס ואומרים לו על מנת להיכנס לכנס אתה חייב לרכוש את שירותיו של...מפרסם מסוים, כזה או אחר. אבל בהחלט אתם מעוניינים, והמפרסמים מעוניינים, שיעשו שימוש בשירותים שלהם שהם מפרסמים שם.

ת: נכון". (תמליל מיום 15.10.2018, בעמ' 115, ש' 17-24).

"ש: תסכים איתי בבקשה שבלי משתתפים בכנסים אף מפרסם לא יפרסם, לא ישלם לכם

ת: כמובן" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 112, ש' 29-31).

"ת:...הכנס הוא עסקי מקצועי, אם הוא לא נותן אינפורמציה איכותית רלוונטית שאינה תלויה במכירתיות אנשים יצביעו ברגליים ולא יגיעו, כמובן בתוך הפואיה, לאחר שהם יוצאים וקיבלו אינפורמציה, בתוך הפואיה שהם מסתובבים ואוכלים, נמצאים דוכנים של נותני שירותים. והם יכולים להחליט אם להתקשר איתם או לא. הם גם יכולים לאכול ולצאת לאחר שהם שמעו ידע

בכנס וכך קורה עם 90% מהמקרים, ולא קרה שום דבר" (תמליל מיום 30.12.2018, בעמ' 39 ש' 37-31).

"ש: אז המפרסמים, אמרנו, משלמים לכם על השירות הזה, נכון? על האפשרות לעמוד...

ת: המפרסמים משלמים על האפשרות להיכנס לכנס, כן.

ש: על הפרסום.

ת: להקים דוכן תצוגה ועל העובדה שהלוגו שלהם נמצא בפרסומים, כן" (תמליל מיום 30.12.2018, בעמ' 40, ש' 5-9).

"ש:...תאשר לי בבקשה שהיא מבהירה שהמטרה של הפנייה היא חיזוק החשיפה והמיתוג של המפרסם...אני פונה אליכם, אני מפנה אותך לשורה ה-5,6 מהסוף. הכנסים הקודמים שערכנו היו מקצועיים ומוצלחים לא מעט בזכות החברות המובילות שהשתתפו בהם. אני פונה אליכם על מנת שתקחו אם אתם חלק בהצלחה ותיהנו מחשיפה רבה ברמת המיתוג והתוכן.

ת: כן. מאשר.

ש: אוקיי. אז עכשיו השאלה היא האם אתה מסכים איתי שהיא מבהירה שהמטרה היא חיזוק החשיפה והמיתוג של המפרסם.

ת: כן. כמובן. (תמליל מיום 15.10.2018, בעמ' 113, 6-19).

ב. תצהירו של מר דורון תמיר, שצורף כמוצג ת/6, על כל נספחיו, כולל המצגת מטעם הנתבעת שצורפה כנספח ט2 לתצהיר, והצעת השתתפות לנתוני החסות בכנס התחדשות עירונית ביום 10.11.2015 שצורפה כנספח ט3.

ג. הצעת השתתפות מטעם הנתבעת לנתוני החסות ב"ועידת ה-Big Data השנתית 2012", שצורפה כמוצג ת/17.

31. אני דוחה את טענת הנתבעת כאילו הקביעות בעניין **פסגות** בשני גלגוליו המצוטטים לעיל, אינם רלוונטיים לענייננו, משום שהפרסומים לא נועדו למשוך את הנמענים להתקשר עם הנתבעת, או להוציא כספים אצלה. הגדרת "מפרסם" בהתאם לסעיף 30א(א) לחוק התקשורת הינה "**מי ששמו או מענו מופיעים בדבר הפרסומת כמען להתקשרות לשם רכישתו של נושא דבר הפרסומת, מי שתוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, ובכלל זה לקדם קבלת תרומות או תעמולה, או מי שמשווק את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר**". כלומר, לא רק מי שאתו תיעשה העיסקה הישירה, אלא גם מי שתוכן הפרסומת עשוי לקדם את מטרותיו הכלכליות. עצם ההשתתפות באחד הכנסים של הנתבעת מקדמת את מטרותיה הכלכליות של הנתבעת, גם אם הנתבעת אינה מקבלת את התמורה מהנמענים. כל מסר להשתתפות באחד מכנסי הנתבעת מהווה **פרסום לעסקי הנתבעת ומקדם את מטרותיה**. בנוסף, הנתבעת עונה על הגדרת המפרסם לעיל, בהיותה משווקת את נושא דבר הפרסומת בעבור אחר שאיתו תבוצע העיסקה הישירה, קרי בעבור נותני החסות. לעניין זה ראו גם ת"צ (מרכז) 36086-07-11 **עו"ד אסף חרסט נ'**

ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) ואח' 17 (פורסם בנבו, 19.9.2012), שעניינו בקשה להכיר בתובענה ייצוגית נגד אתרי אינטרנט המשווקים קופונים עבור בתי עסק בניגוד להוראות חוק התקשורת.

32. על פי כל האמור לעיל, אני קובע שהמסרים שהנתבעת שלחה לנמענים הם "דבר פרסומת" כהגדרתו בחוק התקשורת. משאלה פני הדברים, אני לא מוצא לנכון לדון במחלוקת בין הצדדים בדבר 3 האופנים שהנתבעת מעודדת את הנמענים להוציא כספים. די בכך שהמסרים הנשלחים על ידי הנתבעת נופלים בגדר ההגדרה הרחבה של דבר פרסומת כפי שהובאה בפסיקה לעיל, מאחר שנועדו לקדם את עסקיה ולעודד את הנמענים לרכוש את השירותים שהנתבעת מקבלת כספים כדי לאפשר הצעתם. מסרים אלה נועדו להשיא את רווחיה של הנתבעת, והם "דבר פרסומת".

<u>הסכמה למשלוח דבר פרסומת</u>

33. הנטל להוכיח הסכמה למשלוח דבר פרסומת מוטל על הנתבעת (ראו: עניין **מגה** המצוטט לעיל; ת"צ (חי') 40072-01-16 **עו"ד שפיק רפול נ' קבוצת אורמוש בע"מ** 12 (פורסם בנבו, 3.1.2017; ת"צ (ת"א) 27578-08-15 **אמיר דהרי נ' מנקס אונליין טריידינג בע"מ** 11 (פורסם בנבו, 22.1.2017)). כפי שנקבע בחוק, הסכמה העונה על דרישות סעיף 30א(ב) היא הסכמה מפורשת מראש ובכתב על ידי הנמען.

34. על פי סעיף 30א, יש כמה דרכים למתן הסכמה לקבלת דבר פרסומת בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת. כפי שיפורט, הנתבעת לא עמדה בנטל להוכיח קיומה של הסכמה למשלוח דבר פרסומת. קובץ ההסכמות שהומצא על ידי הנתבעת ועדותו של מר ירון אין די בהם כדי להוכיח קיום הסכמה מפורשת ובכתב לנמענים המנויים במסגרת חברי הקבוצה.

קובץ ההסכמות

35. הנתבעת הציגה "קובץ הסכמות", ממנו ביקשה להסיק הסכמה לקבלת דבר פרסומת. בין היתר, טענה הנתבעת כי רישום כתובת IP בקובץ ההסכמות הוא הוכחה להסכמת הנמען לקבלת דברי פרסומת. קובץ זה לא הוגש כראיה ולא צורף לתיק המוצגים. אזכיר כאן, כי הנתבעת עמדה בקפדנות על דרישות להצגת ראיות התובעים בדרכים הקבועות בדין. אותו דין חל עליה. אף שמר ירון נחקר על הקובץ, קובץ זה לא הוגש על ידי מר ירון ולא נתמך בתצהיר כלשהו לעניין זהות עורכו, דרך עריכתו ואמינותו. לאור העובדה שמסמך זה לא הוגש כראיה, אין צורך להכריע בקבילות הראיה ולבדוק אם התקיימו התנאים המאפשרים הגשת מסמך זה כרשומה מוסדית בהתאם לסעיף 36 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

36. יתר על כן, גם אילו היה קובץ הסכמות מוגש כראיה קבילה, חקירתו של מר ירון הובילה למסקנה, שקובץ זה אינו מהימן, ואינו מוכיח במידה מספקת מתן הסכמות של הנמענים לקבל דברי פרסומת, כפי שיפורט להלן.

37. לאור הטענה של מר ירון, לפיה רישום כתובת IP בקובץ ההסכמות הוא הוכחה להסכמת הנמען לקבלת דברי פרסומת במהלך הדיון, הועלתה האפשרות שבין אם כתובת IP נרשמה באופן אוטומטי כזיהוי של מי שהתכתב עם הנתבעת, כפי שניתן לזהות את מספר הטלפון של מי שמתקשר אליך, ובין אם כתובת IP נמסרה בפועל על ידי מי שעמד בקשר עם הנתבעת (דהיינו מתוך הנחה, שלא הוכחה, שאדם יודע את כתובת IP שממנה הוא מקיים את התקשורת שלו), אין בכך הסכמה לקבלת דבר פרסומת, אלא זיהוי של המתכתב עם הנתבעת, כפי שאדם נותן את שמו ואת כתובתו. עצם מתן שמו וכתובתו הוירטואלית של אדם, גם אם מדובר במתן על ידי האדם ולא בזיהוי אוטומטי שלו, אינו הסכמה לקבלת דבר פרסומת לכתובתו הפיזית או הוירטואלית. לכל היותר ניתן להסיק ממתן יזום של הכתובת הוירטואלית שהוא מסכים שאם יהיה צורך לשלוח לו דבר מה שיזמין, זו הכתובת שאליה יש לשלוח לו. הנתבעת לא הוכיחה שכתובת IP ניתנה באופן יזום על ידי הנמען, ולא הוכיחה שהיא ניתנה כדי להביע הסכמה לקבלת מסרים.

38. יתר על כן, עדותו של מר ירון שכנעה אתי שאין ממש בטענה לפיה רישום כתובת IP בקובץ ההסכמות הוא הוכחה להסכמת הנמען לקבלת דברי פרסומת, על פי הראיות הבאות:

א. מר ירון העיד בצורה נחרצת שברשות החברה קיימות 100,000 הסכמות המעוגנות בקובץ ההסכמות שהועבר לתובעים (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 40, ש' 32-33; ראו גם: שם, עמ' 22, ש' 5; עמ' 41, ש' 9; עמ' 49, ש' 16 ועוד). על אף בטחונו בנתון זה, כשהוצג לו קובץ ההסכמות, הפגין אי בקיאות בקובץ, ולא יכל להעיד על הדבר הכי בסיסי בקובץ - איזה טור או סימן בקובץ מעיד על מתן הסכמה של הנמענים. כך, במענה על השאלה "**אתה לא יודע איך לזהות בטורים שם בקובץ מה זה הסכמה**" מר ירון ענה "**נכון**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 45, ש' 30-32).

ב. לאחר שמר ירון אישר את אי בקיאותו בעניין, וכי "**כדי להבין את כל השדות האלה אני זקוק לחברה המתכננת שתשב איתי פה ואז אני אוכל להגיד לך כל שדה את המהות שלו**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 45, ש' 3-4), הצעתי להפסיק את החקירה על מנת שהחברה המתכננת תתייצב לדיון. הנתבעת לא פעלה לעשות זאת או להציג חוות דעת של מומחה שמסביר את קובץ ההסכמות. מר ירון העלה את האפשרות שיש צורך במומחה טכנולוגי גם בישיבות ההוכחות השניה שבה נחקר ביום 30.12.2018 (בעמ' 30, ש' 26-27), אך הנתבעת לא הביאה מומחה כזה. אי הבאת מומחה טכנולוגי נזקפת לחובת הנתבעת, שהיה עליה להוכיח את קיום ההסכמה.

ג. עיון בקובץ לגופו, מעלה פגמים הפוגעים במהימנות המסמך או ביכולתו להעיד על קיום ההסכמה לקבל דברי פרסומת ועל היקפה –

- פרטי מר תומר ישראלי, מנכ"ל הנתבעת דווקא, מופיעים בקובץ וכתובת ה-IP שלו חוזרת כ-588 פעמים לאורך כל הקובץ אצל אנשים אחרים שקשורים או לא קשורים לחברה (תמליל מיום 30.12.2018, עמ' 30-28). מר ירון הסביר עניין זה כטעות מחשב (שם, עמ' 30, ש' 8-10). מר ירון אף אישר שסביר שה-IP המופיע ברשומות או בחלק מהן (להזכיר, זה האמור להעיד על הסכמת הנמען) הוא ה-IP של שולח ההודעות, קרי הנתבעת, ולא של מקבלי ההודעות (תמליל מיום 30.12.2018, ש' 16-15).

- מעיון ברשומות של קובץ ההסכמות, שהוגשו כמסמך מודפס בדיון מיום 30.12.2018, עולה כי חלק לא מבוטל מהרשומות שייכים לעובדים של הנתבעת, חלק מהרשומות מופיעים כניסיון או כבדיקה, ולא כרשומה אמתית לנמען מסוים, וחלק מהרשומות ממולאות באתיות סתמיות או מופיע בהם הערך NULL, כולל בטור של כתובת הדוא"ל, וזאת על אף שבהתאם לעדותו של מר ירון, כתובת הדוא"ל צריכה להופיע כאשר הנמען ממלא את פרטיו (תמליל מיום 30.12.2018, עמ' 32, ש' 10-12). אין ספק, שכאשר אין כתובת דואר אלקטרוני אין הסכמה של הנמען לשלוח לדואר האלקטרוני שלו מסרים, וכאשר הרשומה מופיעה כנסיון או בדיקה, זו לא הסכמה, וכאשר הפרטים הם של עובדי הנתבעת, זו לא הסכמה של הנמענים. ניתן ביתר סבירות להניח שמדובר בקובץ אימון פנימי של הנתבעת מאשר בקובץ המשקף את הסכמות הנמענים.

עדותו של מר ירון

39. עיינתי בתצהירו של מר ירון, ולאחר שנחקר בפני בחקירה נגדית והתרשמתי באופן ישיר מעדותו, אני את מוצא עדותו כלא מהימנה, ואין לקבוע על פיה קביעות המטיבות עם הנתבעת. מר ירון לא העיד אמת לגבי תפקידו בנתבעת. הנתבעת ביקשה אורכה כדי להכין את התצהיר דווקא מטעם מר ירון, שטענה שהיה "מנהלה בשנים האחרונות" וישב אותה עת בבית הסוהר. למרות טענת הנתבעת שמר ירון היה מנהלה בשנים האחרונות, בעדותו בפני התחמק מר ירון מלתאר את עצמו כמנהל הנתבעת. פעם אחת העיד כי הוא אינו עובד בנתבעת, אלא בחברת האם של הנתבעת, ו"**מנהל את מידע כנסים מטעם חברת האם**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 3, ש' 14). לדבריו תפקידו במידע כנסים הוא "**ניהול כללי בדגש על פעולות השיווק שהתבצעו בחברה**" מ-2011 עד 2017 (שם, ש' 22-17). פעם אחרת העיד כי הוא משמש כ"**יועץ למנכ"ל ואחראי על המנכ"ל**" החל משנת 2011 (שם, ש' 30-29). הובאה לתשומת לבו של מר ירון הסתירה בתפקידים שהוא מעיד שנשא - "**יועץ זה אדם שנותן עצות למנכ"ל, שהמנכ"ל מקבל או לא מקבל. הוא עושה מה שהוא רוצה, הוא גם אחראי לבד לדברים שהוא עושה. מי שממונה עליו הוא האחראי עליו. אז יש סתירה מסוימת בין האחריות שלך על המנכ"ל לבין תפקידך כיועץ למנכ"ל**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 4, ש' 24-18). מר ירון ניסה ליישב את הסתירה, ואמר שהוא "אחראי מטעם בעלי המניות". מכיוון שבעלי המניות אינם עוסקים בניהול החברה בפועל, אלא הדירקטוריון שבעלי המניות ממנים, הוא נשאל אם הוא היה המנכ"ל בפועל, והכחיש. לדבריו היה אדם אחר בתפקיד מנכ"ל, והתפקיד שלו מול

המנכ"ל היה "ייעוץ, אחריות על השיווק, דיווח לבעלי המניות על פעילות החברה ועזרה למנכ"ל בכל דבר שיצטרך" (עמ' 5 ש' 3-1). זאת, כאשר מסתבר שבעל המניות היחיד בחברת האם הוא רועי פרידמן, המשמש גם כסמנכ"ל התפעול של הנתבעת, ואין לו שום צורך שמר ירון ידווח לו מה קורה בנתבעת. כך, עד 2014, כאשר מר פרידמן העביר את מניותיו לנטליה רודנקו, בת זוגו של מר ירון, שמלבד היותה בעלת המניות היחידה בחברת האם, עבדה בנתבעת, ולא כמנכ"ל או סמנכ"ל, אלא בניהול כללי ושוטף, ולכן גם היא לא היתה זקוקה שמר ירון ידווח לה מה קורה בנתבעת (עמ' 506). מר ירון הכחיש שכל המבנה הזה אינו אלא כיסוי לכך שהוא עצמו בעל המניות והמנהל של הנתבעת. איני מאמין למר ירון. בעלי המניות אינם זקוקים לדיווח שלו. הוא לא יכול לתפקד גם כממונה על המנכ"ל מטעם בעלי המניות (שהם סמנכ"ל התיפעול הכפוף למנכ"ל עד 2014 ובת זוגו הכפופה למנכ"ל לאחר 2014), וגם כעוזר למנכ"ל העוסק בשיווק שהוא התחום העיקרי של פעילות הנתבעת. הוא המנהל, כפי שאמרה הנתבעת לפני שהביאה את עדותו, גם אם אדם אחר רשום כמנכ"ל. עובדה היא שהמנכ"ל וסמנכ"ל התיעול האמורים לנהל את הנתבעת ולדעת את הדברים החשובים בה לא באו להעיד. מי שבא להעיד מטעם הנתבעת הוא המנהל בפועל. מר ירון לא אמר אמת בנושא זה.

40. בהקשר זה אציין את דברי השופט שטיין בע"א 765/18 **חיון נ' חיון** (ניתן 1.5.19) לפיהם:

"הכלל הבסיסי והעתיק ביותר הוא חזקה ראייתית הקובעת כי מי שמשקר ביודעין בדבר אחד, משקר בכל עדותו: Falsus in Uno, Falsus in Omnibus. חזקה זו מהווה חלק מהמשפט המקובל האנגלי שמשמש מסד לדיני הראיות הנהוגים במקומותינו. היא עברה גלגולים שונים ורוככה במרוצת השנים. מעמדה כחזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה ניטל ממנה זה מכבר, וכיום היא משמשת חזקה שבשיקול הדעת, שהפעלתה תלויה בשום שכל של הערכאה הדיונית.... הפעלתה של חזקה זו (להלן: חזקת השקר) במקרהו של בעל דין אשר מוסר ביודעין עדות שקרית בנושא מרכזי להתדיינות, המצוי בליבת המחלוקת, הינה ברורה ומובנת מאליה. ברוב רובם של מקרים כאלה, אם נכריע את הדין לחובתו של בעל דין ששיקר – וזאת, אף מבלי לנתח ראיות אחרות – לא נטעה. הסתמכות על חזקת השקר יכול שתובילנו להחלטה לא נכונה במקרים חריגים שבחריגים (אם לא נאמר זניחים). המשאבים השיפוטיים שאותם יש להשקיע כדי לאתר את המקרים הללו ולהגיע לחקר האמת גם בהם, יהיו כרוכים בעלויות מוגזמות מבחינה חברתית. עלויות אלו תהיינה גבוהות יותר מהמחיר של טעות בקביעת עובדות באותם מקרים חריגים שבחריגים. אשר על כן, הפעלתה השיטתית של חזקת השקר תמזער את העלות החברתית הכוללת של טעויות ושל האמצעים השיפוטיים שנועדו למנען – תוצאה רצויה לכל הדעות, שכל מערכת משפטית צריכה לשאוף להגיע אליה".

41. מר ירון אינו עד חיצוני. הוא מנהל הנתבעת והעד היחיד מטעמה. גם אם אין די בעדותו הכוזבת בענין תפקידו בנתבעת כדי לבטל את כל עדותו (ע"א 765/18 **חיון נ' חיון** (ניתן 1.5.19), יש בה ערעור רציני של מהימנותו גם בנושאים אחרים עליהם העיד.

42. מר ירון התחמק בעדותו מלתת תשובות לחלק מהשאלות, אף שהיה צפוי להיות בקיא בפרטים שנשאל עליהן. להלן דוגמאות להתנהלות זו מטעם מר ירון –

א. כשנשאל מר ירון להערכתו על מספר הפרסומות ששלחה הנתבעת לאורך התקופה שמתייחסת אליה התביעה, ענה "**אין לי הערכה**" ובו זמנית העיד כי המספרים שהציע ב"כ התובעים "**נשמעים לי מוגזמים**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 21, ש' 21-27). אדם שאין לו הערכה בדבר מספר הפרסומות לא יכל לדעת שהמספרים מוגזמים. גם כשנשאל על כמות ההודעות ששלחה טלמסר עבור הנתבעת ענה "**אני חושב שהכמות הזו היא מוגזמת, אבל אני לא יודע מספר**" (שם, עמ' 73, ש' 36).

ב. כבר הזכרתי את דבריו של מר ירון כי אינו יכול לזהות את סימן מתן ההסכמה על ידי נמען בקובץ ההסכמות, ו"**כדי להבין את כל השדות האלה אני זקוק לחברה המתכננת שתשב איתי פה ואז אני אוכל להגיד לך כל שדה את המהות שלו**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 45, ש' 3-4). למרות זאת התיימר להעיד, כאילו מידיעתו האישית, שבידי החברה הסכמות של כ-100,000 איש.

ג. כשנשאל מר ירון על הצעת המחיר לניהול מערך הדיוורים האלקטרונים של הנתבעת מחברת ActiveTrail, שצורפה כחלק ממוצג ת/15, העיד כי "**אין לו מושג**" אם ההצעה הזו התקבלה אצל הנתבעת, ו"**אין לו ידיעה אישית**" אם הנתבעת שילמה את הסכום המוצע בהצעה (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 75-76). תמוה לקבל תשובה כזו ממי שניהל את החברה כפי שטענה הנתבעת.

ד. לאורך כל עדותו לא ענה מר ירון על שאלות שנשאל, אלא אמר מה שחשוב לו לומר, על אף הערות חוזרות בענין זה. עניין זה בא לידי ביטוי למשל כשנשאל למה הנתבעת לא צירפה את נוהל קבלת האישורים לקבל דברי פרסומת במוקד הטלפוני של הנתבעת או לחילופין למה לא התייחס לעניין זה בתצהיר מטעמו. תשובתו היתה "**לא התייחסתי לזה בתצהיר מכיוון שזה לא היה פרט מרכזי**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 87, ש' 28-36). השאלה המרכזית שעומדת במחלוקת היא שאלת קבלת ההסכמה של הנמענים לקבל דברי פרסומת, כשהסכמה זו על פי דין צריכה להיות בכתב או באחת הדרכים המפורטים בחוק התקשורת. האמירה שהעד לא התייחס לנוהל קבלת אישורים משום שזה לא פרט מרכזי היא התחמקות לשמה.

43. אין בקובץ ההסכמות או בעדותו של מר ירון כדי להוכיח קיומה של הסכמה לקבל דברי פרסומת. מכיוון שהנתבעת לא הוכיחה עצם קיום הסכמה של הנמענים לקבל את דברי הפרסומת מטעמה, ממילא לא הוכיחה גם שהתקבלה הסכמה **בכתב**. מר ירון העיד, כי הנתבעת **אינה** מחזיקה באישורים **בכתב** לקבלת דברי פרסומת מכיוון שהדבר מקשה על פעילות הנתבעת, בניגוד לדרישות סעיף 30א(ב) - "**בכתב אנחנו לא שומרים מכיוון שאין לנו דבר כזה...אם היינו צריכים להציג משהו בכתב חברות כמוני לא היו קיימות משום שהיום בעולם ה-Online והרשת אתה מאשר את ההרשמה שלך ברשת**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 71, ש' 15-18).

44. יתר על כן, לפי עדותו של מר ירון, הנתבעת לא טרחה לקבל הסכמה בכתב מראש לקבלת מסרים. כשנשאל אם הנתבעת שלחה דברי פרסומת רק למי שיש בידה הסכמה מפורשת שלו לקבלם, ענה "**כדי לנהוג כך היינו צרכים לסגור את החברה**" "**לא...לא ניתן לנהוג כך**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 72, ש' 4-14) וכן "**לא הובאה לידיעתי ההבנה שאם לא תהיה לי הסכמה בכתב לא נוכל להמשיך ולעבוד, אחרת היינו שוקלים את דרכנו**" (תמליל מיום 15.10.2019, עמ' 98, ש' 37-35). כשנשאל מר ירון "**האם יש לכם הסכמה אחת מפורשת של אדם אחד שהגיע ואמר אני רוצה לקבל פרסומת ממידע כנסים? מסמך אחד שמעיד בצורה גלויה על פני הדברים**", תשובתו של מר ירון, לאחר שטען שאין צורך באישור בכתב, הייתה "**אין**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 42, ש' 18-6). לשאלה אם הנתבעת מקליטה את ההסכמות שהיא מקבלת או אמורה לקבל במוקד הטלפוני שהיא מפעילה, ענה מר ירון "**זה דורש טכנולוגיה שעוד אנחנו צריכים לרכוש**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 87, ש' 27-26).

45. הנתבעת שלא הציגה שום אישור בכתב למשלוח דברי פרסומת, הסתפקה בצירוף תקנון תנאי השימוש בתצהירו של מר ירון, וטענה שכל מי שנרשם לכנס, מתבקש לאשר את התקנון שלפיו מסירת פרטים בדרך של הרשמה לכנס ובקשה לקבל דיוור או יצירת קשר, מעידה על הסכמה לקבל דבר פרסומת בהתאם לסעיף 30א לחוק התקשורת. היא לא הציגה הסכמה לתקנון. אין בצירוף התקנון כשלעצמו כדי להוכיח הסכמה של הנמענים כדי לקבל דברי פרסומת. היה על הנתבעת להציג ראיות או מסמכים שמעידים על מתן הסכמת הנמענים לקבל דברי פרסומת, והיא לא עשתה כן.

46. אני דוחה את טענת הנתבעת כי היו ברשותה אישורים ורשומות נוספות של אישורי משלוח דיוור שאבדו לאורך השנים. לעניין זה ראו: רע"א 1231/17 **ישי רז נ' אימפרשן מדיה בע"מ** 5 (פורסם בנבו, 20.4.2017): "**המחוקק קבע, כי הנתבע הוא שעליו להראות כי ביקש את הסכמת התובע למשלוח הודעות פרסומת, וכי ההסכמה ניתנה (סעיף 30א(ב) לחוק); מכאן כי ככלל, העובדה שהנתבע אינו מסוגל להראות כי ההסכמה ניתנה לו נוכח קושי טכני כזה או אחר אינה יכולה לשמש לו כטענת הגנה**".

47. העובדה שהנתבעת הסתפקה בקובץ ההסכמות ובעדותו של מר ירון כדי להוכיח את ההסכמה על ידי הנמענים, על אף שמר ירון העיד שיש לה אסמכתאות נוספות לקבלת דברי הפרסומת, שלא הגישה אותם – נזקפת לחובתה. כשנשאל מר ירון אם יש לנתבעת טפסים פיזיים להרשמה לכנסים, שלפי סעיף 38 לתצהירו, כוללים הסכמה לקבלת דואר פרסומי, ענה "**יש לאנשים שנרשמים במקום, ביום הכנס. אם הוא בא ביום הכנס והוא כבר נמצא, אז הוא עשוי להיות מוחתם על טפסים פיזיים. ש: ואין, לא הגשתם אף אחד כזה. ת: לא**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 72, ש' 28-24). כשנשאל אם יש לנתבעת הוכחה למתן הסכמה בנוסף לעדותו, ענה מר ירון "**ניתן למצוא**

מיילים ישנים, חילופי מיילים בין Netsource לבין מנהלי הכנסים שלנו" (שם, עמ' 94,ש' 36-37). הנתבעת לא הגישה מיילים אלה.

48. לסיכום, לאחר שהנתבעת לא עמדה בנטל להוכיח הסכמת הנמענים לקבל דברי פרסומת, ולאחר שהעד מטעמה הודה שאין לה אסמכות בכתב לקיום הסכמות אלה, **המסקנה היא שהנתבעת שלחה את דברי הפרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת**.

<u>משלוח הודעות על ידי חברה אחרת</u>

49. לאחר ההסדר הדיוני, שבמסגרתו קיבלה על עצמה הנתבעת אחריות למעשי חברת נטסורס, הגישה הנתבעת כתב הגנה ובו טענה שאינה אחראית על עוולות שבוצעו על ידי צד שלישי, שהוא מכללת נתניה וחברת USG. הנתבעת לא חזרה על טענה זו במסגרת הסיכומים מטעמה, ולכן יש לראות בכך וויתור מצידה על טענה זו. למרות זאת, אתייחס לטענה לגופה, לאור טענות התובעים.

50. בכתב ההגנה הסתמכה הנתבעת על סעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], וטענה כי ככל שהמייל של התובע לא נכלל ברשימת התפוצה של מכללת נתניה, הנתבעת לא ידעה זאת ולא היה עליה לדעת זאת. וביחס לחברת USG, הנתבעת טוענת כי היא לא ידעה ולא היה עליה לדעת על כך שהתובע לא נתן את הסכמתו לחברת USG לקבל דברי פרסומת.

51. טענות אלה של הנתבעת תמוהות, וכנראה לאחר מחשבה נוספת נמנעו מלחזור עליהן בסיכומים. סעיף 15 לפקודת הנזיקין עוסק במסירת הפעולה לקבלן. הנתבעת היא ששלחה עבור מכללת נתניה וחברת USG את דברי הפרסומת, ועל כן היא הקבלן שנושא באחריות ישירה לפי סעיף זה ככל שבוצעה עוולה על ידה, ואילו מכללת נתניה וחברת USG הן בעלות החוזה עם הנתבעת, שעשויות להיות פטורות לפי סעיף 15 מהאחריות הנזיקית.

<u>טעות נקודתית</u>

52. הנתבעת טענה שאם יתברר כי נשלח דבר פרסומת שאינו עונה על דרישות סעיף 30א(ב) לחוק התקשורת, או שנשלח לנמען שאינו נמנה עם חוג לקוחותיה של הנתבעת אשר נתנו את הסכמתם לקבלת דברי פרסומת, דבר זה נעשה בשגגה ואינו מעיד על שיטה. טענה זו בדבר טעות נקודתית עלתה גם בעדותו של מר ירון, באומרו "**כאשר אתה מדבר על אלפי אנשים, יש טעויות. 10 טעויות, 20 טעויות, וגלסברג נפל בתחום הטעות הזאת**" (תמליל מיום 15.10.2018, עמ' 79, ש' 16-18).

53. אם הייתה טעות נקודתית, היא אינה מורידה מעצם העובדה שהתקיימה הפרה. טעות נקודתית יכולה להיות הסבר להפרה, אבל היא אינה משנה את העובדה שהייתה הפרה. נטל ההוכחה להראות כי קיימת קבוצת אנשים שנפגעה מהתנהגות הנתבעת מוטלת על התובעים, אך ככל שהנתבעת טוענת כי מדובר ב"טעות נקודתית" נטל הבאת הראיה עובר לכתפיה. כך נקבע בע"א 7187/12 **עו"ד צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל** פס' עט-פג (פורסם בנבו, 17.8.14) (להלן: פרשת **עו"ד צמח**) -

"ככל שנתבע ייצוגי טוען את טענת "הטעות הנקודתית", יש לראות בכך מעין "הדבר מדבר בעדו", ולהעביר את הנטל להוכחתה של טענת ה"טעות הנקודתית" לכתפי הנתבע.."

54. הנתבעת הסתפקה בהעלאת טענת הטעות הנקודתית בסיכומים מטעמה, מבלי להביא שום ראיה או אסמכתא לטענה זו, מלבד עדותו של מר ירון, שנמצאה בלתי מהימנה. יתר על כן, כעולה מעדותו של מר ירון שניתן להסתמך עליה לחובת הנתבעת שהביאה אותו לעדות, אין בידה הסכמות, והיא לא טורחת לשמור הסכמות – לא כטעות נקודתית אלא כדרך פעולה. על כן, אני דוחה את הטענה שמדובר ב"טעות נקודתית".

היקף הקבוצה הראויה לפיצויים

55. לאחר שקבעתי שהמסרים שנשלחו על ידי הנתבעת מהווים דברי פרסומת כהגדרתם בסעיף 30א(א) לחוק התקשורת, ולאחר שהנתבעת לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח קיום הסכמה מפורשת בכתב לקבלת דברי פרסומת, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת, לאחר שלא עמדה הנתבעת בנטל המוטל עליה להוכיח ששליחת המסרים המפירים נעשתה במסגרת טעות נקודתית, התנאים לקביעה בדבר הפרת האיסור בדבר שיגור דבר פרסומת בניגוד להוראות סעיף 30א(ב) מתקיימים.

56. לפיכך, קיימת קבוצה כפי שהוגדרה בתביעה דנן "**כל אדם אשר קיבל דבר פרסומת אשר שוגר על ידי הנתבעת בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, וזאת בתקופה שקדמה להגשת התובענה נושא בקשה זו ובמהלך ניהולה, וספג עקב כך נזק**", בכפוף לכך שנגרם נזק, אך תחילה אעסוק בגודל הקבוצה.

גודל הקבוצה

57. גודל הקבוצה המינימלי הוכח בפניי כבר בעדותו של מר ירון מטעם הנתבעת (כפי שפורט בהרחבה לעיל, איני מקבל את עדותו לטובת הנתבעת, אך מסיק ממנה מסקנות לחובת הנתבעת).

כשנשאל מר ירון על המידע המוצג באתר האינטרנט של הנתבעת, לפיו הנתבעת שולחת כמיליון מיילים בממוצע בחודש עבור הכנסים שלה, העיד מר ירון כי זה נתון מוגזם, וכי להערכתו הנתבעת שולחת כמה אלפי מיילים לכנס, כאשר בשנה היא מארגנת בין 25-30 כנסים (על אף שבסעיף 5 לתצהירו שצורף כמוצג נ/1, העיד שהנתבעת עורכת בין 30-40 כנסים בשנה. אם נניח שהביטוי "כמה אלפי מיילים לכנס" הוא 3,000 מיילים, והנתבעת עורכת 30 כנסים בשנה, מדובר על לפחות 90,000 הודעת מייל לשנה, ובשבע שנים 630,000 הודעות מייל.

58. התובעים טוענים כי היקף הקבוצה עומד לכל הפחות על 932,602 איש/ה, על בסיס הקבצים שהתקבלו מהנתבעת ומחברות הדיוור, ואשר סוכמו בחוות דעתו של מר לב סולודקין, שצורף כראיה לתיק המוצגים כמוצג ת/2. הקבצים מחברות הדיוור שעל בסיסם נערכה חוות הדעת הוגשו לתיק המוצגים כמוצגים, וצורפו גם כעותק דיגיטלי לחוות הדעת.

59. לפי חוות דעת מר סולודקין, הנתבעת שלחה 43,583,573 דברי פרסומת באמצעות הודעות אלקטרוניות ל-572,744 אנשים, ושלחה 716,360 הודעות מסר קצר ל-359,858 אנשים כמפורט להלן:

א. חברת inwise, בתקופה שבין 9.2012-9.2014, שלחה עבור הנתבעת 20,180,747 הודעות ל-250,300 נמענים, כאשר 5,303 מהם נתנו את הסכמתם למשלוח ההודעות.

ב. חברת ActiveTrail, בתקופה שבין 9.2014-1.2018, שלחה 23,402,826 הודעות דוא"ל ל-322,444 נמענים, כאשר 38,834 מהם נתנו את הסכמתם למשלוח ההודעות. כמו כן החברה שלחה, בתקופה שבין 11.2015-1.2018, כ-182,011 הודעות SMS ל-67,512 נמענים, כאשר 32,184 מהם נתנו את הסכמתם למשלוח ההודעות.

ג. חברת טלמסר, בתקופה שבין 1.2.2016-11.1.2017, שלחה 534,349 הודעות SMS ל-292,346 נמענים, 25,966 מהם נתנו את הסכמתם למשלוח ההודעות.

60. התובעים טוענים כי מספרים אלה הם חסרים, וכי הנתבעת שלחה בתקופת התביעה כ-114 מיליון דברי פרסומת באמצעות הודעות אלקטרוניות לכ-1.4 מיליון נמענים, וכ-5 מיליון דברי פרסומת באמצעות הודעות מסר קצר לכ-2.5 מיליון נמענים ומבססים טענותיהם על עובדות אלה –

א. כעולה מת/17, שהינו הזמנה לנותני החסות להשתתף בכנס ויעדת ה-Big Data השנתית, מיום 23.7.2012, הנתבעת הציעה לשלוח דברי פרסומת בהיקף של 45,000 איש/ה רלוונטיים. בהזמנה נוספת לנותני החסות שנשלחה למר דורון תמיר, ושצורפה כנספח ט3 לתצהירו, הנתבעת מציעה פרסום לכנס ל-150,000 איש רלוונטיים.

ב. הנתבעת רכשה מחברת inwise משלוח הודעות של מיליון הודעה בחודש, לתקופה שבין 4.2014-2010. הסכם הרכישה מיום 6.8.2012 צורף כחלק ממוצג ת/19.

ג. הנתבעת רכשה מחברת ActiveTrail משלוח הודעות של מיליון וחצי הודעה בחודש, כפי שעולה מהצעת מחיר לניהול מערך דיוורים אלקטרוניים מיום 21.9.2014. הנתבעת גם רכשה חבילת משלוח הודעות אלקטרוניות בסך של 15 מיליון הודעות בשנה, כפי שעולה מהצעת מחיר לניהול מערך דיוורים אלקטרוניים מיום 18.5.2017. הצעות אלה צורפו כחלק ממוצג ת/15.

ד. הנתבעת מפרסמת באתר האינטרנט שלה כי היא שולחת מדי חודש כמיליון הודעות אלקטרוניות. צילום אתר הנתבעת צורף כנספח א30 לתצהיר התובע שצורף כמוצג ת/8.

ה. מהמצגת שנשלחה למר דורון תמיר, ושצורפה כנספח ט2 לתצהירו שצורף כמוצג ת/6, עולה כי הנתבעת שולחת דיוור ל-120,000 נמענים על בסיס חודשי.

ו. מעדותו של מר ירון עולה כי הנתבעת השתמשה בספקי משלוח הודעות נוספים לספקים לעיל, כולל נט סורס ונט מיילר (פרוטוקול מיום 30.12.2018, עמ' 44,ש' 12-16).

ז. לטענת התובעים, חלק מההודעות לא נשלחו באמצעות ספקי דיוור.

61. איני קובע את היקף הקבוצה על בסיס שאר הראיות שהובאו על ידי התובעים, כפי שפורטו בסעיף הקודם. ראיות אלה מוכיחות שהיתה לנתבעת אפשרות להוציא הודעות נוספות, בהתאם להסכמים עם ספקיות הדיוור וכן שהנתבעת פרסמה עצמה כמי שמוציאה הודעות רבות יותר, אך התביעה עוסקת בהודעות שנשלחו בפועל ולא באלה שהנתבעת יכלה לשלוח ולא באלה שפירסמה שהיא שולחת. חתימה על הסכמי רכישה אינה מצביעה על היקף ההודעות שנשלחו בפועל ועל מספר הנמענים שקיבלו הודעות אלה. עניין זה בא לידי ביטוי בהסכם הרכישה מחברת inwise מיום 6.8.2012, שלפיו "חיוב מינימלי בסך 2,000 ₪ יתבצע בחודשים בהם דוורו פחות מ – 1 מיליון מכתבים או שלא בוצעו דיוורים כלל". מכאן שההסכם צפה אפשרות של אי נוצל הזכות לשלוח הודעות.

62. על כן, היקף חברי הקבוצה יקבע על בסיס חוות דעתו של מר סולודקין, המסמכים שהסתמך עליהם ושהוגשו כראיות על ידי שלושת חברות הדיוור, ותצהיר התשובות לשאלון מטעם מנכ"ל הנתבעת ת/14.

63. הנתבעת טוענת כי אי אפשר להסתמך על הקבצים שנשלחו על ידי שלושת חברות הדיוור, ואשר שימשו כבסיס לחוות דעתו של מר סולודקין, וזאת מאחר שהם נשלחו בקבצי אקסל, כאשר המנכ"ל של חברת inwise, המנכ"ל של חברת ActiveTrail, ומנהל מערכות המידע של טלמסר וטלכלל, העידו שאפשר לשנות אותם בדיעבד, ובכל השלבים עד לשליחתם למר סולודקין, הקבצים היו נתונים לאפשרות שינוי ועריכה. אני דוחה טענה זו מאחר שזו טענה כללית שנטענת בעלמא. כפי שהנתבעת עצמה טענה, היא הבעלים של המידע ובידה להציג את הנתונים הנכונים, להוכחת טענה שהקבצים שהתקבלו מחברות הדיוור הם קבצים ששונו ושנערכו, להבדיל מהאפשרות לשנותם ולעורכם. אי הגשת ראיות בענין זה מטעם הנתבעת מצביע על כך שהטענה הזו אינה נכונה.

64. אציין, כי הנתבעת עצמה הסתמכה על הקבצים שהופקדו על ידי ספקיות הדיוור הישיר בתצהיר התשובות לשאלון מטעם מנכ"ל הנתבעת מר תומר ישראלי, שצורף כמוצג ת/14. תצהיר זה מטעם הנתבעת הוא הודאה במשלוח ההודעות ובהיקף משלוח הודעות אלה, והודאה לגבי אמינות המידע שהועבר על ידי חברות הדיוור. תצהירו של מר ישראלי כולל שני נתונים כמעט זהים לממצאים של מר סולודקין - נתון מספר המיילים ששלחה חברת ActiveTrail (23,402,826 הודעות בשניהם) ונתון מספר הודעות ה-SMS ששלחה חברת טלמסר עבור הנתבעת (534,349 הדעות בחוות הדעת של מר סולודקין לעומת 534,359 בתצהירו של מר ישראלי). באשר לשני הנתונים האחרים, יש הבדל ניכר בין שני המקורות אבל אין זה כדי לפגוע בעצם הקביעה שהנתבעת הודתה בשליחת הודעות אלה.

65. אני דוחה את טענת הנתבעת לפיה תצהירו של מר תומר ישראלי מהווה עדות שמועה ואין בו כל ערך ראייתי. זאת, הן משום שתצהירו של מר ישראלי מטעם הנתבעת הוא הודאת בעל דין, שהיא חריג לכלל האוסר עדות שמועה (ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל**, לז(4) 281 (1983)), והן משום שהנתבעת לא התנגדה להגשת תצהיר זה כראיה. הכלל הוא כי בעל דין שלא התנגד להגשת ראיה במעמד הגשתה, רואים אותו כמסכים לקבלתה. ב"כ הנתבעת, במעמד הגשת תצהירו של ישראלי אמר "**...אני לא מתנגד לעצם ההגשה, רק אני מפנה לכך שבפסקה השלישית תומר ישראלי כותב שתשובותיי הן אמת לפי מיטיב ידיעתי ואמונתי, לא מידיעה אישית שלו. אז צריך להתייחס לזה בהיבט הזה**" (פרוטוקול מיום 15.10.2018, עמ' 24, ש' 23-25). ובזאת, לא התנגד לקבילות התצהיר של מר ישראלי, אלא למשקלו. אני מייחס לתצהירו של מר ישראלי משקל רב, הן משום שזה התצהיר וזו הגירסה שבחרה הנתבעת להציג מטעמה לאחר בדיקתה את הנתונים שבידה, והן מכיוון שהוא כולל נתונים כמעט זהים לנתונים שמצא מר סולודקין לפי בדיקותיו, כמפורט לעיל.

66. הנתבעת לא טרחה להביא ולהוכיח תחשיבים חלופיים להיקף הקבוצה, ולא עלה בידיה לסתור את הנתונים והתחשיבים שהובאו על ידי התובעים בחוות דעתו של סולודקין. לעניין זה ראו את דברי השופטת חיות, כתוארה אז, בעניין **מגה** המצוטט לעיל, שנאמרו בקשר לאישור בקשה לתביעה ייצוגית. דברים אלה רלוונטיים לענייננו מקל וחומר כאשר מדובר בשלב שלאחר אישור התובענה, שהוא שלב ההכרעה בסוגיה זו -

"לא ראיתי מקום להתערב בסכום התובענה שאושר על ידי בית המשפט קמא. על המגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית לפעול בשקידה סבירה כדי להציג תחשיבים המבססים לכאורה את טענותיו בנוגע לגודל הקבוצה ושיעור הנזק. <u>משעשה כן, על משיב המעוניין לסתור את טענותיו בעניינים אלו להציג תחשיבים משל עצמו ולתמוך אותם בנתונים כלשהם. אין די בהקשר זה בטענות סתמיות וכלליות לפיהן סכומי הפיצוי בהם נקב המבקש מופרזים</u> (ראו והשוו: רע"א 2282/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' לוי, [פורסם בנבו] בפסקה 18 (8.7.2015)). <u>במקרה דנן</u>

<u>המבקשים אינם מציגים כל תחשיב חלופי בנוגע לגודל הקבוצה ושיעור הנזק שנגרם לה</u> ולפיכך אין מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט קמא לאמץ את התחשיב שהוצע על ידי המשיבים".
(ההדגשות שלי, מ' ר').

67. על כן, אני קובע את היקף הקבוצה כאמור בחוות דעתו של מר לב סולודקין, שנעשה על בסיס בחינת הקבצים שהומצאו על ידי חברות הדיוור הרלוונטיים, אשר הוגשו כראיות ושצורפו לתיק המוצגים, ואשר אושרה על ידי תצהירו של מר ישראלי, שהוגש כראיה וצורף לתיק המוצגים. מאחר שהנתבעת לא הוכיחה הסכמות של הנמענים לקבלת דברי פרסומת מטעמה, למרות שלפי סעיף 5 לחוות דעתו של מר סולודקין, אין באפשרותו לדעת אם הנתונים המופיעים בקבצים לגבי הסכמות נכונים ומהימנים, לרבות עצם קיומה של הסכמה, וקביעות אלה מסורות לבית המשפט, אתייחס למספר הנמענים כפי שמופיעים בחוות הדעת, בהנחה שההסכמות הן אלו שצויינו בחוות הדעת.

68. על כן, אני קובע כי בתקופה הרלבנטית הנתבעת שלחה 43,583,573 דברי פרסומת באמצעות הודעות אלקטרוניות ל-572,744 נמענים כש- 44,137 מהם נתנו הסכמתם, ו- 716,360 הודעות מסר קצר ל-359,858 נמענים כש- 58,150 מתוכם נתנו הסכמתם. דהיינו, 830,315 נמענים, שכל אחד מהם קיבל בממוצע 47.50 דברי פרסומת ששוגרו על ידי המשיבה בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, בתקופה שקדמה להגשת התובענה נושא בקשה זו ובמהלך ניהולה.

<u>הנזק</u>

69. התובעים טוענים כי לחברי הקבוצה נגרם נזק בלתי ממוני, שעיקרו חדירה לפרטיות, הטרדה, עוגמת נפש, השחתת זמן, לרבות פגיעה באוטונומיה, עקב שליחת דברי הפרסומת המפירות ללא קבלת הסכמת הנמענים. על מנת להוכיח את קיומו של הנזק, התובעים הסתמכו על חוות דעתו של פרופ' יצחק כ"ץ, שהתקבלה וצורפה לתיק המוצגים כמוצג ת/1, ועל חוות דעתו של פרופ' דן זכאי, שהתקבלה וצורפה לתיק המוצגים כמוצג ת/9.

70. כאמור לעיל, אין בעדויות הספציפיות שהביאו התובעים כדי להוכיח את קיומה של קבוצה, או כדי להוכיח קיומו של הנזק לכלל חברי הקבוצה, אלא לכל היותר כדי להוכיח את נזקם. לכן, לא אתייחס לעדויות אלה בפסק הדין העוסק בנזקי הקבוצה.

תיק חיצוני:

חוות הדעת פרופ' יצחק כץ

71. פרופ' יצחק כץ ערך חוות דעתו, על בסיס סקר דעת קהל שנעשה בקרב מדגם מייצג של 363 אנשים מ-550,000 נמענים שקיבלו דברי פרסומת בהודעות SMS ודוא"ל מהנתבעת בין השנים 2016-2017. טעות הדגימה של הסקר עומדת על 5.1%. בעלי הדעה בסקר הם אלו שזוכרים אם קיבלו או שלא קיבלו דברי פרסומת מהנתבעת. ממצאי הסקר הם כדלקמן:

<u>הודעות SMS</u>

א. 34% מבעלי הדעה זוכרים שקיבלו הודעות SMS. 31% מהם הרגישו בכעס כאשר קיבלו הודעות אלה. 23% מהם ביקשו להסיר את שמם ולא לקבל יותר הודעות מהנתבעת.

ב. 66% מבעלי הדעה לא קיבלו או לא זוכרים שקיבלו הודעות SMS. 31% מהם ציינו כי היו מרגישים בכעס אם היו מקבלים הודעות אלה.

ג. 30% מבעלי הדעה קיבלו הודעות SMS ספציפיות שהוצגו להם בסקר. 42% מהם ציינו שהודעות אלה הטרידו אותם (הטרידה מאוד + הטרידה + ככה ככה). 30% מהם ביקשו להסיר את שמם ולא לקבל יותר הודעות מהנתבעת.

ד. 70% מבעלי הדעה לא קיבלו או לא זוכרים שקיבלו הודעות ה-SMS הספציפיות שהוצגו להם בסקר. 61% מהם ציינו כי היו מוטרדים (הטרידה מאוד + הטרידה + ככה ככה) במידה והיו מקבלים הודעות אלה.

ה. באופן כללי, 81% מבעלי הדעה שקיבלו הודעות SMS מגופים שאינם מכירים סבורים כי הודעות אלה מטרידות אותם (מטרידות מאוד + מטרידות + ככה ככה). לעומת 19% מבעלי הדעה שסבורים שהודעות אלה אינן מטרידות (כלל לא מטרידות + לא מטרידות).

ו. מבין בעלי הדעה שלא מקבלים הודעת SMS מגופים שאינם מכירים, 30% מהם סבורים כי הודעות אלה היו מטרידות אותם (מטרידות מאוד + מטרידות + ככה ככה).

<u>הודעות דואר אלקטרוני</u>

א. 34% מבעלי הדעה זוכרים שקיבלו דוא"ל. 37% מהם ציינו שהודעות אלה הטרידו אותם (הטרידה מאוד + הטרידה + ככה ככה). 24% מהם ביקשו להסיר את שמם ולא לקבל יותר הודעות מהנתבעת.

ב. 66% מבעלי הדעה לא קיבלו או לא זוכרים שקיבלו דוא"ל. 53% מהם ציינו כי היו מוטרדים (הטרידה מאוד + הטרידה + ככה ככה) במידה והיו מקבלים הודעות אלה.

ג. באופן כללי, 84% מבעלי הדעה שקיבלו הודעות דוא"ל מגופים שאינם מכירים סבורים כי הודעות אלה מטרידות אותם (מטרידות מאוד + מטרידות + ככה ככה). לעומת 16% [בחוות הדעת כתוב 26% שהינה טעות סופר] מבעלי הדעה שסבורים שהודעות אלה אינן מטרידות (כלל לא מטרידות + לא מטרידות).

ד. מבין בעלי הדעה שלא מקבלים הודעת דוא"ל מגופים שאינם מכירים, 35% מהם סבורים כי הודעות אלה היו מטרידות אותם (מטרידות מאוד + מטרידות + ככה ככה).

72. לאחר עיון בחוות דעתו של פרופ' כץ, ולאור התרשמותי מחקירתו הנגדית על ידי ב"כ הנתבעת, אני מוצא את חוות דעתו מהימנה, ומוכיחה קיומו של נזק לא ממוני, שמתבטא בהטרדה ובעוגמת נפש, כפי שיפורט להלן.

73. אני דוחה את טענת הנתבעת לפיה אם כ-80% ממשתתפי הסקר הצהירו שלא קיבלו או שלא זוכרים אם קיבלו הודעות SMS או דוא"ל, המסקנה היא שלא נגרם להם נזק. אני מקבל את הסברו של פרופ' כץ ששאלת זכירת קבלת הודעות מהנתבעת אינה דומה ואינה קשורה לשאלת הנזק שנגרם כתוצאה מקבלת הודעות מהנתבעת, כשנתון מרכזי הוא שכל המשתתפים בסקר קיבלו הודעות מהנתבעת, בין אם זכרו ובין אם לא זכרו קבלת הודעות אלה. על כן, אי אפשר להסיק כל מסקנה לגבי קיום פגיעה או שלילתה אצל נמען שלא זוכר קבלת הודעה מפירה. פרופ' כץ העיד: "**ת: הם לא קיבלו או לא זוכרים שקיבלו, ש: ולכן לא נפגעו. ת: ואם הם נפגעו או לא נפגעו אני לא יכול להסיק מזה.**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 5, ש' 1-3). "**אבל לא נותנים מענה ה-79 אחוזים לשאלה אם הם נפגעו או לא נפגעו**" (שם, ש' 11).

74. חיזוק להסבר שאין קשר בין שאלת הפגיעה בגין קבלת הודעה לבין זכירת קבלת הודעה זו, נמצא בעדותו של פרופ' זכאי, החוקר את נושא הזיכרון, שהעיד כי טווח הזמן שהוגדר בסקר של פרופ' כץ, שנתיים עד שנה וחצי, הינו טווח ארוך, כשאפקט ההפרעה וזכירת אפקט זה נמשך לתקופה של שעות וימים בלבד - "**...לפי דעתי יש שתי שאלות נפרדות. אחוז הזוכרים שקיבלו אינו מעיד על היקף התופעה הפסיכולוגית של השפעת הספאם. מכיוון שאחרי שנתיים או שנה וחצי גם אם כשקיבלתי זה הפריע לי, זה גרם לי איזה שהיא הטרדה או איזה שהיא תחושה לא נוחה, זה לא מחייב שאחרי שנתיים אני אזכור ואוכל לדווח שקיבלתי את הדבר הזה. לכן, אני רואה פה שני נושאים נפרדים. אחוז הזכירה שאינו בהכרח מעיד על אחוז ההפרעה שהיא מתרחשת בעת שאני מקבל את ההודעה**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 98, ש' 13-22). "**...ברור שמדובר על אפקטים מקומיים בטווחי זמן של השעות והימים ומפריע לי בעבודה תוך כדי שאני מקבל את זה, אף אחד לא אמר בשום מקום לא תמצא שמישהו טען לאפקטים שנמשכים שבועות, חודשים או שנים...בפירוש אני לא הייתי מצפה שהאפקטים של ספאם שהם אפקטים די מקומיים אבל מטרידים מאוד בזמנו, ייזכרו על ידי מאוד אנשים אחרי שנה וחצי או שנתיים. זה לא מתאים בכלל לטבעו של הזיכרון האנושי. לכן צריך לזכור את העובדה הזאת שמנתחים את הסקר הזה**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 103, ש' 16-27).

75. לגבי המשתתפים בסקר שדיווחו על הטרדה מקבלת ההודעות מהנתבעת, הנתבעת טוענת שהאחוז שלהם מכלל מקבלי ההודעות אצל הנתבעת הוא מזערי, ואף שואף לאפס. על כן, הנתבעת טוענת שהמסקנה המתקבלת היא שההודעות ששלחה הנתבעת כלל אינן מטרידות -

תיק חיצוני:

א. בעלי הדעה שזכרו שקיבלו הודעות SMS ושדיווחו על כעס, הם 31% מ-21% מכלל המשתתפים בסקר. על כן, הם 6.5% מכלל המשתתפים בסקר. בשים לטעות הדגימה של 5.1%, הם מהווים 11.6-1.4% מכלל מקבלי הודעות ה-SMS מהנתבעת.

ב. לגבי בעלי הדעה שזכרו שקיבלו הודעות SMS ספציפיות, ושדווחו על הטרדה או הטרדה רבה מקבלת הודעות אלה, הם 32% מ-22% מכלל המשתתפים בסקר. על כן, הם כ-7% מכלל המשתתפים בסקר. בשים לב לטעות הדגימה של 5.1%, הם מהווים 12-2% מכלל מקבלי הודעות ה-SMS מהנתבעת.

ג. לגבי בעלי הדעה שזכרו שקיבלו הודעות דוא"ל, ושדווחו על הטרדה או הטרדה רבה מקבלת הודעות אלה, הם 19% מ-24% מכלל המשתתפים בסקר. על כן, הם 4.56% מכלל המשתתפים בסקר. בשים לב לטעות הדגימה של 5.1%, הם מהווים 10-0% מכלל מקבלי הודעות ה-SMS מהנתבעת.

76. אני דוחה את הטענה שלפיה ממצאים אלה מוכיחים שאין נזק לא ממוני שנגרם למקבלי ההודעות, מהסיבות להלן –

א. כפי שנאמר לעיל, אי דיווח על הטרדה (בין בקרב אלה שזכרו שקבלו הודעות מהנתבעת ובין בקרב אלה שדיווחו שלא קיבלו או לא זוכרים שקיבלו הודעות מהנתבעת שגם לא דיווחו על פגיעה בפועל) אינו מעיד בהכרח על העדר נזק או הטרדה מקבלת הודעות אלה, כשידוע מראש שכל המשתתפים בסקר קיבלו בפועל הודעות מהנתבעת. על כן, לכל היותר ניתן להסיק שלפחות אלה שזכרו את ההודעות כעבור שנה וחצי ניזוקו מהן. אף אם רק 1.4% -2% מ- 301,708 מקבלי הודעות ה-SMS ניזוקו כתוצאה מקבלת ההודעות, מדובר ב- 4,224 – 6,034 נמענים, ומספר זה מספיק כדי להקים קבוצה מיוצגת שראויה לפיצוי בתביעה דנן.

ב. הנתבעת התייחסה בחישוביה רק לאלה שדווחו שקבלת ההודעות הטרידה או הטרידה אותם מאוד, ולא כללה את המשתתפים שדווחו שרמת ההטרדה שחוו הייתה "ככה ככה". לדעת פרופ' כץ ופרופ' זכאי, גם הפגיעה הבינונית ברמת "ככה ככה" מהווה הטרדה. כאשר מביאים בחשבון את אלה שדווחו על רמת הטרדה בינונית, וכך יש לעשות, אחוז הנמענים שחוו הטרדה הרבה יותר גבוה מהאחוזים שהגיעה אליהם הנתבעת בחישוביה. לכן, גם האחוז המינימלי של מקבלי הודעות הדוא"ל האלקטרוני שחוו הטרדה עולה בהתאמה. ראו דבריו של פרופ' כץ "**המטריד והמטריד מאוד היה 32 אחוזים. צריך לקחת בחשבון רק את אלה שאומרים ככה ככה לטעמי גם זו טרדה מסוימת**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 15, ש' 17-8). לפרופ' זכאי היתה דעה דומה "**ש: הפרעות, הפרעות זה גם ככה ככה? ת: בוודאי**" (שם, עמ' 100, ש' 11-10).

77. אכן, טעות הדגימה מאפשרת מספר נמוך יותר של נמענים שניזוקו, אך אין זה אומר שיש לחשב את הנזק לפי המספר הנמוך, שכן יתכן שאפשרות הטעות לא תתממש. על כן, נכון יהיה לחשב את הנפגעים לפי הממוצע, שהוא הממצאים בהנחה שלא היתה טעות דגימה. לפי חוות דעת פרופ'

כך, מבין הזוכרים את ההודעות, 12.5% ממקבלי הודעות מייל ו- 10.5% ממקבלי הודעות SMS הוטרדו. כשמביאים בחשבון גם את מי שלא זוכרים, 84% ממקבלי הודעות המייל ו- 81% ממקבלי הודעות SMS הוטרדו.

חוות הדעת פרופ' דן זכאי

78. פרופ' דן זכאי ערך חוות דעת, על בסיס סקירת מחקרים במקומות שונים בעולם וסקר איכותני שמונה 57 משתתפים. פרופ' זכאי הגדיר את הספאם, בין היתר, כמסר שנשלח ללא רשות והוא אינו רצוי. בחוות דעתו, בחן את השלכות הודעות הספאם על הנמענים, על תפקודם ועל תחושותיהם ועמדותיהם. חוות הדעת מצאה כי ההפרעות שנגרמות לנמענים כתוצאה מקבלת הודעות הספאם מתחלקות לשני סוגים עיקריים: פגיעה קוגניטיבית בעיבוד של מידע (פגיעה בתחום התפקודי-ביצועי) ופגיעה רגשית חוויתית.

79. באשר לפגיעה מסוג הראשון, בתחום התפקודי ביצועי, היא מלווה בסימפטומים אלה:

א. התארכות משך הטיפול בדוא"ל, בעיקר בשל הצפת מידע והצורך לטפל בכמויות מידע גדולות.

ב. שיבושים אפשריים בתהליכי קריאת ההודעות ודיוק הקריאה, בשל הגדלת העומס הקוגניטיבי ואילוץ המערכת הקוגניטיבית לתפקד במצב של Multi-tasking ו-Inattention.

ג. הסחת דעת ויציאה מריכוז, וגרימת התארכות זמן הטיפול בדוא"ל וגרימת פוטנציאל ריבוי שגיאות וטעויות תוך הקטנת רמת הדיוק.

ד. ירידה ברמת הפרודוקטיביות.

80. באשר לפגיעה מהסוג השני, בתחום הרגשי חוויתי, היא מלווה בסימפטומים אלה:

א. תחושת פגיעה בפרטיות, בשל האופי החודרני של הודעות הספאם ומהתחושה כי זהותו וכתובתו של הנמען נפרצו ושהם ידועים לאחרים שאין לנמען כל עניין בהם.

ב. הגברה בתחושה של עקת הדואר האלקטרוני בשל הצפת המידע, תחושה של היעדר שליטה והיעדר יכולת לעצור את שטף הספאם ותחושה של פגיעה אפשרית בביצועים הקשורים.

ג. ירידה באמון של הנמענים בדרכי התקשורת האלקטרונית, וירידה בתפיסת המערכות הממוחשבות והחוויות השימוש כ"ידידותיים למשתמש".

ד. הטרדה ופגיעה ברמה הערכית של ההודעות בשל הודעות ספאם בעלות אופי פוגעני.

81. כאמור, פרופ' זכאי ערך סקר איכותני בקרב 57 ישראלים, שבדק את ההפרעות הנגרמות בשל הודעות הספאם אצל ישראלים, במטרה לבדוק את התאמת ממצאיו שפורטו לעיל לחברה הישראלית. פרופ' זכאי מצא כי תמונת המצב בישראל דומה ביותר לזו שהתגלתה במחקרים שסקר.

דפוס ההפרעות שגורמות הדעות הספאם בישראל דומה למדינות אחרות. לפיכך, 90% מהנמענים חשים ומדווחים על הפרעות הנגרמות על ידי הודעות הספאם, גם בישראל וגם במדינות אחרות.

82. לאחר עיון בחוות דעתו של פרופ' זכאי, והתרשמותי מחקירתו הנגדית על ידי ב"כ הנתבעת, אני מאמץ את חוות דעתו כמהימנה, ומוכיחה קיומו של נזק לא ממוני, שמתבטא בחדירה לפרטיות, הטרדה, עוגמת נפש, השחתת זמן, לרבות פגיעה באוטונומיה, כמפורט להלן.

83. הנתבעת טענה שחוות דעתו של פרופ' זכאי מגדירה את מסר הספאם כמסר שמתקיימים בו שני תנאים מצטברים: הוא מסר שנשלח ללא רשות והוא אינו רצוי. הנתבעת טוענת כי ההודעות ששלחה הנתבעת אינן עונות על שני תנאים אלה כי נשלחו באישור הנמענים, והמידע שנשאו ההודעות מטעמה היה מידע רלוונטי ורצוי עבור הנמענים. הנתבעת טוענת לחילופין כי לכל הפחות ההודעות מטעמה אינן עונות על תנאי אחד מבין שני התנאים המצטברים. על כן, ההודעות שלה אינן ענות על הגדרת הספאם.

84. לפי עדותו של פרופ' זכאי, הוא לא ראה בשני תנאים אלה כתנאים מצטברים להגדרת הספאם, אלא ראה בכל אחד משני התנאים האלה כבעל השפעה פסיכולוגית על הנמענים. אם מתקבל מסר לא רצוי לאחר שהנמען נתן את הסכמתו לקבל דברי פרסומת, אלמנט הספאם קיים כי מדובר במסר שאינו רצוי ואינו רלוונטי עבור הנמען:

"**ש:...מבחינתך עדיין תחושת הספאם יכולה להיות לו, למרות שהוא אישר הכל. ת: נכון, נכון. זה נושא שלא מעניין אותי ואז זה מטריד אותי שאני מקבל את זה**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 87, ש' 17-20).

מאידך, אם התקבל מסר רצוי ללא הסכמת הנמען, יש בו משום פגיעה בפרטיות ומשום הטרדה בשל הזמן והדרך בה מתקבל המסר, כך שהנמען עלול לקבל את המסר באופן בלתי צפוי בזמן התעסקותו במשהו אחר. בעניין הפגיעה בפרטיות פרופ' זכאי העיד:

"**ש:...אבל עדיין מי ששלח לי את ההודעה לא מחזיק בידו את האישור שלי של המייל, אתה כפסיכולוג זה לא משנה לך אישור או לא אישור...ת: זה לא נכון מכיוון שמאפיין חשוב זה תחושת החדירה לפרטיות...אני מרגיש נחשף ושהפרטיות שלי נפגעת**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 85, ש' 11-18).

בעניין קבלת המסר באופן בלתי צפוי פרופ' זכאי העיד: "**ת: ...אני שוב אומר, המאפיין של הרצוי אמנם מפחית מהספאמיות אבל עדיין אם זה מופע לי פתאום, לא במצב שהייתי מעוניין בו, תוך כדי שאני עושה משהו חשוב אחר, המאפיין של ההטרדה קיים**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 84, ש' 17-19). פרופ' זכאי חזר שוב ושוב על תשובה זו, אף שנשאל כמה פעמים את אותה השאלה, דבר שמחזק את מהימנותו.

85. כאמור לעיל, הקבוצה המוגדרת לעיל היא הקבוצה שלא נתנה הסכמתה, וחישבתי את היקף הקבוצה בהנחה שאלו שנתנו את הסכמתם אינם נכללים בה, למרות שהנתבעת לא הוכיחה שהם אכן נתנו הסכמתם. על כן, בודאי מתקיים התנאי שמדובר במסר ללא רשות. בהתאם לעדותו של פרופ' זכאי, די בכך כדי לקבוע שמדובר בהודעות ספאם הכרוכות בכל הנזקים וההטרדות כפי שפורטו בחוות הדעת, גם אילו היו אלו הודעות מועילות. בנוסף על כך, הנתבעת לא הוכיחה את הטענה שהמסרים מטעמה היו מסרים רלוונטיים ומועילים לנמענים. אולי נמנעה מלעשות כן, משום שהבינה שתועלת המסר אינה רלבנטית להגדרת העוולה של שיגור דברי פרסומת ללא הסכמה. אפנה לדברי פרופ' זכאי כשנשאל איזה אפקט יותר חזק על תחושת האדם, כשענה "**שללא רשות הוא אולי יותר חזק...כן. מכיוון שזה מה שגורם לתחושת החדירה לפרטיות**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 92, ש' 1-6).

86. להסיר ספק אני דוחה את דברי הנתבעת בסעיף 93 לסיכומיה כי מידע רצוי שמקבל נמען, אף שלא נתן את רשותו לקבל מידע זה, מבטל את החשד או אי הנוחות אצל הנמען בקבלת מידע זה, כשהוא מבחין שהמידע דווקא רצוי ורלוונטי עבורו. טענה זו נטענת בעלמא בלי כל ביסוס מדעי או ראייתי.

87. בניגוד לטענת הנתבעת, איני מוצא פגם בכך שפרופ' זכאי לא הסתמך או לא התייחס לחוות דעתו של פרופ' כ"ץ, ובמקומו ערך סקר בין 57 אנשים במטרה לבדוק את התאמת ממצאיו בסקר שערך לחברה הישראלית. השאלה איזה סקר לערוך היא חלק ממומחיותו של פרופ' זכאי, ואין דבר שיסתור את החלטתו המקצועית בנושא זה. אני מקבל את הסבריו של פרופ' זכאי שהחלטתו להסתמך על הסקר המצומצם שערך ולא על הסקר של פרופ' כץ, "**מכיוון שחוות הדעת שלי מתבססת על סקר הספרות ועל ממצאים בספרות...זה לא היה אמור להשפיע על חוות הדעת שלי**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 92, ש' 31-34). "**אני נסיתי לעשות מן משהו שאני מזהיר ואומר שהוא איכותני ולא כמותני**" (שם, עמ' 93, ש' 31). "...**כל מה שרציתי זה להמחיש את התופעות האלה אמנם מצויות, לא יותר מזה**" (שם, עמ' 94, ש' 22). "**...זה מראה ומחבר שכל הדברים שמצאתי במחקרים שנעשו בארצות הברית, אנחנו מוצאים דיווחים דומים, בלי שאני מתיימר לדעת כמה, באוכלוסיה בישראל**" (שם, עמ' 95, ש' 8-10).

88. פרופ' זכאי הבהיר "**...אם הייתי משתמש בנתוני הסקר הייתי מזהם את הדו"ח שלי מכיוון שהסקר הזה הוא ספציפית על אוכלוסייה שקיבלה את המסרים ממידע כנסים בעוד שאני נותן חוות דעת מקצועית, מדעית, כללית על תופעת הספאם**" (פרוטוקול מיום 14.10.2018, עמ' 95, ש' 19-24). אני דוחה את טענת הנתבעת שיש מעין התחמקות ממתן תשובה בעניין זה, מאחר שפרופ' זכאי כלל לא נחשף ולא הכיר את חוות דעתו של פרופ' כץ. הוא ענה לפי מה שהוצג לו.

89. הנתבעת טוענת שהסקר של פרופ' זכאי מוכיח את הייחודיות של אוכלוסיית מקבלי דברי הפרסומת מהנתבעת, בשל השוני בין ממצאי הסקר שנערך על ידי פרופ' כץ לממצאי הסקר של פרופ' זכאי. רק 42% מהנמענים דיווחו לפרופ' כץ שההודעות שהוצגו בפניהם הטרידו אותם, ואילו בהתאם לחוות דעתו של פרופ' זכאי, 90 מהנמענים חשים ומדווחים על הפרעות הנגרמות על ידי הודעות הספאם. אני דוחה טענה זו, שכן כפי שהעיד גם פרופ' זכאי, דווקא יש התאמה בין ממצאיו לממצאי פרופ' כץ. בסקר של פרופ' כץ, עלה כי 81% מבעלי הדעה שהיו מקבלים הודעות SMS מגופים שאינם מכירים סבורים שהודעות אלה מטרידות אותם, ו- 84% מבעלי הדעה שקיבלו הודעות דוא"ל. אחוז זה של דיווח קרוב מאד ל-90% (90% מ- 57 הם 51, ו- 84% מ- 57 הם 49, הבדל של 2 אנשים), מה שאומר שיש התאמה בין הממצאים של פרופ' זכאי לבין השפעת הספאם על הנמענים בישראל.

90. ביחס לראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה, עצם שליחת דבר פרסומת לנמען בלי הסכמתו מהווה פגיעה באוטונומיה. כפי שקבעתי בעניין אחר "**הפגיעה במקרה דנן היא בגין עצם הפעולה שננקטה, קרי שליחת דבר פרסומת לטלפון הנייד של המבקש מבלי לקבל את הסכמתו, שהיא חדירה למרחב הפרטי שלו, ולא יכול להיות ספק שמדובר בפגיעה באוטונומיה, כך שראש הנזק התקיים**". ת"צ (חי') 3504-03-17 **בניה בן דוד נ' פלאפון תקשורת בע"מ** פסקה 66 (פורסם בנבו, 6.12.2017). ככל שנדרש לרגשות כעס, תסכול ועלבון כתנאי למתן פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה, קבעה השופטת חיות בע"א 10085/08 **תנובה נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל** (פורסם בנבו, 4.12.2011), בפסקה 40 (להלן: עניין **תנובה**), חזקה עובדתית שלפיה אדם, שנפגעה האוטונומיה שלו, חש רגשות של כעס, תסכול ועלבון בעקבות התנהגותו של המזיק, שבעטיין יהיה זכאי לפיצוי – והנטל לסתור את החזקה מוטל על כתפי המעוול. חזקה עובדתית זו לא נסתרה על ידי הנתבעת. לכן, ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה במקרה זה הוכח בפניי.

91. חוות דעתם של פרופ' כץ ופרופ' זכאי מוכיחות את התקיימות הקשר הסיבתי בין שליחת דברי הפרסומת בניגוד לסעיף 30א(ב) לחוק התקשורת לבין ההטרדה, עוגמת הנפש והפגיעה באוטונומיה במאזן ההסתברויות הנדרש בהליך אזרחי.

92. אני דוחה את הטענה החלופית של הנתבעת, לפיה הנזק הלא ממוני הנטען הינו בגדר זוטי דברים, שאינו מצדיק מתן פיצוי. המחוקק ראה בחומרה את התופעה של שליחת הודעות הספאם ואת השפעתן השלילית על מקבלי הודעות אלה. על כן, הוא מצא לנכון לחוקק חוק עצמאי ונפרד על מנת לטפל בתופעה זו. לעניין זה ראו עניין **מגה** המצוטט לעיל, עמ' 12-13 –

"עינינו הרואות כי הנזק הרב שנגרם כתוצאה משיגור המוני של דברי פרסומת למי שאינם מעוניינים בכך הוא זה שהביא את המחוקק לאסור זאת בחוק ולקבוע כי מדובר בעוולה נזיקית, המקימה גם עילה להגשת תובענה ייצוגית והמצדיקה פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק (אותם לא ניתן, עם זאת,

לתבוע במסגרת תובענה ייצוגית – ראו: סעיף 20 (ה) לחוק תובענות ייצוגיות). יש לדחות, אפוא, את טענת המבקשים כי הנזק שנגרם למי ששוגרו אליהם דברי פרסומת בלא הסכמתם הוא בבחינת "זוטי דברים", משום שטענה זו מתעלמת מהטירדה, הפגיעה בפרטיות ואי הנוחות שהם מנת חלקם של מי שמשוגרים אליהם דברי פרסומת בניגוד לרצונם (וראו לעניין זה עניין גלסברג, בפסקה ח') וכמו כן מן המגמה הברורה בחקיקה ובפסיקה לראות בשיגור דברי פרסומת כאמור תופעה מטרידה ומזיקה שאותה יש למגר." (ההדגשות שלי, מ' ר').

דרך הפיצוי

93. לפני קביעת דרך הפיצוי וקביעת גובהו, יש להתייחס לטענת הנתבעת לפיה חיובה בסכום פיצויים שהוא מעבר לעשרות אלפי שקלים, עלול להוביל לסגירתה, פיטורי עובדיה וחיסול פעילותה בתחום הכנסים המקצועיים בישראל. הנתבעת טוענת כי סעיף 20(ד)(2) לחוק התובענות הייצוגיות נותן לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את גובה הפיצוי לקבוצה בהתחשב בנזק שעלול להיגרם לנתבעת, ומסתמך על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בת"צ 23955-08-12 (מחוזי י-ם) **קולך-פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ** (פורסם בנבו, 20.9.2018). על פי סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, פסקי דין של בתי משפט מחוזיים אינם מחייבים ואף אינם מחייבים בתי משפט מחוזיים אחרים. יתר על כן, למרות טענות הקריסה הכלכלית, בית המשפט המחוזי החליט לחייב את העוול באותו מקרה בתשלום פיצויי של 104 מיליון ₪, וערעור על כך נדחה בעיקרו (רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות** (פורסם בנבו, 09.12.2015).

94. הנתבעת ביקשה להביא את חוות דעתו של רו"ח יעקב ראובן על מנת להוכיח את מצבה הכלכלי הקשה, אולם חוות דעת זו נפסלה על ידי בהחלטתי מיום 9.10.2018, מאחר שנסמכה על מסמכים שלא גולו על ידי הנתבעת במסגרת הליכי גילוי המסמכים. בניסיון להוכיח את הטענה בדבר מצבה הכלכלי הירוד של הנתבעת, טוענת עתה הנתבעת שבא כוח התובעים נמנע מלשאול את מר ירון בחקירתו הנגדית אודות סעיפים 12-13 לתצהירו המציגים את מצבה הכלכלי של הנתבעת ואת השלכת חיובה בפיצויים שמעבר לעשרות אלפי שקלים עליה ועל פעילותה, דבר שצריך לבוא לחובת התובעים, ומסתמכים בין היתר על פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 296/82 **ד"ר ישעיה נבנצאל נ' ג'רסי ניוקליאר - אבקו איזוטופוס אינק**., פ"ד מ(3) 281, 303 (1986).

95. אני דוחה טענות הנתבעת ומקבל את טענת התובעים לפיה הנתבעת לא הוכיחה את מצבה הכלכלי הקשה ואת אי יכולתה לעמוד בגובה הפיצויים שיוטלו עליה. אין בסעיפים 12-13 לתצהירו של מר ירון כדי להוכיח טענה זו של הנתבעת. ראשית, כפי שפורט בהרחבה לעיל, דחיתי את עדותו של מר ירון כבלתי מהימנה. שנית, סעיפים 12-13 לתצהירו של מר ירון לא הובאו מידיעתו האישית,

בניגוד לתקנה 521, המצווה על עדים בתביעה העיקרית להצהיר רק עובדות שהם יודעים מידיעתם הם. בסעיף 12 לתצהירו מסתמך מר ירון דבריו של רו"ח יעקב ראובן שחוות דעתו אינה ראיה. סעיף 13 לתצהירו של מר ירון הוא מסקנות ומשמעויות שהוא מייחס לנתונים המפורטים בסעיף 12 לתצהירו, שכאמור נסמכים על חוות דעת שלא התקבלה. לא מדובר בעדות שמר ירון מעכיד מידיעתו. אפשר שהוא יודע את העובדות, אך הוא לא הצהיר לפי ידיעותיו, אולי כהשלמה להתרחקותו מהודאה בניהול הנתבעת.

96. גם אם הנתבעת הייתה מוכיחה את מצבה הכלכלי הקשה, אין בכך כדי לפטור אותה ממתן פיצוי לחברי הקבוצה. מצבה הכלכלי של הנתבעת אינו השיקול היחיד שעל בית המשפט לשקול בבואו להחליט אם להפחית את הפיצויים המוטלים על הנתבעת, בעת החלטתו להפעיל את סמכותו המעוגנת בסעיף 20(ד)(2), לפי שיקול דעתו. אם משתכנע בית המשפט שתשלום הפיצוי יערער את יציבותה הכלכלית של הנתבעת, הוא רשאי להפחית את הפיצוי אם ערעור זה יגרום נזק לציבור הנזקק לשירות הנתבעת או לציבור בכללותו, לעומת התועלת הצפויה לחברי הקבוצה או לציבור. המוקד אינו ערעור יציבותה של הנתבעת, שלא הוכחה, אלא הנזק לציבור, שגם הוא לא הוכח אפילו לכאורה. על כן, איני רואה לנכון להתחשב בקביעת שיעור הפיצוי בנזק העלול להגרם ליציבותה הכלכלית של הנתבעת.

האם יש לפסוק סעד לטובת הציבור

97. הנתבעת טוענת כי אין אפשרות לאתר את חברי הקבוצה, ולכן בהתאם להוראות סעיף 20(ג) לחוק התובענות הייצוגיות, יש לפסוק סעדים לטובת הציבור שיבואו לידי ביטוי בפעולות שתבצע הנתבעת לטובת חברי הקבוצה, כמו קידום עמותות רלוונטיות על די ארגון כנסים עבורן, מתן במה להן בכנסי הנתבעת, הקצאת כרטיסי חינם לנציגי העמותות ובמתן במה בכנסים הרלוונטיים לנושא הניהול הנכון במאגרי מידע וכיצד להימנע מספאם.

98. אני דוחה טענה זו של הנתבעת. ההלכה היא כי יש להעדיף מתן פיצוי פרטני לחברי הקבוצה על פני טובת הציבור. לא מצאתי קושי באיתור חברי הקבוצה. לפי מנגנון תשלום הפיצוי שאקבע להלן, שייקבע בהתאם לסעיף 20(א) לחוק התובענות הייצוגיות, ניתן מענה הולם לאיתור חברי הקבוצה, ואין הצדקה להפעיל את סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ולקבוע פיצוי לטובת הציבור חלף פיצוי לחברי הקבוצה. לעניין זה ראו פס' 49 בעניין **תנובה** המצוטט לעיל: "**נועדו המנגנונים הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות ליתן מענה לאותם המקרים אשר בהם לא ניתן לחשב את הפיצוי ולחלקו על פי איזה מן המנגנונים הקבועים בסעיף 20(א) לחוק**".

שיעור הנזק

99. התובעים טוענים כי יש לפסוק פיצוי בסך של 100 ₪ לכל הודעה מפירה שנשלחה. התובעים מסתמכים על החלטתי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית במקרה דומה לענייננו בת"צ (חי') 66747-12-14 **מור כהן נ' א.א. קליניקות כרמל בע"מ** פס' 108 (פורסם בנבו, 11.2.2016) שבה קבעתי כדלקמן –

"סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק ... ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון." לפי סעיף זה מוסמך בית המשפט לפסוק לטובת מקבלי הפרסומות בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת, פיצוי בגין נזק שאינו ממוני (ראו גם: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ [פורסם בנבו] (4.9.14)). נזק זה מצוי בשיקול דעת בית המשפט. דעת לנבון נקל, שקבלת מסרונים ללא הסכמה גוזלת מזמנם של הנמענים, אם ברב ואם במעט. אמנם, בתביעה ייצוגית לא נפסק הפיצוי הסטטוטורי, בסך 1,000 ₪ לכל מסרון, שאותו זכאי לקבל כל מי שינהל תביעה אישית נפרדת, <u>אבל יש בכך קנה מידה המצביע על הערכת המחוקק בדבר הפיצוי שיש לפצות, ללא הוכחת נזק, כל מי שמקבל מסרון בניגוד לחוק. בנסיבות אלה, פיצוי של 100 ₪ עבור כל מסרון בניגוד לחוק הוא אכן, כטענת המבקשים, פיצוי אישי מצומצם שהם זכאים לו</u>" (ההדגשות שלי, מ' ר').

100. לחילופין, התובעים טוענים כי יש לפצל את הפיצוי לפי מידת ההטרדה בהתאם לסעיפים 14 ו-16 לחוות דעתו של פורופ' כ"ץ. לפיכך, האנשים שכלל לא הוטרדו לא יזכו לכל פיצוי; האנשים שלא הוטרדו יזכו בפיצוי של 25 ₪ להודעה; האנשים שהוטרדו במידה בינונית "ככה ככה" יזכו בפיצוי של 50 ₪ להודעה; האנשים שהוטרדו יזכו בפיצוי של 75 ₪ להודעה; והאנשים שהוטרדו מאוד יזכו בפיצוי של 100 ₪ להודעה.

101. איני מקבל את המנגנון השני המוצע על ידי התובעים, מאחר שסעיפים 14 ו-16 לחוות הדעת הם סיכום לשאלות תיאורטיות ששואלות על מידת ההטרדה מקבלת הודעות SMS או דוא"ל מגופים שאינם מוכרים למשתתפים. קביעת הפיצוי לפי מנגנון זה אינה ניתנת לביצוע, שכן קשה לבדוק את מידת ההטרדה של כל חבר וחבר בקבוצה. על כן, אני מוצא לנכון לקבוע פיצוי אחיד לכל חברי הקבוצה. בהקשר זה, אינו דומה מי שהוטרד 10 פעמים למי שהוטרד פעם אחת, ובהתאם לחוות דעתו של פרופ' זכאי, נראה שלא דומה מי שהוטרד בהודעת מייל, שהוא יכול לקרוא כשיתפנה, למי שמוטרד בהודעת SMS השבה וצפה לנגד עיניו עד אשר יקרא אותה.

102. הנזק הלא ממוני הנפסק לפי שיקול דעתו של בית המשפט, מעצם טיבו ומהותו שונה מאדם לאדם ואינו ניתן לחשוב מדויק. לשונות בגובה הנזק, והפיצוי שצומח ממנו, ניתן מענה במנגנונים השונים שנקבעו בסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות. הדרך לפסוק את הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני

היא דרך האומדנה, שמתבססת על עוגנים ונתונים שהונחו מול בית המשפט, כולל ניסיון החיים, מבחנים של שכל ישר ומדיניות שיפוטית (פסקה 53 בעניין **תנובה** המצוטט לעיל).

103. בהתאם לניסיון החיים ולשכל הישר, ובהתחשב בהיקף ההודעות המפירות שנשלחו על ידי הנתבעת, ובהיקף חברי הקבוצה שעומד על מאות אלפים, ועל פי מדיניות שיפוטית השוקדת למגר את תופעת שליחת הודעות הספאם, והרתעה מהפרות אלה, ובשים לב לפיצוי הסטטוטורי שנקבע בחוק (שאינו חלק, אך נותן מימד להשוואה, אני קובע כי גובה הפיצוי המגיע לחברי הקבוצה בגין כל הודעה שנשלחה אליהם, בניגוד להוראות סעיף 30א(ב), קרי בלי הסכמת הנמען שניתנה מראש ובכתב, הוא 100 ₪ בגין כל הודעת SMS, וכן 50 ₪ בגין כל 10 או חלק מ- 10 הודעות במייל.

104. אם כל הזכאים לפיצוי יפנו בדרישה, הפיצוי מגיע לכמה עשרות מיליוני שקלים, שכן לפי חשבוני נמענים ללא רשות קיבלו בממוצע 76 הודעות מייל ו- 2 הודעות SMS. אם יפנו כל הזוכרים את קבלת ההודעות המוטרדים מקבלתם, מדובר ב- 66,076 מקבלי הודעות מייל ו- 31,679 מקבלי הודעות SMS.

דרך תשלום הפיצוי – פיצוי אינדיבידואלי

105. סעיף 20(א) לחוק מונה את דרך החישוב האינדיבידואלי –

" 20. (א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;

106. בע"א 345/03 **דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל**, סב(2) 437, פסקה 67 לפסק דינו של השופט עדיאל (2007) (להלן: "עניין **רייכרט**") בית המשפט התייחס לדרכי קביעת הפיצוי השונות המעוגנות בסעיף 20 לחוק התובענות הייצוגיות –

"... מן הצד האחד עומדת, כנקודת מוצא, דרך ההוכחה הקבועה בסעיף 20(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות ..., לפיה מוכח הנזק באמצעות הגשת תצהירים על-ידי כל אחד מחברי הקבוצה. <u>דרכי הוכחה נוספות, אשר קרובות במהותן להליך האינדיבידואלי, מבוססות על קביעת נזקו של כל אחד מחברי</u>

<u>הקבוצה אך זאת, ללא ניהול הליך מפורט של הגשת תצהירים, אלא באמצעות חישוב כללי המבוסס על נתונים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת או ניתנים להוכחה פשוטה. ניתן, כמובן, לשלב בין שתי הדרכים, על-ידי התוויית נוסחה כללית שתיושם, לגבי כל אחד מיחידי הקבוצה, על-פי הנתונים המיוחדים הנוגעים לו.</u> מן העבר האחר, קיימות דרכים נוספות לקביעת הפיצוי, המבוססות על קביעת סכום הנזק הכולל שנגרם לקבוצה כולה באמצעות שיטות שונות שפורטו לעיל. לבסוף, במקרים בהם לא ניתן לחשב את הנזק (אף שאין חולק כי נגרם), קיימת אפשרות לקבוע את סכום הפיצוי גם על דרך האומדנה" (ההדגשות שלי, מ' ר').

107. נוכח יתרונותיה של שיטת החישוב האינדיבידואלי, התואמת את דרך הפיצוי המקובלת בדין הכללי ואת עקרונות הצדק המתקן שעליהם היא מושתתת, יש ליתן לה עדיפות לצורך קביעת הסעד בתובענות ייצוגיות ככל שהיא אפשרית. (ראו עניין **רייכרט**, פס' 72; עניין **תנובה**, פס' 45-46).

108. דרך מתן הפיצוי תהיה כדלקמן:

א. אני מורה על פירסום הודעה על מתן פסק הדין לפי סעיף 25 (א) (5) לחוק, בנוסח שיאושר על ידי לאחר שיוגש על ידי הצדדים תוך 3 ימים, על חשבון הנתבעת, תוך 14 ימים, בשני עיתונים יומיים מבין העיתונים ישראל היום, הארץ וידיעות אחרונות, ביום שישי, וכן באחד משני העיתונים כלכליסט או גלובס, בגופן שלא יפחת מהגופן בו מפורסם החומר המערכתי של העיתון, וכן באתר האינטרנט של המשיבה, בהפנייה ישירה מדף הבית.

ב. כמו כן, אני מורה על משלוח ההודעה על מתן פסק הדין לפי סעיף 25 (ז) לחוק למנהל בתי המשפט, וכן לממונה על הגנת הצרכן.

ג. בנוסף על כך, הנתבעת תאחזר את נתוני מקבלי הודעות SMS לפי נתוני ספקיות הדיוור וחוות הדעת של לב סולודקין, על חשבונה, ותשלח להם בתוך 21 ימים הודעה בנוסח שיאושר על ידי לפי הצעת הצדדים תוך 3 ימים על זכותם לקבלת פיצוי כפי שקבעתי לעיל.

ד. הנתבעת תקים מוקד לקבלת תביעות ותאייש אותו בשעות עבודה המקובלות, כך שכל מי שיתבע את הפיצוי תוך 30 יום מקבלת הודעת הנתבעת ומפירסום ההודעה על פסק הדין כאמור בסעיף א', על פי הצהרתו לנתבעת ולב"כ התובעים במקביל (במכתב או הודעת SMS או הודעת מייל, ללא צורך באימות חתימה על ידי עורך דין) כי קיבל דברי פרסומת בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת והוטרד מכך, זכאותו תבדק לפי נתוני חוות הדעת וספקיות הדיוור ובהתאם לכך תשלם לו הנתבעת את הפיצוי בתוך 21 יום מפנייתו, ותעביר העתק לב"כ התובעים.

ה. פונה שלא יסכים לחישוב של הנתבעת או לתשובת הנתבעת בדבר זכאותו, יפנה לב"כ התובעים שיבדוק את טענותיו, ובמידה שימצא ב"כ התובעים שטענותיו מוצדקות, תהא הנתבעת חייבת לשלם לפונה את תוצאת קביעתו, וכן הוצאות הבדיקה בסך 250 ₪ בתוספת מע"מ.

ו. ב"כ התובעים יודיע לבית המשפט על השלמת תשלום הפיצוי לחברי הקבוצה.

<u>גמול, שכר טרחה והוצאות</u>

109. השיקולים לפסיקת גמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו מנויים בסעיפים 22 ו-23 לחוק התובענות הייצוגיות. נקבע לא אחת, כי שיקולים אלה מהווים קווים מנחים. השיקולים לגמול לתובע המייצג ושכר טרחה לבא כוחו מחולקים לשלוש קטגוריות: **שיקולי תשומה** – הנוגעים לעלויות ולסיכון שנטלו על עצמם התובע המייצג ועוה"ד, כגון שכר טרחה, סיכון, הוצאות ומורכבות ההליך; **שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת** – הנוגעים לתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לקבוצה; **ושיקולי הכוונה ציבורית** –הנוגעים לתועלת הציבורית מן התובענה הייצוגית, כגון קידום אכיפת הדין, הרתעה, יעילות והוגנות.

110. שיקולי תשומה – התביעה דנן התנהלה בהליך מורכב וממושך, שנמשך למשך כמעט 3 שנים. ההליך התנהל עד תום, ובמסגרתו התקיימו 5 דיונים של קדם משפט, 3 דיונים של הוכחות וסיכומים, לרבות הגשת חוות דעת מטעם מומחים. באשר לסיכון, אני סבור כי התובעים נשאו בסיכון כבכל תובענה ייצוגית אשר מוגשת, כי יחויבו בהוצאות.

111. שיקולי תפוקה - התועלת שהביאה התובענה לקבוצה המיוצגת באה לידי ביטוי בפיצוי שישולם לנפגעים מקבלת הפרסומים המפירים.

112. שיקולי הכוונה ציבורית - התובענה הייצוגית בענייננו הביאה להגשמת מטרות חוק תובענות ייצוגיות וחוק התקשורת, נוכח התועלת שהביאה לחברי הקבוצה, ונוכח ההרתעה הצפויה לנתבעת מלבצע עוולות דומות בעתיד, וגם לשאר החברות או העסקים שמשתמשים בהודעות הספאם בניגוד להוראות חוק התקשורת, במטרה להשיא את רווחיהם על חשבון הנמענים.

113. על פי עקרונות ע"א 2046/10 **עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט** (ניתן ביום 23.05.2012) ובהתחשב בסכום הפיצוי הצפוי להיות משולם, אני קובע את שכר הטרחה שעל הנתבעת לשלם לב"כ התובעים בסך 2,340,000 ₪ (כולל עבור מע"מ), בנוסף להוצאות התביעה כפי שיקבעו לפי בקשה שיגיש ב"כ התובעים תוך 10 ימים, ואת הגמול שעל הנתבעת לשלם לתובעים בסך 400,000 ₪. הגמול ו80% משכר הטרחה ישולם על ידי הנתבעת לתובעים ולב"כ התובעים תוך 30 יום. יתרת שכר הטרחה תשולם לב"כ התובעים 21 יום לאחר השלמת תשלום הפיצוי לחברי הקבוצה.

<u>סיכום והוראות</u>

על פי כל האמור לעיל,

א. ניתן בזאת **צו עשה** המורה למשיבה להימנע משיגור דברי פרסומת בניגוד להוראות הדין, כמתואר בבקשה.

ב. מכיוון שהנתבעת לא חלקה על כך, ניתן בזאת **צו עשה** המורה למשיבה לכלול את שמה בכל דבר פרסומת המשוגר באמצעות הודעת מסרון ואת דרכי יצירת הקשר עמה לצורך מתן הודעת סירוב, לרבות באמצעות מסרון חוזר.

ג. הנתבעת תשלם לכל אחד מחברי הקבוצה פיצוי בסך 100 ₪ בגין כל הודעת SMS שנשלחה לו ללא הסכמתו, ו- 50 ₪ בגין כל 10 או חלק מ- 10 הודעות מייל שנשלחו לו ללא הסכמתו.

ד. אני מורה על פירסום הודעה על מתן פסק הדין לפי סעיף 25 (א) (5) לחוק, בנוסח שיאושר על ידי לאחר שיוגש על ידי הצדדים תוך 3 ימים, על חשבון הנתבעת, תוך 14 ימים, בשני עיתונים יומיים מבין העיתונים ישראל היום, הארץ וידיעות אחרונות, ביום שישי, וכן באחד משני העיתונים כלכליסט או גלובס, בגופן שלא יפחת מהגופן בו מפורסם החומר המערכתי של העיתון, וכן באתר האינטרנט של המשיבה, בהפנייה ישירה מדף הבית.

ה. כמו כן, אני מורה על משלוח ההודעה על מתן פסק הדין לפי סעיף 25 (ז) לחוק למנהל בתי המשפט, וכן לממונה על הגנת הצרכן.

ו. בנוסף על כך, הנתבעת תאחזר את נתוני מקבלי הודעות SMS לפי נתוני ספקיות הדיוור וחוות הדעת של לב סולודקין, על חשבונה, ותשלח להם בתוך 21 ימים הודעה בנוסח שיאושר על ידי לפי הצעת הצדדים תוך 3 ימים על זכותם לקבלת פיצוי כפי שקבעתי לעיל.

ז. הנתבעת תקים מוקד לקבלת תביעות ותאייש אותו בשעות עבודה המקובלות, כך שכל מי שיתבע את הפיצוי תוך 30 יום מקבלת הודעת הנתבעת ומפירסום ההודעה על פסק הדין כאמור בסעיף א', על פי הצהרתו לנתבעת ולב"כ התובעים במקביל (במכתב או הודעת SMS או הודעת מייל, ללא צורך באימות חתימה על ידי עורך דין) כי קיבל דברי פרסומת בניגוד לסעיף 30א לחוק התקשורת והוטרד מכך, זכאותו תבדק לפי נתוני חוות הדעת וספקיות הדיוור ובהתאם לכך תשלם לו הנתבעת את הפיצוי בתוך 21 יום מפנייתו, ותעביר העתק לב"כ התובעים.

ח. פונה שלא יסכים לחישוב של הנתבעת או לתשובת הנתבעת בדבר זכאותו, יפנה לב"כ התובעים שיבדוק את טענותיו, ובמידה שימצא ב"כ התובעים שטענותיו מוצדקות, תהא הנתבעת חייבת לשלם לפונה את תוצאת קביעתו, וכן הוצאות הבדיקה בסך 250 ₪ בתוספת מע"מ.

ט. ב"כ התובעים יודיע לבית המשפט על השלמת תשלום הפיצוי לחברי הקבוצה.

י. הנתבעת תשלם לתובעים גמול בסך 400,000 ₪ תוך 30 יום.

יא. הנתבעת תשלם לב"כ התובעים שכר טרחת עו"ד בסך 2,340,000 ₪ (כולל עבור מע"מ), בנוסף להוצאות התביעה כפי שיקבעו לפי בקשה שיגיש ב"כ התובעים תוך 10 ימים. 80% משכר

הטרחה ישולם על ידי הנתבעת לב"כ התובעים תוך 30 יום. יתרת שכר הטרחה תשולם לב"כ התובעים 21 יום לאחר השלמת תשלום הפיצוי לחברי הקבוצה.

ניתן היום, י"ב כסלו תש"פ, 10 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.

מנחם רניאל, שופט